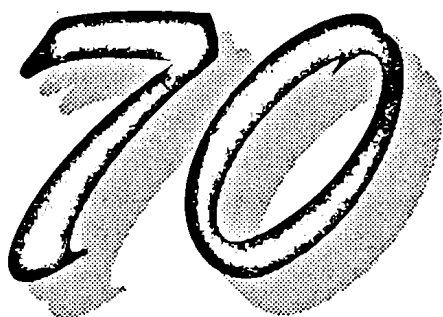


სერგო ჯორბენაძე

Sergo Djorbenadse



საიუბილეო კრებული

Festschrift

ნორმა
NORMA
თბილისი
Tbilissi

1996

კრებული ს შემდგენლები და რედაქტორები

პროფესორი როლფ კნიპერი (ბრემენი)
პროფესორი ლადო ჭანტურია (თბილისი)

Herausgegeben von

Prof. Dr. Rolf Knieper (Bremen)
Prof. Dr. Lado Tschanturia (Tbilissi)

© ნორმა, თბილისი, 1996 წ.

სერგო ჯორბენაძე 70 წლის ხდება! მისი კოლეგები და მეგობრები სხვადასხვა ქვეყნებიდან ერთმა იდეამ გააერთიანა — მიუძღვნან მას საიუბილეო კრებულს.

ამ წიგნში წარმოდგენილი ავტორები და თემები ასახავენ იუბილარის როგორც სამეცნიერო მოღვაწეობის, აგრეთვე მისი ადამიანური ურთიერთობების დიაპაზონს. სტუდენტები და კოლეგები საქართველოდან, რუსეთიდან, გერმანიიდან, ჰოლანდიიდან გამოთქვამენ თავიანთ აზრებს სამოქალაქო და ეკონომიკური სამართლის, საერთაშორისო კერძო სამართლისა თუ არამატერიალურ ფასეულობათა სამართლის შესახებ, საჯარო თუ საპროცესო სამართალთან დაკავშირებით.

მთელი მისი სამეცნიერო ცხოვრების მანძილზე პროფესორი სერგო ჯორბენაძე იყო მოუსუიდავი, კრიტიკული პიროვნება, რაც უდიდეს მეცნიერებს ახასიათებს. რეპრესიებისა და მხელბედობის ქაშის იგი ეოველთვის ერთგული იყო თავისი ინტელექტუალური რწმენისა. მაგრამ მას ხშირად უთქვამს, რომ მისი ცხოვრების ოცნება მხოლოდ გვიან განხორციელდა. იგი ბედნიერად გრძნობს თავს ამჟამად დამოუკიდებელი საქართველოს სამსახურში, ჭეშმარიტად უნივერსალურ ვითარებაში. ესაა მისი მეთავეობით ეროვნული სამოქალაქო კოდექსის შემუშავება და საბოლოო ჩამოყალიბებაში მონაწილეობის მიღება. ეს არის ნაყოფი დაუღალავი მეცნიერული ცხოვრებისა და მუხლჩაუსრელი მოღვაწეობისა.

ჩვენ ვეველანი ვუსურვებთ ბატონ სერგოს, ღმერთმა დიდი დრო მისცეს მას, რათა შეძლოს აგრეთვე თავისი წვლილი შეიტანოს ამ უდიდესი კანონის პრაქტიკულ განხორციელებაშიც.

მისდამი საუკეთესო სურვილებს ვუკავშირებთ ჩვენ აგრეთვე კეთილსურვილებს მისი ოჯახისა და აღორძინებადი საქართველოს მიმართ.

როლფ კნიპერი

ლადო ჭანტურიას

Sergo Djorbenadse wird siebzig Jahre alt! Kollegen und Kolleginnen, Freunde und Freundinnen aus mehreren Ländern haben sich spontan zusammengetan um ihn mit einer Festgabe zu ehren.

Die Autoren und Themen, die in diesem Buch zusammengefaßt sind, spiegeln die Breite der wissenschaftlichen Arbeit ebenso wie die der menschlichen Beziehungen des Jubilars: Schüler und Kollegen aus Georgien, Rußland, Deutschland, Niederland äußern sich zum Zivil- und Wirtschaftsrecht, zum Internationalen Privatrecht und Recht der Immaterial-Güter, zum Gesellschafts- und Prozeßrecht.

Während seines gesamten wissenschaftlichen Lebens ist Professor Djorbenadse der unbestechliche, kritische Geist gewesen, der den größten Wissenschaftler auszeichnet: auch in Zeiten der Repression und Schwierigkeit ist er seiner intellektuellen Überzeugung treu geblieben. Oft aber hat er gesagt, daß der Traum seines Lebens sich erst spät erfüllte. Er füllt sich glücklich, jetzt im Dienste eines unabhängigen Georgiens, aber doch in einer wahrhaft universellen Perspektive, an der Arbeit zu einem nationalen Zivilgesetzbuch teilnehmen und sie wesentlich beeinflussen zu können. Es ist die Summe eines erfüllten wissenschaftlichen Lebens und das Ergebnis unermüdlichen Studiums.

Wir alle wünschen ihm, daß er noch lange Zeit haben wird, auch noch die praktische Umsetzung dieses größten Gesetzes begleiten und beeinflussen zu können.

Mit den besten Wünschen an ihn verbinden wir Wünsche an seine Familie und an ein prosperierendes Georgien.

Rolf Knieper

Lado Tschanturia

შინაარსი

მისაღმება პროფესორ სერგო ჯორბენაძეს
პენინგ შერფი, დოქტორი, ბრემენის მიწის სენატის
პრეზიდენტი, ქალაქის მერი.....1

Gruß an Professor Dr. Sergo Djorbenadze
Dr. Henning Scherf, Präsident des Senats des Landes Bremen
Bürgermeister..... 2

ბატონი სერგო
ზურაბ ანვლედიანი, თბილისის სახელმწიფო
უნივერსიტეტის პროფესორი..... 4

Überlegungen zur Rechtsreform -
Zu Ehren von Professor Sergo Djorbenadze
Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Knieper, Universität Bremen.....11

მოსაზრებანი სამართლებრივი რეფორმის თაობაზე.
პროფესორ სერგო ჯორბენაძის პატივსაცემად
როლფ კნიპერი, პროფესორი, დოქტორი, თბილისის
სახელმწიფო უნივერსიტეტის საპატიო დოქტორი (ბრემენი).....21

კანონი მეწარმეთა შესახებ და საკორპორაციო
სამართლის წარმოშობა საქართველოში
ლაადო ჭანტურია, იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორი,
პროფესორი..... 32

Проблемы кодификации гражданского законодательства
Джомарджидзе Леван Семёнович
Доктор юридических наук, профессор..... 56

კონდიქციურ ვალდებულებათა საფუძვლები
რომან შენგელია, იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორი,
პროფესორი.....67

**Realerfüllung oder Schadensersatz:
ein internationaler Konsens?**

Ronald Kandelhard, Wissenschaftlicher Mitarbeiter

Universität Bremen..... 75

რეალური შესრულება თუ ზიანის

ანაზღაურება: საერთაშორისო კონსენსუსი?

*რონალდ კანდელჰარდი, მეცნიერ-თანაშრომელი,
ბრემენის უნივერსიტეტი*..... 103

**Subjektive oder objektive Vertragshaftung?
Ein rechtsvergleichender Blick auf die Rolle des
Verschuldens im Vertragsrecht**

Mario Pellegrino, Universität Bremen..... 133

სუბიექტური თუ ობიექტური

სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობა?

მარიო პელეგრინო, ბრემენის უნივერსიტეტი..... 151

**Charter capital of a legal person in the New Russia
Civil Code and in Russian tax legislation:**

coordination across branches of law

*William B. Simons, Institute of East European Law and Russian Studies,
Leiden University Faculty of Law*..... 170

**Уставный капитал юридического лица в новом
Гражданском Кодексе России и российском
налоговом законодательстве: координация
отраслей права**

*Уильям Б. Саймонс, Институт Восточно-Европейского
права и изучения России, Лейденский Университет,
юридический факультет*..... 184

**საკუთრების უფლების წარმოშობის საფუძვლები
ძველ ქართულ სამართალში (ნაპოფარი და განძი)**

*ბესარიონ ზოიძე, იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორი,
პროფესორი*..... 202

**Некоторые вопросы правовой охраны
кинематографических произведений**

*Марк Монссевич Богуславский,
Доктор юридических наук, профессор (Москва).....217 →*

**საქართველოში სამრეწველო საკუთრების დაცვის
ზოგიერთი საკითხი**

*დავით ძამუკაშვილი, იურიდიულ მეცნიერებათა კანდიდატი
(საქსატენტი)..... 226*

**Der Entwurf des Georgischen Zivilgesetzbuches
und die Reform des georgischen Zivilprozessrechts**

Prof. Dr. Helmut Heinrichs, Kellenhusen / Bremen.....236

**საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის
პროექტი და საქართველოს სამოქალაქო
საპროცესო სამართლის რეფორმა**

პელმუტ შაინრიხსი, პროფესორი, ბრემენი..... 246

**საქართველოს ახალ სამოქალაქო საპროცესო
კანონმდებლობაში შეჯიბრებითობისა და
დისპოზიციურობის პრინციპთა
თანაფარდობის პრობლემები**

ნინო ხოფერიძე, ასპირანტი, ბრემენის უნივერსიტეტი..... 259

**Der Mandatsvertrag zwischen dem
Rechtssuchenden und dem Rechtsanwalt**

Dr. Rudolf Lauda, Frankfurt/M..... 265

**სამანდატო ხელშეკრულება მოსარჩელესა და
ადვოკატს შორის**

რუდოლფ ლაუდა, დოქტორი, ფრანკფურტი.....271

**Reform und Transformation
des Insolvenzrechts**

Jürgen Thieme, Hamburg und Zeit.....279

**გაკოტრების სამართლის რეფორმა
და ტრანსფორმაცია**

იურგენ თიემე, ჰამბურგი და ჯაიტი..... 309

გაკოტრების სამართლის ზოგიერთი საკითხი

როინ მივრიაული, ასპირანტი, ბრემენის უნივერსიტეტი..... 347

**პასუხისმგებლობა ბუნებრივ გარემოზე
მიყენებული ზიანისათვის**

*აკაკი ლაბარტყავა, იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორი,
პროფესორი*..... 357

სასოფლო-სამეურნეო მიწის საკუთრება გერმანიაში

*ვოლფგანგ ვინკლერი, პროფესორი, დოქტორი
(გეტინგენი, გერმანია)*.....364

**სასამართლოს მიერ საწარმოს რეგისტრაციის
ზოგიერთი საკითხი**

მარიამ ცისკაძე, იურიდიულ მეცნიერებათა კანდიდატი..... 379

**ეროვნული ბანკის ადგილი საქართველოს
საბანკო სისტემაში**

*მზია დუნდუა, თსუ სამოქალაქო სამართლის კათედრის
მასწავლებელი*..... 387

**სამოქალაქო სამართალი და სისხლის სამართალი
(შედარებითი ანალიზი)**
*გურამ ნაჭყებია, იურიდიულ მეცნიერებათა კანდიდატი,
დოცენტი..... 396*

**სასჯელის მიზნების საკანონმდებლო
განსაზღვრების შესახებ**
*გიორგი ტყეშელიაძე, იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორი,
პროფესორი.....405*

მარტინ ლუთერის თეზისები
*გურამ კუტალია, ისტორიულ მეცნიერებათა კანდიდატი,
დოცენტი.....411*

მისალმება პროფესორ სერგო ჯორბენაძეს

დოქტორი პენინგ შერფი
ბრემენის სენატის პრეზიდენტი,
ქალაქის მერი

პროფესორ სერგო ჯორბენაძეს ვიცნობ 1993 წლიდან. მაშინ იგი ესტუმრა ბრემენს იუსტიციის მინისტრ თედო ნინიძესთან და პარლამენტარებისა და მეცნიერების ჯგუფთან ერთად. მან მოინახულა უნივერსიტეტი, იუსტიციის სენატორი, ქალაქის სასამართლოები — მაშინ მის მიერ ჯერ კიდევ “დასავლეთ გერმანიაში” წოდებული მხარე.

მას, ქართული სამოქალაქო სამართლის მამამთავარს, სრულიად ბუნებრივად მოეჩვენა ის, რომ უნდა წაეკითხა მოხსენება თავისი ქვეყნისა და ახალი სამოქალაქო და სამეურნეო სამართლის განვითარების შესახებ. მან გამოიყენა შესაძლებლობა, რათა ესაუბრა ევროპასა და წინა აზიაში სამოქალაქო სამართლის ისტორიის შესახებ, მეცხრამეტე საუკუნის დიდი კოდიფიკაციების შესახებ, რომელთაგან საქართველო, გერმანიასა და ევროპასთან არსებული მჭიდრო ინტელექტუალური კავშირის მიუხედავად, პოლიტიკური მიზეზების გამო მოწყვეტილი იყო, აგრეთვე უფრო ძლიერი საერთო სოციალური გაწონასწორების შესახებ, რომელშიც საქართველოს მონაწილეობა ესოდენ სასურველია. მეცხრამეტე საუკუნის პანდექტური მეცნიერების თავისი ღრმა ცოდნით მან ზოგიერთი გერმანული კოლეგა გააოცა. თავისი უშუალო მახსოვრობიდან მას შეუძლია მოიყვანოს იტატები იერინგის, სავინისა და ვინდშაიდის ქმნილებებიდან.

მოხსენებისა და დისკუსიების დროს ჩემს წინაშე წარსდგა ისუფალი სულის გამოვლინება, ქართველი, რომელსაც თავისი ახლო უყვარს და ღრმად განიცდის მის გაჭირვებას სამოქალაქო ომის გამო და, ამასთან ერთად, იგი გახსნილია სამყაროსათვის. ცნობისმოყვარეა და მზად არის იღვაწოს ეთნიკური ბარიერებისგან თავისუფალ, ღია საქართველოში. ბრემენში ყოფნის დროს იგი დაუღალავად შრომობდა, ეძებდა სიახლეებს.

თავისი შემოქმედებითი ოცნება მან განახორციელა სამოქალაქო კოდექსის შექმნით, რომელშიც განმტკიცებულია კონტინენტური ევროპის

სამართლებრივი ტრადიციები და იმპეროულად გათვალისწინებულია კროვნული თავისებურებები და საერთაშორისო სიახლეები. ამ ნაშრომის შექმნა იყო ბრემენის უნივერსიტეტის კოლეგებთან მისი თანამშრომლობის დიდი სურვილის კიდევ ერთი განხორციელება. ეს დიდი შრომა, რომლის სულის ჩამდგმელი პროფესორი ჯორბენაძეა, თითქმის დასრულებულია. მე ვუსურვებდი ბატონ პროფესორს, რომ ამ კანონის განხორციელებაშიც მიიღოს მონაწილეობა. ეს ისეთავე რთული ამოცანაა, როგორც კოდექსის შექმნა და საჭიროებს მეცნიერს, რომელსაც ისეთი თვისებები ახასიათებს, როგორცაა ღრმა პროფესიონალიზმი და უანგარობა, ანუ ის თვისებები, რომლებიც მე პროფ. ჯორბენაძის პიროვნებაში მეკვლინება.

Gruß an Professor Dr. Sergo Djorbenadze

Dr. Henning Scherf
Präsident des Senats des Landes Bremen
Bürgermeister

Professor Sergo Djorbenadze ist mir seit 1993 bekannt. Mit dem Justizminister Dr. Ninidze und einer Gruppe von Parlamentariern und Wissenschaftlern besuchte er damals Bremen - die Universität, den Justizsenator, die Gerichte der Stadt - zu einem ersten Aufenthalt im damals noch von ihm "westliches Deutschland" genannten Land.

Wie selbstverständlich fiel ihm, dem Nestor des georgischen Zivilrechts, die Rolle zu, in einem Vortrag über sein Land und die neuere Zivil- und Wirtschaftsrechtsentwicklung zu berichten. Er hat die Gelegenheit genutzt, allgemeine Überlegungen zum Zivilrecht zu entwickeln, zu seiner Geschichte in Europa und in Vorderasien, zu den großen Kodifikationen im 19. Jahrhundert, von denen Georgien aus politischen Gründen abgeschnitten blieb trotz enger intellektueller Verbindungen, die immer zu Europa und zu Deutschland bestanden hatten, zu den Modernisierungen in Richtung auf größere soziale Ausgewogenheit, an denen Georgien nun teilzuhaben

wünscht. Mit seinen profunden Kenntnissen über die Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts vermochte er manchen deutschen Kollegen in Verlegenheit zu bringen. Aus der Erinnerung ruft er Zitate von Ihering, Savigny und Windscheid ab.

In Vortrag und Diskussion trat mir ein freier Geist entgegen, der sich nicht hat verbiegen lassen, ein Georgier, der seine Heimat liebt und unter ihrer Misere und dem Bürgerkrieg psychisch leidet, der aber gleichzeitig weltoffen, neugierig und bereit ist, für ein Georgien in einer offenen Welt ohne ethnische Schranken zu arbeiten. Unermüdlich hat er in Bremen gefragt, geschaut, das Neue zu begreifen gesucht.

Sein Traum von einem Lebenswerk erfüllt sich mit der Schaffung eines georgischen Zivilgesetzbuches, das er in der kontinentaleuropäischen Tradition verankern möchte, nicht ohne nationale Besonderheiten und internationale Modernisierungen zu berücksichtigen. In diesem Werk hat er die Zusammenarbeit mit Kollegen der Universität Bremen gesucht und gefunden. Das Werk steht vor dem Abschluß, angetrieben von der Energie von Prof. Djorbenadze. Ich wünsche ihm, daß er Zeit haben wird, die Implementierung zu begleiten. Dies ist eine Aufgabe, die ebenso schwierig ist wie die Redaktion und sie braucht Gelehrte von der Statur und Unbestechlichkeit mit einem Sinn für Angemessenheit, wie ich sie bei Prof. Djorbenadze kennengelernt habe.

ბატონი სერგო

პროფესორ სერგო ჯორბენაძის მრავალმხრივი სამეცნიერო მოღვაწეობა, რამაც მნიშვნელოვანი წვლილი შეიტანა სამართლებრივი მეცნიერების განვითარებაში, ძირითადად სამოქალაქო სამართლის პრობლემებს ეხება. თუმცა მცირე როდია მისი წვლილი სამართლებრივი აზრის, სამართლის ისტორიისა და პოლიტიკურ მოძღვრებათა ისტორიის განვითარებაში.

სამოქალაქო სამართლის მრავალ პრობლემას შორის, რომლებიც ბატონ სერგო ჯორბენაძის სამეცნიერო ინტერესებში შედის, უპირველესად უნდა აღინიშნოს საკუთრების პრობლემა.

დასამალი როდია, რომ საბჭოთა ხელისუფლების პერიოდში საკუთრების პრობლემის კვლევა ერთგვარად შეზღუდული იყო, მაგრამ მეცნიერმა იურისტებმა კარგად იცოდნენ, რომ აუცილებელი იყო სამართლის ამ უკვდავი ინსტიტუტის განვითარება. სწორედ ასეთ მეცნიერთა მეცადინეობით შეიქმნა ბევრი საყურადღებო ნაშრომი, გამოითქვა მეტად მნიშვნელოვანი მოსაზრებები, რომლებსაც უკვალოდ არ ჩაუვლია. სწორედ ასეთ ნაშრომთა რიცხვს მიეკუთვნება პროფ. სერგო ჯორბენაძის ნაშრომი “სახელმწიფო სოციალისტური საკუთრების წარმოშობა”. ამ ნაშრომში მეცნიერული კეთილსინდისიერებით არის გამოკვლეული წარმოშობა საკუთრებისა, რომელსაც მრავალი ათეული წლის განმავლობაში გაბატონებული მდგომარეობა ეჭირა და მრავალი მილიონი ადამიანის სასიცოცხლო ინტერესების განმსაზღვრელი იყო. ეს ნაშრომი როდი შემოიფარგლება მხოლოდ სოციალისტური საკუთრების წარმოშობის საკითხებით. მისი დიდი ნაწილი ეხება საკუთრების საკითხს საერთოდ, რაც მნიშვნელოვან წვლილად უნდა ჩაითვალოს ამ პრობლემის კვლევის სფეროში. ვინც ამ ნაშრომს გაეცნობა, დარწმუნდება, რომ მასში გამოთქმული მრავალი მოსაზრება თანამედროვე ეპოქისთვისაც მრავალ საყურადღებო და გასათვალისწინებელ დებულებას მოიცავს. ეს ნაშრომი ყურადსაღებია ასევე სამართლის ისტორიის მკვლევართათვის.

აღნიშნულის გარდა, საკუთრების ურთიერთობებს პროფესორ ჯორბენაძის მრავალი ნაშრომი ეძღვნება (“საკუთრება და საკუთრების უფლება”, “პირადი საკუთრება სსრ კავშირში და სხვა”).

1973 წელს გამოვიდა სერგო ჯორბენაძის მონოგრაფია “საცხოვრებელი სახლის საკუთრება და მოქალაქეთა საბინაო უფლებამოვალეობანი”. საბინაო საკითხი თვით ავტორის სიტყვებით რომ

ვთქვათ, "ისევე ძველია, როგორც თვით ადამიანთა საზოგადოების ისტორია". ეს ნაშრომი საბინაო კანონმდებლობის მხოლოდ კომენტარი და დებულებათა მშრალი გადმოცემა როდია. ნაშრომის თუნდაც ის ნაწილი, რომელიც ადამიანის საცხოვრებელ სადგომს შეეხება, შეიძლება ითქვას, რომ წარმოადგენს საცხოვრებელი სახლის ისტორიის მნიშვნელოვან გამოკვლევას. ნაშრომში გამოთქმული ბევრი მოსაზრება ახალი კანონმდებლობის შექმნის ბაზას წარმოადგენს.

მრავალი ნაშრომი მიუძღვნა პროფესორმა ჯორბენაძემ საოჯახო სამართლის საკითხებს. მათ შორის საკმარისია დავასახელოთ თუნდაც დამხმარე სახელმძღვანელო "საბჭოთა საოჯახო სამართალი". წიგნი გამოსვლისთანავე პოპულარული გახდა, რაც გამოწვეული იყო არა მხოლოდ განხილულ საკითხთა სიღრმითა და მეცნიერული ღონით, არამედ ასევე გადმოცემის ფორმით. მიუხედავად იმისა, რომ წიგნის გამოსვლიდან ორმოცი წელი გავიდა, მასში გამოთქმული სამომავლო მოსაზრებები ფასდაუდებელია საოჯახო სამართლის დარგში დღევანდელ საკოდიფიკაციო მუშაობაში.

სერგო ჯორბენაძის უამრავ სამეცნიერო ნაშრომში, რომელთა რაოდენობა ოთხ ასეულს აღემატება და რომელთა ნაწილის ჩამოთვლაც კი აქ შეუძლებელია, სამართლის მრავალი აქტუალური საკითხია გამოკვლეული. ოდნავ მაინც რომ გახდეს თვალსაჩინო ამ საკითხთა მნიშვნელობა და აქტუალობა, დავასახელებთ თუნდაც რამდენიმეს:

1. სამოქალაქო პასუხისმგებლობის სპეციფიკური საკითხები, განსაკუთრებით პასუხისმგებლობა ბრალის გარეშე და პასუხისმგებლობა უკიდურესი აუცილებლობის პირობებში. პროფესორ ჯორბენაძის შეხედულებამ უკიდურესი აუცილებლობის პირობებში "პასუხისმგებლობის მოდელის" გამოყენების შესახებ, დიდი მოწონება დაიმსახურა როგორც საკანონმდებლო შემოქმედებაში, ისე სამართლის თეორიაში. ამიტომ სამეცნიერო სტატიაში "სამოქალაქო კანონმდებლობაში უკიდურესი აუცილებლობის შესახებ" (გამოქვეყნდა 1960 წელს ჟურნალში "Советское государство и право", შემდგომ კი გერმანულ ჟურნალში) თავიდანვე მიიქცია ყურადღება.

2. მოქალაქეთა რეაბილიტაციის სამართლებრივი შედეგები. პროფ. ს. ჯორბენაძემ დაასაბუთა ახალი პრინციპული დებულება მოქალაქეთა რეაბილიტაციის სამართლებრივი შედეგების შეუქცევადობის შესახებ, როგორც ქონებრივ, ისე პირად სფეროში.

3. იურიდიული აქსიომების საკითხი. საყოველთაოდ აღიარებული აზრისაგან განსხვავებით სერგო ჯორბენაძემ ახლებურად დაასაბუთა იურიდიული აქსიომების, როგორც ეთიკურ-სამართლებრივი პრინციპე-

ბის ერთობლიობის, გამოყენების აუცილებლობა სამართლებრივ აღზრდაში.

განსაკუთრებით ხაზგასასმელია ბატონ სერგო ჯორბენაძის კვლევები საავტორო სამართალში. ამიტომ სრულიად ბუნებრივი იყო, რომ იგი სათავეში ჩაუდგა საავტორო სამართლისა და სამრეწველო საკუთრების შესახებ ახალი კანონმდებლობის შემუშავებელ კომისიას.

ჩამოთვლილი მხოლოდ მცირე ნაწილია იმ ზღვა საკითხთა შორის, რომლებიც ღვაწლმოსილი მეცნიერის სამეცნიერო წერილებშია გამოკვლეული.

უჭველად აღნიშვნის ღირსია პროფ. ჯორბენაძის ღვაწლი ქართული სამართლის ისტორიისა და პოლიტიკურ მოძღვრებათა ისტორიის კვლევის საქმეში. დავასახელებ თუნდაც ერთ-ერთ სამეცნიერო კრებულში დაბეჭდილ სტატიას “ქართული სამართალი რუსეთის იმპერიის კანონთა კრებულში”. დაბეჯითებით უნდა ითქვას, რომ ამ სამეცნიერო წერილმა გზა გაუხსნა სამართლის ისტორიის მკვლევარებს მეტად მნიშვნელოვან პრობლემაზე მუშაობისათვის. მან ბრწყინვალე გამოკვლევები მიუძღვნა ი.ჭავჭავაძის, იაგორ ჭილაშვილის (ე. ჩილაევის) და სხვათა სამართლებრივ შეხედულებებს.

პროფესორ ჯორბენაძის შრომებში გამოკვლეულია უმაღლესი სკოლისა და მეცნიერების ორგანიზაციის სამართლებრივი საკითხები. განსაკუთრებით აღსანიშნავია სქელტანიანი გამოკვლევა, რომელიც რუსეთის აკადემიისა და საქართველოს სამეცნიერო დაწესებულებათა ურთიერთობის ისტორიას ეხება (Учреждения А.Н. СССР Тбилисский университет. Документы и факты, 1974). შესანიშნავი შრომა უძღვნა მან ასევე იურიდიულ ფაკულტეტებსა და უმაღლესი სკოლების დიდაქტიკის საკითხებზე ფსიქოლოგიური თეორიის დამაარსებელს ლ.ი. პეტრაჟიციკის შეხედულებებს. (ეს გამოკვლევა პოლონურ ენაზეც ითარგმნა).

ბატონმა სერგომ აქტიური მონაწილეობა მიიღო ქართული იურიდიული ტერმინოლოგიის დადგენის საქმეშიც და დღესაც აქტიურად იღწვის ამ მიმართულებით.

ცალკე აღნიშვნის ღირსია ნაშრომი “კ. დ. უშინსკი - გამოჩენილი რუსი იურისტი” (რუსულ ენაზე). ამ ნაშრომის მნიშვნელობაზე თუნდაც ისიც მეტყველებს, რომ მის გამოცემამდე უდიდესი რუსი პედაგოგის კ. დ. უშინსკის როლზე რუსული სამართლებრივი აზრის განვითარებაში რაიმე გამოკვლევა არ არსებობდა (გარდა 1911 წელს გამოქვეყნებული პეტროვსკის სტატიისა).

ამ ნაშრომში ნათლად წარმოჩინდა კ. დ. უშინსკის სამართლებრივი

მსოფლმხედველობა, მისი შეხედულებები ჰეგელის სამართლის ფილოსოფიაზე, სამოქალაქო და სამეურნეო სამართლის თანაფარდობაზე და სხვა. ეს ნაშრომი, რომელიც აგებულია პირველწყაროებისა და ლიტერატურის ღრმა ცოდნაზე, უეჭველად წარმოადგენს მნიშვნელოვან წვლილს არა მხოლოდ კ. დ. უშინსკის მეცნიერული მემკვიდრეობის გამოკვლევაში, არამედ რუსული იურიდიული აზრის შესწავლაში.

ნაშრომმა უშინსკის შესახებ უჩვეულო გამოხმაურება გამოიწვია მეცნიერთა მხრივ. სამწუხაროდ, აქ შეუძლებელია მოვიყვანოთ ყველა ის აღფრთოვანების გამომხატველი გამოხმაურება, რაც ამ წიგნს მოჰყვა (სასურველია ისინი ცალკე გამოქვეყნდეს), მხოლოდ რამდენიმე გამონათქვამით შემოვიფარგლები:

“საუცხოო ნაშრომია! გაიხსნა სამამულო სამართლებრივი აზრის ისტორიის სრულიად ახალი გზა”... (პროფ. ს. ს. ალექსევი).

“მიგვაჩნია, რომ ის (ლაპარაკია ს.ჯორბენაძის ნაშრომზე) სამართლიანად დაიჭერს ერთ-ერთ საპატიო ადგილს დიდ რუს პედაგოგზე შექმნილ ლიტერატურაში”.. (აკადემიკოსი მ.ი.კონდაკოვი).

“თქვენ თვალი აგვიხილეთ და ჩვენ გავიგეთ კიდევ ერთი დიდი იურისტის შესახებ”... (პროფ. ი. ს. სამოშენკო).

“ჩვენთვის ეს აღმოჩენა იყო, მადლობა თქვენი ახალი, რთული, გაბედული შრომისათვის”... (პროფ. გ. ნ. პეროვი).

“თქვენ აღმოაჩინეთ კ.დ.უშინსკი ყველასათვის, ვისაც უყვარს იურიდიული მეცნიერება” (ს. ნ. კორნეევი).

პროფესორ სერგო ჯორბენაძის მეცნიერული კვლევის ცალკე სფეროა თბილისის უნივერსიტეტის ისტორია. საყოველთაოდ ცნობილია, რომ თბილისის უნივერსიტეტის შექმნით დაიწყო ქართული მეცნიერებისა და კულტურის აღორძინება. უნივერსიტეტი გახდა საქართველოს ყველა უმაღლესი სკოლის ფუძე. “მან, - აღნიშნავს პროფ. ს.ჯორბენაძე, - სიცოცხლე და ძალა მისცა რესპუბლიკის ბევრ სამეცნიერო-საკვლევ კერას, ხოლო თვითონ მეცნიერებისა და კულტურის მასაზრდოებელი დედა, გამუდმებით ძლიერდებოდა და ხალხის გულიდან უწყვეტად აღმოაჩენდა და წარმოაჩენდა ახალ, უშრეტ ძალას.”

ბატონმა სერგომ – უნივერსიტეტის აღზრდილმა და მისმა დიდმა პატრიოტმა, ფასდაუდებელი ღვაწლი დასდო თბილისის უნივერსიტეტის დაარსებისა და მისი განვითარების საკითხთა კვლევას. გადაუჭარბებლად შეიძლება ითქვას, რომ მან საფუძველი დაუდო საქართველოს ისტორიის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი მოვლენის - უნივერსიტეტის შექმნისა და განვითარების ისტორიის შესწავლას. თბილისის უნივერსიტეტის შექმნის ისტორიის შესწავლის მნიშვნელობას ისიც აძლიერებს.

რომ უნივერსიტეტის შექმნის გზა ვარდებით როდი იყო მოფენილი. იგი პატრიოტ მეცნიერთა მცირე ჯგუფის, რომელსაც ივანე ჯავახიშვილი მეთაურობდა, ხანგრძლივი ბრძოლის შედეგია. 1938 წელს უნივერსიტეტის ოცი წლისთავისადმი მიძღვნილ საიუბილეო სამეცნიერო სესიაზე ივანე ჯავახიშვილის მოხსენებას უბრალოდ როდი ეწოდა “ბრძოლა საქართველოში უნივერსიტეტის დაარსებისათვის.” (პირველად ეს მოხსენება ს.ჯორბენაძემ გამოაქვეყნა 1972 წელს). დიახ, ბრძოლითაა მოპოვებული საქართველოს უპირველესი მეცნიერული ტაძარი და დიდად დასაფასებელია მისი ისტორიის უპირველესი მკვლევარის ბატონ სერგო ჯორბენაძის ღვაწლი.

მრავალ შრომას შორის, რომლებიც უნივერსიტეტის ისტორიას მიეძღვნა, დავასახლებთ თუნდაც ერთს “თბილისის უნივერსიტეტის მოკლე ისტორია”. თბილისის უნივერსიტეტის ისტორიისადმი მიძღვნილი გამოკვლევების შედეგები თარგმნილია რუსულ, ინგლისურ, გერმანულ და ფრანგულ ენებზე.

საქართველოში განათლების, მეცნიერების განვითარებისათვის თავდადებულ პირთა ღვაწლის დაფასება და მათი წარმოჩენა, სხვა რომ არა ვთქვათ, კეთილშობილური საქმეა. ამ მხრივ სერგო ჯორბენაძის ღვაწლიც უდაოდ დასაფასებელი და აღნიშვნის ღირსია. მან მრავალ ქართველ მეცნიერსა და მოღვაწეს უძღვნა სპეციალური გამოკვლევები და მრავალი დავიწყებული ნაშრომი გამოაქვეყნა. აქ უპირველეს უნდა დავასახელოთ “ცხოვრება და ღვაწლი ივანე ჯავახიშვილისა”. ეს ნაშრომი ავტორის მრავალი წლის დაუღალავი შრომის შედეგია. ამაზე მიუთითებს თუნდაც ის ფაქტი, რომ ნაშრომის დასაწერად ოთხი ათასზე მეტი ახალი საარქივო მასალა, დოკუმენტი, საგაზეთო ცნობა და ფაქტია გამოყენებული.

ნაშრომის წინათქმაში ავტორი წერს “ძნელია აღწერო იმ პიროვნების ცხოვრება, შრომანი და ღვაწლი, რომლის შესახებ ყველაფერი - დეტალებიც და ძირითადი მომენტებიც უნდა დარჩეს ხალხს” მართლაც დიდ ნიჭსა და შრომას მოითხოვდა “ხალხის მარადიული შვილის” ცხოვრებისა და ღვაწლის ეგზომ წარმოჩინება, როგორც ეს პროფესორმა სერგო ჯორბენაძემ შეძლო.

უდიდესი სითბოთი, ღვაწლის დაფასების კეთილშობილი სურვილებითაა აღსავსე ეს წიგნი. იგი ნიმუშია იმისა, თუ როგორ უნდა გვიყვარდეს და ვაფასებდეთ სამშობლოსათვის თავდადებულთ.

წიგნში პირველადაა მოცემული ივანე ჯავახიშვილის - ადამიანის, მოქალაქის, პიროვნების და საზოგადო მოღვაწის - სრული მეცნიერული ბიოგრაფია. შესწავლილია ივანე ჯავახიშვილის ქართული ცივი-

ლიზაციის კვლევაში ეპოქის შემქმნელი ნაწარმოებების დაწერის ისტორია, რაც მანამდე არ გაკეთებულა.

ქართველი კაცი დიდი სიამაყით კითხულობს და წაიკითხავს ამ წიგნს და შეიტყობს იმ დიდი ღვაწლის შესახებ, რომელიც ივანე ჯავახიშვილს მიუძღვნის თბილისის უნივერსიტეტის დაფუძნებისა და ეროვნული მეცნიერების თითქმის ყველა დარგის განვითარების საშვილიშვილო საქმეში.

სათანადო ღვაწლი დასდო პროფ. ს. ჯორბენაძემ სხვა ქართველ მოღვაწეებსაც. მან შესანიშნავი გამკვლევები მიუძღვნა აკაკი შანიძეს, ექვთიმე თაყაიშვილს, ანდრია ბენაშვილს, იოსებ ყიფშიძეს, დიმიტრი უზნაძეს, გიორგი ჩუბინაშვილს, პეტრე მელიქიშვილს, გრიგოლ ფილიმონის ძე წერეთელს, ნიკო კეცხოველს, ნიკო მუსხელიშვილს, გიორგი ახვლედიანს, ივანე ბერიტაშვილს, კონსტანტინე გამსახურდიას, შვილიშვილს, ალექსანდრე ჯანელიძეს და ზურაბ ავალიშვილს.

დიდა ბატონ სერგო ჯორბენაძის დამსახურება იურისტთა აღზრდის საქმეში. ის ბრწყინვალე პედაგოგია. მას აქვს ურთულესი იურიდიული დებულების ისე გადმოცემის უნარი, რომ ატყვევებს მსმენელს. მისი ლექციები გამოირჩევა ორიგინალობით, სავსეა მაგალითებით, შედარებებით, ისტორიული ექსკურსებით, სიასლით. სტუდენტებისადმი მომთხონი, საოცრად გულთბილი, მას მხედველობიდან არ გამორჩება არც ერთი ნიჭიერი და ბეჯითი ახალგაზრდა, რჩევა-დარიგებას აძლევს მათ, უქმნის მუშაობის პირობებს. ახალგაზრდობისადმი მიძღვნილ ერთ-ერთ ნაშრომში პროფ. ს. ჯორბენაძე აღნიშნავს “მაენა ყოველგვარი წარმოდგენა ეროვნული განსაკუთრებულობის შესახებ. ამ გზით თქვენ შეიძლება საკუთარი ხალხის სიზარმაცე და ჩამორჩენილობა გაამართლოთ. ერთ-ერთი ამგვარი ყალბი შეხედულებაა ჩვენი ახალგაზრდობის შესახებ ის, რომ იგი ნიჭიერია, თუმცა ზარმაციაო, თითქოსდა, ცალკე აღებული ნიჭიერება რაიმე სარგებლობის მომტანი იყოს, თუ მას არ ახლავს დაყინებული, სისტემატური, მაღალნაყოფიერი შრომა, ურომლისოდაც სრულიად წარმოუდგენელია რაიმე სერიოზული მიღწევების მოპოება, ხალხთა შორის მნიშვნელოვან შემოქმედებით შეჯიბრებაში საპატიო ადგილის დაკავება”.

პროფესორ ჯორბენაძის ერთ-ერთი ძირითადი საზრუნავი მეცნიერთა აღზრდაა. იმდენად დიდა მისი სურვილი ქართული მეცნიერების დაწინაურებისა, რომ ერთ-ერთ ინტერვიუში ამბობს - “თბილისის უნივერსიტეტის 100 წლისთავზე იმედი მაქვს, ჩვენი უნივერსიტეტის აღზრდილთა შორის ნობელის პრემიის ქართველი ლაურეატიც იქნება”.

საქართველოში ცივილურ მეცნიერებათა სფეროში არ დაცულა

ისეთი დისერტაცია, რომელიც ბატონ სერგო ჯორბენაძის ხელდასმული არ იყოს. ბატონ სერგოს ბევრი მეგობარი, მოკეთე, მოსიყვარულე ადამიანი ჰყავს და არა მხოლოდ საქართველოში. მისი ადამიანური სითბო, ტაქტი ადამიანებთან ურთიერთობაში გატყვევებთ და მასთან ურთიერთობა დიდი სიამოვნების მომგვრელია. აი, როგორ რჩევას აძლევს ის ახალგაზრდებს - "თუ წყენა ნახეთ ახლობლისაგან, მეზობლისაგან, უცნობისაგან ნუ იფიქრებთ აუცილებელ რევანშზე, შურისგებაზე. წყენის გაბათილების ყველაზე სწორი და გმირული გზაა მისი დავიწყება. არადა, სწორედ წყენა, ზოგჯერ დაუფიქრებელი ხუმრობით ნათქვამი, ქცეულა შემდგომში უბედურების სათავედ. მართლაც, რომ "წყენააო ჭირთა ბუდე". რეალურად მწვავე კონფლიქტური სიტუაცია სულ ადვილად შეიძლება განმუხტოს ბოდიშის მოხდამ. ბოდიშის მოხდა თავის დამცირება როდია. იგი ყველაზე სწორი და ეფექტური გზაა მრავალი მძიმე დარღვევის თავიდან ასაცილებლად. ვინც შეცდა, უნდა მოერიოს საკუთარ თავს, გადასძლიოს მისმა გონიერებამ და პირველმა თვითონ აღიაროს დაშვებული შეცდომა".

ბოლო წლებში ბატონმა სერგომ იტვირთა ისეთი დიდი საქმის ხელმძღვანელობა, როგორიცაა სამოქალაქო კოდექსის პროექტის შემუშავება. პროექტზე მუშაობისას მთელი სიღრმით გამოვლინდა მისი დიდი ცოდნა და ერუდიცია. ჩვენც კი, მისი ახლობლები, რომლებიც კარგად ვიცნობთ ბატონ სერგოს, ხშირად გაკვირვებული ვრჩებოდით მისი მიგნებებით, მსოფლიო კანონმდებლობის ცოდნით, საკითხთა გააზრებით. უცხოეთის ცნობილ სპეციალისტებთან შეხვედრისას, მათთან კამათში თვალნათლივ გამოვლინდა, რომ ბატონი სერგო ჯორბენაძე თანამედროვეობის ერთ-ერთი უბრწყინვალესი ცივილისტია, აქ არაფერია გადაჭარბებულად ნათქვამი, პირიქით, ბევრის თქმისაგან თავს ეიკავებთ, რათა მისი საყვედური არ დავიმსახუროთ.

ზურაბ ახყლედიანი
თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის პროფესორი

Überlegungen zur Rechtsreform - Zu Ehren von Professor Sergo Djorbenadze

*Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Knieper,
Universität Bremen*

1. „Die Vereinigten Staaten und Deutschland kämpfen um Einfluß über Osteuropa - Rivalisierende Juristen und Bankmanager versuchen, die Wirtschaft der Region nach ihrem eigenen juristischen Bild zu formen“, so titelte am 05. April 1995 das Wall Street Journal. Der Reporter hatte den seit 1989 in Gang gekommenen Prozeß der (Wirtschaftsrechts-) Reform in den ehemals kommunistischen Staaten nicht als endogene Anstrengung der jeweils nationalen Rechtspolitiker beschrieben, sondern als Wettkampf westlicher Experten, der in der Absicht geführt werde, die Tradition kontinental-europäischer, napoleonischer Zivil-Gesetzgebung gegen angelsächsische Konzeptionen auszuspielen und auf diese Weise institutionelle Wettbewerbsvorteile für Banken, Industrie-Unternehmen und Anwalts-Büros festzuschreiben. Auf deutscher Seite wurde insbesondere der Beitrag der Bundesbank und der Universität Bremen hervorgehoben. Kündigt sich ein neuer „Rechtsimperialismus“¹ an? Sergo Djorbenadze würde bei dieser Frage wahrscheinlich bedenklich den Kopf schütteln.

2. Als 1989 das System des Staatskommunismus nicht unter dem Druck äußerer Feinde, sondern infolge interner Widersprüche und Unzulänglichkeiten gleichsam implodierte, konnte der Eindruck entstehen, es handle sich um den in der Zeit klar eingrenzbaren, vollständigen Zusammenbruch einer Ideologie und eines Systems und nicht um einen langwierigen Prozeß, der wie die meisten der für singular gehaltenen historischen Ereignisse lange Vor- und Nachlaufphasen hat².

In dieser Perspektive schien für Gesetzgebungsreform auszureichen, die alte Rechtspraxis abzuschaffen und durch eine neue, in irgendeiner der traditionell marktwirtschaftlich orientierten Gesellschaften fertig vorgefundenen Gesetzessammlung zu ersetzen. Dies erklärt, warum in dieser ersten Phase der Reform nicht zunächst eigene Pläne der für das neue System prioritärer Gesetzesvorhaben aufgestellt und umgesetzt wurden, sondern daß sich hektische Reformaktivitäten auf ideologisch besetzte Gebiete konzentrierten, die zu den Kerngegensätzen eines kapitalistischen und eines

kommunistischen Systems gerechnet werden: auf eine Privatisierungsgesetzgebung, auf Gesetze über verschiedene Formen des Eigentums sowie über die unternehmerische Tätigkeit, auf Wettbewerbs- und Antimonopolgesetzgebung, auf Gesetze zur Erleichterung privater ausländischer Investitionen.

Obwohl konstitutionell auf Demokratie und Rechtsstaat orientiert, war vielen der an der Erstellung der sogenannten normativen Akte beteiligten Akteure besonders in den neu unabhängig gewordenen Staaten weder das Verfahren und die Technik der Gesetzgebung noch die Bedeutung der Hierarchie juristischer Texte vollständig vertraut. Eine chaotische und in sich widersprüchliche Vielfalt von Dekreten und Gesetzen, von Ukazen und Ministerial-Verordnungen wurde produziert, unkoordiniert vorbereitet von Parlamenten, Präsidialverwaltungen, Ministerkabinetten, einzelnen Ministerien, Universitäts-Fakultäten, Forschungs-Instituten und anderen wissenschaftlichen Einrichtungen. Unterstützt wurden und werden sie von einer großen Anzahl internationaler Experten aus verschiedenen Ländern und Organisationen. Auch bei ihnen handelte es sich häufig nicht um praktizierende Juristen, sondern um Politik-Berater, die hofften, Recht dazu instrumentalisieren zu können, den Systembruch unumkehrbar zu machen und juristisch abzusichern. Nicht wenige der Texte lesen sich denn auch wie politische Absichtserklärungen und nicht wie Gesetze mit normativem Gehalt. Rechtstraditionen im Gastland galt in der Regel die Sorge nicht, da nicht wenige der westlichen Experten ohnehin von der naiven Annahme ausgingen, das kommunistische System habe keine juristischen Erwägungen gekannt³. An diesen kurzatmigen hat Sergo Djorbenadze sich nicht beteiligt. Als viele Kollegen - Juristen und Nicht-Juristen - noch in der Hektik des Tagesgeschäfts Betriebsamkeit und Bestätigung suchten, hatte er am Lehrstuhl für Zivilrecht bereits eine Gruppe engagierter Wissenschaftler um sich geschart, um das große Werk eines georgischen Zivilgesetzbuches in Angriff zu nehmen. Souverän und liebenswürdig hat er mich eingeladen, zu dieser Arbeit einen Beitrag zu leisten.

3. Viele der in der ersten Phase der Transformation erarbeiteten Gesetze und Verordnungen sind ohne praktische Bedeutung geblieben. Die in ihnen behandelten Materien sind teilweise in eine zweite, ja bisweilen in eine dritte Generation von Gesetzen integriert, teilweise geraten sie in Vergessenheit. Dies läßt sich nur in geringem Maße dadurch begründen, daß es sich um typische Regeln des Übergangs handelt. Solche Regeln haben ihren Sinn. Sie können dazu beitragen, Ordnung und temporäre Stabilität

in den Prozeß des Übergangs zu bringen. Eine große Anzahl der Probleme sind zeitlich begrenzt und sollten durch bewußt zeitlich begrenzte „Maßnahme“-Gesetzgebung kanalisiert werden. Als Beispiele dafür ließen sich Außenwirtschafts-, Devisen-, Steuer-, Zoll- und Preisgesetzgebungen anführen, die bei der Umstrukturierung von Unternehmen unterstützend wirken und in ihrer Geltung durchaus auf eine Übergangszeit beschränkt werden können. In vielen Texten der ersten Phase handelte es sich aber nicht um derartige Probleme und um entsprechend bewußte Entscheidungen zu Übergangsregeln, sondern um die - unzulängliche - Bearbeitung struktureller und langfristiger Probleme.

4. Dementsprechend ist die Euphorie der ersten Stunde in den meisten Transformations-Staaten einer Ernüchterung gewichen, die auch die Beurteilung von Experten erfaßt. Sie konnte nicht ausbleiben, nachdem sich herausgestellt hatte, daß einige der schlicht importierten Gesetze - wie etwa die Regelung der Trusts in Rußland⁴ - wegen der vollständigen Systemfremdheit auf unüberwindliche Schwierigkeiten der praktischen Anwendung stießen oder - wie etwa die Antimonopolgesetzgebungen in vielen Ländern⁵ - viel zu früh kamen, um praktische Wirksamkeit zu entfalten. Es scheint - und hier mag die Wahrnehmung des Wall Street Journal ihre Wurzel haben -, daß die schärfsten Reaktionen sich tatsächlich gegen US-amerikanische juristische Berater richteten, die in der ersten Phase allerdings auch besonders sichtbar, nachdrücklich und häufig mit der bisweilen erfrischenden Unbekümmertheit um historische Gewichte aufgetreten waren: Waelde und Gunderson berichten von Versuchen des russischen Justizministeriums, Beratung durch US-amerikanische Juristen vollständig zu unterbinden⁶; ein Positionspapier des mongolischen Justizministeriums vom Juni 1995 enthält eine ausdrückliche Festlegung auf kontinental-europäisches Recht, die der eigenen Rechtstradition am besten entspreche⁷.

5. Dies sind Pendelschläge in aufgeregten Zeiten, die einer ruhigen Einschätzung bedürfen. Dabei will ich mich aus Gründen der Präzision wesentlich auf das Zivilrecht konzentrieren, obwohl die Überlegungen keineswegs auf dieses beschränkt sind. Zunächst ist hilfreich, daß nach den Erfahrungen der ersten Zeit und dem fast blinden Vertrauen in ausländischen Expertenrat inzwischen offensichtlich wieder Wissenschaftler aus den Übergangs-Gesellschaften stärker in den Reformprozeß und die Gesetzgebungsberatung integriert werden. Professoren wie Sergo Djorbenadze aus Tbilissi und Mark Bogusjajew aus Moskau - um nur

zwei Beispiele zu nennen - sowie deren in der (Justiz-)Verwaltung und an den Universitäten tätigen Schülern war immer bekannt, daß das Zivil-, Handels- und Wirtschaftsrecht der Sowjetunion in engem Austausch mit dem kontinental-europäischen Recht entstanden war. Sie betrachteten sich bei allen Schwierigkeiten der Kommunikation und des Rechtsvergleichs auch in diese gemeinsame Geschichte eingebunden, so daß es nicht ganz die Situation erfaßt, wenn von verschütteten Rechtstraditionen in der Sowjet-Union geschrieben wird ⁸. Ohne lange Vorstudien, fest in dieser Tradition stehend, hat Professor Djerbenadze denn auch das Werk der georgischen Zivilrechtserneuerung beginnen können.

6. Tatsächlich hatten die kontinental-europäischen Staaten im 19. Jahrhundert die wesentlichen Materien des Zivil-, Handels- und Wirtschaftsrechts kodifiziert, wobei der Einfluß der Länder aufeinander groß war und besonders die Kodifikationen des Zivilrechts auf die gemeinsamen Wurzeln des römisch inspirierten Pandektenrechts zurückgegriffen haben. Das galt - jedenfalls im Recht der Güterzuordnung und des Güterverkehrs - für das ansonsten noch halb-feudale preußische Allgemeine Landrecht von 1794, den revolutionären französischen Code Civil von 1804, das aufklärerische österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch von 1811, das späte deutsche BGB von 1896 ebenso wie für den faschistischen italienischen Codice Civile von 1942. Auch noch das bislang letzte Produkt westeuropäischer Zivilrechts-Kodifikation, das Vermögensrecht des demokratischen holländischen Burgerlijk Wetboek von 1992, steht eindeutig in dieser Tradition. Die im Zusammenhang dieses Gesetzes gem. vorgenommene Kontrastierung zwischen dem Code Civil und einem europäischen *ius commune* ⁹ will nicht recht einleuchten, da das eine Teil des anderen ist - ebenso wenig wie die scharfe Gegenüberstellung zum Pandektenrecht. Trotz fehlender Kodifikation steht im übrigen auch das englische Recht in dieser Tradition, nachdem Pothier's „*Traité des Obligations*“, also das Werk des französischen Pandektenrechts, das dem Code Civil Pate gestanden hatte, auch die klassische englische Vertragsdoktrin entscheidend beeinflusst hat ¹⁰.

Noch das zaristische Rußland hatte versucht, sich in diese Entwicklung einzufügen. Der Verkündung des auf der Basis der schweizerischen und deutschen Zivilgesetzbücher erarbeiteten Entwurfs kam die Revolution zuvor. Jedoch brach auch diese die Verbindung nicht völlig ab. Das erste kommunistische Zivilgesetzbuch von 1923 hat den Entwurf weitgehend intakt gelassen und auch noch die Reform von 1964 läßt deutlich die

kontinental-europäischen Einflüsse spüren.

7. Dieses Resumé will keineswegs einer historisierenden Unbeweglichkeit oder gar der Verewigung des Pandektenrechts das Wort reden. Nachdem allerdings rechtsgeschichtliche Zusammenhänge zunehmend verdämmern, nachdem in manchen modernen, besonders auch national getönten Frontstellungen Kontraste aufgebaut werden, wo Kontinuität greifbar ist und nachdem bisweilen Modernisierungen angeboten werden, deren Inhalt der Rechts-Dogmatik des 19. Jahrhunderts bereits gut bekannt waren, halte ich es für nötig, diese Zusammenhänge in Erinnerung zu rufen. Gerade auch der Verdacht des Rechtsimperialismus entschärft sich ja auf diese Weise.

Bereits 1888 hatte Zitelmann gegen eine damals nationalistisch aufgebrachte herrschende Meinung die Auffassung vertreten, daß die „weltwirtschaftlichen Grundtatsachen“ weltweit „einander konform“ geworden seien, so daß „spezifisch nationale Erwägungen“ für die bürgerliche Gesetzgebung immer unbedeutender würden. Auch dem BGB-Entwurf sprach er nationale Genialität ab ¹¹ Tatsächlich dokumentieren die Ähnlichkeiten der Zivilgesetzbücher in Methode und Inhalt sowie ihre anhaltende Geltung, daß sie langfristigen Strukturnotwendigkeiten und Verkehrsbedürfnissen der bürgerlichen Gesellschaft entsprochen haben und entsprechen. Sie gehören - in der Terminologie französischer Geschichtsschreibung - zu den Phänomenen der 'longue durée'. Bei aller 'Ungeduld des Meinens' (Hegel) bedürfen sie keiner grundsätzlichen Anpassung an kürzere Periodisierungen, wie sie mit Begriffen wie Postmoderne, Spätkapitalismus oder gar Frühpostkommunismus immer wieder versucht werden ¹². Wiederum sind einige Klarstellungen nötig.

a) Die Vergleichbarkeit der Problemlagen und die Ähnlichkeit der Lösungen im allgemeinen schließt selbstverständlich nicht aus, daß eine Reihe nationaler Eigenheiten und provinzieller Engstirnigkeiten sich in den verschiedenen Gesetzen, Dogmatiken und Rechtsprechungen erhalten haben. Das muß schon deshalb so sein, weil die frühen Entwicklungen tastend, zögerlich, experimentell verliefen. Beispiele dafür sind die deutschen Verrenkungen der Willenstheorie und das vielleicht einer Laune Immanuel Kants zu verdankende Festhalten am dinglichen Vertrag mit seinen Konsequenzen für das Bereicherungsrecht oder die englische Lehre von der consideration.

b) Ebenso selbstverständlich ist, daß gleiche soziale, wirtschaftliche oder kulturelle Probleme unterschiedlichen juristischen Lösungen zugänglich

sind, die sich nicht nur von Land zu Land, sondern im selben Land im Laufe der Zeit unterscheiden. Solche substantiellen Alternativen verdanken sich häufig (rechts-)politisch motivierten Abwägungen von Interessen und der Verteilungen von Risiken für die am Rechtsverkehr Beteiligten. Die Erwägungen können sich infolge gesellschaftlicher Veränderungen aufdrängen, sie können aber auch seit alters bekannte Probleme sein, die seit alters kontrovers diskutiert werden. Als Beispiele lassen sich die von Land zu Land unterschiedlichen und in der Zeit schwankenden Voraussetzungen und Folgen bei Leistungsstörungen und Schadensersatz, insbesondere im Bereich der subjektiven Verschuldenselemente ebenso anführen wie Konkurrenzen von deliktischen und vertraglichen Ansprüchen oder selbst die unterschiedliche Ausgestaltung der Verjährungsvorschriften. Um allerdings vor vorschnellen Selbstgewißheiten der Modernität zu bewahren, ist daran zu erinnern, daß bereits die Pandektenwissenschaft kein monolithischer Block war und daß die Kodifikationen Ergebnis langer Auseinandersetzungen waren und sind. Es ist ebenso daran zu erinnern, daß nicht wenige der 'hot potatoes' der aktuellen Zivilrechtswissenschaft wie die Schadensersatzpflicht bei Persönlichkeitsverletzungen, Materialisierungen im Dienste höherer sozialer Gerechtigkeit, besondere Aufklärungspflichten bei Risikogeschäften, die *laesio enormis*, objektivierende Wucherbestimmungen, die Sozialbindung und die Nutzungspflicht des Eigentums, Gefährdungshaftung und Objektivierung der Schuldkategorie oder Konzepte der Schadensteilung bereits im 19. Jahrhundert bekannt und kontrovers behandelt worden sind, wobei nicht selten der Paternalismus des aufgeklärten Absolutismus „nach materialer Gerechtigkeit statt nach formaler Schärfe“ strebte¹³.

c) Endlich und wiederum selbstverständlich entstehen Bedürfnisse nach substatieller Modernisierung, die über die bloße Verschleierung der Umverteilung von Risiken hinausgehen. Als Beispiele mögen moderne Vertragstypen wie Leasing, Franchising oder Factoring gelten, die in den Kreis der klassischen Vertragstypen aufgenommen werden können und sollten, schon um zu verhindern, daß marktmächtige Vertragsparteien unter dem Vorwand der Modernität angemessene Risikoverteilungen umstürzen.

8. Die unter Punkt 7 a) bis c) genannten Beispiele für Unterschiedlichkeit rütteln an der Grundstruktur und Methode der Zivilrechts-Kodifikationen nicht. Nichts belegt dies treffender als der ruhige und unspektakuläre Prozeß der substantiellen Vereinheitlichung des europäischen Rechts, durch den scheinbar so weit auseinanderliegende Rechtskulturen zueinander gebracht

werden. Immer wieder breitet Sergo Djorbenadze die alternativen Lösungen vor sich und seinen Mitarbeitern aus, um die für Georgien angemessenste Wahl treffen zu können.

Der Prozeß geht im übrigen längst über Europa hinaus. Im Zivil-, Handels- und Wirtschaftsrecht hat sich die rechtsvergleichende und auch die rechtspolitische Diskussion längst globalisiert, man denke nur an den großen Einfluß, den das US-amerikanische Recht der Wettbewerbsbeschränkungen oder des Aktienhandels in Europa gehabt hat, oder auch an die Konvergenzen zwischen Kodifikationsrecht und Case law. Die ersten großen Erfolge der weltweiten Harmonisierung substantiellen modernen Rechts reichen bis fast zum Beginn des Jahrhunderts zurück; sie betreffen den (internationalen) Transport, dann das Wechsel- und Scheckrecht. In dieselbe Richtung zielen Modell-Gesetze wie das der WIPO für das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, die zwar für die postkommunistischen Staaten entworfen und von diesen zu guten Teilen angenommen worden sind, die aber den international weitgehend harmonisierten und sich wahrscheinlich unter dem Eindruck der Rezeption weiter harmonisierenden Rechtszustand reflektieren. Für Georgien ist das Modell übrigens wesentlich von Sergo Djorbenadze überarbeitet und angepaßt worden. Von Systembruch oder gar imperialisierender Überformung kann keine Rede sein. Ganz im Sinne Zitelmanns läßt die Uniformität weltwirtschaftlicher Grundtatsachen uniformes Zivilrecht zu.

In der juristischen Zusammenarbeit sind solche Alternativen der verschiedenen Provenienzen zu benennen und ihre Konsequenzen zu erläutern. Um ein Beispiel aus dem bereits zitierten Wall Street Journal heranzuziehen: Wenn dort das Recht des „rauen und ungestümen US-Kapitalismus“ einer europäischen „Kultur“ der Regulierung, der fixierten Verfahren und des sozialen Ausgleichs gegenübergestellt werden, die im nach-Reagan'schen Amerika als „konservativ“ gilt¹⁴, dann favorisiere ich die letztgenannte Alternative und berate in der rechtspolitischen Reform entsprechend. Professionell unsauber oder hinterlistig oder meinetwegen „imperialistisch“ wäre es, in der Beratung Informationen über existierende Alternativen und ihre Konsequenzen zurückzuhalten. Allerdings wäre es wohl arrogant zu meinen, daß nur ausländischen Experten solche Alternativen vortragen könnten. In den wenigen Jahren seit der Öffnung hat sich der bereits vorher begonnene rechtsvergleichende Dialog in den Transformations-Gesellschaften selbst außerordentlich intensiviert. Sergo Djorbenadze ist dafür einer der überzeugendsten Beweisträger.

9) Schwieriger gestaltet sich die Beratung und Zusammenarbeit auf Gebieten, die als Relikte der staats-kommunistischen Periode zu gelten haben, an denen aber gerade von Kollegen aus den Transformations-Staaten festgehalten wird. Als Beispiele im Zivilrecht lassen sich die in Funktion der Person des Inhabers unterschiedenen Formen des Eigentums angeben oder die Institute der operativen und der vollen ökonomischen Verwaltung. Diese Rechtsfiguren sind wesentlich in der Sowjet-Union der 30er Jahre entwickelt worden, um die Konsequenzen aus der fast vollständigen Monopolisierung des produktiven Eigentums in der Hand des Staates erträglich zu machen. Die Übertragung gewisser Nutzungs- und Verwaltungsbefugnisse sowie einer - allerdings rein rechnerischen - Haftung auf Gemeinden, Gewerkschaften, Betriebe, Kolchosen und andere Untergliederungen des kommunistischen Staates hatte eine vorsichtige und auf höhere Effizienz hoffende Dezentralisierung zur Absicht, die allerdings in der Praxis wahrscheinlich eher die Nachteile der kapitalistischen und der sozialistischen Systeme kumulierte als bei Wahrung sozialer Errungenschaften zu einer gesellschaftlichen Dynamik beizutragen. In Marktwirtschaften mit dezentralisiertem Eigentum machen diese Figuren und Konstruktionen wenig Sinn, ja sie erhöhen die Risiken für den nun 'bürgerlichen' Staat, der im traditionellen juristischen Sinne Eigentümer bleibt und damit im Endeffekt zur Haftung (ohne Herrschaft !) herangezogen werden kann, und sie entlasten ein potentiell verantwortungsloses Management. Es ist deshalb in Beratung wohl darauf zu beharren, daß derartige Konstruktionen im Reformprozeß aufgelöst werden, auch wenn der Eindruck entsteht, es fehle der Respekt vor überkommenen nationalen Besonderheiten. In Wirklichkeit handelt es sich nicht darum, sondern um Eigenheiten, die in einem System ihren guten Sinn haben, bei einem Systemwechsel aber zu risikoreichen Fremdkörpern werden. Die Wahl des Systemwechsels bedingt die Rechtsumstellung.

10) Insgesamt erstaunt es wenig, wenn Staaten nach den tiefgreifenden Systemveränderungen und nach den Jahrzehnten der Desavouierung von Rechtsvergleich und Austausch von rechtswissenschaftlichen und rechtspolitischen Entwicklungen an die Kodifikations-Tradition wieder anknüpfen oder - wie es der georgische Justizminister, Dr. Ninidze, in einer nicht veröffentlichten Rede vom 21. April 1995 vor der juristischen Fakultät der Universität Tbilissi gesagt hat - daß sie in einem Jahrzehnt der Kodifikationen nachholen wollen, was ihnen verwehrt war, nachdem sie vom Jahrhundert der Kodifikationen in Europa abgeschnitten worden waren.

Dabei schmeichelt es vielleicht ohne zu ehren, daß Albanien, die baltischen Republiken, Georgien, Rußland, Tschechien mit solchen Ländern die schnellsten Kontakte knüpfen, mit denen häufig über Jahrhunderte die engsten wirtschaftlichen, politischen und wissenschaftlichen Beziehungen bestanden haben. Mit einer reaktionären Absicht der Wiederherstellung alter Landkarten muß dies nichts zu tun haben. Entsprechende Versuche wären im übrigen angesichts der vollständig veränderten Gegebenheiten der Welt(-ökonomie) von vornherein zum Scheitern verurteilt. Die Zeiten, wo imperialistische Landnahme vielleicht noch Sinn machte, sind schon lange endgültig vorbei ¹⁵.

Sinn macht es hingegen für die Übergangsgesellschaften, ihr Zivil- und Wirtschaftsrecht sorgfältig zu kodifizieren und sich nicht auf die Entwicklung eines case-law und der Kunst der Vertragsgestaltung zu verlassen. Beides ist sicherlich auch nötig und wird kommen. Jedoch sind die Umstände zu prekär, um nicht versuchen zu müssen, eine solide Basis zu schaffen, von der sie ihren Ausgang nehmen können. Die Basis liegt nicht und lag wohl nie in der provinziellen Enge eines einzigen nationalen Rechts, das sich importieren ließe, sondern in der Schaffung moderner, situations-, struktur- und regions-angepaßter Gesetze, die aus dem Vergleich der verschiedenen Rechte entstehen sollten. Dringend zu empfehlen ist, dabei von vornherein auf regionale Abstimmung zu achten, um nicht durch Rechtsreform Regionen auseinanderzureißen, die seit langem jedenfalls wirtschaftlich miteinander verbunden waren. Das ist ein bis zur Inhaltsleere abstrakt formuliertes Programm. Nur in der konkreten Zusammenarbeit an einzelnen Vorhaben kann es mit Leben gefüllt werden, an dem alle teilhaben. Ich bin froh, dies in Georgien gemeinsam mit Professor Sergo Djorbenadze zu tun.

1) so die Frage von Frau Frank in der Süddeutschen Zeitung vom 23. März 1995

2) vgl. dazu E. Matzner u.a., Der Markt-Schock - Eine AGENDA für den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Wiederaufbau in Zentral- und Osteuropa, Berlin 1992

3) vgl. ausführlicher R. Knieper, Wirtschaftsreform als Rechtsreform in postkommunistischen Gesellschaften?, RIW 1993, 907 ff; ders. und M.M. Boguslawskij, Konzept zur Rechtsberatung in Transformationsstaaten,

Eschborn 1995

4) dazu ausführlich bei Knieper/Boguslawskij, a.a.O.

5) s. die Sammlung von U. Schulze, Die Wettbewerbs- und Kartellgesetze der osteuropäischen Staaten, Berlin, 1994

6) T. Waelde/ J. Gunderson, Legislative Reform in Transition Economies: Western Transplants - Short-cut to Social Market Economy Status? Int.&Comp.L.Q. 43 (1994), 347 ff

7) Staatspolitik über die Rechtsreueuerung in der Mongolei (Projekt). Ulan Bataar, 1995

8) so G. Ajani, Fonti e modelli nel diritto dell'europa orientale, Trento, 1993, S. 105 ff

9) Hartkamp, Civil Code Revision in the Netherlands 1947-1992, in: Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek, Deventer, 1990, S.XXVI

10) vgl. J. Cooke/D. Oughton, The Common Law of Obligations, 2nd edition, London et al., 1993, p. 27

11) E. Zitelmann, Die Möglichkeit eines Weltrechts, Wien, 1888, S. 6 ff

12) dazu ausführlicher R. Knieper, Gesetz und Geschichte, (in Vorbereitung). Wer an feinerer Analyse arbeitet, sollte sich durch diese These nicht erschüttern lassen. Sie ist erstens falsifizierbar und zweitens kann morgen schon alles ganz anders sein.

13) so M. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft. Tübingen, 1922, Zweiter Teil, Kap. VII, § 6

14) so M. Nelson im Wall Street Journal vom 05. April 1995, S. 1

15) ausführlich habe ich diese Überzeugung entwickelt in R. Knieper, Nationale Souveränität - Versuch über Ende und Anfang einer Weltordnung, Frankfurt/M., 1992

**მოსაზრებანი სამართლებრივი რეფორმის
თაობაზე
პროფესორ სერგო ჯორბენაძის
პატივისცემად**

როლფ კნიპერი

**პროფესორი, დოქტორი,
თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის
საპატიო დოქტორი (ბრემენი)**

1. “შეერთებული შტატები და გერმანია აღმოსავლეთ ევროპაში ზეგავლენის მოსაპოვებლად იბრძვიან – მეტოქე იურისტები და ბანკის მენეჯერები ცდილობენ რეგიონის ეკონომიკა საკუთარი იურიდიული სურათის მიხედვით ჩამოაყალიბონ”, ასე იყო დასათაურებული 1995 წლის 5 აპრილს “უოლ სტრიტ ჯორნალი”. კორესპონდენტმა 1989 წლიდან დაწყებული (ეკონომიკური სამართლის) რეფორმის პროცესი ყოფილ კომუნისტურ საზოგადოებებში აღწერა არა როგორც ეროვნული სამართლის პოლიტიკოსთა ენდოგენური ძალისხმევა, არამედ როგორც დასავლეთის ექსპერტთა შეჯიბრი, რომლის მიზანსაც წარმოადგენს კონტინენტურ-ევროპული, ნაპოლეონის პერიოდის სამოქალაქო კანონმდებლობის ტრადიციების დაპირისპირება ანგლო-საქსური კონცეფციისათვის და ამგვარად ბანკებისათვის, ინდუსტრიული საწარმოებისათვის და ადვოკატთა ბიუროებისათვის ინსტიტუციური საკონკურენციო უპირატესობის დადგენა. გერმანული მხრიდან განსაკუთრებით გამოიყოფენ ფედერალური ბანკის და ბრემენის უნივერსიტეტის წვლილს. ზომ არ გამოგვეცხადა ახალი “სამართლებრივი იმპერიალიზმი”?¹ სერგო ჯორბენაძე ამ კითხვაზე თავს, ალბათ, ჩაფიქრებით დააქნევდა.

2. როცა 1989 წელს სახელმწიფო კომუნიზმის სისტემა არა გარეშე მტრების დაწოლის შედეგად, არამედ შინაგანი წინააღმდეგობებისა და ნაკლოვანებების გამო თითქოსდა აფეთქდა, შეიძლებოდა შექმნილიყო შთაბეჭდილება, რომ საქმე ეხება ერთი იდეოლოგიისა და სისტემის დროში მკაფიოდ შემოსაზღვრად სრულ მსხვერველს და არა ხანგრძლივ პროცესს, რომელსაც უმეტესი უჩვეულო ისტორიული მოვლენების მსგავსად, ხანგრძლივი წინა და მომდევნო ფაზა ახასიათებს.²

საკანონმდებლო რეფორმისთვის ერთი შეხედვით საკმარისი ჩანდა არსებული სამართლებრივი პრაქტიკის გაუქმება და მისი შეცვლა ახალი, საბაზრო ეკონომიკაზე ორიენტირებულ საზოგადოებებში მზა ფორმით არსებული კანონთა კრებულით. ამით აიხსნება ის, თუ რატომ არ შეიქმნა და არ იქცა რეალობად რეფორმის პირველ ფაზაში ახალი სისტემისთვის პრიორიტეტული კანონპროექტების საკუთარი გეგმები, ამის ნაცვლად აქტიური რეფორმატორული საქმიანობა კონცენტრირებული იყო იდეოლოგიურად გაჯერებულ ისეთ რეფორმებზე, რომლებიც კაპიტალისტური და კომუნისტური სისტემების მთავარ წინააღმდეგობებს განეკუთვნებიან. ასეთი სფეროებია: პრივატიზების კანონმდებლობა, კანონები საკუთრების სხვადასხვა ფორმების შესახებ, ასევე სამეწარმეო საქმიანობის შესახებ, კონკურენციის და ანტიმონოპოლიური კანონმდებლობა, კანონები კერძო უცხოური ინვესტიციების გაადვილების შესახებ.

მიუხედავად იმისა, რომ ბევრგან კონსტიტუციურად განმტკიცდა დემოკრატია და სამართლებრივ სახელმწიფოზე ორიენტაცია, ე. წ. ნორმატიული აქტების შემუშავებაში მონაწილე მრავალი პირი ცოტა ხნის წინ დამოუკიდებლად ქვეულ სახელმწიფოებში კანონმდებლობის არც პროცედურას და არც ტექნიკას არ იცნობს და არც იურიდიული ტექსტების იერარქიის მნიშვნელობა ესმის კარგად. პარლამენტების, პრეზიდენტის ადმინისტრაციების, მინისტრთა კაბინეტების, ცალკეული მინისტრების, უნივერსიტეტის ფაკულტეტების, კვლევითი ინსტიტუტების და სხვა სამეცნიერო ორგანიზაციების მიერ შეიქმნა დეკრეტებისა და კანონების, ბრძანებულებებისა და სამინისტროთა განკარგულებების ქოტური და წინააღმდეგობრივი რაოდენობა. მათ ეხმარებოდათ და კვლავაც ეხმარება მრავალი საერთაშორისო ექსპერტი სხვადასხვა ქვეყნიებიდან და ორგანიზაციებიდან. მათ შორის უმეტესობა არიან არა პრაქტიკოსი იურისტები, არამედ პოლიტიკოს-კონსულტანტები, რომლებიც იმედოვნებენ, რომ აქცევენ სამართალს ინსტრუმენტად, რომლის მეშვეობითაც შეუქცევადი ვახდება სისტემის მსხვერვე და ამ პროცესს იურიდიულადაც დაიცავენ. ამდენად, ტექსტების არც თუ მცირე ნაწილი იკითხება როგორც პოლიტიკური ზრახვების დეკლარაცია და არა ნორმატიული შინაარსის მქონე კანონები. როგორც წესი, არავის უფიქრია მასპინძელ ქვეყანაში არსებულ იურიდიულ ტრადიციებზე, რადგან დასავლელი ექსპერტების არც თუ მცირედი ნაწილი იმ გულუბრყვილო შეხედულებას იზიარებდა, რომ კომუნისტური სისტემა არ იცნობდა იურიდიულ შეხედულებებს.³ ამ მცდელობებში, რომლებმაც შესაძლოა ქოშინიც კი დამართოს ადამიანს, სერგო ჯორბენაძეს მონაწილეობა არ

მიუღია. როცა მისი ბევრი კოლეგა-იურისტი და არაიურისტი ყოველდღიური საქმეების მომქანცველ რიტმში ბევრითად ესება საკუთარი დამკვიდრების შესაძლებლობებს, მან სამოქალაქო სამართლის კათედრაზე შემოიკრიბა ენთუზიასტი მეცნიერები, რათა წამოეწყო საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის შექმნის დიდი საქმე. მან სრულიად დამოუკიდებლად მიმიწვია და გულთბილად შემომთავაზა ჩემი წელიწადი შემეტანა ამ საქმეში.

3. ტრანსფორმაციის პირველ ფაზაში შემუშავებული ბევრი კანონი და დადგენილება პრაქტიკული მნიშვნელობის გარეშე დარჩა. მათში განხილული საკითხები ნაწილობრივ მორე, ზოგჯერ მესამე კანონებისა ინტეგრირებული, ნაწილობრივ კი ისინი დაეიწყებას მიეცნენ. ეს ნაკლებად თუ აიხსნება მხოლოდ იმით, რომ საქმე ეხება გარდამავალი პერიოდის ტიპურ წესებს. ამგვარ წესებსაც თავისი აზრი აქვთ. მათ ძალუძთ წვლილი შეიტანონ გარდამავალი პერიოდის პროცესში წესრიგისა და დროებითი სტაბილურობის დამყარებაში. პრობლემათა დიდი ნაწილი დროში შეზღუდულია და შეგნებულად დროში შეზღუდული “ლონისძიების” – კანონმდებლობის მეოხებით უნდა მოექცნენ გარკვეულ კალაპოტში. ამის მაგალითად შეიძლება მოვიტანოთ საგარეო ეკონომიკის, სავალუტო, საგადასახადო, საბაჟო და ფასების კანონმდებლობა, რომლებიც საწარმოთა ხელახალი სტრუქტურისა და მართვის დამხმარე შემოქმედებას ახდენდნენ და მათი მოქმედება შეიძლება მთლიანად შემოიფარგლოს გარდამავალი პერიოდით. პირველი ფაზის კანონების ზოგიერთ ტექსტში საქმე ეხებოდა არა ამგვარ პრობლემებს და შეგნებულ გადაწყვეტილებებს გარდამავალი პერიოდის წესებთან მიმართებაში, არამედ სტრუქტურული და გრძელვადიანი პრობლემების არასაჭირო დამუშავებას.

4. პირველი საათების ეიფორიის შემდეგ უმეტეს გარდამავალ სახელმწიფოში გამოფხიზლება დაიწყო, რასაც ექსპერტთა კრიტიკული შეფასებაც მოჰყვა. ეს ასეც უნდა მომხდარიყო. მას შემდეგ, რაც გაირკვა, რომ ზოგიერთი უბრალოდ ექსპორტირებული კანონი, როგორცაა, მაგალითად რუსეთში სატრასტო კანონი,⁴ იმის გამო, რომ სისტემისთვის სრულიად უცხო გამოდგა, პრაქტიკული გამოყენებისას გადაულახავ სირთულეებს წააწყდა ან – მაგალითად გამოდგება ანტიმონოპოლიური კანონმდებლობები ბევრ ქვეყანაში⁵ – ნაადრევი აღმოჩნდა იმისათვის, რომ იგი პრაქტიკულად ქმედუნარიანი ყოფილიყო. ჩანს – და შესაძლოა “უოლ სტრიტ ჯორნალის” დაკვირვებას ფესვებიც აქ ჰქონდეს – რომ ყველაზე მწვავე რეაქცია მიმართული იყო ამერიკელი

იურისტი მრჩევლების წინააღმდეგ, რომლებიც პირველ ფაზაში განსაკუთრებით მკაფიოდ, მკვეთრად და ხშირად, ხალისის მომგვრელი უდარდელობით გამოთქვამდნენ მოსაზრებებს ისტორიული მნიშვნელობის საკითხების შესახებ. უილდი და გუნდერსონი გვიამბობენ, რომ რუსეთის იუსტიციის მინისტრი შეეცადა სრულიად აეკრძალა ჩრდილო ამერიკელი იურისტების კონსულტაციები;⁶ მონღოლეთის იუსტიციის სამინისტროს 1995 წლის ივნისით დათარიღებული წერილი შეიცავს კონტინენტური ევროპული სამართლის მკვეთრად გამოხატულ აღიარებას, რომელიც უკეთ შეესატყვისება მათსავე სამართლებრივ ტრადიციებს.⁷

5. მღელვარე ეპოქაში მიმდინარე ეს მოვლენები ქანქარის მოძრაობას მოგვაგონებს და მათ მშვიდი შეფასება სჭირდებათ. ამასთან, სიზუსტის მიზნით მინდა ძირითადად სამოქალაქო სამართალზე შევჩერდე, თუმცა ეს მოსაზრებანი არაერთარ შემთხვევაში არ შემოიფარგლება მხოლოდ ამით. უდავოდ სასარგებლოა ის, რომ საწყისი პერიოდის გამოცდილების და უცხოელ ექსპერტთა თითქმის ბრმა ნდობის შემდეგ გარდამავალი პერიოდის საზოგადოებების მეცნიერები უფრო მეტად ჩაერთნენ რეფორმების პროცესსა და საკანონმდებლო კონსულტაციებში. პროფესორ სერგო ჯორბენაძისთვის თბილისიდან და მარკ ბოგუსლავსკისთვის მოსკოვიდან, ასევე მათი მოწაფეებისთვის, რომლებიც იუსტიციის სისტემასა და უნივერსიტეტებში მოღვაწეობენ, ყოველთვის ცნობილი იყო, რომ სამოქალაქო, სავაჭრო და ეკონომიკური სამართალი საბჭოთა კავშირში კონტინენტურ-ევროპულ სამართალთან ურთიერთგაცვლის საფუძველზე წარმოიშვა. კომუნიკაციისა და შედარებითი სამართალმცოდნეობის სირთულეების მიუხედავად, ისინი ამ საერთო ისტორიის ნაწილად განიხილავენ თავს, რასაც შესანიშნავად გრძნობენ. ასე რომ მთლად ზუსტი არ არის, როცა საბჭოთა კავშირში არსებულ გაფანტულ სამართლებრივ ტრადიციებზე წერენ.⁸ წინასწარ ხანგრძლივი მოსამზადებელი სწავლების გარეშე, ამ ტრადიციაზე დაყრდნობით, პროფესორმა სერგო ჯორბენაძემ წამოიწყო საქართველოს სამოქალაქო სამართლის განახლების საქმე.

6. კონტინენტური ევროპის სახელმწიფოებმა მე-19 საუკუნეში სამოქალაქო სამართლის, სავაჭრო სამართლის და ეკონომიკური სამართლის უმნიშვნელოვანესი კოდიფიკაციები ჩაატარეს. ამასთან, ქვეყნების ურთიერთგავლენა ძალზე დიდი იყო და სამოქალაქო სამართლის კოდიფიკაციებმა რომით შთაგონებული პანდექტური სამართლის ერთობლივ ფესვებს მიმართეს. ეს შეეხო - ყოველ შემთხვევაში ქონებრივი

და საქონლებრუნვის სამართალში – სხვა მხრივ ჯერ კიდევ ნახევრადფეოდალური პრუსიის 1794 წლის საერთო სახელმწიფო სამართალს, რევოლუციური საფრანგეთის 1804 წლის Code civil-ს, განმანათლებლური ავსტრიის 1811 წლის საერთო სამოქალაქო კოდექსს, გერმანიის 1896 წლის სამოქალაქო კოდექსს, ასევე ფაშისტური იტალიის 1942 წლის Codice civile-ს. დასავლეთ ევროპული სამოქალაქო სამართლის კოდიფიკაცია, რომელიც ჯერაც ბოლო პროდუქტია. პოლანდიის დემოკრატიული 1992 წლის Burgerlijk Wetboek-ის ქონებრივი სამართალი, ერთმნიშვნელოვნად ამ ტრადიციას ემყარება. ამ კანონთან დაკავშირებით ჩატარებული შეპირისპირება Code Civil-სა და ევროპულ ius commune-ს შორის გასაგები ვერ იქნება, რადგან ერთი მეორის ნაწილია – იგივე ითქმის პანდექტურ სამართალთან მკვეთრი შეპირისპირების შესახებ. მიუხედავად კოდიფიკაციის უქონლობისა, ინგლისური სამართალიც ზოგადად ამ ტრადიციას ემყარება, რის შემდეგაც პოტიეს “Traite des obligations”-მა, ფრანგული პანდექტური სამართლის ნაწარმოებმა, რომელმაც გავლენა იქონია Code Civil-ზე, ასევე მნიშვნელოვანი კვალი დააჩნია კლასიკურ ინგლისურ სახელშეკრულებო დოქტრინას.¹⁰

ჯერ კიდევ ცარისტულმა რუსეთმა სცადა განვითარების ამ პროცესში ჩართულიყო. შვეიცარიის და გერმანიის სამოქალაქო კოდექსების საფუძველზე შემუშავებული პროექტის გამოქვეყნებას რევოლუციამ დაასწრო. მაგრამ ვერც რევოლუციამ შეწყვიტა მთლიანად ეს კავშირი. 1923 წლის პირველმა კომუნისტურმა სამოქალაქო კოდექსმა მნიშვნელოვანწილად შეუცვლელი დატოვა ეს პროექტი და 1964 წლის რეფორმაშიც კონტინენტური ევროპის გავლენა ნათლად იგრძნობა.

7. ეს რეზიუმე არავითარ შემთხვევაში არ ისახავს მიზნად ისტორიული უძრაობის მხარდაჭერას და მით უფრო პანდექტური სამართლის უკვდავყოფას. მას შემდეგ, რაც სამართლებრივი კავშირები გამუქებას იწყებს, მას შემდეგ, რაც ზოგიერთი თანამედროვე, განსაკუთრებით ეროვნული ნიშნით შეფერილ პოზიციებზე დაყრდნობით წარმოიქმნა კონტრასტი, სადაც უწყვეტობა იგრძნობა და მას შემდეგ, რაც ზოგჯერ მოდერნიზაციებიც კი იქნა შემოთავაზებული, რომელთა შინაარსი მე-19 საუკუნის სამართლებრივი დოგმატიკისთვის კარგად იყო ცნობილი, საჭიროდ მიმაჩნია, გაეიხსნოთ ეს კავშირები. სამართლებრივი იმპერიალიზმის ეჭვიც ხომ სწორედ ამგვარად დაქპარგავს თავის სიმწვავეს.

უკვე 1888 წელს ციტელმანი, იმ დროს გაბატონებული ნაციონა-

ლისტური შეხედულების საწინააღმდეგოდ ფიქრობდა, რომ “ძირითადი ეკონომიკური ფაქტორები” მსოფლიოში “ერთმანეთს მიესადაგდნენ”; ასე რომ “სპეციფიურად ეროვნული მოსაზრებანი” სამოქალაქო კანონმდებლობისთვის თანდათან მნიშვნელობას ჰკარგავენო. მას არც სამოქალაქო კოდექსის ეროვნული გენიალობა უარუყვია¹¹ და მართლაც, სამოქალაქო კოდექსების მსგავსება მეთოდსა და შინაარსში, ისევე როგორც მათი ზანგძლივი მოქმედება, დოკუმენტურად ადასტურებს, რომ ისინი შეესატყვისებოდნენ და შეესატყვისებიან სამოქალაქო საზოგადოების გრძელვადიან სტრუქტურულ აუცილებლობებს და ბრუნვით მოთხოვნებს. ისინი – ფრანგული მატიანის ტერმინოლოგიით – “longue durée”-ს ფენომენს განეკუთვნებიან. “აზროვნების მოუთმენლობის” (პეგელი) მიუხედავად ისინი არ საჭიროებენ უფრო მოკლე პერიოდიზაციისთვის პრინციპულ მისადაგებას, როგორც ამას მუდმივად ცდილობენ ისეთ ცნებებთან დაკავშირებით, როგორცაა პოსტმოდერნიზმი, გვიანი კაპიტალიზმი ან ადრეული პოსტკომუნიზმი.¹² კვლავაც საჭირო ხდება რამდენიმე მომენტის განმარტება.

ა) პრობლემური ვითარებების შედარება და საკითხთა გადაწყვეტის მსგავსება ზოგადად, ცხადია, არ გამორიცხავს, რომ ეროვნულ თავისებურებათა და პროვინციულ სიჯიუტეთა ერთი წყება სხვადასხვა კანონებში, დოგმატიკასა და მართლმსაჯულებაში შენარჩუნებულია. ეს თუნდაც იმიტომ უნდა იყოს ასე, რომ ადრეული პერიოდის განვითარებანი ფრთხილად, ნელ-ნელა, ექსპერიმენტულად მიმდინარეობენ. ამის მაგალითია ნების თეორიის გერმანული Verrekungen და იმანუილ კანტისეული სანივთო ხელშეკრულების გაზიარება, რომელსაც ალბათ მისსავე გუნება-განწყობილებას უნდა ეუმადლოდეთ უსაფუძვლო გამდიდრების სამართლის და consideration-ის თეორიისთვის გამომდინარე დასკვნებით.

ბ) ასევე ცხადია, რომ მსგავსი სოციალური, ეკონომიკური და კულტურული პრობლემები შეიძლება სხვადასხვა სახის იურიდიული გადაწყვეტილებების გზით მოგვარდეს და ეს გადაწყვეტანი არათუ სხვადასხვა ქვეყანაშია სხვადასხვაგვარი, არამედ ერთსა და იმავე ქვეყანაშიც კი გარკვეული პერიოდის მანძილზე არაერთგვაროვანია. ამგვარი არსებითი ალტერნატივები ხშირად გამოწვეულია ინტერესების (სამართლებრივ) პოლიტიკურად მოტივირებული მოსაზრებებით და რისკის განაწილებით სამართლებრივ ურთიერთობებში მონაწილეთათვის. საზოგადოებრივი ცვლილებების შედეგად აზრები ძალაუვნებურად იბა-

დებიან, ისინი შესაძლოა კარგა ხნის წინ ცნობილ პრობლემებსაც წარმოადგენდნენ, რომლებსაც დიდი ხანია ურთიერთსაწინააღმდეგო თვალსაზრისით განიხილავენ. მაგალითის სახით გამოდგება სხვადასხვა ქვეყანაში განსხვავებული და დროში მერყევი წინაპირობები და შედეგები ზიანის მიყენებისა (Leistungsstörungen) და ზიანის ანაზღაურებისა, განსაკუთრებით ბრალის ელემენტთა სფეროში, ასევე დელიქტური პანდექტური და სახელშეკრულებო უფლებების და თვით ხანდაზმულობის ვადის ნორმების განსხვავებული ფორმულირება. იმისათვის, რომ თავიდან ავიცილოთ სიახლისთვის დამახასიათებელი წინდაუხედავი ქმედებანი, უნდა გავიხსენოთ, რომ პანდექტური მეცნიერება სულაც არ იყო მონოლითური წარმონაქმნი და რომ კოდიფიკაციები აზრთა ხანგრძლივი შეხლა-შემოხლის შედეგი იყო და არის. ასევე უნდა გავიხსენოთ ის, რომ აქტუალური სამოქალაქო სამართალმცოდნეობის hot potatoes-ს არც თუ მცირედი, როგორცაა პიროვნებისათვის ზიანის მიყენების შედეგად ზიანის ანაზღაურების ვალდებულება, მატერიალიზებანი სოციალური სამართლიანობის მიზნით, სიმართლის დადგენის ვალდებულებები სარისკო გარიგებისას, laesio enormis, მევახშეობის ნორმები, საკუთრების სოციალური ბოჭვა და სარგებლობის ვალდებულება, ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობა. კატეგორიის ობიექტივაცია ან ზარალის განაწილების კონცეფციები უკვე მე-19 საუკუნეში იყო ცნობილი და ურთიერთწინააღმდეგობრივად განიხილებოდნენ. ამასთან, არც თუ იშვიათად, განვითარებული აბსოლუტიზმის პატერნალიზმი "ფორმალური სიმკვეთრის ნაცვლად მატერიალურ სამართლიანობას ესწრაფვოდა."¹³

გ) და ბოლოს, კვლავაც თავისთავად ჩნდება სუბსტანციური მოდერნიზაციის მოთხოვნები, რომლებიც სცილდება რისკის გადანაწილების უბრალო შენიღბვის ფარგლებს. მაგალითის სახით გამოდგება თანამედროვე ხელშეკრულებათა ისეთი ნაირსახეობანი, როგორცაა ლიზინგი, ფრანჩაიზინგი, ფექტორინგი, რომლებიც შეიძლება ჩართულ იქნან და უნდა ჩავართოთ კიდევ კლასიკური ხელშეკრულებების ნუსხაში, რათა თავიდან ავიცილოთ ის, რომ ბაზრის მფლობელმა სახელშეკრულებო მხარეებმა სიახლის საბაბით უარი თქვან რისკის შესაბამის განაწილებაზე.

8. მეშვიდე პუნქტის ა) ბ) და გ) ქვესაკითხებში დასახელებული განსხვავებულობის მაგალითები ვერ უარყოფენ სამოქალაქო სამართლის კოდიფიკაციების ძირითად სტრუქტურას და მეთოდს. ვერაფერი ასაბუთებს ამას ისე ზუსტად, როგორც ვეროპული სამართლის სუბ-

სტანციური უნიფიკაციის მშვიდი და არც თუ მიმზიდველი პროცესი. ამ პროცესის მეოხებით მოხერხდა ერთი შეხედვით ასე ძლიერ ერთმანეთისგან დაშორებული სამართლებრივი კულტურების დაახლოება. სერგო ჯორბენაძე და მისი კოლეგები კვლავაც განიხილავენ ალტერნატიულ გადაწყვეტილებებს, რათა საქართველოსთვის შესაფერის არჩევანზე შეჩერდნენ.

ზოგადად ეს პროცესი კარგა ხანია მთელს ევროპაში მიმდინარეობს. სამოქალაქო, სევაჭრო და ეკონომიკურ სამართალში სამართლებრივ-შედარებითმა და სამართლებრივ-პოლიტიკურმა დისკუსიამ დიდი ხანია გლობალური ხასიათი მიიღო. გაიხსენოთ ის დიდი გავლენა, რომელიც იქონია კონკურენციის შეზღუდვის და სააქციო ვაჭრობის აშშ-ს სამართალმა ევროპაში. ან კოდიფიცირებულ სამართალსა და Case law-ს შორის კონვერგენციაზე. სუბსტანციური თანამედროვე სამართლის ქარმონიზაციის პირველ დიდ შედეგებს საუკუნის დასაწყისამდე მივყავართ; ისინი ეხება (საერთაშორისო) ტრანსპორტს, საგადასახადო ვალდებულებასა და სავაჭრო სამართალს. ამ მიმართულებით ისეთი მოდელური კანონები, როგორცაა ინტელექტუალური საკუთრების მსოფლიო ორგანიზაციის კანონი საავტორო უფლებისა და მისი მონათესავე დაცვითი უფლებების შესახებ, რომლებიც პოსტკომუნისტური სახელმწიფოებისთვის იქნა შემუშავებული და მათი დიდი ნაწილი კიდევ მიიღეს ამ სახელმწიფოებმა. ისინი ასახავენ ქარმონიზებულ და ალბათ, რეცესიის შთაბეჭდილების ქვეშ კვლავაც მიმდინარე ქარმონიზებად სამართლებრივ ვითარებას. მოდელი არსებითად გადაამუშავა და საქართველოს მიუსადაგა სერგო ჯორბენაძემ. ლაპარაკიც კი ზედმეტია სისტემის მსხვერვაზე ან სულაც იმპერიალიზირებად გარდაქმნაზე. სწორედ ციტელმანის გაგების შესაბამისად მსოფლიო ეკონომიკური პრინციპების ერთგვაროვნება ერთგვაროვანი სამოქალაქო სამართლის არსებობას ხდის შესაძლებელს.

იურიდიულ ურთიერთთანამშრომლობაში უნდა დავასახელოთ ასეთი ალტერნატივების სხვადასხვა წარმომავლობა და ავხსნათ მათი შედეგები. ერთი მაგალითი მოვიშველიოთ უკვე ციტირებული “უოლსტრიტ ჯორნალიდან”: თუ “მკაცრი და მჩქეფარე აშშ-ს კაპიტალიზმის სამართალი დაუპირისპირდება რეგულირების, ფიქსირებული პროცედურის და სოციალური ბალანსირების ევროპულ “კულტურას”, რომელსაც რეიგანის შემდგომი პერიოდის ამერიკაში “კონსერვატიულად” მიიჩნევენ,¹⁴ მაშინ მე უპირატესობას ბოლოს დასახელებულ ალტერნატივას მივანიჭებ და მას შესაბამისად სამართლებრივ პოლიტიკურ რეფორმაში განვიხილავ. პროფესიული უწმინდურობა და ეშმაკობა ან

“იმპერიალისტური” საქციელი იქნებოდა ჩემს მხრივ, ამ განხილვაში დამეფარა ინფორმაცია არსებული ალტერნატივების და მათი შედეგების შესახებ. თუმცა კი, ალბათ, კადნიერება იქნება ვიფიქროთ, რომ მხოლოდ უცხოელ ექსპერტებს ძალუძთ ამგვარი ალტერნატივების შესახებ მოხსენებების კითხვა მოკლე დროის მანძილზე, მას შემდეგ, რაც სამართალ-შედარებითი დიალოგები დაიწყო, იგი განსაკუთრებით გააქტიურდა გარდამავალ საზოგადოებებში. სერგო ჯორბენაძე ის პიროვნებაა, რომელიც ყველაზე უკეთ დაგვისაბუთებს ამას.

9. უფრო ძნელია თანაშრომლობა და მსჯელობა იმ სფეროებში, რომლებიც სახელმწიფოს კომუნისტური პერიოდის რელიქტებად უნდა ჩაითვალოს და რომელთაც სწორედ გარდამავალი სახელმწიფოს წარმომადგენელი კოლეგები იცავენ. სამოქალაქო სამართლიდან მაგალითის სახით გამოდგება საკუთრების ფორმები, რომლებიც განსხვავდებიან მფლობელი პირის ფუნქციების მიხედვით, ან ოპერატიული მართვის და სრული სამეურნეო გამგებლობის ინსტიტუტები. ეს სამართლებრივი ფიგურები ძირითადად 30-იანი წლების საბჭოთა კავშირში შეიქმნა იმისთვის, რომ შედეგები, რომლებიც გამოჰდინარეობდნენ მწარმოებლური საკუთრების თითქმის სრული მონოპოლიზაციიდან, მთლიანად სახელმწიფოს ხელში ყოფილიყო მომგებიანად თავმოყრილი. სარგებლობის და მართვის გარკვეული, ამასთან მხოლოდ წმინდა სამართლებრივი, უფლებების გადაცემა მმართველობის ადგილობრივი ორგანოებისადმი, პროფესიული კავშირების, საწარმოების, კოლმეურნეობების და კომუნისტური სახელმწიფოს სხვა ქვედანაყოფებისათვის, მიზნად ისახავდა ფრთხილ დეცენტრალიზაციას, რისგანაც უფრო მაღალ ეფექტურობას მოელოდნენ და რაც პრაქტიკაში კაპიტალისტური და სოციალისტური სისტემების ნაკლოვანებათა კუმულირებას უფრო ახდენდა, ვიდრე იმას, რომ სოციალისტური მიღწევების შენარჩუნების გზით საზოგადოებრივ დინამიკაში შეეტანა წვლილი. დეცენტრალიზებული საკუთრების მქონე საბაზრო ეკონომიკაში ამ ფიგურებსა და კონსტრუქციებს ნაკლები მნიშვნელობა გააჩნიათ. მართალია, ისინი ზრდიან რისკს “სამოქალაქო” სახელმწიფოსთვის, რომელიც ტრადიციული იურიდიული გაგებით მესაკუთრედ რჩება და ამით მას საბოლოო ჯამში შეიძლება დაეკისროს პასუხისმგებლობა (ძალაუფლების გარეშე) და ისინი ასევე პოტენციურად უპასუხისმგებლო მენეჯმენტის სიმძიმესაც ხსნიან. ამიტომ განხილვისას ხაზი უნდა გაესვას იმას, რომ ამგვარი კონსტრუქციები რეფორმის პროცესში იშლება, თუნდაც მაშინ, როცა იქმნება იმის შთაბეჭდილება, რომ ნაკლები პატივისცემით ეპყრობიან მომეტებულ

ეროვნულ თავისებურებებს. სინამდვილეში საქმე ეხება არა ამგვარ მოვლენას. არამედ თავისებურებებს, რომელთაც რომელიმე სისტემაში თავისი მნიშვნელობა აქვთ. მაგრამ სისტემური ცვლილებების შემდეგ ისინი უცხო სხეულებად იქცევიან და მათი არსებობაც დიდ რისკთანაა დაკავშირებული.

10. საბოლოო ჯამში ნაკლებ გაკვირვებას იწვევს ის, რომ სახელმწიფოები ღრმა სისტემური ცვლილებების შემდეგ, სამართალმედარების დეზავეირების; ათწლეულის შეზღვევა და სამართლებრივ-მეცნიერული და სამართლებრივ-პოლიტიკური განვითარების პროცესების შეცვლის შემდეგ კვლავ კოდიფიკაციის ტრადიციებს უბრუნდებიან ან როგორც საქართველოს იუსტიციის მინისტრმა დოქტორმა თ. ნინიძემ თავის გამოქვეყნებულ სატყვეაში 1995 წლის 21 აპრილს თბილისის უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის სტუდენტებს უთხრა, განზრახული აქვთ ერთი ათეული წლის მანძილზე ანაზღაურონ კოდიფიკაციები, რაც აკრძალული იყო მათთვის მას შემდეგ, რაც ისინი მთლიანად მოწყდნენ კოდიფიკაციის საუკუნეს. ამასთან სასიამოვნოა, რომ ალბანეთი, ბალტიის რესპუბლიკები, საქართველო, რუსეთი, ჩეხეთი... ისეთ სახელმწიფოებთან ამყარებენ კავშირებს, რომლებთანაც მათ მჭიდრო ეკონომიკური, პოლიტიკური და სამეცნიერო ურთიერთობები ჰქონდათ. სამყაროს ძველი რუკის აღდგენის რეაქციულ ზრახვასთან ამას საერთო არაფერი აქვს. ამგვარი მცდელობები მსოფლიოს სრულად შეცვლილი რეალობების გამო იმთავითვე დასაღუპავადაა განწირული. ის დრო, როცა მიწების იმპერიალისტურ მიტაცებას აზრი ჰქონდა, კარგახანია უკანმოუბრუნებლად გავიდა.¹⁵

ამის საპირისპიროდ გარდამავალი პერიოდის საზოგადოებებისათვის მნიშვნელოვანია მათი სამოქალაქო და ეკონომიკური სამართლის დაწერილებითი კოდიფიცირება, ამასთან ისინი არ უნდა დაეყრდნონ Case law-ს და ხელშეკრულების გაფორმების ხელოვნების განვითარებას. ორივე, ცხადია, საჭიროა და მათი დროც მოვა. მაგრამ ძალზე რთული და კრიტიკული გარემოებანია შექმნილი საიმისოდ, რომ აუცილებლობას არ წარმოადგენდეს სოციალური საფუძვლის შექმნა, რომელიც ამოსავალი იქნებოდა მათთვის. საფუძველად არასდროს არ გამომდგარა და არც არასდროს გამოდგება ერთადერთი ეროვნული სამართლის პროვინციული შეზღუდულობა, რომელიც მისი იმპორტირების საშუალებას იძლევა. საფუძველს ქმნის თანამედროვე, სიტუაციაზე, სტრუქტურასა და რეგიონზე მორგებული კანონების შემუშავება, რომლებიც სხვადასხვა შედარების საფუძველზე წარმოიქმნება. თავიდანვე

უნდა მიექცეს ყურადღება რეგიონულ თავსებადობას, რათა სამართლებრივი რეფორმების გამოისობით ერთმანეთს არ მოწყდნენ რეგიონები. რომლებიც მრავალი წლის მანძილზე კონოზიკურად მაინც იყვნენ დაკავშირებულნი. ეს შინაარსობრივ სიცარიელეზე აბსტრაქტულად ფორმირებული პროგრამაა. მხოლოდ კონკრეტული ურთიერთთანამშრომლობის გზითაა შესაძლებელი ცალკეული პროექტის რეალიზება, რომელშიც ყველა იღებს მონაწილეობას. მოხარული ვარ, რომ პროფესორ სერგო ჯორბენაძესთან ერთად ამ საქმის კეთების შესაძლებლობა მომეცა.

1. ასე დასვა საკითხი ქალბატონმა ფრანკა "Süddeutsche Zeitung"-ში 1995 წლის 23 მარტს.
2. შეად. E. Matzner u.a , Der Markt-Schock - Eine AGENDA für den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Wiederaufbau in Zentral-und Osteuropa. Berlin 1992
3. R. Knieper, Wirtschaftsreform als Rechtsreform in post-kommunistischen Gesellschaften?, RIW 1993, 907 ff, ders. und M.M. Boguslawskij, Konzept zur Rechtsberatung in Transformationsstaaten, Eschborn, 1995
4. Knicper/Boguslawskij, a.a.O.
5. იხ. die Sammlung von U. Schulze, Die Wettbewerbs- und Kartellgesetze der osteuropäischen Staaten, Berlin, 1994
6. T. Waelde/ J. Gunderson, Legislative Reform in Transition Economics: Western Transplants - Short-cut to Social Market Economy Status? Int.&Comp.L.Q. 43 (1994), 347 ff
7. Staatspolitik über die Rechtsreformierung in der Mongolei (Projekt), Ulan Bataar. 1995
8. so G. Ajani, Fonti e modelli nel diritto dell'europa orientale, Trento, 1993, S. 105 ff
9. Hartkamp, Civil Code Revision in the Netherlands 1947-1992, in: Nicuw Netherlands Burgerlijk Wetboek, Deventer, 1990, S.XXVI
- 10 შეად. J. Cooke/D. Oughton, The Common Law of Obligations, 2nd edition, London et al., 1993, p. 27
11. E. Zitelmann, Die Möglichkeit eines Weltrechts, Wien, 1888, S. 6 ff
12. ამის შესახებ დაწერილებით R. Knieper, Gesetz und Geschichte. (in Vorbereitung). (ბეჭდვაშია) ვინც დაწერილებით ანალიზზე მუშაობს, ამ თეზისს არ უნდა შეუმინდეს. ჯერ ერთი, იგი იოლად ფალსიფიცირებადი (ცაყალბებადია) და მეორე, ზეალ შეიძლება სხვაგვარად იყოს.
13. ასეა M. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen, 1922. Zweiter Teil. Kap. VII. § 6
14. ასეა M. Nelson im Wall Street Journal vom 05. April 1995, S. 1
15. დაწერილებით ეს მოსაზრებები მოცემულია R. Knieper, Nationale Souveränität - Versuch über Ende und Anfang einer Weltordnung, Frankfurt/M., 1992

კანონი მეფარმეთა შესახებ და საკორპორაციო სამართლის წარმოშობა საქართველოში

ლადო ჭანტურია

იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორი, პროფესორი

1993 წლის გაზაფხულზე, როდესაც მე სამეცნიერო სტაჟირების შედეგ გერმანიიდან საქართველოში დაებრუნდი, ბატონ სერგო ჯორბენაძეს მორიგებით ვუთხარი: “რა კარგი ჰქენით, ბატონო სერგო, რომ სამოქალაქო სამართალში სახელმძღვანელო არ გამოეცით-მეთქი”.¹ ბატონმა სერგომ გაიღიმა და ჩვეული იუმორით მიპასუხა: “როგორ შეიძლება სახელმძღვანელოს დაწერა სამოქალაქო სამართალში, როცა სამოქალაქო სამართალი არ გექონდა”. ამ მწარე სიმართლის თქმა შეეძლო მხოლოდ დიდ მეცნიერს. ჰუმანისტსა და მოაზროვნეს, რომლის თვალსაწიერიც არასდროს შემოფარგლულა საბჭოთა სამოქალაქო სამართალით/სამოქალაქო სამართალი თავისუფალი საზოგადოების სამართალი,² რომლის უეჭველი წინაპირობაც პიროვნების თავისუფლებაა. ამ თავისუფლების უფლებრივ, გარეგნულ გამოხატულებას წარმოადგენენ: ინდივიდების თავისუფალი გადაადგილება, მეწარმეობისა და ვაჭრობის, ხელშეკრულებისა და საკუთრების თავისუფლება.³ ადამიანის, როგორც პიროვნების, როგორც ბუნებით თავისუფალი არსების გაგება მკაფიოდ გამოიხატება საკუთრებაში/საკუთრება, როგორც ადამიანის პიროვნულობის გამოხატულება, “მისი თავისუფლების გარეგნული სფერო”, კლასიკური ფილოსოფიის მნიშვნელოვანი პოსტულატია.⁴ სწორედ ეს პრინციპები და ღირებულებები უარყო საბჭოთა წყობილებამ და შესაბამისად საბჭოთა სამართალმა. ამიტომ საბჭოთა სამოქალაქო სამართალი მხოლოდ რუდიმენტია იყო იმ სამოქალაქო სამართლისა, რომელიც თავისუფლების იდეის მატარებლად მოველინა მეცხრამეტე საუკუნის დასაველეთ ევროპას.

თუ საბჭოთა სამართლის სისტემაში სამოქალაქო სამართალი ფორმალურად მაინც არსებობდა⁵, საკორპორაციო სამართალი⁶ მისთვის სრულიად უცხო იყო. ამის ძირითადი მიზეზი ის გახლდათ, რომ საბჭოთა ეკონომიკა, თუ არ ჩავთვლით ფორმალურად კოოპერაციულ საწარმებს – კოლმეურნეობებს, მთლიანად სახელმწიფოს ხელში იყო.⁷ ვინაიდან/არ არსებობდა კერძო ეკონომიკა, არც კერძო სამეწარმეო საქმიანობის მოწყობის ორგანიზაციულ-სამართლებრივ ფორმებს იცნობდა

საბჭოთა სამართალ/ოცდაათიანი წლებიდან მოყოლებული*.

1985 წლიდან საბჭოთა კავშირში გარდაქმნის პროცესის დაწყებასთან ერთად წინა პლანზე იწევს კერძო ინიციატივის გაძლიერებისა და გაფართოების ტენდენცია. ოფიციალური ხელისუფლება ამის უპირველეს გამოხატულებად მიიჩნევს ინდივიდუალური შრომითი საქმიანობისა⁹ და კოოპერაციის განვითარებას.¹⁰ ამ პერიოდის საბჭოთა სინამდვილისათვის უცხოა ისეთი წმინდა კაპიტალისტური საწარმოები, როგორცაა სააქციო ან შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებები¹¹.

კანონი, რომელმაც საქართველოში სამართლებრივად პირველად განამტკიცა სამეწარმეო საზოგადოებები, იყო კანონი სამეწარმეო საქმიანობის საფუძვლების შესახებ, რომელიც მიღებულ იქნა 1991 წლის 25 ივლისს.¹²

კოდიფიკაციის აუცილებლობა. მიუხედავად იმისა, რომ სამეწარმეო საქმიანობის საფუძვლების კანონმა ზოგადი სახით განამტკიცა სამეწარმეო საქმიანობის ორგანიზაციულ-სამართლებრივი ფორმები, საკანონმდებლო ტექნიკის თვალსაზრისით, იგი დაბალი დონის კანონი იყო: მას პრეტენზია ჰქონდა მთლიანად მოეწესრიგებინა სამეწარმეო საქმიანობა. ამიტომ მასში თავმოყრილი იყო როგორც კონსტიტუციურ-სამართლებრივი, ასევე ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი და სამოქალაქო-სამართლებრივი ნორმებიც. ამან გამოიწვია ის გარემოება, რომ კანონით გათვალისწინებულ საწარმოთა ორგანიზაციულ-სამართლებრივი ფორმების შესახებ აუცილებელი გახდა ცალკე კანონქვემდებარე აქტების მიღება.¹³ ეს, რა თქმა უნდა, ეკონომიკის სამართლებრივი საფუძვლების არასტაბილურობას იწვევდა. ამან კი განაპირობა აუცილებლობა სრულყოფილი კოდიფიკაციისა, რომელსაც უნდა შეექმნა რეალური სამართლებრივი საფუძველი.

მეწარმეთა შესახებ კანონის იდეა პირველად დაიბადა 1993 წლის მაისში თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის სამოქალაქო სამართლის კათედრაზე სამოქალაქო კოდექსის კომისიაში¹⁴ მუშაობის პროცესში. კერძოდ, კომერციულ იურიდიულ პირებზე დისკუსიის დროს გერმანელმა იურისტებმა (პროფესორი როლფ კნიპერი ბრემენიდან და ადვოკატი პარტმუტ ფრომი ფრანკფურტიდან) წამოაყენეს შოსაზრება კომერციული (სამეწარმეო) იურიდიული პირების შესახებ ერთიანი კანონის შემუშავების თაობაზე, რომელსაც მომავალში სავაჭრო კოდექსიც უნდა შეეცვალა. იმ დროიდან მოყოლებული ქართველი და გერმანელი იურისტების ერთობლივი ინტენსიური მუშაობის შედეგად შეიქმნა კანონი მეწარმეთა შესახებ¹⁵.

სავაჭრო კოდექსები წარმოიშვა მე-19 საუკუნის დასავლეთ ევრო-

პაში. ამ ეპოქის საზოგადოებრივ ურთიერთობებში ვაჭრები (კომერსანტები) უდიდეს როლს თამაშობდნენ. ამიტომ მათი სამართლებრივი მდგომარეობის მოწესრიგება კანონმდებლის მნიშვნელოვან ამოცანად იქცა. ამის შედეგად შეიქმნა სავაჭრო კოდექსები ჯერ საფრანგეთში, ხოლო საუკუნის ბოლოს გერმანიაში. გასული საუკუნის მეორე ნახევრიდან ეკონომიკურ ურთიერთობებში სულ უფრო მზარდ როლს თამაშობენ ისეთი კაპიტალური საზოგადოებები, როგორცაა სააქციო და შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებები. მათი სამართლებრივი მოწესრიგება სავაჭრო კოდექსებში შეუძლებელი იყო. ამიტომ წარმოიშვა ცალკე კანონების მიღების აუცილებლობა. ასე შეიქმნა სააქციო კანონები და კანონები შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებათა შესახებ.¹⁶ ზოგმა ქვეყანამ ეს საზოგადოებები სამოქალაქო კოდექსებში განამტკიცა და იქ მოაწესრიგა (მაგ. შვეიცარია). ასეთივე მოწესრიგების მცდელობა იყო საქართველოს სსრ 1923 წლის სამოქალაქო სამართლის კოდექსშიც.

მთელი მეოცე საუკუნის მანძილზე დაგროვდა უზარმაზარი გამოცდილება, რომელიც შესაძლებელს ხდიდა შექმნილიყო ერთიანი ნორმატიული აქტი ამ სუბიექტების სამართლებრივი მოწესრიგებისათვის. მით უმეტეს, რომ სრულიად სამართლიანად იქნა დასაბუთებული უცხოეთში მოქმედი ცალკეული კანონების იმპორტის უაზრობა პოსტსოციალისტურ ქვეყნებში.¹⁷ სასიხარულოა, რომ ეს გამოცდილება ყველაზე კონცენტრირებული სახით ქართულ კანონში გამოიხატა.¹⁸

ჩვენში ხშირად ამბობენ, თითქოს ეს არის გერმანული კანონი. ეს შენიშვნა არასწორია. ამის თაობაზე 1994 წლის 25 ოქტომბერს საპარლამენტო დისკუსიაში მონაწილეობის დროს იუსტიციის მინისტრმა თედო ნინიძემ აღნიშნა – ეს არის ქართული კანონი. მის მსგავს ერთიან აქტს გერმანიაში ვერ ნახავთ, დასავლეთ ევროპის ვერც სხვა ქვეყანაში. მეწარმეთა კანონი არის ქართული კანონი, რომელშიც გამოყენებულია იმ ქვეყნების ცოდნა და გამოცდილება, რომელთა მსგავსის აშენებაც მიზნად დავისახეთ. ეს არის გერმანულ მეცნიერებთან თანამშრომლობაში შექმნილი ქართული კანონი. იგი ემყარება კონტინენტური ევროპის სამართლებრივ ტრადიციას, მის ძირითად პრინციპებს, რომელთაგან ზოგიერთს ორ ათასწლოვანი ისტორია აქვს და რომის სამართლიდან მომდინარეობს.¹⁹

კანონის სახელწოდებაც აზრთა ხანგრძლივი ურთიერთჭიდილის შედეგად გადაწყდა. თავდაპირველად კანონის პროექტს ეწოდა “კანონი სამეწარმეო საზოგადოებების შესახებ”. იმთავითვე ნათელი იყო, რომ ინდივიდუალური მეწარმე არ წარმოადგენდა “საზოგადოებას”, მაგრამ

იურიდიული ფიქციის დაშვების გზით კანონის ავტორები ცდილობდნენ ეს ხარვეზი ამოეხსოთ. ალტერნატიულ სახელწოდებად აირჩა “კანონი საწარმოთა შესახებ“. ამ დასახელებით წარედგინა იგი პარლამენტს და პირველი კითხვით მიიღეს კიდევ 1994 წლის ზაფხულში.

1994 წლის 15 ივლისს ქალაქ ბრემენში გაიმართა საერთაშორისო იურიდიულ-სამეცნიერო კონფერენცია, რომელიც მიეძღვნა “პოსტკომუნისტურ საზოგადოებებში სამოქალაქო და სამეურნეო სამართლის რეფორმის“ პრობლემებს.²⁰ ამ კონფერენციაზე დიდი ყურადღება დაეთმო აღნიშნულ კანონპროექტს. ითქვა, რომ წარმოდგენილი კონცეფცია სადავოა. კერძოდ საკითხი შეეხო იმას, თუ რას წარმოადგენდა საწარმო? იყო იგი სამართლებრივი ურთიერთობის ობიექტი თუ სუბიექტი? მრავალი დისკუსიისა და კამათის შემდეგ ქართული იურისტები მივიდნენ იმ დასკვნამდე, რომ კანონს უნდა დაერქვას კანონი “მეწარმეთა შესახებ“. ამის მთავარი არგუმენტი (და ალბათ ყველაზე დამაჯერებელი) ის იყო, რომ კანონი აწესრიგებს სწორედ მეწარმეთა მოწყობის ორგანიზაციულ-სამართლებრივ ფორმებს და განსაზღვრავს მათ სტრუქტურას.

იყო სხვა წინადადებებიც/ერთნი ამტკიცებდნენ, რომ კანონს უნდა დარქმეოდა “მეწარმეობის შესახებ“, სხვები მიიჩნევდნენ, რომ მისი სახელი უნდა ყოფილიყო “სამეწარმეო საქმიანობის შესახებ“. ვფიქრობ, რომ ორივე ეს მოსაზრება სრულიად საფუძვლიანად იქნა უარყოფილი: პირველი, მეწარმეობა გაცილებით უფრო ფართოა, ვიდრე ამ კანონით მოწესრიგებული ურთიერთობა. ფაქტიურად მეწარმეობის პროცესში გამოიყენება ყველა ის სახელშეკრულებო ურთიერთობა, რომელიც სამოქალაქო კოდექსშია განმტკიცებული; მეორე მეწარმეობა, სამეურნეო საქმიანობა გულისხმობს ასევე საჯარო-სამართლებრივ (ე.ი. სახელმწიფო სამართლებრივ, ადმინისტრაციულ-სამართლებრივ, საგადასახადო-სამართლებრივ და ა.შ.) ურთიერთობებსაც, მაგალითად, ლიცენზიების გაცემა, საგადასახადო პოლიტიკა და ა. შ. კანონი კი მხოლოდ ამ ურთიერთობის მონაწილე მეწარმეების სამართლებრივი ორგანიზაციით შემოიფარგლება. ამიტომ ვფიქრობ, რომ კანონის სახელწოდება სწორადაა შერჩეული.)

მწვავე საპარლამენტო დებატების შემდეგ 1994 წლის 28 ოქტომბერს საქართველოს პარლამენტმა ერთხმად მიიღო/კანონი მეწარმეთა შესახებ. ქართული სამართლის ისტორიაში ესაა კერძო სამართლის პირველი კანონი, რომელიც კოდიფიკაციის ხარისხით საერთაშორისო სტანდარტების დონეზეა შესრულებული./ იგი ქართული სამართლის

უდიდესი მონაპოვარია. ამავე დროს, კონტინენტური ევროპის სამართლებრივი ტრადიციის გაგრძელება და მისი ხორცშესხმაა. ამ კანონით საფუძველი ჩაეყარა საქართველოში საკორპორაციო სამართლის განვითარებას.

კანონის სიახლე შეიძლება რამდენიმე ასპექტით განვიხილოთ.

ჯერ ერთი/კანონშემოქმედების თვალსაზრისით ესაა პირველი კოდიფიცირებული აქტი, რომელმაც ერთიან სისტემაში მოაქცია სამეწარმეო საქმიანობაში ჩაბმული ყველა ორგანიზაციულ-სამართლებრივი ფორმა; შეუქმნა მას ზოგადი ნაწილი, რომელიც, მცირე გამონაკლისის გარდა, საერთოა ყველა სამეწარმეო სუბიექტისათვის;

მეორე, მეწარმეთა ურთიერთობის სფეროში წარმოშობილი საკითხების სამართლებრივი რეგლამენტაციის ხარისხით იგი არის კერძო სამართლის პირველი კანონი საქართველოში/ ადრე მოქმედი კანონი სამეწარმეო საქმიანობის საფუძვლების შესახებ უფრო პოლიტიკურ-საჯარო ხასიათის აქტი იყო, ვიდრე კერძო სამართლის კანონი. მასში განსაზღვრული ორგანიზაციულ-სამართლებრივი ფორმების რეგლამენტაცია სამთავრობო დადგენილებებით და სხვა კანონქვემდებარე აქტებით ხდებოდა. სამართლებრივი სახელმწიფოსათვის, რომელშიც კანონის უზენაესობაა აღიარებული, ამგვარი რამ მიუღებელია: მეწარმეთა სტატუსი კანონით უნდა იყოს განსაზღვრული და არა კანონქვემდებარე დოკუმენტებით;

მესამე, ინვესტორები თავიანთი თავშეკავების მიზეზად საკანონმდებლო ბაზის უქონლობას თვლიდნენ. ამ კანონით ეს ხარვეზი გამოსწორდა./თუმცა ზოგი პოლიტიკოსის აზრის საპირისპიროდ, კანონი არ უქმნის ვინმეს პრივილეგიას. შეხედულება უცხოელი მეწარმეებისა და ინვესტორებისათვის შეღავათების მინიჭების შესახებ მცდარი მგონია. სახელმწიფოს უმთავრესი ამოცანა უნდა იყოს საკუთარი მეწარმეებისა და ინვესტორებისათვის რეალური სამართლებრივი საფუძვლის შექმნა და მისი უზრუნველყოფა.

სრულყოფილი და უნაკლო კანონი ჯერ არავის შეუქმნია. ცხადია, რომ არც მეწარმეთა კანონია გამონაკლისი. ცხოვრება ბევრ ისეთ საკითხს წარმოშობს, რომლებმაც ვერ პოვეს ასახვა კანონში. დროთა განმავლობაში კანონმდებელი და სასამართლო პრაქტიკა ამ ხარვეზებს გამოასწორებს. ასე იყო ეს თითქმის ორსაუკუნოვან ფრანგულ სამოქალაქო კოდექსთან, საუკუნოვან გერმანულ სამოქალაქო კოდექსთან.

მიუხედავად ამისა, კანონი მეწარმეთა შესახებ ქართული მართლშეგნებისათვის მაინც ახალი ქმნილებაა. მასში განმტკიცებული ბევ-

რი დებულება სრულიად უცხოა ჩვენი თეორიისა და პრაქტიკისათვის. მაგრამ შიში ახლის დანერგვის წინაშე არ უნდა გახდეს ხელისშემშლელი ფაქტორი პროგრესისათვის.

ე.წ. კერძო სამართლის დუალური სისტემის შესახებ. კონტინენტური ევროპის სამართლის წრის წარმომადგენელი იმ ქვეყნების დახასიათებისას, რომელთაც სამოქალაქო და სავაჭრო კოდექსებიც აქვთ ერთდროულად, საბჭოთა სამართლის მეცნიერებაში მიმართავდნენ ე.წ. დუალური სისტემის ცნებას.²¹ მასში გულისხმობდნენ ორგვარ სამართლებრივ რეგულირებას – სამოქალაქო კოდექსის დონეზე და სავაჭრო კოდექსის დონეზე. გარდა წმინდა თეორიულ-დოგმატური მნიშვნელობისა, ამგვარ დაყოფას სხვაგვარი პრაქტიკული მნიშვნელობა არა ჰქონია. სამაგიეროდ ამ კლასიფიკაციიდან პოსტსაბჭოთა საბარათალში დაპყვიდრდა სრულიად მცდარი და სამართლებრივი სახელმწიფოსათვის მიუღებელი კონცეფცია კანონთა იერარქიის შესახებ. მის თანახმად კანონთა სისტემაში კოდექსს (განსაკუთრებით სამოქალაქო კოდექსს) უფრო მაღალი ადგილი უკავია, ვიდრე სხვა კანონებს; ყველა კანონი უნდა შეესაბამებოდეს სამოქალაქო კოდექსს.²² ამ შეხედულების წარმომადგენლები (მათ მიეკუთვნება თითქმის ყველა ყოფილი საბჭოთა ცივილისტი) სამოქალაქო კოდექსს ხშირად ეკონომიკურ კონსტიტუციასაც უწოდებენ.²³ პრაქტიკულად ეს იწვევს სამოქალაქო სამართლის სხვა კანონების როლის დაკნინებას. სამოქალაქო კოდექსებს კი უჭინდება ყოველისმომცველი აქტის პრეტენზია, რასაც შედეგად მოჰყვება კოდექსების გადატვირთვა საცნობარო ხასიათის დებულებებით.²⁴ საბოლოო ჯამში კოდექსებს შერჩებათ ზოგადი დებულებები, ხოლო პრაქტიკისათვის რეალური მნიშვნელობის მქონე ნორმები თავს იყრის “შეორებარისხოვან კანონებში”.²⁵

ქართველმა კანონმდებლებმა უარი თქვეს ამგვარ არასწორ საკანონმდებლო ტექნიკაზე და მეწარმეთა შესახებ კანონის დებულებები აღარ გაიმეორეს სამოქალაქო კოდექსის პროექტში. პრაქტიკულად ეს კი იმას ნიშნავს, რომ სამოქალაქო კოდექსსა და მეწარმეთა შესახებ კანონს შორის კოლიზია არ იქნება.

საწარმოს ცნება. საწარმოს ცნება ამ კანონის ერთ-ერთი ფუძემდებლური ცნებაა. კანონის სახელწოდებასთან დაკავშირებული ბევრი დისკუსია უმთავრესად ამ ცნებით იყო განპირობებული. რა არის საწარმო? არის იგი სამართლებრივ ურთიერთობათა სუბიექტი თუ ობიექტი? ერთი შეხედვით იგი მხოლოდ თეორიული მნიშვნელობის საკითხია, რომელიც პრაქტიკულ ცხოვრებაში არ ასრულებს რაიმე გადამ-

წყვეტ როლს. თუმცა საპარლამენტო დისკუსიების დროს მან აზრთა დიდი შეხლა-შემოხლა გამოიწვია. კანონის პროექტის ერთ-ერთ ვარიანტში წარმოდგენილი იყო საწარმო, როგორც ურთიერთობის სუბიექტი, მეორე ვარიანტში როგორც ობიექტი. საბოლოო ჯამში, ვფიქრობ, რომ კანონმა ყველაზე სწორი კონცეფცია აირჩია;/საწარმო არის პირთა და ნივთების ორგანიზაციულ-ეკონომიკური ერთიანობა. საწარმოს მიეკუთვნება ასევე საწარმოსა და მუშა-მოსამსახურეთა საქმიანობაც. გარდა ამისა, მას განეკუთვნება არამატერიალური ფასეულობანი, ფაქტობრივი ურთიერთობები, საწარმოო საიდუმლოებანი. საწარმოს ცნება მოიცავს ასევე მატერიალურ ფასეულობებსა (მაგალითად, მიწის ნაკვეთები, ძირითადი საშუალებები, ქარხნები, ფაბრიკები, ავტომანქანები, საქონელი, ნაღდი ფული და ა.შ.) და უფლებებს (კერძოდ, მოთხოვნები, პატენტები, სასაქონლო ნიშნები და ა.შ.), აგრეთვე ვალდებულებებს.

საწარმო არ არის მეწარმის იდენტური. თუმცა კანონი მას სამართლის სუბიექტადც მიიჩნევს (2.5 მუხლი). იმავდროულად საწარმო არც სამართლის დამოუკიდებელი ობიექტია²⁶. საწარმო ურთიერთობებში გამოდის როგორც პირთა, ნივთებისა და უფლებების ორგანიზებული ეკონომიკური ერთიანობა, რომელიც შეიძლება ნაწილობრივ ან მთლიანად გასხვისდეს, იჯარით გაიყეს და ა.შ.

საწარმო არის სამეწარმეო საქმიანობაში მეწარმეთა ორგანიზაციის უნივერსალური ფორმა. იგი ერთდროულად არის როგორც სამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტი, ასევე ამ ურთიერთობათა ობიექტი.

(ამ გაგებით გამოიყენება მეწარმეთა კანონში საწარმოს ცნება. თუმცა ეს არ გამოირიცხავს სამართლის სხვა დარგებში საწარმოს განსხვავებული ცნების გამოყენებას, მაგალითად, შრომის, საგადასახადო, საფინანსო და ა.შ. სამართალში.

საწარმოთა *numerus clausus* პრინციპი/საწარმოთა ორგანიზაციულ-სამართლებრივი ფორმების განსაზღვრისას კანონი მიმართავს *numerus clausus* პრინციპს: სამეწარმეო საქმიანობაში დასაშვებია საწარმოთა მხოლოდ ის ფორმები, რომლებიც განმტკიცებულია კანონში./მეწარმეთა შესახებ კანონის ძალაში შესვლამდე მოქმედი კანონი სამეწარმეო საქმიანობის საფუძვლების შესახებ არ იცნობდა ამ პრინციპს. მართალია, იგი მე-11 მუხლში განამტკიცებდა საწარმოთა ათ ორგანიზაციულ-სამართლებრივ ფორმას, მაგრამ იქვე მიუთითებდა, რომ შესაძლებელი იყო სხვა ფორმის საწარმოებიც, რომლებიც არ ეწინააღმდეგებოდა მოქმედ კანონმდებლობას. ამ ათი ფორმიდან ოთხი ხელოვნ-

ნურად იყო შეტანილი კანონში და უფრო „განმანათლებელი ნორმის“
 სახეს ატარებდა. კერძოდ, ეს შეეხება ერთი პირის საწარმოს, დამატე-
 ბითი პასუხისმგებლობის საზოგადოებას, საზოგადოებრივი ორგანიზა-
 ციის საწარმოს. ამ ფორმით მათი განმტკიცება კანონში არაკორექტუ-
 ლი იყო. მაგალითად, საზოგადოებრივი ორგანიზაცია სამოქალაქო სა-
 მართლისათვის ისეთივე პირია, როგორც ნებისმიერი სხვა ფიზიკური
 ან იურიდიული პირი. ამიტომ მას სრულიად ბუნებრივად შეუძლია
 დააარსოს იურიდიულ პირთათვის ნებადართული ნებისმიერი ფორმის
 სამეწარმეო საზოგადოება (კს, შპს და ა.შ.) რაც შეეხება ერთი პირის
 საწარმოს, იგი კანონის მიხედვით იყო შპს-ს ნაირსახეობა, თუმცა
 პრაქტიკაში მან დამახინჯებული ფორმა შეიძინა, რამეთუ ერთ პირს არ
 ჰქონდა შპს-ს დაარსების უფლება. მის მიერ დაარსებულ საწარმოს
 აუცილებლად ერთი პირის საწარმო უნდა რქმეოდა. მეწარმეთა შესახებ
 კანონმა გამოასწორა ეს ხარვეზი და ერთ პირს მისცა შპს-სა და სს-ის
 დაარსების უფლება ისე, რომ ამ შემთხვევაში სრულიად არ არის
 სავალდებულო მითითება იმაზე, რომ ეს არის ერთი პირის საწარმო/
 ხელოვნური იყო საწარმოთა ცალ-ცალკე დაყოფა სახელმწიფო და
 მუნიციპალურ საწარმოებად. საქართველოში დღეს მოქმედი მმართვე-
 ლობის ადგილობრივი ორგანოები სახელმწიფო ორგანოებია. ამიტომ
 მათ მიერ შექმნილი საწარმოები (რომლებიც მომავალში დაექვემდებარ-
 ებიან მეწარმეთა კანონის 2.3 მუხლს) სახელმწიფო საწარმოებია/
 იურიდიულად მათ შორის რაიმე განსხვავება არ არსებობს. კანონი
 მეწარმეთა შესახებ განამტკიცებს/საწარმოთა ექვს ორგანიზაციულ-
 სამართლებრივ ფორმას: ინდივიდუალური საწარმო, სოლიდარული პა-
 სუხისმგებლობის საზოგადოება (სპს), კომანდიტური საზოგადოება (კს),
 შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოება (შპს), სააქციო საზო-
 გადოება (სს) და კოოპერატივი/
 ინდივიდუალური საწარმო არის ერთი პირის, როგორც დამოუ-
 კიდებელი ფიზიკური პირის, სამეწარმეო საქმიანობის მოწყობის ფორ-
 მა. ინდივიდუალური საწარმო არ არის იურიდიული პირი. ამ შემ-
 თხვევაში მეწარმე გამოდის, როგორც ფიზიკური პირი, საკუთარი სახე-
 ლით/ (2.2 მუხლი). ფიზიკური პირის არა ყოველგვარი საქმიანობა
 ჩაითვლება სამეწარმეო საქმიანობად და, აქედან გამომდინარე, მისი არა
 ყოველი აქტიურობა მიიღებს საწარმოს ფორმას. მაგალითად, საკუთარი
 ან სხვისი მანქანის გამოყენება ტაქსად ან ტვირთის გადასაზიდ საშუ-
 ალებად არ ჩაითვლება სამეწარმეო საქმიანობად, თუ ამ მანქანის გამომ-
 ყენებელს არა აქვს/სამეწარმეო წესით მოწყობილი ორგანიზაცია,
 მოწესრიგებული საკასო და საბუღალტრო საქმე“ (2.2 მუხლი). ეს

გულისხმობს შემდეგს: ფიზიკური პირი რეგისტრირებული უნდა იყოს სამეწარმეო რეესტრში. ამისათვის საკმარისია გვარისა და სახელის ჩაწერა და აღნიშვნა, რომ პირი არის ინდივიდუალური მეწარმე. მას უნდა ჰქონდეს სათანადო საბუღალტრო ჩანაწერები. / *MM*

სოლიდარული პასუხისმგებლობის საზოგადოება. სპს ერთ-ერთი ძველი და მეტად გავრცელებული საევაჭრო (სამეწარმეო) საზოგადოებაა. მას იცნობს დასავლეთის ყველა ქვეყნის სამართალი/გერმანიაში მას ეწოდება Offene Handelsgesellschaft და მისი სამართლებრივი მდგომარეობა განმტკიცებულია გერმანიის საევაჭრო სჯულდებაში. საფრანგეთში ამ საზოგადოების სახელწოდებაა societe en nom collectif და მოწესრიგებულია საევაჭრო კოდექსითა და 1966 წლის 24 ივლისის კანონით საევაჭრო ამხანაგობათა შესახებ. ინგლისის 1890 წლის კანონი ამხანაგობათა შესახებ ამ საზოგადოებებს უწოდებს Partnership. რუსეთის კანონმდებლობა მას იცნობს полное товарищество-ს სახელით²⁷

უფიქრობ, რომ მეწარმეთა კანონმა, განსხვავებით ზემოთ ჩამოთვლილი ქვეყნების სამართლისაგან, სწორი სახელწოდება შეარჩია/განმსაზღვრელი ამ ტიპის საზოგადოებებში არის: პარტნიორობა სოლიდარული პასუხისმგებლობა საზოგადოების კრედიტორების წინაშე/ამიტომ შინაარსის ძირითადი ელემენტი სამართლიანად იქნა აღბეჭდილი საზოგადოების დასახელებაში.

