

**Южнокавказский
Юридический
Журнал**

N 01/2010

**South Caucasus
Law Journal**

Vol. 01/2010

Руководитель редакционной коллегии **Head of the Editorial Board**
Норберт Бернсдорфф Norbert Bernsdorff

Ассистент руководителя редакционной коллегии **Assistant of the Head of the Editorial Board**
Паата Турава Paata Turava

Редакционная коллегия **Members of the Editorial board**

Вафаддин Ибаев Vafaddin Ibaev
Гюндюз Керимов Gunduz Karimov
Анар Багиров Anar Bagirov
Карен Сардарян Karen Sardaryan
Ара Кубанян Ara Kubanyan
Ана Варданын Ana Vardanyan
Иракли Бурдули Irakli Burduli
Натиа Цкепладзе Natia Tskepladze
Елена Филеева Elena Fileeva

Переводчик и корректор русского текста **Translator and proof-reader of Russian text**
Тина Чохели Tina Chokheli

Переводчик и корректор английского текста **Translator and proof-reader of English text**
Кети Вачадзе Kate Vachadze

Журнал опубликован при содействии Немецкого
Общества по Техническому Сотрудничеству (GTZ).
Взгляды, выводы и комментарии, приведенные в
статьях, не должны быть поняты как мнение Немецкого
Общества по Техническому Сотрудничеству (GTZ).

The Journal is published with support of German
Technical Cooperation (GTZ). Findings,
conclusions and comments made
in the journal does not reflect necessarily the
opinion of German Technical Cooperation (GTZ).

© Deutsche Gesellschaft für
Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH, 2010
© Авторы статей, 2010
© Снимок на обложке: Jacques Descloitres,
MODIS Land Rapid Response Team

© Deutsche Gesellschaft für
Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH, 2010
© Authors, 2010
© Picture on the cover: Jacques Descloitres,
MODIS Land Rapid Response Team

Электронная версия данного журнала доступна
на сайте: www.gtz.de/law-caucasus

The online version of the journal is available on the
website: www.gtz.de/law-caucasus

Эл-почта: lawjournal_caucasus@gtz.de

E-mail: lawjournal_caucasus@gtz.de

ISBN

gtz



commissioned by
Federal Ministry
for Economic Cooperation
and Development

Содержание

Content

Статьи

- Паата Турава
Право собственности по Конституции Грузии 7
- Тамар Зарандия / Тея Джугели
Злоупотребление правом собственности и условия неотчуждаемости по грузинскому и французскому праву 16
- Вафаддин Ибаев
Защита прав собственности в практике Европейского суда по правам человека 25
- Норберт Бернсдорфф
*Охрана собственности по ЕКПЧ – между *effet utile*, с одной стороны, и *margin of appreciation* или *judicial self-restraint*, с другой стороны* 34
- Мехман Султанов
Собственность и владение – опыт в Азербайджане 44
- Араик Тунян
Проблемы правового статуса квартиры как недвижимого имущества 50
- Анар Багиров
Понятие и гражданско-правовое значение владения как элемента права собственности 57
- Карен Сардарян
Проблемы правового регулирования института застройки земельных участков в законодательстве Республики Армения 70

Articles

- Paata Turava
Right to Property According to the Georgian Constitution 96
- Tamar Zarandia / Tea Jugheli
Abuse of Property Rights and Terms of Non-alienation According to Georgian and French Laws 104
- Vafaddin Ibaev
Protection of rights to property in practice of the European Court of Humen Rights 112
- Norbert Bernsdorff
*Protection of Possessions according to ECHR between *effet utile* on the one hand and *Margin of Appreciation* or *Judicial Self-restraint* on the other hand* 120
- Mekhman Sultanov
Property and ownership – Azerbaijan practice 129
- Araik Tunyan
Problems of the Legal Status of Apartments as Real Estate Property 135
- Anar Bagirov
Concept and legal civil meaning of the possession as an element of the right to ownership 141
- Karen Sardaryan
Problems of Regulating Institution of Development of Land Plots under the Legislation of the Republic of Armenia 152

Обзор судебной практики

- Норберт Бернсдорфф
Обзор судебной практики Европейского суда по правам человека в отношении индивидуальных жалоб против Армении, Азербайджана и Грузии в 2009 г. 74
- Феликс Тохян
Конституционно допустимые ограничения права собственности в практике Конституционного суда Республики Армения 78

Комментарии к судебным решениям

- Елена Филеева
Дело „Квициани против Грузии“ 82
- Мери Джапаридзе
Дело „Николаишвили против Грузии“ 85
- Ара Казарян
Проблемы исполнения Республикой Армения постановления ЕСПЧ по делу „Мелтекс против Армении“ 88
- Давид Хачатрян
Постановление ЕСПЧ по делу „Никогосян и Мелконян против Армении“: вопросы доказывания в ЕСПЧ и правовые последствия для судебной практики Республики Армения 92

Рецензия

Современное государство, современная администрация – Леван Изория 175

Case law review

- Norbert Bernsdorff
Report on Judicial Practice of the European Court for Human Rights with regard to individual applications v. Armenia, Azerbaijan and Georgia in 2009 155
- Felix Tokhyan
Constitutionally permitted restrictions of the right to ownership in practice of the Constitutional Court of the Republic of Armenia 159

Comments on court decisions

- Elena Fileeva
Case Kvitsiani v. Georgia 163
- Mary Japaridze
Case Nikolaishvili v. Georgia 165
- Ara Ghazaryan
Problems of Execution by Armenia of Meltex judgment of ECHR 168
- David Khachatryan
The Legal Resolution of the ECHR on Case of Nikoghosyan and Melkonyan v. Armenia: The Questions of Proof in the ECHR and the Legal Consequences for the Judicial Practice of the Republic of Armenia 171

Book review

Contemporary State, contemporary administration – Levan Izoria 175

От редактора

Данный журнал представляет собой первое издание юридического журнала, который в будущем должен будет издаваться чаще, чем раз в год. Посредством этого издания впервые предпринимается попытка инициировать юридический диалог, который не ограничивался бы внутренними правовыми проблемами, а дал бы возможность ознакомиться и с юридическими структурами на региональном уровне. Его цель, помимо этого, способствовать юридическим дискурсам между различными профессиональными группами.

В трех странах Южного Кавказа практически не существует юридической дискуссии. Ни в судебных решениях, ни в юридических журналах или на других юридических форумах не ведется сколько-нибудь серьезных и аргументированных обсуждений правовых тем. Лишь очень редко решения верховных судов содержат обсуждение ранних судебных решений или отличных мнений. Критика судебных решений или других юридических точек зрения в прошлом не была привычным делом. Южнокавказский юридический журнал как раз и призван помочь создать культуру профессиональной дискуссии.

Редакционная группа, задачей которой является выбор статей с учетом стандартов качества, состоит из ведущих представителей юриспруденции трех южнокавказских стран. Здесь представлены деканы и преподаватели юридических факультетов университетов, а также судьи высокого ранга и функциональные работники адвокатуры. Работе редакционной группы помогает при этом судья из Германии.

Первый выпуск Южнокавказского юридического журнала посвящен теме „Защита права собственности“. Защита права собственности – из-за

Editorial

The present publication represents the first issue of this legal journal, which is hoped to be published more frequently than once a year in the future. It is an attempt to initiate a legal dialogue not limited to internal legal problems, but to also to acquaint readers with legal structures at the regional level. At the same time, the journal seeks to facilitate legal discussion between various groups of legal professionals.

There is no legal discussion in three countries of the South Caucasus. Neither judicial decisions, nor law journals or other law forums offer argument based debate and critique of legal issues. Rarely do decisions of supreme courts contain reviews of previous judicial decisions or dissenting opinions. Critics of judicial decisions or other legal opinions have not been common in the past. The South Caucasus Law Journal has been created to help create a culture of professional discussion.

The editorial team, whose objective it is to select articles considering professional quality standards, is comprised of leading representatives of jurisprudence from three South Caucasus countries. Members of this group are deans and professors of law departments, as well as high ranking judges and officials of the Bar. A judge from Germany also supports the editing team.

This first issue of the South Caucasus Law Journal is dedicated to the topic of “protection of property”. Protection of property – due to different forms of regulation by national constitutions, common laws and European law – represents a source of legal problems in all three countries of the South Caucasus. Authors of this issue discuss these problems and at the same time, focus on the

ее различного регулирования в национальных конституционных законодательствах, простых законах и европейском праве – представляет собой во всех трех государствах источник возникновения правовых проблем. Этими проблемами и занимаются авторы данного издания и при этом не забывают правосравнительные аспекты исследования. Армению, Азербайджан и Грузию объединяет то, что политические пертурбации девяностых годов вызвали во всех трех странах массовые изменения структур собственности. Угрозы собственности могут быть многообразными. Они могут состоять как в преодолении старых систем собственности, так и в актуальных проблемах территориальной целостности и борьбы с политическими противниками путем конфискации и изъятия собственности.

Др. Норберт Бернсдорфф
*Судья Федерального Социального суда,
Кассель, ФРГ*

Цено Раихенбежер
Руководитель программы GTZ „Консультирование реформ права и юстиции на Южном Кавказе“

comparative aspects of the research. The political transformations of the 1990s have caused mass changes of property structures in all three countries. Threats to property are diverse. They lie in overcoming old systems of ownership, as well as issues of territorial integrity and the combating of political opponents by seizure or confiscation of possessions.

Dr. Norbert Bernsdorff
*Judge of the Federal Court on
Social Issues in Kassel, Germany*

Zeno Reichenbecher
*Head of the GTZ Program “Advice on Legal and
Judicial Reforms in the South Caucasus”*

Право собственности по Конституции Грузии

Паата Турава*

В труде автор, основываясь на статье 21 Конституции Грузии, анализирует конституционное право собственности. В статье конституционное право собственности рассматривается не только в качестве гаранта института собственности, но и как гарантия права личности на собственность. В работе представлена структура статьи 21 Конституции; проанализировано конституционно-правовое понимание собственности, что, в первую очередь, подразумевает право самозащиты от ожидаемого вмешательства со стороны государства. Право собственности следует рассматривать как право человека, а не как имущественную гарантию. На основании указанного права субъекту предоставляется свобода в имущественной сфере и тем самым возможность независимого определения собственной жизни.

На основании анализа практики Конституционного суда Грузии в труде уделяется внимание принципу соразмерности как материальному критерию ограничения собственности. Значительна роль Конституционного суда в понимании сущности института конституционного права собственности. Автор труда приходит к заключению, что в отличие от старой практики в настоящее время явно прослеживаются тенденции позитивного развития Конституционного суда Грузии.

1. Введение

Статья 21 Конституции Грузии 1995 года обеспечивает право собственности и наследования.¹ Защита основных прав и свобод, в осо-

бенности же прав собственности, - это фундамент формирования свободной рыночной экономики. Принцип демократического, правового и социального государства опирается именно на защиту права собственности.² «Право собственности не только элементарная основа существования человека, оно обеспечивает его свободу, адекватную реализацию его способностей и возможностей, направляет жизнь в соответствии с собственной ответственностью».³

Признанное статьёй 21 Конституции Грузии право собственности - это гарантия, с одной стороны, собственности как института и, с другой стороны, собственности как права личности.⁴

Сущность института права собственности заключается в защите частной собственности как объективной ценности, реальном обеспечении её существования, которое, в первую очередь, адресовано законодателю; законодатель не может издать такие нормы, которые поставят под сомнение частную собственность как институт.⁵

права на приобретение, отчуждение или наследование собственности.

2. В определённых законом случаях и в установленном порядке для необходимых общественных нужд допускается ограничение указанных в пункте первом прав.

3. Лишение собственности для необходимых общественных нужд допускается в прямо предусмотренных законом случаях, по решению суда или при возникновении неотложной необходимости, установленной органическим законом, и только при соответствующем вознаграждении.

2 См. Решения Конституционного суда Грузии № 2/1-370, 382, 390, 402, 404, 18 мая, 2007; Решение № 1/2/384, 2 июля, 2007.

3 См. Решение Конституционного суда Грузии № 1/2/384, 2 июля, 2007.

4 Решение Конституционного суда Грузии № 1/2/384, 2 июля 2007; а также юр. лит.: см. Леван Изория. Комментарий статьи 21 КГ в кн. Леван Изория, Константинэ Коркелия, Константинэ Кублашвили, Гиорги Хубуа, Комментарий Конституции Грузии. Основные права и свободы человека. Тб., 2005, с. 145; см. Бесарион Зоидзе. Конституционный контроль и порядок ценностей в Грузии, Тб., 2007, с. 100.

5 См. Леван Изория. Комментарий статьи 21 КГ в кн. Леван Изория, Константинэ Коркелия, Константинэ Кублашвили, Гиорги Хубуа. Комментарий Конституции Грузии. Основные права и свободы человека. с. 146; см. Бесарион Зоидзе. Конституционный контроль и порядок ценностей в Грузии, с. 100-101. Относительно гарантии института собственности интерес представляет решение

* Доктор права, ассоциированный профессор юридического факультета Тбилисского государственного университета им Ив. Джавахишвили.

1 Статья 21 Конституции Грузии:

1. Собственность и право наследования признаются и гарантируются. Запрещается отмена всеобщего

Конституция Грузии признаёт основные права как непосредственно действующее право, которое ограничивает все три ветви власти. Собственности как гарантии права личности служит защита правового положения собственника, в частности его личного права на определённое имущество. Всё это предоставляет отдельным лицам свободу в имущественной сфере и ввиду этого возможность независимого определения своей жизни.⁶

II. Субъекты – носители права

Носителями права собственности являются все физические лица, несмотря на их национальную принадлежность. Таким образом, конституционная гарантия права собственности есть право человека. Юридические лица местного частного права являются также носителями основных прав, поскольку они могут быть владельцами права, подпадающего под понятие собственности. Иностранные юридические лица не являются носителями основных прав.

Актуальная проблема судебной практики Конституционного суда Грузии - вопрос о разграничении собственности юридического лица как субъекта права, учредителя этой собственности или её участников. Указанная проблема связана с признанным Конституцией правом субъекта и вопросом определения правомочия на иск. Анализ практики Конституционного суда не представляет однородной картины.⁷ Не-

смотря на это, можно заключить, что, по мнению большинства, имущество юридического лица есть собственность юридического лица как субъекта права, а не его учредителя или его участников.⁸

Исходя из статьи 21 Конституции Грузии, юридические лица публичного права не представляют собой субъектов носителей права собственности. Это не значит, что юридические лица публичного права не имеют правомочия и права на собственность, определённого нормами гражданского права. В руках юридического лица (частная) собственность – это обычное явление повседневной жизни. Принятое в грузинской конституционной доктрине мнение о том, что указанные субъекты не являются носителями основных прав, подразумевает, что они с целью защиты от ограничений, вызванных в результате вмешательства законодательной или исполнительной власти, не могут требовать защиты собственности, основываясь на статье 21 Конституции Грузии.⁹

III. Содержание основного права

1. Сфера защиты

а) Частное имущественное право

Объект защиты права собственности - «собственность». Заключение о собственности как о гражданско-правовой вещи было бы скоропали-

Конституционного суда Грузии от 2004 года по делу «Гражданин Грузии Анзор Тевзаия против Парламента Грузии», где предмет спора Постановление Парламента Грузии «О ратификации Первого Протокола Европейской Конвенции о защите прав и основных свобод человека» от 27 декабря 2001 года. Истец считает нарушением гарантии права собственности то положение указанного Постановления, согласно которому действие Первого Протокола Конвенции не распространилось на граждан Абхазии и бывшей Южной Осетии – как на проживающих там, так и беженцев из тех мест.

6 См. Леван Изория. Комментарий статьи 21 КГ. в кн. Леван Изория, Константин Коркелия, Константин Кублашвили, Гиорги Хубуа. Комментарий Конституции Грузии. Основные права и свободы человека. с. 145-146.

7 В решении Конституционного суда Грузии № 2/1-7 от 30 октября 1996 года истцом признаётся не ООО «Колхи», а его учредитель гражданин Тенгиз Судадзе, несмотря на то, что дело касается собственности ООО. Конституционный суд в деле «Иракли Тугуши, Лонда Сихарулидзе и другие против президента Грузии», которое касалось собственности Профсоюзов, признал истцами членов Профсоюза. По делу «Граждане: Леван Шарашенидзе, Давид Циклаури, Тенгиз Гачечиладзе и Тенгиз Чхаидзе

против президента Грузии» (№ 1/3/113, 25 декабря, 2001) одна часть судей Конституционного суда также признаёт право собственности членов ДОСААФ на его имущество. В противоположность этому Конституционный суд в определении (№ 1/14/335) от 25 июля 2005 года в связи с иском Ассамблеи Тбилисского университета отмечает, что нельзя отождествлять друг с другом права юридического лица Ассамблеи Тбилисского университета и её членов, каждый субъект является носителем собственных прав. Конституционный суд в решении от 29 января 1998 года по делу «Юрий Киракосян, Спиридон Вартамян и другие против Парламента Грузии» также заключает, что «ООО, которое формируется добровольно, само становится собственником внесённого имущества и его также защищает статья 21 КГ, как и любое другое физическое лицо. Имущество, которое партнёры внесли в общество, не создаёт их общую собственность и на это имущество не распространяются нормы, установленные Гражданским Кодексом на общее имущество. Имущество юридического лица есть собственность юридического лица как субъекта права, а не его учредителя или его участников».

8 Бесарион Зоидзе. Конституционный контроль и порядок ценностей в Грузии, Тб., 2007, с. 115.

9 См. там же, с. 99.

тельным. Конституционно-правовое понимание собственности гораздо шире, чем гражданско-правовое. В основе формирования специального, конституционно-правового понимания лежит мнение о том, что, наряду с защитой права собственности на вещь (здания и земельный участок), значительна также конституционная защита имеющих другую имущественную ценность прав. Мнение, что конституционное понимание собственности шире, чем гражданско-правовое, признанно бесспорным и не является предметом рассмотрения в предлагаемой работе.¹⁰

Понятие собственности в гражданском праве и её конституционно-правовое понимание не только не противоречат друг другу, а наоборот, дополняют друг друга. Как отмечает Бесарион Зоидзе, именно гражданское право определяет субстанцию собственности. Её гражданское содержание – основа формирования конституционного понятия. Частное право даёт ответ на вопрос, что есть собственность, а Конституция – каковы гарантии защиты этой собственности. Сущность признанной Конституцией собственности заключается в её защите от государственного вмешательства.¹¹

Понятие имущественного права должно быть понято в его прямом смысле, как субъективное частное право, имеющее материальную ценность. К этому праву не относится шанс получения и успеха простой прибыли, который не обрел ещё формы конкретного права. Интересные казусы относительно проблемы разграничения предлагает практика Конституционного суда Германии.¹²

Право собственности как гарантия субъективного права защищает право собственника на имущество, а не имущество как таковое.¹³ Конституционная гарантия собственности подразумевает право человека, а не имущественную гарантию.¹⁴

б) Конституционные гарантии на право требования собственности.

Спорным является вопрос, насколько конституционные гарантии на требование защиты со стороны государства на осуществление такого мероприятия, которое имеет материальную ценность.

Современное социальное государство берет на себя ответственность оказывать помощь определенным слоям населения в преодолении тех трудностей, которые вызваны безработицей, болезнью, возрастом или несчастным случаем. Если в таких случаях основанием для оказания материальной помощи считать создание минимальных условий существования, то возникает впечатление, что заключение права такого требования в рамки конституционной гарантии собственности оправданно. С другой стороны, это сфера упорядочения принципа социального государства, который может дать гарантию на минимум существования. Поскольку количество необходимых для социальной сферы финансовых средств зависит от количества поступающих от налогов средств, постольку невозможно создание конституционных гарантий социальной защиты, имеющих высокие стандарты. Если принять во внимание тот факт, что конституционные гарантии права собственности создают рамки определения размера налогов, было бы парадоксально на основании одной и той же статьи требовать гарантий социальной защиты и, одновременно с этим, ограничивать притягивание необходимых финансовых средств для этого мероприятия.

Выясняя вопрос распространения конституционных гарантий на право требования собственности, в первую очередь, следует проверить, возникло ли уже право требования, или дело касается ожидаемого в будущем преимущества. Если выявляется конкретное, носящее материальную ценность право, то следует установить, служит ли это право сфере «личного пользования» его адресата. Только в случае одновременного наличия этих двух предпосылок может быть использована конституционная гарантия собственности как масштаб защиты права.

Конституционная гарантия собственности подразумевает её защиту от посягательства, или её негативную сторону (*status negativis*), и

10 См. там же, с. 116-119.

11 См. там же, с. 95-98.

12 См. F. Ossenbuhl, Staatshaftungsrecht, 1998, с. 163.

13 Ipsen, Staatsrecht II, 2003, Rn. 608.

14 См. Леван Изория. Комментарий ст. 21 КГ. В кн. Леван Изория, Константине Коркелия, Константине Кублашвили, Георгий Хубуа. «Комментарий Конституции Грузии. Основные права и свободы человека». Тб., 2005, с. 145-146.

не осмысливает собственность как право требования минимума существования.¹⁵

в) Доверительноспособная собственность

Конституционное понимание собственности подразумевает доверительноспособную собственность. Это вытекает из статьи 21 Конституции Грузии, согласно которой «Собственность и право наследования признаются и гарантируются». Предмет защиты указанной нормы составляет собственность, законность которой бесспорна. С этой стороны интересно решение Конституционного суда по одному из дел,¹⁶ где предмет спора - соответствие норм, упорядочивающих лишение собственности незаконного и необоснованного имущества должностных лиц, и её безвозмездная передача государству, Конституции, в частности, праву собственности. Как отмечает суд, «При лишении собственности незаконного и необоснованного имущества должностных лиц и его безвозмездной передаче государству спорным является не существование общественной нужды или неотложной необходимости, а законность и обоснованность имущества, или распространение рамок конституционной защиты собственности на данное имущество». По мнению суда, обязательство выплаты соответствующего вознаграждения, установленного пунктом 3 статьи 21 Конституции Грузии, распространяется на приобретённое законным путём имущество, право на собственность которого бесспорно и не может распространяться на отношения, связанные с лишением незаконной и необоснованной собственности, так как в этом случае считается, что предмет спора составляет именно право собственности и его существование ставится под сомнение. Суд считает, что в этом случае нельзя проверять конституционность лишения собственности, основываясь на пункте 3 статьи 21 Конституции.

Конституционный суд Грузии указанным решением признал, что когда спорно само право собственности и сомнительно его существование, то Конституционному суду нечего рассматривать, поскольку статьёй 21 Конституции Грузии признаётся и обеспечивается не сомнительная собственность, а собственность, кото-

рая способна иметь защиту и вызывать доверие.¹⁷

2. Рамки ограничения права собственности

Гарантированное статьёй 21 Конституции Грузии право собственности не является абсолютным и ограниченным. Пункт 2 указанной статьи допускает возможность ограничения права.

а) Конституционная оправданность ограничения собственности

Для того чтобы лишение собственности конституционно-правовым путём было оправданно, необходимо его упорядочение посредством издания формального закона. Это вытекает из статьи 21 Конституции Грузии, согласно которой лишение собственности допустимо только в прямо установленных законом случаях и только в целях общественной нужды. Указанная норма требует не только соответствующего вознаграждения за лишение собственности. Тот закон, который допускает лишение собственности, должен предусматривать и порядок, и рамки осуществления соответствующего вознаграждения.

Этот конституционный порядок имеет тройную функцию: 1. служит защите гражданина, поскольку устанавливает соответствующее вознаграждение как предпосылку лишения собственности; 2. служит предупреждением законодателю, так как вменяет ему в обязанность упорядочить порядок соответствующего вознаграждения самому; 3. имеет функцию определения компетенции, так как присваивает Парламенту компетенцию соответствующего вознаграждения.

В случае лишения законной собственности должно быть соответствующее вознаграждение. Размер вознаграждения определяет суд. Это положение не следует понимать так, будто суд, наряду с законодателем, имеет правомочие независимо определять случаи лишения собственности. Подобное понимание нормы противоречит вышеуказанной прерогативе законодателя в этой сфере. Исходя из этого, следует усматривать роль суда в принятии соответствующих решений на основании нормативных

¹⁵ Ipsen, Staatsrecht 11, Grundrechte, 2003, Rn. 694.

¹⁶ Решение № 2/5/309, 310, 311 от 13 июля 2005 года.

¹⁷ См. Бесарион Зоидзе, «Конституционный контроль и порядок ценностей в Грузии». Тб., 2007, с. 97.

актов, регулирующих лишение собственности и устанавливающих соответствующее вознаграждение.

Часть 3 статьи 21 Конституции Грузии устанавливает, что лишение собственности возможно для общественной нужды. Этот постулат исключает лишение собственности в пользу частного или фискального интереса носителя публичной власти. Лишение собственности в пользу частного лица (с целью улучшения экономического положения страны или создания рабочих мест) не противоречит гарантированному Конституцией принципу защиты права собственности, если посредством этого достигается намеченная цель (необходимая общественная нужда).

б) Принцип соразмерности

Принцип соразмерности, который является важнейшим принципом правового государства, обладает скрывающей законодателя функцией. Законодательная норма, упорядочивающая возможность ограничения права собственности, должна быть средством достижения цели. Второй элемент принципа соразмерности – это то, что нормативное упорядочение должно быть обязательным для достижения намеченной цели. И третье, вызванное нормативным упорядочением ограничение права должно находиться в пропорциональной зависимости с целью ограничения.

Сущность принципа соразмерности закона, ограничивающего право собственности, заключается в адекватной предусмотрительности, с одной стороны, института собственности и личностной гарантии собственности и, с другой стороны, социальном скрывании собственности.¹⁸

IV. Сходное с лишением собственности вмешательство

Как мы уже отметили, обязательная предпосылка конституционного оправдания лишения собственности – это его обязательное осуществление на основании закона, который упорядочит вид и рамки лишения. Закон, который допустит лишение собственности без соответствующего вознаграждения, будет противоречить Конституции. Статья 21 Консти-

туции Грузии обеспечивает соответствующее вознаграждение, когда налицо законное лишение собственности. Если нет упорядочивающей соответствующее вознаграждение нормы (или посягательство на собственность незаконно по какой-либо причине), в таком случае мы имеем дело с незаконным посягательством на собственность, а не с лишением собственности, упорядоченной частью 3 статьи 21 Конституции Грузии.

В случае незаконного посягательства на собственность адресат обязан использовать то процессуально-правовое средство защиты права, которое обеспечит эффективную защиту права. Административный Процессуальный Кодекс Грузии устанавливает виды исков, которые связаны с правовыми формами деятельности административных органов. Для правовой формы каждой деятельности предусматривается соответствующее средство защиты права (иск). Административный Процессуальный Кодекс предлагает не только репрессивные, но и превентивные средства защиты права. Учитывая указанное, на первый взгляд, создается впечатление, что не остаётся места для применения института «вмешательства, сходного с лишением собственности».

В каждодневной жизни часты случаи, когда стороне собственника невозможно избежать вреда с применением процессуально-правового средства защиты права. В этом случае, несмотря на то (или именно потому),¹⁹ что посягательство на собственность происходит вне законных оснований, выплата соответствующей компенсации становится необходимостью. Правовую основу осуществления указанного вознаграждения создаёт не пункт 3 статьи 21 Конституции Грузии, а институт, «сходного с лишением собственности вмешательства», сформировавшийся в рамках судейского права.²⁰

¹⁹ Старая судебная практика Германии (BGHZ 6,270,290) считала основанием для возмещения вреда пункт 3 ст. 14 Основного закона с той аргументацией, что если в случае законного посягательства необходимо соответствующее вознаграждение, это тем более значительно в случае незаконного посягательства. Конституционным судом Германии этот подход был отвергнут, хотя судебная практика не отказалась от применения института подобного вмешательства лишения собственности, а изменила его обоснование.

²⁰ См. Леван Изория. Комментарий ст. 21 КГ. В кн. Леван Изория, Константинэ Коркелия, Константинэ Кублашвили,

V. Конституционный контроль над нарушением права собственности

Подпункт «а» пункта 1 статьи 39 органического закона «О Конституционном суде» присваивает право обращаться с иском в Конституционный суд физическим и юридическим лицам, «Если они считают, что нарушены или, возможно, непосредственно будут нарушены признанные Главой Второй Конституции Грузии их права и свободы». В процессе проверки требования относительно статьи 21 Конституции Грузии важно познание конституционно-правового понимания собственности, что, как подтверждает судебная практика, часто не столь уж просто.²¹

При осуществлении конституционного контроля над нарушением права собственности, в первую очередь, следует установить содержание и рамки сферы защиты поправленных прав. Затем следует установить факт ограничения права и, наконец, конституционное оправдание ограничения.

Заслуживает внимания решение Конституционного суда Грузии от 25 марта 1997 года по делу «Леван Пурцхванидзе против Парламента Грузии». Истец счёл антиконституционной статью 154 Жилищного Кодекса, которая давала собственнику право прервать заключенный с арендатором на неограниченный срок договор только в том случае, если суд устанавливал, что жильё требуется самому собственнику и членам его семьи для личного пользования.

При определении содержания и рамок сферы защиты собственности арендодателя возникает вопрос, имеет ли арендодатель абсолютное право расторгнуть договор об аренде в соответствии с собственным желанием или он обязан предусмотреть статью 154 Жилищного Кодекса, которая устанавливает, что он должен доказать, что сданная в аренду собственность требуется ему для личного пользования. Вместе с тем, арендодатель обязан за три месяца вперёд предупредить арендатора о расторжении договора аренды. Отвечая на этот вопрос, мы исходим из характера объекта собственности. В рассмат-

риваемом случае имеем дело с таким объектом собственности, который затрагивает чужой интерес, т.е. интерес арендатора. Соответственно, право арендодателя как собственника подвергается определённому ограничению и поэтому сфера защиты его собственности оказывается в определённых рамках.

Здесь мы можем иметь дело с ограничением права, так как закон, в частности статья 154 Жилищного Кодекса Грузии, устанавливает случай и условия ограничения арендодателя.

Конституционность ограничения права должна быть проверена на основе пункта 2 статьи 21, который создаёт формальную основу ограничения собственника. Ограничение права собственника допустимо в определённом законом случае и в установленном порядке. С этой точки зрения ограничение собственника конституционно оправданно. Что касается материальной стороны этой нормы, или конституционности её содержания, это должно проверяться с учётом принципа соразмерности. Конституционный суд должен был дать ответ на вопрос, арендодатель ограничен ли в своём праве более, чем мера статьи 154 Жилищного Кодекса.

Конституционный суд счёл исковое требование основательным и удовлетворил его. В решении суда сказано, что статья 154 Жилищного Кодекса Грузии ограничивает право собственника, поскольку собственник обладает правом владения, пользования и распоряжения своим имуществом. В данном же случае ограничивается право распоряжения собственника, так как распоряжение подразумевает решение судьбы имущества самим собственником без оговорок всякого рода условий.

Это решение Конституционного суда вызвало справедливую критику специалистов²². Суд недооценил социальную функцию арендованной квартиры и, исходя из этого, односторонне присвоил преимущество собственнику. При интерпретации нормы суд вышел за рамки Конституции, в частности, цели пункта 3 статьи 21, который подразумевает соразмерный учёт интересов как собственника, так и других. Отно-

Георги Хубуа. Комментарий Конституции Грузии. Основные права и свободы человека. Тб., 2005, с. 159.

21 Анализ судебной практики см. Леван Изория. Комментарий статьи 21 КГ. В кн. Леван Изория, Константинэ Коркелия, Константинэ Кублашвили, Георги Хубуа. «Комментарий Конституции Грузии. Основные права и свободы человека». Тб., 2005, с. 160-173.

22 Критику см. Леван Изория. Комментарий статьи 21 КГ. В кн. Леван Изория, Константинэ Коркелия, Константинэ Кублашвили, Георги Хубуа. «Комментарий Конституции Грузии. Основные права и свободы человека», с. 164-165; См. Бесарион Зоидзе. «Конституционный контроль и порядок ценностей в Грузии». с. 103-104.

сительно договора об аренде это означает, что право владения и пользования собственностью относится не только к сфере защиты собственника, но затрагивает и интересы арендатора.²³

Заслуживает интерес решение Конституционного суда № 1/2/411 от 19 декабря 2008 года по делу «ООО «Русэнергосервис», ООО «Патара Кахи», АО «Горгота», индивидуальное предприятие Гиви Абакелия «Фермер» и ООО «Энергия» против Парламента Грузии и Министерства энергетики Грузии».

В указанном споре заслуживает внимания возможность установления соответствия ограничения осуществления предпринимательской деятельности конституционному праву собственности, поскольку право свободного предпринимательства и конкуренции защищает статья 30 Конституции Грузии, которая также стала основанием иска. Конституционное право собственности не подразумевает защиту ожидаемой от предпринимательской деятельности прибыли. Исходя из этого, роль суда заключается именно в том, чтобы правильно усмотреть, в какой степени мы имеем дело с конституционным правом собственности.

В указанном деле предметом спора стала конституционность подпункта «г» статьи 2 закона Грузии «Об электроэнергетике и природном газе» (в той части, которая касается реализации большей электроэнергии (мощности) по сравнению с установленными «Правилами электроэнергетического (мощности) рынка» объемом на розничного потребителя электроэнергии), а также пункта 1 статьи 7 приказа №77 от 30 августа 2006 года министра энергетики Грузии «Об утверждении правил электроэнергетического (мощности) рынка» относительно пункта 1 и пункта 2 статьи 21 Конституции Грузии и первого предложения пункта 2 статьи 30.

Подпункт «г» статьи 2 закона Грузии «Об электроэнергетике и природном газе» определяет понятие деятельности по распределению электроэнергии. Согласно указанной норме, деятельность по распределению электроэнергии есть «получение электроэнергии (мощности) из двух или более двух, независимых друг от друга пунктов подачи электроэнергии, эксплу-

атация распределительной сети и реализация больше установленного «Правилами электроэнергетического (мощности) рынка» объема электроэнергии (мощности) на розничного потребителя. Пункт 1 статьи 7 приказа № 77 от 30 августа 2008 года министра энергетики Грузии «Об утверждении правил электроэнергетического (мощности) рынка» устанавливает тот конкретный объем электроэнергии, даже в случае реализации которого розничному потребителю возможна деятельность по распределению электроэнергии. По данной норме, «для деятельности по распределению электроэнергии» соответствующее лицо должно осуществлять реализацию электроэнергии розничному потребителю объемом не менее 120 млн. киловатт-час в год.

Из конституционного иска выясняется, что в результате действия спорных норм истцы – малые распределительные компании, которые распределяли электроэнергию объемом менее 120 млн. квт-ч, были лишены лицензий на распределение электроэнергии, поэтому они не допускаются на рынок распределения электроэнергии. В результате лишения лицензии истцам было ограничено право пользования принадлежащими им распределительными сетями электроэнергии по функциональному назначению, или было ограничено их право пользования собственностью. В конституционном иске истцы указывают, что согласно статье 21 Конституции Грузии для подобного ограничения права собственности необходимо существование «необходимой общественной нужды». По их утверждению, не установлено, какую необходимую общественную нужду представляет определение минимального количества реализуемой распределительными компаниями электроэнергии, и почему необходима реализация конкретно не менее 120 млн. квт-ч электроэнергии. Соответственно, по их мнению, спорные нормы противоречат пункту 1 и пункту 2 статьи 21 Конституции Грузии.

Конституционный суд удовлетворил конституционный иск, и спорные нормы были признаны неконституционными относительно пункта 1 и пункта 2 статьи 21 Конституции Грузии и первого предложения пункта 2 статьи 30.

Оценивая спорные нормы по отношению к статье 21 Конституции Грузии, суд заостряет

23 Германская судебная практика и наука признают права собственности арендатора. См. Michael/Morlok, Grundrechte, Nomos, 2008, ст. 201.

внимание на взаимоотношении предпринимательской свободы и права собственности. Суд считает, что не существует свободы предпринимательства без свободного и гарантированного права собственности. Их взаимосвязь настолько тесна, что существование правового блага одного определяется вторым благом, со свободой собственности ассоциируется свобода предпринимателя.

Конституционный суд оценивает конституционность спорных актов относительно пункта 1 и пункта 2 статьи 21 Конституции Грузии. Поскольку суд даёт толкование указанной нормы, постольку отмечает, что первым пунктом собственность признаётся как основное право, вторым же пунктом устанавливаются рамки его ограничения. Суд, основываясь на собственной практике, оценивает положение пункта 1 – «Собственность ... признаётся и гарантируется» как гарантию института частной собственности и основного права человека.

При проверке ограничения права собственности суд обращает внимание на функциональное, целевое назначение имущества истцов. Несмотря на то, что формально они не были лишены правомочий на пользование и распоряжение, это не значит, что их право не было ограничено с превышением. Владение имуществом утратит смысл, если имущественные права субъекта будут лишены содержания. Содержание собственности гарантировано только тогда, когда собственник может полностью осуществлять осмысленное в собственности правомочие в функции объекта собственности, согласно детерминированной воле. Исходя из этого, суд считает, что законодатель должен предоставить собственнику возможность применения по назначению свой собственности, что, в первую очередь, подразумевает личное отношение самого собственника к объекту собственности. Именно это представляет проявление собственности как позитивного содержания вещного права.

Суд заостряет внимание на необходимости защиты принципа соразмерности. По мнению суда, ограничение конституционного права оправданно только тогда, когда легитимная цель достижима таким образом, что не происходит отчуждения между подверженным ограничению благом и носящим его субъектом. Ограни-

чение подразумевает справедливый баланс интересов, а не такой случай, когда место одного интереса занимает второй. Поскольку предусмотренное спорным актом средство не вызывается необходимостью, не видно, что этот путь ограничения права единственный и непреложный путь, посредством которого в наименьшей степени могли быть ограничены права истцов. Необходимость средства вызвана необходимыми обстоятельствами, и у неё нет другой альтернативы. Такой подход к средству исключает искусственность ограничения. Вызванное необходимостью ограничение может быть оправданно применением. Только такое ограничение отвечает требованиям практического разума и готовности субъекта признать право ограничения как непреложную необходимость.

Это решение Конституционного суда Грузии заслуживает внимания постольку, поскольку в нём дан анализ, который опирается на принцип соразмерности и приводит к соответствующему результату.

VI. Заключение

Статья 21 Конституции Грузии признаёт и гарантирует собственность как основное право человека. Сущность признаваемой Конституцией собственности заключается в её защите от государственного вмешательства. Основные элементы конституционного понятия собственности – это распоряжение и сохранение субстанции. Именно в ней проявляется конституционная защита собственности. Такой подход к понятию собственности признан в грузинской конституционной доктрине и практике Конституционного суда.

Возможность ограничения конституционного права собственности заложена в самой внутренней структуре конституционного права. Пункт 2 статьи 21 в случае необходимой общественной нужды даёт законодателю право ограничения собственности. Таким образом, ограничение конституционного права человека оправданно только на основании общественных интересов. С этой точки зрения решающее значение имеет принцип соразмерности. Он является значительным элементом конституционного контроля. Его функция – установление рамок ограничения прав человека со стороны государства. Определяющие элементы содержания указан-

ного принципа: допустимость, необходимость и соответствие. Значение для законодательства принципа соразмерности, ограничивающего собственность, проявляется, с одной стороны, в необходимости института собственности и личностной гарантии собственности и , с другой стороны, достойного учёта социальной скванности собственности.

В практике молодого Конституционного суда Грузии нередки случаи, когда не устанавливаются рамки ограничения собственности и правовой интерес. С другой стороны, можно выделить решения, в которых суд на основании богатого опыта Европейского суда рассуждает о том справедливом балансе, который должен существовать между защитой права собственности и общими интересами.

Злоупотребление правом собственности и условие неотчуждаемости по грузинскому и французскому праву

Тамар Зарандия*

Тея Джугели**

В труде авторы анализируют злоупотребление правом собственности и условие неотчуждаемости согласно грузинскому и французскому праву. Суды широко применяют недопустимость злоупотребления правом собственности в процессе разрешения соседских споров. В статье рассматриваются понятие злоупотребления правом собственности и критерии, по которым оно может быть установлено, анализируется связанная со злоупотреблением правом как французская, так и грузинская судебная практика. Следует отметить, что Гражданский кодекс Франции не знает законодательной дефиниции злоупотребления правом собственности, но, несмотря на это, французской юриспруденции не составило труда установить злоупотребление правом собственности в конкретном случае и сказать, что собственник злоупотребляет своим правом, начиная с того, когда он использует его с единственным намерением – нанести вред другому лицу. Интересно, что как французская, так и грузинская судебная практика в этом случае обращается к понятию законного (признаваемого) интереса. В то же время, если использование права собственности может перерасти в злоупотребление правом, то сохранение собственности не может быть квалифицировано как злоупотребление правом.

Относительно собственности интересен вопрос об условии неотчуждаемости, о котором ничего не говорится в грузинской доктрине. Может ли право собственности ограничиваться в одном из своих элементов – распоряжении?

В статье рассматриваются существующие в грузинском законодательстве случаи условия неотчуждаемости – например, выкуп и договор о пожизненном содержании. В заключении авторы делают вывод, что правильнее, если, подобно французскому праву, существующее в договоре условие неотчуждаемости будет считаться действительным, если оно носит временный характер и оправдывается законным интересом. По мнению авторов, если допустить, что условие неотчуждаемости будет постоянным, то это очень исказит режим собственности.

I. Введение

Понятие собственности прошло долгий путь развития. Связанные с собственностью споры берут начало ещё в Античную эпоху. Начиная с Платона, собственность представляла одну из самых значительных проблем в истории развития человеческой мысли. Собственность рассматривалась как результат человеческого труда (Джон Локк), как продукт ожидания человека (Иеремия Бентам), как первоисточник развития капитализма и конфликта между классами (Карл Маркс).¹ Оценка собственности совершенно неоднородна в истории мышления. Собственность отождествляют то с благосостоянием и свободой, то с нравственным падением, социальной несправедливостью и войной.² В XIX веке в основу понятия собственности была положена либеральная концепция, которая рассматривала собственность как абсолютную и неограниченную категорию. Хотя, если когда-то право собственности было абсолютным, сегодня оно не является таковым. «Суверенитет» собственника весьма условен. Сегодня собственность на землю имеет всё более растущие экономическую и социальную функции, и, можно сказать, она превратилась в право-функцию.³ Современная собственность и, тем более, земельная собственность налагает на собственника столько обязательств, которые, возможно, в ряде случаев не дают ему

* Профессор Тбилисского государственного университета экономических отношений, декан юридического факультета Сухумского государственного университета.

** Заместитель-декана юридического факультета Тбилисского государственного университета им. Ив. Джавахишвили.

1 Barlow Burke and Joseph Snoe. Property, Aspen publishers, 2004, с. 3.

2 Ричард Паипс. Собственность и свобода. Библиотека Тбилисской школы политического обучения, 2004. с. 21.

3 См. Ладо Чантурия. Собственность на недвижимые вещи, ТГУ, Тб., 1994 с.52-53; Бесарион Зоидзе. Социальная функция вещного права, ж. «Человек и Конституция», 1997, №2, с.25-30.

преимуществ.⁴ Хотя принятая во французском праве и закреплённая статьёй 544-ой Гражданского кодекса Франции известная формула: «Право собственности предоставляет собственнику максимум прерогатив, которые могут быть у человека на собственность» - всё же сохраняет свою ценность. Ввиду своего «фундаментального характера» и своей «конституционной ценности», это право занимает высший ранг среди других прав.⁵ Действительно, защита права собственности была бы невозможна без конституционных гарантий.⁶ В современном праве собственность есть результат таких неотъемлемых свойств физического лица, как свобода и свободное волеизъявление, которые являются всеобщей принадлежностью. Более того, именно эта всеобщность есть значительнейшее достижение цивилизации в правовой сфере. В одном из решений Конституционного суда Грузии по делу «Граждане Заур Элашвили, Сулико Машия, Русудан Гогия и другие против Парламента Грузии» отмечалось: «Игнорирование основных прав и свобод человека, в особенности же права собственности, исключает развитие свободной рыночной экономики, обеспечение достойной жизни общества и его отдельных членов и политическую, экономическую и социальную стабильность. Экономическая мощь демократического, правового и социального государства опирается именно на уважение и защиту права собственности».⁷ В международном праве оно признаётся как право привилегированного ранга. И всё же сегодня ограничение собственности в праве уже обычное явление и право признаёт публично-правовое и частноправовое ограничения этого права. Цель предлагаемой работы сравнительно-правовое исследование злоупотребления правом и условия неотчуждаемости на примерах грузинского и французского права.

4 В связи с правом на землю см. Леван Изория. Защита права собственности на землю, недра и природные ресурсы. Сравнительно-правовой анализ по германскому и грузинскому праву, дис. т. Геттинген. 11.01.2002, изд. «Бона кауза».

5 Конституционный Совет Франции. 1982 г., 16 января: JCP G 1982, 1119788; D 1983 с.169; 1984 г., 4 июля: D 1990 с.209 В связи с правом собственности см. также: 1) Catala, Arshives. Phil dr., t.43, 1966, с.61; 2) Mousseron, Raynard, Revet Melangis Colomer, Litec, 1993 г.с.281.

6 Паата Турава. Предисловие к вышеназванному дис. т. Левана Изория, с.7

7 Решение Конституционного суда Грузии №2/1-370, 382, 390, 402, 404; 18 мая, 2007 г.

II. Злоупотребление правом собственности

1. Злоупотребление правом собственности в грузинском и французском праве

а) О злоупотреблении правом собственности вообще

Кроме редчайших исключений субъективные законы не являются самовольными. Правда, они целенаправлены на удовлетворение индивидуальных интересов, но все же не придают их владельцу неограниченных прерогатив. Об абсолютном характере собственности и ее ограничениях много говорится. Собственность, как уже отмечалось, по своему полному, абсолютному характеру – особое право, хотя это вовсе не означает того, что использование права собственности не сопровождается какого-либо вида ограничениями и его носитель может действовать только исходя из своих интересов. Каждому праву сопутствует обязанность.⁸

Поэтому интересно, когда имеет место злоупотребление правом собственности со стороны собственника? Свобода собственности ограничивается только теми рамками, которые ей устанавливает закон.

б) О злоупотреблении правом собственности в грузинском праве

Раздел Гражданского кодекса Грузии о недопустимости злоупотребления правом собственности имеет большое значение. Согласно части 2-ой статьи 170-ой, «Злоупотреблением правом собственности будет считаться такое пользование собственностью, благодаря которому наносится вред только другим таким образом, что неясно преимущество интересов собственника и неоправданна необходимость его действий». В то же время Гражданский кодекс Грузии не ограничивается этой одной статьёй и общей нормой запрещает злоупотребление правом собственности вообще. Согласно статье 115-ой ГКГ, «Гражданское право собственности должно осуществляться правомерно. Недопустимо использование права собственности только с той целью, чтобы нанести вред другому лицу. Недопустимо также, чтобы право собственности стало орудием нанесения вреда и в нём место правового блага заняло зло».⁹ Интересен также раздел части

8 См. Теа Джугели, Философское понятие права, с. 3.

9 См. Бесарион Зоидзе, Вещное право Грузии, «Меридиан»,

3-ей статьи 8-ой Гражданского кодекса: «Участники правовых отношений обязаны добросовестно осуществлять свои права и обязанности». Таким образом, право собственности ограничено теми рамками, которые устанавливает ему закон.

Вопрос злоупотребления правом собственности актуален и в корпоративном праве, в ряде случаев имеет место злоупотребление правом владения акцией.¹⁰

в) О злоупотреблении правом собственности во французском праве

В Гражданском кодексе Франции в отличие от Гражданского кодекса Грузии нет понятия злоупотребления правом. Согласно известной статье 544-ой Code Civil, «Собственность есть наиболее абсолютное право пользования и распоряжения вещами, если только она не будет применяться в запрещённом законами или регламентами виде». Несмотря на это, во французской юриспруденции довольно много трудов о злоупотреблении правом собственности. По отдельности рассматриваются злоупотребление правом собственности (*abus de droit propriete*) и злоупотребление правом собственности при недоговорных обязательствах злоупотреблении правом собственности вообще;¹¹

г) Грузинская и французская судебная практика о злоупотреблении правом собственности

Несмотря на то, что Code Civil не знает понятия злоупотребления правом собственности, французский суд на основе нарушения именно статьи

Тб., 2003, с. 108.

10 См. И. Бурдули. Имущественные отношения в акционерном обществе, ТГУ. 2008, с. 205.

11 В комментариях статей 559, 581, 628 и 1382 ГК Франции говорится о границах использования права собственности, установленных соответствующими статьями. В том случае, если будет иметь место превышение пользования этими правами во вред другим, встанет вопрос о гражданско-правовой ответственности. Именно этот последний связывает эти статьи друг с другом, иначе говоря, деликты, квази-деликты и злоупотребления правом собственности объединяет результат – гражданско-правовая ответственность. О злоупотреблении правом собственности в недоговорных обязательствах см. 1) CA Caen 21 févr. 2002: L'éternelle distinction entre abus du droit de propriété et troubles anormaux du voisinage, D. 2002. somm. 2512, obs. Nadège Reboul-Maupin ; 2) CA Grenoble, 1re ch. civ., 30 juin 1998: Empiètement et abus de droit, D. 2000. 472, note Marie-Christine Lebreton; 3) Cass. 3e civ. 7 juin 1990, 7 nov. 1990 : La défense du droit de propriété contre un empiètement ne saurait dégénérer en abus, RTD civ. 1991. 562, note Frédéric Zénati ; 4) Req. 3 août 1915 : Propriété, caractère absolu, abus de droit, GAJC 12e éd. no. 67.

544-ой установил нарушение правил права собственности ... нарушение права ограждения своего земельного участка, исходя из его ложного использования. Суд постановил, что в конкретном случае было налицо злоупотребление правом. Обстоятельства дела были следующие: Жюль Кокерель приобрёл земельный участок длиной приблизительно в 170 метров и шириной от 10 до 12 метров на территории Тролли-Брейс, напротив ангара дирижаблей, построенного Адольфом Клеман-Байером, приблизительно в 90 метрах. Кокерель, который был не в ладах с Байером, на границе своей собственности и перед воротами ангара Клеман-Байера построил два деревянных каркаса приблизительно длиной в 15 метров и высотой от 10 до 11 метров и с отдалёнными друг от друга на несколько метров четырьмя железными прутьями. Эти деревянные каркасы не были перекрыты. Они располагались на расстоянии длины 25-30 метров друг от друга в интервале нескольких метров. Поэтому во время сильного ветра маневренность вылёта и возвращения дирижаблей Клеман-Байера была очень осложнена. Такое положение вызвало повреждение одного из дирижаблей.

Чтобы оправдать свои действия, Кокерель доказывал, что он, проведя эти работы, пытался пробудить интерес Клеман-Байера. Он хотел, чтобы Клеман-Байер купил его земельный участок за более высокую цену. Именно это и было его интересом как собственника. Он не отрицал, что подобное действие могло принести ему какую-либо пользу, и, по его мнению, польза заключалась в том, что обеспокоенный этими действиями, Клеман-Байер заплатит ему за земельный участок желаемую для него цену.

Таким образом, французской юриспруденции пришлось доказывать, что собственник злоупотребил своим правом, начав с того, когда использовал его с единственным намерением – нанести вред другому лицу. В данном случае же – возведение на земельном участке такой конструкции, которая не приносит его владельцу никакой пользы и не имеет другой цели, кроме как нанесения вреда другому, - представляет классический пример злоупотребления правом собственности.

Следует сказать, что в теории злоупотребления правом собственности есть и объективные критерии оценки. Важно то, что действие собс-

твенника должно быть лишено всякой пользы для самого собственника и вредно для других. Отсюда же, безусловно, вытекает намерение нанесения вреда. Но для самого собственника понятие неимения пользы может вызвать разные толкования. По делу «Кокерель против Клеман-Байера» суд счёл, что возведённые собственником конструкции не приносили ему «никакой пользы», в то время как сам собственник предполагал с помощью этого средства получить за свой земельный участок более высокую цену. Т.е., с одной стороны, польза существовала. Но этого недостаточно. В этом случае только факт пользы не решает вопроса, так как, по разъяснению суда, эта польза не была «признаваемой», поскольку обуславливаемый ею интерес не был серьёзным и законным. Во французском праве это привело к мысли о нормальном назначении права собственности.¹²

Интересно, что и в грузинской судебной практике мы встречаемся с указанием на законный интерес вредителя. Для примера мы можем указать на определение № ас-572-955-06 Верховного суда Грузии от 1 марта 2007 года, в котором отмечается, что, согласно статье 115-ой Гражданского кодекса Грузии, «Гражданское право должно осуществляться правомерно. Недопустимо использование права с целью нанесения вреда другому лицу». Исходя из указанной статьи, основной принцип злоупотребления правом представляет то, что осуществление права одним из субъектов гражданского права не должно ущемлять права и законные интересы второго субъекта. Пользование гражданскими правами должно осуществляться добросовестно. Гражданский кодекс Грузии считает недопустимым пользование правом с той целью, чтобы при его посредстве нанести вред другому лицу. В этом случае должен явно проявляться законный интерес носителя вреда и пользование правом собственности не должно ставить своей целью причинение только вреда другому лицу.¹³

12 См. Francois Terre, Philippe Simler, Droit Civil, Les biens, 6-e edition, Dalloz, 2002, no. 307, no. 313; H. Capitant; F. Terré, Y. Lequette: Les grands arrêts de la jurisprudence civile: Tome 1. Introduction. Personnes – Famille – Biens – Régimes matrimoniaux – Successions. 11e édition. 2000. Editions Dalloz, 325.

13 Палата по гражданским, предпринимательским и делам по банкротству Верховного суда Грузии, № ас-572-955-06, 1 марта 2007 года, Тб., Указывается: <http://practice.supremecourt.ge/Text.asp?SSID=420701734&JID=1268>.

Французская судебная практика знает и такие решения, где доказательство намерения причинения вреда отыскивается вне факта самого злоупотребления правом, в тех несогласиях, которые существовали и до этого между этими двумя соседями.¹⁴ Таков был случай, когда после разногласия по определённому вопросу один из соседей строит стену напротив дома другого соседа с явной целью – закрыть вид второму соседу. Это строительство было не на пользу ему и было продиктовано злым намерением,¹⁵ поэтому и была дана квалификация злоупотребления правом.

Следует отметить и то, что теория злоупотребления правом собственности в некотором роде родственна гражданской ответственности. Между прочим, в связи с вынесенными по этому вопросу решениями в основном учитывается статья 1382-ая Code Civile.¹⁶ Но здесь не налицо «чистое» использование этой статьи. Злоупотребление правом собственности есть имеющее особую природу действие, и вопрос об ответственности может встать только тогда, когда злоупотребление будет установлено на основании своих собственных критериев. Если не налицо злоупотребление правом собственности, то вопрос о возмещении вреда не рассматривается вообще. В современном праве теории злоупотребления правом «конкуренцию оказывает» теория соседских воздействий. Современная юриспруденция и судебная практика дают возможность применения и теории соседских воздействий.¹⁷

2. Злоупотребление правом собственности или защита собственности?

Интересна ещё одна позиция в связи со злоупотреблением правом собственности, которая высказана Кассационным судом Франции

14 Civ.см. 20 января 1964 года D.1964. 518, JCP 1965.11. 14035, RTD, civ.1972. 395, см. Droit Civil: Etude de cas: Les biens: Annexe, <http://www.carlscoaching.com/article-28702370/htm>.

15 Gatiен contre epoux Tatopoulos, 71-13-473, <http://www.carlscoaching.com/article-28702370.html>.

16 Любое действие лица, которое наносит вред другому лицу, вменяет обязанность тому лицу, по вине которого произошло нанесение вреда, его возмещение. Code Civil, Dalloz, 106 ed., 2007, ст.1382.

17 См. Gatiен contre epoux Tatopoulos, Возведение стены с целью закрыть вид, уменьшить освещение и вход. <http://www.carlscoaching.com/article-28702370.html>.

по делу «Эло против Леклера Морле».¹⁸ Месьё Эло и Леклер Морле были собственниками двух смежных домов в Руане, разделённых одной общей стеной. Месьё Леклер Морле разрушил общую стену и построил новое здание. В начале же строительства Эло предупредил его, чтобы он прекратил эти работы, так как они захватывали его земельный участок. Несмотря на это предупреждение, Леклер Морле продолжил и завершил строительство этих конструкций. Месьё Эло подал жалобу на Леклера Морле в Руанский суд и потребовал разрушить новое строение и укрепить расшатанное здание. По его мнению, демонтаж построенной конструкции не имел альтернативы, и он категорически требовал его. Кроме того, он требовал выплаты 3 000 франков как возмещение вреда.

Как мы видели, в данном случае воля Эло непременно достичь разрушения построенной конструкции наносит серьёзный вред Леклеру Морле и, возможно, в незначительной степени полезно для самого Эло. Поэтому такое требование с самого же начала вызывает подозрение в недобросовестности. Когда собственник требует демонтировать построенную конструкцию, несмотря на то, что его интерес может быть в экономическом понимании гораздо менее значительным, чем интерес лица, построившего конструкцию, не налицо ли в этом случае также злоупотребление правом? Иногда французский суд оценивал подобные случаи как злоупотребление правом, но если это решение иногда принимали судьи нижестоящих судов, то его систематически отвергал Кассационный суд. Позиция Кассационного суда по этому вопросу такова: исходя из статьи 545-ой Гражданского кодекса Франции, «Защита права собственности против присвоения не может быть квалифицирована как злоупотребление правом».¹⁹ Другими словами, если использование права собственности может перерасти в злоупотребление правом, то сохранение её (собственности) не может квалифицироваться как злоупотребление.

18 См. H. Capitant; F. Terre, Y. Lequette: Les grands arrêts de la jurisprudence civile: Tome I. Introduction. Personnes – Famille – Biens – Régimes matrimoniaux – Successions. 11e édition. 2000. Editions Dalloz, (7) с. 334.

19 См. H. Capitant; F. Terre, Y. Lequette, названный труд, с. 324-325.

III. Условие неотчуждаемости

1. Условие неотчуждаемости в грузинском и французском праве

а) Об условии неотчуждаемости вообще

Основа частного права – частная автономия. Эта последняя выражается в свободе каждого лица упорядочивать свои частноправовые отношения согласно собственной воле, или «частное право дает свободу, чтобы сами участники его обращения устанавливали и перераспределяли между собой права и обязанности».²⁰ Свобода договора – главное понятие частного права. Это значит, что сторона по своей воле может решить, желает она или нет заключить договор, с кем, в связи с чем и на каких условиях, а также когда должен быть выполнен или изменён договор. «Именно в договорной свободе личность проявляется как носитель имущественных прав».²¹ В то же время интересно, можно ли предположить, что фундаментальный принцип договорной свободы подразумевает то, что стороны могут предусмотреть и договором ограничение права собственности на условии неотчуждаемости, и будет ли оно всегда действительным?

б) Законодательство и судебная практика об условии неотчуждаемости

Относительно собственности не лишён интереса вопрос об условии неотчуждаемости. Во французском праве этот вопрос стал спорным по делу «Кремье против Реньяра и других». Фактические обстоятельства дела были следующие:

Месьё Де Сент-Коломб подарил детям всё своё имущество, разделив его между ними. Хотя в договоре о дарении было заложено условие, что даритель оставлял за собой право usufructa и дети при жизни отца не могли, даже с его согласия, отчуждать или закладывать подаренное им имущество.

Впоследствии сам Сент-Коломб взял в долг у месьё Реньяра сумму в размере 100 000 франков и заложил usufruct на подаренное им недви-

20 Теа Джугели. Эволюция понятия обязательства в частном и публичном праве, ж. «Человек и Конституция», 2005, №3, с. 86.

21 Бесарион Зоидзе. Рецепция Европейского частного права в Грузии, Тб., 2005, с. 269.

жимое имущество. Получившие подарок дети включились в этот акт и вместе с отцом сочли себя солидарными должниками, заложив право собственности на это недвижимое имущество.

После смерти Сент-Коломба месьё Кремьё дал в долг 12 000 франков одному из получивших дар лицу - мадам Де Понс, которая в качестве гарантии этого долга заложила один из подаренных ей домов.

После того как дома были выставлены на продажу, кредитор Кремьё оспорил очерёдность кредитора Реньяра в распределении долгов, мотивируя это тем, что залог последнего был недействительным, поскольку Сент-Коломб внёс в акт дарения своим детям условие запрета на отчуждение и дачу в залог.

Этот случай для нас интересен постольку, поскольку грузинское законодательство не выражает прямого отношения к условию неотчуждаемости. Что такое условие неотчуждаемости? Может ли даритель передать в дар имущество на том условии, что оно никогда не будет отчуждено? Когда и при каких обстоятельствах условие неотчуждаемости является действительным? Условие неотчуждаемости серьёзно ограничивает собственность, так как это есть ограничение правомочия распоряжения. Гражданский кодекс Грузии знает несколько форм такого ограничения.

Выкуп – когда стороны могут договориться, что в течение согласованного срока продавец может вновь выкупить проданную вещь. В то же время кодекс содержит императивное требование, связанное со сроком давности права выкупа, в частности, срок выкупа не должен превышать 5 лет.²² Согласно статье 513-ой Гражданского кодекса Грузии, если покупатель до осуществления права выкупа подверг вещь отчуждению, такое отчуждение недействительно. Таким образом, в нормах выкупа явно есть ограничение распорядительных правомочий нового собственника 5-летним сроком.

Другой случай, который также ограничивает распорядительные правомочия собственника, – это договор о прижизненном содержании. Здесь, в Гражданском кодексе Грузии, специальной статьёй предусматривается недопустимость от-

чуждения переданного имущества²³ и говорится, что при жизни находящегося на содержании лица содержатель не имеет права отчуждать, отдавать в залог или нагружать каким-либо иным способом переданное имущество без письменного согласия находящегося на содержании лица. В этом случае мы также имеем ограничение правомочия распоряжения, хотя здесь законодательством устанавливается неограниченный срок (жизнь личности).²⁴

Вышеприведенные примеры ничто иное, как законодательные ограничения распорядительных правомочий собственника. Можно ли думать, что фундаментальный принцип договорной свободы подразумевает, что стороны могут предусмотреть такие ограничения и посредством договора, и будет ли такое условие неотчуждаемости действительным? Различные мнения по указанному вопросу возникли и во французских судах, где был принят ряд противоречащих друг другу решений. В частности, по решению Лионского суда: «С учётом того, что статьи 537-ая и 544-ая Наполеоновского кодекса определяют собственность (как) самое абсолютное право пользования предметами и их распоряжением ... С учётом того, что условие акта дарения искажает один из элементов права собственности, который является его составной частью; – что, правда, свободное распоряжение собственностью было бы полностью уничтожено, если бы получатели подарков не могли в течение неопределённого времени ни отчуждать и ни отдавать в залог подаренное имущество ... в результате последовало бы то, что имущество, которое подчинялось подобного рода соглашению, получило бы статус изъятого из коммерции, неиспользуемого имущества, было бы исключено из обращения и кредита, находилось бы в «застывшем» положении и не подлежало бы отчуждению ... что стало бы ущемлением социальной экономики и общественного порядка, что свободное пользование имуществом – органический принцип права собственности – по существу имеет цель...»²⁵ Вердикт Кассационного суда был таков: «Суд ... ввиду того, что собственность есть право пользования и распоряжения предметами

23 Гражданский кодекс Грузии, статья 945.

24 См. в связи с этим Тамар Зарандия. Место и сроки выполнения договорного обязательства. Тб., 2005. с. 38-39.

25 Н. Capitant; F: Terre, Y. Lequette, Названный труд, с. 342.

22 Гражданский кодекс Грузии, статья 514.

в наиболее абсолютном виде, только если оно не будет применяться в запрещённом законами или регламентами виде; что ни один закон не запрещает отцу семейства, который дарит своё имущество своим детям, оставить узурфрукт или для обеспечения своих интересов, или права на его возвращение, которое может быть присуждено ему в один день, навязать детям условие не отчуждать или не отдавать в залог подаренное имущество при его жизни; что этот временный запрет в интересах навязанного отца-дарителя не может отождествляться с абсолютным и неограниченным запретом отчуждения, за результатом которого следовало бы изъятие имущества из обращения на долгое время».²⁶

2. Законность условия неотчуждаемости

Итак, когда же условие неотчуждаемости является действительным? Вышеприведенное постановление Кассационного суда Франции произвело в определённой мере унификацию высказанных ранее мнений, связанных с этим вопросом. Суд доказал, что условие неотчуждаемости было законным только тогда, когда оно носило «временный» характер и входило в «интерес дарителя». Таким образом, условие неотчуждаемости не должно быть постоянным, так как режим собственности был бы тогда весьма искажён. Согласно французскому праву, такое же положение возникает и в случае запрета на неотчуждаемость, которое продолжалось бы в течение всей жизни собственника.²⁷ Взамен Кассационный суд решил, что положение о неотчуждаемости, внесённое в контракт в интересах распорядителя или третьего лица, приобретает временный характер в течение всей жизни бенефициара.²⁸

Что касается требования легитимного интереса, во французском праве оно используется в широком понимании. Легитимный интерес налицо, когда мы имеем интерес распорядителя, который желает гарантировать использование своего права на выкуп²⁹ или обеспечивает со-

хранение имущества в своей семье.³⁰ Условие неотчуждаемости может быть внесено в договор в интересах и третьего лица. Например, оставленное по завещанию имущество может быть объявлено неотчуждаемым в руках легата, чтобы обеспечить получение пожизненной ренты. Согласно французскому праву, если законность такого условия станет спорной, тому, в чьих интересах это условие, придётся доказывать существование серьёзных и легитимных интересов.³¹ Указанное противоречит общему принципу, согласно которому бремя доказательства возлагается на то лицо, которое требует признать недействительность сделки. Обычно именно оно обязано доказывать существование того правового дефекта, на котором основывается его требование. В этом случае перенос бремени доказательства оправдан «анормальным характером» условия неотчуждаемости, который нарушает принцип свободного пользования имуществом.³²

И, наконец, следует сказать, что во Франции за указанными решениями, принятыми в связи с условием неотчуждаемости, последовали и законодательные изменения. Первоначальная редакция Гражданского кодекса Франции содержала только одну статью, это была статья 900-ая, согласно которой, «Любое распоряжение между живыми ... будет считаться недействительным, если в нём оговаривается невыполнимое условие или такие условия, которые противоречат закону и благому нраву». По закону от 3 июля 1971 года в Гражданский кодекс Франции вошла новая статья: 900-1, которая постановляет, что условия неотчуждаемости, которые касаются подаренного или переданного по завещанию имущества, в силе, только если они временны и оправданны серьёзным и легитимным интересом.³³

3. Результаты нарушения условия неотчуждаемости

Интересно, каковы санкции за нарушение условия неотчуждаемости?

Если условие неотчуждаемости закладывалось в договор о дарении и даритель желает, чтобы вещь осталась в руках одарённого им

26 Там же, с. 343.

27 Там же, с. 344.

28 См. в связи с этим следующие судебные решения: Civ.1954 г. 27 июля, Bull. civ.1, № 37, Civ. 1, 1994 г. 15 июня и другие. Указано по Н. Capitant; F: Terre, Y.Lequette, Названный труд, с. 344.

29 Civ. 1, 1985 г. 20 ноября. Указано по Н. Capitant; F: Terre, Y. Lequette, Названный труд, с. 344.

30 Civ. 1, 1994 г., 15 июня, прес., Указано по Н. Capitant; F: Terre, Y.Lequette, Названный труд, с. 344.

31 Там же.

32 Там же.

33 Code Civil, dalloz, edition 2008, art.900-1ю с. 1029

лица (ввиду чего устанавливал указанное условие), то французская судебная практика постановила, что требовать недействительности отчуждения вещи имеет право только то лицо, в пользу которого было заложено условие неотчуждаемости в акт дарения, касается ли это дарителя, получателя дара или третьего лица. Когда внесённое как условие в договор о дарении условие неотчуждаемости ставит целью гарантию выплаты пожизненной ренты, нельзя требовать признания недействительности до тех пор, пока не истечёт срок этих прав, которые являются юридической основой этих отношений. Поэтому действие, осуществлённое дарителем при его жизни, не может быть отвергнуто его наследниками.³⁴

Осуществлённое по закону от 3 июля 1971 года Гражданского кодекса Франции изменение не содержит никакого положения, связанного с условием неотчуждаемости. На каком основании тогда можно требовать признания недействительности? Существует мнение, что это статья 1143-я Гражданского кодекса Франции, согласно которой кредитор имеет право требовать уничтожения того, что было осуществлено с нарушением обязательства, и он может получить согласие на его уничтожение на средства должника вместе с возмещением вреда, если для этого существует правовое основание. Существует и противоположное мнение: поскольку статья 1143-я даёт право на «материальное разрушение, уничтожение», а не на признание недействительности³⁵, постольку более убедительно говорить о том, что здесь налицо изъятие вещи из гражданского обращения. Условие неотчуждаемости становится схожим с «вещной нагрузкой», которая делает невозможным пользование недвижимым имуществом.

И последний вопрос, который касается условия неотчуждаемости и направлен против условия неотчуждаемости, - это вопрос о защите приобретателя при отчуждении. В этом случае, при установлении границ действия санкции, важное значение имеют субъективные отношения приобретателя. Вне сомнения, что приобретатель может понести ущерб, если он недобросовестный

или если он знал о бремени неотчуждаемости, которое было наложено на полученное имущество. В этом случае он выступает как соучастник лица, нарушившего условие неотчуждаемости, и, по статье 1382-ой французского права, на него налагается возмещение вреда.³⁶ В создавшейся ситуации самым адекватным исправлением нанесённого вреда будет принуждение приобретателя вернуть имущество. Но как следует решить спор, если приобретатель добросовестный? Когда дело касается движимого имущества, французское право, так же как и грузинское³⁷, знает презумпцию собственности, связанную с движимыми вещами. «Относительно движимых вещей владение приравнивается к правоустанавливающему документу»³⁸. Поэтому добросовестный приобретатель, по статье 2279-ой Гражданского кодекса Франции, будет защищён, если дело касается недвижимого имущества, а акт (продажа, дарение, завещание), который содержит условие неотчуждаемости, подлежит публичной регистрации.

IV. Заключение

Итак, можно сказать, если когда-то собственность была неограниченным правом, то сегодня она на самом деле не является таковой. Ограничения права собственности носят частноправовой или публично-правовой характер. Со своей стороны, частноправовые ограничения могут быть законными и договорными. Недопустимость злоупотребления правом знает почти вся современная кодификация, и суды часто обращаются к ней при решении соседских споров. Хотя в Гражданском кодексе Франции нет законодательной дефиниции злоупотребления правом, в конкретном случае французской юриспруденции не составило труда установить злоупотребление правом и сказать, что собственник злоупотребляет своим правом начиная с того, когда он использует его с единственным намерением – нанести вред другому лицу. Грузинское право признаёт понятие злоупотребления правом, и оно применяется в судебной практике. Наряду с этим, согласно французской доктрине, значи-

34 Req. 1893 г. 27 ноября DP 94.1.566: Req. 1923 г. 16 января DP 1923.1.1776 Указано по Capitant; F: Terre. Y.Lequette, Названный труд, с. 345..

35 Saignat, De la clause portent defense d'aliener, these Bordeaux 1896, p.128, Capitant; F:terre, Y.Lequette.

36 Любое действие лица, которое наносит вред другому лицу, обязует того, по чьей вине произошло нанесение вреда, возместить вред.

37 Согласно статье 158-ой ГКГ, в случае движимых вещей «владелец вещи предполагается её собственником».

38 Code Civil, dalloz. Edition 2008, art 2279. с. 2261.

тельно то, что действие собственника должно быть лишено всякой пользы для самого собственника и вредно для другого. Хотя для самого собственника понятие неимения пользы может вызвать разные толкования. Польза, на которую указывает собственник, должна быть «признаваемой», а обуславливающий её интерес должен быть серьёзным и законным. Интересно, что грузинская судебная практика также обращается к понятию законного интереса. В то же время, если применение права собственности может перерасти в злоупотребление правом, сохранение собственности нельзя квалифицировать как злоупотребление правом, как это видно и из рассмотренного нами примера.

Относительно собственности интересен вопрос об условии неотчуждаемости, о котором в грузинской доктрине ничего не говорится. Может ли право собственности быть ограничено в одном из своих элементов – распоряжении? Грузинское законодательство знает несколько случаев таких ограничений. Но если условие неотчуждаемости не оправданно никаким интересом и является постоянным, будет ли оно действительным? Во французском праве условие неотчуждаемости имеет законную силу только тогда, когда оно носит «временный» характер и оправдывается законным интересом. По нашему мнению, именно так оно должно толковаться и в грузинском праве, так как, если допустить, что условие неотчуждаемости может быть постоянным, разумеется, это очень исказит режим собственности.

Защита прав собственности в практике Европейского суда по правам человека

Вафаддин Ибаев*

Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод является наиболее важной формой приверженности государств-членов Совета Европы ценностям демократии, мира и справедливости, а также соблюдению фундаментальных прав и свобод всех лиц, живущих в их странах. Конвенция является составной частью правовой системы Азербайджанской Республики и имеет обязательный характер для судов и официальных органов власти. Более того, суды должны отдавать приоритет Конвенции и ее прецедентному праву перед любым внутренним законом, противоречащим им.

Последние годы в Европейском суде по правам человека было рассмотрено много дел, в решениях по которым Суд приходил к выводу, что государство выходило за рамки своего усмотрения и нарушало право собственности. Изучение прецедентного права Европейского суда, касающегося права собственности, гарантированного статьёй 1 Протокола №1, создаст основу для единообразного применения норм права и защиты права собственности граждан.

I. Важность применения прецедентного права Европейского суда

Совет Европы как форум общеевропейского сотрудничества концентрирует свою деятельность на проблематике защиты прав человека, правового, гуманитарного сотрудничества, взаимодействия в социальной сфере, в области культуры, распространения информации и охраны природы. Обязательным условием членства в этой международной организации является принятие на себя обязательств, вытекающих из положений Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ).

Данные обязательства представляют собой комплексный механизм декларирования и коллективного соблюдения определенных стандартов в области прав и свобод человека. При этом в отличие от других международно-правовых актов данная Конвенция и 13 протоколов к ней содержат нормы, позволяющие добиваться эффективного соблюдения её положений посредством деятельности Европейского суда по правам человека (Европейский суд).

Основная задача Европейского суда – обеспечение четкого соблюдения норм Конвенции. Ратификация Конвенции и признание юрисдикции Европейского суда означает также и то, что деятельность всех азербайджанских органов государственной власти, в особенности судебных, их решения и применяемые процедуры, равно как и решения законодательных органов, не должны противоречить положениям Конвенции.

После того как 25 января 2001 года Азербайджан присоединился к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод и признал при этом обязательную юрисдикцию Европейского суда, огромное значение для нашей правовой системы приобрёл учёт прецедентной практики этого суда. Необходимо подчеркнуть, что с этого момента в силу требований Конституции Азербайджанской Республики (ч. II, ст. 148) постановления Европейского суда (как устанавливающие нормы толкования Конвенции) имеют для нашей правовой системы такое же значение, как и нормы международного права. Поэтому уяснение азербайджанскими правоприменителями выносимых Европейским судом решений и постановлений, закрепляющих правовые позиции суда по конкретным делам, но применимых и в других, аналогичных по факту случаях, позволяет тщательнее унифицировать правоприменительную практику и эффективно защищать права и свободы, как они сформулированы в Конвенции и толкуются Европейским судом.

Ратификация ЕКПЧ и признание обязательной юрисдикции Европейского суда по правам человека позволяют всем лицам, находящимся под юрисдикцией Азербайджанской Республики (независимо от их гражданства), обращаться при соблюдении ряда условий в Европейский суд за защитой своих прав, которые они полагают нарушенными государством.

* Судья Верховного суда Азербайджанской Республики, Кандидат юридических наук.

Европейский суд не является высшей инстанцией по отношению к судебной системе государства – участника Конвенции. Суд рассматривает конкретные жалобы с тем, чтобы установить, действительно ли были допущены нарушения требований Конвенции. Однако Суд вправе присудить «справедливое удовлетворение претензии» в виде финансовой компенсации материального ущерба и морального вреда, а также возмещение выигравшей стороне всех издержек и расходов. Констатируя имевшее место нарушение прав человека и присуждая пострадавшему лицу финансовую компенсацию, Европейский суд фактически указывает государству на необходимость исправления расхождения норм национального права, а также правоприменительной практики в соответствии со стандартами Совета Европы, закрепленными в ЕКПЧ (в том виде, как понимает их сам Европейский суд).

Решения и постановления Европейского суда обязательны лишь для государства – ответчика по делу, однако фактически они носят прецедентный характер, поскольку в соответствии с принципом *stare decisis* Европейский суд при вынесении новых решений руководствуется оценками и подходами, которые он сформулировал ранее по другим аналогичным делам.¹ Таким образом, большой практический интерес представляют тексты постановлений и решений Европейского суда, которые позволяют ориентироваться в реальном смысле статей Конвенции.

В постановлении пленума Верховного суда Азербайджанской Республики от 30 марта 2006 г. «О применении положения Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод и прецеденты Европейского суда по правам человека при совершении правосудия» отмечается, что при толковании нормы Конвенции о защите прав человека и основных свобод наряду с его контекстом должна учитываться последующая практика применения договора, которая устанавливает согласие участников относительно его толкования.

Азербайджанская Республика как участник Конвенции о защите прав человека и основ-

ных свобод признает юрисдикцию Европейского суда по правам человека обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и протоколов к ней в случае предполагаемого нарушения Азербайджанской Республикой положений этих договорных актов, когда предполагаемое нарушение имело место после вступления их в силу в отношении Республики Азербайджан (15 апреля 2002 г.) Поэтому применение судами вышеназванной Конвенции должно осуществляться с учетом практики Европейского суда по правам человека во избежание любого нарушения Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

При этом следует учитывать, что для азербайджанских правоприменителей представляет интерес и имеет большое значение прецедентная практика Европейского суда не только по делам, прямо относящимся к Азербайджанской Республике, но и по делам против других стран. В условиях быстрого роста числа выносимых Европейским судом решений и постановлений его правовые позиции постоянно развиваются и для правильного их понимания и учёта при подготовке и рассмотрении «азербайджанских жалоб» следует внимательно изучать практику суда в отношении всех государств – участников Европейской Конвенции.

Активное взаимодействие с Европейским судом и рецепция создаваемых им норм прецедентного права в области охраны прав человека – это реалия развития азербайджанского права и азербайджанской правоприменительной практики по демократическому пути. Именно с этой целью в Указе президента Азербайджанской Республики «О модернизации судебной системы» от 19 января 2006 г. рекомендовано Верховному суду Азербайджанской Республики изучение и возможности применения судами республики прецедентов Европейского суда по правам человека.

Эффективное применение Конвенции и постановлений Европейского суда основывается в действительности не только на воле и убеждении национальных судей, но и на владении ими правом Конвенции. Система европейской защиты прав человека, без сомнения, не сможет действовать, если судебная практика в Страсбурге не будет известна лицам, практикующим право в государствах, подписавших

¹ Ханлар Гаджиев. Прецедент в деятельности Европейского суда по правам человека. Сообщение Конституционного суда Азербайджанской Республики, № 2-3, 2004. с. 219.

Конвенцию, в частности судьям. Только хорошо зная сложную и разнообразную практику Суда, национальный судья сможет эффективно ее применять. Для этой цели, в первую очередь, необходимо публиковать и рассылать всем судам постановления на языке данной страны. Учитывая важность указанной общей меры, 18 декабря 2002 года Комитет Министров принял Рекомендацию Rec(2002) 13 «Опубликование и распространение в государствах-членах текста Европейской Конвенции о правах человека и прецедентного права Европейского суда по правам человека». В рекомендации подчеркивалось, что «легкий доступ к прецедентному праву Суда исключительно важен для эффективной имплементации Конвенции на национальном уровне, так как это позволяет обеспечить совместимость внутригосударственных решений с этим прецедентным правом и предотвращать нарушения».

Значимость применения прецедентного права Европейского суда не встречает упорного сопротивления со стороны национальных судов Азербайджана. Вместе с тем, нам кажется, что дискуссии о полном или частичном признании решения Суда как прецедента² не лишены основания. Мнение В.Д.Зорькина о том, что решения Европейского суда являются составной частью российской правовой системы лишь «в той степени, в какой они выражают общепризнанные принципы и нормы международного права»,³ тоже даёт пищу для размышления.

II. Естественный характер права собственности

В правовой доктрине право собственности рассматривается как естественное право, как истинная публичная свобода. Частная собственность в этом понимании представляется выражением личной свободы. Она отражает положение человеческой личности в имуществен-

ной области и призвана обеспечить развитие личности. «Без элементарной формы института собственности и правовых норм, защищающих ее, нельзя говорить о правах человека. И это потому, что частная собственность позволяет обеспечить свободу экономических и социальных отношений при уважении к таким принципам, как равенство, человеческое достоинство и справедливость. Частная собственность является экономическим основанием общества в той же мере, в какой разделение властей – основанием политического режима».

В любом правовом государстве защищенность частной собственности рассматривается как высшая ценность.

Право собственности, рассматриваемое под углом гражданского права, определяется как субъективное право, которое предоставляет своему субъекту право использовать вещь в соответствии с ее природой и назначением, использовать и располагать ею исключительно и постоянно, в рамках при полном соблюдении положений закона.

В Гражданском кодексе Франции собственность определяется как «священное и неприкосновенное право». Никто не может быть лишён этого права ни государством, ни каким-либо другим лицом. По сравнению с предшествующими формами или другими реальными правами собственность является абсолютной. Она не абсолютна в самой себе. Современная собственность в своих правовых проявлениях не является абсолютной ни с точки зрения права пользования вещью, ни с точки зрения распоряжения этой вещью. Это происходит потому, что данное право осуществляется в пределах, предусмотренных законом. Понятие абсолютного права указывает на то, что субъективное право каждого конкретного лица всегда поставлено в отношении к праву любого другого лица, как и во всяком реальном праве.

В правовом государстве и демократическом обществе право собственности неприкосновенно и священо.

Согласно Конституции Азербайджанской Республики, собственность неприкосновенна и охраняется государством. Каждый обладает правом собственности. Никто не может быть лишён собственности, иначе как по решению суда. Полная конфискация имущества

2 Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судебское право. М.2006. с.475-494.

3 Зорькин В.Д., Конституционный Суд России в европейском правовом поле, Журнал российского права. 2005 № 3, с.4; Выступление Председателя Конституционного Суда Российской Федерации В.Д. Зорькина на Московской Международной конференции «Единое правовое пространство Европы и практика конституционного правосудия» (Москва, 26-29 октября 2006 г.), Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание № 12/2006 с. 126-127.

не допускается. Отчуждение собственности для государственных или общественных нужд может допускаться только при условии предварительного справедливого возмещения её стоимости.

Право собственности – это право субъекта на владение, пользование и распоряжение по своему усмотрению принадлежащим ему имуществом (вещью), признанным и защищенным со стороны государства (статья 152.1 Гражданского кодекса). Однако государство дает гарантию на признание и защиту права собственности, приобретенного над движимым и недвижимым имуществом, лишь в установленных законодательством порядке и обстоятельствах. Право собственности на недвижимое имущество переходит к приобретающему лицу с момента регистрации его передачи в государственном реестре недвижимости.

Достижение равновесия между общественными интересами и вмешательством в право собственности индивидуума гарантируется представлением собственнику соразмерной денежной компенсации. В данном случае речь идёт о возмещении того, что собственник вынужден мириться с определенным законом способом перехода отчуждения имущества и передачей права собственности иному лицу в силу необходимости обеспечения общественных интересов.

Ограничение права собственности во всех случаях должно быть точным и достаточно детализированным. Ограничение права собственности – не правило, а исключение из правила; оно возможно лишь на основаниях, предусмотренных в законе, не подлежащих расширительному толкованию.

Интерес представляет мнение Г.Гаджиева: «Концепция правового государства требует, чтобы «тяжелое ядро» основного права или его сущность в любом случае не было затронуту законодателем. Но при этом Конституция России допускает возможность «лишения имущества». Обратим внимание – лишение именно имущества, а не права собственности. Здесь мы имеем дело с юридической фикцией – можно лишить собственника конкретного имущества, но, поскольку гарантируется право на предварительное и равноценное возмещение, «тяжелое ядро» права собственности, его сущность как бы сохраняется».

Конституционные гарантии статьи 35 Конституции России, на наш взгляд, представляют собой найденный в конституционном праве разумный баланс, или компромисс между необходимостью учета как конституционных принципов демократии, так и правового государства при решении проблемы принудительного отчуждения имущества для государственных нужд.⁴

III. Содержание статьи 1 Протокола №1 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, вытекающее из ее толкования Европейским судом по правам человека

Право собственности как одно из основных, неотъемлемых и важных прав занимает особое место в международно-правовых актах о правах и свободах человека.

Главным положением Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, содержащим гарантию имущественных прав физических и юридических лиц, является статья 1 Протокола №1 Конвенции, которая сформулирована следующим образом: «Каждое физическое или юридическое лицо имеет право беспрепятственно пользоваться своим имуществом. Никто не может быть лишён своего имущества, кроме как в интересах общества и на условиях, предусмотренных законом и общими принципами международного права».

Предыдущие положения ни в коей мере не ущемляют право государства обеспечивать выполнение таких законов, которые ему представляются необходимыми для осуществления контроля над использованием собственности в соответствии с общими интересами или для обеспечения уплаты налогов или других сборов или штрафов».

Включение права собственности в Европейскую Конвенцию вызывало споры. История появления данной статьи Протокола №1 к Конвенции была очень сложной, что следует уже из самого факта, что настоящие положения намеренно не были включены в текст самой Конвенции. По сути дела, государства разумно решили

⁴ Гадис Гаджиев. Защита права собственности в конституционном праве Российской Федерации, Роль Конституционных судов в обеспечении права собственности. Москва, 2001. с.40.

не задерживать принятие основного его текста, по которому согласие было достигнуто, из-за сохранявшегося несогласия по вопросу защиты экономических прав. Лишь полтора года спустя указанные выше положения были включены в Протокол №1 к Конвенции.

Несмотря на это, появление новых норм не повлекло за собой быстрого развития правоприменительной практики в направлении более широкой защиты имущественных прав физических и юридических лиц. Так, контрольные органы Конвенции, то есть Комиссия и Суд по правам человека, долгое время применяли крайне осторожный подход к данным положениям и истолковывали их крайне ограниченно.

В 1982 году Европейский суд в решении по делу «Спорронг и Лоннрот против Швеции» в корне изменил установившийся подход и положил начало переосмыслению и переоценке прав экономического характера. Европейский суд указал, что статья 1 Протокола №1 к Конвенции содержит три различных правила: первое правило, выраженное в первом предложении пункта 1, являющееся общим правилом, устанавливает принцип уважения собственности; второе правило, содержащееся во втором предложении пункта 1, относится к лишению имущества и условиям такого лишения; третье правило, содержащееся в пункте 2, устанавливает, что договаривающиеся стороны обязаны *inter alia* контролировать использование собственности в соответствии с общими интересами. При этом все три правила не являются обособленными и связаны между собой. Второе и третье правила в некоторой степени связаны с определенным вторжением в право на уважение собственности и должны толковаться в свете общего принципа, изложенного в первом правиле⁵.

В отношении конкретного содержания права на беспрепятственное пользование имуществом, гарантированного в первой фразе статьи 1 Протокола № 1 в деле «Маркс против Бельгии», Суд сделал уточнение о том, что «право беспрепятственного пользоваться имуществом», закрепленное в статье 1, гарантирует, в сущности, право собственности».⁶

Что же касается диапазона прав, гарантированных статьей 1, Суд с учетом эволюции в

обществе и экономике государств-участников постепенно переходит от понятия собственности к гораздо более широкому понятию, включающему всю совокупность интересов экономического характера. Суд признал, что гарантии статьи 1 Протокола № 1 распространяются на экономические интересы, вытекающие из получения социальных пособий, владения акциями, владения недвижимостью, землей и т. д. Суд неоднократно констатировал нарушение статьи 1 Протокола № 1 вследствие отказа государства исполнить решения внутренних судов, обязывающих выплату заявителю определенных денежных сумм, например, в счет зарплат, пенсий и т.д.

Можно сказать, что Суд, действуя в каждом конкретном случае (*case by case*), продолжает расширенно толковать понятие «имущество», гарантии и режим которого регулируются статьей 1 Протокола № 1.

В соответствии с судебной практикой органов Конвенции, понятие «собственности» может включать в себя как «существующее имущество», так и имущественные ценности, включая права требования, в силу которых заявитель может претендовать, по меньшей мере, на «законное ожидание» получения эффективного пользования правом собственности.

Европейский суд в решении по делу «Кот против Российской Федерации» указал, что долг, подлежащий выплате на основании имеющего обязательную юридическую силу судебного постановления, влечёт за имеющим обязательную юридическую силу судебным постановлением «оправданное ожидание» скорой выплаты, что может считаться «собственностью», в соответствии со статьёй 1 Протокола №1 к Конвенции. Отмена вступившего в силу судебного решения поколеблет веру заявителя в обязательность судебного решения и лишит возможности получить законно причитающиеся ему денежные средства.⁷

Европейский суд напомнил, прежде всего, что Конвенция как таковая не гарантирует права на пенсию по старости или на социальные выплаты в конкретном объеме. Тем не менее, «требование», даже относительно пенсии, может представлять собой «собственность» согласно содержанию статьи 1 Протокола №1 к Конвен-

5 Sporrang and Lönnroth v. Sweden (Article 50) – 88 (18.12.84).

6 Marckx v. Belgium – 31 (13.6.79).

7 Kot v. Russia, no. 20887/03 (Sect. 1) (Eng) – (18.1.07).

ции, если оно имеет достаточные основания в национальном законодательстве, например, если оно подтверждено судебным решением, вступившим в законную силу.

В решении по делу «Юрий Романов против Российской Федерации» Европейский суд признал, что перерасчёт пенсий был законный и преследовал общественный интерес (в частности, эффективное и единообразное осуществление расчета пенсий), но в то же время возникал вопрос о соблюдении требования соразмерности при применении такой меры.

Суд указал, что перерасчёт пенсий и их последующее сокращение в размере как таковые не нарушают статью 1 Протокола № 1 к Конвенции. Однако ретроспективный перерасчёт с сокращением размера пенсии налагал индивидуальное чрезмерное бремя на заявителя и не соответствовал положениям статьи 1 Протокола №1 к Конвенции. В связи с этим Европейский суд напомнил положения постановления по делу «Праведная против Российской Федерации», в котором указывается:

«Интересы общества, по общему признанию, могут включать в себя эффективную и скоординированную схему государственных пенсий, ради которой государство может корректировать свое законодательство.

Однако, возможный публичный интерес государства в обеспечении единообразного применения Закона о пенсиях не должен приводить к ретроспективному перерасчёту ранее присужденной денежной суммы. Европейский суд счёл, что, лишив заявителя права на получение пенсии в размере, установленном в окончательном судебном решении, государство нарушило справедливый баланс между рассматриваемыми интересами».⁸

В отношении имущественных прав, подпадающих под защиту статьи 1 Протокола № 1, необходимо иметь в виду, что с точки зрения Конвенции эти права далеко не абсолютны. Другими словами, не любое и не всякое государственное вмешательство в их осуществление является нарушением Конвенции, в ряде случаев государство имеет право вмешиваться в их осуществление на определенных условиях.

При рассмотрении критериев допустимого вмешательства в имущественные права нельзя забывать, что во всех странах государство имеет достаточно большую свободу усмотрения в оценке «требование общего интереса» и что эта свобода значительно больше в сфере экономической деятельности, чем в сфере политической. Следует напомнить, что данный вопрос касается государственной политики в экономической и социальной области, которая всегда оставалась заповедной зоной, недоступной международному контролю.

В рамках Конвенции внешний контроль со стороны Европейского суда имеет место, хотя последний и признает широкую свободу государства в отношении того, чтобы самому оценивать необходимость тех или иных мер. Более того, не всякий дисбаланс между необходимостью защиты прав и интересами общества приводит к констатации нарушения Конвенции. Практика показывает, что Суд признает нарушение только тогда, когда имеет место значительный дисбаланс, крайне серьезно отражающийся на правах заинтересованных лиц.

В решении по иску «Спорронг и Лоннрот против Швеции» Суд установил принцип, который лёг в основу всей последующей судебной практики по статье 1: «Для целей настоящего положения (Протокола №1) Суд должен установить, было ли соблюдено справедливое равновесие между требованиями общественного интереса и требованиями защиты основных прав частных лиц».⁹ Несмотря на кажущийся весьма общим характер данного принципа, его значение фундаментально. Суд, определяя, было ли соблюдено в обстоятельствах каждого конкретного дела указанное справедливое равновесие, делает вывод именно о наличии или отсутствии нарушения в данном деле. В упомянутом деле Суд счёл, что длительное действие разрешений на отчуждение собственности заявителей, сопряжённое с действующим в течение всего этого времени запрещением на строительство, заставило заявителей нести «особое и чрезмерное бремя», что, в свою очередь, нарушило «справедливое равновесие, которое должно существовать между защитой права собственности и требованиями общественных интересов».

8 Yuriy Romanov v. Russia, no. 69341/01 (Sect. 2) (Eng) – (25.10.05).

9 Sporrang and Lönnroth v. Sweden – 52 (23.9.82).

В деле «Джеймс и другие против Великобритании» Суд дал развернутую характеристику доктрины справедливого баланса. Мера, лишаящая лицо собственности, должна не только преследовать законную цель в «общественных интересах», но и должна способствовать соблюдению разумного соотношения пропорциональности между выбранными средствами и преследуемыми целями.

Категория общественных или общих интересов дважды используется в тексте статьи. В общих интересах возможны и лишение собственности, и контроль над её использованием. Наличие общественной необходимости устанавливается государством. Принципиальная позиция Европейского суда по данному вопросу, заявленная в решении по делу «Джеймс и другие против Великобритании», заключается в том, что национальные власти лучше знакомы с местной спецификой и поэтому лучше, чем международные судьи, могут оценить, что составляет общественный интерес. Суд, находя естественным, что поле для усмотрения, предоставленное законодательному органу при проведении социальной и экономической политики, должно быть широким, будет уважать суждение законодательного органа относительно того, в чем заключается «общественный интерес», если только у этого суждения не будет явно отсутствовать разумное основание.

Одно из главных требований статьи 1 Протокола №1 к Конвенции заключается в том, что любое вмешательство публичных властей в уважение собственности должно быть законным. Верховенство права, один из фундаментальных принципов демократического общества, провозглашено во всех статьях Конвенции и влечёт за собой обязанность со стороны государства или публичных властей следовать решениям или постановлениям суда, которые вынесены не в их пользу.

Лишение собственности может наступить вследствие нарушения правил её использования. В делах «Хэндисайд против Великобритании» и «Агоси против Великобритании» Суд рассматривал конфискацию как форму контроля над использованием собственности, соответствующую статье 1 Протокола № 1.

Вызывает интерес безвозмездное изъятие имущества у собственника в форме конфиска-

ции. Общество не будет ни справедливым, ни гуманным, если преступники будут иметь большую свободу действий, чем законопослушные граждане. Преступники часто используют своё имущество для преступной деятельности – в качестве средств для нарушения имущественных и личных прав других лиц. Такое имущество может быть конфисковано в установленном законом порядке. Конфискация имущества также имеет своей целью оказывать влияние на мотивацию преступника, более индивидуализировать наказание с учётом личности преступника. Это одно из правовых средств, направленных на предотвращение, прежде всего, тяжких корыстных преступлений.

В деле «Фризен против Российской Федерации» заявительница утверждала, что её автомобиль был изъят за преступление, в совершении которого она не обвинялась, и без каких-либо на то законных оснований. Заявительница также утверждала, что она не выступала в качестве стороны защиты в рамках уголовного дела, возбуждённого в отношении её мужа, и что она не причиняла тот вред, за который была привлечена к ответственности. В соответствии с приговором суда, автомобиль был конфискован у её мужа, который не являлся его собственником. Более того, автомобиль не находился в совместной собственности супругов, поскольку был приобретен за счёт средств заявительницы.

Власти Российской Федерации утверждали, что заявительница была лишена своего имущества «в интересах общества и на условиях, предусмотренных законом».

Европейский суд отмечал, что «имуществом» в данном деле является автомобиль заявительницы, которая выступает его единственным законным и зарегистрированным в установленном порядке собственником. Именно в отношении указанного автомобиля власти Российской Федерации приняли решение о конфискации. Сторонами не оспаривается то, что данное решение представляет собой вмешательство в право заявительницы на беспрепятственное пользование имуществом и, следовательно, в данном деле применимы положения статьи 1 Протокола №1 к Конвенции. Необходимо установить, соответствует ли оспариваемая заявительницей мера пунктам 1 и 2 указанной статьи.

В разных делах Европейский суд признал,

что конфискация представляет собой «штраф» в соответствии с содержанием пункта 2 статьи 1 Протокола №1 к Конвенции, тогда как в других делах он устанавливал, что вмешательство необходимо рассматривать с точки зрения права властей государства-ответчика «контролировать использование имущества в общих интересах». Что касается данного дела, Европейский суд полагает, что нет необходимости выяснять, подпадает ли оно в первую или вторую категорию, поскольку в любом случае к нему применимы положения второго пункта статьи 1 Протокола №1 к Конвенции.

Европейский суд счел что необходимо установить, соответствовало ли вмешательство законодательству Российской Федерации и было ли достигнуто «справедливое равновесие» между требованиями интересов общества и требованиями защиты основных прав личности. Европейский суд напомнил, что первым и наиболее важным требованием статьи 1 Протокола №1 к Конвенции является то, что любое вмешательство должно быть «законным»; второй пункт указанной статьи устанавливает, что власти государства-ответчика вправе контролировать использование имущества посредством выполнения «законов». Более того, верховенство права как один из фундаментальных принципов присуще всем статьям Конвенции. Следовательно, вопрос о соблюдении справедливого равновесия между требованиями интересов общества и требованиями защиты основных прав отдельного человека может подниматься только тогда, когда будет установлено, что вмешательство законно и не является произвольным.

Европейский суд полагал, что рассуждения о наличии общественного интереса при конфискации автомобиля заявительницы, даже имеющие отношение к данному делу, не освобождают власти Российской Федерации от обязанности привести юридическое обоснование такой меры. Европейский суд отметил, что власти Российской Федерации ни в рамках уголовного дела в отношении мужа заявительницы, ни в ходе гражданского судебного разбирательства по её иску не указали ни одного положения законодательства Российской Федерации, оправдывающего подобную конфискацию.

Европейский суд напомнил, что его полномочия по контролю над соблюдением положе-

ний законодательства ограничены, поскольку первоочередной задачей властей государства-ответчика является именно толкование и применение закона. Следовательно, принимая во внимание постоянный отказ властей Российской Федерации назвать норму закона, которая легла в основу решения о конфискации собственности заявителя, Европейский суд пришёл к выводу, что указанное вмешательство в право собственности заявительницы не может рассматриваться как «законное» в соответствии со статьёй 1 Протокола № 1 к Конвенции.¹⁰

Многие решения о нарушениях права собственности связаны с необеспечением государства исполнения вступившего в законную силу решения национального суда против частного лица. В постановлении Европейского суда по делу «Фуклев против Украины» указано следующее:

«Европейский суд повторяет, что в силу статьи 1 Конвенции, высокие договаривающиеся стороны «обеспечивают каждому находящемуся под их юрисдикцией лицу права и свободы, определенные в ... Конвенции». Обязанность обеспечить эффективное соблюдение прав, закрепленных в этом документе, может выражаться в позитивной обязанности государства. При таких обстоятельствах государство не может просто оставаться пассивным и «нет... возможности провести различия между действиями и бездействием ...».

Что касается права, гарантированного статьёй 1 Протокола 1, эта позитивная обязанность может влечь определенные меры, необходимые для защиты права собственности даже в делах, касающихся судебных споров между частными лицами и компаниями. Это означает, в частности, что государство обязано обеспечить, чтобы закрепленные в законодательстве процедуры соответствовали исполнению вступившего в законную силу решения суда.

Европейский суд полагает, что бездействие судебных приставов и не осуществление национальными судами надлежащего контроля над ситуацией создает постоянную неуверенность в исполнении решения, вынесенного в пользу заявителя, и выплате причитающегося ему долга. Следовательно, заявитель должен справляться с этой неуверенностью в течение продолжительного периода времени.

10 *Frizen v. Russia*, no. 58254/00 (Sect. 1) (Eng) – (24.3.05).

Основываясь на вышеизложенном и своих выводах относительно пункта 1 статьи 6 Конвенции, Европейский суд придерживается точки зрения, что характер исполнительного производства, его общая продолжительность и неуверенность, в которой находился заявитель, нарушили «благоприятный баланс», который должен соблюдаться между вопросами публичного интереса и необходимостью защищать права заявителя на свободное владение собственностью. Следовательно, государство не выполнило свою обязанность обеспечить заявителю эффективное пользование своим правом собственности, гарантированным статьей 1 Протокола №1.¹¹

Практика Европейского суда уточняет, что лишение имущества в интересах общества не является оправданным без выплаты возмещения. В деле «Литгоу и другие против Великобритании» Суд указал, что в отсутствие компенсации Конвенция «обеспечивала бы в значительной степени не более чем иллюзорную и малоэффективную защиту права собственности». Объем компенсации выводится из принципа разумной пропорциональности. В решении по делу «Джеймс и другие против Великобритании» Суд установил, что соотношение разумной пропорциональности подразумевает наличие права на разумную компенсацию. В решении по делу «Литгоу и другие против Великобритании» Суд указал, что «изъятие собственности без выплаты компенсации, разумно связанной с её ценой, при нормальных условиях составляло бы непропорциональное вмешательство, которое не могло бы считаться оправданным в соответствии со статьей 1».

Однако, с учётом конкретных обстоятельств, при которых имело место нарушение права собственности, разумная компенсация может и не быть равна полной рыночной стоимости, например, национализированного объекта. Статья 1 не гарантирует права на полную компенсацию во всех случаях, ибо законные цели, соответствующие «общим интересам», преследуемые, например, в ходе проведения экономической реформы или мер, направленных на достижение большей социальной справедливости, могут требовать возмещения в размере меньшем, чем полная рыночная стоимость.

На сегодняшний день и Европейским судом, и господствующей среди юристов доктриной Конвенция характеризуется как конституционный инструмент европейского правопорядка, созданный с целью обеспечения минимального стандарта в области основных прав и свобод.

Эффективность правопорядка, созданного Конвенцией, во многом объясняется тем, что решения Европейского суда по правам человека непосредственно учитываются сегодня судами государств-участников в их собственной практике, что приводит фактически к прямому действию решений Европейского суда, в том числе в вопросах, касающихся прав собственности. Эти решения имеют непосредственный практический интерес для конкретного и эффективного применения Конвенции в каждом государстве-участнике, в том числе и в Азербайджанской Республике.

11 Fuklev v. Ukraine, no. 71186/01 (Sect. 2) (Eng) – (7.6.05).

Охрана собственности по ЕКПЧ – между *effet utile*, с одной стороны, и *margin of appreciation* или *judicial self-restraint*, с другой стороны

Норберт Бернсдорфф*

Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ) основывается на том принципе, что отдельное лицо может привлечь к ответственности за нарушение прав человека в Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) государство, в подчинении которого оно находится. Эта защитная система была и остается революционной как для отдельных лиц, так и для самих государств. Возникает вопрос, предлагает ли ЕКПЧ эффективную защиту собственности? – Этот вопрос ставится особенно остро после расширения сферы действия Конвенции в девяностых годах на новые государства Средней и Центральной Европы. Изменения в государственных и экономических системах этих стран привели к изменению структур собственности и тем самым вынужденно к проблемам. Предлагаемая статья имеет целью осветить касающуюся прав собственности статью 1 Первого Дополнительного Протокола к ЕКПЧ и сложившуюся по этому вопросу судебную практику.

I. Введение

После того, как Парламентская Ассамблея Совета Европы в январе 1999 года поддержала принятие Грузии в Совет Европы, Комитет Министров удовлетворил внесённое Грузией 14 июля 1996 года заявление. Принятие Грузии в качестве 41-го государства было осуществлено 27.04.1999 г. в Страсбурге. К условиям, которые были приняты Грузией в связи с вступлением в Совет Европы, относятся, наряду с ратификацией рамочного соглашения «О защите прав национальных меньшинств» и Европейской Хартии о региональных языках и языках национальных меньшинств, также и ратификация ЕКПЧ и её Дополнительных протоколов № 1, 4, 6 и 7. Они были подписаны 17 июня 1999 г.

В качестве 42-го и 43-го государств 25.1.2001 в Совет Европы были приняты Азербайджан и

Армения. Президенты обоих государств Алиев и Кочарян вместе приняли участие в церемонии в Страсбурге. И эти государства обязались ратифицировать Конвенцию. В день вступления в Совет Европы были подписаны сама Конвенция и Дополнительные протоколы № 1, 4, 6 и 7.

Почти одновременно с этим – 15.4, 26.4 и 7.6.2002 – был ратифицирован и вступил в силу в Азербайджане, Армении и Грузии Дополнительный протокол № 1 к ЕКПЧ. Одну оговорку («reservation») к статье 1 части 1 ДП №1 принял только лишь парламент Грузии.¹

II. Защита собственности – общеевропейский стандарт

Исходным пунктом каждого рассуждения по поводу отношения защиты собственности по ЕСПЧ к соответствующим государствам-членам Конвенции является тот тезис, что ЕКПЧ и предлагаемая ею защита собственности по своей сути является субсидиарным правовым инструментом. Это означает, что ЕКПЧ не вытесняет национальную защиту собственности внутри отдельного государства, а как бы дополняет ее

* Доктор права, судья Федерального Социального суда, Кассель, ФРГ.

1 Парламент Грузии заявляет, что:

1 Статья 1 Протокола не распространяется на лиц, которые имеют или примут статус «внутренне перемещённого лица» на основании закона Грузии «О внутренне перемещённых лицах» до тех пор, пока не будут устранены обстоятельства, которые обосновывают предоставление такого статуса (до восстановления территориальной целостности Грузии). В соответствии с вышеупомянутым законом Грузия берет на себя обязательство обеспечить распространение прав на собственность, которая существует на месте постоянного проживания внутренне перемещённых лиц после того, как будут устранены основания, упомянутые в ст. 1, пар. 1 этого закона.

2. Статья 1 Протокола распространяется на сферу действия закона Грузии «О собственности на земли сельскохозяйственного назначения» в соответствии с требованиями ст. 4, 8, 15 и 19 этого закона.

3. Статья 1 Протокола распространяется с ограничениями ст. 2 и 3 закона Грузии «Об объявлении частной собственностью земель несельскохозяйственного назначения, находящихся в пользовании физических лиц и юридических лиц частного права».

4. Статья 1 Протокола распространяется с ограничениями, предусмотренными законом Грузии «О приватизации государственного имущества».

5. Относительно компенсации денежных взносов на счетах бывшего Государственного банка Грузии ст. 1 Протокола действует с ограничениями, предусмотренными нормативным актом, принятым в соответствии с декретом ном. 258, принятым президентом Грузии 2.07.2001.

в том смысле, что она начинает действие лишь тогда, когда национальная защита собственности по каким-либо причинам не действует или действует в недостаточном объеме. Эта субсидиарность выражается, прежде всего, в том, что ЕКПЧ не ставит себе целью единую защиту собственности, а допускает то, что государства предоставляют своим гражданам либо более высокую степень защиты, либо – в определенных областях – дифференцированную защиту. Поэтому ЕКПЧ не требует присуждения ей какого-либо ранга в иерархии норм государств-членов Конвенции. При оценке ситуации государствам часто предоставляются определённые рамки собственного усмотрения, исходя из того суждения, что его органы и судьи находятся ближе к происходящим событиям. Ведь решения ЕСПЧ, в конечном итоге, являются в основном рекомендательными решениями, с тем результатом, что ЕСПЧ в принципе не обладает полномочиями отмены внутрисудебных правовых актов или дачи указания государству, какие средства оно должно применить для исполнения решения. Кроме того, субсидиарность означает, что иски, вносимые в ЕСПЧ, допускаются лишь после того, как истцом будут исчерпаны все имеющиеся в наличии средства правовой защиты на национальном уровне, по крайней мере те, которые могут быть рассмотрены в качестве эффективных и адекватных.

Посредством ЕСПЧ защита собственности стала к настоящему времени общеевропейским стандартом, которым европейцы могут гордиться, поскольку он предоставляет большому числу людей в Европе и далеко за рамками Европы надежную и испытанную ориентацию, основанную на европейском консенсусе. Сохранение этого стандарта требует, разумеется, своей цены. Помимо материальной поддержки правительств, решающую роль играет при этом готовность национальных органов и судов обратиться к ЕСПЧ и использовать судебную практику ЕСПЧ, а также исполнять его решения. В отличие от внутрисудебных вступивших в силу решений, решения ЕСПЧ не могут быть проведены или исполнены в принудительном порядке. Основой всего является взятие на себя обязательства статьи 46 части 1 ЕКПЧ, согласно которой «...Договаривающиеся Стороны обязуются исполнять окончатель-

ные постановления Суда по делам, в которых они являются сторонами». Система либо стоит, либо рушится, в зависимости от соблюдения этого добровольного обязательства, которое, разумеется, основывается на лежащем в сути ЕКПЧ понимании правового государства.

Случаи серьезных конфликтов между ЕСПЧ и правосудием стран-членов Конвенции в принципе редки. Более часто имеют место случаи, которые неудобны для правительств и приводят их в замешательство.

Политические проблемы могут возникнуть ввиду общего характера решений ЕСПЧ. Так это было в случае решения ЕСПЧ от 22.06.2004 «Брониовский против Польши»², когда суд был информирован по тому поводу, что примерно 80000 других лиц находятся в той же ситуации, что и истец. Речь шла о поздних результатах переноса границ Польши после Второй мировой войны с востока на запад. Тем людям, которые к востоку от определенной реки имели собственность на землю и дома, в качестве компенсации за потерянную собственность польским законодательством было обещано «кредитное право» при приобретении собственности где-либо в другом месте в Польше. Однако, это обещание практически не было выполнено. В этом случае – при помощи польского правительства – удалось достигнуть соглашения, которое имело обобщающий характер.

Другим признаком случаев, воспринимаемых в качестве политических, является степень известности вовлеченных лиц. Таковым был случай, по которому ЕСПЧ принял решение от 25.07.2002, «Совтрансавто Холдинг против Украины»³, где речь шла о конфликте между российскими и украинскими акционерами одного акционерного общества. Президент Украины Кучма включился в процесс и советовал судьям представлять интересы Украины.

Политический масштаб может получить решение ЕСПЧ также ввиду его финансовых результатов. Примерами здесь могут служить решения по вопросам т. н. новостроек в бывшей Германской Демократической Республике, или требования, представленные объединениями

2 Заявление ном. 31443/96. Решения без дачи источника могут быть найдены на странице Интернета Совета Европы: <http://www.echr.coe.int>.

3 Заявление ном. 48553/99, Reports of Judgements and Decisions 2002-VII

наильно переселённых лиц в случае Яна и Мальтцана, а также решение по случаю бывшего короля Греции по поводу представленных им требований компенсации⁴.

Ситуации, которые отличаются особой эмоциональностью, ведут подчас к постановке вопроса о том, не следует ли предпочесть предоставление защиты собственности национальным политическим инстанциям. Ответ на этот вопрос отрицательный. С одной стороны, почти все государства берут на себя задачу обеспечить «полноценную» защиту собственности», хотя они используют не ЕКПЧ, а внутригосударственные нормы по охране собственности. Тем не менее, в Европе совершенно необходим контроль собственности посредством ЕСПЧ. ЕКПЧ воплощает в себе общеевропейскую перспективу, с помощью которой наилучшим образом может просматриваться и оцениваться защита собственности в Европе. Качество, верность основным принципам и уважающий суверенитет характер решений ЕСПЧ сможет рассеять сомнения на национальном уровне.

III. Структура защиты собственности по ЕКПЧ

По прошествии многих лет сдержанности органов Конвенции в осуществлении правосудия принятые решения по делам «Спорронг и Лённрот против Швеции»⁵, «Литгоу против Великобритании»⁶, а также «Джеймс против Великобритании»⁷ оцениваются в качестве первых решений по собственности, посредством которых органы Конвенции обозначили изменение в осуществлении судопроизводства в направлении статьи 1 части 1 Дополнительного протокола. С одной стороны, они означают поворот от существующей до сих пор практики, а с другой стороны, установленные ранее основополагающие принципы по большей части сохраняют своё действие. С этой точки зрения как ориентир может быть рассмотрено также реше-

ние по делу «Маркс против Бельгии»⁸, в котором Суд впервые дал принципиальную оценку защищенным в статье 1 части 1 Дополнительного протокола правовым благам.

Право человека на защиту собственности отличается от данных национальными конституциями гарантий, прежде всего, отсутствием связи с конкретным, установленным в правовом порядке законодательством по собственности и экономике. Поэтому оно менее «выражено в нормах», каковыми являются гарантии национальных конституций. Из этого не следует, однако, что статье 1 части 1 Дополнительного протокола следует отказать в характере институциональной гарантии.

Проверка нарушения статьи 1 части 1 ДП происходит в три этапа, которые знакомы и национальным правовым системам, а именно: область защиты, вторжение в неё и оправдание вторжения. Как и в общем международном праве, спор о собственности, однако, меньше концентрируется на области защиты этого права, а в первую очередь, он сосредотачивается на возможности вторжения в право собственности из публичных интересов. Следует установить, что ЕСПЧ последовательно толкует область защиты по статье 1 части 1 ДП к ЕКПЧ в более расширенном объеме для того, чтобы достичь материальной проверки защиты других прав человека ЕКПЧ, как, например, нарушения запрета дискриминации по статье 14 ЕКПЧ. Применение этого метода имеет своё основание, заключающееся в том, что ЕКПЧ содержит пробелы (например, отсутствие свободы профессии) и эти пробелы – с целью достижения наиболее полной защиты прав человека - должны быть заполнены.

IV. Область защиты права собственности

Понятие собственности в смысле статьи 1, абзаца 1, части 1 следует понимать в широком смысле международного права. В это широкое толкование могут быть вовлечены и те права, которые не находятся под защитой в национальном праве. ЕСПЧ толкует понятие собственности в автономном порядке и присуждает ему самостоятельное значение, которое не зависит от его положения в национальном праве. Определяющим является обладание истцом

4 Решения от 22.1.2004, Заявление ном. 46720/99 и 72203/01, 30.6.2005, Заявление ном. 46720/99 и 72203/01; Решение от 30.5.2005, Заявление ном. 71916/01 и 71917/01; Решение от 23.11.2000, Заявление ном. 25701/94, Reports of Judgments and Decisions 2000-XII.

5 Решение от 23.9.1982, Заявление ном. 7151/75 и 7152/75, Serie A No. 52

6 Решение от 8.7.1986, Заявление ном. 9006/80 и 9262/81, серия A No. 102.

7 Решение от 21.2.1986, Заявление ном. 8793/79, Serie A No. 98

8 Решение от 13.6.1979, Заявление ном. 6833/74, Serie A No. 31.

правовой позиции, которая защищена по статье 1 части 1 ДП.⁹ Доказательство этого возлагается на истца.

V. Объем защиты собственности по судебной практике ЕСПЧ

а) Хотя довольно сложно вывести точные критерии из судебной практики суда, направленной на решение отдельных конкретных дел, составляющих основу для признания требования на защиту собственности, тем не менее, на ее основе возможно составление общих принципов. Исходным пунктом для ответа на вопрос, существует ли правовая позиция, заслуживающая защиту, является признание оправданного ожидания истца на получение действительного права на обладание имуществом благом («legitimate expectation of obtaining effective enjoyment of a property right»). При определении области защиты собственности национальное право не теряет своего значения. Оно решает в основном вопрос о содержании и возникновении имущественного права. Лишь вопрос о квалификации позиции собственности остаётся для самостоятельного рассмотрения ЕСПЧ.

Бесспорно то, что существенная область защиты статьи 1 части 1 Дополнительного протокола включает в себя приравненную к «existing possession» имущественную собственность, т. е. движимое и недвижимое имущество, включая возможности пользования и распоряжения. Отдельные права пользования защищаются при этом как часть основной собственности,¹⁰ если им в виде исключения не должно быть присвоено самостоятельное значение. Кроме того, согласно судебной практике, гарантия собственности распространяется и на другие вещные права, обязательно-правовые права и требования, а также денежно-выраженные правовые позиции.¹¹ Таким путем защищаются в качестве позиции права собственности – поскольку основное право свободы на профессию в ЕКПЧ и Дополнительном протоколе отсутствует – в

частности, права на доли в предприятиях¹² и другие экономические интересы («economic interests»), связанные с предпринимательской деятельностью.

Не вполне однозначна судебная практика ЕСПЧ в отношении субъективных публично-правовых требований. Ограничения делаются в основном в области социального обеспечения. Однако то, что правовые требования по отношению к публичной власти должны быть признаны в качестве позиции собственности, очевидно из многих решений суда. В общем ЕСПЧ склоняется к тому, чтобы включить в область защиты собственности субъективные права всех типов, хотя бы и с ограничениями, связанными с будущими социальными условиями, при условии, что они представляют собой экономическую ценность. Поскольку – как это представил ЕСПЧ в своем решении «Газус Дозиер-унд Фёрдертехник против Нидерландов» – право собственности не ограничивается правом на физические предметы, а включает в себя также и другие права и интересы, имеющие имущественную ценность.¹³ По сути признаются и права на возврат, на возмещение ущерба и на компенсацию по отношению как к публичной власти, так и частным лицам в качестве требований, имеющих цену собственности.

Статья 1 часть 1 ДП не называет однозначно наследственное право. Однако, право распоряжения собственностью в форме завещания всегда признавалось ЕКПЧ в качестве традиционной и основополагающей составной части права собственности.¹⁴ В противоположность этому ожидание наследника по завещанию, либо законного наследника на полное правовое наследование не обеспечивается ЕКПЧ. Нематериальные права (авторские, патентные и право на товарные знаки) также защищаются статьей 1 частью 1 ДП, тогда как право торговой марки не защищается уже с момента ее регистрации, даже если при этом, согласно национальному праву, уже возникают определенные права.¹⁵

9 Решение от 23.11.2000, сноска 4.

10 Ср. напр. Решение от 19.12.1989 - Mellacher/Austria, Заявление ном. 10522/83 и 11011/84, Serie A No. 169.

11 Сравни решение от 23.2.1995 - Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH/Netherlands, Заявление ном. 15375/89, Serie A No. 306-B.

12 Решение от 8.7.1986, сноска 6; Решение от 25.7.2002, сноска 3.

13 Сравни Решение от 23.2.1995, сноска 11.

14 Решение от 13.6.1979, сноска 8. Далее Решение от 20.10.1987 - Inze/Austria, Заявление ном. 15/86, Serie A No. 126.

15 Решение от 11.10.2005 - Anheuser-Busch Inc./Portugal, Заявление ном. 73049/01.

По сути, защищённость собственности ограничивается на «законно приобретенную» собственность». По статье 1 абзаца 1 части 1 ДП № 1 защищаться могут только такие правовые позиции, которые признаны национальным законодательством в качестве собственности носителя права.¹⁶ Приобретенная в этом смысле «незаконным путем» позиция не обладает свойствами собственности. Это не означает, однако, что любое, приобретенное в результате уголовных деяний имущество («*producta sceleris*») должно быть изъято из области защиты права собственности. Если оно в то же время приобретено согласно национальному (гражданскому) праву в законном порядке, то оно в принципе подпадает под защиту собственности. Его изъятие же должно соответствовать требованиям статьи 1 абзаца 1 части 2.

б) Поскольку речь не может идти о «*his possessions*» затребованное право или имущественный интерес должны быть достаточным образом утверждены («*be sufficiently established to be enforceable*»), т. е. уже существовать. Поэтому в понятие собственности не включены ожидания или шансы, которые еще не установились в качестве имущественно-ценностных и обеспеченных в правовом отношении позиций. Также и надежда как таковая на то, что существующее, однако, между тем, обесцененное или оспариваемое право, могло бы снова усилиться, не представляет собой собственность.¹⁷ Таким образом, можно сказать, что право на приобретение собственности не подлежит защите. Защищаются, однако, упрочившиеся обязательно-правовые позиции, поскольку они представляют собой собственность в форме приравненных к имуществу прав в смысле статьи 1 абзаца 1 ч. 1 ДП № 1.

Для того, чтобы требование попало под защиту гарантии собственности ЕКПЧ, оно не должно обязательно классифицироваться в

национальном праве в качестве защищаемой правовой позиции. Достаточно, если в национальном праве существует соответствующая законодательная основа. Правовое притязание, признанное в качестве позиции собственности, отмечается по судебной практике ЕСПЧ – в отличие от простой, не подлежащей защите надежды на получение имущественного блага – тем, что требование может опираться на законное определение, или, по крайней мере, имеет солидную базу в национальной правовой системе («*be based on a legal provision or a legal act such as a judicial decision*»). Исходя из этого, имеющий имущественную ценность интерес должен уже иметь конкретную форму («*concrete nature*»). Поэтому, с точки зрения ЕСПЧ, недостаточно, когда представленное требование на компенсацию опирается только на противоправность изъятия собственности, произведенное до вступления в силу ЕКПЧ и её ДП №1.¹⁸

Конвенция, по свидетельству суда, не гарантирует непосредственно требование на возвращение изъятой собственности. ЕКПЧ, разумеется, не возлагает на государства-члены Конвенции каких-либо обязательств по компенсации несправедливых действий или ущерба, которые являются результатом действий другого государства или оккупационных властей. Если же все-таки само государство примет решение о компенсации подобных действий, то ему предоставляются весьма широкие рамки собственного усмотрения для обоснования требований компенсации в подобных случаях. Так, в частности, ему предоставляется свобода определить самому, должны ли требования на компенсацию соответствовать определенным предварительным условиям, и если да, то в каком объеме. Таким образом, даже таким государством, каковым является Федеративная Республика Германии, которая является правопреемницей имущества Германской Демократической Республики, не устанавливаются какие-либо другие масштабы.¹⁹ Вновь возникшее требование,

¹⁶ Носителями права собственности по четкой формулировке ст. 1 абз. 1 ДП № 1 к ЕКПЧ являются не только физические, но также и юридические лица. С учетом этого обстоятельства кажется, по крайней мере, сомнительным, может ли толкование ЕКПЧ права собственности ориентироваться лишь на характер этого права как «права человека».

¹⁷ Подтверждено в Решении от 12.7.2001 - Prince Hans-Adam II of Lichtenstein/Germany, Заявление ном. 42527/87, Reports of Judgements and Decisions 2001-VIII.

¹⁸ Решение от 12.7.2001, Fußnote 18; далее Решение от 19.12.2002, сноска 2.

¹⁹ Это высказывание действует также для государств, которые сами, возможно противозаконно, произвели конфискацию, однако до вступления в силу ДП №1 в их области. Ср. Решение от 28.9.2004 - Kopecky/Slovakia, Заявление ном. 44912/98..

хотя и представляет собой имущественную ценность, может, однако, быть утверждено только при определенных условиях и с учётом установленных ограничений. Проверка этих ограничений на масштаб гарантии собственности не проводится по указанным выше причинам. Если установленные национальным законодательством условия не будут выполняться лицом, имеющим право требования, то тогда ему отказывается в наличии имущественного интереса и, тем самым, в праве собственности в смысле статьи 1 части 1 ДП. Так, искам Малхауза, де Фурс Вальдероде, Гратцингер, Полачек, Янтер и Мальтцан против Словакии, Чешской Республики и Федеративной Республики Германии по возвращению земельных участков либо реституцию было отказано, прежде всего, потому, что истцы не удовлетворяли тем предпосылкам, которые должны предшествовать возникновению подобных требований согласно национальному законодательству.²⁰ Право собственности не было достаточно обоснованным для того, чтобы быть утверждённым в смысле оправданного ожидания.

в) Приобретённая клиентура или же «good will» предприятия, под которым может пониматься, например, и адвокатское бюро, является имущественной ценностью, которая в основном причисляется ЕСПЧ к собственности. Тут особенно важно знать, необходимо ли наличие разрешения на осуществление профессии или ремесла, и изъято оно или ограничено. Согласно практике Суда, это лишение, если выдача разрешения связана с определёнными – уже отпавшими к тому времени – предпосылками, не представляет собой лишения собственности. Защита права собственности против подобных мероприятий возникает, однако, из следующего в результате лишения разрешения ущемления, выраженного по отношению к носителю разрешения доверия - «good will».

В этой очень широкой интерпретации защищаемого в качестве собственности «good will» очевидно старание ЕСПЧ, с целью наиболее эффективной защиты основных прав, истолковать в наиболее широком смысле весьма узкий каталог защищаемых ЕКПЧ основных экономических прав. Таким образом, к защите собственности причисляются такие области защиты, которые, по традиционному национальному пониманию, относятся к не защищаемым Конвенцией гарантиям свободы профессии и общей свободе экономической деятельности.

2. Классификация посягательства на собственность – правило трёх норм

Хотя статья о собственности состоит лишь из двух абзацев, она содержит в себе три различные основные правила в соответствии с формами посягательства. Первое правило имеет общую природу и подчёркивает свободоохранную функцию гарантии собственности, когда оно гарантирует осуществление связанных с собственностью по своей природе прав (статья 1, абзац 1 части 1 ДП № 1). Второе правило формулирует определённые условия, при выполнении которых допускается лишение собственности (статья 1 абзац 1 части 2 ДП № 1). Третье признает компетенцию национального законодателя регулировать вопросы пользования собственностью в той мере, настолько это необходимо для обеспечения общественного блага (статья 1 абзаца 2 ДП № 1). Для понимания структуры посягательств на собственность послужит решение ЕСПЧ по процессу Спорронг и Лёнрот против Швеции.²¹ Дополняется и уточняется оно в последующих решениях: Джеймс против Объединённого Королевства²² и Литгоу против Объединённого Королевства²³.

Определяющими для различения являются направленность соответствующего мероприятия и интенсивность посягательства. Не имеет значения, производилось посягательство целенаправленно или представляет собой непреднамеренный результат действия государства. Для оценки не играет также роли его правомерность или же неправомерность по национальному

20 См. Решение от 13.12.2000 - Malhous/Czech Republic, Заявление ном. 33071/96; Решение от 4.3.2003 - Des Fours Walderode/Czech Republic, Заявление ном. 40057/98; Решение от 10.7.2002 - Gratzinger/Czech Republic, Заявление ном. 39794/98, Reports of Judgements and Decisions 2002-VII; Решение от 10.7.2002 - Polacek/Czech Republic, Заявление ном. 38645/97; Решение от 4.3.2003 - Jantner/Slovakia, Заявление ном. 39050/97; Решение от 30.3.2005, сноска 4.

21 Решение от 23.9.1982, сноска 5.

22 Решение от 21.2.1986, сноска 7.

23 Решение от 8.7.1986, сноска 6.

праву.²⁴ Должно иметь место посягательство со стороны государственных органов. Статья 1 Дополнительного протокола № 1 к ЕКПЧ не действует для законодательных норм, регулирующих частноправовые обязательства между отдельными лицами.

Если посягательство представляет собой лишение собственности, то оно подпадает под действие статьи 1 абзаца 1 ч. 2 ДП. Ограничения пользования подпадают под действие статьи 1 абзаца 2 ДП. Если же посягательство не представляет собой ни одну из этих форм, тогда его правомерность устанавливается на основе общих признаков по статье 1 абзаца 1 ч. 1 ДП.

VI. Изъятие собственности и компенсация – случаи Джеймса, Брониовского и Брумареску

Изъятие собственности представляет собой для собственника, без сомнения, посягательство с наиболее тяжелыми последствиями, поскольку он теряет в пользу других свое положение собственника или, по крайней мере, полномочие распоряжения, которое заполняет право собственности. Какие действия могут быть определены в качестве лишения собственности в смысле статьи 1, абзаца 1 ч. 2 ДП №1? Каким критериям должны они соответствовать, чтобы не быть квалифицированными в качестве обычных правил пользования в соответствии с менее строгими предпосылками статьи 1 абзаца 2?

VII. Длительность мероприятия, формальное изъятие, фактическое изъятие, национализация

В область принципиального запрета лишения собственности, согласно судебной практике ЕСПЧ, попадают только те лица, которые в результате мероприятия окончательно лишились своей позиции собственника. В своём решении от 23.04.1987 по делу «Эркнер и Хофауер против Австрии»²⁵ ЕСПЧ установил, что «it cannot be said that the applicants have been

definitely deprived of their possessions». Случай – как в деле «Хендисайд против Объединенного Королевства»²⁶ - временного наложения ареста на собственность в рамках уголовного преследования не подпадает под это правило, поскольку в этом случае собственник лишается лишь на определенное время возможности распоряжения и пользования своей собственностью по своему усмотрению. В подобном случае, когда лишение собственности не является продолжительным, согласно практике, однозначно имеет место правило касательно пользования собственностью по статье 1 абзаца 2 ДП №1.

а) Проверка национального мероприятия на соответствие статье 1 абзацу 1 части 2 ДП не является предпосылкой осуществления формальной передачи собственности. Она, однако, является основным случаем применения этой нормы. Понятие формального изъятия отмечается не только лежащим в его основе государственным актом,²⁷ а также и связанной с ним передачей собственности другому носителю права. Формальное изъятие собственности отождествляется судом с определением «transfer of ownership». Замена позиции собственника в качестве необходимой предпосылки формального изъятия наблюдается также в формулировке решения по делу «Меллахер против Австрии»,²⁸ согласно которой формальное изъятие не имело места, поскольку не было замены собственности. В своем решении от 26.06.1993 – «Папамихалопулос против Греции»²⁹ - ЕСПЧ установил, что формального изъятия не было, поскольку собственность на земельный участок не была передана военной части. Не играет роли, была ли собственность конфискована в пользу государства, как это бывает чаще, либо в пользу частного лица.

б) В отличие от формального изъятия фактическое (de-facto) изъятие не приводит в обязательном порядке к правовой передаче собственности. Тут решающее значение имеет то, являются ли результаты государственного регулирования настолько тяжёлыми, что ограничение

24 Cp. Gelinsky, Katja, Der Schutz des Eigentums gemäß Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention. Eine Analyse der Rechtsprechung der Straßburger Organe (Защита собственности по ст. 1 Первого Дополнительного протокола Европейской Конвенции по правам человека. Анализ судебной практики Страсбургских органов), Berlin 1996, с. 200.

25 Заявление ном. 9616/81, Serie A No. 117.

26 Решение от 7.12.1976, Заявление ном. 5493/72, Serie A No. 24.

27 Не имеет значения, была ли произведена конфискация в административном или легальном порядке.

28 Решение от 19.12.1989, сноска 10.

29 Заявление ном. 14556/89, Serie A No. 260-B.

прав собственности в общем приравнивается к формальному изъятию собственности. Это имеет место, к примеру, в случае, если войсковые части займут земельный участок, в результате чего собственник не может пользоваться и распоряжаться им,³⁰ или же если государство вступит во владение домом и присвоит право собственности на него, хотя, по национальному праву, изъятие является противоправным.³¹

в) В противоположность индивидуальной конфискации национализация преследует цель огосударствления целых областей промышленности и экономики и, таким образом, ставит перед собой генеральную, изменяющую структуру задачу. Сюда относятся в широком смысле и изъятия земельных участков в рамках земельной реформы. После окончания «холодной войны» и системных изменений в странах Средней и Восточной Европы ЕСПЧ занимается следующими из этих процессов проблемами. После дела «Литгоу»³² он применяет статью 1, абзац 1 части 2 ДП №1 без ограничения на подобные составы дел. Однако, тут применяется особый масштаб, в особенности с точки зрения размера выплачиваемой компенсации.³³

2. Оправдание изъятия и обязанность компенсации

Для оправдания посягательств на право собственности должны иметь место три предпосылки: государственные мероприятия должны быть предусмотрены в национальном законе и осуществляться в соответствии с законом. Они должны преследовать общественные интересы и соответствовать принципу соразмерности. Уже с самого начала проверка Судом ЕСПЧ вопроса о наличии общественного интереса была перенесена на последующий вопрос соблюдения принципа соразмерности. Для определения общественного интереса национальный законодатель располагает довольно широкими рам-

ками усмотрения, которые, согласно практике Суда, почти не подвергаются проверке («margin of appreciation»). Основным контрольным инструментом Суда является надзор над соразмерностью. При этом ЕСПЧ проверяет, существует ли соразмерное равновесие («proper balance») между общественным интересом и требованиями защиты собственности.

а) Как ЕСПЧ детально обосновывает в своем решении от 22.06.2004 по делу «Брониовски против Польши»,³⁴ решающими факторами, помимо национальных правил, по компенсации, в первую очередь, является включение в общую проверку таких факторов, как поведение сторон, примененные государством мероприятия и порядок их проведения, а также противопоставление затронутых в конкретном случае интересов государства интересам собственника. Следует дать ответы на следующие вопросы: действовали ли национальные государственные органы надлежащим и последовательным образом? – Обладает ли собственник правом на защиту своего доверия по отношению к государству? – Проверяется ли изъятие собственности систематически на его правомерность? – Дискриминируется ли собственник по отношению к другим действующим лицам? – Налагается ли на него чрезмерное бремя?

б) Конфискация без выплаты компенсации сама по себе противоречит принципу соразмерности и уже поэтому представляет собой нарушение Конвенции. Хотя ЕСПЧ до сих пор еще не установил обязательную нижнюю границу, тем не менее в качестве ориентации для определения размера необходимой и в то же время достаточной компенсации следует установить ориентированный на рыночную цену изъятых предмета объем денежной выплаты. С учетом того, что и в оценке и установлении рыночной цены государствам-членам Конвенции также даются довольно широкие рамки усмотрения, следует установить, представляет ли собой компенсация разумную сумму, ориентированную на соответствующую рыночную стоимость. Кроме того, суд не рассматривает основательно вопроса о том, на чем основываются национальные органы и суды при установлении окончательного размера подлежащей выплате компенсации.

30 Ср. Решение от 26.6.1993, сноска 29.

31 Ср. Решение от 28.10.1999 - Brumarescu/Romania, Заявление ном. 28342/95, Reports of Judgements and Decisions 1999-VII.

32 Решение от 8.7.1986, сноска 6.

33 Ср. Brandt, Sven, Eigentumsschutz in europäischen Völkerrechtsvereinbarungen (Защита собственности по европейским международно-правовым договорам), Frankfurt 1995, с. 123.

34 Сноска 2.

Несмотря на принципиальную ориентацию на рыночную стоимость, статья 1, часть 1 ДП к ЕСПЧ, с точки зрения ЕСПЧ, не во всех ситуациях гарантирует право на полную компенсацию. В особых ситуациях легитимные цели всеобщего блага могут оправдать более низкий по сравнению с рыночной ценой размер компенсации. Это касается в особенности мероприятий по национализации.³⁵ Здесь Суд ограничивается лишь проверкой того, находилось ли государство при установлении размера компенсации в границах установленных рамок усмотрения. Если установленная компенсация явно не выходит за границы разумного обоснования, Суд её признает. В общем, становится очевидным, что в ситуациях, когда мероприятия по изъятию собственности проводятся в рамках структурной реформы с целью улучшения социальных условий, то при этих условиях ЕСПЧ не контролирует широкие рамки собственного усмотрения государства. Это касается как классических случаев национализации, так и других случаев изъятия собственности в рамках экономических реформ для установления более глубокой социальной справедливости. Таковыми были, к примеру, и мероприятия в процессе объединения Германии.³⁶ По оценке ЕСПЧ, снижение компенсации на 20-30% рыночной стоимости в виде исключения может быть оправданно. Ни в коей мере не может быть оправданно, однако, установление размера компенсации, соответствующего, например, двум процентам рыночной стоимости изъятой собственности.³⁷

в) Обязанность компенсации действует как по отношению к гражданам данного государства, так и к иностранцам. Однако, ЕСПЧ отказывается от переноса действующих для конфискации собственности иностранцев «общих принципов международного права» и действующего в соответствии с ним минимального стандарта по быстрой, адекватной и эффективной компенсации («prompt, adequate and effective compensation») на конфискацию имущества граждан государства. Для последних действует лишь принцип соразмерности. Поэтому «дискриминация собственных граждан» при компен-

сации конфискации собственности кажется допустимой. Эта практика Суда до сегодняшнего дня подвергается интенсивной критике.

VIII. Регулирование пользования – случаи Меллахера, Фредина, Раймондо и Шассану

Должно ли оцениваться государственное регулирование в качестве регулирования пользования – в противоположность изъятию собственности – по практике ЕСПЧ, должно быть установлено в зависимости от цели проводимого мероприятия. При этом следует проверить, каковы намерения государственного акта или законного регулирования – контролировать пользование собственностью или ограничить его. При этом важно то обстоятельство, каким образом укладывается это регулирование в национальное право, но не это является единственно решающим фактором. Решающим обстоятельством, прежде всего, является интенсивность посягательства, так чтобы государства не могли опираться на пользование, если регулирование по своему действию приравнивается практически к изъятию собственности. Показательным является то, что собственнику должна оставаться разумная часть возможностей пользования и распоряжения. Типичными случаями регулирования пользования по статье 1 абзаца 2 ДП № 1 являются: принятие решения о запрете на строительство, изъятие разрешений и лицензий, отказ в выдаче разрешений на предпринимательство.