კანონის 20.1 მუხლის შესაბამისად, /სპს არის საზოგადოება, რომელშიც რამდენიმე ფიზიკური პირი ერთობლივად, ერთიანი საფირმო სახელწოდებით, ეწევა არაერთგვარად და დამოუკიდებელ მეწარმეობას და პარტნიორები საზოგადოების ვალდებულებებისათვის კრედიტორების წინაშე პასუხს აგებენ როგორც სოლიდარული მოვალეები - უშუალოდ, პირდაპირ, მთელ ვალდებულებებზე, შეუზღუდავად მთელი თავისი ქონებით.)

კომანდიტური საზოგადოება. ეს პირთა წევრობაზე დაფუძნებულ საევაჭრო საზოგადოებათა ერთ-ერთი მეტად გავრცელებული ფორმაა/გერმანიის საევაჭრო სჯულდება მას იცნობს Kommanditgesellschaft-ის სახელით, ფრანგული სამართალი მას უწოდებს societe en commandite -ს, ინგლისის 1907 წლის კანონით მას ჰქვია limited partnership. რუსული კანონმდებლობის გავლენით სამეწარმეო საქმიანობის საფუძვლების შესახებ კანონმაც გაითვალისწინა შერეული (კომანდიტური) სამეურნეო ამხანაგობა (მუხლები 11, 14). თუმცა დეტალური სამართლებრივი მოწესრიგება ქართულ სამართალში მას მეწარმეთა შესახებ

კანონის მიღებამდე არ აქონია.

კანონის 34-ე მუხლის თანახმად/საზოგადოება, რომელშიც რამდენიმე პირი ერთობლივად, ერთიანი საფირმო სახელწოდებით ეწევა არაერთჯერად და დამოუკიდებელ მეწარმეობას, არის კომანდიტური საზოგადოება, თუ ერთი ან რამდენიმე პარტნიორის პასუხისმგებლობა საზოგადოების კრედიტორების წინაშე განსაზღვრული საგარანტიო თანხის გადახდით შემოიფარგლება (კომანდიტები), ხოლო სხვა პარტნიორების პასუხისმგებლობა შეზღუდული არ არის (პერსონალურად პასუხისმგებელი პარტნიორები კომპლემენტარები)/

შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოება. შპს-ს, როგორც მეწარმეთა ორგანიზაციის ფორმას, არა აქვს ისეთი ხანგრძლივი ისტორია, როგორც მაგალითად, სპს, კს ან სს/იგი პირველად შეიქმნა გერმანული კანონმდებლობის მიერ 1892 წელს ისე, რომ/მას ისტორიული ანალოგი ან წინამორბედი არ ჰყოლია. შპს-ების წარმოშობა ორმა გარემოებამ განაპირობა: პირველი, ეს იყო სს-ათა დაარსების რთული პროცედურის შეცვლა უფრო ლიბერალურით; მეორე, იყო პასუხისმგებლობის საკითხი/მიუხედავად იმისა, რომ არსებობდა პირთა გაერთიანებების ისეთი ფორმები, როგორიცაა სპს ან კს, ბევრი უარს ამბობდა მათში მონაწილეობაზე, ვინაიდან არ სურდათ მთელი პირადი ქონება ყოფილიყო კრედიტორების წინაშე პასუხისმგებლობის ობიექტი. ამანაც განსაზღვრა შპს-ის დამკვიდრება სავაჭრო სამართალში²⁸/

გერმანელების მიერ შექმნილი სამეწარმეო საზოგადოებათა ეს ფორმა, რომელსაც ორიოდე წლის წინ ასი წლის იუბილე გადაუხადეს, თითქმის მთელ მსოფლიოში გავრცელდა. ამის ერთ-ერთ მიზეზად თვლიან შპს-ების მომწესრიგებელი სამართლის ნორმების უფრო მეტ დისპოზიციურობას სააქციო საზოგადოებებთან შედარებით²⁹ გერმანულ სამართალში მას ჰქვია Gesellschaft mit beschränkter Haftung - GmbH; ფრანგულ სამართალში მას ეწოდება societe a responsabilite limitee. შპს-ის პირდაპირი ანალოგი ინგლისურ სამართალში არ არსებობს. ამიტომ მას ხშირად უდარებენ ე.წ. კერძო კომპანიებს - Private company, close corporation³⁰.

შპს-თა სამართლებრივი სტატუსი საქართველოში პირველად განისაზღვრა სამეწარმეო საქმიანობის საფუძვლების შესახებ კანონში (მე-11 და მე-15 მუხლები) და მას ქართულ ენაზე მოკლე კომენტარებიც მიეძღვნა³¹.

კანონის 44-ე მუხლში განმტკიცებულია შპს-ს ლეგალური დეფინიცია: საზოგადოება, რომლის პასუხისმგებლობა საზოგადოების კრე-

დიტორების წინაშე შემოიფარგლება მთელი თავისი ქონებით, ხოლო პარტნიორების პასუხისმგებლობა საწესდებო კაპიტალში მისი წილის ოდენობით, არის შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოება.)

(სააქციო საზოგადოება. დასავლეთის ქვეყნებში სააქციო საზოგადოებები, როგორც წესი, მსხვილი სამრეწველო და კომერციული საზოგადოებებია.) მსოფლიოში ცნობილი ფირმები, როგორცაა მერსედეს-ბენცი, ფორდი, ჯენერალ-მოტორსი და ა.შ. არსებობენ სააქციო საზოგადოებების ფორმით.

სააქციო საზოგადოება არის ახალი ეპოქის, კოლონიალიზმისა და სამრეწველო რევოლუციის პირშმო. შპს-საგან განსხვავებით ის არ არის კანონმდებლობის ხელოვნური ქმნილება. სააქციო კანონმდებლობა მხოლოდ სააქციო საზოგადოებათა შექმნისა და განვითარების შედეგად წარმოიშვა. სააქციო საქმე ეკონომიკური ცხოვრების ხანგრძლივი განვითარების შედეგია. ამიტომ შეუძლებელია იმის თქმა, რომ საზოგადოებას ერთ დღეს წარუდგინა მზა მოდელი, ნიმუში სააქციო საზოგადოებებისა. ამის გამო მეცნიერებაში დღესაც სადავოა საკითხი იმის შესახებ, თუ რომელი იყო პირველი სააქციო საზოგადოებები³². თუმცა უმეტესობა პირველი სააქციო საზოგადოებების წინამორბედად მიიჩნევენ St. Georgbank-ს გენუაში და Ambrosiabank-ს მილანში (მე-15 საუკუნე), რომელთათვისაც უკვე დამახასიათებელი იყო პასუხისმგებლობის შეზღუდვა და წილების გადაცემის შესაძლებლობა/სააქციო საზოგადოებების ადრეულ ფორმებად მიიჩნევენ სავაჭრო კომპანიებს (1600 წლიდან), კერძოდ, ბრიტანულ-აღმოსავლეთ ინდური და ჰოლანდიურ-აღმოსავლეთ ინდური სავაჭრო კომპანიები/თანამედროვე სააქციო საზოგადოებები კი გაჩნდა მხოლოდ მე-18 საუკუნეში და, უწინარეს ყოვლისა, საფრანგეთში. ამბობენ, რომ თუ არა სააქციო საზოგადოებები, სამთო საწარმოები, სამრეწველო ორგანიზაციები და, პირველ რიგში, რკინიგზა ვერასდროს ვერ გადავიდოდნენ კერძო საფუძველზე³³. თუმცა თანამედროვე პირობებში სააქციო საზოგადოებებს დიდი კონკურენცია გაუჩნდა შპს-ების სახით. მაგალითისათვის, გერმანიაში ერთ სს-ზე მოდის 150 შპს.

დასავლეთის ყველა მართლწესრიგი განამტკიცებს სააქციო საზოგადოებებს, როგორც სავაჭრო საზოგადოებათა ერთ-ერთ მნიშვნელოვან ფორმას. ფრანგულ სამართალში მას ეწოდება societe anonyme, გერმანულში - Aktiengesellschaft, ინგლისურ სამართალში Corporation და ისინი მოქმედებენ როგორც კერძო კაპიტალისტური, ასევე სახელ-

მწიფო-კაპიტალისტური საწარმოების სახით³¹.

პოსტკომუნისტური საქართველოს სამართალში პირველად სააქციო საზოგადოების ცნება შემოვიდა სამეწარმეო საქმიანობის საფუძვლების შესახებ კანონის მიღებით. შემდგომ მთავრობის დადგენილებით განმტკიცდა სააქციო საზოგადოებათა სამართლებრივი მდგომარეობა³².

მეწარმეთა კანონი სააქციო საზოგადოებას ერთ-ერთ ძირითად სამეწარმეო საზოგადოებად მიიჩნევს და 51.1 მუხლში განამტკიცებს მის ლეგალურ დეფინიციას/სააქციო საზოგადოება არის საზოგადოება, რომელსაც აქვს აქციებად დაყოფილი საწესდებო კაპიტალი/

კოოპერატივი. ისტორიულად კოოპერატივები მე-19 საუკუნეში წარმოიშვნენ. ისინი ნაყოფია კაპიტალიზმის განვითარებისა ევროპაში. კოოპერატივების წარმოშობის ძირითადი მოტივი იყო თვითდახმარება, ე.ი. ეს იყო ორგანიზაციის ისეთი ფორმა, რომლის ძირითად მიზანს შეადგენდა მასში გაერთიანებული წევრების მოთხოვნილებათა დაკმაყოფილება. ამ მიზნით შეიქმნა პირველი სამომხმარებლო კოოპერატივები ინგლისში (1827, 1844 წლებში), გერმანიაში რაიფაიზენის კოოპერატივი (1871) და ა.შ.³⁶

კოოპერატივების ლეგალური დეფინიცია მოცემულია კანონის 60.1 მუხლში./„კოოპერატივი არის წევრთა შრომით საქმიანობაზე დაფუძნებული ან წევრთა მეურნეობის განვითარებისა და შემოსავლების გადიდების მიზნით შექმნილი საზოგადოება, რომლის ამოცანაა წევრთა ინტერესების დაკმაყოფილება და იგი მიმართული არ არის უპირატესად მოგების მიღებაზე“/

კანონი სამეწარმეო საქმიანობის მონაწილეებს ანიჭებს თავისუფლებას საწარმოთა ორგანიზაციულ-სამართლებრივი ფორმების არჩევისას რამდენიმე გამონაკლისის გათვალისწინებით: ა) სპს, კს და კოოპერატივის შესაქმნელად საჭიროა მინიმუმ ორი პირის არსებობა; ბ) შპს და სს დასაარსებლად ასევე აუცილებელია მინიმალური საწესდებო კაპიტალის არსებობა; გ) სპს-ის პარტნიორი და კს-ში კომპლემენტარი შეიძლება იყოს მხოლოდ ფიზიკური პირი./

2.4 მუხლი ითვალისწინებს კიდევ ერთ შეზღუდვას: საწარმო, გარდა კოოპერატივებისა, რომელშიც ორმოცდაათზე მეტი პარტნიორია, უნდა ჩამოყალიბდეს მხოლოდ სააქციო საზოგადოების ფორმით. ეს ნორმა ნაკარნახევია ეკონომიკური პოლიტიკის მოტივებით. ივარაუდება, რომ ორმოცდაათი პარტნიორის არსებობა მოგებაზე ორიენტირებულ საზოგადოებებში ნიშნავს, რომ საქმე გვაქვს დიდი კაპიტალის მქონე

საწარმოსთან, რომელიც აუცილებლად სააქციო საზოგადოების ფორმით უნდა არსებობდეს. იმპერატიული ნორმების როლი აქ უფრო მნიშვნელოვანია. ვიდრე სხვა ფორმის საზოგადოებაში.)

გარდა 2.1 მუხლში გათვალისწინებული ორგანიზაციულ-სამართლებრივი ფორმის საწარმოებისა, შეიძლება ასევე არსებობდეს სახაზინო (სახელმწიფო) საწარმოები. როგორც წესი, ისინი იქმნება სახელმწიფოს მიერ ისეთი ამოცანების შესრულების მიზნით, რომლებიც აუცილებელია ქვეყნისა და საზოგადოების ნორმალური არსებობისა და განვითარებისათვის. ამ სფეროებს მიეკუთვნება რკინიგზა, ფოსტა-ტელეგრაფი და ა.შ. ასეთ შემთხვევაში სახაზინო (სახელმწიფო) საწარმოს შექმნის შესახებ გადაწყვეტილებას იღებს შესაბამისი სახელმწიფო ან მმართველობის ადგილობრივი ორგანო. ეს ორგანო განსაზღვრავს საწარმოს საქმიანობის პროფილს, მართვის ორგანოებს, ნიშნავს დირექტორს, განსაზღვრავს მის უფლება-მოვალეობებს და ა.შ.

ასეთი საწარმო წარმოადგენს იურიდიულ პირს და ურთიერთობებში გამოდის საკუთარი საფირმო სახელწოდებით. საფირმო სახელწოდებას განსაზღვრავს ამ საწარმოს შემქმნელი ორგანო. სახაზინო საწარმო სამეწარმეო რეესტრში შეიტანება ამ სახელწოდებით.

სახაზინო საწარმო საწარმოთა სპეციფიკური ფორმაა. ამიტომაც არ შედის იგი ტიპური საწარმოების ჩამონათვალში (2.1 მუხლი). თუმცა მისი გარდაქმნა 2.1 მუხლით გათვალისწინებულ ერთ-ერთ სამეწარმეო საზოგადოებად დასაშვებია. ამისათვის საჭიროა იმ ორგანოს გადაწყვეტილება, რომლის მიერაც შეიქმნა ეს საწარმო. მეორე აუცილებელი პირობა ამგვარი რეორგანიზაციისათვის ისაა, რომ სახაზინო საწარმო რეესტრირებული იყოს სამეწარმეო რეესტრში (2.3 მუხლის ბოლო წინადადება)³⁷.

პარტნიორის ცნება. პარტნიორი არის ერთ-ერთი სამეწარმეო საზოგადოების წევრი (მონაწილე), რომელსაც აქვს საზოგადოების წესდებით გათვალისწინებული უფლებები და მოვალეობები საზოგადოების მიმართ. „პარტნიორი“ არის კრებითი სახელწოდება იმ პირებისა, რომლებიც შეიძლება იყვნენ საზოგადოების დამფუძნებლები ან მოგვიანებით შემოვიდნენ საზოგადოებაში³⁸.

ვინ შეიძლება იყოს პარტნიორი? პარტნიორი შეიძლება იყოს ნებისმიერი ფიზიკური ან იურიდიული პირი, ასევე სახელმწიფოც.)

ფიზიკური პირი, როგორც პარტნიორი. ადრე მოქმედი კანონ-

მდებლობისაგან განსხვავებით კანონი არ ჰყოფს ფიზიკურ პირებს მოქალაქეებად ან არამოქალაქეებად, უცხოელებად ან არაუცხოელებად. კანონის კონცეფციაა, რომ პარტნიორი შეიძლება იყოს ნებისმიერი ფიზიკური პირი მიუხედავად მოქალაქეობისა, სქესისა, კანის ფერისა, ასაკისა და ა.შ. ეს კანონის უდიდესი მონაპოვარია, ვინაიდან იგი გათავისუფლდა იმ უაზრო ნახევრადპოლიტიკური დეფინიციებისაგან, რომლებიც უსვად იყო ადრე მოქმედ კანონმდებლობაში³⁹.

ამრიგად, პარტნიორი შეიძლება იყოს უცხოელი მოქალაქეც და მოქალაქეობის არმქონე პირი და მას რაიმე სპეციალური ნებართვის აღება ამისათვის არ სჭირდება. ეს არის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ნორმა, რომელიც ხელს უწყობს უცხოურ ინვესტიციებს და თანაბარ პირობებში აყენებს მათ ქართველ მეწარმეებთან ერთად.

ჩემი აზრით, არასწორია საქართველოში გავრცელებული შეხედულება, რომლის მიხედვითაც უცხოელ ინვესტორებს უნდა ჰქონდეთ უპირატესობა ქართველ ინვესტორებთან შედარებით. ეს აზრი ზნობრივი თვალსაზრისითაც სადავოა: რატომ უნდა მიენიჭოს უცხოელს შედევათი და უარეს მდგომარეობაში იმყოფებოდეს საკუთარი ქვეყნის წარმომადგენელი. უცხოელ ინვესტორებს ზუსტად ისეთივე პირობები უნდა ჰქონდეთ, როგორც საქართველოს მოქალაქეებსა თუ იურიდიულ პირებს და ეს პირობები თანაბრად ხელსაყრელი უნდა იყოს სამეწარმეო საქმიანობისათვის.

პარტნიორი შეიძლება იყოს ასევე არასრულწლოვანი პირიც. სრული ქმედუნარიანობის დადგომამდე მისი უფლება-მოვალეობები განზორციელდება მათი წარმომადგენლების მიერ. პარტნიორი, პირველ რიგში, გამოხატავს მესაკუთრის მონაწილეობას სამეწარმეო საზოგადოებაში. ამიტომ ასაკი აქ განმსაზღვრელი არ არის. სულ სხვაა დირექტორად (ე.ი. მმართველად, მენეჯერად) არჩევის საკითხი. აქ სრულ ქმედუნარიანობასთან ერთად სხვა პირობებიც უნდა იყოს საზეზუ.

პარტნიორი შეიძლება იყოს ყოველი იურიდიული პირიც. მხოლოდ კანონი აქ გარკვეულ შეზღუდვებს აწესებს: იურიდიული პირი არ შეიძლება იყოს სპს-ის პარტნიორი და კს-ის პერსონალურად პასუხისმგებელი პარტნიორი (კომპლემენტარი).

ის საწარმო, რომელშიც ორმოცდაათზე მეტი პარტნიორია, უნდა ჩამოყალიბდეს სააქციო საზოგადოების ორგანიზაციულ-სამართლებრივი ფორმით. ეს წესი არ ვრცელდება კოოპერატივებზე. ამის მიზეზი ისაა, რომ კოოპერირების მნიშვნელოვანი პრინციპი არის წევრთა განუსაზღვრელი რაოდენობის დაშვების შესაძლებლობა.

პარტნიორი შეიძლება იყოს ასევე სახელმწიფოც. ამ შემთხვევა-

ში იგი არაფრით განსხვავდება სხვა კერძო პირებისაგან. მისი სამართლებრივი მდგომარეობა სამეწარმეო საზოგადოებაში განისაზღვრება მისი წილის ოდენობით (სამეწარმეო საზოგადოებების დაფუძნების დროს ან მისი საქმიანობისას სახელმწიფოს ინტერესებს წარმოადგენენ მისი ორგანოები, მაგალითად, სამინისტროები, სახელმწიფო კომიტეტები და ა.შ. ეს უკანასკნელები არ წარმოადგენენ იურიდიულ პირებს) როგორც ეს ხშირად გავრცელებულია თანამდებობის პირთა წარმოდგენებში.

კანონის 2.5 მუხლი განსაზღვრავს საკორპორაციო სამართლის ერთ-ერთ ფუძემდებლურ პრინციპს: საწარმოს რეგისტრაცია სავალდებულოა.

რეგისტრაციის ცნება. რეგისტრაცია არის იურიდიული მნიშვნელობის ფაქტებისა და მოვლენების შეტანა სპეციალურ სახელმწიფო რეესტრში (მაგალითად, სამეწარმეო რეესტრში). როგორც წესი, რეგისტრაციას ორგანიზაციის მნიშვნელობა აქვს: ერთი, როგორც ფაქტის, მოვლენის აღნიშვნისა და მეორე, იურიდიული მნიშვნელობა. კანონი მეწარმეთა შესახებ განამტკიცებს სწორედ მეორე სახის რეგისტრაციას: რეგისტრაციას აქვს გადამწყვეტი იურიდიული ფაქტის მნიშვნელობა: სამართლებრივად რაღაც მოვლენა მხოლოდ რეგისტრაციის შედეგად წარმოიშობა.

კანონი ერთმანეთისაგან განასხვავებს ორი სახის რეგისტრაციას: საწარმოს რეგისტრაცია და საწარმოს საქმიანობასთან დაკავშირებული ფაქტებისა და მოვლენების რეგისტრაცია. რეგისტრაციის პირველი სახე განსაზღვრავს იმპერატიულ ნორმას: საწარმოს რეგისტრაცია სავალდებულოა. საწარმო, როგორც ამ კანონით გათვალისწინებული უფლებებისა და მოვალეობების სუბიექტი, წარმოიშობა მხოლოდ სამეწარმეო რეესტრში რეგისტრაციის მომენტიდან. სამეწარმეო რეესტრი არის საჯარო (სახელმწიფო) რეესტრის ნაირსახეობა, რომელშიც აღირიცხება მეწარმეთა კანონით გათვალისწინებული ფაქტები და მოვლენები.

მომავალმა პარტნიორებმა შეიძლება განახორციელონ საწარმოს ჩამოსაყალიბებლად აუცილებელი ყველა მოქმედება: მოამზადონ წესდება, მოაწერონ ხელი მას. სანოტარო წესით დაადასტურონ იგი და ა.შ. მაგრამ ეს ჯერ კიდევ არ ნიშნავს, რომ საწარმო წარმოიშვა. ამისათვის აუცილებელია საწარმოს რეგისტრაცია სამეწარმეო რეესტრში. ამდენად, კანონი რეგისტრაციას გადამწყვეტ იურიდიულ მნიშვნელობას ანიჭებს.

რეგისტრაცია არ არის თვითმიზანი. მისი ძირითადი ფუნქციაა

საჯაროობის გზით დაიცვას მესამე პირები და კრედიტორები. ე.ი. ყველა დაინტერესებულ პირს შეუძლია გაეცნოს რეესტრის მასალებს და გაიგოს, თუ რა ქონების მესაკუთრეა საწარმო. ესე იგი, რეგისტრაციის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ფუნქცია არის პასუხისმგებლობის გარდაუვალობისა და ამ პასუხისმგებლობის მოცულობის ზუსტი ფიქსაცია/

რეალური ცხოვრება, რეალური ურთიერთობები ყოველთვის განსხვავდება სამართლებრივი ნორმებით დადგენილი ურთიერთობებისგან. ამიტომ ის, რაც დადგენილია კანონით, თავისთავად არ ნიშნავს, რომ უეჭველად შესრულდება. ე.ი. შესაძლებელია, რომ ზოგმა პირმა არ გაატაროს თავისი საწარმო რეგისტრაციაში. ამ დროს მთავარი პრობლემა არის კრედიტორების დაკმაყოფილების შესაძლებლობა და მისი რეალურობის უზრუნველყოფა. სამეწარმეო საქმიანობის საფუძვლების კანონის თანახმად არარეგისტრირებული საწარმოს საქმიანობა აკრძალული იყო: ასეთი საწარმოს შემოსავალი ამოიღებოდა სასამართლო წესით და შეიტანებოდა ადგილობრივ ან სახელმწიფო ბიუჯეტში (მუხლი 37). ახალმა კანონმა სრულიად სამართლიანად თქვა უარი ამგვარ ადმინისტრაციულ-სამართლებრივ ნორმაზე და სამეწარმეო საქმიანობაში გაუმართლებელ ჩარევაზე. ახალი კონცეფციის თანახმად არარეგისტრირებულ საწარმოთა საქმიანობა ადმინისტრაციული წესით არ არის აკრძალული. ეს არ შეესაბამება კერძო-სამართლებრივ ურთიერთობებს. თუმცა საგადასახადო სამართალი არარეგისტრირებული საქმიანობის შედეგად მიღებულ შემოსავლებს კლავინდებურად ამოიღებს სახელმწიფო ბიუჯეტში.

მეწარმეებს რეგისტრაციის გარეშეც შეუძლიათ საქმიანობა, ოღონდ კრედიტორების წინაშე ისინი პასუხს აგებენ არა როგორც ამა თუ იმ ორგანიზაციულ-სამართლებრივი ფორმის საწარმოები, არამედ როგორც კერძო პირები. მაგალითად, სამმა პირმა გადაწყვიტა შექმნას შპს. შეადგინეს წესდება, მოაწერეს ხელი, დაამოწმეს სანოტარო წესით, მაგრამ არ გაუტარებიათ საზოგადოება რეგისტრაციაში. ამასობაში მათ საზოგადოების სახელით დადეს გარიგებები, რომლებიდანაც წარმოიშვა ვალდებულებები. ასეთ შემთხვევაში საზოგადოება კი არ აგებს პასუხს კრედიტორების წინაშე იმ პრინციპის მიხედვით, რითაც შპს აგებს პასუხს (ე.ი. მხოლოდ თავისი ქონებით), არამედ პარტნიორები. მამასადამე, ამგვარი მოქმედებისათვის სამივე ეს პირი პასუხს აგებს მთელი პირადი ქონებით პერსონალურად, შეუზღუდველად როგორც სოლიდარული მოვალეები (2.5 მუხლის მე-2 აბზაცი). თუ დამფუძნებლებმა ვალდებულების წარმოშობის შემდეგ გაატარეს საზოგადოება რეგის-

ტრაციაში. მაშინ ისინი კვლავ პერსონალურად და პირადი ქონებით აგებენ პასუხს ამ ვალდებულებებისათვის. ამგვარად ეს პასუხისმგებლობა ძალაში რჩება საზოგადოების რეგისტრაციის შემდეგაც.

მთავარი პრინციპი, რომელიც საფუძვლად უდევს ამ წესს, მდგომარეობს იმაში, რომ სწორედ ქონებრივი ურთიერთობების მონაწილეები უნდა იყვნენ დანტერესებული მოქცენენ კანონის შესაბამისად. ეს ის შემთხვევაა, როცა კერძო ინტერესები და კერძო მიზნები კანონის ნორმის შესრულების გარანტიას იძლევა, რომ სახელმწიფოებრივი იძულება არ არის აუცილებელი.

საწარმოთა სავალდებულო რეგისტრაციის წესი შეიძლება არ იქნეს გამოყენებული სახელმწიფო (სახაზინო) საწარმოების მიმართ. ეს გასაგებია: ნათელია, თუ ვინ დგას სახაზინო საწარმოს უკან. ესაა სახელმწიფო, რომელიც პასუხს აგებს თავისი საწარმოს ვალდებულებებისათვის.

სპს, კს, შპს, სს, კოოპერატივი და სახაზინო საწარმო წარმოადგენენ იურიდიულ პირებს.)

იურიდიული პირის ცნება. იურიდიული პირის ცნების საკითხი ერთ-ერთი მეტად მნიშვნელოვანი და ამავე დროს სადავო თანამედროვე იურისპრუდენციაში. ბევრი ქვეყნის კანონმდებლობა არ იძლევა სრულყოფილ დეფინიციას, თუ რა არის იურიდიული პირი. ამ მხრივ გამოინაკლისი იყო საბჭოთა კავშირის და მოკავშირე რესპუბლიკების სამოქალაქო კანონმდებლობის საფუძვლები და მათ მიხედვით მიღებული მოკავშირე რესპუბლიკების სამოქალაქო კოდექსები. საქართველოს სამოქალაქო სამართლის კოდექსის 22-ე მუხლი იძლევა ასეთ ლეგალურ დეფინიციას: „იურიდიული პირი არის ორგანიზაცია, რომელსაც აქვს განცალკევებული ქონება, შეუძლია თავისი სახელით მოიპოვოს ქონებრივი ან პირადი არაქონებრივი უფლებები და იკისროს მოვალეობანი. იყოს მოსარჩელე და მოპასუხე სასამართლოში, არბიტრაჟში ან სამედიატორო სასამართლოში“⁴⁰

მიუხედავად ამისა (იურიდიული პირის ცნება არც თუ ისე იშვიათად ბუნდოვანია და გაურკვეველი.) ამ გარემოებას ისიც ართულებს, რომ ზოგი ქვეყანა იურიდიულ პირად მიიჩნევს ისეთ ორგანიზაციებს, რომლებსაც სხვა ქვეყნები ასეთად არ ცნობენ. მაგალითად, გერმანია ღია სავაჭრო ამხანაგობებს არ თვლის იურიდიულ პირად, ხოლო საფრანგეთი აღიარებს ამ ამხანაგობებს იურიდიულ პირად.

ამ წერილის მიზანი არ არის იურიდიული პირების შესახებ არსებული კონცეფციებისა და კვლევების ანალიზი. აქ შემოვიფარგლები

მხოლოდ იმის აღნიშვნით, რომ „იურიდიული პირი“ არის აბსტრაქტული ცნება ადამიანთა იმ ორგანიზაციის გამოსაპატავად, რომლებიც შეიძლება იყვნენ სამოქალაქო სამართლებრივი ურთიერთობის მონაწილე. ე.ი. ფიზიკური პირების გარდა სამოქალაქო ურთიერთობებში მონაწილე ორგანიზაციებს პირობითად უწოდებთ იურიდიულ პირებს.

ამავე დროს არსებობს ნიშნები, რომლებიც აღიარებულა იურიდიული პირის არსებობის აუცილებელ წინაპირობად.

1. იურიდიული პირი არსებობს დამოუკიდებლად და მიუხედავად მასში შემავალ წევრთა ცვალებადობისა. ამ გაგებით იურიდიულ პირს განიხილავენ როგორც პიროვნებას, რომელსაც აქვს თავისი ნება და ეს ნება არ ემთხვევა მისი წევრების ნებას.

2. იურიდიულ პირს უნდა ჰქონდეს თავისი ქონება, რომელიც გამოცალკევებულია წევრთა ქონებისაგან.

3. უფლება აქვს შეიძინოს, ისარგებლოს და განკარგოს საკუთრება, ასევე საკუთარი სახელით განახორციელოს კანონით ნებადართული მოქმედებები.

4. იყოს მოსარჩელე და მოპასუხე სასამართლოში.

5. იკისროს დამოუკიდებელი ქონებრივი პასუხისმგებლობა (თუმცა ეს არ გამორიცხავს ცალკეულ შემთხვევებში მისი წევრების ქონებრივ პასუხისმგებლობასაც). ეს უკანასკნელი ნიშანი დამახასიათებელია სპს-სთვის.

თავისთავად ამ ნიშნების არსებობა არ იწვევს ამა თუ იმ ორგანიზაციის აღიარებას იურიდიულ პირად. გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქ ენიჭება ამ ფაქტის, ე.ი. იურიდიულ პირად აღიარების საკანონმდებლო რეგლამენტაციას. მეწარმეთა შესახებ კანონმა გაითვალისწინა დასავლეთის ქვეყნების კერძო სამართლის ტენდენცია და მეწარმეთა კოლექტიური ორგანიზების ყველა ფორმა აღიარა იურიდიულ პირებად.

რა სიახლით გამოირჩევა მეწარმეთა კანონი იურიდიული პირების განსაზღვრის დროს? შევეცდები აქ ჩამოვყალიბო ის ძირითადი საკითხები, რომლებსაც დიდი პრაქტიკული მნიშვნელობაც აქვთ:

1. სპს, კს, შპს, სს, კოოპერატივი და სახელმწიფო (სახაზინო) საწარმო წარმოადგენენ იურიდიულ პირებს. ეს ნიშნავს, რომ სხვა არც ერთი ორგანიზაციულ-სამართლებრივი ფორმა სამეწარმეო საქმიანობის სფეროში არ წარმოადგენს იურიდიულ პირს. საქართველოში გავრცელდა ასეთი პრაქტიკა: სამეწარმეო საზოგადოებების წესდებათა შემუშავებისას მასში წერდნენ, რომ ესა თუ ის საზოგადოება არის იურიდიული პირი. 1995 წლის 1 მარტიდან ეს წესი აღარ არის საჭირო. კანონმა თვითონ განსაზღვრა, თუ რომელი საზოგადოებებია

იურიდიული პირები და როგორ აგებენ ისინი პასუხს. ეს ნიშნავს, რომ უკვე წესდებებში იმის აღნიშვნა, რომ „საზოგადოება არის იურიდიული პირი“, აღარ არის აუცილებელი.)

2. საბჭოთა სამოქალაქო სამართალში განმტკიცებული წესიდან გამომდინარე მოქმედებდა ე.წ. იურიდიული პირების სპეციალური უყლებუარიაანობის ინსტიტუტი. ეს ნიშნავდა, რომ იურიდიულ პირებს შეეძლოთ მსოფლიდ იმ საქმიანობის განხორციელება, რომელიც პირდაპირ იყო აღნიშნული წესდებაში ან კანონში. სხვაგვარი მოქმედება მიიწნეოდა მართლსაწინააღმდეგოდ.) სამწუხაროდ ეს წესი შენარჩუნებული იქნა საბჭოთა კავშირის დაშლის შემდეგაც. ამას მაკონტროლებელი ორგანოები ბოროტად იყენებდნენ: პასუხს აგებინებდნენ შეწარმეებს ისეთი საქმეებისათვის, რომლებიც წესდებით არ იყო გათვალისწინებული. ამიტომ სამეწარმეო საქმიანობა პარადოქსული კურიოზებით იყო სავსე. მაგალითად, თუ წესდებაში არ იყო აღნიშნული, რომ საზოგადოებას ჰქონდა ბანკში ანგარიშის გახსნის უფლება, მას ბანკი ანგარიშს არ უხსნიდა; თუ წესდება არ განსაზღვრავდა, რომ საზოგადოებას ჰქონდა ნაღდი ან უნაღლო ანგარიშსწორების უფლება, მას აკრძალული ჰქონდა ნაღდი ფულის გამოყენება საქმიან ურთიერთობებში და ა.შ.

მეწარმეთა კანონმა უარი თქვა ამ მახინჯ მოვლენებზე: გააუქმა იურიდიული პირების სპეციალური უფლებუარიაანობის ინსტიტუტი. ე.ი. სამეწარმეო (კომერციულ) იურიდიულ პირებს უფლება აქვთ განაზორციელონ ნებისმიერი საქმიანობა, რომელიც პირდაპირ ან არაპირდაპირ ემსახურება საზოგადოების მიზნებს და აკრძალული არ არის კანონით.) ამით სამეწარმეო ორგანიზაციები გათავისუფლდნენ ზედმეტი, დაუსაბუთებელი ზედამხედველობისგან, რასაც საკონტროლო ორგანოები ასორციელებდნენ მათ მიმართ.

(განსხვავებით იურიდიული პირებისაგან, ინდივიდუალური მეწარმე ურთიერთობებში გამოდის როგორც ფიზიკური პირი.)

ერთ-ერთ თავის წერილში, რომელიც საქართველოს მომავალი სამოქალაქო კოდექსის შემუშავებას შეეხებოდა, ბატონი სერგო ჯორბენაძე წერდა: “უაღრესად ძნელი ვითარების მიუხედავად, ჩვენი თაობის ქართველ ცივილისტებს გვხვდა ბედნიერება უკვე მესამე წელია, მთელი ძალისხმევა ჩაგვექსოვა ახალი სამოქალაქო კოდექსის შემუშავების საქმეში. ბევრ ქართველ ცივილისტს ენატრებოდა ეს დრო“⁴¹. ამ დროის ნაყოფია ქართული საკორპორაციო სამართალი, რომელიც უდავოდ შექმნის ქართველი ერისა და საქართველოს სახელმწიფოს წინსვლისა და აყვავების ერთ-ერთ სამართლებრივ საფუძველს.

1. ბატონ სერგოს ხშირად საყვედურობდნენ, რომ ასეთმა დიდმა მეცნიერმა სამოქალაქო სამართალში სახელმძღვანელო არ დაწერა.

2. Карл Поппер. Открытое общество и его враги М. 1992. С. 9.

3. Hedemann, Justus Wilhelm, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert. Erster Teil. Berlin, 1910. S. 1 ff.

4. Гегель, Философия права. М. 1990. С. 101.

5. თუმცა საბჭოთა სამართლის ისტორიაში იყო პერიოდი, როდესაც სამოქალაქო სამართალი ბურჟუაზიულ სამართლად იყო მონათლული და მის ნაცვლად იხმარებოდა "სამეურნეო სამართალი". ამიტომ სრულიადაც არ არის შემთხვევითი, როცა პირველ საბჭოთა სახელმძღვანელოდ სამოქალაქო სამართალში მიიჩნევენ 1935 წელს გამოცემულ "Курс хозяйственного права" ორ ტომად (Иоффе О.С. Развитие цивилистической мысли в СССР. Ленинград, 1975, С. 12).

6. სახელწოდება /"საკორპორაციო სამართალი" /-ე იერზე ჯავახიშვილისაგან ავიღე: "ქართული სამართლის ისტორია", წიგნი I. ი. ჯავახიშვილის შუგღევე ეს სახელწოდება ქართულ სამართალში თითქმის არავის გამოუყენებია. 1994 წელს ვეცადე იგი კვლავ შემომეტანა ქართულ იურისპრუდენციაში: ლაღო ჭანტურია. უძრავი ნივთების საკუთრება. თბილისის უნივერსიტეტის გამომცემლობა. 1994. გვ. 27. გერმანულ სამართალში სამართლის ამ დარგს ეწოდება Gesellschaftsrecht, ინგლისურად მას company law-ს უწოდებენ. რუსულ ენაში იგი დაპკვიდრდა როგორც предпринимательское право: Предпринимательское право. М., 1993. ვფიქრობ, რომ ეს არ უნდა იყოს კორექტული, ვინაიდან /სამეწარმეო სამართალი უფრო ფართოა, ვიდრე სამეწარმეო საქმიანობის მონაწილეთა მოწყობის სამართლებრივი მოწესრიგება, და მოიცავს საჯარო სამართალსაც. /ამავე დროს, ცნება Корпоративное право არც რუსული სამართლისმცოდნეობისთვისაა უცხო /"Корпоративное право - это система правил поведения, разработанных на предприятии, в организации, выражающих волю ее коллектива и регулирующих различные стороны деятельности данной организации. Иначе корпоративное право можно назвать внутриорганизационным /внутрифирменным правом": Кашанина Т.В. Хозяйственные товарищества и общества: правовое регулирование внутрифирменной деятельности. М. 1995. с. 1. საკორპორაციო სამართლის თეორიას კარგად იცნობდა 20-იანი წლების საბჭოთა იურისპრუდენციაც (Исаев И. А. Становление хозяйственно-правовой мысли В СССР (20-е годы). М. 1986. С. 158-173.)

7. ამგვარ ისტორიულ უკუღმართობას საფუძვლად ლენინის ცნობილი სიტყვები დაედო: "ჩვენ არაფერს კერძოს არ ვცნობთ, ჩვენთვის მეურნეობის

სვერში ცვლადური არის საჯარო-სამართლებრივი და არა კერძო”: Плотникс А.А. Становление и развитие марксистско-ленинской общей теории права в СССР. Рига. 1978. С. 200-201.

8. აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ ნების შემდგომი პერიოდი იცნობს საწარმოთა იმ ორგანიზაციულ-სამართლებრივ ფორმებს, რომლებიც საბაზრო ეკონომიკის არსებობის აუცილებელ ფაქტორებს წარმოადგენენ. ამიტომ არაა, შემთხვევითი, რომ ოციანი წლების იურიდიულ ლიტერატურაში გამოკვლეულია იმ ეპოქის მეურნეობრიობის ორგანიზაციული ფორმები: კოოპერატივები, დაწესებულებები, სააქციო საზოგადოებები და ა.შ. (Исаев И. А. Становление хозяйственной-правовой мысли В СССР (20-е годы). М. 1986. с. 123-132. ამ ეპოქას განეკუთვნება აგრეთვე იურიდიული პირების შეზღუდული უფლებანაწიანობის პრინციპის წარმოშობა (მაგალითად, Вольф В. Ю. Основы хозяйственного права. М. 1926. с. 19-20.)

9. 1986 წლის 19 ნოემბერს მიღებულ იქნა სსრკ კანონი ინდივიდუალური შრომითი საქმიანობის შესახებ, რომელშიც ზუსტად განისაზღვრა სფეროები, სადაც დასაშვებია იყო ინდივიდუალური შრომითი საქმიანობა.

10. 1988 წლის 26 მაისს მიღებულ იქნა სსრკ კანონი კოოპერაციის შესახებ.

11. თუმცა საბჭოთა სამართალი ცდილობდა უცხოელი პირების მონაწილეობით შექმნილი ერთობლივი საწარმოების მიმართ ფაქტობრივად გამოეყენებინა შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებების პრინციპები. Совместные предприятия, международные объединения и организации на территории СССР. М. 1989.

12. ეკონომიკური რეფორმა. საქართველოს რესპუბლიკის ნორმატიული აქტების კრებული. წიგნი 1. 1992 წ. გვ. 12-39.

13. მაგალითად, საქართველოს რესპუბლიკის მინისტრთა კაბინეტის 1993 წლის 14 აპრილის №288 დადგენილება “სახელმწიფო საწარმოების, სახელმწიფო საწარმოთა გაერთიანებების სააქციო საზოგადოებებად გარდაქმნის ორგანიზაციულ ღონისძიებათა შესახებ” და ა.შ.

14. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის შემუშავებელი კომისიის თავმჯდომარე არის ბატონი სერგო ჯორბენაძე.

15. ბეწარმთა შესახებ კანონის მიღების შემდეგაც ბევრი არაიურისტი მაინც თვლიდა აუცილებლად სავაჭრო კოდექსის მიღებას. თუმცა მათ არ ჰქონდათ გაცნობიერებული, თუ რა უნდა მოეწესრიგებინა სავაჭრო კოდექსს. საქართველოს მთავრობის მიერ შემუშავებულ კანონშემოქმედებითი საქმიანობის ერთ-ერთ გეგმაში სავაჭრო კოდექსის შემუშავება დავალებული ჰქონდა ვაჭრობის სამინისტროს, მაშინ, როცა ამ სამინისტროს მიერ განხორციელებულ საქმიანობასთან სავაჭრო კოდექსს არაფერი საერთო არ აქვს.

16. მაგალითად, გერმანიაში 1898 წელს მიღებულ იქნა კანონი შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებების შესახებ, ხოლო 1965 წელს – სააქციო

კანონი.

17. Rolf Knicper, Mark Boguslavskij. Konzept zur Rechtsberatung in Transformationsstaaten. Eschborn 1995, S. 27-28

18. სამეწარმეო საზოგადოებათა მოწვესრიგებელი ერთიანი კანონის შემუშავების იდეა დსთ-ის რამდენიმე სახელმწიფომაც გაიზიარა. მაგალითად, ყაზახეთის რესპუბლიკის პრეზიდენტის მიერ 1995 წლის 2 მაისს მიღებულ იქნა ბრძანებულება, რომელსაც კანონის ძალა აქვს “სამეურნეო ამხანაგობათა შესახებ”. ბელარუსის კანონი, რომელიც მიღებულია 1992 წლის 9 დეკემბერს, აწესრიგებს მხოლოდ სააქციო, შეზღუდული პასუხისმგებლობისა და დამატებითი პასუხისმგებლობის საზოგადოებების სამართლებრივ მდგომარეობას. 1995 წლის 2-9 დეკემბერს ლეიფენში (პოლანდია) გამართულ დსთ-ს მოდელური სამოქალაქო კოდექსის შემუშავებელი კომისიის სხდომაზე უკრაინის წარმომადგენლებმაც დაუჭირეს მხარი სამეწარმეო საზოგადოებების შესახებ ერთიანი კანონის მიღების იდეას.

19. აი რას წერდა ბატონი სერგო ჯორბენაძე მეწარმეთა შესახებ კანონის ქართულ, რუსულ და გერმანულ ენებზე გამოცემის წინასიტყვაობაში: “გერმანულ კოდექსებთან ერთად შემუშავებული ეს უმნიშვნელოვანესი ნორმატიული აქტი დასაუფლებელთა არც ერთი ქვეყნის კანონმდებლობას არ იმეორებს, თუმცა კონტინენტური ევროპის სამართლის ოჯახის საერთო სივრცის ტენდენციას შეესაბამება. სწორედ ესაა ქართული სამართლის განვითარების ბუნებრივისტორიული გზა” (საქართველოს რესპუბლიკის კანონი მეწარმეთა შესახებ. თბილისი, გამომცემლობა “ნორმა“ 1995. გვ. 5).

20. Tagung “Zivil- und Wirtschaftsrechtsreform in postkommunistischen Gesellschaften”. WiRO, Heft 9 / 1994, S. 364-366.

21. Гражданское и торговое право капиталистических государств. Ч. I, под. ред. Р. Л. Нарышкиной. М. 1983. С. 36. Гражданское и торговое право капиталистических государств. Под. ред. Е. А. Васильева. М. 1993. С. 38 და სხვა.

22. ეს შეხედულება ნორმატიულად განმტკიცებულია დსთ-ს მოდელური სამოქალაქო კოდექსის მე-2 მუხლში და რუსეთის ფედერაციის სამოქალაქო კოდექსის მე-3 მუხლში: “Нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать настоящему Кодексу” სამართლებრივი სახელმწიფოსათვის კატეგორიულად მიუღებელი ეს დებულება აღტაცებული ქების საგანია რუსულ სამართლისმცოდნეობაში: “Статья 3 выделяет головное значение ГК в системе иных актов гражданского права – нормы гражданского права, содержащиеся в других законах и подзаконных актах, должны соответствовать прежде всего ГК. В противном случае приоритет остаётся за нормами ГК” – წერს რუ-ის სამოქალაქო კოდექსის მე-3 მუხლის კომენტარებში ვ.ნ. ლიტოვკინი: Комментарий ГК РФ, ч. I. М. 1995. С. 20.

უფრო მეტიც, თვით კოდექსის შიგნით გამოყოფენ ე.წ. “მუშა ნაწილს” და საწყისი კონსტიტუალური დებულებების ნაწილს. პრაქტიკულად ეს იმას ნიშნავს, რომ კოდექსის ე.ი. ერთიანი საკანონმდებლო აქტის ნორმებს თანაბარი იურიდიული ძალა და მნიშვნელობა არა აქვთ (Алексеев С.С. “Рабочая часть” Гражданского кодекса. ГК России. Часть вторая. (текст проекта, комментарий, проблемы). М. 1995. С. 5.

23. ფაქტობრივად შეიძლება ეს ასეც იყოს, მაგრამ იურიდიულად ამის რეგლამენტაცია ყოველად არაკორექტულია.

24. მაგალითად, დსთ-ისათვის მომზადებულ მოდელურ სამოქალაქო კოდექსის პროექტში მრავლადაა ასეთი ნორმები: მუხლი 190 (ფასიანი ქვალადების სახეები), მე-10 თავი მთლიანად (მუხლები 195–200). იგივეს იმეორებს რუსეთის ფედერაციის სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი ნაწილი.

25. ასე, მოდელურ სამოქალაქო კოდექსსა და რფ-ის სამოქალაქო კოდექსში მოცემული ნორმები ფასიანი ქვალადების შესახებ არაერთარ პრაქტიკულ როლს არ შეასრულებენ, თუ არ იქნა მიღებული ცალკე კანონები ჩეკის, თამასუქისა და ა.შ. მაშინ რაღა საჭირო იყო მათი შეტანა სამოქალაქო კოდექსში?

26. Brox, Hans, Allgemeiner Teil des BGB, 15. Aufl. 1991, S. 331

27. ГК РФ, Ст. 69-81; Комментарий части первой ГК РФ, для предпринимателей. М. 1995. С. 115-120.

სამეწარმეო საქმიანობის საფუძვლების შესახებ საქართველოს კანონმა გაიმეორა რუსული სახელწოდება და აღნიშნულ საზოგადოებას ეწოდა სრული სამეურნეო ამხანაგობა. მისი სამართლებრივი მდგომარეობა განმტკიცებული იყო ზოგადი სახით სამეწარმეო საქმიანობის საფუძვლების კანონის მე-13 მუხლში და საქართველოს რესპუბლიკის მთავრობის 1992 წლის 7 აგვისტოს დადგენილებით “საქართველოს რესპუბლიკაში სამეურნეო ამხანაგობათა შესახებ დებულების დამტკიცების თაობაზე”.

28. Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz. 15. Aufl. München 1988, S. 1-3.

29. Гражданское и торговое право капиталистических государств, часть 1, М. 1983, С. 191.

30. იქვე, გვ. 196.

31. ნ. მჭედლიშვილი, რ. მიგრიაული. შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოება. კომენტარი. თბ. 1992 წ.

32. Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht. 1986 S. 580-581.

33. იქვე, გვ. 581

34. როგორც წესი, დასავლეთის ქვეყნებში სახელმწიფო სამეწარმეო საქმიანობაში მონაწილეობს შპს-ის ან სს-ის პარტნიორის სახით.

35. საქართველოს რესპუბლიკის მინისტრთა კაბინეტის 1993 წლის 14 აპრი-

ლის №288 დადგენილება “სახელმწიფო საწარმოების, სახელმწიფო საწარმოთა გაერთიანებების სააქციო საზოგადოებებზე გარდაქმნის ორგანიზაციულ ღონისძიებათა შესახებ”

36. Чаянов А. Краткий курс кооперации. М.-Л. 1925. 4-е изд. С.9-10.

37. მეწარმეთა შესახებ კანონით გათვალისწინებული საწარმოთა ორგანიზაციულ-სამართლებრივი ფორმების გარდა, დსთ-ის წევრი-სახელმწიფოების კანონმდებლობა სხვა ფორმებსაც იცნობს, რომელთაგან ბევრა ხელშეწყობის და ტიპურია პოსტსოციალისტური ქვეყნებისათვის. მაგალითად, აზერბაიჯანის კანონი საწარმოთა შესახებ, რომელიც მიღებულ იქნა 1994 წლის 12 ივლისს, სახელმწიფო საწარმოთა რამდენიმე ფორმას განასხვავებს: “საწარმო, რომლის ქონება სრულ სახელმწიფო საკუთრებაშია; საწარმო, რომლის აქციათა საკონტროლო პაკეტი სახელმწიფო ორგანოსს განეკუთვნება” (მუხლი 6). იმავე მუხლის მე-7 აბზაცის შესაბამისად, სახელმწიფო არ აგებს პასუხს სახელმწიფო საწარმოს ვალდებულებებზე. ეს დებულება არ შეესაბამება საერთაშორისო სარბიტრაჟო სასამართლოს პრაქტიკაში არსებულ გამოცდილებასა და მოქმედ ნორმებს. სახელმწიფო დიახაც აგებს პასუხს სახელმწიფო საწარმოს ვალდებულებისათვის. ეს არის სახელმწიფო საწარმოს თავისებურება და განსხვავდება იმ კაპიტალური საზოგადოებებისაგან, რომელთა აქციების ან წილების ასივე პროცენტი ან საკონტროლო პაკეტი სახელმწიფოსს ხელშია.

38. ტერმინი “პარტნიორი” მეწარმეთა კანონმა პირველად შემოიღო. კანონი სამეწარმეო საქმიანობის საფუძვლების შესახებ პარტნიორს იყენებს: მხოლოდ მოქალაქეთა გაერთიანებებისა და კოლექტიური მეწარმეების აღსანიშნავად (მუხლი 2 მე-2 აბზაცი). სხვა შემთხვევაში კანონი იყენებს საზოგადოების წევრის ცნებას (მუხლი 13, 14 და ა.შ.).

39. საქართველოს კანონმაც “უცხოური ინვესტიციების შესახებ” განამტკიცა ანალოგიური დებულება. კერძოდ, ამ კანონის 6.1 მუხლის თანახმად “უცხოელ ინვესტორს ისეთივე უფლებები აქვს, როგორც საქართველოს რესპუბლიკის ფიზიკურ და იურიდიულ პირებს”. კანონი მიღებულ იქნა 1995 წლის 30 ივნისს.

40. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტის 24-ე მუხლის პირველი აბზაციც იძლევა იურიდიული პირის ლეგალურ დეფინიციას: “იურიდიული პირი არის განსაზღვრული მიზნის მისაღწევად ხანგრძლივი ვადით შექმნილი საკუთარი ქონების მქონე ორგანიზებული წარმონაქმნი, რომელიც თავისი ქონებით, დამოუკიდებლად აგებს პასუხს და რომელიც საკუთარი სახელით იძენს უფლებებსა და მოვალეობებს, დებს გარიგებებს და შეუძლია სასამართლოში გამოვიდეს მოსარჩელედ და მოპასუხედ”.

41. ს. ჯორბენაძე. საქართველოს რესპუბლიკის მომავალი სამოქალაქო კოდექსის ძირითადი პრობლემები. სამართლის რეფორმა საქართველოში. თბილისი, თსუ. 1994. გვ.139.

Проблемы кодификации гражданского законодательства

Джомарджидзе Леван Семенович
Доктор юридических наук, профессор

В республике идет процесс кодификации гражданского законодательства. Комиссия, которую возглавляет академик С. Джорбенадзе, интенсивно работает над проектом нового Гражданского Кодекса. Проводимая в настоящее время кодификация коренным образом отличается от кодификации 50-х годов, в результате которой был принят ГК ГССР 1964 г. Основная задача нового Гражданского Кодекса, который будет принят высшим законодательным органом республики - создание законодательной базы рыночной экономики.

В связи с этим представляет значительный интерес опыт кодификации гражданского законодательства в других странах. Прежде всего, это развитые страны традиционной рыночной экономики (Франция, Германия, Голландия, Италия и др.). Вместе с тем, не меньший интерес для нашей республики представляет опыт Российской Федерации, где с 1 января 1995 г. введен в действие новый ГК РФ (часть 1).

Опыт кодификации гражданского законодательства в Российской Федерации привлекателен для нас по следующим соображениям. Во-первых, это самый новый из всех существующих кодексов. Он разрабатывался выдающимися российскими учеными с использованием мирового опыта. И во-вторых, что особенно важно, при разработке ГК Республики Грузия, комиссии приходится сталкиваться с теми же трудностями, которые стояли перед учеными-юристами России. В течении 70 лет гражданское законодательство нашей республики развивалось в тесной связи с законодательством других союзных республик, входивших в состав СССР и, прежде всего, РСФСР. Опыт Российской Федерации тем более необходимо использовать, что, несмотря на сравнительно небольшой срок, прошедший с момента его принятия, выявились недостатки, которых можно было избежать. Это необходимо учесть при дальнейшей работе над проектом ГК Республики Грузия.

Принятию ГК РФ (часть 1) предшествовала большая подготовительная работа. Имели место дискуссии и, в том числе, в литературе, хотя это широко не освещалось по понятным причинам. В частности, серьезно дискутировался вопрос о том, должен ли быть

принят кодекс полностью или по частям. Была принята лишь первая часть (общая) ГК, что, на наш взгляд, едва ли было наилучшее решение.

Дискуссия продолжалась и в Государственной Думе РФ. Так, предметом дискуссии был вопрос о приоритете норм международного права. Еще до принятия ГК Российская Федерация присоединилась к ряду международных конвенций, в соответствии с которыми были приняты "Закон об авторском и других смежных правах"¹, "Патентный закон"².

Указанный принцип был закреплен в Конституции РФ.

Новый ГК РФ общепризнанные принципы и нормы международных договоров включает в состав правовой системы Российской Федерации. Более того, нормам международного права придается приоритет перед национальным законодательством России (пп. 1 и 2 ст. 7 ГК РФ).

Дискуссия, в частности, коснулась и вопроса о том, что следует понимать под гражданским законодательством. Только Кодекс и принятые в соответствии с ним федеральные законы или в понятие гражданского законодательства следует включать более широкое содержание, т.е. и указы президента, и постановления правительства или даже ведомственные акты. Дума, по нашему мнению, приняла правильное решение, которое нашло закрепление в п. 2 ст. 3 ГК РФ (часть 1), где указывается, что под гражданским законодательством понимается Кодекс и принятые в соответствии с ним федеральные законы.

Трудно переоценить значение данного принципа для нормального и стабильного регулирования имущественных отношений. Как известно, в течение многих лет в юридической литературе подвергался критике факт множественности нормативных актов, нередко противоречащих друг другу, отсутствия четкой иерархии законов. Все это чрезвычайно затрудняло реализацию этих норм на практике. Достаточно сказать, что лишь в сфере капитального строительства еще недавно действовало свыше 5000 законодательных и иных нормативных актов.

Разумеется, отношения, регулируемые Гражданским Кодексом, весьма обширны и разнообразны по своей природе и, следовательно, не могут быть сосредоточены только в Кодексе. В особенности это касается хозяйственно-правовых актов, носящих комплексный характер, т.е. сочетающих в себе как властные предписания, так и чисто гражданско-правовые нормы. Всегда будет существовать необходимость издания нормативных актов за пределами Кодекса, если иметь в виду сам характер имущественных и, в первую очередь,

предприимательских отношений. При этом особое значение приобретает устаконивание и соблюдение иерархии законов, четкое разграничение компетенции государственных органов при издании законодательных или новых нормативных актов.

Ранее, в течение последних десятилетий, термин "законодательство", обычно охватывал и подзаконные акты, указы, постановления правительства. Впервые в истории кодификации гражданского законодательства установлен приоритет Кодекса как основополагающего акта.

В ряде случаев ГК допускает возможность правотворчества и, в частности, развития его норм не только в законах, но и в указах президента и постановлениях правительства. Для краткого названия этих актов в Кодексе употребляется термин "иные правовые акты". Однако здесь идет речь не о любых нормативных актах, а лишь об актах нормативного характера (пп. 3 и 4 ст. 33 ГК РФ). Таким образом, не исключается возможность издания ведомственных актов, что неизбежно в сфере хозяйственных, рыночных отношений. Но все эти акты будут иметь юридическую силу лишь в том случае, если они не противоречат закону (п. 5 ст. 3 ГК РФ).

В Кодексе закреплен также приоритет гражданского законодательства при регулировании имущественных отношений в смежных отраслях законодательства (земельное, семейное, трудовое). Для этих случаев Кодекс допускает субсидиарное применение норм ГК. Это подтверждается и тем, что некоторые нормы смежных отраслей права включены в ГК. Например, в числе объектов недвижимого имущества перечисляются земельные участки, участки недр, обособленные водные объекты (ст. 130 ГК РФ). В ст. 256 ГК РФ в общем виде урегулирован вопрос об общей собственности супругов.

Законодатель отказался от ставшей традиционной для действующих кодексов преамбулы, поясняющей роль и принципы гражданского права. Фактически осуществлена деполитизация гражданского законодательства. В главе I "Гражданское законодательство" закреплены основные начала, отношения, регулируемые гражданским законодательством, его состав, действие во времени, соотношение норм законодательства и обычаев делового оборота, соотношение его актов и норм международного права.

Гражданское законодательство основывается на признании равенства участников, регулируемых им отношений, неприкосновенности собственности, свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения

восстановления нарушенных прав, их судебной защиты (ст. 1).

С признанием частной собственности и разрешением частным лицам вести незапрещенную законом коммерческую деятельность, ГК сформулировал принципы частного права, адекватные рыночной экономике. Они в корне отличаются от общих начал, на которых базировалось гражданское право советского периода. В ст. 1 названы общепризнанные принципы частного права. В качестве обязательной предпосылки правового положения лиц, участвующих в имущественных отношениях, признается юридическая независимость каждого из них, их автономия. Юридическое равенство признается за гражданином, объединением граждан, юридическим лицом, вне зависимости от формы собственности (частная, государственная, муниципальная). Вслед за Конституцией РФ, ГК признает и защищает равным образом все формы собственности.

В ГК последовательно проводится принцип свободного распоряжения каждым принадлежащим ему гражданскими правами. Граждане и юридические лица не могут выходить за рамки закона и иных обязательных для них правомерных актов. В тексте Кодекса упомянуты только что нормы содержат соответствующие оговорки. Поэтому, для того, чтобы представлять себе, как далеко в действительности простирается эта свобода, надо знать, в какой мере ГК ее ограничивает.

Для ГК, как ни для какого другого закона, характерна диспозитивность большинства его норм, означающая, что такие нормы "применяются постольку, поскольку соглашением сторон не установлено иное" (п. 4 ст. 421). Оговорка "если договором", либо "соглашением сторон", либо "сторонами" не установлено иное - характерный признак диспозитивной нормы - есть во многих вошедших в Кодекс общих положениях об обязательствах и договорах (раздел 3). Отдельные диспозитивные нормы есть и в двух первых разделах ГК. Очевидно, диспозитивность будет свойственна также большинству правил о договорах отдельных видов, которые войдут во вторую часть ГК.

Но в первой части Кодекса есть и значительное число (даже целые группы) императивных норм, которые исключают возможность иных вариантов поведения, чем предписанных такими нормами. Когда, например, в статье 50 ГК точно называются организационно-правовые формы, в которых могут создаваться в качестве юридических лиц коммерческие организации (п. 2), это значит, что ни в каких других формах их создавать не разрешается. Императивность этой, как и многих других норм в главах 3-5 ГК, объясняется тем, что правовое положение (статус) тех, кто участвует

в гражданском обороте, должно быть определено законом совершенно точным образом. Определенность статуса гражданина или юридического лица (а он включает и основополагающие правила об ответственности соответствующего субъекта) - необходимое условие нормального гражданского оборота. Возможность произвольно изменять свой статус породила бы, по меньшей мере, у участников гражданских правоотношений недоверие друг к другу и серьезно подорвала бы стабильность оборота. Отсюда - жесткие правила Кодекса об образовании юридических лиц, их регистрации, реорганизации и многие другие.

Сходными причинами объясняются и императивность многих правил раздела 2 ГК, определяющих содержание конкретных правомочий собственника, обладателя других вещных прав.

Следует остановиться на вопросе о так называемых смежных с ГК кодексах. Как известно, наряду с ГК имущественные отношения в Российской Федерации в определенных рамках регулируются и другими кодексами - Кодексом о браке и семье, Жилищным Кодексом и Земельным Кодексом. В настоящее время идет процесс обновления этих кодексов.

Прежде всего о брачно-семейном кодексе. С принятием ГК РФ 1995 г. (часть 1), КЗОБС значительно похудеет: две главы из него (Опека и попечительство и Акты гражданского состояния) перенесены в ГК.

Возникает вопрос, нужен ли отдельный брачно-семейный кодекс!

Таких кодексов нет в большинстве стран. Так, в ФРГ семейно-брачные отношения регулируются Книгой 4 Германского Гражданского уложения, в Швейцарии - Книгой 2 Швейцарского гражданского кодекса. Во Франции часть норм, регулирующих брачно-семейные отношения сосредоточены в Книге 1 Французского гражданского кодекса, а нормы об имущественных отношениях супругов и нормы о брачном договоре - в Книге 3.

В странах общего права семейные отношения регламентированы отдельными законодательными актами. Так, в Англии действует Закон о браке 1949 г.³

Наиболее сложным является вопрос о Земельном Кодексе. В новый ГК РФ включена довольно обширная глава 17 под названием "Право собственности и другие вещные права на землю" Эта глава должна быть введена в действие после введения в действие Земельного Кодекса РФ.

Между тем, в процессе кодификационных работ возникли серьезные противоречия между принятым Думой ГК РФ (часть 1) и принятым в первом чтении вариантом проекта Земельного Кодекса РФ.

ГК РФ в соответствии со ст. 9 Конституции РФ включил землю в число объектов гражданского оборота. Что касается проекта Земельного Кодекса, он вносит существенные ограничения в вопрос о гражданском обороте земли и других природных ресурсов. Оборот земельных участков в крупных городах производится только на основе аренды и продажи в аренду. В малых городах земельные участки могут передаваться в собственность для индивидуального, жилого и гаражного строительства, коллективного садоводства. Если в строснии или сооружении сохраняется доля государственной или индивидуальной собственности, в будущем приватизация участка предприятия запрещается.

Земельные участки колхозов и совхозов, уже реорганизованных в хозяйственные товарищества, общества, производственные кооперативы, передаются им в собственность как юридическим лицам с земельными паями граждан. Однако, членам этих организаций, которые получили земельные участки в собственность, выдается документ, подтверждающий лишь количественное и стоимостное выражение их земельных паев, а полученные ими свидетельства о праве собственности на землю утрачивают силу. Реорганизуемые в настоящее время хозяйства смогут получить земельные участки уже только в постоянное бессрочное пользование и в аренду до 50 лет, но не в собственность.

Земельные участки крестьянским и фермерским хозяйствам предоставляются с правом пожизненного наследуемого владения или в аренду. Получая такой участок, фермер обязуется проживать на нем и лично участвовать в ведении хозяйства не менее 20 лет. Однако ~~продажа~~ продажа и залог земельных участков сельскохозяйственного назначения не допускается.

В свободном гражданском обороте находятся лишь земельные участки, которые переданы в собственность граждан только для коллективного и индивидуального садоводства, огородничества, животноводства, жилищного, дачного и гаражного строительства, а также земельные участки личных подсобных хозяйств.

Таким образом, в отличие от ГК РФ, лишь эта последняя категория земельных участков находятся в свободном гражданском обороте.

Независимо от того, как будет решен данный вопрос в будущем, полагаю, что вопрос о земле должен был быть включен не в ГК, а в Земельный Кодекс, ибо это - предмет земельного, а не гражданского законодательства.

Наряду с кодексом о браке и семье в настоящее время разработан также проект Жилищного Кодекса РФ. Совсем непонятно зачем

нужен самостоятельный жилищный кодекс. Известно, что до 1964 года такого кодекса в РСФСР не существовало. Нет такого кодекса и в других странах. Как показывает практика, в рамках ГК с достаточной полнотой возможно регулирование жилищных отношений, тем более что в условиях рыночной экономики, когда роль государственного жилищного фонда в обеспечении бесплатным жильем сведена к минимуму.

Уделив внимание так называемым смежным кодексам, нельзя не коснуться также проблемы кодификации предпринимательского законодательства. Еще до принятия ГК РФ в исследовательской программе "Пути и формы укрепления Российского государства", основные направления которой были утверждены Указом Президента Российской Федерации от 29 апреля 1994 г. N 848 отмечалось, что в целях наиболее полного правового обеспечения вхождения России в рынок, должны быть приняты, в числе других актов, гражданский и предпринимательский кодексы.

До принятия ГК РФ дискутировался вопрос, включать в него лишь общие нормы о регулировании имущественных отношений, охватывающих все сферы деятельности или также и специальные нормы о предпринимательской деятельности? Или же следует принять отдельные кодексы: гражданский и предпринимательский!

В принятом Госдумой ГК РФ указывается, что гражданское законодательство регулирует отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность или с их участием, исходя из того, что предпринимательская деятельность является самостоятельной, осуществляемой на свой риск деятельностью, направленной на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке (абз. 3, п. 1, ст. 2 ГК). В ГК имеются и специальные нормы о предпринимательской деятельности. Это дало основание М. Брагинскому сделать категоричный вывод, согласно которому "признав, что предпринимательская деятельность регулируется именно гражданским законодательством, ГК таким образом безоговорочно отверг возможность параллельного существования гражданского и, независимо от него, предпринимательского (вариант - торгового или хозяйственного) кодекса⁴. С этим никак нельзя согласиться. Не вызывает сомнения, что большую роль в регулировании предпринимательских отношений играет гражданское законодательство, как законодательство рыночной экономики.

Вместе с тем, гражданское законодательство, метод

регулирования которого базируется на равенстве сторон и автономии участников этих отношений, не может охватить весь комплекс предпринимательской деятельности. Об этом свидетельствует опыт регулирования предпринимательских отношений в наиболее развитых странах с традиционными гражданскими кодексами - во Франции, Германии и др., где наряду с гражданскими кодексами или же при их отсутствии (например, в США) приняты специальные кодексы и законы по регулированию предпринимательских отношений. Лишь в Нидерландах существует единый Гражданский Кодекс, в который включены и нормы по правовому регулированию предпринимательских отношений. Хотя в Италии в 1942 году были также объединены гражданский и торговый кодексы, однако, как это отмечалось в юридической литературе, такое объединение привело к ухудшению правового регулирования хозяйственных отношений в этой стране⁵.

Вместе с тем, следует иметь в виду, что специфика регулирования предпринимательского (торгового) права существует независимо от того, регулируется оно гражданским или торговым (предпринимательским) кодексом.

Рассматривая вопрос о включении в некоторых странах норм торгового права в гражданский кодекс, немецкий ученый К.Хопт пишет: "Это, однако, не означает, что эти страны не имеют торгового права, т.к. им нужны, как и другим странам специальные юридические правила для торговой деятельности"⁶. Следовательно, Хопт практикует торговое (по сути дела, предпринимательское) право, как отрасль права, существующую объективно, независимо от того, имеется ли в том или ином государстве торговый кодекс или же нормы торгового права включены в Гражданский Кодекс. Независимо от этого, известно, что кодификация является наиболее эффективной и желательной формой систематизации законодательства.

В настоящее время предпринимательское право как самостоятельная отрасль права формируется и в Российской Федерации. На это справедливо указывали многие ученые-юристы: А.Г.Быков,⁷ В.С.Мартемьянов⁸, В.К.Мамутов⁹, В.В.Лаптев¹⁰.

Зарубежный опыт показывает также, что без вмешательства государства в хозяйственную жизнь страны невозможно сохранить нормальные рыночные отношения, добросовестную конкуренцию, тяготеющих к монопольной деятельности. Наблюдается повсеместно тенденция все большего вмешательства государства в хозяйственную жизнь. В области гражданского права большую роль начинают играть административные акты. Особую роль приобретает так называемое делегированное законодательство, т.е. нормативные акты, издаваемые

правительством в силу предоставленных ему особых полномочий¹¹. Указанные акты, издаваемые в сфере экономики, носят уже не гражданско-правовой, а административно-правовой характер, содержат, как правило, императивные, обязательные для исполнения нормы. Аналогичная тенденция наблюдается и в Российской Федерации. Уже после введения в действие нового ГК РФ был принят ряд важнейших законодательных актов в сфере предпринимательских отношений. Это федеральные законы: "Об естественных монополиях"¹² от 19 июля 1995 г., "О государственном регулировании внешнеторговой деятельности"¹³ от 7 июля 1995 г., "О федеративном железнодорожном транспорте"¹⁴ от 25 августа 1995 г., "О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР О конкуренции" и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках"¹⁵ от 21 апреля 1995 г., "О финансово-промышленных группах"¹⁶ от 27 октября 1995 г. и др.

Указанные акты носят комплексный характер и должны быть отнесены к хозяйственно-правовым актам в сфере предпринимательства. Они не могут быть включены в ГК РФ. А поскольку уже сегодня имеется солидный блок хозяйственных актов в сфере предпринимательской деятельности, необходима их систематизация, но не в рамках гражданского, а другого хозяйственного (предпринимательского) кодекса¹⁷. Идея разработки и принятия хозяйственного кодекса длительное время поддерживается рядом авторов¹⁸.

За принятие предпринимательского кодекса стоит и один из разработчиков проекта ГК РФ Ю.К.Толстой. По его мнению, сложнее вопрос, каким должен быть предпринимательский Кодекс. Должен ли он быть смоделирован в исключительно в расчете на гражданско-правовые отношения в сфере предпринимательства или он должен регулировать и отношения по управлению предпринимательской деятельностью. В первом случае предпринимательский кодекс выступает как своего рода дочернее предприятие гражданского кодекса, во втором, как комплексный законодательный акт, в котором должны быть кодифицированы как гражданские, так и административно-правовые нормы, регулирующие отношения по осуществлению предпринимательской деятельности, управлению ею. Ю.К.Толстой считает оптимальным второй вариант решения данного вопроса¹⁹.

В отличие от Ю.К.Толстого, полагаем, что наряду с уже принятым ГК следует разработать и принять кодекс, в котором должны быть кодифицированы хозяйственно-правовые акты по управлению и контролю за предпринимательской деятельностью. При

этом не следует забывать, что издаваемые в настоящее время хозяйственно-правовые акты в сфере предпринимательского права носят, как правило, комплексный характер. Чтобы избежать дублирования, в новом кодексе следует предусмотреть отсылочные нормы к ГК РФ.

Целесообразно, по нашему мнению, новый кодекс назвать не предпринимательским, а хозяйственным, имея в виду, что нормы по осуществлению предпринимательской деятельности регулируются также и в ГК РФ.

¹ "Российская газета" за 3 августа 1993 г.

² Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ 1992 г., N 42 стр. 2319, стр. 2320, а также 1993 г., N 30, стр. 1167

³ См. об этом подробно "Гражданское и торговое право капиталистических государств" под ред. Е.А.Васильева М., "Международные отношения", стр. 515-526.

⁴ Комментарий части первой Гражданского Кодекса Российской Федерации для предпринимателей - М., "Фонд" Правовая культура", 1995, стр. 22

⁵ Гражданское и торговое право капиталистических государств под ред. К.К.Яичкова, М., 1966 г. стр. 30-31

⁶ Государство и право, 1995, N 5, стр. 49

⁷ Быков А.Г. Предпринимательское право: проблемы формирования и развития - Вестник МГК, Сер II "Право", 1993, N 6, стр. 3

⁸ Мартемьянов В.С. Хозяйственное право, т. 1, М., 1994, стр. 1- 17

⁹ Мамутов В.К. Кодификация хозяйственного законодательства Украины в новых экономических условиях, Государство и право 1994 г. N 6, стр. 77

¹⁰ Лаптев В.В. Хозяйственное право - право предпринимательской деятельности - Государство и право, 1993, N 1 стр. 33

¹¹ Гражданское и торговое право капиталистических государств, под ред. Е.А.Васильева М., "Международные отношения", 1993 г. стр. 29

¹² "Экономика и жизнь", N 35, сентябрь 1995 г.

¹³ "Российская газета" от 24 октября 1995 г.

¹⁴ "Российская газета" от 30 августа 1995 г.

¹⁵ "Российская газета" от 30 мая 1995 г.

¹⁶ "Российская газета" от 6 декабря 1995 г.

¹⁷ Трудно понять позицию авторов, выступающих вообще против систематизации хозяйственного законодательства (см. Комментарий к Гражданскому Кодексу Российской Федерации, отв. ред. О.Н.Садиков, Юриформцентр, М., 1995 г., стр. 14

¹⁸ См. В.В.Лаптев - Введение в предпринимательское право, Ин-т государства и права РАН, М., 1994 г., стр. 26-30; Л.С.Джомарджидзе Вопросы

совершенствования хозяйственного законодательства Сборник научных трудов, Владикавказ, 1977, стр. 65-73; В.С. Мартемьянов - Хозяйственное право, т. 1. Изд. БЕК, М., 1994, стр. 33 и др.

¹⁹ См. Предисловие к Гражданскому Кодексу Российской Федерации Научно-издательский центр "Альфа", Коммерческо-издательская фирма "Равена", Санкт-Петербург 1994 г., стр. 6-8.

კონდიქციურ ვალდებულებათა საფუძვლები

რომან შენგელია

იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორი, პროფესორი

საბაზრო მეურნეობის დამკვიდრებისა და განვითარების ამოცანებმა დღის წესრიგში დააყენა ქონებრივ ურთიერთობათა დეტალური სამართლებრივი მოწესრიგების აუცილებლობა. ამასთან, განსაკუთრებულ ყურადღებას იმსახურებს არა მარტო ისეთი ურთიერთობები, რომლებშიც ერთი პირის მიერ მეორისათვის ქონების გადაცემის ნორმალური საფუძვლები არსებობს, არამედ ისეთებიც, როცა მოქალაქის ან ორგანიზაციის ხელში ქონება აღმოჩნდება უსაფუძვლოდ ანდა რჩება მის გამგებლობაში. საზოგადოებრივ ურთიერთობათა ნორმალური განვითარებით კი იგი სხვის ხელში უნდა გადასულიყო. მსგავს შემთხვევებში წარმოიშობა უსაფუძვლოდ შექმნილი ქონების დაბრუნების ან დაზოგვითი ქონების უფლებამოსილი პირისათვის გადაცემის ვალდებულება. აღნიშნულ ვალდებულებაში ერთი მხარე კრედიტორია, მეორე კი მოვალე. კრედიტორად გვევლინება პირი, რომლის ხარჯზეც სხვამ სამართლებრივი საფუძვლის გარეშე შეიძინა ქონება ან დაზოგა თავისი. ხოლო მოვალე ის პირია, რომელმაც უსაფუძვლოდ შეიძინა ან დაზოგა ქონება და შესაბამისად გამდიდრდა. როგორც კრედიტორის, ისე მოვალის როლში შეიძლება გამოვიდეს სამოქალაქო სამართლის ნებისმიერი სუბიექტი. კრედიტორის მოთხოვნის უფლება არ არის დაფუძნებული მოვალის მიერ რომელიმე ხელშეკრულების დარღვევაზე. იგი შედარებით აბსტრაქტული ხასიათისაა. ამიტომ ძველი რომის სამოქალაქო სამართალში ცნობილ აბსტრაქტულ სარჩელებთან (actio codicitione) მსგავსების გამო, ქონების უსაფუძვლოდ შექმნის ან დაზოგვის შედეგად წარმოშობილ ვალდებულებებს, ლიტერატურაში კონდიქციურ ვალდებულებებს უწოდებენ. მოვალის ვალდებულება შემოფარგლულია იმ ქონებით, რომელიც მან უსაფუძვლოდ შეიძინა კრედიტორის ხარჯზე ქონების უსაფუძვლოდ შექმნის ან დაზოგვის შედეგად წარმოშობილ ვალდებულებებს მრავალი ფუნქცია აქვთ. მათი უპირველესი ფუნქცია კი არის კრედიტორის ადრინდელ ქონებრივ მდგომარეობაში აღდგენის სამართლებრივი უზრუნველყოფა. ამ მიზნის მიღწევა სავსებით შესაბამება თანამედროვე პირობებში ქონებრივ ურთიერთობათა ნორმალური განვითარების მოთხოვნებს. კრედიტორის ქონებრივი ინტერესე-

ბის უზრუნველყოფა მჭიდროდაა დაკავშირებული საკუთრების დაცვის პრობლემებთან. კონდიქციური ვალდებულებების ინსტიტუტი საკუთრების ნებისმიერი ფორმის უკანონო ხელყოფის აღკვეთის ერთ-ერთ გარანტიას წარმოადგენს. გარდა აღნიშნულისა, კონდიქციურ ვალდებულებათა ფუნქციას წარმოადგენს სამოქალაქო ბრუნვის სტაბილურობის უზრუნველყოფა და სამოქალაქო სამართლებრივ ურთიერთობათა სუბიექტების ინტერესების დაცვა.

კონდიქციური ვალდებულება წარმოიშობა განსაზღვრული იურიდიული ფაქტების არსებობის შემთხვევაში. მათ მიეკუთვნება:

1. ერთი პირის მიერ ქონების შექენა ან დაზოგვა;
2. მეორე პირის მიერ ქონების შესაბამისი შემცირება;
3. ერთი პირის მიერ ქონების შექენა და დაზოგვა მეორის ხარჯზე;

4. მოვალის მოქმედებაში დაზარალებულის ხარჯზე ქონების შექენის ან დაზოგვის არსებობა;

5. მოვალისა და კრედიტორის ქონებრივი მდგომარეობის შეცვლის სამართლებრივი საფუძვლის არარსებობა. აღნიშნული ფაქტობრივი შემადგენლობიდან ყოველი რგოლის არსებობა აუცილებელია. ქონების უსაფუძვლოდ შექენის და დაზოგვის სამართლებრივი შედეგები ერთნაირია.

ქონების უსაფუძვლოდ შექენა ნიშნავს შემქენის ქონების გაზრდას სხვა მოქალაქის, ორგანიზაციის ან სახელმწიფოს ხარჯზე კანონით ან ხელშეკრულებით გათვალისწინებული საფუძვლის გარეშე. უფრო მეტად ქონების ასეთ გაზრდას ადგილი აქვს ბათილი გარიგების შესრულების, ვალდებულებების ხელმეორედ შესრულების დროს და სხვა. ქონების უსაფუძვლოდ დაზოგვას კი ადგილი აქვს მაშინ, როცა იმ პირის ქონება, რომელიც ვალდებულია გადაიხადოს ვალი, კი არ მცირდება, არამედ უცვლელი რჩება, რადგან ეს ვალი შეცდომით ან რაიმე სხვა მიზეზით სხვამ გადაიხადა.

ერთი პირის მიერ ქონების უსაფუძვლოდ შექენა ან დაზოგვა მეორის ხარჯზე უმეტესად ორივესთვის ერთი და იმავე მიზეზის საფუძველზე ხდება. ასეთი მიზეზი შეიძლება იყოს როგორც მოქმედება, ისე ხლომილება. ამასთან, სავსებით შესაძლებელია, რომ მსგავსი მოქმედება შეიძლება შეასრულოს როგორც დაზარალებულმა (მაგალითად დამპირავებლის მიერ ბინის ქირის შეცდომით ზედმეტი ოდენობით გადახდა და სხვა), ისე მოვალემ (მაგალითად, შეცდომით სხვისი ნივთით სარგებლობა და სხვა). პრაქტიკაში ხშირია შემთხვევები, როცა ქონების უსაფუძვლოდ შექენის ან დაზოგვის მიზეზი მესამე პირთა მოქმე-

დება (მაგალითად, გამოცემლობის მიერ შეცდომით ფულის გადა-
რიცხვა ავტორის მოგვარის ანგარიშზე და სხვა) ხდომილება კი
მსგავსი ვალდებულებების წარმოშობის საფუძველი შედარებით იშვია-
თად ხდება. ამ დროს არც კრედიტორის და არც მოვალის ნება არ
ფიგურირებს. მაგალითად წყალდიდობის დროს შესაძლებელია ერთი
ორგანიზაციის ხე-ტყის მასალა აირიოს მეორის მსგავს მასალაში.

ქონების შექმნის ან დაზოგვის მომენტიში პირმა შეიძლება არც
იცოდეს, რომ ნივთი ან სხვა მატერიალური ფასეულობანი მას უსაფუძ-
ველოდ გააჩნია. ასეთი შექმნა ან დაზოგვა შესაძლებელია კრედიტორის
ან მოვალის მართლზომიერი მოქმედების შედეგიც იყოს. სწორედ ამი-
ტომ ქონების უსაფუძველოდ შექმნის ან დაზოგვის შედეგად წარმოშო-
ბილ ვალდებულებაში არა აქვს მნიშვნელობა მოვალის ბრალს ან მის
არამართლზომიერ მოქმედებას. მაგრამ იმ მომენტიდან როცა პირმა
გაიგო ან უნდა გაეგო, რომ ქონება უსაფუძველოდ შეიძინა ან დაზოგა,
აგრეთვე იმ მომენტიდან, როცა შექმნას ან დაზოგვას საფუძველი მოაკ-
ლდა, შექმნილი ან დაზოგილი ქონების შემდგომი ფლობა მოვალის
მიერ არამართლზომიერი მოქმედების შესრულებად-სამართალდარღვე-
ვად უნდა ჩაითვალოს. ასეთ შემთხვევაში პირმა, რომელმაც დადგენილი
საფუძველის გარეშე შეიძინა ან დაზოგა ქონება, უნდა დაუბრუნოს იგი
დაზარალებულს.

ქონების შექმნის ან დაზოგვის “კანონით ან ხელშეკრულებით”
დადგენილი საფუძველის ცნებაში იგულისხმება სამართლებრივი ნორმის
ან ხელშეკრულების პირობის მოთხოვნა, რომელიც სამართლებრივ ძა-
ლას აძლევს სხვის ხარჯზე ქონების შექმნას ან დაზოგვას. ასეთ
შემთხვევაში, ბუნებრივია, კონდიქციური ვალდებულება არ წარმოიშო-
ბა. იურიდიული თვალსაზრისით სამართლებრივი საფუძველის არარსე-
ბობის ტოლფასოვანია მისი შემდგომი გაუქმება. სამართლებრივი სა-
ფუძველის შემდგომი გაუქმება ნიშნავს იმ პირობების მოსპობას, რო-
მელთა არსებობის დროს ქონების შექმნა ან დაზოგვა მართლზომიერად
ითვლება. მათი მოსპობის შემდეგ კი იგი იურიდიულად გაუმართებელი
გახდა. სამართალი უკვე აღარ იცავს ადრე შექმნილ ქონებას. პირი
ვალდებულია დაუბრუნოს ასეთი ქონება დაზარალებულს. (სამართლებ-
რივი საფუძველის გაუქმებასთან გვაქვს საქმე შემდეგ შემთხვევებში:

1. როცა ახალი სამართლებრივი ნორმის მიღების შედეგად გაუქ-
მდება ადრინდელი საფუძველი და ნორმას უკუქცევითი ძალა მიეცემა.
(მაგალითად, ერთ-ერთ მეუღლეს უფლება მიეცემა მეორე მეუღლისათ-
ვის 1962 წლამდე არსებული წესის მიხედვით მიკუთვნებული და ამ
უკანასკნელის სახელზე შეტანილი ანაბრიდან წილის მოთხოვნისა);

12. როცა ზემდგომი ინსტანციის მიერ გაუქმდება სასამართლოს გადაწყვეტილება, რაც საფუძვლად ედო ქონებრივ გადახდევინებას (მაგალითად, მამობის იძულებითი წესით დადგენის გადაწყვეტილების გაუქმებას უნდა მოყვეს მოსარჩელის სასარგებლოდ გადახდილი თანხის უკან დაბრუნება);

3. როცა გაუქმდება ის კონკრეტული მიზეზი, რომლის გამოც ერთი პირი მეორეს უხდიდა განსაზღვრულ თანხას (მაგალითად, ნივთის დაკარგვის შემთხვევაში შემნახველი პატრონს უხდის ნივთის ღირებულებას. თუ ნივთი მოიძებნა და დაუბრუნდა პატრონს, იგი ვალდებულია შემნახველს დაუბრუნოს ნივთის ღირებულების ანგარიშში მიღებული თანხა).

ზემოთ აღნიშნულ შემთხვევებში სახეზეა კონდიქციური ვალდებულება.

მოვალის მიერ კრედიტორისათვის ქონების დაბრუნებისას იგულისხმება ფული და გვაროვნული ნიშნით განსაზღვრული ნივთები ინდივიდუალური ნიშნით განსაზღვრული ნივთის გამოთხოვა კონდიქციურ ვალდებულებაში არ ხდება. ასეთი ნივთის დაბრუნება კანონით გათვალისწინებულია სავინდიკაციო სარჩელის საფუძველზე. კონდიქციურ ვალდებულებაში უნდა მოხდეს იმავე სახისა და იმავე ოდენობის ქონების დაბრუნება. ეს მოთხოვნა თვალნათლივია განსაკუთრებით მაშინ, როცა უსაფუძვლო შექენის ან დაზოგვის საგანი ფულია. მსგავს შემთხვევებში კანონი უშვებს პირის მიერ უსაფუძვლოდ შექენილ ან დაზოგილ ქონებაზე საკუთრების უფლების არსებობას. წინააღმდეგ შემთხვევაში თუ ჩავთვლით, რომ ქონებაზე საკუთრების უფლება დარჩა დაზარალებულს, მაშინ კრედიტორსა და მოვალეს შორის წირმოიშობოდა სანივთო-სამართლებრივი და არა ვალდებულებით-სამართლებრივი ურთიერთობანი. თავისი შინაარსის მიხედვით ასეთი მოთხოვნა ვალდებულებით-სამართლებრივი ხასიათისაა.

თუ აღნიშნული ქონების ნატურით დაბრუნება შეულებელია, უნდა ანაზღაურდეს მისი ის ღირებულება, რაც ამ ქონებას შექენის მომენტში ჰქონდა. ეს წესი გამოიყენება იმ შემთხვევაში, როცა ნივთი უსაფუძვლოდ შექენის მიერ შემდეგში გასხვისებულ იქნა უფრო დაბალ ფასად ნამდვილ ღირებულებასთან შედარებით/ ქონების დაბრუნების ვალდებულება წარმოიშობა იმ შემთხვევაშიც, როცა პირმა იგი სხვას გადასცა უსასყიდლოდ, რადგან მან გააჩუქა სხვისი ქონება და თავისი დაზოგა. უსაფუძვლოდ სხვისი ქონებით სარგებლობის ან სხვის ხარჯზე რაიმე მომსახურების მიღების შემთხვევაში დაზარალებულს უნდა აუნაზღაურდეს დაზოგილი ხარჯების ტოლფასოვანი თანხა.

კონდიქციური ვალდებულება დაზარალებულისათვის მარტო უსაფუძვლოდ მიღებული ქონების დაბრუნებას როდი გულისხმობს. კანონში აღნიშნულია, რომ პირი, რომელმაც ქონება უსაფუძვლოდ მიიღო, მოვალეა აგრეთვე დააბრუნოს ან აანაზღაუროს მთელი შემოსავალი, რაც მან ამ ქონებით მოიპოვა ან უნდა მოეპოვებინა იმ დროიდან, როცა შეიტყო ან უნდა შეეტყო, რომ ქონება უსაფუძვლოდ ქონდა მიღებული, მაგალითად, მოქალაქემ შეცდომით მიიღო სხვისი გზავნილი და ფული თავის სახელზე შეიტანა შემნახველ ბანკში. მან უნდა დააბრუნოს არა მარტო ძირითადი თანხა, არამედ მასზე დარიცხული პროცენტებიც. ასევე, როცა ერთი ორგანიზაცია უსაფუძვლოდ სარგებლობს მეორე ორგანიზაციის ფულადი სახსრებით, მაგალითად, მიწოდებული პროდუქციის ღირებულების შეცდომით მეორეჯერ გადახდის დროს, მოვალე ორგანიზაციამ კრედიტორს უნდა დაუბრუნოს არა მარტო უსაფუძვლოდ მიღებული თანხა, არამედ შესაბამისი პროცენტებიც ამ თანხის გამოყენებისათვის. დაბრუნების მოთხოვნა ვრცელდება აგრეთვე ყველა იმ შემოსავალზე, რაც მიიღო მოვალემ უსაფუძვლოდ მიღებული ქონების დანგრევის, დაზიანების ან ჩამორთვეისათვის ანაზღაურების სახით, სამოქალაქო კანონმდებლობით დადგენილია ისეთი შემთხვევები, როცა არ შეიძლება ქონება მიჩნეულ იქნეს როგორც უსაფუძვლოდ შეძენილი ან დაზოგილი. ისინი გამონაკლისის სახით არსებობენ და ძირითადად ქონების შემძენის კეთილსინდისიერებით არიან განპირობებული. ასეთ შემთხვევებში, მართალია ქონება შემძენზე გადადის საკმაო სამართლებრივი საფუძვლის გარეშე, მაგრამ მის მხრივ გამორიცხულია არაკეთილსინდისიერება. გარდა აღნიშნულისა, შეიძლება არსებობდეს მიღებული ქონების დაბრუნების დაუშვებლობის სხვა საფუძვლებიც.

ზემოაღნიშნულიდან ყველაზე ტიპურს წარმოადგენს შემდეგი სახის ქონების უსაფუძვლო გამდიდრების წყაროდ ჩათვლის დაუშვებლობა.

1. ქონება, რომელიც გადაცემულია ვალდებულების შესასრულებლად შესრულების ვადაზე ადრე, ასეთი შემთხვევისათვის აუცილებელია, რომ მხარეებს შორის არსებობდეს ვალდებულებით-სამართლებრივი ურთიერთობანი, რომლის საფუძველზეც მოვალე ვალდებულია კრედიტორს გადასცეს განსაზღვრული ქონება. აღნიშნული ვალდებულების შესრულების მიზნით მოვალე ვადაზე ადრე გადასცემს, ხოლო კრედიტორი იღებს ქონებას, რომლის გადაცემაც ვალდებულებითაა განსაზღვრული. ფაქტობრივად ვალდებულება შესრულებულია ვადაზე ადრე. საერთო წესების მიხედვით მოვალეს უფლება აქვს ვალდებულება შესასრულოს ვადაზე ადრე, თუ სხვა რაიმე არ გამოძინარეობს კანონ-

ნის, ხელშეკრულების ან ვალდებულების შინაარსიდან. სახელმწიფო ორგანიზაციებს შორის ვალდებულების ვადაზე ადრე შესრულების შესაძლებლობა გათვალისწინებულია კანონით ან ხელშეკრულებით. ამასთან, მხედველობაშია მისაღები კრედიტორის თანხმობაც. ვალდებულებათა ზოგიერთ სახეებში (მაგალითად, საკრედიტო-სამართლებრივი ურთიერთობები) ვადაზე ადრე შესრულება ზორციელდება კიდევ აღნიშნული მოთხოვნების გათვალისწინებით/ვალდებულების შესასრულებლად ვადაზე ადრე გადაცემული ქონება არ შეიძლება უკან იქნეს მოთხოვილი, როგორც უსაფუძვლოდ შექმნილი ან დაზოგილი ქონება;

/2. ქონება, რომელიც გადაცემულია ვალდებულების შესასრულებლად, ხანდაზმულობის ვადის გასვლის შემდეგ, კამ შემთხვევაშიც აუცილებელია, რომ მხარეებს შორის არსებობდეს განსაზღვრული სამოქალაქო სამართლებრივი ვალდებულება. გარდა ამისა, /გასული უნდა იყოს არა მარტო ვალდებულების შესრულების ვადა, არამედ სასარჩელო ხანდაზმულობის ვადაც./როგორც ცნობილია, /სასარჩელო ხანდაზმულობის ვადის გასვლა არ წარმოადგენს ვალდებულების შეწყვეტის საფუძველს, იგი მხოლოდ ვალდებულების იძულებითი შესრულების მიზნით წარდგენილი სარჩელის დამოუკიდებლობის საფუძველია. ამიტომ ქონების გადაცემა ასეთ შემთხვევაში ჩაითვლება ვალდებულების შესრულებად. ასეთი ქონება არ ითვლება უსაფუძვლოდ შექმნილად ან დაზოგილად და მიუხედავად სასარჩელო ხანდაზმულობის ვადის გასვლისა, არ შეიძლება მისი უკან დაბრუნება; /

/3. ქონება, რომლის მოთხოვნა დაბრუნების თაობაზე ბათილი ხელშეკრულების შესრულებისას ეწინააღმდეგება ბათილობის შესახებ სამართლებრივი ნორმების დაცვით ფუნქციას; /

/4. ქონების გამოთხოვა შეუძლებელია მაშინაც, როცა ერთმა პირმა იგი გადასცა მეორეს იმ მიზნით, რომ ამ უკანასკნელს უნდა შეესრულებინა ან არ შეესრულებინა რაიმე მოქმედება თუ მიზნის მიღწევა თავიდანვე იყო შეუძლებელი და ქონების გადაცემმა ეს იცოდა ან ქონების გადაცემმა მიზნის მიღწევას არაკეთილსინდისიერად შეუშალა ხელი. /

შესაძლებელია კანონით გათვალისწინებულ იქნეს სხვისთვის გადაცემული ქონების დაბრუნების დაუშვებლობის სხვა შემთხვევებიც.

ამგვარად, ქონების უსაფუძვლოდ შექმნის ან დაზოგვის შედეგად წარმოშობილი ვალდებულება თავისი შინაარსით არსებითად განსხვავდება სხვა არასახელშეკრულებო ვალდებულებებისაგან. /მიუხედავად იმისა, რომ კონდიქციურს და ზიანის მიყენების შედეგად წარმოშობილ ვალდებულებებს შორის გარეგნული მსგავსებაა, განსაკუთრებით მაშინ,

როცა ქონების უსაფუძვლო შეძენა შეძენის არამართლზომიერი მოქმედების შედეგია, მათ შორის სხვობა მნიშვნელოვანია. კონდიქციური ვალდებულება უმეტეს შემთხვევაში წარმოიშობა თვით დაზარალებული პირის მართლზომიერი მოქმედების შედეგად. სწორედ ამის მიერ დაშვებული შეცდომა ან უზუსტობა, რაც სრულებითაც არ ნიშნავს მისი მოქმედების არამართლზომიერებას, ზღბა სხვა პირის მიერ ქონების დაზოგვის ან შეძენის საფუძველი. რაც შეეხება ზიანის მიყენების შედეგად წარმოშობილ ვალდებულებას, მისი საფუძველი ყოველთვის ზიანის მიყენებლის არამართლზომიერი მოქმედებაა. უმეტეს შემთხვევაში უსაფუძვლოდ შეძენილი ან დაზოგილი ქონების დაბრუნების ვალდებულებაში მოპასუხე პირის განზრახვი ბრალი სახეზე არ არის. თუ მოქალაქემ, მაგალითად, წინასწარ იცის, რომ ფოსტალიონის მიერ მისთვის ჩაბარებული ფული მას არ ეკუთვნის, ამ ფულის მიღება უნდა ჩათვალოს წინასწარ განზრახულ არამართლზომიერ მოქმედებად. ასეთ შემთხვევაში წარმოიშობა ვალდებულება ზიანის მიყენებისათვის და არა ქონების უსაფუძვლო შეძენის ან დაზოგვისათვის. ზიანის მიყენებელი უმეტესად განზრახვი არამართლზომიერი მოქმედებით აყენებს სხვას ზიანს/ამიტომ, ბუნებრივია, იმ პირითა ქონებრივი პასუხისმგებლობა, რომელმაც ქონება დაიტაცეს ან გაფლანგეს, განისაზღვრება ზიანის მიყენებისათვის დადგენილი ვალდებულების საფუძველზე. აღნიშნული სრულებითაც არ ნიშნავს იმას, რომ ქონების უსაფუძვლოდ შეძენის ან დაზოგვის დროს მოპასუხე პირის ბრალი საერთოდ გამორიცხული იყოს. პრაქტიკაში ქონების არაბრალეული უსაფუძვლო შეძენა ძალზე იშვიათი შემთხვევაა. უმეტესად პირი ქონების უსაფუძვლოდ იძენს გაუფრთხილებლობის, უყურადღებობის ან კონტროლის შესუსტების შედეგად/ამიტომ ასეთ პირობებში სხვისი პროდუქციის მიღება ან სხვისი სამშენებლო მასალების გამოყენება მაინც ბრალეული (თუმცა გაუფრთხილებელი) მოქმედების შედეგია.

ქონების უსაფუძვლო შეძენის ან დაზოგვასთან დაკავშირებული ვალდებულება არ შეიძლება წარმოიშვას, თუ ერთ მხარეზე არ არის ზიანი, ხოლო მეორეზე - ქონების გაზრდა და დაზოგვა. ზიანის მიყენების შედეგად წარმოშობილ ვალდებულებაში ზიანის მიმყენებელი თავისი არამართლზომიერი მოქმედების შედეგად უმეტეს შემთხვევებში თავისთვის რაიმე მოგების მიღებას არ ისახავს მიზნად. პირის ქონების ან ჯანმრთელობისათვის ზიანის მიყენება არასასურველ მატერიალურ მდგომარეობას უქმნის საბოლოოდ როგორც დაზარალებულს, ისე მოპასუხეს. ზიანის მიყენებისას პასუხისმგებლობის განსაზღვრის დროს ზღბა მიყენებული ზიანის მოცულობის დადგენა და მისი სრული ანაზღა-

ურება. კონდიქციურ ვალდებულებაში მოთხოვნის დაკმაყოფილება ხდება უსაფუძვლოდ შეძენილი ან დაზოგილი ქონების და არა დაზარალებულისათვის მიყენებული ზიანის ოდენობის ფარგლებში/ უსაფუძვლოდ შეძენილი ან დაზოგილი ქონება შეიძლება გაცილებით ნაკლები იყოს, ვიდრე დაზარალებულისათვის მიყენებული ზიანი. ამიტომ ამ ვალდებულებათა გამიჯვნას დიდი პრაქტიკული მნიშვნელობა აქვს, რადგან/ ზიანის მიმყენებლის პასუხისმგებლობის მოცულობა გაცილებით დიდია, ვიდრე ქონების უსაფუძვლოდ შეძენის ან დამზოგვისა/

(კონდიქციური ვალდებულება არსებითად განსხვავდება აგრეთვე სახელშეკრულებო ვალდებულებებისაგან. თუ ხელშეკრულების მონაწილე ერთმა მხარემ თავისი ვალდებულება შეასრულა, ხოლო მეორემ კი გადააცილა დადგენილ ვადას, ამ უკანასკნელის მიერ ქონების უსაფუძვლო შეძენასთან ან დაზოგვასთან არ გვექნება საქმე, რადგან იგი პასუხს აგებს ხელშეკრულებით გათვალისწინებული პასუხისმგებლობის ზომით ვალდებულების შეუსრულებლობის ან არაჯეროვანი შესრულებისათვის.)

(კონდიქციური ვალდებულება ძალზე გავს მესაკუთრის მიერ სავინდიკაციო სარჩელის წარდგენასთან დაკავშირებულ ვალდებულებას. ორივე შემთხვევაში სახეზეა სხვისი მფლობელობიდან მესაკუთრის ქონების გამოთხოვა. ამასთან ერთად ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ ქონების უსაფუძვლო შეძენის ან დაზოგვასთან დაკავშირებული მოთხოვნა არ გულისხმობს დავის არსებობის შესაძლებლობას. უსაფუძვლო შეძენის ან დაზოგვის საგანი შეიძლება იყოს ფული ან გვაროვნული, ნიშნით განსაზღვრული ნივთი, რომელიც შეიძლება სხვა პირის საკუთრებაში გადავიდეს. ის კი ვალდებულია დააბრუნოს იმავე ოდენობის ფულადი თანხა ან გვარეობითი ნივთის შესაბამისი ოდენობა. (სავინდიკაციო სარჩელი გულისხმობს სხვის მფლობელობაში არსებულ ქონებაზე საკუთრების დარღვეული უფლების აღდგენას, ე.ი. ამ დროს პირის ქონება სხვის საკუთრებაში არ არის გადასული, ვიდრე პირს გააჩნია საკუთრების უფლება და ქონება იმყოფება სხვის უკანონო მფლობელობაში, მასსა და მის მოპასუხეს შორის არ წარმოიშობა ქონების უსაფუძვლო შეძენას ან დაზოგვასთან დაკავშირებული ვალდებულება.)

ზემოაღნიშნულ დებულებათა გათვალისწინება არსებითად შეუწყობს ხელს ახალი სამოქალაქო კანონმდებლობის ჩარჩოებში კონდიქციურ ვალდებულებათა სამართლებრივი რეგულირების სრულყოფას.

Realerfüllung oder Schadensersatz: ein internationaler Konsens?*

Ronald Kandelhard
Wissenschaftlicher Mitarbeiter
Universität Bremen

Pacta sunt servanda. Verträge sind einzuhalten. Dies ist in wohl allen Rechtsordnungen ein Kardinalprinzip des Obligationenrechts. Einigkeit besteht aber nur über das Ob der Pflicht Verträge einzuhalten. Unterschiedliche Modelle existieren dagegen in Bezug auf die Frage, wie das Vertrauen in das gegebene Wort des Vertragspartners zu schützen ist. Steht in der einen Rechtsfamilie die Befugnis des Gläubigers Realerfüllung zu verlangen ganz im Vordergrund, so ist es in der anderen der Rechtsbehelf des Schadensersatzes.

In dieser zentralen Frage des Schuldrechts ist jüngst für den Entwurf eines Zivilgesetzbuches für die Republik Georgien eine Änderung vorgeschlagen worden. Der folgende Beitrag wird aufzeigen, woher dieser Vorschlag kommt, warum er aus Sicht des Verfassers richtig ist und zugleich, daß diese Änderung einen sich abzeichnenden internationalen Konsens aufnimmt und konsequent fortentwickelt, daß er also in hohem Maße den modernen Stand internationalen Schuldrechts repräsentiert.

A. Geschichtliche Entwicklung (insbesondere für Deutschland)

Im klassischen römischen Recht erzeugte eine Obligation nur eine pekuniäre Haftung des Versprechenden, er hatte für die Nichterfüllung seiner Schuld Schadensersatz in Geld zu leisten¹. Die Obligation wurde durch das der Erfüllungsklage stattgebende Urteil des Richters immer in eine Geldforderung umgerechnet (*condemnatio pecunaria*)², sofern es nicht ohnehin schon um eine

* Zu danken habe ich zunächst meinem Lehrer Prof. Dr. Peter Derleder, dessen gründliche Ausbildung diesen Beitrag erst ermöglicht hat. Weiter habe ich Prof. Dr. Dr. h. c. Rolf Knieper zu danken, der mich an das spannende Feld der Rechtsvergleichung herangeführt und meine Beschäftigung mit der Rechtsreform in den postsozialistischen Staaten ermöglicht hat. Danken möchte ich auch meinem Kollegen Mario Pellegrino, sowie Herrn Prof. Dr. Soidze, Herrn Prof. Dr. Tschanturia und Nino Chopcira für die vielen fruchtbaren Diskussionen. Die Nachweise in den Fußnoten beschränken sich bewußt auf wenige Werke.

spezifische Geldschuld ging³. Dementsprechend konnte etwa der Mieter seinen Vermieter nicht auf Überlassung der Sache verklagen, sondern nur auf das Interesse. Dies hat sich in der nachklassischen Ära zumindest teilweise gewandelt. In justinianischer Zeit war zwar immer noch keine Klage auf Erfüllung einer Handlung möglich, bei Obligationen auf eine Sache war jedoch zumindest teilweise bereits Realerfüllung möglich⁴

Seit dem Mittelalter ist die Frage, ob der Gläubiger präzise Erfüllung verlangen kann oder sich der Schuldner durch die Leistung von Schadensersatz befreien kann unter den Legisten umstritten. Herrschend war die Ansicht, daß bei Obligationen auf ein dare – Zahlung und Übereignung – die Leistung durch Urteil und Vollstreckung erzwungen werden kann. Insoweit war Realerfüllung jedenfalls grundsätzlich erzwingbar⁵. Obligationen auf ein facere (eine Handlung) waren dagegen nicht vollstreckbar, das Urteil konnte nur auf Schadensersatz lauten⁶. Besonders streitig war aber, ob der Kauf als wichtigster Vertragstyp auf ein dare gerichtet anzusehen war, da er auch die Pflicht zur Besitzverschaffung und damit zur Vornahme einer Handlung umfaßt⁷

Ebenso kannte das germanische Recht zwar den Grundsatz »Ein Mann, Ein Wort«⁸. Auch dies ist nichts anderes als der Grundsatz vom pacta sunt servanda. Nur bedeutete dieses Sprichwort auch hier ursprünglich nicht Realerfüllung, sondern lediglich, daß der Schuldner mittels Bußen zur Vornahme der Handlung gezwungen wurde⁹. Trotzdem war die Realität bei den Gerichten offenbar ganz von Klagen auf Schadensersatz geprägt¹⁰. Später (im 17. und 18. Jahrhundert) ist neben die mittelbare Erzwingung durch Schadensersatz mit Bußcharakter im Gefolge des Gehorsamsanspruchs des Obrigkeitsstaates auch die Erzwingung durch Polizeiordnungen getreten; die Verletzung der privaten Vertragspflichten avancierte zur Störung der öffentlichen Ordnung¹¹

Erst später entwickelte sich ein allgemeiner Grundsatz der Realerfüllung, wesentlich geprägt durch die mittelalterliche katholische Morallehre¹², aufgenommen und erweitert bei der Naturrechtslehre¹³. So entstand, beeinflußt von diesen Lehren, Anfang des 19. Jahrhunderts Streit um den Inhalt der Obligation. Nach Puchta, Savigny und Windscheid war Inhalt der Obligation bereits primär eine Handlung¹⁴, diese sei der Zweck der Obligation. Dahinter stünden zwar andere Zwecke, ökonomisch gesehen vor allem die Vergrößerung des eigenen Vermögens, doch solle dies vermittels der primär relevanten Handlung erreicht werden. Daher sei diese Handlung zwar in aller Regel geldwert, aber dies sei ein hinter der Obligation liegender Zweck; die Obligation richtet sich danach also auf reale Erfüllung des Versprochenen.

Es bestehen jedoch noch Widerstände, nach anderen war Inhalt der Obligation immer noch nur die Herrschaft über den in der Hand des Schuldners befindlichen Wert, die Erfüllung dieser Obligation bestehe daher darin, daß dieser Wert in das Vermögen des Gläubigers gebracht werde. Die Handlung bestimme nur die Art und Weise der Erfüllung, also wie der Schuldner den Wert in das

Vermögen des Gläubigers zu bringen habe. Die Handlung ist danach nur wichtig, um zu bestimmen, ob korrekt erfüllt wurde, der Inhalt der Obligation ist jedoch ein Geldwert. Der Gläubiger muß also zufrieden sein, wenn er statt der Handlung den Geldwert erhält, dieser ist nicht nur der ökonomische, sondern auch der juristische Zweck der Obligation.

In der Folgezeit setzte sich der Anspruch auf Realerfüllung weithin durch. An die Stelle einer Deutung als Unterworfenheit unter die Willensherrschaft eines anderen ist heute die Betrachtung vom Moment des Verpflichtetseins getreten; im Vordergrund steht also nunmehr das Sollen des Schuldners¹⁵. Bereits im gemeinen Recht wurde daher die Nichterzwingbarkeit von Handlungen in das Zwangsvollstreckungsrecht verlagert¹⁶. Grundsätzlich konnte also etwa ab Beginn des 19. Jahrhunderts auf Realerfüllung geklagt werden¹⁷. Dies hat das BGB (implizit) übernommen¹⁸.

Die Bedeutung des Satzes *acta sunt servanda* liegt unter Beachtung des historischen Kontexts also nicht in dem Recht auf Realerfüllung. Geschichtlich steht er vielmehr für die Entwicklung des Konsensprinzips, der Entwicklung zur Klagbarkeit auch der *acta nuda*¹⁹. Im Ergebnis ergibt sich also, daß *acta sunt servanda* zunächst nicht mehr bedeutet, als daß ein einseitiges Abgehen von dem geschlossenen Vertrag grundsätzlich vom Recht nicht akzeptiert wird²⁰; Verträge sind zu halten.

B. Gründe für eine erneute kritische Reflektion des Prinzips der Realerfüllung

Dennoch gibt es heute genug Gründe, die umfassende Geltung des Prinzips der Realerfüllung kritisch zu reflektieren. Dies weist allerdings keinen Bezug mehr zu den historischen Diskussionen auf. Die Schwierigkeiten, den Obligationeninhalt zu erfassen oder sich das dadurch gewährte Recht vorzustellen, sind überwunden. Jedoch weist der Grundsatz der Realerfüllung eine deutliche Strenge für den Schuldner auf und zeitigt andere ökonomische Konsequenzen als ein Anspruch auf Schadensersatz.

Zur Mahnung ob einer vollständigen Durchdringung des Vertragsrechts mit dem Grundsatz der Realerfüllung reichen dabei mehrere Beobachtungen. So hat Eugen Ehrlich, einer der ersten Rechtssoziologen, im Jahre 1913 die Entwicklung zum Grundsatz der Realerfüllung wie folgt gekennzeichnet:

»Zu dieser Schuld tritt die Haftung des Verfügenden aus dem Worte hinzu, sobald die Gerichte ihn zwingen, die Verfügung nachträglich vorzunehmen. Zögernd und in einem gewissen Sinne widerwillig hat das Recht diese Entwicklung genommen, immer nur als Zugeständnis an die dringendsten und unabweislichen Bedürfnisse des Lebens«²¹

Vielleicht erfolgte diese Orientierung ausschließlich an die *zwingenden*

und unabweislichen Bedürfnisse des Lebens in der Geschichte aber nicht ganz zu Unrecht, war doch der Hintergrund die Idee des freien Menschen²². Es ist kaum anzunehmen, daß es sich dabei nur um philosophische Schwärmerei handelte. Vielmehr basierte das die Geschichte prägende Mißtrauen gegenüber der Realerfüllung auf der konkreten Beobachtung, daß ein dahingehender Anspruch des Gläubigers starke Freiheitseingriffe für den Schuldner mit sich bringt.

I. Realerfüllung im Rechtsvergleich

Im Gegensatz zu der von Ehrlich beobachteten historischen Orientierung an die zwingenden Bedürfnisse wird heute – zumindest in Deutschland – wie selbstverständlich mit dem Anspruch auf Realerfüllung umgegangen. Daß dies nicht notwendig so sein muß, wird eine rechtsvergleichende Betrachtung zeigen.

1) Civil Law

a) Der Anspruch auf die vertragscharakteristische Leistung

Das civil law, also daß im Gegensatz zum common law englischen Ursprungs, so bezeichnete kontinentaleuropäische Recht zeichnet sich dadurch aus, daß der Gläubiger bei Nichterfüllung der Leistungspflicht des Schuldners grundsätzlich ein freies Wahlrecht zwischen Schadensersatz und Realerfüllung hat. Dies zeigt sich ausdrücklich etwa an Art. 1184 des französischen code civil und Art. 1453 des italienischen codice civile. Danach ist der in seinen Rechten verletzte Vertragsteil berechtigt entweder auf Auflösung des Vertrages und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu klagen oder auf spezifischer Erfüllung zu bestehen. Verlangt der Gläubiger Schadensersatz, ist die einzige weitere Voraussetzung, daß die Vertragsverletzung so wesentlich ist, daß sie die Vertragsaufhebung rechtfertigt²³.

Dabei zeigt sich im civil law jedoch, daß spätestens im Zwangsvollstreckungsrecht die Schwierigkeiten der realen Erfüllung von Forderungen auf eine Handlung wieder erscheinen. So ist nach Art. 1142 code civil jede Verpflichtung zu einem Tun in einen Schadensersatzanspruch aufzulösen, wenn der Schuldner seiner Handlungsverpflichtung nicht nachkommt. Ähnliches gilt nach § 888 der deutschen ZPO. Danach kann der Gläubiger bei Ansprüchen auf eine vertretbare Handlung nur Ersatzvornahme durch Dritte auf Kosten des Gläubigers verlangen. Auch dies ist nichts anderes als Schadensersatz. Nach § 890 der deutschen ZPO kann der Schuldner bei

Ansprüchen auf unvertretbaren, persönlichen Handlungen jedoch durch Geldbußen dazu angehalten werden, diese zugunsten des Gläubigers vorzunehmen. Dies gilt jedoch wiederum nicht bei Ansprüchen auf Dienstleistungen, da dies der Sklaverei ähnliche Ergebnisse aufweisen würde. Dieselben Prinzipien hat inzwischen auch die französische Rechtsprechung entwickelt²⁴

b) Der Anspruch auf die Gegenleistung (Preis)

Von diesen Grundsätzen der grundsätzlichen Erfüllungschance bei den Ansprüchen auf die vertragscharakteristische Leistung weicht die Rechtslage bei Ansprüchen auf die Gegenleistung, also den Preis, teilweise nicht unerheblich ab. Grundsätzlich wird im Civil Law der Gläubiger nur für die Erfüllung der ihm obliegenden synallagmatischen Gegenleistungspflicht als verpflichtet angesehen, während er in Bezug auf die vertragscharakteristische Leistung nur als berechtigt angesehen wird. Der Gläubiger ist daher grundsätzlich nicht verpflichtet, die Leistung auch tatsächlich anzunehmen, dies ist nur ein Recht des Gläubigers, keine Pflicht, ihre Nichterfüllung zieht daher keinen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nach sich²⁵. Es handelt sich also um eine bloße Obliegenheit, der Obligierte ist frei, ob er die Handlung vornimmt, muß jedoch bei ihrer Nichtvornahme gewisse Nachteile in Kauf nehmen²⁶

Daß der Gläubiger die Leistung des Schuldners nicht annimmt, bedeutet jedoch noch lange nicht, daß er nicht die Gegenleistung doch erbringen müßte, denn dazu ist er verpflichtet. Doch selbst wenn der Schuldner den Preis nach dem Urteil schließlich vollstrecken kann, bleibt er immer noch verpflichtet, die (bereits bezahlte) Leistung für den Gläubiger bereit zu halten. Als Besonderheit des Anspruchs auf die Gegenleistung (Preis) ergibt sich nun jedoch in vielen Fällen eine Rückwirkung von der Nichtannahme auf die Modalitäten und den Umfang des Preisanspruches des Schuldners der vertragscharakteristischen Leistung.

Nimmt etwa der Dienstgläubiger die Dienste nicht an, so hat dies nach § 615 S. 1 BGB nur zunächst keine Auswirkungen auf die Gegenleistung. Der Anspruch des Dienstschuldners auf den bedungenen Lohn bleibt bestehen, er muß sich jedoch nach § 615 S. 2 BGB anrechnen lassen, was er wegen der Nichtannahme der Dienste erspart oder böswillig zu erwerben unterlassen hat. Danach muß sich der Dienstschuldner also die infolge der Nichtabnahme erzielten Ersparnisse, wie etwa Fahrtkosten, ebenso anrechnen lassen, wie anderweitig verdienten Lohn. Der Dienstschuldner muß sich vor allem aber auch einen fiktiven Erwerb anrechnen lassen, sofern er eine Verdienstchance böswillig nicht wahrgenommen hat. Wie überall im BGB sind auch hier die subjektiven Anforderungen gemindert und objektiviert worden, heute reicht für die

Böswilligkeit schlicht aus, daß der Dienstnehmer eine ihm bekannte, zumutbare Erwerbsmöglichkeit nicht wahrnimmt²⁷ Die Zumutbarkeit im Einzelfall bestimmt sich danach aus einem Vergleich zwischen dem bisherigen Dienstverhältnis und der Erwerbsmöglichkeit. Sind diese weithin vergleichbar, darf der Dienstschuldner die ihm bekannte Erwerbsmöglichkeit nicht folgenlos ausschlagen. Der Dienstschuldner muß sich auch in zumutbaren Rahmen selbst um eine solche anderweitige Erwerbsmöglichkeit bemühen, nicht jedoch, wenn dies als praktisch aussichtslos erscheint.

Dasselbe gilt nach § 649 auch für den Werkvertrag und nach § 552 eingeschränkt auch für die Miete, nur das hier der böswillig unterlassene Erwerbs nicht angerechnet wird, also keine Schadensminderungspflicht des Mieters bestimmt ist. Genau diese Grundsätze finden sich auch sonst im civil law. Für den Dienst- und Werkvertrag in Italien in den Art. 1685, 1723, 1725, 1738, 2237 codice civile; in Österreich in den §§ 1107, 1155 und 1168 ABGB; in der Schweiz in den Artt. 324, 337 c, 377 OR, hier findet sich in den Artt. 263, 264 OR sogar auch für die Miete eine Schadensminderungspflicht. Derartige Normen finden sich zu Recht auch in Art. 504 (Miete) und Art. 584 (Dienst- und Werkvertrag) des georgischen Entwurfes.

c) Ergebnis

Es zeigt sich also, daß sowohl bei Ansprüchen auf die Erfüllung von Handlung, als auch bei der spezifischen Erfüllung einer Geldleistungspflicht schadensrechtliche Kategorien, wie insbesondere Vorteilsausgleichung und Schadensminderungsobliegenheiten dem civil law nicht fremd sind, daß man aber doch von einer rechtlichen Dominanz der Realerfüllung sprechen kann.

Ganz selbstverständlich ist dem civil law die Schadensminderungsobliegenheit jedoch bei Schadensersatzansprüchen. Wer Schadensersatz beanspruchen kann, ist gegenüber dem Verletzer verpflichtet, den Schaden möglichst gering zu halten und sogar gegebenenfalls zu mindern. Sonst muß er sogar schon bei fahrlässiger Außerachtlassung dieser Pflicht Kürzungen seines Anspruchs hinnehmen²⁸. Dennoch ist bisher die Schadensminderungsobliegenheit auf Erfüllungsansprüche nicht angewandt worden, dies soll dem Grundsatz der Realerfüllung widersprechen.

Daß die Schadensminderungsobliegenheit in bestimmten Verträgen jedoch schon von Gesetzes wegen gilt, wurde hier aufgezeigt. Bei Ansprüchen auf den Preis gilt sie also bereits teilweise. Daß dies nie als allgemeines Prinzip formuliert wurde, liegt vor allem daran, daß sich die Realerfüllung erst Ende des 18. Jahrhunderts durchzusetzen begonnen hatte und erst noch später die Begrenzung des Preisanspruchs entwickelt wurde, so daß den Gesetzesverfassern dieser im wesentlichen aus dem 19. Jahrhundert stammenden Gesetze, diese Prinzipien

als allgemeine noch unbekannt waren.

2) *Common Law*

Das common law weist ein völlig verschiedenes Vertragsrechtssystem auf. Anders als hier, ist ein Anspruch auf Erfüllung in Natur grundsätzlich unbekannt²⁹

»The only universal consequence of a legal binding promise is that the law makes the promisor pay damages if the promised event does not come to pass.«³⁰

Das Vertragsversprechen wird also nicht als Versprechen einer bestimmten Leistung, sondern als Garantie für einen bestimmten ökonomischen Erfolg verstanden³¹. Demgemäß haftet der Schuldner bei Nichtleistung grundsätzlich nur auf Schadensersatz³²

a) *Der Anspruch auf die vertragscharakteristische Leistung*

Jedoch hat sich auch im common law ein alleiniger Rechtsbehelf des Schadensersatzes als unzureichend erwiesen. Deshalb hat sich der Rechtsbehelf der specific performance entwickelt³³. Danach kann ausnahmsweise Realerfüllung verlangt werden, wenn der Gläubiger an der Leistung ein besonderes Interesse hat und durch die Gewährung von Schadensersatz nicht ausreichend geschützt würde, weil dieser »inadequate« wäre³⁴, so insbesondere, wenn die versprochene Leistung »unique« (einmalig) ist³⁵. Paradebeispiel eines unigen Gutes sind Immobilien³⁶. Soweit es um die Leistung eines Grundstückes geht, auch auf Nutzung derselben, hat sich der Anspruch auf specific performance wegen deren Einmaligkeit also durchgesetzt³⁷. Weitere Fälle, in denen die Gewährung von specific performance ausnahmsweise möglich ist, sind neben Obligationen auf »unique goods« solche in denen der Schadensersatz nur einen nominellen Ausgleich darstellen würde oder er nur schwer erlangt werden könnte³⁸. Eine zunehmende Bereitschaft zur Gewährung von specific performance wird auch in komplexen Langzeitverträgen festgestellt, wo die Parteien aufgrund erheblicher transaktionsspezifischer Investitionen, die anderweit nicht verwendet oder sonst verwertet werden können, ein besonderes Interesse an genauester Durchführung des Vertrages haben³⁹

Doch selbst wo specific performance grundsätzlich möglich erscheint, gibt es diverse Gründe, aus denen sie vom Gericht dennoch verweigert werden kann. So können etwa Vollstreckungsschwierigkeiten zu ihrer Versagung führen. So wird specific performance grundsätzlich nicht bei Ansprüchen auf Dienstleistungen gewährt⁴⁰. Ein Versagungsgrund ist es auch, wenn die Verurteilung zu specific performance eine besondere Härte bedeuten würde⁴¹

oder wenn die Kosten der Erfüllung den Vorteil des Gläubigers deutlich übersteigen würden⁴²

Dagegen ist das Paradebeispiel in dem nur Schadensersatz gewährt wird, insbesondere die Situation, in der sich der Gläubiger mehr oder minder leicht auf dem Markt eindecken kann oder allgemeiner, Fälle in denen eine Schadensminderung möglich und sinnvoll erscheint⁴³

b) Der Anspruch auf die Gegenleistung (Preis)

Dasselbe Prinzip findet sich auch bei Preisklagen. Ganz allgemein gilt für das common law, daß der Schuldner keine Möglichkeit hat, den Gläubiger zur Mitwirkung bei der Erfüllung des Vertrages oder zur Annahme der Leistung zu zwingen⁴⁴. Ebenso gilt allgemein, daß die Klage auf Zahlung der Gegenleistung erst gegeben ist, wenn der Gläubiger die Leistung erhalten hat⁴⁵. Daher ist der Schuldner bei Nichtabnahme grundsätzlich immer auf einen Schadensersatzanspruch wegen breach of contract angewiesen⁴⁶. Dieser wird zwar nicht automatisch durch die unterlassene Mitwirkung oder Annahme durch den Gläubiger ausgelöst, jedoch wird die Verhinderung der Erfüllung seitens des Gläubigers immer dann als wesentliche und damit zum Schadensersatz berechtigende Vertragsverletzung angesehen, wenn dies dazu führt, daß er seine ihm obliegende Gegenleistung nicht mehr erfüllen müßte⁴⁷

Keine Abweichung ergibt sich daher vor dem Hintergrund der action for an agreed sum⁴⁸, also der Klage auf eine bestimmte vertraglich vereinbarte Summe. Auch diese wird nur gewährt, wenn die Gegenleistung schon (teilweise) erbracht war⁴⁹ oder sonst ein substantielles, legitimes Interesse des Gläubigers an der weiteren Erfüllung besteht⁵⁰. Hintergrund und Zweck dieser Einschränkungen ist der Gedanke, daß der Schuldner in die Lage versetzt werden soll, über die Leistung anderweit zu verfügen und so seinen Schaden zu verringern. Deshalb hat der Schuldner auch nach einer Vertragsaufsage des Gläubigers (ernsthafter and endgültiger Erfüllungsverweigerung, »repudiation«) trotz seiner grundsätzlichen Wahlbefugnis das darin liegende »Vertragsaufhebungsangebot« anzunehmen oder nicht⁵¹, nicht das Recht mit der Vertragserfüllung fortzufahren und mittels der action for an agreed sum Realerfüllung geltend zu machen, sondern ist auf den Rechtsbehelf des Schadensersatzes beschränkt⁵², unterliegt damit also wiederum der Schadensminderungsobliegenheit.

Die action for an agreed sum repräsentiert daher die mit dem exzeptionellen Rechtsbehelf der specific performance auf Schuldnerseite korrespondierende Entgeltseite des Gläubigers. Beide beruhen aber dennoch auf der selben Wertungsgrundlage, insbesondere in Bezug auf die Schadensminderungsobliegenheit des je von der Nichterfüllung Betroffenen⁵³

Nach common law läßt sich die Rechtslage also (immer noch) wie folgt

zusammenfassen:

»that the law makes the promisor pay damages if the promised event does not come to pass. In every case it leaves him free from interference until the time for fulfilment has gone by, and therefore free to break his contract if he chooses.«⁵⁴

Wesentlich für die Schadensberechnung ist dabei, daß dem Verletzten immer Schadensminderung (mitigation of damages) obliegt⁵⁵, er hat alle zumutbaren Schritte zu unternehmen, die den durch die Vertragsverletzung verursachten Schaden mindern können, sonst kann er diesen insoweit nicht verlangen⁵⁶

Soweit Käufer oder Verkäufer ein Deckungsgeschäft möglich ist, auch eines über ähnliche Güter, haben sie es vorzunehmen und den Erlös dem Anderen gutzubringen⁵⁷ oder der unberechtigt entlassene Dienstschuldner muß sich eine vergleichbare Beschäftigung suchen⁵⁸

»After breach, a plaintiff is not entitled to sit back, do nothing and sue for damages for the performance promised. He must take positive steps to reduce his losses, by going into the market and seeking a replacement performance, where this is possible.«⁵⁹

Bereits mit Eintritt des Vertragsbruchs (breach of contract) ist der andere Teil also schon zur Schadensminderung (mitigation of damages) verpflichtet. Unterläßt oder verzögert er nunmehr ein Deckungsgeschäft, muß er den Einwand des Verstoßes gegen seine Schadensminderungsobliegenheit gegenwärtigen. Der Gläubiger wird dabei dadurch geschützt, daß er (in Grenzen) die erforderlichen Aufwendungen für die Schadensminderung vom Schuldner als Schadensersatz verlangen kann, selbst wenn sie nicht erfolgreich waren.

3) Ergebnis

Hinter dieser Rechtslage im common law Rechtskreis allein ökonomische Motivationen zu vermuten, wäre sicher verfehlt. Historisch steht dahinter derselbe Gedanke vom freien Menschen, der auch im kontinentaluropäischen Rechtskreis lange Zeit die Durchsetzung des Prinzips der Realerfüllung verhindert hatte und wie er sich spätestens bei Schwierigkeiten in der Zwangsvollstreckung immer noch artikuliert sowie ein einfaches Gerechtigkeitsgebot, daß sich die Schadensminderungsobliegenheit des Gläubigers auch gegenüber dem, gegen den vertragstreuen Schuldner bestehenden, Erfüllungsanspruch durchsetzt.

Damit ergibt sich eine weitere Mahnung gegen eine strenge Durchhaltung des Grundsatzes der Realerfüllung aus einem rechtsvergleichenden Blick in das common law. Dieses kennt prinzipiell keinen Erfüllungsanspruch, sondern versteht das vertragliche Versprechen lediglich als Garantie für den Eintritt eines bestimmten Erfolges. Natürlich ist auch dieses Extrem nicht rein durchzuhalten, sind doch Situationen in denen ein besonderes und unabweisbares Bedürfnis nach Realerfüllung besteht nicht gerade selten. Daher hat sich im common law,

aus nur wenig anderen Gründen wie im deutschen Recht und beeinflusst von den nämlichen moralischen Erwägungen, der Rechtsbehelf der specific performance herausgebildet. Dieser macht nun aber genau das, was Ehrlich bereits für die historische Durchsetzung der Realerfüllung beschrieben hat, er fragt nämlich nach den unabwiesbaren Bedürfnissen für einen solchen Anspruch. Specific performance wird daher dann gewährt, wenn Schadensersatz die Interessen des Gläubigers nicht ausreichend befriedigen kann.

4) Grenzüberschreitendes Recht

a) UN-Kaufrecht

Ebenso wie das civil law geht auch das UN-Kaufrecht (UNKR) von dem Grundsatz der Realerfüllung aus. Der Käufer hat nach den Art. 46 I UNKR einen Anspruch auf Erfüllung in Natur. Ebenso wie nach § 326 des deutschen BGB kann der Käufer dem Verkäufer bei Nichtlieferung jedoch auch eine Nachfrist setzen und nach deren Ablauf den Vertrag für aufgehoben erklären und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Im Grundsatz gilt im UNKR also das civil law System.

Bei Ansprüchen auf den Preis gilt dies ebenso, im Ausgangspunkt ist das UNKR hier sogar noch strenger als das civil law, da der Käufer hier nach den Art. 53, 60, 62 UNKR sogar zur Abnahme der Ware verpflichtet ist. In aller Regel wird der Verkäufer aber schlicht den Kaufpreis einklagen, weil die Vollstreckung der Abnahme nicht nur im common law Bereich, sondern auch in den kontinentaleuropäischen Rechten kompliziert und schwierig ist⁶⁰

Jeweils zu beachten ist beim UN-Kaufrecht, daß das (nationale) Gericht nach Art. 28 UNKR nur dann auf Erfüllung in Natur zu erkennen hat, wenn ein solcher Anspruch im nationalen Recht auch gegeben wäre. Dieser Vorbehalt betrifft vor allem die common law Staaten, auf deren Drängen er aufgenommen wurde⁶¹

Das UNKR enthält jedoch auch sonst diverse Einschränkungen des Anspruchs auf Realerfüllung. So ist der Verkäufer etwa nach Art. 88 UNKR im Annahmeverzug des Käufers zum Verkauf der Ware verpflichtet, wenn diese sich durch längeres Zuwarten verschlechtern würde. Einhellig anerkannt ist für das UNKR auch, daß der Verkäufer bei Vertragsaufsagung des Käufers nicht auf Kosten desselben die Vertragserfüllung fortsetzen darf, um anschließend die volle Vergütung verlangen zu können⁶². Von vielen Autoren wird in unterschiedlicher Reichweite sogar angenommen, daß die Schadensminderungsobliegenheit nach Art. 77 UNKR dazu zwingen kann, daß statt der Realerfüllung Schadensersatz verlangt werden muß und daß der Gläubiger ein Deckungsgeschäft vorzunehmen hat⁶³

b) Der Entwurf der Lando-Kommission

Im Grundsatz geht der Lando-Entwurf⁶⁴ in Art. 4.101 II und 4.102 I PECL vom Prinzip der Realerfüllung aus. Der Gläubiger einer Leistung die nicht in der Zahlung von Geld besteht, kann nach Art. 4.102 I PECL *specific performance* verlangen. Dies gilt jedoch nach Abs. 2 nicht, wenn die Erfüllung rechtswidrig oder unmöglich wäre (lit. a), sie eine unangemessene oder unwirtschaftliche Anstrengung des Schuldners der Leistung erfordern würde (lit. b), die Erfüllung in persönlicher Dienst- oder Werkleistung bestehen würde oder sonst von persönlichen Beziehungen abhängig ist (lit. c) oder der Gläubiger eine zumutbare Erfüllung durch einen anderen erlangen kann (lit. d). Nach Abs. 3 verliert der Schuldner die Erfüllungsansprüche zudem, wenn er sie nicht in angemessener Zeit nach der Nichterfüllung geltend macht. Soweit danach ein Erfüllungsanspruch nicht besteht, kann der Gläubiger nach Art. 4.103 PECL Schadensersatz verlangen. Entsprechend den Einschränkungen beim Erfüllungsanspruch kann auch dieser eingeschränkt werden, wenn der Gläubiger gegen seine Schadensminderungspflicht verstoßen hat.

Der Gläubiger von Geld und Schuldner der vertragscharakteristischen Leistung hat nach Art. 4.101 II PECL das Recht die Erfüllung trotz der Weigerung der anderen Partei vorzunehmen und die vereinbarte Summe zu verlangen. Das Recht auf *specific performance* erleidet jedoch diverse Ausnahmen, nach Art. 4.101 II lit. a PECL gilt dies nicht, wenn der Gläubiger ohne besondere Anstrengungen ein Deckungsgeschäft vornehmen kann, nach lit. b der Norm ebensowenig, wenn die Erfüllung in concreto unangemessen wäre.

c) Ergebnis

Im UNKR zeigt sich das Bemühen um Rechtsvereinheitlichung noch auf völlig ungenügender Weise, indem Art. 28 UNKR dem je betroffenen Land ein Verfahren nach den eigenen Prinzipien gestattet, wird das Ziel nicht erreicht. Anders der Entwurf der Lando-Kommission der die Schadensminderungspflicht in Übereinstimmung mit dem *common law* auch gegenüber Erfüllungsansprüchen anwendet, Realerfüllung ist jeweils ausgeschlossen, wenn der Gläubiger ein zumutbares Deckungsgeschäft vornehmen kann. Wie bereits gesehen, ist dies dem *civil law* nicht so fremd wie dies auf den ersten Blick erscheinen mag: zumindest bei Ansprüchen auf den Preis ist ein solches Verfahren auch dem kontinentaleuropäischen Rechtskreis, wenn auch beschränkt auf diverse Vertragstypen, nicht unbekannt.

Im folgenden wird nunmehr zu untersuchen sein, ob der Lando-Entwurf

den zutreffenden Ausgangspunkt gewährt hat, welches System sich also aus gesetzgeberischer Perspektive als überlegen erweist.

II. Exkurs: Realerfüllung und Anspruchsdefinition

Auf eine erste sich aus dieser rechtsvergleichenden Betrachtung ergebende Erkenntnis sei hier bereits eingegangen, da dies nicht wenig mit der »Heiligkeit« der Realerfüllung zusammenhängen dürfte. Gemeinhin werden im Anschluß an Windscheid Forderung und Anspruch als identisch angesehen⁶⁵. Da die Forderung aber nach den §§ 362ff. BGB nur durch Erfüllung erlischt, wird zunächst in naheliegender Klarheit einem Schutz der Forderung durch bloßen Schadensersatz eine Absage erteilt, denn aus der Hinwendung der Forderung auf Erfüllung soll sich dann ergeben, daß der notwendig deckungsgleiche daraus folgende Anspruch nur einer auf Realerfüllung sein könne; der Gläubiger könne eben Erfüllung verlangen.

Die herkömmliche Strukturierung von Anspruch und Forderung versagt jedoch in mehrerlei Hinsicht, wie dies unlängst J. Schmidt dargelegt hat und hier nicht weiter dargestellt werden kann⁶⁶. Daraus folgt jedoch, daß Anspruch und Forderung durchaus als unterschiedliche Erscheinungen anzusehen sind, wie sich dies insbesondere für das UNKR und das common law, nicht zuletzt aber auch in der Historie finden läßt⁶⁷. Hier erscheint Realerfüllung häufig als ein durchaus weniger selbstverständlicher Gedanke, Schadensersatz und Realerfüllung werden als unterschiedliche, aber dennoch funktional prinzipiell gleichwertige Rechtsbehelfe für Nichterfüllung angesehen. Darin wird eine Unterscheidung von Anspruch und Forderung deutlich. Der aus der Verletzung des Forderungsrechtes entstehende Anspruch ist daher keineswegs denknotwendig mit dem Forderungsrecht identisch⁶⁸. Diese Erkenntnis verhilft zu einer differenzierenden Definition des Verhältnisses von Forderung und Anspruch, in der sich der Anspruch nur als eine mögliche Sanktion für die Verletzung des Forderungsrechtes darstellt⁶⁹. Das Forderungsrecht bezeichnet dann nur noch das Recht des Gläubigers auf die Leistung, seine (nur ihm gewährte) Einziehungsbefugnis.

Dies eröffnet die Chance, Realerfüllung nicht mehr als gleichsam logische Folge des eben darauf gerichteten Forderungsrechtes zu sehen, sondern Realerfüllung und Schadensersatz als zwei mögliche Sanktionen für Nichterfüllung zu erkennen; womit die Chance gegeben ist, statt in vermeintlich logischer Stringenz für das eine zu votieren, ausgehend von den unterschiedlichen Folgen des jeweiligen Rechtsbehelfs die adäquate Nichterfüllungssanktion zu bestimmen. Fest steht danach jedenfalls, daß der Anspruchsbegriff die Entscheidung für Realerfüllung nicht determiniert.

III. *Ökonomische Analyse der Realerfüllung*

Daß zumindest eine kapitalistische Ökonomie einen Erfüllungsanspruch erfordert, ist bereits 1776 von dem Begründer der Marktwirtschaft, dem englischen Ökonomen Adam Smith ausgesprochen worden, denn Handel und Gewerbe könnten selten lange in einem Land gedeihen,

»...das ohne gesondertes Rechtswesen ist, in dem sich die Menschen ihres Eigentums nicht sicher fühlen, in dem das Vertrauen in Verträge nicht durch das Gesetz gestärkt wird, in dem man nicht regelmäßig den Einsatz der Staatsgewalt erwarten kann, damit zahlungsfähige Schuldner auch zur Leistung gezwungen werden.«⁷⁰

Aber dieses Zitat stammt aus einer Zeit, in dem ein Erfüllungsanspruch im heutigen Sinne praktisch unbekannt war, insbesondere und gerade in England. Nicht umsonst spricht Smith auch nur von einem Vertrauen in Verträge, welches durch Zahlungserwartungen zu schützen ist. Daß dies grundsätzlich ausreichend ist, zeigt die Wirtschaft in allen common law Ländern, in denen es wie gezeigt, einen Anspruch auf Realerfüllung prinzipiell nicht gibt.

Dies zeigt, daß ein Vertrauen in Verträge unverzichtbar ist. Ökonomisch erforderlich ist aber nur der Schutz der Vergütungserwartung, mithin in aller Regel Schadensersatz. Eines Anspruchs auf Realerfüllung bedarf es daher grundsätzlich nicht. Auch dies zeigt, daß die Institutionalisierung eines Anspruchs auf Realerfüllung einer besonderen, darüberhinausgehenden Rechtfertigung bedarf. Die ökonomische Analyse des Rechts⁷¹ geht sogar noch einen Schritt weiter, sie sieht den Anspruch auf Realerfüllung nicht nur für ökonomisch nicht erforderlich, sondern sogar als nachteilig an⁷²

a) Ökonomische Analyse bei Ansprüchen auf die vertragscharakteristische Leistung

Ganz allgemein wird davon ausgegangen, daß eine Befreiung des Verkäufers (Schuldners der Leistung) von seiner Pflicht zur Verschaffung des Kaufgegenstandes dann ökonomisch effizienter ist, wenn sein (Beschaffungs-) Erfüllungsaufwand das Erfüllungsinteresse des Käufers überwiegt. Dies ist die ökonomisch günstigste Lösung. Der Schuldner wird sich zu einem Vertragsbruch erst dann entscheiden, wenn die Erfüllungsaufwendungen den Nutzen seines Vertragspartners übersteigen würden, also den Betrag, den der Schuldner an diesen als Schadensersatz zahlen müßte. Unter Geltung der Realerfüllungsregel müßte der Schuldner dagegen Anstrengungen unternehmen, die den Nutzen seines Vertragspartners übersteigen, da ihn der Gläubiger zur realen Erfüllung

anhalten könnte. Dies wäre jedoch ineffizient, da dann die Kosten den Nutzen übersteigen würde. Die Schadensersatzregel ist daher effizienter und auch für den Gläubiger unschädlich, da er durch den Schadensersatz wegen Nichterfüllung keinen Schaden erleidet.

Verspricht also beispielsweise ein Verkäufer die Beschaffung einer Ware für 100, wobei er mit Beschaffungskosten von 80 und einem Gewinn von 20 kalkuliert, stellt sich jedoch nachträglich heraus, daß die Beschaffung den konkreten Verkäufer 150 kosten würde, so wäre es volkswirtschaftlich unsinnig, wenn der Käufer diesen Aufwand wegen der Realerfüllungsregel von dem Verkäufer verlangen könnte, obwohl er sich die Ware von einem Dritten für 120 besorgen könnte, während der Verkäufer die fehlenden 20 als Schadensersatz ersetzt.

Nun ist dagegen zwar eingewandt worden, daß die Parteien im Rahmen ihrer Privatautonomie durch Aushandlung selbst am besten ihren maßgeschneiderten Rechtsbehelf wählen werden. Dennoch bestehen trotz der Verteilungseffekte durch Aushandlung noch diverse Gründe, die generell effizientere Regelung zu wählen⁷³. Zum einen deshalb, weil die dem ausgehandelten Vertrag beigemessene Richtigkeitsgewähr längst nicht überall gegeben ist⁷⁴, weshalb einiges dafür spricht, die Abkaufenslast dem empirisch verhandlungsstärkeren Anbieter der Leistung aufzuerlegen, da es diesem eher gelingen wird, bei der Aushandlung für sein ökonomisches Wohl selbst zu sorgen. Vor allem spricht für das generell effizientere Ergebnis aber, daß dessen Wahl einer anderen Grundforderung der ökonomischen Analyse des Rechts entspricht, ein Recht zu schaffen, welches Transaktionskosten⁷⁵ möglichst spart⁷⁶. Deshalb sollten die Transaktionskosten verursachenden Verhandlungen vom Recht nicht auch noch erforderlich gemacht werden, vielmehr sollte es sich bemühen, diese dadurch weitgehend zu eliminieren, daß das generell (empirisch häufigere) effizientere Ergebnis schon vom dispositiven Recht vorgesehen wird, womit es einer seiner ureigensten Funktionen, unnötige Verhandlungen zu ersparen gerecht würde.

Gegen die Schadensersatzregel ist weiter das Problem des Schadensnachweises eingewandt worden, häufig könne der Schuldner den ihm entstandenen Schaden nicht eindeutig nachweisen, müsse beispielsweise der betroffene Unternehmer wegen der Nichtbelieferung seine Produktion einschränken, sei der entgangene Gewinn zwar insoweit klar erstattungsfähig, doch würde es dem Geschädigten schwer fallen nachzuweisen, daß manche Kunden wegen der (zeitweiligen) Nichtbelieferung auf Dauer abgewandert seien⁷⁷. In dieselbe Richtung zielt der Einwand, daß die Schadensersatzregel das »consumer surplus« nicht schütze, also die individuellen, immateriellen und daher schwer zu berechenbaren Nutzungsinteressen des nicht ökonomisch handelnden Verbrauchers⁷⁸.

Dieser Einwand ist berechtigt, betrifft jedoch nur die Ausgestaltung der

Konkurrenz von Schadensersatz- und Realerfüllungsregel. Die Beweisschwierigkeiten betreffen nur die Frage, ob und wann Schadensersatz im Sinne des common law »inadequate« ist. Denn daß Beweisschwierigkeiten grundsätzlich geeignet sein können, auf specific performance zu erkennen, ist auch dort anerkannt, ließe sich aber jedenfalls als Regel einführen. Geradezu ein klassischer Fall, in dem auch das common law specific performance geben würde, ist das Nichtbelieferungsbeispiel. Da darin davon ausgegangen wird, daß der Käufer keinen anderen Lieferanten findet, handelte es sich bei der Ware offenbar um eine individuelle, Schadensersatz wäre wegen »uniqueness« der Ware also nicht »adequate«.

Als Zwischenergebnis läßt sich also festhalten, daß die Schadensersatzregel grundsätzlich zu volkswirtschaftlich besseren Ergebnissen führt. Nur wenn der Gläubiger gehalten ist, an der Minderung des Schadens mitzuwirken, weil er sonst einen Teil seines Schadensersatzanspruchs verliert, können volkswirtschaftlich unsinnige Ergebnisse vermieden werden.

b) Ökonomische Analyse bei Ansprüchen auf die Gegenleistung

Nummehr ist auf den umgekehrten Fall einzugehen, den Anspruch des Schuldners gegen den Gläubiger auf Erfüllung dessen Zahlungspflicht. Nach der Schadensersatzregel anglo-amerikanischer Prägung gälte hier, daß dem Verkäufer bis zur Annahme die Verwendung der Ware obliegt. Könnte er sie dem Käufer aufdrängen, so bestünde die Gefahr, daß die Ware bei dem Käufer, der sie, wie seine Annahmeverweigerung zeigt, typischerweise nicht (mehr) verwenden kann, ungenutzt bliebe. Dies wäre sowohl volkswirtschaftlich ungünstig, als auch eine erhebliche Härte für den Käufer. Zwar könnte der Käufer versuchen, die Ware weiterzuveräußern, dies kann aber an seinem fehlenden Marktzutritt scheitern, zumindest aber zu erheblichen Preisabschlägen führen⁷⁹. Dazu kommt ein weiterer Grund für eine in aller Regel suboptimale Verwertung soweit sie dem Käufer obliegt, er muß die Ware nämlich als aus zweiter Hand (gebraucht) losschlagen⁸⁰.

Plastisch werden die praktische Differenzen, wenn man folgenden amerikanischen Fall für das deutsche Recht löst.

Dort hatte der verwitwete *Bacon* beabsichtigt erneut zu heiraten und für sein neues Haus eine Wohnungseinrichtung gekauft, verstarb jedoch vor der Eheschließung. Seine Erben verweigerten die Abnahme und Bezahlung der Möbel, da sie dafür keine Verwendung hatten. Der Verkäufer bestand jedoch auf Erfüllung und klagte auf Zahlung. Die Klage wurde abgewiesen, obwohl es sich nicht um Standardware handelte.

Dieses Ergebnis ist wirtschaftlich vernünftig. Da dem Verkäufer ein ganzer

Verkaufsapparat zur Verfügung steht, ist es diesem eher als dem Käufer zuzumuten, sich um den Absatz der Möbel zu bemühen, zumal diese in Hand des Käufers erheblich an Wert verlieren würde. Dem Verkäufer entstünde daraus auch kein relevanter Nachteil, da er einen etwaigen Mindererlös von den Erben im Wege des Schadensersatzes liquidieren könnte⁸¹

Löst man den Fall für das deutsche Recht, so könnte der Verkäufer dagegen sogar auf Abnahme der Möbel klagen. Damit wären die soeben beschriebenen Nachteile unweigerlich entstanden. Im Ergebnis eine sinnlose Verschwendung von Ressourcen und unnötige Aufblähung des Schadens des Käufers.

Diese Betrachtung trifft nicht nur im Kaufrecht zu. Auch in anderen Vertragstypen liegt die von dem Fehlen einer Schadensminderungspflicht des Anbieters der vertragstypischen Leistung verursachte Ineffektivität auf der Hand. Kann der Gläubiger die vertragscharakteristische Leistung nicht mehr verwenden, gibt das Recht in Form eines unbedingten Anspruchs auf Realerfüllung falsche, zur Vergeudung stimulierende Anreize. Trifft den Gläubiger keine Obliegenheit diese an andere zu vermarkten, sondern kann er sie ungestraft brachliegen lassen, weil er unverändert die Gegenleistung erhält, so wird ohne Not ein Gut vom Markt genommen, wobei die Verschwendung umso auffälliger ist, als es sich um ein knappes Gut handelt. Dies steigert sich noch weiter, wenn im Werkvertrags- oder Kaufrecht noch zukünftige Produktions- oder Beschaffungsleistungen aufgewendet werden, um den Vergütungsanspruch zum Entstehen zu bringen; trotz der Vertragsaufsage produziert der Unternehmer die letzten 90.000 der bestellten 100.000 (insungiblen) Spezialteile, trotzdem versendet der Käufer die Ware von München nach Hamburg etc. Auf diese besonders augenfällige Verschwendung reagiert etwa im deutschen Recht § 649 BGB.

Soweit es sich lediglich um eine ungenutzt bleibende Vertragsleistung, wie beim Dienst- oder Mietvertrag handelt, ist bei einem Angebotsüberschuß allerdings zu beachten, daß wenn dieses Angebot auf den Markt kommt, dafür ein anderes brachliegen muß. Gibt es also etwa in einer Stadt ein Angebot von 10 Ladenlokalen und nur 10 Nachfrager, so würden, wenn ein Nachfrager etwa wegen Krankheit ausscheidet, nur 9 Nachfrager überbleiben, also, so könnte man geneigt sein zu argumentieren, immer eins dieser Angebote ungenutzt bleiben, also eine Schadensminderungspflicht insgesamt gesehen doch nicht zu einer effizienteren Nutzung der Ressourcen führen.

Doch dies könnte nur zweierlei Folgen haben, entweder bestehen (deutliche) Unterschiede zwischen den Angeboten, dann würde einer der Nachfrager, der bisher schlechtere Räumlichkeiten angemietet hat, dahin wechseln, ein Prozeß, der dann bis zum schlechtesten Angebot durchlaufen würde. Sind die Unterschiede zwischen den Angeboten nicht so relevant, daß die Transaktionskosten den Wechsel rechtfertigen oder war das Freigewordene ohnehin das schlechteste Angebot, dann würde dieses leerstehen bleiben. Insoweit ist das Argument also zutreffend.

Dennoch wären diese Folgen entweder ökonomisch wünschenswert oder es würden sich zwischen Realerfüllungs- und Schadensersatzprinzip keine Differenzen ergeben. Wünschenswert ist in jedem Fall der dadurch verursachte Wettbewerb, denn die optimale Allokation der Ressourcen erfordert, daß die Nachfrager ständig in der Lage sind, die jeweils besten Angebote wahrzunehmen und weniger gute (wieder) dem »survival of the fittest« im Wettbewerb zu unterwerfen.

Tendenziell wäre es das schlechteste Angebot, welches, den Bedingungen des Marktes unterworfen, brachliegen würde, dieses wäre dann gezwungen, sich entweder zu verbessern oder sich flexibel dem Markt anzupassen und eine andere ökonomische Nische zu finden, in der es überlebensfähig ist (z. B. der Vermieter vermietet das Ladenlokal als Lagerhalle oder baut es als Wohnung um). Funktioniert dies, wobei die Zumutbarkeit über die Dimensionierung der Anstrengungen entscheidet, die dieser Anbieter zur Verbesserung oder Flexibilisierung seiner Leistung unternehmen müßte, so hatte die Schadensminderungspflicht den gewünschten Erfolg. Scheitert dies, scheitert zugleich die Schadensminderung, diesen Nachteil trägt dann aber nicht der Schuldner, der sich durch den (langfristigen) Vertrag gegen diese Risiken »versichert« hatte, sondern der Gläubiger, dieser muß (erst) dann die weitere Erfüllung zahlen, die Vergütungserwartung des Schuldners ist und bleibt geschützt, die Risikotragung des Gläubigers realisiert sich.

Ein weiterer Vorteil des Schadensersatz gegenüber dem Erfüllungsprinzip ist, daß es durchaus Transaktionskosten sparen kann. Jede Partei weiß grundsätzlich darum, daß ihr Bedarf sich ändern kann, müßte also jeweils bestrebt sein, vertragliche Regelungen zu treffen, in denen diese Vielzahl von möglichen Interessen, evtl. gar abgestuft nach den je bestehenden Wahrscheinlichkeiten, berücksichtigt sind. Wäre dies qua Schadensminderungspflicht jedoch bereits weitgehend der Fall, könnten diese (wechselseitig) erforderlichen Anstrengungen unterbleiben. Die dadurch (jedenfalls ermöglichte) erhöhte Risikobereitschaft verbunden mit dem Anreiz weniger Vorsorgemaßnahmen zu treffen ist also gerade kein Gegenargument. Zumeist gehen die Planungen der Parteien auf mögliche Bedarfsänderungen (im Normalfall) ohnehin nur selten ein, negative Auswirkungen auf das deshalb sowieso geringe Planungsniveau sollten sich also in Grenzen halten, zumal, selbst wo dies bedacht wird, sich die Planung mangels Verhandlungsressourcen oder Durchsetzungsmacht noch seltener in den vertraglichen Vereinbarungen wiederfindet. Zudem wäre eine höhere Risikobereitschaft auch grundsätzlich wünschenswert.

IV. Specific performance und Schadensersatz in der Realität

Weitere Zweifel an einer strikten Realerfüllungsregel ergeben sich daraus, daß dieser Rechtsbehelf auch im civil law Rechtskreis in der Praxis nur eine geringe Rolle spielt. Soweit gesicherte Erkenntnisse ohne empirische Untersuchung überhaupt möglich sind, wird man, außer in den Bereichen, wo auch nach common law specific performance zu gewähren wäre, etwa bei Kauf von Kunstgegenständen, sonstigen besonderen individuellen Sachen, insbesondere Immobilien, sagen können, daß der Gläubiger in aller Regel auf seinen Realerfüllungsanspruch verzichtet und den leichter überschaubaren Rechtsbehelf des Schadensersatzes wählt⁸². Denn das Deckungsgeschäft verspricht kurzzeitigen Rückgewinn des überwiegenden Teils der im Vertrag gebundenen Liquidität⁸³, während eine Erfüllungsklage gegen den widerstrebenden Schuldner eine langwierige Angelegenheit von ungewissem Erfolg zu werden verspricht. Insoweit kann mit dem überschießenden Schaden (insbesondere dem entgangenen Gewinn) leichter zugewartet werden als mit dem vollständigen und sogar außerhalb von Liquiditätsbedenken unsicheren Rechtsschutz durch Erfüllung in Natur. Zudem rößt die Durchsetzung des unerfüllten Vertrages auf erhebliche Schwierigkeiten in der Zwangsvollstreckung, mag sie auch theoretisch möglich sein.

Die Rechtsadressaten wählen daher im gesamten civil law Rechtskreis in deutlich überwiegendem Maße den Rechtsbehelf des Schadensersatzes. Klagen auf reale Erfüllung der vertragstypischen Leistung kommen praktisch extrem selten vor.

Häufiger sind dagegen Zahlungsklagen. Diese betreffen zumeist aber die Fälle, in denen eine Partei mehr oder minder begründet davon ausgeht, ihre (Vor-) Leistungspflicht bereits erbracht zu haben, wo es also nur um Einwendungen wegen Mängeln oder sonstigen Abweichungen vom (vermeintlich) vertraglich festgelegten Erfüllungsprogramm geht.

De facto gilt also auch etwa in Deutschland das Primat des Schadensersatzes, ob es im Ergebnis empirisch wirklich nennenswerte Unterschiede gibt, muß bezweifelt werden, da dort, wo hiezulande Erfüllungsklagen überhaupt vorkommen, es auch im common law den Rechtsbehelf der specific performance gibt⁸⁴. Von daher sind die gegebenen Beurteilungen faktisch richtig, der einzig relevante Unterschied besteht in der Schadensminderungspflicht, die im common law dafür sorgt, daß sich der Schuldner nicht auf Kosten des Gläubigers ausruhen kann.

V. Exkurs: Realerfüllung in der Planwirtschaft

Wie gesehen hat die Realerfüllung für ein marktwirtschaftliches System nur eine geringe Bedeutung, der ökonomische Ausgleich durch Schadensersatz dominiert die Realität bei weitem. Viel bedeutsamer ist die Realerfüllung dagegen in einem sozialistischen Rechtssystem. Das gesamte vom Plan installierte, wie Zahnräder ineinandergreifende Vertragswerk würde ins Stocken geraten, wenn einzelne Räder durch Nichterfüllung der vertraglichen Verpflichtungen anhielten. Dies könnte in einer Planwirtschaft auch nicht durch die Leistung von Schadensersatz ausgeglichen werden, da hier kein dezentral organisierter, offener Markt existiert, auf dem sich die enttäuschte Partei mittels der durch den Schadensersatz erhaltenen Liquidität anderweit eindecken könnte. Deshalb ist der Grundsatz der Realerfüllung in einer Planwirtschaft von elementarer Bedeutung, während in einer dezentralen Marktwirtschaft zumeist Schadensersatz als ausreichende Sanktion erscheint. Gerade deshalb besteht auch in den sozialistischen Gesetzbüchern die Tendenz, die Sicherung der Verpflichtungserfüllung an herausragender Stelle zusammenhängend im allgemeinen Teil des Schuldrechts zu regeln, um ihrer immensen Bedeutung für die Planwirtschaft Ausdruck zu verleihen. In einem marktwirtschaftlichen System bedarf es dessen jedoch nicht.

C. Begründungen pro Realerfüllung

Die letzte große Auseinandersetzung um den Anspruch auf Realerfüllung wurde im Rahmen der Regelung der Vollstreckung zivilrechtlicher Ansprüche auf Handlungen oder Unterlassungen in der deutschen Zivilprozeßordnung von 1877 geführt. Die Regelung, die den heutigen §§ 888, 890 ZPO im wesentlichen entsprach, wurde damit gerechtfertigt, daß der böswillige Ungelorsam gegenüber einem rechtskräftigen Urteil deutliche Sanktionen, ja Strafe, erfordere. Daß dies die Realerfüllung nicht mehr rechtfertigen kann, liegt auf der Hand, die übers Ziel deutlich hinauschießende Begründung zeigt aber, aus welcher Motivation heraus der Realerfüllungsanspruch sich derart (zu) weitgehend im deutschen Recht durchsetzen konnte.

Wesentlich realistischer wurde die Regelung jedoch auch mit einer heute noch vielfach angeführten Erwägung begründet:

»Dem Schuldner soll nicht das Recht eingeräumt werden, durch Unterlassung der Erfüllung und noch mehr durch fortgesetztes positives Handeln gegen die Verpflichtung, den Gläubiger auf die Forderung des Interesses zu verweisen, welche wegen der Unschätzbareit des Gegenstandes vielleicht ganz illusorisch ist.«⁸⁵

Es sind letztlich also genau die Fälle, die hierzulande zu einer allgemeinen

Durchsetzung der Realerfüllung geführt haben, die im common law zur Ausprägung des nur ausnahmsweise Rechtsbehelfs der specific performance geführt haben, es sind die (seltenen) Fälle, in denen Schadensersatz als nicht ausreichende Kompensation des Gläubigers erscheint, weil er ein spezifisches immaterielles Interesse an der konkreten (einmaligen) Leistung hat.

Hager hat zumindest einen Vorteil des deutschen Rechts in der größeren Rechtssicherheit gesehen⁸⁶. Daran ist richtig, daß die Lösung Realerfüllung ohne Berechnungsschwierigkeiten auskommt und mit dem vereinbarten Erfüllungstermin keine terminlichen Probleme kennt. Das allein vermag diesen Grundsatz angesichts des vorstehenden aber nicht zu rechtfertigen, zumal die Schwierigkeiten handhabbar sind, wie nicht zuletzt das common law zeigt.

Köndgen/v. Randow haben zur Rechtfertigung der Realerfüllungsregel zudem noch darauf hingewiesen, daß eine derartige Schwächung von pacta sunt servanda das Grundvertrauen in ein funktionierendes Vertragswesen erschüttern würde⁸⁷. Ganz abgesehen davon, daß zu pacta sunt servanda nicht ein Schutz durch Realerfüllung gehört, daß dies entweder falsch oder ohne Auswirkungen ist, zeigt schon der Blick in das common law⁸⁸, wo dies seit Urzeiten geltendes Recht ist; trotzdem konnte England zur Wiege der Marktwirtschaft und die USA geradezu zum Synonym für ökonomische Chancen werden. Die Unhaltbarkeit dieser These zeigt zudem die Tatsache, daß Realerfüllung de facto auch in Deutschland kaum von empirischer Bedeutung ist und weiter daran, daß die Regelungen der §§ 615, 649 BGB die, wie gesehen, kaum anderes als einen bloßen Rechtsbehelf des Schadensersatzes bedeuten, ebensowenig zu einem derartigen Vertrauensverlust oder zu mutwilligen Kündigungen geführt haben. Im Vertrauen auf die verbesserten Lösungschancen durch die §§ 615, 649 BGB ist es also nicht zu leichtsinnig eingegangenen Vertragsabschlüssen gekommen. Überzeugend hat Hellner dazu aus der Perspektive des (skandinavischen) Gesetzgebers ausgeführt:

»Er (der Besteller des Werkes - R. K.) wird das Kündigungsrecht dann nicht benutzen, wenn es ihm leicht möglich ist, die unerwünschte Ware ohne Nachteil, oder nur mit geringfügigen Verlust, weiter zu verkaufen, denn angesichts der Regeln über die Entschädigung wird ein solcher Vorgang regelmäßig für ihn vorteilhaft sein. Es besteht deshalb wenig Gefahr, daß jemand leichtsinnig eine Ware bestellt, in der Überzeugung, daß er den Vertrag ohne Verlust kündigen kann.«⁸⁹

Hinzuzufügen wäre dem noch, daß dies um so mehr gilt, als für den Vertragsaufsagenden immer die Gefahr besteht, daß er angesichts der Entschädigungsregel damit rechnen muß, gerade nicht kostenlos vom Vertrag loszukommen. Soweit es sich nicht um eine individuelle Sache handelt, wird der Gläubiger unter Geltung der Haftung auf das positive Interesse zumindest den Gewinn zahlen müssen; eine solche Ausgabe, der keine Leistung gegenübersteht.

wird nur in Kauf genommen, wenn wirklich ein berechtigtes Interesse an der Lösung des Vertrages besteht und dürfte als Abschreckung gegen die leichtsinnige Ordnung von Leistungen ausreichend sein.

Ökonomisch nachteilige Veränderungen wären bei einem Primat des Schadensersatzes also nicht zu befürchten. Nicht umsonst hat Max Weber trotz der verschiedenen Privatrechtssysteme Englands und Deutschlands keine vom Recht verursachten Differenzen in der ökonomischen Entwicklung vorgefunden, sondern vielmehr zu Recht betont:

»Die rechtliche Ordnung eines Tatbestandes kann vom Standpunkte der juristischen Denkkategorien aus betrachtet fundamental verschieden sein, ohne daß die Wirtschaftsbeziehungen dadurch in irgend erheblichem Maß berührt werden, wenn nur in den ökonomisch der Regel nach relevanten Punkten der praktische Effekt für die Interessenten der gleiche ist.«⁹⁰

Genau dies ist jedoch für den Gläubiger des Erfüllungsanspruchs auch dann der Fall, wenn statt des Primates der Realerfüllung das Versprechen in erster Linie durch Schadensersatz geschützt würde, und nur dort, wo ein spezifisches Interesse an weitergehendem Schutz vorhanden ist, Realerfüllung (als Ausnahme) gewährt wird. Denn de facto kommt es schon jetzt auch hierzulande nur dann zu auf Realerfüllung lautenden Urteilen.

D. Zusammenfassung

Dies alles zeigt, daß unser heutiges Umgang mit einem Anspruch auf Realerfüllung keineswegs so selbstverständlich geschehen darf, vielmehr sich sogar die Frage nach seiner Restriktion stellt. Dies soll keineswegs ein Zurück zum römischen Recht bedeuten. Der Grundsatz der Realerfüllung ist weitgehend richtig und zutreffend und im common law eher zu wenig berücksichtigt. Dies besagt aber nicht, daß hierzulande nicht bereits übertrieben wird. Richtig und wichtig ist es daher, sich vor der Konstituierung eines Anspruchs auf Realerfüllung bewußt zu machen, ob der Gläubiger dieses Schutzes bedarf oder ob er ebensogut finanziell schadlos gehalten werden kann. Dies würde zu ökonomisch besseren Ergebnissen führen, ohne ethische Anforderungen zu vernachlässigen.⁹¹

Das vorangehende Kapitel hat gezeigt, daß die Schadensminderungsobliegenheit in der Dogmatik des Schadensrechts ganz zwanglos unterzubringen ist. Erkennt man jedoch, daß sich Schadensersatz und Realerfüllung zwei mögliche und funktional gleiche Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung darstellen, erscheint auch die Schadensminderungsobliegenheit nicht als gegen das Prinzip der Realerfüllung widersprechend. Es entspricht vielmehr dem Gebot der Gerechtigkeit, die Schadensminderungsobliegenheit auch gegenüber der

Realerfüllung anzuwenden. Denn wie sollte man begründen, daß eine Person auf ihren Vertragspartner keine Rücksicht zu nehmen braucht, wohl aber auf einen Dritten, der einen vielleicht sogar mutwillig in seinen Rechten verletzt hat. Treu und Glauben verlangen also noch viel mehr als beim Schadensersatz die Anwendung der Schadensminderungsobliegenheit auf die Realerfüllung, da es hier um die Rücksicht des Gläubigers auf die Belange des vertragstreuen Schuldners geht und nicht einen beliebigen dritten Verletzer geht. Solange der Gläubiger unter zumutbaren Anstrengungen in der Lage ist, seinen Schaden zu mindern, kann und darf er von seinem Schuldner nicht ohne jedwede Rücksicht Realerfüllung verlangen.

Auch bei einem mit der Realität übereinstimmenden Schutz des Versprechens primär durch Schadensersatz wird der Vertrag grundsätzlich eingehalten. *pacta sunt servanda* bedeutet eben nur, daß die Vergütungserwartung des anderen Teiles nicht verletzt wird. Verletzt wird nur der Grundsatz der Realerfüllung, der Erfüllung in Person.

Dem steht auch keine spezifische Rechtspflicht entgegen, Vertragsuntreue oder Vertragsbruch zu unterlassen, eine solche ist nicht anzuerkennen⁹². Dies wäre nur die negative Fassung der positiven Sollenspflichten und daher nichtssagend⁹³. Erst Recht könnte eine solche Pflicht nicht dazu verwandt werden, die Pflicht zur Realerfüllung dadurch quasi zu verdoppeln: wann der Gläubiger auf Schadensersatz übergreifen kann oder muß, darüber entscheidet allein die positive Rechtslage, eine dazwischengeschaltete Pflicht zur Unterlassung von Vertragsbruch besteht nicht.

E. Folgerungen für den georgischen Entwurf

Die neu vorgeschlagenen Bestimmung des Art. 339 des georgischen Entwurfes nimmt den in der Lando-Kommission angedachten internationalen rechtsvereinheitlichenden Konsens auf und entwickelt ihn konsequent fort. Ausgehend vom Grundsatz der Realerfüllung wird dieser insbesondere durch die Schadensminderungsobliegenheit in Absatz 1 Nr. 4 und Absatz 4 relativiert. Die Norm gibt damit zutreffend dem Gerechtigkeitsgebot Ausdruck, daß der Gläubiger seinen Schuldner solange nicht zur Erfüllung zwingen kann, als dieser selbst in der Lage ist sich die Leistung anderweit (billiger) zu beschaffen, berücksichtigt jedoch andererseits daß der Gläubiger dann einen Anspruch auf Realerfüllung hat, wo ihm dies nicht möglich ist. Immer relevant ist also nur, daß das Recht die Erwartung an die Erfüllung des Versprechens schützt, wie dies bereits Adam Smith formuliert hatte. Dies bedeutet *pacta sunt servanda*, ein

Grundsatz, der im georgischen Entwurf vollständig durchgesetzt wurde. Nur wie diese Erwartung zu schützen ist, hat der Entwurf dagegen zu Recht den mit den örtlichen Verhältnissen und seinen Wandlungen vertrauten georgischen Gerichten überlassen.

Der georgische Entwurf ist seiner Aufgabe ein modernes Verkehrsrecht zu schaffen also gerecht geworden. Nicht nur, aber gerade auch in der Frage der Realerfüllung zeigt sich, daß der georgische Entwurf zudem bereits die zukünftige Rechtsvereinheitlichung mitbedacht hat und so in hohem Maße dafür sorgt, daß das Volk und die Juristen Georgiens auf eine zukünftige (europäische) Rechtsvereinheitlichung gut vorbereitet sind. Insoweit könnte der Entwurf durchaus als Modell für ein noch zu schaffendes europäisches Schuldrecht dienen.

In einer Übergangsphase wie sie die Wirtschaft Georgiens prägt, in der die gigantische Aufgabe einen umfassenden dezentralen Markt zu installieren, erst noch zu Ende gebracht werden muß, bedarf es des Grundsatzes der Realerfüllung noch in stärkerem Maße, als dies in den Ländern der EU, USA oder Japan der Fall ist, wo der Gläubiger sich die Leistung zumeist unschwer auf dem Markt besorgen kann. Die Art. 339 I Nr. 4 und Absatz 4 werden also vorerst noch nicht derart häufig relevant werden, wie dies in den genannten Ländern der Fall wäre. Insoweit sei dem georgischen Volk gewünscht, daß die tatsächlichen Verhältnisse Georgiens es bald mit sich bringen, daß der Rechtsbehelf des Schadensersatzes auch hier die Realität vor den Gerichten dominiert.

So wie der Verfasser die Georgier mit ihrem unerschöpflichen, aufopferungsvollen Tatendrang, getragen von einem positiven Optimismus kennen und schätzen gelernt hat, ist er aber guten Mutes, daß ihnen dies in naher Zukunft gelingen wird. Möge der Jubilar zu diesen Prozeß noch lange beitragen können.

1 Siehe etwa Ehrlich, Rechtssoziologie, 1913, S. 193; Zimmermann, The Common Law of Obligation, 2. Aufl. 1992, S. 770f., 825; Puchta/Rudorff, Pandekten, 9. Auflage 1863, § 239, S. 374.

2 Kaser, Römisches Privatrecht, 16. Auflage 1991, § 34 I 1 d, S: 159, § 35 I 2, S. 165; Zimmermann, S. 771f.; Puchta/Rudorff, Pandekten, § 239, S. 374.

3 Siehe nur Zimmermann, S. 771.

4 Bei welchen Ansprüchen dies genau der Fall war, ist angesichts der zum Teil widersprüchlichen Quellenlage umstritten, siehe dazu im einzelnen etwa Zimmermann, S. 773; Puchta/Rudorff, Pandekten, § 239, S. 374.

5 Zimmermann, S. 774.

6 Siehe etwa Zimmermann, S. 774f.

7 Siehe dazu Rütten, Festschrift (FS) für Gernhuber, 1993, S. 939, 943. Für

die justinianische Zeit lassen sich wohl beide Standpunkte finden, siehe Zimmermann, S. 773.

8 Siehe Schmalz, Lehrbuch des deutschen Privatrechts, Berlin 1818, S. 127.

9 Nanz, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, Dissertation Köln 1983, S. 29.

10 Nehlsen-von Stryck, AcP 193 (1993), 528, 535, m. w. Nachw.

11 Nehlsen-von Stryck, AcP 193 (1993), 528, 551ff.

12 Siehe Zimmermann, S. 780; Nehlsen-von Stryck, AcP 193 (1993), 528, 544. Siehe dazu auch Nanz, S. 46ff., zu der damit untrennbar verwobenen Entwicklung zur Klagbarkeit der *pacta nuda*, auch hier hatte das kanonische Rechts einen bestimmenden Einfluß.

Siehe weiter Nanz, S. 52ff., zum Teil wurde sogar vertreten, daß das Versprechen durch Exkommunikation zu schützen sei, der Bruch des Versprechens wurde also als Sünde angesehen.

13 Siehe dazu Nehlsen-von Stryck, AcP 193 (1993), 528, 546ff.; Nanz, S. 102ff., 147ff.

14 Siehe etwa v. Savigny, Pandektenvorlesung, 1824/25, neu herausgegeben Frankfurt am Main 1993, S. 205. Schwierigkeiten bereite jedoch die Frage, wie es zu denken ist, daß eine Handlung Inhalt des Rechts eines anderen sein kann, siehe etwa Puchta, Institutionen des römischen Rechts, Bd. III, S. 2f.:

»die Handlung wird der Herrschaft des Gläubigers unterworfen, er erhält eine Macht über die Handlung; die Obligation steht in der Mitte zwischen den Rechten an Sachen und den Rechten an Personen; nicht die Person des Schuldners wird dem Gläubiger unterworfen, sondern eine einzelne Handlung, die selbständig genommen wird. Diese Absonderung der Handlung von der Person ist nur möglich, indem wir jene als Vertreter eines Sachwerthes behandeln, in dieser Rücksicht und bloß in dieser sind Handlungen Gegenstand von Obligationen«

15 Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts. Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage 1987, § 2 II, S. 16f., § 2 IV, S. 23.

16 Puchta/Rudorff, Pandekten, § 239, S. 374.

17 So auch bereits die §§ 270, 276 I. 5. PrALR; sowie § 919 des österreichischen ABGB. Anders noch der Art. 1142 des französischen *code civil*, welcher bei Obligationen auf ein Tun immer noch nur einen Schadensersatz gewährte.

18 ;§ 241 hat die Frage nicht entschieden, siehe Rütten, FS Gernhuber, S. 939, m. w. Nachw. in Fn. 4; Staudinger-J. Schmidt, Kommentar zum BGB, 13. Bearbeitung 1995, § 241 Rdnr. 55; es liegt dem BGB (und allemal den §§ 883ff. ZPO) aber in vielerlei Hinsicht zugrunde.

19 Siehe Zimmermann, S. 576. Zu dieser Entwicklung etwa Nanz, S. 31ff.

20 Siehe Zimmermann, S. 577.

21 Ehrlich, S. 193.

22 Zu diesem Hintergrund siehe Zimmermann, S. 775, Fn. 185; Rütten, FS

Gernhuber, S. 949, 958.

23 Ferid, Das französische Zivilrecht, Bd. I, 1971, Rdnr. 2 C 133

24 Ferid, Rdnr. 2 C 112; Zweigert/Kötz II, § 12 III, S. 18.

25 Dies ergibt sich auch nicht aus Art. 336 des georgischen Entwurfes, hier geht es nur um den Verzögerungsschaden, insbesondere also die Kosten der Erhaltung und Aufbewahrung der Ware (letztere sind in Art. 338 Nr. 1 des Entwurfes nochmals eigens hervorgehoben).

26 Klassische Beispiele sind die Nachteile des Art. 338 des georgischen Entwurfes.

27 Siehe etwa Palandt-Putzo, Kommentar zum BGB, 54. Auflage 1995, § 615 Rdnr. 20; ebenso Art. 324 des SchwOR.

28 Siehe auch Art. 364 II des georgischen Entwurfs.

29 Treitel, Law of Contract, 8. Auflage 1991, S. 902.

30 Holmes, The common law, 1881, S. 234–237.

31 Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts. Band II: Institutionen, § 13 IV, S. 222. Daraus erklärt sich auch die im Ansatz verschuldensunabhängige Haftung des Schuldners im common law, siehe dazu den Beitrag von Mario Pellegrino.

32 Siehe Cooke/Oughton, The common law of obligations, 2. Auflage 1993, S. 216; Zweigert/Kötz II, § 12 IV, S. 193; Schlechtriem-Huber, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Auflage 1995, Art. 28 Rdnr. 3, m. w. Nachw.; sowie Becker, Die Unmöglichkeitstheorie im US-Amerikanischen Vertragsrecht, Dissertation Bonn 1972, S. 6, für die USA.

33 Siehe Cooke/Oughton, S. 216; Zweigert/Kötz, § 12 IV, S. 193. Diese Entwicklung war gespeist von der katholischen Morallehre in ihrer Ausprägung im kanonischen Recht, die auch dem Anspruch auf Realerfüllung im kontinentaleuropäischen Recht zugrundeliegt und ihm zur Durchsetzung verholfen hat, siehe Zimmermann, S. 780.

34 Cooke/Oughton, S. 216, 218ff.; Treitel, Law of Contract, S. 903; Zweigert/Kötz, § 12 IV, S. 193.

35 Treitel, Law of Contract, S. 903; Zimmermann, S. 779; für die USA Hay, Einführung in das amerikanische Recht, 3. Auflage 1990, S. 77.

36 Treitel, Law of Contract, S. 903f.

37 Zimmermann, S. 779; für die USA, Hay, S. 77.

38 Treitel, Law of Contract, S. 904f.; Zimmermann, S. 781, Fn. 227; Zweigert/Kötz, § 12 IV, S. 194.

39 Treitel, Law of Contract, S. 904.

40 Treitel, Law of Contract, S. 910f.; Der Grund für diese Beschränkung wird für gewöhnlich darin gesehen, daß es wenig Sinn macht, die Fortführung eines persönlichen Verhältnisses zwischen unwilligen Partnern zu erzwingen, siehe Treitel, Law of Contract, S. 911.

41 Treitel, *Law of Contract*, S. 908; Cooke/Oughton, S. 219; ein drastisches Beispiel ist der Fall *Patel v. Ali*, *WLR* 1 (1974), S. 576, hier wurde das Verlangen nach *specific performance* verweigert, obwohl es um einen Grundstücksverkauf ging und entgegen den sonstigen Regeln in diesem Bereich nur Schadensersatz gewährt, weil die Schuldnerin des verkauften Hauses sich zur Lieferung (subjektiv) außerstande sah, da sie, nachdem ihr Mann in Konkurs ging und ins Gefängnis kam, sie ein Bein verlor und deshalb, zumal wegen ihrer zwei Kinder, in hohem Maße von ihrer Nachbarschaft abhängig wurde.

42 Treitel, *Law of Contract*, S. 908, m. w. Nachw.

43 Siehe etwa Treitel, *Law of Contract*, S. 903:

»The principle that specific performance should not be granted in situations where mitigation is possible has not been openly stated in the cases, but it is implicit in the practise of the courts.«

44 *Clea Shipping Corp. v. Bulk International Ltd.* [1983], *QBD*, 1 *All England Law Reports* 1984, S. 129, 133.

45 *Clea Shipping Corp. v. Bulk International Ltd.* [1983], *QBD*, 1 *All ER* 1984, S. 129, 133; Cooke/Oughton, S. 227.

46 Siehe Cooke/Oughton, S. 227.

47 Siehe Zimmermann, S. 818, zur *implied term*, daß die Parteien es als selbstverständlich vorausgesetzt haben, daß der jeweils andere keine Handlungen begeht, die den Vertrag undurchführbar macht.

48 Siehe insbesondere die Fallanalyse in *Clea Shipping Corp. v. Bulk International Ltd.* [1983], *QBD*, 1 *All ER* 1984, S. 129, 133ff.

49 Cooke/Oughton, S. 227; Treitel, *Law of Contract*, S. 896, 897, 898.

50 *Clea Shipping Corp. v. Bulk International Ltd.* [1983], *QBD*, 1 *All ER* 1984, S. 129; Cooke/Oughton, S. 228f.; ausführlich Treitel, *Law of Contract*, S. 899; ebenso das amerikanische Recht, siehe Hay, S. 77.

51 Treitel, *Law of Contract*, S. 898f.

52 *Clea Shipping Corp. v. Bulk International Ltd.* [1983], *QBD*, 1 *All ER* 1984, S. 129.

53 Treitel, *Law of Contract*, S. 901f.

54 Holmes, *The Common Law*, 1881, S. 301.

55 Cooke/Oughton, S. 253ff.; ebenso in Amerika, siehe Hay, S. 79.

56 Cooke/Oughton, S. 254ff.

57 Cooke/Oughton, S. 254.

58 Cooke/Oughton, S. 254.

59 Cooke/Oughton, S. 254.

60 Siehe Enderlein/Maskow/Strohbach-Maskow, *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, 1991, Art. 62 Anm. 2; Art. 28 Anm. 2. Denn zumeist ist dabei eine Handlung des Käufers zu vollstrecken.

61 Siehe nur Enderlein/Maskow/Strohbach-Maskow, Art. 28 Anm. 1;

Schlechtriem–Huber, Art. 28 Rdnr. 5; Staudinger–Magnus, Art. 28 CSIG Rdnr. 2.

62 Siehe etwa Schlechtriem–Hager, Art. 62 Rdnr. 14.

63 Siehe etwa Enderlein/Maskow/Strohbach–Enderlein, Art. 72 Anm. 3, 9; Maskow, ebda. Art. 28 Anm. 2.2.; Staudinger–Magnus, Art. 28 CSIG Rdnr. 18.

64 Siehe dazu Lando, *RabelsZ* 56 (1992), 261ff.; Zimmermann, *JZ* 1995, 477; im Anschluß an Zimmermann wird der Lando–Entwurf der »Principles of European Contract Law« im folgenden abgekürzt als PECL zitiert.

65 Siehe etwa Larenz, § 14 I. Forderung ist danach nur insoweit enger als es sich dabei allein um schuldrechtliche Forderungen handelt, während unter Anspruch jedes Recht verstanden wird, ein bestimmtes Tun oder Unterlassen von einem anderen zu fordern.

66 J. Schmidt, *FS Jahr*, 1993, 401ff.

67 Siehe dazu im einzelnen J. Schmidt, *FS Jahr*, 1993, 401, 413f.; sowie insbesondere die vorstehenden rechtsvergleichenden Hinweise.

68 So auch J. Schmidt, *FS Jahr*, 1993, 401, 414.

69 J. Schmidt, *FS Jahr*, 1993, 401, 416f.

70 Adam Smith, *Nachdruck* 1974, S. 785; dahingehend auch Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, S. 198.

71 Untersuchungsansatz und Methode der ökonomischen Analyse des Rechts können hier nicht dargestellt werden, siehe dazu etwa Behrens, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts*, 1986.

72 Siehe etwa Posner, *Economic Analysis of Law*, 2. Auflage 1977, Ch. 4, 9., S. 210ff., Ch. 4, 12., S. 219; Cooke/Oughton, S. 217; sowie Finsinger/Simon, *KritV* 1987, 262, 267, die Schadensersatzregel bei Vertragsbruch sei kein Widerspruch zu *pacta sunt servanda*, sondern eine vorteilhafte implizite Ergänzung des Vertrages, die einen Vertragswandel zum Vorteil aller Parteien bei Datenänderung ermögliche. Siehe auch Köndgen/v. Randow, S. 126, 127, sowie S. 128, Realerfüllung stehe ökonomisch auf schwachen Beinen.

73 Dazu etwa auch Köndgen/v. Randow, S. 125.

74 Dies beruht häufig auf der schwächeren Situation des Verbrauchers, insbesondere etwa beim auf die Leistung angewiesenen Mieter oder Arbeitnehmer zu.

75 Also die Kosten der Aushandlung, etwa für Informationsbeschaffung und den Zeitaufwand.

76 Siehe etwa Posner, Ch. 4, 1., S. 189; Behrens, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts*, S. 110.

77 Köhler, *ZHR* 144 (1980), 589, 601.

78 Cooke/Oughton, S. 217f., m. w. Nachw.

79 Hager, *Die Rechtsbehelfe des Verkäufers wegen Nichtabnahme der Ware nach amerikanischem, deutschem und Einheitlichem Haager Kaufrecht*, 1975,

- S. 26; Hellner, FS v. Caemmerer, S. 823, 828.
80 Hager, S. 26.
81 Siehe Hager, S. 26f.
82 Siehe etwa Schlechtriem-Huber, Art. 28 Rdnrn. 10 und 11; Zweigert/Kötz II, § 12 II, S. 183, 198. Ebenso für das Schweizer (Kauf-) Recht Honsell/Vogl/Wiegand-Koller, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 1992, Art. 211 Rdnr. 12; für das skandinavische Kaufrecht Hellner, FS v. Caemmerer, S. 823, 825, Fn. 12, 826.
83 Vielleicht sogar der gesamten, womit der Geschädigte zugleich von den Mühen der Klage, sei es auf Erfüllung oder Schadensersatz, freigestellt wird.
84 Siehe auch Leser, FS Rheinsteil II, S. 643, 654: nur noch bei Grundstücken, Kunstwerken oder anderen Speziessachen.
85 So exemplarisch die Begründung zum Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung von 1871, S. 734f., zitiert nach Rütten, FS Gernhuber, S. 957. Ein nicht gerade neuer Gedanke, findet er sich doch bereits bei den mittelalterlichen Legisten, siehe dazu Nehlsen-von Stryck, AcP 193 (1993), 528, 541, m. w. Nachw.
86 Hager, S. 227.
87 Köndgen/v. Randow, S. 131.
88 Zumal pacta sunt servanda auch dort zu den ehernen Prinzipien des Vertragsrechts gehört, siehe etwa Becker, §. 1.
89 Hellner, FS v. Caemmerer, S. 823, 828.
90 Weber, WuG, S. 196.
91 Dabei darf ohnehin nicht außer Acht gelassen werden, daß Vertragsgerechtigkeit und ökonomischer Nutzen keineswegs prinzipielle Gegensätze sind, sondern daß ökonomischer Nutzen beider Seiten eine wesentliche Basis des gerechten Vertrages bildet, so zu Recht Ehrlich, S. 196.
92 Staudinger-J. Schmidt, § 242 Rdnr. 876.
93 So zu Recht Staudinger-J. Schmidt, § 242 Rdnr. 876.

რეალური შესრულება თუ ზიანის ანაზღაურება: საქრთაშორისო კონსენსუსი?*

რონალდ კანდელპარდა

მეცნიერ-თანამშრომელი, ბრემენის უნივერსიტეტი

Pacta sunt servanda. ხელშეკრულებები უნდა შესრულდეს. ეს არის მსოფლიოს ყველა მართლწესრიგის ვალდებულებითი სამართლის კარდინალური პრინციპი. მაგრამ ერთიანი აზრი არსებობს მხოლოდ იმის თაობაზე, საეაღდებულოა თუ არა ხელშეკრულების შესრულება. სამაგეროდ არსებობს განსხვავებული მოდელეები იმ საკითხთან დაკავშირებით, თუ როგორ უნდა იქნეს დაცული ნდობა ხელშეკრულების პარტნიორის მიცემულ სიტყვაზე. თუ ერთ სამართლებრივ ჯგუფში წინა პლანზე დგას კრედიტორის უფლება მოითხოვოს რეალური შესრულება, მეორეში ესაა ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის სამართლებრივი საშუალება.

ვალდებულებითი სამართლის ამ ცენტრალურ საკითხში სულ ახლახანს შემოთავაზებულ იქნა ცვლილება საქართველოს რესპუბლიკის სამოქალაქო კოდექსის პროექტისათვის. წინამდებარე მოხსენება გვიჩვენებს, თუ საიდან მომდინარეობს ეს წინადადება, თუ რატომ არის მიჩნეული იგი მართებულად ავტორის აზრით და რომ იგი იმავდროულად წარმოადგენს ამჟამად ჩამოყალიბების პროცესში მყოფ საერთაშორისო კონსენსუსს და მის თანმიმდევრულ განვითარებას, და რომ იგი აგრეთვე მკაფიოდ წარმოგვიდგენს საერთაშორისო ვალდებულებითი სამართლის თანამედროვე მდგომარეობას.

* უდიდესი მადლიერებით მინდა მოვიხსენიო პირველ რიგში ჩემი მასწავლებელი პროფ. პეტერ დერლედერი, რომლის დიდი მეცადინეობის შედეგად შესაძლებელი გახდა ამ მოხსენების შექმნა. ამას გარდა, მადლობას მოვასხსენებ პროფ. როლფ კნიპერს, რომელმაც შედარებითი სამართლის საინტერესო და რთულ სამყაროში მიმიყვანა და განაპირობა ჩემი მუშაობა პოსტსოციალისტური ქვეყნების სამართლებრივი რეფორმების დარგში. მადლობას უუხდი აგრეთვე ჩემს კოლეგებს მარიო პელეგრინოს, პროფ. ზოიძეს, პროფ. ჭანტურიას და ნინო ხოფერას მრავალი ნაყოფიერი დისკუსიისათვის.

ა. ისტორიული განვითარება (კერძოდ გერმანიისათვის)

კლასიკურ რომის სამართალში ვალდებულება წარმოშობდა მხოლოდ პირობის მიმცემი პირის ფულად ვალდებულებას, ვალდებულების შეუსრულებლობის შემთხვევაში ზიანის ანაზღაურება მას უნდა მოეხდინა ფულის გადახდის გზით¹ მოსამართლის გადაწყვეტილების მიერ დაკმაყოფილებული სარჩელი ვალდებულების შესრულების შესახებ ყოველთვის ექვემდებარებოდა გადაანგარიშებას ფულად მოთხოვნაში (condemnatio pecuniaria)², თუ საქმე არ ეხებოდა სპეციფიურ ფულად ვალს.³ ამის შესაბამისად დამქირავებელს შეეძლო ეჩვილა გამქირავებლისათვის არა ნივთის დათმობაზე, არამედ მის ფულად ინტერესთან დაკავშირებით. კლასიკური ეპოქის მომდევნო პერიოდში ეს ვითარება ნაწილობრივ მაინც შეიცვალა. იუსტინიანეს დროს თუმცა ჯერ კიდევ არ შეიძლებოდა ჩივილი რაიმე ქმედების შესრულების მოთხოვნით, მაგრამ ნივთზე ვალდებულების არსებობის შემთხვევაში უკვე ნაწილობრივ მაინც შესაძლებელი იყო რეალური შესრულება.⁴

შუა საუკუნეებიდან მოყოლებული კანონმდებლებს შორის სადავოა საკითხი იმის თაობაზე, შეუძლია თუ არა მვეალეს (კრედიტორს) მოითხოვოს ვალდებულების ზუსტად შესრულება, თუ მოვალეს შეუძლია განთავისუფლდეს მხოლოდ ზიანის ანაზღაურების გზით. გაბატონებული იყო შეხედულება, რომ გადახდაზე და გასხვისებაზე ვალდებულების არსებობის შემთხვევაში ვალდებულება შეიძლება იძულებით შესრულებულ იქნეს სასამართლოს გადაწყვეტილების მიღების და იძულებითი აღსრულების გზით. ამდენად რეალური შესრულების იძულებითი მიღწევა პრინციპში მაინც შესაძლებელი იყო.⁵ ვალდებულებები ქმდებაზე კი იძულებით აღსრულებას არ ექვემდებარებოდნენ. სასამართლოს გადაწყვეტილება შეიძლება გამოტანილი ყოფილიყო მხოლოდ ზიანის ანაზღაურებაზე.⁶ განსაკუთრებით საკამათო კი იყო საკითხი, შეიძლებოდა თუ არა ყიდვა-გაყიდვა, როგორც ხელშეკრულების უმნიშვნელოვანესი ტიპი, განეხილათ dare-ზე მიმართებაში, რადგანაც ის მოიცავს აგრეთვე ქონების შეძენის ვალდებულებას და ამით ქმედების განხორციელებას.⁷

გერმანული სამართალიც იცნობდა პრინციპს “კაცი-სიტყვაა”⁸ ესეც სხვა არაფერია, თუ არა pacta sunt servanda-ს პრინციპი. მხოლოდ ეს ანდაზა აქაც თავდაპირველად ნიშნავდა არა რეალურ შესრულებას,

^{**} ამ სტატიის სქოლიოები იხილეთ ავტორის გერმანულ ტექსტში, გვ. 97-102 (რედაქტორის შენიშვნა).

არამედ მხოლოდ იმას, რომ მოვალეს აიძულებდნენ განეხორციელებინა ქმედება ზიანის ანაზღაურების სახით⁹ და მაინც, მიუხედავად ამისა, როგორც ჩანს, სასამართლოებში რეალობას მთლიანად განსაზღვრავდა სარჩელი ზიანის ანაზღაურებაზე.¹⁰ მოგვიანებით (მე-17 და მე-18 საუკუნეებში), როგორც ავტორიტარულ სახელმწიფოში არსებული საყოველთაო მორჩილების მოთხოვნის შედეგი, ჯარიმის ხასიათის მქონე ზიანის ანაზღაურების იძულების პარალელურად წარმოიშვა იძულება, რომელსაც ასორციელებდნენ პოლიციის სტრუქტურები; ხელშეკრულების დარღვევა იქცა საზოგადოებრივი წესრიგის დარღვევად.¹¹

მხოლოდ მოგვიანებით განვითარდა რეალური შესრულების ზოგადი პრინციპი, რომელსაც არსებითად განაპირობებდა შუა საუკუნეების კათოლიკური მორალის სწავლება¹² და რომელიც მიიღო და განავითარა ბუნებითი სამართლის მეცნიერებამ¹³. ასე წარმოიშვა, ამ მეცნიერების ზეგავლენით, მე-19 საუკუნის დასაწყისში დავა ვალდებულების შინაარსის თაობაზე. Pachtა-ს, Savigny-ს და Windschcid-ის მიხედვით ვალდებულების შინაარსი იყო უკვე პირველადი ქმედება¹⁴, მათი აზრით, სწორედ იგი იყო ვალდებულების მიზანი. მართალია, მის უკან სხვა მიზნები ისახებოდა, ეკონომიკური თვალსაზრისით, უპირველეს ყოვლისა, საკუთარი ქონების გაზრდა, მაგრამ ეს მიღწეული უნდა ყოფილიყო პირველადი რელევანტური ქმედების საშუალებით. აქედან გამომდინარე, ქმედება ყველა შემთხვევაში ყოფილა ფულადი ღირებულების ექვივალენტური, მაგრამ ეს იყო ვალდებულების მიღმა არსებული მიზანი; ამრიგად, თავად ვალდებულება მიმართულია დაპირებულის რეალურ შესრულებაზე.

თუმცა ჯერ კიდევ მაინც არსებობს წინააღმდეგობები, სხვების აზრის მიხედვით ვალდებულების შინაარსი იყო ისევ და ისევ მხოლოდ ბატონობა მოვალის ხელში მყოფ ღირებულებაზე, ამდენად, ვალდებულების შესრულება უნდა მღვთმარებოდეს იმაში, რომ ეს ღირებულება კრედიტორის ქონებაში გადატანილ იქნება. ქმედება განსაზღვრავდა მხოლოდ ვალდებულების შესრულების საშუალებას, ანუ იმას, თუ როგორ უნდა გადაეცა მოვალეს ღირებულება მვეალის ქონებაში. ამის მიხედვით ქმედება მნიშვნელოვანია მხოლოდ იმისათვის, რომ დადგინდეს, კორექტულად მოხდა თუ არა შესრულება. ვალდებულების შინაარსი კი ფულად ღირებულებას წარმოადგენს. მაშასადამე, მეველე უნდა იყოს კმაყოფილი, თუკი ის ქმედების ნაცვლად მიიღებს ფულად ღირებულებას, ეს არის ვალდებულების არა მარტო ეკონომიკური, არამედ იურიდიული მიზანიც.

მომდევნო პერიოდში ფეხს იკიდებს რეალური შესრულების მოთ-

ზოვნის ინსტიტუტი. სხვა პირის ნებისადმი დაქვემდებარების პრინციპის ადგილს იკავებს ვალდებულად ყოფნის მომენტის დადგომის პრინციპი. მაშასადამე, ამიერიდან წინა პლანზე დგას მოვალის “უნდა” (sollen)¹⁵. ამრიგად, ზოგად სამართალში ქმედების არაიძულებადობა გადატანილ იქნა იძულებითი აღსრულების სამართალში¹⁶. მაშასადამე, დაახლოებით მე-19 საუკუნის დასაწყისიდან რეალურ შესრულებაზე საჩივრის შეტანა შესაძლებელი გახდა¹⁷. ეს განამტკიცა გერმანიის სამოქალაქო კოდექსმა¹⁸.

როგორც ვხედავთ, წინადადება Pacta sunt servanda-ს მნიშვნელობა ისტორიული კონტექსტის გათვალისწინებით არ გულისხმობს რეალური შესრულების მოთხოვნის უფლებას. ისტორიულად ის უფრო მეტად წარმოადგენს კონსენსუსის პრინციპის განვითარებას, ასევე pacta nuda-ს გასაჩივრებლობის განვითარებას¹⁹. მაშასადამე, შედეგად ვიღებთ, რომ pacta sunt servanda უპირველესად მხოლოდ იმას ნიშნავს, რომ დადებული ხელშეკრულებიდან ცალმხრივ გადახვევას სამართალი პრინციპულად არ აღიარებს²⁰; ხელშეკრულებები უნდა შესრულდეს.

ბ. რეალური შესრულების პრინციპის განახლებული კრიტიკული ანალიზის მიზეზები

და მაინც, დღეისათვის არსებობს საკმარისი მიზეზი იმისათვის, რათა კრიტიკულად გაეიაზროთ რეალური შესრულების პრინციპის ფართო მოქმედება. თუმცა ამას აღარ გააჩნია მიმართება ისტორიულ დისკუსიებთან. ვალდებულების შინაარსის ან მისი საშუალებით მინიჭებული უფლების გაგების სიძნელეები დაძლეულია. და მაინც, რეალური შესრულების პრინციპი აშკარად მკაცრია მოვალისათვის და ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნასთან შედარებით სხვა ეკონომიკურ შედეგებს იწვევს.

მრავალი დაკვირვება განიხილავს საკითხს, მთლიანად განმსჭვალულია თუ არა სახელშეკრულებო სამართალი რეალური შესრულების პრინციპით. ოიგენ ერლიხმა, ერთ-ერთმა პირველმა სამართლის სოციოლოგმა, 1913 წელს შემდეგნაირად დაახასიათა რეალური შესრულების ძირითად პრინციპად განვითარება:

“ ამ ვალს ემატება განმკარგველის სიტყვიერი პასუხისმგებლობა როგორც კი სასამართლოები მას აიძულებენ მოახდინოს განკარგვა. ყოფმანით და გარკვეული წინააღმდეგობებით მიიღო სამართალმა ეს ცვლილება, მხოლოდ, როგორც დათმობა ცხოვრების გადაუღებელი და

აუცილებელი მოთხოვნის წინაშე²¹.

შესაძლოა, ეს ორიენტაცია ისტორიულად მხოლოდ ცხოვრების სასწრაფო და აუცილებელმა მოთხოვნებებმა განაპირობა, მაგრამ არცთუ უსამართლოდ, რამეთუ მისი ძირითადი საფუძველი იყო თავისუფალი ადამიანის იდეა²². ძნელად დასაშვებია, რომ ამ შემთხვევაში საქმე ეხებოდა მხოლოდ ფილოსოფიურ ფანტაზიებს. რეალური შესრულების მიმართ უნდობლობის ისტორია, უფრო მეტად ეყრდნობოდა კონკრეტულ დაკვირვებას, რომ მევალის პრეტენზიას გარკვეული თვალსაზრისით თან მოსდევდა ძლიერი ჩარევა მავალის თავისუფლებაში.

1. რეალური შესრულება შედარებით სამართალმცოდნეობაში

ერლიხის მიერ დაკვირვებული იძულებითი მოთხოვნისებრთი განპირობებული ისტორიული ორიენტაციის საწინააღმდეგოდ დღეს ყოველ შემთხვევაში გერმანიაში - რეალური შესრულების მოთხოვნას ეპყრობიან როგორც თავისთავად ცხად მოვლენას. იმას, რომ ეს ყველა სამართალში არ არის აუცილებლად მიჩნეული, გვიჩვენებს შედარებით-სამართლებრივი დაკვირვება.

1) Civil Law (სამოქალაქო სამართალი)

ა) მოთხოვნები ხელშეკრულებო ხასიათის შესრულებებზე

Civil Law (სამოქალაქო სამართალი) ანუ ასე აღნიშნული კონტინენტურ-ევროპული სამართალი ინგლისური წარმოშობის common law-საგან განსხვავებით გამოირჩევა იმით, რომ მევალეს, მავალის მიერ ანაზღაურების ვალდებულების შეუსრულებლობის შემთხვევაში, პრინციპულად გააჩნია თავისიუფალი არჩევანი ზიანის ანაზღაურებასა და რეალურ შესრულებას შორის. ეს გარკვევით ჩანს, მაგალითად ფრანგულ Code civil-ის 1184-ე მუხლში და იტალიური codicce civile-ს 1453-ე მუხლში. მათ მიხედვით ხელშეკრულების ის მონაწილე, რომლის უფლებებიც დაირღვევა, უფლებამოსილია საჩივარი შემოიტანოს ან ხელშეკრულების შეწყვეტასა და ზიანის ანაზღაურებაზე ანდა მოითხოვოს სპეციფიური შესრულება. თუ მევალე მოითხოვს ზიანის ანაზღაურებას, მაშინ ერთადერთი შემდგომი წინაპირობა ის არის, რომ ხელშეკრულების დარღვევა იმდენად არსებითია, რომ იგი ამართლებს ხელშეკ-

რელების შეწყვეტას²³.

ამასთან civil law გვიჩვენებს, რომ ყველაზე გვიან იძულებითი აღსრულების სამართალში კვლავ თავს იჩენენ ქმედების მოთხოვნის რეალური შესრულების სირთულეები. ასე მაგალითად, codc civil-ის 1142-ე მუხლის მიხედვით ქმედების ყოველი ვალდებულება უნდა გადავიდეს ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნაში, თუ მოვალე არ ასრულებს თავის ქმედების განხორციელების ვალდებულებას. იგივე წესი მოქმედებს გერმანული სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 888-ე მუხლის თანახმად. მის მიხედვით მევალეს შეუძლია, იმ შემთხვევაში, თუ დაშვებულია მის მიერ მოთხოვნილი ქმედების შესრულება მოვალის წარმომადგენლის მიერ, მოითხოვოს მხოლოდ ამ ქმედების განხორციელება მესამე პირის მიერ მოვალის ხარჯზე. ესეც სხვა არაფერია, თუ არა ზიანის ანაზღაურება. გერმანიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 890-ე მუხლის მიხედვით შეიძლება მოვალე, მის მიერ პირადად რაიმე ქმედების განხორციელების მოთხოვნის არსებობის შემთხვევაში, ფულადი ჯარიმის მუქარით აიძულონ განახორციელოს ეს ქმედება მევალის სასარგებლოდ. თუმცა ეს არ ეხება მომსახურების საშუალებებზე არსებულ პრეტენზიებს, რადგან ამას ექნებოდა მონობის მსგავსი შედეგები. იგივე პრინციპები განავითარა აგრეთვე ფრანგულმა სასამართლო პრაქტიკამ²⁴.

ბ) პრეტენზია საპასუხო ანაზღაურებაზე (ფასი)

სახელშეკრულებო ხასიათის ვალდებულების შესრულებაზე არსებული მოთხოვნების შესრულების ძირითადი პრინციპებისაგან, ნაწილობრივ, არც თუ ისე უმნიშვნელოდ, განსხვავდება სამართლებრივი მდგომარეობა საპასუხო ანაზღაურებაზე ანუ ფასზე მოთხოვნების არსებობისას. Civil law-ში მევალე განიხილება მხოლოდ როგორც ვალდებული მისთვის დაკისრებული ორმხრივი საპასუხო ვალდებულების შესრულებისათვის, მაშინ, როდესაც ის ხელშეკრულების დამახასიათებელი ვალდებულების შესრულების შემთხვევაში ითვლება მხოლოდ უფლებამოსილად. ამდენად, მევალე პრინციპულად არ არის ვალდებული ფაქტიურად მიიღოს ანაზღაურება. ეს არის მხოლოდ და მხოლოდ მევალის უფლება და არა ვალდებულება, მის შეუსრულებლობას ამდენად თან არ მოსდევს შეუსრულებლობის გამო ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა²⁵. მაშასადამე, საქმე ეხება მარტოოდენ უბრალოდ ვალდებულებას (დაკისრებას). დამკვლეველი პირი თავისუფალია არჩევანში, განახორციელებს თუ არა ის ქმედებას, მაგრამ თუ ის ამ ქმედებას არ განახორციელებს, ამ შემთხვევაში ის უნდა შეეგუოს იმას, რომ გარკვე-

ული ზიანი მიადგება²⁶.

ის, რომ მევალე არ იღებს მოვალის შესრულებას, ჯერ კიდევ არ ნიშნავს იმას, რომ მან არ უნდა შეასრულოს საპასუხო ვალდებულება. რადგანაც იგი ვალდებულია გააკეთოს ეს. მაგრამ მაშინაც კი, როცა მოვალეს სასამართლოს გადაწყვეტილების მიხედვით ბოლოს და ბოლოს შეუძლია ფასის (Preis) გადახდა მოიყვანოს სისრულეში, ის მაინც ვალდებული რჩება მზად ჰქონდეს შესრულება მევალისათვის.

საპასუხო ანაზღაურებაზე (ფასზე) პრეტენზიის თავისებურებად კლინდება მრავალ შემთხვევაში მისი არ მიღების უკუქმედება ხელშეკრულების ხასიათის ანაზღაურების მოვალის პრეტენზიის მოცულობასა და საშუალებებზე.

იმ შემთხვევაში, თუ კრედიტორი (მევალე), რომლის მიმართაც ვალად აქვთ გარკვეული სამსახური, ამ სამსახურს არ მიიღებს, მაშინ ამ ვითარებას ჯერ არ ექნება ზემოქმედება საპასუხო ანაზღაურებაზე გერმანიის სამოქალაქო სამართლის კოდექსის §615-ს მიხედვით. მოვალის, რომელსაც ვალად ედება რაღაცა სამსახური, პრეტენზია შეთანხმებულ ანაზღაურებაზე ძალაში რჩება, თუმცა მან უნდა ანგარიშში გაითვალისწინოს ის თანხები, რაც მან დაზოგა მომსახურების არ მიღებით. მაშასადამე, მოვალემ, რომელსაც ვალად ედება რაღაც სამსახური, უნდა დაირიცხოს, როგორც სამსახურის არ მიღების შედეგად მიღებული დანაზოგები, როგორცაა მაგალითად მგზავრობის ზარჯები, ასევე სხვაგან გამომუშავებული საზღაური, მან უპირველეს ყოვლისა უნდა დაირიცხოს ფაქტიური მონაპოვარიც, რამდენადაც მან ბოროტი განზრახვით არ გამოიყენა გამომუშავების შანსი. როგორც ყველგან BGB-ში აქაც შემცირებულია სუბიექტური მოთხოვნები და ისინი განზოგადებულია. დღეისათვის ბოროტი განზრახვის ჩასათვლელად საკმარისია უკვე ის, რომ სამსახურის ამღები არ იყენებს მისთვის ცნობილ შესაძლო სამუშაოს საშუალებას²⁷. რეალური შესაძლებლობა ცალკეულ შემთხვევებში განისაზღვრება ადრინდელი სამუშაო პირობებისა და ანაზღაურების გამომუშავების შესაძლებლობების შედარებით. თუ ისინი შემდგომშიც შედარებადი არიან, მაშინ მოვალეს, რომელსაც ევალება გარკვეული სამსახური, უფლება არა აქვს შედეგის გარეშე უარი თქვას მისთვის ცნობილი მუშაობის შესაძლებლობაზე. მოვალე, რომელსაც ევალება გარკვეული სამსახური, თვითონაც უნდა შეეცადოს შესაძლო ფარგლებში მოიპოვოს სხვა ამგვარი სამუშაო შესაძლებლობა, გარდა იმ შემთხვევებისა, როდესაც ეს პრაქტიკულად უპერსპექტივოა.

იგივე ეხება §649-ს მიხედვით ნარდობის ხელშეკრულებას და §552-ის მიხედვით ქირავნობასაც, მაგრამ აქ არ ითვლება ბოროტი

განზრახვით შესრულებელი სამუშაო; ანუ არ არის დადგენილი დამ-
ქირავებლის ზიანის შემცირების ვალდებულება. ზუსტად იგივე პრინ-
ციპს აქვს ადგილი Civil Law-შიც. მომსახურებისა და ნარდობის ხელ-
შეკრულებისათვის იტალიაში codice civil-ს 1685; 1723; 172; 1738;
2237-ე მუხლებში; ავსტრიაში ავსტრიის სამოქალაქო სამართლის კო-
დექსის 1107; 1155 და 1168-ე მუხლებში; შვეიცარიაში ვალდებულებითი
სამართლის 324; 337c; 377-ე მუხლებში; აქ ვალდებულებითი სამარ-
თლის 263-სა და 264-ე მუხლებში ქირისთვისაც კი არის ზიანის
შემცირების ვალდებულება. ამგვარი ნორმები არსებობს აგრეთვე ქარ-
თული პროექტის 504-ე (ქირა) და 584-ე (მომსახურებისა და ნარდო-
ბის ხელშეკრულება) მუხლებში.***

ვ) შედეგი

მაშასადამე, ირკვევა, რომ Civil law-სათვის უცხო არ არის ზიანის
სამართლებრივი კატეგორიები, როგორცაა მოგების გადახდა და ზიან-
ის შემცირების ვალდებულებები როგორც ქმედების შესრულების მოთ-
ხოვნის დროს, ასევე ფულადი ანაზღაურების ვალდებულების სპეციფი-
ური შესრულების დროს.

თუმცა civil law-სთვის ზიანის შემცირების ვალდებულებები სავსე-
ბით ბუნებრივია ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის დროს. ის, ვისაც
შუქძლია წამოაყენოს მოთხოვნა ზიანის ანაზღაურებაზე, ვალდებულია
დამრღვევის მიმართ, რომ მისი ზიანი რაც შეიძლება მცირედ შეინარ-
ჩუნოს და თუ საჭიროა, კიდევ შეამციროს. წინააღმდეგ შემთხვევაში,
თუ კი ის ამ თავის მოვალეობას დაუდევრად მოეპყრობა, ის უნდა
შეეგუოს თავისი პრეტენზიების შეკვეცას²⁸. თუმცა აქამდე ზიანის შემ-
ცირების ვალდებულება შესრულების მოთხოვნების არსებობისას არ
ყოფილა გამოყენებული, ეს წინააღმდეგობაში მოვიდა რეალური შესრუ-
ლების ძირითად პრინციპთან.

ის ფაქტი, რომ ზიანის შემცირების ვალდებულება გარკვეულ
ხელშეკრულებებში კანონითაა გათვალისწინებული, აქ იქნა აღნიშნუ-
ლი. ფასზე პრეტენზიების დროს კი ის ნაწილობრივ მოქმედებს. ის
ფაქტი, რომ ეს გარემოება არასოდეს ყოფილა ფორმულირებული, რო-
გორც ზოგადი პრინციპი, უპირველეს ყოვლისა იმის ბრალია, რომ
რეალურმა შესრულებამ დამკვიდრება დაიწყო მხოლოდ მე-18 საუკუნის

*** მუხლების ნუმერაცია კოდექსის პროექტში შეცვლილია (რედაქტორის
შენიშვნა)

ბოლოს და კიდევ უფრო გვიან განვითარდა ფასზე პრეტენზიის შეზღუდვა. ასე რომ ამ, ძირითადად მე-19 საუკუნეში შექმნილი კანონების ავტორებისათვის, ეს პრინციპები ზოგადი პრინციპების სახით ჯერ კიდევ უცნობი იყო.

2) *Common Law* (საერთო სამართალი)

Common law-ს აქვს სრულიად განსხვავებული სახელშეკრულებო სისტემა. ზემოთ მოყვანილისაგან განსხვავებით მოთხოვნა ნატურით შესრულებაზე პრინციპულად უცნობია²⁹.

“სამართლებრივი ვალდებულებითი შეპირების ერთადერთი უნივერსალური შედეგი იმაში მდგომარეობს, რომ კანონი ავალდებულებს დამპირებელს ანაზღაუროს ზიანი, თუ დაპირებულის შესრულება შეუძლებელია”³⁰.

მამასადამე, სახელშეკრულებო დაპირება გაგებულია არა როგორც გარკვეული ქმედების დაპირება, არამედ როგორც გარანტია გარკვეული ეკონომიკური წარმატებისა³¹. ამის მიხედვით ქმედების შეუსრულებლობის შემთხვევაში მოვალე ვალდებულია მხოლოდ ზიანი ანაზღაუროს³².

ა) მოთხოვნები სახელშეკრულებო ხასიათის შესრულებებზე

Common law-შიც ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა, როგორც სამართლებრივი დაცვის საშუალება, არასაკმარისი აღმოჩნდა. ამიტომ განვითარდა *specific performance*-ს³³, როგორც სამართლებრივი დაცვის საშუალება. მის მიხედვით გამონაკლისის სახით შეიძლება რეალური შესრულების მოთხოვნა, თუ მევალეს ანაზღაურებაზე განსაკუთრებული ინტერესი გააჩნია და ზიანის ანაზღაურებით ის არ იქნებოდა საკმარისად დაცული, რადგანაც ეს “არაადეკვატური” იქნებოდა³⁴, განსაკუთრებით კი, თუ შეპირებული ანაზღაურება ერთჯერადია³⁵. საუკეთესო მაგალითი ერთჯერადი ქონებისა არის უძრავი ქონება³⁶. თუ საქმე ეხება მიწის ნაკვეთის ანაზღაურებას, ასევე მის გამოყენებას, მოთხოვნა *specific performance*-ზე მისი ერთჯერადობის გამო პოულობს განხორციელებას³⁷. სხვა შემთხვევები, რომლებშიც *specific performance*-ს უზრუნველყოფა შესაძლებელია გამონაკლისის სახით, “*unique goods*-ზე (განსაკუთრებული ქონება) ვალდებულებების პარალელურად არიან ისეთებიც, რომლებშიც ზიანის ანაზღაურება წარმოადგენდა მხოლოდ ნორმალურ კომპენსაციას, ანდა რომლებშიც მისი მიღწევა ძნელად შესაძლებელია³⁸. *Specific performance*-ს უზრუნველყოფის მზარდი მზადყოფნა

ფიქსირდება აგრეთვე კომპლესურ ხანგრძლივ ხელშეკრულებებშიც, რომლებშიც მხარეებს მნიშვნელოვანი სპეციფიური ტრანსაქციური ინვესტიციების საფუძველზე, რომლებიც სხვაგან არ შეიძლება იქნენ გამოყენებული ანდა სხვაგვარად რეალიზებული, აქვთ განსაკუთრებული ინტერესი ხელშეკრულების ზუსტად შესრულებისადმი³⁹.

მაგრამ, იმ შემთხვევებშიც კი, როდესაც specific performance პრინციპულად შესაძლებლად გვევლინება, არსებობს სხვადასხვა მიზეზები, რომელთა გამოც სასამართლომ შეიძლება მასზე უარი თქვას. ასე მაგალითად, მისი უარყოფა შეიძლება გამოიწვიოს აღსრულების სიძნელებმა. ამიტომ, specific performance-ზე უარი ითქმის ძირითადად გარკვეული სახის მომსახურების გაწევაზე მოთხოვნის დროს⁴⁰. უარის თქმის მიზეზია აგრეთვე ისიც, თუ specific performance-ს მისჯა იქნებოდა განსაკუთრებული სიმკაცრე⁴¹, ანდა თუ სასამართლოს გადაწყვეტილების შესრულების ხარჯები მევალის მოგებას მნიშვნელოვნად გადააჭარბებდა⁴².

ამის საწინააღმდეგოდ არის სანიმუშო მაგალითი, რომელშიც მიეცემა მხოლოდ ზიანის ანაზღაურება, განსაკუთრებით ის სიტუაცია, როდესაც მევალეს მეტ-ნაკლებად ადვილად შეუძლია შეისყიდოს საქონელი ბაზარზე ანდა უფრო ზოგადად, ის შემთხვევები, რომლებშიც ზიანის შემცირება შესაძლებლად და მიზანშეწონილად ჩანს⁴³.

ბ) პრეტენზია საპასუხო ანაზღაურებაზე (ფასი)

იგივე პრინციპი არსებობს აგრეთვე ფასებზე საჩივრების დროს. Common law-სთვის ზოგადად ძალაშია წესი, რომ მოვალეს არა აქვს საშუალება აიბულოს მევალე ხელშეკრულების შესრულებისას მასში მონაწილეობა მიიღოს, ანდა აიბულოს ის მიიღოს შესრულება⁴⁴. ასევე ზოგადად ძალაშია წესი, რომ საჩივარი საპასუხო ანაზღაურების გადახდაზე მხოლოდ მაშინ არსებობს, როცა მევალემ მიიღო შესრულება⁴⁵. ამდენად, მოვალე მევალის მიერ შესრულების მიღებაზე უარის თქმის შემთხვევაში, ძირითადად ყოველთვის დამოკიდებულია ხელშეკრულების დარღვევის გამო ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნაზე⁴⁶. თუმცა მისი გამოწვევა არ ხდება ავტომატურად მონაწილეობის მიუღებლობით ანდა მევალის მიერ მიღების გზით. მაგრამ შესრულების დაბრკოლება მევალის ბრალით ყოველთვის მაშინ ითვლება არსებითად და ხელშეკრულების დამრღვევ მოქმედებად, რაც ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის უფლებას იძლევა, თუ ის იწვევს იმას, რომ მან აღარ უნდა

შესრულოს მასზე დაკისრებული საპასუხო ანაზღაურება⁴⁷.

აქედან გამომდინარე, ადგილი არა აქვს გადახვევას action for an agreed sum-იდან⁴⁸, ანუ გარკვეული ხელშეკრულებით შეთანხმებულ თანხაზე საჩივრიდან. ესეც მხოლოდ მაშინ ხორციელდება, თუ საპასუხო ანაზღაურება უკვე (ნაწილობრივ) შესრულებული იყო⁴⁹, ანდა თუ არსებობს კიდევ მევალის მატერიალური ლეგიტიმური ინტერესი შემდგომ შესრულებაზე⁵⁰. ფონი და მიზანი ამ შეზღუდვებისა არის აზრი, რომ მოვალე უნდა ჩააყენონ ისეთ სიტუაციაში, რომ შესძლოს სხვაგვარად განახორციელოს შესრულება და ასე შეამციროს თავისი ზიანი. ამიტომ მოვალეს, მევალის მიერ ხელშეკრულებაზე უარის თქმის შემდეგაც, მიუხედავად მისი პრინციპული არჩევის უფლებამოსილებისა მიიღოს მასში ჩადებული “ხელშეკრულების გაუქმების წინადადება” თუ არა⁵¹, არა აქვს უფლება გააგრძელოს ხელშეკრულების შესრულება და action for an agreed sum-ის საშუალებით რეალური შესრულება განახორციელოს, არამედ იგი შეზღუდულია ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის უფლებით⁵² და ამით ისევ ზიანის შემცირების ვალდებულებას ექვემდებარება.

action for an agreed sum აქედან გამომდინარე წარმოადგენს მოვალის მხარეზე აღრიცხულ specific performance-ს საშუალებით გასაჩივრებად მევალის ანაზღაურებას. ამასთან, ორივე ეფუძნება ერთსა და იგივე შეფასების საფუძველს, კერძოდ, იმ პირის ზიანის შემცირების ვალდებულებასთან მიმართებაში, რომელსაც შეეხო შეუსრულებლობა⁵³.

საერთო სამართლის მიხედვით შესაძლებელია სამართლებრივი მდგომარეობა ასე ჩამოყალიბდეს: “that the law makes the promisor pay damages if the promised event does not come to pass. In every case it leaves him free from interference until the time for fulfilment has gone by, and therefore free to break his contract if he chooses.”⁵⁴

ზიანის დაანგარიშებისათვის არსებითია, რომ დაზარალებულს ყოველთვის ეკისრება ზიანის შემცირება⁵⁵. მან უნდა გადადგას ყველა შესაძლო ნაბიჯი, რომელსაც შეუძლია ხელშეკრულების დარღვევით გამოწვეული ზიანის შემცირება, სხვაგვარად მას არ შეუძლია მოითხოვოს ის⁵⁶.

როგორც კი მყიდველს ან გამყიდველს შეეძლება დაფარვის ოპერაციის ჩატარება, ასევე მსგავს ქონებაზე, მათ ის უნდა განახორციელონ და ამონაგები უნდა ჩაწერონ მეორე პირის კრედიტზე⁵⁷, ანდა გაუმართლებლად განთავისუფლებულმა მოვალემ, რომელსაც ეკისრება რაიმე საქმის შესრულება, უნდა მოძებნოს შესაბამისი საქმიანობა⁵⁸.

“After breach, a plaintiff is not entitled to sit back, do nothing and sue

for damages for the performance promised. He must take positive steps to reduce his losses, by going into market and seeking a replacement performance, where this is possible.”⁵⁹

მამასადამე, ხელშეკრულების დარღვევის დაწყებისთანავე მეორე მხარე უკვე ვალდებულია ზიანი შეამციროს (mitigation of damages). თუ კი იგი განგებ ან დაუდევრობის გამო არ განახორციელებს დაფარვის ოპერაციას, მაშინ მან უნდა აღიაროს მის მიერ მისი ზიანის შემცირების ვალდებულების დარღვევით გამოწვეული პროტესტი. მევალეს ამასთან იცავს ის, რომ მას (გარკვეულ საზღვრებში) შეუძლია მოვალისაგან მოითხოვოს ზიანის ანაზღაურების სახით ზიანის შემცირებისათვის საჭირო ხარჯების გაღება, მაშინაც კი, თუ მათ წარმატება არა ჰქონდათ.

3) შედეგი

Common law-ს სამართლის სისტემაში არსებული, ზემოთ აღწერილი სამართლებრივი სიტუაციის გამო მხოლოდ ეკონომიკური მოტივაციების ვარაუდი უდავოდ მცდარი იქნებოდა. ისტორიულად ამის უკან დგას იგივე იდეა თავისუფალი ადამიანისა, რომელიც კონტინენტურ-ევროპულ სამართლის სისტემაში დიდი ხნის მანძილზე ხელს უშლიდა რეალური შესრულების პრინციპის დამკვიდრებას და ის, თუ როგორ გამოიყენება ის იძულებითი აღსრულების სიძნელების დროს და ასევე მარტივი სამართლიანობის პრინციპი, რომ მევალის ზიანის შემცირების ვალდებულება ხორციელდება ხელშეკრულების დამცველი მოვალის წინააღმდეგ წამოყენებული შესრულების მოთხოვნის დროსაც.

Common law-ს შედეგებით-სამართლებრივი ანალიზიდან გამომდინარეობს შემდგომი გაფრთხილება რეალური შესრულების პრინციპის მკაცრი დაცვის წინააღმდეგ. იგი (common law) პრინციპულად არ იცნობს მოთხოვნას შესრულებაზე, არამედ სახელშეკრულებო დაპირება მის მიხედვით წარმოადგენს მხოლოდ გარანტიას გარკვეული წარმატების მიღწევისა. ბუნებრივია, ეს უკიდურესობაც ვერ იქნება მკაცრად დაცული, რადგანაც არც თუ იშვიათია სიტუაციები, როდესაც არსებობს განსაკუთრებული და აუცილებელი რეალური შესრულების მოთხოვნილება. აქედან გამომდინარე common law-ში ჩამოყალიბდა, გამოზღინარე მორალური მოსაზრებებიდან, შედეგება specific performance-ს სახით, ეს უკანასკნელი აკეთებდა ზუსტად იმას, რაც ერლიხმა უკვე აღწერა რეალური შესრულების ისტორიულ დამკვიდრებასთან დაკავშირებით. კერძოდ, ის სვამს კითხვას ამგვარი მოთხოვნის გარდაუვალი არსებობის შესახებ. ამდენად, specific performance-ს ირჩევენ იმ

შემთხვევაში, თუ ზიანის ანაზღაურება საკმარისად ვერ აკმაყოფილებს მეგალის ინტერესებს.

4) საერთაშორისო სამართალი

ა) გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის ყიდვა-გაყიდვის სამართალი

გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის ყიდვა-გაყიდვის სამართალი (UNKR) ისევე, როგორც civil law, გამოძინარეობს რეალური შესრულების პრინციპიდან. მყიდველს UNKR-ს 46 I მუხლის მიხედვით აქვს ნატურით შესრულების მოთხოვნის უფლება ისევე, როგორც გერმანული BGB-ს §326-ის მიხედვით მყიდველს შეუძლია საქონლის მიუწოდებლობის შემთხვევაში გამყიდველს მისცეს ვადა და მისი გასვლის შემდეგ ხელშეკრულება გამოაცხადოს გაუქმებულად და მოითხოვოს ზიანის ანაზღაურება ვალდებულების შეუსრულებლობის გამო. ანუ UNKR-ში პრინციპში მოქმედებს civil law-ს სისტემა.

ფასზე არსებული პრეტენზიების დროს იგივე ვითარებაა. ამოსავალ წერტილში UNKR აქ კიდევ უფრო მკაცრიც კი არის, ვიდრე civil law, რადგანაც მყიდველი აქ UNKR-ის 53; 60; 62-ე მუხლების მიხედვით საქონლის შესყიდვაზეც კი არის ვალდებული. მაგრამ ყველა წესის მიხედვით გამყიდველი განსაზღვრავს ყიდვის ფასს, რადგანაც საქონლის შესყიდვის აღსრულება არა მარტო common law-ს სფეროში, არამედ აგრეთვე კონტინენტურ-ევროპულ სამართალშიც რთული და ძნელი საქმეა⁶⁰.

თითოეულ შემთხვევაში ყურადღება უნდა მიექცეს იმას, რომ (ეროვნულმა) სასამართლომ UNKR-ის 28-ე მუხლის თანახმად ნატურით შესრულებაზე გადაწყვეტილება მხოლოდ მაშინ გამოიტანოს, თუ ამგვარი მოთხოვნა ეროვნულ სამართალშიც არის გათვალისწინებული. ეს შეზღუდვა ეხება უპირველეს ყოვლისა common law-ს სახელმწიფოებს, რომელთა მოთხოვნითაც ის მიღებული იქნა⁶¹.

UNKR შეიცავს აგრეთვე რეალურ შესრულებაზე პრეტენზიის სხვადასხვა შეზღუდვას. ასე, მაგალითად UNKR-ის 88-ე მუხლის მიხედვით გამყიდველი ვალდებულია იმ შემთხვევაში, თუ მყიდველი აყოვნებს (საქონლის) მიღებას, გაყიდოს საქონელი, თუ ეს უკანასკნელი ხანგრძლივი ლოდინის გამო შეიძლება გაფუჭდეს. UNKR-სათვის ცხადად აღიარებულია აგრეთვე ისიც, რომ მყიდველის მიერ გარიგებაზე უარის თქმის შემთხვევაში გამყიდველს არ შეუძლია ხელშეკრულების შესრუ-

ლების გაგრძელება მის ხარჯზე, რათა შემდეგ შეეძლოს სრული ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა⁶². მრავალი ავტორი განსხვავებული მნიშვნელობით იმასაც უშეებს, რომ ზიანის შემცირების ვალდებულებამ შეიძლება UNKR-ის 77-ე მუხლის მიხედვით გამოიწვიოს იმის აუცილებლობა, რომ რეალური შესრულების მაგივრად ზიანის ანაზღაურება მოითხოვება და მევალემ უნდა ჩაატაროს დაფარვის ოპერაცია⁶³.

ბ) Lando - კომისიის პროექტი

პრინციპში Lando-ს პროექტი⁶⁴ PECL-ის 4.101.11 და 4.102.1 მუხლებში ეფუძნება რეალური შესრულების პრინციპს. ისეთი ვალდებულების კრედიტორს, რომელიც არ მდგომარეობს ფულის გადახდაში, შეუძლია PECL-ის 4.102.1 მუხლის მიხედვით მოითხოვოს specific performance-ი, თუმცა ეს მე-2 აბზაცის მიხედვით არ არის ძალაში, თუ შესრულება იქნება მართლსაწინააღმდეგო ანდა შეუძლებელი (lit-a), ან თუ ის მოითხოვდა შესრულების მოვალის არაადეკვატურ ეკონომიკურ ძალისხმევას (lit-b), ან თუ შესრულება დამოკიდებული იქნება კერძო ურთიერთობებზე (lit-c), ან თუ მევალეს შეუძლია მოითხოვოს შესაძლო შესრულება სხვა პირის საშუალებით (lit-d). მე-3 აბზაცის მიხედვით მოვალე კარგავს შესრულების მოთხოვნის უფლებას, თუ ის მას არ აღძრავს შეუსრულებლობის შემდეგ შესაბამისი დროის მანძილზე. თუ კი ამ დროის გავლის შემდეგ მოთხოვნა შესრულებაზე არ არსებობს, მევალეს შეუძლია PECL-ის 4.103-ე მუხლის შესაბამისად მოითხოვოს ზიანის ანაზღაურება. შესრულებაზე მოთხოვნის შეზღუდვების შესაბამისად შეიძლება ეს მოთხოვნაც შეიზღუდოს, თუ მევალემ დაარღვია თავისი ზიანის შემცირების ვალდებულება.

ფულის მევალეს და სახელშეკრულებო ხასიათის შესრულების მოვალეს PECL-ის 4.101-ე მუხლის მიხედვით უფლება აქვს შესრულება მოახდინოს მეორე მხარის წინააღმდეგობის მიუხედავად და მოითხოვოს შთანხმებული თანხა. specific performance-ზე უფლებას აქვს სხვადასხვა გამონაკლისები, PECL-ის 4.101 II 2 lit-a-ს მიხედვით იგი არ მოქმედებს (ძალაში არ არის), თუ მევალეს განსაკუთრებული ძალდატანების გარეშე შეუძლია ჩაატაროს დაფარვის ოპერაცია, lit b-ს ნორმის მიხედვით ასევე, თუ შესრულება კონკრეტულად არაადეკვატური იქნებოდა.

UNKR-ში თავს იჩენს სამართლის უნიფიცირების მცდელობა ჯერ კიდევ სრულიად არასაკმარისი სახით, რომელშიც UNKR 28-ე მუხლი ამა თუ იმ ქვეყანას ნებას აძლევს პროცესი გაატაროს საკუთარი პრინციპების მიხედვით, რითაც მიზანი არ მიიღწევა. სხვაგვარადაა საქმე Lando-ს კომისიის პროექტში, რომელიც ზიანის შემცირების ვალდებულებას common law-სთან შეთანხმებით შესრულების პრეტენზიების მიმართაც იყენებს, რეალური შესრულება თითოეულ შემთხვევაში გამორიცხულია, თუ მევალეს შეუძლია შესაძლო დაფარვის ოპრაციის განხორციელება. როგორც უკვე ვნახეთ, ეს civil law-სათვის არც თუ ისე უცხოა, როგორც ეს შეიძლება გვეჩვენოს პირველი შეხედვით, ყოველ შემთხვევაში ფასზე პრეტენზიების შემთხვევების დროს მაინც მსგავსი პროცესი უცნობი არ არის კონტინენტურ-ევროპულ სამართლის წრეში, თუმცა იგი შეზღუდულია სხვადასხვა ხელშეკრულების ტიპებით.

შემდგომში მაინც გამოსაკვლევი იქნება, აირჩია თუ არა Lando-პროექტმა სწორი ამოსავალი წერტილი, ანუ რომელი სისტემა გამოდგება საუკეთესოდ საკანონმდებლო პერსპექტივის თვალსაზრისით.

II. ექსკურსი: რეალური შესრულება და მოთხოვნის უფლების დეფინიცია

ჩვენ უკვე შევხებთ პირველ პოსტულატს, რომელიც გამომდინარეობს სამართლებრივ-მედარებითი დასკვნებიდან, რადგანაც ის არც თუ ცოტათია დაკავშირებული რეალური შესრულების “უწმინდესობასთან”. ჩვეულებრივ Windscheid-ის მიხედვით მოთხოვნა და პრეტენზია იდენტური ცნებებია⁶⁵. მაგრამ, რადგან მოთხოვნა BGB-ს §362ff-ს მიხედვით მხოლოდ შესრულების გზით უქმდება, თავდაპირველად ხდება მოთხოვნის დაცვის უარყოფა უბრალო ზიანის ანაზღაურების გზით, რადგანაც თუ მოთხოვნა შემოფარგლული იქნება შესრულებაზე, მაშინ ამ შემთხვევაში, აქედან გამომდინარე შესაძლო დაფარვის ტოლფასი პრეტენზია, შეიძლება ყოფილიყო მხოლოდ პრეტენზია რეალურ შესრულებაზე, მევალეს კი შეეძლებოდა შესრულების მოთხოვნა.

პრეტენზიისა და მოთხოვნის ტრადიციული სტრუქტურირება მრავალი თვალსაზრისით უარყოფს არც თუ დიდი ხნის წინ Schmidt-ის

მიერ წარმოდგენილ თვალსაზრისს, რომელსაც აქ აღარ წარმოვადგენთ⁶⁶. ყოველივე თქმულიდან გამომდინარეობს, რომ პრეტენზია და მოთხოვნა უნდა განიხილებოდნენ, როგორც სრულიად განსხვავებული მოვლენები, როგორც ამას ადგილი აქვს განსაკუთრებით UNKR-სა და common law-ში და არც თუ უკანასკნელ ადგილზე ისტორიაშიც⁶⁷. აქ რეალური შესრულება ხშირად გვევლინება როგორც ნაკლებ დამოუკიდებელი აზრი. ზიანის ანაზღაურება და რეალური შესრულება განიხილება, როგორც სხვადასხვა, მაგრამ მაინც ფუნქციონალურად თანასწორი სამართლებრივი დაცვის საშუალება შეუსრულებლობისათვის. ამ ცნებების საშუალებით ირკვევა განსხვავება პრეტენზიასა და მოთხოვნას შორის. ამდენად პრეტენზია, რომელიც წარმოიშობა მოთხოვნის უფლების დარღვევიდან, არაერთარ შემთხვევაში არ უნდა იყოს აუცილებლად მოთხოვნის უფლების იდენტური⁶⁸. ეს პოსტულატი გვეხმარება მოთხოვნის და პრეტენზიის მადიფერენცირებელი განმარტების ჩამოყალიბებაში, რომელშიც პრეტენზია წარმოადგენს მხოლოდ ერთ-ერთ შესაძლებელ სანქციას მოთხოვნის უფლების დარღვევისათვის⁶⁹. მოთხოვნის უფლება წარმოადგენს მხოლოდღა უფლებას ანაზღაურებაზე მისი (მხოლოდ მისთვის მინიჭებული) აღსრულების უფლებამოსილებას.

ეს ქმნის შანსს, რომ რეალური შესრულება აღარ იქნება გაგებულ იროგორც სწორედ მასზე მიმართული მოთხოვნის უფლების ლოგიკური შედეგი, არამედ რეალური შესრულება და ზიანის ანაზღაურება გაგებულ იქნეს, როგორც ორი შესაძლო სანქცია შეუსრულებლობისათვის, რითაც მოცემულია შანსი ლოგიკური აუცილებლობის მაგივრად ერთ-ერთ მათგანს მისცენ ხმა, ამა თუ იმ პროტესტის სხვადასხვა შედეგებიდან გამომდინარე განსაზღვრონ ადეკვატური შეუსრულებლობის სანქციები. ამისდა მიხედვით, ყოველ შემთხვევაში, დადგენილია, რომ პრეტენზიის ცნება არ ახდენს რეალური შესრულების გადაწყვეტილების დეტერმინირებას.

III. რეალური შესრულების ეკონომიკური ანალიზი

ის, რომ კაპიტალისტური ეკონომია მაინც მოითხოვს პრეტენზიას შესრულებაზე, ითქვა ჯერ კიდევ 1776 წელს საბაზრო ეკონომიკის ფუძემდებლის, ინგლისელი ეკონომისტის ადამ სმიტის მიერ, რადგანაც ვაჭრობა და ხელოსნობა იშვიათად თუ ვითარდებოდა წარმატებით დიდხანს ერთ ქვეყანაში,

“... რომელსაც არ გააჩნია სპეციალური სამართალი, რომელშიც ადამიანები თავიანთ საკუთრებას დაცულად არ გრძნობენ, რომელშიც

ნდობის ფაქტორი ხელშეკრულებებში კანონით არ არის უფრო გაძლიერებული, რომელშიც ხალხი, როგორც წესი, არ ელის სახელმწიფო ძალაუფლების გამოვლენას, რათა შეძლონ აიძულონ გადახდისუნარიანი მოვალეები გადაიხადონ ვალი⁷⁰.

მაგრამ ეს ციტატა იმ დროს განეკუთვნება, როდესაც პრეტენზია შესრულებაზე დღევანდელი გაგებით პრაქტიკულად უცნობი იყო, განსაკუთრებით ინგლისში. არც თუ ტყუილად ლაპარაკობს სმიტი ნდობაზე ხელშეკრულებებში, რომელიც გადახდის მოლოდინით უნდა იყოს დაცული. იმას, რომ ეს მომენტი სრულიად საკმარისია, აჩვენებს ყველა common law-ს ქვეყნების ეკონომიკა, სადაც, როგორც უკვე ნაჩვენები იყო, პრინციპულად არ არსებობს პრეტენზია რეალურ შესრულებაზე.

ეს გვიჩვენებს, რომ ნდობა ხელშეკრულებებში სრულიად აუცილებელია. ეკონომიკურად კი საჭირო არის მხოლოდ, რომ დაცული იყოს ანაზღაურების მოლოდინი, ამასთან პირველ რიგში, აუცილებლად ზიანის ანაზღაურება. ამ შემთხვევაში პრინციპში არ არსებობს საჭიროება რეალური შესრულების პრეტენზიისა, ესეც იმის მაჩვენებელია, რომ რეალურ შესრულებაზე პრეტენზიის ინსტიტუციონირება განსაკუთრებულ სამართლებრივ გამართლებას საჭიროებს, რომელიც მის ფარგლებს სცილდება. სამართლის ეკონომიკური ანალიზი⁷¹ უფრო შორსაც მიდის, კერძოდ, მას არ მიაჩნია პრეტენზია რეალურ შესრულებაზე მიზანშეწონილად არა მარტო ეკონომიკური თვალსაზრისით, არამედ იგი მას წამგებიანადაც კი თვლის⁷².

ა) ეკონომიკური ანალიზი სახელშეკრულებო ხასიათის შესრულებებზე პრეტენზიების დროს

ზოგადი ამოსავალი არის ის, რომ გამყიდველის (შესრულების მოვალის) განთავისუფლება მისი ვალდებულებისაგან შეიძინოს ყიდვა-გაყიდვის საგანი, მაშინ ეკონომიკურად უფრო ეფექტური იქნება, თუ მისი შეძენისათვის (შესრულებისათვის) საჭირო დანახარჯი გადააჭარბებს მყიდველის ინტერესს შესრულებაზე. ეს არის საკითხის გადაჭრის ეკონომიკურად ხელსაყრელი გზა. მოვალე მხოლოდ მაშინ გადაწყვეტს ხელშეკრულების დარღვევას, თუ შესრულების დანახარჯები ანუ თანხა, რომელიც მან შევალეს უნდა გადაუხადოს ზიანის ანაზღაურების სახით, მისი პარტნიორის სარგებელზე მეტი იქნებოდა, რეალური შესრულების წესები რომ ძალაში ყოფილიყო, მოვალეს მოუწევდა ისეთი დატვირთვა, რომელიც გადააჭარბებდა მისი ხელშეკრულების პარტნი-

ორის სარგებელს, რადგანაც მევალეს შეეძლო მისგან მოეთხოვა რეალური შესრულება. მაგრამ ეს არაადეკვატური იქნებოდა, რადგანაც ხარჯები გადაამეტებდა სარგებელს. ამდენად, უფრო ეფექტური და მევალისათვის უვნებელია ზიანის ანაზღაურების წესი, რადგანაც ის შეუსრულებლობის გამო ზიანის ანაზღაურების შედეგად არ დაზარალებდა.

მაშასადამე, თუ მაგალითად, გამყიდველი შეპირდება საქონლის შეძენას 100-ად, თანაც ის შეძენის ხარჯებს 80-ით და მოგებას 20-ით ანგარიშობს, მაგრამ შემდგომში გამოირკვევა, რომ შეძენა კონკრეტულ გამყიდველს 150 დაუჯდებოდა, მაშინ მაკროეკონომიკური თვალსაზრისით უაზრობა იქნებოდა, თუ მყიდველი რეალური შესრულების წესის გამო ამ დანახარჯს გამყიდველისაგან მოითხოვდა, თუმცა მას შეეძლო საქონელი შეეძინა მესამე პირისაგან 120-ად, რის შედეგადაც გამყიდველი 20-ს ღირებულებას ზიანის ანაზღაურების სახით აანაზღაურებს.

თუმცა გამოითქვა იმის საწინააღმდეგო აზრი, რომ უმჯობესია, თუ მხარეები თვითონ აირჩევენ, თავიანთი კერძო ავტონომიის ფარგლებში, მოლაპარაკებით მიღწეული შეთანხმების გზით მათთვის ხელსაყრელ სამართლებრივ საშუალებას. და მაინც, შევაჭრების გზით განაწილების ეფექტის მიუხედავად, არსებობს სხვადასხვა მიზეზები, რათა არჩეულ იქნეს უნივერსალური, უფრო ეფექტური რეგულირების საშუალება⁷³. ერთის მხრივ, იმიტომ, რომ სისწორის გარანტია, მოლაპარაკების გზით შეთანხმებულ ხელშეკრულებაში ყოველთვის როდია დაცული⁷⁴, რის გამოც ზოგი რამ იმის სასარგებლოდ მეტყველებს, რომ შესყიდვის ვალდებულება უნდა დაეღოს მოლაპარაკებაში ემპირიულად უფრო ძლიერ ანაზღაურების შემომთავაზებელს, რადგანაც ის უფრო შეძლებს თვითონ იზრუნოს თავის ეკონომიკური კეთილდღეობისათვის. გენერალური, მაქსიმალურად უფრო ეფექტური შედეგის სასარგებლოდ მეტყველებს ის, რომ მისი არჩევანი შეესატყვისება სამართლის ეკონომიკური ანალიზის სხვა ძირითად მოთხოვნას, - შეიქმნას სამართალი, რომელიც მაქსიმალურად დაზოგავს⁷⁵ ტრანსაქციურ (გარიგების) ხარჯებს⁷⁶. ამიტომ ტრანსაქციური ხარჯების გამომწვევი მოლაპარაკებები სამართალმა საჭირო არ უნდა გახადოს. ის უფრო უნდა ცდილობდეს, ისინი სულ გამორიცხოს იმ გზით, რომ დისპოზიციურმა სამართალმა გაითვალისწინოს უნივერსალური (პრაქტიკაში უფრო ხშირი) უფრო ეფექტური შედეგი, რითაც ის შეასრულებდა თავის ერთ-ერთ უპირველეს ფუნქციას, თავიდან აიცილოს ფუჭი მოლაპარაკებები.

ზიანის ანაზღაურების წესის წინააღმდეგ მეტყველებს აგრეთვე ზიანის ოდენობის დამტკიცების პრობლემა, მოვალეს ხშირად არ შეუძლია ცალსახად დამტკიცოს ის ზიანი, რომელიც მან განიცადა. მაგა-

ლითად, ამა თუ იმ მეწარმემ მიუწოდებლობის გამო უნდა შეზღუდოს თავისი წარმოება. დაკარგული მოგება თუმცა შეიძლება ანაზღაურებულ იქნეს, მაგრამ მევალეს გაუჭირდებოდა იმის დამტკიცება, რომ ზოგიერთი კლიენტი საქონლის არმიწოდების გამო ხანგრძლივი ვადით გადავიდა სხვა მიმწოდებელთან⁷⁷. იგივე მიმართულებისაა მოდავება იმის თაობაზე, რომ ზიანის ანაზღაურების წესი არ იცავს “consumer surplus”-ს ანუ არა მოგების მაძიებელი მომხმარებლის ინდივიდუალურ, არამატერიალურ და ამდენად ძნელად დასაანგარიშებელ სარგებლობის ინტერესებს⁷⁸.

ეს არგუმენტი გამართლებულია, მაგრამ ეხება მხოლოდ ზიანის ანაზღაურების და რეალური შესრულების წესების კონკურენციის ჩამოყალიბებას. მტკიცების სიძნელები ეხება მხოლოდ კითხვას, არის თუ არა და როდის არის ზიანის ანაზღაურება common law-ს თვალსაზრისით არაადეკვატური. რადგანაც ის, რომ მტკიცების სიძნელები პრინციპულად specific performance-ის სასარგებლოდ მეტყველებდნენ, აღიარებულია იქაც (common law-ში), მაგრამ ყოველ შემთხვევაში მისი წესად შემოღება შესაძლებელი იყო. პირდაპირ კლასიკური შემთხვევა, როდესაც common law-ში specific performance იქნებოდა დადგენილი, არის საქონლის არმიწოდების მაგალითი, რადგანაც მასში ამოსავალი არ არის, რომ მყიდველი ვერ პოულობს სხვა მიმწოდებელს. საქმე ეხება, საქონლის შემთხვევაში, როგორც ჩანს, ინდივიდუალურ პროდუქციას. მაშასადამე, საქონლის “უნიკალობის” გამო ზიანის ანაზღაურება არ იქნებოდა ადეკვატური.

მაშასადამე, შაულელური შედეგის სახით, შეიძლება დავაფიქსიროთ, რომ ზიანის ანაზღაურების წესს პრინციპულად მივყავართ ეკონომიკურად უმჯობეს შედეგებამდე. მხოლოდ მაშინ, როცა მევალისაგან მოითხოვება მონაწილეობა მიიღოს ზიანის შემცირებაში, რადგანაც სხვაგვარად ის კარგავს თავის ზიანის ანაზღაურების პრეტენზიის ნაწილს, შეიძლება თავიდან იქნეს აცილებული უაზრო შედეგები რაციონალური მაკროეკონომიკური თვალსაზრისით.

ბ) საკასუხო ანაზღაურებაზე პრეტენზიის ეკონომიკური ანალიზი

ახლა კი უნდა შევხვით საწინააღმდეგო შემთხვევას მოვალის პრეტენზიას მევალის წინააღმდეგ მისი გადახდის ვალდებულების შესრულებაზე. ანგლო-ამერიკული ზიანის ანაზღაურების წესის მიხედვით აქ ძალაში უნდა ყოფილიყო ის წესი, რომ გამყიდველს მიღებამდე ვვალდება (ეკისრება) საქონლის მოხმარება. თუ კი ის მას თავზე მოახ-

ვევდა მყიდველს, მაშინ ადგილი ექნებოდა საფრთხეს, რომ საქონელი მყიდველთან უსარგებლო იქნებოდა, რადგან მისი გამოყენება ჩვეულებრივი წესით, როგორც ამას აჩვენებს მისი უარის თქმა მიღებაზე, გამყიდველს აღარ შეუძლია. ეს იქნებოდა არახელსაყრელი მაკროეკონომიკური თვალსაზრისით და ასევე წარმოადგენდა მნიშვნელოვან სიმკაცრეს მყიდველისათვის. თუმცა, მყიდველს შეეძლო ეცადა საქონლის შემდგომი გასაღება, მაგრამ ეს მცდელობა შეიძლება უშედეგო გამოდგეს იმის გამო, რომ მას არა აქვს ბაზარზე გასასვლელი, უფრო მეტად კი იგი მას მნიშვნელოვან ფასდაკლებაზე აიძულებდა⁷⁹. ამას ემატება ყველა წესის დაცვით სუბოპტიმალური გასხვისების მიღწევის საფუძველი, რამდენადაც გასხვისება ეკისრება მყიდველს; სახელდობრ, მან საქონელი უნდა გაყიდოს ისე, როგორც იგი მეორე ხელიდან უნდა გაიყიდოს⁸⁰.

პრაქტიკული განსხვავებები უფრო მოქმედი გახდება, თუ შემდეგ ამერიკულ მაგალითს გერმანულ სამართალს მივესადაგებთ.

დაქვრივებულმა Bacon-მა განიზრახა კვლავ დაქორწინებულიყო და თავისი ახალი ზახლისათვის იყიდა ბინის მოწყობილობა, მაგრამ ქორწინებამდე გარდაიცვალა. მისმა მემკვიდრეებმა უარი განაცხადეს ავეჯის აღებაზე და გადახდაზე, რადგანაც მათ ის არ სჭირდებოდათ. გამყიდველი კი მოითხოვდა შესრულებას და იჩივლა გადახდაზე. საჩივარი უარყოფილ იქნა, თუმცა საქმე არ ეხებოდა სტანდარტულ საქონელს.

ეს შედეგი ეკონომიკურად გონივრულია, რადგანაც გამყიდველის განკარგულებაშია გაყიდვის მთელი აპარატი, მას მყიდველზე უკეთ შეუძლია შეეცადოს საქონლის გასაღებას, მით უფრო, რომ მყიდველის ხელში ის მნიშვნელოვნად დაკარგავდა ფასს. გამყიდველს კი ამით არსებითი ზიანი არ მიადგებოდა, რადგანაც მას შეეძლო შესაძლო დანაკარგი აენაზღაურებინა მემკვიდრეებისაგან ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის გზით⁸¹.

თუ ამ შემთხვევას გადავჭრით გერმანული სამართლისათვის, მაშინ გამყიდველს შეეძლო ეჩივლა ავეჯის წაღების მოთხოვნით. ამის გამო კი აუცილებლად წარმოიშობოდა ზემოთ ჩამოთვლილი დანაკარგები. შედეგად გვექნებოდა რესურსების უაზროდ გაფლანგვა და მყიდველის ზიანის გაუმართლებელი გაზრდა.

ეს დაკვირვება ეხება არა მარტო ყიდვა-გაყიდვის სამართალს. ხელშეკრულების სხვა ტიპების შემთხვევაშიც ადგილი აქვს სახელშეკრულებო ხასიათის შესრულებას შემომთავაზებლის ზიანის შეძირების ვალდებულების უქონლობით გამოწვეულ არაეფექტურობას. თუ შევა-

ლეს აღარ შეუძლია გამოიყენოს სახელშეკრულებო სასიათის შესრულება, სამართალი იძლევა რეალურ შესრულებაზე აუცილებელი პრეტენზიის ფორმით, მცდარ, გაფლანგვისათვის სტიმულის მიძემ ბიძეს. თუ მევალეს არ ეხება ვალდებულება, რომ საქონელი გაყიდოს, არამედ მას შეუძლია დაუსჯელად მიატოვოს ის, რადგანაც ის მაინც უცვლელად მიიღებს საპასუხო ანაზღაურებას, ასეთ შემთხვევაში ძალზე იოლად იქნება ამოღებული საქონელი ბაზრიდან და ამასთან გაფლანგვის მომენტი მით უფრო ნაკლებად იქნება თვალში საცემი, რაც უფრო მცირე ქონებას ეხება საქმე. ეს მომენტი კიდევ უფრო ძლიერდება, როცა ნარდობის ხელშეკრულების ანდა ყიდვა-გაყიდვის სამართალში ჯერ კიდევ მომავალი წარმოების ანდა შექენის ანაზღაურებები იხარჯება, რათა წარმოიშვას ანაზღაურების პრეტენზია. ხელშეკრულებაზე უარის თქმის მიუხედავად მწარმოებელი აწარმოებს შეკვეთილი 100 000 სპეციალური ნაწილების ბოლო 90 000-ს. მიუხედავად ამისა, მყიდველი აგზავნის საქონელს მიუნჰენიდან ჰამბურგში და ა.შ. ამგვარ განსაკუთრებით აშკარა გაფლანგვაზე რეაგირებას ახდენს გერმანულ სამართალში BGB-ს §649.

რამდენადაც საქმე ეხება მხოლოდ გამოუყენებლად დარჩენილი ხელშეკრულების ანაზღაურებას, როგორც ამას ადგილი აქვს მომსახურების ანდა ქირავნობის ხელშეკრულებაში, ჭარბი ასორტიმენტის შემოთავაზების შემთხვევაში, ყურადღება უნდა მიექცეს, რომ როცა ეს წინადადება ბაზარზე მოდის, ამის შედეგად სხვა მსგავსი უსარგებლოდ რჩება. მაგალითად, თუ ერთ ქალაქში არსებობს 10 მაღაზიის ასორტიმენტი და მხოლოდ 10 მომხმარებელი, მაშინ, იმ შემთხვევაში, თუ ბაზარს ერთი მომხმარებელი გამოეთიშებოდა, მაგალითად, ავადმყოფობის გამო, დარჩებოდა მხოლოდ 9 მომხმარებელი, ანუ შეიძლებოდა უკვე გაჩენილიყო არგუმენტირების საფუძველი, რომ ერთ-ერთი ამ ასორტიმენტიდან უსარგებლო დარჩებოდა, ანუ ზიანის შემცირების ვალდებულება ზოგადი თვალსაზრისით არ მიგვიყვანდა რესურსების ეფექტურ გამოყენებამდე.

მაგრამ ამას შეიძლებოდა ორგვარი შედეგი ჰქონოდა: ან არსებობს მკაფიო განსხვავებები ასორტიმენტებს შორის, მაშინ ერთ-ერთი მომხმარებელი, რომელსაც დაქირავებული ჰქონდა უარესი ფართი, გამოიძვლიდა მას, ან ადგილი აქვს პროცესს, რომელიც ბოლოს მიგვიყვანდა უარეს ასორტიმენტამდე. თუ განსხვავება ასორტიმენტს შორის ისეთი არსებითი არ არის, რომ ტრანსაქციურმა ხარჯებმა გაამართლოს შეცვლა (ადგილის), ანდა გამოთავისუფლებული ასორტიმენტი ისედაც ყველაზე უარესი იყო, მაშინ ეს მოსაზრება ისევე უსარგებლოდ დარჩებოდა. ამდე-

ნად, მოცემული არგუმენტი საქმის არსს ეხება.

და მაინც, ეს შედეგები შეიძლება ყოფილიყო ან ეკონომიკურად სასურველი, ანდა რეალურ შესრულებასა და ზიანის ანაზღაურების პრინციპს შორის განსხვავება აღარ იარსებებდა. ყველა შემთხვევაში სასურველია ამ გზით გამოწვეული კონკურენციის არსებობა, რომელიც მოითხოვს რესურსების ოპტიმალურ განკარგვას, რათა მყიდველს მუდამ შეეძლოს მიიღოს საუკეთესო წინადადება და ნაკლებად კარგი კი კონკურენციის პრინციპს - "გადარჩება უფრო ძლიერი" - დაუექვემდებაროს.

ტენდენციურად ეს იქნებოდა ყველაზე უარესი წინადადება, რომელიც ბაზრის პირობებს დაქვემდებარებული, უსარგებლოდ დარჩებოდა, ის იძულებული იქნებოდა ან გაუმჯობესებულიყო, ანდა მთლიანად მორგებოდა ბაზარს და ეპოვნა სხვა ეკონომიკური ნიშა, სადაც ის სიცოცხლისუნარიანი იქნებოდა (მაგ. გამჭირავებელი მაღაზიის შენობას აქირავენს საწყობად ანდა გადააკეთებს მას ბინად). თუ ეს შესრულდება, რის რეალობასაც განსაზღვრავს სავარაუდო შესაძლებლობები, რომლებიც უნდა მოიმოქმედოს ამ შემომთავაზებელმა თავისი წინადადების შედეგის გასაუმჯობესებლად ანდა მისი უფრო მოქნილად გასახდომად, მაშინ ზიანის შემცირების ვალდებულებას ექნებოდა სასურველი შედეგი. თუ ის მარცხს განიცდის, ასევე მარცხით დამთავრდება ზიანის შემცირება, რომლის უარყოფითი მხარე აზარალებს არა მოვალეს, რომელმაც (ხანგრძლივი) ხელშეკრულების გზით ამ რისკისაგან თავი დაიხლვია, არამედ მევალეს, რადგან მან (ჯერ) უნდა გადაიხადოს შემდგომი შესრულების ხარჯები, მოვალის მოლოდინი ზიანის ანაზღაურების თაობაზე დატული რჩება, მევალის მიერ რისკის გაწევის მომენტი კი ხორციელდება.

ზიანის ანაზღაურების პრინციპის შემდეგი უპირატესობა შესრულების პრინციპთან შედარებით არის ის, რომ მას შეუძლია დაზოგოს ტრანსაქციური ხარჯები. ყოველმა მხარემ პრინციპში იცის, რომ მისი მოთხოვნილება შეიძლება შეიცვალოს, ამიტომ ყოველთვის უნდა ცდილობდეს, შექმნას ისეთი სახელშეკრულებო წესები, რომლებშიც შესაძლოა საფესურებრივად არსებული ალბათობის მიხედვით გათვალისწინებულ იქნეს შესაძლო ინტერესთა მთელი დიაპაზონი. ეს რომ ზიანის შემცირების ვალდებულების მიხედვით უკვე ფართოდ გავრცელებული შემთხვევა იყოს, შეიძლებოდა ეს ორმხრივი საჭირო მცდელობები ფუჭად დარჩენილიყო. ამ შემთხვევაში შესაძლებლად გამხდარი მზადყოფნა უფრო მაღალი რისკისადმი, რომელიც დაკავშირებულია წინასწარი უზრუნველყოფითი ღონისძიებების შემცირების სურვილთან, სწორედ რომ არ არის საწინააღმდეგო არგუმენტი. მხარეების დაგეგმვა ისედაც

იშვიათად ითვალისწინებს მოთხოვნების შესაძლო ცვლილებას. ნეგატიური ზემოქმედებები ამის გამო ისედაც მცირე დაგეგმვის დონეზე, მაშასადამე, საზღვრებს არ უნდა გასცდეს, განსაკუთრებით კი, იქაც, სადაც გათვალისწინებულია, რომ გეგმა მოლაპარაკებების რესურსების ანდა (მისი) გატარების ძალაუფლების დეფიციტის გამო უფრო იშვიათია სახელშეკრულებო შეთანხმებებში. ამასთან, პრინციპულად სასურველი იქნებოდა მზადყოფნა უფრო მაღალი რისკისადმი.

IV. Specific performance და ზიანის ანაზღაურება რეალობაში

შემდგომი დაეჭვება რეალური შესრულების წესში გამომდინარეობს იქიდან, რომ ეს სამართლებრივი დაცვის საშუალება civil law-ს სამართლის სისტემაშიც პრაქტიკულად მხოლოდ მცირე როლს თამაშობს. რამდენადაც საერთოდ შესაძლებელია გარანტირებული პოსტულატები ემპირიული გამოკვლევის გარეშე, შეიძლება ითქვას, რომ მევაღე, როგორც წესი, უარს ამბობს თავის რეალური შესრულების პრეტენზიაზე და ირჩევს ზიანის ანაზღაურების უფრო იოლად გასაგებ მოთხოვნას გარდა იმ სფეროებისა, რომლებშიც common law-ს მიზღვითაც უნდა მიეცეს უპირატესობა specific performance-ს, ასე, მაგალითად ხელოვნების ნიმუშების, სხვა ინდივიდუალური ნივთების და, განსაკუთრებით, უძრავი ქონების შესყიდვის დროს⁸². დაფარვის ოპერაცია გვპირდება ხელშეკრულებაში ნავალდებულები რეალიზებიდან უდიდესი ნაწილის მოკლევადიან უკუმოგებას⁸³, მაშინ, როდესაც გაჯიუტებული მოვალის წინააღმდეგ შესრულებაზე ჩივილი გვპირდება მხოლოდ ხანგრძლივ პროცესს, რომლის შედეგიც უცნობია. ამდენად, მიახლოებით გამოთვლილი ზიანის (განსაკუთრებით დაკარგული მოგების) ატანა უფრო იოლია, ვიდრე სრული და ლიკვიდირებაში დაეჭვების არარსებობის შემთხვევაშიც კი სათუო ნატურაში შესრულების გზით სამართლებრივი დაცვის განხორციელებისა. ამასთან, შეუსრულებელი ხელშეკრულების განხორციელება აწყდება მნიშვნელოვან სიძნელეებს იძულებით აღსრულებაში, თუნდაც რომ ის თეორიულად შესაძლებელი იყოს.

ამდენად, სამართლის ადრესატების უმრავლესობა ირჩევს მთელ civil law სამართლის სისტემაში ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის სამართლებრივ საშუალებას. საჩივრები ხელშეკრულების ხასიათის ანაზღაურების რეალური შესრულების მოთხოვნით ძალზე იშვიათად გვხვდება.

სამაგიეროდ, უფრო ხშირია საჩივრები გადახდაზე, მაგრამ ესენი უმეტესად ეხება იმ შემთხვევებს, რომლებშიც ერთი მხარე მეტნაკლებად დასაბუთებულად ამოდის იქედან, რომ უკვე შესრულებული აქვს

თავისი ვალდებულების შესრულების ვალდებულება, ამ შემთხვევაში ან ხელშეკრულებით დადგენილი შესრულების საქმე ეხება მხოლოდ ნაკლოვანებებს ან ხელშეკრულებით დადგენილი შესრულების პროგრამიდან სხვა გადახვევებით გამოწვეულ შედეგებს.

De facto-დ გერმანიაშიც ძალაშია ზიანის ანაზღაურების პრიმატი, საეჭვოა მხოლოდ ის, არსებობს თუ არა შედეგის სახით ემპირიულად ნამდვილად დასახელების ღირსი განსხვავებები, რადგანაც იქ, სადაც ჩვენთან გვხვდება საჩივრები შესრულებაზე, common law-ში არსებობს specific performance-ის საშუალება⁸¹. აქედან გამომდინარე, მოცემული შეფასებები ფაქტიურად სწორია, ერთადერთი არსებითი განსხვავება მდგომარეობს ზიანის შემცირების ვალდებულებაში, რომლის ერთ-ერთი დანიშნულება common law-ში არის ის, რომ მოვალე არ იყოს მევალის ხარჯზე.

V. ექსკურსი: რეალური შესრულების საგვემო ეკონომიკის პირობებში

როგორც ვნახეთ, რეალურ შესრულებას საბაზრო ეკონომიკის სისტემისათვის მხოლოდ მცირე მნიშვნელობა გააჩნია, ზიანის ანაზღაურების გზით მიღწეული ეკონომიკური კომპენსაცია კი დომინირებული რეალობაა. გაცილებით მნიშვნელოვანია რეალური შესრულება სოციალისტური სამართლის სისტემაში. მთლიანი გეგმით შედგენილი კბილანებივით ერთმანეთში ჩამჯდარი ხელშეკრულების კონსტრუქცია გაშეშდებოდა, თუ ცალკეული კბილანები გაჩერდებოდნენ და არ შეასრულებდნენ სახელშეკრულებო ვალდებულებას. ამისი კომპენსაცია საგვემო ეკონომიკაში ზიანის ანაზღაურების გზითაც არ მოხერხდებოდა, რადგანაც იქ არ არსებობს დეცენტრალიზებულად ორგანიზებული, ღია ბაზარი, რომელზედაც გაწილებული მხარე ზიანის ანაზღაურების გზით მიღებული რეალიზების საშუალებით სხვაგან მომარაგდებოდა. ამიტომ, რეალური შესრულების პრინციპს საგვემო ეკონომიკაში ელემენტარული მნიშვნელობა გააჩნია, მაშინ, როდესაც დეცენტრალიზებულ საბაზრო ეკონომიკაში უმთავრესად ზიანის ანაზღაურება გვეკლინება საკმარის სანქციად. სწორედ ამიტომ არსებობს სოციალისტური სამოქალაქო სამართლის კოდექსში ტენდენცია, ვალდებულების შესრულების გარანტია მოთავსებულ იქნეს ვალდებულებითი სამართლის ზოგად ნაწილში, რათა მას მიენიჭოს მისი უდიდესი როლი და მნიშვნელობა გვემოური ეკონომიკისათვის. საბაზრო ეკონომიკის სისტემაში კი ამის საჭიროება არ არსებობს.

გ. რეალური შესრულების მხარდამჭერი დასაბუთებები

ბოლო კამათი რეალური შესრულების პრეტენზიის გარშემო ჩატარდა 1877 წლის გერმანიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსში მოქმედების ანდა მოქმედებისაგან თავის შეკავების თაობაზე სამოქალაქო სამართლებრივი პრეტენზიების აღსრულების საკითხების რეგულირების ფარგლებში. რეგულირება, რომელიც არსებითად შეესატყვისებოდა დღევანდელი სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის §§888, 890, იმით იქნა გამართლებული, რომ კანონიერ ძალაში შესული სასამართლოს გადაწყვეტილებებისადმი ბოროტი განზრახვით დაუმორჩილებლობა საჭიროებს მკაფიო სანქციებს, სასჯელსაც კი. ის ფაქტი, რომ ამას აღარ შეუძლია რეალური შესრულების გამართლება, სახეზეა, მაგრამ ზოგადი დასაბუთება, რომელიც მის მიზანს სცილდება, გვიჩვენებს, თუ რა მოტივაციიდან გამომდინარე შეიძლებოდა რეალური შესრულების პრეტენზია ამგვარად ფართოდ დამკვიდრებულიყო გერმანულ სამართალში.

გაცილებით უფრო რეალისტურად იქნა დასაბუთებული ეს წესი იმ მოსაზრებით, რომლის ციტირებაც დღესაც მრავალგზის ხდება:

“მოვალეს არ უნდა მიეცეს უფლება ვალდებულების შეუსრულებლობის და კიდევ უფრო მეტად ვალდებულების წინააღმდეგ წარმოებული პოზიტიური ქმედების გზით მევალეს მოათხოვინოს ინტერესი, რომლის მოთხოვნაც საგნის შეუფასებადობის გამო შესაძლოა სრულიად ილუზორული იყოს.”⁸⁵

ეს არის საბოლოო ანგარიშში ზუსტად ის შემთხვევები, რომლებმაც ჩვენში მიგვიყვანეს რეალური შესრულების ზოგად განხორციელებამდე, რომლებმაც common law-ში მიგვიყვანეს მხოლოდ specific performance-ის გამონაკლისის სახით ჩამოყალიბებამდე. ესენია (იშვიათი) შემთხვევები, რომლებშიც ზიანის ანაზღაურება გვეკლინება, როგორც მევალის არასაკმარისი კომპენსაცია, რადგანაც მას აქვს სპეციფიური კონკრეტული (ერთჯერადი) შესრულების არამატერიალური ინტერესი.

Hager-ს მიაჩნდა სამართლის გარანტია გერმანული სამართლის ერთ-ერთ უპირატესობად⁸⁶. ამ თვალსაზრისით სწორია, რომ რეალური შესრულება არ იწვევს დაანგარიშების სიძნელეებს და შეთანხმებული შესრულების ვადის გამო იგი არ იცნობს ვადის პრობლემებს. მაგრამ მოცემული პრინციპის გამართლებას მხოლოდ ეს მოსაზრება არ წარმოადგენს, რადგანაც სიძნელეები მართვადია, როგორც ამას common law გვიჩვენებს.