Государственное регулирование пользования тоже должно быть соразмерным. По практике ЕСПЧ, государства-члены Конвенции принципиально обязаны компенсировать посягательства на пользование. Каким же образом должна проверяться соразмерность, об этом ЕСПЧ дал ответ в делах Меллахера,³⁸ Фредина,³⁹ Раймондо⁴⁰ и Шассану⁴¹. Тут должны быть даны ответы на следующие вопросы: вторгается ли законодательство в уже существующие договорные отношения или только ограничивает пользова-

35 Ср. Решение от 8.7.1986, сноска 6.

36 Ср. Решение от 30.6.2005, сноска 4.

37 Ср. Решение от 22.6.2004, сноска 2.

38 Решение от 19.12.1989, сноска 10.

39 Решение от 18.2.1991 - Fredin/Sweden, Заявление ном. 12033/86, Serie A No. 192.

40 Решение от 22.2.1994 - Raimondo/Italy, Заявление ном. 12954/87, Serie A No. 281-A.

41 Решение от 29.4.1999 - Chassagnou/France, Заявление ном. 25088/94, Reports of Judgements and Decisions 1999-III.

ние в будущем? – Было ли доверие собственника на продолжительное пользование собственностью защищённым? – Какие опасности предотвращаются посредством временного ареста собственности? – Был ли дан собственнику до потери возможности пользования переходный срок? – Существует ли прогноз, что ограниченные собственности будет снова снято?

IX. Другой вид посягательства на собственность – случаи Спорронг и Лёнрот, Латридис и Бейерлер

Помимо конкретно названных в статье 1, абзац 1 части 2 и абзац 2 ДП №1 к ЕКПЧ посягательств на собственность, ЕСПЧ признает и третий тип посягательства, который измеряется непосредственно по статье 1, абзац 1 части 1. Эту практику в основном считают неверной. В последнее время ЕСПЧ, по всей вероятности, отдаляется от нее.

Когда посягательство на собственность не представляет собой ни изъятие собственности и ни регулирование пользования, например, при временном изъятии, отнятии права владения у несобственника, то это не означает само по себе, что статья 1, абзац 1 части 1 нарушена или не нарушена. ЕСПЧ рассматривает эту норму в качестве собирательной нормы и проверяет, имел ли место и в этом случае общественный интерес и было ли произведено разумное уравновешивание обоих интересов. По поводу возможностей оправдания суд привёл своё обоснование в случаях Спорронг и Лёнрот против Швеции⁴², Латридис против Греции⁴³ и Бейерлер против Италии⁴⁴. Для оправдания подобных посягательств ЕСПЧ выдвигает часто более строгие условия (регулирование компенсации, другие действия по нейтрализации посягательства), чем по отношению к мероприятиям по ограничению пользования по статье 1, абзац 2.

X. Перспектива

Политические перевороты девяностых годов привели как раз в Восточной Европе к массовым изменениям структуры собственности. Причины этого разнообразны. Их следует ис-

кать в преодолении старых систем собственности, так же как и в актуальных, угрожающих территориальной целостности ситуациях и борьбе с политическими противниками путём конфискации и изъятия собственности. В этой ситуации предстоит утвердиться институту защиты собственности в качестве общеевропейской правовой культуры. Кто мог бы способствовать этому лучше, чем ЕСПЧ со своим, с одной стороны, «щадающим суверенитетом» и, с другой стороны, ориентированной на эффективность практикой? – И если даже Суд, несмотря на свою изначальную компетенцию по проверке принципа соразмерности, в прошлом более или менее ориентировался на оценки затронутых государств и одобрял их мероприятия, тем не менее не следует давать сигнал отбоя. В последнее время ЕСПЧ берёт на себя не только больше полномочий по контролю, но и устанавливает более строгий масштаб проверки.

42 Решение от 23.9.1982, сноска 5.

43 Решение от 25.3.1999 - Iatridis/Greece, Заявление ном. 31107/96, Reports of Judgements and Decisions 1999-II.

44 Решение от 5.1.2000 - Beyeler/Italy, Заявление ном. 33202/96, Reports of Judgements and Decisions 2000-I.

Собственность и владение – опыт в Азербайджане

Мехман Султанов*

Целью данной статьи является исследование вопросов, связанных с применением некоторых положений законодательства, регулирующих вещные права, а также наиболее спорных моментов, возникающих в правоприменительной практике. В частности, изложены проблемы, возникшие на практике при применении категории «добросовестный приобретатель» и явившиеся следствием внесенных в Гражданский кодекс изменений, а также некоторые проблемы, связанные с защитой прав собственников и обладателей иных вещных прав.

Действовавший в Азербайджане до 1 сентября 2000 года Гражданский кодекс 1964 года, конечно же, не мог отражать тех изменений, которые произошли в этой бывшей республике СССР после его распада.

Новый Гражданский кодекс,¹ вступивший в силу с 1 сентября 2000 года, отличается более детальным регламентированием институтов вещного права, что, в свою очередь, отражает развитие этих общественных отношений в контексте развития экономических отношений.

Прежде всего, хотелось бы отметить более детальное определение и описание объектов вещного права, в том числе определения движимого и недвижимого имущества, делимых и неделимых, индивидуально-определённых и родовых вещей, главной вещи и принадлежности. В законодательство было введено четкое определение вещей, исключённых из гражданского оборота и оборот которых ограничен с последующей регламентацией на подзаконном нормативном уровне. Была введена также такая правовая дефиниция как обременение прав. В свою очередь, движимые вещи были разделены на те, которые подлежат регистрации в особых реестрах (автомобили, воздушные и морские суда, определённые ценные бумаги), и те, которые такой регистрации не подлежат.

Как известно, право собственности состо-

ит из триады основных правомочий, упоминавшихся еще в древнеримский период: право владения, пользования и распоряжения. Аналогичным образом определяется право собственности и в гражданском законодательстве Азербайджана.

Относительно вопросов о государственной, муниципальной и частной формах собственности, Гражданский кодекс устанавливает их равенство как субъектов права собственности.

В Гражданском кодексе АР владение определяется как фактическое обладание вещью. Учитывая тот факт, что право собственности реализуется, прежде всего, через обладание, а иными словами, владение вещью, проблемы взаимодействия и взаимного соотношения этих правовых категорий и правомочий имеют важное прикладное значение.

Учитывая особое значение правового регулирования недвижимых вещей, я буду излагать основные моменты законодательства, касающиеся вещных прав, акцентируя при этом внимание на недвижимом имуществе.

Итак, регулируя приобретение как движимых, так и недвижимых вещей, законодатель ввел понятие приобретательной давности, тесно увязав данную категорию с длительностью фактического, непрерывного и беспрепятственного владения вещью. Но для приобретения права собственности законодатель также установил обязательность регистрации права в реестре недвижимого имущества.

Упомянув о реестре недвижимого имущества, коротко хочу сказать о нем следующее. Несмотря на то, что понятие «реестр недвижимого имущества» было введено со вступлением в силу Гражданского кодекса, реально работы над созданием единого реестра были начаты после принятия в 2004 года закона «О государственном реестре недвижимого имущества»², и эта работа продолжается по сей день. До 2004 года регистрация недвижимого имущества осуществлялась многочисленными министерствами и ведомствами, местными органами исполнительной власти и на практике нередко встречались случаи, когда одно и то же имущество было зарегистрировано в одном органе на имя одного собственника, а в другом органе – на имя совершенно другого. Всё это, как вы пони-

* Адвокат, член Коллегии адвокатов Азербайджана.

1 Утвержден Законом АР от 28 декабря 1999 г.

2 Закон от 24 июня 2004 г. Вступил в силу с 10 августа 2004 г.

маете, создавало хаос и затрудняло упорядочение оборота в этой сфере.

В связи с приобретением права собственности особое значение имеет такая категория, как «добросовестный приобретатель». В данном вопросе законодатель разграничивает владельцев движимого и недвижимого имущества и защищает добросовестного приобретателя от требований настоящего собственника о возврате (виндикации) вещи, только если речь идёт о движимой вещи. Такая ситуация сложилась вследствие исключения Законом от 24 июня 2005 года³ статьи 157.3 Гражданского кодекса, которая защищала права добросовестных приобретателей независимо от правового режима приобретаемой вещи.

Негативные последствия исключения статьи 157.3 ГК законодатель попытался исправить (в рамках того же Закона от 24 июня 2005 года) путём новой редакции статьи 140 ГК :

Статья 140. Презумпция действительности и полноты содержания Государственного реестра недвижимого имущества

Презумпция действительности и полноты содержания реестра остаётся в силе, если не доказана его недостоверность. Запись в реестре в пользу приобретателя права, зарегистрированного за лицом, отчуждающим это право на основании сделки, считается действительной, за исключением случаев внесения в реестр возражений по поводу данной записи либо случаев, когда приобретатель знал о ее недостоверности.

Таким образом, законодатель ввел понятие «презумпция действительности и полноты содержания реестра», которая действует до тех пор, пока не доказано обратное, что призвано защитить приобретателей недвижимого имущества от притязаний третьих лиц на это имущество, если о них приобретателю ничего не было известно.

Но хотелось бы обратить внимание на то, в какой структурной части Гражданского кодекса находится вышеуказанная норма и какие последствия влечёт данное обстоятельство в пра-

воприменительной практике. Дело в том, что статья 140 находится в §2 «Государственная регистрация прав» раздела «Вещные права». С точки зрения законодательной техники, на наш взгляд, было бы правильнее включить данную норму в состав статьи 157 ГК, что исключило бы проблемы, возникающие при судебном рассмотрении споров, связанных с недвижимостью. А проблемы связаны с тем, что в сформировавшейся в Азербайджане судебной практике не применяются нормы о защите добросовестного приобретателя в тех случаях, когда речь идёт о недвижимой вещи, а также движимой вещи, подлежащей регистрации в особом реестре (акции, автомобили и т.д.). Такая позиция обосновывается тем, что в нормах о купле-продаже недвижимого имущества (особая часть обязательственного права) содержится упоминание о применимости положений о купле-продаже недвижимости к купле-продаже движимого имущества, подлежащего регистрации в особом реестре. Данная позиция, как мне кажется, не безупречна и вызывает споры среди юристов. Основное возражение сводится к тому, что неверно применение категорий обязательственного права для регулирования правоотношений, связанных с возникновением и защитой вещных прав. Остаётся надеяться, что данные нарекания будут учтены в ходе дальнейшего совершенствования гражданского законодательства.

Учитывая строительный бум, имеющий место уже в течение нескольких лет в Азербайджане, хотелось бы особо остановиться на правовом регулировании оформления прав на квартиры в т.н. «новостройках».

подавляющее большинство новопостроенных зданий оформляется в форме жилищно-строительных кооперативов. На это есть объективные и субъективные причины, среди которых и сравнительная лёгкость оформления прав жильца на купленную им квартиру, что осуществляется простым включением его в число членов кооператива. До недавнего времени одной из основных причин этого являлась также и возможность заселения жильцов без подписания соответствующего акта ввода в эксплуатацию здания, как того требует законодательство.

Затем происходило следующее: счастливый обладатель квартиры, имея на руках ордер члена

³ Вступил в силу с 1 ноября 2005 г.

кооператива, свидетельствующий о полной уплате им членского взноса, но никак не дающий ему формализованного права собственности на имущество (т.к. право собственности возникает только с момента регистрации в реестре недвижимого имущества), вполне мог задуматься о таком оформлении. И здесь он сталкивался с определенными проблемами. А проблема состоит в том, что Служба реестра недвижимого имущества, ссылаясь на отсутствие акта ввода в эксплуатацию здания, отказывала в регистрации права собственности.

Изменение, внесенное в Гражданский кодекс в 2005 году, в соответствии с которым было прямо закреплено право члена жилищного кооператива на приобретение права собственности на квартиру, если им полностью был уплачен паевой взнос (статья 178.8), существенно не улучшило ситуацию всё по той же причине - отсутствия акта ввода в эксплуатацию, хотя законодатель не увязывает приобретение права собственности с наличием либо отсутствием акта ввода, что является обязанностью застройщика, а не приобретателя квартиры. Таким образом, складывается парадоксальная ситуация, когда в законодательстве содержится прямое указание о наличии права собственности, но на практике приобретатель квартиры не может осуществить оформление права собственности и является всего лишь владельцем.

Следует отметить, что в последнее время усилился госконтроль за процессом ввода в эксплуатацию новостроенных зданий, и хочется надеяться, что это приведёт к постепенному искоренению этой проблемы.

Особого внимания заслуживает сам процесс принятия лица в члены кооператива. Нормы Гражданского кодекса о кооперативах относят вопросы принятия лиц в кооперативы исключительно к компетенции самих кооперативов, и регулироваться эти вопросы должны уставами кооперативов. Однако в сфере жилищно-строительных кооперативов существует не закрепленное нормами ГК исключение: данная процедура осуществляется только с разрешения и ведома Управления кооперативов при соответствующих органах исполнительной власти, деятельность которых частично регулируется устаревшими и изжившими себя нормами Жилищного кодекса 1982 года. В данном случае

у юристов возникает вполне резонный вопрос: почему кооператив, являющийся независимым юридическим лицом, должен согласовывать свое решение о принятии нового члена кооператива с государственным органом?

В данной сфере существует ещё одно ограничение: несмотря на отсутствие законодательных ограничений, вышеназванный госорган отказывает иностранцам в принятии в члены кооператива, ссылаясь на распоряжение мэрии, что является прямым нарушением Конституции АР, гражданского законодательства и установленного законом «О правовом положении иностранцев и лиц без гражданства»⁴ принципа «национального режима», который приводит к необоснованному ограничению прав иностранцев.

На сегодняшний день продажа квартир осуществляется уже с момента начала работ по закладке фундамента без соответствующего легального оформления прав на эти квартиры, что ставит под угрозу судьбу уплаченных покупателями денег. С этой точки зрения, было бы полезным применение законодательного опыта, например, соседнего Казахстана. Нам пришлось довольно подробно изучить соответствующее законодательство этой страны. Вступивший в силу с 1 января 2007 года Закон «О долевом участии в строительстве»⁵ именует приобретателей квартир дольщиками и содержит несколько прогрессивных норм, направленных на их защиту. Например, сама строительная деятельность является лицензируемым видом деятельности, но строительство на долевой основе требует получения еще одной дополнительной лицензии; строительная компания имеет право продавать квартиры только после завершения т.н. «нулевого» цикла, что означает завершение строительства первого этажа здания. Еще одна гарантия для дольщиков: строительство на долевой основе может осуществляться только, если строительная компания уже располагает собственными финансовыми средствами в сумме не менее 12% от сметной стоимости всего здания, что уменьшает риск остановки строительства вследствие финансовых проблем.

И, наконец, договоры о долевом участии в строительстве регистрируются в реестре не-

4 Принят 13 марта 1996 г.

5 Принят 7 июля 2006 г.

движимого имущества, в результате чего дольщик может зарегистрировать свое возникшее право на недвижимость и ссылаться, в случае необходимости, на соответствующую запись в реестре.

Имеющиеся в данной сфере законодательные пробелы ставят приобретателей квартир в незащищенное и неравное положение и не способствуют укреплению стабильности гражданского оборота.

Было бы полезным, как мне кажется, и использование опыта по созданию и деятельности кондоминиумов. По сложившемуся определению в законодательстве стран, имеющих в данной сфере законодательный опыт, кондоминиум – это юридическое лицо, объединяющее жильцов квартир в здании и осуществляющее управление в целях удовлетворения коммунальных и иных потребностей здания. В Гражданском кодексе Азербайджана содержатся нормы, устанавливающие правовой режим собственности собственников квартир в здании, в соответствии с которыми места общего пользования, опорные конструкции, механическое, электрическое, санитарно-техническое и иное оборудование, обслуживающее несколько квартир, а также земельный участок, на котором находится жилое здание, принадлежит собственникам квартир на праве общей долевой собственности. Но одного лишь установления режима общей собственности для рационального управления этим имуществом, конечно же, недостаточно. Поэтому, принятие соответствующего нормативно правового акта, регулирующего деятельность товариществ собственников жилья (кондоминиумов), было большим толчком в данном направлении.

Как я уже указал выше, с созданием единого государственного реестра недвижимого имущества права собственности и иные вещные права на недвижимое имущество подлежат регистрации в реестре. Однако некоторые пробелы в законодательстве делают осуществление такой регистрации довольно проблематичным на практике. Например, в соответствии с законом «О государственном реестре недвижимого имущества», права аренды и пользования в отношении недвижимого имущества на срок более 11 месяцев подлежат регистрации в реестре. При этом регистрация производится по заявле-

нию одной из сторон договора. Но для договоров аренды либо пользования государственным недвижимым имуществом вводится исключение: здесь регистрация возможна только после обращения соответствующего государственного органа, являющегося арендодателем по договору. Т.е. при регистрации своих прав аренды арендатор фактически поставлен в зависимое положение от волеизъявления государственного органа-арендодателя, что на практике может свести на нет все усилия арендатора по регистрации этих прав.

Касаясь вопроса взаимного соотношения права собственности и права владения, хотелось бы отметить, что Гражданский кодекс предоставляет достаточную защиту владельцу имущества, не являющемуся собственником, и такая защита ничуть не слабее, чем защита прав собственника. Другое дело, что на практике правоприменителям не всегда удается сохранить баланс между интересами собственника и владельца.

Приведем несколько примеров из практики. В Азербайджане разрешение на строительство автомобильного гаража (здесь речь будет идти исключительно о каменном гараже как об объекте недвижимости) выдается органом исполнительной власти и в тексте соответствующих распоряжений указывается на временный характер пользования построенным гаражом. В результате этого в реестре недвижимости регистрируется только право владения на этот гараж. В связи со строительным бумом, о котором я упоминал ранее, очень часто возникали споры между строительными компаниями и владельцами таких гаражей. В случае, если владелец гаража отказывался уступать свое право владения, суды при рассмотрении спора в большинстве случаев удовлетворяли иски застройщиков, обосновывая своё решение тем, что владелец гаража не являлся собственником, а права владельца не пользуются такой абсолютной защитой, как права собственника и тем самым налицо было формирование порочной судебной практики.

Ситуация стала меняться после вынесения Европейским судом по правам человека нескольких решений против Азербайджана, в которых, в частности, особо отмечалось, что понятие «собственность», содержащееся в статье

1 Протокола 1 Конвенции, не ограничивается правом собственности как таковым; как «собственность» могут расцениваться и иные имущественные права и интересы.⁶

Приведем другой пример. В законодательстве о нотариате Азербайджана содержится норма об обязательности получения письменного и нотариально заверенного согласия на продажу недвижимости всех совершеннолетних членов семьи собственника, зарегистрированных по данному адресу в качестве места постоянного проживания. Данная норма призвана охранять конституционное право на жилище членов семьи (если, конечно, речь не идет о муже или жене и имуществе, приобретенном в период совместного брака). Несоблюдение данного правила влекло признание сделки недействительной по иску заинтересованного лица и, таким образом, получалось, что собственник при осуществлении своего права на распоряжение имуществом целиком зависел от воли пользователя.

Среди теоретиков и практиков постоянно возникали споры, суть которых сводилась к следующему: не является ли данное ограничение нарушением прав собственника по распоряжению имуществом и не нарушается ли баланс между интересами и правами собственников и пользователей квартир? Ведь общеизвестно, что права членов семьи собственника являются вещными правами, производными от прав собственника, и никак не могут применяться в нарушение принципа абсолютности права собственности. Отметим, что в Гражданском кодексе присутствует норма (статья 228), которая закрепляет, что права пользования на жилые помещения членов семьи собственника и других лиц могут возникнуть только после их регистрации в реестре недвижимости на основе нотариально заверенного договора между собственником и пользователем.

Правоприменительная практика стала меняться после принятия в 2004 году постановления Конституционного суда Азербайджана,⁷ в котором, в частности, указывалось на недопустимость ограничения прав собственника

правами пользователей квартир, если их право пользования не зарегистрировано в реестре недвижимости.

Упомянутая норма Гражданского кодекса содержит также положение о выплате компенсации собственником тому члену семьи, право пользования которого жилым помещением прекращается. На практике возникали очень горячие споры, в каких случаях право пользования квартирой считается возникшим с согласия собственника (а только в этом случае пользователь мог рассчитывать на получение компенсации) и как должна определяться компенсация. Учитывая очень противоречивую судебную практику по применению данной нормы, а также то, что её применение затрагивает права и интересы огромного большинства граждан, Конституционный суд был вынужден несколько раз толковать в своих постановлениях те или иные сложные вопросы, возникающие при применении этой нормы на практике. Например, в судебной практике переселение невестки после свадьбы в дом свекра (свекрови), являющегося собственником жилища, расценивалось как изъятие согласия собственника на ее принятие как члена семьи с возникновением права пользования на квартиру и с последующим наличием права на требование о выплате компенсации при разводе с мужем. Получалась парадоксальная ситуация: человек, всю жизнь проработавший и заработавший на квартиру, разрешивший сыну жить в своем доме с невесткой, в случае, когда семейная жизнь сына не сложилась, и он разводится, был вынужден выплачивать определяемую исключительно по судейскому усмотрению компенсацию невестке, зачастую путём продажи собственной квартиры.

Последнее постановление Конституционного суда, принятое 27 мая 2008 года⁸, поставило, как мне кажется, точки над «и». В соответствии с ним, согласие собственника будет считаться полученным только, если есть нотариально заверенное соглашение с переселяющимся членом семьи (в приведенном случае с невесткой) и если возникающее вследствие этого право пользования на квартиру будет зарегистрировано в реестре недвижимого имущества.

6 См.: Решение ЕСПЧ от 27 сентября 2007 г. по делу «Акимова против Азербайджана».

7 См.: Постановление Конституционного суда АР, вынесенное по жалобе А. Ибрагимова 12 апреля 2004 г.

8 См.: Постановление КС от 27 мая 2008 г. «О статье 228.5 Гражданского кодекса».

Кстати, нами было упомянуто, что до сих пор судами страны применяются нормы устаревшего Жилищного кодекса. Не случайно, что в упомянутом постановлении Конституционный суд также отметил, что нормы Жилищного кодекса не отвечают современным реалиям, и рекомендовал парламенту Азербайджана принять новое жилищное законодательство.

В рамках данной статьи мы попытались как можно кратко и всеобъемлюще описать некоторые пробелы гражданского законодательства о праве собственности и иных вещных правах, а также основные проблемы, возникающие при применении данных норм.

Проблемы правового статуса квартиры как недвижимого имущества

Араик Тунян*

Вопрос определения правового статуса квартиры в многоквартирном доме в науке гражданского права является дискуссионным. Правовая неопределенность в этой сфере нередко приводит к неэффективному функционированию жилищно-коммунального хозяйства. В условиях, когда основная масса квартир приватизирована, государство более не несет прямую юридическую обязанность по несению бремени содержания многоквартирных домов. Следует также добавить, что жилищный фонд с каждым годом стареет и требует все больше и больше расходов на восстановление. Практика показывает, то организационные меры, применяемые в этой сфере, не способны всецело решить возникающие проблемы. Необходимы радикальные меры, в том числе в области правового регулирования отношений, возникающих в рамках владения, пользования и распоряжения квартирами и многоквартирными домами. По этой причине разработка новых подходов к определению правового статуса квартир является актуальной.

I. Соотношение квартиры и многоквартирного дома

1. Понятие квартиры

Квартира как недвижимое имущество имеет свои особенности. Во-первых, квартира является жилищем и предусмотрена для проживания граждан. В этой связи правомочия собственника по владению и пользованию существенно ограничены, что предопределено правами и интересами других жильцов многоквартирного дома. Во-вторых, квартира является частью многоквартирного дома, который представляет собой самостоятельное недвижимое имущество. То есть, с юридической точки зрения может

возникнуть коллизия ситуация, когда один и тот же объект (квартира) принадлежит сразу двум собственникам: собственнику всего здания и собственнику конкретной квартиры.

Под жилищем понимаются как индивидуальные дома, так и квартиры в многоквартирных домах, предназначенных для проживания. В отличие от жилого дома, квартира имеет определенную специфику. По этой причине законодательное регулирование правового статуса квартиры должно существенным образом отличаться от статуса иного недвижимого имущества.

Советское законодательство не признавало права частной собственности на квартиры. Весь жилищный фонд принадлежал государству, а квартиры предоставлялись гражданам для проживания на основании специального договора найма. Согласно статье 51-ой Жилищного кодекса РСФСР (ЖК утратил силу с 26.11.2005 года), типовой договор найма жилого помещения, а также правила пользования жилым помещением и прилегающими территориями утверждало правительство РСФСР. Как квартиры в отдельности, так и весь многоквартирный дом принадлежали государству. Оно же несло бремя содержания всего многоквартирного дома.

Данная система позволяла в определенных пределах решать вопросы обеспечения населения жильем, в частности, при освобождении по каким-либо причинам квартиры последняя передавалась лицам, нуждающимся в улучшении жилищных условий.

В настоящее время основная масса квартир приватизирована и находится в частной собственности физических или юридических лиц. Передача квартир в частную собственность, безусловно, явилась положительным явлением. Вместе с тем, недостаточно разработанная концепция права частной собственности на квартиру привела к определенным негативным последствиям, в частности, связанным с ненадлежащим исполнением собственниками квартир обязанностей по содержанию общей собственности в многоквартирных домах.

2. Понятие кондоминиума

Согласно статье 224-ой ГК РФ, собственникам квартир и нежилых помещений в многоквартирных домах принадлежат на праве общей долевой собственности: несущие конструкции, общие

* Кандидат юридических наук, доцент, зав. кафедрой гражданского права и гражданского процессуального права юридического факультета, Российско-Армянского (Славянского) университета

помещения (лестничные площадки, подъезды, лифты и др.), крыши, подвальные помещения, инженерные коммуникации, оборудование, обслуживающее более одного помещения, а также земельный участок, который необходим для обслуживания и эксплуатации данного дома. Таким образом, законодатель изначально рассматривает право собственности на квартиру и право общей собственности на общее имущество собственников квартир в качестве самостоятельных (хотя и взаимосвязанных) категорий. Причем, основной акцент делается на праве собственности на квартиру, а право общей собственности как бы отодвигается на второй план, становится второстепенной категорией. В результате общая собственность воспринимается собственником квартиры скорее всего как обуза, а в некоторых случаях вообще не воспринимается в качестве собственности, что ведет к соответствующему отношению к ней.

Думается, что разделять квартиру и общую собственность нецелесообразно по той простой причине, что общая собственность в данном случае не имеет самостоятельного значения, не выступает в качестве отдельного объекта недвижимости. Кроме того, нередко довольно трудно определить конкретный состав общего имущества и четко ограничить его. В частности, потолок, пол, несущие стены и др., согласно определению, являются общей собственностью. Но они же, по существу, представляют собой материальную основу помещения, квартиры.

Если подходить к определению квартиры с этих позиций, то получается, что отдельная квартира в качестве недвижимого имущества является абстракцией. То есть, квартира – это внутреннее пространство помещения, ограниченное общей собственностью.

С этой точки зрения довольно условно отдельную квартиру можно назвать недвижимым имуществом. По мнению К.И. Скловского, квартира по своей природе не может считаться объектом недвижимости. Законодательное признание квартиры недвижимостью по сути своей является юридической фикцией.¹

Данная конструкция, которая применяется в ряде стран СНГ, в частности, в Российской Фе-

дерации, Казахстане и др, приводит к необходимости создания особых организаций, уполномоченных управлять общей собственностью. Как правило, управление осуществляется специальным видом юридического лица – товариществом собственников жилья. Вместе с тем, учитывая то, что товарищество создается добровольно, законодатель урегулировал те случаи, когда оно по воле собственников квартир не возникает. В частности, в 2004 году был принят закон РА «Об управлении многоквартирным домом» (далее Закон), который предусмотрел ряд возможностей для управления общей собственностью в многоквартирных домах. Согласно статье 17-ой Закона, управление общей долевой собственностью может осуществляться следующими способами:

1. посредством создания собственниками кондоминиума – юридического лица,
2. посредством уполномоченного представителя – управляющего,
3. посредством доверительного управления.

Если же собственники квартир добровольно не выбирают какой-либо из способов управления общей собственностью, полномочия управления переходят к руководителю общины (муниципалитета).

Правовое положение кондоминиума устанавливается специальным законом², в соответствии с которым кондоминиум является некоммерческим кооперативом, задача которого обеспечить эксплуатацию общей собственности.

Таким образом, кондоминиум рассматривается в качестве самостоятельной организации, имеющей собственное имущество и выполняющей определенные задачи. Во многом аналогичный подход закреплён в Российской Федерации. Так, согласно российскому законодательству, товарищество собственников жилья является некоммерческой организацией, формой объединения домовладельцев для совместного управления и обеспечения эксплуатации комплекса недвижимого имущества в кондоминиуме, владения, пользования и в установленных законодательством пределах распоряжения общим имуществом.³

2 См: Официальный вестник РА, 2002г., N 20 (195) от 20.06.2002г.

3 Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, к части первой, Под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина: Ин-т государства и права РАН.- М.: Юрайт-Издат, 2006г., с. 770

1 Скловский К.И. Применение гражданского законодательства о собственности и владении. Практические вопросы. М., 2004г., с. 306.

С другой стороны, кондоминиумом признается комплекс недвижимого имущества, включающий земельный участок и расположенное на нём жилое здание, в котором отдельные жилые помещения находятся в частной (или также в публичной) собственности конкретных владельцев, а остальные части – в их общей долевой собственности.⁴

Следует также отметить, что в римском частном праве и дореволюционном русском праве понятием кондоминиума обозначалось право общей собственности.

Таким образом, кондоминиум в одних случаях – это общая собственность на одну и ту же вещь, в других – объединение собственников жилых и нежилых помещений в многоквартирных жилых домах, в третьих – имущественный комплекс, в котором отдельные части находятся в индивидуальной собственности, а места общего пользования, в том числе земельный участок, – в общей собственности собственников отдельных помещений.

Думается, рассмотрение всего многоквартирного дома в качестве объекта общей собственности владельцев квартир и нежилых помещений является наиболее оправданным, так как фактическое отделение квартиры или нежилого помещения от всего многоквартирного дома представляется невозможным.

3. Проблема общей собственности на многоквартирный дом

В.С. Ем пишет, что строго говоря, неделимы в натуре и здания (сооружения) – как жилые, так и нежилые. Они делимы только юридически. С этим связана особенность правопорядка, признающего в качестве юридически самостоятельных объектов недвижимости квартиры в жилых домах, отдельные комнаты в квартирах, встроенно-пристроенные нежилые помещения в жилых домах, нежилые помещения в нежилых зданиях (сооружениях) и т. п. Указанные части зданий (сооружений) регистрируются в государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ними в качестве самостоятельных недвижимых объектов.⁵

На первый взгляд, кажется, что признание права общей собственности на весь дом ущемит права собственников квартир, так как в подобном случае владельцы квартир будут рассматриваться в качестве сособственников всего многоквартирного дома, а права на конкретные квартиры будут закрепляться посредством специальных вещных прав, также регистрируемых в кадастре недвижимости и предусматривающих правомочия по владению и пользованию конкретной квартирой.

Данный подход не только не ущемляет прав владельцев квартир, но и предоставляет широкие возможности по эксплуатации всего многоквартирного дома. Будущий собственник, покупая квартиру, будет оценивать не только саму квартиру, но и весь дом в целом, его внешний вид, общее состояние и т. д. Вопросы общего, в том числе и эстетического, состояния всего дома будут решаться сособственниками совместно, а владелец квартиры будет чувствовать себя собственником всего дома и ответственным за его состояние. К этому также следует добавить и то, что общая собственность на многоквартирный дом может иметь специфические особенности, благодаря которым владельцы квартир смогут свободно распоряжаться долей в праве общей собственности на многоквартирный дом.

4. Судебная практика по вопросам использования общей собственности в многоквартирном доме

Следует также отметить, что судебная практика придаёт особое значение вопросам защиты прав сособственников общего имущества многоквартирного дома. Так, рассмотрев кассационную жалобу по вопросам использования общей собственности в многоквартирном доме, Кассационный суд постановлением по делу за номером 3-1577/ВД от 2007 г. постановил следующее: самовольное использование общей собственности (несущих стен в многоквартирном доме) для открытия дополнительного входа без решения общего собрания собственников квартир является незаконным.

Свои заключения суд обосновал следующим образом. Истцы владеют общим имуществом на праве общей долевой собственности. Следовательно, они имеют все права и несут обязаннос-

4 Гражданское право. В 4 т. Т. 1: Общая часть. Отв. ред. Е.А. Суханов. - М.: Волтерс Клувер, 2007 г., с. 408

5 Ем В.С. Договор продажи недвижимости, научно-практический комментарий действующего законодательства, ж-л «Законодательство», 2005 г. N10, с. 17-18.

ти, предусмотренные Гражданским кодексом и иными законами для собственников общего имущества, за исключением случаев, установленных статьёй 195-ой и пунктами 2-6 статьи 197-ой. В частности, в многоквартирных домах собственники на основании общего согласия имеют право владеть, пользоваться и управлять общим имуществом. Соответствующие права осуществляются посредством общего собрания собственников недвижимости, которое наделено правом окончательного решения любого вопроса в сфере управления общей собственностью, за исключением тех вопросов, которые признаны Законом исключительной компетенцией органа управления.

Ответчик по делу открыл второй вход в здание, самовольно использовав несущую стену дома. Истцы по делу не давали согласия на подобное использование несущей стены. Причем, данный вопрос не обсуждался на общем собрании собственников квартир, несмотря на то, что должен был решаться на основании единогласного волеизъявления всех собственников. Суд счёл, что в данном случае ответчиком были нарушены положения закона РА «Об управлении многоквартирным домом» и обязал закрыть самовольно открытый вход, восстановив прежний вид здания.⁶

5. Толкование Конституционным судом норм, касающихся вопросов несения расходов по содержанию общего имущества в многоквартирных домах

Следующий вопрос, имеющий огромное практическое значение, связан с проблемой несения расходов по содержанию общего имущества. Рассмотрение многоквартирного дома в качестве общего имущества в определенной степени решает вопросы выполнения обязанностей по несению бремени содержания объекта недвижимости – многоквартирного дома. Согласно части 3-ей статьи 10-ой Закона для обеспечения требований обязательных норм, установленных правительством для многоквартирных зданий, все собственники обязаны уплачивать установленные общим собранием суммы либо своими силами и средствами участвовать в обеспечении требований этих норм. Выполнение соответствующего требования За-

кона, как правило, обеспечивают юридические лица (кондоминиумы, товарищества собственников жилья), и нередко создается впечатление, что выплачиваемые суммы с точки зрения поддержания обязательных норм в многоквартирном доме расходуются неэффективно. Даже если соответствующие средства расходуются на здание, конкретный собственник квартиры редко воспринимает подобные расходы как совершённые в его интересах. Только почувствовав себя собственником всего здания, владелец квартиры может воспринимать это как должное.

В этом отношении интересным является решение Конституционного суда РА по вопросу конституционности вышеуказанной части 3-ей статьи 10-ой Закона.

Конституционный суд РА своим решением от 26 мая 2009 г. за номером СДО-804 установил, что пункт 3-ий ст. 10-ой закона РА «Об управлении многоквартирным домом» в целом соответствует Конституции РА. Вместе с тем, Конституционный суд в решении выразил правовую позицию по вопросу применения соответствующей нормы закона.

Заявитель по делу в заявлении указал, что против него было возбуждено гражданское дело по иску кондоминиума «Центр» г. Еревана, в котором истец требовал уплатить установленные суммы для обеспечения обязательных требований в многоквартирном доме. Суд первой инстанции удовлетворил требование истца и обязал ответчика уплатить.

В своём заявлении в Конституционный суд заявитель также указал, что считает недопустимым платить за работу, которая еще не сделана, а кроме того, он лично не участвовал в процессе установления размера выплат и не согласен с установленными размерами.

В своём решении Конституционный суд довольно детально проанализировал категорию «обязательная норма» и пришёл к выводу, что уплата сумм, предусмотренных для обеспечения требований обязательных норм, является необходимым мероприятием по участию в содержании общей долевой собственности. Собственник квартиры добровольно решает, в какой форме участвовать в содержании общей собственности – выполнять необходимые работы своими силами и средствами или уплачивать установленные суммы.

⁶ Сборник постановлений Кассационного суда РА, январь-декабрь 2007г., Ереван, ООО «Ширака Дур», 2008, с. 522-528

Суд также отметил, что если собственники квартир самостоятельно не решают вопроса управления многоквартирным домом, то полномочия по управлению переходят к руководителю общины.

Важной является позиция Конституционного суда по поводу того, что собственники квартир каждого конкретного дома самостоятельно должны устанавливать перечень тех обязательных работ, которые необходимы для соответствия требованиям, установленным правительством РА. Причём, перечень видов работ для разных домов должен быть разным и зависеть от конкретных условий, в том числе и конкретного состояния того или иного многоквартирного дома. Смету расходов составляет орган управления домом и передает на обсуждение общего собрания собственников квартир. То есть, существующая практика, согласно которой суммы выплат устанавливаются абстрактно, без основания на конкретную смету расходов для конкретного многоквартирного дома, не соответствует духу закона.

Таким образом, в мотивационной части Конституционный суд констатировал, что предусмотренный Законом процесс установления сумм выплат на содержание общей собственности является неполноценным и требует совершенствования.

Думается, вышеуказанные вопросы, связанные с обязанностью по выполнению обязательных требований, наиболее эффективно могут решаться в рамках концепции признания владельцев квартир и нежилых помещений сособственниками всего многоквартирного дома.

II. Понятие квартиры в свете нового понимания недвижимого имущества в Армении

Еще одной не менее важной проблемой, связанной с определением правового статуса квартиры, является новое понимание недвижимого имущества в Республике Армения. Согласно изменениям, внесенным в статью 134 –ую Гражданского кодекса Республики Армения, недвижимым имуществом считаются земельные участки, участки недр, обособленные водные объекты, леса, многолетние насаждения, здания, сооружения и иное имущество, прочно связанное с землёй, причем отделение ко-

торых от земли невозможно без причинения несоразмерного ущерба не только объекту, но и соответствующему земельному участку. То есть, недвижимость мыслится как органическое единство земельного участка и связанного с ним объекта (строения, здания, многолетнего насаждения и т. д.).

Таким образом, новая редакция ряда статей ГК РА закрепляет идею, согласно которой под понятием недвижимости, в первую очередь, подразумевается земельный участок. Здания и иные, прочно связанные с землёй объекты не могут существовать в качестве недвижимости в отрыве от соответствующих земельных участков. В этом отношении земельный участок выступает в роли главной вещи, а строение или иной, прочно связанный с землёй объект – в качестве принадлежности. В частности, статья 209-ая ГК РА устанавливает норму, согласно которой при отчуждении зданий и сооружений отчуждается также тот земельный участок, на котором располагается данное строение или сооружение. По сути ГК РА закрепил правило, применяемое еще в римском праве: «*superficies solo credit*» – «постройка следует судьбе земли».⁷

Следует заметить, что новая редакция вышеупомянутой статьи специально предусматривает норму, согласно которой при отчуждении квартиры или иного помещения в многоквартирном доме к новому собственнику переходит доля в общей собственности на земельный участок, на котором находится многоквартирное здание.

Новое понимание недвижимости делает невозможным существование разных правовых режимов на земельный участок и на объекты, расположенные на данном земельном участке.

Следует также отметить, что законодатель специально предусмотрел переходные положения, согласно которым правовой режим недвижимости, который существовал до соответствующих реформ, сохраняется. То есть, право собственности на здания и строения, которое возникло до законодательных изменений, признается и защищается, независимо от того, имеют или нет собственники строений право собственности на соответствующий земельный участок.

⁷ Новицкая Т.Е., Гражданский кодекс РСФСР 1922 года. М., зрцало-М, 2002г., с.73.

В этом отношении кажутся неоправданными предостережения некоторых авторов о том, что «реализация идеи о включении в признаки недвижимости «юридической связи» строения с землёй на сегодняшний день невозможна, поскольку большое число земельных участков не имеют правовой определенности либо находятся во временном пользовании застройщиков. Поэтому, если сейчас ввести это правило, многие собственники строений перестанут быть собственниками недвижимости, у них возникнет право собственности на движимые вещи. Все это приведёт к беспорядку в созданном огромными усилиями процессе учёта и регистрации недвижимости, гражданском обороте, судебной практике».⁸

Таким образом, собственники квартиры в РА являются одновременно и собственниками того земельного участка, на котором находится здание, а также тех участков, которые необходимы для эксплуатации здания. Собственность на земельный участок является необходимым условием признания строения, в том числе и квартиры, недвижимым имуществом. Доля в праве общей собственности на земельный участок пропорциональна размеру площади, принадлежащей владельцу квартиры или нежилого помещения. При увеличении или уменьшении размера площади квартиры или нежилого помещения соответственно изменяется доля в праве общей собственности на земельный участок всех собственников. По этой причине пункт 1-й статьи 224-ой ГК РА установил строгое правило, согласно которому последующее изменение размера площади квартир или иных нежилых помещений возможно только с согласия всех собственников помещений.

Следует отметить, что рассмотрение квартиры в неразрывной связи с земельным участком имеет свои преимущества. Во-первых, еще на стадии строительства многоквартирного дома будущие владельцы квартир могут совершать сделки, связанные с долей в праве общей собственности на земельный участок. Следует отметить, что требования закона об определённости предмета договора продажи недвижимости означает, что продаваемая недвижимость как индивидуально-

определённая вещь на момент заключения договора должна существовать реально (физически), а права на нее должны быть зарегистрированы в государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ними.⁹

Согласно пунктам 4-му и 5-му статьи 224-ой, при приобретении квартир в строящихся домах владельцы будущих квартир приобретают право общей долевой собственности на соответствующий земельный участок. То есть, даже если застройщиком по каким-либо причинам многоквартирный дом не будет достроен, владельцы будущих квартир будут считаться сособственниками земельных участков. Только после завершения строительства и оформления эксплуатационного документа у владельцев квартир возникает право собственности на квартиру и право общей собственности на общее имущество многоквартирного дома.

Во-вторых, концепция неразрывной связи квартиры с землёй позволяет решать вопросы эффективного использования земель. Как известно, одним из основных принципов земельного права является принцип платного использования земли, согласно которому любое использование земли осуществляется за плату.¹⁰ В этом отношении налог на квартиру будет включать в себя как налог на землю, так и налог на имущество. Постановлением правительства от 09.11.2006 года за номером 44 уже одобрена концепция единой оценки и налогообложения недвижимого имущества. До 2011 года планируется ввести систему единого налога на недвижимое имущество. Согласно концепции, при оценке недвижимости в первую очередь следует оценивать земельный участок, а построенные на нём здания и строения должны оцениваться как приращение. Подобная оценка недвижимости даст возможность для введения новой системы налогообложения недвижимого имущества.

III. Заключение

Обобщая вышеизложенное, следует отметить, что проблема правового определения статуса квартиры имеет много аспектов. Нередко она связана и с психологическими проблемами, в

8 Емелькина Е. Значение «юридической и фактической связи строения с землей» при определении признаков недвижимости, ж-л., «Хозяйство и право», 2004г, N 8, с. 22

9 Ем В.С. Договор продажи недвижимости, научно-практический комментарий действующего законодательства, ж-л., «Законодательство», 2005г. N10, с. 15

10 Земельное право. Учебник, под ред. С.А. Боголюбова.- М.: ООО «ТК Влеби», 2002г., с. 17

частности, восприятием квартиры как «своей», а общей собственности многоквартирного дома – как «чужой» или «ничейной». Этому нередко способствует действующее законодательство, отодвигающее право общей собственности на второй план. По этой причине следует обсудить приемлемость концепции общей долевой собственности на здание (в неотрывной связи с земельным участком), в рамках которой права владельцев квартир и нежилых помещений будут производны от права общей собственности на весь имущественный комплекс.

Понятие и гражданско-правовое значение владения как элемента права собственности

Анар Багиров*

В отношении вопроса о юридической природе владения на протяжении уже нескольких веков ведутся споры. Действительно, с точки зрения права, владение представляет собой загадочный институт. Оно является фактическим отношением, однако ведет к юридическим последствиям. Владение по давности вообще приводит к приобретению владельцем права собственности на вещь. Наконец, владение, даже незаконное, в некоторых правовых порядках пользуется защитой со стороны права. В связи со вступлением в силу нового Гражданского кодекса Азербайджанской Республики в 2000 г. в нашей правовой системе опять появилось владение по давности, подлежащее защите. В этом можно усмотреть определенное восстановление владения как самостоятельной категории. Правда, восстановление это носит весьма ограниченный характер.

1. Введение

Экономические отношения собственности (присвоения) составляют основу любого общества, а правовое регулирование появляется и сохраняется, прежде всего, как система норм, закрепляющих, регламентирующих и охраняющих данные отношения. В условиях современного Азербайджана собственность имеет исключительное значение в связи с тем, что она является базисом политических и экономических коренных преобразований, источником демократии, непременным условием построения правового государства. Вот почему защита существующих отношений собственности – важнейшая задача всякой правовой системы, в конечном счёте, её стержень.

Конституция гарантирует равную защиту всех форм собственности. В отличие от ранее действовавшего законодательства, устанавливавшего преимущества в защите социалистической и, в особенности, государственной собственности, в ныне действующем законодательстве

реализуется принцип единства квалификации и санкций за преступления против собственности, чьей бы она ни была. Таким образом, наша республика охраняет собственность в её различных формах на равных основаниях.

Владение — категория принадлежности вещи конкретному лицу, причем она носит фактический, материальный характер. С помощью владения происходит фиксация наличного перераспределения имущественных, овеществленных благ. Поскольку вещь может находиться у лиц по разным основаниям — право собственности, договор аренды, залог и т. д. — или вообще без оснований, то право для регулирования соответствующих общественных отношений оперирует в некоторых случаях именно таким общим понятием, как владение. Так, к примеру, законодатель неважно, на каком титуле находилась у лица вещь, представляющая собой источник повышенной опасности, посредством которой причинён вред третьему лицу. Согласно статье 1108.1 Гражданского кодекса Азербайджанской Республики (далее — ГК АР), обязанность возмещения вреда возлагается на юридическое или физическое лицо, которое владеет источником повышенной опасности на праве собственности либо на ином законном основании (на праве аренды, по доверенности на право управления транспортным средством и т. п.).¹

Для того чтобы лучше понять сущность владения, можно сравнить его с наиболее полным вещным правом — правом собственности. Характеризуя собственность как правовое явление, можно сказать, что она представляет собой наиболее полное господство лица над вещью. При этом такое господство становится возможным путем реализации субъективного гражданского права, воспринимаемого и признаваемого окружающими.

Значимость владения как гражданско-правовой категории заключается в том, что это фактическое состояние ведет к определенным юридическим последствиям. Последствия эти неодинаковы для различных владельцев, в связи с чем внутри категории владения существует дифференциация владельческих ситуаций, ведущих

* Кандидат юридических наук, адвокат, член правления Конфедерации юристов Азербайджана, директор Бакинского Юридического Центра.

¹ Гражданский кодекс Азербайджанской Республики. Баку: Юридическая литература, 2008, с. 686.

к тем или иным последствиям (в римском праве выделяли *possessio naturalis (detentio)*, *possessio ad interdic-ta*, *possessio ad usucapionem*).² Представляется, что в основе определения юридических последствий, к которым приводят те или иные владельческие ситуации, лежит степень признания обществом, правом значимости владения. На протяжении истории своего развития право меняло свой взгляд на ту или иную владельческую ситуацию в плане признания за ней юридической значимости. Так, римское право не предоставляло защиты владению детентора (держателя). В настоящее время, согласно статье 158.4. ГК АР, имущественные права лица, не являющегося собственником, защищены от нарушения любым лицом, в том числе собственником.

При рассмотрении категории владения основным вопросом всегда являлся вопрос о правовой природе этого явления, а именно: владение — это факт или право? По нашему мнению, если рассматривать владение просто как фактическое господство лица над вещью в отрыве от конкретной ситуации, то не удастся прийти к выводу о правовой природе такого обладания. Вряд ли у кого-нибудь возникнут сомнения в том, что владение собственника существенно отличается от владения арендатора.

В римском праве во владении выделяли два основных элемента: *corpus possidendi* и *animus possidendi*. Ф. К. Савиньи на основе изученных источников дал определение *corpus possidendi* как фактической возможности непосредственного господства над вещью и исключения всякого чужого воздействия на неё.³ Что же касается *corpus possidendi*, — это материальная связь лица с вещью в чистом виде, физическое соприкосновение с вещью, обладание ею. Дело в том, что для признания наличия владения в каждом конкретном случае вовсе не требуется постоянной физической связи лица с вещью. При этом для наличия владения важно не ежеминутно обладать вещью, а иметь возможность в любой момент осуществлять господство над вещью.

Таким образом, *corpus possidendi* (тело владения) можно определить как непосредственную связь лица с вещью или постоянную воз-

можность такой связи, которая позволяет лицу осуществлять господство над вещью.

Несомненное намерение обладать вещью как своей — *animus rem sibi habendi* — отличало владельца (причем владельца по давности) от держателя. Необходимо иметь в виду, что такое намерение не предполагало осознания со стороны владельца права на вещь, предполагается осознание своего господства над вещью, намерение распоряжаться ею как своей.

М.С.Осташенко объясняет происхождение слова «владеть», «володеть» — от «волю деяти», что значит обнаружить волю, т. е. находиться в таком отношении к предмету, которое дает возможность проявить свою волю относительно него.⁴ При этом именно воле лица уделялось основное внимание, она считалась решающей в вопросе определения наличия владения.

Представляется, что *animus possidendi*, будучи субъективным элементом владения, есть отношение лица к вещи, которое дополняется *corpus possidendi*. В ситуациях, когда *corpus possidendi* отсутствует, а владение все же признаётся, именно *animus* восполняет недостаток физического соприкосновения с вещью, как бы замещает его, присутствие волевого элемента позволяет сохранить факт владения при отсутствии непосредственной связи с вещью.

Многие современные и дореволюционные цивилисты сравнивали владение с браком. При этом объединяющим признаком этих двух институтов является то, что и то и другое представляет собой состояние, существующее по воле субъекта и налагающее определенные обязанности на третьих лиц. В качестве доказательства своеобразия и брака, и владения приводили как пример право, существовавшее в Древнем Риме, по которому вернувшийся из плена автоматически восстанавливался во всех своих правах. Однако это правило не распространялось на брак и владение.⁵ Для восстановления владения требовалось специальное возобновление отношения. При этом при возобновлении владения возникает новое владение, следовательно, если это владение по

2 Новицкий И.В. Римское право. Баку, Адилоглы, 2006, с. 45.

3 Хвостов В. М. Система римского права. М., 1996, с. 270.

4 Осташенко М.С., Гражданско-правовая категория владения, Актуальные проблемы гражданского права. М., Норма, 2008, с. 133.

5 Римский юрист Папиниан говорил, что фактические ситуации не подлежат восстановлению по праву возвращения из плена (D. 4, 6, 19).

давности, то срок считается заново. Д. В. Дождев объясняет этот феномен утраты владения во время плена утратой статуса самостоятельной личности.⁶ Данный довод используется также для подтверждения не правовой, а фактической природы владения, поскольку правам несвойственны описанные черты.

Категория владения важна тем, что с этим фактическим явлением право связывает весьма важные юридические последствия (например, преобразование владельца в собственника, предоставление защиты владельцу, деликтная ответственность владельцев за вред, причиненный вещью).

Развитие правового регулирования отношений, связанных с владением, ознаменовано повышением роли держателя (римского детентора), который постепенно получает самостоятельную защиту своего владения. В Германии и ряде других европейских стран законодательство вообще отказывается от римской терминологии, заменив детентора на непосредственных, несамостоятельных, производных владельцев. Кроме того, для защиты его владения законодатель вводит правило, неизвестное римскому частному праву, о сохранении прав арендатора на вещь при смене ее собственника. Данный факт позволяет некоторым ученым искать в связи с этим в обязательственных правах, при которых вещь передается во временное владение и пользование, некий вещный элемент, а в отношении вещи — вещное право.⁷

Действительно, защита детентора против любых третьих лиц, право следования, присущее вещным, а не обязательственным правам, дают почву для размышлений. Представляется, что этот вопрос тесно связан с решением проблемы правовой природы владения вообще. Если признать, что владение является вещным правом, то и во всех случаях возникновения владения, в том числе в обязательственных отношениях, на вещь будет устанавливаться вещное право. Приведенный же пример говорит скорее о том, что владение — это категория из области вещных прав, в связи с чем придание детентору статуса владельца влечет за собой возникновение

на стороне первого таких возможностей, которые присущи вещным правам. Таким образом, владение выступает неким связующим звеном между вещным правом и обязательственным, с помощью которого доктрина зачастую пытается урегулировать конфликт между ними, а также конфликт между правопорядком и оборотом. Как отмечает О. Г. Ломидзе, наделение обязательственного права свойством следовать за вещью позволяет, с одной стороны, собственнику осуществить распоряжение своей вещью, с другой — сохранить обязательственное право.⁸

Владение как некое фактическое, объективное отношение лица к вещи начинает использоваться как критерий для определения приоритетов в случае конфликта. Так, например, факт владения лица, выступающего в качестве продавца, факт передачи вещи приобретателю, а также возникновение владения на его стороне в случае продажи вещи неправомочным лицом, становятся определяющими факторами для установления добросовестности приобретателя и отказа в виндикационном иске собственника при соблюдении, конечно, и остальных условий.

Однако все же представляется, что владение не становится правом от того только, что детентор получил защиту наравне с другими самостоятельными владельцами, а установление права следования в отношении вещи, переданной в аренду, не является достаточным основанием для признания владения этого субъекта обязательственных правоотношений вещным правом. Дело в том, что предоставление защиты правоотношению не может рассматриваться как единственный и достаточный признак субъективного права. Этот факт отмечался как римскими, так и дореволюционными российскими и зарубежными юристами.⁹ Владение в отношениях аренды выступает как часть субъективного права арендатора, вытекающего из договора аренды, можно сказать, что у него есть право на владение, предоставление возможности владе-

6 Дождев Д. В. Институт владения в римском праве, Автореф. дис. докт. юрид. наук. М., 1997, с. 67-68.

7 Ломидзе О. Г. Обязательственные права на вещи. Журнал российского права. 2005, № 10, с. 3.

8 Ломидзе О. Г. Обязательственные права на вещи. Журнал российского права. 2005, № 10, с. 3.

9 Так, Ф. К. Савиньи отрицательно относился к возможности признания владения в качестве самостоятельного права. Объясняя защиту владения в римском праве, он подчеркивал, что интердикты по владению только препятствовали самоуправству (цит. по: Хвостов В. М. Система римского права. М., 1996, с. 274).

ния со стороны арендодателя выступает частью предмета договора аренды. Собственник, передавая вещь арендатору или иному детентору, не передает ему при этом свое правомочие владения и уж тем более — право владения, а лишь дает ему возможность осуществлять владение вещью, дает ему возможность пользоваться свойствами самой вещи.

В связи с вышесказанным необходимо отметить, что в действующем ГК АР уже используется такое понятие, как «узуфрукт». Так, согласно статье 263.1. ГК АР, узуфруктом является такое обременение вещи или прав, при котором лицо, в пользу которого установлено обременение (узуфруктуар), имеет право на пользование вещью или пользование правами и на извлечение из них выгоды, однако в отличие от собственника не имеет права отдавать их в залог, отчуждать или завещать. Узуфрукт может быть ограничен исключением отдельных выгод.

Таким образом, современная аренда очень напоминает нам это римское ограниченное вещное право. Поэтому, возможно, спор о природе здесь является излишним.

Важно отметить, что споры о правовой природе владения велись на протяжении всей истории юриспруденции и вряд ли когда-нибудь закончатся. В советское время владение как гражданско-правовая категория потеряла свое самостоятельное значение. Охране подлежало лишь законное владение в составе субъективного гражданского права, самостоятельность же владения как факта, порождающего определенные юридические последствия, отрицалась. Владение воспринималось учёными практически единогласно как правомочие, составляющая часть какого-либо права.¹⁰

В современной цивилистике по сравнению с советским периодом ситуация в отношении восприятия юридическим миром категории владения не очень изменилась. Владение по-прежнему воспринимается как составная часть

триады правомочий собственника или иного титульного владельца. Тем не менее на уровне гражданского законодательства наблюдаются определенные изменения, в связи с чем необходимость разработки этой категории в доктрине очевидна. Так, в ГК АР впервые закреплены нормы о приобретательской давности, что позволяет все-таки говорить о владении как о некотором самостоятельном явлении. Появляется все большее количество ученых-цивилистов, которые признают владение по давности в качестве самостоятельного вещного права.¹¹

Однако с такой позицией, не основанной, кроме всего прочего, на тексте гражданского законодательства, невозможно согласиться. Даже в немецком гражданском праве, где книга «Вещное право» начинается с раздела «Владение», т. е. законодательно владение причислено к числу вещных прав, в доктрине можно найти только осторожные определения владения как особого вещного права. В большинстве же источников владение определяется как *tatsächliche Sachherrschaft*, т. е. как фактическое господство над вещью, не имеющее отношения к вопросу о праве на вещь.¹² Владение традиционно признавалось явлением фактической действительности, с которым связываются определенные юридические последствия. В этом и заключается ценность владения как некоего наличного порядка, который защищается даже в тех случаях, когда под ним нет правового основания. Правовые последствия наступают не в силу основания владения, а в силу просто его наличия.

С.С. Аллахвердиев определяет владение в случае, когда оно выступает в качестве правомочия собственника как юридически обеспеченную возможность владельца осуществлять господство над вещью или иметь это имущество, держать его в своем хозяйстве.¹³

Е. А. Суханов, рассуждая о понятии владения и подчёркивая при этом, что речь идёт лишь о

10 Халафов М.С. Вопросы права собственности в Азербайджане в период социалистической реконструкции народного хозяйства. Учен. зап. АГУ. Сер. юрид. наук. Баку, 1972, № 2, с. 51-63; Генкин Д. М. Право собственности в СССР. М., 1961, с. 83; Толстой Ю. К. Понятие права собственности. Проблемы гражданского и административного права. Л., 1962, с. 149; Самойлова М. В. Законное владение в советском гражданском праве. Правоведение, 1965, №4, с. 64.

11 Сафронова Т. Н. Проблемы владения в гражданском праве. Автореф. дис. канд. юрид. наук. Саратов, 2002, с. 11.; Зубарева О. Г. Владение и его конструкция в гражданском законодательстве Российской Федерации. Автореф. дис. канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2008, с. 8, 11.

12 Wolf, M., Sachenrecht. Munchen, 2006. Rn. 160. S. 76; Hutte F., Helbron M. Sachenrecht I. Mobiliarsachenrecht. Bremen, 2005. Rn. 133, с. 44.

13 Аллахвердиев С.С. Гражданское право Азербайджанской Республики. Ч. 1. Первая книга. Баку. Дигеста, 2001, с. 137.

естественной стороне владения, выделяет во владении его естественную и правовую стороны и приходит к следующему определению: владение – это признанные внешним миром власть и контроль лица над вещью, основанные на таком ее положении, которое является достаточным и традиционным для обеспечения сохранности данного вида вещей, в соответствии с условиями оборота и воззрениями общества. Что касается определения правовой формы владения, то попытки дать унифицированное определение обречены на провал по той причине, что каждое правовое основание владения имеет специфическое содержание и защиту¹⁴. Кроме того, сложность в формулировании такого универсального определения связана с наличием понятия владения как правомочия, входящего в субъективное гражданское право, и владения как фактической связи лица с вещью.

Правомочие владения является неотъемлемым непередаваемым элементом права собственности, который присутствует в нем всегда, даже тогда, когда собственник вещи передает ее по договору или иному основанию (и даже когда не существует основания для передачи). Следует заметить, что при передаче вещи, ее утрате и т. д. собственник лишается владения как факта, как тела владения, т. е. он лишается непосредственной связи с вещью. Как уже отмечалось, римское право допускало владение только волей, когда *corpus possidendi* отсутствовал. В этом случае определяющее значение имело не тело владения, а отношение лица к вещи, т. е. волевой момент владения, благодаря которому у собственника, передавшего вещь другому лицу, сохраняется владение. Факт, что в случае передачи вещи у контрагента собственника (или иного получателя вещи по воле собственника) возникает владение, можно рассматривать как результат осуществления его правомочия владения. Благодаря раздвоению понятия владения на правомочие собственника и на факт становится возможной передача вещи с сохранением статуса владельца за собственником и признанием в качестве владельца того лица, которому передана вещь.

Субъектом владения, по римскому праву, могло выступать лицо, способное приобрести

для себя имущественные права. В связи с этим рабы не могли быть владельцами (до Юстиниана это правило касалось также и свободных подвластных).¹⁵

В ГК АР ничего не говорится о субъектах владения. В статье 25 ГК АР при раскрытии понятия правоспособности гражданина идет речь лишь о правах, которые он может иметь, при этом никак не учитываются фактические состояния. Однако, на наш взгляд, согласно законодательству, недееспособные лица также не могут иметь владение. Дело в том, что, как уже отмечалось, во владении важную роль играет волевой момент. Поскольку воля лица, признанного в установленном порядке недееспособным, а также малолетнего в возрасте до семи лет с точки зрения правопорядка вообще не принимается во внимание, то представляется, что указанные лица не могут владеть самостоятельно, недостаток волевого момента во владении восполняют здесь их законные представители. Такой вывод можно сделать также из содержания статьи 324.1. ГК АР, согласно которой сделкой является одностороннее, двустороннее или многостороннее выражение воли, направленное на установление, изменение или прекращение гражданских правоотношений, статьи 28 ГК АР (которая устанавливает возможность совершать определенные виды сделок, а, следовательно, выражать свою волю юридически значимым образом для малолетних, достигших семи лет), а также норм, которые отрицают возможность признания значимости выражения воли лицом, признанным недееспособным.

Объектом владения выступают индивидуально-определенные вещи. Представляется, что римский принцип, «где возможна собственность, там возможно и владение», сохранил свое значение и в современном гражданском праве. В этой связи представляется невозможным владение имущественными правами, долями участия в уставном капитале, акциями и т. д., поскольку здесь невозможно выявление тела владения — *corpus possidendi*. Владение правами как категория принадлежности прав определенным лицам, безусловно, существует, однако необходимо иметь в виду, что традиционная категория владения была разработана и рассчитана только для вещей и неприменима к

14 Гражданское право. Под ред. Е. А. Суханова. Т. 2. М., 2005, с. 37.

15 Новицкий И.В. Римское право. Баку, Адилоглы, 2006, с. 55.

правам как к идеальным, нематериальным объектам гражданского права.

II. Вопросы презумпции права собственности владельца и другие презумпции права собственности

Как уже отмечалось, значение владения как гражданско-правовой категории велико в силу установления презумпции наличия права собственности на вещь её владельца. Вообще презумпция означает предположение о существовании или несуществовании какого-либо факта, освобождающее сторону от его доказывания при доказанности других фактов, поскольку между ними существует причинная связь, проверенная и подтвержденная практикой¹⁶. Несмотря на отсутствие прямого закрепления, в современном законодательстве презумпцию права собственности владельца вещи можно вывести из общего принципа законности и опять-таки из более общей презумпции добросовестности участников гражданско-правовых отношений. Действительно, придя в магазин, мы не требуем от продавца предоставления документов, подтверждающих его право собственности на продаваемые вещи; видя, что лицо выбрасывает на помойку вещь, мы также считаем его собственником, отказывающимся от своего права собственности, т. е. лицом, которое имеет право осуществить соответствующее действие.

Такая презумпция значительно облегчает жизнь субъектам гражданского оборота. Однако она не может быть стопроцентной гарантией того, что владеющий вещью имеет на неё какие-то права вообще, что он является, по крайней мере, законным владельцем вещи, поскольку любая презумпция может быть опровергнута, она становится недостаточной для нужд оборота, требующего защиты субъектов гражданско-правовых отношений. Столкнувшись с этой проблемой, общество стало искать возможности оградить участников оборота от возможных негативных последствий опровержения выше-названной презумпции.

С развитием общественных отношений, их постепенным усложнением право, сталкиваясь с недостаточностью существовавших механиз-

мов, вырабатывало все новые средства защиты участников гражданского оборота и самого оборота в целом.

Так, в отношении недвижимых вещей как особых объектов гражданского оборота, что связано с особенностями их природы, действовали специальные правила. В дореволюционном гражданском праве Российской империи, частью которой являлись и страны Южного Кавказа, существовала специальная процедура ввода во владение и закрепления.

Формирование особых правил направлено, прежде всего, на защиту третьих лиц, а также на предотвращение возможных злоупотреблений со стороны правомочных лиц. В конце концов, такие меры предпринимаются правом для защиты нужд оборота.

В Западной Европе появляются поземельные книги, которые фиксируют правообладателя в отношении конкретного имущества. Таким образом, общество пытается обеспечить субъектов гражданского оборота определенными дополнительными гарантиями. Для правообладателя это означает, что без его участия в поземельной книге или каком-либо ее заместителе не появится запись о переходе права на принадлежащую ему вещь. Для контрагентов правообладателя и любых иных третьих лиц запись в поземельной книге выполняет функцию подтверждения права на вещь.

Постепенно поземельные книги, которые велись на местах, заменяются едиными реестрами прав на недвижимое имущество, а также реестрами, в которых отражаются сделки с ним. Реестр имеет смысл только в том случае, когда ему можно доверять. В связи с этим на первый план выступают такие функции ведения реестра как его официальность и достоверность. Кроме того, поскольку одной из задач ведения реестра является обеспечение стабильности гражданского оборота, предотвращение недобросовестных действий субъектов, обеспечение информацией заинтересованных третьих лиц, то немаловажную роль играет также функция публичности реестра. Сведения реестра должны быть открыты для каждого желающего.

Тем не менее налицо возможное столкновение двух презумпций: достоверности реестра и права собственности владельца.

¹⁶ Воложанин В. П. К вопросу о юридических предположениях в советском гражданском праве и процессе. Учен. зап. Сverdловского юридического института. 1955. Т. 3., с. 94.

Рассмотрим две возможные ситуации конфликта.

1. В реестре в качестве правообладателя значится лицо, которое не владеет вещью, — недобросовестный приобретатель.

2. Истечение срока исковой давности для признания права собственности за собственником, утратившим владение.

Необходимо указать, что в отношении имущества, для которого установлен особый порядок фиксации прав на него, презумпция законности наличного владения отступает перед презумпцией достоверности реестра. Сведения, содержащиеся в реестре, более весомый аргумент, чем установление факта владения, однако, несмотря на указанное, владение может сыграть немаловажную роль, например, в доказывании недобросовестности значащегося в реестре правообладателя. По нашему представлению, если лицу, указанному в реестре в качестве правообладателя, будет предъявлен виндикационный иск, в основании которого будет отчуждение вещи неправомочным лицом, а ответчик будет ссылаться на свою добросовестность, то доказывание отсутствия факта передачи вещи от продавца к покупателю будет служить подтверждением недобросовестности стороны такой сделки, которая, несмотря на свою недействительность, влечёт правовые последствия в виде возникновения права собственности в качестве исключения из общего правила, лишь при условии добросовестных действий покупателя.

Таким образом, в отношении недвижимых вещей факт владения вещью и запись в реестре прав на нее эффективно дополняют друг друга. Реестр не совсем заменил собой владение для целей определения правообладателя. Владение, хотя на первый взгляд и перестает играть роль презумпции права собственности владельца, однако имеет значение для определения добросовестности лица, указанного в реестре в качестве правообладателя.

Другая возможная ситуация противоречия двух презумпций связана с истечением срока исковой давности для восстановления владения собственника. Что в таком случае происходит с вещью? Она выбывает из оборота? Представляется, что если вещь и выбывает в данном случае из оборота, то лишь временно, до тех пор, пока

владелец по давности на станет собственником вещи, или право собственности иным образом не возникнет у другого лица (например, право собственности на бесхозные вещи, находку).

Принципиально иная картина сложилась с имущественными правами. С развитием рынка этот вид товара приобретает все больший удельный вес в силу целого ряда причин, не последние из которых удобство и оперативность распоряжения имущественными правами. В сфере оборота имущественных прав общество также столкнулось с проблемой необходимости защиты как самих правообладателей и их контрагентов, так и заинтересованных третьих лиц. По этой причине в отношении все большего количества имущественных прав ведутся реестры. Представляется, что в данном случае необходимость реестра обусловлена именно невозможностью иного способа фиксации прав, доступного для третьих лиц. Ведь владение для вещей выполняет функцию индивидуализации вещи, её объективизации во внешнем мире, способа установления принадлежности вещи, с помощью которого третьи лица могут понять, кто является правообладателем. В отношении же имущественных прав такая объективизация с помощью владения невозможна в силу природы этого явления. Поэтому общество пытается найти некие суррогаты, которые вводили бы объекты, способные к обороту, в оборот. Представляется, что в этом смысле реестр прав является суррогатом владения в отношении вещей.

Те же соображения по поводу значения реестра касаются и исключительных прав, если в отношении их он ведется. Представляется, что реестр здесь играет ту же роль, что и владение для вещей.

Хотелось бы сразу оговориться, что ведение реестра в отношении прав является лишь аналогом владения для вещей. Однако это не означает, что к правам могут применяться правила о правовых последствиях владения, которые применимы к вещам, в частности правила о приобретательской давности.

III. Владение и собственность

Римские юристы утверждали, что владение не имеет ничего общего с собственностью. Действительно, это были два совершенно разных института, которые защищались различны-

ми правовыми средствами. Тем не менее владение имеет много схожего с собственностью. Именно поэтому конфликт между этими двумя институтами гражданского права подчас носит такой острый характер.

Р. Иеринг называл владение видимостью собственности. Если допускается защита видимости собственности, неправомерный владелец также получает защиту наравне с другими владельцами даже против собственника. На этом основании не следует смешивать владение с собственностью. Как писал Р. Иеринг, защита владения есть не преднамеренная цель института, но лишь необходимое его последствие, неотразимое зло, ценой которого покупаются его выгодные стороны.¹⁷

В настоящее время конфликт собственности и владения также имеет место. Конфликт этот Т. Н. Сафронова характеризует как противостояние устойчивости права и динамики гражданского оборота.¹⁸ Проблема эта порождена возможностью расхождения собственника и владельца (особенно в свете презумпции наличия права собственности у владельца). Возникает сложный вопрос: чьим интересам отдать предпочтение — субъективному праву, обеспечиваемому правом порядком, или гражданскому обороту?

В римском праве виндикационный иск не имел никаких ограничений, вещь могла быть изъята у любого лица, получившего вещь от неправомочного лица. Таким образом, римское право отдавало предпочтение праву.

Развитие юриспруденции доказывает, что на самом деле праву необходимы более гибкие, компромиссные конструкции, поскольку соблюдение чистых идеалов теории права не всегда соответствует потребностям действительности, иногда приводит к еще худшим результатам с точки зрения баланса интересов участников гражданского оборота.

Современное законодательство исходит именно из принципа баланса, компромисса интересов субъектов гражданского права, на основании которого немецкими учеными был разработан принцип «Hand muss Hand wahren», обосновывающий возможность ограничения

виндикации и возникновения права собственности у добросовестного приобретателя (точнее, возникновения титула владения у добросовестного приобретателя). Кроме того, целям обеспечения баланса интересов способствует установление института приобретательской давности, защита интересов владельца в отношении бесхозных вещей; предоставление добросовестному владельцу прав на плоды и доходы, связанные с эксплуатацией чужой вещи.

Владение, занимая антагонистическую позицию по отношению к праву собственности, порой может возобладать над ним, при этом «владелец, взявший вверх над собственником, перенимает роль последнего».¹⁹ Таким образом, автор делает вывод о том, что владение, производное от права собственности, все очевиднее тяготеет к нему.²⁰

IV. Проблема двойного владения

Вопрос известного русского цивилиста Ю. К. Толстого о том, остается ли собственник владельцем при сдаче имущества внаём, как нам кажется, не утратил своей актуальности. В поисках ответа на этот вопрос мы неминуемо возвращаемся к делению владения в римском праве на владение и держание, а в современном германском гражданском праве — на самостоятельное и независимое, непосредственное и опосредованное.

Если в римском праве у вещи мог быть только один владелец (при этом, однако, римское право признавало на самом деле возможность двойного владения в определенных случаях, признавая наличие владения на стороне залогодержателя, пре-квиста, секвестра, эмфитевта, суперфициария), то в дальнейшем цивилистика отступила от этого жесткого правила. Юридические последствия в виде защиты владения наступают также и для держателей. Однако до сих пор только владелец, по терминологии римского права (т. е. владеющий для себя, а не для другого лица), может претендовать на преобразование владения в право собственности, в связи с чем говорить об отмирании римского разделения не приходится.

17 Иеринг Р., Теория владения. Пер. с. нем. Спб., 1896, с. 65

18 Сафронова Т.Н. Проблемы владения в гражданском праве. Автореф., Саратов, 2002, с. 17.

19 Маттеи У., Суханов Е.А., Основные положения права собственности. М., 1999, с.120.

20 Проблемы владения в гражданском праве. Автореф., Саратов, 2002, с. 17-18.

Возникает вопрос, как эта проблема решается в законодательстве, которое не пользуется никаким терминологическим делением в отношении категории владения, подразумевая владение под любым положением наличия власти лица над вещью. Лишается ли собственник, передавший вещь арендатору или иному третьему лицу, своего владения?

Приходится ответить на этот вопрос отрицательно. Дело в том, что нельзя смешивать владение с простым соприкосновением с вещью. Для владения, кроме такого соприкосновения, необходимо также наличие воли осуществлять контроль над вещью, ограждать вещь от власти третьих лиц. Воля владеть должна быть известна третьим лицам, которые воспринимают собственника в качестве владельца вещи. Причем при потере *corpus possidendi* владелец вовсе не лишается владения, если хочет осуществлять владение в отношении вещи. Эта воля часто дополняет и заменяет простое соприкосновение. Именно поэтому собственник, передавший вещь в аренду, вовсе не лишается вещно-правовых способов защиты владения с момента передачи вещи арендатору. Собственник продолжает учитывать переданную вещь в своем хозяйстве, в частности, на нем лежит обязанность уплачивать налоги на имущество и нести бремя.

То обстоятельство, что законодатель разграничивает различных владельцев, хорошо прослеживается на примере статьи 1108.2 ГК АР, предусматривающей ответственность за вред, причиненный деятельностью, создающей повышенную опасность для окружающих. Согласно указанной норме, владелец источника повышенной опасности не отвечает за вред, причиненный этим источником, если докажет, что источник выбыл из его обладания в результате противоправных действий других лиц. В таких случаях ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности, несут лица, противоправно завладевшие источником. При наличии вины владельца источника повышенной опасности в противоправном изъятии этого источника из его обладания ответственность может быть возложена как на владельца, так и на лицо, противоправно завладевшее источником повышенной опасности. В данном случае можно усмотреть сразу двух владельцев

одной вещи: владелец — обладатель субъективного гражданского права на вещь — и незаконный владелец, в результате противоправных действий которого источник повышенной опасности выбыл из обладания (заметим, что законодатель использовал именно этот термин, а не слово «владение», подчеркивая тем самым разницу между этими двумя понятиями).

Законодательство Германии разрешило проблему владения одной вещью несколькими лицами путем конструирования модели многоступенчатого владения. Так, непосредственный владелец, получивший вещь от собственника или иного опосредованного владельца, также становится таковым, если передаст вещь далее третьему лицу (§ 871 Германского гражданского уложения (далее — ГГУ)). Еще И. А. Покровский отметил положение «одного над другим» разных владельцев на одну и ту же вещь.²¹ Выстроить же систему, где такие разные владельцы стояли бы на одном уровне, невозможно, поскольку невозможно установить два одинаковых права на одну вещь. Как утверждал К. П. Победоносцев, «когда я имею право на вещь, никому не может в то же время принадлежать подобное право на ту же вещь».²² Представляется в данном случае, что аналогия с вещным правом вполне уместна, поскольку владению так же, как и вещному праву, свойственны признаки отсутствия необходимости обращения к посреднику для его осуществления. Владение так же, как и вещное право, характеризует непосредственную связь лица и вещи.

Иначе обстоит дело с ситуацией «голового права», когда лицо обладает правом собственности или иным титулом владения, однако у него нет возможности осуществлять владение. Такое положение имеет место в случаях утраты владения. Например, право собственности имеется у собственника, однако ему противостоит владелец, от которого он не может истребовать свою вещь. Так, собственник не может истребовать вещь от добросовестного приобретателя или по истечении срока исковой давности от владельца по давности.

21 Покровский И.Л., Основные проблемы гражданского права. М., 2003, с. 232-233.

22 Победоносцев К.П., Курс гражданского права. СПб., 1896 с. 119.

В приведенных примерах сталкиваются интересы двух самостоятельных владельцев, здесь нет иерархии владельцев. Поскольку при этом возникает конфликт собственности и владения, то встает вопрос о том, кому из них отдать предпочтение. Если римское право в случае виндикации признавало приоритет субъективного права без учета нарушения интересов других участников гражданского оборота, то современное законодательство отдает предпочтение интересам оборота, его стабильности, находя компромиссные решения этой проблемы.

Таким образом, конфликт владельцев не является столь неразрешимым, как это может показаться на первый взгляд. Законодательство хотя и не закрепляет нормативно конструкцию двойного владения, как это сделано в других правовых порядках, тем не менее, явно её использует, признавая владельцем одной и той же вещи и собственника, и лицо, которому вещь передана. При этом такие владельцы находятся в субординационной связи, что позволяет учитывать интересы и того и другого.

Разрешение же конфликта двух равностоящих владельцев зависит от разрешения законодателем проблемы предпочтения интересов либо защиты субъективного права, либо интересов динамики и стабильности гражданского оборота.

Одним из дискуссионных вопросов остается вопрос об обосновании защиты владения. Дело в том, что традиционно защита предоставлялась владельцу, независимо от наличия титула на вещь. Таким образом, даже незаконное владение признавалось и получало защиту.

Владение как фактическая волевая связь лица с вещью должно защищаться само по себе из соображений и стабильности положения вещей в окружающей нас действительности и из соображений уважения к воле личности, которая владеет вещью, а также из соображений упрощенной процедуры, которая может в короткие сроки восстановить положение, существовавшее до нарушения. На первый план, как видится, здесь выходит функция защиты владения как способа поддержания стабильности наличного перераспределения вещей.²³

В римском частном праве защита владения носила универсальный, абсолютный характер

в том смысле, что она использовалась против любых третьих лиц, в том числе и против собственника вещи. Собственник же для защиты своего права собственности (не владения) был наделялся вещно-правовым (виндикационным) и кондикционным исками.

В настоящее время в связи с утратой владением своего самостоятельного значения гражданское законодательство не знает и самостоятельной владельческой защиты. В связи с приобретением детенторами статуса владельца им предоставлена возможность использования вещно-правовых способов защиты права собственности. Так, статья 158.4. ГК АР предоставляет защиту любому законному владельцу. Сегодня, когда говорят о защите владения, в первую очередь имеют в виду возможности защиты законного владельца, предоставленные названной статьёй. Однако необходимо иметь в виду, что виндикационный и негаторный иски являются способами защиты права (права собственности), а не фактического состояния, каким является владение.

Таким образом, законный владелец, прибегая к помощи статьи 158.4. ГК АР, защищает владение посредством защиты своего права на вещь, элементом которого является владение, будь то право, вытекающее из договора или иного титула (например, права пожизненного наследуемого владения, хозяйственного ведения или оперативного управления). Защитить же право на владение правомочный субъект может с помощью различных средств, исходя из того, какое право нарушено. Так, собственнику и иному законному владельцу принадлежит возможность защиты своих прав путем предъявления виндикационного, негаторного исков, исков о признании права, о возврате неосновательного обогащения, заявлений о признании недействительными (незаконными) действий (бездействия) органов государственной власти и т. д. Субъект обязательственного правоотношения наделяется также обязательно-правовыми способами защиты своего права в отношениях с лицом, передавшим или обязанным передать вещь по договору или иному обязательно-правовому основанию.

Статья 17 ГК АР не знает защиты фактических состояний. Под действие статьи подпадают только случаи нарушения субъективных гражданских прав.

23 Покровский И.Л. Основные проблемы гражданского права.

данских прав. Для случаев, не подходящих под понятие субъективного гражданского права, но, тем не менее, нуждающихся в защите со стороны правопорядка, юриспруденцией разработана конструкция охраняемого законом интереса. В связи с этим владение, которое нельзя отнести к полноценным субъективным правам, но являющееся юридическим фактом — состоянием, нуждается в защите. Встает вопрос о том, в качестве какого правового явления защищается, например, владение владельца по давности. В. В. Шагова предлагает

квалифицировать владение в таком случае как охраняемый законом интерес²⁴. М.Ф. Меликова определяет законный интерес как установление простой дозволенности определенного поведения, которому противостоит лишь общая юридическая обязанность уважать и не нарушать его²⁵.

Т. Н. Сафронова идет еще дальше и определяет владение по давности как ограниченное вещное право²⁶.

В данном случае хотелось бы согласиться с квалификацией владения по давности, предложенной В. В. Шаговой, в качестве законного интереса. Представляется, что защита владения по давности является отголоском той самой самостоятельной посессорной защиты, которая присутствовала в русском дореволюционном законодательстве, воспринимавшем владение как факт, заслуживающий уважения и защиты со стороны правопорядка. Право, в отличие от факта владения, защищается не с помощью специальных владельческих исков, а с помощью иных правовых средств (виндикационного, негаторного исков, исков о признании права и т. д.). Владелец по давности не может быть признан обладателем вещного права хотя бы потому, что защита его владения носит ограниченный, не абсолютный характер. Ведь он бессилен против собственника или иного лица, имеющего право на вещь.

Поскольку право в своем развитии пошло по пути придания детенторам статуса владельца, а соответственно, и предоставления им владель-

ческой защиты, то неминуемо возник вопрос о конфликте этих двух лиц в процессе о защите владения. Так возникает вопрос о том, кому должна быть возвращена незаконным владельцем вещь в случае заявления об истребовании вещи и собственником, и детентором.

В Германии коллизия интересов непосредственного и опосредованного владельцев разрешается путём предоставления возможности защиты владения и тому и другому. В соответствии с § 869 ГГУ, если непосредственный владелец не хочет или не может вновь вступить во владение вещью, то опосредованный владелец вправе потребовать предоставления владения ему самому. В силу § 869 ГГУ, опосредованный владелец имеет защиту только против третьих лиц, а непосредственный владелец имеет право защиты против опосредованного владельца. И. А. Покровский, А. А. Симолин, И. Н. Трепицын критиковали это положение и признавали необходимость предоставления владельческой защиты также и опосредованного владельца против непосредственного. Поскольку при защите владения охраняется от всякого произвола и насилия определенное фактическое отношение, то и отношение опосредованного владельца должно также охраняться. В качестве примеров приводились ситуации, когда арендатор в нарушение договора аренды рубит парк при усадьбе хозяина или хозяин, получив арендную плату, изгоняет арендатора. Поскольку посессорная защита гарантировала короткие сроки рассмотрения спора, то в описанных ситуациях она бы могла быстро восстановить положение, существовавшее до нарушения договора.

В настоящее время законодательство вообще никак не решает описанную проблему. Представляется, что в данном случае приоритет должен иметь собственник, поскольку имеет место нарушение условий договора со стороны арендатора, которое должно рассматриваться как существенное, а требование собственника об истребовании имущества является одновременно и требованием о расторжении договора, которое должно быть рассмотрено судом в том же процессе, что и в процессе по защите владения.

24 Шагова В. В. Титульное владение по российскому гражданскому праву. Автореф. дис. канд. юрид. наук. М., 2002, с. 42.

25 Меликова М.Ф. Теории государства и права. Баку. Маариф, 1979, с. 151.

26 Проблемы владения в гражданском праве. Автореф, Саратов, 2002, с. 11.

V. Заключение

Итак, в отношении вопроса о юридической природе владения на протяжении уже нескольких веков ведутся споры. Действительно, владение представляет собой загадочный институт с точки зрения права. Оно является фактическим отношением, однако ведет к юридическим последствиям. Владение по давности вообще приводит к приобретению владельцем права собственности на вещь. Наконец, владение, даже незаконное, пользуется в некоторых правопорядках защитой со стороны права.

Кроме того, владение предстает как правомочие, входящее в состав различного рода субъективных гражданских прав в качестве неотъемлемой части, т. е. не является чем-то самостоятельным. Оно может защищаться только в рамках защиты права, в состав которого входит.

В связи с внутренней противоречивостью владения как категории гражданского права определить правовую природу владения представляется возможным, только исходя из конкретной владельческой ситуации.

Основная заслуга в разработке теории владения принадлежит римским юристам. Черты, выделенные ими в качестве системообразующих признаков владения, не утратили своего значения до сих пор, а лишь немного модифицировались. Так, именно римскому частному праву принадлежит идея определения структуры владения. В основе понятия владения лежат два его элемента: *corpus* и *animus possidendi*, с помощью которых владение можно отграничить от простого прикосновения к вещи. Если *corpus possidendi* указывает на непосредственную связь лица с вещью, то *animus possidendi* характеризует волевой момент во владении, отношение лица к вещи как к своей или как к чужой. С его помощью можно отделить владение от держания (непосредственное владение от опосредованного, самостоятельное от несамостоятельного), а также владение от простого соприкосновения с вещью.

Все классификации видов владения, разграничение различных владельческих ситуаций обусловлены материальной природой вещи, которая может находиться в непосредственной связи только с одним лицом. Исключение составляет случай совместного владения несколькими лицами одной вещью (например, при на-

личии права общей собственности). Тем не менее, права на одну и ту же вещь могут быть у нескольких лиц одновременно. Кроме того, может возникнуть ситуация, когда право на вещь принадлежит одному (законному владельцу), а фактически она находится в обладании другого (незаконного владельца). В связи с этим право на протяжении всего своего развития ищет пути адекватной защиты интересов субъектов, претендующих на вещь. В силу специфики вещи как объекта владения выделение нескольких владельцев одной и той же вещи возможно как общее правило, только по иерархическому, многоступенчатому признаку. Все же важнейшим юридическим последствием владения является его защита. В римском праве защита владения носила, по своей сути, преторский, полицейский характер. Отличительной чертой защиты владения является то обстоятельство, что даже незаконное владение, скажем, вора подлежит защите. Дело в том, что в классическом споре о владении не допускается ссылка сторон на право. Защита владения во многом обусловила самостоятельность института владения в гражданском праве. В качестве основания защиты любого, даже незаконного, владения видится уважение к личности владельца, который предполагается законным до тех пор, пока не доказано иное. Если же он все же окажется незаконным владельцем, у которого можно истребовать вещь по петиторному иску, то в споре о праве он неминуемо проиграет титульному владельцу.

В советское время владение как самостоятельный институт гражданского права утратило свое значение. Наука гражданского права смотрела на владение как на одно из правомочий, входящих в состав субъективного гражданского права. Владению не предоставлялась самостоятельная посессорная защита, поскольку в качестве принципа была провозглашена возможность защиты только законного владения. По этим причинам интерес к институту владения со стороны цивилистики был невелик. В связи с принятием ГК АР 1999 г. в нашей правовой системе опять появилось давностное владение, подлежащее защите. В этом видится определенное восстановление владения как самостоятельной категории. Правда, восстановление это носит весьма ограниченный характер. Норм граждан-

ского законодательства явно недостаточно для регулирования отношений, связанных с владением по давности.

Кроме того, в законодательстве до сих пор отсутствуют механизмы самостоятельной посессорной защиты любого владения, характерные для развитых правовых порядков. В результате фактические владельцы часто бывают беззащитны против насилия со стороны собственника или иного субъекта права на вещь, пропустивших сроки исковой давности для истребования имущества из чужого незаконного владения, которое совершается ради захвата владения. Представляется, что в ГК АР необходимо включить норму, защищающую владение от самоуправства и насилия любых лиц, в том числе имеющих право на вещь.

Проблемы правового регулирования института застройки земельных участков в законодательстве Республики Армения

Карен Сардарян*

В своем труде автор анализирует институт застройки земельных участков, который является относительно новым в законодательстве Республики Армения. В результате изменений в гражданском законодательстве Республики право застройки земельных участков было закреплено как самостоятельное вещное право.

По мнению автора, можно сделать обобщающий вывод о целесообразности внедрения права застройки земельных участков как альтернативной формы землепользования, которое предоставляет субъектам гражданско-правовых и земельных отношений большую свободу волеизъявления при заключении сделок по недвижимости.

Подводя итог, автор считает, что при условии устранения имеющихся в законодательстве противоречий и принятия ряда новых, более детально регламентирующих отношения норм, связанных с застройкой земельных участков, отношения сторон договора станут более прогнозируемыми, что, в свою очередь, предоставит последним более широкие правовые гарантии.

Институт застройки земельных участков для армянской правовой действительности явление относительно новое. Соответствующие изменения в гражданское законодательство республики были введены законом РА от 04.12.2005 г. «О внесении дополнений и изменений в Гражданский кодекс Республики Армения» в результате принятия стимулирующего развитие рынка ипотечного кредитования законодательного пакета. Право застройки земельных участков было закреплено как самостоятельное вещное право.

Актуальность исследования проблем правового регулирования указанного института обусловлена неоднозначной оценкой её необходимости со стороны законодателей и правоведов разных государств. В Германии, например,

существует институт застройки земельных участков, однако он не достаточно развит, а в Англии, напротив, достаточно распространён.¹ В правовой системе современной России данный институт не закреплён, но в дореволюционной России право застройки земельных участков было введено в законодательство специальным законом от 23 июня 1912 года и способствовало развитию ипотечного кредитования.²

Перед тем как приступить к изучению обстоятельств, способствующих внедрению права застройки земельных участков в национальное право Армении, необходимо отметить, что данный институт возник еще в Древнем Риме под названием суперфиций. Суперфиций представлял собой вещное право постоянного или долгосрочного владения зданием, построенным на чужой территории.³ На основании договора суперфиция арендатор участка (суперфициарий) получал постоянное или долгосрочное, наследственное и отчуждаемое право возводить строения на чужой земле и пользоваться ими вместе с землёй, регулярно выплачивая собственнику участка арендную плату (*solarium*).

Возникновение института суперфиция в римском праве обусловлено правилом гражданского права о недопустимости права собственности на строения на чужом земельном участке. Так, знаменитый римский юрист II века н. э. Гай в 25-й книге «Комментариев к провинциальному эдикту» писал: «Мы называем суперфициарными зданиями те, которые расположены на арендованной земле, право собственности на которые и по гражданскому, и по естественному праву принадлежит тому же, кому и земля».⁴ Указанный принцип *jus civile* под названием *superficies solo cedit* действовал на протяжении всей истории римского права.

* Декан юридического факультета Российско-Армянского (Славянского) университета.

1 См.: Барон Ю. Система Римского гражданского права: В 6 кн. Предисловие кандидата юридических наук В.В. Байбака. – СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005, с. 460.

2 См.: Копылов А.В. Вещные права на землю в римском, русском дореволюционном и современном российском гражданском праве.- М., «Статут», 2000, с. 140.

3 См.: Гарсио Гарридо М.Х. Римское частное право: казусы, иски, институты. Перевод с испанского; Отв. Ред. Л.Л. Кофанов. – М., Статут, 2005, с. 411.

4 Вещные права на землю в избранных фрагментах из Дигест Юстиниана. Перевод с латинского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов-М., Статут, 2006, с. 585.

Таким образом, закрепление института застройки земельных участков в гражданском праве РА дало основание ряду цивилистов говорить, в сущности, об осуществлении принципа римского права о неотделимости судьбы земельного участка от находящейся на нём недвижимости и распространении на недвижимое имущество положения статьи 138 ГК РА, согласно которому вещь, предназначенная для обслуживания другой, главной вещи и связанная с ней общим назначением (принадлежностью), следует судьбе главной вещи, если договором не предусмотрено иное.

Обоснованием для данной точки зрения явился также концептуальный пересмотр самого законодательного определения понятия недвижимого имущества.

Так, согласно новой редакции статьи 134 ГК РА, недвижимым имуществом являются земельные участки, участки недр, обособленные водные объекты, леса, многолетние насаждения, здания, сооружения и прочно связанное с землёй такое имущество, которое невозможно отделить от земли без нанесения вреда этому имуществу или земле или без изменения, прекращения их назначения, или невозможности дальнейшего использования по целевому назначению. Необходимо отметить, что прежняя редакция данной статьи указывала только на обстоятельство нанесения вреда отделяемому имуществу, а не земле. Таким образом, законодатель рассматривает земельный участок и прочно связанное с ним имущество как единое явление, образующее содержание понятия недвижимого имущества. Следовательно, государственную регистрацию прав на земельный участок и прочно связанные с ним здания, сооружения и другие имущественные объекты необходимо рассматривать как регистрацию единой, неделимой единицы.

В данном контексте следует рассматривать также новую редакцию части 2 статьи 202 ГК РА, которая в отличие от предыдущих положений распространяет право собственности на земельный участок, в том числе на находящиеся в пределах его границ надземные и подземные пространства. Исключения из этого правила могут устанавливаться законом.

В то же время необходимо отметить несоответствие ряда положений ГК РА и ЗК РА обоз-

наченному выше принципу следования принадлежности за главной вещью применительно к недвижимому имуществу.

Так, статья 73 ЗК РА предусматривает право граждан и организаций осуществлять строительство на земельном участке, принадлежащем им на праве пользования в соответствии с требованиями законодательства. В статье 46 ЗК РА установлены следующие правовые формы пользования чужим земельным участком: право застройки; право безвозмездного (постоянного) пользования и право аренды. Таким образом, законодатель предоставляет право строительства на чужой земле не только застройщикам, но и другим категориям пользователей, что, в свою очередь, делает возможным возникновение права собственности на недвижимое имущество, прикрепленное к чужой земле. Статья 207 ГК РА, со своей стороны, закрепляет право собственника недвижимого имущества, находящегося на принадлежащем другому лицу земельном участке, пользоваться той частью земельного участка, на которой закреплено недвижимое имущество, тем самым опять-таки предусматривая возможность различного правового режима для земельного участка и прикрепленного к нему недвижимого имущества.

Таким образом, утверждения о закреплении в армянской правовой системе древнеримского принципа *superficies solo cedit* являются более чем спорными.

Проблемным является также обоснование необходимости закрепления права застройки земельных участков как самостоятельного вещного права. Для этого следует уяснить цели и задачи, поставленные законодателем в связи с внедрением данного института, и возможность их решения в рамках ранее уже существующих в гражданском и земельном законодательствах Армении правовых институтов. В связи с этим целесообразно сопоставить право застройки с другими разновидностями права пользования чужим земельным участком, такими как право аренды и право безвозмездного (постоянного) пользования.

Как было выше указано, независимо от разновидности права пользования чужим земельным участком, пользователь вправе с согласия собственника земли и в соответствии с требованиями законодательства осуществлять строитель-

тво и создавать новое недвижимое имущество. Однако, в отличие от других форм пользования при застройке у пользователя (в данном случае застройщика) не возникает права собственности на созданное им на свои же средства недвижимое имущество, которое, будучи собственностью землевладельца, после истечения сроков договора застройки подлежит возврату последнему без возмещения её стоимости. Тем самым, право застройки, на наш взгляд, в большей степени обеспечивает интересы собственника земельного участка, которому при данной форме пользования предоставляется возможность более свободного выражения своей воли при заключении сделки. Положение статьи 626 ГК РФ, согласно которому неотделимые без вреда для имущества улучшения арендованного имущества, произведённые за счет арендатора, после прекращения договора аренды переходят в собственность арендодателя и не отражают в полной мере интересы последнего, так как предусматривается обязанность арендодателя возместить стоимость улучшений, если иное не предусмотрено договором аренды. В развитии данной темы заслуживает упоминания то обстоятельство, что, согласно вещному праву Российской империи (закон от 23 июня 1912 года), застройщик мог по истечении срока или снести здание, или оставить его собственнику земли, на этот счет можно было заключить особое соглашение.⁵

В отличие от иных форм пользования, право застройки является в любом случае срочным правом, предельная продолжительность которого ограничивается 99 годами. При этом, согласно части 5 статьи 204.1 ГК РФ, в договоре застройки обязательно должен быть указан срок, на который он заключается.

Право аренды и право безвозмездного пользования также являются срочными правами, однако, согласно статье 612 ГК РФ, могут заключаться и на неопределенный срок. Отсутствие в законодательстве возможности заключения договора застройки земельных участков на неопределенный срок обусловлено тем, что застройка, исходя из присущих ей особенностей, связана с материальными рисками и требует ре-

альную возможность прогнозирования окупаемости финансовых вкладов. Исходя из указанных соображений, существенным недостатком правового регулирования института застройки в законодательстве РФ следует считать отсутствие указания низшего предельно допустимого срока её заключения. Примечательно, что вышеуказанный закон Российской империи вполне справедливо ограничивал низший предельно допустимый срок договора застройки 36-ю, а высший 99-ю годами.⁶

Отличительным признаком права застройки является также предоставление застройщику более широких, по сравнению с другими категориями пользователей, прав по распоряжению правом пользования недвижимым имуществом. Так, в римском праве суперфиций мог и передаваться, и завещаться по легату, и быть предметом дарения.⁷ Согласно части 2 статьи 48¹ ЗК РФ, лицо, обладающее правом пользования земельным участком на правах застройки, может распоряжаться данным правом: передать другому лицу; свободно отчуждать; закладывать, а также заключать иные сделки в отношении права застройки. Право застройки может быть передано другому лицу в порядке правопреемства. Что касается права аренды, то оно может стать объектом гражданского оборота только с согласия собственника земельного участка.

Существенным является также ограничение передачи на право застройки земельных участков, принадлежащих на праве собственности государству или общинам. Согласно части 2 статьи 46 ЗК РФ и части 6 статьи 48¹ ЗК РФ, государственные и общинные земли могут передаваться по праву застройки только в том случае, если их передача на праве собственности запрещена законом. Данное ограничение не действует в отношении других форм землепользования. Перечень земель, не подлежащих передаче на праве собственности гражданам и юридическим лицам, приводится в статье 60 ЗК РФ. Приведём неполный перечень данных земель. К таковым относятся: объекты исторической и культурной ценности, особо охраняемые природные зоны (государственные

6 Там же. с. 417.

7 См.: Вещные права на землю в избранных фрагментах из Дигест Юстиниана. Перевод с латинского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов-М., Статут, 2006, с. 585.

5 История отечественного государства и права. Ч.1: Учебник. Под ред. О.И. Чистякова. - 4-е изд., перераб. и доп. - М., Юрист, 2007. с. 417.

природные заповедники, памятники природы, национальные парки и т.д.), охраняемые законом территории санитарной защиты, занятые государственными лесами земли, земли водных объектов, земли общего пользования (площади, улицы, парки, скверы, сады и т.д.), земли, подверженные радиоактивному и химическому загрязнению и т.д. В законе указано 13 категорий земель, не подлежащих, как было указано выше, передаче частным лицам и организациям на праве собственности. На наш взгляд, более чем спорным является как общий запрет на предоставление права застройки государственных и общинных земель, что не соответствует целям внедрения данного института в Армении, а именно, стимуляции развития рынка ипотечного кредитования и предпринимательской деятельности в целом, так и допущение застройки государственных и общинных земель, предусмотренных статьёй 60 ЗК РА. Категории земель, обозначенные в указанной статье, целесообразнее было бы или полностью изъять из гражданского оборота, или предусмотреть их краткосрочную аренду в исключительных, необходимых для государственных интересов случаях, но ни в коем случае не предоставлять их на праве застройки, поскольку данное право, как мы видели, предусматривает долгосрочное пользование с предоставлением аналогичных праву собственности широких полномочий по распоряжению земельным участком.

В завершении можно сделать обобщающий вывод о целесообразности внедрения права застройки земельных участков как альтернативной формы землепользования, предоставляющей субъектам гражданско-правовых и земельных отношений большую свободу волеизъявления при заключении сделок с недвижимостью, при условии устранения имеющихся в законодательстве противоречий и принятия ряда норм, более детально регламентирующих отношения, связанные с застройкой земельных участков, что, в свою очередь, сделает более прогнозируемыми отношения сторон договора и предоставит последним более широкие правовые гарантии.

Обзор судебной практики Европейского суда по правам человека в отношении индивидуальных жалоб против Армении, Азербайджана и Грузии в 2009 г.

(отчетный период с 01.01 по 31.08.2009)

Норберт Бернсдорфф*

В данном документе будет дан краткий обзор решений Европейского суда по правам человека, которые были приняты в период с 01.01.2009 по 31.08.2009 на базе Конвенции по защите прав человека и основных прав (далее: Конвенция) против стран-членов Конвенции – Армении, Азербайджана и Грузии. Рассмотрены будут только решения, в которых Суд допустил индивидуальную жалобу и принял решение о том, нарушено или нет в данном конкретном случае какое-либо предписание Конвенции о правах человека. Не будут рассмотрены отдельно решения, в которых Суд признает жалобы недопустимыми. Также не будут рассмотрены случаи, которые Суд по правам человека вычеркнул из своего реестра. Решения Суда по правам человека можно найти в Интернете на английском или французском языках по адресу: www.echr.coe.int.

Для сравнения: в отчетный период против Германии было принято 13 решений (26 постановлений о недопустимости жалобы), против Франции 18 решений и против Великобритании 15 решений (18 постановлений о недопустимости жалобы).

1. В период между 01.01 и 31.08.2009 Европейский суд по правам человека установил в пяти случаях нарушение Конвенции властями Армении. В пяти случаях жалобы были рассмотрены как недопустимые или вычеркнуты из реестра (Заявление Nos. 14156/07, 40864/06, 11721/04, 18297/08 и 29736/06).

В так называемых решениях «по существу» были установлены нарушения ст. 11 («Свобода собраний и объединений»), ст. 6 («Право на справедливое судебное разбирательство»), ст. 2 Протокола № 7 («Право обжалования в уголовном процессе») и ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции («Защита права собственности»).

Дело *Sargis Amiryany v. Armenia* (Решение от 13.01.2009, Заявление No. 31553/03), Дело *Zhora Saperyan v. Armenia* (Решение от 13.01.2009, Заявление No. 35738/03) und Дело *Maksim Gasparyan v. Armenia* (Решение от 13.01.2009, Заявление No. 35944/03).

Во всех трех случаях истцы, граждане Армении, жаловались на административные штрафы, которым они были подвергнуты из-за их участия в несанкционированной демонстрации во время президентских выборов в 2003 году. Их обвиняли в нарушении общественного порядка. Один из истцов был избранным ассистентом в выборах одного из наиболее важных кандидатов от оппозиции.

Европейский суд по правам человека решил, что во всех трех случаях были нарушены вытекающие из статьи 11 Конвенции права жалобщиков и присудил каждому из них компенсацию в размере 1000 евро.

Дело *Maksim Gasparyan v. Armenia* (Решение от 16.06.2009, Заявление No. 22571/05)

Истец является гражданином Армении. В мае 2004 г. он был задержан сотрудниками полиции и содержался в полицейском участке без возможности контакта с внешним миром. Он утверждал, что целью органов было лишить его возможности принять участие в демонстрации политической оппозиции. Суд приговорил его из-за неповиновения полицейскому распоряжению к 8 дням административного ареста.

Европейский суд по правам человека счел нарушенной ст. 6 Конвенции, поскольку истец не имел достаточной возможности подготовить свою защиту, и ст. 2 Протокола № 7 к Конвенции,

поскольку он не имел возможности обжаловать приговор. В качестве компенсации суд присудил выплату 2000 евро.

Дело *Nelli Minasyan u Yelena Semerjyan v. Armenia* (Решение от 23.06.2009, Заявление No. 27651/05)

Истцы, граждане Армении, которые проживают в Соединенных Штатах Америки, имели жилую собственность в одном из жилых домов в Ереване. Земля принадлежала государству. Уполномоченная государством частная фирма предлагала истцам деньги за экспроприацию их квартиры. После того, как эти последние отказались от этого предложения, против них было открыто судебное разбирательство, что привело к тому, что квартира была изъята и разрушена.

Европейский суд по правам человека решил, что изъятие и разрушение квартиры является нарушением ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции, поскольку изъятие было произведено не на основе закона, а на основе государственного декрета.

2. Европейский суд по правам человека установил в период времени с 01.01 по 31.08.2009 только одно нарушение Конвенции властями Азербайджана. Два заявления были признаны недопустимыми (Заявление No. 35559/05 и 2758/05). Два заявления были вычеркнуты из реестра Заявление No. 29607/07 и 40668/05).

Дело *Mahira Sadraddin qizi Muradova v. Azerbaijan* (Решение от 02.04.2009, Заявление No. 22684/05)

Истица является гражданкой Азербайджана. После выборов президента страны в октябре 2003 года собрались сторонники кандидата от оппозиционной партии, которая проиграла выборы. Произошло крупное столкновение с полицией, в результате чего истица была ранена в правый глаз, на который позже ослепла. Серьезного расследования и судебного разбирательства по этому вопросу не состоялось.

Европейский суд по правам человека счел доказанным, что истица стала жертвой полицейского насилия (удар дубинкой) и с учетом существования факта неэффективного уголовного

расследования установил факт нарушения ст. 3 Конвенции.

3. Европейский суд по правам человека установил в период времени с 01.01 по 31.08.2009 девять случаев нарушения Конвенции властями Грузии. В шести случаях жалобы были признаны недопустимыми (Заявление No. 37341/04, 25491/04, 22433/05, 26446/06, 13909/06 и 30272/04). Три случая были вычеркнуты из реестра (Заявление No. 26920/07, 16299/07 и 18619/06).

В названных решениях в основном были установлены нарушения ст. 3 («Запрещение пыток»), ст. 5 («Право на свободу и личную неприкосновенность») и ст. 6 («Право на справедливое судебное разбирательство «).

Дело *Abdulhamit Aliev v. Georgia* (Решение от 13.01.2009, Заявление No. 522/04)

Истец является российским гражданином и находился с марта 1999 г. в Грузии в качестве беженца. В мае 2002 г. он был арестован грузинскими властями на основе санкции об аресте, выданной российскими органами, и был освобожден лишь в январе 2005 г. Он жаловался на плохие условия содержания в тюрьме № 5 в Тбилиси и утверждал, что в ночь с 3 на 4 октября 2002 г. он подвергся в тюрьме истязаниям.

Европейский суд по правам человека признал нарушением ст. 3 Конвенции плохие условия содержания в тюрьме, а также факт нерасследования факта его истязания в тюрьме и назначил истцу выплату компенсации в размере 10.000 евро.

Дело *Giorgi Nikolaishvili v. Georgia* (Решение от 13.01.2009, Заявление No. 37048/04)

Истец, гражданин Грузии, рассматривался в качестве свидетеля в деле по убийству, в котором подозреваемым был его брат. Он обжаловал то, что был незаконно задержан и находился под арестом для того, чтобы вынудить его скрывавшегося брата сдать властям. Кроме того, он жаловался на то, что в полицейских участках было вывешено объявление с его фотографией.

Европейский суд по правам человека признал, что арест истца являлся нарушением ст. 5 Конвенции, поскольку он был произведен без

судебной санкции, без наличия достаточных оснований и без проведения заслушивания задержанного лица. Кроме того, он счел нарушенной ст. 8 Конвенции из-за опубликования объявления в полицейских участках. Истцу была назначена компенсация в размере 8000 евро.

Дело *Shalva Ramishvili and Davit Kokhreidze v. Georgia* (Решение от 27.01.2009, Заявление No. 1704/06)

Истцы являются гражданами Грузии и были учредителями и пайщиками частного общества массмедиа, которому принадлежал телевизионный канал «TV 202». В апреле 2005 года общество намеревалось транслировать документальный фильм, который мог бы иметь негативные последствия для члена парламента от правящей политической партии. Истцы были помещены в тюрьму № 5 г. Тбилиси, отчасти в особо жестких условиях, и были допрошены 02.09.2005 в районном суде г. Тбилиси, находясь при этом в железной клетке. Материал не был обработан надлежащим образом и в Тбилисском городском суде.

Европейский суд по правам человека признал в части условий содержания в тюрьме наличие нарушения ст. 3 Конвенции, а в части самого ареста без судебной санкции и отсутствия оперативного судебного контроля нарушение ст. 5 Конвенции. Каждому из истцов он назначил в качестве компенсации выплату 6000 евро.

Дело *Kharitonashvili v. Georgia* (Решение от 10.02.2009, Заявление No. 41957/04)

В данном случае Европейский суд по правам человека решил, что из-за исключительной длительности гражданского процесса имеет место нарушение ст. 6 Конвенции.

Дело *Nodar Jgarkava v. Georgia* (Решение от 24.02.2009, Заявление No. 7932/03)

Против истца, гражданина Грузии, в 1995 году было начато уголовное преследование по подозрению злоупотребления им своей должностью народного избранника. В июле 1998 г. процесс был приостановлен. Истец жаловался, что его

требование о возмещении материального и морального ущерба не было рассмотрено.

Европейский суд по правам человека постановил, что нарушена ст. 6 Конвенции, так как Верховный суд Грузии основал свое решение на аргументах, которые не являются ни ясными, ни сколько-нибудь достаточными для существа дела.

Дело *Khvicha Poghosyan v. Georgia* (Решение от 24.02.2009, Заявление No. 9870/07)

Этот случай является одним из примерно сорока жалоб, направленных против неудовлетворительного обеспечения грузинских тюрем лечением и медикаментами. Европейский суд по правам человека потребовал от Грузии в этой связи предпринять административные и законодательные шаги для исправления данного положения.

Истец, гражданин Грузии, сидел в тюрьме из-за разбойничьего нападения. В октябре 2006 г. ему сделали в тюремной больнице операцию, в результате которой он получил инфекцию и заболел вирусным гепатитом С. Хотя диагноз был подтвержден врачом, его не положили для лечения в больницу. Ходатайства в Министерство юстиции и перед администрацией тюрьмы № 6 г. Рустави не возымели должного действия.

Европейский суд по правам человека признал нарушенной ст. 3 Конвенции по причине того, что истец не был обеспечен медицинским лечением гепатита С. Факт установления правильного диагноза в данном случае сочтен недостаточным.

Дело *Irakli Ghavtadze v. Georgia* (Решение от 03.03.2009, Заявление No. 23204/07)

Истец является гражданином Грузии и в настоящее время отбывает наказание в тюрьме. Он страдает вирусным гепатитом С и туберкулезным плевритом. Его определили в тюремную больницу только после того, как его болезнь достигла кульминации.

Европейский суд по правам человека постановил, что нарушена ст. 3 Конвенции, так как грузинские власти не выполнили свои обязанности по обеспечению истца медицинским обслуживанием и не защитили его здоровье во время пре-

бывания в тюрьме. Он назначил выплату компенсации истцу в размере 9000 евро.

Дело *Leva Kobelyan v. Georgia* (Решение от 16.07.2009, Заявление No. 40022/05)

Истец, гражданин Грузии, обратился в Европейский суд из-за исключительной длительности уголовного процесса, который был начат против него в 2000 году по обвинению в имущественных деликтах.

Европейский суд по правам человека признал экстремальную длительность процесса в трех судебных инстанциях – почти 6 лет и 10 месяцев – нарушением статьи 6 Конвенции и назначил выплату компенсации истцу в размере 1000 евро.

Дело *Amiran Kvitsiani v. Georgia* (Решение от 21.07.2009, Заявление No. 16277/07)

Истец, гражданин Грузии, добился в декабре 2000 г. судебного решения в свою пользу. Этим решением грузинские органы были обязаны уплатить ему компенсацию за разрушение его дома в результате полицейской акции в сентябре 1997 г. Власти не выполняли это свое обязательство в течение многих лет.

Европейский суд по правам человека постановил, что грузинские власти нарушили таким образом право истца на суд согласно ст. 6. Конвенции и его право на собственность по ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции. Он назначил выплату истцу компенсации в размере 3000 евро.

Конституционно допустимые ограничения права собственности в практике Конституционного суда Республики Армения

Феликс Тохян*

В труде автор анализирует права человека как важную составную часть современного правового государства. Признание и защита права собственности в качестве фундаментального конституционного принципа закреплены в Конституции Республики Армения. Любое вмешательство в это право нуждается в конституционном оправдании.

Конституционный суд Республики Армения осуществляет защиту основных прав и свобод гражданина в основном путём последующего абстрактного контроля, а также предварительного контроля над конституционностью международных договоров.

В статье автор подчеркивает, что конституционное право собственности неабсолютно и может быть ограничено в соответствии с нормами и принципами международного права. Однако, он приходит к заключению, что конституционно допустимые пределы и основания для ограничения права собственности в Республике Армения полностью соответствуют нормам международного права.

1. В демократических государствах современного мира одной из важнейших задач органов конституционного правосудия является защита основных прав и свобод человека и гражданина, гарантированных их конституциями. Эта задача прямо провозглашается в конституциях и законодательстве многих стран как главная цель деятельности органов конституционного правосудия.

Отсутствие в конституциях и специальном законодательстве об органах конституционной юстиции ряда стран норм, непосредственно регулирующих соответствующее полномочие, отнюдь не означает, что на практике они не осуществляются действующими там органами конституци-

онного правосудия. Отличие состоит лишь в том, что эти органы осуществляют защиту конституционных прав и свобод человека и гражданина, в том числе права собственности, в рамках иных процедур, контролируя, главным образом, конституционность нормативных актов.

Аналогичная ситуация наблюдается и в Республике Армения, где впервые созданный в феврале 1996 года специализированный судебный орган конституционного правосудия, Конституционный суд Республики Армения, осуществляет защиту основных прав и свобод гражданина в основном путём абстрактного последующего контроля, а также предварительного контроля конституционности международных договоров.

2. Признание и защита права собственности как фундаментальный конституционный принцип (наряду с народовластием, верховенством закона и т.д.) закреплён в Конституции Республики Армения в главе I, регулирующей основы конституционного строя Армении.

Согласно статье 8 Конституции Республики Армения, в стране признается и защищается право на собственность. Собственник по своему усмотрению владеет, пользуется и распоряжается принадлежащим ему имуществом. Реализация права на собственность не должна наносить ущерб окружающей среде, нарушать права и законные интересы других лиц, общества и государства.

Государство гарантирует свободное развитие и равную правовую защиту всех форм собственности, свободу экономической деятельности, свободную экономическую конкуренцию.

Конституционному праву собственности личности посвящена и статья 28 Конституции, закрепленная в главе II «Основные права и свободы человека и гражданина», которая в более конкретной форме защищает права личности как владельца собственности. Провозглашая право каждого человека на собственность и наследство, Конституция Республики Армения одновременно предусматривает довольно жёсткие и четкие конституционные основания для прекращения права собственности.

В частности, согласно статье 28 Конституции, правом собственности на землю не пользуются иностранные граждане и лица без гражданства, за исключением случаев, предусмотренных зако-

* Судья Конституционного суда РА, зав. кафедрой конституционного права Российско-Армянского (Славянского) университета, профессор

ном. Лишить собственности может только суд — в предусмотренных законом случаях.

Отчуждение собственности для нужд общества и государства может быть произведено только в исключительных случаях на основании закона с предварительной равноценной компенсацией.

3. Правозащитная деятельность Конституционного суда Республики Армения свидетельствует; что, пожалуй, ни одно другое основное право человека и гражданина, закреплённое в Конституции Республики Армения, не подвергалось такой твёрдой и последовательной судебной защите, как конституционное право собственности.

Приведем ряд примеров. 27 февраля 1998 года на основе заявления президента Армении Конституционный суд Республики Армения рассмотрел дело о конституционности статьи 22 Закона Республики Армения «О недвижимости», который был принят парламентом 27 декабря 1995 года.

Заявитель, ссылаясь на положения статей 8 и 28 Конституции Армении, отмечал, что Конституцией прямо разграничены принципиально разные виды прекращения права собственности: лишение собственности и отчуждение собственности. Между тем, в статье 22 закона Республики Армения «О недвижимости» (части 2-5) устанавливаются положения, о конституционности которых в правоприменительной практике имеются взаимоисключающие подходы.

Статья 22 закона Республики Армения «О недвижимости» озаглавлена «Отчуждение недвижимости для нужд общества и государства». Нормы статьи имели цель законодательно урегулировать и с правоприменительной точки зрения содействовать как предусмотренному статьёй 8 и частью 2 статьи 28 Конституции Армении процессу отчуждения недвижимости, так и защите прав собственника.

В частях 2-5 статьи 22 закона утверждалось: «Размер равноценной компенсации за изъятую для нужд общества и государства недвижимость определяется постановлением правительства Республики Армения, основываясь на результате переговоров между правительством Армении и собственником, недвижимость которого подлежит отчуждению, и на письменном согласии последнего.

Если собственник недвижимости не согласен с отчуждением имущества или размером ком-

пенсации, правительство Республики Армения может осуществлять отчуждение недвижимости только в судебном порядке. До вступления решения суда в законную силу собственник недвижимости, подлежащей отчуждению для нужд общества и государства, обязан воздержаться от причинения вреда недвижимости.

Процедура отчуждения недвижимости для нужд общества и государства устанавливается правительством Республики Армения, исходя из положений настоящей статьи».

Принимая решение по этому делу, Конституционный суд Армении исходил из положений статьи 28 Конституции о том, что отчуждение собственности для нужд общества и государства может производиться только в исключительных случаях на основании Закона о предварительной равноценной компенсации. Таким образом, конституционным основанием для отчуждения собственности признаются «нужды государства и общества», а конституционными гарантиями защиты прав собственника отчуждаемого имущества являются взаимосвязанные взятые в единстве конституционные требования совершать отчуждение: во-первых, лишь в исключительных случаях, во-вторых, на основании закона, в-третьих, с предварительной равноценной компенсацией отчуждаемого имущества.

Конституционные формулировки типа «нужды государства и общества», «лишь в исключительных случаях», с «предварительной равноценной компенсацией» — термины, подлежащие правовой оценке.

Конституция Армении, исходя из того, что указанные понятия непосредственно касаются одного из важнейших конституционных прав человека - права на собственность, установила, что, по подобным основаниям, отчуждение собственности может производиться на основании закона, создав тем самым необходимые законодательные гарантии.

Предварительная равноценная компенсация является обоснованной со стороны исполнительного органа соответствующим финансово-хозяйственным расчётом и согласованной с собственником действием, которое может быть оспорено в судебном порядке.

В своем постановлении от 27 февраля 1998 года Конституционный суд Республики Армения впервые дал своё толкование конституционных

норм о праве собственности, допустимых пределах и основаниях ограничения этого права.

В частности, Конституционный суд Армении отметил, что Конституция предусматривает два способа прекращения права собственника.

В первом случае собственника может лишить собственности только суд — это происходит в предусмотренных законом случаях, то есть прекращение права собственности осуществляется как действие принудительного характера, как мера ответственности. Во втором случае отчуждение собственности для нужд общества и государства может производиться лишь в исключительных случаях, на основании закона, с предварительной равноценной компенсацией. Отчуждение собственности для нужд общества и государства, предусмотренное статьей 28 Конституции, отличается от лишения права собственности тем, что происходит не лишение собственности путём привлечения к ответственности, а добросовестный собственник обязуется при наличии предусмотренных Конституцией оснований, с соблюдением установленных гарантий, уступить свое право собственности государству.

Конституционный суд постановил, что часть третья статьи 22 закона Республики Армения «О недвижимости», согласно которой, «если собственник недвижимости не согласен с отчуждением имущества правительством Армении или размером компенсации, правительство Республики Армения может осуществлять отчуждение недвижимого имущества только в судебном порядке», не соответствует статьям 8 и 28 Конституции Армении. Собственность лица по основаниям, предусмотренным частью второй статьи 28 Конституции Республики Армения, может быть отчуждена, а в случае отсутствия согласия лица право собственности может быть прекращено государством только путём принятия закона о конкретной недвижимости, в котором будут обоснованы исключительная важность и значение отчуждения и указано, на удовлетворение каких нужд общества и государства направляется отчуждаемая недвижимость.

Конституционный суд одновременно отметил, что закон может также обязать правительство на основании соответствующего финансово-хозяйственного расчета, с учётом рыночных цен, в результате переговоров между правительством и собственником о подлежащей отчуждению не-

движимости и его письменного согласия установить размер компенсации, который может быть оспорен собственником в судебном порядке.

Конституционный суд признал также не соответствующими статьям 8, 28 и 44 Конституции Армении положения четвертой и пятой частей статьи 22 Закона, так как они позволяют правительству произвольно отчуждать недвижимость и необоснованно ограничивают право собственника распоряжаться своим имуществом.

4. Защите основных прав граждан, в том числе и конституционного права собственности, служит и деятельность Конституционного суда Республики Армения по предварительному контролю конституционности международных договоров. Отметим, что по Конституции Республики Армения международные договоры в обязательном порядке до их ратификации парламентом должны пройти процедуру контроля их конституционности в Конституционном суде Республики Армения. Заявителем в этом случае является президент. За короткий срок своей деятельности Конституционный суд Республики Армения рассмотрел свыше 200 подобных дел. В ряде случаев Конституционный суд Армении признавал неконституционными положения, закреплённые в международных договорах. Эти договоры, согласно статье 6 Конституции, не могли быть ратифицированы. Интересно отметить, что в подавляющем большинстве случаев Конституционный суд принимал подобные постановления по делу о конституционности обязательств, закреплённых в международных договорах о защите и поощрении инвестиций, заключённых от имени Республики Армения. Во всех случаях речь шла о нарушении конституционно допустимых пределов и оснований ограничения права собственности.

Приведём несколько примеров. Так, 30 августа 1996 года, рассмотрев дело о конституционности положений Договора от 21 декабря 1995 года между Республикой Армения и Федеративной Республикой Германия о поощрении и взаимной защите капитальных вложений, Конституционный суд пришёл к заключению, что положения о конфискации, национализации или приравненных по воздействию к конфискации или огосударствлению иных мероприятий, предусмотренные статьёй 4 Договора, противоречат условиям отчуждения собственности, изложенным в ста-

тьей 28 Конституции Армении, и тем самым нарушают конституционное право собственности граждан. Как было отмечено выше, в статье 28 Конституции Республики Армения закреплено, что «отчуждение собственности для нужд общества и государства может быть произведено только в исключительных случаях, на основании закона, с предварительной равноценной компенсацией». Однако указанной статьей 4 Договора предусматривалась возможность конфискации, огосударствления или осуществления мероприятий, приравненных по воздействию к конфискации или национализации (огосударствлению), исходя из общественных интересов.

При этом, в соответствии с Договором, об определении размера компенсации и её выплате необходимо было позаботиться не позднее момента компенсации, национализации или осуществления иного, аналогичного по характеру мероприятия, что, по мнению суда, не могло полноценно обеспечить предварительную компенсацию.

Конституционный суд Армении, рассмотрев 3 февраля 1997 года дело о конституционности положений Соглашения между правительством Республики Армения и правительством Египетской Арабской Республики о поощрении и защите инвестиций, заключенных 9 июля 1996 года, признал статью 5 названного Соглашения, не соответствующей Конституции Республики Армения. Данной статьей Соглашения предусматривались национализация, конфискация инвестиций или осуществление иных равноценных национализации мер на благо общества, исходя из внутренних нужд стороны, с условием быстрой равноценной и выгодной компенсации в дальнейшем. В Соглашении фактически считалось возможным отчуждение собственности в неисключительных случаях. Кроме того, предварительная компенсация не предусматривалась. Стороны всего лишь обязывались произвести дальнейшую компенсацию «без бессмысленных задержек».

Необходимо заметить, что Конституционный суд Республики Армения при определении конституционности правового акта или его отдельных положений, исходя из требований статьи 55 Закона Армении «О Конституционном суде», не связан с указанными в заявлении основаниями и доводами, приводимыми заявителями в

обосновании своей позиции, и, принимая решения, обязан принять за основу

- вид правового акта;
- дату принятия, подписания, издания и соблюдение порядка введения в действие правового акта;
- содержание правового акта;
- необходимость защиты, свободного осуществления прав и свобод человека и гражданина, закрепленных в Конституции, пределы и основания их допустимого ограничения;
- предусмотренный Конституцией принцип разделения властей;
- допустимые пределы полномочий государственных органов и должностных лиц.

В приводимых нами выше примерах при установлении несоответствия Конституции Республики Армения рассматриваемого правового акта или его отдельных положений Конституционный Суд Армении, в первую очередь, руководствовался необходимостью защиты свободного осуществления прав и свобод человека и гражданина, закрепленных в Конституции, пределов и оснований их допустимого ограничения.

В заключении отметим, что, согласно статье 4 Конституции Армении, государство обеспечивает защиту прав и свобод человека на основе Конституции и законов — в соответствии с принципами и нормами международного права. Конституционное право собственности не абсолютное право и в соответствии с нормами и принципами международного права может быть ограничено. Конституционно допустимые пределы и основания ограничений права собственности в Республике Армения полностью соответствуют нормам международного права — в частности, статье 29 Всеобщей Декларации прав человека; статье 4 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах; статье 1 Протокола № 1 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод и т.д.

Дело «Квициани против Грузии»

(Решение от 21.07.2009, Заявление No. 16277/07)

Елена Филеева*

21 июля 2009 года Европейский суд по правам человека, опираясь на статьи 6 и 1 Протокола 1 Европейской Конвенции по правам человека, вынес еще одно решение против Грузии.

Данное дело касается вопроса мирного владения частным лицом принадлежащим имуществом, и в случае нарушения данного права по вине государственных органов ставит вопрос о получении компенсации за уничтоженное имущество из средств государственного бюджета.

Европейский Суд принял данный иск к регистрации 4 апреля 2007 года, после неоднократных и долгих попыток заявителя получить компенсацию за потерянное имущество.

Дом заявителя, Амираана Квициани, вместе с расположенными рядом фермерскими постройками, был сожжён в результате проведенной 15 сентября 1997 года неподалёку от дома заявителя полицейской операции.

Заявитель в судебном порядке обратился с иском о возмещении ущерба против Министерства внутренних дел и Министерства финансов Грузии. Решением районного суда от 27 декабря 2000 года ему в качестве компенсации за уничтожение его собственности было присуждена сумма в размере 60 000 грузинских лари. В резолютивной части решения указывалось, что выплата суммы должна была быть произведена из государственного бюджета 2001 года.

После опротестования в соответствующем порядке аналогичные решения были приняты

Апелляционным судом, а затем и Верховным судом Грузии, соответственно 21 марта и 2 октября 2002 года, после чего решение стало обязательным для исполнения.

Несмотря на просьбу Министерства юстиции в лице Национального бюро по исполнению судебных решений, по предложению которого необходимо было выплатить долг заявителю в течение последующих 3 месяцев, власти оставались бездейственными - предоставленное время истекло без каких-либо изменений в положении заявителя.

Национального бюро по исполнению судебных решений обязал к выплате Национальный Банк Грузии, но его приказ 25 ноября 2005 года был возвращен с указанием на неправильную сумму.

После нескольких заявлений истца Министерство финансов ответило, что не в состоянии взять на себя выплату данной суммы, так же оказалось неплатежеспособным и Министерство внутренних дел.

На основании обращения заявителя Городской суд уточнил решение от 27 декабря 2000 года и как объективно неисполнимое условие изъял ту часть решения, где значилось, что долг должен быть выплачен из бюджета 2001 года. Решение вошло в силу 28 мая 2007 года. 4 сентября 2007 года Городской суд выдал исполнительный лист, на основании которого 4 апреля 2008 года Национальный Банк Грузии в полном объеме выплатил заявителю положенную сумму.

В данном решении Европейский суд однозначно подтвердил уже существующую практику в отношении обязательств государства по скорому исполнению решения в отношении выплаты компенсации и неотъемлемости права на собственность.

В своем решении Европейский суд, опираясь на уже существующее прецедентное право, на примере вынесенного им дела *Voytenko v. Ukraine* (no. 18966/02, § 32-35, 29.06.2004), дела *Romashov v. Ukraine* (no. 67534/01, §§ 23-27, 27.07.2004), дела *Skubenko v. Ukraine* (no. 41152/98, 6.04.2004), согласно Конвенции, од-

* Адвокат проекта «Стратегическое судопроизводство в Грузии – внедрение международных стандартов в практику», Организация «42-ая статья Конституции».

нозначно присудил заявителю статус жертвы, посчитав за нарушение растянутость срока, в течении которого нарушалось право заявителя на денежное возмещение за утраченное им имущество.

Суд, касаясь предпринятых государством для исполнения решения мер, категорически постановил, что ни одну из мер, предпринятых государством, нельзя считать эффективной для целей заявителя, если речь идёт о протяжённости срока, в течение которого решение не исполнялось.

Ссылаясь также на рассмотренное им ранее дело (*Metaxas v. Greece*, no. 8415/02, § 19, 27.05.2004), Европейский суд разъяснил, что человек, получивший решение суда против государства, не обязан предпринимать отдельные процедуры для исполнения (воплощения) решения.

Таким образом, Суд признал общим принципом обязанность государства обеспечить исполнение и выплату компенсации в кратчайший срок и без дополнительных на то усилий потерпевшей стороны, уделив тем самым большое внимание вопросу обязанностей государственных органов.

Европейский суд признал нарушением период исполнения решения - 5 лет и 6 месяцев. Принимая во внимание несложность исполнительных процедур, поведение сторон и значимость для заявителя быстрого получения компенсации (как и в деле *Raylyan v. Russia*, no. 22000/03, § 31, 15.02.2007), Европейский суд счёл этот срок нереальным и беспочвенно растянутым.

Европейский суд однозначно высказался, что правительство Грузии не предоставило ни одного веского аргумента в свое оправдание, признав, что недостаток средств в государственном бюджете никак не мог реабилитировать правительство (так же как по делу *Amat-G and Mebaghishvili*, § 48).

Основываясь на вынесенном решении *Semochkin v. Russia* (no. 3885/04, § 17, 4.12.2008), Европейский суд чётко постановил, что установленный в данном деле принцип применим и к обстоятельствам текущего дела, и пояснил, что на государство-ответчика ложится обязанность исполнения решения с того момента, как оно входит в законную силу,

и, разумеется, у сторон появляются обязательства исполнения решения.

Европейский суд счёл достаточными вышеупомянутые доводы для вынесения решения по делу и пришёл к заключению, что более чем пятилетний срок по исполнению решения в отношении компенсации заявителя замедляет суть права на суд. Кроме того, он расценил это как вмешательство в право на мирное владение собственностью (*Voytenko*, §§ 43 and 55; *Vodopyanov v. Ukraine*, no. 22214/02, §§ 31-36, 17.01.2006).

По сложившейся практике, по причине своих выводов по статье 6 и статье 1 Протокола 1, Суд воздержался от рассмотрения нарушений по статье 13 Конвенции в части несуществования эффективных мер опротестования. Хотя данные заключения Европейского суда в отношении эффективности правовых мер были бы достаточно интересны.

Принимая во внимание истощение истца ввиду запоздалого исполнения решения, Европейский суд назначил заявителю в качестве компенсации за моральный ущерб сумму в размере 3000 евро. Сама сумма компенсации в данный момент уже была выплачена заявителю из государственного бюджета.

Европейский суд оставил без внимания вопрос возмещения неполученных заявителем от использования фермерских владений доходов – требование, которое заявитель представил на рассмотрение суда, а также вопрос судебных расходов и издержек (по причине их необоснованности самим заявителем).

Европейский суд в своем решении однозначно высказался в отношении неотъемлемости права на собственность и в случае нарушения права на мирное владение необходимости выплаты справедливой компенсации в кратчайший срок и без дополнительных усилий пострадавшей стороны.

Указанные по делу выводы относятся к широко распространенным в практике случаям, когда имеет место невыплата долгов из государственного бюджета и задержка исполнения вошедших в законную силу решений внутренних судов.

Данное решение Европейского суда должно быть принято государством в качестве полезной и необходимой рекомендации, а чёткое

исполнение решения по делам уменьшит количество исков против Грузии и выплату дополнительных средств из бюджета.

Дело «Гиорги Николаишвили против Грузии»

(Решение от 13.01.2009, Заявление No. 37048/04)

*Мери Джанпаридзе**

13 января 2009 года Европейский суд по правам человека вынес ещё одно значительное решение против Грузии. Решение по делу «Николаишвили против Грузии» интересно тем, что в нём очень критически оцениваются те действия, которые, к сожалению, не столь редко совершали и пока ещё продолжают совершать представители правоохранительных структур и судебной системы.

Гиорги Николаишвили обратился в Европейский суд по правам человека в 2004 году. Он жаловался на то, что государство Грузия нарушило право на свободу и неприкосновенность, право на справедливый суд и уважение личной жизни. Фактические обстоятельства дела же состояли в следующем:

3 июля 2003 года брат Г. Николаишвили и ещё одна личность были обвинены в убийстве и незаконном приобретении, хранении, ношении огнестрельного оружия. Обвиняемые скрылись, и полиция объявила их в розыск.

В том же месяце фотография Г. Николаишвили вместе с фотографиями его брата, другого обвиняемого и брата последнего была вывешена на размещённых в разных отделениях полиции досках с надписью: «Разыскиваются по делу об убийстве». Несмотря на то, что относительно Г. Николаишвили не имело места начало уголовного преследования и он официально не был объявлен в розыск, в течение приблизительно восьми месяцев его фотография помещалась среди фотографий разыскиваемых лиц. Обращения и жалобы адвокатов в Министерство внутренних дел, Генеральную прокуратуру и суд не дали никаких результатов.

В продолжение расследования по делу об убийстве представители правоохранительных органов постоянно угрожали родителям Г. Николаишвили, что «арестуют» его, если его брат, находящийся в бегах, не сдастся полиции.

И, действительно, когда 30 марта 2004 года заявитель явился в прокуратуру в качестве свидетеля для дачи показаний по делу своего брата, он был задержан по обвинению в незаконном приобретении, хранении, ношении огнестрельного оружия. На третий день Ваке-Сабурталинский районный суд назначил ему заключение сроком на три месяца. Спустя семь дней по истечении этого срока прокуратура направила дело вместе с обвинительным заключением в суд. Через семь месяцев суд без устного рассмотрения решил вопрос об отдаче под суд заявителя и вместе с тем указал, что мера пресечения – заключение была назначена правильно.

Европейский суд по правам человека внимательно рассмотрел детали дела и чрезвычайно отрицательно оценил многие обстоятельства. В первую очередь, суд разъяснил, что право «неприкосновенности», защищаемое статьёй 5-ой Европейской Конвенции, подразумевает защиту свободы каждого лица от самовольного вмешательства публичной власти. В решении сказано: «Суд считает, что, по пониманию авторов Конвенции более того, чем обязательство защиты физической свободы лица ... По мнению суда, те национальные органы, которые имеют правомочие на ограничение свободы человека, как правило, должны действовать добросовестно, соответственно, намерение власти пресечь физическую свободу для кого-либо не должно быть скрыто. В случае необходимости лицо должно иметь право обратиться к тем существующим правовым средствам, которые помогут ему воспрепятствовать действиям власти и защитить свою свободу. Когда на чаше весов находится свобода личности, особенное значение имеет защита общих принципов правовой ограниченности (*legal certainty*). Необходимо, чтобы как действующее уголовно-правовое законодательство, так и решения и действия представителей власти были предвидимы и недвусмысленны до того уровня, который предоставит лицу возможность предварительно предположить возможные результаты конкретного действия». Исходя из этого, Суд счёл, что метод, которым был произведён арест Николаишвили, не только подрывал принцип правовой ограниченности, но и создавал угрозу доверию общества к органам прокуратуры.

* Адвокат проекта «Стратегическое судопроизводство внутри страны», Организация «42-ая статья Конституции»

Суд счёл нарушением также тот факт, что заключение заявителя по истечении срока предварительного заключения до отдачи под суд не было узаконено решением суда. Как и в деле Гиголашвили против Грузии (см. *Gigolashvili v. Georgia*, по 18145/05), суд здесь также отметил: «Нарушение статьи 5.1. было отмечено во множестве дел, где заключение подозреваемых основывалось лишь на факте пересылки обвинительного заключения в суд. Задержание подозреваемых в условиях специфического правового основания и отсутствия ясных регулирующих ситуацию норм, – за которым в результате следует лишение свободы личности на неограниченный срок без решения суда – несовместимо с принципами правовой ограниченности и защиты от своеволия» (пункт 62, дело *Giorgi Nikolaishvili v. Georgia*).

Ещё одно широко распространённое нарушение со стороны государства, которое уже однажды суд строго раскритиковал в деле Пацурия против Грузии (см. *Patsuria v. Georgia*, по 30779/04), заключалось в том, что при вынесении постановления о предварительном заключении внутренний суд вместо того, чтобы расследовать, какие заслуживающие доверия обстоятельства существовали для вынесения постановления о заключении, основывался на предварительно опубликованных, абстрактных фразах шаблонной формы. Европейский суд с сожалением отметил, что «подобная практика указывает на «недостаток особой отзывчивости» со стороны представителей национальной власти» (пункт 73, дело *Giorgi Nikolaishvili v. Georgia*). Суд отметил недостаток подобной отзывчивости и в отношении того, что предварительное заключение заявителя длилось десять месяцев. Европейский суд ещё раз повторил, что государство нарушило право на свободу и неприкосновенность тем, что не приняло во внимание конкретные фактические обстоятельства дела и не рассмотрело возможности вынесения постановления о применении альтернативной меры пресечения заменяющей заключение под стражу.