კიონდგემ და რანდომმა რეალური შესრულების წესის გასამარ-

თლებლად კიდევ იმაზეც მიუთითეს, რომ *pacta sunt servanda*-ს ამგვარი დასუსტება შეარყევდა პრინციპულ ნდობას ფუნქციონირებად ხელშეკრულებაში⁸⁷. სრულიად მიუხედავად იმისა, რომ *pacta sunt servanda* არ გულისხმობს რეალური შესრულების დაცვას, ის, რომ ეს აზრი ან მცდარია ანდა მას არავითარი გავლენა არ გააჩნია, უკვე გვიჩვენებს *comimon law*-ში ჩახედავა⁸⁸, სადაც იგი უძველესი დროიდან მოქმედ უფლებად გვევლინება. მიუხედავად ამისა, ინგლისმა შექლო გამხდარიყო საბაზრო ეკონომიკის აკვანი და აშშ კი ეკონომიკური შანსის სიმბოლოდ გვევლინება. ამ თეზისის სისუსტეზე მეტყველებს ის ფაქტიც, რომ რეალურ შესრულებას ფაქტიურად გერმანიაშიც თითქმის არ გააჩნია ემპირიული მნიშვნელობა და კიდევ ის, რომ BGB-ს §§615, 649-ის დებულებები, რომლებიც, როგორც ვნახეთ, სხვას არაფერს წარმოადგენენ, თუ არა ზიანის ანაზღაურების უბრალო მოთხოვნას, ასევე არ მიგვიყვანენ მსგავსი ნდობის დაკარგვამდე ანდა წინასწარ განზრახული ხელშეკრულების მოშლამდე. BGB-ს 615, 649 პარაგრაფების მიერ საკითხის გაუმჯობესებელი გადაჭრის შანსზე დაყრდნობით საქმე მივიღა არცთუ წინასწარ გაუაზრებელ ხელშეკრულების დადებამდე. ამასთან დაკავშირებით Hellner-მა დამაჯერებლად მოიყვანა ციტატა (სკანდინავიელი) კანონმდებლის პერსპექტივიდან:

“ის (საქმის შემკვეთი – რონალდ კანდელჰარდტი) მაშინ არ გამოიყენებს ხელშეკრულების მოშლის უფლებას, თუ მისთვის იოლად შესაძლებელია არასასურველი საქონელი ზიანის გარეშე, ანდა მცირეოდენი დანაკარგით გაყიდოს სხვაზე, რადგანაც ანაზღაურების წესების თვალსაზრისით ამგვარი ქმედება მისთვის სისტემატიურად მომგებიანი იქნება. ამიტომ, უმნიშვნელოა იმის საშიშროება, რომ ვიღაცა დაუფიქრებლად შეუკეთას საქონელს, იმ რწმენით, რომ მას შეუძლია ხელშეკრულება მოშალოს დანაკარგის გარეშე”⁸⁹.

ამას კიდევ უნდა დავმატოს ის, რომ ეს მით უფრო ძალაშია, როდესაც ხელშეკრულებაზე უარის მთქმელისათვის მუდამ არსებობს საფრთხე, რომ ანაზღაურების წესების მიხედვით ის უნდა ელოდეს იმას, რომ ხელშეკრულებას დანახარჯების გარეშე ვერ დააღწევს თავს. თუ კი საქმე არ ეხება ინდივიდუალურ საქმეს, მევალეს მოუწევს პოზიტიურ ინტერესებზე ვალდებულების საქმის აღძვრის შემთხვევაში მინიმუმ მოგების გადახდა, ამგვარ დანახარჯს, რომელიც არ ეწინააღმდეგება ანაზღაურებას, მხოლოდ მაშინ ეგუებიან, თუ სანაცვლოდ არსებობს ხელშეკრულების მოშლის გამართლებული ინტერესი და იგი საკმარისი უნდა იყოს, როგორც შემინება ანაზღაურებების დაუფიქრებლად მოთხოვნის წინააღმდეგ.

მაშასადამე, არ უნდა გვეშინოდეს ეკონომიკურად ნაკლიანი ცვლილებებისა ზიანის ანაზღაურების პრიმატის დროს. ამიტომაც ვერ ნახა Max Weber-მა, მიუხედავად ინგლისის და გერმანიის განსხვავებული კერძო სამართლის სისტემებისა, სამართლით განპირობებული განსხვავებები ეკონომიკურ განვითარებაში, არამედ სამართლიანად გაუსვა ზახი:

“საქმის ვითარების სამართლებრივი წესრიგი იურიდიული აზროვნების კატეგორიების პოზიციიდან შეიძლება ფუნდამენტურად განსხვავებულად იყოს დანახული ისე, რომ ეს მნიშვნელოვნად არ შეეხება ეკონომიკურ ურთიერთობებს, და თუ მხოლოდ ეკონომიკის წესების თვალსაზრისით განსხვავებულ პუნქტებში დაინტერესებულ პირთათვის პრაქტიკული ეფექტი ერთი და იგივეა”⁹⁰.

სწორედ ამას აქვს ადგილი შესრულების პრეტენზიის მქონე მვეალისათვის მაშინაც, თუ რეალური შესრულების პრიმატის ნაცვლად შეპირება დაცული იქნებოდა პირველ რიგში ზიანის ანაზღაურების გზით და მხოლოდ იქ, სადაც არსებობს უფრო ფართო დაცვის სპეციფიური ინტერესი, იქნება უზრუნველყოფილი რეალური შესრულება (როგორც გამოჩაქლისი). რადგანაც ჩვენში de facto უკვე ეხლაც ადგილი აქვს რეალური შესრულების თაობაზე გამოტანილ სასამართლო გადაწყვეტილებებს.

დ. რეზიუმე

ეს ყველაფერი გვიჩვენებს, რომ ის, თუ როგორ ვეპყრობით ჩვენ დღესდღეობით პრეტენზიას რეალურ შესრულებაზე, არავითარ შემთხვევაში არ არის თავისთავად ცხადი, უფრო მეტიც, დგება საკითხი მისი ფარგლების შეზღუდვის შესახებ. ეს არავითარ შემთხვევაში არ უნდა ნიშნავდეს უკან სვლას რომაული სამართლისაკენ. რეალური შესრულების პრინციპი ზოგადად სწორია და ადეკვატური და common law-ში უფრო ნაკლებად გათვალისწინებული. მაგრამ ეს არ ნიშნავს, რომ ჩვენში უკვე არაფრის გადაჭარბება არ ხდება. სწორი და მნიშვნელოვანია ამდენად ის, რომ რეალურ შესრულებაზე პრეტენზიის დადგენამდე უნდა კარგად გაეიაზროთ, სჭირდება თუ არა მვეალეს ეს დაცვა და ხომ არ შეიძლება ფინანსურად ის ასევე წარმატებით იქნას ზიანისაგან დაცული. ეს მიგვიყვანდა ეკონომიკურად უმჯობეს შედეგებამდე ისე, რომ ეთიკის მოთხოვნებიც არ დაირღვეოდა.⁹¹

წინამდებარე თავმა გვიჩვენა რომ, ზიანის შემცირების ვალდებულება ზიანის ანაზღაურების სამართლის დოგმატიკაში ყოველგვარი იძულების გარეშე უნდა მოთავსდეს. მაგრამ თუ მივხედებით, რომ ზი-

ანის ანაზღაურება და რეალური შესრულება წარმოადგენენ ვალდებულების შეუსრულებლობის შემთხვევაში ორ შესაძლო და ფუნქციონალური თვალსაზრისით ერთსა და იგივე სამართლებრივი დაცვის ფორმას, აღარც ზიანის შემცირების ვალდებულება მოგვეჩვენება რეალური შესრულების პრინციპთან წინააღმდეგობაში მყოფად. იგი უფრო შეესაბამება სამართლიანობის მოთხოვნას, რომ ზიანის შემცირების ვალდებულება რეალური შესრულების მიმართაც იქნეს გამოყენებული. რადგანაც, აბა, როგორ შეიძლება იმის დასაბუთება, რომ პირი არ საჭიროებს ანგარიში გაუწიოს თავის სახელშეკრულებო პარტნიორს, მაგრამ ანგარიშს უწევს მესამე პირს, რომელმაც იქნებ წინასწარ განზრახულადაც კი შელახა ვინმეს ინტერესები. ნლობა და რწმენა, მაშასადამე, უფრო მეტად მოითხოვენ ზიანის შემცირების ვალდებულების გამოყენებას რეალურ შესრულებაზე, ვიდრე ზიანის ანაზღაურების დროს, რადგანაც აქ საქმე ეხება მვეალისაგან ხელშეკრულების ერთგული მოვალის მოთხოვნების გათვალისწინებას და არა ნებისმიერ მესამე დამრღვევ პირს. სანამ მვეალეს თავისი შესაძლებლობის გამოყენებით შეუძლია შეამციროს თავისი ზიანი, მას არ შეუძლია და არც უფლება აქვს თავისი მოვალისაგან მოითხოვოს რეალური შესრულება მისი ინტერესის გათვალისწინების გარეშე.

შეპირების რეალობასთან შესაბამისად დაცვის შემთხვევაში ზიანის ანაზღაურების გზით, ხელშეკრულება, როგორც წესი, ძალაში რჩება. პრინციპში, *pacta sunt servanda* ნიშნავს მხოლოდ იმას, რომ მეორე მხარის მოლოდინი ანაზღაურებაზე არ ირღვევა. ირღვევა მხოლოდ რეალური შესრულების პრინციპი, პერსონალური შესრულების პრინციპი.

მას არ უპირისპირდება რაიმე სპეციფიური სამართლებრივი ვალდებულება, უარი თქვას ხელშეკრულების დალატსა ანდა ხელშეკრულების დარღვევაზე: ამის აღიარება არ შეიძლება². ეს იქნებოდა მხოლოდ პოზიტიური ვალდებულებების კისრების ვალდებულების ნეგატიური ვარიანტი და, აქედან გამომდინარე, არაფრის მთქმელი წარმოადგენა³. პირველ რიგში, სამართალმა არ შეიძლება მსგავსი მოვალეობა ისე გარდაქმნას, რომ რეალური შესრულების ვალდებულება პრაქტიკულად გაორმაგდეს. იმას, თუ როდის შეუძლია მვეალეს, ან როდის უნდა გადავიდეს იგი ზიანის ანაზღაურებაზე, განსაზღვრავს მხოლოდ პოზიტიური სამართლებრივი მდგომარეობა, ამ მდგომარეობაში ჩართული სხვა რაიმე ხელშეკრულების დარღვევის შეწყვეტის ვალდებულება არ არსებობს.

ე. დასკვნები ქართული პროექტისათვის

ქართული პროექტის 339-ე მუხლის* ახლად შემოთავაზებული განმარტება იღებს Lando-კომისიაში შემოტანილ საერთაშორისო სამართლის უნიფიცირებად კონვენსუსს და თანმიმდევრულად ავითარებს მას. რეალური შესრულების პრინციპზე დაფუძნებით იგი (კონვენსუსი) პირველი აბზაცის მე-4 წინადადებაში და მე-4 აბზაცში გასაკუთრებით ზიანის შემცირების ვალდებულების საშუალებით არის აქტუალურად გამხდარი. ამით ეს ნორმა ზუსტად გამოხატავს სამართლიანობის მოთხოვნას, რომ მევალეს მანამდე არ შეუძლია აიძულოს თავისი მოვალე შესრულებაზე, სანამ მას თვითონ გააჩნია საშუალება სადმე სხვაგან (უფრო იაფად) მოიპოვოს შესაბამისი შესრულება, მაგრამ, მეორეს მხრივ, ითვალისწინებს იმასაც, რომ მევალეს მაშინ აქვს პრეტენზია რეალურ შესრულებაზე, თუ ეს, ანუ შესრულების სხვაგან მიღება, მისთვის შეუძლებელია.

მაშასადამე, ყოველთვის არსებითია მხოლოდ ის, რომ სამართალი იცავს შეპირების შესრულების მოლოდინს, როგორც ეს უკვე იყო ფორმულირებული ადამ სმიტის მიერ. ეს ნიშნავს Pacta sunt servanda-ს პრინციპს, რომელიც ქართულ პროექტში სრულად იქნა განხორციელებული. მხოლოდ ის საკითხი, თუ როგორ უნდა იქნეს დაცული ეს მოლოდინი, პროექტმა სამართლიანად მიანდო ადგილობრივ პირობებში და მის ცვლილებებში გარკვეულ ქართულ სასამართლოებს.

მაშასადამე, ქართულმა პროექტმა თავი გაართვა თავის ამოცანას, შეექმნა თანამედროვე სამართალი. სწორედ რეალური შესრულების საკითხში ვხვდავთ, რომ ქართულ პროექტში ამასთან უკვე გათვალისწინებულია მომავალი სამართლის უნიფიცირების მნიშვნელობა და ამგვარად იგი ამოცანად ისახავს საქართველოს ხალხის და იურისტების მომავალი (ევროპული) სამართლის უნიფიცირებისათვის სათანადო მომზადებას. ამდენად, მოცემული პროექტი სავსებით შეიძლება გამოყენებული იქნეს ჯერ კიდევ შესაქმნელი ევროპული ვალდებულებითი სამართლის მოდელად.

გარდამავალ ფაზაში, როგორც უწოდებენ ქართულ ეკონომიკას, რომლის დროსაც ვრცელი დეცენტრალიზებული ბაზრის შექმნის გიგანტური ამოცანა ჯერ კიდევ ბოლომდე უნდა იქნეს მიყვანილი, რეალური შესრულების პრინციპი უფრო დიდ მნიშვნელობას იძენს, ვიდრე

* მუხლების ნუმერაცია შეცვლილია (რედაქტორის შენიშვნა).

ეს ზღედა ევროპის ქვეყნებში, აშშ-სა და იაპონიაში, სადაც მევალის-თვის არავითარ სირთულეს არ წარმოადგენს საჭირო საქონლის ან მომსახურების მოპოვება ბაზარზე. ამდენად, 339-ე მუხლი ჯერ-ჯერობით არ იქნება ისეთი აქტუალური, როგორც ეს ხსენებულ ქვეყნებშია. ქართველ ხალხს უნდა ვუსურვოთ, რომ საქართველოში მალე შეიქმნას იმის პირობები, რომ ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნას სასამართლოებში აქაც დომინირებული მნიშვნელობა ჰქონდეს.

ავტორმა გაიცნო ქართველები, როგორც ამოუწურავი, თავდადებული შემოქმედების სურვილით და პოზიტიური ოპტიმიზმით სავსე ადამიანები და იგი იმედით უყურებს მომავალს და ფიქრობს, რომ უახლოეს მომავალში ისინი სასურველს მიაღწევენ.

დაე, კიდევ დიდხანს შეძლოს იუბილარმა ამ პროცესში წვლილის შეტანა.

Subjektive oder objektive Vertragshaftung?

Ein rechtsvergleichender Blick auf die Rolle des Verschuldens im Vertragsrecht

Mario Pellegrino
Universität Bremen

I. Einleitung

Gegen eine Verdrängung des Verschuldensprinzips im Vertragsrecht der sowjetischen Rechtsordnung hat sich einst Dshorbenadze gewandt, indem er das Verschulden als unverzichtbares Element auch in einer sozialistischen Wirtschaftsordnung ansah¹. Die Tendenz die Vertragshaftung vom Verschuldensprinzip abzulösen, ist jedoch auch den marktwirtschaftlich organisierten Wirtschaftsordnungen nicht fremd². Die weitgehendste Forderung ist insoweit von Trimarchi gekommen, demzufolge auf das Verschuldensprinzip bei der Vertragshaftung ganz zu verzichten sei, da es nicht zu einer optimalen Ressourcenallokation in einer Volkswirtschaft führe³. Für Georgien stellt sich angesichts der Arbeiten an einem neuen georgischen Zivilgesetzbuch daher die Frage, ob die Aussagen Dshorbenadzés auch für den Übergang in eine Marktwirtschaft weiterhin Geltung beanspruchen können. Der Beitrag soll daher unter Heranziehung einiger exemplarischer Vertragsrechtsmodelle aus rechtsvergleichender Sicht die Rolle des Verschuldens beleuchten.

II. Der Verschuldensbegriff

Vor der Untersuchung der Stellung des Verschuldens in Obligationenrechtsmodellen ist eine Klärung der Begriffe der objektiven und subjektiven Vertragshaftung angemessen. Subjektive Vertragshaftung soll die Haftung kennzeichnen, die sich auf dem Verschuldensprinzip gründet⁴. Dieses Prinzip folge aus der Anerkennung der Selbstverantwortlichkeit des Menschen, womit in Einklang stehe, daß der Schuldner nur für Handlungen haftet, die er aufgrund seiner Fähigkeiten und Kenntnisse vermeiden konnte⁵. Die

Berücksichtigung der individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse des Handelnden muß sich in einer auf dem vertraglichen Gütertausch gestützten Wirtschaftsordnung jedoch stark verkehrshemmend auswirken⁶. Dementsprechend haben schon die Verfasser des BGB vorgesehen, daß ein Verschulden nur insoweit Beachtung finden könne, als es „dem Fleiße, der Umsicht, der Thatkraft eines tüchtigen, sorgsamn Hausvaters, welcher über die Seinigen und das Seine mit Gewissenhaftigkeit und Treue wacht“ entspreche⁷. In das BGB hat deswegen ein objektivierter Verschuldensbegriff Eingang gefunden, was der Anschauung auch in anderen Rechtsordnungen entspricht⁸. Sinnvollerweise ist daher auch dann noch eine subjektive Vertragshaftung anzunehmen, wenn der Verschuldensbegriff in diesem Sinne verobjektiviert ist⁹. Als Gegensatz zur subjektiven Haftung schließt die objektive Haftung die Beachtung des Verschuldens aus. Der Schuldner kann sich danach von seiner Haftung nicht dadurch befreien, daß er nachweist, daß ihn an der Verletzung seiner Vertragspflichten kein Verschulden treffe. Objektive und subjektive Haftung in diesem Sinne sollen die Pole darstellen, an denen sich die Betrachtung orientiert.

III. Leistungsstörungsmodelle mit subjektiver und objektiver Vertragshaftung

Das Erfordernis des Verschuldens im dargelegten Sinne ist nach allgemeiner Auffassung Voraussetzung für eine Vertragshaftung auf der Grundlage des BGB¹⁰. Die Grundnorm ist § 276 BGB, die festlegt, daß der Schuldner grundsätzlich nur für Vorsatz und Fahrlässigkeit haftet. In diesem Kontext sind §§ 278, 279 BGB als Ausnahmebestimmungen anzusehen, die eine verschuldensunabhängige Haftung bei dem Einsatz von Hilfspersonen und bei Gattungsschulden anordnen. Die Reformvorschläge der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts halten an dieser Konzeption fest¹¹.

Ähnlich verhält es sich mit der Haftung des Schuldners im holländischen Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW). Die Artt. 6:74 und 6:75 verpflichten den Schuldner zum Ersatz des aus jeder Nichterfüllung (tekortkoming in de nakoming van een verbintenis) entstehenden Schadens, sofern ihm die Nichterfüllung zuzurechnen ist. Eine Zurechnung setzt jedoch Verschulden voraus, sofern sich nicht aus Gesetz, Rechtsgeschäft oder aus allgemein anerkannter Auffassung ein anderes ergibt¹². Wesentlicher Unterschied zum deutschen Recht ist danach nur die ausdrückliche gesetzliche Bestimmung, wonach eine Garantiehaftung aus allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen resultieren kann¹³. Darüber hinaus regelt das NBW eine Gerätehaftung in Art. 6:77, wonach er grundsätzlich für die Ungeeignetheit seiner eingesetzten Mittel zur Erfüllung der Vertragspflichten haftet¹⁴.

Anderen Grundsätzen folgt die Regelung der Vertragshaftung im Code civil. In ihm ist eine allgemeine Regelung der Vertragshaftung nur lückenhaft erfolgt¹⁵. Nach Art. 1137 Code civil obliegt es demjenigen, der zur Verwahrung einer Sache verpflichtet ist, dabei die Sorgfalt des „bon père de famille“ anzuwenden. In Art. 1147 Code civil heißt es hingegen, daß der Schuldner die Nichterfüllung zu vertreten hat, wenn er nicht beweist, daß diese auf eine „cause étrangère“ zurückzuführen ist. Während Art. 1137 Code civil einen Verschuldensmaßstab aufstellt, kann sich der Schuldner aufgrund Art. 1147 Code civil nur mittels objektiver Gründe entlasten und haftet damit für sein Versprechen. Eine allgemeine Theorie der Vertragshaftung hat hiervon ausgehend Demogue¹⁶ begründet. Er unterschied in „obligations de moyens“ und „obligations de résultat“¹⁷. Im ersteren Fall sind Verhaltenspflichten geschuldet, der Schuldner haftet daher lediglich dann, wenn er nicht die vertraglich vereinbarte Sorgfalt angewendet hat. Im letzteren Fall verpflichtet sich der Schuldner zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs. Wenn dieser nicht eintritt, dann hat der Schuldner zu beweisen, daß dies auf eine „cause étrangère“ zurückzuführen ist, die er nicht zu vertreten hat. Im einzelnen faßt die französische Lehre unter dem Begriff der „cause étrangère“ einerseits die „force majeure“ und andererseits Handlungen des Gläubigers oder eines Dritten, die zur Entstehung des Schadens beitragen¹⁸.

Ein besonderes Konzept der Vertragshaftung weist der Codice civile von 1942 auf. Zentrale Norm ist darin Art. 1218 Codice civile, wonach der Schuldner, der nicht in gehöriger Weise erfüllt, zum Schadenersatz verpflichtet ist, sofern er nicht beweist, daß die Nichterfüllung auf einer Unmöglichkeit der Leistung beruht, die der Schuldner nicht zu vertreten hat. Voraussetzung für die Haftungsbeziehung des Schuldners ist danach die objektive Unmöglichkeit der Leistung; solange diese nicht vorliegt, haftet der Schuldner für sein eingegangenes Versprechen¹⁹.

Das Prinzip der Haftungsbeziehung, das dem Codice civile zugrundeliegt, kommt den Haftungsregelungen im Common Law sehr nahe. Allgemein heißt es im Common Law Rechtskreis, daß die Vertragshaftung auf einer Garantshaftung beruhe (strict liability). Danach haftet der Schuldner aufgrund seines einmal abgegebenen Versprechens. Eine Begrenzung erfährt die Garantshaftung allerdings durch die „doctrine of frustration“. Der Schuldner haftet danach in den Grenzen des Möglichen und Vorausschabaren für seine ursprüngliche Leistungspflicht²⁰.

Dem UN-Kaufrecht liegt ähnlich eine prinzipielle Einstandshaftung für die Erfüllung der Vertragspflichten zugrunde. Eine Entlastungsmöglichkeit sieht jedoch Art. 79 CISG²¹ vor. Danach muß der Schuldner beweisen, daß die Nichterfüllung auf einen Grund zurückzuführen ist, der außerhalb des Einflussesbereichs des Schuldners liegt und daß von ihm vernünftigerweise nicht zu erwarten war, daß er den Hinderungsgrund in Betracht zieht oder den

Hinderungsgrund oder dessen Folgen vermeidet oder überwindet²² Der gleiche Grundsatz ist auch in Art. 3.108 PECL²³ der Lando-Kommission aufgenommen²⁴

Der Überblick legt eine Unterscheidung in zwei Grundlinien bei der Einordnung der Vertragshaftung nahe. Die subjektive Haftung, die das BGB und NBW kennzeichnen, beruht darauf, daß der Einwand des Nichtverschuldens allein zum Entfallen der Vertragshaftung führen kann. Dagegen setzen der Codice civile, das Common Law und das UN-Kaufrecht einen objektiven Hinderungsgrund voraus; nur wenn dieser gegeben ist, kommt eine Haftungsbefreiung in Betracht. Eine Zwischenstellung nimmt dagegen der Code civil ein, da er eine objektive (obligations de résultat) wie eine subjektive (obligations de moyens) Vertragshaftung kennt.

IV. Die Berücksichtigung des Verschuldens in Rechtsmodellen mit objektiver Vertragshaftung

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, daß insbesondere Art. 1218 Codice civile, das Common Law und das UN-Kaufrecht das Verschulden nicht zum Ausgangspunkt für die Vertragshaftung nehmen. Ob deswegen das Verschuldensprinzip in der Vertragshaftung keine Rolle spielt, ist damit noch nicht gesagt. Es ist daher von Interesse, dem Verschulden in diesen Rechtsmodellen eine weitergehende Betrachtung zu widmen.

1. Von der objektiven zur subjektiven Vertragshaftung unter dem Codice Civile

Der Umstand, daß in der Konzeption des Codice civile der Schuldner für die Leistung stets haftet, soweit sie objektiv noch möglich ist, bedeutet nicht, daß in der italienischen Vertragshaftung das Verschuldenselement unbekannt ist. Die Konzeption des Gesetzes geht auf Osti zurück, der mit seiner Auffassung die „objektive Theorie“ begründet hat²⁵ Danach sind die Haftungsregelungen des Codice civile in der folgenden Weise zu deuten. Neben Art. 1218 Codice civile gibt es noch den Art. 1176 Codice Civile, der einen Sorgfaltsstandard festlegt, in dem er anordnet, daß der Schuldner bei der Erfüllung seiner Verpflichtungen die Sorgfalt des „buon padre di famiglia“ anzuwenden hat. Danach ist Art. 1218 Codice civile der Grundtatbestand, soweit es um die Erfüllung von Vertragspflichten geht. Der Schuldner kann sich, solange die Leistung noch möglich ist, nicht darauf berufen, daß er an der Nichterfüllung kein Verschulden trage. Verschulden ist aber zu berücksichtigen, wenn es darum geht, festzustellen, ob dem Schuldner der Umstand zuzurechnen ist, der zur

Unmöglichkeit der Leistung geführt hat²⁶. Selbständige Bedeutung erlangt Art. 1176 Codice civile dann noch im Rahmen der Ausführung der Leistungspflicht. Diese Vorschrift hat die Aufgabe zu bestimmen, in welcher Weise der Schuldner seiner Leistungspflicht nachzukommen hat²⁷

Die objektive Theorie entspricht unumstritten der gesetzgeberischen Intention²⁸. Ihre Entstehung hat sie vor allem historischen Umständen zu verdanken. Sie geht auf Erfahrungen während des 1. Weltkrieges zurück. Streiks, Folgen der Kriegshandlungen, Eingriffe des Staates in die unternehmerischen Freiheiten und eine instabile Währung brachten empfindliche Störungen des Wirtschaftsverkehrs mit sich, weswegen die Berücksichtigung subjektiver Entlastungsgründe zu einer deutlichen Unsicherheit für den Rechtsverkehr führte²⁹. Insoweit läßt sich Art. 1218 Codice civile als Versuch auffassen, die für eine Verkehrswirtschaft nötige Rechtssicherheit wiederherzustellen. Allerdings ist diese Norm als Ausgangspunkt der Vertragshaftung dem überwiegenden Teil der Lehre als zu streng erschienen³⁰. Insbesondere Giorgianni hat mit der „subjektiven Theorie“ den Versuch unternommen, das Verschulden wieder in den Mittelpunkt der italienischen Vertragshaftung zu stellen³¹. Giorgianni nimmt an, daß Art. 1218 Codice civile überhaupt nur auf solche Verträge anwendbar sei, in denen der Schuldner sich gerade zur Vermeidung einer nachträglichen Unmöglichkeit verpflichte. Das sei bei Leistungspflichten gegeben, die die Verschaffung, Rückgabe und Übereignung einer bestimmten Sache umfassen³². Aber selbst bei diesen Vertragspflichten behalte das Verschuldensprinzip seine Bedeutung, denn die Norm enthalte eine Verhaltensregel wonach der Schuldner Anstrengungen zu unternehmen habe, um die objektive Unmöglichkeit zu verhindern. Darüber hinaus könne sich die Rechtsordnung nicht darauf, beschränken dem Schuldner ein Verhalten abzuverlangen, das den Eintritt der objektiven Unmöglichkeit verhindert. Zur Befriedigung des Gläubigerinteresses erweise sich eine weitere Verhaltensregel als notwendig, die gewährleiste, daß der Gläubiger eine dementsprechende Leistung erhalte. Die Grundlage für eine solche Verhaltensregel erblickt er in der „diligenza“³³. Verhaltensregel und diligenza fallen nach Giorgianni zusammen, so daß er neben vielen anderen Stimmen in der Lehre feststellt, daß die Vertragshaftung im Codice civile auf dem Verschulden des Schuldners beruhe³⁴.

Mit dieser Ansicht steht in Einklang, daß der Gesetzgeber an zahlreichen Stellen im Besonderen Teil des Codice civile die Haftung des Schuldners von dessen Verschulden abhängig macht. So kann sich der Verkäufer nach Art. 1494 Codice civile von seiner Schadenersatzpflicht bei der Mängelhaftung befreien, wenn er nachweist, daß er ohne Verschulden keine Kenntnis von den Mängeln hatte. Eine ähnliche Vorschrift enthält das Werkvertragsrecht in Art. 1668 Codice Civile, wonach ein Anspruch auf Schadenersatz bei der Mängelhaftung Verschulden des Unternehmers voraussetzt. Schließlich trifft den Verwahrer eine objektive Haftung nur hinsichtlich der Rückgabemöglichkeit der verwahrten

Sache (Art. 1780 Codice Civile), nicht dagegen für die allgemeinen Sorgfaltspflichten bei der Verwahrung (Art. 1768 Codice Civile).

Daneben ist das Verschuldensprinzip in der Rechtsprechung von großer Bedeutung, wenn Tätigkeiten Vertragsgegenstand sind. Die Rechtsprechung hat insoweit die aus dem französischen Recht stammende Unterscheidung in obligations de résultat („obbligazioni di risultato“) und obligations de moyens („obbligazioni di mezzo“) rezipiert³⁵. Bei den obbligazioni di risultato, also den Erfolgspflichten, reicht es, daß der Gläubiger das Ausbleiben des vertraglich geschuldeten Erfolgs nachweist, so daß sich der Schuldner grundsätzlich nur noch in den Grenzen des Art. 1218 Codice civile von seiner Haftung befreien kann³⁶. Sind bloße obbligazioni di mezzo, also Verhaltenspflichten, Vertragsgegenstand, dann kommt das Verschuldensprinzip voll zum Zuge, da eine Haftung des Schuldners allein in Betracht kommt, wenn er die Leistung nicht unter Anwendung der gewöhnlichen Sorgfalt erbringt³⁷.

Zu den festen Fallgruppen einer verschuldensunabhängigen Haftung gehören im italienischen Recht vor allem die Einstandspflichten für Geld- und Gattungsschulden oder die Garantiansprüche im Gewährleistungsrecht, was jedoch auch der Rechtslage nach dem BGB entspricht³⁸. Insofern zeigt sich, daß die Vertragshaftung im italienischen Recht, obwohl sie als eine objektive Haftung gedacht war, dem Verschuldensprinzip weiten Raum läßt.

2. Die kaum wahrgenommene Verschuldenshaftung im Vertragsrecht des Common Law

Als zweites Beispiel einer objektiven Vertragshaftung soll das Common Law dienen. Nach allgemeiner Meinung beruht die Vertragshaftung in diesem Rechtskreis auf einer Garantie, so daß ein Verschulden hierbei grundsätzlich keine Rolle spielt³⁹. Diese Auffassung deckt sich mit den Feststellungen in dem Fall *Ranieri v. Miles*. „It is axiomatic that, in relation to claims for damages for breach of contract, it is, in general, immaterial why the defendant failed to fulfil his obligations, and certainly no defence to plead that he had done his best.“⁴⁰ Bestätigen läßt sich diese Aussage, soweit es um Geldschulden geht, da der Schuldner sich nicht von der Haftung befreien kann, weil er unverschuldet in Zahlungsnot gerät⁴¹. Eine verschuldensunabhängige Haftung besteht daneben bei der Lieferungsverpflichtung von Gattungssachen⁴². Das gleiche gilt grundsätzlich bei Mängeln am Vertragsgegenstand; es ist dabei bedeutungslos, ob es sich um einen Kaufvertrag oder einen Mietvertrag handelt⁴³.

Anders sieht es dagegen im englischen Recht schon bei Kauf oder Miete von Land aus. Da in diesem Bereich der Grundsatz *caveat emptor* gilt, neigen die Gerichte dazu, den Verkäufern in einigen Fällen bei Verschulden eine Vertragshaftung aufzuerlegen⁴⁴. Darüber hinaus herrscht im Common Law der

Grundsatz, daß derjenige, der sich zur Leistung von Diensten verpflichtet, diese unter Beachtung von „reasonable care and skill“ auszuführen hat⁴⁵. Der Supply of Goods and Services Act 1982 (s. 13) in England statuiert nunmehr ausdrücklich eine Haftung, die sich auf Verschulden des Anbieters gründet. Schließlich ist noch zu beachten, daß ein Verschulden allgemein bei der Vertragshaftung Bedeutung erlangt, soweit es darum geht zu beurteilen, ob der Schuldner den Hinderungsgrund für die Nichterfüllung zu vertreten hat⁴⁶.

Das Verschulden stellt danach entgegen dem ersten Anschein auch im Common Law ein Element der Vertragshaftung dar. Sicher läßt sich nicht leugnen, daß dem Verschulden bei der Vertragshaftung in der englischen Lehre als dogmatischer Kategorie bisher nur eine geringe Bedeutung zukam⁴⁷. Das mag zum einen daran liegen, daß die Rechtsprechung es vorgezogen hat, über die „implied terms“ von Fall zu Fall festzulegen, welche Sorgfalt der Schuldner bei der Ausführung von Verträgen schuldet⁴⁸. Zum anderen scheint hierfür die historische Entwicklung der Vertragshaftung maßgebend. Im Vordergrund stand das Versprechen, dessen Nichteinhaltung für sich schon zum Vertragsbruch führte. Diese Auffassung diente einer strengen, aber klaren Risikoverteilung und damit einer Begünstigung des Rechtsverkehrs⁴⁹. Diese strenge Auffassung konnte sicher nur deswegen Verbreitung finden, weil sich die Vertragshaftung vornehmlich am Kaufvertrag orientierte, bei dem sich eine Einstandshaftung eher rechtfertigen läßt.

3. Die gemäßigte objektive Haftung des UN-Kaufrechts

Unter den Modellen objektiver Vertragshaftung könnte noch das UN-Kaufrecht Aufschluß über die Bedeutung des Verschuldensprinzips geben. Art. 79 CISG knüpft nicht an das Merkmal der Unmöglichkeit an, sondern geht von einem Hinderungsgrund aus, der außerhalb des Einflusses des Schuldners liegt. Diese Norm beruht auf der sogenannten „Sphärentheorie“, wonach der Schuldner für Leistungshindernisse haftet, die in dessen Sphäre ihren Ursprung haben⁵⁰. Maßstab für die Verantwortlichkeit des Schuldners ist danach nicht dessen Verhalten, sondern die Sphäre, aus der das Leistungshindernis resultiert. Insofern ist auch eine strukturelle Übereinstimmung mit dem französischen Recht beobachtet worden, da dort eine Entlastung des Schuldners möglich ist, wenn er sich auf eine „cause étrangère“ berufen kann⁵¹. Ob das Leistungshindernis der Sphäre des Schuldners zuzurechnen ist, kann nur unter Berücksichtigung des Vertragsinhalts oder dessen was die Vertragsparteien vernünftigerweise vereinbart hätten, festgestellt werden⁵². Die Einteilung der Verantwortlichkeit nach Sphären bedeutet jedoch nicht, daß subjektive Elemente unberücksichtigt bleiben. Sie hat lediglich zur Folge, daß es demjenigen obliegt, sich zu entlasten, aus dessen Sphäre das Leistungshindernis herrührt. Die Vorschrift greift dafür maßgeblich

auf subjektive Elemente zurück. Ist nun ein Hinderungsgrund vorhanden, dann ist immer noch zu fragen, ob er ihn vernünftigerweise bei Vertragsschluß in Betracht ziehen konnte oder von ihm erwartet werden kann, daß er ihn vermeidet oder dessen Folgen überwindet.

Es ist danach zwar nicht jedes Verschulden zu berücksichtigen und es kann sogar sein, daß der Schuldner auch haftet, wenn es sich um ein schlechthin unüberwindbares Leistungshindernis handelt⁵³. Es wird jedoch die Verantwortung für die eigene Sphäre gemildert, indem, wenn auch beschränkt, das Verschuldensprinzip Geltung hat⁵⁴.

Es läßt sich feststellen, daß die UN-Konvention bei der Regelung der Vertragshaftung Verschuldenselemente umfaßt. Dies erscheint besonders erwähnenswert, weil die Konvention nur auf das Kaufrecht zugeschnitten ist und wegen der dort herrschenden Bedeutung von Einstandspflichten leichter auf das Verschuldensmerkmal verzichtbar wäre, zumal beim grenzüberschreitenden Rechtsverkehr ein stärkeres Bedürfnis danach besteht. Darüber hinaus richtet sich das UN-Kaufrecht an einen Adressatenkreis, der im allgemeinen geschäftserfahren ist und über besondere Sachkunde verfügt, so daß von ihm zu erwarten ist, daß er Risiken bei der Vertragsausführung besser überschaut⁵⁵. Ein Rückgriff auf das Verschuldenselement anhand eines objektiven Sorgfaltsmaßstab kann jedoch diesen Umständen gerecht werden und zugleich eine differenziertere Risikoverteilung durchsetzen.

Insgesamt verdeutlichen die Ausführungen zu den verschiedenen Rechtsordnungen mit objektiver Vertragshaftung, daß diese Rechtssysteme auf das Verschulden als ein Element der Vertragshaftung nicht verzichten. Soweit Verhaltenspflichten vorliegen, bestimmt sich die Haftung nur danach, ob Verschulden gegeben ist oder nicht. Hier liegt kein Unterschied zwischen der objektiven und der subjektiven Vertragshaftung. Aber auch bei anderen Pflichten soll der Schuldner nicht schlechthin für sein Versprechen einstehen. Eine Haftungsbefreiung ist im Falle der Unerfüllbarkeit möglich. Während das UN-Kaufrecht in begrenztem Umfang den Einwand des Nichtverschuldens zuläßt, kann der Schuldner nach dem Haftungsrecht des Codice civile diesen Einwand unbeschränkt erheben.

V. Das Verschuldensprinzip im Pflichtengefüge der Vertragshaftung

Die Ausführung zeigen deutlich, daß dem Verschuldensprinzip in den Rechtsmodellen, die eine objektive Haftung in den Vordergrund stellen, eine viel größere Bedeutung zukommt, als es zunächst erscheinen mag. Bei der Betrachtung deutet sich ein Zusammenhang zwischen den einzelnen Vertragspflichten und der Vertragshaftung an. Für eine weitergehende Erfassung

soll daher noch die Funktion des Verschuldens bei den einzelnen Vertragspflichten überprüft werden. Folgende Unterteilung bietet sich hierfür an. Zunächst wären die Erfolgspflichten, sodann die Verhaltenspflichten und schließlich die Schutzpflichten zu untersuchen, die in einem Vertragsverhältnis bestehen können. Es sei an dieser Stelle angemerkt, daß diese Unterscheidung außer Betracht läßt, ob es sich um Haupt- oder Nebenpflichten in einem Schuldverhältnis handelt. Wichtig in diesem Kontext ist allein, ob ein Vertragshafungsmodell bei der Bewältigung dieser Pflichten auf das Verschuldensprinzip zurückgreifen muß.

1. Erfolgspflichten

Erfolgspflichten sind solche, bei denen der Schuldner ein Garantieverprechen des Inhalts abgibt, daß er für den Eintritt des vertraglich verfolgten Zwecks einstehe. Diese Art der Pflichten sind dort angemessen, wo es dem Schuldner überhaupt möglich ist, unter kalkulierbaren Risiken die Realisierung des angestrebten Leistungszwecks zu garantieren³⁶.

Typische Erfolgspflichten sind insoweit die Haftung für Geld- oder Gattungsschulden oder die Garantiehafung für Sachmängel im Kaufrecht. Es zeigt sich, daß die Rechtsordnungen bezüglich dieser Punkte derart konvergieren, daß der Schuldner den Eintritt des Leistungserfolgs garantiert³⁷. Es liegt in der Natur der Erfolgspflicht, daß eine Vertragshaftung, welche die objektive Haftung in den Vordergrund stellt, besonders gut solche Pflichten integriert, da sie die Rücksichtnahme auf subjektive Gesichtspunkte bei Ausbleiben des Erfolgs ausschließt. Rechtsordnungen dagegen, die das Verschuldensprinzip in den Vordergrund stellen, bedürfen insoweit eines Rückgriffs auf eine einschränkende Norm (z. B. § 279 BGB) oder einer entsprechenden Auslegung der vertraglichen Vereinbarung³⁸.

2. Verhaltenspflichten

Die Ausführungen zum Common Law lassen erkennen, daß ein Vertragsrecht sich nicht auf Vertragspflichten beschränkt, die einen Leistungserfolg zum Gegenstand haben, sondern auch eine bloße Leistungshandlung geschuldet sein kann³⁹. Allerdings gibt es einige Stimmen, die das Bestehen einer selbständigen Kategorie von Vertragspflichten, bei denen lediglich eine Leistungshandlung geschuldet ist, bestreiten oder zumindest deren Bedeutung entscheidend relativieren⁴⁰. Es findet sich der Einwand, daß selbst Dienstleistungspflichten erfolgsbezogene Vertragspflichten darstellen und daher nicht nur ein bloßes Verhalten des Dienstleistenden, sondern der Eintritt des Leistungserfolgs geschuldet sei⁴¹. Solche Auffassungen müßten dann entweder

bei Nichteintritt des Leistungserfolgs den Dienstleistenden haften lassen und ihm damit das Risiko für dessen Erreichung aufbürden⁶², oder der Erfolgsbegriff verliert den ihm gewöhnlich zugeschriebenen Inhalt. Erfolg ist allgemein zu verstehen als Eintritt eines bestimmten Ereignisses. Ob das der Fall ist, läßt sich bei diesem Verständnis ohne ein wertendes Urteil feststellen. Soll aber der Eintritt des Ereignisses nicht Vertragsgegenstand sein, dann bedarf es eines wertenden Urteils, ob die Handlungen zur Erreichung des Erfolgs geeignet waren, denn es muß die Möglichkeit bestehen, daß der Schuldner erfüllt hat, obwohl der angestrebte Erfolg nicht eingetreten ist. Damit wäre man aber wieder bei der Statuierung von Verhaltenspflichten. Ein bestimmter Erfolg kann deswegen bei Verhaltenspflichten zwar Zweck der Leistungshandlung, aber nicht Gegenstand der Vertragspflicht sein. Bei Verhaltenspflichten erschöpft sich die Erfüllung der Verpflichtung in der Einhaltung eines bestimmten Verhaltensstandards. Die Nichtbeachtung der vertraglich vereinbarten Verhaltensanforderungen entspricht einer schuldhaften Nichterfüllung der vereinbarten Leistungshandlung. Insoweit zeigt sich die Doppelfunktion, die dem Verschulden zukommt. Zum einen fungiert es als allgemeines Zurechnungskriterium für die Verantwortlichkeit des Schuldners, zum anderen legt es durch die Gleichsetzung mit der Verletzung von Sorgfaltspflichten den Inhalt der Obligation fest⁶³

Diese Anschauung bereitet im deutschen Recht keine Schwierigkeiten, da § 276 BGB den Inhalt der Verhaltenspflicht mit der im Verkehr geschuldeten Sorgfalt bezeichnet. Ein entsprechendes Denken liegt der Unterscheidung in der französischen Lehre zugrunde⁶⁴. Der Codice civile trägt diesem Umstand über den Rückgriff auf Art. 1176 Rechnung, wonach der Schuldner bei der Erfüllung seiner Pflichten die „diligenza del buon padre di famiglia“ anzuwenden hat. Das Common Law verlangt, daß der Schuldner seine Leistung mit „reasonable care and skill“ erbringt⁶⁵. Das UN-Kaufrecht scheint diesen Gesichtspunkt nicht zu berücksichtigen, da Art. 79 CISG nicht nach Erfolgs- oder Verhaltenspflichten differenziert. Die Anwendung der Norm setzt lediglich voraus, daß der Schuldner eine seiner Vertragspflichten nicht erfüllt hat⁶⁶. Einen allgemeinen Maßstab über die Anforderungen an die Leistungshandlung enthält die UN-Konvention daher nicht, was sicher daran liegt, daß die kaufvertraglichen Pflichten zumeist keine Tätigkeitspflichten sind⁶⁷. Das heißt jedoch nicht, daß diese Unterscheidung im Rahmen des UN-Kaufrechts belanglos ist⁶⁸. Mit Art. 85 CISG ist offensichtlich eine Vertragspflicht gegeben, die keine Erfolgspflicht darstellt, da der Verkäufer lediglich die zur Erhaltung der Ware angemessenen Maßnahmen zu treffen hat. Ferner können die Parteien Verhaltenspflichten zum Vertragsgegenstand machen, wobei dann nach der Kaufrechtskonvention zu bestimmen ist, ob eine Verletzung der Vertragspflicht vorliegt. Zur Bestimmung dessen, was Inhalt der Leistungspflicht ist, wenn eine Verhaltenspflicht vorliegt, bietet die Konvention daher in solchen Fällen nur den Rückgriff auf Art. 7 CISG und damit auf den Grundsatz von Treu und Glauben⁶⁹, was im Ergebnis nur heißen kann, daß der

Schuldner die unter Berücksichtigung der vertraglichen Risikoverteilung erwartbare Sorgfalt schuldet⁷⁰

Das Regelungsmodell des UN-Kaufrechts verdeutlicht, daß das Verschuldensprinzip sich nur dort zurückdrängen läßt, wo Erfolgspflichten das Pflichtengefüge der Vertragsparteien beherrschen. In einem allgemeinen Vertragsrecht, in dem regelmäßig Verhaltenspflichten einen gewichtigen Anteil ausmachen, erscheint daher die Regelung des Verschuldens unverzichtbar.

3. Schutzpflichten

Neben den Verhaltens- und Erfolgspflichten gibt es noch weitere Pflichten, die nicht auf die Erbringung einer Leistung gerichtet sind, sondern auf die Bewahrung des Vermögens und der persönlichen Integrität der Vertragsparteien. Bei diesen allgemein als Schutzpflichten bezeichneten Pflichten ist aber nicht ganz klar, ob es sich tatsächlich um Vertragspflichten handelt. Bedenken gegen die Zuordnung bestehen, weil damit die ursprüngliche Unterscheidung von deliktischen und vertraglichen Pflichten übergangen wird. Diese Grundentscheidung basiert auf der Annahme, daß es sich bei deliktischen Pflichten um gesetzliche Wiedergutmachungspflichten handelt, während vertragliche Pflichten rechtsgeschäftlich begründete Leistungspflichten darstellen⁷¹. Schutzpflichten, die Integritätsschutz leisten sollen, wären in diesem Schema dem Deliktsrecht zuzuordnen. Trotz aller Kritik an der Zuordnung von Schutzpflichten in den Kreis der vertraglichen Pflichten⁷², gehört diese dogmatische Erscheinung zum gesicherten Bestand des deutschen Rechts. Die in der Rechtsfortbildung gewonnenen Institute der culpa in contrahendo und der positiven Vertragsverletzung sind in der Schuldrechtsdogmatik nicht mehr wegzudenken⁷³, wobei im Rahmen der Schuldrechtsreform deren gesetzliche Verankerung vorgesehen ist⁷⁴. Da die positive Vertragsverletzung stets Verschulden voraussetzt, erweisen sich vertragliche Schutzpflichten im deutschen Recht als Verhaltenspflichten.

Das Bedürfnis nach dem Schutz des Vertragspartners ist nicht nur eine Erscheinung im deutschen Recht, sondern es hat auch im italienischen Recht unter dem Begriff „*obbligazione di protezione*“ Niederschlag gefunden⁷⁵. Rechtsgrundlage ist hier das Prinzip von Treu und Glauben, daß in den Art. 1175 und 1337, 1366, 1375 zum Ausdruck kommt⁷⁶. Bei der Verletzung von Schutzpflichten kommt es zu einer entsprechenden Anwendung des Art. 1218, so daß der Schuldner beweisen muß, daß er die Verletzung nicht zu vertreten hat. Im französischen Recht existiert ebenso eine entsprechende „*obligation de sécurité*“⁷⁷. Diese kann sowohl in Gestalt der obligations de résultat als auch in Gestalt der obligations de moyens auftreten⁷⁸. Schon in einer zentralen Entscheidung vom 21. November 1911 hat die Cour de cassation ausgeführt,

daß es dem Beförderer obliege, den Reisenden „sain et sauf“ zum Zielort zu transportieren, wobei sie eine Erfolgspflicht annahm⁷⁹ Überwiegend handelt es sich bei den Schutzpflichten im französischen Recht jedoch um Verhaltenspflichten⁸⁰.

Das Common Law weist Schutzpflichten grundsätzlich dem Deliktsrecht zu. Vertragliche Nebenpflichten konstruiert die Rechtsprechung, indem sie von implied terms ausgeht⁸¹. Dazu gehören jedoch keine Schutzpflichten, wenn sie nicht zur Natur des Vertrages gehören⁸²; das geht soweit, daß der Arbeitnehmer Verletzungen aus Schutzpflichten durch seinen Arbeitgeber nur aufgrund des Deliktsrecht geltend machen kann⁸³. Es steht die Vorstellung dahinter, daß eine Verletzung der körperlichen Integrität am Arbeitsplatz mehr mit einem Straßenverkehrsunfall gemein habe als der Nichterfüllung einer Vertragspflicht⁸⁴. Schutzpflichten ergeben sich im Vertragsrecht jedoch beispielsweise dadurch, daß dem Käufer ein vertraglicher Ersatzanspruch zusteht, wenn er aufgrund des Mangels der Kaufsache persönliche Verletzungen erleidet. In solchen Fällen besteht allerdings eine verschuldensunabhängige Haftung⁸⁵.

Bei diesem Auseinanderfallen der Anschauung zwischen kontinental-europäischem Zivilrecht und Common Law verwundert es nicht, daß Streit darüber besteht, ob das UN-Kaufrecht auch Schutzpflichten umfaßt⁸⁶. Einschlägige Normen finden sich nicht in der Konvention und hinzu kommt, daß Art. 5 CISG die Anwendung der Konvention auf die Haftung des Verkäufers ausschließt, soweit durch die Ware der Tod oder eine Körperverletzung einer Person verursacht worden ist. Der Wortlaut und der Zweck der Norm stehen aber einer solchen Schutzpflicht nicht entgegen, da sich der Wortlaut der Norm auf Schäden bezieht, die durch die Ware entstanden sind, nicht aber auf andere Verletzungen⁸⁷. Die Aufnahme der Norm soll Überschneidungen mit nationalem Produkthaftungsrecht in diesen Fällen verhindern⁸⁸. Für eine Verankerung von Schutzpflichten im UN-Kaufrecht spricht hingegen, daß deren Aufkommen Ausdruck einer allgemeinen dogmatischen Entwicklung ist, die Vertragspflichten nicht auf den bloßen Leistungsaustausch reduziert. Es konkretisiert sich darin das Gebot von Treu und Glauben, welches die Pflicht zu sorgfältigem Handeln in der Vermögenssphäre des Vertragspartners bei Ausführung des Leistungsaustausches umfaßt⁸⁹. Gerade hierin könnte auch der Grund für die mangelnde Entwicklung von vertraglichen Schutzpflichten, die unabhängig von Warendefekten bestehen, im englischen Recht liegen, denn dort ist der Grundsatz von Treu und Glauben nicht ausgeprägt⁹⁰. Im UN-Kaufrecht ist aber gerade in Art. 7 ein solcher aufgenommen worden. Aus diesem Grund wird man, sofern dies dem internationalen Charakter und der einheitlichen Anwendung der Konvention sowie der Förderung der Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel nicht widerspricht, einen solchen Anspruch den Vertragsparteien gewähren müssen⁹¹. Soweit es sich um selbständige Schutzpflichten handelt, die nicht aus der Vertragswidrigkeit von

Vertragsleistungen resultieren, wäre wiederum aus Treu und Glauben der Standard der Schutzpflicht zu bestimmen. Bei der Anwendung der Kaufrechtskonvention wäre also demnach auch in diesem Fall auf das Verschuldensprinzip zurückzugreifen.

Die Ausführungen geben zu erkennen, daß auch das Bestehen von Schutzpflichten, die in Erfolgspflichten und Verhaltenspflichten zerfallen können, im letzteren Fall wiederum einen Haftungsstandard benötigen. Erst wenn festgestellt ist, ob die Vertragspflicht durch Verletzung einer Sorgfaltspflicht vorliegt, ergibt sich eine Haftung des Schuldners. Normen, die auf die Erbringung eines Leistungserfolgs zugeschnitten sind, verdecken diesen Zusammenhang.

VI. Die Vertragshaftung in einem allgemeinen Vertragsrecht

Die Ausführungen geben zu erkennen, daß Systeme der objektiven und subjektiven Vertragshaftung sich einander annähern, indem im ersten Fall die Haftung durch Berücksichtigung von Verschulden gemildert, während sie im zweiten Fall durch Begrenzung des Verschuldens verschärft wird. Da aber die Annäherung noch keine Identität in der Haftungskonzeption bedeutet, ist zu entscheiden, welches Haftungssystem in einem allgemeinen Vertragsrecht vorzugswürdig erscheint. Die objektive Vertragshaftung im Sinne des UN-Kaufrechts oder des Codice civile eignet sich gut als eine Handlungsanweisung, die ein Unternehmen zu befolgen hat, um den Leistungserfolg der vertraglichen Vereinbarung zu gewährleisten. Der Schuldner hat Leistungshindernisse vorzusehen und deren Folgen zu überwinden oder zu vermeiden. Mit anderen Worten: das Unternehmen ist so zu organisieren, daß allgemein beherrschbare Leistungsstörungen nicht auftreten. In welcher Art und Weise die eigentliche Leistungspflicht auszuführen ist, regelt weder Art. 1218 Codice civile noch Art. 79 CISG. Bei einer Einstandshaftung ist das auch gar nicht notwendig, weil die Ausführung der Leistung im Risikobereich des Schuldners liegt. Wenn sich die Haftung nur auf kaufvertragliche Pflichten beschränkt, mag das vertretbar sein, denn hierbei steht der Leistungserfolg im Vordergrund. Sobald aber Verhaltenspflichten Inhalt der vertraglichen Leistung sind, ist es notwendig, den Maßstab dieser Pflicht zu bestimmen. Ein allgemeines Vertragsrecht kann angesichts der Vielzahl der Verhaltenspflichten darauf nicht verzichten. Diese reichen von den Arbeitspflichten eines abhängig Beschäftigten bis zu ärztlichen Behandlungsstandards, und selbst in einem erfolgsbestimmten Vertragstyp wie dem Werkvertrag finden sich Verhaltenspflichten. Eine Vertragshaftung mit dem Verschuldenserfordernis bringt in diesem Bereich die notwendige Beweglichkeit, wie die Auslegung der verkehrserforderlichen Sorgfalt in der Praxis zeigt. Daneben ist zu bedenken, daß ein allgemeines Vertragsrecht nicht nur auf

gewerblich Handelnde Anwendung findet, sondern auch auf Privatgeschäfte oder unentgeltliche Geschäfte. Dem kann das Verschuldensprinzip besser Rechnung tragen. Schließlich bekanden das BGB und das NBW, daß es leicht möglich ist, in den Fällen, in denen Garantieelemente zu einer angemessenen Risikoverteilung bei der Vertragshaftung gehören, diese in das Recht der Leistungsstörungen einzufügen. Es zeigt sich dagegen an der italienischen Lehre und Rechtsprechung, daß ein allgemeines Vertragsrecht sich nur schwer mit dem System der objektiven Haftung verträgt.

VII. Ergebnis

Der skizzenhafte Überblick der hier berücksichtigten Vertragsrechtsordnungen offenbart, daß eine Verdrängung des Verschuldensprinzips noch weit entfernt ist. Einerseits läßt das UN-Kaufrecht als Regelungsmodell, das überwiegend aus Erfolgspflichten besteht, das Verschuldenselement in Art. 79 bestehen. Es reicht eben für die Haftung nicht aus, daß das Leistungshindernis allein aus der Sphäre des Schuldners resultiert. Zum anderen greifen alle Rechtsordnungen auf subjektive Anforderungen zurück, um den Inhalt der Verhaltenspflichten zu bestimmen. Schließlich ist eine allgemeine Entwicklung zu verzeichnen, wonach zum Pflichtenkanon der Vertragsparteien auch Schutzpflichten gehören. Diese stellen zum großen Teil wiederum nur Verhaltenspflichten dar, weswegen auch hier die Vertragshaftung nur aufgrund eines allgemeinen Verschuldensprinzips bestimmbar bleibt. Die Aussagen Dshorbenadzes behalten daher auch für die Konzeption eines neuen georgischen Zivilgesetzbuches ihren Wert.

1 Dshorbenadze, Verschulden - Eine notwendige Voraussetzung für die Haftung bei Wirtschaftsverträgen, in: Deutsches und sowjetisches Wirtschaftsrecht, Bd. III, J.P. Wähler (Hg.), Tübingen 1990, S. 229 ff.

2 Vgl. etwa Zimmermann, Konturen eines Europäischen Vertragsrechts, JZ 1995, 477, 481: „In der modernen Rechtsentwicklung befindet sich das Verschuldensprinzip auf dem Rückzug.“

3 Trimarchi, Die Regelung der Vertragshaftung aus ökonomischer Sicht, ZHR 136 (1972), 118 ff., vgl. aber schon ders. *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano 1961.

4 Vgl. etwa Frossard, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris 1965, S. 3 ff.

5 Larenz, Schuldrecht, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, § 20 I.

6 Constantinesco, *Inexécution et faute contractuelle en droit comparé*, Bruxelles 1960, Nr. 203.

7 *Motive*, Bd. 1, Amtliche Ausgabe, Berlin 1888, Nachdruck 1983, S. 279.

8 Siehe Viney, *La Responsabilité: conditions*, Paris 1982, Nr. 73; Weill/Terré, *Les obligations*, Paris 1980, Nr. 403; Bianca, in: *Commentario del Codice Civile*, Scialoja (Hrsg.), Bd. 4, Bologna 1967, Art. 1218 Nr. 12.; Crépeau, *L'intensité de l'obligation juridique*, Québec 1989, Nr. 13 ff.

9 Ebenso Constantinesco (Fn. 6); siehe auch Hübner, *Subjektivismus in der Entwicklung des Privatrechts*, in: FS Kaser, München 1976, der auf Ausnahmen bei den Rechtsverhältnissen in der Familie und unter den Mitgliedern einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft verweist, S. 715, 732; siehe ferner zur Entwicklung des Schuldbegriffs, Meder, *Schuld, Zufall, Risiko*, Frankfurt am Main 1993.

10 Larenz (Fn. 5), 20 I; Emmerich, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3. Aufl., München, § 275 Rdnr. 66.

11 Vgl. Abschlußbericht (Fn. 3).

12 Fokkema/Hartkamp, *Law of Obligations*, in: *Introduction to Dutch Law*, Chorus u.a. (Hrsg.), S. 99.

13 A.a.O.

14 A.a.O.

15 Vgl. Weill/Terré (Fn. 8), Nr. 395 ff.; Malauric/Aynès, *Les obligations*, Paris 1992, Nr. 815 ff.

16 *Traité des obligations*, Bd. 5, Paris 1925, Nr. 1237.

17 Dazu Frossard (Fn. 4); Crépeau (Fn. 4).

18 Weill/Terré (Fn. 8), Nr. 411 ff.; Malauric/Aynès (Fn. 15), Nr. 827 ff.

19 So jedenfalls in der Auffassung Ostis, auf den die Konzeption der Vertragshaftung im *Codice civile* zurückgeht, vgl. Osti, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, Riv. dir. civ. 1918, S. 209 ff., 313 ff., 417 ff., 344 = *Revisione critica*, in: *Scritti Giuridici*, Milano 1973, S. 1 ff., 91.

20 Treitel, *The Law of Contract*, 8. Aufl., London 1991, Chapter 20; Cooke/Oughton, *The Common Law of Obligations*, 2. Aufl., London, Dublin, Edinburgh 1993, S. 191 ff.

21 *Convention on International Sale of Goods*.

22 *Schlechtriem, UN-Kaufrecht*, Tübingen 1981, S. 95 ff.

23 *Principles of European Contract Law*.

24 Siehe Zimmermann (Fn. 1), 481.

25 Osti, *Revisione* (Fn. 19).

26 A.a.O., S. 90 f.

27 Osti, *Deviazione dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, Riv. trim. dir. proc. civ. 1954, S. 593 ff., 606 ff.

28 Vgl. Santoro, *La responsabilità contrattuale*, Padova 1992, S. 7; Visintini, *Inadempimento e mora del debitore*, in: *Codice civile Commentario*, Schlesinger (Hrsg.), Milano 1988, S. 102 ff.

29 *Rescigno, Manuale del Diritto Privato*, 6. Aufl., Napoli 1984, Nr. 174.

30 So Ponzanelli, in: *Convenzione di Vienna sui Contratti di Vendita Internazionale di Beni Mobili*, Bianca (Coordinatore), in: *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, Fasc. 1-2/1989, Mailand 1992, Art. 79 Anm. 1; vgl. auch die umfangreichen Nachweise zu den Gegnern der objektiven Theorie bei Santoro (Fn. 28), S. 16.

31 Giorgianni, *L'inadempimento*, Milano 1959.

32 A.a.O., S. 228 ff.

33 A.a.O., S. 294 f.

- 34 A.a.O., S. 295; vgl. die zahlreichen Nachweise bei Visintini (Fn. 28), S. 104.
- 35 Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzia»*, Riv. dir. comm., 1954, I, S. 185 ff., 280 ff., 366 ff.
- 36 Visintini (Fn. 28), S. 361 ff.
- 37 A.a.O.
- 38 Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd. 1, Allgemeiner Teil, Teilbd. 2, 7. Aufl., Heidelberg 1993, § 25 II; Larenz (Fn. 5), § 20 I.
- 39 Siehe Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd. II, Tübingen 1984, § 13 IV; Larenz (Fn. 5), § 20 I; Abschlußbericht (Fn. 11), S. 122; Stoll, in: Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht, Dölle (Hrsg.), München 1976, Art. 74 Rdnr. 26.
- 40 Ranieri v. Miles [1981] AC 1050, 1086.
- 41 Treitel, Remedies for Breach of Contract, Oxford 1988, Nr. 17; siehe auch ders.: Fault in the Common Law of Contract, in: Liber Amicorum for Lord Wilberforce, M. Bos/I. Brownlie (Hrsg.), S. 185.
- 42 Treitel, Remedies (Fn. 41), Nr. 18.
- 43 A.a.O., Nr. 19.
- 44 A.a.O.
- 45 A.a.O., Nr. 27; Nicholas, Fault and Breach of Contract, in: Good Faith and Fault in Contract Law, Beatson/Friedmann (Hrsg.), Oxford 1995; S. 337, 341; Atiyah, An Introduction to the Law of Contract, 5. Aufl., Oxford 1995, S. 215.
- 46 Treitel, Fault (Fn. 41), S. 200 ff.; es sei hier nur am Rande bemerkt, daß die strukturelle Analogie zum Art. 1218 Codice civile hierdurch besonders deutlich hervortritt.
- 47 Eine ausführliche Betrachtung widmet Treitel dem Verschulden seit seiner 8. Auflage von The Law of Contract, Oxford 1991, S. 737 ff., 803 ff.
- 48 Treitel, Fault (Fn. 41); Nicholas (Fn. 45), S. 341 ff.; Atiyah (Fn. 45), S. 214;
- 49 Cooke/Oughton (Fn. 20), Chapter 11.
- 50 Vgl. Rabel, Warenkauf I, Berlin 1936, 342 f.; Dölle-Stoll (Fn. 39), Art. 74 Rdnr. 54; Huber, Leistungsstörungen, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bundesjustizminister (Hrsg.), Köln 1981, S. 720 f.
- 51 Nicholas (Fn. 45), S. 352 f.
- 52 Vgl. Stoll, in: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 2. Aufl., München 1995, v. Cuenemmerer/Schlechtriem (Hrsg.), Art. 79 Rdnr. 7; Keil, Die Haftungsbefreiung des Schuldners im UN-Kaufrecht, Frankfurt am Main 1993, S. 105 ff.
- 53 Keil (Fn. 52), S. 110.
- 54 Dölle-Stoll (Fn. 52), Art. 74, Rdnr. 54; Bianca-Ponzanelli (Fn. 30), Anm. 1.
- 55 Vgl. etwa Maskow, in: Internationales Kaufrecht, Enderlein/Maskow/Strohbach (Hrsg.), Berlin 1991, Vorbemerkung vor Art. 79.
- 56 Vgl. Mazeaud, Essai de classification des obligations, RTDC 1936, 1; Tunc, La Distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, JCP 1945, I, 449; Unter welchen Umständen eine Erfolgspflicht angemessen ist, ist insbesondere im französischen Recht diskutiert worden, da dort eine Abgrenzung zwischen obligations de moyens und obligations de résultat notwendig ist, siehe dazu auch Crépeau (Fn. 8), Nr. 63 ff.; vgl. zudem im deutschen Recht etwa Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd. 1, Allgemeiner Teil, Teilbd. 1, 7. Aufl., Heidelberg 1992, § 6 I.
- 57 Treitel, Remedies (Fn. 41), Nr. 17 ff.
- 58 Nach allgemeiner Ansicht hat der Schuldner anfängliches Unvermögen stets zu

vertreten, vgl. Larenz (Fn. 5), § 8 II; anderer Auffassung jedoch Esser/Schmidt (Fn. 56), § 22 III 2; die Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts hatte erwogen, auf § 279 BGB zu verzichten, schlägt der Klarheit halber aber dennoch eine Norm vor, in der eine verschuldensunabhängige Haftung für die Beschaffungsschuld zum Ausdruck kommt, Abschlußbericht (Fn. 11), S. 127.

59 Zur Unterscheidung von Leistungshandlung und Leistungserfolg siehe Wieacker, Leistungshandlung und Leistungserfolg im Bürgerlichen Schuldrecht, in: FS Nipperdey, München 1965, S. 783 ff.

60 Huber, Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht, in FS v. Caemmerer, Tübingen 1978, S. 837, 844 ff.; ders. (Fn. 50), Leistungsstörungen, S. 722; Westhelle, Nichterfüllung und positive Vertragsverletzung, Köln 1976, S. 46 ff.

61 Westhelle (Fn. 60), S. 47 f.

62 Danach hätte der Musiklehrer zu verantworten, wenn dessen Mühen beim nichttalentierten Musikschüler vergeblich sind, Beispiel bei Esser/Schmidt (Fn. 56), § 6 I 2.

63 Siehe auch Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, Bonn 1969, S. 205 f.; Scialoja-Bianca (Fn. 8), Art. 1218 Anm. 12.

64 Vgl. Malaurie/Aynès (Fn. 15), Nr. 815 ff. mit weiteren Nachweisen.

65 Vgl. o. IV. 2.

66 Ziegler, Leistungsstörungen nach dem UN-Kaufrecht, Baden-Baden 1995, S. 29.

67 So schon Dölle-Stoll (Fn. 39), Art. 74 Rdnr. 47 f.

68 V. Caemmerer/Schlechtriem-Stoll (Fn. 52), Art. 79 Rdnr. 13.

69 Ebenso Kock, Nebenpflichten im UN-Kaufrecht, Regensburg 1995, S. 30 ff.

70 Zur Auslegung siehe a.a.O.

71 Vgl. etwa Picker, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo - Zur Problematik der Haftungen „zwischen“ Vertrag und Delikt, AcP 183 (1983), 369, 393 ff.

72 V. Bar, Verkehrspflichten, Berlin 1980, S. 204 ff.; Huber (Fn. 50), Leistungsstörungen, S. 736 ff.; Medicus, Vertragliche und deliktische Ansprüche für Schäden aus Sachmängeln, FS Kern, Tübingen 1968, S. 313, 327 ff.

73 Ob eine Beseitigung der sogenannten „Schwächen“ des Deliktsrechts geeignet ist, daran etwas zu ändern, muß angesichts des Bestehens von Schutzpflichten in anderen Rechtsordnungen bei insoweit günstigerer normativer Ausgangslage im Deliktsrecht offen bleiben. Siehe einerseits die folgenden Ausführungen zum französischen und italienischen Recht und andererseits Gotthardt, Landesbericht Frankreich sowie Busnelli, Landesbericht Italien, in: Deliktsrecht in Europa, v. Bar (Hrsg.), München 1993; ablehnend auch Larenz (Fn. 5), § 9 I c.

74 Abschlußbericht (Fn. 11), 113 ff.

75 Castronovo, *Obblighi di protezione*, in: *Enciclopedia Giuridica*, Paradisi (Direttore), Roma 1990; Scialoja-Bianca (Fn. 8), Art. 1218 Anm. 15; Schlesinger-Visintini (Fn. 28), 239 ff.

76 Castronovo (Fn. 75), Nr. 3.2.; vgl. aber Scialoja-Bianca (Fn. 8), Art. 1218 Anm. 15, der sich gegen einen Rückgriff auf das Prinzip von Treu und Glauben wendet, da die Schutzpflicht schon Bestandteil der Vertragspflicht selbst sei.

77 Siehe dazu Lambert-Faivre, *Fondement et régime de l'obligation de sécurité*, D., 1994, Chr. 81 ff.

78 Malaurie/Aynès (Fn. 15), Nr. 824; kritisch zu dieser Unterscheidung im Hinblick

- auf die obligation de sécurité, Lambert-Faivre (Fn. 77), 84.
- 79 Cass. civ. 21. nov. 1911, D.P. 1913.1.249, note Sarrut.
- 80 Malaurie/Aynès (Fn. 15), Nr. 824.
- 81 Dazu Treitel (Fn. 20) Contract, S. 185 ff., Atiyah, (Fn. 45), S. 201 ff.
- 82 So verspricht der Chirurg stillschweigend, daß er die Operation mit der geschuldeten Sorgfalt vornehmen wird, vgl. Treitel (Fn. 20), Contract, S. 189.
- 83 Atiyah (Fn. 45), S. 202.
- 84 A.a.O.
- 85 Treitel (Fn. 41), Remedies, Nr. 19.
- 86 Magnus, Aktuelle Fragen des UN-Kaufrechts, ZEuP 1993, 79, 94 f.; Kock (Fn. 69), 236 ff.; Ziegler (Fn. 66), S. 123.
- 87 Magnus (Fn. 86), S. 95; Herber, in: v. Caemmerer/Schlechtriem (Fn. 52), Art. 5 Rdnr. 5
- 88 V. Caemmerer/Schlechtriem-Herber (Fn. 52), Art. 5 Rdnr. 1.
- 89 Stoll, Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, AcP 136 (1932), 257, 298 ff.; Esser/Schmidt (Fn. 38), § 29 und ders. (Fn. 56), §§ 5 II, 6 II-IV.; Larenz, (Fn. 5), § 9 II, Canarias, Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, 475 ff.; Castronovo (Fn. 75), Nr. 3.2; Visintini (Fn. 28), S. 239 ff.
- 90 Atiyah (Fn. 45), S. 212 f.
- 91 Ebenso Magnus (Fn. 86), 95 mit weiteren Nachweisen.

სუბიექტური თუ ობიექტური სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობა?

სახელშეკრულებო სამართალში ბრალის როლის
შეღარაბითი სამართლებრივი განიხილა

მარიო პელეგრანო
ბრემენის უნივერსიტეტი

I. შესავალი

საბჭოთა სახელშეკრულებო სამართალში ბრალეულობის პრინციპის განდევნის წინააღმდეგ ერთხელ პროფ. ს. ჯორბენაძე გამოვიდა; ოგი ბრალეულობას უცილობელ ელემენტად მიიჩნევდა სოციალისტური ეკონომიკის პირობებშიც კი¹. თუშცა სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობისგან ბრალეულობის ჩამოცილების ტენდენცია არც საბაზრო ეკონომიკის პრინციპებით ორგანიზებული ეკონომიკური წყობისთვისაა უცხო². ყველაზე შორს მიდის Trimarchi-ს მოთხოვნა, რომლის მიხედვითაც სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობისას უარი უნდა ითქვას ბრალეულობის პრინციპზე, რადგანაც მას თითქოს არ მიეყვაროთ რესურსების ოპტიმალურ განთავსებამდე³ ამდენად, საქართველოსათვის ასაღი ქართულ სამოქალაქო კოდექსზე მუშაობის პირობებში წარმოიშობა კითხვა, გამოდგება თუ არა პროფ. ს. ჯორბენაძის გამოხატუებაში საბაზრო ეკონომიკაზე გადასვლის ვითარებაშიც. ამდენად ეს სტატია მიზნად ისახავს, ნათელი მოჰყინოს ბრალეულობის როლს შეჯარებითი სამართალმცოდნეობის თვალთახედვიდან.

II. ბრალეულობის ცნება

იმის გამოკვლევამდე, თუ რა ადგილი უკავია ვალდებულებითი სამართლის მოდელებში ბრალეულობას, მიზანშეწონილია ობიექტური და სუბიექტური სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობის ცნებების გარკვევა. სუბიექტური სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობა ახასიათებს იმ პასუხისმგებლობას, რომელიც ვერდნობა ბრალეულობის პრინციპს⁴.

* ამ სტატიის სქოლიოები იხილეთ ავტორის გერმანულ ტექსტში. გვ. 146-150 (რედაქტორის შენიშვნა).

ეს პრინციპი უნდა გამომდინარეობდეს პასუხისმგებლობის აღიარებიდან, რასაც შეეყრება ის მდგომარეობა, რომ მოვალე პასუხს აგებს მხოლოდ იმ ქმედებებზე, რომლებიც მას თავისი უნარის და ცოდნის საფუძველზე შეეძლო თავიდან აეცილებინა⁵. მოქმედი პირების უნარისა და ცოდნის გათვალისწინება ძალზე დააბრკოლებდა ურთიერთობებს ისეთ ეკონომიკის პირობებში, რომელიც ყვრდნობა საქონლის გაცვლა-გამოცვლას ხელშეკრულების საფუძველზე⁶. ამის შესაბამისად გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის (BGB) ავტორებმა უკვე გაითვალისწინეს, რომ ბრალეულობა მხოლოდ იმდენად შეიძლება იქცეს ყურადღების საგნად, რამდენადაც ის შეესაბამება "გამრჯე, მზრუნველი მეოჯახის სიბუჯითეს, სიფრთხილეს (სიფხიზლეს) და ქმედიუნარიანობას, რომელიც კეთილსინდისიერად და ერთგულად დარაჯობს თავისიანებს და თავის ქონებას"⁷. ამიტომ გერმანიის სამოქალაქო კოდექსში შევიდა ობიექტირებული ბრალეულობის ცნება, რაც შეესაბამება სხვა სამართლის სისტემებში არსებულ შეხედულებას⁸. აქედან გამომდინარე, ასევე მიზანშეწონილია სუბიექტური სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობის მიღება, თუ ბრალეულობის ცნება ამ თვალსაზრისით გაობიექტურებულია⁹. სუბიექტური პასუხისმგებლობის საპირისპიროდ ობიექტური პასუხისმგებლობა გამოირიცხავს ბრალეულობის გათვალისწინებას. ამ მდგომარეობის მიხედვით მოვალეს არ შეუძლია განთავისუფლდეს თავისი პასუხისმგებლობისაგან იმის მტკიცების გზით, რომ ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ვალდებულებების დარღვევა მისი ბრალით არ მომხდარა. ამ თვალსაზრისით სუბიექტური და ობიექტური პასუხისმგებლობა უნდა წარმოადგენენ იმ პოლუსებს, საითაც მიმართულია განხილვა.

III. სუბიექტური და ობიექტური სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობის მქონე მოდელები

გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის (BGB) მიხედვით ბრალეულობის მოთხოვნა ზოგადი გაგებით არის სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობის წინაპირობა¹⁰. ძირითად ნორმას წარმოადგენს გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის §276, რომელიც ადგენს, რომ მოვალე პრინციპულად პასუხს აგებს მხოლოდ განზრახვისა და გაუფრთხილებლობისათვის. ამ კონტექსტში სამოქალაქო კოდექსის §§ 278-ე და 279-ე განხილულ უნდა იქნეს როგორც გამოჩაკლისი დებულებები, რომლებიც ადგენენ ბრალისგან დამოუკიდებელ პასუხისმგებლობას დამხმარე პირების მონაწილეობის და სახეობითი ბრალის შემთხვევაში.

ვალდებულებითი სამართლის შემმუშავებელი კომისიის მიერ შე-
მოთავაზებული წინადადებები ამ კონცეფციას იცავს; საგარანტიო პასუ-
ხისმგებლობის განვრცობა განზრახული არ არის¹¹.

იგივე მდგომარეობაა მოვალის პასუხისმგებლობასთან დაკავშირე-
ბით პოლანდიის ახალ სამოქალაქო კოდექსში: მუხლები 6.74 და 6.75
ავალდებულებენ მოვალეს ანაზღაუროს ყოველი ზიანი, რომელიც შე-
უსრულებლობის გამო წარმოიქმნება, თუ კი მას შეუსრულებლობა
მიეწერება. ამგვარი მიწერის წინაპირობა კი არის ბრალეულობა, თუ
კანონიდან, გარიგებიდან ან ზოგადად აღიარებული შეხედულებიდან
სხვა რამ არ გამომდინარეობს¹². არსებით განსხვავებას გერმანული
სამართლისგან ამის მიხედვით წარმოადგენს მხოლოდ გამოკვეთილი
საკანონმდებლო დებულება, რომლის მიხედვითაც საგარანტიო პასუ-
ხისმგებლობა ზოგადად აღიარებული სამართლებრივი პრინციპებიდან
შეიძლება გამომდინარეობდეს¹³. ამას გარდა, პოლანდიის სამოქალაქო
კოდექსი 6.77-ე მუხლში არეგულირებს პასუხისმგებლობას ტექნიკურ
ნაწილზე, რომლის მიხედვითაც ის პრინციპულად აგებს პასუხს სა-
ხელშეკრულებო ვალდებულებების შესასრულებლად გამოყენებული სა-
შუალებების ვარგისიანობაზე¹⁴.

სხვა პრინციპებს მისდევს სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობის
რეგულირება Code civil-ში. მასში სახელშეკრულებო პასუხისმგებლო-
ბის ზოგადი რეგულირება ხარვეზებით განხორციელდა.¹⁵ Code civil-ის
1137-ე მუხლის მიხედვით ის პირი, ვისაც აკისრია საგნის (ნივთის)
შენახვა, ვალდებულია ამასთან აჩვენოს “bonpere de famille”-ს სიზუს-
ტე. Code civil-ის 1147-ე მუხლში კი, პირიქით, ნათქვამია, რომ მოვა-
ლემ პასუხი უნდა აგოს შეუსრულებლობაზე, თუ ის ვერ დაამტკიცებს,
რომ ამის მიზეზს წარმოადგენს “causa etrangere”, ხოლო Code civil-ის
1137-ე მუხლი ადგენს ბრალეულობის მასშტაბს, Code civil-ის 1147-ე
მუხლის საფუძველზე მოვალეს შეუძლია მხოლოდ ობიექტური მიზეზე-
ბის საშუალებით განთავისუფლდეს ვალდებულებისაგან და ამდენად,
იგი პასუხს აგებს თავის დაპირებაზე. აქედან გამომდინარე სახელშეკ-
რულებო პასუხისმგებლობის ზოგადი თეორია განავითარა Demogue-მ¹⁶.
მან განასხვავა “obligations de moyens” და “obligations de resultat”¹⁷.
პირველ შემთხვევაში მარტოოდენ ქცევის ვალდებულებები ეკისრებათ,
აქედან გამომდინარე მოვალე პასუხისმგებელია მხოლოდ მაშინ თუ იგი
არ დაიცავს ხელშეკრულებით შეთანხმებულ სიზუსტეს. მეორე შემ-
თხვევაში მოვალე გარკვეული შედეგის მიღწევას კისრულობს. თუ ეს
არ მოხდა, მაშინ მოვალემ უნდა დაამტკიცოს, რომ ეს აიხსნება “Cause
etrangere”-ით, რომელზეც ის პასუხს არ აგებს. ცალკეულ შემთხვევაში

ფრანგული თეორიის "Cause entrangere"-ს ცნება ერთის მხრივ აერთიანებს "force majeure"-ს და, მეორეს მხრივ, მევალის ან მესამე პირის ქმედებებს, რომლებიც ზიანის წარმოქმნას უწყობენ ხელს.¹⁸

სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობის განსაკუთრებული კონცეფცია გააჩნია 1942 წლის Codice civile-ს. მასში ცენტრალურ ნორმას წარმოადგენს Codice civile-ის 1218-ე მუხლი, რომლის მიხედვით მოვალე, რომელიც არ ასრულებს ვალდებულებას როგორც წესი და რიგია, ვალდებულია აანაზღაუროს ზიანი, თუ იგი არ დაამტკიცებს, რომ შეუსრულებლობის მიზეზია სახელშეკრულებო ვალდებულების განხორციელების შეუძლებლობა, რაზეც მოვალე პასუხს არ აგებს. ამის მიხედვით მოვალის პასუხისმგებლობისაგან განთავისუფლების წინაპირობაა სახელშეკრულებო ვალდებულების შესრულების ობიექტური შეუძლებლობა. ვიდრე ადგილი არ ექნება ამგვარ მოვლენას, მანამ მოვალე პასუხს აგებს მის მიერ მიცემულ პირობაზე¹⁹.

პასუხისმგებლობიდან განთავისუფლების პრინციპი, რომელიც საფუძვლად უდევს Codice civile-ს, ძალიან ახლოსაა პასუხისმგებლობის მოწყისრიგებებთან Common Law-ში. ზოგადად ეს "Common Law"-ში ნიშნავს, რომ სახელშეკრულებო ვალდებულება საგარანტიო ვალდებულებას ფუძნება (strict liability). ამის მიხედვით მოვალე პასუხისმგებელია მის მიერ ერთხელ მიცემული დაპირების საფუძველზე. თუმცა საგარანტიო პასუხისმგებლობა გარკვეულ შეზღუდვას განიცდის "doctrine of frustration"-ის მეშვეობით. ამის მიხედვით მოვალე პასუხს აგებს შესაძლებლისა და გათვალისწინებადის ფარგლებში მისი პირიდანდელი სახელშეკრულებო ვალდებულებისათვის²⁰.

გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის კონვენციას ნასყიდობის შესახებ საფუძვლად უდევს უპირატესი პასუხისმგებლობა სახელშეკრულებო ვალდებულებების შესრულებისათვის. თუმცა CISG-ის 79-ე მუხლი ითვალისწინებს ვალდებულებებისაგან განთავისუფლების შესაძლებლობას²¹. მის მიხედვით მოვალემ უნდა დაამტკიცოს, რომ შეუსრულებლობა იმ მიზეზითაა განპირობებული, რომელიც მოვალის გაელენის სფეროს მიღმა ძვეს და მისგან არ უნდა მოველოდეთ იმას, რომ იგი გაითვალისწინებს დაბრკოლების მიზეზს ან თავიდან აიცილებს და გადალახავს დაბრკოლების მიზეზს ან მის შედეგებს²². მსგავსივე პრინციპი შედის ლანდოს კომისიის ევროპის საკონტრაქტო სამართლის პრინციპების 108-ე მუხლის მესამე პუნქტში²³⁻²⁴.

მიმოხილვა სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობის კლასიფიკაციის შემთხვევაში ორი ძირითადი მიმართულების განსხვავებას გვაწვდის სუბიექტური პასუხისმგებლობა, რომელიც გერმანიის სამოქალაქო კო-

დექსისა (BGB) და პოლანდიის სამოქალაქო კოდექსისთვისაა (NBW) დამახასიათებელი, ემყარება იმას, რომ პროტესტმა ბრალის უქონლობის შესახებ მხოლოდ სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობის გაუქმება შეიძლება გამოიწვიოს. ამის საპირისპიროდ Code civile, Common Law და გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის კონვენცია ნასყიდობის შესახებ გულისხმობს დაბრკოლების მიზეზს; თუ არსებობს ეს მიზეზი, მაშინ პასუხისმგებლობისაგან განთავისუფლების გათვალისწინებაც ხდება. შუალედური მდგომარეობა უკავია ამის საპირისპიროდ Code civil-ს, რამდენადაც იგი იცნობს როგორც ობიექტურ (obligation de resultat) ასევე სუბიექტურ (obligation de moyens) სახელშეკრულებო ვალდებულებას.

IV. ბრალის გათვალისწინება სამართლებრივ მოდელებში ობიექტური სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობით

წინამდებარე მოსაზრებები მოწმობენ, რომ განსაკუთრებით Codice civile-ს 1218-ე მუხლი, Common Law და გაეროს კონვენცია ნასყიდობის შესახებ არ მიიჩნევენ ბრალს ამოსავალ წერტილად სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობისათვის. ამით ჯერ კიდევ არ არის ნათქვამი თამაშობს, თუ არა ბრალეულობის პრინციპი ამის გამო რაიმე როლს სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობაში. ამდენად საინტერესოა, ვრცელი განხილვა ეუბღენათ ბრალს ამ სამართლებრივ მოდელებში.

1. ობიექტური სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობიდან სუბიექტურ სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობისაკენ Codice civile-ში

ის გარემოება, რომ Codice civile-ს კონცეფციაში მოვალე მუდმივად პასუხისმგებელია ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ვალდებულებების შესრულებაზე, თუ ეს უკანასკნელი ობიექტურად ჯერაც შესაძლებელია, არ ნიშნავს, რომ იტალიურ სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობაში ბრალეულობის ელემენტი უცნობია. კანონის კონცეფცია Osti-ს უკავშირდება, რომელმაც თავისი აზრით შექმნა “ობიექტური თეორია”²⁵. ამის მიხედვით Codice civile-ს პასუხისმგებლობის მოწესრიგებები შეზღვენაირად უნდა აიხსნას. Codice civile-ს 1218-ე მუხლის გვერდით არსებობს Codice civile-ს 1176-ე მუხლი, რომელიც ადგენს სიზუსტის სტანდარტს და რომელშიც ნათქვამია, რომ მოვალემ თავისი

ვალდებულებების შესრულებისას “Buon padre di famiglia”-ს გულმოდგინება უნდა გამოაჩინოს. ამის მიხედვით Codice civile-ს 1218-ე მუხლი შეიცავს დანაშაულის შემადგენლობას, თუ საქმე ეხება სახელშეკრულებო ვალდებულებების შესრულებას. ვიდრე ჯერ კიდევ შესაძლებელია სახელშეკრულებო ვალდებულებების შესრულება, მოვალეს არ ძალუძს იმით აპელირება, რომ თითქოს მას არ მიუძღვის ბრალი სახელშეკრულებო ვალდებულების შეუსრულებლობაში. მაგრამ ბრალეულობა გათვალისწინებულ უნდა იქნეს იმ შემთხვევაში, როცა დასადგენია, უნდა მიეწეროს თუ არა მოვალეს ის გარემოება, რომელმაც განაპირობა სახელშეკრულებო ვალდებულების შესრულების შეუძლებლობა²⁶. დამოუკიდებელ მნიშვნელობას იძენს Codice civile-ს 1176-ე მუხლი სახელშეკრულებო ვალდებულებების შესრულების ჩარჩოებში. ამ ნორმამ უნდა განსაზღვროს, თუ რა გზით უნდა შეასრულოს მოვალემ ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ვალდებულებები²⁷.

ობიექტური თეორია უდავოდ შეესატყვისება საკანონმდებლო განჯერასვას²⁸. მის წარმოქმნას იგი უპირველესად ისტორიულ გარემოებებს უნდა უმაღლოდეს. იგი პირველი მსოფლიო ამის გამოცდილებით აიხსნება. გაუფიცვებმა, საომარი ქმედებების შედეგებმა, სახელმწიფოს ჩარევამ საწარმოო თავისუფლებებში თან მოიტანა ეკონომიკური ურთიერთობების საგრძნობი შეფერხება, რის გამოც (ვალდებულებებისაგან) განთავისუფლების სუბიექტური მიზეზების გათვალისწინებამ გამოიწვია სამართლებრივი ურთიერთობების მკაფიოდ გამოკვეთილი არასაიმედობა²⁹. ამდენად Codice civile-ს 1218-ე მუხლი შეიძლება გავიგოთ როგორც მცდელობა, აღადგინოს ბრუნვითი ეკონომიკისათვის საჭირო სამართლებრივი გარანტია. მართალია, ეს ნორმა, როგორც სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობის ამოსავალი წერტილი, თეორიის უმეტესი ნაწილისათვის ძალზე მკაცრი ჩანს³⁰. სუბიექტური თეორიით განსაკუთრებით Giorgiani-მ სცადა ბრალეულობა იტალიური სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობის ცენტრში დაეყენებინა³¹. Giorgiani აქამდე მიდის, ვარაუდობს რა, რომ Codice civile-ს 1218-ე მუხლი მხოლოდ იმგვარი ხელშეკრულების მიმართ შეიძლება იქნეს გამოყენებული, რომლებშიც მოვალე სახელშეკრულებო ვალდებულების შესრულების სწორედ დამატებითი შეუძლებლობის თავიდან აცილებას კისრულობს. ამგვარ მოვლენას ადგილი აქვს სახელშეკრულებო ვალდებულებების შესრულების შემთხვევაში, რომლებიც მოიცავენ გარკვეული ნივთის შექმნას, დაბრუნებას და სხვის საკუთრებაში გადაცემას³². მაგრამ თვით ამ სახელშეკრულებო ვალდებულებების შემთხვევაშიც კი ბრალეულობის პრინციპი თავის მნიშვნელობას ინარჩუნებს, რამდენადაც ნორმა შეიცავს ქცევის

წესს, რომლის მისხედვითაც მოვალეს დასჯირდება ძალისხმევა იძის-
თვის, რათა შეაფერხოს ობიექტური შეუსაძლებლობა. აქედან გამომდინა-
რე, სამართლებრივი ნორმების ერთობლიობა ვერ შემოიფარვლება იმით,
რომ მოითხოვოს მოვალისაგან ქცევა, რომელიც ობიექტური შეუსაძლებ-
ლობის წარმოქმნას შეაფერხებსო. მეეალეთა ინტერესების დასაცავო-
ფილებლად აუცილებელი ხდება ქცევის წესი, რომელიც უზრუნველ-
ყოფს, რომ მევალისათვის შესრულდეს სასჯელშეკრულეკო ვალდებულე-
ბები. ამგვარი ქცევის წესისათვის საფუძველს იგი ხედავს "diligentia"-
ში³³. Giorgiani-ს მიხედვით ქცევის წესები და "diligentia" ერთმანეთს
ემთხვევა, ასე რომ იგი თეორიაში სხვეთან ერთად აცხადებს, რომ
სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობა Codice civile-ში მოვალის ბრალს
ემყარებაო³⁴.

ამ შეხედულებას ეთანხმება ის, რომ კანონმდებელი Codice civile-ს
განსაკუთრებულ ნაწილში უამრავ ადგილას მოვალის პასუხისმგებლო-
ბას მის ბრალზე დამოკიდებულად აცხადებს. ასე მაგალითად, Codice
civile-ს 1494-ე მუხლის მიხედვით გამყოფეკის შეუძლია განთავისუფ-
ლდეს ზიანის ანაზღაურების ვალდებულებებისაგან ერთ-ერთი მხარის
პასუხისმგებლობის შემთხვევაში, აღებული ვალდებულებების შესრუ-
ლებაში ნაკლოვანებების გამო მხარის, თუ იგი დაამტკიცებს, რომ მან
ბრალის გარეშე არაფერი იცოდა ნაკლოვანებების შესახებ. მსგავს ნორ-
მებს შეიცავს სანარდო ხელშეკრულების სამართალი Codice civile-ს
1668-ე მუხლში, რის მიხედვითაც ზიანის ანაზღაურების პრეტენზია
ერთ-ერთი მხარის პასუხისმგებლობის შემთხვევაში აღებული ვალდე-
ბულების შესრულებაში ნაკლოვანების გამო ვარაუდობს მწარმოებლის
ბრალეულობას. და ბოლოს, შემნახველს ობიექტური პასუხისმგებლობა
ეხება მხოლოდ შენახული ნივთის დაბრუნების შესაძლებლობის თეალ-
საზრისით (Codice civile მუხლი 1780), მაგრამ არა შენახვის შემთხვე-
ვაში ზოგადი ვალდებულებების გამო.

ამასთან ბრალეულობის პრინციპი სასამართლო პრაქტიკაში დიდი
მნიშვნელობისაა, თუ ქმედებანი ხელშეკრულების საგანს წარმოადგენენ.
ამდენად სასამართლო პრაქტიკამ გადმოიღო ფრანგული სამართლისა-
გან მომდინარე განსხვავება obligations de resultat-ის (obligationi di
risultato) და obligations de moyens (obligationi di mezzo)-ის მიხედვით³⁵.
Obligationi di risultato-ს, მამასადამე შედეგის ვალდებულებების, შემ-
თხვევაში საკმარისია, თუ მეეალე დაამტკიცებს, რომ არ იქნა მიღებუ-
ლი ხელშეკრულებით ნაკისრი შედეგი, ასე რომ მოვალეს პრინციპში
შეუძლია გათავისუფლდეს თავისი პასუხისმგებლობისაგან მხოლოდ Codice
civile -ს 1218-ე მუხლის ფარგლებში³⁶. თუ მხოლოდ obligationi di

mczzo, ე.ი. ქცევის კალდებულებები ქმნიან ხელშეკრულების საგანს, მაშინ ბრალეულობის პრინციპი სრულად ამოქმედებას იწყებს, რამდენადაც მოვალის პასუხისმგებლობის გათვალისწინება მხოლოდ მაშინ ხდება, თუ იგი სახელშეკრულებო ვალდებულებებს ჩვეული სიზუსტით (გულმოდგინებით) არ ასრულებს³⁷.

ბრალისაგან დამოუკიდებელი პასუხისმგებლობის მტკიცე შემთხვევების ჯგუფებს იტალიურ სამართალში განეკუთვნებიან, უპირველეს ყოვლისა, შესყიდვის უპირატესი ვალდებულებები ფულადი და გვარეობითი ნივთებიდან წარმოშობილი ვალდებულების ან საგარანტიო პრეტენზიები საგარანტიო სამართალში, რაც ასევე შეესაბამება სამართლებრივ მდგომარეობას გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის (BGB) მიხედვით³⁸. ამდენად ვლინდება, რომ სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობამ იტალიურ სამართალში, თუმცა კი იგი ჩაფიქრებული იყო როგორც ობიექტური პასუხისმგებლობა, ფართო სივრცე დაუთმო ბრალეულობის პრინციპს.

2. თითქმის გამოუყენებელი ბრალეული პასუხისმგებლობა Common Law-ს სახელშეკრულებო სამართალში

ობიექტური სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობის მეორე მაგალითის სახით გამოდგება Common Law. საყოველთაოდ მიღებული შეხედულების მიხედვით სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობა ამ სამართლებრივ წრეში ემყარება გარანტიას, ასე რომ ბრალეულობა ამ შემთხვევაში პრინციპულ როლს არ თამაშობს³⁹. ეს მოსაზრება Ranieri v. Mileის შეხედულებებს ემთხვევა: “აქსიომაა ის, რომ ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნასთან მიმართებაში ხელშეკრულების დარღვევისათვის, ზოგადად უმნიშვნელოა, თუ რატომ ვერ შეასრულა მოპასუხემ თავისი ვალდებულებები და, რა თქმა უნდა, არ არსებობს გამამართლებელი არგუმენტი იმის სახით, რომ მან გააკეთა ყველაფერი, რაც კი შეეძლო”⁴⁰. ამ მოსაზრების დასაბუთება მხოლოდ მაშინაა შესაძლებელი, როცა საქმე ეხება ფულად ვალს, რადგან მოვალეს არ შეუძლია გათავისუფლდეს პასუხისმგებლობისაგან, რამდენადაც იგი ვალის გარეშე გადახდის სირთულეებს აწყდება⁴¹. ბრალისაგან დამოუკიდებელი პასუხისმგებლობა ამასთან არსებობს სერიული ნივთების მიწოდების ვალდებულების შემთხვევაში⁴². იგივე ითქმის პრინციპში სახელშეკრულებო საგნის ნაკლის შემთხვევაში; ამავე დროს არაარსებითია, საქმე ეხება ყიდვის ხელშეკრულებას თუ ქირაუნობის ხელშეკრულებას.⁴³

სხვაგვარი ვითარებაა ინგლისურ სამართალში მიწის ყიდვის ან იჯარით აღების შემთხვევაში. რადგან ამ სფეროში პრინციპი *caveat emptor* მოქმედებს, სასამართლოებში არსებობს ტენდენცია, ზოგჯერ გამყიდველს აკისრებენ სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობას ბრალის შემთხვევაში⁴⁴ აქედან გამომდინარე, *Common Law*-ში ვამუყუბულია პრინციპი, რომ მან, ვინც იკისრა ვალდებულება გარკვეული მომსახურების გაწევის შესახებ, ეს უკანასკნელი უნდა შეასრულოს "reasonable care and skill"-ის გათვალისწინებით.⁴⁵

1982 წლის ბრძანებულება "Supply of Goods and Services Act"-ის შესახებ (იხ. 13) ინგლისში მკაფიოდ ადგენს პასუხისმგებლობას, რომელიც ემყარება მიმწოდებლის ბრალეულობას და ბოლოს, ყურადღებას იმსახურებს ის, რომ ბრალეულობა ზოგადად სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობის შემთხვევაში იძენს მნიშვნელობას, რამდენადაც გასარკვევია ის, აგებს თუ არა პასუს მოვალე შეუსრულებლობის განმაპირობებელ დაბრკოლების მიზეზზე⁴⁶.

ყოველივე ამით ჩანს, რომ პირველი შთაბეჭდილება არ დასტურდება და *Common Law*-შიც ბრალეულობა სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობის ელემენტს წარმოადგენს. რა თქმა უნდა, შეუძლებელია იმის უარყოფა, რომ ინგლისურ თეორიაში ბრალეულობას სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობის შემთხვევაში, როგორც დოგმატურ კატეგორიას, აქამდე მხოლოდ მცირე მნიშვნელობა ენიჭებოდა⁴⁷. ერთის მხრივ ამის მიზეზი შესაძლოა იმაში მდგომარეობს, რომ სასამართლო პრაქტიკამ ამჯობინა "implied terms"-ის შესახებ შემოხვევიდან შემთხვევამდე განესაზღვრა, თუ როგორი სიზუსტე უნდა დაიცვას მოვალე ხელშეკრულებათა შესრულებისას⁴⁸. მეორეს მხრივ ჩანს, რომ აქ სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობის განვითარების ისტორიას ენიჭება დიდი მნიშვნელობა. წინა პლანზე იდგა დაპირება, რომლის შეუსრულებლობაც უკვე თავისთავად ხელშეკრულების დარღვევას იწვევდა. ამ შეხედულებას მივყავართ რისკის მკაცრ, მაგრამ მკაფიოდ გამოკვეთილ განაწილებამდე და ამით სამართლებრივი ურთიერთობის განვითარებისკენ პრივილეგიებისაკენ⁴⁹. ეს მკაცრი შეხედულება, ალბათ, თუნდაც იმის გამოც მოიკიდებდა ფართოდ ფეხს, რომ სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობა ძირითადად ნასყიდობის ხელშეკრულებაზეა ორიენტირებული, რომლის შემთხვევაშიც უფრო გამართლებულია პასუხისმგებლობა უპირატესი შესყიდვის უფლებაზე. მაგრამ სწორედ "doctrine of frustration" გვიჩვენებს, რომ თვით აქ გარკვეული შეზღუდვების განხორციელებაა აუცილებელი.

3. ნასცილობის შესახებ გაეროს კონვენციის ზომიერი ობიექტური პასუხისმგებლობა

ობიექტური სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობის მოდელებს შორის გაეროს ზემოსსწრებულ კონვენციას შეუძლია გარკვეული განმარტებები მოგვეცეს ბრალეულობის პრინციპის მნიშვნელობის შესახებ. CISG-ის 79-ე მუხლი დაკავშირებულია არა მხოლოდ შეუძლებლობის ნიშანთან, არამედ ამოდის დაბრკოლების მიზეზიდან, რომელიც მოვალის ზეგავლენის სფეროს ფარგლებს მიღმა ძვეს. ეს ნორმა ემყარება ე.წ. “სფეროების თეორიას”, რომლის მიხედვითაც მოვალე პასუხისმგებელია სახელშეკრულებო ვალდებულებების შესრულების შეფერხების შემთხვევაში, რომელიც მისსავე სფეროში წარმოიქმნა⁵⁰. მოვალის პასუხისმგებლობის მასშტაბი განისაზღვრება ამდენად არა მისი ქცევით, არამედ იმ სფეროთი, საიდანაც მომდინარეობს ვალდებულებების შესრულების შეფერხება. ამდენად ფრანგულ სამართალთან სტრუქტურული თანხვედრა შეიმჩნევა, რამდენადაც იქ შესაძლებელია მოვალის განთავისუფლება ვალდებულებისგან, თუ მას “cause étrangère”-ის მოხმობა შეუძლია⁵¹. უნდა მიეკუთვნოს თუ არა ვალდებულების შესრულების შეფერხება მოვალის სფეროს, შეიძლება დადგინდეს მხოლოდ ხელშეკრულების შინაარსის და იმის გათვალისწინების გზით, რაც სახელშეკრულებო მხარეებს კეთილგონიერულად ექნებოდათ შეთანხმებული⁵². მაგრამ პასუხისმგებლობის განაწილება სფეროების მიხედვით არ ნიშნავს, რომ სუბიექტური ელემენტები გაუთვალისწინებელი რჩება. ამას შედეგად მოსდევს ის, რომ ვალდებულებისგან განთავისუფლება იმას ევალება, ვისი სფეროდანაც მომდინარეობს ვალდებულების შესრულების შეფერხება. ნორმა საამისოდ სუბიექტურ ელემენტებს მიმართავს. თუ არსებობს შეფერხების მიზეზი, მაშინ უნდა ვიკითხოთ, შეეძლო თუ არა გაუთვალისწინებინა მას ეს მიზეზი ხელშეკრულების დადებისას ან შეიძლება თუ არა მისგან მოველოდეთ იმას, რომ იგი თავიდან აიცილებს ამ მიზეზს ან გადალახავს მის შედეგებს.

ამის მიხედვით გათვალისწინებულ უნდა იქნეს არა ნებისმიერი ბრალეულობა და შეიძლება იხიცი კი მოხდეს, რომ მოვალე პასუხისმგებელი იქნება, როცა საქმე ეხება ვალდებულების შესრულების სრულიად დაუძლეად დაბრკოლებას⁵³. მაგრამ პასუხისმგებლობა საკუთარი სფეროსთვის მსუბუქდება, მოქმედებს რა, თუნდაც შეზღუდულად, ბრალეულობის პრინციპი⁵⁴.

ამდენად, შეიძლება იმის დადგენა, რომ გაეროს კონვენცია სახელ-

შეკრულებო პასუხისმგებლობის მოწესრიგების შემთხვევაში ბრალეულობის ელემენტებს მოიცავს. ეს განსაკუთრებული აღნიშვნის ღირსია, რადგან კონვენცია მხოლოდ ნასყიდობის სამართალზეა მორგებული და უპირატესი შესყიდვის უფლების იქ დამკვიდრებული მნიშვნელობის გამო უფრო იოლი იქნებოდა უარის თქმა ბრალეულობის ნიშანზე, რადგან ფარგლებს გადასული სამართლებრივი ურთიერთობების დროს მასზე დიდი მოთხოვნა არსებობს: აქედან გამომდინარე, გაეროს ნასყიდობის სამართალი ადრესატთა გარკვეულ წრეზეა ორიენტირებული, მათ ზოგადად საქმიანი გამოცდილება და კომპეტენცია გააჩნიათ, ასე, რომ მათგან უნდა მოველოდეთ, რომ ხელშეკრულების შესრულებისას ისინი უკეთ განჭვრეტენ მოსალოდნელ რისკს.⁵⁵ თუმცა ბრალეულობის ელემენტების გამოყენება ობიექტური სიზუსტის მასშტაბის მეშვეობით შეიძლება კიდევ აკმაყოფილებდეს ამ გარემოებებს და მან ამავე დროს შესაძლოა რისკის დიფერენცირებული განაწილება დაამკვიდროს.

საბოლოო ჯამში სხვადასხვა სამართლებრივი სისტემების ნიმუშები ობიექტური სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობით გვიჩვენებენ, რომ ეს სამართლებრივი სისტემები არ უარყოფენ ბრალეულობას, როგორც სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობის ელემენტს. თუ არსებობს ქცევის ვალდებულებები, მაშინ პასუხისმგებლობა მხოლოდ იმის მიხედვით განისაზღვრება, მოცემულია თუ არა ბრალეულობა. აქ არ არსებობს სხვაობა ობიექტურ და სუბიექტურ სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობებს შორის. მაგრამ სხვა ვალდებულებების შემთხვევაშიც მოვალემ პასუხი უნდა აგოს თავის დანაპირზე. პასუხისმგებლობისაგან განთავისუფლება შეუსრულებლობის შემთხვევაშია შესაძლებელი. იმ დროს, როცა გაეროს კონვენცია დასაშვებად მიიჩნევს პროტესტს არაბრალეულობის შესახებ შეზღუდული მოცულობით, მოვალეს შეუძლია შეუზღუდავად აღძრას პროტესტი Codice civile-ს პასუხისმგებლობითი სამართლის მიხედვით.

V. ბრალეულობის პრინციპი სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობის ვალდებულებათა სისტემაში

მოტანილი მოსაზრებები ნათლად გვიჩვენებენ, რომ ბრალეულობის პრინციპს იმ სამართლებრივ მოდელებში, სადაც ობიექტური პასუხისმგებლობა წინა პლანზე დგას, უფრო მეტი მნიშვნელობა ენიჭება, ვიდრე ეს თავდაპირველად შეიძლება მოგვეჩვენოს. განხილვისას მკაფიოდ იკვეთება ურთიერთკავშირი ცალკეულ სახელშეკრულებო მოვალეობებს

და სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობას შორის. ამდენად ფართო გაგების მიზნით უნდა გადაისინჯოს ბრალეულობის ფუნქცია ცალკეული სახელშეკრულებო ვალდებულებების შემთხვევაში. საამისოდ შემდგომი დანაწევრება გამოდგება. თავდაპირველად შესწავლილ უნდა იქნეს შედეგის ვალდებულებები, შემდგომ ქცევის ვალდებულებები და ბოლოს დაცვის ვალდებულებები, რომლებიც შეიძლება სახელშეკრულებო ურთიერთობაში არსებობდეს, აქვე უნდა შევნიშნოთ, რომ ეს განსხვავება არ ითვალისწინებს, მევალესა და მოვალეს შორის არსებულ სამართლებრივ ურთიერთობებში ძირითად ვალდებულებებს ენება საქმე თუ მეორად ვალდებულებებს. ამ კონტექსტში არსებითია მხოლოდ ის, მიმართავს თუ არა სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობის მოდელი ამ ვალდებულებების შესრულების დროს ბრალეულობის პრინციპს.

1. შედეგის ვალდებულებები

შედეგის ვალდებულებებია ისეთი ვალდებულებები, რომელთა შემთხვევაშიც მოვალე იძლევა საგარანტიო პირობას, რომ იგი კისრულობს პასუხისმგებლობას ხელშეკრულებით დასახული მიზნის შესრულებაზე. ასეთი სახის ვალდებულებები გამართლებულია იქ, სადაც მოვალეს საერთოდ ძალუქს გათვლადი რისკის გათვალისწინებით უზრუნველყოს სახელშეკრულებო ვალდებულებების შესრულებისათვის დასახული მიზნების განხორციელება⁵⁶.

ამდენად, შედეგის ტიპურ ვალდებულებებს განეკუთვნება პასუხისმგებლობა ფულადი და გვარობითი ნივთებისათვის ან საგარანტიო პასუხისმგებლობა ნივთის ნაკლის გამო. თანდათან ვლინდება ის ვითარება, რომ ამ საკითხებთან დაკავშირებით სამართლებრივი სისტემები იმგვარად უახლოვდებიან ერთმანეთს, რომ მოვალე გარანტიას იძლევა სახელშეკრულებო ვალდებულების შესრულების შედეგზე⁵⁷. შედეგის ვალდებულების ბუნებაშია, რომ სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობა, რომელიც წინა პლანზე აყენებს ობიექტურ პასუხისმგებლობას, განსაკუთრებით ასეთ ვალდებულებებს აერთიანებს, რადგან იგი გამორიცხავს სუბიექტური მოსაზრებების გათვალისწინებას შედეგის მიულწევლობის შემთხვევაში. სამართლებრივი სისტემები კი, რომლებიც ბრალეულობის პრინციპს წინა პლანზე აყენებენ, ამდენად, საჭიროებენ შემზღუდავ ნორმას (§279, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი) ან სახელშეკრულებო შეთანხმების შესაბამის განმარტებას⁵⁸.

2. ქვევის ვალდებულებები

Common Law-ის შესახებ მოტანილი მსჯელობები ნათლად მოწმობენ, რომ სახელშეკრულებო სამართალი არ იფარგლება სახელშეკრულებო ვალდებულებებით, რომელთა საგანს წარმოადგენს სახელშეკრულებო ვალდებულებების შესრულების შედეგი, არამედ შესაძლოა მხოლოდ სახელშეკრულებო ვალდებულებების შესასრულებელი ქმედების აუცილებლობა არსებობდეს⁵⁹. მაგრამ არსებობს ზოგიერთი მოსაზრება, რომლებიც სახელშეკრულებო ვალდებულებების დამოუკიდებელი კატეგორიის არსებობას სადავოდ მიიჩნევენ ან, სულ მცირე, ეჭვქვეშ აყენებს მათ მნიშვნელობას⁶⁰. ამგვარი სახელშეკრულებო ვალდებულებების შემთხვევაში მხოლოდ სახელშეკრულებო ვალდებულების შესასრულებელი ქმედების განხორციელება მართებთ. არსებობს საპირისპირო მოსაზრება, რომ თვით მომსახურების ვალდებულებები შედეგთან მიმართების მქონე სახელშეკრულებო ვალდებულებებს წარმოადგენს და ამდენად არა მხოლოდ მომსახურების გამწვევის ქცევის, არამედ სახელშეკრულებო ვალდებულების შესრულების შედეგის აუცილებლობაც არსებობს⁶¹. ამგვარი მოსაზრებების მიხედვით სახელშეკრულებო ვალდებულებების შესრულების შედეგის არმიღება ან მომსახურების გამწვევის პასუხისმგებლობას უნდა იწვევდეს და ამით მათ ამ შედეგის მისაღწევად გარკვეული რისკის გაწვევასაც აიძულებდეს⁶². ან შედეგის ცნება ჰკარგავს ჩვეულებრივ მისთვის მიწერილ შინაარსს. შედეგი ზოგადად მოიაზრება როგორც გარკვეული ხდომილება. ეს მართლაც ასეა თუ არა, ამგვარი გაგების შემთხვევაში შეფასებითი დასკვნის გარეშე ძნელი დასადგენია. თუ ხდომილება არ წარმოადგენს ხელშეკრულების საგანს, მაშინ საჭიროა შეფასებითი დასკვნა, ვარგისია თუ არა ეს ქმედებები შედეგის მისაღწევად, რამდენადაც შეიძლება არსებობდეს შესაძლებლობა, რომ მოვალემ შეასრულა ხელშეკრულებით განსაზღვრული ვალდებულებები, თუმცა დასახული შედეგი მიღწეული არ იქნა. ამით კი კვლავ ქცევის ვალდებულების დადგენასთან აღმოვჩნდებით. ამიტომ გარკვეული შედეგი ქცევის ვალდებულების შემთხვევაში შეიძლება სახელშეკრულებო ვალდებულების შესრულების ქმედების მიზანი იყოს, მაგრამ არა სახელშეკრულებო ვალდებულების საგანი. ქცევის ვალდებულებისას ვალდებულების შესრულება მოიწურება ქცევის გარკვეული სტანდარტის დაცვით. ხელშეკრულებით შეთანხმებული ქცევის მოთხოვნების გაუთვალისწინებლობა შეესატყვისება სახელშეკრულებო ვალდებულების შესასრულებელი შეთანხმებული ქმედების ბრალეულ შეუს-

რულელობას. ამდენად ჩნდება ორმაგი ფუნქცია, რომელიც ბრალეულ-ლობაში გვხვდება. ერთი მხრივ იგი ფუნქციონირებს როგორც მოვალისათვის პასუხისმგებლობის მიწერის ზოგადი კრიტერიუმი, მეორე მხრივ იგი ადგენს ვალდებულების შინაარსს სიზუსტის ვალდებულებების დარღვევასთან გაიგივების გზით⁶³.

ეს შეხედულება გერმანულ სამართალში სირთულეებს არ ქმნის, რადგან გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 276-ე პარაგრაფი ქცევის ვალდებულების შინაარსს გამოხატავს ურთიერთობისათვის მართებული სიზუსტით. შესაბამისი მოსაზრება უდევს საფუძვლად ფრანგულ თეორიაში არსებულ განსხვავებას⁶⁴. Codice civile ანგარიშს უწევს 1176-ე მუხლის გამოყენების ფაქტს, რომლის მიხედვითაც მოვალემ უნდა გაითვალისწინოს “diligenza del buon padre di famiglia”. Common Law მოითხოვს, რომ მოვალემ სახელშეკრულებო ვალდებულებები “reasonable care and skill”-ით შეასრულოს⁶⁵. როგორც ჩანს, გაეროს ნასყიდობის სამართალი ამ მოსაზრებას არ ითვალისწინებს, რადგან CISG-ის 79-ე მუხლი არ განასხვავებს შედეგის და ქცევის ვალდებულებებს. თუმცა ნორმის გამოყენება ვარაუდობს, რომ მოვალემ თავისი ერთ-ერთი სახელშეკრულებო მოვალეობათაგანი არ შეასრულა⁶⁶. გაეროს კონვენცია ამდენად არ შეიცავს ზოგად მასშტაბს სახელშეკრულებო ვალდებულებების შესასრულებელი ქმედების მოთხოვნებთან დაკავშირებით, რისი მიზეზიც უეჭველია იმაში მდგომარეობს, რომ ნასყიდობის სამართლებრივი ვალდებულებები უმეტესად არ წარმოადგენს საქმიანობის ვალდებულებებს⁶⁷. მაგრამ ეს არ ნიშნავს, რომ ეს განსხვავება გაეროს ნასყიდობის სამართლის ჩარჩოებში ზედმეტია⁶⁸. CISG-ის 85-ე მუხლით მოცემულია სახელშეკრულებო ვალდებულება, რომელიც არ წარმოადგენს შედეგის ვალდებულებას, რამდენადაც გამყიდველმა უნდა გაატაროს საქონლის დაცვისთვის მიზანშეწონილი ღონისძიებები. მხარეებს შემდგომ შეუძლიათ ქცევის ვალდებულებები ხელშეკრულების საგნად აქციონ, ამასთან ნასყიდობის კონვენციის მიხედვით უნდა განისაზღვროს, ადგილი აქვს თუ არა სახელშეკრულებო ვალდებულების დარღვევას. იმის გასარკვევად, თუ რა წარმოადგენს სახელშეკრულებო ვალდებულების შინაარსს, როცა სახელშეკრულებო ვალდებულება სახეზეა, კონვენცია გვთავაზობს ასეთ შემთხვევებში მივმართოთ CISG-ის მე-7 მუხლს და ამით ერთგულებისა და ნდობის პრინციპს⁶⁹, რაც საბოლოოდ შეიძლება მხოლოდ იმას ნიშნავდეს, რომ მოვალეს მართებს სიზუსტე, რომელიც სახელშეკრულებო რისკის განაწილების გათვალისწინების გზით მიღწევა⁷⁰.

გაეროს კონვენციის მოდელი თვალნათლივ გვიჩვენებს, რომ ბრა-

ლეულობის პრინციპის უკანა პლანზე გადაწევა მხოლოდ იმ შემთხვევაშია შესაძლო, თუ შედეგის ვალდებულებებს სახელშეკრულებო მხარეების ვალდებულებათა სისტემაში წამყვანი ადგილი უჭირავთ. ზოგად სახელშეკრულებო სამართალში, რომელშიც ქცევის ვალდებულებები რეგულარულად უდიდეს წილს შეადგენს, ბრალეულობა, როგორც ჩანს, აუცილებლობას წარმოადგენს.

3. დაცვის ვალდებულებები

ქცევის და შედეგის ვალდებულებების გვერდით არსებობს სხვა ვალდებულებები, რომლებიც არა მხოლოდ სახელშეკრულებო ვალდებულებების შესრულებაზე, არამედ ქონების და სახელშეკრულებო მხარეების პიროვნული ხელშეუხებლობის შენარჩუნებაზეა ორიენტირებული. მაგრამ ამ ვალდებულებების შემთხვევაში, რომელთაც ზოგადად დაცვის ვალდებულებებს უწოდებენ, მთლად ნათელი არ არის, მართლაც და სახელშეკრულებო ვალდებულებებს ეხება თუ არა საქმე. არსებობს ეჭვი მიმართებების დამყარების თაობაზე, რადგან ამით დელიქტური და სახელშეკრულებო მოვალეობის საწყისი განსხვავებულობა შეუმჩნეველი რჩება. ეს ძირითადი სხვაობა იმ ვარაუდს ემყარება, რომ დელიქტური ვალდებულებების შემთხვევაში საქმე ეხება კანონიერი ძალის მქონე გამოსწორების ვალდებულებებს, მაშინ როდესაც სახელშეკრულებო ვალდებულებები იურიდიული მორიგეობით დაფუძნებული ხელშეკრულების ქმედებების შესრულების ვალდებულებებს წარმოადგენენ⁷¹. დაცვის ვალდებულებები, რომლებსაც ხელშეუხებლობის უზრუნველყოფა ეკისრებათ, ამ სქემაში დელიქტურ სამართალს მიეკუთვნება. მიუხედავად იმ კრიტიკისა, რომელიც მიმართულია დაცვის ვალდებულებების სახელშეკრულებო ვალდებულებების წრისთვის მიკუთვნების წინააღმდეგ⁷², ეს დოგმატიური მოვლენა გერმანული სამართლის მტკიცე შემადგენელია. *Culpa in contrahendo*-ს და ინსტიტუტების გარეშე, რომლებიც სამართლებრივი განვითარების პროცესში ჩამოყალიბდა, ბრალის სამართლის დოგმატიკა უკვე წარმოდგენილია⁷³. ამასთან ბრალეულობის სამართლის რეფორმის ჩარჩოებში გათვალისწინებულია მისი კანონით განმტკიცება⁷⁴. რამდენადაც პოზიტიური სახელშეკრულებო დარღვევა მუდმივად გულისხმობს ბრალეულობას, გერმანულ სამართალში დაცვის ვალდებულებები ქცევის ვალდებულებებს წარმოადგენენ.⁷⁵

სახელშეკრულებო მხარეების დაცვის მოთხოვნა არა მხოლოდ

გერმანული სამართლისათვის დამახასიათებელი მოვლენაა, არამედ მან ასახვა ჰპოვა იტალიურ სამართალშიც “obligatione di protezione”-ს ცნების ქვეშ⁷⁶. სამართლებრივ საფუძველს აქ წარმოადგენს ერთგულების და ნდობის პრინციპი, რომლებიც ასახულია 1175-ე და 1137-ე, 1366-ე, 1375-ე მუხლებში⁷⁷. დაცვის ვალდებულებების დარღვევას მოსდევს 1218-ე მუხლის გამოყენება; ასე, რომ მოვალემ უნდა დაამტკიცოს, რომ იგი არ არის პასუხისმგებელი დარღვევაზე. ფრანგულ სამართალში არსებობს ასევე შესაბამისი obligation de securite. ეს უკანასკნელი შეიძლება წარმოდგენილი იყოს როგორც obligation de resultat-ის ფორმით, ასევე obligation de moyens-ის ფორმით⁷⁸. უკვე 1911 წლის 21 ნოემბრის ცენტრალურ გადაწყვეტილებაში cour de cassation-მა დაადგინა, რომ გადაყვანს ვალდება მგზავრის დანიშნულების ადგილზე “sa in et sauf” გადაყვანა, ამასთან მან მიიღო შედეგის ვალდებულება⁷⁹. უმეტეს წილად ფრანგულ სამართალში დაცვის ვალდებულებების შემთხვევაში საქმე ეხება ქცევის ვალდებულებებს⁸⁰.

Common Law დაცვის ვალდებულებებს პრინციპულად დელიქტურ სამართალს მიაკუთვნებს. სასამართლო პრაქტიკა ადგენს სახელშეკრულებო მეორად ვალდებულებებს, ამოდის რა implied term-იდან⁸¹. თუმცა მას არ მიეკუთვნება დაცვის ვალდებულებები, თუ ისინი ხელშეკრულების ბუნებაში არაა ჩადებული⁸². ყოველივე ეს იქამდე მიდის, რომ დაქირავებულ მუშას მხოლოდ დელიქტური სამართლის საფუძველზე შეუძლია მისთვის სამუშაოს მიმცემის მიერ დაცვის ვალდებულებების დარღვევის შემთხვევაში საქმის აღძვრა⁸³. ამის მიღმა დგას ის მოსაზრება, რომ სამუშაო ადგილზე ფიზიკური ხელშეუხებლობის დარღვევას უფრო მეტი რამ აქვს საერთო უბედურ საგზაო შემთხვევასთან, ვიდრე სახელშეკრულებო ვალდებულებების შეუსრულებლობასთან⁸⁴. დაცვის ვალდებულებები სახელშეკრულებო სამართალში ხელშეკრულებით გათვალისწინებული მაგალითის სახით იმგვარად ჩნდება, რომ მყიდველს აქვს ანაზღაურებაზე პრეტენზიის უფლება, თუ იგი შესაძენი ნივთების დეფიციტის გამო პირად ხელყოფას განიცდის. ასეთ შემთხვევებში არსებობს ბრალისაგან დამოუკიდებელი პასუხისმგებლობა⁸⁵.

კონტინენტური ევროპის სამოქალაქო სამართალსა და Common Law-ს შორის აზრთა სხვადასხვაობის პირობებში სულაც არაა გასაკვირი, რომ არსებობს დავა იმის თაობაზე, მოიცავს თუ არა ნასყიდობის სამართალი დაცვის ვალდებულებებსაც⁸⁶. კონვენციაში არაა მოცემული შესაბამისი ნორმები და ამას ემატება ისიც, რომ CISG-ის მე-5 მუხლი გამორიცხავს კონვენციის გამოყენებას გამყიდველის პასუხისმგებლობასთან მიმართებაში, თუ საქონელი პიროვნების სიკვდილის და სხეუ-

ლის დაზიანების მიზეზს წარმოადგენს. ნორმის ტექსტი და მიზანი არ ეწინააღმდეგება დაცვის ამგვარ ვალდებულებებს. რამდენადაც ნორმის ტექსტი მიმართებაშია მხოლოდ ზიანთან, რომელიც განაპირობა საქონელმა, და არა სხვა დარღვევებთან.⁸⁷ ნორმის მიზეზში ამ შემთხვევაში უნდა შეაფერხოს უხარისხო პროდუქციის გამოწვეული ზიანისათვის პასუხისმგებლობის ნაციონალურ სამართალთან გადაკვეთები⁸⁸. ამიტომ გაეროს ნასყიდობის კონვენციაში დაცვის უფლებების სასარგებლოდ მით უფრო მეტად მეტყველებს ის, რომ დაცვის უფლებების გაჩენა ზოგად დოგმატურ განვითარებას უპირისპირდება, რომელსაც სახელშეკრულებო ვალდებულებები არ დაჰყავს სახელშეკრულებო შესრულების უბრალო გაცვლა-გამოცვლაზე. მასში კონკრეტდება ერთგულების და ნდობის მოთხოვნა (ცნება), რომელიც მოიცავს ზუსტი ქმედების ვალდებულებას სახელშეკრულებო მხარეების ქონების სფეროში ხელშეკრულების შესრულების გაცვლა-გამოცვლის განხორციელებისას⁸⁹. სწორედ აქ შეიძლება იყოს ინგლისურ სამართალში სახელშეკრულებო დაცვის ვალდებულებების არასაკმარისი განვითარების მიზეზი, ეს ვალდებულებები არსებობს სასაქონლო დეფექტებისაგან დამოუკიდებლად, რადგან ერთგულების და ნდობის პრინციპს ინგლისური სამართალი არ იცნობს⁹⁰. გაეროს ნასყიდობის კონვენციაში კი ეს პრინციპი სწორედ მე-7 მუხლშია მოცემული. ამ მიზეზის გამო სახელშეკრულებო მხარეებს ამგვარი პრეტენზიის უფლება უნდა მიენიჭოთ, თუ ეს მიზეზი კონვენციის საერთაშორისო ხასიათს და მის ერთიან გამოყენებას, ასევე საერთაშორისო კომერციაში კეთილი ნდობის დაცვა-შენარჩუნებას არ ეწინააღმდეგება⁹¹. როცა საქმე ეხება დამოუკიდებელი დაცვის ვალდებულებებს, რომლებიც სახელშეკრულებო ვალდებულებების შესრულების ხელშეკრულებისადმი საწინააღმდეგო ხასიათიდან გამომდინარეობს, კვლავაც უნდა განისაზღვროს დაცვის ვალდებულებების სტანდარტი ერთგულებისა და ნდობიდან გამომდინარე. ამდენად ნასყიდობის კონვენციის გამოყენების დროსაც ბრალეულობის პრინციპს უნდა მიეპართოთ.

მოტანილი მოსაზრებები მოწმობენ, რომ დაცვის ვალდებულებების არსებობა, რომლებიც შეიძლება დაიყოს თავის მხრივ შედეგის ვალდებულებებად და ქცევის ვალდებულებებად, უკანასკნელ შემთხვევაში კვლავ საჭიროებენ პასუხისმგებლობის სტანდარტს. მხოლოდ იმ შემთხვევაში, როცა დგინდება, არსებობს თუ არა სიზუსტის ვალდებულების დარღვევით სახელშეკრულებო ვალდებულება, ჩნდება მოვალის პასუხისმგებლობა. ნორმები, რომლებიც მისადაგებულია ვალდებულებების შესრულების მიღწევაზე, ამ მიზეზობრივ კავშირს ფარავს.

VI. სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობა ზოგად სახელშეკრულებო სამართალში

მოტანილი მოსაზრებები გვამცნობენ, რომ ობიექტური და სუბიექტური სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობის სისტემები ერთმანეთს უახლოვდება, მსუბუქდება რა პირველ შემთხვევაში პასუხისმგებლობა ბრალის გათვალისწინებით, ხოლო მეორე შემთხვევაში ბრალის შეზღუდვის გზით პასუხისმგებლობა უფრო მკაცრდება. მაგრამ რამდენადაც ეს მიახლოება არამცდარაა არ ნიშნავს მსგავსებას პასუხისმგებლობის კონცეფციაში, უნდა გადაწყდეს, თუ პასუხისმგებლობის რომელი სისტემა იმსახურებს ზოგად სახელშეკრულებო სამართალში უპირატესობის მინიჭებას. ობიექტური სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობა გაეროს ნასყიდობის კონვენციის ან Codice civile-ს გაგებით მშვენივრად გამოდგება ქმედების ინსტრუქციის სახით, რომელიც უნდა დაიცვას საწარმომ, რათა გარანტირებულ იქნეს სახელშეკრულებო შეთანხმების შესრულების შედეგი. მოვალემ წინასწარ უნდა გაითვალისწინოს დაბრკოლებები, რომლებიც სახელშეკრულებო ვალდებულებების შესრულებას გადაეღობება, და უნდა დასძლიოს ან თავიდან აიცილოს მათი შედეგები. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ: საწარმო იმგვარად უნდა იყოს ორგანიზებული, რომ ადგილი არ ჰქონდეს სახელშეკრულებო ვალდებულებების შესრულებათა შეფერხებებს, რომლებიც ზოგადად მართვას ექვემდებარებიან. თუ რა სახით უნდა შესრულდეს ხელშეკრულების შესრულების ვალდებულება, ამას არც Codice civile-ს 1218-ე მუხლი აწესრიგებს და არც CISG-ის 79-ე მუხლი. უპირატესი შესყიდვის უფლების შემთხვევაში ამის საჭიროება საერთოდ არ არსებობს, რადგან სახელშეკრულებო ვალდებულების შესრულება მოვალის რისკის სფეროში ძვეს. თუ პასუხისმგებლობა ყიდვის ხელშეკრულების ვალდებულებებით იზღუდება, შესაძლოა ეს გამართლებულიც იყოს, რადგან აქ წინა პლანზე დგას სახელშეკრულებო ვალდებულებების შესრულების შედეგი. მაგრამ ვიდრე ქცევის ვალდებულებები ხელშეკრულების შესრულების შინაარსს წარმოადგენს, საჭიროა განისაზღვროს ამ ვალდებულებების მასშტაბი. ზოგადი სახელშეკრულებო სამართალი ქცევის ვალდებულებების სიმრავლეთა გამოისობით ამაზე უარს ვერ ამბობს. ისინი დაქირავებული მოსამსახურის შრომითი ვალდებულებებიდან მოყოლებული სამედიცინო მკურნალობის სტანდარტამდე აღწევენ, და თვით შედეგგანსაზღვრული ხელშეკრულებების ტიპში, როგორიცაა ნასყიდობის ხელშეკრულება, არსებობს ქცევის ვალდებულებები. სახელშეკრუ-

ლებო პასუხისმგებლობას ბრალეულობის მოთხოვნით ამ სფეროში საჭირო მანევრულობა შეაქვს, როგორც ამას პრაქტიკაში გვიჩვენებს ურთიერთობისთვის საჭირო სიზუსტის განმარტება. ამასთან დაფიქრება გვმართებს იმაზე, რომ ზოგადი სახელშეკრულებო სამართალი გამოიყენება არა მხოლოდ სამეწარმეო საქმიანობით დაკავებულ პირთა მიმართ, არამედ ასევე კერძო მორიგებების ან უნაცვალგებო (უსასყიდლო, უფასო) გარიგებების მიმართ. ბრალეულობის პრინციპი მას უკეთ უწევს ანგარიშს. და ბოლოს, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი (BGB) და პოლანდიის სამოქალაქო კოდექსი (NBW) გვამცნობენ, რომ იოლი შესაძლებელია, იმ სფეროში, სადაც გარანტიის ელემენტები სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობის შემთხვევაში რისკის სათანადო განაწილებას განეკუთვნებიან, მათი ჩართვა სახელშეკრულებო ვალდებულებების შესრულების შეფერხების სამართალში ძალდატანების გარეშე მოხერხდეს. იტალიური თეორიის და სამართლის პრაქტიკის მაგალითზე ჩანს, რომ ზოგადი სახელშეკრულებო სამართალი ძნელად ურიგდება ობიექტური პასუხისმგებლობის სისტემას.

დასკვნა

აქ გათვალისწინებული სახელშეკრულებო სამართლის სისტემების მოკლე მიმოხილვა გვიჩვენებს, რომ ბრალეულობის პრინციპის უგულვებელყოფა ჯერაც შორეულ პერსპექტივას წარმოადგენს. ერთი მხრივ, გაეროს ნასყიდობის კონვენცია მოწესრიგების მოდელის სახით, რომელიც უმეტესად შედგვის მოვალეობებისგან შედგება, უშვებს 77-ე მუხლში ბრალეულობის ელემენტის არსებობას. პასუხისმგებლობისათვის სწორედ რომ არ არის საკმარისი, რომ სახელშეკრულებო ვალდებულებების შესრულების დაბრკოლება მოვალის სფეროდან მომდინარეობს. მეორე მხრივ, ყველა სამართლებრივი სისტემა მიმართავს სუბიექტურ მოთხოვნებს, რათა განსაზღვროს ქცევის ვალდებულებების შინაარსი. და ბოლოს, უნდა აღვნიშნოთ ზოგადი განვითარების პროცესი, რის მიხედვითაც სახელშეკრულებო მხარეების ვალდებულებებს განეკუთვნება დაცვის ვალდებულებები. ისინი უმეტეს წილად კვლავაც ქცევის ვალდებულებებს წარმოადგენენ, რის გამოც აქაც სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობა მხოლოდ ზოგადი ბრალეულობის პრინციპის საფუძველზეა განსაზღვრადი. ამდენად პროფ. ს. ჯორბენაძის მოსაზრებები ახალი ქართული სამოქალაქო კოდექსის კონცეფციისათვისაც ფრიად ღირებულია.

**Charter capital of a legal person in the New Russia
Civil Code and in Russian tax legislation:
coordination across branches of law**

William B. Simons

*Institute of East European Law and Russian Studies,
Leiden University Faculty of Law*

Introduction

Economic reforms — of the magnitude of those that have been begun in Russia and elsewhere in the countries of the former Soviet Union — have an obvious political component through which, in at least general terms, direction is given to the course of such reforms. An equally obvious and important component is the legal framework where such decisions should be reflected and appropriately implemented.

The political decision in the Russian Federation and in other CIS states to embark upon reforms directed toward establishing market-type economies were, accordingly, reflected in the flurry of legislation that was promulgated in Russia and the CIS states over the past several years. While a part of this legislation was embodied in key acts such as the Law on Property, the Statute on Joint-Stock Companies or the Law on Profits Tax, a significant portion of the rules and regulations governing the economic reform process in these countries in its initial years was to be found in substatutory acts. These acts were issued by the Russian President and Government as well as by various key ministries, state committees and other state agencies, but often were drafted under extremely short time tables. In addition, the role of lawyers in this process was often marginal and where lawyers were involved, it often appeared as though they were brought in only at the last minute. Furthermore, there never seemed to be enough qualified lawyers to go around and all too often they found themselves separated from key policy makers and, curiously enough, occasionally from one another. Thus, drafting teams working on one piece of legislation were not always aware of other groups working on interrelated legislation in one branch of law — let alone in various branches of law. And if there was such an awareness, the contacts between such groups often seemed to be ad hoc rather than institutionalized.

The result was that economic legislation in the reform period has often suffered from serious gaps and inconsistencies. Even more important was the fact that — until relatively recently — no noticeable results were to be seen in the codification (as opposed to promulgation) of key economic legislation. One prime example is the Civil Code of the Russian Federation that — after intense efforts by a relatively small but very distinguished group of Russian lawyers — was passed into law only in late 1994 (Part I)¹ and in early 1996 (Part II).² In a similar fashion, a draft Tax Code for the Russian Federation is at an advanced stage of preparation and has already been reviewed in committees of the Russian *Duma*, but is not likely to enter into force until sometime in 1997.

While the work that has been carried on to date in the codification of these two branches of law is clearly critical to meaningful progress in the areas of legal as well as economic reform, and while it brings together some of the best legal and financial minds in the Russian Federation and has included timely consideration of appropriate foreign input, there are still major shortcomings in this process. An example of this problem is to be seen, *inter alia*, the provisions in the Civil Code and Russian financial legislation as they relate to the treatment of a not unimportant aspect of corporate formation and operation, i.e., the charter capital of a legal person.

The working groups codifying civil and financial law do not always appear to be in close contact with one another. This is perhaps a phenomenon that is not unusual in the West since drafting teams often tend to focus on their particular area of expertise. Discrepancies — both of a technical nature as well as a more substantive nature — are normally resolved at latter stages of the law-making process. Often, there are (joint) legislative committees that take basic drafts of proposed laws and subject them to a review process that highlights inconsistencies with existing legislation as well as with proposed (or planned) legislation in the same or different branches of law.

This process of coordinating the drafting of legislation — particularly perhaps in the Russian Federation as the largest state to emerge from the former Soviet Union but also in many if not all of the other CIS countries — has not yet reached the level of sophistication and precision normally found in major industrialized countries.

Yet the problem is not merely a technical one of providing for the appropriate level of legal input on a timely basis. It is one that has a broader dimension involving the formulation of clear policy goals and building a consensus for (or agreeing upon compromises to ensure) their support among interested parties in governmental agencies and with governmental advisors, private sectors actors, non-governmental organizations, etc., and ultimately passage through the parliamentary process. The complexity of what in the narrow sense we term “coordinating the drafting of legislation” but what in a broader sense is part and parcel of introducing basic democratic reforms may explain why it is not surprising

that Russia and the other CIS countries have not yet succeeded in fully institutionalizing such a process of coordinating the drafting of legislation — especially as it concerns legislation in various branches of law.

This should not be interpreted, however, as being indicative of a lack of appreciation of the importance of such efforts. Rather, it is reflective of the fact that the process of clearly setting forth important policy issues in economic and legal reform, of including the appropriate decision makers and their advisors in framing these issues and in selecting the various solutions to the problems raised, of negotiating and agreeing upon compromises to generate the consensus necessary to support the chosen solution(s), and monitoring the integrity of such resolutions through the drafting stage, on to executive agencies and the private sector, and then through to parliamentary consideration and promulgation has not yet been firmly rooted in the growing democracies of the FSU.

One result of this situation is that the inconsistencies or gaps that appear in and among various branches of law may lead not only to confusion and inefficient implementation and enforcement but also give rise to effects that may frustrate the realization of stated policy goals.

This paper will focus on one example of a stated policy goal, i.e. of promoting domestic and foreign investment in the Russian Federation,³ and consider how legislation that is not (yet fully) coordinated and harmonized may produce effects that frustrate the achievement of such a goal. The legislation that will be considered is taken from the two branches of law which we have cited above — civil and financial law — and concerns the aspect we have mentioned of the treatment of charter capital of legal persons.

1. Charter Capital in the Recent Past

Since the beginning of perestroika and the economic reform process in the Russian Federation, the concept of charter capital (*ustavnyi fond*) of a legal person in Russian legislation and practice has undergone significant change. The charter capital of a typical state-owned enterprise that operated in the administratively-regulated economy was quite simply a value expressed as the cost of the (capital) assets that were entrusted by the owner (i.e. the state) to the enterprise and that appeared on its balance sheet (*na balanse*). The size of an enterprise's charter capital was constantly subject to change reflecting additions to or deletions from its capital assets. Charter capital functioned only as a factor in ensuring the economic viability of a state enterprise; it had no role in protecting creditors of the enterprise since, in the administrative-command economy, there were virtually no private-sector creditors of a state enterprise and state creditors were usually afforded relief through economic, administrative, or political channels.

When the economic and political transformation process in the Russian

Federation reached the stage at which the formation of private-sector enterprises (companies) was permitted,⁴ both the legal and the economic significance of charter capital was radically altered. No longer was charter capital simply a measure of the body of property of an enterprise (*imushchestvennyi kompleks*) which was necessary for it to engage in economic activity. Once non-state (i.e. private) actors appeared on the stage, charter capital became a mechanism to offer at least a minimum level of protection for the rights and interests of creditors of Russian legal entities.

In accordance with the 1990 Russian Statute on Joint-Stock Companies⁵ which — up until the entry into force in 1995 of the First Part of the new Russian Civil Code and the December 1995 Law on Joint Stock Companies⁶ — was the basic legislative act regulating the formation and activities of (open and closed) joint-stock companies, the amount of the charter capital of a Russian company was set at the minimum level thought necessary to ensure such protection. The corporate founders (promoters) could, at the moment of corporate formation, decide to comply only with this minimal level or could establish an amount of charter capital in excess of this minimum. The result was enshrined in the constitutive documents of the company. In order to change the amount of the charter capital, a special corporate resolution was necessary to introduce the relevant changes to the constitutive documents which, in turn, had to be duly registered (usually with the same state agency that had registered the original corporate constitutive documents).⁷

The 1995 Russian Civil Code appears to bring together in its provisions portions of both the old as well as the new concept of charter capital. On the one hand, the provisions of the Code defining the procedures for forming the charter capital of a company generally follow the rules that were in force since 1990: minimum levels for charter capital are set forth in the Code and the constitutive documents of a Russian company enshrine the level of charter capital that has been selected by its corporate founders. However, in addition, the Civil Code also introduces criteria linking the amount of a company's charter capital to the value of its "net assets" (*stoimost' chistykh aktivov*); this, on the other hand, evokes the administrative-command concept of charter capital.

The intent of such linkage is to provide for a further level of protection for creditors of Russian companies.⁸ The 1990 Statute had introduced only fixed minimum requirements for charter capital but these were quickly overtaken by inflation and, furthermore, were applicable only at the moment of corporate formation. Therefore, a Russian company could incur indebtedness (or transfer of corporate assets) that might impair the maintenance of its charter capital, yet there were no explicit provisions in the 1990 Statute that afforded creditors any meaningful protection from such moves.

2. The Linkage between the Amount of Charter Capital and the Value of the Net Assets of a Company: The Concept of “Net Assets”

Under the 1995 Russian Civil Code, if at the end of the second or subsequent financial years of operation of a Russian company, the value of its “net assets” fall below its charter capital as stated in its constitutive documents: a) the company is required to re-register in the “established procedure” to reflect this reduction of its charter capital; and b) the company will be subject to — apparently automatic and involuntary — liquidation if the amount of charter capital thereby falls below the minimal charter capital level for the specific organizational-legal form of the company.⁹ These provisions for all intents and purposes are repeated in article 35 of the new Law of the Russian Federation “On Joint-Stock Companies”.

As far as this overall policy goal of institutionalizing additional protection for corporate creditors is concerned, one could argue that any concerns of a creditor that a Russian company might take on excessive debt (or otherwise inappropriately distribute its assets) in impairment of its charter capital are more appropriately left to: 1) the marketplace where creditors should inform themselves of the actual, current financial state of a company before extending credit solely on reliance of the level of charter capital as reflected in the constitutive documents; or 2) to the field of bankruptcy law if preferential transfers of corporate funds have been made to some but not all creditors (or inappropriate transfers to shareholders or management) in anticipation of insolvency; or 3) to securities legislation for publicly-traded companies that should meet additional standards in offering their stock on the marketplace to third parties who are often far removed from the position of a normal commercial creditor and who, therefore, should enjoy a special degree of protection against false or misleading representations, conflicts of managerial interest with the interests of the corporation or its shareholders, insider trading, etc.

But where these arguments are not totally convincing and where those who drafted, supported, and voted for the new Civil Code are of the opinion that such additional protection for creditors is required in the form of the “net assets” test so that corporate creditors do not merely find an empty shell when their invoices, notes, etc. are due to be (re)paid — at least in the current stage of economic and political reforms — the realization of this goal may be problematic where the coordination and harmonization discussed above has not yet been institutionalized in the legislative drafting process.

In this particular case, the problem revolves around the “net assets” test. At the time the Civil Code was being drafted and until a full six months after its promulgation, there was no clear definition of “net assets” in Russian legislation. The closest approximation was arguably to be seen in the definition of the “annual average value of property of an enterprise” as set forth in the 1991

Russian Law "On the Taxation of the Property of Enterprises and Organizations".¹⁰ Only six months after the entry into force of the new Russian Civil Code was a procedure promulgated to calculate the value of "net assets" However, this was not to be found in a Law amending or clarifying the new Code¹¹ nor in any other federal law. Rather, the definition of "net assets" was almost lost in the normal flurry of departmental and ministerial directives, letters and instructions when it was set forth in a June 1995 Directive of the Russian Ministry of Finance.¹² The June 1995 MinFin Directive provides that "net assets" are the value of the property of a company, its cash assets and other capital assets (*oborotnye aktivy*) less the indebtedness of the company.

There can be no doubt of the force and effect of the Directive since — in compiling bookkeeping and accounting records — Russian companies are required to adhere to instructions and directives of the Russian Ministry of Finance. Nevertheless, it seems to be a piecemeal approach at best to treat a concept that is so important to a new provision in the new Civil Code in a mere directive of the Ministry of Finance; a more logical vehicle would be the new Russian Tax Code.¹³ Of course, the most appropriate vehicle for such a definition would have been the new Civil Code itself.

One might argue that the issue of a law versus a directive (or other statutory act) as the most appropriate place for enshrining a key definition is one more of form than of substance.¹⁴ After all, at least now there is a definition that can be used — even if it is not perhaps in the most logical or prominent place. However, an issue that is clearly more of substance than of form is that relating to the operation of the "net assets" test as it concerns non-material (i.e. intangible) assets since they are also included in the "net assets" of a Russian company under the provisions of the MinFin Directive.

Existing Russian legislation does not impose any limitations on transactions to transfer intangibles to the charter capital of a Russian company and, indeed, it allows the value of contributions to the charter capital to be agreed upon by the company's founders. However, the new 1995 Russian Law "On Joint-Stock Companies" *inter alia* embodies an important policy goal of protecting corporate creditors (existing and potential) in the event that intangible assets are used as payment for the par value of corporate stock. Where the par value of shares paid for with non-financial means (*nedenezhnyye sredstva*, i.e. intangibles) exceeds the minimal monthly wage established by Russian law by a factor of two hundred (or more), the new JSC Law requires that a valuation of such property be made by an independent valuator or accounting firm.

Yet the problem is not in receiving a qualified valuation of intangibles that may be contributed to the initial charter capital of a Russian company (or that may represent part of an addition to the company's charter capital). It is rather to be seen in the fact that not all intangibles are deemed to be "assets" and, therefore, may not be automatically included in "net assets" figure of a Russian com-

pany. It is current practice — e.g. that of the Russian state tax authorities — as well as procedure — e.g. under a March 1995 Letter of the Ministry of Science of the Russian Federation and *Rospatent*¹³ to allow a Russian company to only record as “assets” those intangibles that are used in the course of its economic activity or that result in actual income.

Thus, in those cases where payment for corporate stock is made by way of contributing, for example, rights to (or objects of) intellectual property which only possibly may be used by the company in the future or for other reasons which do not result in immediate actual income, these rights (or objects) may not be included in the “net assets” of a company even where they have been duly valued. Here the potential problem is clear: even where intangibles are lawfully and properly contributed to the charter capital in exchange for the stock of a Russian company by a good-faith corporate founder, and even where these intangibles have been duly valued, the effect may be to transfer such intangibles to the company and yet be barred from including them in the company’s “net assets” As a result, a distinct possibility arises that the net assets of a Russian company may — owing to what amounts to a technicality — fall below the amount of the company’s registered capital. In turn, a company may subject itself to involuntary liquidation where — due to the problem of some intangibles being deemed to be assets and others not so categorized — the amount of its charter capital falls below the statutory minimum level.

3. The Tax Consequences of a Significant Increase of the Value of Net Assets as Compared with the Amount of the Charter Capital of a Company

The problems that have been described above also have a reverse side that has not as yet been adequately provided for in either the Civil Code or in the draft Tax Code; i.e. where a Russian company has “net assets” significantly in excess of its charter capital.

It would seem, at first glance, that there are no serious legal consequences attaching to such a situation other than, of course, the proper tax categorization and treatment by the company of its positive net worth. It is perhaps because of such a view by the drafting teams of either the Civil Code or the Tax Code that, at present, this issue has not been subject to detailed consideration. However, current practice suggests that serious problems can also arise in this regard. These are primarily a factor of the inconsistencies or gaps between the concept of charter capital as reflected in Russian legislation governing corporate formation, on the one hand, and financial legislation on the other.

Presently, a majority of Russian manufacturing companies have assets that are tens if not hundreds of times in excess of the amount of their registered

charter capital. This state of affairs can be accounted for by a number of reasons, the most significant of which is that most such companies were previously state-owned enterprises. These entities acquired their assets "into ownership" — when they were transformed into joint-stock companies — at their book-value (*balansovaia stoimost'*) and these assets formed the registered charter capital of the "newly-transformed" company. Once a state enterprise has been transformed into a joint stock company, the amount of its charter capital amount can only be changed under a resolution of the shareholders (or board of directors).

However, the book value of the assets of Russian state-owned enterprises and companies is rarely if ever equal to their actual market value. This is primarily due to the fact that — according to Russian bookkeeping and accounting standards — the book value of capital assets is fixed in roubles as of the date that they are entered into the accounting records (i.e. cost of acquisition). Thereafter, a Russian company¹⁶ cannot itself independently adjust the book value of its capital assets for inflation. Such corrections are carried out only in the course of mandatory re-valuations of capital assets which, from time to time, are performed in accordance with decrees of the Government of the Russian Federation. In the course of such a periodic re-valuation, the book value of capital assets is increased in accordance with coefficients that are approved by the Government or in accordance with actual market prices for analogous goods in those cases where these prices can be objectively determined or confirmed by an independent valuator or auditor.

Although the mechanism of mandatory re-valuations of capital assets is far from ideal since — as a rule — they are performed only on an annual basis, such periodic re-valuations enable Russian companies at least in part to reflect on their books inflation and the effects thereof on the value of their property and other assets.

These periodic re-valuations, however, result in a rather curious dysfunction between the provisions of the First Part of the new Civil Code and those of current Russian financial legislation.

Under the rules set forth in a number of letters of the Ministry of Finance of the Russian Federation, joint-stock companies created (transformed) in the process of privatization are able to increase their charter capital by the amount of the upward valuation of their capital assets. As with the June 1995 rules governing the definition of "net assets", it is here also unfortunate that this issue has not been governed by legislative acts having a higher legal force than MinFin letters, e.g. a federal law or even the Civil Code. Yet similar to the "net asset" problem, this issue can also be viewed (in part at least) as more one of form than of substance; however, there is also a substantive concern as regards joint stock companies newly-created with private capital (as opposed to those transformed from state-owned enterprises). Since neither the headings of these MinFin letters nor their texts make reference to newly-formed joint-stock companies, the

question thus arises as to whether the rules in these MinFin letters also apply to newly-formed joint stock companies. In other words, may a joint-stock company that was formed other than by way of privatization also increase its own charter capital so as to bring it into accordance with an upward valuation of its assets?

In addition, the issue of increasing a company's capital to the current actual value of its assets raises an additional question that again illustrates a dysfunction between the new Civil Code and current Russian financial legislation; in this case it concerns both transformed companies as well as those companies formed outside the privatization process.

In accordance with article 99 of the new Civil Code: "a shareholder may not be exempted from the duty to pay for the shares of stock of the company, including an exemption therefrom by means of setting off claims against the company". This provision does not permit any exceptions, and in fact this reflects the same policy goal of providing protection for corporate creditors reflected in the "net assets" test. However, in accordance with a February 1994 Letter of the Ministry of Finance cited above, additional stock issued by a company in an amount equal to the upward valuation of the company's capital assets may be distributed among the company's shareholders. This MinFin letter does not require that additional payment be made by the corporate founders for this "extra" stock. Despite the requirements of the Article 99 of new Civil Code, such distributions of stock without "consideration" continue, apparently, to be made in practice.

The problems mentioned above are not the only issues related to the unrealistic book value of capital assets of Russian companies. Other examples are the political concerns surrounding the use of book value (as opposed to other valuation methods) as the base for privatizing state-owned assets, the difficulty in granting realistic tax deductions owing to appreciation, etc. One hopes that the glaring imbalance caused by the specific uses and regulations for book values on the one hand and market values of corporate assets on the other hand will be among those problems addressed and resolved in the course of adopting a new Tax Code in the Russian Federation.

4. Conclusions

The problems described in this article are, on the one hand, narrow in scope. Decreases in charter capital owing to the exclusion of certain intangibles contributed to a company's charter capital from the legal definition of its net assets will by no means affect all Russian companies although increases in charter capital owing to inflation can, in theory, affect a much larger number of Russian businesses. Solutions to these problems present themselves at various levels: at the corporate level, care needs to be exercised in contributing intan-

gibles to charter capital and in properly booking increases in charter capital resulting from inflationary rises in the value of certain corporate assets; at the executive and legislative levels, equally ready solutions could be devised, e.g. treating all intangibles in the same manner rather than distinguishing between those used or not used in a company's business (so long as they are properly valued) and in allowing all companies to reflect inflationary increases in their asset value in the same fashion rather than explicitly allowing transformed Russian companies to book such increases to their charter capital but in ambiguously treating newly-established Russian companies.

On the other hand, these problems reflect a much broader concern — the inconsistencies and gaps in key economic reform legislation in the Russian Federation (and, analogously, in other countries of the CIS). The charter capital problem may not in and of itself be serious enough to limit domestic or discourage foreign investment in Russia. But, collectively, the many inconsistencies and gaps seen in Russian (and other CIS) legislation enacted in the reform period — of which these are only a limited example — certainly can have a negative effect upon the realization of the professed goal of encouraging both domestic and foreign investment.

The policy goal of providing an additional level of protection to creditors of Russian companies — above and beyond the admittedly minimal level that was contained in the 1990 Statute — is clearly not without merit.

It is more difficult to provide a ready answer to the question of what is the most appropriate way to ensure such additional protection. Is the narrow focus on statutory levels of charter capital and the extension of the requirement to meet such levels not only at the moment of corporate formation but also to the annual financial results of a Russian company the most appropriate vehicle? More broadly stated, is it appropriate for the state to actively assert itself in monitoring and controlling this particular aspect of corporate operations in this manner, or should these be regulations that are more focused on the dynamic nature of business operations (a general rule on the non-impairment of capital), or should this in principle be left to the marketplace? Furthermore, should the result of any (substantial or technical) impairment of capital be automatic, involuntary bankruptcy of the company (as appears to be the remedy in the 1995 Russian Civil Code) or should the sanction for potential (or even actual) impairment of capital be a less drastic one?¹⁷

In our opinion, a more appropriate vehicle for providing additional protection would be in the form of clearer and stronger rules for directors' and officers' liability in the course of ongoing business operations (misrepresentations, fraud, conflict of interest, insider trading, etc.) or for protecting minority shareholders from certain acts of their majority brethren. Such vehicles focus more on the dynamic aspect of a company's on-going business operations; the charter capital test is but a milestone that is set in concrete at the moment of corporate forma-

tion and — as the Civil Code now provides — only subject to annual audit and possibly change.

However, where legislators (and draftspersons and other key policy advisors who play an ever-increasingly prominent role in the promulgation of Russian economic legislation) are of the opinion that as much additional protection as possible — even that of a more static nature — is nonetheless required and therefore that minimal charter capital levels should be maintained and monitored at least on an annual basis during the operation of Russian companies, there is no reason why the implementation of this policy goal should even potentially frustrate an equally important goal of encouraging domestic and foreign investment.¹⁸

Nevertheless, this may well be the result in practice until there is a greater degree of coordination and harmonization in the drafting and promulgation of key economic legislation, especially as it crosses the divide between various branches of law.¹⁹

The gap between branches of law was narrowed with the drafting of the 1991 Principles of Civil Legislation. Until 1991, under the 1961 Principles of Civil Legislation and the 1964 Russian Civil Code, the provisions of civil law were held to apply, for example, to relations (and correspondingly to disputes) under Russian labor law only where the latter so expressly provided.

A bridge of sorts across this gap was constructed in the 1991 Principles of Civil Legislation which established a greater role for civil law; civil law rules would apply across the gap to other branches of law (i.e. labor, family and natural resources legislation)²⁰ where the latter had no applicable substantive law rules.²¹

Unfortunately, the new Russian Civil Code is silent on this issue, and a prominent member of the working group that drafted the new Russian Civil Code has therefore concluded that the situation reverts to that which existed prior to the 1991 Principles, i.e. civil law norms apply across the gap to other branches of law only where such other branch expressly provides and allows.²²

Yet even if the gap-filler provisions of the 1991 Principles were explicitly repeated in the new 1995 Civil Code, the charter capital issues discussed above would not automatically have been resolved. But where the new Civil Code is silent on the gap-filler issue and where coordination and harmonization of key economic legislation has not yet been fully institutionalized, gaps and inconsistencies will remain an on-going problem. In turn, this will significantly inhibit achievement of any meaningful degree of legal certainty and stability in the transition process.

With the increased focus now being paid to codification in the Russian Federation by teams of distinguished scholars and practitioners, one can certainly be optimistic that these efforts will result in closer coordination and harmonization of the drafting and promulgation of important economic legislation

— both in form and in substance.²³ Another important example of the increasing attention that is being paid to the issue of coordinating key economic legislation on a regional basis is that of the recent Model Civil Code. This is a document that has been drafted by senior legal scholars and practitioners over the past eighteen months, that has included timely and focused foreign input, and that has resulted in the adoption by the CIS Inter Parliamentary Assembly of the Model Civil Code as a recommendatory act for consideration by the national parliaments of this region as they draft and promulgate their own civil codes.

These developments, it is hoped, will have a significant, positive effect on improving legal certainty and stability in the Russian Federation (and, in the case of the Model Civil Code and similar undertakings that may occur in the future, in the states of the CIS). Ultimately, unless a more stable and predictable legal environment is achieved, even more attention to coordination and harmonization of economic legislation will be insufficient to support and sustain a more positive private-sector investment climate in the Russian Federation in particular and in the countries of the CIS in general

NOTES

* The author gratefully acknowledges the assistance of Svetlana V. Almakaeva, an LLM student at Leiden University Faculty of Law and tax advisor with Peyster, Hamilton & Scheetz, St. Petersburg, for her invaluable assistance in the preparation of this article, and of Semyon D. Yakovlev, a final-year law student at the Moscow State University Faculty of Law and visiting student at the Leiden Faculty of Law (under the Moscow-Leiden-Nijmegen-Leuven TEMPUS Joint Educational Project) -- and also of Ms. Almakaeva - for their superb efforts in the translation of this article into Russian. Any errors or omissions in this article or in its translation into Russian remain, however, the responsibility of the author.

1. Civil Code (Part I), SZ RF 1994 No.32 item 3201 (English translation by G.P. van den Berg and W.B. Simons in 21 *Review of Central and East European Law* 1995 Nos.3/4).
2. Civil Code (Part II), Rossiiskaia Gazeta 6-10 February 1996
3. This policy goal is to be found, for example, in the 1991 Russian Federation Laws "Ob investitsionnoi deiatel'nosti v RSFSR" and "Ob inostrannykh investitsiakh v RSFSR" Ved.RSFSR 1991 No.29 items 1005 and 1008, respectively.

We have chosen investment promotion as a policy goal since it is part and parcel of corporate formation, i.e. it is supposed that good-faith private-sector actors decide to form companies as a vehicle to engage in business and that, in turn, most businesses require some form and degree of investment to survive. However, the problem of key legislation that is not coordinated and harmonized acting to frustrate policy goals does not, obviously, concern only the goal of promoting investment. In general, policies that are inadequately enshrined in legislation and that are not coordinated and harmonized

within one branch — let alone among several branches — of law will, of course, have a serious, negative effect on other legislation in general and, correspondingly, on the implementation of the policies reflected therein.

4. And later the transformation of most state-owned enterprises into companies was required.

5. 1990 Polozhenie on Joint Stock Companies, SP RSFSR 1991 No.6 item 92.

6. The Joint Stock Company Law, Rossiiskaia Gazeta 12 January 1996.

7. See Chapter 4, "Legal Persons" of the 1995 Civil Code.

8. See E.A. Sukhanov in Kommentarii Chasti Pervoi Grazhdanskogo Kodeksa Rossiiskoi Federatsii Dlia Predprinimatelci, Moscow 1995, p. 133.

9. E.g. A publicly-traded or private corporation, partnership, etc.

10. Zakon RF ot 13 dekabria 1991 No.2030-1 (as amended in 1992-1995); Baza Dannykh "Garant".

11. The reticence to amend the new Civil Code so soon after its entry into force apparently was not a major concern since the Code has already been subject to one amendment on 15 November 1995. Federal'nyi Zakon "O vnesenii dopolnlenia v chast' pervyiu Grazhdanskogo Kodeksa Rossiiskoi Federatsii". Baza Dannykh "Garant".

12. At least the title of the Directive — "On the Procedure for Reflecting in Book-keeping Records of Separate Operations Related to the Entry into Force of the First Part of the Civil Code of the Russian Federation" — was helpful in determining that it was directly on point. To date, many such sub-statutory acts have only the most general of titles that make it frequently extremely difficult to determine, without reviewing the multitude of such acts, their field of application. Prikaz Min'Fin ot 28 iulia 1995 in Baza dannykh "Garant".

13. While the Ministry of Finance may have ultimately intended that this Directive be only of interim force until the new Tax Code is introduced, this was not explicitly stated in the Directive. Furthermore, past practice has often been that the provisions of such directives, letters and other substatutory acts seem to escape the attention of the draftspersons of major laws, codes, etc. Thus, unless there is strong pressure in MinFin to push this definition of "net assets" into the Tax Code, it may — despite any intent of the Ministry at the time of issuing the Directive — fall forlorn by the wayside in the drafting of the new Tax Code.

14. A substantive argument, however, can be made that the Ministry of Finance was not expressly empowered by the Code's provisions (or those of the accompanying enabling legislation) to promulgate this definition. This line of reasoning leads to the logical conclusion that, in the absence of Code provisions empowering an executive agency to flush out the provisions of the Code, the Russian judiciary is the only appropriate institution to provide such a definition of a key Code concept.

15. Pis'mo Minnauki RF i Rospatenta ot 13 marta 1995 NN OR22-2-64, 10/2/20215/23 "Poriadok ...". Baza Dannykh "Garant".

16. Both companies that were transformed from state-owned enterprises as well as newly-formed companies with private capital.

17. For example, the EC Second Directive (OJ 1977 L26/1) provides such a notification remedy under which corporate shareholders must be notified of serious capital impairment by means of a meeting that must be called to consider whether the company must be wound up or other measures taken. This, obviously, is a much less draconian

measure than mandatory winding up of the company as the Russian Civil Code now provides.

18. Such frustration can, in general, result from the collective, generative impact of gaps and inconsistencies and, in this case, in particular from the severe remedy of automatic insolvency provided under the "net assets" test.

19. Or as separate federal laws embody more detailed provisions than those contained in the new Civil Code. At present, there are plans to provide for more detailed provisions governing key economic legislation in separate laws such as the new JSC Law that was passed in late 1995. Other examples are the new Law on Non-Commercial Organizations, a Law on Small Enterprises, etc.

20. 1991 Principles, article 1(3).

21. Excluded from this gap-filer provision, inter alia, were "tax and budgetary relations". Thus, the problem of how to deal with gaps between these important areas (branches) was left unresolved.

22. M.I. Braginskii in *Kommentarii Chasti Pervoi Grazhdanskogo Kodeksa Rossiiskoi Federatsii*, Moskva 1995, p.31. For further comment on this issue, see V. Rakhmilovich, "C Novym Grazhdanskim Kodeksom Rossiiskoi Federatsii" in *Review of Central and East European Law 1996* (forthcoming). While it is true that article 2(3) of the Civil Code state that civil legislation does not apply to tax relations, here there would be an extremely strong presumption that the Code's draftspersons would deem the "net assets" issue to be a civil law, and not a tax, problem. See also G.P. van den Berg, "Evolution of the System of Law and Legislation of the Russian Federation" (unpublished manuscript/preliminary draft March 1996).

23. For an insightful piece on the role of private law in the reform process in Russia, see the recent article in *Rossiiskaia Gazeta* of 14 March 1996 by Professor A.A. Alekseev, Chairman of the Board of the Scientific-Research Center for Private Law Attached to the President of the Russian Federation, "Posleskovie k dokumentu: Kodeks tsivilizovannogo rynka". For a treatment of the issue of coordination and harmonization of legislation involving legal input (domestic and foreign), see also R. Kneiper and M. Boguslavskii, *Concept for Legal Counselling in Transformation States*, Eschborn 1995.

УСТАВНЫЙ КАПИТАЛ ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА В НОВОМ ГРАЖДАНСКОМ КОДЕКСЕ РОССИИ И РОССИЙСКОМ НАЛОГОВОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ: КООРДИНАЦИЯ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА*

Уильям Б. Саймонс

Институт Восточно-Европейского права
и изучения России, Лейденский Университет,
юридический факультет

Введение

Экономические реформы такого масштаба, какие были начаты в России и повсюду в странах бывшего СССР, имеют очевидную политическую составную, посредством которой, по крайней мере, в общих чертах, задается направление подобным реформам. Таким же очевидным и важным компонентом является правовое оформление, где подобные решения должны получать свое отражение и должное закрепление.

Политические решения начать реформы, направленные на переход к рыночной экономике, принятые в Российской Федерации и других странах СНГ, привели, следовательно, к принятию в последние несколько лет в России и СНГ целой волны законов. В то время, как часть этих законов получила форму ключевых актов, таких как Закон о собственности, Положение об акционерных обществах или Закон о налоге на прибыль, значительная часть норм и предписаний, касающихся процесса экономических реформ в этих странах, в первые годы была закреплена в подзаконных актах. Эти акты издавались президентом и правительством России, так же, как различными ключевыми министерствами, государственными комитетами и другими государственными органами, но зачастую составлялись в течение очень короткого срока. В дополнение к этому, роль юристов в процессе была часто очень небольшой, а в тех случаях, когда юристы участвовали в процессе, нередко оказывалось, что они подключались в самую последнюю минуту. Более того, квалифицированных юристов всегда не хватало и слишком часто они оказывались отделенными от ключевых лиц, принимающих решения, а также, что достаточно любопытно, друг от друга. Таким

образом, рабочие группы по разработке одной части законодательства не всегда знали о существовании других групп, работающих над связанным законодательством в рамках одной отрасли права, не говоря уже о разных отраслях. Там, где существовала такая осведомленность, контакты между такими группами скорее проходили на разовой основе, чем на институциональной.

Результатом явилось то, что экономическое законодательство в период реформы часто страдает серьезными пробелами и противоречиями. Еще более важен тот факт, что до последнего времени не было никакого заметного результата в области кодификации (если не принять во внимание сам факт принятия) ключевого экономического законодательства. Первым примером может служить Гражданский кодекс Российской Федерации, который, после больших стараний относительно маленькой, но выдающейся группы российских юристов, был принят только в конце 1994 г. (Часть 1)¹ и начале 1996 г. (Часть 2).² Подобно этому, проект Налогового Кодекса Российской Федерации находится на заключительной стадии подготовки и уже прошел рассмотрение комитетов российской Думы, по-видимому, не вступит в силу раньше 1997 г.

Хотя работа, которая была проведена по кодификации указанных двух отраслей права, является безусловно значимой для ощутимого прогресса в области правовой и экономической реформ и хотя она собирает вместе лучшие умы в области права Российской Федерации и включает своевременное обсуждение иностранного опыта, основные недостатки все еще сохраняются. Примером подобных проблем могут служить, среди прочего, положения Гражданского кодекса и российского финансового законодательства в части, касающейся немаловажного аспекта создания и деятельности юридического лица - уставного капитала.

Рабочие группы, кодифицирующие гражданское и финансовое право, не всегда находились в тесном контакте друг с другом. Это явление, вероятно, не является необычным для Запада, поскольку рабочие группы всегда стараются сфокусироваться на своих конкретных областях. Разногласия как технического порядка, так и по существу, обычно разрешаются на последних стадиях законодательного процесса. Часто создаются объединенные законодательные комитеты, которые подвергают основной проект предполагаемого закона такому рассмотрению, которое высвечивает противоречия как с существующим законодательством, так и с предполагаемым (или планируемым) законодательством в той же или другой отрасли права.

Процесс координации при подготовке проектов законодательных

актов в России как в крупнейшей стране, образовавшейся после СССР, но также во многих других, если не во всех странах СНГ, еще не достиг той слаженности и точности, которой он обычно характеризуется в индустриализированных странах.

Однако проблема не сподится только к техническому аспекту заблаговременного обеспечения надлежащего уровня правового содействия. Существует проблема, которая имеет большее значение, и включает постановку ясных политических целей и достижение консенсуса (или соглашения для их обеспечения) между заинтересованными сторонами в государственных органах власти, в среде государственных советников, представителями частных структур, негосударственными организациями и т.д. для их поддержки и окончательного прохождения парламентского процесса. Сложность того, что в узком смысле мы определяем как "координация процесса подготовки законодательства" и что в более широком смысле является частью проведения процесса основных демократических реформ, объясняет то, почему не удивительно, что Россия и другие страны СНГ еще не смогли полностью институционализировать подобный процесс подготовки законодательства, особенно в области законодательства различных отраслей права.

Это, однако, не должно пониматься как недооценка важности подобных попыток. Скорее, это является отражением того факта, что процесс четкой постановки важных политических вопросов, включения необходимых лиц, ответственных за принятия решений, и их советников в процесс выработки подобных вопросов и выбора различных вариантов решений для возникающих проблем, переговоров и соглашений для выработки консенсуса, необходимого для поддержки выбранного решения (решений) и соблюдения целостности подобного решения на стадии его подготовки в исполнительных органах власти и частных структурах, а затем парламентского рассмотрения и принятия, еще не укоренился в растущих демократиях бывшего Советского Союза.

Одним из результатов такой ситуации является то, что противоречия или пробелы, возникающие в различных отраслях права, могут привести не только к замешательству, или неэффективности применения и обеспечения действия законов, но могут также породить эффект тщетности реализации целей государственной политики.

Настоящая статья сфокусирована на одном примере целей государственной политики, а именно, привлечении отечественных и иностранных инвестиций в Российскую Федерацию,³ и рассмотрении вопроса о том, как нескоординированное (почти полностью) законодательство может породить эффект тщетности достижения этой

цели. Рассматриваемое законодательство берется из двух отраслей права, о которых мы говорили выше, - гражданского и финансового права и касается упомянутого аспекта - уставного капитала юридических лиц.

1. Уставный капитал в недавнем прошлом

С началом процесса экономических реформ и перестройки в Российской Федерации концепция уставного капитала (уставного фонда) юридического лица претерпела серьезные изменения в теории и практике Российского законодательства. Уставный фонд государственного предприятия, работавшего в условиях административно регулируемой экономики, представлял собой просто стоимостную оценку основных средств, которыми государственное предприятие было наделено собственником (государством) и которые учитывались на балансе предприятия. Величина уставного капитала постоянно изменялась, отражая движение (поступление и выбытие) основных средств на балансе предприятия. Уставный капитал выступал исключительно в качестве фактора, обеспечивающего экономическую самостоятельность предприятия, он не играл никакой роли в качестве средства защиты интересов кредиторов предприятия, так как в условиях административно-командной системы у государственного предприятия практически не существовало частных кредиторов, а государственные кредиторы обычно получали удовлетворение своих требований, пользуясь экономическими, административными или политическими каналами.

Когда процесс экономических и политических реформ в Российской Федерации достиг стадии, на которой было разрешено образование частных предприятий,⁴ правовое и экономическое назначение уставного капитала радикально изменилось. Уставный капитал перестал представлять собой исключительно имущественный комплекс, необходимый для ведения хозяйственной деятельности предприятия. С момента появления на сцене негосударственных (т.е. частных) участников, уставный капитал стал служить механизмом, который должен предлагать по крайней мере минимальный уровень защиты прав и интересов кредиторов российских юридических лиц.

В соответствии с Положением об Акционерных Обществах 1990 года,⁵ которое - вплоть до момента введения в действие первой части Гражданского Кодекса и Закона Об Акционерных Обществах от декабря 1995 года⁶ являлось основополагающим документом, регулирующим процесс образования и деятельность (открытых и закрытых) акционерных обществ, был установлен минимальный

размер уставного капитала российской компании с тем, чтобы обеспечить данную защиту. Учредители компании в момент ее образования могли принять решение о том, хотят ли они сформировать уставный капитал просто отвечая минимальным требованиям или в сумме, превышающей установленный минимальный уровень. Результат данного решения отражался в учредительных документах компании. Для того, чтобы изменить величину уставного капитала, необходимо специальное решение учредителей предприятия о внесении соответствующих изменений в учредительные документы, которое, в свою очередь, должно быть надлежащим образом зарегистрировано (обычно тем же государственным органом, который регистрировал учредительные документы).⁷

Гражданский Кодекс 1995 года некоторым образом объединил старую и новую концепции уставного капитала. С одной стороны, положения Кодекса, определяющие порядок формирования уставного капитала компании, следуют принципам, введенным в действие с 1990 года: кодексом установлен минимальный размер уставного капитала и учредительные документы компании фиксируют размер уставного капитала, избранного учредителями при регистрации. Однако, наряду с этим, Гражданский Кодекс также вводит определенные критерии, связывающие величину уставного капитала с реальной стоимостью "чистых активов" предприятия, что, с другой стороны, весьма напоминает административно-командную концепцию уставного капитала.

Целью установления данной взаимосвязи является обеспечение более высокого уровня защиты для кредиторов российских компаний.⁸ Положением 1990 года был установлен только фиксированный минимальный размер уставного капитала, который быстро обесценивался в результате инфляции и, более того, был применим только в момент первоначальной регистрации компании. Таким образом, российская компания могла позже стать некредитоспособной (или могла передать свои активы), что могло бы ухудшить обеспечение ее уставного капитала, причем, Положение 1990 года не предлагало никакого механизма, обеспечивающего реальную защиту интересов кредиторов, страдающих в результате таких действий.

2. Взаимосвязь между величиной уставного капитала и стоимостью чистых активов предприятия: понятие "чистых активов".

Гражданским Кодексом установлено, что если по окончании второго и каждого последующего финансового года стоимость чистых

активов компании окажется меньше величины уставного капитала, установленной учредительными документами: а) компания обязана зарегистрировать в установленном порядке уменьшение своего уставного капитала; б) компания подлежит вообще говоря, автоматической и принудительной ликвидации если при этом величина уставного капитала становится меньше минимального размера уставного капитала для предприятий данной организационно-правовой формы.⁹ Данные положения повторены в статье 35 нового Закона "Об Акционерных Обществах".

С точки зрения общей цели защиты интересов кредиторов, можно было бы возразить, что в обеспокоенность кредиторов тем, что российская компания может принять на себя слишком больше кредитные обязательства (или каким-либо другим способом нерационально распорядится своими активами), что в результате может ухудшить обеспечение уставного капитала, гораздо лучше оставить на попечение: 1) рыночных механизмов, где кредиторы должны убедиться в достоверности информации о действительном, сегодняшнем финансовом положении компании перед тем как кредитовать ее, а не рассчитывать исключительно на уровень уставного капитала, отраженного в учредительных документах; 2) законодательства о банкротстве, в случаях когда корпоративные фонды переводятся в пользу некоторых, но не всех кредиторов (либо в пользу менеджмента и акционеров) при угрозе банкротства; 3) законодательства о ценных бумагах в отношении открытых акционерных обществ, предлагающих свои акции третьим лицам, положение которых зачастую отличается от положения обычных коммерческих кредиторов и которые, следовательно, должны пользоваться более высоким уровнем защиты против недостоверного или ненадлежащего представительства компании, конфликта интересов между менеджментом и акционерами компании, ущерба, нанесенного лицами, использовавшими внутреннюю информацию о финансовом положении компании при заключении сделок с акциями компании и т.д.

Однако, эти аргументы не являются вполне убедительными и те кто занимался разработкой, продвижением и принятием нового Гражданского Кодекса считали, что необходима такая дополнительная защита интересов кредиторов как тест "чистых активов" с тем, чтобы кредиторы компании не оказались перед пустой оболочкой компании в момент, когда их счета должны быть оплачены. По крайней мере, на текущей стадии экономических и политических реформ, реализация данной задачи может оказаться проблематичной, в то время, как координация и гармонизация, обсужденные выше,

еще не стали частью процесса разработки нового законодательства.

В данном случае проблема разрешается путем применения теста "чистых активов". В то время, когда разрабатывался Гражданский Кодекс и в течение первых шести месяцев после его введения в действие, в российском законодательстве не существовало четкого определения понятия "чистых активов". Наиболее близкой концепцией могло служить определение "среднегодовой стоимости имущества предприятия", установленное Законом "О налоге на имущество предприятий и организаций"¹⁰ Только полгода спустя после введения в действие нового Гражданского Кодекса порядок расчета стоимости "чистых активов" был определен. Однако, это определение не было введено путем принятия Закона, изменяющего или разъясняющего новый Кодекс,¹¹ либо какого-либо другого федерального закона. Напротив, определение "чистых активов" почти затерялось в потоке министерских директив, писем и инструкций, особенно после издания Приказа Министерства Финансов от июня 1995 года.¹² Данным приказом установлено, что чистые активы представляют собой стоимостную оценку имущества предприятия, денежных средств и прочих оборотных активов за вычетом суммы обязательств предприятия.

Не может быть никаких сомнений в том, что данный приказ имеет силу, так как при составлении бухгалтерской отчетности российские предприятия обязаны руководствоваться указаниями Министерства Финансов Российской Федерации. Таким образом, порядок определения стоимости чистых активов, установленный вышеупомянутым приказом, является обязательным к применению. Однако, представляется целесообразным закрепить понятие "чистых активов", настолько важного при применении положений нового Гражданского Кодекса, в документе, имеющем более высокую юридическую силу, как, например, Налоговый Кодекс Российской Федерации.¹³ Конечно, наиболее логично было бы ввести данное определение в самом Гражданском Кодексе.

Можно было бы возразить, что вопрос выбора между законом и приказом при введении ключевых определений - это, скорее, вопрос формы нежели сущности.¹⁴ В конце концов, по крайней мере, теперь, определение может использоваться даже если оно введено законодательным актом не самой подходящей формы. Однако, другой вопрос, связанный с применением теста "чистых активов", совершенно определенно является вопросом сущности, а не формы; речь идет о нематериальных активах, так как их стоимость также входит в сумму чистых активов российской компании в соответствии с Приказом МинФина.

Действующее Российское законодательство не налагает никаких ограничений на сделки по приобретению или передаче в уставный капитал российского предприятия имущественных и неимущественных прав и объектов интеллектуальной собственности. Стоимость вкладов в уставный фонд может быть оценена по соглашению учредителей предприятия. Однако, новый закон "Об акционерных обществах", кроме всего прочего, служит важной цели защиты интересов кредиторов компании (имеющихся и потенциальных) в случаях, когда нематериальные активы используются как средство оплаты акций компании. В тех случаях, когда номинальная стоимость акций, оплаченных денежными средствами (в том числе нематериальными активами), превышает двести установленных законом минимальных размеров оплаты труда, для оценки имущества, вносимого в оплату за акции, необходимо привлечение независимого оценщика или аудиторской компании.

Однако, проблема заключается не в получении квалифицированной оценки нематериальных активов, вносимых в качестве вклада в уставный капитал при регистрации компании (либо в дальнейшем при увеличении уставного капитала). Проблема скорее состоит в том, что далеко не все нематериальные активы могут рассматриваться в качестве активов и, соответственно, автоматически включаться в сумму чистых активов предприятия.

Согласно практике, применяемой российскими налоговыми органами, а также в соответствии с Письмом Миннауки РФ и Роспатента,¹⁵ предприятие имеет право учитывать в качестве активов только те неимущественные права, которые используются в процессе его хозяйственной деятельности и приносят реальный доход.

Так, например, в тех случаях, когда в оплату за акции вносятся права или объекты интеллектуальной собственности, которые, возможно, будут использоваться предприятием в будущем, либо по иным причинам не приносящие немедленного дохода, такие объекты не могут быть включены в стоимость чистых активов, даже если они были правильно оценены. Здесь ясна потенциальная проблема: даже в тех случаях, когда нематериальные активы законно и соответствующим образом внесены учредителем в уставный фонд в обмен на акции компании и даже когда эти нематериальные активы правильно оценены, они могут быть переданы компании, но не всегда могут быть включены в стоимость чистых активов. В результате возникает возможность того, что чистые активы компании - из-за вышеописанных технических несоответствий - окажутся меньше стоимости зарегистрированного уставного капитала. В свою очередь, компания может подвергнуться принудительной ликвидации - так как

некоторые нематериальные активы могут рассматриваться в качестве активов, в то время, как другие не могут быть данным образом классифицированы - величина уставного капитала может стать меньше минимального уровня, установленного законодательством.

3. Налоговые последствия значительного превышения стоимости чистых активов по сравнению с величиной уставного капитала предприятия

У данной проблемы существует также и обратная сторона, которая не нашла отражения ни в Гражданском Кодексе, ни в проекте Налогового Кодекса, а именно, ситуация, когда стоимость "чистых активов" российской компании значительно превышает величину уставного капитала.

Как кажется на первый взгляд, данная ситуация не влечет за собой серьезных правовых последствий, за исключением, конечно, соответствующего учета стоимости активов для целей налогообложения. Возможно, именно поэтому эта проблема в настоящее время, остается за рамками внимания разработчиков как гражданского, так и налогового кодексов. Хотя, как показывает практика, серьезные проблемы в данной области существуют. И прежде всего эти проблемы связаны с отсутствием логической взаимосвязи концепции уставного капитала, принятой законодательством, регулирующим процесс образования юридических лиц, и финансовым (налоговым) законодательством.

В настоящее время большинство российских производственных предприятий обладают активами в десятки и сотни раз превышающими величину их зарегистрированного уставного капитала. Этому существует целый ряд причин, наиболее важная из которых состоит в том, что большая часть таких предприятий - это бывшие государственные предприятия. Эти предприятия приобрели свои активы "в собственность" когда были преобразованы в акционерные общества - по их балансовой стоимости, и именно балансовая оценка этих фондов сформировала зарегистрированный уставный капитал "вновь образованной" компании.

С того момента, как государственное предприятие преобразовано в акционерное общество, величина уставного капитала может меняться только по решению акционеров (или совета директоров).

Как правило, балансовая оценка производственных активов в финансовой отчетности российских предприятий не соответствует их реальной рыночной стоимости. Это, в основном, связано с тем, что -

согласно российским стандартам бухгалтерского учета - балансовая стоимость основных средств фиксируется в рублях на день их постановки на учет (т.е. учет ведется по стоимости приобретения). В дальнейшем предприятие¹⁶ не может самостоятельно корректировать балансовую стоимость основных средств с учетом инфляции. Такие корректировки производятся только в ходе обязательных переоценок основных фондов, которые проводятся время от времени в соответствии с постановлениями правительства Российской Федерации.

Балансовая стоимость основных средств в ходе такой переоценки увеличивается в соответствии с коэффициентами, утвержденными правительством, либо в соответствии с действующими рыночными ценами на аналогичные товары, в тех случаях когда эти цены могут быть объективно определены или подтверждены независимым оценщиком.

Хотя механизм обязательной переоценки основных фондов далек от идеального, так как переоценка проводится, как правило, один раз в год, балансовая стоимость основных средств увеличивается скачкообразно и не всегда до их реальной рыночной стоимости, тем не менее, проведение таких переоценок все же частично позволяет предприятию отразить в бухгалтерской отчетности инфляционный рост стоимости имущества.

В то же время такие периодические переоценки послужили причиной курьезного несоответствия между положениями уже введенной в действие первой части Гражданского Кодекса и действующим на практике налоговым законодательством.

В соответствии с правилами, установленными рядом писем Министерства Финансов Российской Федерации, акционерным обществам, созданным в процессе приватизации, предоставлена возможность увеличения уставного капитала на сумму дооценки основных фондов. Так же, как и в случае с письмом МинФина 1995, дающим определение понятию "чистых активов", достаточно неудовлетворителен тот факт, что этот вопрос неурегулирован законодательными актами более высокой юридической силы, нежели письма Министерства Финансов, такими, как федеральные законы или даже Гражданский Кодекс. Хотя, как это обсуждалось выше в связи с проблемой "чистых активов", этот вопрос также можно рассматривать (по крайней мере, частично) как вопрос формы, а не сути, однако, в данном контексте также есть существенный вопрос, относящийся к акционерным обществам, образованным частным капиталом (в отличие от тех что были преобразованы из государственных предприятий). Поскольку ни названия, ни текст

соответствующих писем Министерства Финансов не содержат упоминания о вновь образованных акционерных обществах, не связанных с процессом приватизации, возникает вопрос, применяется ли порядок, установленный данными письмами к этим предприятиям. Другими словами, может ли акционерное общество, учрежденное вне процесса приватизации, увеличить свой уставный капитал с тем, чтобы привести его в соответствие с реальной стоимостью активов предприятия?

Кроме того, в связи с увеличением уставного капитала до текущей реальной стоимости активов предприятия, существует еще одно противоречие между Гражданским Кодексом и действующим налоговым законодательством, причем это противоречие имеет равное отношение как к приватизированным предприятиям, так и к акционерным обществам, образованным вне процесса приватизации. В соответствии со статьей 99 Кодекса "не допускается освобождение акционера от обязанности оплаты акций общества, в том числе освобождение его от этой обязанности путем зачета требований к обществу" Данное положение не предусматривает никаких исключений, что служит общей цели защиты интересов кредиторов, также, как и тест "чистых активов". Однако, в соответствии с Письмом Министерства Финансов от февраля 1994 года, упомянутым выше, дополнительные акции, выпущенные предприятием на сумму дооценки основных средств, распределяются между учредителями. Данное письмо не требует никакой дополнительной оплаты от акционеров компании в обмен на "дополнительные" акции. И именно так распределение акций без оплаты и происходит на практике, несмотря на действующие требования Гражданского Кодекса.

Выше обсужденные проблемы не являются исчерпывающим перечнем вопросов, связанных с последствиями нереалистичной балансовой оценки основных фондов российских предприятий. Можно привести другие примеры, такие, как политические дискуссии по поводу использования балансовой стоимости активов (в отличие от других методов оценки) при определении продажных цен государственных предприятий в процессе приватизации, трудности при получении реального вычета амортизации для целей налогообложения и так далее. Остается надеяться, что приведение в соответствие балансовой и рыночной стоимости основных средств находится в числе тех проблем, которые будут разрешены в результате принятия Налогового Кодекса.

4. Выводы

Проблемы, описанные в настоящей статье, являются, с одной стороны, достаточно узкими. Уменьшение уставного капитала в результате исключения "нематериальных" активов, внесенных в уставный капитал юридического лица из правового определения чистых активов ни в коем случае не затронет все российские компании, в то время, как увеличение уставного капитала в результате инфляции может, теоретически, затронуть гораздо большее число российских предприятий. Решение этих проблем существует на нескольких уровнях: на частном уровне особое внимание необходимо уделить при внесении нематериальных активов в уставный капитал и правильном отражении в бухгалтерских документах увеличения уставного капитала в результате инфляционного повышения стоимости определенных активов юридического лица; на уровне законодательной и исполнительной властей, аналогичные готовые решения могут быть применены, например, равный подход ко всем нематериальным активам, скорее, чем разделение их на те, которые используются, и те, которые не используются для работы предприятия (с тем условием, что они правильно оцениваются) и в разрешении всем юридическим лицам отражать инфляционное повышение стоимости их активов одинаково, скорее чем прямо разрешить преобразованным юридическим лицам отражать такое увеличение в уставном капитале и занимать неясную позицию в отношении вновь созданных юридических лиц.

С другой стороны, эти проблемы отражают более широкую обеспокоенность - противоречия и пробелы в ключевом экономическом законодательстве Российской Федерации (и, по аналогии, в других странах СНГ). Проблема уставного капитала не может быть столь серьезной и достаточной, чтобы ограничить отечественные и исключить иностранные инвестиции в России. Но вместе с тем, множество противоречий и пробелов, наблюдаемых в законодательстве России (и других стран СНГ), принятом в период реформ, небольшим примером которых могут служить рассмотренные проблемы, безусловно, могут иметь негативные последствия при реализации объявленных целей привлечения отечественных и иностранных инвестиций.

Цель обеспечения дополнительной защиты кредиторам российских компаний - выше общего минимального уровня, который содержался в Положении 1990 г. - безусловно, не должна остаться без должной оценки.

Сложнее дать ответ на вопрос о том, какой путь является наибо-

лее подходящим для обеспечения такой дополнительной защиты. Является ли узкий подход концентрации на законодательном регулировании вопросов уставного капитала и расширению круга требований, которым необходимо следовать не только в момент учреждения юридического лица, но также в отношении ежегодных финансовых результатов деятельности российских юридических лиц, надлежащим средством? Говоря шире, правильно ли будет со стороны государства активным образом контролировать этот отдельный аспект деятельности юридических лиц, или правила должны быть более сконцентрированы на динамичной природе деловых операций (общем правиле о "ухудшении" обеспечения уставного капитала), или, наконец, должно ли это быть оставлено для урегулирования рыночными механизмами? Далее, должно ли "ухудшение" обеспечения уставного капитала приводить к автоматическому и принудительному объявлению юридического лица банкротом (что, как представляется, является правовым последствием в соответствии с гражданским кодексом России 1995 г.) или санкция за возможное (или свершившееся) нарушение должна быть менее решительной?¹⁷

По нашему мнению, наиболее подходящим средством обеспечения дополнительной защиты должны быть более четкие и строгие правила в отношении ответственности директоров и должностных лиц в отношении проведения деловых операций (искажение информации, мошенничество, конфликты интересов, использование служебного положения в личных целях) или защиты меньшинства акционеров (участников) против большинства. Такие средства уделяют большее внимание динамическому характеру деловых операций; критерий уставного капитала является краеугольным камнем в момент образования юридического лица и далее, как предусматривает сейчас Гражданский кодекс, является предметом годового аудита и, возможно, подвергается изменениям.

Однако, когда законодатели (авторы проектов, другие ключевые советники, которые играют существенную роль в принятии российского экономического законодательства) полагают, что требуется как можно больше дополнительной защиты, даже если она носит больше статистический характер и, следовательно, минимальный размер уставного капитала должен сохраниться и контролироваться в деятельности российских юридических лиц, по крайней мере на ежегодной основе, нет оснований для того, чтобы претворение в жизнь этого политического намерения мешало, даже потенциально, реализации такой же важной цели привлечения отечественных и иностранных инвестиций.¹⁸

Тем не менее, такой результат на практике может существовать

до тех пор, пока не будет достигнут большой уровень координации и гармонизации при подготовке и принятии ключевых экономических законов, в особенности тех, которые затрагивают различные отрасли права.¹⁹

Разрыв между отраслями права был сокращен с принятием Основ гражданского законодательства 1991 г. До 1991 г. в соответствии с Основами гражданского законодательства 1961 г. и российским Гражданским кодексом 1964 г. положения гражданского права могли применяться, например, к отношениям (и, соответственно, спорам), относящимся к российскому трудовому праву, только если последнее это прямо предусматривало.

Своего рода мост над этим разрывом был сделан Основами гражданского законодательства 1991 г., которые определили большую роль гражданского права; положения гражданского права применялись к другим отраслям права (т.е. трудовому, семейному, природному законодательству)²⁰ в том случае, если последние не имели собственных материальных норм.²¹

К сожалению, новый Гражданский кодекс молчит по этому поводу и известный член рабочей группы, разрабатывавшей новый Гражданский кодекс, в связи с этим заключил, что восстановилось положение, существовавшее до Основ 1991 г., т.е. нормы гражданского права могут применяться к другим отраслям права только в том случае, если нормы последних прямо устанавливают это.²²

Однако, если даже положение Основ 1991 г. было бы прямо воспроизведено в новом Гражданском кодексе 1995 г., вопрос с уставным капиталом, обсуждаемый выше, не был бы автоматически разрешен. Но, поскольку новый Гражданский кодекс не дает подобного положения и поскольку координация и гармонизация ключевого экономического законодательства еще не полностью институционализирована, пробелы и противоречия сохраняют существующие проблемы. Это в значительной мере препятствует достижению какого-либо значимого уровня правовой определенности и стабильности в переходный период.

С увеличением внимания, которое сегодня уделяется кодификации в Российской Федерации известными учеными и практиками, можно с оптимизмом утверждать, что такие усилия закончатся более тесной координацией и гармонизацией при подготовке и принятии важного экономического законодательства, как по форме, так и по существу.²³ Другим важным примером увеличивающегося внимания к вопросу координации ключевого экономического законодательства на региональном уровне является

Модельный Гражданский Кодекс. Этот документ, который был подготовлен ведущими учеными и практиками в области права в последние 18 месяцев, включая своевременный и сжатый анализ зарубежного опыта, и был принят Межпарламентской Ассамблей СНГ в качестве рекомендательного акта для рассмотрения национальными парламентами этих стран, поскольку они разрабатывают свои гражданские кодексы.

Такое развитие событий, возможно, будет иметь значительный позитивный эффект для улучшения правовой определенности и стабильности в Российской Федерации (и в случае с Модельным Гражданским кодексом и аналогичными попытками, которые могут иметь место в будущем - в странах СНГ). Определенно, до тех пор, пока более стабильная и предсказуемая правовая среда не будет создана, даже еще большее внимание к координации и гармонизации экономического законодательства будет не способно обеспечить и поддержать нормальный климат для частных инвестиций в Российской Федерации, в частности, и странах СНГ в общем.

* Автор хотел бы поблагодарить Светлану В. Алмазеву, получающую степень магистра права на юридическом факультете Лейденского Университета и налогового консультанта Пеппер, Гамильтон и Шитц в Санкт-Петербурге, за ее неоценимую помощь в подготовке настоящей статьи и Семена Д. Яковлева, студента последнего курса юридического факультета Московского Государственного Университета, проходящего обучение на юридическом факультете Лейденского Университета (в рамках Совместного образовательного проекта ТЕМПУС между Москвой, Лейденом, Неймегеном и Ливином), за их усилия при переводе настоящей статьи на русский язык. Автор, однако, остается ответственным за любые ошибки или пропуски в статье или ее переводе на русский язык.

1. Цитируется по: Часть 1 Гражданского кодекса Российской Федерации, Собрание законодательства Российской Федерации, 1994, No 32, ст. 3301 (английский перевод Г. П. ван ден Берг и У. Б. Саймонс, 21 Review of CEE Law 1995, Nos. 3/4).

2. Цитируется по: Часть 2 Гражданского кодекса Российской Федерации, Российская газета, 6-10 февраля 1996 г.

3. Подобная цель может быть найдена, например, в Законе РСФСР "Об инвестиционной деятельности в РСФСР" 1991 г. и Законе РСФСР "Об иностранных инвестициях в РСФСР" 1991 г., Ведомости РСФСР, 1991 г., No 29, ст. 1005 и 1008 соответственно.

Мы выбрали привлечение инвестиций в качестве примера политической

цели потому, что она также включает создание юридического лица, т.е. предполагается, что добросовестные участники частного сектора решают образовать юридическое лицо для осуществления какого-либо бизнеса, и в этой связи это требует определенной формы и уровня инвестиций в большинстве случаев, чтобы выжить. Однако проблема ключевого законодательства, которое несоординировано и негармонизировано и делает напрасными попытки реализовать политические цели, конечно не ограничивается только целью привлечения инвестиций. В общем, цели государственной политики, которые неадекватно закреплены в законодательстве и которые несоординированы и негармонизированы внутри одной отрасли права, не говоря уже о нескольких отраслях, имеют серьезные негативные последствия для законодательства в целом, и, соответственно, на реализацию того, что отражено в нем.

4. И позже требовалось преобразование большинства государственных предприятий в юридические лица других видов.

5. Цитируется по: Положение об акционерных обществах, утверждено Постановлением Правительства - Совета Министров РСФСР от 25 декабря 1990 г. No 601, Собрание постановлений Правительства РСФСР, 1991 г. No 6, ст. 92.

6. Цитируется по: Федеральный закон Российской Федерации "Об акционерных обществах", Российская газета, 12 января 1996 г.

7. См. Главу 4 "Юридические лица" Гражданского кодекса Российской Федерации 1995 г.

8. См.: Суханов Е. А. "Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей", Москва, 1995, стр. 133.

9. Например, открытое или закрытое акционерное общество, товарищество.

10. Закон Российской Федерации от 13 декабря 1991 г. No 2030-1 (с изменениями и дополнениями 1992-1995 гг.); База данных "Гарант".

11. Сдержанность при изменении нового Гражданского кодекса так быстро после его принятия не была предметом большой заботы, т.к. Кодекс уже был однажды изменен - см: Федеральный закон от 15 ноября 1995 г. "О внесении изменений и дополнений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации". База данных "Гарант".

12. По меньшей мере, название приказа "О процедуре отражения в бухгалтерском учете отдельных операций, связанных со вступлением в силу первой части Гражданского кодекса Российской Федерации" позволяет определить, что он относится к вопросу. На сегодня много подзаконных актов имеют самые общие формулировки заглавий, что делает очень сложным определение области их применения без изучения их содержания. Приказ Минфина от 28 июля 1995 г., База данных "Гарант".

13. Несмотря на то, что Министерство Финансов могло рассматривать приказ как промежуточный акт, действующий до принятия Налогового кодекса, в самом Приказе это не было отражено. Более того, практика прошлых лет показывает, что зачастую наличие таких приказов, писем и других подзаконных актов отвлекает внимание законодателя и разработчиков от

основного законодательства - кодексов, законов и т.д. Таким образом, если не будет более жесткого давления со стороны Минфина с целью ввести указанное понятие "чистых активов" в Налоговый кодекс, может случиться, что оно будет отброшено при разработке Налогового кодекса, несмотря на намерения Минфина при принятии Приказа.

14. Однако, существенным аргументом может явиться то, что положения Кодекса (или другого сопутствующего законодательства) прямо не уполномачивают Министерство Финансов принимать подобные определения. Такое рассуждение приводит к логическому выводу, что при отсутствии положений Кодекса, которые прямо уполномачивают исполнительные органы власти принимать акты в развитие положений Кодекса, только российская судебная власть может толковать ключевые положения Кодекса.

15. Письмо Миннауки России и Роспатента от 13 марта 1995 г. No ОР 22-2-64, 10/2/20215/23 "Порядок включения объектов интеллектуальной собственности в состав нематериальных активов". База данных "Гарант".

16. И предприятия, преобразованные из государственных, и вновь созданные юридические лица с частным капиталом.

17. Например, вторая Директива ЕС (ОJ 1977 L26/1) устанавливает такое средство уведомления, в соответствии с которым акционеры (участники) должны быть осведомлены о серьезном ослаблении обеспечения уставного капитала на своем собрании, созываемом для решения вопроса о ликвидации компании или принятии других мер. Это, безусловно, является гораздо более мягкой мерой, чем обязательная ликвидация, предусмотренная новым Гражданским кодексом России.

18. Такая тщетность может в целом иметь негативные последствия пробелов и противоречий и в таком случае, в частности, закончится строгими правовыми последствиями выражающимися в автоматическом признании банкротом в соответствие с тестом чистых активов.

19. Или в качестве отдельного федерального закона, содержащего более детальные положения, чем новый Гражданский кодекс. В настоящее время, существуют планы более детализировать положения основного экономического законодательства в отдельных законах, подобно Закону "Об акционерных обществах", который был принят в конце 1995 г. Другими примерами могут служить новые Закон "О некоммерческих организациях", Закон "О малых предприятиях" и др.

20. Основы гражданского законодательства 1991 г., ст. 1(3).

21. Исключенными из-под действия этого положения, среди прочего, оказались "налоговые и бюджетные отношения". Таким образом, проблема разрыва между двумя отраслями оказалась нерешенной в отношении этих двух важных областей.

22. Брагинский М. И. Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации, Москва, 1995, стр. 31. Дальнейшее обсуждение проблемы см.: Рахмилович В. "С новым Гражданским кодексом Российской Федерации", Review of CEE Law, 1996 (следует). Поскольку ст. 2 (3) Гражданского кодекса устанавливает, что гражданское законодательство не применяется к налоговым отношениям, в настоящей работе мы будем

однозначно полагать, что разработчики Кодекса рассматривают проблему “чистых активов” в качестве проблемы гражданского, а не налогового, права. См. также: G. P. van den Berg. “Evolution of the System of Law and Legislation of the Russian Federation” (неопубликованная рукопись, первоначальный проект март 1996).

23. Невидимая на первый взгляд роль частного права в процессе реформ в России описана в недавней статье Председателя Научно-Исследовательского центра частного права при Президенте Российской Федерации А. А. Алексеева “Послесловие к документу: Кодекс цивилизованного рынка”, см.: Российская газета 14 марта 1996 г. Рассмотрению вопроса координации и гармонизации законодательства, включая отечественный и зарубежный опыт, см. также: R. Knieper and M. Boguslavskij, *Concept for Legal Counselling in Transformation States*, Eschborn 1995.

საკუთრების უფლების წარმოშობის საფუძვლები ძველ ქართულ სამართალში (ნაოზარი და ბანკი)

ბესარიონ ზოიძე
იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორი, პროფესორი

საკუთრების უფლების წარმოშობის თავდაპირველი წყაროა ნაპოვარი. ნაპოვარი ეს ისეთი მოძრავი ქონებაა, რომლის პატრონიც უცნობია. ნაპოვარი განძისაგან განსხვავებულია. თუ განძი განზრახ დაფლული ან სხვანაირად დამალული ქონებაა, ნაპოვარი დაკარგული ქონებაა. მართალია, ორივე შემთხვევაში მესაკუთრე უცნობია, მაგრამ ნაპოვარის ვითარებაში მეტადაა სავარაუდო, რომ მესაკუთრე გამოჩნდება. განძის დროს კი – მეტია იმისი შესაძლებლობა, რომ ნივთის მესაკუთრე არ გამოჩნდება. ამიტომაცაა, რომ ნივთის მპოვებელი მესაკუთრის ტიტულით იმოსება ხოლმე. ნაპოვარზე კი უფლების მქონედ მისი მესაკუთრე ივარაუდება და მხოლოდ მაშინ, თუ იგი არ გამოჩნდება, ან ვერ დაამტკიცებს თავის უფლებას, სწორედ მაშინ ხდება მპოვებელი მესაკუთრე.¹

ნაპოვარზე საკუთრების უფლების წარმოშობა ეყარება occupatio-ს (დაუფლება-დაპატრონებას). საქმე იმაშია, რომ დაკარგული ნივთი მისი პოვნისგან გარკვეული ვადის გასვლის შემდგომ უპატრონო ქონებად იქცევა.

ქართული სამართლის ძეგლები არ გამოირჩევიან ნაპოვარის სამართლებრივი მოწესრიგების სრულყოფილებით, თუმცა ის ნორმები, რომლებიც მათშია, გარკვეულ წარმოდგენას იძლევიან მისი, როგორც საკუთრების წარმოშობის საფუძველზე. ყველაზე სრულყოფილი ნორმების შემცველი მაინც ბექა-აღბულას სამართლის 92-ე მუხლია.² ამ მუხლის პირველი ნაწილიდანვე აშკარავდება ის ზნეობრივ-სამართლებრივი მოვალეობა, რომ მპოვნელმა ნივთი პატრონს უნდა დაუბრუნოს – “გამოუჩინოს და ხელთა მისცეს”. თუ მპოვნელი არად ჩააგდებს ამას და მიითვისებს ქონებას, მაშინ მისი მოქმედება ქურდობის ტოლად ფასდება – “და თუ მაშინ არ გამოუჩინოს, დამალოს და უკანისლა გამოჩნდეს... ამაღ რომე მპარაობისა რამე მაგიერი საქმე იქნების, - ხელთა მისცეს“. ანალოგიური ნორმის შემცველია ძველი აღმოსავლეთის სამართალი. ხეთების კანონთა პირველი ტაბულის 45-ე მუხლში გაცხადებულია:

“უკეთუ ვინმე იპოვის ნივთს, უნდა დაუბრუნოს ის პატრონს და მან უნდა დააჯილდოვოს იგი; თუ კი არ დააბრუნებს ნივთს, იგი ქურდია.”

კანონმდებელი ამით არ კმაყოფილდება და მპოვნელს აკისრებს იმ ზარალის ანაზღაურებასაც, რაც მესაკუთრის ქონებას მიაღდება - “თუ პირუტყვი იყოს, დაემჭლოს და გაეცულოს, და თუ სასაქონლო იყოს, გაეცვიტოს და გაექირაოს, კაცთა დახვედითა იგიცა უზღოს უსიტყოდ”. ამის გარდა მპოვნელი, რომელიც არაკეთილსინდისიერად მოიქცევა, ჰკარგავს “სამადლობელ საჩუქარს” - საპოვნელას. ამრიგად, მპოვნელის არაკეთილსინდისიერებას შედეგად მოსდევს ჯერ ერთი, “საპოვნელას” დაკარგვა, მეორეც, მისი მოქმედების ქურდობის ტოლად შეფასება და მესამე, ზარალის ანაზღაურების დაკისრება. რაზან ასეთი მკაცრი შედეგები მოსდევს მპოვნელის აღნიშნულ მოქმედებას, კანონმდებელი საქმის სწორ გამორკვევას ითხოვს - “ეს კარგად მონახონ, მთხრობელი, მპოვნელი, მეკობრე ერთად არ იყოს, ანუ მან დამკარგავმან მრული არა დასწამოს რა”.

92-ე მუხლის ერთ-ერთი საინტერესო დანაწესი ისაა, რომ მპოვნელს საჩუქარი (ჯილდო) ეძლევა, რომელსაც “საპოვნელა” ეწოდება - “და მსგავსიერი საპოვნელა მისცეს და დასჯერდეს”. როგორც ჩანს, “მსგავსიერი” იმისი აღმნიშვნელი უნდა იყოს, რომ საპოვნელას სიდიდე დამოკიდებულია ნაპოვარი ნივთის ღირებულებაზე. ეტყობა, კანონმდებლობა ერიდებოდა საპოვნელას ოდენობის განსაზღვრავს პროცენტულად და ნივთის პატრონის ნებაზედ აგდებდა იმას, თუ რა ოდენობით გაიღებდა მას, ამასთან შეახსენებდა, რომ მსგავსიერი საპოვნელა მიეცა. როგორც ჩანს, ეს იმისი მანიშნებელია, რომ საპოვნელას მპოვნელის გული უნდა შეეჯერებინა.

აქვე იბადება კითხვა, რა დამსახურებისათვის, მოკლედ, რისთვის ეძლევა მპოვნელს საპოვნელა. არის აზრი, რომ მპოვნელს იგი ეძლევა გაწეული სამსახურის სანაცვლოდ და არა კეთილსინდისიერებისათვის. ამ სამსახურში კი იგულისხმება ის შრომა, რაც მპოვნელმა გასწია ნივთის საპოვნელად, შესანახად და მესაკუთრისათვის გადასაცემად. ეს საკითხი ერთ დროს კამათის საგანს შეადგენდა ცივილისტებში. ჩემის აზრით, მხოლოდ კეთილსინდისიერებაა საპოვნელას საფუძველი. და თუკი რამ შრომა გასწია მპოვნელმა და ამით გარკვეული ზარჯები იკისრა - შეუძლია მოითხოვოს მისი ანაზღაურებაც, რაც, ცხადია, ვერ იქნება საპოვნელა. კანონმდებელი ახალისებს კეთილსინდისიერად მოქმედთ. არაკეთილსინდისიერებისათვის მპოვნელი მარტო საპოვნელას კი არ კარგავს, არამედ დამნაშავედაც კი ცხადდება. ეტყობა, აქ ის მდგომარეობა გვაქვს, როცა იურიდიული ვალდებულება ზნეობრივად თუ

არაა გაცნობიერებული, მესაკუთრემ შეიძლება ვერც კი დაიბრუნოს ნივთი. როცა მპოვნელი თავს იკავებს გადადგას ნაბიჯი არაკეთილსინდისიერებისაკენ, მისი შემაკავებელი სწორედ რომ ზნეობრივი ვალის განცდაა.

რატომღაც საპოვნელას დარ დანაწესს არ იცნობდა რომის კერპო სამართალი. ნაპოვარზედ რომის სამართლის მოძღვრება რამდენადმე ეიწროა. მპოვნელი რომის სამართლით, არავითარ ანაზღაურებას (ჯილდოს) არ ღებულობდა ნივთის პოვნისათვის.⁴ ანალოგიურადაა მოწესრიგებული ეს საკითხი ნაპოვონის კოდექსით. გერმანიის სამოქალაქო სჯულდება კი ნაპოვნი ნივთის ფასის შესაბამისად ადგენდა საჩუქრის ოდენობას. თუ ნივთის ფასი 300 მარკაზე ნაკლებია, მაშინ საჩუქარი მისი ღირებულების 5%-ია, ხოლო თუ 300 მარკაზე მეტია ნივთის ფასი, საჩუქრის ოდენობა ნივთის ფასის 1% იქნება. აქვე უნდა აღინიშნოს ისიც, რომ თუკი ნივთს მხოლოდ მისი პატრონისათვის აქვს ფასეულობა, მაშინ სამართლიანობის მიხედვით უნდა განისაზღვროს საზღაურის ოდენობა.

ბექა-აღბუღას სამართლის აღნიშნული მუხლით ირკვევა ის, თუ რა ობიექტები შეიძლება შეადგენდეს ნაპოვარს. ესენია პირუტყვი თუ საქონელი. აქვე შევნიშნავთ, რომ პირუტყვის პოვნის საკითხი რამდენადმე განსხვავებულად წყდება. ირაო პირუტყვის ცნება გარკვეულწილად ცალკე მოწესრიგების საკითხია, მაგრამ სამართლის ძეგლებში ხშირად ნაპოვარის რეჟიმი ვრცელდება მასზე.

ბექა-აღბუღას სამართლის მოტანილი მუხლი არაფერს არ იუწყება იმის თაობაზედ, თუ რა ბედი ეწევა ნაპოვარს, რომლის პატრონიც არ გამოჩნდება: მპოვნელს რჩება ქონება თუ სასიფეოოდ დაიდება. ამაზე პირდაპირ პასუხს არც რომის სამართლის სახელმძღვანელოები იძლევიან. მეტიც, მპოვნელს რომის სამართლით ჯილდოც არ ერგება.

რიგი ქვეყნების კანონმდებლობა აწესებს ხანდაზმულობის ვადებს, რომლის გასვლის შემდეგ ნაპოვარი მპოვნელის საკუთრება ხდება. მაგალითად, შვეიცარიის სამოქალაქო სჯულდებით საჭიროა გავიდეს ხუთი წელი ნივთის პოვნის გაცხადებიდან, მესაკუთრის დაძებნის მიზნით, რათა ქონება მპოვნელის საკუთრებად გამოცხადდეს. აქვე შევავსებთ ჩვენს მიერ ზემოთ დასმულ საკითხს ჯილდოს რაობაზედ, რომ შვეიცარიის სამოქალაქო სჯულდება მიჯნავს მპოვნელის მიერ გაწეული ხარჯების ანაზღაურებას და იმ ანაზღაურებას, რასაც მპოვნელი ჯილდოს სახით ღებულობს (მუხლი 722).

ნაპოვარის პრობლემაა აღძრული ბერძნული სამართლის ქართულ ვერსიაში, სახელდობრ, 39-ე, 255-ე და 70-ე მუხლებში. 39-ე მუხლი-

დან არ ჩანს, მპოვნელის დასაჩუქრება ნიეთის პოვნისათვის და პატრონზე გადაცემისათვის. მის პირველსავე ნაწილში გატარებულია ცნობილი აზრი, რომ მპოვნელმა ნიეთი მესაკუთრეს უნდა დაუბრუნოს "უკეთუ დაკარგოს ვინმემ რამე და სხვამან კაცმან იპოოს. კარგად შეინახოს, სანამდღი პატრონი გამოუჩნდებოდეს, და, რა პატრონი გაჩუქნდეს, თავისი ისევ მისცეს". სამართალი, როგორც ვხედავთ, ავალდებულებს მპოვნელს, რათა მან ნაპოვნი ნიეთი "კარგად შეინახოს". ეტყობა, უნდა ვივარაუდოთ, რომ ამ კარგად შენახვას ხარჯები თუ სჭირდება, ნიეთის პატრონი ვალდებულია აუნაზღაუროს იგი მპოვნელს.

მოცემული მუხლის დანარჩენი საკმაოდ ვრცელი ნაწილი იმის შეგონებაა, რომ მპოვნელმა არ უნდა მიითვისოს ქონება, იგი პატრონს უნდა დაუბრუნოს: "ხოლო თუ შეიტყოს ვინმე, თუ ამ კაცმა დაკარგა ეს საქონელი, და არ მისცეს, მტერი ღვთისა და ანგელოზთა და ყოველთა წმინდათა მისთა იქნების. ძველი სჯული ამას ბრძანებს, უკეთუ შენმა ძმამ ანუ შენმა მტერმან დაკარგოს რამე უნაღუელულობითა ოვისითა, ულაშქროთა, და შენ იპოვნო, იმას ნუ დამალავ, მაშინვე მიეც."

ძველი სჯული ესრეთ იტყუის. და ახლა შენ რომ გეწოდების ქრისტიანე, ხარ და ხედავ, რომე შენი ძმა, ქრისტიანე ვინმე, დატყუვედა, და იმას თავისი საქონელი არ მისცე, ეგების ტყუეობიდან იმით გამოიხსნას ან თავისთვის შეინახოს.

რა ქრისტიანობა იქნების შენი უმეტესი ცოდვა აქუს ხარბსა მას, რომელნიცა საქონელს წაართმევენ და დაუჭერენ, და ნაპოვნსა მას აღარ მისცემენ, ვიდრე ბარბაროზთასა, რომელნიცა მივლენ ქრისტიანეთა ზედა, წარტყუენიან. იგინიცა მგზავსნი ამისანი არიან".

ასეთი მორალის შემდეგ აუხსნელია ჩვენთვის როგორაა ნარბევი, საერთოდ ომში ნაშოვარი, საკუთრების უფლების წარმოშობის წყარო.

ბერძნული სამართლის 256-ე მუხლიც არსებითად იგივეს აკანონებს: "უკეთუ ვინმე სახლი გაყიდოს და იმ სახლში თავის პატრონს ოქრო შეენახოს და დავიწყებოდეს როდისაც რომ იმ სახლის მსყიდველმა ის ოქრო იპოოს, იმავ უწინდელს პატრონს მისცეს ის ოქრო". როგორც ჩანს, აქ მეტია მესაკუთრის გამოცხადების პრეზუმფცია და ამიტომაცაა, რომ ნაპოვარი, როგორც წესი, მას უბრუნდება. ეტყობა, სანიეთო უფლების წარმოშობა და ოქროს პოვნა, დროშიც ახლოსაა ერთმანეთთან, დიდი დრო რომ გასულიყო და აღნიშნული ოქრო "ძველითგან შენახული" ყოფილიყო, მაშინ შეიძლება დამდგარიყო განძის პრობლემა.

ბერძნული სამართლის 70-ე მუხლი, რამდენადმე ორიგინალურად წყვეტს ნაპოვარის საკითხს. იგი ერთგვარად არღვევს იმ ცნობილ

დებულებას, რომ ნაპოვარი მის პატრონს უნდა დაუბრუნდეს უვნებლად და მპოვნელს უფლებას აძლევს ცალკეულ შემთხვევაში მოითხოვოს ნაპოვარის ნახევარზე საკუთრების უფლების ცნობა, სხვა დროს კი - მის მეათედ ნაწილზედ.

მუხლის შინაარსი ასეთია: “უკეთუ წყალში საქონელი იპოვნოს, ვინმე სხვისა და ამოიღოს რვის მხრის სიღრმიდამე, ოქრო ანუ ვერცხლი, ანუ სხვა რამე, ნახევარი ამომღებისა არის და ნახევარი პატრონისა.

ხოლო ვინცა ვინ წყალი გარდუგდოს და ერთის ადლის სიღრმიდამ საქონელი რამ ამოიღოს, ათისთავი მპოვნელისა არის და სხვა დამკარგავისა”.

ეტყობა ნიეთის პოვნა ამ დროსაც შემთხვევით ხდება. მარტო ნიეთის არსებობის ფაქტი რომ ეცნობებინა მპოვნელს პატრონისთვის ესეც საკმარისი იქნებოდა იმ ვალის მოხდისათვის, რაზედაც ძველი სჯულის დანაწესები მოგვითხრობენ, მაგრამ ამით შეიქმნებოდა პატრონის მხრიდან დაკარგულ ნიეთზედ ფაქტობრივი ბატონობის აღდგენის მხოლოდ მეტი შესაძლებლობა. ხოლო ამის შემდგომ, მპოვნელის მიერ განზორციელებული მოქმედება შეუძლებელი იქნებოდა გაგვეხილა იურიდიული მოვალეობის ჭრილში (სხვა საქმეა მესაკუთრესა და მპოვნელს შორის რომ ყოფილიყო გარიგება წყალში ჩაძირული ქონების ამოღების თაობაზედ). ამიტომაც, სამართალი არ დაკმაყოფილდა, ასე ეთქვათ, საპოვნელათი და მპოვნელის შრომა გახდა ნაპოვარზედ (მის წილზედ) საკუთრების უფლების შეძენის საფუძველი. მოტანილი მუხლიდან ჩანს, რომ რაც უფრო ძნელია დაკარგული ნიეთის მოძიება, მით მეტია მპოვნელის უფლებები. მოკლედ, აქ გვაქვს ის ვითარება, როცა შრომა აფუძნებს საკუთრებას.

რომ არა მპოვნელის მოქმედება, შეიძლება პატრონს საერთოდ ვერ აღედგინა დაკარგულ ნიეთზე საკუთრების უფლება.

დავით ბატონიშვილის სამართლის პროექტის 121-ე⁸ მუხლი მოხაზავს ნაპოვნი ნიეთის ბედს. მაგრამ აქ უფრო უპატრონო ქონების სახე იკვეთება. ზოგჯერ ისეთი შთაბეჭდილებაც კი იქმნება, რომ განძიც შეიძლება ვივარაუდოთ. დებულება მოცემული მუხლისა გვაძნობს: “ვინცა რა იპოვოს, ბუნებითისამებრ სამართლისა არს მისი, უკეთუ არ არს ნიეთი იგი სხვისა, ესე იგი უკეთუ რა უის მას პატრონი”. ვფიქრობთ, აქ რომაული დაუფლება-დაპყრობა, (occupatio) გვაქვს უპატრონო ქონებისა. ამრიგად, ნაპოვარი თუ უპატრონო ქონებაა იგი მპოვნელის საკუთრებად ცხადდება და თანაც, დავით ბატონიშვილის თქმით, ეს ბუნებითი სამართლის წესია. რომის სამართალი იცნობდა - occupa-

ti-o-ს თავისუფლებას. ზოგჯერ მიწაზე საკუთრების უფლება იყო მისთვის ხელისშემშლელი. ეს ვითარებაც ასახულია დავით ბატონიშვილის სამართალში. პოვნილ ნივთზე მიწის მესაკუთრეც იღებს წილს და თანაც მით მეტია მისი უფლება, რაც უფრო ფასეულია მიწის ნაკვეთი: “და იქნების რომელ პოებული იგი ნივთი იპოვნოს ვინმე მამულსა სხვისასა და მამული იგი წლითი-წლად იყოს მოქმედებასა შინა, მაშინ მპოვნელმან მისცეს მეხუთედი მამულისა პატრონსა და დანაშთობი წაილოს მპოვნელმან. ხოლო უკეთუ იყოს შორიელ და უხმარ მიწა იგი, მაშინ მისცეს მეთედი პატრონსა მამულისასა”. მოკლედ, მამულის პატრონი ერთ შემთხვევაში ღებულობს მეხუთედს ნაპოვარისა, მეორე შემთხვევაში კი - მეთედს. მამულის პატრონის უფლებრივი მდგომარეობის ასეთი დიფერენციაცია საეჭვოდაც შეიძლება გვეჩვენოს. გამოდის, რომ მის უფლებას აფუძნებს (უფრო სწორად უფლების ფარგლებს) საკუთრების (ჩვენს მაგალითში მამულის) სარგებლიანობა.

აქვე გათვალისწინებულია ნაპოვნი ნივთის მეტი წილის ხაზინის სასარგებლოდ დადება - “ხოლო უკეთუ იპოვნოს ესეოდენი, რომელ დაეტყობოდეს მით საზოგადოებასა მაშინ დაიდვას იგი ხაზინასა შინა და ათისთავი მიეცეს მპოებელსა მას”.

ნაპოვარის მესაკუთრისათვის დამალვას, დავით ბატონიშვილი ქურდობის ტოლად თვლის - “ხოლო მპოვნელთაცა პირუტყუთასა, უკეთუ არა ამცნებენ პატრონთა საქონლისათა, მაშინ ქურდისა მსგავსად მიეხდების, და უმეტეს ჟამსა მხედრობისასა, ოდეს მოლაშქრე პირუტყვსა და ანუ ნივთსა, პოებულსა ლაშქარსა შინა, მოლაშქრისასა დამალავს”.

ცალკე ეხება დავით ბატონიშვილი ირაო პირუტყვის პოვნას. ცივილური საკანონმდებლო აქტები ამ საკითხს საგანგებოდ ეხებიან. დავით ბატონიშვილის სამართლით ირაო პირუტყვი სამეფო საკუთრებად ცხადდება, ხოლო მის მპოვნელს გარჯისათვის ეძლევა მესამედი წილი - “ირაო საქონელი მებრ ქართველთა განწესებისა არს სამეფო. გარნა განვაწესებ მე ესრედ, რომელ პოვნილი იგი საქონელი მიეცემოდესთ ახალშემოქმედებულთა რეგულისა ჯართა შინა, ხოლო მუნით მესამედი მიეცეს მპოვნელსა მას გარჯისათვის”.

იურიდიული პრაქტიკა ნაპოვარის თაობაზედ ბევრს ვერაფერს იტყობინება. ერთადერთი, რასაც ჩვენ მივაკვლიეთ, ესაა მე-18 საუკუნის დასაწყისის /1703-1714 წლები/ “განჩინება ნაპოვარი ნივთის გაყიდვის საქმეზე”.⁹ მართალია, ეს საბუთი მპოვნელის უფლებებზე არაფერს არ ლაპარაკობს, მაგრამ საინტერესოა პრობლემის ნეგატიური მხარის საჩვენებლად იმის საჩვენებლად, თუ რა შედეგები შეიძლება მოჰყვეს ნაპოვნი ნივთის პატრონისათვის ჩაუბარებლობას, მის გაყიდვას. საბუ-

თოდან ირკვევა, რომ “საღმთისმეტყველების ლეგენის მხვევალს თავის ბატონის საყურები მიჰქონდა; გავარდნობდა, დაკარგულიყო, ერთს უცოდინარს საბრალოს კაცს ეპოვნა და ოქრომჭედლის პაპასათვის იაფად მიეყიდნა”. მპოვნელს ბრალი ედება იმაში, რომ ნაპოვარი მიითვისა და გაყიდა. რახან ასე მოიქცა - “რადგან არა თქვა, ქურდულად ეზღვევინებოდა”. საინტერესო აქ ისაა, რომ პასუხისმგებლობა ეკისრება ნაპოვარი ნივთის როგორც გამყიდველს, ისე მის მყიდველს. განჩინებიდან ჩანს, რომ საზღაურად დადგენილია ოცი თუმანი, რომლიდანაც რვა თუმანი საპატიოდ ჩაითვალა. დარჩენილი თორმეტი თუმანიდან კი - ხუთი დაეკისრა მპოვნელს, იმისათვის “რატომ არ დაიძახა - ვისი არისო”. შვიდი თუმანი კი დაეკისრა ოქრომჭედელს, რამეთუ მან სიმართლე არა სთქვა - “როდესაც მუწალგა სთხოვს, რატომ არ თქვა”. განჩინებიდან ჩანს, რომ ოქრომჭედელს სცოდნია ნაპოვარი რომ იყო, მაგრამ განუცხადებია “არა ვიცი რაო”. განჩინების დასკვნითი ნაწილი იუწყება: “ესეები სახლთხუცესს მიართვან. საყურის ჯინჯილის ოქრო და თვლებიც მიართვან. თვითონ სახლთხუცესმა გააკეთებინოს”.

აღნიშნული განჩინება იმის დასტურია, რაზედაც მიგვანიშნებდნენ სამართლის ძეგლები. მოტანილი ნორმების უმეტესობაში ხომ მთელი ყურადღება მიჰყოფილია პატრონისათვის ნაპოვარის დაბრუნებაზე. განჩინებიდან გამოჩნდა, რომ სამართლის მოთხოვნის დარღვევა მართლაც ქურდობად შეირაცხების. ნაპოვარის დაბრუნებას თან ემატება ერთგვარი ჯარიმა არაკეთილმინდისიერებისათვის. ჩანს, რომ არაკეთილმინდისიერად მოქცეულა, როგორც ოქროს მპოვნელი, ისე მისი მყიდველი. ალბათ, სხვა შედეგები დადგებოდა მყიდველი-ოქრომჭედელი კეთილმინდისიერი შემძენი რომ ყოფილიყო. ძველთაგანვე ცნობილი და ქართულ სამართალში დამოწმებული დებულების თანახმად, როცა მესაკუთრის ხელიდან ქონება გამოდის მისი ნების გარეშე (ჰყარგავს, ჰპარავენ), ვინც არ უნდა იყოს მისი უკანასკნელი შემძენი, გნებათ კეთილმინდისიერი, მებატრონე მისგან იბრუნებს ქონებას. ოქრომჭედელს კეთილმინდისიერების დროსაც ჩამოერთმეოდა სადაო საგანი, მაგრამ დამატებითი საზღაური კი არ დაეკისრებოდა. ჩვენს მაგალითში კი - ოქრომჭედელი უფრო მკაცრად ისჯება, ვიდრე ოქროს მპოვნელი. შეიძლება სწორედ იმიტომაც, რომ ოქრომჭედელია და ამ გარემოებისა გამოც მეტი კეთილმინდისიერება მართებს. მპოვნელისადმი შეუარდებული სანქციის სიმსუბუქე კი, როგორც ჩანს, განპირობებულია იმით, რომ იგი უცოდინარი, საბრალო კაცი იყო.

საკუთრების უფლების წარმოშობის ერთ-ერთ პირველად წყაროს შეადგენს “განძი”. ტერმინი განძი დ. ჩუბინაშვილის ქართულ-რუსული

ლექსიკონის მიხედვით, სპარსულიდან უნდა იყოს ქართულში შემოსული და აღნიშნავდეს უნჯეს, საუნჯეს, საგანბურს, დამალულ ხაზინას, რუსულში კი მისი შესატყვისია клад, сокровище.¹⁰ სულხან-საბა ორბელიანის “ლექსიკონი ქართული“-ს თანახმად კი - “განძი” სომხურია, “უნჯესა” უწოდებენ.¹¹ ნეიმანის “ქართულ სინონიმთა ლექსიკონში” განძის სინონიმებად მიჩნეულია განძეული, საგანბური, საუნჯე, უნჯი, ლარი - “ლარსა ჰხვეტდიან ლაშქარნი. მართ ვითა მეკობარნია (შოთა რუსთაველი), “ჯერხო აავსო უნჯითა, როგორც სალარო ხანისა” (ვაჟა ფშაველა).¹² ქართული ენის განმარტებით ლექსიკონში კი, განძი ასსნილია სწორედ ისე, როგორც ეს დღესაა მიღებული: ძვირფასი ნივთები, ძვირფასი რამ, ფასეულობა; სიმდიდრე, ქონება.¹³ ხშირად უნდა იყოს ნახმარი ტერმინი განძი ქართლის ცხოვრებაში, რაზედაც მეტყველებს მისი სიმფონია ლექსიკონი (“იხილა.. განძი”, “მისცა განძი ეპისკოპოსსა”, “განყავ სამეფო განძი ორად”, “რომელი შესაძლებელ იყო განძისა მისგან, წარიტანა თანა”, იწყეს გამოკრებად განძისა მისსა)¹⁴ ქართული ოთხთავის სიმფონია ლექსიკონში ტერმინი “განძი არ გვხვდება, სამაგიეროდ იქ ფართოდაა წარმოდგენილი ტერმინი “საუნჯე”, რომელიც ლექსიკონის ავტორის განმარტებით, განძის აღმნიშვნელია ზოგიერთ შემთხვევაში. საუნჯის სხვა მნიშვნელობაა - “მარაგის შესანახი ადგილი, საწყობი, ბეღელი”, “დახურული, დახშული ადგილი, ოთახი”.¹⁵

დანამდვილებით ძნელია იმისი გამორკვევა ქართულში მტკიცედ დამკვიდრებული ტერმინი “განძი” სადაური წარმოშობისაა - სპარსული თუ სომხური. შეიძლება გვეუქრა, რომ ქართულს ნიადაგზედ უნდა გაჩენილიყო განძის სინონიმი - ასევე ფართოდ დამკვიდრებული ტერმინი - “უნჯი”. დავით ჩუბინაშვილი კი ამ ტერმინს სომხურიდან წარმოშობილად მიიჩნევს.¹⁶

ჩვენს მიზანს არ შეადგენს ტერმინთა სადაურობის გამორკვევა. ამ მცირე მაგალითებიდანაც კარგად ჩანს, რომ განძის შინაარსი ფართოა და ყოველდღიურ ყოფიან ცხოვრებაში მას არ იყენებენ იმ მნიშვნელობით, როგორც ეს სამოქალაქო სამართალშია მიღებული. ყოფითს ცხოვრებაში განძი სწორედ, რომ ძვირფასი ნივთებია, ძვირფასი რამ, ფასეულობა, სიმდიდრე, ქონება. ცხადია, ეს მომენტი განძის იურიდიულ განმარტებებშიც ერთ-ერთი არსებითთაგანია. ყოველგვარი ქონება ვერ ჩაითვლება განძად, პირველ რიგში, იგი გარკვეული ფასეულობის მქონე უნდა იყოს. განძის ცივილისტური ცნება არსებითად ყველა ქვეყნის სამართალში ერთნაირია და მას საფუძვლად უდევს ძველი რომის სამართლის მიერ შემუშავებული დანაწესები. რომის სამართალში მიღებული განმარტებით კი, განძი ესაა დიდი ხნის წინათ დამალული

ფასეულია საგანი (ნივთი), რომლის პატრონის დადგენაც შეუძლებელია და რის გამოც იგი განიხილება, როგორც უპატრონო ნივთი.¹⁷

აქედან ჩანს, რომ განძი ფასეული საგანი უნდა იყოს. უხეშად რომ ვთქვათ, განძი ეს განძეულობაა, საუნჯეა, ძირითადად ესაა ოქროსა და ვერცხლის ნივთები. ისტორიულ საბუთებში განძი მოიხსნიება სწორედ ზოგადად და იშვიათია შემთხვევა ხოლმე, როდესაც ჩამოთვლილია ძვირფასი ნივთების სახეები. ამავე ტრადიციას მიჰყვება როგორც ძველი ისე ახალი სამართლის ძეგლები. ერთგვარ გამოჩაყლისს შეადგენს სასჭოთა სამოქალაქო სამართლის კოდექსები, რომლებშიც არასრული ჩამონათვალის კი იყო იმ ქონებისა, რომელიც განძს განეკუთვნებოდა. საქართველოს პირველი საბჭოთა სამოქალაქო სამართლის კოდექსი იუწყება: "მიწაში ჩაფლული ან სხვაგვარად დამალული ფასეულობა, როგორც არის, მაგალითად: ძვირფასი თვალმარგალიტი, პატიოსანი ლითონი ნაკეთობად, ზოდებად და ფულად, ქალაქის ფული უცხოეთის ვალუტა, ფასიანი ქალაქი (აქცია, ობლიგაცია და სხვა), და სხვა საგანი, რომლის შესაკუთრის ვინაობაც გამორკვეული არ არის ან რომლის შესაკუთრებაც კანონის ძალით დაკარგა ამ ფასეულობის უფლება, გადადის სახელმწიფოს საკუთრებად" (მუხლი 68). არსებითად ამასვე იმეორებს სამოქალაქო სამართლის მეორე კოდექსი და განძად თვლის უცხოეთის ვალუტას. ძველი არაა იმისი მიხვედრა, რომ საბჭოთა სამართალი ხელოვნურად ზრდის განძში მოაზრებულ საგნებს გარკვეული საჯარო ინტერესების დაკმაყოფილების მიზნით.

ერთ-ერთი მთავარი ნიშანი, რაც განძის იურიდიულ ცნებას ახასიათებს ისაა, რომ განძად ჩაითვლება დიდი ხნის წინათ მიწაში ჩაფლული ან სხვაგვარად დამალული ქონება. განძის ყოფითი ცნებისათვის ეს არაა აუცილებელი და, მართლაც, ამ შემთხვევაში თვით საგანთა რაობა აფუძნებს მას. თუმცა, ზოგჯერ ისტორიულ წყაროებში გვაქვს მინიშნება იმის თაობაზე, რომ მოხდა განძის დამალვა, მიწაში დაფლვა. ეს თავისთავად დიდი არაფრის მთქმელია და ვერც ცვლის მის ყოფითს გაგებას, მაგრამ საინტერესოა სწორედ იმის გამო, რომ პრაქტიკულად გავრცელებული ყოფილა განძის იმგვარი ფორმით შენახვა, რა ფორმასაც არსებითი მნიშვნელობა აქვს მისი იურიდიული ცნებისათვის. ზემოთ მოტანილი ქართლის ცხოვრების სიმფონია ლექსიკონიდან ჩანს: "ხევსა კახეთისასა არჩილ დაჰფულა საგანბური", "არჩილ... საგანბური ყოველთა ქართლისა ეკლესიათანი... დაფლნა... მცხეთას", "შენ გაუწყობადილი საგანბურთა ჩუენთა ნამალევთა".¹⁸ კარგად გადმოსცემს ამ ვითარებას მხითარ გომის სამართლის ქართული ვერსია (მუხლი 182).¹⁹ უნდა აღვნიშნოთ, რომ განძის თაობაზე ქართული სამართლის ძეგლე-

ბი ძალზედ მწირი ცნებების შემცველია. ამის ერთგვარი კომპენსაციაა სწორედ უცხო სამართლის ძეგლები, რომლებიც ვახტანგის სამართლის წიგნთა კრებულშია შესული. მხითარ გომის სამართალია სწორედ ერთ-ერთი ასეთთაგანი: მისი 182-ე მუხლის უწყება კი შემდეგია: “ვინგინდავინ აშენებდეს სახლსა ანუ ხნედე სახნავსა, ანუ სთხრიდეს ორმოსა და იპოვნოს ქუევრით და ანუ სხვით რითმე ჭურჭლითა განძი ძველითგან შენახული”. კარგადაა ნათქვამი “ძველითგან შენახული”. ვფიქრობთ, მისი გამოყენება მომავალ სამოქალაქო სამართლის კოდექსში არ იქნებოდა ურიგო. მასში, მართალია, ახალი არაფერია ნათქვამი, მაგრამ აზრის გამოხატვის ფორმაა სწორედ რომ ენობრივად გამართული. აქვე ირკვევა ისიც, რომ განძი სწორედ რომ მიწაში დაფლული, დამარხული ქონებაა. თუმცა, გამოთქმა “აშენებდეს სახლსა” გვაფიქრებინებს, რომ განძი მარტო მიწაში დაფლული ქონება არ უნდა ყოფილიყო. საერთოდ კი, უმეტესწილად, განძი მიწაში დაფლული ქონებაა. საქმე იმაშია, რომ სხვადასხვა მიზეზთა გამო განძი ხშირად მიწაში იმარხება და ეს ხდება, როგორც ადამიანთა მოქმედებით, ისე ზღომილებათა შედეგად. ძველ ხალხებში ხშირია შემთხვევები, როდესაც მიცვალებულს სამარეში ატანდნენ მთელ მის ქონებას იმ წარმოდგენით, რომ იგი მას დასჭირდებოდა. შემდგომ, როდესაც საზოგადოება განვითარდა, ადამიანები მიცვალებულს მხოლოდ ქონების ნაწილს ჩაატანდნენ ხოლმე საფლავში. ეს ტრადიცია ცივილიზებულ საზოგადოებაშიც შემორჩა. როგორც ჩანს, იმ ტომებში, რომლებიც მთელ ქონებას საფლავში ატანდნენ მიცვალებულს, საკუთრება განივითებული იყო პიროვნებასთან. ასეთ ვითარებაში, ბუნებრივია, დიდძალი განძეულობა აღმოჩნდებოდა მიწის ქვეშ. და მაინც საკითხავია, იგივე ძვირფასეულობა, რომელიც ღია წესითაა ნაპოვნი - არის კი განძი? სამართლის ძეგლების ერთი იგი არ არის განძი. თუ განძი არაა, მაშინ ნაპოვარი უნდა იყოს. როგორც ჩანს, განძის ყოფითი გაგება უფრო მერძინდელია. ეტყობა თავდაპირველად განძის ხმარება მკვიდრდებოდა, როგორც მიწაში დაფლული ქონების მიმართ. თუ განძი არაა დამარხული და ისე მოხდა მისი პოვნა, უნდა ვიფიქროთ, რომ იგი მეტწილად ვილაცის მიერ დაკარგული ქონება უფრო იქნება და ამდენად ნაპოვრად მისი კვალიფიკაცია შეიძლება სწორიც იყოს. განძისათვის სწორედ რომ გარკვეული დროითი ხანდაზმულობაა საჭირო - “ძველითგან შენახული”. მითუმეტეს, თუ მპოვნელმა გზაში, მინდორში, ყანაში იპოვა, უნდა ვიფიქროთ, რომ აქ არაა სახეზე “ძველითგან შენახული” ნივთი. თუმცა, სრულიად შესაძლებელია, რომ “ძველითგან შენახული”, დაფლული ქონება, ისევე ზღომილებათა შედეგად დაკარგული ნივთის მდგომარეობაში აღმოჩნდეს. რა

ეუწოდოთ ამ ვითარებას - განძის პოვნა თუ ნაპოვარი. თუ შეიძლება ვივარაუდოთ, რომ იგი ძველითგან იყო შენახული, მაშინ განძის პოვნა გვექნება სახეზე.

როგორი უნდა ყოფილიყო განძის მპოვნელის უფლებრივი მდგომარეობა? რომის სამართალში მიღებული წესით ვინც საკუთარ მიწაში იპოვიდა განძს, იგი მთლიანად მისი საკუთრება ჰდებოდა, ხოლო თუ სხვის მიწაში იპოვიდა, მაშინ მპოვნელს ზღვებოდა წილად განძის ნახევარი, სულ ერთია, იგი შემთხვევით იპოვიდა მას, თუ მიწის მეპატრონის ნებართვით მოძებნიდა. მთლიანად მპოვნელისაა განძი, თუკი იგი ნაპოვნია უპატრონო მიწის ნაკვეთზე. როცა მპოვნელი განძის მოსაძიებლად გამოიყენებს ჯადოქრობას ან დაუსშვებელ ხერხებს - იგი კარგავდა მასზე უფლებას სახელმწიფოს სასარგებლოდ.²⁰

მხითარ გომის სამართლის ზემოთ მოტანილი 182-ე მუხლი რამდენადმე განსხვავებულ უფლებრივ მდგომარეობაში აყენებს განძის მპოვნელს. ისევე როგორც რომის სამართალი, იგიც იცნობს განძის პოვნას სხვის მამულში და საკუთარ მამულში. თუ სხვის მამულშია განძი ნაპოვნი, მპოვნელს ერგება მისი მეათედი, დანარჩენი ხელმწიფისაა “ხელმწიფისა არის სამართლითა, და ათისთავი მპოვნელისა არის, რომე ადგილი მის კაცისა არა იყოს სადაც რომ უპოვნია”. როცა საკუთარ მამულში ჰდება განძის პოვნა, აქ შედარებით უკეთესია მპოვნელის მდგომარეობა. მპოვნელის უფლების ფარგლები დამოკიდებულია იმაზე, თუ რაგვარი შემსებლობა, კავშირი აქვს მას განძთან. საერთო წესია, რომ მპოვნელს განძის მეხუთედი რჩება, დანარჩენი ხელმწიფისა იქნება “და თუ თავისი სახლი იყოს ანუ მიწა, ანუ ვენახი და იქ იპოვნოს, ხუთიდან ერთი მისცენ მპოვნელს”. სხვა შემთხვევაში კი, როცა ირკვევა, რომ მპოვნელს უფლებრივი კავშირიცა აქვს განძთან, მაშინ იგი მთლიანად მისია და მეათედი მიაქვს ხელმწიფეს - “თუ იმავ თავის ადგილში ძველიდგან მისის პაპისა და მამის შენახული იყოს, და ანუ მისის ნათესავისა, და მახსოვარი მოწმად ჩნდეს სრულ იმ მპოვნელის კაცისა არის, რომელმანაც რომ იპოვნა თავის მამულში და ათისთავი ხელმწიფეს მიაერთავნ”.

აქედან უკვე ჩანს, რომ განძის მპოვნელი რომის სამართალში უკეთეს მდგომარეობაშია ჩაყენებული. მიწაზე საკუთრების უფლება საკმარისი საფუძველი იყო იმისა, რომ მპოვნელს სრული უფლება გასჩენოდა ნაპოვარზედ. მოკლედ, სანივთო უფლება შობს ისევ სანივთო უფლებას. ეს, ცხადია, გამომდინარეობდა რომის სამართალში არსებული აქსიომიდან, რომ ის, რაც მიწაშია და მიწის ზემოთაა მიწის მესაკუთრისაა. ამ პრინციპის გატარება ფეოდალურ საზოგადოებაში

ეტყობა ჭირდა თვით ფეოდალური საკუთრების დანაწილებული ბუნების გამო. ეტყობა, ის ვინც საკუთარ მიწაში იპოვის განძს, ხშირად არაა მისი სრული მესაკუთრე, ამიტომაც დიდია როგორც მიწაზე, ისე მასში არსებულ განძეულობაზე სიუხერენის უფლებები. კანონმდებელი ეძებს აქედან გამოსავალს და ცდილობს მიწის მესაკუთრის უფლება შეავსოს სხვა უფლებით. ამიტომაცაა, რომ 182-ე მუხლში განძზე სრული უფლების წარმოშობა ფაქტობრივად ემყარება ორ საფუძველს: მიწაზე უფლებას და განძზე მისი მპოვნელის მემკვიდრეობითს უფლებას.

განძის შინაარსში მემკვიდრეობის მომენტის შემოტანას ის უხერხულობა ახლავს, რომ იგი გარკვეულწილად ეჭვის ქვეშ აყენებს თვით განძის ცნებას. საქმე იმაშია, რომ განძის ცნებისათვის ერთ-ერთი ნიშანი ისაა, რომ შეუძლებელია მისი პატრონის დადგენა. ასე იყო რომის სამართალში. ასეა ბურჟუაზიული ქვეყნების კანონმდებლობაში. ნაპოლეონის სამოქალაქო კოდექსში (მუხლი 715) პირდაპირაა ხაზგასმული, რომ “განძად ჩაითვლება ყოველგვარი დაფლული ან დამალული ქონება, რომელზედაც არავის არ შეუძლია დაადასტუროს თავისი საკუთრების უფლება და რომელიც ნაპოვნია წმინდა შემთხვევის შედეგად”. საინტერესოა, რა მოხდებოდა, მხითარ გოშის სამართლის 192-ე მუხლით გათვალისწინებულ შემთხვევაში, მიწის მეპატრონის ანალოგიური მემკვიდრეობითი უფლებით სხვა პირი რომ გამოჩნდილიყო. ეტყობა მისი უფლებები მაინც ვერ იქნებოდა მიწის მეპატრონის უფლების ტოლი, რამეთუ მიწის მეპატრონე ვითარცა სანივთო უფლების მატარებელი ამ ფაქტითაც აცხადებს პრეტენზიას განძზე.

მხითარ გოშის სამართლიდან არ ჩანს განძის განზრახ ძებნა დაშვებულია თუ არა. ფრანგული სამართალი, როგორც მეტყველებს ნაპოლეონის კოდექსი, დაუშვებლად მიიჩნევს, განძად ცნობას იმისას, რაც განზრახ იპოვნება. რომის სამართალი, როგორც ზემოთ დავინახეთ, უშვებს ასეთ განზრახვას. ვფიქრობთ, არაა აუცილებელი განძი შემთხვევით იყოს ნაპოვნი, მითუმეტეს, წმინდა შემთხვევით. რუსული სამართალი, რომაულის ანალოგიურად წყვეტდა საკითხს.

განძზე უნდა იყოს ყურადღება მიქცეული ბერძნული სამართლის ქართულ ვერსიაში. იქ ორიოდე მუხლია (254, 255),²¹ რომელშიც ეს საკითხია აღძრული. მართალია მათში ტერმინი “განძი” არ გვხვდება და ამის გამო ისეთი შთაბეჭდილებაც კი იქმნება, რომ თითქოს, ამ მუხლებში განძზე კი არაა სააუბარი, არამედ ნაპოვარზედ. მაგრამ, ნაპოვარის იურიდიული შედეგები და მხარეთა ურთიერთობა გვაფიქრებინებს, რომ იქ სწორედ, განძის პრობლემაა აღძრული, მართალია,

განძის განმარტების ფორმულებს ნაკლებად იძლევიან.

254-ე მუხლი აწესებს: “უკეთუ კაცმან საქონელი იპოოს, ანუ მისმა შვილმა, ანუ მისმა ყმამ, ხნულში ან ბოსტანში, ან ვენახში, ან სხვის სახლში, ნახევარი ალაგის პატრონისა არის და ნახევარი მპოვნელისა. უკეთუ თავის ალაგში იპოოს ვინმე, მისია, ხელი არავისა აქუს”.

255-ე მუხლი კი იუწყება “უკეთუ საქონელი იპოოს ვინმე საბატონოს ალაგშია, ან საქვეყნოს ალაგშია, ანუ სასაფლაოს ვისაშიმე, ნახევარი მეფისა არის, ნახევარი მპოვნელისა. თუ საქვეყნოს ალაგში იპოვნოს, მესამედი იმ ალაგის ბატონისა არის და სხვა მპოვნელისა. თუ ვინმე იპოვნის და დამალოს, სულ მეფისათვის წაართვან”.

როგორც ვხედავთ, 254-ე მუხლის დანაწესი ბევრად ემსგავსება რომის სამართლის დანაწესებს. ეტყობა აქ სახეზეა ერთგვარი მემკვიდრეობა რომის სამართლისა ბიზანტიურში, რომლის გვიანდელი ვარიანტია ვახტანგის სამართლის წიგნში შესული ბერძნული სამართალი. მოკლედ, ისევე როგორც რომის სამართალი, 254-ე მუხლიც ადგენს, რომ განძი თუ ნაპოვნია სხვის მიწაში, მაშინ ნახევარი მპოვნელისაა და ნახევარი მიწის პატრონისა, ხოლო თუ საკუთარ ალაგშია ნაპოვნი - მთლიანად მპოვნელისაა.

სხვა ვითარებაა, როცა განძის პოვნა ხდება საბატონო, საქვეყნო ალაგში ანდა “სასაფლაოს ვისაშიმე”, მაშინ ნახევარი მპოვნელისაა და ნახევარი მეფისა. აქ გარკვეული წინააღმდეგობაც შეიმჩნევა. საქმე იმაშია, რომ საქვეყნო ალაგში ნაპოვარ ქონებაზედ 254-ე მუხლი იქვე ადგენს, რომ მესამედი ალაგის ბატონისა არისო და დანარჩენი მპოვნელისაო. ვფიქრობთ, მუხლის დანაწესები წინააღმდეგობაშია. ჯერ ადგენს, რომ ნახევარი მპოვნელისაა და ნახევარი მეფისა, შემდგომ კი, იგივე ვითარებაზედ გვაუწყებს, რომ მესამედი ალაგის ბატონისაა და დანარჩენი მპოვნელისა.

254-ე მუხლში არ ჩანს მეფე, ბატონი, როგორც განძზედ უფლებების მქონე სუბიექტი, მაშინ როცა 255-ე მუხლში მეფისა და ბატონის უფლებებია ერთგვარი ყურადღების საგანი. 255-ე მუხლი, მასში არსებულ წინააღმდეგობათა მიუხედავად, ეტყობა ფეოდალურ ურთიერთობათა ამსახველია.

განძის დამალვას კი შედეგად მოსდევს ის, რომ მას მთლიანად მეფე დაეპატრონება.

ჩვენში ჯერ კიდევ მოქმედი საბჭოთა სამოქალაქო სამართლით განძის მპოვნელს მისი მეოთხედი ღირებულება ეძლევა, დანარჩენი კი ხაზინას ბარდება. მისი დამალვა აღნიშნულ მცირე უფლებასაც კი

უსპობს და ერთ დროს ეს მოქმედება დანაშაულადაც განიხილებოდა.

რაც შეეხება საკუთრივ ქართული სამართლის ბეგლუქის, როგორც ითქვა, ძალზედ ღარიბია განძის მოწესრიგებაში. ვახტანგის სამართალში ორიოდე მუსლი (165, 186)²² ეთმობა მას. ისინი არ გამოირჩევა განსაკუთრებული სრულყოფილებით, მაგრამ მაინც ქმნიან გარკვეულ შთაბეჭდილებას განძის პრობლემის ქართულ ეროვნულ სამართალში მოწესრიგების თაობაზედ. მართალია, ჩვენ ორი მუხლი ვახსენეთ, მაგრამ ისინი არსებითად ერთნაირი შინაარსის შემტკელებია. გარდა ამისა, არცერთ მუხლში ტერმინი განძი ნახმარი არაა. აქ რომ განძია სახეზე და არა ნაპოვარი, ეს აღნიშნულ მუხლთა შინაარსიდან დგინდება, ისე როგორც ეს იყო ბერძნული სამართლის ზემოთმოთხანილ მუხლებში. დ. ფურცელაძე ვახტანგის სამართლის რუსულ თარგმანში 165-ე და 185-ე მუხლებს განძის ამსახველ მუხლებად მიიჩნევს.²³

165-ე მუხლი იუწყება: “იქნების, კაცმან ახალს ნასყიდს მამულს და აგარაკში ქონება რამ იპოვნოს, თუ იმ მამულის მამსყიდველთან ფასი გარდაწყუეტილი არის, ველარას შეუა, ის ქონება მსყიდველისა არის და თუ ფასი რამ დარჩომილა, იმ დანარჩომის ანგარიშით წილი უნდა მომსყიდველსაც დაუღვას”.

186-ე მუსლი იმეორებს 165-ე მუხლს: “თუ გასყიდულს მამულში კაცმან, მსყიდველმან, საქონელი იპოვნოს, თუ ფასი ჰყოლიე მიუტია და აღარა დარჩომილა რა, მამსყიდველი ვერას შეუა და თუ ფასი რამ დარჩომილა, რაერთიც დარჩომილიყოს, იმ ანგარიშით წილი დაუღვას”.

165-ე მუხლი ნასყიდობის კარშია მოთავსებული, 186-ე კი - პოვნის ნაწილში.

მოცემული მუხლებიდან ის აზრი ირკვევა, რომ ვიდრე მსყიდველს ფასი არ გადაუხდია მთლიანად, მანამ იგი არაა სრული მესაკუთრე ნაყიდი მამულისა და არამედ ამ მამულში ნაპოვნ განძზედაც შესაბამისად შეკვეცილია მისი უფლება. თუ ფასი გადახდილია, მაშინ განძიც მთლიანად მამულის (აგარაკის) ახალი პატრონისაა, რამეთუ იგულისხმება, რომ მან იგი თავის მამულში იპოვნა. ეს დანაწესი კი, რომის სამართლის დანაწესის ანალოგიურია. მართალია, მასში გამსყიდველ-მსყიდველის უფლებრივ ურთიერთობათა ჭრილშია განძი განხილული, მაგრამ ვფიქრობთ, რომ მთავარი დებულება მაინც გამოკვეთილია.

დანამდვილებით ძნელია იმის თქმა, თუ როგორი იყო ჩვენს მიერ განხილული მუხლების მოქმედება. იურიდიული პრაქტიკის მასალები კი საამისოდ არაფერს არ იტყობინება, როგორც ჩანს, სამომავლოდ საჭირო იქნება მათი უფრო ვრცელი შესწავლა, რაც კიდევ განზრახული მაქვს. მართალია, არის გარკვეული წინააღმდეგობანი ჩვენს მიერ

განხილულ ნორმებს შორის, მაგრამ უნდა ვივარაუდოთ, რომ ისინი ასევე ავსებდნენ ერთმანეთს. მათში გამოკვეთილია განძისათვის დამახასიათებელი ნიშნები და რაც მთავარია, მისი მპოვნელის უფლებრივი მდგომარეობა. მათში გაცხადებულია შნიშვნელოვანი სამართლებრივი დანაწესი: თუ მპოვნელმა განძი იპოვა საკუთარ მამულში – იგი მთლიანად მისი საკუთრებაა, ხოლო თუ სხვის მამულში იპოვის – ნახევარი მპოვნელისაა და ნახევარი მამულის პატრონის.

1 Г. Шершеневич, Учебник русского гражданского права, С. Петербург, 1907, გვ.276.

2 ქართული სამართლის ძეგლები, ტ. I, პროფ. ი. დოლიძის გამოცემა, თბ., 1963, გვ. 461.

3 ი. დოლიძე, ძველი აღმოსავლეთის სამართალი თბ., 1960, გვ.107.

4 Система римского Гражданского права Ю. Барона, кн. II-III, С-Петербург, 1908, გვ.57.

5 ქართული სამართლის ძეგლები, ტ. I, გვ.142.

6 იქვე გვ. 188.

7 იქვე გვ. 150.

8 სამართალი ბატონიშვილის დავითისა, თბ., 1964, დ. ფურცელაძის გამოცემა, გვ.69.

9 ქართული სამართლის ძეგლები, ტ. IV, პროფ. ი. დოლიძის გამოცემა, თბ., 1972, გვ. 270-271.

10 დავით ჩუბინაშვილი, ქართულ-რუსული ლექსიკონი, თბ., 1984, გვ. 224.

11 სულხან-საბა ორბელიანი, ლექსიკონი ქართული, I თბ., 1991, გვ. 144

12 ალ. ნეიშანი, ქართულ სინონიმთა ლექსიკონი, თბ., 1978, გვ. 30.

13 ქართული ენის განმარტებითი ლექსიკონი, I, თბ., 1990, გვ. 272.

14 ქართლის ცხოვრების სიმფონია – ლექსიკონი, I, თბ., 1986, გვ. 49.

15 ქართული ოთხთავის სიმფონია ლექსიკონი, თბ., 1986, გვ. 519-520.

16 დავით ჩუბინაშვილი, დასახ. ნაშრ., გვ. 1263

17 Ю. Барон, დასახ. ნაშრ., გვ.57.

18 ქართლის ცხოვრების სიმფონია – ლექსიკონი, II, გვ. 102.

19 ქართული სამართლის ძეგლები, ტ. I, გვ. 290.

20 Ю. Барон, დასახ. ნაშრ., გვ.57.

21 ქართული სამართლის ძეგლები, ტ. I, გვ. 188.

22 ქართული სამართლის ძეგლები, ტ. I, გვ. 522, 527.

23 Законы Вахтанга VI, введение, примечания, Глосарий и указатели Д. Л. Пурцеладзе, Тб., 1980, გვ. 250

Некоторые вопросы правовой охраны кинематографических произведений

Марк Моисеевич Богуславский

Доктор юридических наук, профессор (Москва)

Известно, что грузинское кино занимает одно из самых высоких мест в мировой кинематографии. Этим объясняется тот интерес, который проявляется в Грузии к вопросам авторского права вообще и киноавторского права в частности. Именно исходя из этого, автор решил познакомить читателя настоящего сборника, посвященного столь знаменательному событию, с некоторыми проблемами в указанной области.

Предметом настоящей статьи являются правовые вопросы, связанные с созданием кинематографических произведений, а также с использованием этих произведений в бывшем Советском Союзе, в России и в Грузии, а также за рубежом. Основное внимание уделяется в статье практическим проблемам. В отношении кинематографического произведения или произведения кинематографии в статье применяется термин "кинофильм", хотя в ряде нормативных актов, действовавших на территории СССР, в состав которого входила и Грузия, применялись термины "кинематографическое произведение", "картина" и даже "кинолента", что терминологически не точно, на что будет обращено внимание ниже.

1. Законодательство, относящееся к вопросам производства кинофильмов и их проката, в Советском Союзе, а затем в России и Грузии не оставалось неизвестным. В 1928 г. были приняты Основы авторского права (Основы были утверждены Постановлением Центрального исполнительного комитета и Совета Народных Комиссаров СССР от 16 мая 1928 г. - *Собрание законов СССР, 1928, N 28, стр. 246*).

С 1 мая 1962 г. на территории СССР были введены в действие Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик, принятые Верховным Советом СССР 8 декабря 1961 г. (*Ведомости Верховного Совета СССР, 1961, N 50, стр. 526*). В Основы был включен раздел 4 "Авторское право". В соответствии с Основами, в гражданские кодексы (ГК) республик, в том числе в ГК РСФСР и ГК Грузинской ССР, вступившие в действие с 1964 г., были включены специальные разделы "Авторское право", которые не были в предшествующих гражданских кодексах. Основы авторского права

1928 г. прекратили свое действие.

31 мая 1991 г. Верховный Совет СССР принял новые Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик (Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР, 1991, № 26, стр. 733). В этом законе имеется раздел 4 "Авторское право". Было предусмотрено, что Основы 1991 г. войдут с 1 января 1992 г.

Однако в декабре 1991 г. Советский Союз прекратил свое существование. В России Основы гражданского законодательства были с 3 августа 1992 г. введены в действие временно до принятия нового Гражданского кодекса России.

9 июля 1993 г. Верховный Совет Российской Федерации принял Закон Российской Федерации "Об авторском праве и смежных правах". Этот закон вступил в силу с 3 августа 1993 года (Ведомости, 1993, № 32, стр. 1241). Согласно п.10 постановления о порядке введения в действие этого закона с указанной выше даты (с 3 августа 1993 г.) раздел 4 Основ гражданского законодательства 1991 г. признан на территории России не действующим.

2. Советская юридическая доктрина проводила различие между кинофильмом как произведением, охраняемым нормами авторского права и кинолентой, как вещественным, материальным объектом. Между ними существует такое же различие, как, например, между литературным произведением и рукописью или книгой, в которых это произведение выражено, зафиксировано. Киноленты, также как рукопись и книга, могут быть объектами вещного права или аренды, права пользования, в то время, как кинофильм (а также киносценарий, музыка к фильму и т.д.) - это объект авторского права. Если продолжить сравнение прав на литературное произведение с правами на кинофильм, то следует сказать, что также, как рукопись литературного произведения передается издательству для публикации, произведение кинематографии, выраженное в объективной форме пленки, передается для воспроизведения и размножения с целью доведения до зрителя. В бывшем Советском Союзе в условиях планового ведения хозяйства существовала определенная система заключения договоров киностудиями (продюсерами фильмов) с Управлениями кинофикации и кинопроката. В юридической литературе того времени была выражена точка зрения, что "договор киностудии с главным управлением кинопроката" это "не хозяйственный, а авторский договор" (Антонимов Б.С., Флейшиц Е.А. Авторское право, 1957, стр. 273)

На территории Союза ССР существовала система государственной монополии проката фильмов. Все кинотеатры, клубы, санатории и т.д., где имелись киноустановки, осуществляли

прокат кинофильмов на основе передачи фильмокопий во временное пользование на определенный срок и за плату. Все киноустановки на территории союзных республик имели право демонстрировать лишь кинофильмы, полученные ими от организаций по прокату кинофильмов. Прокат кинофильмов рассматривался в юридической литературе как разновидность договора имущественного найма (см. Ландкоф С.Н. Киноавторское право. Киев 1963 стр. 104). Правила проката кинофильмов на территории СССР были утверждены приказом Министра культуры СССР N 493 от 29 июля 1957 г. и с некоторыми изменениями действовали в дальнейшие годы.

“Продажа” киностудией своей продукции Главкинопрокату рассматривалась как уступка студией своих, основанных на авторском праве, правомочий на воспроизведение и распространение кинофильма.

3. Исходя из ст. 5 Основ авторского права 1928 г., господствующая в юридической литературе точка зрения считала, что все те лица, которые принимали творческое участие в создании кинофильма, должны признаваться соавторами этого кинофильма, независимо от того, имеет ли созданная каждым из этих соавторов часть (элемент кинофильма) самостоятельное значение и может ли она быть поэтому самостоятельно использована. В последнем случае соавторы кинофильма сохраняют, помимо соавторства на кинофильм в целом, также и право авторства на свою часть - элемент кинофильма (Райгородский Н.А. Авторское право на кинематографическое произведение. Л., 1958, стр.42-43).

Были высказаны и другие точки зрения, согласно которым сценарист, композитор, режиссер, оператор и др. лица, принимающие творческое участие в создании фильма, не обладают авторским правом на весь фильм в целом, а лишь на конкретные отдельные составляющие части фильма (Гордон М.В. Советское авторское право. М., 1955, стр. 199 и сл., Грингольц И. А. Права автора сценического произведения в СССР. М., 1953, стр. 10).

Наиболее последовательно эту позицию выразил проф. В.И.Серебровский, который отмечал, что “признание ряда лиц, принимавших творческое участие в создании кинофильма, субъектами авторского права не означает, однако, что между ними устанавливаются отношения соавторства, предусмотренные ст. 5 Основ. Каждое из этих лиц имеет авторское право только на определенные элементы кинофильма, но не на кинофильм в целом” (Серебровский В.И. Вопросы советского авторского права. М., 1956, стр. 83).

Помимо физических лиц, обладающих - либо единолично, либо

на началах соавторства - авторским правом на кинофильм, авторское право на фильм принадлежит в силу ст. 3 Основ 1928 года также и киностудии. Это право рассматривалось как первоначальное право, а не производное (возникшее на основе уступки со стороны третьих лиц), поскольку оно было основано на основе прямого предписания закона.

Согласно ст. 486 Гражданского кодекса РСФСР, а также ст. 499 Гражданского кодекса Грузии "авторское право на кинофильм или телевизионный фильм принадлежит предприятию, осуществлявшему его съемку". В то же время "автору сценария, композитору, режиссеру-постановщику, главному оператору, художнику-постановщику и авторам других произведений, вошедших составной частью в кинофильм или телевизионный фильм, принадлежит авторское право каждому на свое произведение".

Таким образом, несмотря на то, что кинофильм фактически является коллективным произведением, созданным совместным творческим трудом двух или более лиц, то есть, иными словами соавторами, закон 1964 г. не признает их субъектами авторского права на фильм в целом. Закон признает авторское право на кинофильм лишь за киностудией. Кинофильм создан в результате огромного труда значительного коллектива творческих работников с помощью и при активном содействии производственно-технического аппарата киностудии (см.: Ландкоф С.Н. Киноавторское право. Киев, 1963, стр. 97 и сл.).

Обратим внимание на то, что согласно ст. 496 ГК РСФСР и аналогичных статей гражданских кодексов других союзных республик, авторское право киностудии действует бессрочно.

Новый подход в рассмотрении данного круга вопросов был проявлен законодателем в Основах гражданского законодательства 1991 г. и в Законе об авторском праве и смежных правах 1993 г.

Основы исходят из концепции соавторства создателей фильма. В Основах вообще не предусматривается первоначальное авторское право юридических лиц. Согласно п.5 ст. 135 Основ 1991 г. "авторы кино-, телс- и видеофильма по авторским договорам передают право на использование фильма его изготовителю в пределах, предусмотренных договором. Авторы произведений, использованных в фильме, сохраняют авторское право каждый на свое произведение, передают изготовителю право на его использование в фильме и могут использовать произведение независимо от фильма в целом".

Новый российский закон об авторском праве, в отличие от предшествующего законодательства также не предусматривает возможность возникновения авторского права у юридических лиц

(организаций) (см.: Закон Российской Федерации об авторском праве и смежных правах. Вступительная статья проф. Э. Гаврилова. М., 1993, стр.13).

Постановление "О порядке введения в действие Закона об авторском праве" предусматривает, что авторское право юридических лиц, возникшее до введения в действие этого закона, сохраняет свое действие в России и в настоящее время, но становится срочным, а именно, оно прекращается по истечении 50 лет с момента (правомерного) первого обнародования произведения или создания произведения, если оно не было обнародовано в течение 50 лет с момента его создания.

В отношении произведений, созданных после вступления закона в силу, то есть после 1993 г., авторские права закрепляются только за физическими лицами, создателями фильма, в то время, как юридические лица (организации) могут быть признаны обладателями прав только в силу закона или по договору, в частности, права на использование. То есть, иными словами, они могут быть владельцами производных прав. Новый закон говорит и об изготовителях кинофильма (аудиовизуального произведения), которыми могут быть киностудии и кинопродюсеры, и определяет их права.

4. Охране кинематографических произведений уделяется определенное внимание в многосторонних международных конвенциях, и прежде всего, в Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений. Россия присоединилась к этому основному международному соглашению в области авторского права в 1995 г. (конвенция действует для России в Парижской редакции 1971 г.). Для Грузии Бернская конвенция действует с 15 мая 1995 года.

Таким образом, оба государства, и Грузия, и Россия участвуют в одном и том же международном многостороннем соглашении, которое, как известно, вводит высший международный "стандарт" охраны авторского права со всеми вытекающими отсюда последствиями.

Кинематографические произведения отнесены в конвенции к числу произведений, которые пользуются наиболее полной и безусловной охраной, как правило, определяемой в самом тексте конвенции. К кинематографическим произведениям приравнены произведения, выраженные способом, аналогичным кинематографии (имеются в виду произведения, показываемые по телевидению (ст. 2 конвенции).

Согласно конвенции, кинематографическое произведение подлежит охране как оригинальное произведение "без ущерба

авторским правам на любое произведение, которое могло бы быть переделано или воспроизведено (ч. 1 ст. 14 бис).

Однако, конвенция не устанавливает, кто является владельцем авторского права на кинофильм. Согласно ст. 14 бис "определение лиц владельцев авторского права на кинематографическое произведение сохраняется за законодательством страны, в которой истребуется охрана" (п. 2 (1)).

В то же время, конвенция не полностью признает права авторов фильма. Так, если по внутреннему законодательству авторы входят в круг таких владельцев, то они не могут "при отсутствии противоположного или особого условия" противиться выпуску на экран и вообще любому использованию фильма (п. 2 ст. 14 бис). Форма такого обязательства авторов определяется прежде всего законодательством страны продюсера. Если внутреннее законодательство не предусматривает иного, эти правила не распространяются на автора сценария и музыкальных произведений и на режиссера постановщика фильма. В качестве продюсера кинофильма, согласно конвенции, рассматривается, "пока не доказано противное, физическое или юридическое лицо, имя или название которого обозначено на этом произведении обычным образом" (п. 2 г. 15).

Всемирная конвенция об авторском праве 1952 г. не содержит каких-либо специальных правил, касающихся кинематографии, ограничиваясь лишь упоминанием кинематографических произведений в общем перечне охраняемых произведений.

5. В условиях жесткой системы государственной монополии внешней торговли, которая существовала в Советском Союзе до конца 80-х годов, ни киностудии, ни авторы-создатели кинофильмов не имели права на заключение договора по экспорту советских фильмов с иностранными фирмами. В области кино, наряду с монополией внешней торговли, существенное значение имела и существовавшая в СССР государственная монополия кинопроката. Эта ситуация нашла свое отражение в нормативных актах. Так, в Положении о Государственном комитете Совета Министров СССР по кинематографии, утвержденном Постановлением Совета Министров СССР от 29 декабря 1973 г. N 944, было прямо предусмотрено, что Госкино СССР "осуществляет монопольную торговлю кинофильмами с зарубежными странами" (Собрание постановлений СССР, 1974, N 2, стр. 11). Эту свою деятельность Госкино СССР проводило через всесоюзное Объединение по экспорту и импорту кинофильмов "Союзэкспортфильм".