Как отдельное нарушение было установлено то обстоятельство, что внутренний суд рассмотрел вопрос об отдаче под суд заявителя без устного слушания. Европейский суд отметил, что: «В этих условиях отсутствие устного рассмот-

рения представляло отклонение от принципа состязательности и принципа равноправия сторон ... На основании национального законодательства и существующей практики органы прокуратуры имели привилегию обратиться в суд и обосновать необходимость заключения, заявитель же не мог устно или письменно противопоставить что-либо этим аргументам» (см. пункт 93-94, *Giorgi Nikolaishvili v. Georgia*).

После того как в отношении Николаишвили по ряду аспектов было установлено нарушение статьи 5-ой Конвенции (право на свободу и неприкосновенность), суд рассмотрел вопрос о нарушении статьи 8-ой (право на уважение личной и семейной жизни). Суд разъяснил, что «Понятие личной жизни включает в себя и право лица на его изображение и что публикация фотографии без согласия изображённого на ней лица даже тогда, когда это действие лишено какой-либо специфической цели, представляет вмешательство в требования, защищённые статьёй 8-ой Конвенции» (пункт 121, *Giorgi Nikolaishvili v. Georgia*). В настоящем деле суд обратил особое внимание на тот факт, что дело касалось не только публикации фотографии, но, в первую очередь, тех методов и целей, которым служило это деяние. Упоминание заявителя как разыскиваемого в связи с тяжким преступлением, тогда как официально ему не было предъявлено обвинения и он не был признан даже подозреваемым, носило дезинформационный характер, чем был нанесён вред репутации заявителя». Суд отметил, что поскольку в этом случае, согласно национальному законодательству, вмешательство в права, защищённые статьёй 8-ой, однозначно было «незаконным», постольку уже не подлежал рассмотрению вопрос о том, служило ли это вмешательство «легитимной цели» и было ли оно «необходимо в демократическом обществе».

В данном деле Европейский суд установил нарушение как негативных, так и позитивных обязательств, возложенных на государство статьёй 8-ой, исходя из того, что после нарушения права на личную жизнь заявителя представители власти не произвели должного расследования обстоятельств дела и не поставили вопроса об ответственности виновных лиц.

Ввиду всех вышеуказанных нарушений суд присудил заявителю 8000 евро в качестве возмещения нанесённого ему морального вреда.

Неизвестно, сколько ещё тысяч евро будет выделено из государственного бюджета до тех пор, пока власть примет действенные меры для искоренения тех нарушений, на которые настоятельно указывает Европейский суд в собственных решениях. Как вы уже убедились, множество таких нарушений и недочётов отмечено в решении, вынесенном по делу Николаишвили.

Основной акцент в указанном решении был сделан на добросовестности и отзывчивости, которые должны проявлять правоохранные структуры и суды при ограничении свободы лица. Каждому человеку полностью и своевременно должно быть сообщено о тех мерах, которые следственные органы собираются предпринять против него. Суды же всегда должны тщательно изучать фактические обстоятельства дела, расследовать возможность вынесения не предполагающих заключение мер пресечения и только в крайнем случае, с достойным и адекватным основанием, применять такие строгие меры пресечения, как заключение. Не меньшее значение придаётся также тем ситуациям, когда происходит неоправданное вмешательство в личную жизнь лица. Необходимо, чтобы представители власти проявляли максимальную осторожность и предусмотрительность до тех пор, пока вторгнутся в сферу личной или семейной жизни индивида, а в случае такого вторжения принять все меры с целью полного и своевременного восстановления нарушенных прав.

Замечания, указанные в вынесенном Европейским судом по правам человека решении по делу Николаишвили, должны быть приняты государственными органами как важные и полезные рекомендации. Считаем, что их полный учёт в будущем резко сократит число решений, вынесенных против Грузии.

Проблемы исполнения Республикой Армения постановления Европейского суда по правам человека по делу «Мелтекс против Армении»

*Ара Казарян**

2-го апреля 2002-го года была закрыта телекомпания А1+, котировавшаяся как телекомпания номер 1 в Армении. Формальным основанием стало то, что А1+ проиграла в конкурсе на получение лицензии, который, по новому закону «О телевещании», проводится в 7 лет раз. Многие тогда же поняли, что неофициальной причиной закрытия единственной подлинно независимой телекомпании были приближающиеся президентские выборы в феврале 2003 г. Затем, в течение 2003 г., А1+TV приняла участие еще в семи лицензионных конкурсах, проводимых за оставшиеся вещательные частоты, но проиграла во всех из них. Большинство компаний, победивших в этих конкурсах, никогда до этого не были в вещательном бизнесе, тогда как А1+TV непрерывно получала высокие (если не высшие) оценки почти по всем программным категориям, таким как новости, развлекательные и образовательные программы и т.д. Во всех вышеуказанных конкурсах регулирующий орган, каковым является Национальная комиссия по теле- и радиовещанию (далее – Комиссия), не обнаружил каких-либо причин, послуживших основаниями для ее решений, несмотря на то, что закон установил критерии определения победителя, как-то: профессионализм работников, финансовые и технические ресурсы, превалирование в эфире программ отечественного или собственного производства. Комиссия попросту уведомляла компанию об названии победившей компании и количестве баллов, выставленных последней членами Комиссии. Таким образом, А1+TV была в неведении относительно причин своего поражения во всех восьми конкурсах на получение лицензии.

Со стороны ООО Мелтекс, руководившего компанией А1+TV, в Европейский суд по правам человека были направлены два заявления,

в которых, помимо многого другого, заявитель жаловался на то, что Комиссия, не предоставив обоснований своих решений, нарушила статью 10 Европейской Конвенции. В частности, ООО Мелтекс утверждало, что все восемь решений, принятых Комиссией в разное время и по результатам разных конкурсов, имели идентичную и стандартную формулировку, просто указывающую количество баллов, выставленных Мелтекс членами Комиссии, а также название компании-победительницы, в то время как Комиссия была обязана обосновывать свои решения на правовых критериях, предусмотренных законом «О телевещании» для определения наилучшей среди конкурсантов компании. В ответ правительство отвечало, что поскольку компании Мелтекс были сообщены количество набранных ею баллов и имя победителя, постольку Мелтекс надлежащим образом было сообщено о причинах поражения в конкурсе, а, следовательно, – все решения Комиссии были ею обоснованы. Что касается самого процесса оценивания и дачи оценок по конкурсным заявкам, то, хотя в тексте постановления суда об этом прямо и не говорится, из замечаний правительства Армении следует, что оно придерживалось мнения о том, что члены Комиссии при оценке заявок имели неограниченное право на собственное усмотрение, которое не подлежало судебному контролю со стороны национальных судов.

17-го июня 2008 г. Европейский суд решил, что Комиссия, не признавая компанию-заявительницу победительницей в тех конкурсах, в которых та участвовала, отказала ей в удовлетворении заявки на предоставление вещательной лицензии. Таким образом, указанные отказы представляли вмешательство в право компании-заявительницы на свободу распространения информации и идей¹. Далее суд постановил, что процедура лицензирования, согласно которой лицензирующий орган не обосновывает своих решений, не предоставляет надлежащей защиты против произвольного вмешательства со стороны административного органа, вследствие чего, согласно статье 10 Конвенции, семь отказов в предоставлении вещательной лицензии не

* Старший научный сотрудник, ассистент профессора, Ереванский государственный университет

¹ См. Постановление, пункт 74.

соответствовали установленным Конвенцией требованиям законности².

Сразу после обнаружения данного постановления Генеральный секретарь Совета Европы заявил, что это была победа свободы выражения и что постановление Европейского суда положило конец затянувшейся саге об отказе армянских властей в предоставлении вещательной лицензии компании Мелтекс. В ответ на это скептики в Армении, в том числе и я, заявили, что это было только прологом саги, так как постановление из суда было передано в Комитет министров для исполнительного производства, которое могло продлиться даже больше времени, чем потребовалось для вынесения самого постановления. Последующие события показали, что скептики на самом деле были реалистами.

Спустя некоторое время после постановления Суда, ПАСЕ потребовала от правительства Армении предоставить компании Мелтекс лицензию на вещание – в качестве меры по исполнению постановления Европейского суда. Данная просьба была в тексте проекта Резолюции 1620 относительно выполнения Арменией своих обязательств перед Советом Европы в качестве страны-участницы, находящейся под мониторингом. Однако, перед началом летней сессии ПАСЕ 2008 г. армянская делегация убедила ПАСЕ изменить формулировку Резолюции по части компании Мелтекс и в окончательном тексте ПАСЕ, вместо требования выдачи лицензии, записать: *«призвала лицензирующий орган отныне обеспечить открытую, справедливую и прозрачную процедуру лицензирования»*. Тем не менее, в Армении это было воспринято как положительный шаг, ибо как ПАСЕ, так и правительство Армении признали, что лишь проведение нового конкурса является той единственно возможной и надлежащей мерой наиболее эффективного восстановления прав, признанных нарушенными согласно постановлению Европейского суда. Поэтому ожидалось, что в сентябре 2008 г. Комиссия заявит о проведении нового конкурса. Однако, вместо этого, в сентябре национальный Парламент сделал неожиданный ход – был принят новый закон, по которому проведение всех конкурсов на получение вещательной лицензии запрещается

до конца 2010 г. Введение данного запрета мотивировалось целью оцифровки сферы телевидения. Учитывая, что оцифровка сферы телевидения – процесс достаточно долгий, весьма вероятно, что конечный срок 2010 г. будет перенесен. Таким образом, правительству Армении удалось заблокировать любую попытку возврата А1+TV в эфир, по крайней мере, вплоть до конца 2010 г.

Между тем, компания Мелтекс активно искала возможности извлечь хоть какую-то выгоду из постановления ЕСПЧ. В декабре 2008 г. компания инициировала процесс возобновления дела в Кассационном суде Армении – с целью полного восстановления нарушенных прав (*restituto in integrum*) на основании Рекомендации (2000)2 Совета Европы относительно пересмотра или возобновления на национальном уровне отдельных дел в результате постановлений Европейского суда, а также на основании статей 241¹ и 241⁶ Гражданского Процессуального кодекса Республики Армения. Соответствующими положениями указанных статей ГПК предусматривается, что решения Европейского суда являются основанием возобновления дел национальными судами в качестве «нового обстоятельства». Мелтекс потребовала от Кассационного суда пересмотреть свои решения от 2004 г. и установить, что в 2003 г. Комиссией были нарушены права компании, предусмотренные статьёй 10 Конвенции. Далее компания потребовала от суда признать недействительными результаты конкурсов, проведенных в течение 2003 г., поскольку они были проведены с нарушением требований статьи 10 Конвенции, которая в данное время для Армении имела юридическую силу. Но в феврале 2009 г. Кассационный суд отклонил протест, указав в качестве обоснования на то, что Европейский суд лишь установил факт того, что решения Комиссии не были ею обоснованы, и само по себе отсутствие обоснования не может быть истолковано как влекущее незаконность конкурса в целом. Что касается принятия потребованных Комитетом министров общих и индивидуальных мер исполнения, то Кассационный суд постановил, что такие меры *«являются [для государства] обязательными лишь в том случае, если Европейский суд непосредственно в*

2 См. Постановление, пункт 83-84.

постановлении указывает на необходимость принятия таких мер»³.

Поскольку национальный суд выработал новую «теорию» исполнения постановлений ЕСПЧ, в мае 2009 г. ООО Мелтекс обратилось в Европейский суд с просьбой истолкования резолютивной части его постановления. Компания попросила суд пояснить, в первую очередь, может ли быть признание в резолютивной части постановления факта нарушения статьи 10 Конвенции истолковано как необоснованность Комиссией своих решений, что делает незаконными в целом сами конкурсы на получение лицензии. И если да, то следует ли из этого, что правительство Армении должно было провести новый конкурс на получение лицензии – в качестве индивидуальной меры, наиболее способствующей восстановлению нарушенных прав компании. Европейский суд отказал в истолковании постановления. Он отклонил просьбу на том основании, что это выходит за пределы юрисдикции суда.

В действительности Административный кодекс Армении дает возможность разрешения ситуации. Согласно статье 63 кодекса, административный акт, принятый в нарушение или вследствие неправильного применения либо истолкования закона, должен быть признан недействительным. Решения Комиссия, включая ее решения о признании победителей в конкурсах, являются административными актами. Европейский суд уже указал на то, что решения Комиссии были приняты в нарушение статьи 10 Конвенции. Так как статья 10 является составной частью правовой системы Армении, то из этого следует, что необоснованность решения должна вести к признанию всего конкурса незаконным вследствие толкования указанной статьи 63. Философия, лежащая в основе статьи 63, заключается в том, что если одна из процедур комплексного процесса конкурсов была нарушена, то, следовательно, результат конкурса (решение о признании победителя) не может считаться справедливым. Тем не менее, Кассационный суд был противоположного об этом мнения, когда постановил, что даже факт непринятия обоснованного решения

не может поставить под сомнение справедливость и законность конкурса. Правительство придерживается того же мнения. Сразу после опубликования постановления Суда множество представителей правительства и законодателей в Армении заявили, что Европейским судом установлен факт незаконности не самих конкурсов, а лишь одной из процедур последних. Следовательно, судом не была поставлена под сомнение справедливость оспариваемых конкурсов, в которых Мелтекс проиграл. Если это так, то постановление суда ничего не изменило. Несмотря на поправки, внесённые в последнее время в закон и предусматривающие обязанность Комиссии обосновать свои решения, это не помогло Мелтекс. Сегодня правительство ссылается на Европейский суд, указывая, что последний не принимал решения о признании несправедливым всего конкурса в целом и сам факт необоснованности Комиссией своих решений ещё не означает, что в целях восстановления нарушенных прав компании Мелтекс должна быть выдана лицензия или же ей должна быть предоставлена возможность участия в новом конкурсе. Если бы Европейский суд принял решение в несколько ином, пусть и незначительном ключе, например, постановил бы, что необоснованность Комиссией принятых решений поставила под сомнение справедливость конкурса в целом, то мнения из ряда вышеприведенных не были бы провозглашаемы столь открыто и с такой уверенностью. По аналогии с концепцией справедливого судебного разбирательства, например, по делу Миши Арутюняна суд решил, что использование доказательств, добытых незаконным путем, потенциально могло выдвинуть вопрос о справедливости самого процесса, взятого в целом.⁴

Таким образом, компания Мелтекс исчерпала все возможные средства извлечь какую-либо пользу из постановления Европейского суда. Возможность получения лицензии была заблокирована со стороны Парламента. Что касается процедуры пересмотра, то Кассационный суд также не оставил никаких надежд. Получается, что скептики были правы, когда еще в 2002 г. утверждали, что Мелтекс будет снова открыта

³ Решение Кассационного суда от 19/12/09г., номер 3-10 TD2009, с. 7, пункт 4; Решение Кассационного Суда от 19.12.09, ном. 3-10TD2009, ст. 7, пункт 4.

⁴ Misha Harutyunyan v. Armenia, no. 36549/03, 28.06.2007, пункт 63.

лишь в результате политического решения, принятого на национальном уровне. Не знаю, правда ли это или нет, но факт остается фактом, что А1+TV все еще закрыто, между тем как аскетически скупой стиль постановления Европейского суда дает больше возможностей для маневра, чем для разрешения дела.

Постановление Европейского суда по делу «Никогосян и Мелконян против Армении»: вопросы доказывания в Европейском суде и правовые последствия для судебной практики Республики Армения

Давид Хачатрян*

1. Факты и вопросы права по делу, доказательства, приведённые сторонами, и позиция Суда

Заявители сослались на статью 6, пар. 1 ЕКПЧ, указывая на то, что они не были должным образом оповещены о судебном заседании (имевшем место 10 июня 2003г.) и вследствие этого не могли участвовать в судебном разбирательстве, что повлекло нарушение указанной нормы Конвенции ввиду того, что был нарушен принцип равенства сторон. Суд установил факт нарушения, указав, что заявители “не участвовали в судебном заседании Апелляционного суда по гражданским делам от 10 июня 2003 г. в том случае, когда противоположная сторона присутствовала”. В постановлении Суд еще раз подтвердил, что равенство сторон, хотя и прямо не предусмотрено статьёй 6, пар. 1 Конвенции, является составляющим элементом справедливого судебного разбирательства.

Суд решил рассмотреть заявления в совокупности и одновременно разрешить вопрос приемлемости и по существу. С самого начала Суд указал на то, что вопрос о наличии факта нарушения указанной нормы Конвенции будет разрешён в зависимости от того, знали ли заявители или же должны были знать о судебном заседании Апелляционного суда, иными словами – были ли они должным образом оповещены о времени и месте судебного заседания.

У правительства было два варианта позиции: (1) утверждать, что, согласно законодательству Армении, отправка почты по последнему известному адресу постоянного проживания ад-

ресата является достаточным основанием для признания факта должного оповещения или (2) доказать, что заявители получили или должны были получить письма. Правительство выбрало второй путь, который был более перспективным, как это видно из самого текста постановления Суда (пар. 39), указавшего, что “неясно, на каких доказательствах основывался Апелляционный суд по гражданским делам, указывая, что «заявители лично получили извещение о месте и времени судебного заседания, однако не явились в суд». Иными словами, Суд чётко различает факт извещения как действия со стороны суда и факт осведомлённости как результат действия заявителей.

Таким образом, вопрос, подлежавший разрешению со стороны Суда, был скорее вопросом факта осведомлённости заявителей о судебном заседании: получили ли заявители или должны были получить извещения. И вследствие этого тяжесть спора была перенесена на вопросы доказательственного права, как-то: допустимость и относительность доказательств, использование презумпций, достаточность и т.д. Каждая из сторон привела свои доводы, которые Суд оценил с позиций чистой состязательности: каждая сторона доказывает выдвинутый ею тезис.

Аргументы правительства по указанному главному вопросу факта сводились к следующему: (1) заявители были извещены должным образом, однако не явились и фальсифицировали доказательства, хотя в подтверждение правительство не представило доказательств; (2) согласно установленному порядку, получение письма в почтовом отделении регистрируется в специальном журнале. Получение письма в конечном пункте назначения (месте постоянного проживания) было зарегистрировано в журнале номер 8, однако поскольку копии записей уничтожаются в течение года, то подтверждающее это доказательство тоже не было представлено; и (3) если письмо за 3 дня пересекло расстояние в 100 км. из столицы в пункт-распределитель, откуда письма в постоянное место проживания заявителя направляются каждый день, то невозможно, чтобы то же самое письмо прошло расстояние в 30 км. из пункта-распределителя в течение 14 дней. Иными словами, правительство здесь в качестве аргумента попыталось

* Кандидат юридических наук.

выдвинуть презумпцию факта, что Судом было оценено лишь как предположение.

Аргументы заявителей сводились к следующему: (1) они получили письмо спустя 7 дней после судебного заседания, т.е. 17 июня 2003 г., что подтверждается официальной печатью, поставленной на пакете со стороны конечного почтового отделения. В ответ на это правительство заявило, что происхождение данной печати неизвестно; (2) кроме этого, второй заявитель надписал на пакете, что он получил его именно 17 июня, а не раньше, на что правительство ответило, что данная форма сертификации не предусмотрена процедурой получения писем, а законной формой является подпись в журнале номер 8; (3) заявители также сослались на несуществующий журнал номер 8, указав, что в нем они расписались в получении писем именно 17 июня; и (4) сам Кассационный суд принял их кассационный протест, внесенный с нарушением сроков опротестования именно на том основании, что заявители получили извещения 17 июня 2003 г., т.е. есть последний факт был установлен и уже имел юридически неотвратимые последствия.

Позиция суда сводилась к тому, что правительством не было приведено достаточно доказательств утверждаемого факта получения писем с извещениями, что было следствием того, что правительство вообще не привело никаких доказательств, в какой именно день заявители получили письма, а выдвинутая правительством презумпция о том, если письмо прошло расстояние в 100 км. за 3 дня, то невозможно, чтобы то же самое письмо прошло расстояние в 30 км. в течение 14 дней, является всего лишь предположением, что «пакет должен был быть вручен вовремя». Что касается аргументов заявителей, то Суд указал на наличие двух официальных печатей, против идентичности которых правительство лишь утверждала, что они «не должны были быть поставлены». Суд согласился также с аргументом о принятии протеста Кассационным судом, указав, что «неясно, почему при [утверждаемом правительством] фактах, доказывающих обратное, Кассационный суд не обратился к ним и не опроверг утверждение заявителей о том, что они не были извещены вовремя».

Далее Суд пришёл к выводу, что заявители не были должным образом извещены о заседании Апелляционного суда 17 июня 2003 г. Затем Суд обратился к самому апелляционному рассмотрению, указав, что суд не проверил должным образом факт надлежащего извещения заявителей. Установив с помощью указанных доказательств факт отсутствия по делу должного извещения заявителей, Суд указал на те нарушения права, к которым привёл данный факт, а именно: противоположная сторона присутствовала и привела свои аргументы, относительно которых заявители не имели возможности выразить свою позицию, представить свои устные замечания в поддержку заявленного ими иска. Исходя из этого, Суд обнаружил нарушение статьи 6 Конвенции.

В заявлениях содержались жалобы на нарушение также и других статей Конвенции, которые Судом были признаны неприемлемыми для рассмотрения по существу.

II. Последствия постановления ЕСПЧ для Армении

Рассматриваемое постановление имело, по крайней мере, три важных последствия для Армении: (1) изменение концепции должного извещения; (2) более четкие пределы статуса и полномочий Кассационного суда в плане предотвращения судебной ошибки-нарушения Конвенции и (3) вопросы функциональной связи между установлением Судом факта нарушения и пересмотра дел национальными судами в связи с указанным обстоятельством.

1. Самым важным правовым последствием рассматриваемого постановления для судебной практики Армении было то, что национальные суды наличие факта должного оповещения признают лишь в том случае, если доказано, что извещение не только было должным образом отправлено адресату, но и было получено им. Доказательством этого является получение судом почтой обратного извещения о получении адресатом извещения суда. Данное изменение является прямым следствием того наблюдения Суда, в котором последний указал, что «неясно, на каких доказательствах основывался Апелляционный суд по гражданским делам, указывая, что заявители лично получили извещение

о месте и времени судебного заседания, однако не явились в суд».

2. Другим важным обстоятельством является придание решающей значимости пределам полномочий Кассационного суда. Так, правительство утверждало, что даже если заявители и не участвовали в заседании Апелляционного суда, сам факт нарушения отсутствовал, так как «они имели возможность представить свою позицию в Кассационном суде», то есть государство предоставило заявителям возможность исправления ошибки на последующих стадиях процесса. Весьма справедливо Суд придерживается той позиции, что исправление или недопущение судебной ошибки, в смысле обеспечения конвенциональных прав, является возможностью не только для заявителя, но и для самого государства. Именно в силу данной исходной позиции Суд обратился к полномочиям Кассационного суда, указав, что последний был уполномочен направить дело на новое апелляционное рассмотрение «на основании наличия факта нарушения процессуальных прав заявителей, что и требовали последние и чего Кассационный суд не сделал». Данное суждение тем более важно теперь, когда полномочия Кассационного суда еще более расширены и он имеет возможность принятия по делу собственного решения, окончательно разрешающего правовой спор.

3. После рассматриваемого постановления суда заявители обратились в Кассационный суд с требованием возобновления дела по «новому основанию», каковым является соответствующее постановление Европейского суда. Кассационный суд, руководствуясь новыми положениями закона, удовлетворил данную просьбу и направил дело в возобновленном производстве на рассмотрение суда первой инстанции по месту постоянного проживания заявителей. Однако, заявители считают, что постановление Суда является основанием не только возобновления дела, но и того, чтобы суд первой инстанции, заново рассматривающий их иск, разрешил последний в их пользу. Актуальность данного вопроса для Армении заключается в том, что нет единого мнения о природе функциональной связи между ЕСПЧ и национальными судами в плане реагирования последних на установление Судом факта нарушения прав, гарантиро-

ванных Конвенцией. Постановление Суда является «новым обстоятельством», которое служит основанием для пересмотра вступивших в законную силу решений национальных судов. По части нарушения процессуальных прав вопрос *restitutio in integrum* особенно актуален вследствие того, что сам Суд, при применении статьи 41 Конвенции о справедливом возмещении еще не дал обстоятельного раскрытия понятия «частичного возмещения» или «восстановления», о чем справедливо замечает судья Зупанчич в своем особом мнении по делу Люка против Италии, где он указывает на то, что в случае нарушения процессуальных прав единственным восстановлением изначального положения может быть только новое судебное следствие. Иначе, справедливо замечает он, мы приходим к тому, что цель оправдывает средства.

С другой стороны, и это лишь дополняет указанный аргумент, следует помнить также, что Суд не является четвертой инстанцией и победа в ЕСПЧ не означает победы в последней судебной инстанции. Установление Судом факта нарушения процессуальных прав осужденного не находится в причинно-следственной связи с необходимостью его оправдания в национальном суде после пересмотра дела по новому обстоятельству. Между тем именно такого рода требование было в заявлении по рассматриваемому делу (признание недействительным договора продажи и регистрации права совместной собственности), требование, которое сам Суд не принял к рассмотрению как направленное в четвертую инстанцию.

Restitutio in integrum в таких случаях должно означать не репродуцирование ситуации, существовавшей на момент нарушения права, но направление дела на ту стадию рассмотрения, когда это право было нарушено, предоставление государству новой возможности избежать ошибки или исправить ее в ситуации, когда уже налицо обязательное (согласно статье 15 Судебного кодекса РА) истолкование Судом нормы Конвенции по данному вопросу права.

На наш взгляд, именно это следует из статуса Суда и вытекающего из этого атрибута полномочия как его самого, так и национальных судов. Если бы между фактом установления Судом нарушения и удовлетворением требования заявителя, как-то: оправдание, удовлетворение

иска и т.д. судом национальным была прямая причинно-следственная связь, то, с одной стороны, сам Суд был бы уполномочен положить конец спору, а с другой: тождественность принимаемых решений со стороны национальных судов лишила бы их самих атрибута полномочия, т.е. способности принимать решения по вопросам факта и права, решения, всегда принимаемые на основе собственного судебного познания. Иными словами, деятельность национальных судов по пересмотру дела по указанному «новому обстоятельству» не могла бы являться проявлением судебной функции, а лишь точным исполнением уже принятого решения по спору.

Так что, возможно, что заявители потерпят поражение в результате нового рассмотрения их иска, и это не будет являться ни неисполнением постановления Европейского суда, ни новым нарушением Конвенции.

Right to Property According to the Georgian Constitution

*Paata Turava**

The author, in his work, analyses the constitutional right to property, based on the 21st article of the Constitution. According to the article below, the constitutional right to property is considered as the guarantee of an institution and the property is viewed as a guarantee to the individual right. The structure of the article 21 of the Georgian Constitution is represented in this work; the constitutional law concept of the property is analyzed, which first of all implicates the right of self-defense from the possible intervention by the government. The right to ownership should be considered as a right of a person and not as a property guarantee. According to the stated right, a person is given freedom in the property field and therefore an opportunity to independently determine one's own life.

Based on the analysis of the Constitutional Court practice, the present work focuses on the principle of proportionality, as a material criterion of the property restriction. The role of the Constitutional Court is significant in understanding the purport of the Constitutional right to property. The author of the current work comes to the conclusion that in contrast to the old juridical practice of the Georgian Constitutional Court, the tendencies of the positive development are more visible nowadays.

I. Introduction

The article 21 of the Georgian Constitution of 1995 guarantees the rights to property and inheritance¹. Protecting the fundamental human rights

and freedoms, especially the rights to property, is the main foundation for forming the free market economies. The principle of the democratic, jural and social government is based exactly on this: protecting the right to property.² “The right to property is not only a primary basis of the human existence, but it provides freedom for people, adequate utilization of their abilities and possibilities, gives them a chance to manage their lives with their own responsibilities.”³

The right to property, recognized by the article 21 of the Georgian Constitution, is the guarantee of the right to ownership as an institution on the one hand, and the guarantee of the right to ownership as the human right, on the other hand.⁴

The main purpose of the concept of the right to property is in protecting the private ownership as an objective value, in the real security of its existence, which first of all is referred to the legislation; a member of legislative body cannot issue the norms which can cast doubt on the right to property as an institution.⁵

procedure established by law.

3. Deprivation of property for the purpose of the pressing social need shall be permissible in the circumstances as expressly determined by law, under a court decision or in the case of the urgent necessity determined by the Organic Law and only with appropriate compensation”.

2 See the resolution of the Georgian constitutional court No: 2/1-370, 382, 390, 402, 404. May 18, 2007; resolution No: 1/2/384, July 2, 2007.

3 See the resolution of the Georgian constitutional court No: 1/2/384, July 2, 2007.

4 See the decision of Georgian Constitutional Court no. 1/2/384, July 2, 2007; also legal literature: See the comment of Levan Izoria on the 21st article of Georgian Constitution, book: Levan Izoria, Konstantine Korkelia, Konstantine Kublashvili, Giorgi Khubua, “Commentary on the Georgian Constitution. The Fundamental human rights and freedoms”, Tbilisi, 2005, p. 145; See Besarion Zoidze “System of values and constitutional control in Georgia” Tbilisi, 2007, p. 100.

5 See the comment of Levan Izoria on the 21st article of Georgian Constitution, book: Levan Izoria, Konstantine Korkelia, Konstantine Kublashvili, Giorgi Khubua, “Commentary on the Georgian Constitution. The Fundamental human rights and freedoms”, Tbilisi, 2005, p 146; See Besarion Zoidze “System of values and constitutional control in Georgia” Tbilisi, 2007, pp. 100-101; with respect to the guarantee of the purpose of property, the decision of the constitutional court is quite interesting which was made in year 2004 and the case was called “Anzor Tevzaia, the Citizen of Georgia, against the Georgian parliament” where the subject of the

* Doctor of Law, Associated Professor of the Department of Law Ivane Javakhishvili Tbilisi State University.

1 Georgian Constitution article 21:

“1. The property and the right of inheritance is recognized and guaranteed. The abrogation of the universal right of property, the right to acquire, alienate and inherit property is impermissible.

2. The restriction of the rights stated in the first paragraph shall be permissible for the purpose of the pressing social need in the cases determined by law and in accordance with a

The Georgian Constitution recognizes the fundamental rights as the directly acting law, which imposes restrictions on all three branches of the government. The right property, as the guarantee of individual rights, serves the purpose of protecting the legal status of the owner, namely, individual (personal) right to certain kind of property. All stated above- gives people freedom in the field of ownership and therefore an opportunity to independently determine their own lives.⁶

II. Subjects to the Right

All natural persons are subjects to the property right, in spite of their nationalities. Therefore, the constitutional guarantee of the right to property is the right of a person. Local legal entities of the private law are also the holders of the fundamental rights, since as they may be owners of such rights under the concept of the ownership. Foreign legal entities are not the holders of the fundamental rights.

The actual problem of the Georgian Constitutional Court practice is the issue of isolating the property of the legal entity, as a legal subject, from the property of its founders or participants thereto. The above-stated is related with the determination of the legal subject, recognized by the Constitution, and the issue of the authority of claim. The analysis of the Georgian Constitutional Court practice does not give us a unified picture.⁷ How-

dispute was the resolution of the Georgian Parliament, December 27, 2001, "about ratification of the first minutes of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms". The suitor considers the regulations of the above-mentioned resolution, according to which the first minutes of the convention shall not be spread on the citizens of Abkhazia and former South Ossetia as well as on the refugees from those regions, as an outrage of guarantees on property.

6 See the comment of Levan Izoria on the 21st article of Georgian Constitution, book: Levan Izoria, Konstantine Korkelia, Konstantine Kublashvili, Giorgi Khubua, "Commentary on the Georgian Constitution. The Fundamental human rights and freedoms", Tbilisi, 2005, pp. 145-146.

7 In the decision no. 2/1-7, October 30, 1996 of the Georgian Constitutional Court, the suitor is named not as "Kolkhi" Ltd, but its founder, citizen Tengiz Sudadze, in spite of the fact that the case is about the ownership of Ltd. The Constitutional Court of Georgia named the members of labour union as suitors, in the case "Irakli Tughushi, Londa Sikharulidze and others against the President of Georgia", which was about the ownership of the labour union. Same was in case of "The Citizens – Levan Sharashenidze, Davit Tsiklauri, Tengiz Gachechiladze and Tengiz Chxaidze against the President of Georgia" (no. 1/3/113, December 25, 2001). One part of the

ever, we can make a conclusion that the existing opinion shares the position that the property of the legal entity is under the ownership of the legal person as the legal subject and not in the ownership of its founders or participants thereto.⁸

According to the article 21 of the Georgian Constitution, legal entities of the public law are not the holders of the property rights. This does not mean that legal entities of the public law do not possess ability to right and ability to ownership, as determined by provisions of the Civil law. (Private) property in hands of the legal entity of the public law is an ordinary phenomenon of everyday life. Generally acknowledged view in the Georgian Constitutional Doctrine that the above-stated entities are not the holders of the fundamental rights means that they have no rights to request protection of their property based on the article 21 of the Georgian Constitution, for the purpose of getting protected from the restrictions, caused by the intervention of legislative or executive powers.⁹

III. Meaning of Fundamental Rights

1. Scope of Protection

a) Private Property Right

The object of the property right protection is the "property" itself. It would be a prompt conclusion to think that it is about the ownership of the civil law item. The concept of the Constitutional law

judges of the constitutional court recognizes the right of ownership of the members of "voluntary association of army, aviation and navy" on this association itself. In opposite to this, the constitutional court in its resolution (no. 1/14/335) July 25, 2005, in connection with the suit of "The Assembly of Tbilisi University", notes that it is not permissible to identify the rights of the juridical entity - "The Assembly of Tbilisi University" with the rights of its members. Each entity is the holder of one's rights. The constitutional court in its decision January 29, 1998 on the case "Iuri Kirakosiani, Spiridon Vartaniani and others against the Parliament of Georgia" also concludes that the Ltd which is founded voluntarily, becomes the owner of the submitted property and is as well protected by the 21st article of the Georgian Constitution as any of the natural persons. The property that was submitted in the company by the partners is not making their common property and the norms, established by the Civil Code for the common property, does not spread on it. The property of the juridical entity is the property of the legal entity, as a subject of law, and not the ownership of its founders or participants in it.

8 See Besarion Zoidze "System of values and constitutional control in Georgia" Tbilisi, 2007, p. 115.

9 See the 99th page of the above-mentioned book.

of the property is much broader than the one under the Civil law. Formation of specific, constitutional law concept of the ownership is based on the opinion that together with the protecting the property rights of an object (buildings and plots of land), the constitutional protection of the other rights, with some property value, is also important. The opinion that the constitutional concept of the property is broader than that of the civil law is undoubtedly acknowledged and is not considered as a matter of review in the present article either.¹⁰

The civil notion of the property and the constitutional law concept do not contradict but rather, supplement each other. Exactly the civil law defines the substance of property as stated by *Besarion Zoidze*. Its civil notion is the base for forming the constitutional concept. The private law gives us an answer to a question about the meaning of the property, while the Constitution answers a question about the guarantees of protecting this property. The concept of the ownership recognized by the Constitution is in protecting it from the government intervention.¹¹

The concept of the right to property should be understood with its direct meaning, as a subjective individual right which has the material value. Chances of ordinary profit and success, which have not yet been formed as a particular right, should not be considered as ownership. The Constitutional Court practice of Germany offers us interesting cases related with the problems of differentiation¹².

The right to ownership, as the guarantee of the subjective right, protects the right of owners to their property and not the property itself.¹³

The Constitutional guarantee to the ownership envisages the right of person and not as the property guarantee.¹⁴

b) Constitutional Guarantees to the Right to Claim

The question, how much do the constitutional guarantees of the property protection apply to a

Government's claim to take actions, which have material value, is still disputable.

The modern, social government takes responsibility to help the certain strata of the society in overcoming the difficulties caused by unemployment, illnesses, age or accidents. If we consider creating the necessary subsistence as a base of the financial aid then we may think that it is justified to consider the right of this kind of legal claim under the constitutional guarantees. On the other hand, this is the sphere of settling the principle of the social power, which can create a guarantee on the necessary living subsistence. As far as the amount of financial means, essential for the social sphere, depends on the amount of the fund, created from the taxes, it is impossible to create the high standard constitutional guarantees on social protection. If we take the fact, that the constitutional guarantees of the property right creates the framework for defining the amount of taxes, under the consideration, it would be paradoxical to claim the social guarantees and at the same time restrict the means of getting the financial needs, essential for this actions, based on the very same article of the Constitution.

While expounding the issue whether the constitutional guarantees of the property apply to the right to claim, first of all it should be tested whether the right to claim is already arisen or it is all about the possible superiority which has to be taken in the future. If the right which carries particular material value arises, we should ascertain whether this right serves the sphere of the "personal benefit" of its addressee or not. The constitutional guarantee of the property should be used as the scale of protecting the right, only in case of the above-mentioned two preconditions existing simultaneously.

The constitutional guarantee of the property implicates protecting it from the encroachment, which means its negative status (*status negativis*) and does not consider the legal claim on the property as the minimum for existence.¹⁵

c) Reliable Property

The constitutional concept of the ownership considers the reliable property. It disaffiliates with the article 21 of the Georgian Constitution, according to which "The property and the right to inheri-

¹⁰ See pages 116-119, same book.

¹¹ See pages 95, 98, same book.

¹² See F. Ossenbühl, *Staatshaftungsrecht*, 1998, p. 163.

¹³ Ipsen, *Staatsrecht II, Grundrechte*, 2003, Rn. 685.

¹⁴ See the comment of Levan Izoria on the 21st article of Georgian Constitution, book: Levan Izoria, Konstantine Korkelia, Konstantine Kublashvili, Giorgi Khubua, "Commentary on the Georgian Constitution. The Fundamental human rights and freedoms", Tbilisi, 2005, pp. 145-146.

¹⁵ Ipsen, *Staatsrecht II, Grundrechte*, 2003, Rn. 694.

tance is recognized and guaranteed.” The subject of protection of the stated norm is the property, the legality of which is not doubtable. The decision of the Georgian Constitutional Court on one of the cases is quite interesting with this point of view¹⁶, in which the matter of dispute is the compliance of the institutive norms of the officers’ illicit and unsubstantiated property deprivation and free of charge transfer of this property to the government, with the Constitution, and particularly with the right to property. As the Court states, “The subject of the dispute where the officers’ illicit property deprivation and free of charge transfer of this property to the government is neither the pressing social need nor the urgent necessity, but the legality and substantiation of the proprietorship, which means to take the above-mentioned property under the constitutional protection.” In the Court’s opinion, the obligation of giving the appropriate compensation determined by the third paragraph of article 21 of the Constitution of Georgia, applies to the licit property, the property right of which isn’t questionable and shall not apply to the relations, linked with the deprivation of illicit and unsubstantiated property, because of the fact that in such cases it is considered that exactly the property right itself is the subject of dispute and its existence is dubitable. The Court believes that in this case the constitutionality of the seizure shall not be verified in relation to the paragraph 3 of article 21 of the Georgian Constitution.

With this decision (judgment), the Constitutional Court of Georgia admitted that when the property right itself and its existence are disputable, then the Constitutional Court has nothing to review, as according to the third paragraph of the article 21 of Georgian Constitution¹⁷

IV. The Limits of Property Right Restriction

The property right, guaranteed by the article 21 of the Georgian Constitution is not peremptory and unrestricted. The second paragraph of the above-mentioned article assumes the possibility of restricting (limiting) the right to property.

a) The Constitutional Justification of the Right Restriction

¹⁶ Decision no. 2/5/309, 310, 311, July 13th, 2005.

¹⁷ See Besarion Zoidze “System of values and constitutional control in Georgia” Tbilisi, 2007, p. 97.

In order for the seizure of the property to be legally and constitutionally justified, it is necessary to regulate it by issuing the formal law. This ensures from the article 21 of the Georgian Constitution, according to which the seizure of the property shall be permissible only in circumstances expressly defined by law and only in case of the pressing public need. The above-mentioned norm requires not only an appropriate compensation for deprivation, but rather the law allowing for seizure, shall also define rules and limits of the relevant compensation. This constitutional order has triple function: 1. It serves the purpose of protecting the citizen, as defines the appropriate compensation as a precondition of the deprivation; 2. It gives warning to the legislator since it obliges the legislative body to regulate the order of the appropriate compensation; 3. It has the function of determining the competences, as it assigns the competence of the appropriate compensation to the Parliament.

In case of the licit property seizure, the appropriate compensation should be paid. The amount of the compensation should be determined by the Court. These regulations should not be viewed as if the Court, together with the legislator, also has an authority to independently determine the cases of deprivation. This kind of understanding of the norm contradicts the above-stated prerogative of the legislator in this field. Thus, we should consider the role of the Court in taking the proper decisions based on the regulating statutory acts of the property deprivation and appropriate compensation.

The third paragraph of article 21 of the Georgian Constitution defines that the deprivation of the property is permissible in case of a pressing public need. This reservation excludes the case of property deprivation from which a holder of public authority can take an advantage in favour one’s private or fiscal interests. Deprivation of the property for the advantage of an individual person (for the purpose of improving the economic condition of the country or creating the jobs) does not contradict the principle of protecting the property right, guaranteed by the Constitution, if the aim is reached (the pressing public need).

b) The Principle of Proportionality

The principle of proportionality, which is the main principle of the government, has the function

of restraining the legislator. The legislative norm, which regulates the possibility of the property right restriction, shall be the way for reaching the goal. The second element of the proportionality is that the normative regulation shall be essential for reaching the aim, and the third, the restriction of right, caused by the normative regulation shall be proportional to the aim of the restriction.

The purport of the proportionality principle of the law, restricting the property right, is to adequately take the purpose of property and the personal guarantee of the property into consideration on the one hand, and the social limits on the other hand.¹⁸

V. Property Deprivation Like Interference

As we have already mentioned, the essential precondition for constitutionally justifiable seizure of property, is that it should be done in accordance with the law, which will regulate the rules and limits of deprivation. The law, which permits the deprivation of property without the appropriate compensation, will contradict the Constitution. The article 21 of the Georgian Constitution guarantees the appropriate compensation, when we have the case of legal seizure of the property. If there is no such norm regulating the appropriate compensation (or the encroachment on the property is illegal for some reasons), then this is not the case of the property deprivation, regulated by the article 21 of the Georgian Constitution, but illegal property encroachment.

In case of the illegal encroachment of the property, the addressee is obliged to use the legal-procedural remedies which guarantee effective protection. The Administrative Procedures Code of Georgia defines the types of claims which are related to the legal forms of the administrative authority activities. There is corresponding claim for legal form of each activity. The Administrative Procedures Code offers not only repressive, but preventing remedies. Consideration of that gives us an impression that there is no place left for using the purpose of “Property Deprivation Like Interference”.

It often happens in everyday life that it becomes impossible for the owner to avoid damage by using the legal-procedural remedy. In this case, in

spite of (or for the reason of¹⁹) the fact that the encroachment on the property is being done without any legal ground, arises the inevitability of appropriate compensation. The legal ground for this kind of compensation is created not by the third paragraph of the article 21 of the Georgian Constitution, but by the concept of “Property Seizure Like Interference”, formed within the limits of judiciary law.²⁰

VI. The Constitutional Control over the Breach of Right to Property

The ‘a’ sub-paragraph of the first paragraph of article 39 of the Georgian Constitution, gives the legal and natural persons a right to file claims with the Constitutional Court, if they think that their rights and freedom, guaranteed by the second part of the Georgian Constitution are, or may be breached (violated). In the process of examination of the claim versus compliance claim with the article 21 of the Georgian Constitution, it is important to understand the Constitutional law concept of the property which, according to the court practice, is not that easy.²¹

While taking the constitutional control over the violation of property rights, first of all it is necessary to find out the concept and limits of the control field of breached rights. After this we should define the fact of violation and in the end, define its constitutional justification.

The decision of the Georgian Constitutional Court, March 25, 1997, on the case: “Levan Purtskhvanidze v. the Parliament of Georgia”, is worth of attention. The claimant deemed the article 154 of the Housing Code, which gave an own-

¹⁹ Old juridical practice of the Court of Germany (BGHZ 6, 270, 290) was considering the third paragraph of the art. 14 of the Basic law as a base for paying the damage, with the argument that if the appropriate compensation is obligatory in case of a legal deprivation, this is also very important in case of illegal deprivation. This kind of an approach was rejected by the Constitutional Court of Germany. However the Court has not refused to use the “Property Deprivation Like Interference”, but its justification was changed.

²⁰ See the comment of Levan Izoria on the 21st article of Georgian Constitution, book: Levan Izoria, Konstantine Korkelia, Konstantine Kublashvili, Giorgi Khubua, “Commentary on the Georgian Constitution. The Fundamental human rights and freedoms”, Tbilisi, 2005, pg 159.

²¹ See the comment of Levan Izoria on the 21st article of Georgian Constitution, book: Levan Izoria, Konstantine Korkelia, Konstantine Kublashvili, Giorgi Khubua, “Commentary on the Georgian Constitution. The Fundamental human rights and freedoms”, Tbilisi, 2005, pp. 160-173.

er the right to cancel a contract of indefinite term with the tenant, only in case the Court establishes that the owner and his family members needed the dwelling for their personal use.

While defining the concept and limits of the protection field of landlord's property, a question may occur whether the tenant has an absolute right to terminate the lease agreement according to one's own wish, or not, or is the landlord obliged to take the article 154 of the Housing Code into consideration which establishes that the owner should first of all should prove that he/she needs the dwelling for personal use and besides that he/she was obliged to give a 3 months advance notice to the tenant about termination of lease agreement. We base on the characteristic features of the possession in order to give an answer to the above-stated question. In this case we have the kind of possession, which is related to the other person's – the tenant's interest. Accordingly, the landlord's, as an owner's right is under certain kind of restriction and thus the field of the protection of landlord's property is within the definite bounds.

It is possible to have the case of the legal restrictions, as far as the law, particularly the article 154 of the Housing Code establishes the case and conditions of restricting the landlord.

The constitutionality of the legal restriction should be checked based on the 2nd paragraph of the article 21 of the Georgian Constitution, which creates formal grounds for restricting the landlord. The legal restriction of the landlord is permissible in the circumstances as expressly determined by law, and according to the established guidelines. With this point of view, the legal restriction of the tenant is constitutionally justified. And as for the material side of this norm, which means the constitutionality of its concept, it should be verified according to the principle of proportionality. The Constitutional Court should have given an answer to the question whether the landlord is more restricted than it is foreseen with the article 154 of the Housing Code.

The Constitutional Court considered the claim as well-grounded and satisfied it. The decision of the court says that the article 154 of the Housing Code restricts the right of owner in view of the fact that the owner has the right of owning, using and managing one's property. And in this case the right of managing property is restricted, as manag-

ing implicates that the owner can decide what will happen to one's property without any restrictions.

This decision of the Constitutional Court caused fair criticism among the specialists²². The Constitutional Court was not able to rate the social function of the leased apartments properly and therefore unilaterally gave an advantage to the owner. The court based on the limits of Constitution while interpreting the adjudicative norm, particularly based on the purposes of the paragraph 2 of article 21 of the Georgian Constitution, which implicates proportionally considering the interests of the owner as well as of other people. This means that the right of owning and using the property is not only the sphere of owner's protection, but it is connected with the tenant as well.²³

The Constitutional Court's decision no. 1/2/411 December 19, 2008 is quite interesting, on the case of "Rusenergoservisi" Ltd, "Patara Kakhi" Ltd, "Gorgota" JSC, Individual enterprise of Givi Abakelia - "Permeri" and "Energia" Ltd v. the Parliament and the Ministry of Energy of Georgia.

In the above-mentioned controversy the possibility of establishing the correspondence of entrepreneurial activity restriction with the constitutional right to property, as far as the right of free entrepreneurship and competition is protected by the article 30 of the Georgian Constitution, which also became the ground of the claim. The constitutional right to the property does not implicate the protection of the expected gains from the entrepreneurial activity. Therefore the role of the court is exactly to define whether it is the case of the constitutional right to property or not.

The matter of controversy in the above-mentioned case was the 'd' sub-paragraph (a part of it, which speaks about the sale of electric energy to a retail consumer, the volume of which exceeds the volume, established by the "Market Rules of Electric Energy") and the constitutionality of the article 7 Order no. 77 of the Minister of Energy of Georgia, August 30, 2006, about "Establishing the

22 Criticism, See the comment of Levan Izoria on the 21st article of Georgian Constitution, book: Levan Izoria, Konstantine Korkelia, Konstantine Kublashvili, Giorgi Khubua, "Commentary on the Georgian Constitution. The Fundamental human rights and freedoms", Tbilisi, 2005, p. 164-165; See Besarion Zoidze "System of values and constitutional control in Georgia" Tbilisi, 2007, p. 103-104.

23 The Juridical Practise of the Court of Germany and the science, both recognizes the property right of the tenant. See Michael/Morlok, Grundrechte, Nomos, 2008, p. 201.

Rules of Electric Energy Market”, with respect to the 1st and 2nd paragraphs of the article 21 and the first sentence of the 2nd paragraph of the article 30 of the Georgian Constitution.

The ‘d’ sub-paragraph of the article 2 of the “Law of Georgia on Electric Energy and Natural Gas” determines the concept of the activity of electric energy distribution. According to the above-mentioned norm, the activity of electric energy distribution is supplying the electric energy from two supplier points, being independent from each other, exploitation of the distributing net and sale of the electric energy to a retail consumer, the volume of which exceeds the volume, established by the “Market Rules of Electric Energy”. The 1st paragraph of the article 7 of the Order no. 77 of the Minister of Energy of Georgia, August 30, 2006, about “Establishing the Rules of Electric Energy Market”, establishes the specific volume of the electric energy, and in case of the sale of this volume of the power to a retail consumer, it is possible to be occupied with the distribution of electric energy. According to the above-mentioned norm, “the corresponding person for the distribution of the electric energy should be selling not less than 120 million kWh per year, to a retail consumer”.

The constitutional claim shows, that as a result of bringing the disputable norms into action, the claimants, small distributing companies, which were distributing the electric energy that was less than 120 million kWh will have their distribution license divested and will not be allowed on the market of electric energy distribution. As a result of the license divestiture, the right of the claimants, to use their own distribution nets, with their purpose of function, for themselves, will be restricted. This means that their right to using the property is restricted. The suitors indicate in their constitutional suit that according to the article 21 of the Georgian Constitution, the existence of “the pressing public need” is mandatory for this kind of restriction of the property right. According to their statement, it is not clear, what kind of the pressing public need is to determine the minimum of electric energy sale on the one hand and what is the need of the sale of 120 million kWh electric energy, on the other hand. Accordingly, in their opinion, the disputable norms contradict the 1st and 2nd paragraphs of the article 21 of the Georgian Constitution.

The Constitutional Court satisfied the constitutional claim and the disputable norms were not sustained, with respect to the 1st and 2nd paragraphs of the article 21 and the first sentence of the 2nd paragraph of article 30 of the Georgian Constitution.

In the process of assessing the disputable norms with respect to the article 21 of the Georgian Constitution, the Court pays attention to the mutual relations of the entrepreneurial freedom and property right. The Court considers that the entrepreneurial freedom does not exist without the free and guaranteed right to property. Their mutual connection and relations are so strong that the existence of one legal good is determined by the other one. The freedom of the property is associated with the freedom of the entrepreneur.

The Constitutional Court assesses the constitutionality of the disputable acts, with respect to the 1st and 2nd paragraphs of the article 21 of the Georgian Constitution. The Court, as far as the above-mentioned norm defines, states that according to the first paragraph, the property is recognized as a fundamental right, while the second paragraph defines its limits to restriction. The Court, based on its own judicial practice, makes assessment of the first provision – “The property is recognized and ensured”, as a guarantee of the purpose of private property and fundamental right.

In the process of examination of the restriction of property right, the Court pays attention to the function and purpose of the claimants’ property. In spite of the fact that, formally, they were not deprived of the right to use and disposal of the property, it doesn’t mean that their rights were not excessively restricted. Owning the property will lose its sense, if the property right of the person becomes wanton. The purport of the property can be guaranteed only in case when the owner is able to fully realize the authority, considered under the property, according to the will determined by the function of the property. Therefore, the court considers that the legislator should give the owner an opportunity to use one’s property as per its function, which first of all means the personal relations of the owner with the property, under one’s ownership itself. This is exactly what is considered under occurrence of the positive purport of corporeal property right.

The court pays attention to the necessity of protecting the principle of proportionality. It consid-

ers that the restriction of the constitutional rights is justified in case when the legitimate purpose is reached in such way that the legal good being under restriction shall not alienate from its holder. The restriction considers the fair balancing of the interests and not the case when one interest takes the place of the other. As far as the case determined by the disputable acts is not caused by necessity, it is not clear that this way of right restriction is the only and unavoidable way, by which the rights of claimants would be minimally restricted. The necessity of the remedy is caused by the objective circumstances and no alternative to such exists. Such approach to remedies excludes the possibility of artificial restrictions. The restrictions, arisen due to necessity, shall be justified by use of necessary remedy. Only such restriction may correspond with requirements of practical reason and readiness of the subject to deem the restriction of the rights inevitable necessity.

This decision of the Constitutional Court of Georgia deserves as much attention as the analyses given in it, which is based on the principle of proportionality and reaches the appropriate result.

VII. Conclusion

The property is recognized and guaranteed as a fundamental human right by the article 21 of the Georgian Constitution. The concept of the property, guaranteed by the constitution, is protecting it from the government intervention. The main elements of the constitutional concept of property are disposal and retaining the substance. This is exactly where the constitutional protection of the property reveals. This kind of an approach to the concept of property is acknowledged in Georgian Constitutional Doctrine and in the judicial practice of the Georgian Constitutional Court.

The possibility of restricting the constitutional right of the property is within the inner structure of the constitutional right itself. The 2nd paragraph of the article 21 of the Georgian Constitution gives a legislator the right to restrict the property law in case of the pressing public need. Thus, the restriction of the constitutional rights of a person is justified only on the bases of public interest. With this point of view, the principle of proportionality has a peremptory meaning. It is an important element of the constitutional control. It has a function of determining the limits of the human rights restric-

tion by the government. The definitive elements of the above-mentioned function are: permissibility, necessity and correspondence. The importance of the principle of proportionality for the property restrictive legislation appears in the necessity of appropriately taking into consideration the purpose of property and the personal guarantee of property on the one hand, and the social binding, on the other hand.

The cases, when it is not possible to determine the limits of the property restriction and legal interest, are not so rare in the judicial practice of the young Constitutional Court of Georgia. On the other hand, we can single out court decisions where, based on the rich experience of the European Court, the Georgian court judges on the issue of the fair balance that should exist between the protection of property rights and common interests.

Abuse of Property Rights and Terms of Non-alienation According to Georgian and French Laws

Tamar Zarandia*

Tea Jugheli**

The authors in their work analyze abuse of property rights and terms of non-alienation according to Georgian and French laws. Courts widely refer to the inadmissibility of abuse of rights. The article analyses the notion of abuse of rights, criteria that can determine abuse of rights, it also analyses French as well Georgian judicial practice concerning with abuse of rights. It should be noted that French Civil Code does not recognize legislative definition of abuse of ownership rights but in spite of this, French law did not find it difficult to determine the abuse of rights in specific case and to note that owner abuses rights from the period when he/she uses it only on purpose to harm someone. It is quite interesting that French judicial practice as well as Georgian one addresses the concept of legitimate (acknowledged) interest. At the same time if the use of property rights can develop into abuse of rights retaining property cannot be qualified as abuse of rights.

With respect to property terms of non-alienation is a very interesting issue that has never been discussed in Georgian theory. Is it possible to limit property rights in one of its elements, namely, in property disposal? The article discusses the cases of terms of non-alienation in Georgian legislation – by the example of redemption and permanent alimony.

Finally the authors conclude that the Law similar to French shall be proper if the terms of non-alienation in an agreement are considered valid only when they are provisional and are justified by the legitimate interest. In the authors' opinion if we assume that terms of non-alienation can be permanent it may distort property regulations.

I. Introduction

The notion of property has gone through the long way of development. Disputes concerning property originate as early as the Ancient Period. Beginning with Plato it was one of the most significant problems in the development of the human conception.

Property was considered as the result of human labor (John Lock), as the product of human expectation (Jeremy Bantam), as the source of development of capitalism and conflict between classes (Karl Marx)¹. In the history of thinking evaluation of property is absolutely ambiguous; it is identified sometimes with prosperity and freedom and sometimes with moral degradation, social unfairness and wars². In XIX century notion of property was based on the liberal concept considering property as absolute and unlimited category. Although it is worth to note that if property rights were “absolute“ once, at present it is not like that anymore. Owner’s “sovereignty“ is very relative. Presently property on land has even more increasing economic and social function and it has turned, as one could say, into Right-Function³. Modern property, especially property on land, forces so many liabilities on the owner as in some cases it does not even grant him/her as much advantages⁴. Though the well-known formula that is adopted in French Law and justified by Article 544 of the French Civil Code – property rights grant owner maximum prerogative powers that a man can have on the property – still retains its value. These rights have the highest ranking among other rights because of their “fundamental character” and their “constitutional value”⁵. Indeed it would have been impossible to defend property rights without constitutional guarantees.⁶ In modern Law property is the result of

* Tbilisi State University for Economic Relations; Dean of the Law Department of the Sukhumi State University.

** Vice-dean of the Law Department of the Iv. Javakhishvili Tbilisi State University.

1 Barlow Burke and Joseph Snoe, Property, Aspen publishers, 2004, p.3.

2 Richard Pipes, Property and Freedom, Library of Tbilisi School of Political Studies, 2004, p. 21.

3 In regard to this see Lado Chanturia, Ownership of the Real. estate Properties, Publishing House of Tbilisi State University, Tbilisi,1994, pp.52-53, Besarion Zoidze, Social Function of Substantial Rights, magazine: “Man and Constitution”, N2, 1997, pp.25-30.

4 in regard to the Right on land property see Dissertation paper of Levan Izoria: Defense of property rights on land, minerals and natural resources. Comparative-legislative analysis according to German and Georgian Laws, Göttingen 11.01.2002, Publishing House “Bona Causa”.

5 Constitutional Council of France, 1982, January 16, JCP G 1982, II 19788; D. 1983 p. 169; July 4, 1989. D. 1990, p. 209. In regard to property rights see also: 1) Catala, Archives phil.dr., t.43, 1966 ,p. 61; 2) Mousseron, Raynard, Revet Melanges Colomer, Litec, 1993, p .281.

6 Paata Turava, foreword to the dissertation paper of Levan Izoria; Defense of property rights on land, minerals and natural resources. Comparative-legislative analy-

such undivided features of physical person as freedom and free will which belongs to all, more than that, exactly this universality is the biggest achievement of the civilization in the field of law. As it was noted in one of the decisions of the Constitutional Court of Georgia concerning the case “Citizens Zaur Elashvili, Suliko Mashia, Rusudan Gogia and others v. Parliament of Georgia: “Neglect of main human rights and liberties, especially disregard of property rights excludes development of free market economy, provision of the whole society and its individual members with welfare and with political, economic or social stability. Economic strength of democratic, constitutional and social state depends exactly on the respect of property rights and its defence”⁷. According to the International Law it is recognized as the privileged rank of rights but still, restriction of property rights is quite common in modern law and it recognizes public law and private law restrictions of these rights. The objective of the present work is that by means of comparing abuse of rights and terms of non-alienation write legal research based on the cases of Georgian and French Laws.

II. Abuse of Ownership Rights

1. Abuse of Property Rights According to Georgian and French Laws

a) *On Abuse of Rights in General*

except in very rare occasions subjective laws are not self-willed. It is true that they are aimed at satisfying individual interests, but they still do not grant unrestricted prerogative powers to their owner. Much has been said on the absolute character of property and its restrictions. As it has been already noted property with its complete, absolute character it is a special right, however, this does not mean that the use of property rights is not accompanied with certain restrictions and the owner can act based only on his/her interests. That is why it is interesting when abuse of rights take place on behalf of the owner. Property rights are only restricted within the limits of law.⁸

b) *On Abuse of Ownership Rights according to Georgian Law*

impermissibility of abuse of property right is the significant achievement of Civil Code of Georgia. According to the Part 2, Article 170 “Abuse of rights shall be considered such use of the right when it is used only to harm others, so that the preference of the owner’s interests is not clarified and the necessity of his/her actions is not justified”. At the same time, the Civil Code of Georgia does not limit itself with one Article only and prohibits abuse of rights in general by means of general regulation. According to Article 115 of the Civil Code of Georgia the civil right shall be exercised lawfully. It is impermissible to use the right to harm someone and legal good shall not be replaced by malady.⁹ It is also quite interesting to look at Part 3, Article 8 of the Civil Code: “Participants of the legal relationship are obliged to exercise rights and responsibilities in good faith/*bona fide*“. Thus, freedom of property is restricted by the law.

Abuse of right is a pressing issue in Corporate Law as well. In certain cases, “abuse of rights“ is granted by means of shares.¹⁰

c) *On Abuse of Rights according to French Law*

Civil Code of France is different from that of Georgia and does not contain the definition of abuse of rights. According to the well-known Article 544 of the *Code Civil* “Property is the right to exercise and dispose of objects in the most absolute way only without using forms prohibited by law or by standing orders“. In spite of this, there is sufficient number of works concerning abuse of rights under the French Law. Abuse of property rights (*abus de droit propriete*) and abuse of rights in non contractual liabilities are discussed separately.¹¹

9 See Bessarion Zoidze, *Georgian Proprietary Law*, published by “Meridian”, Tbilisi, 2003, p 108.

10 See I. Burduli, *Property relations in Joint Stock Companies*, Publishing House of Tbilisi State University, 2008, p. 205.

11 Comments to articles 559, 581, 628 and 1382 of the Civil Code of France speak about boundaries for application of the right to property, established by relevant articles. If these rights are abused and they harm others, an issue of civil rights responsibility will be raised. The latter relates these articles; in other words, torts, quasi-torts and abuse of the right to property consolidate the result – civil rights responsibility. In regard with abuse of right see: 1) CA Caen 21 févr. 2002: L’éternelle distinction entre abus du droit de propriété et troubles anormaux du voisinage, D. 2002. somm. 2512,

sis according to German and Georgian Laws, Göttingen 11.01.2002, Publishing House „Bona Causa“, p.7.

7 Decision of Georgian Constitutional Court no. 2/1-370, 382, 390, 402, 404; May 18, 2007.

8 See Tea Jugheli, *Philosophical understanding of the Law*, p.3.

d) *Georgian and French Judicial Practice on Abuse of Ownership Rights*

In spite of the fact that French *Code Civil* does not recognize legal definition of abuse of rights, the French Court based on violation of Article 544, violation of property rights regulations and the right of fencing his ground area/lot, as well as their false usage, ruled that in this concrete case there was a presence of abuse of rights. Factual background was the following: Jules Coquerelles bought approximately 170 meters long and from 10 to 12 meters wide land lot situated on the territory of Trolley-Brei approximately 90 meters away right in front of the airships' hangar built by Adolph Clemman-Baiar. Coquerelles who was in disagreement with Clemman-Baiar built in front of the door of Clemman-Baiar's hangar of about 15 meters long and from 10 to 12 meters high two wooden frameworks on top of which he fixed from 2 to 3 meters high four iron bars separated from one another by several meters. These wooden frameworks were not roofed. The distance between constructions was about 25-30 meters. In case of the strong wind it was very difficult to maneuver Clemman-Baiar's airships during takeoff and landing and more than that, it caused damage to one of his airships because of all the above mentioned.

In order to justify his actions, Jules Coquerelles said that by building these constructions he tried to rouse Clemman-Baiar interest, he wished Clemman-Baiar to buy his land and pay higher price for it. It was his - as owner's - interest; he refused that these actions could not bring him any kind of benefit and he thought that his only benefit was that Clemman-Baiar, being disturbed, would pay him desired price.

Therefore, the French Court had to prove that the owner abuses his rights starting with the fact that he exercises his rights only for one purpose – to harm another person. In this case – building constructions on his land (that gives no benefit to its owner except harming other person) represents classic example of abuse of property rights.

It should be noted that objective criteria of evaluation exist in the theory of abuse of property

rights as well. It is important that the owner's actions do not bring any benefit, but is harmful for someone - thus, it unconditionally results in the intention of causing damage to someone. But for the owner himself the concept of receiving no benefit can cause different definition. In the case of Jules Coquerelles versus Clemman-Baiar the court considered that the constructions built by the owner did not bring "any benefit" to the owner, while the owner himself assumed to get higher price for his land by means of these constructions; thus, at first sight, there existed certain kind of benefit, but this is not enough. The fact of benefit in this case cannot solve the problem, because, according to the Court's definition, this benefit was not "acknowledged" for the reason that the interest that caused it was not material and legal. In French Law, it created the assumption of normal assignment/use of rights.¹²

It should be noted that in Georgian judicial practice there are indications of the legitimate interest of the person who caused damage. As an example, we can present the court ruling no. AR-572-955-06, of March 1, 2007, stating, "according to Article 115 of the Civil Code of Georgia Civil right shall be exercised lawfully; it is inadmissible to use the right for the purpose of causing harm to someone". According to the abovementioned, Article the main principle of abuse of right is that enjoyment of rights by one subject of the civil law should not violate the rights and legitimate interests of another subject of the civil law. The use of civil rights should be exercised *bona fide*/in good faith. Civil Code of Georgia considers inadmissible to exercise rights for the purpose of causing damage to another person. In this case the lawful interest of the person who causes damage should be clear and the use of rights should not aim at causing damage to another person only.¹³

French judicial practice knows court decisions when the proof of having the intention of harming someone is found outside the fact of abusing rights

obs. Nadège Reboul-Maupin; 2) CA Grenoble, 1re ch. civ., 30 juin 1998: Empiètement et abus de droit, D. 2000. 472, note Marie-Christine Lebreton; 3) Cass. 3e civ. 7 juin 1990, 7 nov. 1990: La défense du droit de propriété contre un empiètement ne saurait dégénérer en abus, RTD civ. 1991. 562, note Frédéric Zénati; 4) Req. 3 août 1915: Propriété, caractère absolu, abus de droit, GAJC 12e éd. no. 67.

12 See Francois Terre, Philippe Simler, Droit Civil, Les biens, 6-e édition, Dalloz, 2002, no. 307 and no.313; H. Capitant; F: Terré, Y. Lequette: Les grands arrêts de la jurisprudence civile: Tome 1. Introduction. Personnes – Famille – Biens – Régimes matrimoniaux – Successions. 11e édition. 2000. Editions Dalloz, (7) p. 325.

13 Chamber of civil, corporate and bankruptcy cases under the Supreme Court of Georgia, March 1, 2007, Tbilisi, no. AR-572-955-06, indicated: <http://practice.supremecourt.ge/Text.asp?SSID=420701734&JID=1268>.

based on the prior disagreements between the two neighbours¹⁴. There was a case when after having disagreement on certain issue one of the neighbors built a wall in front of the other neighbor's house with a clear reason – to block the neighbor's view. This construction was not necessary for him and was dictated by evil intent¹⁵ that is why it was qualified as abuse of rights.

It should be noted also that the theory of abusing property rights is somehow related to the civil responsibilities. By the way, the decisions ruled concerning this issue are mainly based on Article 1382 of *Code Civil*¹⁶. But there we don't have the "pure" use of this Article. Abuse of right is an action having special characteristics and only in case of determining abuse of rights based on its own criteria it is possible to raise a question of responsibility. If abuse of right is not present the question of indemnification is not considered at all. In modern law the theory of abusing property rights "competes" with the theory of neighboring impacts. To solve the problems arising among the neighboring owner's modern law and judicial practice gives us the possibility to use the theory of neighboring impacts.¹⁷

2. Abuse of Property Rights or Protection of Property?

It is interesting to view one more position on abuse of rights stated by French Court of Appeal concerning the case of Ello versus Le Cler Morle¹⁸. Messrs Ello and Le Cler Morle were neighbors living in Rouen and owners of two houses standing side-by-side and separated by common wall. Mr. Le Cler Morle destroyed the common wall and constructed a new building. Mr. Ello warned him

from the beginning of construction works to stop it because the works crossed his land, but in spite of his warning, Le Cler Morle continued and finished his constructions. Mr. Ello appealed to the Court of Rouen against Le Cler Morle and demanded demolition of new buildings and reinforcement of the shaky building. In his opinion disassembling of the constructions had no alternative and he demanded it explicitly. He also demanded indemnification in amount of 3 000 francs.

As we have already seen, Ellos's wish to destroy the constructed structure is materially damaging Le Cler Morle and can be of only slight benefit for Ello himself. Thus, this kind of demand causes the suspicions of unfairness from the start. When the owner demands disassembling of already built construction in spite of the fact that his interest economically can be less important than the interest of the construction builder, then could it be the case of abusing rights? French courts sometimes gave the qualification of abusing rights for the similar cases, but if this kind of decision was ruled by the judges of the lower courts, it was explicitly refused by the Court of Appeal. Position of the Court of Appeal on such cases is the following: according to the Article 545 of Civil Code of France "Protection of property rights against appropriation cannot be degenerated into the abusing of rights"¹⁹. In other words: if the enjoyment of property rights can be developed into the abuse of rights, retention of it (property) cannot be qualified as the abuse of rights.

III. Terms of Non-alienation

1. Terms of Non-alienation according to Georgian and French Laws

a) *On Terms of Non-alienation in General*

The private autonomy is basis of the private law. The private autonomy is expressed in every person's freedom to organize his/her private law relations based on his/her free will that is, "private law gives freedom for its participants to define and divide the rights and responsibilities between themselves"²⁰. Freedom of agreement is the main

14 Civ. January 20, 1964., D. 1964. 518, JCP 1965. II. 14035, RTD, civ. 1972. 395, see, Droit Civil: Etude de cas: Les biens: Annexe, <http://www.carlsoaching.com/article-28702370.html>.

15 Gatién contre époux Tatopoulos, N71-13-473, <http://www.carlsoaching.com/article-28702370.html>.

16 Article 1382 states: „any kind of action of a person who harms others makes the person who caused the damage/harm responsible for reparation of damage“ that means that this Article imposes civil responsibility on those people who caused damage to others. Code Civill, Dalloz, edition 2008, art.1382, p.1505.

17 See. Gatién contre époux Tatopoulos, building wall to hide view, deprive of light and access neighbors' houses, <http://www.carlsoaching.com/article-28702370.html>.

18 See. H. Capitain; F. Terré, Y. Lequette: Les grands arrêts de la jurisprudence civile: Tome 1. Introduction. Personnes – Famille – Biens – Régimes matrimoniaux – Successions. 11e édition. 2000. Editions Dalloz, (7) p. 334.

19 See. H. Capitain; F. Terré, Y. Lequette: Les grands arrêts de la jurisprudence civile: Tome 1. Introduction. Personnes – Famille – Biens – Régimes matrimoniaux – Successions. 11e édition. 2000. Editions Dalloz, (7) pp. 324-325.

20 Thea Jugeli, Evolution of Liability Concept in Private and Public Laws, magazine "Man and Constitution" 2005, N3,

concept of the private law and means that the party should decide itself if it wishes to sign an agreement or not, with who and why and under what conditions, as well as when is the agreement to be implemented or changed. “The person is revealed as the carrier of property rights especially based on the freedom of agreement”²¹. At the same time it is interesting to know whether we can assume that the basic principle of the freedom of agreement implies that the parties can take into consideration under the agreement restriction of property rights based on the terms of non-alienation and if this condition can be always true?

b) Legislation and Judicial Practice on Terms of Non-alienation

It is quite interesting to view the question of terms of non-alienation in relation with property. In the French law this issue became disputed in the case of Cremio versus Reniar and others. The factual background of the case was the following:

Mr. De Saint-Colombe divided and bestowed all his property to his three children. But in the gift certificate there was a condition that gave him the right of usufruct and his children had no right during the life/inter vivos of their father, even with his consent to dispose of or mortgage the bestowed property.

After that Saint-Colombe himself borrowed 100 000 francs from Mr. Reniar and mortgaged the usufruct of the real estate property that he bestowed to his children. His children also joined this act and together with their father they acknowledged themselves as debtors with joint and several responsibilities as they mortgaged their right to this real estate property.

After Saint-Colombe died Mr. Cremio lent 12 000 francs to one of the beneficiaries –Mrs. De Ponce who, as a guarantee for this credit, mortgaged one of the houses bestowed.

After the houses were put on sale creditor Cremio disputed creditor Reniar’s priority in the distribution of debts because he was sure that the mortgage of the latter was void because in the gift certificate of Saint-Colombe for his children there were terms prohibiting disposal and mortgage of the bestowed property.

This case is interesting for us because Georgian legislation does not give the direct provision on the terms of non-alienation. What does terms of non-alienation mean? Can the presenter/donor bestow property under the condition that it will never be disposed of? When and in what occasions are terms of non-alienation true? Terms of non-alienation seriously limits the property because it represents the restriction of the right of despondent. Civil Code of Georgia knows several forms of such restrictions.

Redemption – When parties agree that during agreed time, the seller can redeem (again buy) the sold object. At the same time the Code has an imperative demand concerning the time limitation of the redemption right, namely, the redemption terms should not be more than 5 years²². According to Article 513 of the Civil Code of Georgia if the buyer disposed of the object before the implementation of the right to redemption, it is recognized void. So, time limitation distinctly shows restriction of new owner’s disposal rights for 5 year terms.

Another case that also restricts the disposal rights of the owner is the agreement of permanent alimony. There Georgian Civil Code specifically considers the Article on the terms of non-alienation for the transferred property²³ and states: during the life/inter vivos of the dependant provider has no right to dispose, mortgage or load the transferred property otherwise without the written consent of the dependant. Here we also have restriction of disposal rights but here the legislation determines unlimited terms - person’s life.²⁴

The above mentioned examples are legislative restrictions of owner’s disposal rights. Is it possible to assume that the fundamental principle of agreement freedom implies that parties can take into account these restrictions based on agreement as well and could this kind of term of non-alienation be true? The abovementioned issue caused the variety of thinking in French Courts; in addition, several controversial decisions had been ruled; namely, according to Court of Lion: “Taking into consideration that based on Articles 537 and 544 of Napoleon Code property rights are de-

p.86.

21 Besarion Zoidze, Reception of European Private Law in Georgia, Publisher Teaching Centre, Tbilisi, 2005, p.269.

22 Civil Code of Georgia, Article 514.

23 Civil Code of Georgia, Article 945.

24 In regard to it see Tamar Zarandia, Place and Date of Implementation of Agreement Liabilities, Tbilisi, 2005, pp. 38-39.

terminated as the right to exercise and dispose of objects in the most absolute way; considering the fact that terms of gift certification distorts one of the elements of property rights: - and, indeed, free disposal of property would be totally destroyed, if the beneficiaries could not dispose or mortgage the bestowed property for unlimited time... the result of this would be that property under that agreement would take the status of property withdrawn from commerce and unused, would lack turnover and credit, would be in a state of “stupor“ and would not be subject to disposal...this would be violation of social economy and public order, violation of free use of property – which is the main goal of organic principle of property rights...“²⁵. Verdict of the Court of Appeals was the following: “The Court based on the fact that the right to property implies exercise and dispose of objects in the most absolute way only if not used in forms prohibited by law or by standing orders; that there is no law prohibiting the father of the family, bestowing his property to his children, to keep its usufruct and/or to secure his usufruct interest or secure the implementation of right to return that he may be granted one day to impose terms on his children not to dispose or mortgage his property during his life; that this temporary provision imposed in the interests of bestowing father cannot be identified with absolute and indeterminate prohibition which could result in exemption of the property from turnover for a long time”²⁶.

2. Veracity/Legality of Terms of Non-alienation

When is the term of non-alienation true then? The abovementioned verdict of the French Court of Appeal to some extent influenced the unification of the views expressed earlier based on the fact that terms of non-alienation was legal only if it had “provisional” nature and was included only for the sake of the “giver’s interests“. That means that the terms of non-alienation shall not be perpetual, because in such a case conditions of property would have been severely distorted. According to the French Law the same is envisaged in the case of prohibiting non-alienation if this should continue

during the whole life of the owner²⁷. The Court of Appeal decided instead that the provision on non-alienation placed (in contract) in the interests of despondent or the third party gets temporary character during the whole life of the beneficiary²⁸.

As for the demand of legitimate interest according to the French Law, it is used in broader sense. Legitimate interest is present when there is the interest of a despondent who wishes to secure his/her right of redemption ²⁹ or to secure retaining of property in his/her family³⁰. Terms of non-alienation can be placed in contract in the interests of the third person, for instance, property left under the will can be pronounced non disposable in hands of legatee/taker to secure permanent rent. According to the French Law if that kind of term becomes disputable just the person in whose interests is this term has to confirm the existence of serious and legitimate interest³¹. The abovementioned contradicts to the general principle; the burden of proof is on the person who demands to make void the agreement. Usually the plaintiff has the obligation to prove the legal defect based on which he/she makes his/her claim. In this case shifting of the burden of proof is justified because of the “irregular character“ of the terms of non-alienation that violates the principle of enjoying the freedom of exercising property³².

And finally, it should be stated that the abovementioned Court rulings on terms of non-alienation were followed by relevant legislative changes. The first edition of the French Civil Code had only one Article, this was Article 900, according to which: “Any kind of disposal among living people shall be considered void if the term is impracticable or there are such terms that contradict the Law and good faith”. In July 3, 1971 a new Article was added –Article 900-1, that envisages that terms of non-alienation considering bestowed or inherited property are in force only in case if they are temporary and justified by serious and legitimate interest³³.

27 H. Capitant; F: Terré, Y. Lequette, *ibid.* p. 344.

28 see in regard with it the following court decisions : Civ. July 27, 1954, Bull. civ. I, no. 37; Civ. 1-li, June15, 1994, . no. 211; préc. H. Capitant; F: Terré, Y. Lequette *ibid.* p. 344.

29 Civ. 1, November 20, 1985, préc. H. Capitant; F: Terré, Y. Lequette *ibid.* p. 344.

30 Civ.1, June 15, 1994, préc., H. Capitant; F: Terré, Y. Lequette, *ibid.* p. 344.

31 *Ibid.*

32 *Ibid.*

33 Code Civil, dalloz, edition 2008, art. 900-1p. 1029.

25 H. Capitant; F: Terré, Y. Lequette: *Les grands arrêts de la jurisprudence civile: Tome 1. Introduction. Personnes – Famille – Biens – Régimes matrimoniaux – Successions.* 11e édition. 2000. Editions Dalloz, (7) p. 342.

26 H. Capitant; F: Terré, Y. Lequette, *ibid.* p. 343.

3. Results of violation of Terms of Non-alienation

It is interesting to know what the penalties for violation of terms of non-alienation are. If the terms of non-alienation are incorporated in the gift certificate and the giver wishes the object to stay in hands of the beneficiary (this was the reason of recording this term in the agreement) French judicial practice ruled that only that person has the right to demand the disposal of the object void whose interest was secured by the terms of non-alienation in the agreement, and this is true for the giver, grantee or the third party. When the terms of non-alienation incorporated in the gift certificate aim at securing those terms that are the legal base of these relations, the action implemented by the giver cannot be refused by his/her heirs during his/her life³⁴.

Changes made in French Civil Code in July 3, 1971, do not envisage any provisions concerning the results of non-alienation terms. Based on what is it possible to make them void? There is an assumption that it is Article 1143 of the French Civil code, according to which creditor has the right to demand destroying of what was implemented by violating the liability and he can get the confirmation of destroying it at debtor's expense together with the indemnification/reparation of damage if there is legal basis for it. There is another argument contradicting the abovementioned one, because Article 1143 gives the right to "material destruction, demolition" and not the rights of making it void³⁵, thus, it is probably more confident to state that the point is about taking the object from civil turnover. Terms of non-alienation thus resembles "real burden" that makes the use of house/real estate property impossible.

The final question concerning the terms of non-alienation is the issue of defending the purchaser who bought against the terms of non-alienation. In this case, of determining the limits of penalty it is very important to know the subjective/personal attitude of the purchaser. It goes without saying that the purchaser will incur losses if he/she is unfair, meaning that if he/she knew about the terms of non-alienation that was laid on the left property.

34 Req. November 27, 1893, DP 94. 1. 566: Req. January 16, 1923, DP 1923. 1. 177, Capitant; F: Terré, Y. Lequette, *ibid.* p. 345.

35 Saignat, De la clause portent defense d'aliéner, these Bordeaux 1896, p. 128, Capitant; F: Terré, Y. Lequette, *ibid.* p. 345.

In this case he/she becomes the accomplice of the person who violated terms of non-alienation and according to the Article 1382 of the French Law he/she will be imposed reparation of damage³⁶. The most adequate improvement of the damage caused shall be to oblige the purchaser to return the real estate property. French Law as well as Georgian Law³⁷ recognizes property presumption with regard to the real estate property. "The right of the ownership of real estate property is similar to the right ascertaining document"³⁸. Thus, innocent purchaser will be protected in accordance with the Article 2279 of the Civil Code of France. As to the real estate property the act (of selling, bestowing, will) that contains terms of non-alienation is subject to registering.

IV. Conclusion

Thus, it could be stated that if there ever was the time when property represented the unlimited right, presently it is not like this anymore. Restrictions of property rights have the feature of the private and public law. As far as private law restrictions are concerned they can be legal and contractual. Inadmissibility of abuse of the property right is recognized by all modern codification and is broadly addressed by the courts in the cases of neighbour disputes.

It is true that there is no legislative definition for abuse of rights in the Civil Code of France, but it was never difficult for French Law to determine abuse of rights in concrete cases and state that the owner abuses his/her right beginning from the moment, when he/she uses it for the sole purpose of harming another person. Georgian Law recognizes the concept of abuse of rights and uses it in judicial practice. At the same time, according to the French Doctrine, it is essential that the owner's action shall lack any kind of benefit for the owner himself/herself and be harmful for others; though the notion of lacking benefit for the owner can cause different definitions. The benefit the owner points at should be "acknowledged" and the interest that causes it should be material and

36 "any kind of action of a person who harms others makes the person who caused the damage/harm responsible for reparation of damage".

37 According to the Article 158 of the Civil Code of Georgia in case of real estate properties "the possessor of the object is considered its owner".

38 Code Civil, dalloz, edition 2008, art. 2279, p. 2261.

legitimate. It is interesting that Georgian judicial practice promotes the notion of legal interest as well. At the same time if the property rights can be developed into abuse of rights then keeping the property cannot be qualified as abuse of property, which is quite clearly demonstrated in the above-described cases.

As to property, the issue of the terms of non-alienation is truly interesting because nothing was said about it in the Georgian Doctrine. Can the property rights be restricted in one of its elements, namely, in disposal? Georgian legislation knows several cases of such restriction. But if terms of non-alienation are not justified with any kind of interest and are permanent – can they be considered true then? In the French Law, terms of non-alienation have legal force only when they are of “temporary” nature and are justified by the legal interest. According to our point of view, this term has to be determined in the Georgian Law exactly the same way because if we assume that terms of non-alienation can be permanent, then it is clear that this will gravely distort regime of property.

Protection of rights to property in practice of the European Court of Human Rights

Vafaddin Ibaev*

European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms represents one of the most important forms of expressing commitment of member-States of the Council of Europe to values of democracy, peace and justice as well as observance of fundamental rights and freedoms of all persons, residing in their countries. The Convention is an integral part of the legal system of Azerbaijan and is mandatory for courts and official state bodies. Furthermore, the courts shall assign a priority to the Convention and its case law over any domestic law, if such contradicts provisions of the Convention.

In recent years, the European Court on Human Rights reviewed many cases, where the Court concluded that the state acted beyond its discretion and violated the right to property. Study of the case law of the European Court with regard to the right to property, guaranteed by the article 1 of the Additional Protocol, creates a basis for uniform application of provisions and protection of citizens' right to property.

I. Importance of application of the case law of the European Court

The Council of Europe as a forum of the European cooperation focuses its activities on problems related to human rights, legal, humanitarian cooperation, interaction in the social, cultural areas, dissemination of information and environmental issues. The mandatory condition for membership in this international organization is to take commitments on observance of provisions of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms.

Such commitments or obligations represent a complex mechanism of declaring and collective observance of certain standards in the area of human rights and freedoms. In addition, unlike other international legal acts, this Convention and 13 Protocols contain provisions, allowing for achiev-

ing effective observance of its standards by means of the European Court for Human Rights (European Court).

Main objective of the European Court is to ensure observance of the provisions of the Convention. Ratification of the Convention and recognition of jurisdiction of the European Court also means that activities of all Azerbaijani state bodies, judicial bodies, in particular, their decisions and applied procedures, as well as decisions of legislative bodies shall not contradict to provisions of the Convention.

After Azerbaijan joined the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms on January 25, 2001, and recognized jurisdiction of the European Court, it became very important for our legal system to consider the European Court case law. It shall be said that as of that time due to requirements of the Constitution of the Republic of Azerbaijan (part II, article 148), judgments of the European Court (as establishing standards interpretation of the Convention) have the same importance for our legal system as standards (provisions) of the international law. This is why understanding decisions and judgments of the European Court on specific cases, but applicable in other similar cases, by judicial bodies allows for unified judicial practice and effectively protect rights and freedoms as they are formulated in the Convention and interpreted by the European Court.

Ratification of the European Convention and recognition of the mandatory jurisdiction of the European Court for Human Rights allows all persons under the jurisdiction of the Republic of Azerbaijan (despite their citizenship) to address the European Court (given some conditions are observed) for protection of their rights, which they deem to be breached by the State.

The European Court does not represent the supreme instance court for the judiciary system of the Convention member-States. The Court reviews specific claim in order to establish violation of the provisions of the Convention. However, the Court may judge on "just satisfaction of the claim" in the form of financial compensation of loss and moral damages and compensation to the winning party of all court related expenses. After establishment of the fact of violation of human rights and granting financial compensation to the victim, the European Court in fact indicates to the State at necessity of

* Justice, Supreme Court of Azerbaijan, candidate of legal science.

correcting incompliance between the provisions of the domestic legislation and judicial practice, as well as standards of the Council of Europe provided in the European Convention (as it is understood by the European Court).

Decision and judgments of the European Court are mandatory for the defendant member-State; however, they are of the case law nature, since in accordance with the *stare decisis* principle, the European Court is guided by evaluations and approaches, formulated by the Court on previous similar cases¹. Thus, texts of judgments and decisions of the European Court of a great interest and they allow for better orientation in the context of the articles of the Convention.

The ruling of the Supreme Court of the Republic of Azerbaijan dated March 30, 2006 “On Application of Provisions of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and Case Law of the European Court for Human Rights during Administration of Justice” states, that in interpretation of the provisions of the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms shall be considered in addition to its context the practice of its application, which establishes consent of participants on its interpretation,.

Republic of Azerbaijan as a member to Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms recognizes jurisdiction of the European Court for Human Rights on the issue of interpretation and application of the Convention and Protocols in case of potential breach by the Republic of Azerbaijan of their provisions, when the assumed violation took place after their enactment in Azerbaijan (April 15, 2002). Thus, Courts shall apply the above-mentioned Convention with consideration of the practice of the European Court for Human Rights in order to avoid any infringement of provisions of the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms.

It shall also be considered that for the judiciary system of Azerbaijan, not only the Azerbaijan related case law of the European Court is interesting, but other countries related case law as well. Given rapid growth of the number of decisions and judgments of the European Court, its legal positions are constantly developing, therefore, for their correct

comprehension and consideration during preparation and review of “Azerbaijani claims”, it is vital to carefully learn practice of the Court with regard to other states, members to the European Convention.

Active interaction with the European Court and reception of created by its norms of the case law in the area of protection of human rights is the reality of the Azerbaijani law and judicial practice development on the way of democracy. That was the purpose of the Decree of the President of the Republic of Azerbaijan “On Modernizing Judiciary” dated January 19, 2006, where the Supreme Court of Azerbaijan is recommended to study and seek possibilities for applying the case law of the European Court for Human Rights in practice of Azerbaijani Courts.

Effective application of the Convention and judgments of the European Court for Human Rights is based not only on the will and belief of national judges, but on knowledge of the Convention. The European system of the protecting human rights, certainly, will not be able to work, if the judicial practice in Strasburg will not be known to persons, practicing law in member-States, especially, judges. Only good knowledge of complex and diverse practice of the European Court, will give the national judge an ability to effectively apply it. For that it is necessary to publish and disseminate judgments of the European Court to national courts in language of the given country. Considering importance of this common measure, on December 18, 2002 the Committee of Ministers adopted a Recommendation Rec (2002) 13 “Publication and dissemination of the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and Case law of the European Court for Human Rights among member-States”. The Recommendation stated that “accessibility of the case law of the Court is crucial for effective implementation of the Convention at the national level, as it allows for provision of compatibility of domestic decisions with the case law and prevention of infringements”.

Importance of application of the case law of the European Court is not denied by national courts of Azerbaijan. At the same time, we think that discussions on complete or partial recognition of the decisions of the Court as a precedent are not groundless. Opinion of Mr. Zorkin on the fact that decisions of the European Court represent integral part of the Russian legal system only to the “extend to which

¹ Khanlar Gajiev. Case law in activities of the European Court for Human Rights, Information of the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan nos. 2-3, 2004, p. 219.

they express commonly recognized principles and norms of international law”², also gives grounds for thinking.

II. Natural nature of the right to property

The legal doctrine views the right to property as a natural right, as a true public freedom. Private ownership represents expression of the individual freedom. It reflects position of an individual in the property area and is to provide for development of an individual. “It is impossible to speak about human rights, unless basic form of the institute of ownership and protecting it legal norms are in place. This should exist because private property allows for provision of the economic and social relations freedom with due respect to principles, like equality, human dignity and justice. Private property represents the economic basis of the society to the same extent as division of power represents the basis for creation of the political regime.

In any country of the rule of law, protection of the private property is viewed as supreme value.

Right to property, viewed from the civil law prospective, is defined as a subjective right, which grants the subject to such right the right to use a thing in accordance with its nature and purpose, use and dispose it with complete observance of legal provisions.

The Civil Code of France defines the property as “absolute and inviolable right”. No one can be deprived from this right be it by the state or other individual. Modern property is absolute neither from the right to use the property prospective, nor from the standpoint of the right to dispose the property. It happens because the given right is implemented in the legally established limits. Concept of the absolute right indicates that subjective right of each person is always compared to the right of any other individual, as in any real right.

The right to property in the constitutional state and democratic society is inviolable and absolute.

Pursuant to the Constitution of the Republic of

Azerbaijan, property is inviolable and is protected by the state. Everybody has the right to property. No one can be deprived from the property, unless so decided by the court. Full confiscation of the property is not allowed. Amortization (alienation) of the property for state or public needs is allowed only in case of just compensation of the cost of the property.

The right to property – is the right of the subject to own, use and dispose the legally recognized and protected property (possession) at personal discretion (article 152 of the Civil Code). However, the state does guarantee recognition and protection of rights to purchased movable or immovable property only in legally established circumstances. Right to ownership of the immovable property transfers to the purchasing person as of the moment of registering its transfer at the public registry of real estate. Balance between public interests and interference into the right to ownership of the individual is achieved by payment of the proportionate monetary compensation. In this case we talk about compensating for forcing an owner to comply with the certain legal methods for alienation of the property and transfer of the right to property due to public needs.

Restriction of the right to property in all cases shall be precise and detailed. Restriction of the right to property is not a rule, but rather exception to the rule; it is allowed only on legally prescribed grounds; such grounds are not subject to broad interpretation.

Opinion of G. Gajiev is quite interesting: “concept of the constitutional state required for the “heavy nucleus” of the basic law or its meaning was not affected by the legislator. At the same time, Constitution of Russia allows for the possibility of the “deprivation from property”. I would like to underline – deprivation from property and not from the right to ownership (property). The matter is that here we deal with the juridical fiction – one may deprive the owner from the specific property, but since the right to proportionate and preliminary compensation is guaranteed, “the heavy nucleus” of the right to ownership and its meaning is kind of preserved.

Constitutional guarantees of the article 35 of the Constitution of Russia, in our opinion, represents a found in the constitutional law prudent balance, or a compromise between necessity on

2 Zorkin V. Constitutional Court of Russia in the European legal field, the Russian law magazine, 2005, no. 3, p 4. Speech of the Chairman of the Constitutional Court of the Russian Federation Mr. Zorkin at the Moscow International Conference “Single Legal Space of Europe and Practice of Constitutional Justice” (Moscow, October 26-29, 2006), Bulletin of the European Court for Human Rights, Russian Edition no. 12/2006, pp. 126-127.

taking into account constitutional principles of democracy and a constitutional state when addressing a problem of forceful alienation of the property for state needs³.

III. Content of the article 1 of the Additional Protocol of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms based on its interpretation by the European Court for Human Rights

The right to possessions as one of fundamental, integral and important rights, holds a special place in international legal acts on human rights and freedoms.

Major provision of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, containing the guarantee of proprietary rights of natural and legal persons, is the article 1 of the Additional Protocol of the Convention; it reads:

“Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties”.

Inclusion of the right to property into European Convention caused some disputes. The history of the given article of the Additional Protocol no. 1 of the Convention was very complicated, which derives from the fact that the given provisions were not deliberately included into the body of the Convention. In fact, states have prudently decided not to delay adoption of the basic body of the Convention, where consensus was reached, although there was disagreement on protection of economic rights. Only a year-and-a-half later the above-mentioned provision was included into the Additional Protocol no. 1 of the Convention.

Despite that, new form did not lead to rapid development of judicial practice in the direction of broader protection of proprietary rights of natural

and legal persons. For instance, control bodies of the Convention, like the commission and the Court for Human Right, were very careful about these provisions and interpreted them very restrictedly.

In 1982, the European Court made a decision on the case *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*; this decision has completely changed established approach and led to different interpretation and re-evaluation of economic rights. The European Court indicated that article no. 1 of the Additional Protocol of the Convention contains three various rules: first rule, described in the 1st sentence of the paragraph 1 represents a general rule and establishes a principle of respect to property; second rule, contained in the 2nd sentence of the paragraph 1 is about deprivation of possessions and necessary conditions for such deprivation; third rule, contained in the paragraph 2 establishes that contracting parties shall, *inter alia*, control use of property in accordance with general interests. All these three rules are not isolated and are inter-related. Second and third rules are to some extent related to certain invasion into the right to respect property and shall be interpreted in the light of the general principle, described in the first rule⁴.

In the case of *Marckx v. Belgium*, the Court clarified that “the right to peaceful enjoyment of possessions” as provided under the article 1 of the Additional Protocol no. 1, guarantees in fact, the right to property (ownership)⁵.

As to range of rights guaranteed under the article 1, the Court takes into account evolution of the society and economic development of member-States and gradually moves towards broader interpretation of the property (possessions), which covers entire aggregate economic interests. The Court recognized that guarantees of the article 1 of the Additional Protocol no. 1 shall apply to economic interests ensuing from social benefits, shareholding, real estate or land ownership, etc. The Court repeatedly stated the fact of violation of the article 1 of the Additional Protocol due to refusal of the State to abide by decisions of domestic courts on payment of certain amounts (like salaries, pensions, etc.) to claimants.

It can be said that the Court, acting case by case, continues to broadly interpret the concept of “property” (possessions), guarantees and regime of which is regulated by the article 1 of the Additional Protocol no. 1.

3 Gadis Gajiev, Protection of the right to ownership (property) in the constitutional law of the Russian Federation, Role of Constitutional Courts in ensuring the right to ownership. Moscow, 2001, p. 40.

4 *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* (Article 50) – 88 (18.12.84).

5 *Marckx v. Belgium* – 31 (13.6.79).

According to judicial practice of bodies of the Convention, the concept of “possessions” may include “existing possessions” and proprietary values, including rights to demand, where the claimant may have at least “legal expectation” for receiving the right to effective use of property.

In the case of *Kot v. Russia*, the European Court indicated that based on the judicial decision in force, the claimant can have a “justified expectation” of the prompt debt repayment, which can be considered “possession” for the purpose of the article 1 of the Additional Protocol of the Convention. Annulment of the judicial decision in force may lead to loss of thrust of the claimant in mandatory nature of court decisions and may deprive of possibility to receive legally due to him monetary sums⁶.

The European Court first of all reminded by that, that the Convention as such does not guarantee the right to old age pension or social allowances in specific amounts. Nevertheless “the claim” – even with regard to pension – may represent “possession” in the context of the article 1 of the Additional Protocol of the Convention, if sufficient grounds are provided under the national legislation; for instance, if it is justified by the court decision in force.

In the decision on the case *Yuriy Romanov v. Russia* the European Court recognized that re-calculation of the pension was legal and had a public interest (namely, effective and uniform calculation of pensions), but at the same time an issue of proportionality in applying such measure arose.

The Court indicated that re-calculation of pensions and their further reduction in amount as such do not violate the article 1 of the Additional Protocol no. 1 of the Convention. However, retrospective re-calculation with reduction of the amount of pension imposed extreme burden on the claimant and did not correspond with provisions of the article 1 of the Additional protocol no. 1 of the Convention. In this regard, the European Court reminded provisions of the judgment on the case *Pravednaya v. Russia*, which reads:

“Public interests, by general opinion, may include effective and coordinated scheme of state pensions for which the state may amend its legislation.

However, possible public interest of the state in ensuring uniform application of the law on pensions shall not lead to retrospective re-calculation of ear-

lier granted pension. The European Court deemed that by depriving the claimant of the right to receive pension in amount defined by the final court decision, the state breached the just balance between considered interests”⁷.

With regard to proprietary rights falling under the article 1 of the Additional Protocol no. 1, it shall be considered that from the standpoint of the Convention these rights are not absolute. In other words, not any state interference with their implementation may be deemed violation of the Convention; in some circumstances the state may be authorized to interfere with their implementation.

In reviewing criteria of admissible interference with proprietary rights shall not be forgotten that in all countries the state has broad discretion in evaluating “public needs” and that this discretion prevails in economic area and not political. One shall remember that this issue relates to state policy in economic and social areas, which has always been a forbidden zone, inaccessible for international control.

In the framework of the Convention, external control is exercised by the European Court, although it recognizes the broad freedom of the state in evaluating necessity of these or those measures. Furthermore, not any misbalance between the necessity of protecting rights and public interests leads to establishment of the fact of the Convention violation. Practice shows that the Court declares violation only when significant misbalance takes place, materially affecting rights of stakeholders.

In the decision on the claim of *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* the Court established a principle which laid foundation for further judicial practice on the article 1: “For the purposes of this provision (Protocol no. 1) the Court shall establish whether the just balance between requirements of the public needs and requirements of protecting fundamental rights of private persons was kept”⁸. Despite seeming very general nature of the given principle, its importance is fundamental. In defining if the just balance was maintained in every single case, the Court arrives at the conclusion about violation or non-violation in the given case. In the mentioned case the Court took in account that continuous ac-

7 Yuriy Romanov v. Russia, no. 69341/01 (Sect. 2) (Eng) – (25.10.05).

8 Yuriy Romanov v. Russia, no. 69341/01 (Sect. 2) (Eng) – (25.10.05).

6 Kot v. Russia, no. 20887/03 (Sect. 1) (Eng) – (18.1.07).

tion of permissions on alienation of claimants' possessions, combined with restriction on construction during the same period of time, made claimants to bare "extreme and special burden"; it breached "the just balance, which shall exist between protection of the right to property and public needs".

In the case of *James and others v. The United Kingdom* the Court provided the expanded doctrine of the just balance. Measure, depriving an individual of the property, shall not only be performed for legal purposes in "public interests", but also prudent ratio of proportionality between chosen measures and established goals.

The category of public or general interests is used in the text of the article. For the purpose of general interests, the deprivation of possessions as well as control over its use may be permitted. Presence of general necessity shall be established by the state. The fundamental position of the European Court on the issue concerned, declared in the decision on the case of *James and others v. The United Kingdom* is such that national authorities are better familiar with local specifics and therefore they better than an international judge, can assess what the general interest may be. The Court found natural that the discretion limits, given to the legislative body for implementation of economic and social policy, shall be broad and respect judgment of the legislative body with regard to definition of the "public interests" unless such definition is not prudently substantiated.

One of the major requirements of the article no. 1 of the Convention is that any interference of public authorities with respect to property shall be legal. Rule of law, one of the fundamental principles of the democratic society, is declared in all articles of the Convention and causes obligation of member-State or public authorities to abide by decisions or judgments of the Court, made not in their favour.

Deprivation of possessions may occur as a result of violation of rules to its usage. In cases *Handyside v. The United Kingdom* and *Agosi v. The United Kingdom* the Court viewed seizure as the form of control over use of the property as prescribed by the article 1 of the Additional Protocol.

Free seizure of property from the owner in a form of confiscation is quite interesting. The society will be neither just nor human, if criminals will have wider range of freedoms than law-obedient citizens. The purpose of confiscation of property is to affect

motivation of a criminal, to individualize punishment with consideration of the individuality of the criminal. This is one of legal measures aimed at prevention of grave mercenary crimes and offences.

In the case of *Frizen v. Russia* the claimant stated that her automobile was seized for a crime for which she has never been charged with and without any legal grounds. The claimant also stated that she did not testify as a witness of prosecution for a criminal case, instituted against her husband and she did not cause the damage for incurring which she was charged. Pursuant to the court verdict, the vehicle was confiscated from her husband, who was not its owner. Furthermore, the vehicle was not the joint property of spouses, since was purchased on financial means of the claimant.

Authorities of the Russian Federation stated that the claimant was deprived of property "in public interests and in legally established conditions".

The European Court noted that "property" in this specific case represents the automobile of the claimant, who is the sole legal and registered owner of it. Authorities of the Russian Federation took decision on seizure with regard to the vehicle in question. Parties do not argue that this decision represents interference with the right of the claimant to unimpeded use of the property, and therefore, provisions of article 1 of the Additional Protocol no. 1 shall be applied. It is necessary to establish whether the disputed by the claimant measure falls under the paragraphs 1 and 2 of the article thereto.

In various cases, the European Court recognized that seizure represented "penalty" in the context of paragraph 2 of the article 1 of the Additional Protocol no. 1, whereas in other cases the Court established that interference shall be viewed as the right of authorities of the defendant member-State "to control use of property for purposes of general interest". As to this particular case, the European Court thinks that there is no need to establish which category the case falls under, since in any case provisions of the second paragraph of the article 1 of the Additional Protocol no. 1 do apply.

The European Court deemed necessary to establish whether interference was performed in accordance with the legislation of the Russian Federation and whether "just balance" between public interests and fundamental human rights was achieved. The European Court reminded that first and most important requirement of the article of the Additional

Protocol no. 1 of the Convention is that any interference shall be “legal”; second paragraph of the given article establishes that authorities of the defendant state have the right to control use of the property by means of observance of laws. Furthermore, rule of law as one of fundamental principles are inherent in all articles of the Convention. Therefore, an issue of preserving just balance between public interest and rights of an individual may be raised only if established that interference is legal and is not arbitrary.

The European Court believed that discussions on presence of public interest in confiscation of the claimant’s automobile, even if they relate to this particular case, do not liberate authorities of the Russian Federation from the obligation to provide for legal justification of such acts. The European Court noted that authorities of the Russian Federation did not indicate even a single provision of any (be it Civil or Criminal) law of the Russian Federation, justifying such seizure.

The European Court reminded that its competence on control over observance of legal provisions is limited, since priority task of the defendant state is interpretation and application of the law. Thus, considering constant refusal of authorities of the Russian Federation to name the provision of the law, based on which the decision on seizure of the property was made, the European Court concludes that such interference with the right of the claimant to property may not be viewed as “legal” under the article 1 of the Additional Protocol no. 1 of the Convention⁹.

Many decisions on violation of the right to property are related not to execution by the executing state of the domestic court decision in force against private person. The Resolution of the European Court on the case of *Fuklev v. Ukraine* reads the following:

“The European Court repeats that pursuant to article no. 1 of the Convention, High Contracting Parties “guarantee freedoms and rights, established... under the Convention to all under their jurisdiction”. The obligation of ensuring effective observance of rights, recorded in this document, can represent the positive obligation of the state. In such circumstances the state cannot remain simply passive and “there is not... possibility of drawing line between activity and inactivity”.

As to the right guaranteed by the article 1 of the

Additional Protocol no. 1, such positive obligation may lead to certain measures, necessary for protecting the right to property in cases related to court disputes between private persons and companies. It means that the State shall ensure correspondence with legally established procedures on execution of the court decision in force.

The European Court believes that inactivity of bailiffs and failure to exercise due control over the situation, creates constant uncertainty in execution of the decision made in favour of the claimant and in payment of the due to him/her debt. Thus, the claimant shall overcome such uncertainty during long time.

Considering all said above as well as the opinion with regard to the paragraph 1 of the article 6 of the Convention, the European Court adheres to the opinion that the nature of the execution procedures, its total duration and uncertainty violated “favourable balance”, which shall be maintained between public interest and necessity to protect rights of the claimant to free possession of property. Therefore, the State failed to fulfill its obligation of ensuring claimant’s effective use of the right to property, guaranteed by the article 1 of the Additional Protocol no. 1¹⁰.

Practice of the European Court shows that deprivation of possessions for public interests is not justified without payment of the relevant compensation. In case of *Lithgow and others v. The United Kingdom*, the Court indicated that in conditions of lack of compensation the Convention “would have ensured only illusory and very ineffective protection of the right to property”. Size of compensation derives from the principal of prudent proportionality. In the case of *James and others v. The United Kingdom* the court established that ratio of prudent proportionality implies the right to prudent compensation. In the decision on the case *Litgow and others v. The United Kingdom* the court indicated that “seizure of property without payment of compensation prudently related with its price, in regular conditions would represent disproportionate interference which may not be justified in accordance with the article 1”.

However, considering specific circumstances where the right to property was infringed, the prudent compensation may not be equal to full market value of, for instance nationalized object. Article 1

9 *Frizen v. Russia*, no. 58254/00 (Sect. 1) (Eng) – (24.3.05).

10 *Fuklev v. Ukraine*, no. 71186/01 (Sect. 2) (Eng) – (7.6.05).

does not guarantee the right to full compensation in all cases, since legal purposes corresponding to (general interests) during implementation of economic reforms or measures aimed at achievement of big social justice may require compensation in lesser amounts than full market value.

Currently the ECHR and prevailing among lower courts doctrine perceive the convention as a constitutional instrument of the European legal order created for the purpose of ensuring minimum standard in the area of fundamental rights and freedoms.

Affection of the created by the Convention legal order is explained by the fact that decisions of the ECHR are currently directly considered by courts of member-states in their own practice. It basically leads to direct action of decision of the European court, including the right to property, which has practical interests for specific and effective application of the convention in each member state including, the Republic of Azerbaijan.

Protection of Possessions according to European Convention on Human Rights between *effet utile* on the one hand and Margin of Appreciation or Judicial Self-restraint on the other hand

Dr. Norbert Bernsdorff *

European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms is based on a principle that any individual, citizen of the state, may hold the state responsible for violation of human rights through the European Court for Human Rights. This system of protection was and remains revolutionary for individuals and for the states as well. The question is, if the European Convention on Human rights offers effective protection of property – this question is acute after expansion of the scope of application of the Convention in 90s to countries of the Central and Middle Europe. Changes in state and economic systems of these countries led to change of structures of the property and therefore, forcefully, to problems. The aim of the article below is to discuss the article 1 of the 1st additional protocol of the European Convention of Human Rights, which is related to the rights to property; it also aims at discussing the judicial practice in this field.

I. Introduction

After the Parliamentary Assembly of the Council of Europe supported accession of Georgia into the Council of Europe in January of 1999, the Committee of Ministers admitted the claim, filed by Georgia on July 14, 1996. Accession of Georgia as the 41st state took place on April 27, 1999 in Strasburg. In addition to conditions, which were accepted by Georgia due to becoming a member of the Council of Europe, are ratification of the framework Treaty on Protection of National Minorities and European Charter on Regional Languages and Languages of National Minorities, as well as ratification of the European Convention on Human Rights and its Additional Protocols no. no. 1, 4, 6 and 7. They were signed on June 17, 1999.

The 42nd and 43rd states accepted to the Council of Europe, were Azerbaijan and Armenia. Presidents of both states Aliev and Kocharyan participated in the ceremony held in Strasburg. These states took the responsibility of ratifying the Convention. On the way of accession to the Council of Europe, the Convention itself and Additional Protocols no. no. 1, 4, 6 and 7 were signed.

Almost simultaneously with that – on April 15 and 26 and June 7 of 2002 – the Additional Protocol no. 1 of the European Convention on Human Rights was ratified and came into force. One reservation to the article 1.1 of the 1st Additional Protocol was adopted by the Parliament of Georgia only¹.

II. Protection of Property – common European Standard

The starting point of each discussion on attitude of the protection of property in accordance with the European Convention on Human Rights to the corresponding member-states of the Convention is a thesis that the European Convention on Human Rights and the offered by it protection of property represents the subsidiary legal instrument. It implies that the European Conven-

* The author is a judge of the Federal Court on social issues in Kassel, Germany (the Court is the 3rd instance court in disputes on social issues) and an editor-in-chief of the presented magazine.

1 The Parliament of Georgia declares that: 1. Article 1 of the Protocol shall not apply to persons who have or will obtain status of «internally displaced persons» in accordance with «the Law of Georgia on Internally Displaced Persons» until the elimination of circumstances motivating the granting of this status (until the restoration of the territorial integrity of Georgia). In accordance with the aforementioned law, Georgia assumes responsibility to ensure the exercise of rights over property that exist on the place of permanent residence of internally displaced persons after the reasons mentioned in Article 1, paragraph 1, of this law have been eliminated. 2. Article 1 of the Protocol shall be applied to the operational sphere of «the Law of Georgia on the Ownership of Agricultural Land» in accordance with the requirements of Articles 4, 8, 15 and 19 of this Law. 3. Article 1 of the Protocol shall be applied within the limits of Articles 2 and 3 of the Law of Georgia on Transference into Private Property of the Non-Agricultural Lands Being in Possession of Natural Persons and Legal Persons of Private Law». 4. Article 1 of the Protocol shall be applied within the limits of the «Law of Georgia on Privatisation of the State Property». 5. With regard to the compensation of pecuniary assets placed on accounts of the former Georgian public-commercial banks, Article 1 of the Protocol shall be applied within the limits of the normative act adopted in pursuance of the Decree No. 258 of the President of Georgia of 2 July 2001.

tion on Human Rights does not exclude the national protection of property within any country, but rather supplements it, so that it starts acting only when the national mechanisms of protection does not work for some reasons or it works insufficiently. Such complementability is manifested by the fact that the European Convention on Human Rights does not have an aim of unified protection of property, but assumes that either the states provide for higher level of protection or - in some areas – differentiated protection is established. This is why the European Convention on Human Rights does not require any ranking in the hierarchy of norms of the Convention member-states. During assessment of the situation, the states are often given some discretion based on the opinion, that its bodies and judges are closer to events. Decisions of the European Court on Human Rights, ultimately take decisions with the output that the European Court has no authority of reversing national legal acts or instructing any state what measures it shall undertake for the purpose of execution of the decision. Complementability, in addition, means, that claims filed with the European Court on Human Rights are admitted only after exhaustion of all national remedies; at least those, that can be viewed as effective and adequate.

By means of the European Court for Human Rights, protection of property became by this time a commonly adopted standard in Europe; Europeans can be proud of it, since it gives a big number of people in Europe and far beyond it the reliable and tested orientation, which is based on European consensus. Maintenance of such standard requires, of course, payment of certain price. In addition to financial support of states, the decisive role is played by readiness of national bodies and courts, to address the European Court on Human Rights and use its practice as well as execute its decisions. Unlike domestic decisions in force, execution of the decisions of the European Court on Human Rights may not be compulsory due to the obligation of each member-state taken in accordance with the article 46.1 of the Convention, which states that: "...parties take an obligation to execute final decisions of the Court, parties to which they are". The system either works or ruins depending on observance of this voluntary obligation, which, surely, is based on understanding of

rule of law as stated by the European Convention on Human Rights.

Instances of serious conflicts between the Convention and administration of justice of member-states are quite rare. More frequent are inconvenient for governments cases, which confuse such states.

Political problems may arise due to general nature of the European Court decisions. For instance, in case of the decision of the European Court on Human Rights dated June 22, 2004 *Broniowski v. Poland*², when the Court was informed that approximately 80 000 other persons find themselves in the same situation as the claimant. The case concerned the delayed results of moving the border of Poland after the World War II from the East towards the West. People, who possessed ownership to land and houses to the east of certain river, were promised by the Polish legislation the "right to credit" as the compensation for the lost property; they could use the "right to credit" during purchase of property somewhere else in Poland. In fact, the promise was never kept. In this case – with assistance of the government of Poland – the agreement was reached; it had a general nature.

Another feature of cases, perceived as political, is involvement of well-known persons. For instance, the case, where the Court took a decision on July 25, 2002 – *Sovtransavto Holding v. Ukraine*³; the case concerned the dispute between Russian and Ukrainian shareholders of one Joint-Stock Company. President of Ukraine Kuchma got engaged in the process and advised Courts to represent interests of Ukraine.

The decision of the European Court on Human Rights may become political due to its financial results. As an example, we can name decisions of so-called new construction in the former German Democratic Republic or requirements, submitted by unities of IDPs in cases of *Jan* and *Maltzahn*, as well as a decision on the ex –King of Greece with regard to submitted by him compensation claims⁴.

2 Application no. 31443/96. Decision without source reference may be found on the website of the Council of Europe: <http://www.echr.coe.int>.

3 Application no. 48553/99, Reports of Judgements and Decisions 2002VII.

4 Decisions dated January 22, 2004; Application nos. 46720/99 and 72203/01, 30.6.2005, Application nos. 46720/99 and

Especially emotional situation sometimes lead to posing a question on possibility and necessity of allowing protection by national political institutions. The answer to this question shall be negative. On the one hand, almost all states take an obligation of ensuring “comprehensive” protection of property, although they apply not the European Convention on Human Rights, but rather domestic standards on protection of property. Nevertheless, control over property in Europe is absolutely necessary and such shall be achieved by means of European court on Human Rights. The Convention reflects the common European perspective, by which it is possible to better see and assess protection of property in Europe. The feature of loyalty to basic principles and respect towards decisions of the European Court for Human Rights will be able to remove doubts at the national level.

III. Structure of protection of property according to European Convention on Human Rights

After many years of refraining of administering justice by bodies of the Convention, decisions made on cases of *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*⁵, *Lithgow v. The United Kingdom*⁶, and *James v. The United Kingdom*⁷, are perceived as first decisions on property; these decisions marked beginning of the change in administration of justice with regard to the article 1 of the Additional Protocol no. 1. Apparently, they show obvious diversion from existing till that time practice, and, at the same time, earlier established fundamental principles were maintained. The decision on the case of *Marckx v. Belgium*⁸ may be viewed as one of significant decisions as well, since for the first time the Court provided for a major evaluation of principles, provided under the article 1 of the Additional Protocol no. 1.

The right of an individual to protection of prop-

erty differs from national constitutional guarantees first of all by absence of link with specific, defined legislation on property and economy. This is why it is less “expressed in norms”, unlike guarantees of national constitutions. However, it does not mean that the article 1 of the Additional Protocol no. 1 does not possess this feature of the institutional guarantee.

Examination of violation of the article 1 of the Additional Protocol no. 1 takes place in three stages; national legal systems are familiar with these stages as well; namely: area of protection, invasion into it and justification of invasion. Similarly to common international law, a dispute on property focuses less on the area of protection of such law, but rather focuses on possibility on invasion into the right to property for public interests. It shall be said that the European Court for Human Rights’ interpretation of the area of protection concept is much broader for the purpose of material examination of protection of other human rights under the Convention; for instance, violation of prohibition of discrimination according to the article 14 of the Convention. Application of this method has its justification, since the Convention has gaps (for instance, lack of freedom of profession) and these problems – for the purpose of achieving comprehensive protection- must be addressed.

IV. Scope of the right to property

Concept of property in the context of the first paragraph of the article 1.1 should be understood broadly. Such broad understanding may include rights, not protected at the national level. European Convention on Human Rights defines the concept of property, which does not depend on its position in the national legislation. The most important point here is if the claimant has the legal position, protected under the article 1 of the Additional Protocol no. 1⁹. Burden of proof in this case rests with the claimant.

1. Extend of property protection according to the practice of the European Court for Human Rights

a) Although it is very difficult to define precise criteria from the court practice, aimed at deciding specific cases and representing grounds for

72203/01; decision dated May 30, 2005, Application nos. 71916/01 and 71917/01; decision dated November 23, 2000, Application no. 25701/94, Reports of Judgements and Decisions 2000-XII.

5 Decision dated 23.09.1982, Application nos. 7151/75 and 7152/75, Deiries A no. 52.

6 Decision dated 8.07.1986, Application nos. 9006/80 and 9262/81, Series A no. 102..

7 Decision of 21.02.1986, Application no. 8793/79, Series A, no. 98.

8 Decision dated 13.06.1979, Application no. 6833/74, Series A no. 31.

9 Decision of 23.11.2000, footnote 4.

acknowledgment of claims on protection of property; however, given this, it is possible to develop general principles. Starting point for answering this question if there is a legal position, deserving protection is recognition of the legitimate expectation of obtaining effective enjoyment of the right to property. In determining the scope of protection, the domestic legislation does not lose its importance. It basically addresses the issue on content and origination of the right to property. Only a question about qualification of the position of the property is left to independent review by the European Court for Human Rights.

Definitely, the substantive part of the scope of protection under the article 1 of the Additional Protocol no. 1 covers the property ownership, which is equaled to “existing possession”, i.e. movable and immovable property, including the right to use and disposal. Separate rights to use are protected as a part of ownership (property)¹⁰, if, as exception, it is not granted an independent meaning. In addition, in accordance with the court practices, the guarantee of ownership applies to other estate rights, compulsory legal rights, as well as monetary legal positions¹¹. This way, positions of ownership, namely, rights to shares in enterprises¹² are protected (since the fundamental right to freedom to profession and other entrepreneurship related economic interests are not contained neither in the European Convention for Human Rights, nor in the Additional Protocol.

Judicial practice of the European Court with regard to subjective public law requirements is not uniform. Restrictions are usually made in the area of social welfare. However, the fact that law requirements with regard to public power shall be recognized as a position of the ownership is obvious from many decisions of the European Court. In general, the European Court for Human Rights is inclined to include subjective rights of all types, even with limitations, related to future social conditions, given that they represent economic value. Since – as it was presented by the European Court

in its decision on *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. Netherlands* – the right to ownership is not limited to physical subjects, but also includes other rights and interests with property (material) value¹³. In fact, the right to return, compensation of damage and compensation with regard to public authority as well as private persons in a form of demands, having price of ownership, are recognized.

The article 1 of the Additional Protocol no. 1 does not uniformly declare the heritage law. However, the right to disposal of property in the form of the will was always recognized by the European Court for Human Rights as traditional and fundamental part of the right to ownership¹⁴. On the contrary, expectation of the heir under the will or the legitimate heir for the full legal heirdom is not ensured under the European Convention on Human Rights. Nonmaterial rights (copyright, patent right and trademark right) are also protected under the article 1 of the Additional Protocol no. 1, although the right to trademark is not protected from the moment of registration, even if under the domestic law, certain rights originate¹⁵.

In fact, the ability of protection of the property is limited to „legally obtained“ property. According to the article 1.1 of the Additional Protocol no. 1, only legal positions, recognized by the national legislation as the bearing ownership right, can be protected¹⁶. In this context, “illegally” obtained position does not possess features of ownership. It does not, however, mean that any property obtained through criminal activities (“*producta sceleris*”) shall be removed from the area of the protection of the right to ownership. If, at the same time, it is legally obtained in accordance with national (civil) law, then it actually falls under the protection of property. Its removal shall be in compliance with requirements of the second part of the article 1.2.

10 Compare, for instance decision dated 19.12.1989 – Melbacher v. Austria nos. 10522/83 and 11011/84, Series A, no. 169.

11 See decisions from 23.02.1995 – Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH/Netherlands, Application no. 15375/89, Serie A No. 306-B.

12 Decision of 08.07.1986, footnote 6; decision of 25.07.2002, footnote 3.

13 Compare decisions from 23.02.1995, footnote 11.

14 Decision from 13.06.1979, footnote 8. Further decision from 20.10.1987 – Inze v. Austria, Application no. 15/86, Serie A no. 126.

15 Edecision from 11.10.2005 – Anheuser-Busch Inc v. Portugal, Application no. 73049/01.

16 Bearers of the right to ownership pursuant to precise definition of the 1st part of the article of the Additional Protocol no. 1 of the Convention are not only natural persons, but legal entities as well. Considering this fact, it can be questionable whether interpretation of the Convention of the right to ownership can be oriented at the nature of this right as the „human right“.

b) Since it is impossible to talk about “his possessions”, the demanded right or proprietary interest shall be sufficiently established to be enforceable, i.e. it shall already be in existence. This is why the concept of ownership does not include expectations or chances, which are not yet established as proprietarily valuable and legally guaranteed positions. In addition, the hope that existing, but depreciated or disputed right, could increase, does not represent ownership (property) either¹⁷. Thus, it can be said that the right to obtaining the property subject to protection. However, the established obligations positions are protected, since they represent ownership in the form of rights equaled to property (in the context of the paragraph 1 of the article 1 of the Additional Protocol no. 1).

In order for the claim to fall under the protection of the guarantee to ownership as enshrined by the European Convention on Human Rights, it shall not necessarily be provided under the national legislation as a protected legal position. It is enough for the national legislation to have a sufficient legal framework. The legal claim, recognized as an ownership position, is marked (unlike simple, not subject to protection, hope for receiving the proprietary good) by the fact that the claim may be based on a legal provision or a legal act such as a judicial decision. Based on that, an interest with property interest shall have a concrete nature. Thus, from the point of view of the European Court, it is insufficient, when presented claim for compensation is based only on illegal removal of property, performed during enactment of the European Convention on Human Rights and its Additional Protocol no. 1¹⁸.

As the Court shows, the Convention does not directly guarantee the demand on return of the withdrawn property. The Convention, of course, does not impose any obligation on member-States on compensation for unjust actions or loss, which are the result of actions of another State or occupying authorities. If, however, the State itself decides on compensating for similar actions, then it is given quite broad discretion for substantiating demands on compensation in similar case.

17 Approved in the Decision from 12.07.2001 – Prince Hans-Adam II of Lichtenstein/Germany, Application no. 42527/87, Reports of Judgments and Decisions 2001-VIII.

18 Decision of 12.07.2001, footnote 17; further, Decision of 19.12.2002, footnote 2.

For instance it is given the freedom of defining to what extent (if at all) demands on compensation correspond with preliminary conditions. Thus, even for the states like Federal Republic of Germany, which is the legal successor of the property of the German Democratic Republic other scales are not established.¹⁹ Also newly arisen demand represents proprietary value it may be established only in certain conditions and inconsideration determined limitations. Examination of such limitations for the scale of the guarantee to property is not performed due to above stated reasons, if conditions determined by the national legislation are not observed by the person with the right to claim, then such person is refused in existence of proprietary interests, and, therefore, in the right to ownership under the context of the article 1 of the Additional Protocol no. 1. For instance, claims of *Malhous, Des Fours Walderode, Gratzinger, Polacek, Jantner* and *Maltzahn v. Slovakia, Czech Republic* and Federal Republic of Germany on return or restitution of land plots were not admitted, because claimants did not meet the preconditions, which should have preceded to the origination of such claims in accordance with national legislation²⁰. The right to property was not sufficiently grounded for having the position of the justified expectation.

c) Obtained clientele or “good will” of the enterprise, where we can imply a legal firm, for instance, may be proprietary values, which are basically considered by the European Court as property (possessions). It is very important to see if it is necessary to have a permit for entrance into profession or trade (handicraft), is it removed or restricted. In accordance with the practice of the Court such deprivation – if issuance of the permit is related with certain and by that time invalid

19 This statement applies to the states which illegally conducted confiscation before enactment of the Additional Protocol no. 1. Decision from 28 September 2004 *Kopecky v. Slovakia*, Application no. 44912/98.

20 See decision from 13.12.2000 – *Malhous/Czech Republic*, Application No. 33071/96; decision from 04.03.2003 – *Des Fours Walderode/Czech Republic*, Application No. 40057/98; decision from 10.07.2002 – *Gratzinger/Czech Republic*, Application No. 39794/98, Reports of Judgments and Decisions 2002-VII; decision from 10.07.2002 – *Polacek/Czech Republic*, Application No. 38645/97; decision from 04.03.2003 – *Jantner/Slovakia*, Application No. 39050/97; decision from 30.03.2005, footnote 4.

preconditions – does not represent deprivation of property. Protection of rights to property against such actions takes place, however with regard to the barer of the good will.

In this very broad interpretation of the protected good will in a form of the property, the efforts of the European Court to broadly interpret quite narrow list of protected under the Convention economic rights, are obvious for the purpose of effective protection of fundamental rights. Thus, areas of protection which in traditional national understanding are deemed as unprotected by the Convention guarantees of freedom of profession and general economic activities, are subject to the property protection.

2. Classification of encroachment upon property – the rule of three standards

Although the article on property contains only two paragraphs it consist of three rules dithering basic rules on forms of encroachment. The first rule is of general nature and underlines the function of freedom of the guarantee to property, when it guarantees implementation of property related rights (article 1, paragraph 1, part 1). The second rule formulates certain conditions, fulfillment of which allows for deprivation of property (article 1, paragraph 2, part 1). The third rule recognizes the competence of the national legislator to regulated the property use issues as it is necessary for ensuring public welfare (article 1, paragraph 2). For better understanding of the structure of encroachment upon property we can bring an example of the decision on the case of *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*²¹. It is complemented and clarified in further decisions on cases *James v. The United Kingdom*²² and *Lithgow v. The United Kingdom*²³.

Direction of relevant measures and intensity of encroachment is decisive for differentiation. It does not matter if encroachment was deliberate or is unpremeditated result of government actions. Its legality or illegality does not matter for its evaluation in accordance with national legislation²⁴. The

21 Decision from 23.09.1982, footnote 5.

22 Decision from 21.02.1986, footnote 7.

23 Decision from 08.07.1986, footnote 6.

24 See Gelinsky, Katja, *Der Schutz des Eigentums gemäß Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention. Eine Analyse der Rechtsprechung der Straßburger Organe* (protection of ownership under article 1 of the First Additional protocol of the European Convention for Human Rights. Analysis of judicial practice of Strassburg bodies), Berlin 1996, p. 200.

fact of encroachment from the side of state bodies shall take place. Article 1 of the Additional Protocol no. 1 of the Convention does not act for legal standards regulating private legal obligations between private persons.

If the encroachment represents deprivation of property, then it falls under the article 1, paragraph 1, part 2 of the Additional Protocol no. 1. Restrictions of use fall under the paragraph 2 of the article 1. If the encroachment does not represent either of these forms, then its legality is established based on general features in accordance with article 1, paragraph 1, part 1 of the Additional Protocol no. 1.

V. Seizure of property and compensation – cases of James, Lithgow, Broniowski and Brumarescu

Seizure of property represents for the owner the encroachment with grave consequences, since it loses his/her status of owner in favour of others or, at least, loses the authority to dispose, which complements the right to property. What kind of actions can be defined as a seizure of ownership in the context of article 1.1.2 of the Additional Protocol? What criteria shall they meet not to be defined as regular rules of use in accordance with less strict preconditions of the article 1, paragraph 2?

1. Duration of measure, formal seizure, *de facto* seizure, nationalization

According to practice of the European Court, the area of strict prohibition of property seizure applies to persons, who have entirely lost a position of an owner as a result of such actions. In the decision from 23.04.1987 on the case of *Erkner and Hofauer v. Austria*²⁵, the court established that “it cannot be said that applicants have been definitely deprived of their possessions”. The case of temporary lien – like in case of *Handyside v. The United Kingdom*²⁶ - in the framework of criminal prosecution does not fall under this rule, since in such case the owner is only temporarily deprived of the right to dispose property. In such a case, when deprivation of property is not long-term, then the practice of interpreting the article 1.2 of the Additional Protocol is clear.

25 Application No. 9616/81, Serie A, no. 117.

26 Decision from 07.12.1976, application no. 5493/72, Serie A, no. 24.

a) Examination of the national measure on correspondence with the article 1.2 of the Additional Protocol does not imply formal transfer of property. It, however, represents the major instance of application of this provision. Meaning of formal deprivation of property is reflected not only in the state act²⁷, but in the transfer of property onto another bearer of the right. Formal seizure of property is equaled by the court to “transfer of ownership”. Change of the position of an owner as a necessary precondition for formal seizure is also observed in the formulation of the decision on the case of *Mellacher v. Austria*²⁸, according to which formal seizure did not take place, since there was not substitution (change) of property. In the case of *Papamichalopoulos v. Greece*²⁹ the European Court established that the formal seizure did not take place, since title to the land plot was not transferred to the military regiment. It does not matter if the property was confiscated in favour of the state (as it usually happens) or in favour of a private person.

b) Unlike formal seizure, the de facto seizure does not lead to transfer of the right to property. What matters in this case is to establish the extent of gravity of results of the state regulation, where restriction of the right to ownership can be equaled to formal seizure of property. It happens, for instance in case the military regiment occupies a land plot and the owner cannot use or dispose it as a result of such action³⁰; or if the state takes ownership over the house and assumes the right to property, although seizure under the domestic legislation is illegal³¹.

c) Unlike individual confiscation, the nationalization has a purpose of transferring of industries and sectors of economy into the state ownership; performance of such task leads to changing of the general structure. It also covers seizures of land plots in the framework of the land reform. After the end of the “Cold War” and systematic changes in countries of Central and Eastern Europe, the European Court is dealing with fol-

lowed to these process problems. After the case of *Lithgow*³², it applies provisions of the article 1.2 of the Additional Protocol without limitation to similar cases. However, a special scale is used, especially from the point of view of compensation³³.

2. Justification of seizure and obligation of compensation

In order to justify encroachments upon the right to property three preconditions shall exist: state measures shall be envisaged in the national legislation and performed in accordance with the law. They shall pursue public interest and correspond to the principle of proportionality. From the very beginning of examination of presence of public interest was moved to a next issue of proportionality. In order to define public interest, the national legislator has quite broad discretion, which (as court practice shows) are never subject to control. The major control instrument of the court represents control of proportionality. At the same time the European Court examines for existence of proper balance between public interest and requirements of the protection of possessions.

a) As the European court substantiates in its decision from 22.06.2004 on the case of *Broniowski v. Poland*³⁴, in addition to domestic guidelines on compensation, it is very important to include behaviour of parties, taken by the state measures and method of their implementation, comparison of state interests and interests of the owner into general examination. Following questions shall be answered: did national state bodies act duly and appropriately? Does the owner have a right to protection of his/her trust with regard to the state? Is seizure of property constantly examined against its legality? Is the owner discriminated against other acting persons? Is the imposed burden extremely heavy?

b) Confiscation without payment of compensation as such contradicts the principle of proportionality and therefore, represents violation of the Convention. Although the European Court

27 It does not matter if confiscation was administrative or legal.

28 Decision from 19.19.1989; footnote 10.

29 Application no. 14556/89, Serie A, no. 260-B.

30 See decision from 26.06.1993, footnote 29.

31 See decision from 28.10.1999 – *Brumarescu v. Romania*, Application no. 28342/95; Reports of Judgments and Decisions 1999-VII.

32 Decision from 08.07.1986, footnote 6.

33 See, Brandt, Sven, *Eigentumsschutz in europäischen Völkerrechtsvereinbarungen* (protection of property under the European Treaties), Frankfurt, 1995, p. 123.

34 footnote 2.

did not yet establish the mandatory threshold, the approximate margin for determining necessary and at the same time sufficient compensation shall be the market value of the seized property. Considering that member-States have broad limits of discretion in assessment and establishment of the market value of the property, it shall be defined if the compensation is a prudent amount, oriented at the market value of the subject. In addition, the court does not substantially review an issue of grounds for national authorities and courts for determining final amount of compensation.

Despite orientation at the market value, the article 1 of the Additional Protocol no. 1 of the Convention does always guarantee the right to full compensation. In certain cases, legitimate goals of common cause may justify the lower level of compensation. It specifically concerns nationalization³⁵. In such a case the Court limit to examination of observance by the State of established limits of discretion in defining the amount of compensation. If the defined compensation fits the boundaries of prudent justification, the court recognizes it. In general, it becomes obvious that in situations, where measures for seizure of property are conducted in the framework of structural reforms with the purpose of improvement of social conditions, the European Court does not control broad limits of discretion of the state. It applies to classical cases of nationalization as well as other cases of property seizure in the frameworks of economic reforms for establishment of better social justice. We can bring an example of measures taken during the unification of Germany³⁶. According to assessment of the European Court, reduction of compensation by 20-30% of the market value can be justified as exception. However, determination of the amount of compensation, equal, for instance, to 2% of the market value of the seized property may not be justified³⁷.

c) Obligation of compensation applies to citizens of the given state as well as to foreigners. However, the European Court refuses to apply “general principles of international law”, which

concern seizure of property of foreign citizens and the minimum standard of prompt, adequate and effective compensation to confiscation of property of citizens of the given State. The principle of proportionality shall apply to the latter category. This is why “discrimination of own citizens” in compensating for confiscation of property seems admissible. Even up to date such practice of the Court is not subject to intensive criticism.

VI. Regulation of use – cases of Mellacher, Fredin, Raimondo and Chassagnou

According to the Court practice the state regulation shall be evaluated against regulation of use – contrary to seizure of property – and must be defined based on the purpose of the undertaken measure. Intentions of the government bill or legal regulation shall be examined: is it to control use of property or to restrict it. The way of fitting such regulation in the national law is important, but it is not the only decisive factor. The decisive factor first of all is the intensity of encroachment, so that states could not refer to use, if regulation practically equals to seizure of the property. It is indicative that the owner shall have the prudent part of opportunities to use and dispose. Typical instances of regulation of use according to article 1.2 of the Additional Protocol no. 1 are: decision on prohibition of construction, removal of permits and licensee, refusal on issuance of entrepreneurship permits.

The state regulation of use shall also be proportionate. According to practice of the European Court, member-States of the Convention shall compensate for encroachment upon use. The answer about verification of proportionality is given by the European Court in cases of *Mellacher*³⁸, *Fredin*³⁹, *Raimondo*⁴⁰ and *Chassagnou*⁴¹. Following questions shall be answered: is the legislation interfering with the existing contractual relations or it limits use in future? Was the trust of the owner on continuous use of property protected? What threats are prevented by

³⁵ See decision from 08.07.1986, footnote 6.

³⁶ See decision from 30.06.2005, footnote 4.

³⁷ See decision from 22.06.2004, footnote 2.

³⁸ Decision from 19.12.1989, footnote 10.

³⁹ Decision from 18.02.1991 – *Fredin v. Sweden*, Application no. 12033/86, Serie A, no. 192.

⁴⁰ Decision from 22.02.1994 – *Raimondo v. Italy*, Application no. 12954/87, Serie A, no. 281-A.

⁴¹ Decision from 29.04.1999 – *Chassagnou v. France*, Application no. 25088/94, Reports of Judgements and Decisions 1999-III.

means of temporary attachment of the property? Was the owner given the transitional term before loss of the possibility to use? What is the forecast that the restriction on property will be removed?

VII. Different type of encroachment upon property – cases of *Sporrong and Lönnroth*, *Iatridis* and *Beyeler*

In addition to specifically listed in the article 1 of the Additional Protocol no. 1 encroachment upon property, the European Court recognizes the third type of encroachment, which is measured in accordance with the article 1.1 part 1 of the Additional Protocol. This practice is basically considered wrong. Lately the European Court, most probably moves away from it.

When the encroachment upon property does not represent neither seizure of the property, nor the regulation of use, (for instance, during temporary seizure or removal of the right to possession from not owner), then it in itself does not mean that the article 1.1 part 1 of the Additional Protocol is or is not violated. The Court views this provision as a collective standard and in this case verifies it as well on whether the public interest existed and whether the prudent balance of both interests was maintained. As to possibilities of justification, the Court brought its substantiation in cases of *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*⁴², *Iatridis v. Greece*⁴³ and *Beyeler v. Italy*⁴⁴. To justify this type of encroachments, the European Court very often imposes strict rules (regulation of compensation, other actions to neutralize encroachment), then with regard to measures on restriction of the right to use under the paragraph 2 of the article 1 of the Additional Protocol.

VIII. Future

Political turmoil of 1990s led to massive structural changes of the property in Eastern Europe. There various reasons for it. They shall be sought in overcoming old systems of ownership and in actual situations threatening territorial integrity, and fight against political opponents through confiscation and seizure of property. In such a situation the institute of property shall become an all-European

legal culture. Who can facilitate this process better than the European Court for Human Rights by, on the one hand, “sparing sovereignty” and, on the other hand, oriented at effective practice? – And even if Court, despite its initial competence to examine the principle of proportionality, in the past was more or less oriented at evaluation of the affected states and approved their activities, the signal of retreat shall not be given. Lately, the European Court not only acquires more authorities for the purpose of control, but establishes more rigid scale of examination as well.