На эту внешнеторговую организацию в соответствии с ее Уставом

было возложено осуществление "на основе монополии внешней торговли коммерческой деятельности по экспорту кинофильмов из СССР, прокату кинофильмов в СССР" (п. 1(1) Устава В/О "Совэкспортфильм", утвержденного приказом Госкино СССР от 6 сентября 1974 г. N 408 - журнал "Внешняя торговля", 1975, N 7, стр. 58-59).

В силу положений Устава это объединение было уполномочено от своего имени осуществлять принадлежащие киностудиям и авторам фильма (см. выше) правомочия разрешать иностранным прокатным фирмам размножение, публичное распространение и показ фильмов, выпущенных советскими киностудиями (в том числе и студией "Грузия-фильм" и ее предшественниками).

Заключаемые объединением договоры с иностранными фирмами об экспорте кинофильмов, обладая всеми признаками обычной внешнеэкономической сделки, носили специфический характер, что определялось особенностями самого предмета сделки, объекта возникающего в силу заключения сделки правоотношения. Объект - это произведение искусства, на которое существует авторское право и которое закреплено, выражено в киноленте - материальном предмете, который может быть размножен в неограниченном количестве экземпляров.

Поэтому предметом договора об экспорте кинофильма, заключаемого в/о "Совэкспортфильмом" является предоставление контрагенту - иностранной фирме - права демонстрации кинофильма на определенный срок и в пределах определенной территории. В качестве примера можно привести ставший предметом спора в международном коммерческом арбитраже в Москве в 1968 г. контракт, заключенный в/о "Совэкспортфильм" с английской фирмой "Ромулус филмс лтд.", по которому фирме было передано монопольное право проката в кинотеатрах и показа по телевидению на территории Великобритании и Ирландской республики и на судах под английским флагом советского фильма "Спящая красавица" в 70-и и 35-миллиметровых вариантах сроком на пять лет (см.: Богуславский М.М. Международное частное право. М., 1994, с.16, 91-92).

С юридической точки зрения, такой договор следует определить как договор исключительной лицензии. Применительно к СССР в условиях административно-командной системы и действия государственной монополии в области кинопроката своеобразие правовой ситуации состояло в том, что киностудия в значительной степени только теоретически могла осуществлять свои авторские права на кинофильм, поскольку она не имела возможности заключать договоры по прокату лицензионного типа внутри страны. За рубежом другая советская организация, которая выступала в силу не

правомочий, не переданных ей киностудией, а установленных действовавшим тогда законодательством, осуществляла эти права по использованию фильмов, принадлежащие киностудии. В договорах, заключенных в/о "Совэкспортфильм", реализуется ряд прав не только киностудии, но и авторов фильма (право на имя, право на неприкосновенность произведения). В отношении права на имя применительно к киностудии правильнее говорить о соблюдении прав на наименование юридического лица (см.: Чернышева С.А. Правовое регулирование авторских отношений в кинематографии и телевидении. М., 1984, с.31-32).

В контрактах с иностранными фирмами обычно предоставляется исключительное право коммерческого проката (по полнометражным художественным фильмам обычно в течение 7-10 лет). В договорах предусматривается обязательство объединения "Совэкспортфильм" предоставить копии фильма (фильмоматериалов), право размножения пленки и т.д. Таким образом, передача материальных, вещественных носителей кинопроизведения сочетается с передачей соответствующих прав.

Юридическая ситуация в области экспорта кинофильмов изменилась после проведения в Советском Союзе реформ как в области производства фильмов, так и в области осуществления внешнеэкономической деятельности. Необходимость реализации за рубежом прав киностудии на использование фильма только путем заключения контрактов с в/о "Совэкспортфильм" отпала. Студия может сама заключать такие контракты с иносфирмами. Студия может обращаться и к содействию в/о "Совэкспортфильм", но на других юридических основаниях, в частности, на основе договора поручения, комиссионного договора. Студия может поручать ведение операций по экспорту и другим организациям и лицам, в том числе и иностранным.

6. В последние годы перед распадом СССР и возникновением Грузии в качестве независимого государства студия "Грузия-фильм" обладала в соответствии с Гражданским кодексом Грузинской ССР первоначальным авторским правом на кинофильмы и получила в конце 80-х годов право на самостоятельное заключение внешнеторговых контрактов по экспорту своих фильмов. В отличие от студий, находящихся в России, срок действия прав которых ограничен 50 годами, студия "Грузия-фильм" обладает бессрочным правом на кинофильмы. Авторы создатели фильма обладают авторскими правами в течение жизни автора, а их наследники - в течение 25 лет после смерти авторов (в соответствии с изменениями ГК Грузии 1974 г.).

С позиций российского права о договорных отношениях между студией "Грузия-фильм" и в/о "Совэкспортфильм", если стороны не договорились об ином, должны применяться до 3 августа 1992 г. (дата вступления в силу в России Основ гражданского законодательства) правила страны места заключения договора, после 3 августа 1992 г., если речь идет о договоре поручения законодательство России как страны места нахождения поверенного (в/о "Совэкспортфильм" - если возникают отношения по договору поручения), если речь идет о договоре комиссии - законодательство России как страны места нахождения комиссионера (в/о "Совэкспортфильм" - если с этим объединением возникают отношения договора комиссии).

В отношении ранее заключенных договоров по экспорту фильмов студия "Грузия-фильм" как обладатель авторских прав на кинофильм может поручить в/о "Совэкспортфильм" проведение переговоров с инофирмами о продлении действия таких договоров или же о перезаключении таких договоров, с тем, чтобы они были заключены от имени студии.

В отношении новых договоров следует учитывать более сложную ситуацию, связанную с вопросом о том, кому принадлежит не право на кинопроизведение, а право на материальные объекты (пленку, копии фильма). Такое право может принадлежать российским субъектам. В таком случае, как мне представляется, договоры с инофирмами должны заключаться по согласованию с этими российскими субъектами при решении вопроса о распределении вознаграждения, подлежащего уплате за прокат фильма за рубежом.

საქართველოში სამრეწველო საკუთრების დაცვის ფორმირთი საკითხი

დავით ქამუკაშვილი

იურიდიულ მეცნიერებათა კანდიდატი (საქპატენტი)

უკვე დიდი ხანია, რაც განვითარებული ქვეყნების მიერ სამრეწველო საკუთრება აღიარებულია და გამოიყენება ტექნოლოგიური და ეკონომიკური წინსვლისათვის მეტად მნიშვნელოვან საშუალებად.

საქართველო პოსტსოციალისტურ სივრცეში ერთ-ერთი პირველი ქვეყანა იყო, რომელმაც უკვე 1992 წლიდან შემოიღო სამრეწველო საკუთრების უმნიშვნელოვანესი ობიექტების - გამოგონების, სამრეწველო ნიმუშის, სასარგებლო მოდელის, სასაქონლო ნიშნის დაცვა.

ეს შესაძლებელი გახდა მას შემდეგ, რაც თბილისის ივანე ჯავახიშვილის სახელობის სახელმწიფო უნივერსიტეტის სამოქალაქო სამართლის კათედრამ პროფესორ ს. ჯორბენაძის თაოსნობით იტვირთა საკანონმდებლო აქტების თანამედროვე მოთხოვნათა შესაბამისად შემუშავება, ხოლო ორგანიზაციული საკითხების მოგვარება კანონმდებლობის დროული ამოქმედებისათვის და შესაბამისი სისტემის ჩამოყალიბებისათვის მოხერხდა მაშინდელი მეცნიერებისა და ტექნიკის მინისტრის ი. ჟორდანიას და საპატენტო უწყების დღევანდელი თავმჯდომარის დ. გაბუნიას ენერგიული ძალისხმევის მეშვეობით. შედეგად დღეს საქართველოში ფუნქციონირებს სამრეწველო საკუთრების დაცვის სისტემა, აგებული თანამედროვე სამართლებრივ პრინციპებზე. ამის დასტურია საქართველოს მიერთება სამრეწველო საკუთრების დაცვის მთავარ საერთაშორისო შეთანხმებისადმი სამრეწველო საკუთრების დაცვის შესახებ - პარიზის კონვენციისადმი (შემდგომ პარიზის კონვენცია), გაწვერიანება ინტელექტუალური საკუთრების მსოფლიო ორგანიზაციაში (ისმო) და მონაწილეობა ხელშეკრულებაში საპატენტო კოოპერაციის შესახებ.

იმდენად, რამდენადაც ამჟამად მოქმედი დებულებები სრულად ვერ მოიცავენ სამრეწველო საკუთრების დაცვის ობიექტებს, და, ამასთანავე აუცილებელია ამ სფეროში მოქმედი დებულებების ნაცვლად კანონების მიღება, მიზანშეწონილი იქნება ზოგიერთი პრობლემური საკითხის ანალიზი. რადგან ინტელექტუალური საკუთრება, რომლის მნიშვნელოვან ნაწილს სამრეწველო საკუთრება წარმოადგენს, განეკუთვნება კერძო სამართლის სფეროს, ახლადშემუშავებულ სამოქალაქო კოდექსის პრო-

ექტში შეტანილ იქნა სამრეწველო საკუთრების დაცვისადმი მიძღვნილი ნორმები, რომლებიც ცალკე თავადაა გამოყოფილი. სამოქალაქო კოდექსის პროექტი ძირითადად ითვალისწინებს სათანადო სპეციალურ კანონებზე მითითებებს, რაც სავალდებულოს ხდის შესაბამისი კანონების შემუშავებას. რა კანონები უნდა შემუშავდეს? კითხვაზე პასუხის გასაცემად უნდა გავითვალისწინოთ პარიზის კონვენციის პირობები, რომელთა დაცვა საქართველოსთვის სავალდებულოა, მითუმეტეს, რომ საერთაშორისო ხელშეკრულებების უპირატეს ძალას აკანონებს საქართველოს კონსტიტუციის მე-9 მუხლი. პარიზის კონვენცია სამრეწველო საკუთრების დაცვის ობიექტებად მიიჩნევს პატენტებს, სასაქონლო ნიშნებს, მომსახურების ნიშნებს, საფირმო სახელწოდებას, საქონლის ან მომსახურების წარმოშობის, ან წარმოშობის ადგილის აღნიშვნას, აგრეთვე არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის აღკვეთას. როგორც ვხედავთ, პარიზის კონვენცია პირდაპირ არ მოიხსენიებს, მაგრამ შინაარსიდან გამომდინარე სამრეწველო საკუთრების დაცვის ობიექტებს შეიძლება მივაკუთვნოთ სასელექციო მიღწევები, რის დასტურადაც აშშ-ს პრაქტიკა გამოდგება, რომელიც მცენარეთა და ცხოველთა ახალ ჯიშებს პატენტის გაცემით იცავს¹.

მიჩნეულია, რომ “სამრეწველო საკუთრება” შეიძლება მხოლოდ ანალოგიით შეუფარდდეს ჩვეულებრივად გაგებული საკუთრების ცნებას, რომ იგი ვრცელდება არა მარტო სამრეწველო ობიექტებზე, ხოლო არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის ნორმები არ არის აუცილებელ კავშირში საკუთრებასთან.² აქედან გამომდინარე, ანალოგიითვე სამრეწველო საკუთრების დაცვის ობიექტებს შეიძლება ასევე მივაკუთვნოთ სამეწარმეო-კომერციული საიდუმლოება, სპეციალურ ლიტერატურაში ცნობილი როგორც “ნოუ-ჰაუ”.

წარმოდგენილი სამრეწველო საკუთრების დაცვის ობიექტების შინაარსის თავისებურებებიდან გამომდინარე შეიძლება მათი დაჯგუფება და შემდეგი კანონების მიღება:

- საპატენტო კანონი, რომელიც გავრცელდება გამოგონებაზე, სამრეწველო ნიმუშზე და სასარგებლო მოდელზე;

- კანონი სასაქონლო (მომსახურების) ნიშნების და საქონლის (მომსახურების) წარმოშობის გეოგრაფიული ადგილის აღნიშვნის შესახებ;

- კანონი სასელექციო მიღწევათა შესახებ.

დანარჩენი ობიექტების დაცვა უკვე ხორციელდება ან უნდა განხორციელდეს როგორც სპეციალური კანონმდებლობით /მაგალითად, საფირმო სახელწოდება დაცულია მეწარმეთა შესახებ კანონით/ ან

ცალკეულ კანონებსში ასახული ნორმებით - არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის აღკვეთა და ნოუ ჰაუ უნდა იქნეს დაცული საპატენტო, სასაქონლო ნიშნების, მეწარმეთა შესახებ, რეკლამის და სხვა სახის კანონმდებლობით, მათ შორის სამოქალაქო კოდექსით. აქვე გვინდა ავლნიშნოთ, რომ მეწარმეთა შესახებ კანონი სრულყოფილად ვერ აწესრიგებს საფირმო სახელწოდების დაცვას, მაგალითად, მასში არ არის პირობები, თუ რა სახის სახელწოდება არ შეიძლება გატარდეს რეგისტრაციაში, რა სახის სანქციების გამოყენება შეიძლება, როდესაც ერთმანეთს უპირისპირდება ორი რეგისტრირებული ფირმა, მხედველობაში გვაქვს უპირველესად ქონებრივი სანქციები. გარდა ამისა, გამოძინარე იქიდან, რომ საქართველო ტერიტორიულად დიდ ქვეყანას არ წარმოადგენს, არ იქნებოდა ტექნიკურად რთული, რომ რეგისტრაციისას დაწესებულებიყო საფირმო სახელწოდებათა ექსპერტიზა იდენტურობაზე მინც, მათ შორის რეგისტრირებულ სასაქონლო ნიშნებთან მიმართებაში. ამგვარი წესი აგვარიდება მრავალ შესაძლებელ დავას და თავად მეწარმეთათვის ფრიად მისაღები და მოსახერხებელი იქნებოდა.

როგორც უკვე აღინიშნა, პატენტი იცავს გამოგონებას, სამრეწველო ნიმუშს და სასარგებლო მოდელს. უნდა აღინიშნოს, რომ ზოგიერთი ქვეყანა სამრეწველო ნიმუშის დაცვას ახორციელებს საავტორო უფლებათა კანონმდებლობით სავალდებულო რეგისტრაციის გარეშე (ბელგია), ზოგიერთი სპეციალური კანონით სავალდებულო რეგისტრაციის მოთხოვნით, ამასთან შეიძლება, რომ არარეგისტრირებული ნიმუში დაცული იქნეს საავტორო უფლებათა კანონით (საფრანგეთი). ზოგიერთი ქვეყანა აშშ, ბრაზილია ნიმუშს იცავს პატენტის გაცემით.³ ხშირ შემთხვევაში, თუ სამრეწველო ნიმუში დაცულია საავტორო უფლებათა კანონმდებლობით, საპატენტო ან სხვა კანონმდებლობით მისივე დაცვა იკრძალება. საქართველოში სამრეწველო ნიმუში საპატენტო დაცვის ობიექტია, მაგრამ არ გამოირიცხება ერთდროულად საავტორო უფლებათა კანონმდებლობის შესაბამისი ნორმების გამოყენება.

მომავალი კანონმდებლობით მიზანშეწონილი იქნება სამი ობიექტის - გამოგონების, სასარგებლო მოდელის და სამრეწველო ნიმუშის ერთი სპეციალური კანონით - საპატენტო კანონით დაცვა. ამის მიზანშეწონილობა ამჟამად მოქმედი დებულებების გამოყენებამაც დაადასტურა. სასარგებლო მოდელის დაცვა ცალკე თავად არის შესული დებულებაში გამოგონების შესახებ, ხოლო სამრეწველო ნიმუშების შესახებ დებულება ძირითად საკითხებში მიუთითებს "დებულება გამოგონების შესახებ" ნორმების გამოყენებაზე.

საპატენტო დავების განხილვისათვის პატენტის გაცემა არ გაცე-

მის მართლზომიერების შესახებ გადაწყვეტილების მიღებისათვის ძალზე მნიშვნელოვანია განმარტება, თუ რა არის გამოგონება, სასარგებლო მოდელი, სამრეწველო ნიმუში. რადგან საქართველოს კანონმდებლობაში გადმოცემულია ამ ორი უკანასკნელი ობიექტის განმარტება, შემოვიფარგლებით გამოგონების განმარტების განხილვით. საქართველოში მოქმედი დებულება გამოგონების შესახებ, ისევე როგორც სხვა ქვეყნების საპატენტო კანონების აბსოლუტური უმრავლესობა, გამოგონებას ახასიათებს მხოლოდ კრიტერიუმებით. მაგრამ კრიტერიუმების გამოყენებით შემოფარგვლა ხშირ შემთხვევაში საკმარისი არ არის, რათა გადაწყდეს საკითხი, განეკუთვნება თუ არა წარმოდგენილი ობიექტი გამოგონებას. ალბათ ამიტომაც იაპონიაში მოქმედი კანონის მე-2 მუხლი ცდილობს განმარტოს გამოგონება, როგორც ბუნებრივი კანონების გამოყენებით შექმნილი მაღალპროგრესული ტექნიკური იდეა. ეს განმარტებაც დამაკმაყოფილებლად ვერ იქნება მიჩნეული. მაგალითად, მკტად ბუნდოვანია თუ რა არის “მაღალპროგრესული იდეა”. ტექნიკურა იდეით განმარტება კი აკნინებს გამოგონების შინაარსს, მაგალითად, გამოგონება მედიცინის სფეროში განა არ არის გამოგონება მხოლოდ იმიტომ, რომ მედიცინა ტექნიკის სფეროს არ განეკუთვნება. სპეციალური ლიტერატურა ფართოდ აღნიშნავს და გამოგონების ბუნების გადმოცემისას ყველა შემთხვევაში ხაზს უსვამს, რომ სახეზე უნდა იყოს ახალი იდეა. მაგრამ, ნებისმიერი ახალი იდეა გამოგონებად ვერ მიიჩნევა და ამიტომ მას ახასიათებენ იდეის ორიგინალობით, “გონებრივი მიგნებით”, რომელიც ემსახურება პრაქტიკული მოთხოვნების დაკმაყოფილებას.⁴ წარმოდგენილი განმარტებებიდან მისაღებია გამოგონების დახასიათება იდეის მეშვეობით, მაგრამ არა ნებისმიერი, არამედ საგამომგონებლო იდეის მეშვეობით. საქმე იმაშიცაა, რომ ერთი იდეის საფუძველზე შეიძლება შეიქმნას მრავალი გამოგონება. ამდენად, სრულიად ახალი იდეის გამოთქმამ შეიძლება მიგვიყვანოს ისეთი გამოგონების შექმნამდე, რომელსაც წინამორბედი ანალოგი ან პროტოტიპი საერთოდ არ მოეძებნება. რა თქმა უნდა, ასეთი იდეა თავისთავად საგამომგონებლო იდეას წარმოადგენს და ყველაზე მნიშვნელოვანიც არის მისი მიგნება. მაგრამ ხსენებული პიონერული გამოგონება შემდგომ განვითარებას განიცდის და მის საფუძველზე ახალი გამოგონება იქმნება. ამ შემთხვევაში გამოგონება უფრო დაბალი დონისაა, იგი იქმნება უკვე არსებული იდეის საფუძველზე და ამ იდეის ერთგვარ განვითარებას წარმოადგენს. ეს იდეაც საგამომგონებლო იდეად შეიძლება წარმოსდგეს. გამოგონებათა აბსოლუტური უმეტესობა, რომლებზედაც პატენტი გაიცემა სწორედ ასეთ იდეაზეა დაფუძნებული.

თუ გამოგონება იდეის მეშვეობით უნდა განიმარტოს, საჭიროა წარმოვიდგინოთ იდეის შინაარსი, რომელიც დააკმაყოფილებს სამართალს. ასეთად შეიძლება მიჩნეული იქნეს შემდეგი განმარტება: “იდეა არის გონებაში წარმოქმნილი გეგმა ან სქემა.”⁵ იდეის ასეთი განმარტება მისაღებია, რადგან გამოგონება უნდა იყოს მატერიალიზებადი იდეით წარმოდგენილი. ამჟვე დროს გამოგონებლისგან არ მოითხოვება გამოგონების ობიექტის მატერიალიზებული ფორმით წარმოდგენა, საკმარისია მისი აღწერა სქემის, ნახაზის, წერილობითი ტექსტის სახით. ტერმინი “მატერიალიზება” ვერ გამოდგება გამოგონების განმარტებისათვის, რადგან არ შეესატყვისება გამოგონების ისეთ ობიექტს როგორცაა “ხერხი”. ყოველივე ზემოთქმულიდან გამომდინარე მიზანშეწონილად მიგვაჩნია შემდეგი განმარტებით ხელმძღვანელობა: გამოგონება არის ახალი განსახიერებადი იდეა. განსახიერებადობის ქვეშ იგულისხმება იდეის უნარი, რომ იგი იყოს გამოსახული ნივთში ან ტექნოლოგიურ პროცესში. ტერმინი “განსახიერებადი” აახლოებს გამოგონებას ინტელექტუალური საკუთრებისათვის დამახასიათებელ ობიექტებთან, რაც კარგად წარმოადგენს იმ უხილავ ხილს, რომელიც ნებისმიერ შემოქმედებით პროცესს ერთმანეთთან აკავშირებს.

საპატენტო კანონმდებლობაში ასასახავად აუცილებელია განმარტებას მივცეთ შესაბამისი სახე. უნდა იქნეს დაცული პრინციპი, რომ პატენტით მინიჭებული განსაკუთრებული უფლება ვრცელდება მხოლოდ იდეის მატერიალურ ფორმად განსახიერებაზე.⁶ ამდენად მომავალ კანონში შეიძლება გათვალისწინებულ იქნეს შემდეგი ნორმა: “პატენტი გაიცემა ისეთ გამოგონებაზე, რომელიც წარმოადგენს განსახიერებად ახალ იდეას, გააჩნია სამრეწველო გამოყენებადობა და ცხადად არ გამოდინარეობს ტექნიკის არსებული დონიდან”.

საპატენტო კანონმდებლობა, როგორც წესი, პატენტის მიღების უფლებას ანიჭებს ნამდვილ გამოგონებელს, ან მის უფლებამონაცვლეს. ამასთან განაცხადის შეტანის უფლება ეძლევა ნამდვილ გამოგონებელს /აშშ, კანადა და სხვა/, ან პირველ განმცხადებელს /საფრანგეთი, გერმანია და სხვა/. პირველი მიდგომა საერთაშორისო ურთიერთობაში გარკვეულ სირთულეებს წარმოქმნის. ისმო ამჟამად ამზადებს საერთაშორისო ხელშეკრულებას საპატენტო კანონმდებლობის ჰარმონიზაციის მიზნით. ევროპის ქვეყნები, იაპონია და სხვები მხარს უჭერენ იმას, რომ მიღებული იქნეს განაცხადის მიწოდების წესი პირველი განმცხადებლის მიერ, აშშ კი არ ეთანხმება ამ მიდგომას. მიგვაჩნია, რომ საქართველოში მოქმედი გამოგონების შესახებ დებულების 36-ე მუხლი. რომელიც განაცხადის შეტანას აწესებს ავტორის მიერ, უნდა შეიცვა-

ლოს და განაცხადის შეტანის უფლება დაერთოს პირველ განმცხადებელს მის კეთილსინდისიერებაზე დაყრდნობით, თუ არ დამტკიცდება საპირისპირო დავის წარმოქმნის შემთხვევაში. ასეთი მიდგომა სწორი იმითაც არის, რომ ამერიკელთა სისტემა მაინც ვერ გამორიცხავს საკითხთან დაკავშირებულ დავებს. ამასთან, შენარჩუნებული უნდა იქნეს პრინციპი, რომ პატენტი გაიცემა გამოგონებელზე, ან მის უფლებამონაცვლეზე.

საპატენტო კანონში სპეციალური ნორმით უნდა განისაზღვროს პატენტის მიმღები სუბიექტი მუშაკთა მიერ შექმნილი გამოგონების შემთხვევაში. როგორც ზემოთ აღინიშნა, გამოგონება ან პიონერულია თავისი შინაარსით, ან არსებულის განვითარება. პირველ შემთხვევაში, ჩვენის აზრით, პატენტი ყოველთვის უნდა ეკუთვნოდეს გამოგონებელს, ხოლო მეორე შემთხვევაში მუშაკსა და მეწარმეს შორის არსებული ხელშეკრულების თანახმად გამოგონება შეიძლება ეკუთვნოდეს მეწარმეს. სასარგებლო მოდელი და სამრეწველო ნიმუში კი უნდა ეკუთვნოდეს მეწარმეს. მიგვაჩნია, რომ შრომის კანონმდებლობამ უნდა გაითვალისწინოს ეს გარემოება და სპეციალური ნორმით აკრძალოს ისეთი კონტრაქტის დადება, რომელიც ჯერ კიდევ პატენტის გაცემამდე გაითვალისწინებს პიონერული გამოგონების გადაცემას მეწარმისათვის. ამასთან მუშაკთა გამოგონება, სასარგებლო მოდელი, სამრეწველო ნიმუში უნდა იყოს მუშაკის სამსახურებრივ მოვალეობასთან, ან დავალებასთან პირდაპირ კავშირში. სხვა შემთხვევაში მეწარმეს შეუძლია მოითხოვოს პატენტი. თუ მან მუშაკი დაიჭირავა სპეციალურად გამოგონების, სასარგებლო მოდელის, ან სამრეწველო ნიმუშის შესაქმნელად და შეუქმნა მას შესაბამისი პირობები. მომავალ კანონში უნდა აისახოს აგრეთვე პროცედურული მოთხოვნები განაცხადის მიწოდების მიმართ, კერძოდ, მუშაკი უნდა იყოს ვალდებული გარკვეულ ვადებში ამცნოს მეწარმეს გამოგონების შესახებ, ხოლო მეწარმემ ასევე გარკვეულ ვადებში უნდა გადაწყვიტოს როგორ მოექცეს ამ გამოგონებას. თუ იგი დათქმულ ვადაში უარს იტყვის, ან არანაირად არ იმოქმედებს, მაშინ გამოგონების განმკარგავი მუშაკი იქნება. გამოთქმული მოსაზრებანი ასახული არ არის ამჟამად მოქმედებულდებაში და გარდა ამისა მუხლი 19 ეხება მხოლოდ სამსახურებრივ დავალებასთან დაკავშირებით შექმნილ გამოგონებებს. ასეთი მიდგომა მეტად ავიწროვებს მოვლენის შინაარსს და ზოგ შემთხვევაში გაუგებრობასაც იწვევს. საკითხის სრულყოფილად მოწესრიგების მიზნით მიზანშეწონილად მიგვაჩნია სპეციალური კანონის მიღება, რომელიც დაიცავს მუშაკის მიერ შექმნილ გამოგონებას. (ასეთი პრაქტიკა გააჩნიათ გერმანიას და სკანდინავიის ქვეყნებს).

მოქმედ დებულებაში არ არის ასახული ტერმინი თანავეტორი. აქედან გამომდინარე მკვლევართა, ან სხვა სახის შემოქმედებითი კოლექტივის მიერ შექმნილი გამოგონების შემთხვევაში სახეზე უნდა იყოს ერთი ნამდვილი ავტორი მაინც. და თუ ასეა, მაშინ მოქმედი დებულების თანახმად, სხვებს პატენტის მიღების უფლება აღარ ეკუთვნით. ეს მიდგომა თავისთავად სწორი იქნებოდა, თუ შესაძლებელი იქნება ყოველთვის მოიძებნოს კოლექტივის ის წევრი, რომელსაც ეკუთვნის ძირითადი საგამომგონებლო იდეა. მაგრამ ამ იდეის განვითარების იდეა თუ სხვამ გამოთქვა (კოლექტივში ასეც ხდება), მაშინ მართებული არ იქნება ასეთ პირს აეკრძალოს პატენტის მიღება. მიგვაჩნია, რომ ამ ხარვეზს გამოასწორებს ცნების “თანავეტორი” ახალ საპატენტო კანონმდებლობაში გათვალისწინება. როგორც პროფესორი ს.ჯორბენაძე აღნიშნავს, “სინამდვილეში განხილვის პროცესში კამათის და კოლეგათა შორის დიალოგის დროს იდეა განიცდის ისეთ დამუშავებას, მოთელვას, რომ ხშირად ძნელი ხდება თვალის დევნება მისი თანდათანობითი ფორმირებისადმი, მისი პირვანდელი სახის გამოვლენა, და გამომდინარე ნათქვამიდან იდეის კონკრეტულად იმ პირისადმი მიკუთვნება, რომელმაც პირველად წარმოაჩინა იგი”.⁷ ეს მოსაზრება ხაზს უსვამს იმ გარემოებას, რომ ზოგ შემთხვევაში სახეზეა კოლექტიური ავტორი, ანუ თანავეტორთა ჯგუფი.

საპატენტო უფლებათა დაცვის თვალსაზრისით მოქმედი დებულება ღიად ტოვებს საკითხს, თუ რა შეიძლება მოიძოქმედოს მომავალმა პატენტმფლობელმა, როდესაც გამოგონება გამოქვეყნდა და ჯერ არ არის გაცემული პატენტი. ეს გამოქვეყნება ხდება დებულებით დადგენილი წესით განაცხადის განხილვის დამთავრების შემდეგ პატენტის გაცემის თაობაზე გადაწყვეტილების გამოტანის შემთხვევაში. საქართველოში დამკვიდრებული საპატენტო ექსპერტიზა პროცედურულად დაეყრდნო როგორც წარდგენითი სისტემის პატენტის გაცემას (სასარგებლო მოდელი, სამრეწველო ნიმუში), ასევე ექსპერტიზის შემოწმებით სისტემას და გადადებული ექსპერტიზის სისტემას ერთდროულად (გამოგონება). სირთულეს ქმნის გადადებული ექსპერტიზის სისტემის ელემენტის შემოტანა პატენტის გაცემამდე ჯერ კიდევ არსობრივად განუხილავი განაცხადის გამოქვეყნება. ამ სისტემის მიმდევარი ქვეყნები ითვალისწინებენ ხსენებულ შუალედში დროებითი დაცვის შემოღებას, რომელიც გაცილებით ნაკლებია საპატენტო დაცვაზე და შემოიფარგლება მხოლოდ ქონებრივი კომპენსაციით მომავალი პატენტმფლობელის სასარგებლოდ (გერმანია, იაპონია, ნიდერლანდები და სხვა), თუმცა ცალკეულ შემთხვევაში (ავსტრალია) უტოლდება საპატენტო დაცვასაც კი.

ამასთან ავსტრალიაში ასეთი წესი მოქმედებს მიუხედავად იმისა არის თუ არა გამოტანილი გადაწყვეტილება პატენტის გაცემაზე, მაგრამ იმ პირობით, რომ უფლებათა განხორციელება შეიძლება მხოლოდ პატენტის მიღების შემდეგ. საქართველოს მომავალი კანონმდებლობა უნდა დაეყრდნოს ამჟამად მოქმედ წესს და განაცხადის გამოქვეყნება მოახდინოს მხოლოდ დადებითი გადაწყვეტილების შემთხვევაში. ამ გადაწყვეტილებას პატენტის გაცემამდე შეიძლება მიენიჭოს იმ დოკუმენტის სტატუსი, რომლითაც მომავალ პატენტმფლობელს უფლება ექნება არ დაელოდოს პატენტის მიღებას და განახორციელოს დარღვეული უფლებების დაცვა სრულად, თუ არ დამტკიცდა, რომ პატენტი განაცხადში წარდგენილ გამოგონებაზე დადებითი გადაწყვეტილების მიუხედავად არ უნდა გაიცეს.

ამჟამად მოქმედი დებულება გამოგონების შესახებ პროცედურულად პირდაპირ არ ითვალისწინებს გამოგონების სიახლის შემოწმებას, მას ითვალისწინებს ექსპერტიზის ინსტრუქცია. მომავალში საპატენტო კანონშივე უნდა აისახოს პირობა ორი კრიტერიუმის - "სიახლის" და "სამრეწველო გამოყენებადობის" შემოწმების ჩატარების თაობაზე. რაც შეეხება "საგამომგონებლო დონეს", ამ კრიტერიუმის შემოწმება შეიძლება არ იყოს საპატენტო უწყების ამოცანა. მისი შესწავლა მოითხოვს მრავალი დარგის მაღალკვალიფიციურულ სპეციალისტებს და მათ მაქსიმალურ ობიექტურობას. აშშ-ში, გერმანიაში, იაპონიაში, სადაც ახორციელებენ გამოგონების სამივე კრიტერიუმის მკაცრ შეფასებას, დაეები პატენტის გაბათილების შესახებ, როგორც წესი, დაკავშირებულია საგამომგონებლო დონესთან.

გვინდა აღვნიშნოთ, რომ შემოთავაზებული საპატენტო ექსპერტიზა საგამომგონებლო დონის შემოწმების გადადებით პროცედურულად შეიძლება გავრცელდეს სასაქონლო ნიშნებზეც. პრაქტიკამ უკვე გვაჩვენა სასაქონლო ნიშნების მსგავსობის განსაზღვრის სირთულე და სუბიექტურობა, განსაკუთრებით სიტყვიერი ნიშნების მიმართ. ვფიქრობთ, მომავალ კანონში სასაქონლო ნიშნების შესახებ, საპატენტოსთან ანალოგიით უნდა დაწესდეს იდენტურობის შემოწმება. ამის შემდეგ დადებითი გადაწყვეტილების გამოტანა, ოფიციალური გამოქვეყნება და 3-ნ თვის ლოდინი შედეგებზე დაინტერესებულ პირთა მხრიდან. თუ შედეგება არ მოხდა, ნიშანი უნდა გატარდეს რეგისტრაციაში მოწმობის გაცემასთან ერთდროულად. გარდა ამისა, მსგავსობაზე საპატენტო უწყებამ უნდა ჩაატაროს მოძიება, რომელიც გადაეგზავნება განმცხადებელს, რათა თვითონ შეაფასოს ნიშნის რეგისტრაციის უნარიანობა. ამასთან, მოძიების ანგარიში გამოქვეყნებულ მასალებთან ერთად ხელმი-

საწევლოში უნდა იყოს მესამე პირთათვისაც. პატენტების მიმართ საგამომგონებლო დონის, ხოლო ნიშნების მიმართ მსგავსების ასეთი ორმხრივი შეფასება გაცილებით ობიექტური და მისაღები იქნება და უფრო ოპერატიულსაც გახდის ექსპერტიზას საკმაოდ მყარი დამტკიცებელი დოკუმენტის გაცემის უზრუნველყოფასთან ერთად.

სასაქონლო (მომსახურების) ნიშნების და საქონლის გეოგრაფიული წარმოშობის აღნიშვნის დაცვა მათი მჭიდრო შინაარსობრივი სიახლოვის გამო უნდა განხორციელდეს ერთი კანონით. ნათქვამთან ერთად მხედველობაშია მისაღები საკუთრივ გეოგრაფიული დასახელებების თავისებურებანი, მათი სასაქონლო ნიშნად რეგისტრირების თავისებურებანი, სხვადასხვა ქვეყნის მიდგომა საკითხისადმი, პარიზის კონვენციის მიერ გათვალისწინებული "ტელ-კელის" პრინციპი. კანონში უნდა აისახოს პირობა და სასაქონლო ნიშნად რეგისტრირება მოხდეს გეოგრაფიული დასახელებისა, თუ იგი საქონლის წარმოშობასთან არავითარ კავშირში არ არის, მაგალითად, "ყაზბეგი" კომპიუტერებისათვის. ხოლო, თუ საქონლის წარმოშობასთან კავშირი ვლინდება, მაგ. "წინანდალი" ღვინოსათვის, მაშინ საკითხი გადაწყდეს ადგილწარმოშობის აღნიშვნის ნორმების თანახმად.

ასევე, საკუთარი სახელების სასაქონლო ნიშნად რეგისტრაციის შემთხვევაში უნდა დაითქვას პირობა, რომ ცნობილი პიროვნების სახელის გამოყენება მოითხოვს მის თანხმობას. სხვა შემთხვევაში მისაღებია საფრანგეთის გამოცდილება, რომლის კანონით დაშვებულია ნიშნად რეგისტრაცია სახელისა, რომელიც ამავე სახელის მატარებელს არ უკრძალავს საქონელზე საკუთარი სახელის გამოყენებას რეგისტრაციის გარეშე, რაც რეგისტრირებული ნიშნის უფლებათა დარღვევად არ ითვლება.

საქონლის გეოგრაფიული წარმოშობის ადგილის აღნიშვნა კანონში მიზანშეწონილია აისახოს იმის გათვალისწინებით, თუ რა საქონელთან გვაქვს საქმე. ღვინო, მაგარი სასმელები, ყველი, სახალხო რეწობა და სხვა საკუთარი თავისებურებებით ხასიათდება. გამომდინარე იქიდან, რომ ეს ობიექტი კოლექტიურ ნოუ-ჰაუზე და გეოგრაფიული ადგილის კლიმატურ, სოციალურ, ნიადაგის და სხვა თავისებურებებზე დამოკიდებული იგი კოლექტიური სარგებლობის ობიექტს წარმოადგენს. ამიტომ, უნდა გადაწყდეს ვის სახელზე (ამ ადგილის შესაბამის რეგიონის მმართველობით ორგანოზე, თუ სხვა ორგანოზე, მაგალითად სამტრედიტზე) გატარდეს რეგისტრაციაში ადგილწარმოშობის აღნიშვნა. ამავე დროს, ყურადსაღებია, რომ ამ ორგანოს უნდა შეეძლოს აწარმოოს საქონლის ხარისხის კონტროლი და ადგილწარმოშობის აღნიშვნის

უფლება მისცეს მხოლოდ და მხოლოდ იმ მეწარმეს, რომელიც შესაძლებს ტრადიციულად ცნობილი ხარისხის უზრუნველყოფას.

ყოველივე ზემოთქმული წარმოადგენს სამრეწველო საკუთრების დაცვის საკითხების იმ ვიწრო წრეს, რის გადმოცმაც გეკონდა განზრახული. მაგრამ არის რიგი მნიშვნელოვანი საკითხებისა, რომლებიც ვერ აისახა ამ წერილში, რომლებიც დამუშავების პროცესშია და მოითხოვს საფუძვლიან შესწავლას. მათ შორის განსაკუთრებული ყურადღება უნდა დაეთმოს სასელექციო მიღწევების დაცვას, მითუმეტეს რომ, საქართველოში, სადაც სასელექციო საქმიანობის მდიდარი ტრადიციები არსებობს დღემდე, არ ხორციელდება ამ მნიშვნელოვანი ობიექტის სამართლებრივი დაცვა.

- 1 Патентный закон США, М. ВНИИПИ, 1986, §§ 161-164.
- 2 Г. Боленхаузен. Парижская конвенция по охране промышленной собственности. Комментарий. М. Прогресс, 1977, с.30.
- 3 Э. П. Гаврилов, Н.К.Финкель, Правовая охрана полезных моделей и промышленных образцов, М. ЦНИИПИ. 1974, с. 4-5.
- 4 Е. А. Богатых, В. И. Левченко. Патентное право капиталистических и развивающихся государств, М. Юридическая литература, 1978, с.39.
- 5 The advanced learner's dictionary of current English, by A. S. Hornsey, E. V. Gatenby, H. Wakerfield, Oxford university press, Poznan 1958, P. 617.
- 6 Питер Розенберг. Основы патентного права США, М. Прогресс, 1979, с.94.
- 7 С. М. Джорбенадзе, Правовая охрана соавторства в научном творчестве. В. кн. Гражданско-правовая норма и формы ее применения, Тбилиси, Мецниереба, 1982, с. 102.

Der Entwurf des Georgischen Zivilgesetzbuches und die Reform des georgischen Zivilprozeßrechts

Prof. Dr. Helmut Heinrichs
Kellenhusen / Bremen

Für den Hauptteil des neuen Georgischen Zivilgesetzbuches - seine ersten drei Bücher "Allgemeine Bestimmungen", "Güterrecht" und "Obligationenrecht" - liegt seit einem halben Jahr ein allseits akzeptierter Entwurf vor. Der Entwurf steht in der Tradition der großen europäischen Kodifikationen des Zivilrechts, unterscheidet sich von ihnen aber dadurch, daß er auch die modernen Entwicklungen des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs berücksichtigt. Die Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (oder besser: der einseitig vorformulierten Vertragsbedingungen), der Produkthaftung, des Leasing, des Franchising, der Girovertrages und des Bankkredits sind Beispiele dafür. Der Entwurf beeindruckt durch systematische Geschlossenheit. Er bezieht die Verträge des Handelsverkehrs mit ein und macht dadurch ein besonderes Handelsgesetzbuch entbehrlich, ein Lösungsansatz, der sich inzwischen auch in der Diskussion um die Neukonzeption westeuropäischer Kodifikationen allgemein durchgesetzt hat. Der Entwurf des Georgischen Zivilgesetzbuches, derin vorbildlicher Weise Ergebnisse der Rechtsvergleichung, der Rechtsgeschichte und der modernen Wirtschaftsentwicklung übernimmt und einarbeitet, könnte für die postkommunistischen Staaten, die an neuen Kodifikationen des Zivilrechts arbeiten, Vorbildcharakter erlangen.

Der hohe rechtswissenschaftliche und rechtspraktische Rang des Entwurfs beruht auf der gründlichen und sachkundigen Vorarbeit der deutscher Berater, Professor Knieper, Rechtsanwalt und Notar Fromm und Rechtsreferendar Pellegrino, zugleich und vor allem aber auch auf der juristischen und sprachlichen Kompetenz und der Entschlußkraft von Professor Sergo Djorbenadse und des von ihm geleiteten Ausschusses, in dem Vertreter der georgischen Rechtswissenschaft und der georgischen Rechtspraxis in vorbildlicher Weise zusammengearbeitet haben und weiter zusammenarbeiten. Durch seine maßgebliche Beteiligung an der Schaffung der georgischen Zivilrechtskodifikation, die eine jahrzehntlange erfolgreiche Arbeit in der georgischen Rechtswissenschaft abschließt und krönt, hat sich Professor Sergo Djorbenadse, dem diese Festschrift und dieser Beitrag gewidmet sind, einen dauernden Platz in der georgischen Rechtsgeschichte erworben.

Inzwischen sind auch die Arbeiten an dem Entwurf einer neuen Georgischen Zivilprozeßordnung vorangekommen. Der Verfasser dieses Beitrages hat einen umfassenden, aus 600 Artikeln bestehenden Vorentwurf vorgelegt. Er schließt

an einen vorher erarbeiteten Vorentwurf für ein Georgisches Gerichtsverfassungsgesetz an und besteht aus acht Teilen: "Allgemeine Vorschriften", "Verfahren vor dem Gericht Erster Instanz", "Besondere Verfahren", "Rechtsmittel", "Wiederaufnahme des Verfahrens", "Vollstreckung", "Internationales Zivilprozeßrecht" und "Private Schiedsgerichtsbarkeit". Der Entwurf der Georgischen Zivilprozeßordnung beruht ebenso wie der Entwurf des Georgischen Zivilgesetzbuches auf dem Prinzip der Privatautonomie und entspricht damit dem marktwirtschaftlichen System. Das kommt in den Vorschriften über die Dispositionsmaxime und den Verhandlungsgrundsatz zum Ausdruck, die in der Zivilprozeßordnung den gleichen Stellenwert haben wie die Bestimmungen über den Inhalt des Eigentums und die Vertragsfreiheit in Art. 157 ff und 278 ZGB. Für sie schlägt der Vorentwurf der Zivilprozeßordnung folgende Fassung vor:

Art. 3 Dispositionsmaxime

(1) Die Parteien eröffnen das Verfahren nach den Vorschriften dieses Gesetzes durch Klage oder Antrag. Sie bestimmen über den Streitgegenstand und entscheiden über die Einlegung von Rechtsmitteln.

(2) Die Parteien können, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, das Verfahren durch Abschluß eines Vergleichs beenden; sie können über den geltendgemachten Anspruch durch Verzicht und Anerkenntnis verfügen.

Art. 4 Verhandlungsgrundsatz

(1) Die Parteien bestimmen, welche Tatsachen im Prozeß vorgebracht und der Entscheidung zugrundegelegt werden sollen; sie bestimmen durch ihr Verhalten über die Beweisbedürftigkeit der behaupteten Tatsachen.

(2) Das Gericht darf nur die von den Parteien angebotenen Beweise erheben; der Beweis durch Augenschein oder Sachverständige darf jedoch ohne Antrag der Parteien angeordnet werden.

(3) Die gerichtliche Aufklärungs- und Prozeßförderungspflicht (Art. 101) bleibt unberührt, ebenso die Verpflichtung, das Vorliegen von Prozeßvoraussetzungen von Amts wegen zu prüfen.

(4) In den Verfahren, in denen nach den Vorschriften dieses Gesetzes der Untersuchungsgrundsatz gilt, erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen.

Ebenso wie der Entwurf des Zivilgesetzbuches erkennt der Vorentwurf der Zivilprozessordnung dem Gedanken des Schutzes des wirtschaftlich Schwächeren und intellektuell Unterlegenen zentrale Bedeutung zu. Beide Entwürfe berücksichtigen, daß die Privatautonomie die Gefahr eines Mißbrauchs in sich bringt und als Instrument gesellschaftlicher Machtausübung mißbrauchen werden kann; sie streben in Übereinstimmung mit dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (vgl. Art. 100 a Abs. 3 EGV) für den Verbraucherschutz ein hohes Schutzniveau an. Die zentrale Norm des Vorentwurfs der Zivilprozessordnung ist insoweit der Art. 101:

Art. 101 Aufklärungs- und Prozeßförderungspflicht des Gerichts

(1) das Gericht hat den Sach- und Streitstand mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern. Es achtet darauf, daß unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden. Es hat darauf hinzuwirken, daß sich die Parteien über alle für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblichen Tatsachen vollständig erklären, für bestrittene Behauptungen Beweis anbieten, ihre Beweisangebote erforderlichenfalls ergänzen und sachdienliche Anträge stellen.

(2) Auf Bedenken, die die Prozeßvoraussetzungen betreffen, hat das Gericht aufmerksam zu machen. Wird ein rechtlich erheblicher Gesichtspunkt von einer Partei erkennbar übersehen, hat das Gericht die Partei auf diesen Gesichtspunkt hinzuweisen und ihr Gelegenheit zur Äußerung zu geben.

Die beiden Entwürfe haben aber außer der Übereinstimmung in den wesentlichen Grundprinzipien eine Vielzahl von weiteren Berührungspunkten. Für eine Reihe von prozeßrechtlichen Grundbegriffen ist das Privatrecht die bestimmende Rechtsquelle, so vor allem für die Parteifähigkeit, Prozeßfähigkeit und die Vertretung im Prozeß, das Privatrecht wirkt aber auch auf die prozessualen Begriffe des Streitgegenstands, der materiellen Rechtskraft und der Beweislast ein. Angesichts dieser engen Verbindung zwischen materiellem und formellem Recht versteht es sich von selbst, daß sich aus der Arbeit an einer neuen Kodifikation des georgischen Zivilprozeßrechts Wünsche zur Änderung des Entwurfs des Georgischen Zivilgesetzbuches ergeben können. Sechs Änderungsvorschläge* sollen hier vorgestellt werden.

1. Geschäftsfähigkeit und Prozeßfähigkeit

Die Prozeßfähigkeit ist die prozessuale Geschäftsfähigkeit. Alle europäischen

* Diese Änderungsvorschläge sind in der endgültigen Fassung des EZGB im großen Teil berücksichtigt worden (L. T.).

Rechtsordnungen gehen daher von dem Grundsatz aus, daß eine Partei prozeßfähig ist, wenn sie uningeschränkt geschäftsfähig ist. Der Vorentwurf zur Georgischen ZPO enthält im Art. 74 eine entsprechende Vorschrift. Einige Prozeßgesetze erkennen auch beschränkt Geschäftsfähigen für bestimmte Angelegenheiten oder bestimmte Verfahren Prozeßfähigkeit zu. Diese Sonderregelungen können hier aber vernachlässigt werden. Es geht allein um den Grundsatz, der die Prozeßfähigkeit mit der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit verknüpft.

a) Nach dem Entwurf des Georgischen Zivilgesetzbuches gibt es keine geschäftsunfähigen natürliche Personen. Das Kind ist nach Art. 47, 49 EZGB von der Vollendung der Geburt bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres beschränkt geschäftsfähig, obwohl für Säuglinge wohl Geschäftsunfähigkeit der richtige rechtliche Status wäre, und auch für Personen, die wegen Geisteskrankheit ihre Angelegenheiten nicht vernünftig regeln können, sehen die Art. 49 und 55 EZGB keine Geschäftsunfähigkeit, sondern eine beschränkte Geschäftsfähigkeit vor. Diese Regelung halte ich für wenig überzeugend, räume aber ein, daß ihre Umsetzung im Zivilprozeßrecht keine Schwierigkeiten bereitet, da nicht nur Geschäftsunfähigkeit, sondern auch beschränkte Geschäftsfähigkeit grundsätzlich Prozeßfähigkeit begründet.

b) Nicht akzeptabel sind die Art. 49, 55 und 56 EZGB aus der Sicht des Prozeßrechts aus einem anderen Grund. Die Mehrzahl der europäischen Zivilgesetzbücher - bis zum Inkrafttreten des Betreuungsgesetzes auch das BGB - kennen bei Volljährigen zwei alternative Anknüpfungen für die Geschäftsunfähigkeit: Natürliche Geschäftsunfähigkeit ("incapacite naturelle", "mental incapacity") ist gegeben, wenn die Person wegen einer krankhaften Störung ihrer Geistestätigkeit zu einer vernünftigen Willensbildung nicht in der Lage ist. Geschäftsunfähigkeit kraft gerichtlicher Entscheidung tritt ein, wenn die Person entmündigt oder unter Vormundschaft gestellt wird. Das deutsche Recht hat die Geschäftsunfähigkeit kraft richterlicher Anordnung inzwischen beseitigt; es kennt nur noch die natürliche Geschäftsunfähigkeit.

c) Einen entgegengesetzten Weg will der Entwurf des Georgischen Zivilgesetzbuches gehen. Er sieht vor, daß der Volljährige, der wegen Geisteskrankheit seine Angelegenheiten nicht vernünftig regeln kann, erst durch Anordnung der Vormundschaft in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt wird. Durch die Anordnung der Vormundschaft sollen, wie Art. 56 EZGB zu entnehmen ist, zwar auch die vorher im Zustand geistiger Störung vorgenommenen Rechtsgeschäfte schwebend unwirksam werden. Diese auf eine "mental incapacity" ("incapacite naturelle") verzichtende, allein auf die richterliche Anordnung abstellende Regelung kann aber nicht überzeugen.

aa) Sie bedeutet, daß der an einer schweren Geisteskrankheit Leidende, der offensichtlich seine Angelegenheiten nicht vernünftig regeln kann, bis zur Anordnung der Vormundschaft als geschäfts- und prozeßfähig behandelt werden

muß. Er kann über sein Vermögen, etwa sein Bankkonto, zunächst wirksame unsinnige Verfügungen treffen und sinnlose Zivilprozesse beginnen.

bb) Die in Art. 56 EZGB vorgesehene Rückwirkung der beschränkten Geschäftsfähigkeit löst die Probleme aus mehreren Gründen nicht. Eine Vormundschaft kann der Natur der Sache nach nur für einen Lebenden angeordnet werden. Wenn der an Alzheimer Erkrankte, der einen Teil seines Vermögens durch unsinnige Verfügungen verschleudert und über den verbleibenden Rest ein unsinniges Testament errichtet hat, vor der Anordnung der Vormundschaft stirbt, müssen diese Verfügungen nach dem Wortlaut der Art. 55 und 56 EZGB als wirksam anerkannt werden. Der Geisteskranke, der zu einer vernünftigen Willensbildung nicht in der Lage ist, wird durch die Art. 55 und 56 EZGB aber auch dann nicht ausreichend geschützt, wenn für ihn nachträglich eine Vormundschaft angeordnet wird. Bis zur Anordnung der Vormundschaft kann etwa durch Bankabhebungen oder Einleitung von Prozessen unwiederbringlicher Schaden entstanden sein. Diese Gefahr kann man nicht mit der Begründung verharmlosen, die Bank oder das Gericht könne die Angelegenheiten ja bis zur Entscheidung über die Anordnung der Vormundschaft hinauszögern. Es ist wirklich nicht zweifelhaft, daß ein Geschäfts- und prozeßfähiger in einem Rechtsstaat auch dann als geschäfts- und prozeßfähig behandelt werden muß, wenn er diese Fähigkeit wahrscheinlich bald verlieren wird. Dogmatisch unglücklich ist auch, daß die schwebende Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts bis Anordnung der Vormundschaft ungewiß ist und daher ein doppelter Schwebezustand besteht.

Geschäftsunfähigkeit, zumindest aber beschränkte Geschäftsfähigkeit, muß daher ohne richterliche Entscheidung bereits eintreten, wenn der Betroffene wegen einer geistiger Störung nicht mehr in der Lage ist, seine Angelegenheiten vernünftig selbst zu regeln. Es bringt keinen Vorteil, sondern schafft nur Schwierigkeiten, wenn die Regelung der Geschäftsfähigkeit auf den Tatbestand der natürlichen Geschäftsunfähigkeit verzichtet.

2. Verbot des Zeugenbeweises beim Darlehen

Nach Art. 576 EZGB ist bei einem Darlehen der Zeugenbeweis nicht möglich, die Parteien können die Schriftform vorsehen. Von dieser Regelung ist der zweite Halbsatz offensichtlich überflüssig. Art. 57 Abs. 2 Satz 2 EZGB legt generell fest, daß die Parteien, für ein Rechtsgeschäft, das keiner gesetzlichen Formvorschrift unterliegt, durch Vertrag ein Formerfordernis begründen können. Es besteht kein Anlaß, diese generelle Regelung im Art. 576 EZGB zu wiederholen.

Bedenken bestehen aber gegen das im ersten Halbsatz der Vorschrift vorgesehene Verbot des Zeugenbeweises.

a) Systematisch ist einzuwenden, daß die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Zeugenbeweises kein Problem des materiellen Rechts, sondern der Verfahrensrechts ist. Regelungen über Beweisverbote gehören daher nicht in das

Zivilgesetzbuch, sondern in die Zivilprozeßordnung. Daß der code civil sich hier über systematische Gesichtspunkte hinwegsetzt und den Zeugenbeweis im materiellen Recht (Art. 1315 ff. c.c.) einschränkt, ist kein Grund, in einem neu zu erlassenden Gesetz auf die richtige systematische Einordnung zu verzichten.

b) Aber auch sachlich überzeugt das Verbot des Zeugenbeweises beim Darlehen nicht. Es gibt keine rechtsfertigen Gründe dafür, das im französischen Recht für alle vertraglichen Ansprüche geltende Beweisverbot in Georgien nur für Darlehen zu übernehmen. Wenn A von B 500 Lari mit der Begründung zurückfordert, er habe B diesen Betrag zur Einzahlung auf ein Konto des A übergeben, ist der Zeugenbeweis zulässig, stützt er den Anspruch auf die Hingabe als Darlehen, scheidet der Zeugenbeweis aus. Das leuchtet nicht ein. Es ist aber auch schwerlich sachgerecht, daß Art. 576 EZGB die zahlreichen Einschränkungen, die der code civil für das Verbot des Zeugenbeweises vorsieht, nicht mitübernimmt. Nach französischem Recht wird der Zeugenbeweis bekanntlich zulässig, wenn der Anfang eines Urkundenbeweises erbracht ist, wenn es aus physischen oder moralischen Gründen unmöglich war, den Urkundenbeweis zu sichern, oder wenn Geschäftsunfähigkeit, Drohung oder Täuschung nachgewiesen werden sollen.

Ich schlage daher vor, den Art. 576 EZGB zu streichen. Ob die Zulässigkeit des Zeugenbeweises nach dem Vorbild des code civil eingeschränkt werden soll, sollte bei der Beratung des Entwurfs der Zivilprozeßordnung diskutiert und einheitlich für alle vertraglichen Ansprüche entschieden werden. Eine etwaige Übernahme muß sich auf die französische Regelung im ganzen erstrecken, muß also auch die Ausnahmen vom Beweisverbot miteinbeziehen.

3. Regelung der Verpflichtung zur Vorlage von Urkunden

Der Vorentwurf der Georgischen Zivilprozeßordnung geht in Übereinstimmung mit dem deutschen und österreichischen Recht davon aus, daß die Frage, wann eine Verpflichtung zur Einsicht in eine Urkunde und zur Gestattung der Besichtigung von Sachen besteht, im materiellen Recht zu regeln ist. Der Entwurf des Georgischen Zivilgesetzbuches enthält bislang keine derartige Vorschrift. Ich schlage eine entsprechende Ergänzung des Art. 277 vor:

(2) Wer ein berechtigtes Interesse daran hat, eine in fremdem Besitz befindliche Urkunde einzusehen oder Sache zu besichtigen, kann von dem Besitzer die Gestattung der Einsicht oder der Besichtigung verlangen, soweit keine überwiegenden Interessen des Besitzers oder Dritter entgegenstehen. Ist die Urkunde im Interesse des Einsicht Begehrenden errichtet worden oder betrifft sie ein Rechtsgeschäft zwischen ihm und einem anderen, kann die Einsicht nicht verweigert werden.

4. Festlegung des gesetzlichen Zinssatzes

Der Entwurf des Georgischen Zivilgesetzbuches verweist in einer Reihe von Vorschriften, so etwa in den Art. 329 und 349, auf den gesetzlichen Zinssatz. Auch im Vorentwurf der Georgischen Zivilprozeßordnung wird wiederholt auf den gesetzlichen Zinssatz Bezug genommen. Bislang fehlt aber im Entwurf des Georgischen Zivilgesetzbuches eine Festlegung des gesetzlichen Zinssatzes. Diese Regelungslücke muß geschlossen werden. Ich gehe davon aus, daß die georgische Zentralbank sich bis zum Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches konstituiert und etabliert hat und den Geldmarkt durch die Festsetzung Diskontsätzen steuert. Sachgerecht ist folgende Regelung:

Art. 239

Ist eine Schuld nach Gesetz oder Rechtsgeschäft zu verzinsen, so sind zwei von Hundert über dem jeweiligen Diskontsatz der georgischen Zentralbank, mindestens aber sechs von Hundert für das Jahr zu entrichten, sofern nicht ein anderes bestimmt ist.

5. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken

Der Entwurf eines Georgischen Zivilgesetzbuches enthält in seinen Art. 259 bis 269 eine Regelung der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken. Diese Vorschriften sollten bis auf den Art. 260 Abs. 2 gestrichen werden.

a) Für diesen Vorschlag sprechen bereits systematische Gründe. Die Zwangsvollstreckung in Grundstücke gehört systematisch nicht zum materiellen recht, sondern zum Verfahrensrecht. Sie muß entweder durch ein verfahrensrechtliches Sondergesetz oder in der Kodifikation des Zivilprozeßrechts geregelt werden. Für Georgien empfiehlt sich der letztere Weg; für ihn spricht das Bestreben, das postkommunistische georgische Recht möglichst unkompliziert und transparent zu gestalten. Der Vorentwurf einer Georgischen Zivilprozeßordnung enthält daher auch eine abgewogene und sachgerechte Regelung der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken.

b) Auch inhaltlich werden die Art. 259 bis 269 den stellenden Anforderungen nicht gerecht. Es ist leider völlig ausgeschlossen, die Zwangsvollstreckung in Grundstücke in nur 11 Vorschriften zu regeln. Das deutsche Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken umfaßt 186 Paragraphen, die österreichische Regelung besteht aus 160 Vorschriften und auch

die französische ist kaum kürzer. Die Untergrenze der erforderlichen Vorschriften dürfte bei 60 bis 80 liegen. dem entspricht der Umfang des Abschnitts "Vollstreckung wegen Geldforderungen in das unbewegliche Vermögen" Im Vorentwurf einer Georgischer Zivilprozeßordnung.

c) Die Art. 259 ff EZGB enthalten, bedingt durch die Reduktion auf nur 11 Artikel, eine Reihe von Mängeln und Schwächen. Von ihnen sollen hier nur einige angesprochen werden:

- Eine Zwangsvollstreckung ohne einen in einem ordentlichen Prozeßverfahren erstrittenen Vollstreckungstitel, wie sie Art. 259 Abs. 1 EZGB vorsieht, halte ich für rechtsstaatlich untragbar.

-Die Zwangsvollstreckung in Grundstücke muß nicht nur Hypothekengläubigern, sondern auch anderen Gläubigern etwa Unterhaltsberechtigten oder Gläubigern eines Anspruchs aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung - offenstehen.

- Gegen Rechtsverletzung bei Anordnung und Durchführung der Zwangsversteigerung sehen die Art. 259 ff. EZGB keinerlei Rechtsbehelfe vor..

- Die dem betreibenden Gläubigern im Range vorgehenden und daher bestehenbleibenden Rechte müssen in ein " geringstes Gebot" aufgenommen werden; die Art. 259 ff EZGB enthalten insoweit keine Regelung.

-Was geschieht, wenn der Ersteigerer (" Käufer") nicht zahlt, lassen die Art. 259 ff EZGB offen.

- Entgegen Art. 266 Abs. 3 EZGB müssen natürlich neben den Hypotheken auch andere beschränkte dingliche Rechte (Nießbrauch, Dienstbarkeiten) erlöschen, sofern sie dem Recht des betreibenden Gläubigers im Range nachgehen. das Nießbrauchsrecht, das der Eigentümer des Grundstücks nach Eintragung der Hypothek oder gar erst nach Anordnung der Zwangsversteigerung für seine Ehefrau bestellt hat, darf auf keinen Fall bestehen bleiben.

6. Schiedsvereinbarungen

Art. 630 EZGB bestimmt, daß in einem Beförderungsvertrag die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts begründet werden kann, jedoch nur, wenn das Schiedsgericht verpflichtet wird, die Art. 598 ff. EZGB anzuwenden. Diese Vorschrift halte für ersatzlos entbehrlich.

a) Der Vorentwurf einer georgischen Zivilprozeßordnung sieht in

Übereinstimmung mit dem UN-Modelgesetz im Art. 565 Abs. 3 vor, daß alle vermögensrechtlichen Ansprüche, also auch Ansprüche aus einem Beförderungsvertrag, gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein können. Es besteht keinerlei Veranlassung, diese allgemeine Vorschrift für den Beförderungsvertrag im Art. 630 EZGB zu wiederholen.

b) Schiedsvereinbarungen, an denen Verbraucher beteiligt sind, bedürfen nach Art. 565 Abs. 5 EZPO der Schriftform. Diese sachgerechte Regelung muß auch für Beförderungsverträge gelten. Art. 630 EZGB könnte, wenn er beibehalten wird, dahin verstanden werden, daß er das Schriftformerfordernis abbedingen will.

c) Art. 586 Abs. 1 EZPO legt entsprechend dem UN-Modelgesetz fest, daß die Streitigkeit vom Schiedsgericht in Übereinstimmung mit dem Recht zu entscheiden ist, das die Parteien für anwendbar erklärt haben. Man kann sicher darüber diskutieren, das Schiedsgericht bei bestimmten Verträgen ausdrücklich an zwingende gesetzliche Schutzvorschriften zu binden. Es leuchtet aber wenig ein, eine solche Regelung nur beim Beförderungsvertrag vorzusehen. Bei anderen Vertragstypen, etwa bei Mietverhältnissen über Wohnraum, ist das Schutzbedürfnis ungleich größer. Der richtigere Weg ist auch wohl der, für Verträge, bei denen die Gefahr einer mißbräuchlichen Verwendung von Schiedsklauseln besonders nahe liegt, Schiedsvereinbarung zu untersagen. Es könnte daher sachgerecht sein, den Art. 565 Abs. 4 EZPO wie folgt neu zu fassen:

(4) Schiedsvereinbarungen sind unwirksam, soweit sie

a) Rechtsstreitigkeiten über den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum oder

b) arbeitsrechtliche Streitigkeiten betreffen.

Das gleiche gilt, wenn eine Partei ihre wirtschaftliche oder soziale Überlegenheit dazu ausgenutzt hat, den anderen Teil zum Abschluß eines Schiedsvertrages oder zur Annahme von Bestimmungen zu veranlassen, die ihr im Verfahren, insbesondere hinsichtlich der Ernennung oder Ablehnung der Schiedsrichter, ein Übergewicht verschaffen.

7. Schlußbemerkungen

Es spricht vieles dafür, daß die Führung der in Art. 270 ff. EZGB vorgesehenen Register den durch eine Vielzahl von neuen gesetzlichen Vorschriften stark belasteten Gerichten übertragen wird. Bei gesetzlichen Regelungen sollte auf diese Belastung Rücksicht genommen und die Fälle, in denen Registereintragungen notwendig sind, möglichst reduziert werden. Der Entwurf des Georgischen Zivilgesetzbuches trägt diesem Gesichtspunkt bislang nicht ausreichend Rechnung.

a) Er sieht für den Vermieter kein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters vor. Der Vermieter muß es grundsätzlich hinhinnehmen, wenn die einzige pfändbare Sache seines Mieters für einen anderen Gläubiger gepfändet und versteigert wird. Das Fehlen eines gesetzlichen Vermieterpfandrecht wird alsbald dazu führen, daß sich die durch ihren Verband oder ihren Rechtsanwalt entsprechend beratenen Vermieter bei Neuvermietungen ein Registerpfandrecht bestellen lassen und die dadurch entstehende Kosten auf den Mieter abwälzen. Die Zulassung eines gesetzlichen Pfandrecht des Vermieters wäre nach meiner Ansicht die bessere Lösung.

b) Die Entscheidung des Entwurfs für die Hypothek und gegen die Grundschild halte ich nicht für sachgerecht. Die europäische Hypothek, deren Einführung in der Europäischen Union diskutiert wird, ist in Wahrheit keine Hypothek sondern entspricht der Grundschild deutschen Rechts. Auch der im Entwurf vorgesehene Verzicht auf ein Briefgrundpfandrecht überzeugt mich nicht. Es ist eine unnötige Erschwerung des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs und eine Vergeudung von knappen gerichtlichen Ressourcen, wenn bei jedem Gläubigerwechsel etwa im Zuge einer Umfinanzierung, und bei jeder Auswechslung der zu sichernden Forderung Eintragungen im Register erforderlich sind.

Die von mir vorgetragene Kritik betrifft nur wenige Regelungen des umfangreichen Entwurfs des Georgischen Zivilgesetzbuches. Sie wird möglicherweise auch gewogen und zu leicht befunden, aber auch soweit berechtigt sein sollte, ändert sie nichts an dem hohen Rang des Entwurfs. Seinen Vätern, vor allem dem Jubilar Sergo Djorbenadse, kann man für die geleistete Arbeit nur Dank und Anerkennung aussprechen.

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტი და საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო სამართლის რეფორმა

პელმუტ პაინრისი
პროფესორი, ბრემენი

საქართველოს ახალი სამოქალაქო კოდექსის ძირითადი ნაწილის – სამი პირველი წიგნის “ზოგადი დებულებები”, “სანიეტო (ქონებრივი) სამართალი” და “ვალდებულებითი სამართალი” – ყოველმხრივ მისაღები პროექტი უკვე ერთი წელია მზადაა. პროექტი სამოქალაქო სამართლის ევროპული კოდიფიკაციების ტრადიციას ემყარება; მაგრამ მათგან იმით განსხვავდება, რომ იგი სამართლებრივი და ეკონომიკური ურთიერთობების განვითარების თანამედროვე ტენდენციებსაც ითვალისწინებს. გარიგებათა ზოგადი პირობების (ან უკეთ: ცალმხრივად ფორმულირებული სახელშეკრულებო პირობების), უხარისხო პროდუქტების გამო პასუხისმგებლობის, ლიზინგის, ფრანჩაიზინგის, ჟირო-ხელშეკრულების და საბანკო მომსახურების მოწესრიგება ამის მაგალითია. პროექტი დიდ შთაბეჭდილებას ახდენს თავისი სისტემური შეკრულობის წყალობით. იგი ასევე შეიცავს ხელშეკრულებებს სავაჭრო ურთიერთობების შესახებ და ამდენად სპეციალური სავაჭრო კოდექსის არსებობა ზედმეტი ხდება – საკითხის გადაწყვეტის პრინციპი, რომელმაც საერთოდ მოიკიდა ფეხი დასავლეთ ევროპული კოდიფიკაციების ახალი კონცეფციების თაობაზე გამართულ დისკუსიაში. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტი, რომელმაც სანიმუშო სახით გადმოიღო და გადაამუშავა შედარებითი სამართალმცოდნეობის, სამართლის ისტორიის და თანამედროვე ეკონომიკური განვითარების შედეგები, პოსტკომუნისტური სახელმწიფოებისთვის, რომლებიც სამოქალაქო სამართლის ახალ კოდიფიკაციაზე მუშაობენ, სანიმუშო ხასიათისაა.

პროექტის მაღალი მეცნიერული და სამართლებრივ-პრაქტიკული დონე ემყარება გერმანელი კონსულტანტების, პროფესორ კნიჰერის, ადვოკატისა და ნოტარიუსის ფრომის და სამართლის რეფერენდის პელეგრინოს მიერ გაწეულ საფუძვლიან და კომპეტენტურ მოსამზადებელ სამუშაოს, უპირველეს ყოვლისა, კი პროფესორ სერგო ჯორბენაძის და იმ კომისიის, რომელსაც იგი ხელმძღვანელობს, იურიდიულ და ენობრივ კომპეტენტურობასა და შეუპოვრობას. ამ კომისიაში შესანიშ-

ნავად თანამშრომლობდნენ და კვლავაც განაგრძობენ თანამშრომლობას ქართული სამართლის მეცნიერებისა და სამართლებრივი პრაქტიკის წარმომადგენლები. ქართული სამოქალაქო სამართლის კოდიფიკაციის შექმნაში მიღებული მასშტაბური მონაწილეობის მეოხებით, რომელიც ასრულებს და აგვირგვინებს ქართული სამართლის მეცნიერებაში ათწლეულების მანძილზე წარმოებულ წარმატებულ შრომას, პროფესორმა სერგო ჯორბენაძემ, რომელსაც ეძღვნება ეს საიუბილეო წერილი და სტატია, ზანგრძლივად დაიმკვიდრა ადგილი ქართული სამართლის ისტორიაში.

ამასობაში წინ წავიდა მუშაობა საქართველოს ახალი სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის პროექტზე. ამ სტატიის ავტორმა ვრცელი, 600 მუხლისაგან შემდგარი პროექტის კონცეფცია წარმოადგინა. იგი ერთვის საქართველოს სასამართლო წყობილების კანონისათვის შექმნილი პროექტის კონცეფციას და რვა ნაწილისაგან შედგება: “ზოგადი დებულებები”, “საქმის წარმოება პირველი ინსტანციის სასამართლოში”, განსაკუთრებული წარმოება, “სამართლებრივი საშუალებები”, “პროცესის განახლება”, “აღსრულება”, “საერთაშორისო სამოქალაქო საპროცესო სამართალი” და “სამედიატორო სასამართლოების მიერ კერძო საქმეების განსჯადობა”. საქართველოს საპროცესო კოდექსის პროექტი საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტის მსგავსად კერძო ავტონომიის პრინციპს ეფუძნება და ამით საბაზრო ეკონომიკის სისტემას შეესატყვისება. ეს გამოიხატება ნორმებში დისპოზიციური წესებისა და შეჯიბრებითობის პრინციპის შესახებ, რომელთაც სამოქალაქო საპროცესო კოდექსში იგივე ადგილი უჭირავთ, როგორც დებულებებს საკუთრების შინაარსის და ხელშეკრულების თავისუფლების შესახებ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 157-იდან მის მომდევნო და 278-ე მუხლებში.¹

მუხლი 3. დისპოზიციურობის პრინციპი

(1) მხარეები ხსნიან საქმის წარმოებას ამ კანონის ნორმების მიხედვით სარჩელისა და მოთხოვნის საფუძველზე. ისინი განსაზღვრავენ დავის საგანს და იღებენ გადაწყვეტილებებს სამართლებრივი საშუალებების გამოყენების შესახებ.

¹ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტის მუხლების ეს ნუმერაცია უკვე შეცვლილია და იგი არ ემთხვევა ავტორის მიერ მითითებულს (რედაქტორის შენიშვნა).

(2) მხარეებს შეუძლიათ, თუ კანონით სხვაგვარად არაა განსაზღვრული, დაასრულონ საქმის წარმოება მორიგებით; მათ შეუძლიათ განკარგონ უკვე გამოყენებული მოთხოვნა უარისა და აღიარების გზით.

მუხლი 4. შეჯიბრებითობის პრინციპი

(1) მხარეები განსაზღვრავენ, თუ რომელი ფაქტები უნდა იქნეს პროცესზე წარმოდგენილი და დაედოს საფუძვლად გადაწყვეტილებას. ისინი განსაზღვრავენ თავისი ქცევის მიხედვით მიღებული ფაქტების დამტკიცების აუცილებლობას.

(2) სასამართლოს შეუძლია მხოლოდ მხარეთა მიერ შემოთავაზებული მტკიცებულებების მიღება. მხარეთა მოთხოვნის გარეშე შეიძლება გაიცეს ბრძანება შემთხვევის ადგილის დათვალიერების გზით ან ექსპერტთა მეშვეობით მტკიცებულებების მოპოვების შესახებ.

(3) ჭეშმარიტების დადგენის და პროცესის ხელშეწყობის ვალდებულება (მუხლი 101) შეუკალია, ასევე ვალდებულება შემოწმდეს ოფიციალურად საპროცესო წინაპირობების არსებობა.

(4) საქმის წარმოებაში, რომელშიც კანონის ნორმების მიხედვით მოქმედებს ძიების პრინციპი, სასამართლო თავისი უფლებებიდან გამომდინარე (ოფიციალურად) იკვლევს საქმის ვითარებას.

სამოქალაქო კოდექსის პროექტის მსგავსად სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი ეკონომიკურად დაუცველთა და ინტელექტუალურად ჩამორჩენილთა დაცვის იდეას ცენტრალურ მნიშვნელობას ანიჭებს ორივე პროექტი ითავლისწინებს, რომ კერძო ავტონომია შეიცავს მისი ბოროტად გამოყენების საშიშროებას და იგი შეიძლება კიდევ გამოიყენონ ბოროტად როგორც საზოგადოებრივი ძალაუფლების ინსტრუმენტი, ისინი ევროგაერთიანების დაარსების ხელშეკრულების თანახმად მომხმარებელთა დაცვის მაღალ დონეს ესწრაფვიან (შეად. მუხ. 100-ა, პუნქტი 3 ევროგაერთიანების ხელშეკრულება) სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის ძირითად ნორმას წარმოადგენს 101-ე მუხლი.²

მუხლი 101

(1) სასამართლომ უნდა შეისწავლოს საქმის და დაცვის ვითარება მხარეებს შორის რეალური და სამართლებრივი კუთხით. მან ყურადღე-

² სამოქალაქო სამართლის საპროცესო კოდექსის პროექტის მუხლების ეს ნუმერაცია პირობითია და იგი შეიცვლება (რედაქტორის შენიშვნა).

ბა უნდა მიაქციოს იმას, რომ გამოუცდელი და უნიათო მონაწილენი არ დაზარალდნენ. სასამართლომ უნდა იმოქმედოს იმ მიმართულებით, რომ მხარეებმა სასამართლო დავის გადაწყვეტისათვის ყველა არსებულ ფაქტზე მისცენ განმარტებები, სადავო განცხადებებთან დაკავშირებით წარმოადგინონ მტკიცებულებები, საჭიროების მიხედვით შეავსონ მტკიცებულება და წამოაყენონ საქმისათვის სასარგებლო მოთხოვნები.

(2) სასამართლომ ყურადღება უნდა გაამახვილოს მოსაზრებებზე, რომლებიც საპროცესო წინაპირობებს ეხება. თუ ერთ მხარეს მხედველობიდან გამორჩა სამართლებრივი თვალსაზრისით მნიშვნელოვანი მოსაზრება, სასამართლომ მხარეს უნდა მიუთითოს ამ მოსაზრებაზე და მისცეს მათ აზრის გამოთქმის საშუალება.

ორივე პროექტს აქვს მთელი რიგი თანხედომისა და შეხების წერტილები/საპროცესო სამართლებრივი ცნებების ერთი წყებისათვის კერძო სამართალი განმსაზღვრელ სამართლებრივ წყაროს წარმოადგენს, უპირველეს ყოვლისა, სამოქალაქო ქმედუნარიანობის, პროცესუნარიანობისა და პროცესში წარმომადგენლობისათვის, კერძო სამართალი მოქმედებს ასევე სადავო საგნის, მატერიალური სამართლებრივი ძალის და მტკიცების ტვირთის პროცესულურ ცნებებზე/მატერიალურ და ფორმალურ სამართალს შორის მჭიდრო კავშირების გამო თავისთავად ცხადია, რომ საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო სამართლის ახალ კოდიფიკაციაზე მუშაობიდან გამომდინარე/შეიძლება წარმოიქმნას საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის ცვლილების სურვილი. აქ შემოგთავაზებთ წინადადებებს ექვსი ცვლილების შესახებ:

1. ქმედუნარიანობა და პროცესუნარიანობა

პროცესუნარიანობა წარმოადგენს საპროცესო ქმედუნარიანობას. ყველა ევროპული სამართლებრივი სისტემა იმ პრინციპიდან ამოდის, რომ მხარეები პროცესუნარიანნი არიან, თუ კი ისინი შეუზღუდავად ქმედუნარიანნი არიან/საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის პროექტის კონცეფციის 74-ე მუხლში მოცემულია შესაბამისი ნორმა. ზოგიერთი საპროცესო კანონი შეზღუდულად ქმედუნარიანებს გარკვეულ საქმეებთან დაკავშირებით ან ზოგიერთი პროცესისათვის პროცესუნარიანობას ანიჭებს. მაგრამ აქ შეიძლება უყურადღებოდ დავტოვოთ სპეციალური მოწესრიგებანი. საქმე ეხება მხოლოდ პრინციპს,

რომელიც პროცესუნარიანობას შეუზღუდავად ქმედუნარიანობასთან აკავშირებს,

ა) საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტის მიხედვით არ არსებობენ ქმედუნარო ფიზიკური პირობები. ბავშვი საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტის 47-ე, 49-ე მუხლების მიხედვით დაბადებიდან მოყოლებული 18 წლის შესრულებამდე შეზღუდულად ქმედუნარიანია, თუმცა კი ჩვილთათვის, ალბათ არაქმედუნარიანობა სწორი სამართლებრივი სტატუსი იქნებოდა, და ასევე იმ პირთათვის, რომელთაც სულით ავადმყოფობის გამო თავიანთი საქმეების გონივრული მართვა არ შეუძლიათ, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტის 49-ე და 55-ე მუხლები ითვალისწინებენ არა ქმედუნარობას, არამედ შეზღუდულ ქმედუნარიანობას. ეს მოწესრიგება ნაკლებ დამაჯერებლად მიმაჩნია, მაგრამ ვაღიარებ, რომ მისი გადატანა სამოქალაქო საპროცესო სამართალში არ ქმნის სირთულეებს, რადგან არა მხოლოდ ქმედუნარობა, არამედ შეზღუდული ქმედუნარიანობა პრინციპულად საპროცესო არაქმედუნარიანობას წარმოადგენს.

ბ) მიუღებელია საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტის 49-ე, 55-ე და 56-ე მუხლები საპროცესო სამართლის თვალსაზრისით. ევროპის სამოქალაქო კოდექსების უმეტესობა – მეურვეობისა და მზრუნველობის შესახებ კანონის ძალაში შესვლამდე გერმანიის სამოქალაქო კოდექსიც – სრულწლოვანებასთან მიმართებაში ქმედუნარიანობასთან დაკავშირებით ორ ალტერნატივას იცნობს: ფიზიკური არაქმედუნარიანობა (“incapaciti naturelle”, “mental incapacity”) გვაქვს, თუ პირი მისი გონებრივი მოღვაწეობის ავადმყოფური დარღვევის გამო მოკლებულია გონივრულ ნებათწარმოქმნის უნარს. არაქმედუნარიანობა სასამართლო გადაწყვეტილების ძალით დგინდება, თუ პიროვნება არაქმედუნარიანად ცხადდება ან მას მეურვეობა ენიშნება. გერმანულმა სამართალმა ამასობაში ამოიღო პირის აღიარება არაქმედუნარიანად სასამართლო გადაწყვეტილების ძალით; იგი მხოლოდ ფიზიკურ არაქმედუნარიანობას ცნობს.

გ) საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტი საპირისპირო გზას ადგას. იგი ითვალისწინებს, რომ სრულწლოვანი პირი, რომელსაც სულით ავადმყოფობის გამო არ ძალუძს თავისი საქმეების გონივრული მართვა, მეურვის დანიშვნის თაობაზე სასამართლოს გადაწყვეტილებით იზღუდება თავის ქმედუნარიანობაში. მეურვის დანიშვნით, როგორც ეს საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტის 56-ე მუხლიდან გამომდინარეობს, სულიერი მოშლის მდგომარეობაში მყოფ

3 ეს კონცეფცია სამოქალაქო კოდექსის ბოლო პროექტში შეიცვალა (რედაქტორის შენიშვნა).

პირთა მიერ დადებული გარიგებები დაუსრულებელი სახით ძალადაკარგულად ითვლება. ეს წესი, რომელიც უარს ამბობს ფიზიკურ არაქმედუნარიანობაზე ("incapaciti naturelle")-ზე და იგი მხოლოდ სასამართლო გადაწყვეტილებასთანაა დაკავშირებული, დამაჯერებლად ვერ გამოიყურება.

აა) ეს ნიშნავს, რომ მძიმე სულით ავადმყოფი, რომელსაც თავისი საქმეების მართვა გონივრულად არ შეუძლია, მეურვეობის დანიშვნამდე უნდა განვიხილოთ როგორც ქმედუნარიანი და ამით სამოქალაქო პროცესში მონაწილეობის უფლების მქონედ (პროცესუნარიანი). მან შეიძლება თავისი ქონების, მაგალითად, საბანკო ანგარიშის, შესახებ თავდაპირველად იურიდიული ძალის მქონე უაზრო განკარგულებები გასცეს და აზრს მოკლებული სამოქალაქო პროცესები წამოიწყოს.

ბბ) საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 56-ე მუხლში გათვალისწინებული შეზღუდული ქმედუნარიანობის უკუქმედება სხვადასხვა მიზეზთა გამო პრობლემებს არ ქმნის/მეურვეობა საქმის ბუნებიდან გამომდინარე შეიძლება მხოლოდ ცოცხალ პირს დაენიშნოს. თუ ალცჰაიმერის ავადმყოფობით დაავადებული პირი, რომელიც თავისი ქონების ერთ ნაწილს უაზრო განკარგვების წყალობით ანიავეს და დარჩენილ ნაწილზე უაზრო ანდერძს ადგენს, მეურვეობის დანიშვნამდე გარდაიცვლება, მაშინ ეს განკარგვები სამოქალაქო კოდექსის 55-ე და 56-ე მუხლების მიხედვით იურიდიული ძალის მქონედ მიიჩნევა/სულით ავადმყოფი, რომელსაც არ გააჩნია გონივრული ნებათწარმოქმნის უნარი, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტის 55-ე და 56-ე მუხლით არც მაშინაა საკმარისად დაცული, თუ მას დამატებით დაენიშნა მეურვეობა. მეურვეობის დანიშვნამდე ბანკიდან თანხების მოხსნით და პროცესის წამოწყებით წარმოიქმნება გამოუსწორებელი ზარალი. ეს საშიშროება ვერ იქნება უმნიშვნელო იმ მოსაზრებით, რომ თითქოსდა ბანკს ან სასამართლოს შეუძლია საქმის გაჭიანურება მეურვეობის დანიშვნის შესახებ გადაწყვეტილების მიღებამდე. ნამდვილად არ ბადებს ეჭვს, როცა ქმედუნარიანი და პროცესში მონაწილეობის უფლების მქონე პირი სამართლებრივ სახელმწიფოში უნდა განიხილებოდეს როგორც ქმედუნარიანი და პროცესში მონაწილეობის უფლების მქონე (პროცესუნარიანი), თუნდაც იგი ამ უნარს მალე კარგავდეს. დოგმატური თვალსაზრისით ასევე არასწორია, რომ გაურკვეველი რჩება შევა თუ არა ძალაში დაუმთავრებელი გარიგება მეურვეობის დანიშვნამდე და ამდენად ორმაგად დაუსრულებელი მდგომარეობა იქმნება.

არაქმედუნარიანობა, უმეტესად კი, შეზღუდული ქმედუნარიანობა,

სასამართლო გადაწყვეტილების გარეშე იწყება მაშინ, თუ შესაბამის პირს სულიერი აშლილობის გამო არ შეუძლია წარმართოს თავისი საქმეები გონივრულად. როცა მოწესრიგება უარყოფს ფიზიკური არაქმელუნარიანობის ფაქტს, ამას რაიმე უპირატესობა კი არ მოაქვს, არამედ მხოლოდ სირთულეებს ქმნის./

2. სესხის შემთხვევაში მოწმეთა ჩვენებების დაუშვებლობა

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტის/576-ე მუხლის მიხედვით სესხის შემთხვევაში მოწმეთა ჩვენება დაუშვებელია, მხარეები შეიძლება შეთანხმდნ წერილობით ფორმაზე. ამ წესიდან წინადადების მეორე ნახევარი ზედმეტია./ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტის 57-ე მუხლის მეორე წინადადება ზუსტად ადგენს, რომ მხარეებმა გარიგებისათვის, რომელიც არ ექვემდებარება კანონით დადგენილ ფორმალურ ნორმას, ხელშეკრულებით შეიძლება წამოაყენონ ფორმის მოთხოვნა. არ არსებობს საბაბი, რომ ეს ზოგადი წესი გამეორდეს საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 576-ე მუხლში. მაგრამ ასევე არსებობს ეჭვი წინადადების პირველ ნახევარში მოცემულ ნორმასთან დაკავშირებით, რომელიც მოწმეთა ჩვენების დაუშვებლობას ეხება.

ა) სისტემური თვალსაზრისით საპირისპირო აზრი უნდა გამოითქვას იმის თაობაზე, რომ მოწმის ჩვენების დაშვებადობა ან დაუშვებლობა წარმოადგენს არა მატერიალური სამართლის, არამედ საპროცესო სამართლის პრობლემას. წესები მტკიცებულების დაუშვებლობის თაობაზე შედის სამოქალაქო კოდექსში, არამედ სამოქალაქო საპროცესო კოდექსში. ის, რომ code civil სისტემურ მოსაზრებებს არ ითვალისწინებს, და მოწმის ჩვენებებს მატერიალურ სამართალში (მუხლი 1315-ე ff. c. c.) ზღუდავს, არ წარმოადგენს მიზეზს იმისათვის, რომ ახლად გამოცემულ კანონში სწორ სისტემურ კლასიფიკაციაზე ითქვას უარი;

ბ) (მაგრამ არც მოწმის ჩვენების დაუშვებლობა სესხის შემთხვევაში წარმოადგენს მთლად დამაჯერებელს./ არ არსებობს იმის გასამართლებელი მიზეზები, რომ ფრანგულ სამართალში მოქმედი ჩვენების დაუშვებლობა ყველა სახელშეკრულებო მოთხოვნასთან დაკავშირებით საქართველომ მხოლოდ სესხის შემთხვევისთვის გადმოიღოს. თუ A B-სგან მოითხოვს 500 ლარს იმის საფუძველზე, რომ მან B-ს ეს თანხა გადასცა A-ს ანგარიშზე შესატანად, მაშინ მოწმის ჩვენება დასაშვებია, მაგრამ თუ იგი თავის მოთხოვნას აფუძნებს მისი, როგორც სესხის დაბრუნებაზე, მაშინ მოწმის ჩვენება მიუღებელი ხდება. ეს კი უკვე გაუგებარია. მაგრამ არც მთლად სწორია, რომ საქართველოს სამოქალ-

ლაქო კოდექსის პროექტის 576-ე მუხლი უამრავ შეზღუდვას, რომელსაც ითვალისწინებს code civil მოწმის ჩვენების დაუშვებლობასთან დაკავშირებით, არ დაესესხა. ფრანგული სამართლის მიხედვით მოწმის ჩვენება დასაშვებია, როცა იწყება დოკუმენტის გამოყენება მტკიცებულების სახით, როცა ფიზიკური და მორალური მიზეზების გამო შეუძლებელია დოკუმენტის მტკიცებულების სახით გამოყენების უზრუნველყოფა, ან როცა უნდა დასაბუთდეს არაქმედუნარიანობა, მუქარა ან მოტყუება. ამდენად/მე გთავაზობთ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტის 576-ე მუხლის ამოღებას/ უნდა შეიზღუდოს თუ არა code civil-ის მაგალითზე მოწმის ჩვენების დასაშვებობა, სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის პროექტის თაობაზე გამართულ კონსულტაციებზე უნდა იქნეს განხილული და ეს საკითხი გადაწყდეს ყველა სახელშეკრულებო მოთხოვნასთან მიმართებაში ერთიანი ფორმით. თუ ფრანგულ წესებს დავესესხებით, მაშინ მთლიანად უნდა დავესესხოთ ამ წესებს ჩვენების დაუშვებლობის გამონაკლისების ჩათვლით.

3. დოკუმენტების წარდგენის მოვალეობის მოწესრიგება

საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის კონცეფცია გერმანული და ავსტრიული სამართლის შესაბამისად ამოდის იქიდან, რომ კითხვა/თუ როდის არსებობს დოკუმენტის გაცნობის და ნივთების დათვალიერებაზე ნებართვის გაცემის ვალდებულება, მატერიალურ სამართალშია მოსაწესრიგებელი. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტი ჯერაც არ შეიცავს ამგვარ ნორმას. მე გთავაზობთ 277-ე მუხლის ამგვარ შევსებას:

(2) ვისაც აქვს გამართლებული ინტერესი სხვის საკუთრებაში მყოფ დოკუმენტს გაეცნოს ან ნივთი დაათვალიეროს, შეუძლია მფლობელისაგან მოითხოვოს გაცნობის ან დათვალიერების ნებართვა, თუ ამას არ ეწინააღმდეგება მფლობელის ან მესამე პირის ინტერესები. თუ დოკუმენტი შედგენილია გაცნობის მსურველის ინტერესებში ან თუ ეს დოკუმენტი გაცნობის მსურველს და სხვა პირს შორის გარიგებას ეხება, მისთვის გარანტირებული უნდა იყოს დოკუმენტის ან ნივთის გაცნობის უფლება.

4. კანონიერი პროცენტული განაკვეთის დადგენა

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტი მიუთითებს ნორმე-

ბის ერთ წყებაზე, მაგალითად 329-ე და 349-ე მუხლებში, საპროცენტო განაკვეთზე, ასევე საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის პროექტის კონცეფციაში გამოხატულია გარკვეული პოზიცია პროცენტული განაკვეთის მიმართ. მაგრამ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტში ჯერაც არაა დადგენილი კანონიერი პროცენტული განაკვეთი. ეს ხარვეზი აუცილებლად უნდა გამოსწორდეს. ჩემთვის ამოსავალია ის, რომ საქართველოს ცენტრალური ბანკი სამოქალაქო კოდექსის ძალაში შესვლამდე დაარსდა და ჩამოყალიბდა, და ფულის ბაზარს იგი დისკონტის პროცენტის მიხედვით აწესრიგებს, – სწორი იქნებოდა შემდეგი წესი:

მუხლი 239

თუ კანონის ან ვარიგების მიხედვით ვალს უნდა დაერიცხოს პროცენტები, მაშინ საქართველოს ცენტრალურ ბანკს შესატყვისი დისკონტის პროცენტზე ორი პროცენტი, სულ მცირე ექვსი პროცენტი უნდა გადაუხადონ ერთი წლის მანძილზე, თუ სხვა რამ არაა დადგენილი.

5. მიწის ნაკვეთების აუქციონიდან იძულებითი გაყიდვა და იძულებითი მართვა (სეკვესტრაცია)

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტი 259-ე მუხლიდან 269-ე მუხლამდე შეიცავს მიწის ნაკვეთების აუქციონიდან იძულებითი გაყიდვის და იძულებითი მართვის მოწესრიგებას, ეს ფორმები 260-ე მუხლის მეორე აბზაცამდე ამოსაღებია.

ა) ამ შემოთავაზებულ წინადადებას სისტემური მიზეზები ამაგრებენ/იძულებითი აღსრულება სისტემური თვალსაზრისით მატერიალურ სამართალში კი არ შედის, არამედ საპროცესო სამართალში. იგი უნდა მოწესრიგდეს ან საპროცესო სამართლებრივი სპეციალური კანონით ან სამოქალაქო საპროცესო სამართლის კოდიფიკაციაში./ საქართველოსათვის უკანასკნელი გზა უკეთესი იქნება; მის სასარგებლოდ ლაპარაკობს მისწრაფება, მიიღოს შეძლებისდაგვარად მარტივი და გამჭვირვალე სახე საქართველოს პოსტკომუნისტურმა სამართალმა. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის პროექტის კონცეფცია შეიცავს მიწის ნაკვეთების აუქციონზე იძულებითი გაყიდვის და იძულებითი მართვის აწონ-დაწონილ და კომპეტენტურ მოწესრიგებას.

ბ) შინაარსობრივად მუხლები 259-დან 269-მდე არ შეესატყვისება წაყენებულ მოთხოვნებს. სრულიად გამორიცხულია, რომ იძულებითი აღსრულება (მიწის ნაკვეთებში) მხოლოდ 11 ნორმით მოწესრიგდეს. გერმანული კანონი მიწის ნაკვეთების აუქციონზე იძულებითი გაყიდვის და იძულებითი მართვის შესახებ შეიცავს 186 ნორმას, ავსტრიული მოწესრიგება – 160 ნორმას, არც ფრანგული კანონია ამაზე მოკლე. აუცილებელ ნორმათა ქვედა ზღვარი 60-დან 80-მდეა; მას შეესატყვისება “ფულადი მოთხოვნების გამო უძრავ ქონებაში აღსრულების” ნაწილი საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის პროექტის კონცეფციაში.

გ) საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტის 259-ე და მისი მომდევნო მუხლები, მხოლოდ 11 მუხლამდე შემცირების გამო, შეიცავენ ნაკლოვან და სუსტ მხარეებს. აქ მხოლოდ ზოგიერთზე შევჩერდებით:

– იძულებითი აღსრულება (მიწის ნაკვეთებში) ჩვეულებრივ საპროცესო სამართალში სასამართლო გზით მოპოვებული იძულებითი აღსრულების დოკუმენტის გარეშე, როგორც ამას ითვალისწინებს საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტის 259-ე მუხლის პირველი პუნქტი, სამართლებრივ სახელმწიფოსთან შეუთავსებლად მიმანია;

– იძულებითი აღსრულება მიწის ნაკვეთებში ხელმისაწვდომი უნდა იყოს არა მხოლოდ საიპოთეკო კრედიტორთათვის, არამედ სხვა კრედიტორებისთვისაც, მაგალითად, მატერიალური დახმარების მიმღებ პირთათვის ან დელიქტური ვალდებულებიდან გამომდინარე პრეტენზიის მქონე კრედიტორთათვის;

– სამართალდარღვევის წინააღმდეგ უძრავი ქონების აუქციონზე იძულებითი გაყიდვის თაობაზე განკარგულების ან მისი ჩატარების შემთხვევაში საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 259-ე მუხლი არ ითვალისწინებს სამართლებრივ საპროცესო საშუალებას; – უფლებები, რომელთაც უპირატესობა ენიჭებათ დავის მწარმოებელი კრედიტორის წინაშე და რომლებიც ამდენად ხანგრძლივი ვადით ინარჩუნებენ მოქმედების ძალას, უნდა ჩართონ “უმცირეს მოთხოვნებში” (ცნებებში), საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტის 259-ე მუხლი ამ მოწესრიგებას არ შეიცავს;

— რა ხდება, როცა “მყიდველი” არ იხდის, 259-ე მუხლის მიხედვით ღია რჩება;

— საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტის 266-ე მუხლის 3 პუნქტის საპირისპიროდ ჰიპოთეკის გვერდით სხვა შეზღუდული სანივთო უფლებები (უზუფრუქტი, სერვიტუტი) კარგავენ ძალას, თუ ისინი სასამართლო დავის წარმმართველი კრედიტორის უფლებას ჩამორჩებიან რანგის მიხედვით. უზუფრუქტის უფლება, რომელიც მიწის ნაკვეთის მფლობელმა ჰიპოთეკის შეტანის ან მიწის ნაკვეთების აუქციონით იძულებითი გაყიდვის შესახებ განკარგულების შემდეგ თავისი მეუღლისათვის მოითხოვა, არავითარ შემთხვევაში არ შეიძლება არსებობდეს.

6. სამედიატორო შეთანხმებანი

ა) საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტის 630-ე მუხლი განსაზღვრავს, რომ გადაზიდვის ხელშეკრულებაში შეიძლება სამედიატორო სასამართლოს კომპეტენცია განისაზღვროს მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ სამედიატორო სასამართლოს ევალება მომდევნო მუხლების ნორმა ზედმეტად მიმანია, მის სანაცვლოდ საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის პროექტის კონცეფცია ითვალისწინებს გაეროს მოდელური კანონის შესაბამისად 565-ე მუხლის მე-3 პუნქტში, რომ ყველა სანივთო (ქონებრივ) სამართლებრივი მოთხოვნა, მაშასადამე მოთხოვნები გადაზიდვის ხელშეკრულებიდან, შეიძლება სამედიატორო შეთანხმების საგანი გახდეს. არ არსებობს არანაირი აუცილებლობა გამეორდეს ეს ზოგადი ნორმები სამედიატორო ხელშეკრულებისათვის საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტის 630-ე მუხლში.

ბ) სამედიატორო შეთანხმებანი, რომელშიც მონაწილეობენ მომხმარებლები, საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 565-ე მუხლის მე-5 პუნქტის მიხედვით წერილობით ფორმას საჭიროებს. ეს სწორი წესები გადაზიდვის ხელშეკრულებაშიც მოქმედებს საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტის 630-ე მუხლი შესაძლოა, თუ იგი შესანარჩუნებელი იქნება, გაგებულ იქნეს ისე, რომ მას წერილობითი ფორმის მოთხოვნის გაუქმება სურს.

გ) საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 586-ე მუხლის პირველი პუნქტი გაეროს მოდელური კანონის თანახმად ადგენს, რომ სამედიატორო სასამართლომ დავა უნდა გადაწყვიტოს იმ სამართლის შესატყვისად, რომელსაც მხარეები ამ შემთხვევისათვის გამოსადეგად მიიჩნევენ რა თქმა უნდა, შეიძლება ვიკამათოთ იმის თაობაზე,

მკვეთრად უნდა შეიზღუდოს თუ არა სამედიცინო სასამართლო გარკვეული ხელშეკრულებების შემთხვევაში იმპერატიული დამცველი ნორმებით. მაგრამ ნაკლებად გასაგებია, თუ რატომაა გათვალისწინებული ეს წესი მხოლოდ გადაზიდვის ხელშეკრულებაში. სხვა ტიპის ხელშეკრულებებში, მაგ. საცხოვრებელი ფართის ქირავნობის ურთიერთობების დროს, დაცვის მოთხოვნა შეუდარებლად დიდია. ამდენად, ალბათ, საუკეთესო გამოსავალი იქნება, იმ ხელშეკრულებებთან მიმართებაში, რომელთა შემთხვევაშიც არსებობს სამედიცინო პროცედურის წინაპირობების ბოროტად გამოყენების საშიშროება, სამედიცინო შეთანხმებების აკრძალვა. ამდენად სწორი იქნებოდა, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 565-ე მუხლის მე-4 პუნქტი შემდეგნაირად ჩამოყალიბდეს:

(4) სამედიცინო შეთანხმებებს არ გააჩნიათ ძალა, თუ ისინი ეხება:

ა) სამართლებრივ დავებს საცხოვრებელი ფართის ქირავნობის ურთიერთობიდან გამომდინარე

ან

ბ) შრომის სამართლებრივ დავებს.)

ღ იგივე წესი გამოიყენება, თუ ერთმა მხარემ თავისი ეკონომიკური და სოციალური უპირატესობა გამოიყენა იმისათვის, აიძულოს მეორე მხარე, დადოს სამედიცინო ხელშეკრულება ან მიიღოს დებულებები, რომლებიც მას პროცესში, განსაკუთრებით მედიცინური მოსამართლეების არჩევის და აცილების თვალსაზრისით, უპირატესობას უქმნიდნენ.

7. დასკვნები

ბევრი რამ ლაპარაკობს იმაზე, რომ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 276-ე მუხლში გათვალისწინებული ჩამონათვალის წარმოება გადაცემული აქვთ სასამართლოებს, რომლებიც ახალი სამართლებრივი ნორმების ერთი წყებითაა გადატვირთული. სამართლებრივი მოწესრიგების დროს გათვალისწინებულ უნდა იქნეს ეს გადატვირთვა და შეზღუდვები, როცა საჭიროა ჩამონათვალში შეტანა, მინიმუმამდე უნდა შემცირდეს. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტი ამ თვალსაზრისს ჯეროვან ანგარიშს არ უწევს.

ა) იგი არ ითვალისწინებს გამჭირავებულთათვის გირავნობის კა-

ნონიერ უფლებას დამქირავებლის შეტანილ ნივთებზე. გამქირავებელი პრინციპში უნდა დათანხმდეს, თუ დამქირავებლის ერთადერთი დაგირა-
ვებადი ნივთი სხვა კრედიტორისათვის გირავებება ან აუქციონზე იტუ-
ლებითი გაყიდვით იყიდება. კანონიერი გამქირავებლის გირავენობის უფ-
ლების არარსებობა გამოიწვევს იმას, რომ მათი კავშირის ან ადვოკა-
ტის მიერ კონსულტირებული გამქირავებლები ახალი გაქირავების შემ-
თხვევაში წამოაყენებენ სარეგისტრაციო გირავენობის უფლებას და ამ-
გვარად წარმოქმნილი ხარჯები დამქირავებელს დაეკისრება. გამქირა-
ვებლის გირავენობის უფლების კანონიერი დაშვება, ჩემის აზრით, საუ-
კეთესო გადაწყვეტა იქნება.

ბ) პროექტის მიერ ჰიპოთეკის სასარგებლოდ და საჰიპოთეკო
ვადის საწინააღმდეგოდ გაკეთებული არჩევანი არასწორად მიმანჩნია.
ვეროპული ჰიპოთეკა, რომლის შემოღებაც ევროკავშირში ფართო დის-
კუსიის საგანია, სინამდვილეში წარმოადგენს არა ჰიპოთეკას, არამედ
საჰიპოთეკო ვალს გერმანული სამართლის მიხედვით. ასევე პროექტში
გათვალისწინებული უარი უძრავი ქონების გირაობაზე ეერ მარწმუნებს.
სამართლებრივი და ეკონომიკური ურთიერთობების ზედმეტ გართულე-
ბას და მწირი სამოსამართლო რესურსების განიავებას წარმოადგენს,
როდესაც კრედიტორის ყოველი თამასუქი, მაგალითად ხელახალი ფი-
ნანსირების პერიოდში, და უზრუნველმყოფელი მოთხოვნები ყოველი
ცვლილებებისას ჩამონათვალშია შესატანი.

ჩემს მიერ მოწოდებული კრიტიკული შენიშვნები ეხება საქართვე-
ლოს უზარმაზარი სამოქალაქო კოდექსის მხოლოდ რამდენიმე წესს.
ისინი შეძლებისდაგვარად აწონილ-დაწონილ და ძალზე უმნიშვნელო
შენიშვნებად ჩაითვლება, მაგრამ თუნდაც ეს შენიშვნები გამართლებუ-
ლად ჩაითვალოს, ეს ვერაფერს დააკლებს პროექტის მაღალ ღონეს.
მისი შემქმნელები, და უპირველესად სერგო ჯორბენამე მათ მიერ გაწე-
ული შრომისათვის მხოლოდ მადლობას და აღიარებას იმსახურებენ.

საქართველოს ახალ სამოქალაქო
საპროცესო კანონმდებლობაში
შეჯიბრებითობისა და
დისპოზიციურობის პრინციპთა
თანაფარდობის პრობლემა

ნანო ხოფერია
ასპირანტი (ბრემენის უნივერსიტეტი)

ფიზიკურ და იურიდიულ პირთა დარღვეული ან სადაო ქონებრივი ან პირადი არაქონებრივი უფლებების დაცვა ყველაზე სრულყოფილად უზრუნველყოფილია სასამართლოს მეშვეობით. ამ მიზნით სასამართლო თავის საქმიანობას ახორციელებს სამოქალაქო სამართლის საპროცესო ნორმების შესაბამისად. ამ ნორმებით განმტკიცებულია ზოგადი სახელმძღვანელო დებულებები, რომლებზედაც აგებულია სამოქალაქო საპროცესო სამართალი მთლიანად და რომლებიც სამოქალაქო საპროცესო სამართლის პრინციპებს წარმოადგენენ (თ. ლილუაშვილი “სამოქალაქო სამართლის პროცესი“).

სამოქალაქო საპროცესო სამართლის პრინციპებს შორის განსაკუთრებულ ყურადღებას იმსახურებს დისპოზიციურობისა და შეჯიბრებითობის პრინციპი. დისპოზიციურობის პრინციპი მხარეებს ანიჭებს თავისუფლებას განკარგონ თავიანთი მატერიალური და საპროცესო უფლებები. შეჯიბრებითობის პრინციპის თანახმად კი, საქმეში მონაწილე მხარეებს უფლება აქვთ წამოაყენონ სასამართლოს წინაშე თავიანთი მოსაზრებანი და წარუდგინონ სასამართლოს მასალები ამ მოსაზრებათა დასადასტურებლად/ეი. ორივე პრინციპი წარმოადგენს პროცესში მონაწილე მხარეების თვითინიციატივის გაფართოების გარანტიებს; ამიტომ საქართველოში თავისუფალი მეწარმეობის განვითარების პირობებში დაუყონებლივ საჭიროა ამ ორი პრინციპისადმი ახლებური მიდგომა მსოფლიოში მოქმედი თანამედროვე საპროცესო კანონმდებლობის ანალიზის საფუძველზე.

სამოქალაქო საპროცესო კანონმდებლობის თანახმად “ყოველ დაინტერესებულ პირს უფლება აქვს კანონით დადგენილი წესით მიმართოს სასამართლოს დარღვეული ან სადავო უფლებების, ან კანონით დაცული ინტერესების დასაცავად (მუხლი 3). ეს კი სწორედ დისპოზი-

ციურობის პრინციპის გამოვლენას წარმოადგენს. იგივე დისპოზიციურობის პრინციპის კონკრეტული გამოვლინებაა აგრეთვე მოსარჩელის უფლება უარი თქვას მის მიერ აღძრულ სარჩელზე, მოპასუხის უფლება ცნოს, აღიაროს სარჩელი, მხარეთა უფლება - საქმე დაამთავრონ სასამართლოში მორიგებით და ა.შ./თუმცა აქვე უნდა აღინიშნოს სასამართლოს მხრიდან მხარეთა მატერიალური და საპროცესო უფლებების თავიანთი შეხედულებისამებრ განკარგვის სფეროში გარკვეული ჩარევაც. ანალოგიურ შემთხვევასთან გვაქვს საქმე, როდესაც შეეჯიბრებითობის პრინციპის გამოყენება ხდება.

შეეჯიბრებითობის პრინციპი გამოხატულებას ჰიულობს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 52-ე მუხლში: “თითოეულმა მხარემ უნდა დაამტკიცოს ის გარემოებანი, რომლებზედაც იგი ამყარებს თავის მოთხოვნებსა და შესაგებელს”. მაგრამ ამავე მუხლში გვხვდება ამ პრინციპიდან გადახვევა. კერძოდ, კი მე-2 ნაწილში მითითებულია, რომ წარდგენილი მტკიცებულებები საკმარისი არ არის; სასამართლო მხარეებსა და საქმეში მონაწილე სხვა პირებს წინადადებას აძლევს წარმოადგინონ დამატებითი მტკიცებულებები ან კრებს მათ თავისი ინიციატივით. მე-11 მუხლის თანახმად კი სასამართლო მოვალეა არ დასჯერდეს წარმოდგენილ მასალებსა და ახსნა-განმარტებებს და მიიღოს კანონით გათვალისწინებული ყველა ზომა, რათა ყოველმხრივ, სრულად და ობიექტურად გამოარკვიოს საქმის ნამდვილი გარემოებანი და მხარეთა უფლებამოვალეობანი. სასამართლომ უნდა განუმარტოს საქმეში მონაწილე პირებს მათი უფლება-მოვალეობანი, გააფრთხილოს საპროცესო მოქმედების შესრულების ან შეუსრულებლობის შედეგების შესახებ და დაეხმაროს საქმეში მონაწილე პირებს მათი უფლებების განხორციელებაში. ყოველივე ამით კი სასამართლო აშკარად ზღუდავს მხარეთა ნების ავტონომიას და თვითინიციატივას. ამიტომ სამართლიანად მიგვაჩნია შენიშვნა იმის თაობაზე, რომ სამოქალაქო საპროცესო სამართლის ეს პრინციპი შეიცავს საგამოძიებო-სამძებრო პროცესის საწყისებს, რაც ცალკე პრინციპად შეიძლება ჩამოვაცალიბოთ, როგორც სამძებრო პრინციპი ანუ ე.წ. Inquisitions-maxime, რასაც ასე ფართო გამოყენება ჰქონდა საბჭოთა სამოქალაქო საპროცესო კანონმდებლობის მიხედვით სასამართლო პრაქტიკაში.

სამოქალაქო პროცესში მხარეთა მატერიალურ-სამართლებრივი ბატონობა წამყვანი იდეაა. თვით მხარის კერძო უფლებაა განახორციელოს ან უარი თქვას მის უფლებამოსილებაზე. სახელმწიფო არ შეიძლება დაინტერესებული იყოს იმაში, რომ გამჭირავებელმა ფული მიიღოს დამჭირავებლისაგან ან რომ ავტორმა გამომცემლობისაგან მიიღოს

პონორარი გამოქვეყნებული პუბლიკაციისათვის ან განახორციელოს ეს მოქმედება უფასოდ; ან რომ გამსესხებელმა დაიბრუნოს თანხა მოვალისაგან (Ваковский "Учебник гражданского процесса" 1917 г). სასამართლოს შეიძლება უფლება ჰქონდეს მხოლოდ გარკვეულ ფარგლებში ჩაერიოს ამ პროცესში, ამ ფარგლების შემოსაზღვრის დადგენა კი სწორედ ერთ-ერთი საკითხთაგანია, რაც ახალი სამოქალაქო საპროცესო კანონმდებლობის შეფუძავების დროს უნდა იქნეს გათვალისწინებული.

გერმანიის ტექნიკური თანამშრომლობის საზოგადოების (GTZ) შეკვეთით პროფესორ ჰელმუტ ჰაინრიხსის მიერ მომზადებულ საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის პროექტში პროცესის ამ ორ პრინციპს სპეციალური მუხლები ეთმობა. კერძოდ, მუხლი 3 იწოდება როგორც დისპოზიციურობის პრინციპი, ხოლო მუხლი 4, როგორც შეჯიბრებითობის პრინციპი. სამართლის პრინციპთა ცნების ცალკე ნორმად ჩამოყალიბება უცხვა სამოქალაქო საპროცესო სამართალში. საზღვარგარეთის ქვეყნების სამოქალაქო საპროცესო სამართლის კანონმდებლობაში ამ პრინციპთა შინაარსი სხვადასხვა ნორმებითაა განმტკიცებული. თუ გერმანიის სამოქალაქო საპროცესო კანონმდებლობას გადავხედავთ, მთელ რიგ ნორმებში პოულობს ასახვას ეს პრინციპები. მაგალითად მუხლი 306-ის მიხედვით მოსარჩელეს უფლება აქვს უარი თქვას სარჩელზე; მუხლი 307 - მოპასუხის უფლება ცნოს სარჩელი; მუხლი 308 - სასამართლოს უფლება არა აქვს მიუთითოს იმ გარემოებებზე, რაც მხარეებს არ წარუდგენიათ; მუხლი 269 - მოსარჩელის უფლება გამოითხოვოს სარჩელი ან საკასაციო საჩივარი (მუხლი 515); მხარეებს უფლება აქვთ უარი თქვან მათ მიერ წარდგენილ ფაქტიურ გარემოებებზე (მუხ. 514, 566) და ა.შ.

მხარეთა მიერ ნების ავტონომიის განხორციელების პრინციპთა ასეთივე ასახვა გვხვდება საფრანგეთის კანონმდებლობაში, თუმცა სასამართლოს აქ ჩარევის მეტი შესაძლებლობა აქვს მინიჭებული. კერძოდ, სასამართლო უფლებამოსილია უწყებრივი დოკუმენტები მისი მოვალეობისამებრ ნებისმიერ მომენტში გამოითხოვოს. ფრანგული სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის (NCPC) მუხლი 8 მიხედვით, მოსამართლეს შეუძლია მხარეებს მოსთხოვოს საქმისათვის აუცილებელი მასალების წარდგენა, თუ ისინი დავის გადასაწყვეტად ძირეული მნიშვნელობისანი არიან. მაგრამ აქ საუბარია მოსამართლის შესაძლებლობაზე და არა ვალდებულებაზე.

ავსტრიის სამოქალაქო საპროცესო კანონმდებლობაში სარჩელის და მტკიცებულებების წარდგენა მხარეთა უფლება-მოვალეობაა. ასევე, მხარეებს შეუძლიათ დავის საგანზე დისპონირება. მხარეთა უფლებამო-

სიღებაა სარჩელის შეცვლა (მუხლი 235), უკან გამოთხოვა (მუხლი 237), უარის თქმა (მუხლი 394), აღიარება (მუხლი 395) და ა.შ. ავსტრიული სამოქალაქო საპროცესო კანონმდებლობით გამოკვეთილია დისპოზიციურობისა და შეჯიბრებითობის პრინციპი. თუმცა მასში ამავე დროს ე.წ. სამძებრო პროცესის ელემენტებიცაა ჩამოყალიბებული. სასამართლო ჩარევის ფარგლები აქ გაცილებით ფართოა, ვიდრე გერმანულ საპროცესო კანონმდებლობაში. ამაზე მიუთითებს ავსტრიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 182-ე მუხლის 1-ლი ნაწილი, რომლის მიხედვითაც მოსამართლეს შეუძლია შეკითხვის ან სხვა სახით საქმის გარემოებებზე ობიექტური ჭეშმარიტების დადგენა, მოვალეობის გამო მტკიცებულებათა გამოთხოვა. ავსტრიის სამოქალაქო საპროცესო კანონმდებლობით ორი ურთიერთსაწინააღმდეგო პრინციპია გამოხატული, მაგრამ აქვე უნდა შევნიშნოთ, რომ ე.წ. სამძებრო პრინციპის გამოყენების სფერო აქ ისე ფართო არ არის, როგორც საბჭოთა სამოქალაქო პროცესში.

ანგლო-ამერიკული სამართალი სრულიად განსხვავებულად წარმოგვიდგენს თვითინიციატივას სამოქალაქო პროცესში. აქ ძირითადი მნიშვნელობა ენიჭება ადვოკატის როლს. საქმის ბედი შეიძლება სწორედ მხარეთა მიერ არჩეულ ადვოკატზე იყოს დამოკიდებული. ამდენად აქ მხარეთა (ან მათ წარმომადგენელთა) ტოტალურ ბატონობას აქვს ადგილი, სადაც მოსამართლე მხოლოდ არბიტრის როლში გვევლინება, ამრიგად, შეჯიბრებითობისა და დისპოზიციურობის პრინციპების მიხედვით სასამართლოსა და მხარეთა შორის როლების განაწილება საზღვარგარეთის ქვეყნების სამოქალაქო საპროცესო კანონმდებლობაში სხვადასხვანაირადაა წარმოდგენილი. ამიტომ დასავლეთის ქვეყნების სამოქალაქო საპროცესო სამართლის მეცნიერებაში გარკვეული ყურადღება ეთმობა დისპოზიციურობისა და შეჯიბრებითობის პრინციპთა არსის თანაფარდობის და პროცესის პრინციპთა სისტემაში მათი ადგილის გარკვევას.

გერმანულ სამოქალაქო საპროცესო ლიტერატურაში ამ ორ პრინციპთან მიმართებაში შემოტანილია ახალი პრინციპი "Beibringungsgrundsatz" ეს ტერმინი გერმანულ საპროცესო სამართლის მეცნიერებაში დიდ აზრთა სხვადასხვაობას იწვევს. ზოგიერთი ავტორი მას სრულეობით არ ცნობს, როგორც პროცესის პრინციპს და საუბარი აქვს მხოლოდ დისპოზიციურობისა და შეჯიბრებითობის პრინციპზე (J. Baumann "Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Zivilprozessrechts" 1979) სამოქალაქო საპროცესო სამართლის სახელმძღვანელოში პროფესორი იაუერინგი როდესაც საუბრობს შეჯიბრებითობის პრინციპზე, მიუთითებს,

რომ ეს პრინციპი გვხვდება სხვადასხვა სახელწოდებით. მაგალითად, როგორც შეჯიბრებითობის საფუძველი (Verhandlungsgrundsatz), როგორც ე.წ. "Beibringungsgrundsatz" ან როგორც "მხარეთა პრინციპი" – Parteilichkeit (O. Jauernig "Zivilprozessrecht", 1993). პროფესორი როზენბერგი თავის სახელმძღვანელოში "სამოქალაქო საპროცესო სამართალი "Beibringungsgrundsatz" ცალკე პრინციპად არ გამოყოფს და შეჯიბრებითობის პრინციპის სინონიმად თელის (Rosenberg-Schwab "Zivilprozessrecht", 1981). ასევე შეჯიბრებითობისა და დისპოზიციურობის პრინციპთა სინონიმად აქვს მიჩნეული ტერმინი "Beibringungsgrundsatz" მიულერს (Müller "Zivilprozess Erkenntnisverfahren"). პროფესორი კნიში კი დისპოზიციურობის პრინციპს და ე.წ. "Beibringungsgrundsatz" თელის შეჯიბრებითობის პრინციპის შემადგენელ ნაწილებად (Kniesch "Grundriss des gerichtsverfahrensrechts"). გიუნტერ ცეტელი მთელ სახელმძღვანელოს უძღვინის ამ პრინციპს და მისი ადგილისა და როლის განსაკუთრებულ მნიშვნელობაზე მიუთითებს საპროცესო სამართალში (G. Zittel "Der Beibringungsgrundsatz").

ჩვენში დღემდე არსებულ სამოქალაქო საპროცესო სამართალში ეს ტერმინი საერთოდ არ გვხვდება. იურიდიულ ლექსიკონში იგი ითარგმნება, როგორც "პრინციპი, რომლის თანახმადაც მხარეები გადაწყვეტენ საკითხს იმის შესახებ, თუ რა სახის მტკიცებულებანი უნდა იქნეს წარდგენილი სასამართლოში და თუ რომელ მათგანს გააჩნია მტკიცებულებითი ძალა" (Немецко-Русский юридический словарь) თუ შევეცდებით ეს ტერმინი ქართულ სამოქალაქო საპროცესო სამართალში დავამკვიდროთ, მაშინ/იგი შეიძლება ჩამოყალიბდეს, როგორც მხარეთა მიერ მტკიცებულებათა წარდგენის თვითინიციატივის პრინციპი./ამასთანავე საჭიროა მისი ადგილის გარკვევა დისპოზიციურობისა და შეჯიბრებითობის პრინციპებს შორის.

დისპოზიციურობის პრინციპით მხარეებს თავისუფლად შეუძლიათ განკარგონ თავიანთი მატერიალური და საპროცესო უფლებები. კერძოდ, სასამართლოში საქმე აწარმოონ სარჩელის წარდგენით და საკასაციო საჩივრის შეტანით ზემდგომ ინსტანციაში; შეცვალონ სარჩელის საფუძველი ან საგანი; შეამცირონ ან გაზარდონ სასარჩელო მოთხოვნები ან უარი თქვან სარჩელზე; ცნონ სარჩელი ან კიდევ საქმე შეიძლება დაამთავრონ მორიგებით.

შეჯიბრებითობის პრინციპის თანახმად, პროცესში მონაწილე მხარეებს ერთის მხრივ უფლება აქვთ წამოაყენონ სასამართლოს წინაშე თავიანთი მოსაზრებანი, ე.ი. განახორციელონ თავიანთი მატერიალურ-საპროცესო უფლებამოსილებანი (რაც დისპოზიციურობის პრინციპის

შინაარს შეადგენს) და მეორეს მხრივ, წარუდგინონ სასამართლოს მასალები ამ მოსაზრებათა დასადასტურებლად (ე.ი. მხარეთა მიერ მტკიცებულებების წარდგენის თვითინიციატივა).

ყოველივე ზემოაღნიშნული აშკარად მიუთითებს იმაზე, რომ შეჯიბრებითობის პრინციპი მოიცავს როგორც დისპოზიციურობის პრინციპის ელემენტებს, ისე მხარეთა მიერ მტკიცებულებათა წარდგენის თვითინიციატივის პრინციპის ელემენტებსაც. ამიტომ საქართველოს ახალ სამოქალაქო საპროცესო სამართალში მიზანშეწონილად მიგვაჩნია დისპოზიციურობის პრინციპის არა დამოუკიდებელი სახით ჩამოყალიბება, არამედ როგორც შეჯიბრებითობის პრინციპის შემადგენელ ნაწილად მოხსენიება თვით “Beibringungsgrundsatz”-თან ერთად.

Der Mandatsvertrag zwischen dem Rechtssuchenden und dem Rechtsanwalt

Dr. Rudolf Lauda
Frankfurt/M

Der Rechtsanwalt übt seinen Beruf aufgrund eines mit seinen Mandanten abgeschlossenen Vertrages aus. Diese zivilrechtliche Grundlage schließt jede Mitwirkung an der Vermittlung des Mandatsverhältnisses durch ein Anwaltskollegium oder eine sonstige justiznahe Einrichtung aus. Der Anwaltsvertrag kommt dadurch zustande, daß er Mandant dem Anwalt einen Auftrag erteilt und dieser den Auftrag annimmt. Dabei ist der Rechtssuchende frei, sich einen Anwalt seiner Wahl und der zu suchen und der Rechtsanwalt ist frei, die Übernahme des angetragenen Mandats abzulehnen. Die Rahmenbedingungen eines solchen Mandatsvertrages ergeben sich aus dem Obligationenrecht des Entwurfs der Gesetzgebungskommission Georgiens zum Zivilgesetzbuch (unten 1.) Eine Konkretisierung der inhaltlichen Pflichten erfolgt durch die Regeln, wie sie in dem Entwurf zu einem Gesetz über die Rechtsanwaltschaft vorgesehen sind (unten 2.).

1. Die vertragsrechtliche Beziehung

Ist der Mandatsvertrag ein Rechtsgeschäft im Sinne der Art. 34 ff des Entwurfes zum Zivilgesetzbuch die siebenten Artikel sind dem georgischen Entwurf des Zivilgesetzbuches in der Fassung von Dezember 1995 entnommen, so ist damit noch nicht die Frage nach der Rechtsnatur des Anwaltsvertrages entschieden. In Betracht kommen ein Dienstleistungsvertrag i.S. des Art. 640 des Entwurfes eines Zivilgesetzbuches (a). Die jeweilige Einordnung führt nach dem Zivilgesetzbuch zu unterschiedlichen Rechtsfolgen (b).

a) das Mandat als Dienst - oder Auftragsverhältnis?

Die lateinische Herkunft des Mandatsbegriffes scheint die Annahme eines Auftragsverhältnisses nahezu legen. Der Rechtsanwalt wird durch den Rechtssuchenden mandatiert, d. h., er hat i. S.d Art. 640 des Entwurfs für das Zivilgesetzbuch "ein ihm übertragenes Geschäft zu besorgen" Die typische Auftragsituation, daß der Beauftragte eine dem Auftraggeber obliegende

wirtschaftliche Tätigkeit in dessen Interesse wahrnimmt, trifft auch auf die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Auftraggebers durch den Rechtsanwalt zu. Der Rechtsanwalt als Geschäftsbesorger übt die Tätigkeit in fremdem Interesse aus, d. h., seine Tätigkeit ist gerichtet auf solche Geschäfte, für die der ursprüngliche Geschäftsherr eigentlich selbst in Wahrnehmung seiner eigenen Vermögensinteressen zu sorgen hätte. In diesen Fällen wird der Anwalt z.B. beauftragt, für den Mandanten Vertragsverhandlungen mit der Gegenseite oder einen Prozeß bei Gericht zu führen.

Solche Tätigkeiten, die im Rahmen eines Auftrages für einen anderen zu leisten sind, unterscheiden sich von den Tätigkeiten, die im Rahmen eines Dienstleistungsverhältnisses an einen anderen zu leisten sind. Der Dienstleistungserbringer i. S. des Art. 577 des Zivilgesetzbuches ist nur zur "Erbringung der vereinbarten Leistung" verpflichtet. Er entwickelt also nicht eine Tätigkeit, die Vermögens- oder Rechtsinteressen des Dienstberechtigten nach außen wahrnimmt, sondern er erbringt diesem lediglich eine Beratungsleistung, mit der dieser dann seinerseits selbst entscheiden kann, wie er sich in der eigenen Wahrnehmung seiner Vermögensinteressen verhalten will. Auch diese Form anwaltlicher Beratungsleistung kommt in der Praxis häufig vor, wenn der Mandant vom Anwalt z. B. eine rechtliche Begutachtung verlangt, oder den Entwurf eines Vertrages. Der Mandant will dann von dieser Beratungsleistung sein eigenes zukünftiges Verhalten abhängig machen. Es gibt keine grundsätzlichen Bedenken, wegen der Selbständigkeit des Rechtsanwalts oder der gehobenen eigenverantwortlichen Tätigkeit des Rechtsanwalts auch die Möglichkeit des Dienstvertrages anzunehmen. Ein Dienstleistungsverhältnis kann eben auch dann vorliegen, wenn i. S. d. Art. 584 II "Dienste höherer Art" zu leisten sind, "die aufgrund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen".

Da beide Formen der Beratungstätigkeit möglich sind, hängt es von der Würdigung des konkreten Einzelfalles ab, ob ein Dienst- oder ein Auftragsverhältnis vorliegt.

b. Unterschiedliche Rechtsfolgen beider Vertragstypen

Nach dem Zivilgesetzbuch ergibt sich die Notwendigkeit der Einordnung des Anwaltsvertrages daraus, daß beide Vertragstypen gerade im Hinblick auf die spezifischen Belange des Mandatsvertrages erhebliche Unterschiede in den Rechtsfolgen aufweisen:

- Der Rechtsanwalt als Beauftragter hat gemäß Art. 642 des Entwurfs des Zivilgesetzbuches in der Regel den Auftrag persönlich zu erfüllen, es sei denn die Parteien haben eine Delegierungsmöglichkeit vereinbart. Dagegen ist für den Rechtsanwalt im Dienstleistungsrecht umgekehrt die persönliche Leistungspflicht gemäß Art. 580 des Zivilgesetzbuches nur dann gegeben, wenn sich dies aus den Umständen oder der Natur des Dienstleistungsverhältnisses ergibt. Hier wäre

die Frage zu beantworten, ob es nicht bereits der Natur des Anwaltsvertrages entspricht, daß aufgrund des besonderen in Anspruch genommenen Vertrauens in einen bestimmten Anwalt, in dessen Persönlichkeit und Fähigkeiten, dieser auch im Dienstleistungsbereich zur persönlichen Leistung verpflichtet wäre. Über diese Argumentation wäre noch ein Gleichlauf zwischen beiden Vertragstypen herstellbar.

- Nicht mehr gleichlaufend sind beide Verträge bezüglich der Pflicht des Beauftragten gemäß Art. 643, die Weisungen des Geschäftsherrn zu befolgen. dieses Weisungsrecht macht trotz der Selbständigkeit des Beauftragten Sinn, weil es schließlich um die Interessen des Mandanten geht, die der Rechtsanwalt nur für den Mandanten besorgt und weil dieser weiterhin Herr des Geschäfts auch während dessen Ausführung bleiben muß. Ein solches Weisungsrecht ist im Dienstleistungsrecht nicht denkbar, da es dort dem Dienstberechtigten nur darauf ankommen kann, das erfolgreiche Dienstleistungsergebnis entgegenzunehmen um danach die Verwertbarkeit für seine eigenen Interessen selbst zu prüfen.

- Ein weiterer Unterschied beider Vertragstypen unter dem Blickwinkel des Anwaltsvertrags ergibt sich aus der Pflicht des Beauftragten gemäß Art. 644 Zivilgesetzbuch, dem Mandanten als Geschäftsherrn die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand der Erfüllung der vertraglichen Aufgabe Auskunft zu erteilen und nach ihrer Ausführung Rechenschaft abzulegen. Diese Pflichten sind typisch für den Fall, daß ein Geschäft im Interesse eines anderen für diesen erledigt wird. Im Dienstleistungsrecht ist es ausreichend, daß der Anwalt sein Beratungsergebnis vorlegt, ohne daß er über die Schritte bis dorthin im Einzelnen Auskunft geben muß.

- Für den Anwaltsvertrag wesentlich ist die in Art. 645 Zivilgesetzbuch für den Beauftragten verankerte Verschwiegenheitspflicht des Anwalts über die im Rahmen seiner Tätigkeit bekanntgewordenen Tatsachen. Eine angemessene Rechtsvertretung setzt voraus, daß der Mandant offen mit seinem Anwalt reden und dabei darauf vertrauen kann, daß die Informationen beim Anwalt ebenso gut aufbewahrt sind wie bei ihm selbst. Eine solche Regelung der Verschwiegenheitspflicht existiert im Dienstleistungsrecht nicht.

- Wenn der Anwalt im Rahmen eines Auftragsverhältnisses Aufwendungen machen muß (z. B. Gerichtskostenvorschüsse, Reisekosten), so erhält er diese von dem Mandanten gemäß Art. 648 Zivilgesetzbuch zurück, wenn er sie nach den Umständen für erforderlich halten durfte. Dem Dienstleistungsrecht ist eine solche Regelung fremd, da vom Dienstleister erwartet wird, daß er seine voraussichtlichen Aufwendungen im Preis einkalkuliert und nur diese vereinbarte Vergütung erhält.

- Ein Gleichklang beider Vertragstypen hinsichtlich der Kündigungsmöglichkeiten wird durch die Verweisungsnorm des Art. 651 Zivilgesetzbuch

hergestellt, wonach das Recht zur Kündigung für die Parteien des Auftragsverhältnisses sich nach den Vorschriften für die Kündigung der Dienstleistung richtet. Da es sich bei der anwaltlichen Leistung um einen Dienst höherer Art handelt, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegt, ist gemäß Art. 584 Abs. 2 von einer jederzeit zulässigen Kündigungsmöglichkeit auszugehen. Diese Verweisung stellt die einzige Brücke zwischen Auftragsrecht und Dienstleistungsrecht her, beschränkt sich aber ausschließlich auf das Kündigungsrecht und die Kündigungsfolgen.

Im Ergebnis ist davon auszugehen, daß aufgrund möglicher Unterschiede im Umfang der Bevollmächtigung und der Art des Auftrags durch den Mandanten der Mandatsvertrag entweder ein Dienstvertrag oder ein Auftragsverhältnis sein kann. Aus dem Zivilgesetzbuch ergibt sich daraus, daß bis auf die Kündigungsrechte und Kündigungsfolgen völlig unterschiedliche Gestaltungen des Verhältnisses möglich sind, obwohl es sich doch in beiden Situationen um das gleiche Anwalts/Mandanten-Verhältnishandelt. So erscheint z.B. unbefriedigend, daß der Anwalt als Dienstleisternicht einer gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht unterliegen könnte. Es erhebt sich daher die Frage, ob sich insoweit eine vereinheitlichende Wirkung für das Vertragsrecht ergeben könnte, wenn man sich außerhalb des Zivilgesetzbuches die Vorschriften des Anwaltsgesetzes anschaut.

2. Pflichten des Rechtsanwalts im Anwaltsgesetz

Der Vergleich der beiden für den Anwaltsvertrag in Betracht kommenden Vertragstypen ließ bereits erkennen, daß von den Rechtsfolgen her das Auftragsverhältnis besser paßt als der anderer Qualität als andere gewerbliche Dienstleistungen. Wenn der Rechtsanwalt gemäß Art.1 des jetzigen Entwurfs eines Gesetzes über die Rechtsanwaltschaft der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten und damit Teilnehmer der Rechtspflege ist, dann versorgt seine Beratungsleistung ein elementares Grundbedürfnis der Rechtssuchenden. Um dem Rechtssuchenden den Zugang zum Recht zu gewährleisten, entwirft das Rechtsanwaltsgesetz nicht nur ein berufsethisches Bild vom Anwaltsberuf, sondern formuliert auch einen handhabbaren Katalog von Berufspflichten (a.), die voraussichtlich durch die Rechtsprechung und die Satzung des Anwaltskollegiums in den Mandatsvertrag einbezogen werden müssen (b.)

a. Berufsrechtliche Pflichten des Rechtsanwalts

Das Rechtsanwaltsgesetz soll nach dem jetzigen Entwurf in Art.17 1 zunächst eine Generalklausel zu den allgemeinen Berufspflichten enthalten. Danach ist der Rechtsanwalt verpflichtet, seinen Beruf gewissenhaft und unter

Anwendung aller Möglichkeiten des Rechts und der Anwaltsethik im Interesse des Rechtssuchenden auszuüben” Diese Formulierung ist natürlich ausfüllungsbedürftig (s. unten b.) Das Anwaltsgesetz nimmt auch eine weitergehende Spezifizierung bestimmter anwaltlicher Pflichten wie folgt vor:

- Der Rechtsanwalt darf keine Bindungen eingehen, die seine berufliche Unabhängigkeit gefährden.