⁴² Decision from 23.09.1982, footnote 5.

⁴³ Decision from 25.03.1999 – *Iatridis v. Greece*, Application no. 31107/96, Reports of Judgments and Decisions, 1999-II.

⁴⁴ Decision from 05.01.2000 – *Beyeler v. Italy*, Application no. 33202/96, Reports of Judgements and Decisions 2000-I.

Property and ownership – Azerbaijan practice

Mekhman Sultanov*

The purpose of the present article is to study issues related to the administration of certain provisions of legislation, regulating the property law (proprietary interest), as well as the most controversial matters, arising in law-enforcement practice. Particularly, posing arisen in the practice on application of the category “Bona Fide Purchaser” and being the consequence of the changes, entered to the Civil Code, as well as certain problems related to the protection of the rights of owners and holders of the other proprietary interests.

The Civil Code of Azerbaijan of the year 1964, which was in force until September 1, 2000, certainly could not reflect the changes that have taken place in this former republic of the Soviet Union, after its collapse.

The new Civil Code¹, being in force from September 1, 2000, is notable for more detailed regulations of the institutions of proprietary interest, which in turn reflects the progress of this social relations in the context of developing the economic ones.

First, more detailed definition and description of the objects of proprietary interest should be mentioned, including definitions of movables and immovables, divisible and indivisible, specific and ancestral things, the main things and belongings. An accurate definition of the things, being excluded from the civil circulation and the turnover of which is limited with the consequent regulation on the subordinate normative level, was put into the legislation, together with such right definition, as it is the encumbrance of right. In turn, the movable things were divided as the things, which are subjects to registration with the specific registries (cars, air and marine vessels, explicit securities) and the things, which are not the subjects to such registration.

As it is known, the right to property consists of a triad of fundamental warranties, mentioned still during the times of Ancient Rome: A right to ownership, user and disposal. The right to property is similarly defined in the Civil Legislation of Azerbaijan as well.

As for the governmental, municipal and private forms of ownership, the Civil Code equates them to the legal subject of the right to property.

In the Civil Code of the Republic of Azerbaijan, possession is defined as an actual corporeal property. In consideration of the fact that the right to property is implemented first of all through the possession, and in other words, through possession of a thing, the problems of interaction and mutual correlation of the stated above legal categories and powers have an important, application meaning.

Considering the specific concept of legal regulation of the real things, I will be reciting the basic matters of the legislation on the property law, focusing a little on the real estate.

Therefore, the legislator, in the process of regulating acquisition of the movable, as well as the real estate, implemented the concept of acquisitive prescription, compactly coordinating the given category with the duration of the actual, continuous and free possession of a thing. However, for the acquisition of the right to property, the legislative body also established an obligation of registering the right in the Registry of Real Estate.

Having mentioned the Register of Real Estate, I would like to briefly state the following: in spite of the fact that the concept of the “Real Estate Register” was being implemented simultaneously with the enactment of the Civil Code, in fact, the work on designing a consolidated registry started only after the adoption of statute in 2004, “On the Public Register of the Real Estate”² and this process is still ongoing. Until the year of 2004, registration of the real estate had been executed by the numerous ministries and departments, local authorities of the executive power, and the cases, when the same property has been registered in one of the bodies, under the name of one owner and under the name of completely different proprietor in some

* Legal adviser, Member of Faculty of Advocates of Azerbaijan.

1 Approved by the Law of December 28, 1999 of the Republic of Azerbaijan.

2 The Law of June 24, 2005, being in force since August 10, 1999.

other department, was not so rare. All the stated above, as you can guess, was creating confusion and making it difficult to adjust the circulations in this field.

The “Bona Fide Purchaser” category has significant importance in connection with the acquisition of the property right. In this case, the legislative body limited the owner of movable and immovable property and protects a bona fide purchaser against the claim of a real owner on restitution (vindication) only in instances of movable estate. This kind of situation has developed because of the expungement of the article 157.3 of the Civil Code, by the Law of June 24, 2005³, which was protecting the rights of an innocent buyer, regardless of the legal regime of the acquired thing.

The legislator has tried to improve (within the limits of the same Law of June 24, 2005) the negative consequences of the expungement of the article 157.3 of the Civil Code, by the statement of the article 140 of the Civil Code in revising:

Article 140. Presumption of the Force and Completeness of the Concept of the Real Estate Public Register

Presumption of the force and completeness of the concept of the register will remain in force, unless its inaccuracy is proven. An entry in the register, in favor of a person who accrues any rights registered under the name of an alienor, on the basis of a contract, is regarded as valid, except the cases when either an objection against this entry is included in the register or the purchaser is aware of inaccuracy of the entry.

Thereby, the legislator implemented the concept of “Presumption of the Force and Completeness of the Concept of the Register”, which shall be in force until proved otherwise; the purpose of it is to protect the purchasers of real estate from the claims of the third parties on this property, in case the purchaser had no information about their existence.

Nevertheless, I would like to draw attention to structural part of the Civil Code, which stated the mentioned above norm, and to the issue of kind of consequences that the fact below at-

tracts in law enforcement practice. The matter is that the article 140 belongs to the section of the “Property Law” of the paragraph 2 of the “Public registration of rights”. From the point of view of the legislative technique, in our opinion, the mentioned above norm should rather be included in the article 157 of the Civil Code, the fact of which would cut out the problems, occurring in the process of judicial consideration of disputes, referred to the real estate. The reason for occurrence of this kind of problems is related to the fact that the judicial practice formed in Azerbaijan is that the norm on protection of an innocent buyer is not applied in cases of the real estate; neither it is applied to the movable estate, being subject to the registration in specific register (shares, cars, etc). Such position is based on the fact that a reference, about the applicability of provision of buying and selling the real estate to buying and selling the movable property, being subject to getting registered in specific register is included in the provisions about buying and selling the property (a particular part of law of obligation). The given position is not perfect, as it seems to me, and causes arguments among the legal advisers. The basic objection is about incorrectly invoking the category of law of obligation for regulating the legal relationships, which are related to the accrual and protection of the property law. Therefore, only the hope is left that this kind of complaints would be taken into consideration in the process of further perfection of the Civil Legislation. Considering a construction boom that has taken place in Azerbaijan for several years now, I would like to specifically point out the legal control on registering the housing rights to so-called “new buildings”.

The overwhelming majority of the newly constructed buildings are registered as housing associations (Housing co-operatives). This happens for some objective and subjective reasons, including comparative lightness of registering the rights of the dweller to the apartment, purchased by her/him, which is carried out by simply adding the purchaser to the list of the members of housing association. Until recently, one of the main reasons for this was the possibility of the settlement of the dwellers without the respective report on commissioning (putting into exploita-

³ Came into force from November 1, 2005.

tion) of the building being signed, as per the requirement of the legislation.

Then the following was happening: a happy owner of a flat, having a warrant of the housing association membership, certifying that membership fees have been fully covered by him/her (but not in any way giving the owner a formalized property right to the estate, since the right to property arises only from the moment of registration in the real estate register), could quite have thought over this kind of registration. Moreover, here the owner faces certain problems. In addition, the problem is that the Agency of Real Estate Registry, referring to the lack of an act of commissioning of building, refuses to register a right to property.

An amendment, introduced to the Civil Code in 2005, guarantees the right of a member of housing association to obtain the right to ownership to the apartment, if the share was fully paid (article 178.8), but it had not substantially improved the situation all for the same reason of lack of an act of building commissioning. However, the legislative body does not coordinate acquisition of the right to property with either the availability or lack of the commissioning act, which tends to be an obligation of the builder and not the purchaser of an apartment. Thereby, we get a paradoxical picture, when the legislation includes a direct reference to the availability of the right to property, but in practice, the purchaser of an apartment is not able to register a right to property and appears to be only an owner.

It would be fair to mention that the state control over the process of commissioning the newly constructed buildings has been improved recently, and we hope that this will lead to the gradual eradication of the mentioned above problem.

Especially, I would like to refer to the process itself, of accepting a person as a member of the co-operative society. The norms of the Civil Code about the co-operatives, consider the issues of the acceptance of persons in co-operative societies exceptionally as a competence of the co-operatives themselves, and therefore, the control over these issues should be carried out according to the charter of the co-operative societies. However, there is an exception in the housing association sector, not guaranteed by the provisions

of the Civil Code: the procedure below shall be carried out only with the approval and permission of the co-operative administration, by the respective department of the executive authority. Activities of such body are partially regulated with the obsolete and outdated norms of the Housing Code of the year 1982. In this case, the legal advisers have a quite reasonable question: why the co-operative, being an independent legal entity, is obliged to agree its decision about the acceptance of a new member with the governmental body.

One more restriction in the mentioned above field: in spite of the lacking of the legislative restrictions, the above-mentioned governmental body refuses foreigners to accept them as members of the co-operative society, referring to the order of the City Hall. This fact is a direct violation of the Constitution of the Republic of Azerbaijan, the civil legislation and a statutory principle of “National Treatment”, established by the law on “Legal Status of the Foreigners and Stateless Persons”⁴ and casts a baseless restriction of the rights of foreigners.

Currently, sale of apartments is made from the very moment of beginning the foundation-laying works, without the corresponding legal registration of the rights to these apartments, which puts in jeopardy the sum of money, paid by the purchaser. From this point of view, it would be helpful to use the legislative practice of neighbouring Kazakhstan, for example. We had to thoroughly study the respective legislation of this country. The law on “Share Holding in Construction”⁵ being in force since January 1, 2007 refers to the purchasers of apartments as the shareholders and contains several progressive norms referred to their protection. For instance, the building activity itself is the licensable activity, but the construction, based on the share holding, requires acquisition of one more additional license; the construction company has a right to sell the apartments only after the termination of so-called “zero” cycle, which means completing construction of the first floor of the building. One more guarantee for the shareholders: The construction work, based on the share holding, can be put into effect only in case the building company already

4 Adopted in March 13, 1996.

5 Adopted in July 07, 2006.

possesses its own financial assets being equal to not less than 12% of the estimated cost of the entire building, which reduces the risk of suspension of construction work in consequence of financial problems.

And in the end, contracts of share holding in the building are registered in the Real Estate Register, therefore, a shareholder can register an accrued right to property and in case of a need, refer to the respective registration.

The legislative gaps in this field put the purchasers of apartments in exposed and unequal positions and cannot favour strengthening the stability of the civil circulations.

It would be helpful, as it seems to me, to use the experience of creation and activities of the condominiums. According to the existing definition in the legislation of the countries, having legislative practice in the relevant field, condominium is the legal entity, uniting the occupants of the apartments in the building and having control in purpose of satisfying the communal and other needs of the apartment building. There are norms included in the Civil Code of Azerbaijan, instituting the legal regime of the property of the owners of apartments in the building, under which the public space, supporting structures, mechanical, electrical, sanitary and other kind of appliances serving for the several apartments, as well as the ground area where the apartment building is located, belongs to the owners of the apartments with the right to joint, equity ownership. Only instituting the legal regime of the common ownership for having a rational control over this property is certainly not enough. Therefore, adoption of the adequate legal normative act, regulating the activities of the condominium would be a great stimulation along with this line.

As I have already mentioned, together with the creation of a uniform public register of the real estate, right to property and other proprietary rights to immovables, shall be subject to the registration in the registry. However, the certain gaps in the legislation make the implementation of the stated above registration quite problematic in practice. For example, according to the law on “The Public Register of the Real Estate”, the tenant and accommodation rights, in respect of the real estate with the term of

more than 11 months, are subjects to be registered in the registry. Another issue is that, the registration is carried out as per the application of one of the parties of a contract. However, there is an exception for the contracts of either tenancy or user of the governmental real property: in this case, the registration is permissible only after the application of the respective governmental body - a lessor to the contract (i.e. while registering one's own tenant's rights), the lessee is in fact put in the state of dependence on the declaration of intents of the lessor (governmental body), which can in practice bring every effort of the lessee to register the stated above rights.

As to an issue of the mutual correlation of the rights to property and to possession, I would like to mention the fact that the Civil Code provides enough protection for the tenant of the property, being not an owner, and this kind of protection is not at all less than protection of rights of an owner. Apart from this, the legislators are not practically always able to keep the balance between the interests of the owner and tenant.

Let us take some examples from practice. The building licenses on car garages (here it will be a question of exceptionally the stone garages as the objects of the real estate) in Azerbaijan are issued by the executive power body and temporality of usage of the constructed garage is pointed out in the text of the respective disposals. Consequently, only right to possession of the garage shall be registered in the Real Estate Register. Very often, there were disputes between the construction firms and the holders of garages, connected with the building boom, I have already mentioned above. In case the holder of a garage refused to surrender the right to possession, the courts, in most of the cases, would satisfy claims of builders, justifying their decision with the fact that the holder of a garage is not an owner, and the right of a holder (possessor) does not have the privilege of such absolute protection as a right of owner does, and, thereby, formation of an unsound judicial practice was obvious.

The situation started to change only after the several decisions of the European Court of Human Rights against Azerbaijan, in which it was particularly indicated that the concept of “prop-

erty”, included on page 1 of the Protocol 1 of the Convention, is not limited to the right to property as such; other rights to property and interests can as well be regarded as “property”.⁶

Let us take another example. There is a norm, included in the legislation of the notary system of Azerbaijan, about the obligatoriness of getting written and notarized approval on selling the real estate, from all the adult members of the family of owner, registered at the given address, as a place of permanent residence. The mentioned above provision is tend to protect the constitutional rights of the members of family to lodging (of course, unless the case is about a husband or wife and about the property, purchased in the cohabitation period). Non-compliance with the rules involved action of annulment under the claim of the interested person and thus it appeared that the owner, in the time of enjoyment of one’s own property, was completely depended on the will of the user.

There were constant arguments among the theorists and practitioners, the whole point of which comes to the following: is not the stated above restriction a violation of the rights of owner to his/her own property and is not the balance between the interests and rights of the owner and the user of the apartment disturbed? After all, it is generally known, that the rights of the members of owner’s family are real rights (proprietary interests), derivative of the right of owner and can not in any way be involved in departing from the principle of the absolute right to property. Worth mentioning, that the Civil Code contains a norm (article 228), securing that the right to enjoyment (accommodation right) on the residence of the members of owner’s family or other persons, can arise only after they are registered in the Real Estate Register, in terms of the notarized contract between the owner and user.

The legislative practice has started to change after the adoption of the legal resolution of the Constitutional Court of Azerbaijan⁷ in 2004, in which it was particularly pointed out the impermissibility of the limitation of owner’s rights by means of the right of users of the apartment, if

their right of enjoyment is not registered in the Real Estate Register.

The mentioned above provision of the Civil Code contains disposition about the owner paying compensation to the family member, whose right to enjoyment of the living accommodation is terminated. In practice, there had been very hot discussions about the cases where the residence right to the apartment shall be deemed as approved by the owner (and only in this case the user could hope to get compensation) and how the compensation shall be determined. Considering the contradictory judicial practice in invoking the stated above norm, and also the fact that its invocation involves a large majority of the citizens, the constitutional court was forced to several times expound in its legal resolutions some difficult matters, caused by using this norm in practice. For example, resettlement of the bride to the house of the father-in-law (mother-in-law), being an owner of the residence, is considered as expression of approval, in the judicial practice, from the owner’s side, on accepting the bride as a family member, who therefore becomes a holder of residence right and has the further availability of the right to request compensation in case of divorce. So what we had was a paradoxical situation: a person, who was working hard and earning money for the apartment, allowing his/her son to live at his/her place with his spouse, was forced to pay the compensation, determined by the judicial discretion, to his/her daughter-in-law, the only way for which often was even selling one’s own apartment.

The last resolution of the Constitutional Court adopted on May 27, 2008⁸, as it seems to me, dotted one’s “i”-s and crossed one’s “t”-s. In compliance with it, the approval of the owner will be considered as obtained only in case if there is a notarized agreement with the resettled members of family (as in case of the daughter-in-law) and if the residence right, arisen because of this, is registered with the Real Estate Register.

Actually, we have mentioned the fact that until now the courts of the country was using the norms of the outdated Housing Code. Not acci-

6 See the decision of September 27, 2007 of the European Court of Human Rights on the case “Akimova v. Azerbaijan”.

7 See the judgment (decision) of the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan, given based on the claim of A. Ibragimov April 12, 2004.

8 See the resolution of the Constitutional Court “about the article 228.5 of the Civil Code”, dated May 27, 2008.

dentally, the Constitutional Court also indicated in the mentioned above resolution that the provisions of the Housing Code do not correspond to the modern realities and recommended the Parliament of Azerbaijan to pass a new housing legislation.

In the framework of the present article, we tried our best to briefly and broadly describe certain problems of the civil legislation about the right to property and other proprietary interests, as well as the main problems occurring in the process of invocation of the stated above norms.

Problems of the Legal Status of Apartments as Real Estate Property

*Araik Tunyan**

An issue of determining the legal status of an apartment in the multi-dwelling house (condominium) is a subject to discussion in the civil law science. Legal indefiniteness in this area often leads to ineffective functioning of the housing and utilities infrastructure. In conditions, where the majority of apartments are privatized, the State is not directly responsible for maintenance of multi-dwelling houses. It shall be mentioned that the housing funds are becoming depreciated more and more every year, thus requiring more and more resources for their rehabilitation. Practice shows that organizational measures applied in this area, are not sufficient to fully address occurring problems. Some radical measures are required, including legal regulation of relationships within the framework of possession, use and disposal of apartments and multi-dwelling houses. For this reason, it is important to develop new approaches to definition of the legal status of apartments.

I. Relation between the apartment and the multi-dwelling house

1. Definition of the apartment

An apartment in the multiple dwelling represents a special subject of civil rights. The specificity is such that on the one hand, the apartment is a part of multiple dwelling, and on the other hand – represents an independent object in civil law relations. The law literature offers various interpretation of an apartment status as an immovable property.

In conditions, where the carrying structures of the multiple dwelling, including carrying walls, floors and ceiling of the apartment (as prescribed by the law) represent common ownership of apartment owners, the issue of defining the legal status of any specific apartment comes on agenda. Defi-

nition of the apartment status represents not only theoretical problem, but it also has practical significance; for instance during registration of rights to apartment.

The article contains two major sections. The first section of it speaks about issues of common or joint ownership in multiple dwellings; issues of the condominium as a property complex are discussed. Examples from Armenian judicial practice are brought (including Constitutional and Cassation Courts' decisions) and a conclusion is made that it is most acceptable to view apartment holders as owners of entire dwelling; it makes holders responsible for bearing burden of maintaining the joint property.

The second section of the article discusses issues, related to new understanding of the immovable property in Armenia. For instance, because of legislative reforms, buildings and premises in Armenia are not viewed as independent objects of real estate, but rather as attachment to the main thing – land plot. This is why it becomes necessary to bring legal status of an apartment in compliance with the new concept of immovable property.

The issue of the legal status of one apartment of the multiple dwelling has been a subject of discussions among the civil law specialists. Legal uncertainty existing in this field has often leads to ineffective functioning of residential and communal services.

An apartment as real estate property has its specific features. First of all an apartment is a dwelling - a space where people live. From this point of view, the rights of apartment holders to possess and use are significantly limited due to the rights and interests of other residents of the same multiple dwelling. Secondly, an apartment is a part of an apartment block, which is a separate real estate property in itself, i.e. from the legal point of view, a controversial situation may arise when the same object (apartment) simultaneously belongs to two owners: the owner of the whole block of apartments and a particular apartment owner.

The term “Dwelling” means both individual residential houses and flats of multi-apartment blocks. Unlike residential houses, apartment blocks have certain specific characteristics. For this reason, regulation of the legal status of apartments must significantly differ from the legal status any other real estate.

* Candidate of legal sciences, Head of the Chair of civil law and law of civil procedure, Law Department of Russian-Armenian (Slavonic) University.

The Soviet legislation did not recognize the right to private ownership of apartments. All housing belonged to the state, which then gave its citizens the right to live there based on a special standard rent agreement. Pursuant to Article 51 of the Housing Code of Armenia (the Housing Code lost its validity on 26.11.2005), a standard agreement for rent of residential space and the rules for using such space and adjacent territories were approved by the Armenian government. Separate apartments, as well as apartment blocks were owned by the State. Therefore, the State carried the burden of maintaining these apartment blocks.

Within certain limits, this system allowed to solve the problem of providing the population with housing. Namely, if for some reason an apartment became vacant, the state gave it to the persons whose living conditions had to be improved.

At present, most apartments have been privatized by private persons or legal entities. Transfer of housing into private ownership was a positive step. At the same time, the insufficiently developed legal concept led to some negative consequences. Namely, some apartments owners do not duly fulfill the obligation to maintain common property of the the condominium.

2. Definition of the condominium

In compliance with Article 224 of the Civil Code of Armenia, owners of apartments and non-residential premises within apartment blocks also own their share of carrying structures, common premises (stare platforms, entrances, elevators etc.), roofs, basements, engineering communications, and equipment, which serve more than one apartment; they also own the land plot necessary for maintenance and exploitation of the house. Thus, the legislators view apartment ownership rights and the common space ownership of all apartment owners as independent (although interrelated) categories. Moreover, the focus is made on the right to apartment ownership, while the right to the common property is receded into the background and is considered to be of secondary importance. As a result, apartment owners perceive common property as a burden; in some cases, they do not consider it property at all and therefore, have corresponding attitude towards it.

We think that it is not advisable to separate an apartment from the common property for a sim-

ple reason: in this case, common property does not have an independent value and is not an independent real estate asset. Besides, accurate identification of specific components of the common property is often very difficult. Namely, according to the definition, the ceiling, floor, carrying walls etc., are common property, but at the same time, they form the material basis of a room or apartment.

If we approach the definition of “apartment” from this point of view, it will turn out that a separate apartment, as a form of real estate, is an abstraction; i.e.: an apartment is an internal space of a building surrounded by common property.

In such case, an apartment can be called “real estate” very conventionally. According to K. Sokolovsky, a separate apartment cannot be viewed as real estate due to its nature. Legal recognition of an apartment as real estate is actually legal fiction.¹

This structure, used in a number of CIS countries, such as Russian Federation, Kazakhstan etc., creates the necessity to form special organizations authorized to manage common property. As a rule, such management is carried out by a special legal entity – an association of apartment owners (condominium). Taking into account that formation of condominiums is voluntary legislators decided to introduce regulations for cases, where condominiums are not created by will of apartment owners. Namely, in 2004 Armenia adopted a Law on Management of Multiple Dwellings (hereinafter “the Law”), which provided for several possibilities of managing the common spaces of multiple dwellings. Pursuant to the article 17 of the Law, such management can be carried out in the following ways:

1. by a condominium – a legal entity formed by apartment owners;
2. by an authorized representative – a steward;
3. by means of confidence management.

If apartment owners have selected neither of these options, then the management authority shall transfer to the head of the community (municipality).

The legal status of a condominium is defined by a special law², by with which a condominium is a

1 K. Sokolovsky, Application of the civil legislation on possession and ownership. Practical issues, 2004, p. 306.

2 See: Official Bulletin, Ra, 2002, no. 20 (195) from 20.06.2002.

non-profit association with a function of ensuring management of common property.

Thus, a condominium is viewed as an independent organization that has its own property and certain goals. The approach used in the Russian Federation is very alike in many ways. Thus, in compliance with the Russian legislation, a condominium is a non-commercial organization, a form of association of apartment owners established for management, maintenance, possession, use and disposal (within the rules set by the law) of common real estate within a condominium.³

On the other hand, a condominium is a complex of real estate, which includes a land plot and the apartment block built on it, separate residential apartments of which are owned by private owners (or the state), while the remaining parts of the building are in their shared possession.⁴

It must be noted that in the Roman private law and the Russian law of the pre-revolutionary period the term “Condominium” meant the right to common possessions.

Thus, in some cases a condominium is a common possession of the same object, in other cases it is an association of owners of residential and non-residential spaces in an apartment block; and in some other cases it's a property complex, part of which is owned by individuals, while its commonly used sections, including the land lot, are in common possession of separate space owners.

We think that it would be the most appropriate to view a multiple dwelling as an object commonly possessed by owners of residential and non-residential spaces, since it is impossible to separate specific apartments or non-residential spaces from the whole apartment block.

3. Problem of shared property in the multi-dwelling house

According to V.S. Em, buildings (structures), residential or non residential strictly speaking - cannot be split up specifically. They can be separated only legally. This is a specific feature of the legal order: apartments of one apartment block, separate rooms of one apartment, attached or in-

built non residential areas of residential houses etc., are recognized as legally independent real estate objects. These parts of a building (structure) and related transactions are registered in real estate public registers as independent real estate assets.⁵

At the first sight, it seems that recognition of the right to shared possession of the whole house will diminish the rights of apartment owners, because they will be viewed as owners of the whole apartment block. However, their rights concerning specific apartments will be ensured within special rights to material possessions, which will also be registered at the Real Estate Cadastre and provide the right to possess and use a particular apartment.

Such an approach does not infringe the rights of apartment owners. Quite the opposite, it gives significant opportunities for maintenance of apartment blocks. A potential buyer of an apartment will evaluate not only the apartment itself, but also the whole house – its exterior, general condition, etc. Issues related to the general condition of the house, including its esthetic features, will be solved together by the apartment owners and the apartment owner will consider himself/herself as an owner of the whole house, responsible for its condition. It is worth to add that shared possession of a multiple dwelling can have specific features due to which apartment owners will freely be able to dispose their share of common ownership.

4. Judicial practice in the area of use of shared property in the multi-dwelling house

It is also worth to mention that legal practice pays special attention to protection of the rights of shared property of owners of apartment blocks. Thus, after reviewing the appeal on use of shared property in an apartment block (case N 3-1577/BD of the year 2007), the Court of Appeals issued the following ruling: unauthorized use of shared property for opening of an additional entrance (through bearing walls of an apartment block) without an appropriate decision of a general meeting of apartment owners, is illegal.

The Court substantiated its decision in the following way: The claimants own common property on the basis of shared possession. Therefore,

3 Comments on Civil Code of Russian Federation, part I /editor Abov, Kabalkin; Institute of state and law of the RaS-m; Uright-publishing, 2006, p. 770.

4 Civil law, B 4, T. 1; General part; resp. editor – Sukhanov – Civil Law. B 4 т. 1: General Part. Resp. Editor. Sukhanov.- M.: Walters Clouner, 2007, p. 408.

5 Em, V.S., Real Estate Sale agreement/scientific-practical comment to the law in force, Journal “Zakonodatelstvo” (legislation), 2005, no. 10, pp. 17-18.

they have all the rights and responsibilities provided for in the Civil Code and other laws concerning common property owners, with the exception of cases stipulated in the Article 195 and Paragraphs 2-6 of Article 197. Namely, owners of apartments in an apartment block have a right to possess, use and manage common property on the basis of a common agreement. These rights can be exercised by means of a general meeting of the real estate owners, which is authorized to make final decisions on any issue related to management of the shared property, except for cases, which, according to the legislation in force, are exclusively under the jurisdiction of the management body.

In the above case, the defendant made an additional entrance through a carrying wall of an apartment block without any permission. The claimants had not given a permission of cutting a door through the carrying wall. This issue had not been discussed at the general meeting of the apartment owners even though the decision had to be made unanimously by all owners. The Court decided that in this case, the defendant had violated the requirements of the Law of Armenia “On Management of Multiple Dwellings” and announced that the defendant had to remove the door and restore the initial state of the house.⁶

5. Interpretation of the Constitutional Court of provisions regarding expenses on maintenance of the common (shared) property in condominiums

Another issue of immense practical importance is related to expenses necessary for maintenance of shared property. To some extent, the issue of carrying the maintenance expenses of shared property can be solved, if an apartment block is considered common property. In compliance with Part 3 of Article 10 of the Law, all owners must pay amounts defined by the general meeting in order to satisfy the mandatory standards and requirements set by the government for apartment blocks, or personally participate in activities and use their own resources for the fulfillment of such standards. Implementation of corresponding legal requirements is usually ensured by legal entities

(condominiums, associations of apartment owners). This often creates an impression of inefficient use of the money collected for the implementation of mandatory requirements. Even when the money is spent for the building, apartment owners rarely view them as expenses incurred for their own interests. Apartment owners will believe in the necessity of such spending only if they feel themselves to be the owners of the building.

In this regard, it would be interesting to review the decision of the Constitutional Court of Armenia made on Part 3 of Article 10 of the Law.

On May 26, 2009, the Constitutional Court of Armenia issued Resolution SDO-804, stating that Part 3 of Article 10 of the Law “On Management of Multiple Dwellings” complies with the Constitution of Armenia. Besides, in this Resolution, the Constitutional Court expressed its position regarding application of this legal provision.

In the above case, the applicant stated that a civil case had been started against him based on an appeal of Condominium „Center“, in Yerevan. The claimant demanded payment of established amounts necessary for meeting mandatory legal requirements set for apartment blocks. The Court of the First Instance satisfied the claim and ordered the defendant to pay such amounts. In the application submitted to the Constitutional Court, the applicant stated that in his opinion, it was impermissible to pay for work that had not been accomplished yet. Besides, he claimed that he had not personally participated in calculation of the payable amount and disagreed about the figure.

The category “Mandatory Standard” was analyzed in detail in the decision of the Constitutional Court. The Constitutional Court concluded that payment of amounts needed for the implementation of mandatory standards was necessary for participation in the maintenance of shared possession. The apartment owner may chose the form of such participation – implement the work personally, using his/her own resources or to pay established fees.

The Court also noted that if the apartment owners do not solve independently the issues related to management of an apartment block, the authority is transferred to the head of the community.

The Constitutional Court’s position, that the apartment owners must independently define the list of work necessary for compliance with the

⁶ Collection of judgments of the Cassation Court of Armenia, January-December 2007, Yerevan „Shiraka Dur“ Pvt, 2008, pp. 522-528.

requirements of the government, is an important one. Besides, the lists and types of work must be different for different houses, depending on specific conditions, including the technical condition of the apartment block. The managing body of the apartment block must develop the cost estimates and present them to the apartment owners for discussion at the general meeting. I.e. that the existing practice, when the payable amounts are defined in an abstract way, without any cost estimates, is in controversy with the philosophy of the law.

Thus, in the statement of the court resolution, the Constitutional Court stated that the process as provided for in the law for defining payments necessary for maintenance of apartment blocks is faulty and needs to be improved.

We think that the issues related to an obligation of fulfilling mandatory requirements can be the most effectively solved if owners of apartments and non-residential spaces are recognized as the owners of the whole apartment block.

II. Definition of the apartment in the light of new understanding of immovable property in Armenia

One more equally important problem related to the legal status of an apartment is new understanding of real estate in Armenia. In compliance with amendments made to Article 134 of the Civil Code of Armenia, real estate includes land plots, subsurface sections, separate water body, forests, perennial plantings, buildings, structures and other property strongly bounded to the land, which cannot be separated from the land without inflicting serious damage not only to the object, but also to the corresponding land lot. I.e.: real estate is viewed as an organic unity of the land lot and the objects located on it (structures, buildings, perennial plants etc.).

Thus, a new wording of a number of articles of the Civil Code of Armenia fixes the idea according to which, the real estate is a land lot first. Buildings and other objects strongly bounded to the land lot cannot exist as real estate objects separately from the corresponding land lots. In this respect, a land lot is the main object, while the structures and other things located on the land lot are accessories.

Namely, Article 209 of the Civil Code of Armenia sets a norm according to which disposal of

buildings and structures also means the disposal of the land lot on which the building or structure is located. In reality, the Civil Code of Armenia fixed the rule that has been used even back in the legislation of Rome: „superficies solo credit“– „a structure shares the fate of the land“.⁷

It must be noted that the new wording of the abovementioned Article specially provides for a norm according to which the new owner receives the right to shared possession of the land lot on which the apartment block is located, when an apartment or other area of an apartment block is disposed.

The new understanding of real estate makes it impossible to have simultaneously two sets of property rights – one for the land lot and the other for the object located on that very land lot.

It is also worth noting that legislators deliberately developed transitional provisions, preserving the old legal regime of real estate property, which existed before the reforms. I.e. the property rights to buildings and structures, established before the legal amendments, are recognized and protected regardless of whether owners of the buildings and structures also own the corresponding land.

From this point of view, it seems that warnings of some specialists are unjustified. They believe that “at present it is impossible to establish a “legal bondage” between buildings and land within one real estate property, because most of the land lots either do not have owners or have been given to developers for temporary management. Therefore, if we introduce the rule now, many owners of structures will no longer be owners of real estate property and instead become owners of movable property. All this will mass up the process of real estate registering, civil circulation, and judicial practice, creation of which took so much effort“.⁸

Thus, in the Republic of Armenia apartment owners are simultaneously owners of the land lots on which buildings are standing and the area necessary for the use of these buildings. Land ownership is a necessary condition for recognition of a building and its apartments as real estate property. The share of land lot ownership is proportional to

7 Novitskaya T. Civil Code of RSFSR of 1922, M., „Zercale-M“, 2002, p.73.

8 Yemelkina E. Importance of “legal and factual bondage of the construction with the land” in defining features of immovable property. Journal “Khoziastvo i Pravo” (Economy and Law), 2004, no. 8, p. 22.

the residential of non-residential area owned by the person. When the residential of non-residential area owned by a person is reduced or expanded, his/her share of the land and common property is reduced or expanded accordingly. For this reason, Paragraph 1 of Article 224 of the Civil Code of Armenia sets a strict rule, according to which the residential or non-residential area owned by a person can be changed only in agreement with all other owners.

It must be noted that consideration of an apartment and land lot as one inseparable object has its benefits.

First of all, at the construction stage of an apartment block, future apartment owners can make transactions related to their shares in land ownership. It is worth to note that legal requirements for defining the object of an agreement on sale of real estate mean that the real estate for sale must physically exist for the moment of making the agreement and the rights must be registered at the State Register of Real Estate Rights and Transactions.⁹

In compliance with Paragraphs 4 and 5 of Article 224, at the time of buying an apartment in an apartment block under construction, future apartment owners of future apartments receive a share ownership right to the corresponding land lot. I.e. even if due to some reasons the apartment block is not built, owners of future apartments will be considered as owners of the land lots. Only after the construction is completed and the commissioning document issued, the apartment owners receive the ownership right to the apartment and common property of an apartment block.

Besides, the concept of establishing an inseparable tie between the apartment and land allows solving the issues of effective land use. It is well known that one of the main principles of land ownership is application of land use tariffs, based on which there is a charge for any use of the land.¹⁰ Therefore, tax paid for an apartment will include land tax and property tax. By Resolution N 44, dated 09.11.2006, the Government approved the concept of integrated evaluation and taxation of immovable property. By 2011, it is planned to in-

troduce the system of integrated taxation of real estate property. According to the concept, when immovable property is evaluated, first it is necessary to evaluate the land lot, while the structures built on the land must be evaluated as accession. Such evaluation of immovable property gives an opportunity for introduction of a new taxation system of real estate property.

III. Conclusion

To generalize the above, it is necessary to mention that the problem of the legal status of an apartment has many aspects. Often it can also be connected to psychological problems, such as when an apartment is perceived as “own” property, while the common premises of an apartment block – “someone else’s” or “nobody’s”. Active legislation often stimulates such a perception, moving the common property to the background. For this reason, it is worth to review acceptability of the concept of share ownership of buildings (inseparable from land lots), based on which the property rights of residential and non-residential space owners will derive from the share of ownership in the whole complex.

9 Em, V.S., Real Estate Sale Agreement, scientific-practical comments to the law in force, Journal “Zakonodatelstvo”, 2005, no. 10, p.15.

10 Bogoljubov S.A., Land Law, Textbook, 2002, p. 17.

Concept and legal civil meaning of the possession as an element of the right to ownership

Anar Bagirov*

The issue of legal nature of possession is being discussed for many centuries now. Indeed, possession represents mysterious institute from the legal standpoint. It represents actual relationship, but leads to legal consequences. Historically, possession led to obtaining the right to property by the owner. Finally, possession, even illegal, enjoys protection under the law in some systems. Due to enactment of the new Civil Code of the Republic of Azerbaijan in 2000, our legal system started again recognizing historical possession, which is subject to protection. It envisaged rehabilitation of possession as an independent category. In fact, such rehabilitation is very limited.

I. Introduction

Economic relations of property represent grounds for any public and legal regulation and is maintained first of all as a system of standards, securing, regulating and protecting such relations. In contemporary Azerbaijan the property (possessions) has special importance since it lays foundation for political and economic reforms, source of democracy, mandatory condition of creating the constitutional state. This is why protection of existing property relations is a primary task of any legal system, and, ultimately, its core.

The Constitution guarantees equal protection of all forms of property. Unlike previous legislation, which established privileges for protection of socialist, and especially, state property, the current legislation contains provisions of unity of qualification and sanctions for offences against property despite the owner of the property in question. Thus, our Republic provides equal conditions for protection of various forms of property.

Possession is the category of belonging of the subject to a specific person; it has factual and material nature. Possession facilitates consolidation of redistribution of proprietary, substantiated good. Since only a thing can be possessed by various persons for various grounds (right to owner-

ship, rent agreement, collateral, etc.) or for no grounds; then the right to regulate corresponding public relations applies in some instances as possession. For instance, it does not matter for a legislator what title the thing of higher risk, by which damage was caused to a third person, the owner had. According to the article 1108.1 of the Civil Code of Azerbaijan, an obligation of damage compensation always rests with the legal entity or a natural person who possesses the source of higher risk as a property or based on other legal grounds like rent, lease, letter of attorney granting the right to drive the automobile, etc.)¹.

In order to better understand substance of possession, we may compare it to more comprehensive proprietary right – right to property. Describing property as the legal phenomenon, it may be said that it represents comprehensive dominion of the person over a thing. At the same time, such dominion may become a possible way of implementing subjective civil right, perceived and recognized by surrounding society.

Significance of possession as a civil law category is that this actual condition leads to certain legal consequences. Consequences are different for various owners; in this regard, there is differentiation of owners' conditions within the category; they lead to these or those consequences (the Roman law recognized the following: *possession naturalis* (holding), *possession ad interdict-ta*, *possession ad usucapionem*)². It is conceived that the level of recognition of the society represents the basis for definition of legal consequences, to which various owners' situations lead. The history of development, the right changed its opinion on this or that owners' situation in terms of recognition of the legal significance. For instance, the Roman law did not provide for protection to the possession of the holder. Currently, pursuant to article 158.4 the Civil Code of Azerbaijan, the proprietary rights of the person, who is not an owner, is protected from infringement by any person, including the owner.

When reviewing categories of possession, the major issue always was about nature of this phenomenon, namely: possession – is it a fact or a

* Candidate of legal sciences, Board Member of the Confederation of the Lawyers of Azerbaijan, Director of the Baku Legal Centre.

1 Civil Code of Azerbaijan, Baku: Juridical Literature, 2008, p. 686.

2 Novitsky, Roman Law. Baku: Adilogli, 2006, p. 45.

right? It is conceived that if possession is viewed as a factual dominion of person over a thing separately from the specific situation, then it will not be possible to arrive at the conclusion of the legal nature of such possession. Hardly anybody will doubt that possessions of the owner substantially differ from possessions of the tenant.

The Roman law defined two key elements: *corpus possidendi* and *animus possidendi*. Based on studied sources, Savigni defined *corpus possidendi* as an actual opportunity to directly dominate over a thing and exclude other external influence³. It is conceived that *corpus possidendi* is a material connection of the person with the thing in its pure form, physical contact with a thing, its possession. The matter is that for recognition of the fact of possession in each individual case, the permanent physical contact of the person with the thing is not necessary. For the purpose of presence of possession it is not necessary to possess a thing every minute, but to have an opportunity to exercise dominion over the thing.

Thus, *corpus possidendi* (body of possession) may be defined as immediate connection of the person with the thing or permanent possibility of such connection, which allows the person to exercise dominion over the thing.

Undoubted intent to possess the thing as own – *animus rem sibi habendi* – differed the owner (historical owner) from the holder. We shall remember that such intention did not imply comprehension of an owner of the right to a thing; it implies comprehension of dominion over a thing, intent to dispose it as personal.

M. Ostashenko explains origination of the word “to possess” – from “do a will”, i.e. express a will, be in a relation to a subject.

It is conceived that *animus possidendi*, being a subjective element of possession, represents relation of the person to a thing, which is complemented by *corpus possidendi*. In conditions where *corpus possidendi* lacks, and possession is still recognized, the animus complements the deficit of physical contact with the thing, kind of substitutes it; presence of the element of will allows for keeping the fact of possession in nonexistence of direct contact with the thing thereof.

Many contemporary civil lawyers as well as those, practicing law before the Revolution, com-

pared possession with marriage. The uniting mark of these two institutions is that both represent a condition, existing by the will of the subject and imposing certain obligations on third persons. The old Roman law was brought as a proof of specificity of possession and marriage; according to that law, the person, who returned from captivity, automatically was reinstated in all his rights. However, this rule did not apply to marriage and possession⁴. In order to reinstate possessions, renewal of relation was necessary. With all this, during rehabilitation of possessions new possession occurs, therefore, if that was the long standing possession, then the terms shall count from scratch. D. Dozhdev explains this phenomenon of loss of possession during captivity by loss of the status of an independent individual⁵. Such argument is used for certification of not legal, but actual nature of possession, since rights do not dose these features.

The category of possession is remarkable due to the fact that the law links important legal consequences with this actual phenomenon (for instance, transfer of the holder into owner, provision of protection to the holder, delicate responsibility of holders for damage incurred by the thing).

Development of the possession related legal regulation of relations, is marked with increase of the role of the holder (Roman holder), who gradually received independent protection of his/her possessions. In Germany, as well as in some other European countries, legislation entirely rejects the Roman terminology, by replacing “holder” with immediate, dependant derivative owners (possessors). In addition, in order to protect possessions, the legislator introduces the rule, which is unknown to the Roman private law, on maintenance of rights of tenant to the thing during change of its owner. This fact allows some scientists to seek in the law of obligations a proprietary element, where the thing is transferred into temporary possession and use; and to seek a proprietary law with regard to a thing⁶.

Indeed, protection of the tenant against any third persons, the right to inherit, which is peculiar to proprietary and not liability right, represents

4 Roman lawyer Papinianus said that actual situations are not subject to reinstating by the law on return from captivity (D. 4, 6, 19).

5 Dozhdev D., Institute of Possession in Roman law; abstract from doctorate dissertation; M., 1997, pp. 67-68.

6 Lomidze O. Law of obligation to a thing, Russian law magazine, 2005, no. 10, p. 3.

grounds for thought. This issue is closely related to decision of the legal nature of possession in general. If we admit that possession is the proprietary right, then in all cases of occurrence of possession, including liability relations, the proprietary right will apply to the thing. An example below shows that possession is a category from the area of proprietary rights, and, therefore, granting the holder with a status of owner leads to providing the first with opportunities inherent in proprietary rights. Thus, possession represents kind of a connecting bridge between the proprietary and liability right; it allows for the doctrine to regulate the conflict between them as well as the conflict between legal order and turnover. As O. Lomidze notes, granting the liability rights with the features of following the thing, on the one hand allows the owner to dispose the thing and, on the other hand, to maintain the liability right⁷.

Possession as something factual, objective relation of the person to a thing starts being used as a criterion for determination of priorities in case of a conflict. For instance, the fact of possession by a person – seller, fact of transfer of the thing to the buyer and occurrence of possession on his/her side in case of sale of the thing by unauthorized person become determining factors to establish if the buyer is the bona fide buyer and to refuse in vindication claim of the owner with consideration of other conditions as well.

However, it looks like possession does not become the right only because the holder received protection equally with other independent owners, and establishment of the right to follow with regard to a leased thing, does not represent sufficient grounds for recognition of the possession of the subject to liability relations of the proprietary right. The matter is that provision of protection of the legal relation I may not be viewed as the only and sufficient indicator of the subjective right. This fact was noted by Roman as well as pre-revolution Russian and foreign lawyers. Possession in relation to lease appears as a part of the subjective law of the lesser, deriving from the lease agreement and it can be said that he/she has a right to possess; provision of the possibility to lease on the side of the lesser represents a part of the subject to lease agreement. By transferring a thing to a les-

see or other holder, the owner does not transfer the authority to possess or the right to possession, but only gives the possibility to use features of the thing.

Based on the said above, it shall be noted that the Civil Code of Azerbaijan in force uses the term “usufruct”. For instance, pursuant to the article 263.1 of the Civil Code of Azerbaijan, “usufruct” is burdening the thing or the right, when the person in favour of which the burdening is decided (usufructuary), has the right to use the thing or the right and receipt of benefit, although unlike owner, he/she has no right to lease, sell or to will. Usufruct may be restricted by exclusion of certain benefits.

Thus, the contemporary lease very much reminds the Roman restricted right. Therefore, it is possible that a dispute on nature is superfluous here.

It is important to note that disputes nature of possession we held throughout entire history of jurisprudence and it is much doubtful that it will ever end. In Soviet times, possession as a civil law category lost its independent meaning. Only legal possession of the subjective civil law was subject to protection, a independence of possession as a fact, originating certain legal consequences, was always denied.

Possession was perceived by vast majority of scientists as a competence, as the integral part of some right⁸. In modern civil law area, the situation with regard to perception by the legal world of the category of possession did not change in comparison with the Soviet period. Possession is still perceived as an integral part of the triad of competences of the owner or the title holder. Nevertheless, at the level of the civil law, some changes are taking place; therefore necessity of developing this category in the doctrine is obvious. For instance, the Civil Code of Azerbaijan for the first time contains provisions on acquisitive prescription, which allows to speak about possession as some independent phenomenon. More and more civil law scientists appear who recognize possession as an independent proprietary right⁹.

7 Lomidze O., Liability Rights to Things, Russian Law Magazine, 2005, no. 10, p. 3.

8 Khalafov, Issues if the right to ownership in Azerbaijan during socialist reconstruction of public economy/Baku, 1972, no. 2, pp. 51-63; Genkin, The right ownership in the USSR, Moscow, 1961, p. 83; Tolstoy., Concept of the right to ownership, Problems of Civil and Administrative Law, L., 1962, p.149; Samoilova, Legal possession in Soviet Civil Law, Jurisprudence, 1965, no. 4, p. 64.

9 Safronova T. Problems of possession in the civil law; Abstract

However, it is impossible to agree with such position, if it is not based in addition to other reasons on the text of the civil law. Even in German civil legislation, where the book “Proprietary Law” starts with the section of “Possession” (i.e. the possession is legally considered as the proprietary right, in the doctrine one may find only careful definitions of possession as a special proprietary right. In majority of sources, possession is defined as *tatsachliche Sachherrschaft*, i.e. as factual domination over the thing, not related to the issue of the right to a thing¹⁰. Traditionally, possession was perceived a phenomenon of factual reality, to which certain legal consequences are related. That is the value of possession as a certain effective (present) order, which is protected even when it has not got any legal background. Legal consequences occur not due to basis for possession, but rather due to its existence.

Allakhverdiev defines possession in cases where it appears as the competence of the owner, as the legally ensured possibility of the owner to exercise domination over the thing or to have property, as well as to keep it in economy¹¹.

Discussing concepts of possession, Sukhanov distinguishes its natural and legal sides and arrived at the following definition, where he also underlines that the definition concerns a natural side of possession: recognized by external world power and control of an individual over a thing, which are based on its such status which is sufficient and traditional in accordance with terms of circulation and views of the society for ensuring safety and integrity of this type of things. As to definition of the legal form of possession, attempts of providing unified definition are doomed to failure since every legal grounds of possession has specific content and protection¹². In addition, complexity in formulation of such universal definition is related to existence of the concept of possession as authority, included in the subjective civil law, and possession as factual link of an individual with the thing.

of dissertation; candidate of legal sciences; Saratov, 2002, p.11; Zibareva – Possession and its construction in the Civil law of the Russian Federation: abstract of the dissertation; candidate of legal sciences; Rostov-Don, 2008, pp. 8, 11.

10 Wolf M. Sachenrecht. Munchen, 2006. Rn. 160. S. 76; Hutte F., Helbron M. Sachenrecht I. Mobiliarsachenrecht. Bremen, 2005. Rn. 133, p. 44.

11 Allakhverdiev, Civil Code of the Republic of Azerbaijan; Part I, Book 1; Baku: Deigsta, 2001, p.137.

12 Civil law, Edited by Sukhanov, volume 2, M 2005, p. 37.

Authority to possess represents integral non-transferrable element of the right to property, which exists there always, even when the owner of the thing transfers it according to agreement and other grounds (and even when grounds for transferring do not exist). It seems that in transfer of the thing, its loss, etc., the owner is deprived of the fact as well as the body of possession, i.e. he/she is deprived of direct link with the thing. As it has been already mentioned, the Roman law recognized possession of bare will, when *corpus possidendi* did not exist. In such a case, not the body of possession, but rather attitude of an individual to the thing mattered, i.e. the moment of possession due to which possession of the owner who transferred a thing to another person, is maintained. The fact that possession occurs only in case of transfer of the thing to the counteragent of the owner (or other beneficiary of the thing upon the will of the owner), may be viewed as the result of exercising the authority to possession. Due to bifurcation of the concept of the possession into authority of possession and the fact, transfer of the thing with maintenance of the status of the holder after the owner and acknowledgment of the person as the owner, to whom the thing is transferred, becomes possible.

Pursuant to the Roman law, the subject to possession could have been a person with the capability of obtaining property rights. This is why slaves could not be holders (before Justinian such right applied to free citizens as well)¹³.

The Civil Code of the Republic of Azerbaijan does not speak about subjects to possession. Article 25 of the Civil Code of Azerbaijan speaks only about the rights, which the citizen may have; at the same time, factual status is not taken into account. However, it seems that in accordance with legislation thereof incapable persons may not possess either. The matter is that (as it has been already mentioned) the element of will plays an important role in possession. The will of the person who is legally recognized as incapable, as well as a minor under the age of 7, is not taken into consideration; therefore it looks like mentioned persons may not possess independently and lack of the will in possession is complemented by legal representatives. Such conclusion may be made from the Article 324.1 of the Civil Code of the Republic

13 Novitsky I., Roman Law, Baku: Adiogli, 2006, p. 55.

of Azerbaijan, according to which the deed is the unilateral, bilateral or multilateral expression of will, aimed at establishment, alteration or termination of civil legal relations as well as from the article 28 of the Civil Code of Azerbaijan (which describes possibility of entering into certain types of deals, and, therefore, expressing personal will legally for minors at or above the age of 7) and from norms, which deny possibility of recognition of significance of expression of will by a person recognized as incapable.

The objects to possession are individually determined things. It looks that the Roman principle “where property is possible, possession is possible as well” still retained its meaning in the modern Civil law. In this regard possession of proprietary rights, shares in the charter capital, stocks, etc., is impossible since it is impossible to define the body of possession – *corpus possidendi*. Possession of rights as the category of belonging of rights to certain persons exists, however it shall be considered that the traditional category of possession was developed and applicable to things only and not applicable to rights as to ideal, non-material objects of the Civil law.

II. Presumption of the right to property of the owner and other presumptions of the right to property

As it has already been mentioned, importance of possession as the civil law category is large due to establishment of the presumption of the existence of the right to ownership of the thing of the holder. In general, presumption means assumption regarding existence of a certain fact, releasing the party from the burden of proof in presence of other proved facts, since the causal connection exists, which is verified and tested in practice¹⁴. Despite lack of direct securing, in the contemporary legislation presumption of the right to ownership of the owner of the thing may be based on the general principle of legality and on the general presumption of the *bona fides* participants to civil law relations. Indeed, if we go to the shop, we do not require the sales person to produce documents certifying his/her right to property to sold things; when we see that the person throws things to the

garbage bin, we also deem him/her the owner of thing thereto, i.e. the person who has the authority to act so.

Such presumption simplifies life of subjects to civil turnover. However, it cannot be the 100% guarantee that the person holding a thing has any at all rights to such thing or that he/she is a legal holder of the thing, since any presumption can be refuted. Thus it is not sufficient for the needs of turnover (circulation), which requires protection of the subjects to civil law relations. When the society faced this problem, it started seeking possibilities of protecting participants of the turnover from possible negative consequences of refuting the abovementioned presumption.

Along with development and gradual sophistication of public relations, the law was developing new means of protecting participants of the civil turnover and the turnover itself due to facing deficit of existing mechanisms.

For instance, special rules worked with regard to immovable things (as special objects of the civil turnover, which is related to features of their nature). The pre-Revolution Civil Law of the Russian Empire (where countries of South Caucasus were part to it) recognized a special procedure of entering into ownership and attachment.

Formation of special rules is first of all aimed at protection of third persons and prevention of potential abuse on the side of authorized persons. Ultimately, such measures are envisaged by the law for the purpose of protecting the needs of turnover.

The Western Europe has so-called land books, which contain records on holders of the right with regard to certain property. Thus, the society tries to provide the subjects of civil turnover with certain additional guarantees. For the holder of the right it means that without his/her participation the land book or its substitute will not have a record about transfer of the right to the belonging to him/her thing. For counteragents of the holder of the right as well as for all third persons, the record in the land book carries out a function of the certifying the right to the thing.

Gradually, the land books, which were maintained locally, were replaced by single registries of real estate as well as by registries reflecting deeds. The registry was meaningful only when it could have been trusted. Therefore, such function of the registry like formality and reliability

14 Volozhanin V., About Legal Presumptions in the Soviet Civil Law and Procedures, Sverdlovsk Institute of Law, 1955, vol. 3, p. 94.

becomes quite important. In addition, since one of the objectives of the registry is to ensure stability of the civil turnover, prevention of non *bona fides* actions of subjects, provision of information to thirds persons, then publicity of the registry plays significant role as well. The registry data shall be open to everyone.

Nevertheless, there is a possibility of conflict of two presumptions: reliability of the registry and the right to property of the owner.

Let's review two possible conflict situations:

1. The registry indicates as the holder of the right the person, who does not possess the thing – unfair purchaser.
2. Expiration of the limitation of action for recognition of the right to property to the owner, who lost possession.

It looks that with regard to property, for which special order of recording rights to property, presumption of legality of direct possession is less than presumption of the reliability of the registry. Registry data is more powerful argument than establishment of the fact of possession, however, despite the above-mentioned, possession may play significant role, for instance in proving unfairness of the indicated in the registry holder of the right. It looks that if the vindication claim on alienation of the thing by unauthorized person is submitted against the person indicated in the registry as the holder of the right, and the defendant will refer to his/her fairness, then proving the fact of lack of the fact of transfer of the thing from seller to buyer will serve as a proof of unfairness of party to such deed, which, despite its invalidity, leads to legal consequences in a form of occurrence of the right to property as an exception from the general rule only in conditions of just actions of the buyer.

Thus, with regard to immovable things the fact of holding a thing and a record in the registry of rights effectively complements each other. The registry did not completely replaced possession for purposes of establishment of the holder of the right. Although, at first sight, possession stops playing role in presumption of the right to ownership of the holder, it is important for establishment of the fairness of the person, indicated in the registry as the holder of the right.

Another possible situation of conflict of two presumptions is related to expiration of the limitation of action for rehabilitation of the possession

of the owner. What happens to the thing in such a case? Does it leave the turnover? It looks that if the thing drops out of the turnover, such drop out is temporary until historical owner becomes the owner of the thing or the right to property does not otherwise originate with the different person (for instance, the right to ownership to property in abeyance or the find).

In the area of proprietary rights we have a completely different situation. Share of this type of the commodity increases for the number of reasons together with development of the market; convenience and rapid of disposal of proprietary rights are one of important reasons for it. In the area of proprietary rights turnover, the society faced the problem of protecting holders of the right as well as interested third parties. This is registries are being maintained for increasing number of proprietary rights. It looks that in this case the necessity of registry is conditioned by impossibility of a different way of recording rights, accessible for third persons. Possession in case of things carries out a function of individualizing things, making them objective in external world, the way of establishing affiliation of the thing, when the third persons may understand who the owner is. With regard to proprietary rights, making objective through possession is impossible due to nature of such phenomenon. This is why the society tries to find some surrogates, which would introduce objects into turnover. It looks that in this regard, the registry of rights represents surrogate of possession with regard to things.

Same opinions with regard to purpose of the registry apply to exclusive rights, if the registry is maintained for such rights. So, it looks that the registry plays the same role as possession for things.

I would like to make a reservation that maintenance of the registry represents only the analogue of possession for things. However, it does not mean that rules on legal consequences of possession may apply to rights, which are applicable to things, namely rules about usucapion.

III. Possession and ownership

Roman lawyers stated that possession is not in any way related to ownership. Indeed, these were two different institutions, which were protected by different legal means. Nevertheless, possession has very many similarities with ownership. This is

why conflict between these two institutions of the Civil right has such an acute nature.

R. v. Jhering called possession a semblance of ownership. If it is assumed that protection of semblance of ownership, then illegal holder receives equal to other holders protection also versus owner. Thus, we should not confuse possession with ownership. As R. Jhering wrote, protection of possession represents not arbitrary goal of the institution, but rather its necessary consequence, irrefutable evil, by which useful parties of it are purchased¹⁵.

Currently, the conflict of ownership and possession also exists. The conflict is described by T. Safronova as battle of sustainability of the right and dynamics of civil turnover¹⁶. This problem is caused by possibility of division of holder and owner (especially in the light of presumption of existence of the right to ownership of the holder). The question is quite complicated: whose interests shall be preferred – subjective right, ensured by the legal order or the civil order?

In the Roman law, the vindication claim did not have any limitations; the thing could have been withdrawn from any person, who received the thing from unauthorized person. Thus, the Roman law preferred the right.

Development of jurisprudence proves that, in fact, the right requires more flexible, compromise constructions, since observance of pure ideals of the theory of law not always corresponds to requirements of reality; sometimes it leads to worse results from the point of view of balance of interests of the civil turnover participants.

Contemporary legislation derives from the principle of balance, compromise of subjects of the civil law, based on which German scientists developed a principle of “Hand muss Hand wahren”, substantiating the possibility of limitation of vindication and origination of the right to ownership of the bona fide purchaser (more precisely, origination of the title of possession of the fair purchaser). In addition, establishment of the institution of usucapion and protection of the rights of the holder with regard to property in abeyance as well as granting the bona fide holder the rights to

fruits and income, related to exploitation of other's thing assists the goal of establishing balance of interests.

Possession holds the antagonistic positions with regard to the right to ownership and may prevail over it; but for all that “holder, prevailing over owner, copies the role of the latter”¹⁷. Thus, the author concludes that possession, which did not derive from the right to ownership, is more and more biased towards it¹⁸.

IV. Problem of double possession

A question of the Russian civil law scientist J. Tolstoy if the owner remains the holder when renting the property is still interesting. In seeking answers to this question, we inevitably return to division of possession into possession and holding described in the Roman law and in the modern German law – into independent and self-dependant, direct and indirect.

If, according to the Roman law, the thing could have only one holder (at the same time, however, the Roman law in fact recognized possibility of double possession in certain cases, admitting presence of possession on the side of the pledgee), sequestration, emphyteusis, superficies), in future the civil law science stepped away from this rigid rule. Legal consequences in a form of protection of possession apply to holders as well. However, so far only the holder according to terminology of the Roman law (i.e. holding for him/herself, and not for somebody else) may claim transformation of possession into right to ownership; therefore we cannot speak about die-off if Roman division.

The question is how this problem is addressed in the legislation, which does not use terminological division with regard to category of possession, implies presence of power of the person over thing. Is the owner who leased the thing to the lessee or other third person, deprived of property?

The answer to this question is negative. The matter is that possession and simple contact with it may not be confused. In order to have possession, in addition to contact, it is necessary to have a will to exercise control over a thing, protect the thing from power of third persons. The will to pos-

15 R. v. Jhering – Theory of possession, translation from German, St. Petersburg, 1896, p 65.

16 Problems of possession in the civil law; Dissertation abstract., candidate of legal sciences, Saratov, 2002, p.17.

17 Mattei, Sukhanov – Basic principles of the right to ownership; Moscow, 1999, p. 120.

18 Problems of possession in the civil law; Deseration abstract. Candidate of legal sciences; Saratov, 2002, pp. 17-18.

sess shall be known to third parties, who perceive the owner as a holder of the thing. In addition, in case the *corpus possidendi* is lost the holder is not deprived of the possession, if he/she wants to exercise possession with regard to the thing. Such will often complements and replaces simple contact. This is why the owner, who leased/rented the thing, does not lose proprietary legal ways of protection of the possession from the moment of transfer of the thing to the tenant. The owner continues consideration of the transferred thing in his/her economy, namely, he/she bares responsibility to pay taxes on property and carry burden.

The fact that legislator differentiates various holders, is very well seen on example of the article 1108.2 of the Civil Code of Azerbaijan; it envisages responsibility for damages, incurred due to activities causing high risk to surrounding public. Pursuant to this provision, the holder of the source of high risk is not responsible for the damage, caused by this source, if proves that the source dropped out of its holding as a result of illegal actions of other persons. Responsibility for damages, incurred by the source of high risk, in such cases is borne by persons, who illegally obtained the source. If quilt of the holder of the source for illegal withdrawal of such source is obvious, responsibility may be imposed on the holder as well as on the person, who had illegally possessed the source of the high risk. In such a case we may see two holders at once: holder – of the subjective civil right to a thing and illegal holder, whose illegal actions led to dropping out of enjoyment of the thing (we have to note here that legislator used this term and the not the word possession, underlying therefore difference in these two meanings).

Legislation of Germany addressed the problem of possession with one thing by several persons through constructing a model of multi-tier possession. For instance, immediate holder, who received a thing from the owner or other indirect holder, also becomes such, if transfers the thing further to a third person (paragraph 871 of the German Civil Code). Yet Pokrovsky mentioned position “of one over another” by various holders for one and the same thing¹⁹. In order to construct a system, where various holders would be equal, is impossible, since it is impossible to establish two equal

rights to a thing. Pobedonostsev noted: “when I have the right to the thing, no one can have the same right to the same thing”²⁰. In this particular case, that comparison with proprietary right is appropriate, since possession as well as proprietary right have same features of absence of necessity to address the mediator for its enjoyment. Possession as well as proprietary right has a feature of direct contact of the person and the thing.

The situation is different in case of “bare right”, when the person has the right to ownership or other title of possession, but he/she cannot enjoy such possession. It takes place in case of loss of the possession. For instance, the owner has the right to ownership, but the holder, from whom the owner cannot reclaim the thing, resists it. For instance, the owner cannot vindicate (reclaim) the thing from the bona fide purchaser or upon expiration of the limitation of action from the historical holder.

Examples above demonstrate clash of interests of two self-dependent holders; there is not hierarchy of holders. Since the conflict between ownership and possession takes place, the question is who shall be preferred. If the Roman law acknowledged priority of the subjective law in case of vindication without consideration of violation of interests of other participants of the civil turnover, then the modern legislation prefers interests of turnover, its stability, finding compromise solutions to this problem.

Thus, the conflict of holders is not insolvable, as it may seem at the first sight. Legislation, although not fixing legally construction of double possession, as it is done in other countries, obviously, uses it, acknowledging and the owner and a person, to whom the thing is transferred as the holder of one and the same thing. At the same time, such holders are in a subordinate relation; it allows considering interests of both.

Solution of the conflict of two equal holders depends on solving the problem of preference of interests of either protection of subjective rights or interests of dynamics and stability of civil turnover.

One of the discussed issues is an issue about substantiation of the protection of possession. The matter is that traditionally, protection was given to a holder, notwithstanding presence title to a thing. Thus, even illegal possession was recognized and enjoyed protection.

¹⁹ Pokrovsky, Basic problems of the civil law, Moscow, 2003, pp. 232-233.

²⁰ Pobedonostsev, Course of civil law, St. Petersburg, 1896, p. 119.

Protection as factual volent connection of the person with the thing shall be protected due to stability of status of affairs in the surrounding us reality and due to respect to the will of the person, who possesses the thing, as well as for the purpose of the simplified procedure which can restore status before violation in a short time. The first place here takes a function of protecting possession as the way of maintaining stability of direct redistribution of things²¹.

Protection of possession under the Roman law was universal and absolute, since it was used against any third persons, including the owner of the thing. For the purpose of protecting personal right to ownership (not possession), the owner was given the legal proprietary right (vindication) and conditional claim right as well.

Currently, due to loss of independent meaning of the possession, the civil law does not know independent holders' protection. Due to the fact that detenteur may obtain a status of the holder, the detenteur is given an opportunity to use the proprietary legal ways of protecting the rights to ownership. For instance, article 158.4 of the Civil Code of Azerbaijan provides for protection to any legal holder. Currently, when we talk about protection of possession, first of all we mean possibilities of protecting legal possessor, provided under this article. However, we have to remember that vindication and negatory actions represent ways of protection the right (right to ownership), and not factual condition, i.e. – possession.

Thus, the legal holder (possessor) protects possession via protection of his/her right to a thing under the article 158.4 of the Civil Code of Azerbaijan; element of it is possession, be it the right deriving from agreement or other title (for instance, the right to lifetime inherited possession, economic management or operating control). The right to possession may be protected by the authorized subject by various means, depending on what right is violated. For instance, owner or any other legal possessor have an opportunity of protecting their rights by means of filing vindication, negatory actions, claims on recognition of the right, return of unjust enrichment, claims on recognition of activities/inactivity of public bodies invalid (illegal), etc. The subject of the obligations

legal relationship also possesses contractual rights protection methods in relation with a person, who transferred or liable to transfer the thing under the agreement or any other liability grounds.

Article 17 of the Civil Code of Azerbaijan does not recognize protection of factual conditions. Only cases of violation of subjective civil rights fall under this article. For cases, which do not fall under the concept of the subjective civil rights; however, for those in need of protection by the law, jurisprudence developed a construction of legally protected interest. In this regard, possession, which may not be deemed comprehensive subjective rights, but represent the legal fact – condition, requires protection. The question is what kind of legal protection is offered to possessions of historical possessor (holder). Shagova offers to qualify possession in such a case as protected by the law interest²². Melikova defines the legal interest as establishment of simple permissibility of the certain behaviour, which is balanced by the general legal obligation of respect and non-violation²³.

T. Safronova goes further and defines historical possession as a limited proprietary right²⁴.

In this case, we would like to agree with the offered by Shagova definition of historical possession in a form of legal interest. It looks that protection of historical possession represents the reflection of that self-dependant possessor protection, which presented in the Russian pre-revolutionary legislation, which perceived possession as a fact, and which deserves respect and protection from the legal order. The right, unlike the fact of possession, is protected not by special possessors' claims, but by other legal means (vindication, negatory actions, actions on recognition of the right, etc). Historical holder may not be acknowledged a possessor of the proprietary right because protection of his/her possession is of limited, non-absolute nature. He/she is powerless before the owner or any other person with the right to a thing.

Since in its development the right took the path of providing detenteurs with the status of the possessor, and, therefore, providing them with pos-

21 Pokrovsky, *Basic problems of the civil law*, Moscow 2003, pp. 227-228.

22 Shagova, *Title possession in accordance with the Russian civil law*; Dissertation abstract, candidate of legal sciences, Moscow, 2002, p. 42.

23 Melikova, *Theories of the state and law*; Baku, Maarif, 1979, p.151.

24 Safronova, *Problems of possession in the civil law*; dissertation abstract, candidate of legal sciences, Saratov, 2002, p.11.

essor's protection, the question about conflict of these two persons in the process of protection of possession arose. For instance, the question is to whom the illegal possessor shall return the thing in case of the demand on the thing filed by both, detenteur and the owner.

In Germany, collision of interests of direct and indirect holders is solved by means of providing both with the opportunity of protecting possessions. In accordance with the paragraph 869 of the Civil Code of Germany if the direct holder does not want to nor cannot again received in livery, then the indirect holder may demand transfer of possession to him/her. Pursuant to the paragraph 869 of the Civil Code of Germany, an indirect holder is protected against third persons, and a direct holder has the right to protection against indirect holder. Pokrovsky, Simolin, Trepitsin criticized this provision and recognized a need of providing possessor's protection to an indirect holder against direct holder as well. Since during protection of possession, some factual relationship is protected against any kind of arbitrariness and violence, then the relationship of the indirect holder shall also be protected.

Various situations, where the tenant cuts the park on the land of the owner in violation of the agreement, or the owner, after receiving the rent payment, evicts the tenant, may be brought as an example. Since possessor's protection guarantees short timeframes for the dispute hearing, then in described cases it could have restored the status existing before the violation of the agreement.

Currently, legislation does not solve the described problem. It looks that in this case priority shall be given to the owner, since agreements terms are breached by the tenant and it shall be viewed as material violation; the owners demand on return of property shall be reviewed by the court during the same process (on protection of possession).

V. Conclusion

So, for many centuries disputes on the issue of legal nature of possession are being held. Indeed, possession represents a mysterious institution from the point of view of the law. It represents the factual relationship, but leads to legal consequences. Antiquity possession leads to obtaining the ownership right by the holder. Finally, possession, even illegal, enjoys legal protection in some legal orders.

In addition, possession appears as the legal authority, included in the composition of various subjective civil rights as an integral part of them, i.e., it is not somewhat independent. It may be protected only in limits of the protection of the right, the part to which it is.

Due to internal controversy of the possession as the category of the civil right, it is possible to determine the legal nature of the possession based on specific possessor's situation.

Major merit in development of the theory of possession belongs to Roman lawyers. Features, determined by them as systematic features of possession, did not dwindle; they are just a little bit modified. For instance, the Roman private law developed an idea of defining the structure of possession. Two elements lay foundation of the concept of possession: *corpus and animus possidendi*; by means of these two elements it is possible to distinguish possession and simple contact with the property. If *corpus possidendi* indicates at direct relation of the person with the thing, then *animus possidendi* is featured by the will in possession, relation of the person to the thing, be it personal or other's. This way it is possible to distinguish possession from holding (direct possession from indirect, self-dependant from dependant) and possession from simple contact with the thing.

All classifications of types of possession, division of various possessor's situations are justified by the material nature of things, which may be in direct connection with one person only. The only exception is the case of joint possession of several persons of one thing (for instance, existence of the right to joint ownership). Nevertheless, rights to the same thing may be possessed by several persons. In addition, the situation may occur when the right to a thing belongs to one (legal possessor), and in fact it is in hands of the other person (illegal possessor). In this regard the law seeks ways of adequate protection of interests of subjects, who claim the thing. Due to specifics of things as the object to possession, definition of several holders of the same thing is possible, as a general rule, only in accordance with hierarchy, multi-tier principle. Still, protection of possession is the most important legal consequence of possession. Under the Roman law, protection of possession was of praetorian and police nature. The Lineament of the protection of possession is the circumstance

that even illegal possession, of, say, a thief is subject to protection. The matter is that in classical dispute on possession, reference of parties to the right is not permitted. Protection of possession in general caused independence of an institution of possession in the civil law. In order to protect any, even illegal, possession, respect to a person of the holder is necessary; such respect is offered by the law until the opposite is not proved. If the person is proved to be illegal holder of the property and the thing may be claimed from him based on petitory action, then such person will definitely lose the dispute to the titled holder.

In Soviet times, possession as an independent institution of the civil law dwindled. Science of the civil law viewed possession as one of legal authorities included in the subjective civil law. Possession has not been granted possessor's protection since possibility of protecting the legal possession only in accordance with the declared principle. For these reasons, interest towards the institution of possession from the civil law side was not big. Due to adoption of the Civil Code of the Republic of Azerbaijan in 1999, the antiquity possession is recognized and is subject to protection under the law. It demonstrates certain reinstatement of the possession as an independent category. However, such reinstatement is quite limited. Existing provisions of the civil law are not sufficient for regulation of relationships on antiquity possession.

In addition, the legislation still lacks mechanisms of independent possessor's protection of any possession, peculiar to developed legal orders. As a result, factual holders are very often defenseless before the violence of the owner or any other subject of the right to a thing, who missed deadlines of limitation of action for claiming property from other's illegal possession, which is performed for the purpose of despoilment of possession. It looks that the Civil Code of the Republic of Azerbaijan shall include the provision protecting possession from arbitrariness and violence from any persons, including those who have the right to the thing.

Problems of Regulating Institution of Development of Land Plots under the Legislation of the Republic of Armenia

Karen Sardaryan*

In his work, the author analyzes a land development institution, which is a quite an innovation for the legislation of the Republic of Armenia. Due to amendments of the civil legislation of the Republic, the right to land development was declared as an independent proprietary right.

In author's opinion, a general conclusion can be drawn on the need of introduction of the right to land development as an alternative method of land use, which gives the subjects to civil rights and land relationships the freedom to express will in entering into real estate deals.

The author thinks that if existing in the law controversies are eliminated and some new, limiting conditions related to land development, are introduced, relationships of parties to the agreement will become more predictable, which, in its turn, will provide the latter with wider legal guarantees.

Institution of development of land plots is quite new to the Armenian legal system. Relevant amendments were introduced to the civil legislation of the Republic by the Law of Armenia dated 04.12.2005 „On Introduction of Amendments and Additions into the Civil Code of the Republic of Armenia“; such amendments were introduced as a result of adoption of the legislative package aimed at provision of incentive for the development of the mortgage lending market. The right to site development of land plots was established as an independent proprietary right.

Relevance of researching the problem of legal regulation of the mentioned institution exists due to various evaluation of its necessity by legislators and lawyers of different countries. Germany, for instance, has the institution of development of land plots, but it is not sufficiently developed; in England, it is widely spread¹. The legal system of modern Russia did not entrench this institution; however, the right to development of

land plots was introduced by the legislation of pre-Revolution Russia on June 23, 1912 and it facilitated development of mortgage lending².

Before starting studying circumstances facilitating introduction of the right to development of land plots in the legislation of Armenia, we shall not forget that this institution first appeared yet in ancient Rome under the name of “superficies”. Superficies represented the proprietary right to permanent or long-term possession of building, built on other's territory³. Based on the agreement the tenant of the plot (superficiary) received permanent or long-term, inheritance or alienation right to construct buildings on other's territory, use them together with land and pay solarium to the owner of the land plot.

Origination of the institution of superficies in the Roman law had been stipulated by the rule of the civil law on inadmissibility of the right to ownership on buildings located on other's land plot. For instance, prominent Roman lawyer of the II century Guy wrote in the 25th book of “comments to provincial edict”: We call building superficies if they are located on the leased land; the right to ownership of such buildings pursuant to civil and natural law belongs to the person owing the land”⁴. This principle of *jus civile* under the name of *superficies solo credit* was in force throughout entire history of the Roman law.

Thus, entrenchment of the institution of development of land plots in the legislation of Armenia created grounds for a number of civil lawyers to speak about incorporation of the Roman law principle on inseparability of the land plot with located on it immovable property in the Civil law of Armenia and application of it to real estate under the article 138 of the Civil Code of Armenia, pursuant to which a thing intended for serving another – main- thing, and related with it by common purpose (belonging), shares destiny of the main thing, unless otherwise defined by the agreement.

This point of view was substantiated by means of revision of the concept of the legal definition of immovable property.

For instance, pursuant to the new edition of the

* Dean of Law Department of Russian-Armenian (Slavonic) University.

1 See: Baron System of Roman Civil law; in 6 volumes; Introduction of the candidate of legal sciences Baibak – St. Petersburg; Publishing House of Raslanov “Legal Centre Press”, 2005, p. 460.

2 Kopilov A., Proprietary rights to land under Roman, pre-Revolution and Modern Russian Civil Law; Moscow “Statute”, 2000, p. 140.

3 Garsia Garrido, Roman Private Law: cases, claims, institutions, translation from Spanish; Resp. Editor Kofanov; Moscow; “Statute”, 2005, p. 411.

4 Proprietary Rights to land in selected abstracts from digest Justinian – Translated from Latin; Resp. Editor Kofanov; Moscow “Statute”, 2006, p. 585.

article 134 of the Civil Code of Armenia immovable property is: land plots, subsoil sections, isolated water objects, forests, perennial plants, buildings, facilities and other closely related to land property, separation of which from land is impossible without causing damage to such property/land or without alteration, termination of their aim or impossibility of further purposeful exploitation. It shall be mentioned that the previous formulation of this article indicated only at causing damage to separable property, but not to land. Thus, legislator views the land plot and closely related property as one single phenomenon, creating content of the concept of immovable property. Therefore, the state registration of rights to land plots and closely related to it buildings, facilities and other property shall be viewed as registration of a single, inseparable unit.

We shall view formulation of part 2 of article 202 of the Civil Code of Armenia in this context as well; unlike previous provisions, this formulation applies the right to ownership on the land plot, including underground or over-ground spaces within its limits. The law may establish exceptions.

At the same time, it shall be noted that number of provisions of the Civil Code of Armenia and Land Code of Armenia do not correspond to abovementioned principle of posteriority of belonging to the main thing (with regard to immovable property).

For instance, article 73 of the Land Code of Armenia, the right of citizens and organizations to carry out constructions on the land plot, belonging to them based on the right to use in accordance with legal requirements. Article 46 of the Land Code of Armenia establishes following legal forms of use of others' land plots: the right to development; the right to royalty-free (permanent) use and the right to lease. Thus, the legislator grants the right to construction on other's land for not only developers, but other category of users as well, which, in its turn makes possible origination of the right to ownership on immovable property, attached to another's land. Article 207 of the Civil Code of Armenia entrenches the right of the owner of the immovable property, located on another's land plot, to which immovable property is attached, by which various legal regimes are envisaged for the land plot and attached to it immovable property. Thus, statements on entrenchment of the ancient Roman principle of *superficies solo cedit* in the Armenian legal system are more than disputable.

Substantiation of necessity of entrenching the right to development of land plots as independent proprie-

tary law is problematic. It is necessary to clarify goals and objectives set by legislator due to introduction of the given institution and possibility of addressing them in the framework of previously existing legal institutions under the civil and land legislation of Armenia. For that it is appropriate to compare the right to development with other varieties of right to use of another's land plot; for instance, the right to rent and the right to royalty-free (permanent) use.

As said above, despite variety of the right to use another's land plot, the user shall be authorized to carry out construction and create new immovable property in consent with the landowner and in accordance with legal requirements. However, unlike other forms of use during development, the user (in this case developer) has not right to ownership on immovable property created by him/her at personal expense. Such property, being ownership of the landowner, shall be returned to the owner upon expiration of the development agreement without compensation of its value. Therefore, the right to development in our opinion ensures interests of the land plot owner, who (with this form of use) is given an opportunity of free expression of will in the process of entering into deed. Provisions of article 636 of the Civil Code of Armenia, pursuant to which improvements of the leased property without incurring damage to inseparable parts of the property, and performed on expense of the lessee after termination of the lease agreement, shall be transferred to the lessor, do not fully reflect interests of the latter, since law envisages the duty of the lessor to compensate for improvements, unless otherwise envisaged by the lease agreement. It shall be mentioned that according to the proprietary law of the Russian Empire (the law from June 23 1912) the developer could either demolish the building or leave it to the land owner upon expiration of the agreement; a special agreement was necessary for the latter case. The abovementioned contributed to development of this topic⁵.

Unlike other form of use, the right to development represents a fixed-term right in any case, maximum duration of which is limited to 99 years. At the same time, according to article 204.15 of the Civil Code of Armenia, the development agreement shall contain the term of the agreement.

The right to lease and the right to royalty-free use are also fixed-term rights; however, pursuant to article

5 History of national state and law; Part 1, Textbook edited by Chistjakov, 4th supplemented and revised edition, Moscow, "Yurist", 2007, p. 417.

612 of the Civil Code of Armenia, they may be signed for indefinite period of time. The law does not contain provision, providing opportunity to sign the land plot development agreement for indefinite time because development, based on its features, is related to material risks and requires real possibility of forecasting recoupment of financial investments. Based on mentioned above, the largest deficiency of the legal regulation of institution of development in the Civil Code of Armenia is that it does not indicate the shortest possible term for development agreements. It is notable that the abovementioned law of the Russian Empire fairly restricted the shortest allowable term of the development agreement to 36 years, and the longest term to 99 years⁶.

Distinctive feature of the right to development is providing the developer with wider rights to use of immovable property (unlike other categories of rights). For instance, the Roman law on superficies could have been transferred, bequeathed or given as a gift⁷. In accordance with article 48¹.2 of the Civil Code of Armenia a person possessing the right to use the land plot with the right of development may enjoy the given right: transfer to another person; freely alienate; pledge and enter into other deeds with regard to the right to development. The right to development may be transferred to a different person as legal continuity. As to the right to lease, it can become an object of the civil turnover only in consent with the owner of land plots.

Restriction of transfer of the right to development of state-owned or community-owned land plots is very important. Pursuant to article 46.2 and article 48¹.6 of the Land Code of Armenia, state-owned and community-owned lands may be transferred with the right to development only when their transfer with the right to ownership is prohibited by law. Given restriction does not apply to other forms of land-use. List of lands, not subject to transfer with the right to ownership to citizens and legal entities is provided in the article 60 of the Land Code of Armenia.

We can bring here a not exhaustive list of such lands. They are: objects of historical and cultural value, specifically protected natural zones (state natural reserve, natural monuments, national parks, etc), protected by the state territories of sanitary protection occupied by state forests lands, grounds of water objects, common

use lands (squares, streets, parks, gardens.etc.), lands subjected to radioactive and chemical contamination, etc. The law indicates 13 categories of lands, which are not subject (as said above) to transfer to private persons and organizations with the right to ownership. In our view, as general prohibition on allotment of state and community lands with the right to development does not correspond with the goal of introduction of this institution in Armenia, namely, for provision of incentive for the mortgage lending market development and entrepreneurial activities on the whole, as well as for permission of development of state and community lands, as envisaged by article 60 of the Land Code of Armenia, it would be prudent to withdraw categories of lands, listed in the given article from the civil turnover or to envisage their short-term lease in exceptionally necessary for the state cases; but they shall not be allotted with the right to development, since such right, as we could see, envisages long-term use with granting similar to the right to ownership broad authorities on disposal of land plots.

In conclusion we may state a general opinion on practicality of introduction of the right to development of land plots as alternative form of land-use; it provides subjects of the civil law and land relationships with freedom of expression of will in the course of entering into deals on immovable property, given that current legal controversies will be eliminated and number of standards will be adopted. Such standards will provide for more details, regulating land development relations; and that, in its turn, will make relations of the parties to agreement more predictable and will give them broader legal guarantees.

6 *Ib.*, p. 417.

7 Proprietary rights to land in selected fragments from digest of Justinian/Translated from Latin; Resp. editor Kofanov; Moscow "statute", 2006, p. 585.

CASE LAW REVIEW

Report on Judicial Practice of the European Court for Human Rights with regard to individual applications v. Armenia, Azerbaijan and Georgia in 2009 (reporting period between 01.01.2009-31.08.2009)

*Dr. Norbert Bernsdorff**

The document below offers a brief description of judgments of the European Court for Human Rights, which were made in the period between 01.01.2009 and 31.08.2009 based on the Convention of Human Rights and Fundamental Rights (hereinafter: Convention) v. Convention member-countries Armenia, Azerbaijan and Georgia. Here we shall review judgments only for individual applications where the Court judged on violation of certain provisions of the Convention. We shall not review separately decisions, where the Court deems applications inadmissible. Neither will we review cases where the Court for Human Rights removed from its registry. Decisions of the Court for Human Rights may be found on the Internet in English or French languages at the following link: www.echr.coe.int.-case-law-hudoc.

For comparison: during the reporting period 13 decisions were made v. Germany (26 were considered inadmissible); 18 decisions v. France and 15 decisions v. The United Kingdom (18 were deemed inadmissible).

1. Between 01.01.2009 and 31.08.2009, the European Court for Human Rights established that the Convention was violated by Armenian authorities in 5 cases. In five cases applications were deemed inadmissible and were removed from the registry (Application nos. 14156/07, 40864/06, 11721/04, 18297/08 and 29736/06).

In the so-called decisions made on merits breach of articles 11 (freedom of assembly and association), article 6 (fair hearing, adequate time and facilities for the preparation of defense); article of the Protocol no. 7 (right to appeal in criminal matters) and article 1 of the Additional Protocol no. 1 to Convention (protection of property).

Case of Sargis Amiryan v. Armenia (decision from 13.01.2009, Application no. 31553/03), Case of Zhora Sapeyan v. Armenia (decision from 13.01.2009, Application no. 35738/03) and Case of Maksim Gasparyan v. Armenia (decision from 13.01.2009, Application no. 35944/03).

In all three cases applicants are Armenian citizens, who complained about administrative penalties, which were imposed on them for participation in the unsanctioned demonstration during presidential elections in 2003. They were charged with violation of public order. One of applicants was elected assistant to one of the leading opposition presidential candidates.

European Court for Human Rights decided that in all three cases provisions of the article 11 of the Convention were violated and decided on compensation in amount of Euro 1000 to be paid to each applicant.

Case of Maksim Gasparyan v. Armenia (decision dated 16.06.2009, Application no. 22571/05).

The applicant is a citizen of Armenia. In may of 004 he was arrested by police officers and was detained at the police station without any possibility contact the external world. He stated that the only purpose of police was to deprive him from opportunity to participate in the demonstration of protest organized by the political opposition. The Court sentenced him to 8 days of administrative detention for disobedience of police orders.

The European Court for Human Rights deemed the article 6 of the Convention infringed, since the applicant was deprived from an opportunity

* The author is a judge of the Federal Court on social issues in Kassel, Germany (the Court is the 3rd instance court in disputes on social issues) and a editor-in-shief of the presented journal.

to prepare for defense, and article 2 of the Additional Protocol no. 7 since the applicant did not have an opportunity to appeal to the judicial decision. The Court imposed payment of compensation in amount of Euro 2000 in favour of the claimant.

Case of Nelli Minasyan and Yelena Semerjyan v. Armenia (decision dated 23.06.2009, Application no. 27651/05)

Applicants, citizens of Armenia, who reside in the United States of America, possessed a living space in one of blocks of Yerevan. The land was in state ownership. The authorized by the government private company offered applicants money for expropriation of their apartment. After applicants declined the offer, the case was instituted, which led to deprivation of the apartment and its demolition.

The European Court for Human Rights decided that seizure and demolition of the apartment represents violation of the Article 1 of the Protocol no. 1 since the apartment was seized not based on the law, but the State Decree rather.

In the period from 01.01.2009 to 31.08.2009 the European Court for Human Rights established only one violation of the Convention by authorities of Azerbaijan. Two applications were deemed inadmissible (Application nos. 35559/05 and 2758/05). Two applications were removed from the registry – Application nos. 29607/07 and 40668/05.

Case of Mahira Sadraddin qizi Muradova v. Azerbaijan (decision from 02.04.2009, Application no. 22684/05)

The applicant is a citizen of Azerbaijan. After elections of the President in October 2003, supporters of the opposition party candidate, who lost elections gathered. Major clash with police took place; as a result the applicant was wounded in her right eye, and later she became blind with this eye. No serious investigation or court review took place.

The European Court deemed proved that the applicant was a victim of police violence (hit of baton) and due to ineffective criminal investigation established a fact of violation of the article 3 of the Convention.

2. In the period of 01.01.2009-31.08.2009, the European Court established nine facts of violation

of articles of the Convention. Six applications were deemed inadmissible (Applications nos. 37341/04, 25491/04, 22433/05, 26446/06, 13909/06 и 30272/04). Three cases were removed from the registry (Applications nos. 26920/07, 16299/07 и 18619/06). In mentioned decisions, violation of the article 3 (prohibition of inhuman and degrading treatment) of the Convention was established, as well violation of the article 5 (right to liberty and security) and article 6 (fairness, length).

Case of Abdulahmit Aliev v. Georgia (decision of 13.01.2009, Application no. 522/04)

The applicant is a citizen of Russian Federation. He resided in Georgia as of 1999 as a refugee. In May 2002 he was arrested by Georgian authorities based on the arrest order, issued by Russian authorities; he was released only in January 2005. He complained about poor confinement conditions in the prison no. 5 of Tbilisi and stated that on the night from October 3 to 4, 2002 he was tortured in the prison.

The European Court for Human Rights established violation of the article 3 of the Convention as well as the fact of lack of investigation of torture and endorsed payment of compensation to the applicant in amount of Euro 10 000.

Case of Giorgi Nikolaishvili v. Georgia (decision 13.01.2009, Application no. 37048/04)

The applicant, citizen of Georgia, was heard as a witness on the murder case, where his brother was a suspect. He complained that was illegally and deliberately detained in order to make the hiding brother to surrender. In addition, he complained that police published his photos as a wanted person.

The European Court for Human Rights acknowledged that arrest of the applicant represented violation of the article 5 of the Convention, since such act was performed without relevant judicial order, without sufficient grounds and without hearing the arrested person. In addition, the Court deemed the article 8 of the Convention violated as well due to publication of photos of the applicant in police stations. The compensation imposed equals to Euro 8 000.

Case of Shalva Ramishvili and Davit Kokhredidze v. Georgia (decision from 27.01.2009, Application no. 1704/06)

Applicants are citizens of Georgia and were founders and shareholders of the private mass me-

dia, which possessed the TV channel “TV 202”). In April 2005, the media channel was planning to broadcast the documentary, which could have negative impact on the member of the parliament, member of the ruling party. Claimants were placed in the prison no. 5 of Tbilisi, partially in severe confinement conditions. They were interviewed on 02.09.2005 at the Regional Court of Tbilisi; for the interview they were placed behind metal bars. Materials were not properly processed by the Tbilisi City Court.

The European Court for Human Rights established violation of the article 3 of the Convention in the part of confinement conditions violation and in the part of arrest itself without relevant court order and lack of judicial control; the Court established violation of the article 5 of the Convention. The Court imposed payment of compensation to each applicant in amount of Euro 6 000.

Case of Kharitonashvili v. Georgia (decision from 10.02.2009, Application no. 41957/04)

In this case, the European Court for Human Rights decided that article 6 of the Convention is violated due to extremely prolonged civil proceedings.

Case of Nodar Jgarkava v. Georgia (decision of 24.02.2009, Application no. 7932/03)

In 1995 the criminal case was instituted against a citizen of Georgia Nodar Jgarkava for suspicion of abuse of power as an elected representative. In July 1998 the process was suspended. The applicant complained that his claim for compensation of material and moral damages was not considered.

The European Court for Human Rights decided, that article 6 of the Convention was violated, since the Supreme Court of Georgia made its decision based on vague and insufficient arguments for the merits of the case.

Case of Khvicha Poghosyan v. Georgia (decision of 24.02.2009, Application no. 9870/07)

This case is one out of approximately forty complaints concerning insufficient medical services and poor supply of medication at Georgian prisons. The European Court for Human Rights required Georgia to take relevant administrative and legislative steps for correcting existing situation.

Applicant, a citizen of Georgia, was imprisoned for gang robbery. In October 2006 he was operated at the prison hospital as a result of which he got infected and received a viral hepatitis type C. Although the diagnosis was certified by the doctor in charge, he was not admitted to the hospital for treatment. Motions and requests filed with the Ministry of Justice and administration of the Rustavi Prison no. 6, did not result in anything.

The European Court for Human Rights established violation of the article 3 of the Convention for the reason that the applicant has not been provided with the medical treatment for C type hepatitis. Correct diagnosis in this case was considered insufficient.

Case of Irakli Ghavtadze v. Georgia (decision of 03.03.2009, Application no. 23204/07)

The applicant is a citizen of Georgia and currently serves sentence. He suffers from viral hepatitis C and tuberculous pleurisy. He was admitted to the prison hospital only after his illness became real acute.

The European Court for Human Rights decided that article 3 of the Convention is violated, since Georgian authorities failed to fulfill their commitment and obligation on provision of medical services to the applicant and did not protect his health during his term in prison. The Court imposed payment of the compensation in amount of Euro 9 000.

Case of Leva Kobelyan v. Georgia (decision of 16.07.2009, Application no. 40022/05)

The applicant is a citizen of Georgia; he addressed a Court due to extremely lengthy criminal proceedings, which was instituted against him back in 2000 with charges concerning property tort.

The European Court for Human Rights acknowledged extreme length of proceedings in three judicial instances – almost 6 years and 10 months – as a violation of article 6 of the Convention and imposed payment of compensation to the applicant in amount of Euro 1000.

Case of Amiran Kvitsiani v. Georgia (decision 21.07.2009, Application no. 16277/07)

Applicant, a citizen of Georgia, achieved a court verdict in his favour in 2000. By this decision, Georgian authorities should have paid him a com-

pensation for demolishing his house as a result of police operation in September 1997. Authorities did not abide by the court decision for many years.

The European Court for Human Rights decided that Georgian authorities thus violated the right of the applicant to trial as it is prescribed by the article 6 of the Convention and his right to possessions as per article 1 of the Additional Protocol to the Convention. The Court decided on payment of the compensation to the applicant in amount of Euro 3 000.

Constitutionally permitted restrictions of the right to ownership in practice of the Constitutional Court of the Republic of Armenia

Felix Tokhyan

In his paper, the author analyzes human rights as an important component of the contemporary rule of law state. Acknowledgment and protection of the right to property as a fundamental Constitutional principle is guaranteed by the Constitution of the Republic of Armenia. Any intervention in this right requires constitutional justification.

Constitutional Court of the Republic of Armenia ensures protection of major rights and freedoms of the citizen basically by exercising further abstract control and by means of preliminary control over constitutionality of international treaties/agreements.

In his article, the author underlines that the constitutional right to property is not absolute and may be restricted in accordance with standards and principles of international law. However, he comes to a conclusion that constitutionally permissible limits and grounds for restricting the right to ownership in the Republic of Armenia is in full compliance with provisions of international law.

1. In democratic states of the contemporary world, one of the most important tasks of the constitutional justice is protection of constitutionally guaranteed major rights and freedoms of an individual and a citizen. This task is declared in Constitutions and legislation of many countries as major goal of activities of bodies of the Constitutional justice.

Absence of some provisions in constitutions and special laws on bodies of constitutional justice, relevant authority, does not mean that in practice functioning in such countries directly regulating bodies do not exercise constitutional justice. The only difference is that these bodies protect constitutional rights and freedoms of an individual and a citizen, including rights to

ownership (within the framework of other procedures, mainly during control over constitutionality of normative acts).

Similar situation exists in the Republic of Armenia, where the specialized judicial body created for the first time in 1986 – the Constitutional Court of the Republic of Armenia – protects fundamental rights and freedoms of a citizen through abstract follow-up control as well as by means of preliminary controls over constitutionality of international treaties.

2. Recognition and protection of the right to ownership as a fundamental constitutional principle (together with sovereignty, rule of law, etc) is declared by the Constitution of the Republic of Armenia in the Chapter I, which regulates constitutional order of Armenia.

Pursuant to article 8 of the Constitution of Armenia, the country recognizes and protects the right to ownership. The owner at his/her discretion may possess, use and dispose belonging to him/her property. Enjoyment of the right to ownership shall not damage environment; violate rights and legal interests of other individuals, society and the state.

The state guarantees free development and equal legal protection of all forms of property, as well as free economic competition.

The Constitutional right to ownership is covered by the article 28 of the Constitution under the Chapter II “Fundamental Rights and Freedoms of an Individual and a Citizen”; it provides for protection of rights of an individual as an owner of the property. Declaration of the right of each person to property and inheritance, the Constitution of the Republic of Armenia at the same time envisages quite rigid and clearly defend constitutional grounds for termination of the right to property.

Namely, pursuant to article 28 of the Constitution, foreign citizens and persons without the state may not enjoy the right to land, unless otherwise stated by the law. Only the court may deprive a person of the property – in cases determined by the law.

Alienation of the property for public and state needs may be performed only in exceptional cases and only based on the law with preliminary equal worth compensation.

* Member of the Constitutional Court of the Republic of Armenia, Chair of the Cathedra for Constitutional law of the Russian-Armenian (Slavonic) University; Professor.

3. Activities of the Constitutional Court of the Republic of Armenia shows that no other guaranteed by the Constitution of Armenia right of an individual and a citizen was subjected to such rigorous and consistent judicial defense as the constitutional right to possessions.

Here are several examples. On February 27 1998, based on the statement of the President of Armenia, the Constitutional Court of Armenia reviewed a case on constitutionality of the article 22 of the Law of Armenia “On Real Estate”, which has been adopted by the Parliament on December 27, 1995.

Claimant, referring to provisions of articles 8 and 28 of the Constitution of Armenia, indicated that the Constitution distinguishes fundamentally different types of termination of the right to ownership: deprivation of property and alienation of property. The article 22 of the Law of Armenia on “Real Estate” (parts 2-5) contains provisions, constitutionality of which is subject to two controversial approaches.

Article 22 of the Law of Armenia “On Real Estate” is named “Alienation of real estate for public and state needs”. Provisions of the article are aimed at legal regulation of facilitating processes of alienation of immovable property and protection of rights of the owner as provided under the articles 8 and 28.2 of the Constitution of Armenia.

Parts 2-5 of the article 22 of the Law stated: “amount of equal worth compensation for withdrawn for public and state needs immovable property shall be defined by the Resolution of the Government of Armenia, based on results of negotiations between the Government of Armenia and the owner, property of which is subject to alienation and with written consent of the latter.

If the owner of the immovable property disagrees with alienation of property or with the amount of compensation, the Government of Armenia may alienate immovable property only through the Court. Before enactment of the judicial decision, the owner of the property (subject to alienation for public and state needs) shall refrain from damaging the property in questions.

Procedures of alienation for public and state needs shall be established by the Government for the Republic of Armenia based on provisions of this article”.

When making decision on this case, the Constitutional Court of Armenia derived from provisions of article 28 of the Constitution on the fact that for

public and state needs the property may be alienated only in separate exceptional cases based on the Law “On Preliminary Equal worth Compensation”. Thus, constitutional grounds for alienation of property are “needs of the state and public”, and constitutional guarantees of protection of rights of the owner, whose property is subject to alienation, are inter-related unified constitutional requirements on alienation: firstly, only in exceptional cases; secondly, based on the law; thirdly, with preliminary equal worth compensation for alienated property.

Constitutional formulations of the type “of needs of the state and public”, “only in exceptional cases”, with “preliminary equal worth compensation” – are terms subject to legal evaluation.

Because indicated terms are directly related to one of the major constitutional rights of the individual to property, the Constitution of Armenia established that alienation of property on similar grounds should be performed only based on the law and in conditions of necessary legislative guarantees.

Preliminary equal worth compensation shall be substantiated by the executive body and shall be in correspondence with the relevant financial – economic estimates, and consented with the owner actions, which may be appealed in the court.

In its Resolution from February 27, 1998, the Constitutional Court of the Republic of Armenia for the first time gave its interpretation of constitutional standards, permissible limits and grounds for restriction of such right.

Namely, the Constitutional Court of Armenia noted that the Constitution envisages two methods of termination of rights of an owner.

In the first case, only the Court may deprive the owner of the property - this may take place in cases determined by the law, i.e. termination of he right to property may be performed as an act of compulsion, as a measure of responsibility. In a second case, alienation of property for public and state needs may be performed only in cases determined by the law with preliminary equal worth compensation. Alienation of property for state and public needs, envisaged by article 28 of the Constitution of Armenia, is different from deprivation of the right to property. The difference is that property is deprived not by means of prosecution, but rather the bona fide owner takes responsibility to give up the right to ownership in favour of the state in case of existence of envisaged by the

Constitution grounds and with observance of established guarantees.

The Constitutional Court established that part three of article 22 of the law of Armenia "On Real Estate", according to which: "if the owner disagrees with the alienation of property by the government of Armenia, or is dissatisfied with the offered amount of compensation, the government of the Republic of Armenia may perform alienation of the immovable property only based on the court ruling", - contradicts the articles 8 and 22 of the Constitution of Armenia. Property of an individual on grounds, envisaged by part two of article 28 of the Constitution of the Republic of Armenia, may be alienated; and in case of absence of the owner's consent, the right to ownership may be terminated by the state only based on adoption of the law on specific property, which shall specify and substantiated significance and importance of alienation and indicate what state and public needs will be met by alienation of such property.

The Constitutional Court at the same time noted that the law may oblige the government based on relevant financial-economic estimate and with consideration of the market prices, as a result of negotiations between the government and the owner and his/her written consent, to establish amount of compensation, which may be appealed by the owner in the court.

The Constitutional Court also recognized that article parts four and five of the article 22 of the Law do not correspond articles 8, 28 and 44 of the Constitution of Armenia, since they allow the government to use deliberation and discretion in alienation of the property and unjustly limit the right of the owner to dispose their property.

4. Activities of the Constitutional Court of Armenia on preliminary control over observance of international treaties serve the purpose of protecting fundamental rights of citizens, including constitutional right to property. We shall note that pursuant to Constitution of Armenia, international treaties shall necessarily (before their ratification by the parliament) pass the procedure of control over their constitutionality at the Constitutional Court of Armenia. The claimant in such a case is the President. During the short term of its work, the Constitutional Court of Armenia reviewed more than 200 similar cases. In some cases, the Constitutional Court of Ar-

menia recognized unconstitutionality of provisions, envisaged by international treaties. These treaties, as prescribed by the article 6 of the Constitution, might not have been ratified. It is interesting to say that in majority of cases the Constitutional Court took such decisions on the case of constitutionality of obligations, envisaged by international treaties on protection and provision of incentives for investments, made on behalf of the Republic of Armenia. In all cases, the subject concerned violation of constitutionally permissible limits and grounds of restriction of the right to ownership.

Let us bring several examples. On August 30 of 1996, upon review of the case on constitutionality of provisions of the Treaty of December 21, 1995, concluded between Republic of Armenia and Federative Republic of Germany on provision of incentives and mutual protection of capital investments, the Constitutional Court arrived at the conclusion that provisions of article 4 of the Treaty (on confiscation, nationalization and other measures equal to confiscation, or nationalization contradict terms of the article 28 of the Constitution of Armenia, which speaks about alienation of property; thus they violate constitutional right to ownership of citizens. As mentioned above, the article 28 of the Constitution of the Republic of Armenia provides that "alienation of property for state and public needs may be performed only in exceptional cases, based on the law and with preliminary equal worth compensation". However, the named article 4 of the Treaty envisaged the possibility of confiscation, nationalization and measures equal to confiscation or nationalization for the sake of public interests.

5. In addition, pursuant to the treaty, the amount of compensation and its payment, should have been determined not later than moment of compensation, nationalization and discharge of other similar measures, which in the Court's opinion, could not provide for comprehensive preliminary compensation.

The Constitutional Court of Armenia, upon review of the case on February 3, 1997 on constitutionality of provisions of the Agreement concluded between the government of Armenia and the government of Arab Republic of Egypt on provision of incentive and protection of investments, signed on July 9, 1996, deemed the article 5 of the mentioned Agreement not corresponding to the Constitution of the Republic of Armenia. The given

article envisaged nationalization, confiscation of investments or carrying out of equal to such measures based to public interests due to internal needs of the party, where rapid and equal worth and favourable compensation should be paid in future. The Agreement in fact deemed possible alienation of property not in exceptional cases. In addition, preliminary compensation was not envisaged. Parties only took commitment on compensation later “without any repugnant delays”.

It shall be noted that in determining constitutionality of any legal act or its separate provisions the Constitutional Court of the Republic of Armenia based on requirements of the article 55 of the Law of Armenia “On Constitutional Court”, is not limited by indicated in the claim grounds and reasons, provided by the claimant for the purpose of substantiating his/her position, and, taking decisions, shall take as a basis the following:

- Type of the legal act;
- Date of adoption, signing, publishing and observance of the terms of enactment of the legal act in question;
- Content of the legal act;
- Necessity of protection, free enjoyment of rights and freedoms of the individual and the citizen, envisaged by the Constitution as well as limits and grounds of their permissible restriction;
- The envisaged by the Constitution principle of division of power;
- Permissible limits of authority of state agencies and officials

In examples, described above, the Constitutional Court of Armenia was first of all guided by the necessity of protection, free enjoyment of rights and freedoms of the individual and the citizen, determined by the Constitution, as well as by limits and permissibility of restriction.

In conclusion, we shall mention that pursuant to article 4 of the Constitution of Armenia, the state ensures protection of rights and freedoms of the individual and the citizen based on the Constitution and laws in accordance with principles and standards of international law. The Constitutional law of ownership does not represent the absolute right and in accordance with standards and principles of international law, may be limited. The Constitutionally permissible limits and grounds for limitation of the right to ownership in the Republic of Armenia, fully correspond to standards

of international law, namely, article 29 of the Universal Declaration of Human Rights; the article 4 of the International Treaty on economic, social and cultural rights; the article 1 of the Protocol no. 1 to the Convention of Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, etc.

COMMENTS ON COURT DECISIONS

Case *Kvitsiani v. Georgia*

(Decision from 21.07.2009, Application no. 16277/07)

*Elena Fileeva**

On July 21, 2009, the European Court for Human Rights made one more decision against Georgia based on articles six and 1 of the Protocol 1 of the European Convention on Human Rights.

The given case concerns an issue of peaceful possession by the private person of belonging to him property and in case of violation of such right due to actions of state bodies, the applicant raises an issue of receiving compensation for destroyed property out of the state budget funds.

The given claim was admitted by the European Court for registration on April 4, 2007 after multiple and long attempts of the applicant to receive compensation for the lost property.

The house of the claimant, Amiran Kvitsiani, together with farm facilities located near-by, was burnt because of the police operation, conducted close to the house of the applicant on September 15, 1997.

The applicant filed the claim with the court v. the Ministry of Internal Affairs of the Georgia as well as v. Ministry of Finance of Georgia with the request of payment of compensation for incurred damages. On December 27, 2000 the Regional Court decided to compensate for destroying the property in amount of GEL 60 000. Resolution part of the decision indicated that the sum should be paid out of the state budget of 2001.

Similar judgment was made by the Appellate and Supreme Courts accordingly on March 21 and October 2 of 2002, after appealing to the decision in accordance with established guidelines. After the decision of the Supreme Court was made, it became mandatory for execution.

Despite the request of the Ministry of Justice - Department for Enforcement of Judgments – to pay the debt to the applicant within following 3

months, authorities remained inactive. The offered for repayment time expired without any changes in the status of the applicant.

The Judgment Execution Department obliged the National Bank of Georgia, but its Order dated November 25, 2005 was returned with reference to incorrectly indicated amount.

After several applications of the applicant, the Ministry of Finance declared that is unable to pay this amount; the Ministry of Internal Affairs turned out to be incapable of paying either.

Upon referral of the applicant, the City Court clarified the decision from December 27, 2000 and as objectively unfeasible condition, removed a part of the decision, where it stated that the debt should be repaid from the budget of 2001. The decision came into legal force on May 28, 2007; on September 4, 2007, the City Court issued a writ based on which on April 4, 2008, the National Bank of Georgia paid the due sum to the applicant in full.

In the given judgment, the European Court expressly confirmed already existing practice with regard to obligations of the state on rapid execution of decisions on payment of compensations and the guaranteed right to possessions.

In its judgment, the European Court, based on existing case law (in cases of *Voytenko v. Ukraine* – no. 18966/02, §§ 32-35, June 29, 2004; *Romashov v. Ukraine* – no. 67534/01, §§ 23-27, July 27, 2004; *Skubenko v. Ukraine* – no. 41152/98, April 6, 2004), expressly declared the applicant as a victim in the context of the Convention, considering procrastinated terms of payment as a violation, since the right of the applicant to compensation for the lost property was violated during that period of time.

The Court reviewed actions of the state for executing the decision, and categorically established that none of actions of the state may be considered effective for the purpose of the applicant, if the terms are prolonged and the decision was not executed.

In addition, referring to the previously reviewed case (*Metaxas v. Greece*, no. 8415/02, § 19, May 27, 2004), the European Court explained that the

* Lawyer of the project “Strategic Judicial Proceedings – introduction of international standards in practice”.

person, who received the court decision against the state, is not obliged to take separate measures for execution of the decision.

Thus, the Court generally recognized the obligation of the state to ensure execution and payment of the compensation in the shortest period without additional efforts on the side of the applicant; the Court by that paid big attention to obligations (commitments) of the state.

The European Court deemed period of execution of the decision (5 years and 6 months) a violation. Considering simplicity of enforcement procedures, behaviour of parties and significance of rapid receipt of the compensation or the applicant (as in the case of *Raylyan v. Russia*, no. 22000/03, § 31, February 15, 2007), the Strasburg Court considered it unrealistic and unjustifiably prolonged.

The European Court expressly stated that the government of Georgia did not submit any serious argument in justification, recognizing that lack of the amount in the state budget cannot rehabilitate the government (similar to case of *Amat-G Ltd. and Mebaghishvili v. Georgia*, § 48).

Based on the made decision of *Semochkin v. Russia* (no. 3885/04, § 17, December 4, 2008), the European Court clearly established that the principle applied in this case is applicable to circumstances of this case as well and the European Court expressly outlined an explanation that the responsibility to execute the decision rests with the defendant state from the moment the decision enters into legal force, and, naturally, the parties obtain obligations to execute decisions.

According to established practice for the reason of conclusions drawn with regard to article 6 of the Convention and article 1 of the Additional Protocol, the Court refrained from review of violations pursuant to article 13 of the Convention in the part of inexistence effective measures to appeal. Although given conclusions of the European Court with regard to legal measures would be very interesting.

As a form of compensation for moral losses, considering exhaustion of the claimant due to delayed execution of the decision, the European Court decided to fix Euro 3000 to be paid to the applicant. The amount of compensation has been repaid to the applicant y that time from the state budget.

The European Court did not pay attention to the request of the applicant regarding the issue of

payment of compensation for not received by the applicant income from use of agricultural possessions as well as request for compensation of litigation costs (due to the fact that requests were not substantiated by the applicant).

In its decision the European Court expressed its opinion with regard to the guaranteed right to possessions and - in case of violation of the right to peaceful ownership – necessity of paying fair compensation in the shortest possible time and without additional efforts on the side of the suffered party.

Mentioned opinions apply to widely spread in practice cases: non-payment of debts from the state budget and delay in execution of domestic judicial decisions in force.

The given case shall be accepted by the state as a useful and necessary recommendation and exact execution of decisions will reduce the number of claims from Georgia as well as payment of additional sums from budget.

Case Giorgi Nikolaishvili v. Georgia

(Decision from 13.01.2009, Application no. 37048/04)

*Mary Japaridze**

On January 13, 2009 the European Court for Human Rights issued one more important judgment v. Georgia. The judgment on the case *Nikolaishvili v. Georgia* is interesting because, the Court provides a very critical assessment of actions (which, unfortunately have been very frequent and still are) taken by representatives of Georgian law enforcement and judicial bodies.

Giorgi Nikolaishvili addressed the European Court for Human Rights in 2004. He claimed that the Georgian government violated his right to freedom and privacy, as well as the right to the just trial and respect to private life. Below are the facts of the case:

On July 3, 2003 a brother of G. Nikolaishvili and one more person were charged with murder and illegal purchase, storage and carrying of firearms. The accused hid and Police started their retrieval.

In the same month, the pictures of G. Nikolaishvili, as well as pictures of his brother and other accused, were posted in various police stations with the sign “wanted in relation with the murder case”. Despite the fact, that no prosecution was instituted against G. Nikolaishvili and he officially was not declared wanted, the picture was posted among wanted persons for about 8 months. Referrals (motions) of attorneys to the Ministry of Internal Affairs, Prosecutor General’s Office and the Court did not give any result.

During the investigation of the murder case, representatives of the law enforcement bodies constantly threatened G. Nikolaishvili’s parents that they would “catch” him, unless the runaway brother turned himself to the Police.

Indeed, when on March 30, 2004, the applicant reported to the Prosecutor General’s Office to testify as a witness on the case of his brother, he was arrested for illegal purchase, storage and carrying of the firearm. On the third day, the Vake-Saburtalo Regional Court ruled on 3-months preliminary detention. After seven days upon expiration

of that term, the Prosecutor’s office sent the case together with indictment. After seven months, the Court without oral hearing decided on bringing the applicant to justice; in addition, it stated that the measure of restraint – imprisonment – has been applied correctly.

The European Court for Human Rights carefully studied materials of the case and provided quite negative evaluation of many facts of it. First of all, the Court stated that the right to security of a person under the article 5 of the European Convention implies protection of each person from willful interference by state bodies. The decision reads: “The Court deems that the right to security of the person as meant by authors of the Convention envisages even more than just an obligation to protect physical freedom of the person... The Court believes that national bodies, which have the authority to restrict liberty of the person, as a rule shall act conscientiously. Thus, the intention to restrict somebody’s liberty shall not be hidden by authorities. If necessary, the person shall be able to address existing competent legal authorities, which may help him to oppose actions of the government and protect his liberty. When person’s freedom is on a scale, it is crucial to observe general principles of legal certainty. It is necessary that the criminal law as well as decisions of representatives of authorities were predictable and not ambiguous to the extent allowing a person to presume expected results”. (§ 53, *Giorgi Nikolaishvili v. Georgia*). Thus, the Court deemed that the method, by means of which Nikolaishvili was arrested, not only undermined principles of legal certainty, but also created a threat to trust and confidence in prosecutor’s office.

The Court deemed a violation the fact that detention of the applicant following expiration of preliminary detention before commencement of the trial was not legally grounded. As it is mentioned in the decision on the case of *Gigolashvili v. Georgia* – “violation of the article 5.1 was established in many cases, where suspect’s detention was based only on the fact of submission of the indictment to the court. Arrest of suspects in conditions of specific legal grounds or lack of clear regulating provisions – which leads to deprivation of liberty of an individual – is incompatible with principles of legal certainty and protection from willfulness” (§ 62, *Giorgi Nikolaishvili v. Georgia*).

* Lawyer, Project of Strategic Judicial Proceedings, NGO “Article 42 of the Constitution”.

One more widely spread violation on the side of the state (once already strongly criticized by the Court) on the case *Patsuria v. Georgia* (see Application no. 30779/04) is that in imposing preliminary detention, the domestic court does not study trustworthy circumstances of the case, but rather relies on abstract formulations of the printed in advance, cliché phrases. The European Court noted in addition that “such practice indicates at lack of “special sensitiveness” of representatives of national authorities” (§ 73, *Giorgi Nikolaishvili v. Georgia*).

Lack of sensitiveness was noted by the Court with regard to the fact that preliminary detention of the applicant lasted for ten months. The European Court one more time repeated that the state violated the right to liberty and security of life of a person that it did not take into consideration specific facts and did not review possibility of non-imprisonment measures.

Another violation was established with regard to the fact that domestic court reviewed the bringing of the accused to the court without oral hearing. The European Court noted that “in such circumstances, lack of oral hearing represented deviation from adversarial process and the principle of equality of parties. Based on the national legislation and practice, the prosecuting bodies had a privilege to address the Court and substantiate the motion on necessity of imprisonment; however, the claimant did not have an opportunity – neither orally nor in writing – to provide counter-arguments” (see §§ 93-94, *Giorgi Nikolaishvili v. Georgia*).

After establishment of infringement of many aspects of provisions of article 5 of the Convention (right to liberty and security of a person), the Court reviewed an issue of violation of article 8 (right to respect private and family life). The Court stated that “concept of personal life of an individual covers the right to his/her image and that posting of the photograph without prior consent of the person concerned, even if such act has no any specific reason, represents interference with the rights preserved in the article 8 of the Convention” (§ 121, *Giorgi Nikolaishvili v. Georgia*). In the case below, the Court paid special attention to the fact that the case concerned not only posting of the photograph, but first of all methods and aims, which such acts served. Declaring the

applicant the wanted person with relation to the grave crime, when he was not officially charged with it, nor he was announced a suspect was an act of defamation; it damaged the reputation of the applicant.

The Court noted that since in this case, pursuant to the national legislation, interference with the rights preserved in the article 8 of the Convention was obviously illegal, an issue of actions “serving the purpose” or “necessary for the democratic society”, was not subject to review.

In the given case the European Court established violation of both – positive and negative obligations – imposed on the state by article 8, based on the fact that after breach of the right of the applicant to privacy, the state bodies did not conduct relevant investigation of facts and did not prosecute persons at fault.

Due to all above mentioned violations, the Court decided on payment of compensation in amount of 8 000 Euros in favour of the applicant as compensation for moral damages.

It is unknown, how many more thousands of Euros shall be allocated from the state budget, before the state takes relevant measures aimed at elimination of violations, which are indicated by the European Court in its judgments. As you could see, many of such violations and shortfalls were listed in the judgment on the case of Nikolaishvili.

Major focus in this judgment was made at consciousness and sensitiveness, which shall be demonstrated by law enforcement and judicial bodies in restricting liberty of an individual. Every person fully and timely shall be informed about actions to be undertaken against such person by investigative bodies. Courts shall always carefully study facts of the case in question, review the possibility of imposing non-imprisonment measure and only in extreme instances (based on relevant and adequate justification) shall they impose such a rigid measure like deprivation of liberty.

Equally, attention shall be paid to situations, where unjustified interference with private life takes place. It is necessary for the representatives of the state to be extremely careful and cautious before they invade into personal or family life of an individual; in case of such invasion they shall take all measures to fully and timely restore violated rights.

Comments contained in the judgment of the European Court on the case of Nikolaishvili shall be seen by the state as important and useful recommendations, and we believe that their full consideration will drastically reduce number of judgments against Georgia in future.

Problems of Execution by Armenia of Meltex judgment of ECHR

*Ara Ghazaryan**

On April 2, 2002, the no. 1 rated A1+ TV Company in Armenia was shut down. The formal reason was that the TV Company lost in licensing competition held once in 7 years under the new Broadcasting law. Informally, many realized that the reason of closing the only truly independent TV company were the approaching Presidential elections of February 2003. Then, in 2003, the A1+TV participated in seven more licensing competitions for the remaining frequency bands but lost in all of them. Most of the winners had never been in broadcasting business before while the A1+TV had continually received high (if not the highest) ratings in almost all program categories such as the news reporting, entertainment, educational programs, etc. In all eight competitions the regulatory body, the Television and Radio National Commission (Commission) failed to provide any reason to its decisions despite the law set several criteria for choosing the winner such as professionalism of the staff, financial and technical resources, dominance of national programs and dominance of self-made programs. The Commission used to simply notify the company the name of the winning company and the points that it scored by the members of the Commission. Thus, the A1+TV were caught in uncertainty as to the real reasons for not having been chosen as the best company in all eight competitions.

The Meltex LLC, which was running the A1+TV, brought two claims to the European Court of Human Rights arguing, among many other things, that the Commission violated the Article 10 of the European Convention by not reasoning its decisions. In particular, Meltex argued that all eight decisions of the Commission, taken at different times and at different competitions, had identical and standard wording notifying the Meltex about the points it received from members of the Commission and the name of the winning company, whereas the Commission was bound by having its decisions based on legal standards set by broadcasting law for choosing the best company among competitors. The Government argued back by saying that since Meltex was informed about the winner and about the points that

it received from the Commission, it therefore was well informed about the reasons of failing in the competition and therefore the Commission had reasoned all its decisions. As to the basis of assessing and scoring the competition bids, even though not explicitly mentioned in the text of the judgment, but from observations of the Government of Armenia it appeared that the Government was of the opinion that the members of the Commission had absolute discretion in assessing the bids and that discretion was beyond the scope of judicial review by national courts.

On June 17, 2008, the European Court decided that by not recognizing the applicant company as the winner in the calls for tenders it competed in, the Commission effectively refused the applicant company's bids for a broadcasting license and therefore such refusals constituted interferences with the applicant company's freedom to impart information and ideas¹. It further ruled that licensing procedure whereby the licensing authority gives no reason for its decisions does not provide adequate protection against arbitrary interference by a public authority and therefore seven denials of a broadcasting license did not meet the Convention requirements of lawfulness under Article 10 of the Convention².

Immediately after this judgment the Secretary General of the Council of Europe announced that it was a victory of freedom of expression and that the decision of the European Court brought an end to the long drawn-out saga about the refusal of the Armenian authorities to award a broadcasting license to Meltex. In response, the skeptics in Armenia (including me) said that the saga was yet to be started as the case was moved from Court to its execution stage at the Committee of Ministers and the proceedings here might take even longer than the judgment at the Court. The further developments showed that the skeptics were in fact more realistic.

Shortly after the judgment the PACE demanded from government of Armenia to issue a license to Meltex as a measure of execution of the European Court judgment. This request was made in the draft text of the Resolution 1620 which concerned the honoring by Armenia of its obligations before CoE as a member state under monitoring. However, be-

* Senior Researcher, Professor Assistant, Yerevan State University.

1 See § 74 of the judgment.

2 See §§ 83-84 of the judgment.

fore the PACE summer session 2008 started, the Armenian delegation convinced the PACE to change the wording in the Resolution about Meltex and in the final text the PACE, instead of demanding of issuing license, simply “called on the licensing authority to now ensure an open, fair and transparent licensing procedure”. Nevertheless, it was accepted in Armenia as a positive move since both the PACE and the Armenian government accepted that holding of a new competition was the only possible and relevant measure for restoring as much as possible the violated rights of the company after the judgment of the European Court. It was therefore expected that in September 2008 the Commission would call on a new competition. However, instead of that in September the National Parliament made an unexpected move by passing a new law banning all broadcasting licensing competitions until the end of 2010 and justifying it by intention of digitizing the TV broadcasting sphere. In considering that digitization of broadcasting sphere is a long process, it is highly possible that the 2010 deadline will be extended even further. Thus, the government effectively banned all attempts of return of A1+TV until at least the end of 2010.

Meanwhile, the Meltex was actively looking for the ways of benefiting from the ECHR judgment. In December 2008 it instituted revision proceedings in the Court of Cassation seeking *restitutio in integrum* on the basis of the Recommendation (2000)2 of the Council of Europe about re-examination or re-opening of the case at domestic level following the judgment of the European Court, as well as on the basis of the Article 241¹ and 241⁶ of the Civil Procedure Code of Armenia. The last two provisions stipulate that the decisions of the European Court shall be considered as a “new circumstance” for instituting revision proceedings before domestic courts. In its revision application Meltex requested from court to revise its former decisions of 2004 and declare that the rights of the company under Article 10 were violated by the Commission in 2003. It further requested from court a declaration that the competitions of 2003 were void as they were held with violation of Article 10 of the Convention which was in force at the material time. However, in February of 2009 the Court of Cassation turned down the claim by justifying that the European Court ruled solely on the failure of Commission of reasoning its decisions and as such the failure of giving reasons should not

be interpreted as meaning that the competition as a whole was held in breach of law. As to the application of general and individual measures ordered by Committee of Ministers, the Cassation Court ruled that such measures “*shall be binding [on the State] solely if the European Court directly provides in the judgment about necessity of taking such measures*”³.

Since the national court advanced a so called new theory of execution of ECHR judgments, In May 2009 Meltex applied the European Court with application for interpretation of the operative part of the judgment. It asked the court to clarify, first, whether the finding of the Court in the operative part of the judgment about violation of the Article 10 was to be understood as meaning that the failure of Commission in giving reasons made the licensing competitions unlawful as a whole. If yes, whether it could be derived from the above that the Government of Armenia had to hold a new license competition as an individual measure for restoring as much as possible the violated rights of the company. The European Court refused to interpret the judgment. It turned down the request on the basis that it fell outside of its jurisdiction.

In fact, the Armenian Administrative Code provides the solution. The article 63 of the Code provides that an administrative act adopted by violation or wrong application or interpretation of the law shall be declared as void. The decisions of the Commission, including decisions about acknowledging winners, are administrative acts. The European Court has already said that the Commission made its decisions in violation of the Article 10 of the Convention. As the article 10 is the integral part of the Armenian legal system, consequently, the failure of reasoning the decision should result in declaring the whole competition unlawful under interpretation of the above article 63. The philosophy under article 63 is in that if one of the procedures of a complex competition process was violated, the outcome of the competition (the decision about winner) cannot be deemed fair. However, the Court of Cassation was of the opposite opinion when it ruled that even the failure of giving reasons should not put in question the fairness and lawfulness of the competition as a whole. The Government was of the same opinion. Immediately after the judgment was published, many government officers and

³ Court of Cassation decision of 19.12.2009, no. 3-10TD2009, p. 7, § 4.

law makers announced that the European Court did not rule on the lawfulness of the competition as a whole but simply about on the lawfulness of one of the procedures of the competition and therefore the Court didn't put in question the fairness of the disputed competitions in which Meltex had lost. If this is true, then the judgment of the European Court did not change anything. Even though the law was changed recently and the Commission now has to reason its decisions, the change didn't serve to Meltex's needs because today the Government is pointing on the European Court by saying that it didn't rule that the competition as a whole was unfair and that the fact that the Commission failed to provide reasons didn't yet mean that in order to restore the violated rights, Meltex should be given a license or should be given a chance of participating in another competition. Had the European Court ruled in a slightly different way, for example, that the failure of giving reasons put in question the fairness of the competition as a whole, opinions like those above would not have been expressed in such a confident and open way. By analogy with the concept of fair trial, the Court for example ruled in *Misha Harutyunyan* case that the use of unlawfully obtained evidence could potentially put in question the fairness of the proceedings as a whole.⁴

Thus, Meltex exhausted all possible means hoping to benefit somehow from the judgment of the European Court, but nothing actually helped. The Parliament effectively blocked all chances of getting license through licensing competition. As to the revision proceedings, the Court of Cassation left no hopes either. It appears that the skeptics were right again when arguing back in 2002 that the Meltex would reopen only as a result of a purely political decision at the domestic level. I hope this is not true, but the fact is that the A1+TV still remains shut while the austere parsimonious style of the European court judgment left more for maneuvering rather than resolving the dispute.

⁴ *Misha Harutyunyan v. Armenia*, no. 36549/03, 28.06.2007, § 63.

The Legal Resolution of the ECHR on Case of *Nikoghosyan and Melkonyan v. Armenia*: The Questions of Proof in the ECHR and the Legal Consequences for the Judicial Practice of the Republic of Armenia

David Khachatryan

I. Facts and Matters of Law on Case, Evidences submitted by the Parties and Opinion of the Court

The applicants referred to article 6, paragraph 1 of the European Convention on Human Rights, pointing out that they were not properly notified about the court hearing (which took place on 10th of June, 2003) and as a result they were not able to participate in the trial, the fact of which entailed breaking the stated above rule of the Convention since the principle of equality of the parties had been breached. The Court established the fact of breach, having specified that the applicants “have not participated in the court hearing of the Appellate Court on civil cases since June 10, 2003 whereas the opposing party was present”. In its judgment the Court has once again confirmed that equality of the parties, although indirectly provided by article 6, paragraph 1 of the Convention, is a constituent element of the fair trial.

The Court decided to unite the applications and to simultaneously examine and resolve the question of acceptability as well as merits. From the very beginning the Court specified that the question of the existence of breach of the stated above provision of the Convention will be solved depending on the fact whether the applicants knew or should know about the court hearing of the Court of Appeals or not, in other words, whether they were properly notified about the date and place of the court hearing.

The Government had two variants of positions to state: (1) to claim that sending a mail to the last known address of permanent residence of the addressee is sufficient grounds for the acknowledgment of the fact of proper notification, or (2)

to prove that the claimants have or should have received the letters. The Government has chosen the second option, which had more perspective, as it is also clear from the text of the Court’s decision itself (paragraph 39), declaring that “it is not clear what were the evidences the Appellate Court on Civil Cases relied on while indicating that “the applicants personally received the notice about the place and date of the court hearing, however were not present at Court”. In other words, the Court clearly distinguishes the fact of notice as actions taken by the Court, and the fact of being notified, because of actions of applicants.

Thereby, the question, being subject to be resolved by the court, was rather the fact of the applicants being notified about the court hearing: whether applicant party has received or should receive the notice or not. And consequently, the gravity of dispute was passed to the issues of the law of evidence, as follows: admissibility and relevance of the evidence use of presumption, sufficiency, etc. Each of the parties adduced their arguments, which the Court appraised from a position of pure competitiveness: each party vindicates the thesis put forward by him/her.

The arguments of the Government, regarding the stated above main question of fact, were reduced to the following: (1) the applicants have been properly notified, however they were not present and falsified the proofs, in support of which the Government has not produced any evidences; (2) according to the established order, the receipt of the letter, in the postal compartment, is recorded in the specific register. Letter receipt at the point of destination (a place of permanent residence) was recorded in the register No 8, but as the copies of records are destroyed during the year, the proofs of this statement were not represented as well; and (3) if the letter in 3 days covered the distance of 100 km from the capital to the dispatch center, from where the letters are sent to a place of permanent residence of the applicants every day, then it is impossible that the same letter covered the distance of 30 km from the dispatch center within 14 days. In other words, the Government, in this case, tried to put forward the presumption of fact as an argument, which was appraised by the Court as suggestion only.

The arguments of the applicant parties were reduced to the following: (1) they received the let-

* Candidate of legal sciences.

ter 7 days later after the court hearing, i.e. June 17, 2003, which was corroborated by the official seal, affixed on the letter by the terminal postal compartment. In reply to this, the Government stated that the origin of the mentioned above seal is unknown; (2) Besides, the second applicant superscribed on the letter that he/she received it exactly on June 17 and not earlier, the response of the Government on this action was that this kind of form of certification is not supported by the procedure of receiving letters, but the legal form is the signature in register No 8; (3) the applicants also referred to the non-existent register No 8, having specified that they have undersigned for the receipt of the letter there, exactly on June 17; and (4) the Court of Cassation itself has admitted their cassation, entered with the violation on the terms of appeal, which was based on their claim that they received the notices on June 17, 2003, i.e. the last fact has been established and already had legally inevitable consequences.

The position of the Court was boiling down to the fact that the Government had not presented enough proof of the receipt of notice letters which was the consequence of the fact that the Government had not at all presented any evidence about the date when the applicants received the letters, and the presumption, adduced by the Government about it being impossible that a letter covers 30km distance within 14 days, whereas the same letter covered the distance of 100 km in 3 days”, is only a suggestion that “the letter should have been delivered on time”. As for the arguments of the applicants, the Court has indicated the existence of two official seals, against the identity of which the Government has only made a statement that they “should not have been affixed”. The Court also agreed with the argument about the acceptance of protest by the Court of Cassation, having declared that “it is not clear why the Court of Cassation has not addressed to them with the facts (stated by the Government) proving the opposite, and has not negated the statement of applicants that they have not been notified on time”.

Later, the Court concluded that the applicants have not been notified properly about the court hearing of the Appellate Court on June 17, 2003. After this the Court referred to the advocacy itself, having stated that the Court has not properly checked the fact of proper notifications of the ap-

plicants. Having established the fact of the lack of proper notifications of the applicants, bringing presented evidence, the Court indicated the violations on rights caused by the stated above fact, namely: the opponent party was present and presented its arguments, regarding which the applicants were not able to express their position, make their verbal comments in support of the claim they ran. Hence, the Court detected the violation of article 6 of the Convention.

The claims included complaints about the violations of other articles of the Convention as well, which were adjudged as unacceptable for the consideration on the merits.

II. The Consequences of the Decision of European Court on Human Rights for Armenia

The decision under consideration had at least three important consequences for Armenia: (1) a change in the concept of the proper notice; (2) more accurate extents of status and authorization of the Court of Cassation as to prevent the judicial error – violation on Convention and (3) the issues of the functional relations between the fact of violation established by the Court and reviewing the case by the domestic Courts, in connection with the specified circumstances.

1. The most important legal effects of the decision under consideration, for the Court practice of Armenia, was the fact that the domestic Courts adjudge the existence of the fact of proper notice only in case it is proved that the notice has not only been sent to the addressees in proper way, but has also been received by them. The proof of this is the return notice sent to the Court via mail, notifying that the addressee has received the Court’s notice. The specified change is a direct consequence of those observations of Court in which it stated that “it is not clear what were the evidences, the Appeal Court on Civil Cases relied on, while indicating that “the applicants personally received the notice about the place and date of the court hearing, however were not present in the Court”.

2. The other important thing is giving the decisive meaning to the extents of authorization of the Court of Cassation. Thus the Government has been asserting that even if the applicants have not participated in the proceeding of the Appellate

Court, the fact of violation was lacking, as “they had the opportunity to express their position in the Court of Cassation”, i.e. the Government gave the applicants an opportunity to correct the error in the further stages of the process. Quite fairly the Court holds the position that the correction or non-admission of the Court error, in the way of guaranteeing the conventional rights, is an opportunity not only for the applicant party, but for the Government as well. That is exactly the original position under which the Court addressed to the power of the Cassation Court, pointing out that the Court of Cassation was authorized to send the case for a new review “based on the existence of the fact of violation on procedural rights of the applicants, which was exactly what they were requesting and which was not done by the Court of Cassation”. The specified judgment is all the more important nowadays, when the credentials of the Cassation Court were extended even broader and is now able to make its own decision, resolving the legal controversy finally.

3. After the Court’s decision under consideration, the applicants appealed to the Cassation Court, requesting revivor per “new basis”, which is the corresponding decision of the European Court. The Cassation Court, being guided by the new conditions of the law, satisfied the mentioned above request and expedited the cause to reopened case being under the consideration of the Court of first instance according to the place of permanent residence of the applicant. However, the applicants think that the decision of the Court is a basis not only for the revivor, but also, for their claim to be solved in their advantage, by the Court of first instance having, their case under reconsideration. The topicality of the specified matter for Armenia is that there is no common opinion about the nature of functional relation between the European Court on Human Rights and National Courts, in point of making reaction on the fact, established by the Court, of violation on rights, guaranteed by the Convention. The decision of the Court is a “new matter”, which serves as a ground for the revivor of the valid judgments of the domestic Courts. Regarding the violation of the procedural law, the question of *restitutio in integrum* became especially topical, thereupon, the Court itself, having invoked the article 41 of the Convention, has

not yet given a thorough disclosure neither of the concept of “partial refund”, nor of “restoration” regarding which Judge Zupanchich fairly takes a notice in his dissenting opinion about the case *Luke v. Italy*, pointing out that in case of the violation on procedural laws the only restoration of the initial position can only be a new judicial enquiry. Otherwise, he fairly remarks, we will come to the following: the result justifies the means.

On the other hand, it only supplements the specified argument, it is necessary to also remember that the Court is not the fourth instance and the winning the case at the European Court on Human Rights does not mean its winning at last degree of jurisdiction. The establishment of the fact of violation on procedural rights of the condemned person is not in cause-and-effect relation with the necessity of his/her discharge at the National Court, after reviewing the case per new matter. Meanwhile, exactly this kind of request was incorporated in the claim of the case under consideration (invalidation of the sale contract and registration of right to joint ownership), the request, which the Court did not accept for the consideration as addressed to the fourth instance.

Restitutio in integrum in such cases should mean not the reproduction of the situation, being existent at the moment of violation of rights, but redirection of that stage of consideration, when this right has been violated, making a new opportunity for the Government to avoid an error or to fix the condition when a mandatory (according to the article 15 of the Judicial Code of the Republic of Armenia) interpretation of the provisions of Convention per the specified matter of right is presented by the Court.

In our opinion, this is exactly what ensues from the status of the Court and its attributes of authority of both – European and domestic courts. If between the fact of establishment of the violation by the Court and satisfaction of the claims of applicants like justification, satisfaction of a claim, etc. by the National Court was a direct cause-and-effect relation, that on the one hand, the Court itself would have been authorized to end the dispute, and on the other hand: the single-variance of the decisions made by the National Courts would have deprived them from the attribute of authorization, i.e. an ability to take decisions on the issues of fact

and right, the decisions that are always made based on the own judicial investigation. In other words, the activity of the National Courts on proceeding in revision per the specified “new matter” could not be a demonstration of judicial duty, but only an exact fulfillment of the decision already taken on the dispute.

So, it is possible that the applicants may be defeated as a result of the new trial on their claim, and this would not be considered neither as non-execution of the Resolution of European Court, nor as a new violation of the Convention.

РЕЦЕНЗИЯ

Современное государство, современная администрация

Леван Изория

При содействии Немецкого Общества Технического Сотрудничества издана книга Левана Изория «Современное государство, современная администрация». Указанная работа была выполнена в рамках стипендии Фонда Александра фон Гумбольдта в результате научного исследования, осуществлённого в Шпайерской университете административных наук.

Работа описывает тенденции формирования и развития современного государства и его администрации, определяет основные приоритеты формирования современной публичной администрации в Грузии.

Труд предоставляет возможность читателю ознакомиться с теорией государства и современной практикой и тенденциями развития государственного управления. Представлены новейшие достижения современной западной науки в области теории управления государством. В исследовании значительное место занимает анализ современных теорий управления и их практическое значение.

Книга представляет предпосылки создания в Грузии институциональной инфраструктуры, соответствующей принципам демократического и современного государства, без которых невозможно представить амбицию любого государства стать полноценным членом современной цивилизации. Книга предлагает теоретические основы, необходимые для развития административной науки в Грузии.

BOOK REVIEW

Contemporary State, contemporary administration

Levan Izoria

Levan Izoria's book "Contemporary State, contemporary Administration" was published with assistance of the Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH. This book was written under the scholarship of the Alexander von Humboldt Foundation and was a result of the research conducted at the German University of Administrative Sciences in Speyer.

The book describes the contemporary state and its administration establishment and development trends, defines key priorities for development of the modern public administration in Georgia at this stage.

The work provides the reader with an opportunity to get acquainted with the theory of state and contemporary practice and trends of the state management development. It also shows the modern achievements of the western science in the area of public administration theory. The research focuses on analysis of contemporary theories and their practical application.

The book describes preconditions for creation of institutional infrastructure of the democratic and a rule of law state; without such it is impossible to imagine an ambition of any state to become a full-fledged member of the modern civilization. The book offers the necessary theoretical basis for development of the administrative science in Georgia.