- Der Rechtsanwalt ist zu Verschwiegenheit verpflichtet. Diese Pflicht bezieht sich auf alles, was ihm in Ausübung seines Berufes bekannt geworden ist und was nicht offenkundig ist.

- Der Rechtsanwalt darf sich bei seiner Berufsausübung nicht unsachlich verhalten. Unsachlich ist insbesondere ein Verhalten, bei dem es sich um die bewußte Verbreitung von Unwahrheit oder solche herabsetzenden Äußerungen handelt, zu denen andere Beteiligte oder der Verfahrensablauf keinen Anlaß gegeben haben.

- Der Rechtsanwalt darf keine widerstreitenden Interessen vertreten.

Der Rechtsanwalt darf nicht tätig werden, wenn er in derselben Rechtssache bereits als Richter, Schiedsrichter, Staatsanwalt, Beamter, Notar oder einem ähnlichen Amtsverhältnis tätig war.

- Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, eine Vertretung oder eine Verteidigung zu übernehmen, wenn er nach Vorschriften über Prozeßkostenhilfe oder Pflichtverteidigung als Beistand bestellt wird.

- Der Rechtsanwalt muß durch das Anlegen von Handakten ein geordnetes Bild über die von ihm entfaltete Tätigkeit geben können. Er hat die Handakten auf die Dauer von fünf Jahren aufzubewahren.

Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, eine Berufshaftpflichtversicherung zur Deckung der sich aus seiner Berufstätigkeit ergebenden Haftpflichtgefahren für Vermögensschäden abzuschließen und die Versicherung während der Dauer seiner Zulassung aufrechtzuerhalten.

- Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, sich fortzubilden.

Persönlich würde ich auch noch eine zusätzliche Regelung zu den dem Anwalt anvertrauten Vermögenswerten vorschlagen: “ Der Rechtsanwalt ist bei der Behandlung der ihm anvertrauten Vermögenswerte zu der erforderlichen Sorgfalt verpflichtet. Fremde Gelder sind unverzüglich an den Empfangsberechtigten weiterzuleiten oder auf ein Anderkonto einzuzahlen.”

Jedenfalls zeigt dieser Pflichtenkatalog bereits ein feinmaschiger Netz von vorgegebenen Pflichten des Anwalts aus dem Mandatsverhältnis, das weder von dem Mandanten bei den Vertragsverhandlungen ausgehandelt werden kann, noch in dieser Feinheit im Obligationenrecht Berücksichtigung finden kann. Es gilt bereits, weil es sich um einen Mandatsvertrag immanent, ohne Unterscheidung, ob es sich um ein Auftragsverhältnis oder ein Dienstleistungsverhältnis im Sinne des Zivilgesetzbuches handelt. Auf diese Weise wird z. B. auch die oben problematisierte Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts selbstverständlicher

Inhalt des Mandatsvertrages, selbst wenn es sich um einen Dienstvertrag handeln sollte und das Dienstvertragsrecht diese Vverschwiegenheitspflicht nicht ausdrücklich regelt. Das Anwaltsgesetz auf diese Weise nicht nur Statusfragen der Rechtsanwaltschaft und das Disziplinarrecht, sondern wirkt hinsichtlich des Mandatsvertrages auch in das Zivilrecht hinein.

b. Fortentwicklung der Pflichten aus dem Anwaltsvertrag

Nach den deutschen Erfahrungen werden die bisher dargestellten gesetzlichen Regeln noch überlagert werden, wenn die Rechtsprechung anhand der ihr zur Entscheidung vorgelegten Einzelfälle in anwaltlichen Regreßverfahren beginnt, noch spezifischere Pflichten und Nebenpflichten aus dem Mandatsvertrag zu formulieren. Die Generalklausel des Art. 17.1 des Anwaltsgesetzes über die Pflicht zur gewissenhaften Ausübung des Anwaltsberufs wird viel Raum bieten, insbesondere zu den Pflichten bei der inhaltlichen Ausübung des Mandats Stellung zu nehmen. So kann in Deutschland die gesamte Rechtsprechung zu Fragen der Anwaltshaftung angemessen nur in umfangreichen monographischen Werken erfaßt werden, die neue Pflichtenkreise herausarbeiten, wie die Informationspflichten des Mandanten, die Aufklärungspflichten des Rechtsanwalts, die Pflicht zur umfassenden Rechtsprüfung, die Pflicht zur Kenntnis des Gesetzes, der Judikatur und der Literatur, die Pflicht zur Unterhaltung einer geeigneten Büroorganisation, um z. B. Fristen wahren zu können, die Pflicht, für den Mandanten immer den "sicheren Weg" wählen zu müssen, sogar die Pflicht, den Mandanten auf eigene Beratungsfehler und die drohende Verjährung von Regreßansprüchen gegen sich selbst hinzuweisen. Eine gesetzgeberische Bewältigung dieser sehr detaillierten Pflichtenkreise erscheint völlig ausgeschlossen, so daß insoweit mit Spannung die Tätigkeit der georgischen Gerichte abgewartet werden muß.

Betrachtet man die deutsche Rechtswirklichkeit, so bestehen inzwischen die von der Rechtsprechung und dem anwaltlichen Berufsrecht entwickelten Anwaltspflichten völlig unabhängig davon, ob man den Anwaltsvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag, Dienstvertrag, Werkvertrag oder, was auch vertreten wird, als pactum sui generis verstehen will. Diese Frage ist in der Literatur und der Rechtsprechung völlig in den Hintergrund getreten, da es immer nur darum geht, einen einheitlichen Mandatsvertrag zu entwickeln. Dies kann und darf aber den georgischen Zivilgesetzgeber nicht entmutigen. Er schafft jedenfalls mit der möglichen privatrechtlichen Grundlage des anwaltlichen Mandatsverhältnisses die Voraussetzungen für einen freien Zugang der Rechtssuchenden zum Recht.

სამანდატო ხელშეკრულება მოსარჩელესა* და ადვოკატს შორის

რუდოლფ ლაუდა
დოქტორი, ფრანკფურტი

ადვოკატი თავის პროფესიულ მოვალეობას აღასრულებს მარწმუნებელთან (მანდატთან) დადებული ხელშეკრულების საფუძველზე/ეს სამოქალაქო სამართლებრივი საფუძველი გამორიცხავს ყოველგვარ ზემოქმედებას მანდატთან ურთიერთობაზე ადვოკატთა კოლეგიის ან სამართალწარმოებასთან დაკავშირებულ სხვა ორგანოთა მხრიდან/სა-ადვოკატო ხელშეკრულება ხორციელდება, მანდატის მიერ ადვოკატისათვის დავალების მიცემით და ეს უკანასკნელი კი ამ დავალებას იღებს. ამასთან, მოსარჩელე თავისუფალია ადვოკატის არჩევაში, ადვოკატსაც შეუძლია, უარი თქვას მანდატის აღებაზე/ამგვარი დავალების ხელშეკრულების ზოგადი პირობები გამოზღინარეობენ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტის ვალდებულებითი სამართლიდან (იხ. ქვემოთ 1), შინაარსობრივი მოვალეობების კონკრეტიზება ხდება წესებით, რომლებიც გათვალისწინებულია კანონპროექტით ადვოკატურის შესახებ (იხ. ქვემოთ 2).

1. სახელშეკრულებო-სამართლებრივი ურთიერთობა

თუ დავალების ხელშეკრულება წარმოადგენს გარიგებას სამოქალაქო კოდექსის პროექტის 50-ე მუხლის გაგებით**, ამით ჯერ კიდევ არ წყდება საადვოკატო ხელშეკრულების სამართლებრივი ხასიათის საკითხი. აქ თვალთახედვის არეში ექცევა მომსახურების ხელშეკრულების 629-ე მუხლი და დავალების ურთიერთობის 709-ე მუხლი (ა). სამოქალაქო კოდექსის მიხედვით სხვადასხვა მიდგომას განსხვავებული სამართლებრივი შედეგები მოსდევს (ბ).

* გერმანული სიტყვა „Rechtssuchende“ პირდაპირი თარგმნით ნიშნავს „სამართლის მაძიებელს“. თარგმნისას გადაწყდა, რომ გამოყენებულიყო ტერმინი „მოსარჩელე“ (რედაქტორის შენიშვნა)

** სამოქალაქო კოდექსის პროექტის მუხლების ნუმერაცია არ ემთხვევა დოქტორ ლაუდას გერმანულ ტექსტში მითითებული მუხლების ნომრებს. სტატიაზე მუშაობისას ავტორს ჯერ კიდევ ძველი ტექსტი ჰქონდა. ქართულ თარგმანში იგი მოყვანილია კოდექსის პროექტის ბოლო რედაქციასთან შესაბამისობაში (რედაქტორის შენიშვნა).

ა) მანდატი — მომსახურების თუ დავალების ურთიერთობა?

მანდატის ცნების ლათინური წარმოშობა მიუთითებს, რომ ეს დავალების ურთიერთობაა. ადვოკატს რწმუნებულებას აძლევს მოსარჩელე, ე.ი. სამოქალაქო კოდექსის პროექტის 709-ე მუხლით “მან უნდა იზრუნოს გადმოცემულ საქმეზე” დავალების ტიპური სიტუაცია, როცა რწმუნებული მარწმუნებელზე დაკისრებულ დამოუკიდებელ სამეურნეო საქმეს კისრულობს, გამოძინარე მარწმუნებლის ინტერესებიდან, ეხება ადვოკატის მიერ მარწმუნებლის სამართლებრივი ინტერესების საკუთარ თავზე აღებას. ადვოკატი, როგორც რწმუნებულების შემსრულებელი, მოღვაწეობს სხვის ინტერესებში, ე.ი. მისი საქმიანობა მიმართულია ისეთი გარიგებისაკენ, რომლებზეც თავდაპირველ შეპატრონეს თავისივე ქონებრივი ინტერესების დასაცავად უნდა ეზრუნა. ამ შემთხვევებში, მაგალითად, ადვოკატს ავალებენ, აწარმოოს სახელშეკრულებო მოლაპარაკებები მოპირდაპირე მხარესთან რწმუნებულისათვის ან პროცესი სასამართლოში.

ამგვარი საქმიანობა, რომელიც დავალების ჩარჩოებში სხვა პირისათვის უნდა იქნეს გაწეული, განსხვავდება იმ საქმიანობისაგან, რომელიც მომსახურების ურთიერთობის ჩარჩოებში სხვა პირს უნდა გაუწიონ. სამოქალაქო კოდექსის 629-ე მუხლით მომსახურების გამწვევი ვალდებულია აღასრულოს “მხოლოდ შეთანხმებული მომსახურება”. მაშასადამე, იგი არ ეწევა საქმიანობას, რომელიც სამუშაოს მიმცემის ქონებრივ ან სამართლებრივ ინტერესებს წარმოადგენს საგარეო ურთიერთობაში. არამედ ის მას მხოლოდ საკონსულტაციო მომსახურებას უწევს, რომლის დახმარებითაც მას შემდგომ თავად შეუძლია გადაწყვიტოს, როგორ მოიქცეს საკუთარი ქონებრივი ინტერესების დაცვისას. საადვოკატო საკონსულტაციო სამსახურის ეს ფორმა პრაქტიკაში ხშირად გვხვდება, როცა მარწმუნებელი ადვოკატისაგან, მაგალითად, სამართლებრივ ექსპერტიზას ან ხელშეკრულების პროექტს ითხოვს.

მარწმუნებლის მომავალი ქცევა ამ კონსულტაციაზე იქნება დამოკიდებული. არ არსებობს პრინციპული მოსაზრება, ადვოკატის დამოუკიდებლობის გამო ან მისი გაზრდილი საკუთარი პასუხისმგებლობითი საქმიანობის გამო, მიიღონ მომსახურების ხელშეკრულების შესაძლებლობა. მომსახურების ურთიერთობა მაშინაც შეიძლება არსებობდეს, როცა 656-ე მუხლის მიხედვით “მაღალი რანგის სამსახურია” გასაწევი, “რომელიც ჩვეულებრივ განსაკუთრებული ნდობის საფუძველზე

გადაეცემა”.

რამდენადაც საადვოკატო მოღვაწეობის ორივე ფორმა დასაშვებია, ცალკეული კონკრეტული შემთხვევების შეფასებაზე დამოკიდებული, მომსახურების ურთიერთობასთან გვაქვს საქმე თუ დავალების ურთიერთობასთან.

ბ) ორივე ტიპის ხელშეკრულების განსხვავებული სამართლებრივი შედეგები

სამოქალაქო კოდექსის მიხედვით საადვოკატო ხელშეკრულების განთავსების აუცილებლობა გამომდინარეობს იქიდან, რომ ხელშეკრულების ორივე ტიპი მნიშვნელოვან განსხვავებებს ავლენს სამართლებრივ შედეგებში დავალების ხელშეკრულების სპეციფიური მოთხოვნების თვალსაზრისით:

— ადვოკატმა, როგორც რწმუნებულმა, სამოქალაქო კოდექსის პროექტის 712-ე მუხლის შესაბამისად, როგორც წესი, თავად უნდა შეასრულოს დავალება, იმ შემთხვევის გარდა, როცა მხარეებს შეთანხმებული აქვთ დელეგირების შესაძლებლობა. ამის საპირისპიროდ ადვოკატისთვის მომსახურების ხელშეკრულებაში აღსრულების პირადი მოვალეობა სამოქალაქო კოდექსისა 560-ე მუხლის თანახმად მხოლოდ მაშინაა მოცემული, თუ ეს გამომდინარეობს მომსახურების ურთიერთობების გარემოებებისა და ხასიათისაგან / აქ ალბათ პასუხი უნდა გაეცეს კითხვას, ზომ არ შეესაბამება საადვოკატო ხელშეკრულების ბუნებას, რომ განსაკუთრებული ნდობის საფუძველზე რომელიმე ადვოკატისადმი, მისი პიროვნების და უნარისადმი, იგი ვალდებულია ადასრულოს პიროვნული ქმედებანი მომსახურების სფეროში. ამ არგუმენტაციის გამოყენებით ხელშეკრულების ორივე ტიპს შორის სინქრონულობის დამყარება იქნებოდა შესაძლებელი;

— არასინქრონულია ორივე ხელშეკრულება რწმუნებულის მოვალეობასთან მიმართებაში 713-ე მუხლის შესაბამისად, დაიცვან წარმოდგენილის მითითებანი. მითითების ეს უფლება, მიუხედავად რწმუნებულის დამოუკიდებლობისა, მნიშვნელოვანია, რადგან საბოლოო ჯამში საქმე ეხება მარწმუნებლის ინტერესებს, რომლებზეც ადვოკატი მხოლოდ მარწმუნებლისთვის ზრუნავს და რამდენადაც ეს უკანასკნელი შემდგომშიც უნდა იყოს წარმოდგენილი (გარიგების პატრონი) თვით მისი აღსრულების მანძილზე. მითითების ამგვარი უფლება მომსახურების ხელშეკრულებაში წარმოუდგენელი რამაა, რადგან მასში საბუთაოს

მიმცემი მხოლოდ იმითაა დაინტერესებული, რომ მიიღოს წარმატებული მომსახურების შედეგი, რათა შემდგომ თავად შეამოწმოს, თუ რამდენად გამოსადეგია იგი მისთვის.

-/ხელშეკრულების ორივე ტიპს შორის განსხვავება საადვოკატო ხელშეკრულებასთან მიმართებაში გამომდინარეობს რწმუნებულის მოვალეობიდან სამოქალაქო კოდექსის 714-ე მუხლის მიხედვით, გადასცეს მარწმუნებელს, როგორც გარიგების მფლობელს (პატრონს) საჭირო ინფორმაცია, მოთხოვნის შემთხვევაში კი გასცეს ცნობები სახელშეკრულებო დავალების შესახებ და წარმოადგინოს ანგარიში მისი შესრულების შემდეგ. ეს მოვალეობები ტიპიურია იმ შემთხვევისთვის, როცა გარიგება სხვა პირის ინტერესებში მისთვის გვარდება. მომსახურების ხელშეკრულებაში საკმარისია, თუ ადვოკატი წარმოადგენს თავისი კონსულტაციის შედეგს, ისე რომ მას არ სჭირდება მისი ცალკეული ნაბიჯების შესახებ ინფორმაციის გაცემა.

-/საადვოკატო ხელშეკრულებაში არსებითია სამოქალაქო კოდექსის 715-ე მუხლში ჩადებული ადვოკატის მიერ საიდუმლოების შენახვის მოვალეობა იმ ფაქტების შესახებ, რომლებიც მისთვის მისი მოღვაწეობის ფარგლებში გახდა ცნობილი. შესაბამისი სამართლებრივი წარმომადგენლობა გულისხმობს, რომ მარწმუნებელს შეუძლია ღიად ისაუბროს თავის ადვოკატთან და ამასთან შეუძლია ენდოს იმას, რომ ადვოკატი ისევე კარგად შეინახავს ინფორმაციას, როგორც თავად იგი. საიდუმლოს დაცვის მოვალეობის ამგვარი რეგულირება მომსახურების ხელშეკრულებაში არ არსებობს.

-/თუ ადვოკატს სჭირდება დავალების ურთიერთობის ფარგლებში ხარჯების გაღება (მაგ. სასამართლო ხარჯების ავანსი, სამოგზაურო ხარჯები), მაშინ იგი მარწმუნებლისგან იბრუნებს ამ თანხებს სამოქალაქო კოდექსის 718-ე მუხლის შესაბამისად, თუ იგი ამ ხარჯებს ვითარების მიხედვით აუცილებლად ჩათვლიდა. მომსახურების ხელშეკრულებისათვის ამგვარი რამ უცნობია, რამდენადაც მომსახურების გამწვევისაგან მოელიან, რომ იგი შესაძლო ხარჯებს ღირებულებაში ჩართავს და მხოლოდ ამ შეთანხმებულ გასამრჯელოს მიიღებს.

/ორივე ტიპის ხელშეკრულების შეთანხმებადობა (ჰარმონიულობა) ხელშეკრულების მოშლის თვალსაზრისით სამოქალაქო კოდექსის 720-ე მუხლის მითითებითი ნორმით მყარდება, რის მიხედვითაც ხელშეკრულების მოშლის უფლება მხარეებისთვის განსაზღვრულია მომსახურების ხელშეკრულების მოშლის ნორმების მიხედვით/რამდენადაც საადვოკატო სამსახურის გაწვევისას საქმე ეხება მაღალი დონის მომსახურებას, რომელიც მხოლოდ განსაკუთრებული ნდობის საფუძველზე

ხორციელდება/ 656-ე მუხლის თანახმად, ამოსავალი უნდა იყოს ნე-
ხისმიერ მომენტში ხელშეკრულების მოშლის შესაძლებლობა. ეს მითი-
რება წარმოადგენს ერთადერთ ხიდს ვალდებულებით სამართალსა და
პოსახურების სამართალს შორის. ამასთან იგი მხოლოდ ხელშეკრუ-
ლების მოშლის უფლების და ხელშეკრულების მოშლის შედეგებით
ფარგლება./

ყოველივე ამის შედეგად ამოსავალი უნდა იყოს ის, რომ შესაძ-
ლო განსხვავების საფუძველზე მარწმუნებლის მიერ უფლებამოსილე-
ხით აღჭურვის ფარგლებსა და დავალების ნაირსახეობის მიხედვით
სამანდანტო ხელშეკრულება შეიძლება იყოს მომსახურების ხელშეკ-
რულება ან დავალების ურთიერთობა. სამოქალაქო კოდექსიდან გამომ-
დინარეობს, რომ ხელშეკრულების მოშლის უფლებამდე და ხელშეკ-
რულების მოშლის შედეგებამდე ურთიერთობების სრულიად სხვადას-
ხვანაირი ჩამოყალიბებაა შესაძლებელი, თუმცა ორივე შემთხვევაში
საქმე ეხება ადვოკატი – მარწმუნებლის ურთიერთობას. ასე მაგალი-
თად, არადამაკმაყოფილებელია ის, რომ ადვოკატს, როგორც სამსახუ-
რის გამწვეს, შეიძლებოდა არ დაკისრებოდა საიდუმლოს შენახვის
პოვალება. აქედან გამომდინარე დგება საკითხი, ზომ არ შეიძლება
წარმოიქმნას გამაერთიანებელი ზემოქმედება სახელშეკრულებო სამარ-
თლისთვის, თუ განვიხილავთ კანონს ადვოკატურის შესახებ სამოქა-
ლაქო კოდექსის ფარგლებს გარეთ.

2. ადვოკატის მოვალეობანი კანონში ადვოკატურის შესახებ

ხელშეკრულების ორივე ტიპის შედარება, რომლებიც აქ განიხი-
ლება საადვოკატო ხელშეკრულებასთან მიმართებაში, მიგვანიშნებს იმას,
რომ სამართლებრივი შედეგებიდან გამომდინარე დავალების ურთიერ-
ობა უფრო მეტად გამოსადეგია, ვიდრე მომსახურების ხელშეკრულე-
სა. სამართლებრივი საკონსულტაციო მომსახურება მაინც უფრო გან-
სხვავებულია თვისობრივად, ვიდრე სხვა პროფესიული მომსახურებანი.
თუ ადვოკატი ადვოკატურის შესახებ ამჟამინდელი კანონპროექტის 1-
ლი მუხლის მიხედვით წარმოადგენს მოწვეულ დამოუკიდებელ მრჩე-
ველს და წარმომადგენელს ყველა გარიგებაში და ამით იგი მართლმსა-
ჯულების მონაწილეა, მაშინ მისი საკონსულტაციო მომსახურება მო-
სარჩელეს ძირითადი ელემენტალური მოთხოვნების დაკმაყოფილე-
ხის გარანტიას აძლევს/ იმისათვის, რომ მოსარჩელეს გარანტირებული
ქონდეს სამართლის ხელმისაწვდომობა, კანონი ადვოკატურის შესახებ
ძლევს არა მხოლოდ ადვოკატის პროფესიის პროფესიულ-ესთეტიკურ

სახეს, არამედ ამასთან ერთად აყალიბებს პროფესიულ მოვალეობათა შესაძლო ნუსხას (ა), რომლებიც, როგორც სჩანს, შეტანილ უნდა იქნენ სასამართლო პრაქტიკისა და ადვოკატთა კოლეგიის წესდების მეშვეობით დაეალების ხელშეკრულებაში (ბ).

ა. ადვოკატის პროფესიულ-სამართლებრივი მოვალეობები

კანონი ადვოკატურის შესახებ ამჟამინდელი პროექტის მე-17 მუხლის პირველი პუნქტის თანახმად უნდა შეიცავდეს მთავარ პირობას ყველა პროფესიულ მოვალეობასთან დაკავშირებით. ამის შესაბამისად ადვოკატი მოვალეა, “აღასრულოს თავისი მოვალეობა კეთილსინდისიერად და სამართლის ყველა შესაძლებლობის და ადვოკატის ეთიკის გამოყენების გზით მოსარჩელის ინტერესებიდან გამომდინარე”. ეს ფორმულირება, რა თქმა უნდა, შეეცებას საჭიროებს (იხ. ქვემოთ ბ.). კანონი ადვოკატურის შესახებ ადვოკატის ზოგიერთი მოვალეობის ფართო სპეციფიკაციასაც ახდენს. მაგალითად:

- ადვოკატს არ აქვს უფლება დაამყაროს კავშირები, რომლებმაც შესაძლოა მის პროფესიულ შესაძლებლობას საფრთხე შეუქმნან;

- ადვოკატი მოვალეა დაიცვას საიდუმლოება. ეს მოვალეობა ეხება ყველაფერს, რაც მისთვის მისი პროფესიის აღსრულებისას გახდა ცნობილი და რაც გახმაურებული არ არის;

- ადვოკატი თავისი პროფესიული მოვალეობის აღსრულებისას არ შეიძლება იქცოდეს უმართებულოდ. უმართებულოა მისი ქცევა განსაკუთრებით მაშინ, როცა საქმე ეხება არასწორი ინფორმაციის შეგნებულად გავრცელებას ან ისეთ შეურაცხყოფელ გამონათქვამებს, რომელთა წარმოთქმისათვის არავითარი საბაბი არც სხვა მონაწილე პირებს და არც პროცესის მიმდინარეობას არ მიუციათ;

ადვოკატი არ შეიძლება წარმოადგენდეს მოპირდაპირე მხარის ინტერესებს;

ადვოკატი არ შეიძლება მონაწილეობდეს საქმეში, თუ იგი ამ სამართლებრივ საქმეში უკვე მონაწილეობდა როგორც მოსამართლე, მედიატორი, პროკურორი, მოხელე, ნოტარიუსი ან თუ იგი მსგავს სამსახურებრივ ურთიერთობაში იყო;

- ადვოკატი მოვალეა იკისროს წარმომადგენლობა ან დაცვა, თუ იგი დაინიშნება საპროცესო ხარჯების და მოვალეობის დაცვის ნორმების მიხედვით როგორც დამხმარე პირი;

- ადვოკატმა იურიდიული აქტების თანდართვით უნდა წარმოადგინოს მწყობრი სურათი მის მიერ გაწეული საქმიანობისა. მან უნდა

შეინახოს იურიდიული აქტები 5 წლის მანძილზე;

- ადვოკატი მოვალეა დადოს სადაზღვევო ხელშეკრულება პროფესიული პასუხისმგებლობის შესახებ ქონებრივი ზარალის დასაფარავად, რომელიც შეიძლება მისი პროფესიული მოღვაწეობის შედეგი იყოს და შეინარჩუნოს სადაზღვევო ხელშეკრულება მისი მოღვაწეობის მანძილზე;

- ადვოკატი მოვალეა მუდმივად იმაღლებდეს კვალიფიკაციას.

პირადად შე ადვოკატისათვის მინდობილი ქონებრივი ღირებულებების დაცვის მარეგულირებელ მექანიზმს კიდევ ერთს დაეუმატებდი: “ადვოკატი მოვალეა მისთვის მინდობილ ქონებრივ ღირებულებებს მოეპყროს ჯეროვნად. უცხო ფული დაუყოვნებლივ უნდა გადაუგზავნოს მიღების უფლების მქონეს ან სხვა ანგარიშზე უნდა გადარიცხოს”.

ყოველ შემთხვევაში მოვალეობათა ეს ნუსხა უკვე გვიჩვენებს დავალების ურთიერთობიდან გამომდინარე ადვოკატის მოვალეობების წმინდად ნაქსოვ ბადას, რომლებსაც სახელშეკრულებო მოლაპარაკებისას არც მარწმუნებელი დათმობს და ასე ზუსტად ვერც ვაღივლებით სამართალში იქნება გათვალისწინებული. ეს უკვე რეალობაა, რადგან საქმე ეხება დავალების ხელშეკრულებას, და დავალების ხელშეკრულებისთვის იმანენტურია, განსხვავების გარეშე დავალების ურთიერთობაზე ლაპარაკი თუ მომსახურების ურთიერთობაზე სამოქალაქო კოდექსის გაგებით. ამგვარად, ზემოთ მაგალითის სახით მოტანილი ადვოკატის მიერ საიდუმლოების შენახვის პრობლემატური მოვალეობა დავალების ხელშეკრულების ბუნებრივი შინაარსია, თუნდაც საქმე ეხებოდეს მომსახურების ხელშეკრულებას და მომსახურების სახელშეკრულებო სამართალი არ არეგულირებდეს საიდუმლოს შენახვის მოვალეობას. კანონი ადვოკატურის შესახებ, მამასადამე, არეგულირებს არა მხოლოდ ადვოკატის საქმიანობის სტატუსის საკითხებს და დისციპლინურ სამართალს, არამედ დავალების ხელშეკრულების თვალსაზრისით სამოქალაქო სამართალზეც ახდენს გავლენას.

ბ) მოვალეობათა შემდგომი განვითარება საადვოკატო ხელშეკრულებიდან

გერმანული გამოცდილების მიხედვით აქამდე აღწერილი სამართლებრივი წესები ჯერ კიდევ პლასტებად ფუნება, როცა სასამართლო პრაქტიკა საადვოკატო რეგრესულ პროცესებში დავალების ხელშეკრულებებიდან უფრო სპეციფიური და დამატებითი მოვალეობების ჩა-

მოყალიბებას იწყებს. ადვოკატურის კანონის მე-17 მუხლის 1-ლი პუნქტის მთავარი პირობა, ადვოკატის პროფესიის კეთილსინდისიერი აღსრულების მოვალეობის შესახებ საშუალებას იძლევა მოვალეობებთან დაკავშირებით მარწმუნებლის მიერ გარკვეული პოზიცია გამოითქვას შინაარსობრივი თვალსაზრისით აღსრულების დროს. ასე მაგალითად, გერმანიაში ერთიანი სასამართლო პრაქტიკა პასუხისმგებლობის საკითხების შესახებ მხოლოდ დიდი მოცულობის მონოგრაფიებში შეიძლება იქნეს განხილული, რომლებიც აყალიბებენ მოვალეობათა ახალ ნუსხას, როგორცაა მარწმუნებლის ინფორმირების მოვალეობა, ადვოკატის მიერ სინამდვილის გამოვლენის მოვალეობა, მრავლის მომცველი სამართლებრივი შემოწმება (კონტროლი), კანონის, სასამართლო პრაქტიკის, ლიტერატურის ცოდნის მოვალეობა, ბიუროების შესაბამისი ორგანიზაციის არსებობის მოვალეობა, მაგალითად, რათა დაიცვან ვადები, მოვალეობა, ყოველთვის აირჩიონ “მყარი გზა” მარწმუნებლისთვის, და ასევე მოვალეობა მიუთითოს მარწმუნებელს საკუთარ საკონსულტაციო შეცდომებზე და რეგრესის ხანგრძლივობის ვადაზე თვით მის წინააღმდეგ. ამ ძალზე დეტალიზებულ მოვალეობათა ნუსხის საკანონმდებლო დაძლევა სრულიად შეუძლებლად გვეჩვენება, ასე რომ ინტერესით უნდა დაველოდოთ სასამართლოების საქმიანობას საქართველოში.

თუ დაეკვირდებით გერმანულ სამართლებრივ სინამდვილეს, მართლმსაჯულებისა და ადვოკატის პროფესიული უფლებებისაგან განვითარებული ადვოკატის მოვალეობები არსებობენ სრულიად დამოუკიდებლად, მიუხედავად იმისა, თუ როგორ ესმით საადვოკატო ხელშეკრულება, როგორც დავალების ხელშეკრულება, მომსახურების ხელშეკრულება, შრომის ხელშეკრულება თუ რაიმე სხვა, როგორც *pactum sui generis* ამ საკითხმა ლიტერატურასა და მართლმსაჯულებაში მთლიანად უკანა პლანზე გადაიწია, რადგან ყოველთვის საქმე ეხება ერთიანი დავალების ხელშეკრულებისათვის მოვალეობის სტრუქტურის შემუშავებას. მაგრამ ეს საქართველოს კანონმდებლობას თავგზას ვერ აუბნევს. ყოველ შემთხვევაში იგი ქმნის საადვოკატო დავალების ურთიერთობის შესაძლო კერძო-სამართლებრივი საფუძვლით მოსარჩელისათვის სამართლის თავისუფალი ხელმისაწვდომობის წინაპირობებს.

Reform und Transformation des Insolvenzrechts

Jürgen Thieme
Hamburg und Zeitz

Unser guter Freund Professor Sergo Dschorbenadse hat sich im Mai 1994 auf der Jubiläumsfachtagung der Juristischen Fakultät der Dschawachischwili-Staatsuniversität Tbilissi über die neuen Grundlagen der georgischen Rechtsordnung besonders interessiert an dem deutschen Vortrag über das Insolvenzrecht gezeigt. Deshalb widme ich Baton Sergo den folgenden, aus meinem damaligen Vortrag hervorgegangenen Essay, verbunden mit den besten Wünschen: Ad multos annos!

I. GRUNDLAGEN

Konkurswesen und Konkursrecht werden in den Transformationsländern nach wie vor als besonders fremdartig empfunden. Dabei handelt es sich beim Konkurs aber doch um eine Jahrtausende alte Rechtsinstitution, die es nur wiederzuentdecken und im Lichte aktueller Probleme neu zu regeln gilt. Einzelfragen und praktische Probleme auszubreiten, erscheint eine Festschrift allerdings nicht der richtige Platz. Ausweislich der immer noch schmalen Spezialliteratur zur insolvenzrechtlichen Transformationsproblematik (siehe unten den bibliographischen Anhang) besteht wohl aber ein Bedürfnis nach Reflektion der Grundlagen. Zu deren Studium möchte das folgende rechtspolitische Panorama anregen.

1. Terminologie

Schon die allerersten Beratungen mit georgischen Kollegen über eine neue gesetzliche Regelung des Insolvenzrechts der Republik Georgien ergaben eine unerwartete Schwierigkeit, nämlich wie die Rechtsmaterie oder das Rechtsinstitut in der georgischen Sprache zu bezeichnen wäre: Konkurs? Insolvenz? Bankrott? Kollektivexekution? Falliment? In den letzten sieben Jahrzehnten war das Rechtsinstitut ideologisch verdrängt und vergessen worden, und vielleicht muß man Jahrhunderte, noch hinter die Zarenzeit, und vielleicht sogar bis Byzanz

und Rom zurückgehen, um mit dem Namen auch die eigene georgische Tradition wiederzufinden.

Auch "im Westen" gibt es terminologische Probleme. Historischer Wandel, Wissenschaftsfortschritt und wechselnde Politik drücken sich darin aus. So verbindet man in Deutschland mit der jüngsten Reform von 1994, die uns statt der "Konkursordnung" (KO) und der "Vergleichsordnung" (VglO) sowie, im Gebiet der ehemaligen DDR, der "Gesamtvollstreckungsordnung" (GesO), vom Jahre 1999 an eine "Insolvenzordnung" (InsO) bringen soll, die Hoffnung einer Erneuerung. Im insolvenzpolitisch besonders bewußten Frankreich haben die Bezeichnungen in den letzten 40 Jahren dreimal gewechselt, zuletzt von "liquidation des biens" und "règlement judiciaire" zu derzeit "liquidation judiciaire" und "redressement judiciaire ...". Die traditionelle "faillite" lebt ironischerweise nur noch außerhalb Frankreichs und Belgiens zumeist in fremden Sprachen fort (Niederlande: "faillissement", Italien: "fallimento", Portugal: "falencia" Albanien: "(dret) fallimentim"). Andererseits sind die USA trotz beträchtlicher Neuerungen stets bei dem traditionellen Begriff "bankruptcy" geblieben ist (Bankruptcy Reform Act von 1978), während die traditionsreichen Briten sich inzwischen zwar ebenfalls zu einem "Insolvency Act" (von 1986) bekehrt haben, in der Sache aber nach wie vor außer "bankruptcy" auch das "winding-up" (speziell für Gesellschaften und juristische Personen) kennen. Wieder anders unterscheiden zum Beispiel seit jeher die Spanier, nämlich zwischen "concurso" und "quiebra", während viele andere europäische Rechtsordnungen heute eben immer noch von "Konkurs" sprechen.

Die Vielgestaltigkeit ist so groß, daß man bei den europäischen Rechtsvereinheitlichungsprojekten wie dem (Istanbuler) Konkursübereinkommen von 1990 des Straßburger Europarats ebenso wie bei dem soeben (September 1995) paraphierten "Übereinkommen über Insolvenzverfahren" der EU (früher EWG bzw. EG) ohne umfangreiche Anhänge mit dem Verzeichnis aller Namen, Bezeichnungen und Funktionen nicht mehr auskommt. Von der historischen europäischen Gemeinsamkeit des "concursum (omnium creditorum)" im Jus commune ist also selbst in den großen Stunden aktueller europäischer Rechtsharmonisierung terminologisch kaum noch etwas zu spüren - ein Widerspruch, der sich letztlich aus konzeptionellen Unterschieden in der Sache erklärt.

Deshalb schlage ich vor, sich mit der Frage der Bezeichnung einstweilen nicht aufzuhalten, sondern auf die Sache zu schauen, und die ist nicht bloß kompliziert, sondern auch komplex.

2. Komplexe Struktur

Das Insolvenzrecht gehört, wie im Bereich des Privatrechts sonst nur - als

Parallele zunächst vielleicht etwas überraschend - das Erbrecht (und im öffentlichen Recht das Steuerrecht), zu den wenigen wahrhaft komplexen Materien in dem Sinne, daß es wohl keine Rechtsfrage gibt, die im Konkurs nicht praktisch werden kann. Denn es geht um die Gesamtgestaltung bzw. Gesamtabwicklung des Vermögens einer natürlichen Person und im Falle von Gesellschaften und juristischen Personen auch um das Schicksal der Rechtsperson selbst. In der älteren deutschen Literatur hat man deshalb vom Konkurs plastisch als von einem "Mikrokosmos des Rechtslebens" gesprochen. Diese Komplexität reicht weit über das Gebiet des Privat- bzw. Zivilrechts einschließlich des Handels-, Gesellschafts und Wirtschaftsrechts hinaus in die Gebiete des öffentlichen Rechts und des Strafrechts hinein.

Die Folgerungen, die man daraus insbesondere als Gesetzgeber zu ziehen hat, sind überaus bedeutsam, weil es in der Natur komplexer Systeme liegt, nicht prinzipiell vereinfacht oder verengt werden zu können. Das ist keine Frage der Form (etwa der kompakten Fassung und Kürze) eines Gesetzes (siehe aber noch unten II 3 b), sondern eine inhaltliche. Wenn sich also die Republik Georgien entschließt, ein Insolvenzrecht zu schaffen, so steht sie zunächst einerseits vor der Schwierigkeit, dabei immer das Ganze des geltenden und zukünftigen Rechts berücksichtigen zu müssen: Denn bei jeder nicht- oder außerkonkursrechtlichen Normierung ist zu fragen, welche Bedeutung ihr im Konkursfall zukommt. Daraus ergibt sich aber andererseits mehr als bei allen anderen Gesetzen auch die Chance, auf das Ganze des georgischen Rechtssystems blicken zu können, ja, mit dem neuen Insolvenzgesetz geradezu dessen einigende Klammer zu schaffen. Jedenfalls wird sich das, was im bestehenden Recht mit dem neuen Konkursgesetz nicht in Harmonie gebracht worden ist, und vor allem auch das, was man absichtsvoll aus dem Anwendungsbereich des neuen Insolvenzrechts herauszuhalten versucht hat, über kurz oder lang als schwer reparabler Fehler entpuppen.

Dabei darf nicht irritieren, daß die Insolvenz, weil prima facie das juristische Ende des Wirtschaftens einer Rechtsperson betreffend, ein auch psychologisch deprimierendes Phänomen darstellt. Gerade Ökonomen sind wohl deshalb fast durchweg in der Gefahr, den Konkurs als Phänomen zu ignorieren (siehe noch unten 3). Das Insolvenzwesen hat in der Tat seine melancholischen Seiten, morbide ist jedoch es nicht. Juristisch ist der Tod nicht weniger bedeutsam als die Geburt. Daß aus Tod immer wieder Leben entsteht, daß Insolvenzen ökonomisch zum dynamischen "Selbstreinigungsmechanismus" der Wirtschaft als Wettbewerbsprozeß gehören, ist die konstruktive Perspektive, die ein Land wie Georgien, das auf den ersten Blick ganz andere Sorgen zu haben scheint als ausgerechnet ein Insolvenzrecht zu schaffen, ermutigen sollte, ein neues Insolvenzgesetz an eine vordere Stelle der legislativen Prioritätenliste zu setzen.

3. Begriff und Bedeutung

Der Konkurs kann traditionell-rechtstechnisch definiert werden als Verteilung eines zur Befriedigung aller Gläubiger eines Schuldners nicht ausreichenden Vermögens nach bestimmten Rechtsgrundsätzen, insbesondere nach dem Gleichbehandlungsprinzip und in einem gerichtlichen Verfahren. Damit ist mehr ausgesagt als eine Abgrenzung zur Einzelzwangsvollstreckung im Sinne der Zivilprozessordnungen. Der Begriff beruht nämlich auf Prämissen, die nicht nur in Transformationsländern beachtet sein wollen.

Die wichtigste Prämisse ist die Existenz oder Garantie von realen Gläubiger/Schuldner-Beziehungen, die auf Leistungserbringung und damit gegebenenfalls auf Leistungserzwingung abzielen. Geschlossene Verträge müssen erfüllt, Kredite zurückgezahlt werden. Pflichtverletzungen müssen effektiv eingeklagt werden können, die Urteile der Gerichte müssen befolgt und anderenfalls gegen einen zahlungs- oder leistungsunwilligen Schuldner vollstreckt werden. Dies alles gehört zum normalen Zivilrechtsgang, den das Insolvenzrecht voraussetzt und für die besondere Situation der Insolvenz nur in bestimmter Weise ausgestaltet, indem es dem Schuldner die Verfügung über sein gesamtes Vermögen entzieht und dieses Vermögen zum Nutzen aller Beteiligten verwendet.

An einem solchen Rechtsgang fehlt es in Systemen, in denen schon das Recht als solches (auch das "Wirtschaftsrecht" im Sinne der Planwirtschaft) keinen realen, normativen Charakter hat, sondern bloßer Überbau ist. An dieser Prämisse fehlt es aber auch in jedem anderen Rechtssystem, wenn nicht einmal das Zivilrecht seine Garantie- und Ordnungsfunktion erfüllt. Das ist de facto heute wohl der Fall im "System der Nichtzahlung" des postsozialistischen Rußland und anderer Transformationsländer, gilt für sonstige quasi-naturalwirtschaftliche Phänomene, gilt für mafiose oder korrupte Strukturen, gilt aber ganz allgemein für nicht-effektive (einschließlich kostspieliger, langsamer oder sozial ungerechter) Rechts- und Rechtsschutzsysteme, wie nicht selten auch im Westen.

Ein funktionierendes Staatswesen als Garant der Rahmenordnung zählt also ebenfalls unmittelbar zu den Prämissen des Insolvenzrechts. Dabei geht es nicht bloß um die Arbeit und Organisation der Gerichte und Behörden, sondern um deren Selbstverständnis. Ein staatsegoistisch strukturiertes Gemeinwesen wird das Privat- oder Zivilrecht stets an die zweite Stelle setzen. Auch und gerade das Insolvenzrecht beruht aber darauf, daß der Staat bereit und in der Lage ist, gleichsam altruistisch die Privatrechte seiner gleichen Bürger zu garantieren. Daß auch die Wirtschaftstätigkeit zu den garantierten privaten Bürgerrechten gehört, mithin staatliches Wirtschaften nicht exklusiv oder privilegiert sein darf, muß für Systeme betont werden, die noch tief der Staatswirtschaft verhaftet sind.

Staatwirtschaft stellt nur scheinbar einen Schutz gegen Insolvenzen dar. Die Erfahrungen mit der sozialistischen Planwirtschaft zeigen, daß es dort sehr wohl das Bedürfnis nach Insolvenzregelungsmechanismen gegeben hat (häufig

indirekten oder informellen, es gab aber auch direkte wie in Polen und Jugoslawien 1983, Ungarn und China 1986, UdSSR 1989), daß sich aber Unternehmensinsolvenzen auf Dauer nicht aus dem Staatshaushalt finanzieren lassen. Das gilt unter Transformationsverhältnissen auch dann, wenn der Staat sich auf bloße Kontrolle oder Beteiligungen beschränken will. Auch muß der Staat der Versuchung widerstehen, seine Unternehmen konkursimmun zu betreiben, das heißt, sie vom Anwendungsbereich "privater" Konkursgesetze und damit von den normalen Gläubiger/Schuldner-Beziehungen und vom Wettbewerb auszuschließen. Kein privater Mitwettbewerber kann am Markt gegen rechtlich konkursfeste Staatsunternehmen erfolgreich sein, weil das Insolvenzrecht hier seine wichtige Rolle als Marktaustrittsrecht nicht spielen kann.

Hinter alledem erhebt sich die Eigentumsfrage, das heißt: die Verteilung bzw. die Verfügung über das Produktiv- und Anlagevermögen einschließlich des Grundvermögens. Konkursrecht darf nicht auf das "Zivilrecht" im Sinne der bescheidenen Vermögensverhältnisse des Mannes auf der Straße beschränkt, sondern muß alle wirtschaftenden Vermögen erfassen. In den Transformationsländern muß, wenn nicht mittels Umverteilung, also primär durch Privatisierung und Reprivatisierung, so doch mittels einer in Zukunft freien Eigentumsordnung die Möglichkeit des Erwirtschaftens neuer Vermögen garantiert werden. Nur aus dem Eigentum entstehen reale Gläubiger/Schuldner-Beziehungen, wobei allerdings ein starker Staatsvermögensanteil dann für eine gewisse Zeit hingenommen werden kann, wenn zu den Staatsunternehmen (und zwischen ihnen) ebenfalls reale Gläubiger/Schuldner-Beziehungen bestehen, sie also den Privaten gleichgestellt werden.

Andererseits gilt: Staatliche Wirtschaftsmacht darf nicht durch struktur- und wirkungsgleiche private Wirtschaftsmacht ersetzt werden. Auch private Unternehmen dürfen nicht besser behandelt werden als andere Private, und bestimmte Unternehmen nicht besser als andere. Ungleiche Verhältnisse erzeugen nicht Gläubiger/Schuldner-Beziehungen, sondern Machtverhältnisse. Insoweit handeln Unternehmen wie Staaten, sind aber schwerer kontrollierbar. Das Konkursrecht kann ein Mittel zur Machterhaltung und -erweiterung sein. Das zeigt sich an einigen "marktkonformen" Insolvenzrechtskonzeptionen, die das ökonomische Interesse und damit die Macht allein der Gläubiger betonen und auf diese Weise die Gefahr von Gläubigerdiktatur heraufbeschwören (siehe noch unten II 2 c).

Das Problem der wirtschaftlichen Macht hat jedenfalls auch der Westen noch nicht gelöst. In diesem Zusammenhang ist aufschlußreich, daß es keine ökonomische Definition und wohl auch keine ökonomische Theorie des Konkurses gibt - jedenfalls keine, die von der Jurisprudenz als allgemeine akzeptiert oder integriert worden ist. Kein ökonomisches Lehrbuch kann der Jurist, wenn er denn das Schlagwort Konkurs überhaupt findet, mit Gewinn heranziehen.

Mikroökonomisch (betriebswirtschaftlich) werden für das einzelne Unternehmen kaum normative, juristisch umsetzbare Handlungsanweisungen zur Insolvenzprophylaxe oder Insolvenzbeseitigung entwickelt, sondern es scheint heute der Gedanke einer "marktkonformen Insolvenz" im Sinne einer mehr oder weniger normalen Geschäftsstrategie zu dominieren - ein "going concern" und "going bankrupt" sollen keinen Widerspruch mehr darstellen. Damit soll die Insolvenz (und mit ihr die Gläubiger/Schuldner-Beziehung) selbst zur Ware werden. Wenn die Insolvenz eine Geschäftsereignis ist wie andere auch und dieses Geschäft im Stadium der Insolvenz von denselben Unternehmern und Inhabern wirtschaftlicher Macht betrieben wird wie vor der Insolvenz, ändert sich an der Macht- und Marktstruktur trotz des Marktaustritts eines der Beteiligten eben gerade nichts. Das ist einer der Pferdefüße "marktkonformer" Insolvenzrechtsmodelle (siehe noch unten II 2 c). Aber auch makroökonomisch (volkswirtschaftlich) sind Insolvenzen kein bewältigtes Phänomen. Am ehesten spielen sie noch für die Krisen- und Konjunkturtheorien eine Rolle, aber doch meistens nur gleichsam reaktiv, als Indikatoren, nicht aber als eigenständige Ursachen oder Faktoren für Aufschwung oder Niedergang. Zuweilen wird jedoch gerade der Insolvenzgesetzgebung als Steuerungsinstrument, nicht etwa den Wirtschaftstreibenden, die Schuld für eine Krisenentwicklung zugeschoben. Aus solchen eher kurzzeitigen Vorurteilen sind aus den jeweiligen Krisen - man denke nur an die Krise von 1857 (die Marx und Engels sehr bewegt hat), die von 1873, die von 1892, die von 1911, die von 1929 oder von 1973 - bis heute Reformwellen des Insolvenzrechts entstanden, wenn auch asynchrone. Die neuen Gesetze kommen im allgemeinen für die aktuelle Krise zu spät und für die nächste Krise zu früh, geben Antworten auf die Fragen von gestern statt auf die von morgen. Makroökonomisch fehlt es zumeist an einer Insolvenzpoltik als Bestandteil der Wirtschaftspoltik, jedenfalls in solchen Staaten, die voll auf die Marktkräfte setzen. Über die resignative Lektüre von Insolvenzstatistiken (die ihren Namen nicht immer verdienen) geht die Insolvenzwesenperspektive vieler Nationalökonomien auch heute kaum hinaus.

Was Ökonomen versäumen, müssen Juristen ausbaden. Das ist unbefriedigend. Besser erscheint es, bereits bei der Insolvenzgesetzgebung ökonomischen Theorien (und den Wirtschaftslobbyisten) nicht allzuviel Gehör zu schenken. Denn jede eingetretene Insolvenz bedeutet, das die Wirtschaftenden sich nicht hat durch die "unsichtbare Hand" (Adam Smith) haben leiten lassen, also ökonomisch versagt haben, und zwar trotz der "sichtbaren Hand des Rechts". Dafür verdienen sie, wenn nötig, die höchst sichtbaren Handschellen des Insolvenzrechts.

II. ENTWICKLUNGSTUFEN UND MODELLE

1. Historische Modelle

a) Pönale Konzeptionen

Die persönliche Bestrafung des Schuldners steht wahrscheinlich am Anfang allen Konkursrechts. In Rom durften die Gläubiger den Schuldner auf den Stufen des Kapitols zerhacken und die Stücke unter sich verteilen oder den Schuldner doch wenigstens versklaven. Noch im 18. Jahrhundert rechtfertigte Adam Smith in den Lectures of Jurisprudence die Todesstrafe für den Bankerotteur als "great justice". Bis weit ins 19. Jahrhundert hinein mußte der Schuldner noch im Gefängnis darben ("Schuldturm"; "Star Chamber"). Als man die Schuldhast schließlich abschaffte, blieb von dem archaischen Prinzip immer noch seine bürgerliche Verinnerlichung übrig (wie in Thomas Manns Buddenbrooks: "'Bankerrott' ... das war etwas Gräßlicheres als der Tod, ..."). Heutzutage fehlt demgegenüber vielfach schon das einfachste Unrechtsbewußtsein, wenn Insolvenzen gleichsam zum festen Bestandteil eines typischen Unternehmerlebens oder eines Unternehmens- und Wirtschaftszyklus erklärt werden.

Jedoch hat sich fast überall eine starke strafrechtliche (außerdem deliktische und administrative, wirtschaftspolizeiliche) Bewehrung des Konkursrechts gehalten (z.B. Bankrottstraftatbestände, Sanktionen bei Verletzung von Insolvenzanzeigepflichten, Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und von Ämtern, Entziehung von Gewerbeurlaubnissen, Haftungsdurchgriffe). In einigen Rechtsordnungen bleibt pönales Denken sogar elementar, wie in den romanischen Rechten (vor allem Frankreich und Italien), wo der Strafcharakter des Konkurses in Beziehung zu wirtschaftspolizeilichen Auffassungen steht (Konkurs als Teil des "ordre public"). Darauf stützt man dort z.B. einen entwickelten privatrechtlichen Haftungsdurchgriff auf Leitungspersonen. Nicht von ungefähr sind in diesen Rechtsordnungen auch gesamtwirtschaftliche Lösungen zu finden (siehe noch unten 2 b).

Pönale Regulierung bietet den Vorteil, moralisch-ethische Prinzipien des Wirtschaftens, die "commercial morality", unmittelbar regulierend und in gewissem Maße unabhängig von den immer komplizierter werdenden, weil nicht selten wirtschaftsmachtorientierten Wertungen des Privatrechts zur Geltung zu bringen. Ebenso vermögen ethische Kategorien ökonomische Machtraison und technokratische Rationalität zu konterkarieren. Beim Schuldner kann auf diese Weise etwa eine Grenze zwischen vorwerfbarem Schuldenmachen und vernünftiger Kreditaufnahme oder zwischen Gläubigerschädigung und legitimer Geschäftsstrategie gezogen werden. Die Moral ist aber nicht nur für den Schuldner da. Auch beim Gläubiger kann entsprechend die vernünftige Kreditvergabe von der Knebelung und Versklavung eines Schuldners abgegrenzt werden, und ebenso

die Schädigung anderer Gläubiger, sonstiger Dritter und der Allgemeinheit von einer kreativen Geschäftspolitik. Selbst scheinbar unbeteiligte Dritte können, wie die klassischen Tatbestände der sog. Konkursanfechtung zeigen, für eine Insolvenz haftbar gemacht werden.

Der pönale Ansatz erhält unter den heutigen Verhältnissen neue Impulse. Die zunehmende Anonymisierung sowohl der Vermögensträger von Unternehmen wie der Entscheidungsträger in den Unternehmen zwingt einerseits verstärkt zum Rück- und Durchgriff auf die verantwortlichen natürlichen Personen, andererseits zur Kriminalisierbarkeit von Unternehmen als solchen. Die wachsende Kriminalisierung (Mafia-Probleme, Korruption, Steuerdelikte, Subventionsbetrug u.a.) führt zu denselben Konsequenzen. Bei fast allen dieser Tatbestände werden Insolvenzursachen gesetzt und oder ordentliche Insolvenzabwicklungen verhindert.

Insgesamt ist daher auch Georgien eine starke strafrechtliche Komponente seiner neuen Insolvenzgesetzgebung zu empfehlen, lokalspezifisch übrigens vielleicht auch, um private Racheakte zu kanalisieren. Eine Entpönalisierung unter dem Eindruck gewisser bewußt marginales ethischer, grenzmoralischer westlicher Argumente, wonach sich anderenfalls niemand mehr als Unternehmer oder Manager betätigen würde, wäre grundfalsch: Man schufe nur strukturell legitimierte Wiederholungstäter. Ohnedies ist bei manchen westlichen Insolvenzrechtsmodellen zugleich vor versteckter (und zugleich privatisierter) Pönalisierung zu warnen, namentlich soweit diese entgegen dem traditionellen Grundsatz der sog. freien Nachforderung eine besonders erleichterte "Restschuldbefreiung", "discharge" oder ähnliches vorsehen und diese an ein mehrjähriges (im neuen deutschen Recht ganz biblisch: siebenjähriges) "Wohlverhalten" gegenüber den Gläubigern knüpfen. Dies hat man auch im Westen als moderne Schuldknechtschaft oder als "neuen Schuldturn" kritisiert. Mindestens sind dem Schuldner hier starke Verfahrensgarantien zu geben.

b) Vermögenshaftung und Prozeßprinzip

Die pönalen Elemente im Insolvenzrecht sind nach wie vor wichtig, sie bestimmen aber zumeist nicht mehr den Rechtscharakter des Konkurses. Der historische Wandel vom pönalen zum zivilistischen und damit (zivil-)prozessualen Prinzip ist wahrscheinlich neuzeitlichen Ursprungs (Salgado de Somoza 1646) und bereits ökonomisch-rational bedingt: Das Problem wird auf die Gläubiger/Schuldner-Beziehungen (oben I 3) und die Haftungsverwirklichung reduziert und damit objektiviert. Es kommt zwar immer noch auf die Person des Schuldners an, aber nicht auf seine Schuld im Sinne von Verschulden, sondern auf Schulden im Sinne von Haftung, und dies mit dem gesamten Vermögen. Aus dem kollektiven Bestrafungsrecht der Gläubiger wurde zeitweilig denn auch ein

kollektives Gläubigerpfandrecht am Schuldnervermögen.

Im Vordergrund steht mithin die Position des Schuldners als Vermögensträger. Der Konkurs betrifft Aktiva wie Passiva als Privatrechte, deren Schutz und Durchsetzung nach staatlicher und strenger Verfahrensform verlangt. So ist der neuzeitliche Konkurs in erster Linie kollektiver Zivilprozeß und kollektive Zwangsvollstreckung in einem.

Der spezifische Rechtsfortschritt liegt hier in der zwangsweisen Zusammenfassung vieler Einzelbeziehungen und -verfahren zu einem Gesamtverfahren (Prinzipien der Unität und Universalität, sowie etwa der "par condicio creditorum", des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung). Als struktureller Nachteil dieser Lösung erweist sich bis in das 19. Jahrhundert hinein das Festhalten am Prozeßprinzip ("concursum iudicium universale"), indem, weil materieller Rechtsverlust nicht eintreten darf, über jeden einzelnen Punkt (namentlich Gläubigerrechte, sogar unstreitige) durch richterliches Urteil entschieden werden muß. Das kostet vor allem Zeit, und die hatte die Wirtschaft schon früher nicht. Ein Konkursverfahren, das, wie in meiner sächsischen Heimat früher einmal geschehen, 200 Jahre dauert, erfüllt seinen Zweck ersichtlich nicht. Insolvenzrechtsreformen sind daher immer wieder vor allem Kämpfe um die Beschleunigung und Vereinfachung des Verfahrens unter Aufrechterhaltung des Prozeß- und Vollstreckungsprinzips gewesen.

Zwecks Effizienzverbesserung können für das Insolvenzverfahren eigenständige Verfahrensgrundsätze entwickelt werden, was technisch im allgemeinen durch eine lediglich subsidiäre Heranziehung des allgemeinen Zivilprozeß- und Einzelzwangsvollstreckungsrechts ermöglicht wird. Die Schnelligkeit und Leichtigkeit des Verfahrens kann durch den summarischen Charakter des eigentlichen Insolvenzverfahrens erreicht werden. Ein typischer, systemimmanenter Vereinfachungsmechanismus ist im deutschen Recht die sog. Konkurstabelle, eine genialen Erfindung des preußischen Konkursrechts, die mit der Unstreitigkeit der meisten Konkursforderungen rechnet und die bloße Anmeldung und Eintragung in das Forderungsverzeichnis nur dann nicht als rechtskräftige Feststellung des Gläubigerrechts genügen läßt, wenn der Konkursverwalter oder ein anderer Gläubiger widerspricht. Die echten Streitsachen werden alsdann an andere Zivilgerichte ausgelagert (d.h. nur schwache sog. *vis attractiva concursus*). Andere Mechanismen sind beispielsweise die Entlastung des Konkursgerichts durch anderes Gerichtspersonal (wie im deutschen Recht durch sog. Rechtspfleger), die starke und unabhängige Stellung des Konkursverwalters sowie die Straffung der gerichtlichen Termine und Entscheidungen. Daß man mit mehr sog. Gläubigerautonomie (Gläubigerselbstverwaltung) organisatorische Rationalisierungseffekte erzielen kann, ist demgegenüber ein tendenziell überstrapaziertes Postulat und jedenfalls nicht die einzige Antwort auf das Problem speditiver Verfahrensgestaltung: Wenn man die Gläubiger mit einem sich um einen abgenagten Knochen balgenden

Wolfsrudel verglichen hat, zeigt dies Bild bereits die organisatorischen und institutionellen Grenzen jeglicher Idylle der Rapto-Kreditoren auf.

Die prozessuale Konzeption bleibt unverzichtbar, nicht zuletzt auch als verfassungsrechtlich gebotene Garantie des Privatrechtsschutzes. Unverzichtbar ist insbesondere die Zuweisung zur ordentlichen Zivilgerichtsbarkeit und meiner Auffassung nach auch eine umfassende Entscheidungsbefugnis des Gerichts. Das insoweit heute häufig zu hörende Argument, das Konkursgericht könne keine ökonomischen Entscheidungen (etwa über die Unternehmensfortführung) treffen, ist gerade im Prinzip falsch. Auch im Konkursrecht und im Konkursverfahren geht es immer nur um Rechtsfragen. Das Ökonomische bleibt Motiv. Auch wenn die Gläubiger allein zu entscheiden hätten, wäre dies nicht anders. Wer anderes postuliert, setzt ökonomische Interessen mit Recht gleich. Das aber ist mit allgemeinen Rechtsprinzipien nicht vereinbar. Richtig ist an dem Postulat nur der praktische Hinweis, daß die ökonomischen Fragen entscheidungsvorbereitend in sachnahe oder sachkundige Hände wie die des Konkursverwalters, der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses gelegt werden können und nur die rechtliche Endentscheidung (wie z.B. auch die Bestätigung eines Zwangsvergleichs oder eines Sanierungsplans) beim Gericht verbleibt.

Die Zivilverfahrensförmigkeit des Konkurses erscheint sonach bis heute als charakteristisches Moment. Deshalb ist auch in dem Entwurf eines georgischen Insolvenzverfahrensgesetzes der richterlichen Entscheidungsbefugnis breiter Raum gegeben worden. Dafür spielt auch noch die Erwägung eine Rolle, daß Länder wie Georgien auf absehbare Zeit mit knappen Personalressourcen in Justiz und Anwaltschaft (ebenso auch etwa bei den Wirtschaftsprüfern) haushalten müssen. Die Rekrutierung und Ausbildung der Richterschaft wird den Vorrang vor jener der Anwaltschaft genießen müssen, so daß sich der erforderliche, wegen der allgegenwärtigen Komplexität erstklassige juristische Sachverstand auf absehbare Zeit in den Gerichten konzentrieren wird, während vielleicht ein Mangel an tauglichen Konkursverwaltern und überhaupt Rechtsanwältinnen herrscht. Ausländische Anwaltsfirmen können oder sollten diese Lücke nicht mehr als nötig füllen.

c) Kaufmannskonkurs und Wirtschaftsverfahren

Konkursverfahren nicht als allgemeine Rechtseinrichtung für jedermann, sondern als besondere Institution der Kaufleute, allgemeiner: der Wirtschafttreibenden, aufzufassen, entsteht als Konzeption wohl schon in den großen mittelalterlichen Handelsstädten (vor allem in Oberitalien) und wächst sich namentlich im Frankreich des 17. Jahrhunderts und dann in Napoleons Code de commerce von 1807 zum kennzeichnenden Merkmal einer ganzen

Konkursrechtsfamilie aus. Von dort aus tritt das "Fallimentsrecht" im 19. Jahrhundert einen zunächst französisch-imperial oktroyierten, später zu rechtspolitischen und ökonomischen Modernisierungsdiskussionen sublimierten Siegeszug an, auch bis in den Osten hinein (Preußen, Polen, Balkan, zuletzt wohl auch zaristisches Rußland). Noch heute belastet der fortbestehende Systemunterschied z.B. die Rechtsangleichungsarbeiten in der EG/EU (siehe oben I 1 und unten III 2).

Die Beschränkung des Insolvenzrechts auf wirtschaftlich relevante Sachverhalte - modern ausgedrückt: auf Unternehmen (und sogar rechtsformabhängig auf Gesellschaften und juristische Personen) - scheint dem Bedürfnis und den Realitäten zu entsprechen, indem auch im Westen nur verhältnismäßig wenige "Privatkonkurse" vorkommen, sieht man namentlich von den Nachlaßkonkursen ab. Rein praktisch bestehen daher keine Bedenken gegen die Berücksichtigung von Wirtschaftssachverhalten als Hauptanwendungsfall eines Konkursgesetzes, wohl aber dennoch gegen jede Art von Exklusivität oder Spezialität der Materie als Ganzes. Theoretisch handelt es sich nämlich um die Schaffung eines Sonderrechts. Das ist im Privatrecht unerwünscht, weil dieses auf Allgemeinheit und Gleichheit baut. Privilegierungen und besondere Restriktionen, Selbstregulierungsinstrumente wie Sondergerichte (etwa mit Laien besetzte Handelsgerichte) und andere Organisationszwänge sowie ständische Regeln überhaupt sind auch Wettbewerbshindernisse und zugleich Ansatzpunkte für staatliche Kontrollmechanismen (siehe im Zusammenhang mit dem pönalen System bereits oben a). Die Kompetenz des Handelsgerichts zur Eröffnung eines Fallimentsverfahrens nicht nur auf den Antrag Privater, sondern von Amts wegen oder auf Antrag des "Ministère public" (des "Staatsanwalts") ist hierfür ein Beispiel. Rein praktisch ist dieser wie jeder Sonderstatus mit dem Nachteil zusätzlicher Feststellungs- und Beweisanforderungen behaftet, die im Zweifel zur Ausweitung (etwa vom Kaufmann auf alle Geschäftstätigen) und damit zur letztlich Aufgabe des Prinzips führen.

Besonders bedenklich ist das Element des Zunft- oder Gruppenzwanges, soweit dieser sich aus dem Sonderstatus zu legitimieren sucht. Nicht von ungefähr entstammt das Institut des "Zwangsvergleichs" (Konkordat, Akkord usw.) mit seinem Mehrheitszwang bei Schuldenerlässen und Sanierungsmaßnahmen wohl dem historischen kaufmännischen Fallimentsrecht. Heute wird man gewiß nicht zum - bei allgemein-privatrechtlicher Konstruktion als Vertrag an sich vorgegebenen - Einstimmigkeitsprinzip zurückkehren wollen, aber die Legitimation und Grenzen des Mehrheitszwanges bleiben ein Problem (siehe noch unten 2). Es würde durch das verallgemeinernde Postulat einer ökonomisch determinierten und legitimierten Gläubigerautonomie, also einer Autonomie der Wirtschaftsbeteiligten in dieser ihrer Eigenschaft, noch verschärft werden. Eine solche Gläubigerautonomie der Privilegierten entspricht gerade nicht der seit der Französischen Revolution ideologisch geheiligten Privatautonomie, sondern

enthält ältere Elemente korporativen Rechtsdenkens einschließlich des Gedankens des Zunftzwanges, hatte in ihrer napoleonischen Ausprägung mithin auch nichtfreiheitliche Wurzeln. Allenfalls kann man von einem Konflikt zwischen Wirtschaftsfreiheit und Privatrechtsfreiheit sprechen, der das Insolvenzrecht seitdem durchzieht. Ein solcher Konflikt ist jedoch nicht legitim. Die Wirtschaftsfreiheit ist vielmehr nur Teil der Privatrechtsfreiheit, und die insolvenzrechtliche Gläubigerautonomie eben nur nach dieser Maßgabe legitim.

Die mangelnde Allgemeinheit des Konkursverfahrens in einigen westlichen Rechtsordnungen entspricht verblüffend der mangelnden Allgemeinheit des sozialistischen Wirtschaftsrechts einschließlich der Zuständigkeit einer speziellen Arbitragegerichtsbarkeit. Diesen Fehler sollte man in Georgien im Insolvenzverfahrensgesetz weder perpetuieren noch wiederholen: "Schuldner" sei jeder Private, zuständig die Zivilgerichte. Hinzugefügt sei, daß das gegen spezielle kaufmännische und Wirtschaftskonkurse Gesagte prinzipiell auch gegen spezielle "Verbraucherkonkurse" und andere statusgebundene Sonderformen gilt, besonders wenn damit, wie bei gewissen Formen der sog. Restschuldbefreiung die Zuweisung eines besonderen, nämlich abhängigen und damit besonders niedrigen Status verbunden ist.

2. Modernes Insolvenzrecht

a) Deutsche KO von 1877/79 als historischer Kompromiß

Die deutsche Konkursordnung von 1877/79 hatte zunächst Bedeutung als einer der ersten Schritte zur Herstellung der deutschen Rechtseinheit im Geist der Nationalkodifikation, aber auch als rechtspolitisches Momentum. Militärisch war Napoleon 1815 bei Belle-Alliance und Waterloo geschlagen worden, rechtspolitisch Deutschland aber ein Schlachtfeld zwischen "französischen" und "deutschen" Rechtsideen geblieben. Französisches Fallimentsrecht (oben 1 c) war vor allem in den ehem. Besatzungsgebieten und Vasallenstaaten am Rhein in Geltung geblieben und machte den aus gemeinem Konkursprozeßrecht (oben 1 b) und zahllosen Partikulargesetzen zusammengesetzten deutschen Flickenteppich noch buntscheckiger. Im territorial vergrößerten Preußen waren auf diese Weise drei unterschiedliche Konkursrechtssysteme in Geltung. Innerpreußisch entfaltete von der Rheinprovinz aus das französische Prozeß-, Handels- und Fallimentsrecht beträchtlichen Impact. Politisch und ökonomisch wurden gegenüber dem restlichen, eigentlichen Preußen Forderungen nicht unähnlich dem heutigen Transformationsprozeß erhoben. Der rheinfranzösischem Einfluß führte denn auch bald nach dem deutschen Take-off der Industrialisierung (etwa 1842) in Gestalt der Konkursordnung von 1855 (PrKO 1855) zur Modernisierung des (altpreußischen) Insolvenzrechts, aber nicht - dies gehört zu den Ironien der

preußisch-deutschen Konkursrechtsgeschichte - zur Einführung der PrKO 1855 Konkursgesetzes in die Rheinprovinz und damit nicht zu der primär angestrebten preußischen Rechtseinheit; man zierte sich im deutschen Westen mit der Einheit, wie man es im Jahre 1990 wieder getan hat (siehe unten 3 b). Immerhin war mit der PrKO 1855 ein preußisches Modell für die gesamtdeutsche Nationalkodifikation geschaffen worden. Dennoch nötigte die KO 1877/79 ihren (preußischen) Schöpfern erneut ein Höchstmaß an kodifikatorischer und konzeptioneller Qualität ab, um für die anderen deutschen Einzelstaaten konsensfähig zu sein. Es gelang.

Das Erfolgsgeheimnis der KO 1877/79 war wohl, im internationalen Vergleich, ihre Modernität. Unter dem Eindruck schwerer Wirtschaftskrisen trotz immensen globalen Aufschwungs (1847/48, 1857, 1866 und 1873) hatten der preußische und der deutsche Gesetzgeber als erste (zu erwähnen aber auch Belgien 1851) versucht, im Jahrhundert der Industrialisierung den Anforderungen einer sich immer rascher entwickelnden und liberalisierten Wirtschaft und Gesellschaft gerecht zu werden, ohne den Boden eigener und althergebrachter Prinzipien ganz zu verlassen. Historisch kam sodann zupass, daß in Frankreich als dem Mutterland des überwiegend als vorbildlich empfundenen Fallimentsrechts (oben 1 c) längst überfällige Reformen versäumt worden waren und sich in Deutschland die Chance geboten hatte, gleichsam die Reform des französischen Rechts auf deutschem Boden zu vollziehen und - übrigens unter prononcierter Heranziehung der damals aktuellen anglo-amerikanischen Reformgesetzgebung ((USA 1867, England 1869 und 1870) - mit dem neuen Produkt auch international die Schrittmacherrolle zu übernehmen. Die KO 1877/79 als "das beste der Reichsjustizgesetze" erzeugte folgerichtig, wie vordem die PrKO 1855, eine Rezeptionswelle im Ausland oder beeinflusste wenigstens die Reformen des ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts (Ungarn 1881, Italien 1883, Großbritannien 1883, Spanien 1885, Frankreich 1889, Schweiz 1889, Niederlande 1893, USA 1898, Österreich 1914), die noch heute die Fundamente unseres Insolvenzrechts darstellen.

Nicht ideologisch blinde, schematische Rezeption oder Transformation, sondern kreative Symbiose, Synthese oder historischer Kompromiß zwischen französischem und deutschem Recht kennzeichnete somit das neue Reichskonkursrecht (ebenso wie etwa das Zivilprozeßrecht). In die KO 1877/79 hat man nämlich einerseits die "französische" Beschränkung auf Kaufleute nicht übernommen, andererseits aber so viel vom französischen Fallimentsverfahren, daß man von einer Generalisierung des Kaufmannskonkurses für alle Privaten sprechen kann. Verallgemeinert wurde und verstärkt, zugleich aber ihrer ökonomischen oder zukunftmäßigen Legitimation beraubt damit auch die Gläubigerautonomie. Ebenso wurde der (konkursbeendende) Zwangsvergleich für jedermann möglich, damit allerdings auch der Zwang. Das rechtfertigte der Gesetzgeber unter anderem aus einer Konstruktion des Konkurses als besondere,

vielleicht sogar vertrags- oder gesellschaftsähnliche Rechtsgemeinschaft, in deren Händen die Abwicklung des Konkurses liege. Die Motive (Begründung des Gesetzgebers) zur KO 1877/79 sagten grundsätzlich: "Das Konkursverfahren als solches ist nicht ein Prozeß, es ist eine unter richterlicher Autorität sich vollziehende Auseinandersetzung des seine Leistungen einstellenden Schuldners mit allen Gläubigern desselben. Eine gewisse Ähnlichkeit ist unverkennbar mit der Liquidation einer kaufmännischen Firma."

Wer hierin nichts weiter als eine hochliberale Wende erkennen wollte oder will, übersieht zunächst: Die - scheinbare (siehe sogleich unten) - prinzipielle privatautonome Verfügbarkeit des Verfahrens wird jetzt allgemein und gerade nicht mehr ökonomisch gerechtfertigt. Zwar wird den Wirtschaftenden unter den Gläubigern dadurch noch größere Freiheit als unter Zunftbedingungen (oben 1 c) eingeräumt, zugleich aber ihre ökonomischen Interessen nicht mehr institutionell privilegiert. Die Gläubigerstellung berechtigt nicht nur, sondern bindet und verpflichtet auch, ist Solidar- und Verlustgemeinschaft "im gleichen Interesse Aller", also nach gleichen Privatrechten.

Über allem Liberalismus darf man namentlich vor allem nicht übersehen: die "Autorität des Gerichts" als entscheidende Maßgabe für jede Gläubigerautonomie. Die Letztentscheidung gehört der objektiven Instanz, die ihrerseits unabhängig über gleiche Rechte entscheidet (insofern bedeutete z.B. die Streichung des französisch-preußischen Verweigerungsgrundes des Ordre-public-Verstoßes bei der richterlichen Bestätigung des Zwangsvergleichs zugleich eine Befreiung des Gerichts von der öffentlich-rechtlichen Pflicht zur Aufrechterhaltung bestimmter Vergleiche). Historisch ging es ohnedies mehr um die Abwehr der gemeinrechtlichen Erkenntnisprozeßformen und ihre Ersetzung durch ein eigenartiges, aber äquivalentes neues Verfahren, und nicht etwa um eine Einschränkung der strengen Verfahrensförmigkeit und der Rechtsschutzgarantien überhaupt. Auch dies war liberal gewesen, ohne ökonomistisch zu sein.

Ein Zwangsvergleich zur Konkursabwendung war übrigens nicht vorgesehen - ein gegengewichtiges Element der Strenge ebenso wie das ausführlich geregelte Konkursstrafrecht. Es ist daher insgesamt nicht verwunderlich, daß die KO 1877/79 ganz gegensätzliche Reaktionen erfahren hat. Manchen war sie viel zu liberal. Parlamentarische Verschärfungsanträge wurden bereits 1893 damit begründet, das Gesetz sei "ein Kind manchesterlicher Ideen, zugeschnitten auf den Großhandel und ausgehend von der irrigen Ansicht, daß der Konkurs im Regelfall unverschuldetes Unglück sei." Die auf Verschärfung zielenden Anträge blieben damals ebenso erfolglos wie die gegenläufigen Bestrebungen zugunsten einer konkursprophylaktischen Sanierung, also eines konkursabwendenden Zwangsvergleichs. Welche dieser Richtungen hätte rechtzeitig den - wie ein späteres geflügeltes Wort sagen wird - "Konkurs des Konkurses" verhindern können? Und handelte es sich auch um einen "Konkurs

der Konkursordnung“ oder nicht doch um ein Versagen etwa der Randbedingungen, oder gar eines der Ökonomie? Nichts drückt die historische Zweifelhaftigkeit der Verdammung des Gesetzes mehr aus, als daß auf dem Höhepunkt der jüngsten deutschen Insolvenzrechtsreform einer der privaten deutschen insolvenzrechtlichen Arbeitsgruppen gemeint hat, mit einigen punktuellen Änderungen der KO 1877/79 ließe sich die gesamte Reformdiskussion der letzten 20 Jahre befriedigt zu den Akten legen, eine Totalreform sei nicht erforderlich.

Aus heutiger Sicht bewahrt die KO 1877/79 bis hin zu ihren Derivaten wie der VglO 1927/1935 (unten b) und der GesO 1990/91 (unten 3 b) und ihrer Nachfolgerin wie - im Kern immer noch - der InsO 1994 den für ein Land wie Georgien schätzbaren Vorteil der Stringenz und Qualität ihrer Konstruktionen sowie ihrer - wenn man dies so sagen darf - zeitlosen Modernität. Dies ist auch der Grund gewesen, den Beratungen für ein georgisches Insolvenzverfahrensgesetz dieses klassische Modell zugrunde zu legen.

b) Gesamtwirtschaftliches und soziales Krisenrecht

Das Ende der alten Ordnung mit dem I. Weltkrieg und seinen katastrophalen Erschütterungen aller Lebensbereiche spiegelte sich auch im Insolvenzrecht wider. Hatte man noch im 19. Jahrhundert die sog. Moratoriengesetzgebung (d.h. die Möglichkeit eines allgemeinen Schuldenerlasses oder Stundung durch Gesetz oder Regierungsakt in bestimmten Notsituationen) und auch Rechtsinstitute wie die sog. Vermögensabtretung (*cessio bonorum*) als schädlich für Geschäftsmoral und damit die Wirtschaftsentwicklung radikal beseitigt, zwang bereits der Ausbruch des Krieges wieder zu wirkungsgleichen Maßnahmen wie der sog. Geschäftsaufsicht.

Nach dem Krieg wurde von Unternehmerseite als potentiellen Konkurschuldnern die - schon lange gewünschte - konkursprophylaktische Sanierung der “schuldlos”, nämlich durch externe Faktoren wie Wirtschaftskrisen, Inflation oder politische Unsicherheit in Schwierigkeit geratener Betriebe als unabweisbar artikuliert. Die soziale Komponente trat angesichts der Massenarbeitslosigkeit bereits in Forderungen nach Betriebs- und Arbeitsplatzhaltung hervor. Sozialismus (sogar Bolschewismus), Sozialisierungen und andere gesamtgesellschaftliche und gesamtwirtschaftliche Wirtschaftsmodelle einschließlich des Gedankens der Mitbestimmung standen zur Diskussion.

In diesem Klima wurde in Deutschland ein gerichtliches konkursabwendendes Vergleichsverfahren geschaffen (VglO 1927), “in erster Linie mit Rücksicht auf die Gesamtwirtschaft”, die “nicht gleichbedeutend mit den Interessen der Gläubiger des einzelnen Schuldners” sei, sondern, angesichts “volkswirtschaftlicher Einsichtslosigkeit” von Gläubigern entscheidend, “ob es

sich um einen Schuldner handelt, dessen Erhaltung sich wirtschaftlich lohnt.“ In der nationalsozialistischen Zeit (VglO 1935) hieß es dann in typischer Phrasologie: “das Volksganze” und: “Gemeinnutz geht vor Eigennutz.” Das gesamtwirtschaftliche Interesse sollte vom Gericht mit Unterstützung der “amtlichen Berufsvertretungen” beurteilt werden. Abgesehen hiervon blieben aber jene gesamtwirtschaftlichen Kategorien gesetzgeberisches Motiv und erschienen nicht im Gesetzes-text selbst (anders als heute etwa im französischen Sanierungsgesetz von 1985). Nicht einmal die “Vergleichswürdigkeit” des Schuldners wurde als solche im Gesetz genannt. Der Sache nach wurde sie vorausgesetzt und primär anhand seiner Fähigkeit zur Leistung einer Mindestquote (30% bzw. 35% bzw. 40% seiner Verbindlichkeiten) beurteilt. Im übrigen blieb man für das Vergleichsverfahren bei einer dem Konkursverfahren strukturell entsprechenden Zivilverfahrensform, so daß die rechtspolitischen Ergebnisse insgesamt weniger dramatisch waren als ihre Prämissen.

Der II. Weltkrieg brachte wieder Kriegs- und Nachkriegsnotrecht wie in Deutschland z.B. das richterliche Vertragshilfsrecht. Wegen der nach dem II. Weltkrieg in Westdeutschland rasch und drastisch verbesserten Wirtschafts- und Wohlstandsbedingungen ergab sich hinsichtlich des Vergleichsrechts als rechtspolitische Frage lediglich die vollkommen berechnete, aber letztlich rechtstechnische Forderung nach der Beseitigung der sog. Zweispurigkeit des Insolvenzrechts und die Zusammenfassung und Abstimmung (z.B. durch eine “Atempause”) von Vergleich und Konkurs in einem Gesetz nach ausländischen Vorbildern. Gesamtwirtschaftliche Ideen erwachten aber sofort wieder, als in den siebziger Jahren konjunkturelle und strukturelle Veränderungen der Weltwirtschaft (Ölkrise, Währungs- und Massenarbeitslosigkeit, Rationalisierung) Unruhe in das inzwischen nach den gemachten historischen Erfahrungen ausgebaute System der Sozialen Marktwirtschaft brachte. Um diese zu bewahren und zu vollenden, stand noch die erste Phase der aktuellen deutschen Insolvenzrechtsreform (1978-1985) unter dem Einfluß von Ideen wie die vom “Konkursrecht als Wirtschaftsrecht” und insbesondere der sozialverträglichen und sozialpflichtigen (und damit etwa auch kollektiv mitbestimmten) Sanierung oder Reorganisation. Das trug ihr außer dem Vorwurf der “Sanierungseuphorie” andere gewichtige ein wie den der “Sozialisierung” und der Konfiskation (gesicherter) Gläubigerrechte ein, außerdem Kritik wegen der betriebswirtschaftlichen Unrentabilität (“Sanierungstropf”). Die Kritik zielte aber z.B. auch auf die starke Sicherung und Privilegierung von individuellen Arbeitnehmerrechten (Vorrecht für rückständige Lohnforderungen, Kündigungsschutz, “Sozialpläne”, Konkursausfallgeld”), während die Arbeitnehmerseite ihrerseits kollektiv verstärkt die Betriebserhaltung als Arbeitsplatzerhaltung forderte. Hiergegen konnte man wiederum den angestrebten Subventionscharakter des Insolvenzrechts sowie die aus der Erhaltung von (Groß-) Unternehmen entstehenden Wettbewerbsverzerrungen einwenden. Es geht, kurz

gesagt, auch beim Sozialen um ökonomische Privilegierung.

Das Wesen offen gesamtwirtschaftlicher und sozialer Insolvenzrechtskonzeptionen liegt naturgemäß im politischen und ideologischen Bereich, hängt also ab von grundsätzlichen Anschauungen über Recht, Gesellschaft und Wirtschaft einschließlich der Wirtschaftsverfassung. Auch im Westen finden sich dafür keine einheitlichen Lösungen. Die "planifizierten" Wirtschaftssysteme wie die Frankreichs oder Italiens haben traditionell weniger Probleme mit einem offenen gesamtwirtschaftlichen Ansatz. Deutschland konnte sich lange auf seine "Soziale Marktwirtschaft", in Wahrheit aber auf vor allem auf Wachstum und Konjunktur verlassen. Insolvenzpolitik ist zwar als Teil der Wirtschaftspolitik (in Deutschland insbesondere auf Grund des sog. Stabilitätsgesetzes) möglich, wird jedoch bislang eher in der Subventionspolitik versteckt oder nur für Notfälle und Notzeiten revitalisiert. Der politische Wille zu offener, direkter Insolvenzpolitik erscheint in Deutschland inzwischen, bei einer Wirtschaftspolitik möglichst freier, offener und deregulierter Märkte, praktisch wieder nichtexistent und dieser Zustand im Insolvenzrechtsreformgesetz von 1994 sublimiert und abgesichert. Es gibt rückläufige Bewegungen, und zwar auch von der Art, daß vorgeblich "soziale" Rechtsinstitute wie die discharge der anglo-amerikanischen Rechtsordnungen, "Verbraucherkonkurse" oder Restschuldbefreiungen als neoliberale Schuldtürme ins Zwielicht geraten (siehe bereits oben 1 a und c).

Wenn wie Georgien viele Transformationsländer gerade in die gesamtwirtschaftlichen und soziale Komponenten ihrer neuen Insolvenzgesetze große Hoffnung setzen (oder umgekehrt sie, je nach deren Ausgestaltung, aus Furcht vor den sozialen und gesamtwirtschaftlichen Konsequenzen suspendieren - siehe noch unten 3 a), so werden sie notwendig enttäuscht werden. Denn mit dieser Betrachtungsweise ist das Insolvenzrecht prinzipiell, nämlich politisch überfordert. Ein "soziales" Insolvenzrecht setzt sich demselben Bedenken aus wie ein "marktkonformes" Insolvenzrecht (siehe noch unten c), nämlich fundamentale sozioökonomischer Probleme im Insolvenzrecht lösen zu wollen statt außerhalb. Weder eine Insolvenzpolitik noch die sie tragenden ökonomischen Gesichtspunkte sind nämlich als solche justitiabel. Es ist mindestens zweifelhaft, ob sich das zutiefst privatrechtliche Institut des Konkurses zur direkten wirtschaftsrechtlichen Regulierung eignet. Deshalb sind Gemeinwohl-, Sozial- und Wirtschaftlichkeitsklauseln aller Art in einem Konkursgesetz möglichst zu vermeiden und die Lösung zugrundeliegender Konflikte kraft richterlicher Entscheidung auf das auch sonst im Privatrecht übliche Maß zu beschränken.

c) "Marktkonformes Insolvenzrecht"

Die Vorstellung eines "marktkonformen Insolvenzrechts" versteht sich als Gegensatz zum sozialen Konzept (oben b). Dieses Konzept prägt die deutsche

Diskussion und Legislation seit 1985 bis heute (InsO 1994) als Folge des politischen Wechsels von einer sozial-liberalen zu einer christlich-liberalen Regierungskoalition. Die Konzeption ist nicht unwesentlich beeinflusst von US-amerikanischen neoliberalen Vorstellungen. Sie hat bereits großen Einfluß in den Transformationsländern gewonnen (unten 3).

Dieses Konzept zeichnet sich deshalb durch einen ideologisierten, eigentlich nichtjuristischen Ansatz aus. Die Insolvenzabwicklung wird auf das Ökonomische, und zwar auf das Mikroökonomische verengt und dies im wesentlichen mit Gläubigerwirtschaft gleichgesetzt. Schlagworte sind: "Vermögensorientierung" im Unterschied zu organisatorischen, umstrukturierenden Verfahrenszielen; "Gleichrang von Liquidation und Sanierung", d.h. kein Vorrang der Sanierung; "Deregulierung", verstanden als Vorrang von "Verhandlungslösungen" gegenüber gesetzlichen oder gerichtlichen Regelungen, darunter auch die "sanierende Liquidation" als fleischgewordene *contradictio in adiecto* des Insolvenzrechts; "Wettbewerb um die beste Verwertungsart"; "Verzicht auf Zwangseingriffe in Vermögensrechte", was insbesondere als Schutzprinzip für gesicherte Gläubiger, aber auch für ökonomische Machtpositionen verstanden wird; deshalb darf Insolvenzrecht auch nicht die "Investitionsfreiheit" verletzen; "finanziell Unbeteiligten" wie Gewerkschaften, Berufsorganisationen oder der Staat sollen keine Mitbestimmungsrechte im Verfahren haben. Hervorzuheben unter den charakteristischen Rechtssätzen ist etwa, daß die Gläubiger ähnlich der früheren Mindestquote (oben b) nicht gezwungen sein sollen, einen Insolvenzplan (Zwangsvergleich) unter dem sog. Liquidationswert zu akzeptieren. Es soll mithin keine Sanierung möglich sein, die unter Forderungsverzicht bzw. Stundung allein auf die günstige wirtschaftliche Prognose baut und nicht auf die kurzfristige Perspektive der Liquidation.

Diese Konzeption ist auch im Westen beträchtlichen Einwänden ausgesetzt. Man hat etwa bemerkt, daß jede mit Wettbewerbsprinzipien hantierende Konzeption übersieht, daß es keinen echten Markt für Insolvenzen bzw. für insolvente Unternehmen gibt, vielmehr der Marktaustritt gerade nach der im Gesamtinteresse ordnenden, "sichtbaren Hand des Rechts" verlangt (siehe bereits oben I 3 a.E.). Dem Insolvenzverfahren einen durch Marktstrategien bestimmten Warencharakter nicht zuzubilligen, ist die eigentliche ordnungspolitische Aufgabe. Hinzuzufügen ist unter anderem, daß im Insolvenzrecht keine Markt- oder Wettbewerbsbedingungen rein durchgeführt werden können, die außerhalb des Insolvenzverfahrens gerade nicht existieren. Mindestens wären insoweit auch im Westen tiefgreifende flankierende Reformen etwa des Kreditsicherungs- und Bankenrechts, des Gesellschaftsrechts und auch des Wettbewerbsrechts vonnöten. Heute fällt es jedenfalls noch schwer, den Marktaustritt als Ergebnis eines reinen Wettbewerbsprozesses zu verstehen.

Die Gläubigerautonomie insbesondere ist bedenklich, wenn sie als Gläubigerherrschaft einzelner Gläubiger oder Gläubigergruppen und damit als

Verletzung der Privatrechte anderer in Erscheinung tritt. Das Postulat der Gläubigerautonomie, wonach diese deshalb zur Entscheidung über das Schuldnerschicksal berufen sind, weil es "ihr Geld" und ihr Risiko sei, um das es gehe, ist als Fundamentalposition aller marktkonformen Modelle mit großer Vorsicht zu betrachten. Unterschätzt wird infolge der Faszination mit der Gläubigerautonomie im Konkursverfahren der Gesichtspunkt der Gläubigerverantwortlichkeit für den Konkurs. Der wirtschaftliche Niedergang des Schuldners ist in vielen Fällen gerade durch die Gläubiger verursacht worden. Im Westen handelt es sich typischerweise um die Banken, häufig genug aber auch die Warenlieferanten, die den Schuldner durch riskante Kreditgewährung bei gleichzeitiger Übersicherung erst in die Insolvenz treiben, um dann im Konkursverfahren als dominierende Großgläubiger noch einmal über die wirtschaftliche Zukunft nach eigenem Interesse zu entscheiden, wobei auch und gerade eine Sanierung (besonders in der Form der "Sanierungsliquidation", die nur eine Ausschlichtung darstellt) egoistischen Zielen dienen kann. Kleinere Gläubiger, der Staat mit seinen Forderungen und der Schuldner haben das Nachsehen. Dieses Problem der Großgläubigerdiktatur (und überhaupt das der wirtschaftlichen Macht siehe oben I 3) haben die westlichen Insolvenzrechtssysteme bislang nicht befriedigend gelöst. Insofern handelt es sich bei "marktkonformem" bloß um machtkonformes Insolvenzrecht.

Verallgemeinernd hat man bei der Projektion reiner Marktverhältnisse auf Insolvenzverfahren von einem Mißbrauch ökonomischer Rationalität und polemisch von Sozial-Darwinismus gesprochen. Bedenklich stimmt auch, daß in der Realität die letzten 200 Jahre immer freieren Wirtschaftens die Insolvenzstatistiken stetig überproportional etwa zur Bevölkerungszahl gestiegen sind (z.B. Deutschland 1905: 7.700 eröffnete Konkurse bei 61 Mio. Einwohnern; 1995: ca. 30.000 bei 81 Mio. Einwohnern). Typisch sind auch die westlichen Reformspiralen, also die Akzeleration von Insolvenzrechtsreformen, die sich etwa in den USA in immer geringeren Reformabständen zwischen den Gesetzen von 1898, 1938, 1978, 1984, 1986, 1994 äußert. Frankreich - 1889, 1955, 1967, 1985, 1994 - ist ein europäisches Beispiel für dieses Phänomen, das nur die Hilflosigkeit gegenüber den verursachenden ökonomischen Problemen ausdrückt und die stets neue Illusion dokumentiert, das Insolvenzrecht sei das Insolvenzproblem, nicht die Insolvenzen (siehe bereits oben I 3, am Ende).

Das Fehlen objektiver, staatlich-administrativer Kontrollen kann man ebenfalls als ein Kennzeichen westlicher marktkonformer Insolvenzrechtsmodelle ansehen. Staatliche Insolvenzaufsicht ist Anathema (umstrittene Ausnahmen gelten für Banken und Versicherungen). In der Tat fehlt es etwa schon an den einfachsten Entscheidungsgrundlagen wie einer hinsichtlich der Insolvenzzursachen aussagekräftigen Insolvenzstatistik. Empirisches Detailwissen wie die Insolvenzanfälligkeit von Neugründungen oder die entscheidende Rolle der Managementfehler oder auch die tatsächliche Struktur von Insolvenzverfahren

beruht häufig auf schmaler Datenbasis oder auf Alltagstheorien und Vermutungen. Insofern ist es aber sehr aufschlußreich, daß gerade in den USA in der Reform von 1994 eine ständige "National Bankruptcy Review Commission" etabliert worden ist - vielleicht der Anfang einer wirklichen Insolvenzaufsichtsbehörde, wie sie der Westen bislang nicht kennt. Dergleichen empfiehlt sich wohl von Beginn an auch für Georgien, ebenso übrigens wie eine gute Insolvenzstatistik: Kennt man die Fakten, kennt man den Markt, und kennt man den Markt, kennt man die Insolvenzen.

3. Bisherige Entwicklung in den Transformationsländern

a) Rezeption, Restauration und Reform

Nach dem zuletzt Gesagten empfiehlt es sich, mit Nüchternheit an gegenwärtige westliche Insolvenzrechtsmodelle heranzugehen, besonders an die "marktkonformen" (oben 2c). Die Entwicklung der Insolvenzgesetzgebung in den postsozialistischen Ländern ist jedoch bislang durch die Übernahme gerade solcher Modelle geprägt (Tschechische Republik und Slowakei 1991/94, Ungarn 1991/92, Rußland 1992, Ukraine 1992, Estland 1992, Bulgarien 1994, Rumänien 1995, Albanien 1995).

Eigenständige Entwicklungen sind die Ausnahme geblieben. Die schüchternen Versuche zur Schaffung eines sozialistischen Insolvenzrechts in einigen Ländern in den Jahren nach 1983 (siehe oben I 3) scheinen die politischen und wirtschaftlichen Änderungen meistens nicht überlebt zu haben und gehören bereits der Rechtsgeschichte an.

Sonderfälle sind etwa die ehem. DDR (unten 2) sowie Polen, das auf sein zwar funktionslos gewordenes, aber formell fortgeltendes Konkursgesetz von 1934 zurückgreifen konnte. Das polnische Beispiel gibt aber zu der Frage Anlaß, warum die Transformationsländer nicht häufiger den naheliegenden Weg, an vorsozialistische, bürgerliche Traditionen anzuknüpfen gegangen sind. Immerhin hat es in allen diesen Ländern früher Konkursgesetze gegeben, die man wenigstens als Provisorium hätte wieder in Kraft setzen können, was im allgemeinen auch den Vorteil gehabt hätte, außer den alten Gesetzestexten auch die frühere Rechtsprechung und Literatur als nationale Quellen benutzen zu können. Man ist aber auch in anderen Rechtsmaterien zumeist nicht den Weg zurück gegangen, wie z.B. die vielen neuen Zivil- und Handelsgesetzbücher, Gesetze über das Gesellschaftsrecht usw. zeigen. Hinter die Phase des Sozialismus führt anscheinend kein Weg zurück, die Transformation ist keine bürgerliche Restauration. Dies ist eher zu bedauern, weil historische und nationale Rechtstraditionen erneut zugeschüttet werden und der Sozialismus auf diese Weise einen zweiten Sieg - genauer: seinen ersten eigentlichen Sieg - feiert.

Auf dieses Phänomen muß man um so mehr achten, als nicht immer westlicher Einfluß und Modernisierungswille, sondern bloß retardierende Kräfte am Werk sind. Dies zeigt gerade das neue Insolvenzrecht. Die Praxis gemäß den neuen Gesetzen ist nämlich in den meisten Ländern, milde ausgedrückt, noch sehr zurückhaltend. In einigen Ländern sind die neuen Konkursgesetze zunächst formell suspendiert geblieben (so z.B. in der Tschechischen Republik und in Rußland). Es vor allem ist zumeist nicht gelungen, die großen Staatsunternehmen nach neuem Konkursrecht zu sanieren oder zu liquidieren. Diese Unternehmen werden teilweise von der Geltung des neuen Insolvenzrechts ausgenommen (wie zuletzt in Albanien 1995). Der Zusammenhang der neuen Insolvenzgesetze mit den Fortschritten oder Nichtfortschritten der Privatisierung wird hier deutlich (siehe bereits oben I 3). Da es auch sonst reichlich Beispiele für Tendenzen gibt, Rechtseinrichtungen der sozialistischen Zeit aus angeblich anti-restaurativen, in Wahrheit aber aus anti-transformatorischen Motiven beizubehalten, wächst sogar die Gefahr des Verebbens der Transformation in eine sozialistische Restauration.

Allerdings muß man von westlicher Seite mehr als bisher reflektieren, ob Transformation und Modernisierung nach westlichem Muster gewissermaßen a priori gleichbedeutend sind. Der Westen, mit dem IWF/IMF an der Spitze (siehe noch unten b und c), setzt auf eine neoliberale reine Lehre oder wenigstens eine "Schocktherapie", die zuweilen bloß eine stille Übereinkunft zwischen alten westlichen und alten östlichen Machteliten darstellt. Die Insolvenzgesetzgebung in ihrer Komplexität macht dies deutlich, indem hier mit einer bestimmten Insolvenzrechtsstruktur auch das juristische Umfeld übernommen werden mußte, insbesondere auch ein bestimmtes Banken-, Kredit- und Kreditsicherungssystem und damit eine bestimmte Art von Wirtschaften. Das entspricht den heute vorgefundenen Strukturen der Transformationsländer im allgemeinen nicht und führt entweder zur Funktionslosigkeit der neuen Insolvenzgesetze oder absehbar zu ihrem Mißbrauch, insbesondere durch Machtkonzentrationen. Beides sind schädliche, kontraproduktive Effekte.

b) Problematische Beispiele: chem. DDR und Albanien

Das soeben (Oktober 1995) vom albanischen Parlament beschlossene Konkursgesetz illustriert noch einen besonderen Aspekt transformativer Insolvenzgesetzgebung, nämlich den Einfluß internationaler Institutionen wie namentlich des Internationalen Währungsfonds (IWF)/International Monetary Fund (IMF) auf die nationalen Gesetzgeber.

Zu dem neuen Konkursgesetz Albaniens gehört eine ironische Vorgeschichte, die in der chem. DDR spielt: Im Zusammenhang mit der

Wiedervereinigung Deutschlands hatte sich hinsichtlich der ehemaligen DDR ebenfalls ein Transformationsproblem ergeben. Bereits im vereinigungsvorbereitenden Staatsvertrag zur Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion vom Mai 1990 wurde die DDR zur Schaffung eines marktwirtschaftsgerechten Insolvenzrechts verpflichtet. Damit erlegte Westdeutschland der DDR innerdeutsch dieselbe Bedingung auf, wie sie insbesondere der IWF den osteuropäischen Staaten als Voraussetzung etwa für die Gewährung von Weltbankkrediten stellt - im Grundsatz zu Recht (siehe noch unten c).

Die ehem. DDR gehörte freilich zu denjenigen sozialistischen Ländern, die bereits ein Konkursrecht besaßen. Zwar hatte die DDR ab dem Jahre 1975 aus ideologischen und politischen Gründen die bis dahin dort noch geltende einheitliche deutsche KO 1877/79 (oben 2 a) beseitigt, dann aber doch neben gewissen Formen kollektiver Vollstreckung in der neuen Zivilprozessordnung eine eigene "Gesamtvollstreckungsverordnung" (GVVO 1975) geschaffen. Das Gesetz sollte nur für den privaten Sektor gelten und wurde deshalb schon äußerlich kleingehalten. Mit 18 §§ war die GVVO 1975 das wohl kürzeste Insolvenzgesetz der Welt. Es bewahrte aber, mit einigen Abstrichen, Tradition und Struktur der gemeindeutschen Konkursordnung, war also gewissermaßen deren Miniaturausgabe. So gesehen kommt der GVVO 1975 sogar eine bleibende Bedeutung zu, indem sie demonstriert, daß auch ein Konkursgesetz legislatorischen und kodifikatorischen Idealen wie Einfachheit, Allgemeinheit, Kürze und Klarheit genügen kann - ein im Westen seit langem nicht mehr erreichtes Ideal. Auch die neue gesamtdeutsche InsO 1994 ist mit 335 §§ nur scheinbar kürzer als KO 1877/79 und VglO 1935 zusammen, mit ehemals 244 §§ bzw. 132 §§.

Um so interessanter ist es schon unter diesem formalen Gesichtspunkt, daß die ostdeutsche Regelung die Wiedervereinigung strukturell überlebt hat und heute kraft des sog. Einigungsvertrages vom August 1990 immer noch im Gebiet der ehem. DDR gilt, so daß Deutschland insolvenzrechtlich nicht wiedervereinigt ist. Natürlich ist die Form des ostdeutschen Gesetzes kein hinreichender Grund für seine Beibehaltung gewesen, aber eben auch kein Hindernis. Daß man in die ehem. DDR nicht einfach das westdeutsche (und eben bis 1975 gemeinsame) Konkursrecht wiedereingeführt und stattdessen die bisherige GVVO 1975 mit einigen Korrekturen (GVVO 1990/GesO 1990 und 1991) sogar für die Bewältigung von Unternehmensinsolvenzen und Privatisierungsproblemen für ausreichend angesehen hat, unterblieb erklärtermaßen wegen der noch nicht abgeschlossenen westdeutschen (und nunmehr gesamtdeutschen) Insolvenzrechtsreform. Man verkündete politischerseits: Man wolle in Ostdeutschland nicht erst das schlechte alte, sondern lieber möglichst schnell das verbesserte (und gesamtdeutsche) neue, "marktkonforme" Recht (oben 2 c) einführen. Daß man die GVVO 1975 in der GesO 1990/91 in Richtung gewisser neuer Grundsätze der westdeutschen Reformprojekte korrigierte, bedeutet aus dieser Sicht, daß

das ostdeutsche Gesetz "moderner" war als das noch nicht reformierte westdeutsche Recht, und prompt wurden sogar Forderungen erhoben, das ostdeutsche Gesetz zur Grundlage der Reform zu machen! Das war aber schon deshalb nicht realistisch, weil jene politische Begründung scheinheilig gewesen war: Die GesO 1990/91 war nicht in erster Linie altruistische Wohltat für die chem. DDR, sondern die in ihr verkörperte Aufrechterhaltung der innerdeutschen Rechtsspaltung diente als innenpolitisches Druckmittel für die gesamtdeutsche Insolvenzrechtsreform, die damals zu scheitern drohte. Es ist mit diesem bitter-ironischen Vorzeichen, daß die deutsche Entwicklung wohl der erste Fall gewesen ist, daß ein Transformationsgesetz auf den Westen zurückgewirkt hat (siehe noch unten III 3).

In die Zeit unmittelbar nach den innerdeutschen politischen Entscheidungen fielen 1992 die ersten Arbeiten an einer neuen Konkursgesetzgebung für Albanien mit deutscher Hilfe. Albanien hatte mehrere Optionen: Die Erweiterung des im Jahre 1992 gerade geschaffenen Gesetzes über den Konkurs der Staatsunternehmen auf Private; die Rückkehr zum italienisch geprägten Vorkriegsrecht bzw. die Anlehnung an das moderne italienische Konkursrecht; oder die Hinwendung zu einem anderen, europäischen oder amerikanischen Modell. Die albanische Seite entschied sich für einen Entwurf auf der Grundlage der ostdeutschen GesO 1990/1991. Ausschlaggebend waren Erwägungen der Praktikabilität: Albanien würde bei seinem derzeitigen Entwicklungsstand ein einfaches, aber wirkungsvolles Konkursgesetz benötigen. Infolgedessen enthielt der erste, weitgehend an der GesO orientierte Entwurf nur 24 Artikel. Inhaltlich wurden einige der "westdeutschen" Reformelemente aus guten Gründen wieder herausgenommen oder abgeschwächt, weil sie auf Transformationsverhältnisse nicht passen würden. So wurde statt einer starken Stellung dinglich gesicherter Gläubiger ein neuartiges "investives" Vorrecht geschaffen, um die albanische Wirtschaft von hybriden Formen westlicher Kreditsicherungsrechte und Übersicherungen zu verschonen. Und statt extremer Gläubigerautonomie beruhte der Entwurf auf einer gestärkten Stellung des Insolvenzgerichts. Hervorzuheben ist auch eine starke Abneigung der albanischen Seite gegen "milde" Sanierungsregeln, weshalb in Albanien (anders als für Georgien) die "Atempause" im Eröffnungsverfahren (Vorverfahren) entfiel. Ein wichtiges Ziel war auch die Beseitigung des albanischen Gesetzes von 1992 und die Unterstellung der Staatsunternehmen unter das allgemeine Konkursgesetz.

Nachdem der erste Entwurf von 1992 noch einmal - und zwar auf der Grundlage des inzwischen für Georgien weiterentwickelten Entwurfstexts (siehe unten 3)! - überarbeitet und auf rd. 40 Artikel erweitert im Herbst 1994 in das albanische Parlament eingebracht worden war, kam es in Tirana im Winter 1994/95 zu einer dramatischen Intervention des IWF, die das Gesetzgebungsverfahren fast ein Jahr aufgehalten hat. Der IWF verlangte u.a. gegen den Widerstand des federführenden albanischen Finanzministeriums eine Änderung des Entwurfs,

die auf eine Amerikanisierung, Neoliberalisierung oder wenigstens eine "Modernisierung" im Sinne der deutschen InsO 1994 hinauslief. Gefordert wurden: eine stärkere Stellung der (gesicherten) Gläubiger; ein Reorganisationsverfahren im Sinne von Chapter 11 BRA 1978 der USA unter Einschluß von "reorganization liquidations"; Nichtanwendung des Konkursgesetzes auf Banken sowie keine oder nur geringe Einlagensicherung bei Bankinsolvenzen. Hierzu legte der IWF durch seine Rechtsabteilung in Washington, D.C., ausformulierte Entwürfe vor, und zwar teilweise direkt in den Parlamentsausschüssen. Der IWF nahm auch gegen die bisherigen deutschen Berater der albanischen Regierung die Schützenhilfe solcher anderer deutscher Experten in Anspruch, die als Ministerialbeamte noch fünf Jahre zuvor die unmittelbare Vorlage für das albanische Gesetz, die ostdeutsche GesO 1990/1991, als Speerspitze und Druckmittel für die westdeutsche Reform konzipiert und benutzt hatten, sie jetzt aber als "simplizistisch" diskreditierten. Die ironische deutsche Vorgeschichte wurde zum Satyrspiel auf albanischem Boden.

Der IWF war überwiegend erfolgreich. Die Last des aus einem mutilierten und bastardisierten Entwurf hervorgegangenen Gesetzes müssen aber nun die Albaner tragen, und es ist ein schlechtes Omen, daß man zusammen mit der Verabschiedung des Konkursgesetzes per Dekret die großen Staatsunternehmen aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes herausgenommen und sie einer beim Ministerrat angesiedelten Agentur unterstellt hat. Nicht von ungefähr dürfte man zugleich auch das Bankengesetz geändert haben. Eine genaue Beurteilung der neuen albanischen Gesetzes wird freilich erst bei Vorliegen einer Übersetzung in eine westliche Sprache möglich sein, was derzeit noch nicht der Fall ist.

c) Perspektiven für Georgien

Die albanische Entwicklung mit ihrer DDR-Vorgeschichte ist hier nicht ohne Grund etwas ausführlicher geschildert worden. Denn es ist zu befürchten, daß sich eine ähnliche Entwicklung in Georgien wiederholen könnte.

Über die bisherigen Arbeiten an einem georgischen Insolvenzverfahrensgesetz kann hier, weil die Arbeiten noch nicht abgeschlossen sind, nur in Andeutungen berichtet werden. Es kann aber soviel gesagt werden, daß es sich bei dem bisherigen Entwurf (mit 44 Artikeln) um eine erweiterte und veränderte Fassung des seinerzeit für Albanien erstellten Entwurfs handelt (weshalb das nach diesem Entwurf geformte albanische Gesetz von 1995 in einigen Teilen gewissermaßen georgisiertes Konkursrecht darstellt). Der Hauptunterschied in den Entwürfen besteht in einer von der georgischen Seite von Anfang an gewünschten stärkeren "Sanierungskomponente", das heißt, das georgische Insolvenzverfahrensgesetz würde sanierungs- oder reorganisationsfreundlicher

sein als das albanische, was sich besonders in einem der eigentlichen Konkursdurchführung vorgeschalteten außergerichtlichen Sanierungsphase niederschlägt, außerdem in sehr elastischen Zwangsvergleichsregeln (Vorschlagsrechte für jedermann, keine Mindestquote, überschaubare Stimmrechtsregelungen, starke Rolle des Gerichts).

Es erscheint jedoch fraglich, ob selbst ein solches erweitertes Konzept in den Augen des IWF, wenn und soweit sich dieser auch in die georgischen Gesetzgebungsarbeiten einschalten sollte, Gnade finden wird, denn nach wie vor handelt es sich bei den für Georgien vorgesehene Regelungen nicht um solche, die sklavisch dem US-amerikanischen oder dem neuen deutschen Recht entsprechen. Über kurz oder lang würde also auch in Georgien ein Konflikt mit dem IWF drohen und Georgien sich über seine Position klar werden müssen.

Die Frage beantwortet sich nicht von selbst aus der Funktion oder Machtposition des IWF. Diese Organisation ist nämlich ihrerseits nicht allmächtig oder allzuständig, sondern an ihre Statuten gebunden. Danach läßt sich vieles dafür sagen, daß der IWF nicht als Ersatz-Gesetzgeber für die Empfängerländer auftreten darf. Der IWF ist vielmehr darauf beschränkt, Rahmenbedingungen zu setzen, also z.B. die Schaffung einer Insolvenzgesetzgebung zu fordern. Die Details der Gesetzgebung und die Vorlage eigener Gesetzentwürfe oder Modellgesetze sind für den IWF dagegen *ultra vires* (und aus der Sicht der souveränen Empfängerländer unter Umständen verfassungswidrig) und dürfen deshalb auch nicht faktisch zur Bedingung der Gewährung von Hilfe für den betreffenden Staat gemacht werden. Für die eigentliche "juristische Entwicklungshilfe" ist der IWF auch personell gar nicht eingerichtet, und die Konkurrenz des IWF mit Beratungsorganisationen seiner Mitgliedstaaten ist (anders als der Wettbewerb der Berater untereinander) eine Fehlallokation von Ressourcen. Es würde Georgien also gegebenenfalls zu empfehlen sein, gewisse Bestrebungen des IWF prinzipiell in Frage zu stellen. In der zweiten Verteidigungslinie wird es dann aber auf die Sachgründe ankommen.

Abzuwehren ist vor allem die Gefahr falscher Konzepte. Es darf nicht übersehen werden, daß auch das westliche Insolvenzrecht rechtspolitisch nicht statisch ist, sondern sich in steter Entwicklung befindet. Was heute dem Trend und der Mode entspricht, kann morgen als überholt desavouiert werden. Außerdem gibt es auch im Westen Ideologien, die nach Macht streben. So steht der IWF seit zwei Jahrzehnten im Ruf eines Hortes neoliberaler Technokraten, die von Sozialer Marktwirtschaft nichts halten und von den Problemen armer Länder oft nichts wissen oder sie jedenfalls bewußt einer "Schocktherapie" aussetzen wollen. Man kann zudem eine Interessenharmonie zwischen der Politik des IMF und den Strategien der westlichen international tätigen Großunternehmen erkennen. Ein Insolvenzrecht, das auf diese Interessen zugeschnitten wird, mag dann zwar für den Bankenbezirk von Tbilissi oder für die Oberen Zehntausend georgischer Neureicher und Transformationsgewinnler sowie bestimmter

ausländischer Investoren eine gewisse, zweifelhafte Attraktivität haben, nicht aber für den großen Rest der georgischen Wirtschaftsteilnehmer, für die Händler, Handwerker und Bauern, kurz: für die Bürger, auf deren Schultern die Last der Transformation vor allem ruht. Ein Insolvenzrecht nach extremem westlichen Muster würde die Wirtschaftsbedingungen entsprechend prägen (siehe bereits oben a, am Ende) und dementsprechend die dringend notwendigen Existenzgründungen kleiner und mittlerer georgischer Unternehmen belasten.

Bedenkt man dann noch, daß es nicht zuletzt auch um die nationale Souveränität, um die Bewahrung alter und die Entwicklung neuer georgischer Traditionen geht, allgemein also um wirkliche Freiheit und um die Möglichkeit, fremde Hilfe ohne Verlust an eigener Würde annehmen zu können, erweist sich ein Weg, wie ihn der IWF in Albanien eingeschlagen hat und wie ihn westliche Experten zuweilen verfolgen, als gefährlich für die Empfängerländer schon wegen der Zeit- und Reibungsverluste. Nicht von ungefähr entspricht ein Vorgehen wie das des IWF wohl auch nicht dem politischen Willen aller seiner Mitgliedstaaten. Insbesondere entspricht es nicht der Haltung Deutschlands, juristische Beratungshilfe als System-Oktroi zu verstehen. Die zuständigen Organisationen wie die Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) oder auch die Stiftung für Juristische Entwicklungshilfe e.V. verfolgen vielmehr die Politik der Hilfe zur Selbsthilfe. Treffen Länder wie Albanien oder Georgien ihre souveräne Auswahl unter verschiedenen Konzepten, sollte diese nicht durch ökonomische Machtmittel in Frage gestellt werden können. Zu diesen gehören auch die bedrohlichen Prophezeiungen des Fernbleibens ausländischer Investoren. Nach sachverständiger Einschätzung kommt es Investoren realistischerweise nämlich nicht auf eine bestimmte Ausgestaltung, insbesondere auch nicht auf die größere Liquidations- oder Sanierungsfreundlichkeit einer Insolvenzrechtsregelung, sondern auf ihre Berechenbarkeit, also vor allem auf die Rechtssicherheit und die Effizienz der Gerichte an. Diesem Kriterium entspricht der georgische Entwurf besser als die IWF-Modellvorstellungen.

Insgesamt ist zu hoffen, daß die Schaffung eines neuen georgischen Insolvenzrechts im Schoß der Gesetzgebungsorgane der Republik unbeeinträchtigt von externen Einflüssen nach sachlichen Gesichtspunkten erfolgen kann.

III AUSBLICK: INTERNATIONALE ASPEKTE

Die vorangegangenen Ausführungen haben gezeigt, daß das neue georgische Insolvenzrecht ganz unabhängig von seiner Ausgestaltung im einzelnen bereits mitten im breiten Strom einer ebenso historischen wie internationalen Entwicklung schwimmt. Es gibt jedoch noch drei spezifische internationalrechtliche Gesichtspunkte, auf die abschließend wenigstens stichwortartig hingewiesen werden sollte.

1. Internationales Konkursrecht

Die Regeln des Internationalen Konkursrechts betreffen solche nationalen Insolvenzen, die eine "Auslandsberührung" haben, also z.B. Fälle, in denen ein georgischer Schuldner im Ausland Vermögen besitzt oder ein georgischer Gläubiger sich einem im Ausland eröffneten Konkursverfahren seines Schuldners gegenüber sieht. Hier stellen sich dann insbesondere die Fragen nach der internationalen Zuständigkeit georgischer Gerichte zur Eröffnung eines auch im Ausland wirksamen georgischen Konkurses einschließlich der Frage nach dem anwendbaren Konkursrecht, ferner die Frage der Anerkennung ausländischer Konkurse in Georgien.

Das neue Konkursgesetz wird voraussichtlich Normen dieser Art enthalten. Diese werden auf dem Grundgedanken der sog. Universalität und Extraterritorialität beruhen, der heute zunehmend dem internationalen Standard entspricht. Die einzelnen Fragen sind alsdann ungewöhnlich schwierig, weil sich die Kompliziertheit des Kollisionsrechts mit der Komplexität des Konkursrechts mischt. Sie werden deshalb auch in Georgien von Spezialisten näher untersucht werden müssen.

Ein entwickeltes Internationales Konkursrecht ist zugleich eine notwendige Voraussetzung und Konsequenz der erwünschten internationalen Verflechtung der georgischen Wirtschaft und Gesellschaft. Die Materie drängt auch in besonderem Maß hin zur internationalen Vereinheitlichung ihrer Regeln.

2. Internationale Konkursrechtsvereinheitlichung

Über kurz oder lang wird sich für Georgien auch die Notwendigkeit oder das Bedürfnis nach Teilnahme an internationalen Konventionen auf dem Gebiet des Insolvenzrechts ergeben.

Die Rechtsvereinheitlichung kann sowohl eine des Internationalen Konkursrechts (oben 1) wie eine solche des "materiellen", sachlichen Konkursrechts sein. Letztere wird allerdings auch im Westen noch vielfach als reine Zukunftsmusik angesehen, doch ist abzusehen, daß der Gedanke eines "Weltkonkursrechts" eines Tages ebenso Realität werden kann wie es der eines "Weltkaufrechts" bereits heute ist. Hoffnungsvoll insoweit ist, daß sich UNCITRAL inzwischen dem Thema Insolvenzrecht zugewendet hat. Gewisse Ansätze zur materiellen Konkursrechtsvereinheitlichung gibt es auch in der Europäischen Union, vielleicht schon demnächst für Konkurse von Banken und Versicherungsunternehmen.

Im allgemeinen denkt man aber zuerst an eine Vereinheitlichung des Internationalen Konkursrechts, wo man in Europa inzwischen auf den doppelten

Erfolg des - bereits erwähnten (oben I 1) - Europaratübereinkommens von 1990 und des EU-Übereinkommens von 1995 vor allem deshalb stolz sein kann, weil es überhaupt gelungen ist, trotz der Schwierigkeit der Materie solche Übereinkommen zu schließen. Auch hier eröffnet sich für Georgien die Perspektive der Teilnahme an diesen oder anderen Übereinkommen nach Maßgabe seines Integrationsstandes.

Georgien sollte aber über den großen internationalen Perspektiven seine regionalen Interessen und Bindungen nicht vernachlässigen. Diese bestehen naturgemäß am engsten zur GUS, werden sich aber sicherlich bald in alle Himmelsrichtungen erstrecken. Auch hier sollte man, sobald wie es die politischen Verhältnisse zulassen, an eine regionale Harmonisierung auch auf dem Gebiet des Insolvenzrechts denken, wobei eine multilaterale Konkurskonvention vielleicht schon ein mittelfristiges Ziel sein könnte. In besonderen Fällen oder mit für sie wichtigen Staaten könnte die Republik Georgien im Bedürfnisfall kurzfristig bilaterale Konventionen über die gegenseitige Anerkennung von Konkursen schließen. Moderne Modelle hierfür finden sich in Westeuropa zuhauf.

3. Konkursrechtsvergleichung

Die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des (sachlichen wie des internationalen) Insolvenzrechts ist die dritte der hier zu nennenden internationalrechtlichen Hauptdisziplinen. Konkursrechtsvergleichung bedeutet nicht bloß ein akademisches Fach mit komplexitätsbedingt besonders hohen Anforderungen und dementsprechend hohem Erkenntnisinteresse, sondern auf einem Gebiet wie dem Insolvenzrecht auch eine praktische Notwendigkeit.

Dies gilt im Internationalen Konkursrecht (oben 1), indem die kollisionsrechtliche Universalität die Beachtung und Kenntnis ausländischer Rechtsordnungen, oft mehrerer in einem einzigen internationalen Fall, geradezu erzwingt. Dies gilt aber auch für die interne Anwendung und Praxis des neuen georgischen Insolvenzrechts wegen dessen weitverzweigter Verwurzelung in der Rechtsgeschichte (betrachtet als eine Art der Rechtsvergleichung) und in vielen ausländischen Vorbildern, die man zu Rate ziehen muß.

Der Konkurs ist also auch ein Mikrokosmos des internationalen Rechtslebens. Daran wird Georgien in Zukunft wieder vollen Anteil haben. Von besonderem perspektivischem Reiz ist im Westen die Rückkoppelung, das Feedback aus den Transformationsländern. Dies wird nicht auf praktische Details beschränkt sein. Eines Tages könnten die heutigen Geberländer zu Nehmerländern neuer, aus den Transformationsprozessen entstandener Konzepte werden. Es erscheint daher wichtig, die Transformation nicht bloß als vorübergehende Rezeptionsphase zu begreifen, sondern als gemeinsamer Beginn einer neuen Epoche.

ANHANG:

Spezialliteratur zu allgemeinen Transformationsproblemen des Konkurses:

Aghion/Hart/Moore, The Economics of Bankruptcy Reform: J.L.Econ.Org. 8 (1992) 523-546;

Flaschen/DeSieno, The Development of Insolvency Law as Part of the Transition from a Centrally Planned to a Market Economy: Int. Lawyer 26 (1992) 667-694;

Giuliani/Picardi, La "restaurazione" del fallimento nella crisi delle economie pianificate (Riflessioni sul diritto dell'economia): Giur. com. 20 (1993) I 416-429 = in: La restaurazione del fallimento negli Stati socialisti (Rimini 1994) 11-27 (Ricerche sul processo, 5);

Bobotov/Chadajev, L'insolvenza e il fallimento delle imprese in crisi alla luce della nuova politica economica, in: La restaurazione del fallimento (1994) 131-146, mit Appendice di aggiornamento (1992): 147-148;

Horst Kellner, Considerazioni sulla disciplina dell'insolvenza nella Repubblica democratica tedesca, in: La restaurazione del fallimento ... (1994) 75-89;

Kellner, Betrachtungen zum Insolvenzrecht der DDR: WirtR (DDR) 1990, 49-51;

Lübchen/Landfermann, Neuregelung der Gesamtvollstreckung: NJ 1990, 396-401;

Lübchen/Landfermann, Das neue Insolvenzrecht der DDR: ZIP 1990, 829-838;

Landfermann, Elemente der Insolvenzrechtsreform in der Gesamtvollstreckungsordnung, in: Festschrift Franz Merz (1992) 367-386;

Zeuner, Mark, Gesamtvollstreckungsordnung der neuen Bundesländer, Zugleich ein Beitrag zur gesamtdeutschen Insolvenzrechtsreform, Mit einem Vorwort von Stefan Smid (Köln: Verl. Kommunikationsforum Recht Wirtschaft Steuern 1992)(Beitr. zum Insolvenzrecht, 11);

Smid, Insolvenzrecht Ost für ganz Deutschland?: MDR 1992, 1-5;

Smid, Das Insolvenzrecht der neuen Bundesländer- aktuelle Probleme, Eine Zwischenbilanz (Köln: Verl. Kommunikationsforum Recht Wirtschaft Steuern 1994)(RWS-Skript, 273)

Restructuring Third World and Communist Economies - The Neoliberal Eruption, hrsg. von Alex E. Fernández/André Mommen (Themenheft): Int.J.Polit.Econ. 23 (1993/94) Heft 1: Spring 1993, 3ff.;

The Financial Crisis of the Postsocialist State, hrsg. von Bob Jessop (Themenheft):
Int.J.Polit.Econ. 23 (1993/94) Heft 2: Summer 1993, 3ff.;

Bickford Sak/Schiffman, Bankruptcy Law Reform in Eastern Europe: Int. Lawyer 28
(1994) 927-950 1994;

Steiner, Insolvency and Creditors Rights: Int.Bus. Lawyer 1994, 375;

Los, Property Rights, Market and Historical Justice - Legislative Discourses in Poland:
Int.J.Sociol.L. 22 (1994) 39-58.

ბაკოტრების სამართლის რეფორმა და ტრანსფორმაცია

იურგენ თიმე ჰამბურგი და ცაიტი

ჩვენი საუკეთესო მეგობარი სერგო ჯორბენაძე 1994 წლის მაისში ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის საიუბილეო შეკრებაზე, რომელიც ეძღვნებოდა ქართული სამართლის ახალ პრინციპებს, განსაკუთრებით დაინტერესდა გერმანული მოხსენებით გაკოტრების სამართლის შესახებ. ამიტომ ამ ესსეს, რომელიც ჩემს იმჟამინდელ მოხსენებას ეფუძნება, ვუძღვნი ბატონ სერგოს საუკეთესო სურვილებით: Ad multos annos!

I. საფუძვლები

გაკოტრების სისტემა და გაკოტრების სამართალი გარდამავალ ქვეყნებში კვლავაც აღიქმება როგორც რაღაც განსაკუთრებით უცხო მოვლენა. ამასთან გაკოტრებაზე საუბრისას საქმე ეხება ათასწლოვან სამართლებრივ ინსტიტუტს, რომელიც ხელახლა აღმოსაჩენი და მოსაგვარებელია აქტუალური პრობლემების შუქზე. არა მგონია საიუბილეო სტატია შესაფერისი ადგილი იყოს ცალკეული საკითხების და პრაქტიკული პრობლემების განხილვისთვის. გაკოტრების სამართლის განახლების პრობლემატიკის შესახებ არსებული მწირი სპეციალური ლიტერატურიდან გამომდინარე (იხ. ქვემოთ ბიბლიოგრაფიული დანართი) არსებობს ძირითადი პრინციპების განხილვის აუცილებლობა. სწორედ საამისო ბიძგს იძლევა შემდეგი სამართლებრივ-პოლიტიკური პანორამა.

1. ტერმინოლოგია

ქართველ კოლეგებთან უკვე თავდაპირველმა კონსულტაციებმა საქართველოს რესპუბლიკის გაკოტრების სამართლის საკანონმდებლო მოწესრიგების შესახებ გამოავლინა მოულოდნელი სირთულეები, კერძოდ, რა უნდა ეწოდოს ქართულ ენაზე სამართლებრივ მატერიას ან სამართლებრივ ინსტიტუტს: გაკოტრება, ვალაუვალობა, ბანკროტობა,

კოლექტიური ეგზეკუცია (Kollektivexekution). უკანასკნელი სამოცდაათი წლის მანძილზე ეს სამართლებრივი ინსტიტუტი იდეოლოგიურად განდევნილი და მივიწყებული იყო და ალბათ საუკუნეებით, ცარისტული რუსეთის შექმნამდე და შესაძლოა ბიზანტიისა და რომის ისტორიასთან დაბრუნება დაგეგმირდეს, რათა მოიძებნოს სახელი საკუთრივ ქართული ტრადიციისათვის.

“დასავლეთშიც” არსებობს ტერმინოლოგიური პრობლემები. მასში აისახება ისტორიული გარდაქმნები, მეცნიერების პროგრესი და პოლიტიკის ცვალებადი განვითარება. ასე მაგალითად, გერმანიაში 1994 წლის უახლეს რეფორმებს უკავშირებენ განახლების იმედს. ამ რეფორმებმა “გაკოტრების დებულების” (KO) და დებულება “მორიგების შესახებ” (VgIO) ნაცვლად, ასევე ყოფილი გდრ-ის ტერიტორიაზე მოქმედი “ერთიანი სააღსრულებო დებულების” ნაცვლად (GesO) 1999 წლიდან უნდა მიგვიყვანოს “დებულებამდე გაკოტრების სამართლის შესახებ”. საფრანგეთში, სადაც მაღალია გაკოტრების სამართლებრივი შეგნება, უკანასკნელი 40 წლის მანძილზე სახელწოდებები სამჯერ შეიცვალა, მოყოლებული liquidation des biens და “reglement judiciaire”-დან ამჟამინდელ “liquidation judiciaire” და “redressement judiciaire”-მდე. ტრადიციული “failite”, ბელის ირონიაა, მაგრამ საფრანგეთის ფარგლებს გარეთ, უმეტესად უცხო ენებშია შენარჩუნებული (ნიდერლანდებში: “faillissement”, იტალიაში: “fallimento”, პორტუგალიაში: “falencia”). მეორე მხრივ, აშშ, მიუხედავად მნიშვნელოვანი სიახლეებისა, კვლავაც ერთგული რჩება ტრადიციული ენებისა “bankruptcy” (1978 წლის - Bankruptcy reform Akt), ხოლო ტრადიციებით მდიდარი ბრიტანელები ამასობაში კვლავ “Insolvency Act”-ს (1986) მიუბრუნდნენ, სინამდვილეში კი “-bankruptcy”-ის გარდა ისინი ძველებურად ცნობენ “winding up”-ს (სპეციალურად საზოგადოებებისა და იურიდიული პირებისათვის). ესპანელები ძველებურად კვლავაც განასხვავებენ ერთმანეთისაგან “concurso”-ს და “quiebra”-ს, ბევრ სხვა ევროპულ სამართლებრივ სისტემაში დღესაც “გაკოტრებაზე” (Konkurs) ლაპარაკობენ.

მრავალსახეობა იმდენად დიდია, რომ სამართლებრივი უნიფიცირების პროექტებში როგორცაა 1990 წლის სტრასბურგში გამართული ევროსაბჭოს “შეთანხმება გაკოტრების შესახებ” (სტამბული), ასევე ახლახანს (1995 წლის სექტემბერში) პარაფირებულ ევროკავშირის (აღრე ევროპის ეკონომიკური გაერთიანება ან ევროგაერთიანება) “შეთანხმება გაკოტრების შესახებ” - აუცილებელი ხდება ყველა სახელწო-

დების აღნიშვნის და ფუნქციის ნუსხის დართვა: ევროპული სამართლის დიდი ჰარმონიზაციის პერიოდშიც კი “Jus commune”-ში concursus (omnium creditorum)”-ის ისტორიული ევროპული ერთიანობისგან ტერმინოლოგიური თვალსაზრისით ცოტა რამ თუ იგრძნობა - წინააღმდეგობა, რომელიც სინამდვილეში ბოლოს და ბოლოს კონცეფციური სხვაობით აიხსნება. ამიტომ ჩემი წინადადებაა ნუ შეეჩერდებით სახელწოდების საკითხზე, იგი არა მარტო რთულია, არამედ კომპლექსურიც, და საქმეს მიუვებრუნდეთ.

2. კომპლექსური სტრუქტურა

გაკოტრების სამართალი, მსგავსად მექვიდრების სამართლისა კერძო სამართლის სფეროში - პარალელის სახით, რაც ალბათ ცოტა მოულოდნელიცაა - განეკუთვნება მცირერიცხოვან მართლაც და რთულ მატერიებს იმ გაგებით, რომ არ არსებობს სამართლებრივი საკითხი, რომელიც გაკოტრებაში პრაქტიკულად არ გადაიქცევა. ეს ასე ზდება, რამდენადაც საქმე ეხება ფიზიკური პირის ქონების ერთიან ჩამოყალიბებას და ერთიან ლიკვიდაციას, ხოლო საზოგადოებების და იურიდიული პირების შემთხვევაში, იურიდიული პირის ბედს. ამიტომ ადრინდელ გერმანულ ლიტერატურაში ლაპარაკობენ არა გაკოტრების შესახებ, არამედ უფრო პლასტიურად “სამართლებრივი ცხოვრების მიკროკოსმოსზე”. ეს კომპლექსურობა შორდება კერძო, სახელდობრ, სამოქალაქო სამართალს, სავაჭრო, საკორპორაციო და სამეურნეო სამართლის ფარგლებს და აღწევს საჯარო და სისხლის სამართლის ფარგლებს.

დასკვნები, რომლებიც უნდა გამოიტანონ კანონმდებლებმა, ძალზე მნიშვნელოვანია, რადგან კომპლექსური სისტემების ბუნებაში ძვეს ის, რომ არ შეიძლება მათი პრინციპული გამარტივება და დავიწროვება. ეს არის არა კანონის ფორმის (მაგ. კომპაქტური რედაქცია და სიმოკლე (ლაკონურობა), არამედ შინაარსის საკითხი. თუ საქართველო გადაწყვეტს. შექმნას გაკოტრების სამართალი, მაშინ იგი, უპირველეს ყოვლისა, აღმოჩნდება სირთულის წინაშე, მთლიანობაში გაითვალისწინოს მოქმედი ან სამომავლო სამართალი, რადგან არა გაკოტრების - სამართლებრივი ან გარდა გაკოტრების - სამართლებრივი ნორმების დროს უნდა დაისვას საკითხი, თუ რა მნიშვნელობა ენიჭება მას გაკოტრების შემთხვევაში. მეორე მხრივ, აქედან გამომდინარეობს - უფრო მეტად, ვიდრე ყველა სხვა კანონის შემთხვევაში - მთელი ქართული სამართლებრივი სისტემის მთლიანობაში დანახვის შანსი, ახალი გაკოტრე-

ბის სამართლის კანონით შეიქმნას მისი გამაერთიანებელი საზღვრები. ყოველ შემთხვევაში ის, რაც მოქმედ სამართალში გაკოტრების ახალ კანონთან შესაბამისობაში არაა მოყვანილი, და უპირატესად ის, რაც ახალი გაკოტრების სამართლის გამოყენების სფეროდან განზრახ გამო-აცალკევეს, ადრე თუ გვიან ძნელად გამოსწორებადი სახით იჩენს თავს.

ამასთან არ უნდა დაგვაბნიოს იმან, რომ გაკოტრება, რამდენადაც *prima facie* სამართლის სუბიექტის მეურნეობრივი საქმიანობის იური-დიულ დასასრულთან დაკავშირებით, არის მოვლენა, რომელიც ფსიქო-ლოგიურ ზეწოლას ახდენს, ალბათ სწორედ ამიტომ აღმოჩნდნენ ეკონომისტები საშიშროების წინაშე, არ გაეწიათ ანგარიში გაკოტრების ფენომენისათვის (იხ. ქვემოთ 3). ფაქტია, რომ გაკოტრების სისტემას რეალობაში სვედის მომგვრელი მხარეები აქვს, მაგრამ ვერავითარ შემთხვევაში ვერ ვიტყვი, რომ იგი არაჯანმრთელი, სუსტი სისტემაა. იურიდიული თვალსაზრისით სიკვდილი არანაკლებ მნიშვნელოვანია, ვიდრე დაბადება. ის, რომ სიკვდილიდან ყოველთვის სიცოცხლე იბადე-ბა, ის, რომ ეკონომიკური თვალსაზრისით გაკოტრებები კონკურენციის სახით, ეკონომიკის თვითგაწმენდის დინამიურ მექანიზმს” განეკუთვნება, წარმოადგენს კონსტრუქციულ პერსპექტივას, რომელიც ისეთ ქვეყანას, როგორცაა საქართველო, და რომელსაც ერთი შეხედვით უფრო სხვა საზრუნავი აქვს, ვიდრე გაკოტრების სამართლის შექმნაა, უნდა უბიძ-გოს დააყენოს კანონი გაკოტრების შესახებ საკანონმდებლო პრიორიტე-ტების ნუსხაში ერთ-ერთ პირველ ადგილზე.

3. ცნება და მნიშვნელობა

გაკოტრება ტრადიციული სამართლებრივი გაგებით შეიძლება გა-ნისაზღვროს როგორც ყველა კრედიტორის დასაკმაყოფილებლად მოვა-ლის არასაკმარისი ქონების განაწილება გარკვეული სამართლებრივი პრინციპების მიხედვით, განსაკუთრებით თანაბარი მოპყრობის პრინცი-პის მიხედვით და სასამართლო პროცესის გზით. ამით უფრო მეტია ნათქვამი, ვიდრე ამას გულისხმობს ერთეული იძულებითი აღსრულების გამიჯვნა სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის გაგებით. ცნება ეფუძნება წანამძღვრებს, რომლებიც არა მხოლოდ გარდამავალ ქვეყნებშია გასათ-ვალისწინებელი.

ყველაზე მთავარ წანამძღვარს წარმოადგენს კრედიტორი-მოვალის ურთიერთობების რეალური არსებობა და უზრუნველყოფა, რომლებიც მიზნად ისახავენ ვალდებულებების აღებას და ამით შეძლებისდამიხედ-

ვით ვალდებულების შესრულების მიღწევას. დადებული ხელშეკრულებები უნდა შესრულდეს, კრედიტები უნდა დაიფაროს, ვალდებულებების დარღვევის წინააღმდეგ სარჩელი ეფექტურად უნდა აღიძრას, სასამართლოს გადაწყვეტილება უნდა აღსრულდეს და გადახდის ან ვალდებულების შესრულების არმოსურნე მოვალის წინააღმდეგ სისრულეში უნდა იქნეს მოყვანილი. ყოველივე ეს წარმოადგენს ნორმალურ სამოქალაქო სამართალწარმოებას, რომელსაც გულისხმობს გაკოტრების სამართალი და გაკოტრების განსაკუთრებული სიტუაციისათვის ყალიბდება მხოლოდ რაღაც გარკვეული ფორმით, ართმევს რა მოვალეს მთლიანი ქონების განკარგვის უფლებას და იყენებს რა ამ ქონებას ყველა მონაწილის სასარგებლოდ.

ამგვარი სამართალწარმოება - წანამძღვარი არ არსებობს სისტემებში, სადაც, სამართალს, როგორც ასეთს, ("სამეურნეო სამართალსაც" გვემიური ეკონომიკის გაგებით) არა აქვს რეალური ნორმალური ხასიათი, არამედ მხოლოდ ზედნაშენს წარმოადგენს. ამგვარი წანამძღვრების ნაკლებობა იგრძნობა ასევე ყველა სამართლებრივ სისტემაში, თუ სამოქალაქო სამართალი ვერ ასრულებს თავის საგარანტიო და სისტემურ ფუნქციას. ასე ხდება de facto პოსტსოციალისტური რუსეთის და სხვა გარდამავალი ქვეყნების "არაგადახდის სისტემაში", იგივე ეხება სხვა კვაზი-ნატურალურ მეურნეობრივ მოვლენებს, მაფიოზურ და კორუმპირებულ სტრუქტურებს, ასე ძალზე ზოგადად - არაეფექტური (მვირად ღირებული, გაჭიანურებულ და სოციალურად უსამართლო) სამართლებრივ და სამართალდამცავ სისტემებს, ასევე ხდება არც თუ იშვიათად დასავლეთშიც.

მოქმედი სახელმწიფო სისტემა, როგორც გარანტი ზოგადი წყობისა, ასევე გაკოტრების სამართლის წანამძღვრებს წარმოადგენს. ამასთან, საქმე ეხება არა მხოლოდ სასამართლოების და უწყებების მუშაობას და ორგანიზაციას, არამედ მათ თვითშეგნებას. სახელმწიფოებრივ ეგონისტურად სტრუქტურირებული საზოგადოება კერძო და სამოქალაქო სამართალს მეორე ადგილზე დააყენებს. გაკოტრების სამართალი კი იმას ეფუძნება, რომ სახელმწიფო მზად იყოს და ამასთან შეეძლოს ალტრუისტულად უზრუნველყოფს თავისი მოქალაქეების კერძო უფლებები. ის, რომ მეურნეობრივი საქმიანობაც მოქალაქეთა გარანტირებულ კერძო უფლებებს განეკუთვნება, ამასთან სახელმწიფოს სამეურნეო საქმიანობა არ შეიძლება გამოირიცხოს ან რაიმე პრივილეგიებით აღიჭურვოს, იმ სისტემებთან დაკავშირებითაც იმსახურებს განსაკუთრებულ ზაზგასმას, რომლებიც ჯერ კიდევ ღიდად არიან დამოკიდებული სახელმწიფო ეკონომიკაზე.

სახელმწიფო ეკონომიკა მხოლოდ მოჩვენებითადაა გაკოტრების წინააღმდეგ დამცავი საშუალება. სოციალისტური გეგმიური ეკონომიკის გამოცდილება გვიჩვენებს, რომ იქაც დიდი მოთხოვნა არსებობდა გაკოტრების რეგულირების მექანიზმებზე (უფრო ხშირად არაპირდაპირ და არაფორმალურ მექანიზმებზე, არსებობდა მოთხოვნა რეგულირების პირდაპირ მექანიზმებზეც, მაგალითად 1983 წელს პოლონეთსა და იუგოსლავიაში, 1988 წელს უნგრეთსა და ჩინეთში, 1989 წელს სსრკ-ში), მაგრამ საწარმოების გაკოტრება სახელმწიფო ბიუჯეტიდან არ ფინანსდება ხანგრძლივად, იგივე ხდება გარდამავალი ურთიერთობების დროსაც, როცა სახელმწიფო მხოლოდ კონტროლითა და მონაწილეობის მიღებით იფარგლება. სახელმწიფო იმ ცდუნებასაც უნდა გაუმკლავდეს, რომ თავისი წარმოება გაკოტრებისადმი იმუნურად აქციოს, ე. ი. გამორიცხოს იგი კერძო გაკოტრების კანონების გამოყენების სფეროდან და ამით კრედიტორი/მოვალის ნორმალური ურთიერთობიდან და კონკურენციიდან ვერც ერთი კერძო თანაკონკურენტი ვერ მიაღწევს წარმატებას ბაზარზე გაკოტრებისადმი სამართლებრივად შედეგი სახელმწიფო წარმოების წინააღმდეგ, რადგან ამ შემთხვევაში გაკოტრების სამართალს არ ძალუძს შეასრულოს მნიშვნელოვანი როლი, როგორც ბაზრიდან გასვლის სამართალს.

ყოველივე ამის მიღმა დგება საკუთრების საკითხი, ე. ი. წარმოების საშუალებების ან საინვენსტიციო ქონების განაწილება და განკარგვა, მიწის საკუთრების ჩათვლით. გაკოტრების სამართალი არ შეიძლება შეიზღუდოს “სამოქალაქო სამართლით” იმ გაგებით, რომ ადამიანს შეიძლება მორიდებული ქონებრივი ურთიერთობა გააჩნდეს გზასთან, არამედ უნდა მოიცავდეს ყველა სამეურნეო ქონებას. გარდამავალ ქვეყნებში, თუ არა ხელახალი გადაანაწილების მეშვეობით, ე. ი. უპირველეს ყოვლისა, პრივატიზაციის და რეპრივატიზაციის მეშვეობით, მომავალი თავისუფალი საკუთრებით სისტემის მეშვეობით მაინც უზრუნველყოფილ უნდა იქნეს ახალი ქონების მიღების შესაძლებლობა საკუთარი მეურნეობრივი საქმიანობის გზით. მხოლოდ საკუთრებისაგან წარმოიქმნება კრედიტორი/მოვალის რეალური ურთიერთობები, ამასთან სახელმწიფო ქონების დიდი წილი შეიძლება გარკვეული დროის მანძილზე აღებულ იქნეს, თუ სახელმწიფო საწარმოებთან (და მათ შორის) ასევე რეალური კრედიტორი/მოვალის ურთიერთობები არსებობს, ამდენად ისინი გათანაბრებული არიან კერძოებთან.

მეორეს მხრივ: სახელმწიფო ეკონომიკური ძალაუფლება არ შეიძლება შეიცვალოს სტრუქტურულად და ზემოქმედების თვალსაზრისით მსგავსი კერძო ეკონომიკური ძალაუფლებით. კერძო საწარმოებს არ

უნდა ეპყრობოდნენ უკეთ, ვიდრე სხვა კერძოთ და ზოგიერთ საწარმოს უკეთ, ვიდრე სხვებს. არაერთგვაროვანი ურთიერთობები ქმნიან არაკრედიტორი/მოვალის ურთიერთობებს, არამედ ძალაუფლებრივ ურთიერთობებს. ამდენად საწარმოები მოქმედებენ როგორც სახელმწიფოები, მაგრამ უფრო ძნელად კონტროლირებადი არიან. გაკოტრების სამართალი შეიძლება იქცეს ძალაუფლების შენარჩუნების და გაფართოების საშუალებად. ეს კარგად ჩანს ზოგიერთ “ბაზართან შეთანხმებული” გაკოტრების სამართლის კონცეფციების მაგალითზე, რომლებიც ხაზს უსვამენ მხოლოდ კრედიტორთა ეკონომიკურ ინტერესებს და ამით მათს ძალაუფლებას, და ამგვარად ქმნიან კრედიტორთა დიქტატურის საშიშროებას (იხ. ქვემოთ II 2 გ). ეკონომიკური ძალაუფლების პრობლემა, ყოველ შემთხვევაში, ჯერ ვერც დასაველეთს გადაუწყვეტია.

ამასთან დაკავშირებით საგულისხმოა, რომ არ არსებობს არც გაკოტრების ეკონომიკური განსაზღვრება და, ალბათ, არც გაკოტრების ეკონომიკური თეორია - ყოველ შემთხვევაში ისეთი თეორია, რომელიც იურისპრუდენციის მიერ მიღებული და ინტეგრირებული იქნა, როგორც ზოგადი თეორია. ვერც ერთი იურისტი ვერ დაასახელებს მომგებიანი თვალსაზრისით ვერც ერთ ეკონომიკურ სახელმძღვანელოს, თუ კი იგი საერთოდ იპოვნის ამ წიგნში ისეთ სიტყვას, როგორცაა გაკოტრება.

მიკროეკონომიკური (საწარმო-ეკონომიკური) თვალსაზრისით ნაკლებადაა შემუშავებული ცალკეული საწარმოებისათვის ნორმატიული, იურიდიულად შექცევადი საქმიანობის რეკომენდაციები გაკოტრების პროფილაქტიკის და გაკოტრების თავიდან აცილების მიზნით, არამედ ჩანს, რომ დღეს “ბაზართან შეთანხმებული” გაკოტრების იდეა ღომინირებს მეტ-ნაკლებად ნორმალური საქმიანი (ეკონომიკური) სტრატეგიის გაგებით “going concert” ან “going bankrupt” აღარ უნდა ქმნიდნენ წინააღმდეგობას. ამით გაკოტრება (და მასთან ერთად კრედიტორი/მოვალის ურთიერთობა) თავად იქცევა საქონლად თუ გაკოტრება საქმიანობის შედეგი სხვების მსგავსად და ამ საქმიანობის გაკოტრების სტადიაში იგივე მეწარმეები და ეკონომიკური ძალაუფლების მქონენი ახორციელებენ, როგორც გაკოტრებამდე, ძალაუფლების და საბაზრო სტრუქტურაში არაფერი იცვლება მიუხედავად ერთი მონაწილის ბაზრიდან გასვლისა. ეს არის “ბაზართან შეთანხმებული” გაკოტრების სამართლის მოდელის ზრიკი (იხ. ქვემოთ II 2 გ). მაგრამ გაკოტრებები არ წარმოადგენს მაკრო-ეკონომიკური თვალსაზრისით დაძლეულ ფენომენს. უფრო მეტად ისინი კრიზისის და კონიუნქტურის თეორიისათვის ინდიკატორების მსგავსად რეაქტიულ როლს ასრულებენ, მაგრამ არა როგორც დამოუკიდებელი მიზეზები და ფაქტორები აღმავლობისა და

დაცემისათვის. ზოგჯერ სწორედ გაკოტრების კანონმდებლობას და არა მეურნეთ მიეწერებათ კრიზისის წარმოქმნის დანაშაული. ამგვარი არა-შორსმჭვრეტელური, წინასწარ შექმნილი მოსაზრებებისაგან გამომდინარე კრიზისებიდან გავიხსნოთ 1857 წლის კრიზისი (რომელმაც იმპულსი მისცა მარქსსა და ენგელსს), 1873, 1892, 1911, 1929, 1973 წლის კრიზისები, რომელთა დროსაც წარმოიქმნა გაკოტრების სამართლის რეფორმისტული ტალღები, თუნდაც მათ არასინქრონული ხასიათი გააჩნდეთ. ზოგადად ახალი კანონი მიმდინარე კრიზისებისათვის დაგვიანებულია, მომავალი კრიზისისათვის კი ნაადრევი, ისინი პასუხს იძლევიან უმეტესწილად გუშინდელ კითხვებზე, ნაცვლად ზვალინდელი კითხვებისა. მიკრო-ეკონომიკურად უმეტესწილად იგრძნობა გაკოტრების პოლარტიკის, როგორც ეკონომიკური პოლიტიკის შემადგენელი ნაწილის ნაკლებობა, ყოველ შემთხვევაში ისეთ ქვეყნებში, რომლებიც მთლიანად საბაზრო ძალას ეყრდნობიან. ბევრი ეკონომისტის მიერ გაკოტრების საქმის პერსპექტივის განხილვა დღესაც კი ძლივს სცილდება გაკოტრების სტატისტიკური მონაცემების კითხვით გამოწვეულ პესიმისტური კითხვის ფარგლებს.

რასაც ეკონომისტები ვერ ითვალისწინებენ, მას იურისტებმა უნდა გაართვან თავი. ეს არაა დამაკმაყოფილებელი ვითარებაა, უკეთესი იქნება, თუ გაკოტრების კანონმდებლობის შემთხვევაში ამდენი ყურადღება არ დაეთმობა ეკონომიკურ თეორიებს (და ეკონომიკის ლობისტებს). რადგან ყოველი გაკოტრება ნიშნავს, რომ მეურნენი არ იძლევიან მათი “უზილავი ხელით” (აღამ სმითი) მართავს შესაძლებლობას, მაშასადამე მეურნეთ ეკონომიკური თვალსაზრისით თქვეს უარი, და მხოლოდ მიუხედავად “სამართლის ხილული ხელისა”. ამით ისინი იმსახურებენ კიდევ, თუ ეს საჭიროა, გაკოტრების სამართლებრივ აშკარა შეზღუდვას.

II განვითარების საფეხურები და მოდელები

1. ისტორიული მოდელები

ა) პენალური კონცეფციები

მოვალის პიროვნული დასჯა, ალბათ, ყოველგვარი გაკოტრების სამართლის საწყისებთან დგას. რომში კრედიტორებს ეძლეოდათ უფლება აეკუნათ მოვალეები კაპიტოლიუმის საფეხურებზე და ერთმანეთში გაენაწილებინათ მათი ნაწილები ან თავის მონად ექციათ მოვალე. მე-18 საუკუნეში ადამ სმითმა “Lectures of Jurisprudence”-ში გაამართლა ბანკროტის სიკვდილით დასჯა, როგორც “Great justice” თვით

მე-19 საუკუნეებზე მოვალეს ციხეში სვამდნენ (“მოვალეთა ციხე”, “star Chamber”). როცა ბოლოსდაბოლოს გაუქმდა მოვალის ციხეში ჩასმა, ამ არქაული პრინციპისაგან მაინც შეზღუდვა მისი ერთგვარი ბიურგერული გააზრება (როგორც თომას მანის “ბუდენბროკებშია” გაკოტრება... ეს სიკვდილზე უფრო საზარელი რამ იყო...). დღესდღეობით, როცა გაკოტრება ტიპიური სამეწარმეო ცხოვრების და სამეწარმეო ციკლის შემადგენელ ნაწილად ცხადდება, უსამართლობის უმარტივესი შეგნება უკვე აღარ არსებობს.

თუმცა თითქმის ყველგან გაკოტრების სამართლის მძლავრი სისხლისსამართლებრივი (ამის გარდა დელიქტური და ადმინისტრაციული, ეკონომიკურ-საპოლიციო) დამცავი მექანიზმი მყარად იყო შენარჩუნებული (მაგ. გაკოტრების დანაშაულის შემადგენლობა, სანქციები გაკოტრების შესახებ განცხადების ვალდებულების დარღვევის შემთხვევაში, საპატიო მოქალაქის უფლებების დაკარგვა, თანამდებობების დაკარგვა, სამეწარმეო საქმიანობის ნებართვების ჩამორთმევა, პასუხისმგებლობის დაკისრება. ზოგიერთი სამართლებრივი ნორმების ერთობლიობაში პენალურობასთან დაკავშირებული აზროვნება ელემენტარულობითაც კი ხასიათდებოდა. მსგავსად რომანული სამართლისა (უპირველეს ყოვლისა საფრანგეთი და იტალია), სადაც გაკოტრების სისხლის სამართლებრივი ხასიათი კავშირშია ეკონომიკურ-პოლიციურ შეხედულებებთან (გაკოტრება როგორც “ordre public”-ის ნაწილი). ამას ეფუძნება, მაგალითად, კერძო სამართლებრივი პასუხისმგებლობის დაკისრება მმართველი პირებისათვის. ამ სამართლებრივ სისტემაში მიახლოებითი ეკონომიკური გადაწყვეტაც კი ვერ იძებნება (იხ. ქვემოთ 2 ბ).

პენალური მოწესრიგება იძლევა იმის უპირატესობას, რომ მეურნეობრივი საქმიანობის მორალურ-ეთიკური პრინციპები “commercial morality”, უშუალოდ რეგულირებადი გზით და გარკვეულ წილად ამ სულ უფრო და უფრო ერთეულებადი, არც თუ იშვიათად კერძო სამართლის ეკონომიკურ ძალაუფლებაზე ორიენტირებული შეფასებისგან დამოუკიდებლად ამოქმედდნენ. ეთიკურ კატეგორიებს შეუძლიათ წინააღმდეგობა გაუწიონ ეკონომიკურ ძალაუფლებრივ კეთილგონიერულობას და ტექნოკრატულ რაციონალიზმს. ამგვარად, მოვალესთან მიმართებაში შეიძლება ზღვარი გაავლოთ ვალის დადებასა და კრედიტის გონივრულ ადებას შორის ან კრედიტორთა და დაზარალებასა და ლეგიტიმურ საქმიან სტრატეგიას შორის. მაგრამ მორალი მხოლოდ მოვალისთვის როდი არსებობს. კრედიტორთან მიმართებაშიც უნდა განვასხვავოთ შესაბამისად კრედიტის გონივრული გაცემა მოვალის შეზღუდვისა

და დაკაბალებისაგან, და ასევე სხვა კრედიტორთა, სხვა მესამე პირთა და საზოგადოების დაზარალება აქტიური საქმიანი პოლიტიკისაგან. თვით მოჩვენებით არამონაწილე მესამე პირებს, როგორც ამას ე. წ. გაკოტრების გასაჩივრების კლასიკური დანაშაულის შემადგენლობები მოწმობენ, შეიძლება დაეკისროთ პასუხისმგებლობა გაკოტრებისათვის.

პენალური საწყისი დღევანდელი ეკონომიკური ურთიერთობების ფონზე ახალ იმპულსებს იძენს. როგორც საწარმოს ქონების მფლობელთა, ასევე საწარმოში გადაწყვეტილების მიმღებთა მზარდი ანონიმურობა იწვევს პასუხისმგებელი ფიზიკური პირის მიმართ უკუსარჩელის აღძვრას და მეორე მხრივ საწარმოების, როგორც ასეთთა, სისხლის სამართლებრივ დასჯადობას. მზარდი კრიმინალიზაცია (მაფიის პრობლემა, კორუფცია, საგადასახადო დელიქტები, სუბვენციების გაყალბება და სხვა) იგივე შედეგებს იძლევა. თითქმის ყველა ამ დანაშაულის შემადგენლობის შემთხვევაში დგინდება გაკოტრების მიზეზი და ხდება გაკოტრების ჩვეულებრივი ლიკვიდაციების დაბრკოლება.

მთლიანობაში, აქედან გამომდინარე, საქართველოსაც უნდა ვურჩიოთ თავისი ახალი გაკოტრების კანონმდებლობისთვის ძლიერი სისხლისსამართლებრივი კომპონენტის გამოყენება, სხვათა შორის ადგილობრივი სპეციფიკიდან გამომდინარე, რათა მოხერხდეს პირადი შურისგების აქტების შეწყვეტა. პენალიზაციის შეგნებული გაუქმება გარკვეული მარგინალურ-ეთიკური, ზღვრულმორალური დასავლური არგუმენტების შთაბეჭდილებათა გამო, რის შემდეგაც არავინ მოჰკიდებდა ხელს მეწარმისა და მენეჯერის საქმიანობას, საფუძველშივე არასწორი იქნებოდა: ასეთნაირად მხოლოდ სტრუქტურულად ლეგიტიმირებული ხელახალი დამნაშავე შეიქმნებოდა. ამას გარდა, ზოგიერთი დასავლური გაკოტრების სამართლის მოდელში უნდა მოვეფროთხილდეთ მასში დაფარულ (და ამასთანავე პრივატიზებულ) პენალიზაციის შემოღებას. რამდენადაც ისინი ე. წ. დამატებითი თავისუფალი მოთხოვნის ტრადიციულ პრინციპისაგან განსხვავებით გულისხმობენ განსაკუთრებით გაიოლებული ფორმით “ნაშთითი ვალისაგან განთავისუფლებას “discharge”-ს ან რაიმე ამდაგვარს და ისინი კრედიტორის მიმართ მრავალწლიან (ახალ გერმანულ სამართალში ბიბლიურად: შვიდწლიან) “კეთილ ქცევას” განაპირობებენ. ამ მოვლენას დასავლეთშიც აკრიტიკებენ და მოვალეთა თანამედროვე კაბალას ან “მოვალეთა ახალ ციხეს” უწოდებენ. ამ შემთხვევაში მოვალეს, სულ მცირე, მყარი საპროცესო გარანტიები უნდა მიეცეს.

ბ) ქონებრივი პასუხისმგებლობა და საპროცესო პრინციპი

გაკოტრების სამართალში პენალური ელემენტები ამჟამად ძალზე მნიშვნელოვანია, მაგრამ ისინი აღარ განსაზღვრავენ გაკოტრების სამართლებრივ ხასიათს. ისტორიული ცვლილება პენალური პრინციპიდან სამოქალაქო და ამით სამოქალაქო საპროცესო პრინციპისკენ ალბათ ახალი დროის პირშოა (Saldago de Somoza 1646) და უკვე ეკონომიკურ-რაციონალურადაა განპირობებული: პრობლემა დაიყვანება კრედიტორ/მოვალის ურთიერთობებზე (ზემოთ 13) და პასუხისმგებლობის რეალიზაციაზე და ამდენად მისი ობიექტივაცია ხდება. მაგრამ ისევ ლაპარაკია მოვალის პიროვნებაზე, მაგრამ არა მის ვალზე ვალების აღების გაგებით, არამედ ვალზე პასუხისმგებლობის გაგებით, და ამასთან პასუხისმგებლობაზე მთელი ქონებით. კრედიტორის კოლექტიური დასჯის სამართალი იქცა მოვალის ქონების კრედიტორის მიერ აღმავლობის სამართლად.

ამასთან, წინა პლანზე გადმოვიდა მოვალის როგორც მფლობელის პოზიცია. გაკოტრება ეხება როგორც აქტივებს, ისე პასივებს კერძო უფლებების სახით, რომელთა დაცვა და დამკვიდრება სახელმწიფოებრივ და მკაცრ საპროცესო ფორმას მოითხოვს. ამდენად თანამედროვე პერიოდის გაკოტრება, უპირველეს ყოვლისა, ეს ერთდროულად კოლექტიური იძულებითი აღსრულებაა.

საეციფოური სამართლებრივი პროგრესი ამ შემთხვევაში მდგომარეობს ბევრი ცალკეული ურთიერთობის და პროცესის ერთიან იძულებით შერწყმაში (უნიტარულობის და უნივერსალობის პრინციპები, მაგალითად როგორცაა “*par condicio creditorum*”, კრედიტორთა თანაბარი მოპყრობის პრინციპი). ამ გადაწყვეტის სტრუქტურულ ნაკლს წარმოადგენს მე-19 საუკუნემდე არსებული საპროცესო პრინციპის (“*concurso iudicium universale*”) დაცვა, უნდა იქნეს რა მიღებული გადაწყვეტილება ყოველი ცალკეული პუნქტის (კერძოდ, კრედიტორის უფლებები, თვით უდავო უფლებებიც კი) შესახებ სასამართლო გადაწყვეტილებით, რადგან დაუშვებელია მატერიალური სამართლებრივი დანაკარგი. ეს უპირველესად დროს საჭიროებს და სწორედ ეს დრო არ გააჩნდა ადრე ეკონომიკას. გაკოტრების საქმის წარმოება, რომელიც 200 წელს გრძელდება, ასე მოხდა ჩემს მშობლიურ საქსონიაში, თავის მიზანს ვერ მიაღწევს. ამდენად, გაკოტრების სამართლის რეფორმები ყოველთვის წარმოადგენდა ბრძოლას საქმის წარმოების დაჩქარებისა და გამარტივების მიზნით პროცესუალური და სააღსრულებო პრინციპის შენარჩუნების პირობებში.

ეფექტურობის ამაღლების მიზნით გაკოტრების პროცესისათვის შესაძლოა დამოუკიდებელი საპროცესო პრინციპების შემუშავება, რაც ტექნიკურად ზოგადი სამოქალაქო სამართლის და ცალკეული იძულებითი სააღსრულებო სამართლის საქმის წარმოების მხოლოდ სუბსიდიალური გამოყენების გზით ხდება შესაძლებელი. დაჩქარება და გამარტივება მიიღწევა საკუთრივ გაკოტრების საქმის წარმოების ერთიანი ხასიათით. ტიპიურ, სისტემისთვის იმანენტურ გამარტივებულ მექანიზმს გერმანულ სამართალში წარმოადგენს ე. წ. გაკოტრების ტაბულა, პრუსიული გაკოტრების სამართლის გენიალური აღმოჩენა, რომელიც ეყრდნობა გაკოტრების უმეტესი მოთხოვნების უდაობას და რომელიც გაკოტრების შესახებ უბრალო განცხადებათა და მოთხოვნების სიაში შეტანას არ მიიჩნევს კრედიტორის უფლებების კანონიერი ძალის მქონე კონსტატაციად იმ შემთხვევაში, როცა გაკოტრების მმართველი ან სხვა კრედიტორი წინააღმდეგია. ასეთ შემთხვევაში ნამდვილი დაკეები სხვა სამოქალაქო სასამართლოებში გადაიტანება (ე. ი. მხოლოდ მარტივი ე. წ. *vis attractiva concursus*), სხვა მექანიზმებს წარმოადგენს, მაგალითად, გაკოტრების სასამართლოს დათხოვნა სხვა სასამართლო პერსონალის მიერ (როგორც მაგ. გერმანულ სამართალში სამართლის დამცველთა მიერ), გაკოტრების მმართველის მყარი და დამოუკიდებელი პოზიცია, ასევე სასამართლო ვადების და გადაწყვეტილებების გაჭიანურება. ის, რომ კრედიტორთა ავტონომიის (კრედიტორთა თვითმმართველობის) მეშვეობით ორგანიზაციული რაციონალიზაციის ეფექტი მიიღწევა, ზომაზე მეტად გაცვეთილი პოსტულატია და ყოველ შემთხვევაში არ წარმოადგენს ერთადერთ პასუხს პროცესის ხწიფი ფორმულირების პრობლემაზე. თუ კრედიტორებს დაღრღნილი ძვლის გამო მოქიშპე მგლების ხროვას შეადარებენ მაშინ ეს სურათი დამტაცებელ კრედიტორთა ყოველგვარ იდილიას მოკლებული ორგანიზაციული და ინსტიტუციონალური საზღვრების მაჩვენებელია.

პროცესუალურ კონცეფციაზე უარის თქმა შეუძლებელია, თუნდაც როგორც საკონსტიტუციო სამართლის მიერ შემოთავაზებულ კერძო სამართლის დაცვის გარანტზე. შეუძლებელია უარყოფილ იქნეს ორდინალური სამოქალაქო მართლმსაჯულებისთვის გადაცემა (*Zuweisung*) და, ჩემის აზრით, ასევე სასამართლოს მიერ გადაწყვეტილების მიღების ფართო უფლებამოსილება. ის არგუმენტი, რომელიც დღეს ხშირად ისმის, რომ თითქოს გაკოტრების სასამართლოს არ შეუძლია ეკონომიკური გადაწყვეტილების მიღება (როგორცაა წარმოების შემდგომი მართვა), პრინციპში არასწორია. გაკოტრების სამართალში და გაკოტრების საქმის წარმოებაში ყოველთვის საქმე ეხება სამართლებრივ საკით-

ხებს. ეკონომიკური საკითხების მოშველიება მხოლოდ მოტივია. კრედიტორებს თუნდაც მხოლოდ გადაწყვეტილების მიღება რომ სჭირდებოდეთ, არც მაშინ იქნება სხვაგვარი ვითარება. ვინც სხვაგვარ პოსტულირებას მიმართავს, ეკონომიკურ ინტერესებს სამართალთან ათანაბრებს. ეს კი ზოგად სამართლებრივ პრინციპებს არ ეთანხმება. ამ პოსტულატში სწორია პრაქტიკული მითითება, რომ ეკონომიკური საკითხები გადაწყვეტილების მოსამზადებლად საქმის მცოდნის, მაგ. გაკორების მმართველის, კრედიტორთა კრების ან კრედიტორთა კომიტეტის ხელში უნდა აღმოჩნდეს და მხოლოდ სამართლებრივ გადაწყვეტილების (როგორცაა მაგ. იძულებითი მორიგების ან სანაციის გეგმის დამტკიცება) მიღება ძალუძს.

სამოქალაქო სამართლის პროცესის გამოყენების შესაძლებლობა გაკორებისას დღემდე არსებული დამახასიათებელი მომენტია. ამიტომ საქართველოს კანონპროექტში “გაკორების საქმეთა წარმოების შესახებ” დიდი ადგილი დაეთმო სასამართლო გადაწყვეტილების მიღების უფლებამოსილებას. მას ხელს უწყობს ის მოსაზრება, რომ საქართველოს მსგავს ქვეყნებს ახლო მომავალში იუსტიციისა და ადვოკატურის მცირერიცხოვანი კადრებით დაკმაყოფილება მოუწევთ ეკონომიკური პრინციპიდან გამომდინარე (იგივე ითქმის ეკონომიკის ექსპერტთა შესახებ), მოსამართლეთა კადრების შევსებამ და მომზადებამ უპირატესობა უნდა მოიპოვოს ადვოკატთა მომზადებასა და შევსებასთან შედარებით, ისე რომ საქმის მცოდნე, საჭირო, პირველხარისხოვანი იურისტები უახლოეს მომავალში სასამართლოებში იქნებიან თავმოყრილნი, მაშინ როცა მკაფიოდ იგრძნობა გაკორების ხირიანი მმართველთა და საერთოდ ადვოკატთა ნაკლებობა. უცხოურ საადვოკატო ფირმებს შეუძლიათ და უნდა შეავსონ კიდევ ეს ხარვეზები, მხოლოდ აუცილებლობის შემთხვევაში.

გ) კომერსანტთა გაკორება და სამეურნეო სამართლის საქმის წარმოება

ის წარმოდგენა, რომ გაკორების საქმის წარმოება არის არა ზოგადი სამართლებრივი მოვლენა ყოველი ადამიანისათვის, არამედ განსაკუთრებული ინსტიტუტი კომერსანტთათვის ან, უფრო ზუსტად, მეწარმეთათვის, კონცეფციის სახით იქმნება, ალბათ უკვე შუა საუკუნეების სავაჭრო ქალაქებში (კერძოდ ზემო იტალიაში) და მოგვიანებით მე-17 საუკუნის საფრანგეთში და შემდგომ ნაპოლეონის 1807 წლის Code de commerce-ში, იქცევა გაკორების სამართლის მთელი ოჯახის

მახასიათებელ ნიშნად. აქედან მოყოლებული “გაკოტრების სამართალ-მა” (Fallimentsrecht) მე-19 საუკუნეში დაიწყო თავდაპირველად ფრანგული იმპერიის მიერ თავს მოხვეული ტრიუმფალური სვლა, რომელიც მოგვიანებით სამართლებრივ პოლიტიკური და ეკონომიკური მოდერნიზაციის დისკუსიებში გადაიზარდა და რომელმაც თვით აღმოსავლეთამდეც კი მიაღწია (პრუსია, პოლონეთი, ბალკანეთი და ბოლოს ცარისტული რუსეთი). დღესაც არსებული სისტემების განსხვავება მძიმე ტვირთად აწევს, მაგალითად, ევროკავშირში მიმდინარე სამართალშედარების სამუშაოებს (იხ. ზემოთ I 1 და ქვემოთ III 2). გაკოტრების სამართლის შემოფარგვლა, ეკონომიკურად რელევანტური შინაარსებით თანამედროვე ენით რომ ვთქვათ, საწარმოებით (ან სამართლებრივ ფორმაზე დამოკიდებულების თვალსაზრისით, სამეწარმეო საზოგადოებებით და იურიდიული პირებით) - ჩანს, რომ მოთხოვნებსა და რეალობას შეესატყვისება, გვხვდება რა დასავლეთში შედარებით სულ უფრო მცირე “კერძო გაკოტრებები”. ამდენად წმინდა პრაქტიკული მოსაზრებით არ არსებობენ მოსაზრებები ეკონომიკური შინაარსების, როგორც გაკოტრების კანონის ძირითადი გამოყენების შემთხვევების გათვალისწინების საწინააღმდეგოდ. სამაგიეროდ არსებობს მოსაზრებები მატერიის, როგორც მთელის განსაკუთრებულობის და თავისთავადობის ნებისმიერი ფორმის წინააღმდეგ. თეორიულად აქ ლაპარაკია განსაკუთრებული სამართლის შექმნაზე. კერძო სამართალში ეს არასასურველია, რადგან იგი ზოგადობასა და თანაბრობაზეა აგებული. პრივილეგიები და განსაკუთრებული შეზღუდვები, თვითრეგულირების მექანიზმები, როგორცაა სპეციალური სასამართლოები (მაგალითად, არაპროფესიონალებით შედგენილი კომერციული სასამართლოები) და სხვა ორგანიზაციული იძულებანი, ასევე რანგობრივი წესები აბრკოლებენ კონკურენციას და წარმოადგენენ საწყისებს სახელმწიფოებრივი საკონტროლო მექანიზმების ზოგადობისათვის (იხ. პენალურ სისტემებთან დაკავშირებით ზემოთ ა). ამის მაგალითს წარმოადგენს კომერციული სასამართლოების კომპეტენცია გაკოტრების საქმის წარმოების გასახსნელად არა მხოლოდ კერძო პირთა მოთხოვნის საფუძველზე, არამედ სამსახურებრივი მოვალეობის გამო ან “Ministere public”-ის (პროკურორის) მოთხოვნის საფუძველზე. წმინდა პრაქტიკული თვალსაზრისით ამ სტატუსს, მსგავსად ყველა განსაკუთრებული სტატუსისა, გააჩნია დადგენის და დამტკიცების დამატებითი მოთხოვნილების ნაკლი, რომლებიც ეჭვის შემთხვევაში გაფართოებას (მაგ. კომერსანტიდან მორიგების ყველა მონაწილემდე) და ამით ბოლოს და ბოლოს პრინციპზე უარის თქმას განაპირობებს.

განსაკუთრებით საეჭვოა ამქრული და ჯგუფური იძულების ელემენტი, რამდენადაც იგი ცდილობს, განსაკუთრებული სტატუსიდან გამოპდინარემ, ლეგიტიმაციას მიაღწიოს. შემთხვევითი არაა, რომ “იძულებითი მორიგების” ინსტიტუტი (კონკორდატი, აკორდი და სხვა) წარმოიქმნა ისტორიული კომერციული გაკოტრების სამართლისაგან უმრავლესობის მიერ ვალდებულების იძულებითი შესრულებისაგან განთავისუფლების და სანაციის პირობებში. დღეს, ალბათ, აღარ მოისურვებენ-ზოგადი კერძო სამართლებრივი სისტემის როგორც თავისთავად მიღებული ხელშეკრულების - ერთხმად მიღების პრინციპისკენ დაბრუნებას, უმრავლესობის მიერ იძულების ლეგიტიმაცია და საზღვრები კვლავაც პრობლემად რჩება (იხ. ქვემოთ 2). იგი შესაძლოა კიდევ უფრო გამწვავდეს ეკონომიკურად დეტერმინირებული კრედიტორთა ავტონომიით, მასმასაღამე მეურნეობრივ საქმიანობაში მონაწილეთა ავტონომიის განმაზოგადებელი პოსტულატით. პრივილეგირებულთა ამგვარი საკრედიტო ავტონომია სწორედ რომ არ შეესატყვისება საფრანგეთის რევოლუციიდან მოყოლებული იდეოლოგიურად განდიდებულ კერძო ავტონომიას, არამედ შეიცავს კორპორაციული სამართლებრივი აზროვნების მოძველებულ ელემენტებს, ამქრული იძულების იდეის ჩათვლით, და ამასთან მას თავის ნაპოლეონისეულ გამოვლინებაში არც თუ მშვიდობიანი ფესვები აქვს. ყოველ შემთხვევაში, შეიძლება ვილაპარაკოთ კონფლიქტზე ეკონომიკურ თავისუფლებასა და კერძო სამართლის თავისუფლებას შორის, ამ დროიდან მოყოლებული ეს კონფლიქტი სჭვალავს გაკოტრების სამართალს. თუმცა კონფლიქტი ლეგიტიმური არ არის. ეკონომიკური თავისუფლება, ამდენად, მხოლოდ ნაწილია კერძო სამართლებრივი თავისუფლებისა, და გაკოტრების სამართლებრივ კრედიტორთა ავტონომია მხოლოდ ამ ღონისძიების შემდეგაა ლეგიტიმური.

გაკოტრების საქმის წარმოებისათვის დამახასიათებელი ნაკლოვანი ზოგადი ხასიათი ზოგიერთ დასავლურ სამართლებრივ სისტემებში გასაოცრად შეესატყვისება სოციალისტური სამეურნეო სამართლის ნაკლოვან ზოგად ხასიათს, სპეციალური საარბიტრაჟო იურისდიქციის კომპეტენციის ჩათვლით. ეს შეცდომა უსასრულოდ არ უნდა გრძელდებოდეს და არც უნდა განმეორდეს საქართველოს კანონში გაკოტრების საქმის წარმოების შესახებ: ყოველი კერძო პირი წარმოადგენს “მოვალეს”, კომპეტენცია გააჩნიათ სამოქალაქო სასამართლოებს. ამას უნდა დაემატოს ის, რომ რაც სპეციალური კომერციული და ეკონომიკური გაკოტრების საწინააღმდეგოდ ითქვა, პრინციპულად ეხება სპეციალური “სამომხმარებლო გაკოტრების” და სტატუსთან დაკავშირებულ სხვა განსაკუთრებულ ფორმებსაც, განსაკუთრებით მაშინ, თუ მასთან, რო-

გორც ე. წ. ნაშთითი ვალისაგან განთავისუფლების გარკვეული ფორმების შემთხვევაში, დაკავშირებულია გარკვეული, კერძოდ კი დამოკიდებული, და ამდენად, ძალზე დაბალი სტატუსის გადაცემა.

2. თანამედროვე გაკოტრების სამართალი

ა) გერმანიის 1877/79 წლების დებულება გაკოტრების შესახებ, როგორც ისტორიული კომპრომისი

გერმანიის 1877/79 წლების დებულება გაკოტრების შესახებ თავდაპირველად გერმანიის სამართლებრივი ერთიანობის აღდგენის გზაზე ეროვნული კოდიფიკაციის სულისკვეთებით გამსჭვალული ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ნაბიჯი იყო, მაგრამ ამავე დროს სამართლებრივი პოლიტიკის ფაქტსაც წარმოადგენდა. 1815 წელს ნაპოლეონი ბელ-ალიანსთან და ვატერლოოსთან სამხედრო თვალსაზრისით დამარცხდა, სამართლებრივ-პოლიტიკური თვალსაზრისით კი გერმანია “ფრანგული” და “გერმანული” სამართლებრივი იდეების საბრძოლო ველად იქცა. ფრანგული გაკოტრების სამართალი (Fallimentsrecht) (იხ. ზემოთ 1 გ) ძალაში დარჩა, უპირველეს ყოვლისა, ყოფილ საოკუპაციო ზონებში და რაინისპირა ვასალ სახელმწიფოებში და ამდენად გაკოტრების საპროცესო სამართლისა (იხ. ზემოთ 1 გ) და უამრავი პარტიკულარული კანონებისაგან შედგენილი გერმანული საკნებლიანი ხალიჩა კიდევ უფრო აჭრელდა. ტერიტორიულად გაფართოებულ პრუსიაში, ამგვარად, სამი განსხვავებული გაკოტრების სამართლის სისტემა აღმოჩნდა მოქმედებაში. რაინის პროვინციიდან ფრანგული საპროცესო, სავაჭრო და გაკოტრების სამართლისაგან მნიშვნელოვანი იმპულსები წარმოიქმნა. პოლიტიკური და ეკონომიკური თვალსაზრისით მოთხოვნები დღევანდელი ტრანსფორმაციის პროცესის მსგავსად იშვა. რაინულ-ფრანგულმა გავლენამ ინდუსტრიალიზაციის გერმანული Take-off-ის შემდეგ (მიახლოებით 1842) მალე გამოიწვია (ძველი პრუსიული) გაკოტრების სამართლის განახლება 1855 წლის (PrKO 1855) გაკოტრების დებულების ფორმით. ამით შეიქმნა პრუსიული მოდელი ერთიანი გერმანული კოდიფიკაციისათვის. მიუხედავად ამისა, 1877/79 წლების დებულებამ “გაკოტრების შესახებ” მისი (პრუსიული) შემქმნელებისაგან ხელახლა მოითხოვა მაღალი საკოდიფიკაციო და კონცეფციური თვისებებით აღჭურვა, რათა იგი სხვა გერმანული ცალკეული სახელმწიფოებისათვის მისაღები ყოფილიყო. ესეც მოხერხდა.

1877/79 წლების “გაკოტრების შესახებ” დებულების წარმატების საიდუმლოება, ალბათ მის თანამედროვეობაში მდგომარეობდა. მძიმე

ეკონომიკური კრიზისებით გამოწვეული შთაბეჭდილების ქვეშ მიუხედავად მწვავე გლობალური აღმავლობისა (1847/48, 1857, 1866 და 1873), პრუსიელმა და გერმანელმა კანონმდებლებმა პირველებმა სცადეს (აქვე უნდა დაეასახელოთ ბელგია 1851), ინდუსტრიალიზაციის საუკუნეში სულ უფრო სწრაფად განვითარებადი და ლიბერალიზებული ეკონომიკის და საზოგადოების მოთხოვნები დაეკმაყოფილებინათ, ისე რომ სრულად არ მოწყვეტილიყვნენ საკუთარ და ძველ პრინციპებს. ისტორიული თვალსაზრისით გამოსადეგი გამოდგა, რომ საფრანგეთში, რომელსაც უმეტესად სამაგალითოდ მიჩნეული გაკოტრების სამართლის სამშობლოდ თვლიდნენ (ზემოთ I გ), არ ჩაატარეს უკვე კარგა ხნის წინ მოძველებული რეფორმები და გერმანიას გააჩნდა შანსი, განეხორციელებინა გერმანულ ნიადაგზე ფრანგული სამართლის რეფორმა, სხვათა შორის, უკვე მაშინ აქტუალური ანგლო-ამერიკული სარეფორმო კანონმდებლობის მოხმობის გზით (1867 აშშ, 1869 და 1870 ინგლისი) და ამ ახალ პროდუქტთან ერთად საერთაშორისო ასპარეზზე მოწინავეს ფუნქცია ეკისრა. ამას გარდა, 1877/79 წლის დებულებამ “გაკოტრების შესახებ”, როგორც “საუკეთესომ იმპერიის იურიდიულ კანონებს შორის”, მსგავსად მანამდელი 1855 წლის გაკოტრების დებულებისა (PrKO), წარმოქმნა რეცეფციის ტალღა საზღვარგარეთ ან, სულ მცირე, გავლენა მაინც იქონია მე-19 საუკუნის მიწურულს და მე-20 საუკუნის დასაწყისის რეფორმებზე (უნგრეთი 1881, იტალია 1883, დიდი ბრიტანეთი 1883, ესპანეთი 1885, საფრანგეთი 1889, შვეიცარია 1889, ნიდერლანდები 1893, აშშ 1898, ავსტრია 1914), რომლებიც დღესაც ჩვენი გაკოტრების სამართლის ფუნდამენტს წარმოადგენენ.

იდეოლოგიური თვალსაზრისით არა ბრმა, სქემატური რეცეფცია ან ტრანსფორმაცია, არამედ შემოქმედებითი სიმბიოზი, სინთეზი და ისტორიული კომპრომისი ფრანგულ და გერმანულ სამართალს შორის ახასიათებდა იმპერიის ახალ გაკოტრების სამართალს (სამოქალაქო საპროცესო სამართლის მსგავსად). 1877/79 წლების დებულებაში “გაკოტრების შესახებ”, ერთი მხრივ, არ გადმოიღეს საფრანგეთისათვის დამახასიათებელი შეზღუდვა კომერსანტებით, მაგრამ მეორე მხრივ იმდენ რამეს დაესესხნენ გაკოტრების საქმის ფრანგულ წარმოებას, რომ შეიძლება ვილაპარაკოთ საკომერციო გაკოტრების განზოგადებაზე ყველა კერძო პირთან მიმართებაში. განზოგადდა და გაძლიერდა კრედიტორთა ავტონომია, მაგრამ ამასთანავე მას წაერთვა თავისი ეკონომიკური და ამქრული ლეგიტიმაცია. ასევე, ყოველი ადამიანისათვის ხელმისაწვდომი გახდა (გაკოტრების დამსრულებელი) იძულებითი მორიგება, და ამით, რაღა თქმა უნდა, იძულებაც. კანონმდებელმა ეს გაამართლა

სხვასთან ერთად გაკოტრების როგორც განსაკუთრებული, შესაძლოა ხელშეკრულების ან სამეწარმეო საზოგადოების მსგავსი სამართლებრივი გაერთიანების კონსტრუქციით, რომლის ხელშიცაა გაკოტრების მსვლელობა. 1877/79 წლების დებულების “გაკოტრების შესახებ” მოტივები (კანონმდებლის დასაბუთებით) პრინციპულად ამბობდა: “გაკოტრების საქმის წარმოება, როგორც ასეთი, არის არა პროცესი, არამედ ეს არის სამოსამართლო ავტორიტეტის ქვეშ მიმდინარე დავა მოვალისა, რომელმაც შეაჩერა გადახდა, მის ყველა კრედიტორთან. უეჭველია რომ არსებობს გარკვეული მსგავსება კომერციული ფირმის ლიკვიდაციასთან”.

ვისაც აქ მხოლოდ ძალზე ლიბერალური მიჯნის დანახვა სურდა ან სურს, მხედველობიდან ეპარება, ჯერ ერთი: პროცესის მოჩვენებით (იხ. ქვემოთ) პრინციპულ კერძო ავტონომიურ განკარგვას ამჟამად ზოგადად ამართლებენ, მაგრამ მხოლოდ ეკონომიკური თვალსაზრისით. თუმცა მეწარმეთ კრედიტორთა შორის ამით უფრო მეტი თავისუფლება ეძლევათ საამქრო პირობებთან შედარებით (ზემოთ 1 გ), ამასთანავე მათი ეკონომიკური ინტერესები ინსტიტუციონალურად პრივილეგირებული არ არის. კრედიტორთა მდგომარეობა გულისხმობს არა მხოლოდ უფლებებით აღჭურვას, არამედ შეზღუდვას და დავალდებულებას, ამასთანავე წარმოადგენს სოლიდარულ და ზარალიან გაერთიანებას “ყველას თანაბარ ინტერესებში”, ერთნაირი კერძო უფლებების შესაბამისად.

უპირველეს ყოვლისა არ შეიძლება მხედველობიდან გამოგვრჩეს ლიბერალიზმი ყველაფრის მიმართ: “სასამართლოს ავტორიტეტი” როგორც გადაწყვეტი მასშტაბი კრედიტორთა ყოველგვარი ავტონომიისათვის. საბოლოო გადაწყვეტილება ეკუთვნის ობიექტურ ინსტანციას, რომელიც თავის მხრივ დამოუკიდებლად იღებს გადაწყვეტილებებს თანაბარი უფლებების შესახებ. (ამდენად, მაგ. Ordre-public-ის დარღვევაზე უარის თქმის ფრანგულ-პრუსიული მიზეზის გაუქმება ნიშნავდა, იძულებითი მორიგების სასამართლო დადასტურების შემთხვევაში, სასამართლოს განთავისუფლებას საჯარო სამართლებრივი მოვალეობისაგან გარკვეული მორიგების შენარჩუნების მიზნით). ისტორიული თვალსაზრისით უფრო მეტად საქმე ეხებოდა საერთო სამართლებრივი შემცენებითი პროცესის ფორმების თავიდან აცილებას და მათ შეცვლას თავისებური, მაგრამ ტოლფასი ახალი პროცესით, და არა საერთოდ მკაცრი საპროცესო ფორმალობის და სამართლებრივი დაცვის გარანტიების შეზღუდვას. ეს ლიბერალობას ნიშნავდა, ეკონომიკური თვალსაზრისის გათვალისწინების გარეშე.

გაკოტრების თავიდან ასაცილებლად სხვათა შორის გათვალისწინებული არ იყო იძულებითი მორიგება სიმკაცრის საპირისპირო

მნიშვნელოვანი ელემენტი, მსგავსად ზუსტად რეგულირებული გაკოტრების სისხლის სამართლისა. აქედან გამომდინარე, გასაკვირი როდია, რომ 1877/79 წ. დებულებამ “გაკოტრების შესახებ” სრულიად საპირისპირო რეაქცია გამოიწვია. ზოგს იგი ძალზე ლიბერალურად ეჩვენებოდა. უკვე 1893 წლის საპარლამენტო მოთხოვნები გამწვავების გამკაცრების თაობაზე იმით საბუთდებოდა, რომ კანონი “მანჩესტერის სკოლის იდეების პირმშოა, მორგებულია საბითუმო ვაჭრობას და გამომდინარეობს მცდარი შეხედულებიდან, რომ გაკოტრება, როგორც წესი, დაუმსახურებელი უბედურებაა”. მოთხოვნებს, რომლებიც მიზნად ისახავდნენ გამკაცრებას, შედეგი არ მოჰყოლია, ისევე როგორც მათ საპირისპირო მისწრაფებებს გაკოტრების პროფილაქტიკის სანაცოის სასარგებლოდ, ე. ი. იძულებითი მორიგების სასარგებლოდ, რომელიც გაკოტრების თავიდან აცილებას ისახავს მიზნად. რომელ ამ მიმდინარეობათაგანს შეეძლო დროულად შეეშალა ხელი - როგორც ამას მოგვიანებით ფრთოსანი გამოთქმა იტყვის - “გაკოტრების გაკოტრების-თვის” და ამასთან “გაკოტრების სისტემის გაკოტრებას” ეხებოდა საქმე, უკიდურეს პირობებზე უარის თქმას თუ სულაც ეკონომიკის მტყუნებას? არაფერი გამოხატავს კანონის უკუგდების ისტორიულ სიმცდარეს იმაზე უკეთ, ვიდრე ის, რომ გაკოტრების უახლესი გერმანული რეფორმის კულმინაციურ წერტილში ერთ-ერთმა ჯგუფმა, რომელიც გაკოტრების სამართლებრივ რეფორმაზე მუშაობდა (“გრავენბრუნის წრე”), საკმარისად მიიჩნია აქტებისთვის უკანასკნელი 200 წლის მანძილზე რეფორმების თაობაზე მიმდინარე დისკუსიის დართვა 1877/79 წლის გაკოტრების შესახებ დებულების ზოგიერთი პუნქტობრივი ცვლილებით, მთლიანი რეფორმა კი აუცილებელი არ არისო.

დღევანდელი თვალსაზრისით 1877/79 წლების დებულებას “გაკოტრების შესახებ” მისი დერივატების ჩათვლით, როგორცაა 1927/35 წლების დებულება “მორიგების შესახებ” (ქვემოთ ბ) და 1990/91 წლების დებულება “ერთობლივი აღსრულების შესახებ” (ქვემოთ 3 ბ) და მათი შემკვიდრე, ვერც თავის ძირითად ბირთვში, 1994 წლის დებულება “გაკოტრების შესახებ”, ისეთი ქვეყნისთვის როგორც საქართველოა, ხასიათდება მისი კონსტრუქციების დამაჯერებლობის და ვარგისიანობის უპირატესობით, ასევე - თუ შეიძლება ითქვას - უბერებელი თანამედროვეობით. სწორედ ეს იყო იმის მიზეზი, რომ ეს კლასიკური მოდელი დაელო საფუძვლად საქართველოს კანონის “გაკოტრების საქმის წარმოების შესახებ” - ირგვლივ გამართულ კონსულტაციებს.

ბ) საერთო ეკონომიკური და სოციალური კრიზისის სამართალი

ძველი წყობის დასასრული პირველ მსოფლიო ომთან და მის კატასტროფულ შედეგებთან ერთად, რომლებიც ყველა სფეროში მოხდა, გაკოტრების სამართალშიც აისახა. მე-19 საუკუნეში ე. წ. სამორატორიუმო კანონმდებლობა (ე. ი. კანონით და სამთავრობო აქტით განსაზღვრულ საგანგებო სიტუაციებში ვალებისაგან საყოველთაო განთავისუფლების და გადავადების შესაძლებლობა) და ისეთი სამართლებრივი ინსტიტუტები, როგორცაა ე. წ. ქონების დათმობა (cessio bonorum) კიდევ რომ რადიკალურად აღმოეფხვრათ როგორც მანუ მოვლენა საქმიანი მორალისათვის და ამით ეკონომიკის განვითარებისათვის, მეორე მსოფლიო ომის დაწყება კვლავ მოიტანდა მსგავსი მოქმედების კანონებს, მაგ. ზედამხედველობა საწარმოს საქმიანობაზე. ომის შემდეგ მეწარმეთა მხარემ, როგორც პოტენციურმა გაკოტრების მოვალეებმა “უდანაშაულოდ” - კერძოდ ისეთი გარეგანი ფაქტების გამო, როგორცაა ეკონომიკური კრიზისები, ინფლაცია, პოლიტიკური არასტაბილობა - რთულ მდგომარეობაში ჩავარდნილი საწარმოების გაკოტრების პროფილაქტიკის მიზნით აუცილებლად მიიჩნიეს სანაცია - უკვე დიდი ხნის ნანატრი. სოციალური კომპონენტი მასობრივი უმუშევრობის გამო გამოიკვეთა საწარმოთა და სამუშაო ადგილების შენარჩუნების მოთხოვნაში. სოციალიზმი (ბოლშევიზმის გარეშე), სოციალიზაციები და სხვა ერთიანი საზოგადოებრივი და ერთიანი ეკონომიკური მოდელები, გადამწყვეტი ხმის უფლების იდეის ჩათვლით, საღისეუსიო საკითხებს წარმოადგენდა.

ამ ვითარებაში გერმანიაში შეიქმნა გაკოტრების თავიდან აცილების სასამართლო წარმოების წესი (VglO 1927), “უპირველეს ყოვლისა ერთიანი ეკონომიკის გათვალისწინებით”, რომელიც არ იყო “ცალკეული მოვალის კრედიტორის ინტერესებთან იდენტური, არამედ “მეურნეობრივი არაგონიერულობის” მიზეზის გამო კრედიტორები წყვეტდნენ “ეხება თუ არა საქმე მოვალეს, რომლის შენარჩუნებაც ეკონომიკური თვალსაზრისით გამართლებულია. ნაციონალ-სოციალიზმის პერიოდში (VglO 1935) ტიპური იყო შემდგომი გამონათქვამი: “მთელი ხალხი” და “საერთო სარგებელი საკუთარი სარგებლიდან გამომდინარეობს”. ერთიანი ეკონომიკური ინტერესების შესახებ გადაწყვეტილება სასამართლოს უნდა გამოეტანა “უწყებრივი პროფესიული წარმომადგენლების” მხარდაჭერით. მიუხედავად ამისა, ის ერთიანი ეკონომიკური კატეგორიები საკანონმდებლო მოტივად დარჩა და თავად კანონის ტექსტში არ გამოჩენილა (განსხვავებით დღევანდელიდან, მაგ. საფრან-

გეთის 1985 წლის კანონში “სანაციის შესახებ”). კანონში არც ერთხელ, როგორც ასეთი, არ იყო მოხსენიებული “მოვალესთან მორიგების მიზანშეწონილობა” (Vergleichswurdigkeit). არსის მიხედვით ეს გულისხმობდა და შეფასება ხორციელდებოდა მის მიერ უმცირესი კვოტის გადახდის მიხედვით (თავისი ვალდებულებების 30% ან 35% ან 40%). ზოგადად მორიგების საქმის წარმოებისთვის შეჩერდნენ სამოქალაქო პროცესის ფორმაზე, რომელიც სტრუქტურულად შეესაბამება გაკოტრების საქმის წარმოებას, ასე რომ სამართლებრივ-პოლიტიკური შედეგები ერთობლიობაში ნაკლებ დრამატული იყო, ვიდრე მისი წანამძღვრები.

მეორე მსოფლიო ომმა კვლავ მოიტანა ომისა და ომის შემდგომი პერიოდის სპეციალური სამართლის არსებობა გერმანიაში, მაგალითად, სახელშეკრულებო სამართალი. მეორე მსოფლიო ომის შემდეგ დასავლეთ გერმანიაში სწრაფად და საგრძნობლად გაუმჯობესებული ეკონომიკური პირობების და ცხოვრების დონის გამო მორიგების სამართლის თვალსაზრისით სამართლებრივ-პოლიტიკურ საკითხად იქცა სრულიად გამართლებული, მაგრამ საბოლოო ჯამში სამართლებრივ-ტექნიკური მოთხოვნა, რომელიც გულისხმობს გაკოტრების სამართლისთვის დამახასიათებელ ე. წ. ორბილიკიანობის აღმოფხვრას და მორიგებისა და გაკოტრების ერთ კანონში შერწყმასა და ხმის მიცემას (მაგ. “სულის მოთქმის” გზით (Atempause) უცხოური ნიმუშის მსგავსად. ერთიანმა ეკონომიკურმა იდეებმა კვლავ გაიღვიძა, როცა 70-იან წლებში მსოფლიო ეკონომიკის კონიუნქტურულმა და სტრუქტურულმა ცვლილებებმა (ნავთობის კრიზისი, სავალუტო კრიზისი, მასობრივი უმუშევრობა, ნაციონალიზაცია) სიმშვიდე დაარღვია სოციალური საბაზრო ეკონომიკის სისტემაში, რომელიც ამასობაში მიღებული ისტორიული გამოცდილების მიხედვით აიგო. მისი შენარჩუნებისა და სრულყოფისათვის აქტუალური გერმანული გაკოტრების სამართლის რეფორმის (1878 - 1985) ჯერ კიდევ პირველი ფაზა ისეთი იდეების გავლენას განიცდიდა, როგორიცაა “გაკოტრების სამართალი როგორც სამეურნეო სამართალი” და განსაკუთრებით სოციალურ-ხელშეკრულებითი და სოციალურ-ვალდებულებითი (და ამდენად, საწარმოს მართვაში კოლექტიური მონაწილეობის, სანაციის და რეორგანიზაციის იდეა. ამის გამო, მის მიმართ გამოითქვა სანაციის ეიფორიის საყვედური”, რასაც მოჰყვა სხვა, მაგალითად, საყვედური კრედიტორის (უზრუნველყოფილი) უფლებების სოციალიზაციის და კონფისკაციის შესახებ. გარდა ამისა, კრიტიკა წარმოებით-ეკონომიკური არარენტაბელობის გამო (“სანაციის წეფითი” “Sanierungstopf”). კრიტიკა ეხებოდა მაგ. დაქირავებულის ინდივიდუალუ-

რი უფლებების მტკიცე უზრუნველყოფისა და პრივილეგიების (“სუპერ-პრივილეგია” დაგვიანებული ხელფასის მოთხოვნებზე, ხელშეკრულების მოშლისგან დაცვა, “სოციალური გეგმა”, “გაკოტრების შემთხვევაში მოცდენის თანხა” (Ausfallgeld) დაქირავებულთა მხარე კი თავის მხრივ კოლექტიურად გაერთიანებული წარმოების შენარჩუნებას მოითხოვდა, რაც სამუშაო ადგილის შენარჩუნებას ნიშნავდა. ამის საწინააღმდეგოდ შეიძლებოდა საპირისპირო მოსაზრება გამოთქმულიყო გაკოტრების სამართლის სუბვენციური ხასიათის შესახებ, ასევე კონკურენციის მომქანცველი ხასიათის შესახებ, რაც (დიდი) საწარმოების შენარჩუნებით იყო გამოწვეული. ერთი სიტყვით სოციალურის შემთხვევაშიც ეკონომიკური პრივილეგიებას ეხება საქმე.

ერთიანი - ეკონომიკური და სოციალური გაკოტრების სამართლის კონცეფციის არსი მისი ბუნების შესაბამისად პოლიტიკურ და იდეოლოგიურ სფეროში ძვეს, მამასადაძვე, დამოკიდებულია პრინციპულ შეხედულებებზე სამართლის, საზოგადოების და ეკონომიკის შესახებ, ეკონომიკური სისტემის ჩათვლით. არც დასავლეთში არ არსებობს ამისთვის ერთიანი საბოლოო გადაწყვეტა. “გეგმიურ” ეკონომიკურ სისტემებს, როგორცაა საფრანგეთის და იტალიის ეკონომიკური სისტემები, ნაკლები პრობლემები აქვთ ღია ერთიან ეკონომიკურ საწყისთან. გერმანიას კარგა ხანს შეეძლო დასაყრდენი თავის “სოციალურ საბაზრო ეკონომიკაში” ჰქონოდა, სინამდვილეში კი, უპირველეს ყოვლისა, ზრდასა და კონიუნქტურას დაყრდნობოდა. გაკოტრების პოლიტიკა შესაძლოა ეკონომიკური პოლიტიკის ნაწილი იყოს (განსაკუთრებით ე.წ. სტაბილურობის კანონის საფუძველზე), მაგრამ იგი იქამდე უფრო მეტად სუბვენციურ პოლიტიკაშია გახვეული და მხოლოდ საგანგებო შემთხვევებში და საგანგებო დროს იძენდა ახალ სასიცოცხლო ძალებს. ამასობაში პოლიტიკური ნება გაკოტრების ღია, პირდაპირი პოლიტიკის საწარმოებლად შეძლებისდაგვარად თავისუფალ, ღია და ღერეგულირებული ბაზრების ეკონომიკური პოლიტიკის შემთხვევაში, პრაქტიკულად სიცოცხლის უნარს მოკლებული აღმოჩნდა და ეს მდგომარეობა 1994 წლის გაკოტრების სამართლის რეფორმების კანონშია სუბლიმირებული და დაცული. არსებობს უკუმოდრაობები და, კერძოდ, ისეთი ფორმისა, როდესაც “სოციალური სამართლებრივი ინსტიტუტები, როგორცაა ანგლო-ამერიკული სამართლებრივი სისტემის discharge “მომხმარებელთა” “გაკოტრებები” ან ნაშთითი ვალიდან განთავისუფლება, ნეოლიბერალისტურ” “მოვალეთა ციხეების” სახით შუქდება.

თუ საქართველოს მსგავსად გარდამავალი ქვეყნები დიდ იმედებს ამყარებენ თავისი ახალი გაკოტრების კანონების ერთიან ეკონომიკურ

და სოციალურ კომპონენტებზე (ან პირიქით, მათი ფორმის მიხედვით სოციალური და ერთიან-ეკონომიკური შედეგების წინაშე შიშის გამო უკან დაიხვეწენ - იხ. ქვემოთ 3 ა, მაშინ მათ აუცილებლად გაუცრუდებათ იმედები. რადგან ამ მიდგომით გაკოტრების სამართალი პრინციპულად, კერძოდ კი, პოლიტიკური თვალსაზრისით, ზომაზე მეტ მოთხოვნებს აყენებს. "სოციალური" გაკოტრების კანონი იმავე მოსაზრებას ბადებს, რასაც "ბაზართან შეთანხმებული" გაკოტრების სამართალი (იხ. დამატებით ქვემოთ გ), კერძოდ, გაკოტრების სამართალში, და არა მის გარეთ, ფუნდამენტური სოციო-ეკონომიკური პრობლემების გადაწყვეტის სურვილს. არც გაკოტრების პოლიტიკა, არც ის ეკონომიკური მოსაზრებები, რომლებსაც გაკოტრების პოლიტიკა გულისხმობს, როგორც ასეთი არ ექვემდებარებიან სასამართლო განხილვას. სულ მცირე, საეჭვოა, რომ გაკოტრების უადრესად კერძო სამართლებრივი ინსტიტუტი გამოსადეგი იყოს პირდაპირი ეკონომიკურ-სამართლებრივი მოწესრიგებისათვის. ამიტომ ყველა სახის საერთო კეთილდღეობის, სოციალურ და მეურნეობრიობის წინაპირობებს გაკოტრების კანონში შექმნილი დაგვიკარად გვერდი უნდა აუეაროთ და კონფლიქტის მოგვარება სასამართლო გადაწყვეტილების ძალით კერძო სამართალში მიღებული მასშტაბებით უნდა შემოიფარგლოს.

გ) "ბაზართან შეთანხმებული გაკოტრების სამართალი"

"ბაზართან შეთანხმებული გაკოტრების სამართლის" წარმოდგენა მოიაზრება როგორც სოციალური კონცეფციის საპირისპირო (იხ. ზემოთ 1). ეს კონცეფცია უდევს საფუძვლად გერმანულ დისკუსიას და კანონმდებლობას 1985 წლიდან მოყოლებული დღემდე (დებულება "გაკოტრების შესახებ" 1994 წ.), როგორც სოციალურ-ლიბერალურიდან ქრისტიანულ-ლიბერალურ სამთავრობო კოალიციაზე პოლიტიკური ცვლილების შედეგს. კონცეფციაზე არსებითი გავლენა მოახდინა აშშ-ს ნეო-ლიბერალურმა წარმოდგენამ. დიდი გავლენა იქონია ამ კონცეფციამ გარდამავალ ქვეყნებშიც.

ამდენად, ეს კონცეფცია გამოირჩევა იდეოლოგიური, მაგრამ არა იურიდიული საწყისით. გაკოტრების პროცესის მსველელობა ეკონომიკურით, და კერძოდ, მიკროეკონომიკურით იზღუდება და იგი მნიშვნელოვანწილად კრედიტორის მეურნეობასთანაა გათანაბრებული. ძირითადი ერთეულებია: "ქონების ორიენტაცია" ორგანიზატორულ, ხელახლა სტრუქტურებადი საქმის წარმოებისგან განსხვავებით; "ლიკვიდაციის

და სანაციის თანაბარი რანგი”, ე.ი. სანაციას არ გააჩნია უპირატესობა; “დერეგულირება”, რომელიც მოიაზრება როგორც კანონის უპირატესობა “მოლაპარაკების გზით საკითხის გადაწყვეტისა” და სასამართლოს მეშვეობით მოწესრიგების საპირისპიროდ, მათ შორისაა “სასანაციო ლიკვიდაცია” როგორც ხორცშესხმული “contradiction” გაკოტრების სამართლის “adiectu”-ში; “კონცეფცია უკეთესი რეალიზაციისათვის”; “უარი ქონებრივ უფლებებში იძულებით ჩარევაზე”, რაც მოიაზრება როგორც დამცველი პრინციპი უზრუნველყოფილი კრედიტორისთვის და ასევე ეკონომიკური ძალაუფლებრივი პოზიციებისათვის; ამიტომ გაკოტრების სამართალი არ შეიძლება არღვევდეს “ინვესტიციების თავისუფლებას”; “ფინანსურად არამონაწილეებს”, როგორცაა მაგ. პროფკავშირები, პროფესიული ორგანიზაციები, ან სახელმწიფო, არ შეიძლება საქმის წარმოებისას გადამწყვეტი ხმის უფლება გააჩნდეთ. უნდა გამოვყოთ ასეთი სამართლებრივი თეზისი: კრედიტორი მსგავსად ადრე ნახსენები უმცირესი კვოტისა (ზემოთ ბ) არ უნდა აიძულონ, მიიღოს გაკოტრების გეგმა (იძულებითი საქმის წარმოება) ე.წ. სალიკვიდაციო ღირებულებით. ამით შეუძლებელი გახდება სანაცია, რომელიც მოთხოვნებზე უარის და გადავადების პირობებში მხოლოდ ხელსაყრელ ეკონომიკურ პროგრესს ემყარება ნაცვლად მოკლევადიანი პერსპექტივისა.

ამ კონცეფციას დასავლეთშიც ბევრი მოწინააღმდეგე ჰყავს. შემჩნეულ იქნა, რომ ყველა კონცეფცია, რომელიც კონკურენციის პრინციპებით მანიპულირებს, ვერ ითვალისწინებს იმას, რომ არ არსებობს ნამდვილი ბაზარი გაკოტრებულთათვის ან გაკოტრებული საწარმოებისათვის, უფრო მეტიც, ბაზრიდან გასვლა საერთო ინტერესებიდან გამომდინარე სამართლის მომწესრიგებელ, “ხილულ ხელს” მოითხოვს (იხ. ზემოთ I 3 a. E). გაკოტრების საქმის წარმოებისათვის საბაზრო სტრატეგიით განსაზღვრული სასაქონლო ხასიათის არალიარება სისტემურ-პოლიტიკური ამოცანაა. ყველაფერ ამას იხილ უნდა დაემატოს, რომ გაკოტრების სამართალში შეუძლებელია იმ საბაზრო და კონკურენციის პირობების განხორციელება, რომლებიც გაკოტრების საქმის წარმოების გარეთ არ არსებობენ. დასავლეთშიც კი, სულ მცირე, საჭირო იქნებოდა ღრმა გვერდითი რეფორმების ჩატარება, როგორცაა კრედიტის უზრუნველყოფის და საბანკო სამართლის, საკორპორაციო სამართლის და საკონკურენციო სამართლის რეფორმები. დღეს კი ჯერ-ჯერობით ძნელია, ბაზრიდან გასვლა გაგებულ იქნეს როგორც კონკურენციის პროცესის შედეგი.

კრედიტორთა ავტონომია განსაკუთრებულ შიშს იწვევს მაშინ, როცა იგი როგორც ცალკეულ კრედიტორთა და კრედიტორთა ჯგუფის

გაერთიანებაა და ამით სხვა პირთა კერძო უფლებების დარღვევას განაპირობებს. კრედიტორთა ავტონომიის პოსტულატს, რომლის მიხედვითაც ეს ავტონომია მოწოდებულია მიიღოს გადაწყვეტილება მოვალეთა ბედის შესახებ, რადგან საქმე ეხება “მათ ფულს და რისკს”, დიდი სიფრთხილით უნდა მოვეყიდოთ ბაზართან შეთანხმებულ ყველა მოდელს, როგორც ფუნდამენტურ პოზიციას. გაკოტრების საქმის წარმოებაში კრედიტორთა ავტონომიით მოხიბვლის გამო ჯეროვნად არ ფასდება კრედიტორთა პასუხისმგებლობა გაკოტრების გამო. მოვალის დალუპვა ხშირ შემთხვევაში სწორედ კრედიტორთა მეშვეობით ხდება. ეკონომიკურ დასავლეთში ტიპიურ შემთხვევებში საქმე ეხება ბანკებს, ხშირად ასევე საქონლის მიმწოდებლებს, რომლებიც კრედიტორს სარისკო კრედიტის გაცემის გზით ამავდროული ზედმეტი დაზღვევით გაკოტრებისკენ უბიძგებენ, რათა შემდგომში გაკოტრების საქმის წარმოებაში დომინირებადი დიდი კრედიტორის სახით კიდევ ერთხელ გადაწყვიტონ მათი ეკონომიკური მომავალი საკუთარი ინტერესების შესაბამისად, ამასთან სანაცია (განსაკუთრებით “სასანაციო ლიკვიდაციების” ფორმით, რომელიც ნებისმიერი საშუალებებით სარგებლის მიღებას ნიშნავს) შესაძლოა უფრო ვგოისტურ მიზნებს ემსახურებოდეს: უფრო პატარა კრედიტორები, სახელმწიფო თავისი მოთხოვნებით, და მოვალე პირში ჩალაგამოვლებულნი რჩებიან. დიდი კრედიტორების დიქტატურის ეს პრობლემა (და, საერთოდ ეკონომიკური ძალაუფლების პრობლემა - იხ. ზემოთ I 3) გაკოტრების სამართლის დასავლურ სისტემებს დამაკმაყოფილებლად არ გადაუწყვეტია. ამდენად, “ბაზართან შეთანხმებული” სისტემის შემთხვევაში საქმე ეხება მხოლოდ “ბაზართან შეთანხმებულ” გაკოტრების სამართალს.

გაკოტრების საქმის წარმოებასთან დაკავშირებული წმინდა საბაზრო ურთიერთობების შემთხვევაში ზოგადად ლაპარაკობენ ეკონომიკური ნაციონალიზმის ბოროტად გამოყენებაზე და პოლემიკის გზით სოციალური დარვინიზმის შესახებ. შემადრწუნებელია ის, რომ სინამდვილეში თავისუფალი მეურნეობრიობის უკანასკნელი 200 წლის მანძილზე გაკოტრების სტატისტიკა მუდმივად იზრდებოდა მოსახლეობის რიცხვის ზეპროპორციულად (მაგ. გერმანია 1905: 7,700 გახსნილი გაკოტრების საქმე 61 მლნ. მცხოვრებზე; 1995 წ: დაახლოებით 30 000 გახსნილი გაკოტრების საქმე 81 მლნ. მცხოვრებზე). ტიპურია ასევე რეფორმის დასავლური სპირალები, ე. I. გაკოტრების სამართლის რეფორმის დაჩქარება, რაც, მაგალითად, აშშ-ში კანონებს შორის სულ უფრო მცირე რეფორმისტულ პერიოდებში აისახება 1898, 1938, 1978, 1984, 1986, 1994. საფრანგეთი - 1889, 1955, 1967, 1985, 1994 - ამ მოვლენის

ევროპული მაგალითია, რაც ეკონომიკური პრობლემების წინააღმდეგ უღონობას გამოხატავს და იმ ილუზიას ასაბუთებს, რომ გაკოტრების სამართალი წარმოადგენს გაკოტრების პრობლემას და არა თავად გაკოტრებებს (იხ. ზემოთ I, 3, დასასრულს).

ობიექტური, სახელმწიფო ადმინისტრაციული კონტროლის არარსებობა შეიძლება განვიხილოთ როგორც დასავლურ ბაზართან შეთანხმებული გაკოტრების სამართლის მოდელის მახასიათებელი. სახელმწიფოს ზედამხედველობა გაკოტრებაზე ნამდვილ ანათემას წარმოადგენს (სადავო გამოწვევები ეხება ბანკებს და დაზღვევებს). სინამდვილეში არ არსებობს უმარტივესი გადაწყვეტილებების საფუძვლები, როგორცაა მაგ. გაკოტრების მრავლისმეტყველი სტატისტიკა გაკოტრების საქმეებთან დაკავშირებით. ემპირიული დეტალური ცოდნა, როგორცაა ახლად დაარსებულ საწარმოთა გაკოტრებისკენ მიდრეკილება, მენეჯმენტის შეცდომების გადაწყვეტი როლი ან გაკოტრების საქმის წარმოების ფაქტორივი სტრუქტურა ხშირად ემყარება მონაცემთა ვიწრო ბაზას ან ყოველდღიურ თეორიებსა და ვარიანტებს. მაგრამ გასათვალისწინებელია ის, რომ სწორედ აშშ-ში 1944 წლის რეფორმით დაარსდა მუდმივი “National Bankruptcy Review Commission” - შესაძლოა ახალი საწყისი გაკოტრებაზე ნამდვილი საზედამხედველო უწყებისა, როგორსაც დასავლეთი ჯერ არ იცნობს. ამგვარი რამ საქართველოს თავიდანვე უნდა ეურჩიოთ, ისევე როგორც გაკოტრების სტატისტიკის შემოღება: თუ იცნობ ფაქტებს, მაშინ ბაზარსაც იცნობ და თუ იცნობ ბაზარს, მაშინ გაკოტრებისაც გაგებება.

3. ამჟამინდელი განვითარება გარდამავალ ქვეყნებში

ა) რეცეფცია, რესტავრაცია და რეფორმა

ბოლოს ნათქვამის შემდეგ კარგი იქნება ფხიზელი თვალი გადავაკოტრებთ გაკოტრების სამართლის თანამედროვე დასავლურ მოდელებს, განსაკუთრებით კი “ბაზართან შეთანხმებულ” მოდელებს (ზემოთ 2 გ). გაკოტრების კანონმდებლობის განვითარება პოსტსოციალისტურ სახელმწიფოებში ჯერაც სწორედ ამგვარი მოდელების გადაღებითაა დაღდასმული (ჩეხეთის რესპუბლიკა და სლოვაკეთი 1991/94, უნგრეთი 1991/92, რუსეთი 1992, უკრაინა 1991, ესტონეთი 1992, ბულგარეთი 1994, რუმინეთი 1995, ალბანეთი 1995).

თავისებური განვითარების გზები გამონაკლისს ქმნიან. მორიდე-

ბულმა მცდელობებმა გაკოტრების სოციალისტური სამართლის შესაქმნელად ზოგიერთ ქვეყანაში 1983 წლის შემდეგ (იხ. ზემოთ I 3), როგორც ჩანს, უმეტეს წილად ვერ გაუძლო პოლიტიკურ და ეკონომიკურ ცვლილებებს და უკვე სამართლის ისტორიის კუთვნილებას წარმოადგენენ.

განსაკუთრებული შემთხვევებია ყოფილი გდრ (ქვემოთ 2) და ასევე პოლონეთი, რომელსაც შეეძლო თავის უფუნქციოდ დარჩენილ, მაგრამ ფორმალურად მოქმედ 1934 წლის გაკოტრების კანონს დაბრუნებოდა, მაგრამ პოლონეთის მაგალითი საბაბს იძლევა კითხვისათვის, თუ რატომ არ დაადგენ გარდამავალი ქვეყნები უფრო ხშირ შემთხვევაში გზას, აღედგინათ კავშირი სოციალიზმამდე სამოქალაქო ტრადიციასთან. ამ ქვეყნებში ადრე არსებობდნენ გაკოტრების კანონები, რომლებიც, სულ მცირე, დროებით კანონების სახით შეიძლებოდა ძალაში შეეყვანათ, რაც ზოგადად იმ უპირატესობას მოიტანდა, რომ შესაძლებელი იქნებოდა, გარდა ძველი კანონების ტექსტებისა, აღრიხდელი სასამართლო არქივისა და ლიტერატურის, როგორც ეროვნული წყაროს გამოყენება. არც სხვა სამართლებრივ საკითხებთან დაკავშირებით დადგომიან ძველ გზას, ამას მოწმობენ უამრავი ახალი სამოქალაქო და სავაჭრო კოდექსები, კანონები სამეწარმეო საზოგადოებების შესახებ და სხვა. სოციალიზმიდან, როგორც ჩანს, უკან დასაბრუნებელი გზა არ არსებობს. ტრანსფორმაცია არ ნიშნავს ბურჟუაზიულ რესტავრაციას. ეს ძალზე საწყენია, რადგან ისტორიული და ეროვნული ტრადიციები ხალხლად მივიწყებული გამოდგნენ და სოციალიზმი ამგვარად მეორე გამარჯვებას ზეიმობს.

ამ მოვლენას უფრო მეტი ყურადღება უნდა დაეუთმოთ, როცა არა მხოლოდ დასავლური გავლენა და მოდერნიზაციის სურვილი, არამედ დამაბრკოლებელი ძალებიც მოქმედებენ. პრაქტიკა ახალი კანონების შესაბამისად უმეტეს ქვეყნებში, მსუბუქად რომ ვთქვათ, ჯერ ძალზე ჩამორჩება. რამდენიმე ქვეყანაში გაკოტრების ახალი კანონები თავდაპირველად ფორმალურად შერჩეული აღმოჩნდა (ასე მაგ. ჩეხეთის რესპუბლიკასა და რუსეთში). უპირველეს ყოვლისა, არ მოხერხდა დიდი სახელმწიფო საწარმოების გაკოტრების ახალი სამართლის მიხედვით სანაცია და ლიკვიდაცია. ეს საწარმოები ნაწილობრივ გამოთიშული აღმოჩნდა გაკოტრების ახალი სამართლის მოქმედების არედან (როგორც 1995 წელს ალბანეთში), გაკოტრების ახალი კანონების კავშირი პრივატიზაციის წინსვლასთან, თუ მის შერჩეებასთან აქ ნათელია (იხ. ზემოთ I 3). რამდენადაც საკმარისად არსებობს იმ ტენდენციის მაგალითები, შენარჩუნებული იქნეს სოციალისტური პერიოდის ინ-

სტიტუტები მოჩვენებით ანტი-რესტავრაციულ, სინამდვილეში კი ანტი-ტრანსფორმაციული მოტივებიდან გამოძინარე, იზრდება ტრანსფორმაციის სოციალისტურ რესტავრაციაში ჩახშობის საშიშროება.

თუმცა კი დასავლეთის მხრიდან უფრო მეტი ანალიზია საჭირო, არის თუ არა ტრანსფორმაცია და მოდერნიზაცია დასავლური ნიმუშის მიხედვით გარკვეულ წილად *a priori* ერთი და იგივე მნიშვნელობის მქონე. დასავლეთი, საერთაშორისო სავალუტო ფონდის (IMF) მეთაურობით (იხ. ქვემოთ ბ და გ), ნეოლიბერალულ წმინდა მოძღვრებას ან მძიმე, სულ მცირე, “შოკურ თერაპიას” ეყრდნობა, რომელიც ხშირად ძველ დასავლურ და ძველ აღმოსავლურ ძალაუფლებრივ ელიტებს შორის მშვიდ შეთანხმებას წარმოადგენს. გაკოტრების კანონმდებლობა მთლიანობაში ამას ნათელს ფენს, უნდა დასესხებოდნენ რა ამ შემთხვევაში გაკოტრების სამართლის სტრუქტურასთან ერთად იურიდიულ ველსაც, განსაკუთრებით საბანკო, საკრედიტო და კრედიტების სადაზღვეო სისტემას და ამით შეურნეობრიობის რაღაც გარკვეულ სახეს. ეს არ შეესატყვისება გარდამავალ ქვეყნებში დღეს არსებულ სტრუქტურებს ზოგადად და, ან გაკოტრების ახალი კანონის უქონლობას იწვევს, ან მის ბოროტად გამოყენებას, განსაკუთრებით ძალაუფლების კონცენტრაციის გზით. ორივე საზიანოა და წარმოების საწინააღმდეგო ეფექტს ქმნის.

ბ) პრობლემატური მაგალითები: ყოფილი გდრ და ალბანეთი

ახლახანს (1995 წლის ოქტომბერი) ალბანეთის პარლამენტის მიღებული გაკოტრების კანონი გვიჩვენებს გარდამავალი გაკოტრების კანონმდებლობის განსაკუთრებულ ასპექტს, კერძოდ საერთაშორისო ინსტიტუტების გავლენას, მაგ. საერთაშორისო სავალუტო ფონდის (IMF-International Monetary Fund) გავლენა ეროვნულ კანონმდებლობაზე.

ალბანეთის გაკოტრების ახალ კანონს ირონიული წინარე ისტორია აქვს, რომელსაც ყოფილ გდრ-ში ჰქონდა ადგილი: გერმანიის გაერთიანებასთან დაკავშირებით ყოფილ გდრ-თან მიმართებაში ტრანსფორმაციის პრობლემა იჩინა თავი, უკვე 1990 წლის მაისში გაერთიანების მომამზადებელ სახელმწიფო ხელშეკრულებაში სავალუტო, ეკონომიკური და სოციალური კავშირის შესახებ გდრ-ს დაევალა შეექმნა გაკოტრების სამართალი, რომელიც საბაზრო ეკონომიკის შესატყვისი იქნებოდა. ამით დასავლეთ გერმანიამ გდრ-ს შიდა გერმანული თვალ-

საზრისით იგივე პირობები წაუყენა, რასაც უყენებს საერთაშორისო სავალუტო ფონდი აღმოსავლეთ ევროპის სახელმწიფოებს, პრინციპში სამართალს, მაგალითად, მსოფლიო ბანკისგან კრედიტის მისაღებად.

ყოფილი გდრ იმ სოციალისტურ სახელმწიფოებს ეკუთვნოდა, რომელთაც უკვე გააჩნდათ გაკოტრების სამართალი. მართალია, გდრ-მა 1975 წლიდან იდეოლოგიური და პოლიტიკური მიზეზების გამო გააუქმა, ჯერ კიდევ მოქმედი ერთიანი გერმანული 1877/79 წლების დებულება. გაკოტრების შესახებ (იხ. ზემოთ 2 ა), მაგრამ შემდგომ კოლექტიური აღსრულების გარკვეული ფორმების გვერდით სამოქალაქო პროცესუალურ კოდექსში შექმნა საკუთარი დებულება "ერთიანი აღსრულების შესახებ" (GVVO 1995). კანონს მხოლოდ კერძო სექტორში უნდა ემოქმედა და, ამის გამო, იგი უკვე გარეგნულადაც მცირე მოცულობის იყო. 1975 წლის დებულება "ერთიანი აღსრულების შესახებ" თავისი 18 მუხლით, ალბათ, "გაკოტრების შესახებ" შექმნილი ყველაზე მოკლე კანონი იყო მთელს მსოფლიოში. მაგრამ იგი, რამდენიმე გამოწვევის გარდა, ერთიანი გერმანული გაკოტრების დებულების ტრადიციას და სტრუქტურას ინარჩუნებდა, მისი ერთგვარი მინიატურული გამოცემა იყო. ასეთ ჭრილში დანახული 1975 წლის დებულება "ერთიანი აღსრულების შესახებ" წარუვალი მნიშვნელობისაა, გვიჩვენებს რა, რომ გაკოტრების კანონიც შეიძლება აკმაყოფილებდეს საკანონმდებლო და საკოდიფიკაციო იდეალებს, როგორცაა მაგ. სიმარტივე, ზოგადობა, ლაკონურობა და სიცხადე-დასავლეთში უკვე კარგა ხნის მანძილზე მიუღწეველი იდეალი. ახალი 1994 წლის ერთიანი გერმანული დებულება "გაკოტრების შესახებ" თავისი 335 მუხლით, მხოლოდ მოჩვენებითაა 1977/79 წლების "გაკოტრების შესახებ" დებულებაზე და 1935 წლის დებულებაზე "შორიგების შესახებ" მოკლე, რომლებიც შესაბამისად 224 მუხლს და 132 მუხლს შეიცავენ.

ფორმალური მოსაზრებით მით უფრო საინტერესოა, რომ აღმოსავლეთ გერმანიაში მოწესრიგებამ ფორმალურად გაუძლო გაერთიანებას და დღეს 1990წ. აგვისტოს ე.წ. გაერთიანების ხელშეკრულების ძალით ჯერაც მოქმედებს ყოფილი გდრ-ის ტერიტორიაზე, ისე რომ გერმანია გაკოტრების სამართლის თვალსაზრისით ჯერაც არაა გაერთიანებული. რა თქმა უნდა, აღმოსავლეთ გერმანული კანონის ფორმა არ წარმოადგენდა საკმარის მიზანს მისი შენარჩუნებისათვის, მაგრამ ეს არც დაბრკოლებას ქმნიდა. ის, რომ ყოფილ გდრ-ში უბრალოდ კი არ შემოიღეს დასავლეთ გერმანული (და 1975 წლამდე ერთიანი) გაკოტრების სამართალი და ამის ნაცვლად საწარმოთა გაკოტრების და პრივატიზაციის პრობლემების დასაძლევად დამაკმაყოფილებლად მიიჩნიეს მანამ მოქმე-

დი 1975 წლის დებულება ერთიანი აღსრულების შესახებ (GVVO 1975) რამდენიმე შესწორებით (GVVO 1995/GesO 1990 და 1991) აუხსნელი დარჩა დაუსრულებელი დასავლეთ გერმანული (და ახლა უკვე ერთიანი გერმანული) გაკოტრების ერთიანი რეფორმის გამო. პოლიტიკური კუთხით გამოცხადდა: აღმოსავლეთ გერმანიაში სურთ არა ძველი და ცუდი, არამედ შეძლებისდაგვარად მოკლე დროში გაუმჯობესებული (ერთიანი გერმანია) ახალი, “ბაზართან შეთანხმებული” სამართლის (იხ. ზემოთ 2 გ) შემოტანა. ის, რომ 1975 წლის “დებულება ერთიანი აღსრულების შესახებ” 1990/1991 წწ. დებულებაში “ერთიანი აღსრულების შესახებ” დასავლეთ ევროპული რეფორმების პროექტის ახალი პრინციპების მიხედვით გასწორდა, ამ თვალსაზრისით ნიშნავს, რომ აღმოსავლეთ გერმანული კანონი “უფრო თანამედროვე” იყო, ვიდრე ჯერ არარეფორმირებული დასავლეთ გერმანული სამართალი, და სასწრაფოდ გაჩნდა მოთხოვნები, ექციათ აღმოსავლეთ გერმანული კანონი რეფორმის საფუძვლად! მაგრამ ეს თუნდაც იმიტომ იყო რეალობას მოკლებული, რომ პოლიტიკური მტკიცებები ფარისევლურ ხასიათს ატარებენ აღსრულების შესახებ, 1990/91 წლების დებულება უპირველეს ყოვლისა, არ წარმოადგენდა ალტრუისტულ ქველმოქმედებას ყოფილი გდრ-თვის, არამედ მასში განსახიერებული შიდა გერმანული სამართლებრივი განხეთქილების შენარჩუნება გამოიყენებოდა როგორც შიდა პოლიტიკური ზეწოლის საშუალება საერთო გერმანული გაკოტრების სამართლის რეფორმის წინააღმდეგ, რომელსაც მაშინ სრული მარცხი ემუქრებოდა, მწარე ირონიით უნდა შევნიშნოთ რომ გერმანული განვითარება, ალბათ, პირველი შემთხვევაა, როცა ტრანსფორმაციამ უკუგავლენა იქონია დასავლეთზე (იხ. ქვემოთ III 3).

უშუალოდ შიდა გერმანული პოლიტიკური გადაწყვეტილებების შემდეგ პერიოდს დაემთხვა პირველი სამუშაოები ალბანეთისათვის გაკოტრების ახალ კანონმდებლობაზე, რაშიც გერმანული მხარე იღებდა მონაწილეობას. ალბანეთს დიდი არჩევანი ჰქონდა: მას შეეძლო 1992 წელს შექმნილი კანონი სახელმწიფო საწარმოების გაკოტრების შესახებ კერძოზეც გაეკოტრებინა, დაბრუნებოდა იტალიურ სამართალს ან დაყრდნობოდა თანამედროვე იტალიის გაკოტრების სამართალს, ან მიემართა ახალი ევროპული ან ამერიკული მოდელისათვის. ალბანურმა მხარემ აირჩია პროექტი, რომელიც ეფუძნებოდა 1990/1991 წლების აღმოსავლეთ გერმანულ “დებულებას ერთიანი აღსრულების შესახებ”. აქ გადამწყვეტი გამოდგა პრაქტიკული მოსაზრება: ალბანეთს დასჭირდებოდა თავისი იმდროინდელი განვითარების დონის მიხედვით გაკოტრების მარტივი, მაგრამ ქმედითი კანონი. ამის შედეგად პირველი პრო-

ექტი, რომელიც მნიშვნელოვან წილად ორიენტირებული იყო “დებულე-ბაზე ერთიანი აღსრულების შესახებ” (GesO) მხოლოდ 24 მუხლს შეიცავდა. შინაარსობრივად რამდენიმე “დასავლეთ ევროპული” რეფორმების ელემენტი მიზეზთა გამო კვლავ ამოიღეს ან შეასუსტეს, რადგან ისინი ტრანსფორმაციის ურთიერთობებს არ მოერგებოდა. ასე, მაგალითად, ნივთობრივად უზრუნველყოფილი კრედიტორის მყარი პოზიციის ნაცვლად შეიქმნა ახალი ტიპის “საინვესტიციო პრივილეგია, რათა ალბანური ეკონომიკა დასავლური კრედიტის დაცვის უფლებებისა და ზედმეტი უზრუნველყოფის ჰიბრიდული ფორმისაგან დაეცვა და ნაცვლად კრედიტორთა უკიდურესი ავტონომიისა პროექტი ემყარებოდა გაკოტრების სამართლის განმტკიცებულ პოზიციას. უნდა გამოვყოთ ალბანური მხარის მტკიცე გამიჯვნა სანაციის “მსუბუქი” წესებისგან, რის გამოც ალბანეთში (განსხვავებით საქართველოსაგან) საქმის ძიების საწყისი სტადიიდან ამოუარდა “სულის მოსათქმელი პაუზა”. მნიშვნელოვან მიზანს წარმოადგენდა ასევე ალბანეთის 1992 წლის კანონის აღმოფხვრის და სახელმწიფო საწარმოების დაქვემდებარება გაკოტრების ზუსტი კანონისადმი.

მას შემდეგ, რაც 1992 წელს პირველი პროექტი კიდევ ერთხელ - და კერძოდ ამასობაში საქართველოსათვის შემუშავებული პროექტის ტექსტის საფუძველზე (იხ. ქვემოთ 3) - გადამუშავდა და დაახლოებით 40 მუხლით გაფართოებული 1994 წლის შემოდგომაზე ალბანეთის პარლამენტში შეიტანეს, 1994/95 წლების ზამთარში ტირანაში საერთაშორისო სავალუტო ფონდის ინტერვენცია მოხდა, რამაც თითქმის ერთი წლით შეაყოვნა კანონმდებლობის პროცესი. საერთაშორისო სავალუტო ფონდმა სხვასთან ერთად ალბანეთის პასუხისმგებელი ფინანსთა სამინისტროს წინააღმდეგობის მიუხედავად პროექტის შეცვლა მოითხოვა, ცვლილებები საბოლოო ანგარიშით დაჯდა ამერიკანიზაციაზე, ნეოლიბერალიზაციაზე და სულ მცირე, “მოდერნიზაციაზე” 1994 წლის “გაკოტრების შესახებ” დებულების გაგებით. მოთხოვნები ასეთი იყო: (უზრუნველყოფილ) კრედიტორთა მყარი პოზიცია, სარეორგანიზაციო პროცესი აშშ-ს 1978 წლის BRA-ს II თავის მიხედვით “reorganization liquidations”-ის ჩათვლით. გაკოტრების კანონი არ გამოიყენება ბანკების მიმართ, ასევე ბანკების გაკოტრებისას ანაბრების მცირედ უზრუნველყოფა ან საერთოდ უზრუნველყოფის გარეშე დატოვება. საერთაშორისო სავალუტო ფონდმა ამასთან წარმოადგინა თავისი სამართლებრივი განყოფილებების მეშვეობით ვაშინგტონში, და ნაწილობრივ საპარლამენტო კომისიებში შემუშავებული პროექტები. საერთაშორისო სავალუტო ფონდმა გამოიყენა ალბანეთის მთავრობის გერმანული კონ-

სულტაციები, სხვა გერმანულ ექსპერტთა მიერ გაწეული დახმარება, რომლებმაც როგორც სამინისტროს მოსამსახურებმა ჯერ კიდევ ხუთი წლის წინ მოამზადეს ალბანეთის კანონის პროექტი, 1990/91 წლების აღმოსავლეთ გერმანიის დებულება “ერთიანი აღსრულების შესახებ”, რომელიც დასავლეთ გერმანული რეფორმებისათვის ზეწოლის საშუალებას წარმოადგენდა, ახლა კი მას სახელს უტეხენ როგორც “სიმპლიციტურს”. ირონიული წინარე ისტორია სატირთა თამაშის მსგავსად ალბანურ ნიადაგზე გაგრძელდა.

საერთაშორისო სავალუტო ფონდმა წარმატებას მიაღწია. დამახინჯებული და ნაჯვარი პროექტიდან გამოსული კანონის ტვირთი ალბანელებმა უნდა ზიდონ, ეს კი ავის მომასწავებელი ნიშანია; დეკრეტით გაკოტრების კანონის გამოშვებასთან ერთად დიდი სახელმწიფო საწარმოები კანონის მოქმედების სფეროდან გამოირიცხა და იგი მინისტრთა საბჭოსთან თავმოყრილ სააგენტოს დაუქვემდებარეს. შემთხვევითი არა არის, რომ საბანკო კანონის შეცვლაც შეიძლება. ახალი ალბანური კანონის ზუსტი განსჯა კანონის ერთ-ერთ ვეროპულ ენაზე თარგმნის შემთხვევაში შეიძლება, ჯერჯერობით კი ამგვარი თარგმანი არ არსებობს.

გ) პერსპექტივა. საქართველოსათვის

ალბანური განვითარების გზა გდრ-ის წინა ისტორიასთან ერთად ამოღდ როდი იყო აქ აღწერილი, რადგან არსებობს იმის საშიშროება, რომ მსგავსი მოვლენები შესაძლოა საქართველოშიც განვითარდეს.

გაკოტრების საქმის წარმოების საქართველოს კანონზე მიმდინარე სამუშაოებზე აქ მხოლოდ სუსტად შეიძლება ლაპარაკი, რადგან მუშაობა ჯერ კიდევ არაა დასრულებული. მაგრამ იმის აღნიშვნა კი შეიძლება, რომ ამჟამინდელი პროექტი (44 მუხლი) წარმოადგენს თავის დროზე ალბანეთისათვის შედგენილი კანონის გაფართოებულ და შეცვლილ რედაქციას (რის გამოც ამ პროექტის მიხედვით 1995 წ. შექმნილი ალბანური კანონი თავის რამდენიმე ნაწილში მრავალწილად საქართველოს გაკოტრების სამართალს წარმოადგენს). მთავარი განსხვავება პროექტებს შორის მდგომარეობს “სანაციის კომპონენტში”, რომელიც ქართულმა მხარემ თავიდანვე მყარად ისურვა, ე.ი. საქართველოს კანონი გაკოტრების საქმის წარმოების შესახებ სანაციის და რეორგანიზაციის მიმართ უფრო კეთილგანწყობილი გამოდგა, ვიდრე ალბანეთის კანონი, რაც განსაკუთრებით აისახება სასამართლოს გარე სანირების ფაზაში, რომელიც გაკოტრების ჩატარებაში წინასწარაა

ჩართული, ამას გარდა, განსხვავება არსებობს საქმის იძულებითი წარმოების ელასტიურ წესებში (ყველასათვის წინადადებების შეტანის უფლებები უმცირესი კვოტის არარსებობა, ხმის უფლებების მოწესრიგებები, სასამართლოს დიდი როლი).

მაგრამ მაინც საკითხავია, ამგვარ გაფართოებულ კონცეფციას საერთაშორისო სავალუტო ფონდი, თუ იგი საქართველოს კანონმდებლობაზე მიმდინარე სამუშაოებში ჩაერთვება, მოწყალეების თვალთ შებედავს თუ არა, რადგან ახლაც, საქართველოსათვის გათვალისწინებულ მოწესრიგებასთან დაკავშირებით საქმე ეხება ისეთ მოწესრიგებებს, რომლებიც მონური ერთგულებით შეესატყვისებთან აშშ-ს და ახალ გერმანულ სამართალს. ადრე თუ გვიან საქართველოს საერთაშორისო ფონდთან კონფლიქტი ემუქრება და საქართველომ თავისი პოზიცია კარგად უნდა გააცნობიეროს.

ამ კითხვაზე პასუხის გაცემა თავისთავად საერთაშორისო სავალუტო ფონდის ფუნქციიდან და ძალოვანი პოზიციიდან შეუძლებელია. ეს ორგანიზაცია თავის მხრივ არც ყოვლის შემძლეა და არც ყველა საკითხშია კომპეტენტური, არამედ იგი თავისი წესდებითაა შეზღუდული. ამის შემდეგ ბევრი რამის თქმა შეიძლება იმის თაობაზე, რომ საერთაშორისო სავალუტო ფონდს არა აქვს უფლება მასპინძელ ქვეყანაში ნაცვალის კანონმდებლის როლში გამოდიოდეს. უფრო მეტიც, საერთაშორისო სავალუტო ფონდი შეზღუდულია ზოგადი პრინციპებით, როგორცაა მაგ. მოითხოვოს გაკოტრების კანონმდებლობის შექმნა. კანონმდებლობის დეტალები და საკუთარი კანონპროექტების და მოდელური კანონების წარდგენა საერთაშორისო სავალუტო ფონდისათვის ამის საპირისპიროდ წარმოადგენს *ultra vires* (და დამოუკიდებელი მასპინძელი ქვეყნების თვალსაზრისით გარკვეულ პირობებში კონსტიტუციას ეწინააღმდეგება კიდევ) და არ შეიძლება შესაბამისი სახელმწიფოების მიმართებაში დახმარების გაწევის პირობად გამოიყენონ. საერთაშორისო სავალუტო ფონდი პიროვნული თვალსაზრისით არ არის "განვითარების პროცესში იურიდიული დახმარების აღმოჩენისათვის", და საერთაშორისო სავალუტო ფონდის კონკურენცია თავისი წევრი სახელმწიფოების საკონსულტაციო ორგანოებთან (განსხვავებით კონსულტანტთა შორის გამართული კონკურენციისაგან) სხვა არაფერია, თუ არა რესურსების არასწორი განთავსება. ყოველ შემთხვევაში, ალბათ, საქართველოს უნდა ვურჩიოთ, პრინციპულად განიხილოს საერთაშორისო სავალუტო ფონდის მისწრაფებები. თავდაცვის მეორე ხაზზე კი უკვე ძირითად პრინციპებს შეეხება საქმე.

უპირველეს ყოვლისა თავიდან უნდა იქნეს აცილებული მცდარი

კონცეფციების საშიშროება. არ შეიძლება არ გავითვალისწინოთ, რომ დასავლეთის გაკოტრების სამართალი სამართლებრივ-პოლიტიკურად არასტატიკურია, იგი მუდმივ განვითარებაშია. ის რაც ტენდენციასა და მოდას შეესატყვისება, ხვალ როგორც მოსველებული, შეიძლება დეზავუირებულ იქნეს. გარდა ამისა, დასავლეთშიც არსებობს იდეოლოგიები, რომლებიც ძალაუფლებას ესწრაფვიან. ასე, მაგალითად, უკვე ათეული წელიწადია საერთაშორისო სავალუტო ფონდს ნეოლიბერალი ტექნოკრატიების ბურჯს უწოდებენ, რომელთაც არაფრად მიაჩნიათ სოციალური საბაზრო ეკონომიკა და ღარიბი ქვეყნების პრობლემების შესახებ ხშირად არაფერი იციან ან ყოველ შემთხვევაში მათ შეგნებულად სურთ მოაქციონ ეს ქვეყნები “შოკური თერაპიის” ქვეშ. ამასთანავე შეიძლება სავალუტო ფონდის პოლიტიკასა და დასავლეთის საერთაშორისო ასპარეზზე მოქმედი დიდი საწარმოების სტრატეგიას შორის ინტერესთა თანხვედრა ამოვიცნოთ გაკოტრების სამართალს, რომელიც ამ ინტერესებსაა მორგებული. შესაძლოა თბილისის საბანკო სფეროებისათვის ან ათი ათასამდე ახლად გამდიდრებული ქართველისათვის და ზოგიერთი უცხოელი ინვესტორის ხელმძღვანელთათვის რაღაც საეჭვო მომზიბვლელობაც გააჩნია, მაგრამ არა საქართველოს ეკონომიკის მონაწილეთა უდიდესი ნაწილისათვის, კომერსანტთათვის, ხელოსნებისა და გლეხებისათვის, მოკლედ: მოქალაქეთათვის, რომელთა მხრებზეც ძვეს, უპირველეს ყოვლისა, ტრანსფორმაციის ტვირთი. გაკოტრების სამართალი უკიდურესი დასავლური ნიმუშის მიხედვით ეკონომიკურ პირობებზე შესატყვის დაღს დაამჩნევს (იხ. ქვემოთ, დასასრულს) და ამის შესატყვისად მძიმედ დააწვება მცირე და საშუალო საწარმოებს, რომელთა შექმნა სასიცოცხლო მნიშვნელობისაა.

თუ დამატებით იმასაც გავითვალისწინებთ, რომ საქმე ეხება ისეთ არც თუ უმნიშვნელო საკითხებს, როგორიცაა ეროვნული დამოუკიდებლობა, ძველი ტრადიციების შენარჩუნება და ახლის შექმნა, ზოგადად ნამდვილი თავისუფლება და შესაძლებლობა მიიღო დახმარება საკუთარი ღირსების შეულახავად, ჩნდება გზა, რომელსაც დაადგა სავალუტო ფონდი ალბანეთში და ხშირად ირჩევენ დასავლელი ექსპერტები, და რომელიც საზიფათოა მასპინძელი ქვეყნებისათვის დროითი დანაკარგებისა და იმ დანაკარგების გამო, რომლებიც წინააღმდეგობათა პროცესში წარმოიქმნება. შემთხვევითი არაა, რომ ისეთი ქმედება, როგორიცაა საერთაშორისო სავალუტო ფონდის ქმედება, ალბათ არ შეესატყვისება ყველა თავისი წვერი სახელმწიფოს პოლიტიკურ ნებას. განსაკუთრებით არ შეესატყვისება ეს გერმანიის პოზიციას, გაგებულ იქნეს იურიდიული საკონსულტაციო დახმარება როგორც თავსმოხვეული სისტემა

(System-Oktroi). კომპეტენტური ორგანოები, როგორცაა ტექნიკური თანამშრომლობის საზოგადოება (GTZ), ასევე იურიდიული დახმარების ფონდი ახორციელებენ დახმარების პოლიტიკას, რომელიც თვითდახმარებისკენაა მიმართული. თუ ისეთი ქვეყნები, როგორცაა ალბანეთი და საქართველო დამოუკიდებლად აირჩევენ რომელიმე კონცეფციას, ეს არჩევანი კითხვის ქვეშ არ უნდა დადგეს ეკონომიკური ძალაუფლებრივი საშუალებების მეშვეობით. ასეთთა რიცხვს ეკუთვნის უცხოელი ინვესტორების ვერ მიზიდვის საშიში წინასწარმეტყველებანი. კომპეტენტური შეფასების მიხედვით ინვესტორებს რეალურად აღელებთ არა რაღაც გარკვეული ფორმის შექმნა და მით უმეტეს გაკოტრების სამართლის მომწესრიგებელი მექანიზმებისადმი კეთილგანწყობა ლიკვიდაციისა და სანაციის მიმართ, არამედ მათი წინასწარი გაანგარიშების შესაძლებლობა, ე.ი. უპირველეს ყოვლისა, სამართლებრივი საიმედოობა და სასამართლოთა ეფექტურობა. ამ კრიტერიუმს ქართული პროექტი უფრო მეტად პასუხობს, ვიდრე საერთაშორისო სავალუტო ფონდის მოდელური წარმოდგენები.

საბოლოო ჯამში იმედი უნდა ვიქონიოთ, რომ მოხერხდება საქართველოს ახალი გაკოტრების სამართლის შექმნა რესპუბლიკის საკანონმდებლო ორგანოების ხელში არსებითი მოსაზრებების გარეგანი ზემოქმედების გარეშე.

III. პერსპექტივა: საერთაშორისო ასპექტები.

უკვე მიღებულმა მაგალითებმა გვიჩვენა, საქართველოს ახალი გაკოტრების სამართალი თავისი ფორმისგან სრულიად დამოუკიდებლად ცალკეულ დეტალებში როგორც ისტორიული, ასევე საერთაშორისო განვითარების ნაკადში მოექცა. მაგრამ არსებობს კიდევ სამი სპეციფიური საერთაშორისო სამართლებრივი მოსაზრება, რომელთა შესახებ ზოგადად მაინც უნდა ვთქვათ რამდენიმე სიტყვა.

1. საერთაშორისო გაკოტრების სამართალი

საერთაშორისო გაკოტრების სამართლის წესები ეხება ისეთ ეროვნულ გაკოტრებებს, რომელთაც რაიმე “შეხება გააჩნიათ უცხოეთთან”, მაგალითად, ისეთი შემთხვევები, როცა ქართველ მოვალეს საზღვარგარეთ აქვს ქონება ან ქართველი კრედიტორი თავისი მოვალის საზღვარგარეთ გახსნილი გაკოტრების საქმის წარმოებას უპირისპირდება. აქ დგება

ქართული სასამართლოების მიერ საზღვარგარეთ ქართული გაკოტრების საქმის გახსნის საერთაშორისო კომპეტენციის საკითხები, გამოსაყენებელი გაკოტრების სამართლის საკითხის ჩათვლით, ასევე საქართველოში უცხოურ გაკოტრებათა აღიარების საკითხი.

გაკოტრების ახალ კანონში მოცემული იქნება ამ ტიპის ნორმები. ისინი დაეფუძნებიან ე.წ. უნივერსალიზმის და ექსტრატერიტორიულობის ძირითად იდეას, რომელიც დღეს სულ უფრო მეტად შეესატყვისება საერთაშორისო სტანდარტებს. ცალკეული საკითხები უჩვეულოდ რთულია, რადგან კოლიზიური სამართლის სირთულე გაკოტრების სამართლის სირთულესთანაა შერეული. ამდენად ისინი საქართველოში სპეციალისტებმა უფრო ახლოს უნდა შეისწავლონ.

განვითარებული საერთაშორისო გაკოტრების სამართალი ამავე დროს აუცილებელი წინაპირობა და შედეგია ქართული ეკონომიკისა და საზოგადოების საერთაშორისოსთან სასურველი შერწყმის. ეს მატერია მნიშვნელოვანწილად ესწრაფვის მისი წესების საერთაშორისო უნიფიცირებას.

2. საერთაშორისო გაკოტრების სამართლის უნიფიკაცია

ადრე თუ გვიან საქართველოსათვის გამოიკვეთება გაკოტრების სამართლის სფეროში საერთაშორისო კონვენციებში მონაწილეობის აუცილებლობა და მოთხოვნა.

სამართლებრივი უნიფიკაცია შეიძლება იყოს როგორც საერთაშორისო გაკოტრების სამართლის (ზემოთ 1.), ასევე “მატერიალური”, ნივთობრივი გაკოტრების სამართლის უნიფიკაცია. უკანასკნელს დასავლეთშიც კი ჯერ კიდევ სამომავლო მოვლენად თვლიან, მაგრამ მოსალოდნელია, რომ “მსოფლიო გაკოტრების სამართლის” იდეა ერთ დღეს რეალობად იქცევა, როგორც ეს “მსოფლიო სავაჭრო სამართლის” იდეას დაემართა. ამიტომაც, რომ UNCITRAL ამასობაში გაკოტრების სამართლის თემას დაუბრუნდება. გარკვეული საწყისები გაკოტრების სამართლის მატერიალური უნიფიცირებისათვის ევროკავშირიც არსებობს, ალბათ უკვე მალე ბანკებისა და სადაზღვევო საწარმოების გაკოტრებისათვის.

ზოგადად თავდაპირველად საერთაშორისო გაკოტრების სამართლის უნიფიცირებას გულისხმობენ, მაშინ როცა ევროპაში ამასობაში ევროსაბჭოს 1990 წლის შეთანხმების და ევროკავშირის 1995 წლის შეთანხმების ორმაგი გამარჯვებით - უკვე მოხსენიებული (ზემოთ II) -

შეუძლია იამაყოს, უპირველესად იმის გამო, რომ საერთოდ შესაძლო გახდა, მიუხედავად თემის სირთულისა ამგვარი შეთანხმება დაელოთ. აქაც საქართველოსათვის იშლება პერსპექტივა ამ და სხვა შემთხვევაში მთავარი ინტეგრაციის დონის მიხედვით მიიღოს მონაწილეობა.

მაგრამ საქართველოს დიდი საერთაშორისო პერსპექტივის გამო არ უნდა გამოჩნეს თავისი რეგიონული ინტერესები და კავშირები. ბუნებრივია, ეს კავშირები ყველა მიმართულებით გაფართოვდება. აქაც, რამდენადაც ამის საშუალებას პოლიტიკური მიმართულებები იძლევა, საჭიროა დაფიქრება რეგიონულ პარამონიზაციაზე გაკოტრების სამართლის სფეროში, ამასთან, გაკოტრების მრავალმხრივი კონვენციის შესაძლოა შუალედურ მიზნად იქცეს. განსაკუთრებულ შემთხვევებში ან მისთვის მნიშვნელოვან სახელმწიფოებთან შეიძლება საქართველოს რესპუბლიკამ აუცილებლობის შემთხვევაში მოკლევადიანი ორმხრივი კონვენციები დადოს გაკოტრების ორმხრივი აღიარებისთვის. ამის თანამედროვე მოდელები ევროპაში ბლომადაა.

3. შედარებითი სამართალმცოდნეობა გაკოტრების სფეროში

სამართლებრივი შედარება გაკოტრების სამართლის (ნაციონალურ ასევე საერთაშორისო) სფეროში წარმოადგენს შესაძლო ძირითად საერთაშორისო სამართლებრივ დისციპლინას, რომელიც აქ უნდა დავასახელოთ. გაკოტრების სამართლის შედარება წარმოადგენს არა მხოლოდ აკადემიურ საგანს, კომპლექსურობით განპირობებული, განსაკუთრებით მაღალი მოთხოვნებით და შესაბამისად მაღალი შემეცნებითი ინტერესებით, არამედ ისეთ სფეროში, როგორცაა გაკოტრების სამართალი პრაქტიკულ აუცილებლობასაც. ეს ითქმის საერთაშორისო გაკოტრების სამართალზე (ზემოთ 1), რომელიც კონკრეტული საკითხების გადაწყვეტის დროს გამოიყენება. იგივე ეხება საქართველოს გაკოტრების სამართლის შიდა გამოყენებასა და პრაქტიკას. იმის გამო, რომ მას ღრმა ფესვები აქვს გადგმული სამართლის ისტორიაში (განხილული როგორც სამართლებრივი შედარების ერთი ნაირსახეობა) და მრავალ უცხოურ ნიმუშებში.

მამასადამე, გაკოტრება არის საერთაშორისო სამართლებრივი ცხოვრების მიკროკოსმოსი. მასში საქართველოს მომავალი სრული წილი ექნება. დასავლეთში განსაკუთრებით მიმზიდველად გამოიყურება უკუშეპირისპირება, Feedback გარდამავალი ქვეყნებისაგან. იგი პრაქტიკული დეტალებით არ შემოიფარგლება. ერთ დღეს დღევანდელი კონცეფ-

ციების მიმწოდებელი ქვეყნები შესაძლოა ტრანსფორმაციის პროცესებიდან წარმოქმნილი კონცეფციებით მოსარგებლე ქვეყნებად იქცნენ.

ამდენად ძალზე მნიშვნელოვანია, ტრანსფორმაცია მოიაზრებოდეს არა მხოლოდ როგორც რეკეფციის გარდამავალი ფაზა, არამედ როგორც ახალი ეპოქის ერთობლივი დასაწყისი.

სპეციალური ლიტერატურა გაკოტრების ტრანსფორმაციის ზოგადი პრობლემების შესახებ იხ. გვ. 307-308.

ბაკოტრების სამართლის ზოგიერთი საკმითხი

(გერმანულ წყაროებზე დაყრდნობით)

როინ მიგრიაული

ასპირანტი, ბრემენის უნივერსიტეტი

1. სამოქალაქო ბრუნვა ხასიათდება მრავალმხრივი სამართლებრივი ურთიერთობებით, რომლებიც აღმოცენდებიან სხვადასხვა გარიგებებიდან. გარიგება კი წარმოშობს ვალდებულებებს. მაგალითად, ნაყიდი ან მიწოდებული საქონელი, კრედიტი ან სესხი, იჯარით აღებული ან ნაქირავები ნივთი, ჩეკი ან თამასუქი უნდა აანაზღაუროს ვალდებულმა პირმა განსაზღვრული დროის განმავლობაში. რიგი ვალდებულებებისა მაშინვე არ საჭიროებენ დაფარვას, ხოლო ხშირ შემთხვევაში მათი შესრულება კრედიტორის ნდობას ემყარება, იმას, რომ ვადის დადგომისას მოვალე შეასრულებს თავის ვალდებულებას.¹

დროის განსაზღვრულ მონაკვეთში მოვალედ ყოფნა სამოქალაქო ურთიერთობებისათვის დამახასიათებელი ჩვეულებრივი მოვლენაა. ასეთივე „ნორმალური“ მოვლენაა მოვალის მიერ თავისი ვალდებულებების შესრულებლობა. გარკვეული გარემოებების გამო მოვალე შეიძლება აღმოჩნდეს უუნარო შეასრულოს ფულის გადახდასთან დაკავშირებული ვადამოსული ვალდებულებები. გადახდისუუნარობა აქცევს მას ვალაუჯალ მოვალედ.

2. ვალაუჯალობის მასშტაბები უფრო ნათლად ჩანს კომერციული ბრუნვის დროს. ალღოს უქონლობამ, კომერციული საქმიანობისათვის დამახასიათებელმა „თამაშის წესების“ უცოდინრობამ, და რაც მთავარია, მძაფრმა კონკურენციამ შეიძლება მძიმე ეკონომიკურ მდგომარეობაში ჩააყენოს სამეწარმეო საქმიანობის სუბიექტი. სამეწარმეო საზოგადოება ბალანსის მიხედვით შეიძლება დავალიანდეს (Überschuldung), კერძოდ, მაშინ, როცა მისი პასივები გადააჭარბებს აქტივებს. თუმცა საზოგადოების დავალიანება ყოველთვის არ გულისხმობს მის გადახდისუუნარობას. მოვალე საზოგადოებამ ლიკვიდურობა შეიძლება შეინარჩუნოს, მაგალითად, კრედიტის აღებით. თუ იგი მანც გახდა გადახდისუუნარო და აღარ შეუძლია თავისი კრედიტორების სრულად დაკმაყოფილება, ეს უკვე ნიშნავს მის ეკონომიკურ კატასტროფას.² მეწარმის რისკი და გაზრდილი პასუხისმგებლობა უფრო მეტად უქმნის მას

საფრთხეს იქცეს ვალაუვალ მოვალედ, ვიდრე სამოქალაქო ურთიერთობების სხვა მონაწილეს.

გაკოტრების წარმოების დამთავრების შემდეგ საწარმო უმეტეს შემთხვევაში ლიკვიდირდება (თუმცა იგი თვითონ გადაწყვეტს, დარჩეს სამეწარმეო საქმიანობის სუბიექტად, თუ შეწყვეტოს არსებობა). გაკოტრების მეშვეობით მაშინათვე იცვლება საზოგადოების მიზანი მოგების მიღებიდან ლიკვიდაციისაკენ.³ ლიკვიდაციის შემდეგ კი საწარმო სრულად გამოირიცხება სამეწარმეო, შესაბამისად, სამოქალაქო ურთიერთობებიდან: იგი უქმდება ოფიციალურად, რაც სამეწარმეო რეესტრიდან მის ამოშლაში გამოიხატება. სამოქალაქო ურთიერთობებიდან გამორიცხვის შემდეგ საწარმო აღარ გვევლინება სამოქალაქო უფლება-მოვალეობათა სუბიექტად. საწარმოს გამორიცხვა სამოქალაქო ურთიერთობებიდან ისეთივე ნორმალური სამართლებრივი მოვლენაა, როგორც მისი თავდაპირველი ჩართვა ამ ურთიერთობებში.

რაც შეეხება ინდივიდუალურ მეწარმეს, გაკოტრების წარმოებაში კრედიტორების დაკმაყოფილებას ემსახურება როგორც მისი ინდივიდუალური საწარმო (როგორც ქონება), ისე აღსრულებას ქვემდებარე სხვა დანარჩენი ქონება. თუკი გაკოტრების წარმოების დამთავრების შემდეგ მას დარჩა იმდენი ქონება, რომ ხელი მოჰკიდოს ახალ საქმეს (ადრინდელმა საქმემ ხომ იგი გაკოტრებამდე მიიყვანა!), მაშინ იგი კვლავ განაგრძობს სამეწარმეო საქმიანობას (ანუ დარჩება სამეწარმეო საქმიანობის სუბიექტად). უმეტეს შემთხვევაში ინდივიდუალური მეწარმე გაკოტრებით მეურნეობრივად იმდენადაა წელში გატეხილი, რომ თავს ანებებს მეწარმეობას, ე. ი. აღარ მონაწილეობს სამეწარმეო ურთიერთობებში. იგი ოფიციალურად ამოიშლება სამეწარმეო რეესტრიდან. სამეწარმეო ურთიერთობებიდან ინდივიდუალური მეწარმის გამოსვლა კი არ ნიშნავს მის ავტომატურ გამორიცხვას სამოქალაქო ურთიერთობიდან. იგი, როგორც ფიზიკური პირი კვლავ რჩება სამოქალაქო უფლება-მოვალეობათა სუბიექტად — მას თანასწორუფლებიანად შეუძლია მიიღოს მონაწილეობა სამართლებრივ და სამეურნეო ცხოვრებაში: დადოს და მოშალოს ხელშეკრულებები, განაცხადოს პრეტენზიები, წარადგინოს სარჩელები და ა. შ.

იგივე შეიძლება ითქვას ფიზიკურ პირზე, რომელიც გერმანული სამართლის მიხედვით წარმოადგენს გაკოტრების დამოუკიდებელ სუბიექტს. გაკოტრების მეშვეობით ფიზიკური პირი არ გამოირიცხება სამოქალაქო ურთიერთობიდან. ასეთი გამორიცხვა მხოლოდ ანტიკური პერიოდისათვის იყო დამახასიათებელი. ანტიკურ ხანაში ვალაუვალი მოვალე, რომელიც თავის ვალებს ვეღარ იხდიდა, თვითონვე გაიყიდე-

ბოდა კრედიტორების სასარგებლოდ, ანუ ნივთად (მონად) იქცეოდა. ასე რომ, გაკოტრება არ ნიშნავს ფიზიკური პირის „სამოქალაქო სიკვდილს“, მას მხოლოდ შეეკვეცება სამოქალაქო უფლებები, ისიც მხოლოდ საგაკოტრებო წარმოების პერიოდისათვის.⁴ როგორც ზემოთ აღვნიშნეთ, გაკოტრებამ შეიძლება მხოლოდ გარკვეული უარყოფითი როლი შეასრულოს ფიზიკური პირის შემდგომ ეკონომიკურ ცხოვრებაში. იგი იმდენადაა დაუძლურებული თავისი ვალებით, რომ ფაქტობრივად ამთავრებს თავის შემდგომ სამეურნეო საქმიანობას ცხოვრების დარჩენილი დროისათვის.⁵

ამრიგად, მეწარმის საქმიანობა, რომელიც მოგების მიღებისკენაა მიმართული, ლოგიკურად შეიძლება დასრულდეს ან მისი მართლზომიერი გამდიდრებით, ან გაკოტრებით (თავისი თანმდევი შედეგებით).

3. გერმანული სამართალი და სამართლის თეორია გაკოტრებას კონკურსს (Konkurs) უწოდებენ. საგაკოტრებო ურთიერთობების მომწესრიგებელ ძირითად აქტს საკონკურსო დებულება (Konkursordnung, შემოკლებით KO) ეწოდება. ჩვეულებრივ, ორდინარული მნიშვნელობით „კონკურსი“ გულისხმობს საერთო ღონისძიებაში რამდენიმე პირის მონაწილეობას მათი ინტერესების ერთპიროვნულად ან კოლექტიურად განხორციელების მიზნით. მაგალითად, აბიტურიენტთა კონკურსი უმაღლეს სასწავლებელში ჩასარიცხად, სახელმწიფო ქონების გაყიდვასთან დაკავშირებით გამოცხადებული კონკურსი და სხვ. კონკურსი, ჩვეულებრივ, გულისხმობს მონაწილეთა კონკურენციას, შეჯიბრებითობას მონაწილეებს შორის. ორდინარული კონკურსის მსაგავსად, საგაკოტრებო კონკურსშიც რამდენიმე პირი მონაწილეობს ერთი მიზნით: მიიღონ დაკმაყოფილება მათი საერთო მოვალის ქონებიდან. მაგრამ საგაკოტრებო კონკურსს აკლია ორდინალური კონკურსისათვის დამახასიათებელი თვისებები, კერძოდ კონკურენცია და შეჯიბრებითობა მონაწილეებს (კრედიტორებს) შორის. საგაკოტრებო კონკურსის დროს გაკოტრების კრედიტორები არ კონკურირებენ ერთმანეთთან, ყველა თავიდანვე იმედოვნებს, რომ საბოლოოდ „გაიმარჯვებენ“, ანუ თითოეული მათგანი მიიღებს რაღაც წილს მათი საერთო მოვალის ქონებიდან. ამასთან, თუკი გაკოტრების წარმოებაში მხოლოდ ერთი კრედიტორი მონაწილეობს, მაშინ კონკურსსაც არ ექნება საერთოდ ადგილი. ამიტომ საგაკოტრებო ურთიერთობებში გამოყენებული სიტყვა „კონკურსი“, ჩემის აზრით, არც თუ ისე ზუსტად მიესადაგება მის შინაარსს. ამასთან, პრაქტიკულ გამოყენებაში სხვადასხვა კონკურსის ერთმანეთისაგან განსასხვავებლად ყოველთვის გეჭირდება რაიმე განმსაზღვრელი სიტყვის დართვა, მაგალითად, საუნივერსიტეტო კონკურსი, საპრივატიზაციო კონკურსი, კონ-

კურსი ვაკანტური ადგილის დასაკავებლად და ა. შ. ასევე: საგაკოტრებო კონკურსი. ასე რომ, საგაკოტრებო სამართალში უარი უნდა ვთქვათ მითითებული სიტყვის იურიდიულ ტერმინად გამოყენებაზე. მის მაგივრად უმჯობესია ვიხმაროთ „გაკოტრება“.⁶ შესაბამისად, როდესაც საქართველოში საქმე ამ დარგის სამართლებრივ მოწესრიგებას ეხება, საჭიროა დიდი სიფრთხილით მოვეკიდოთ ახალი იურიდიული ტერმინების შემოღებასა და დანერგვას.

4. გაკოტრება, როგორც სამართლებრივი ინსტიტუტი, მიზნად ისახავს მოვალის ქონების ლიკვიდაციას მთლიანი ან ცალკეული გასხვისების საშუალებით და ამონაგების თანაბარზომიერ განაწილებას კრედიტორებს შორის.⁷ გაკოტრების დასრულების შემდეგ მოვალეს აღარ რჩება ხელთ არც ერთი ქონებრივი ფასეულობა. მოვალის სამეურნეო ნგრევა ზრდის მის დანაკარგებს.⁸ სწორედ გაკოტრების ამ „დამანგრეველმა“ თვისებამ ათქმევინა ე. ივეგერს: „გაკოტრება არის ფასეულობების ყველაზე ცუდი მომსაობი“ (Konkurs ist ein Wertvernichter schlimmster Art).⁹

გერმანულ სამართალში არსებობს მთელი რიგი ინსტიტუტები, რომლებიც აგრეთვე მოვალის დაცვასაც ისახავენ მიზნად. ერთ-ერთი ასეთი ინსტიტუტია მორიგება (Vergleich), რომელიც სპეციალური კანონით – მორიგების დებულებით (Vergleichsordnung, შემოკლ., VergIO) წესრიგდება. გაკოტრებისაგან განსხვავებით, მორიგების მიზანია თავიდან ააცილოს მოვალეს ქონების ლიკვიდაცია და მისცეს მას შესაძლებლობა თავისივე ქონებით (საწარმოთი) შემდგომშიც განაგრძოს საქმიანობა.¹⁰ მორიგება მოვალეს თავიდან ააცილებს გაკოტრებიდან გამომდინარე იმ საფრთხეს, რაც მას არსებობის მოსაობით ემუქრება.¹¹ ამისათვის კრედიტორებსა და მოვალეს შორის იდება სპეციალური შეთანხმება, ე. წ. სამომრიგებლო ხელშეკრულება. ამ შეთანხმების საგანია მოთხოვნების გადავადება და მოვალის გათავისუფლება ვალეების ნაწილისაგან. კრედიტორების მიერ მოვალესათვის თავისი მოთხოვნების ნაწილის მოხსნის შემდეგ მოვალე ვალდებული ხდება უმთავრესად ნაწილ-ნაწილ ანაზღაუროს მოთხოვნების მოუხსნელი (დარჩენილი) ნაწილი.¹² ამრიგად, მორიგება არის ერთგვარი სამართლებრივი ინსტიტუტი, რომელსაც სურს სასამართლოს მიერ დამტკიცებული მხარეთა შეთანხმებით დაიხსნას მოვალე გაკოტრებისაგან.¹³ თუ გაკოტრების დროს კრედიტორები აქტიურობენ, მორიგების დროს, პირიქით, ინიციატივა გადადის მოვალის ხელში: მხოლოდ მოვალეს შეუძლია შეიტანოს განცხადება მორიგების წარმოების გახსნის შესახებ, მოვალისაგან გამომდინარეობს სამომრიგებლო წინადადება. მასში იგი

სთავაზობს კრედიტორებს თავისი ვალდებულებების განსაზღვრულ მოწესრიგებას. თუმცა საბოლოოდ კრედიტორები თვითონ წყვეტენ უმრავლესობით, დაეთანხმონ თუ არა ამ წინადადებას. გარდა ამისა, თუ გაკოტრების დროს მოვალეს ჩამოერთმევა მთელი ქონების მართვისა და განკარგვის უფლებამოსილება და გადაეცემა გაკოტრების მმართველს (შემდგომი რეალიზაციის უფლებით), მორიგების დროს მოვალე თვითონ რჩება თავისი ქონების „ბატონად“, რადგანაც მან თავისი საწარმოს საქმიანობის გაგრძელებით უნდა გამოიმუშავოს სახსრები სამომრიგებლო შეთანხმების შესასრულებლად.¹⁴ გერმანიის მორიგების დებულება ითვალისწინებს აგრეთვე მოვალის გარკვეულ შეზღუდვებსაც, კერძოდ, მოვალეზე ზედამხედველობას ახორციელებს მორიგების მმართველი.

აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ გერმანიაში მორიგებას ძალზე მცირე პრაქტიკული გამოყენება აქვს.¹⁵

გერმანული სამართლის მიხედვით, მორიგების წარმოების საფუძვლები შეესაბამება გაკოტრების წარმოების საფუძვლებს, რაც იმას ნიშნავს, რომ ორივე შემთხვევაში წარმოების გახსნის წინაპირობა ერთი და იგივეა – მოვალის გადახდისუუნარობა (განსაზღვრულ შემთხვევებში აგრეთვე დავალიანება). სწორედ ამ საერთო წინაპირობის გამო გაკოტრებისა და მორიგების სამართალს გერმანიის სამართლის თეორიაში აერთიანებენ ერთი საერთო ცნების ქვეშ – საინზოლვენცო (ან: ვალაუვალობის) სამართალი. საინზოლვენცო სამართალი მოიცავს არა მხოლოდ გაკოტრების დებულებისა და მორიგების დებულების ნორმებს, არამედ სხვა ნორმებსაც, რომლებიც აწესრიგებენ ვალაუვალი (insolvent) ან ვალაუვალობის საფრთხის ქვეშ მყოფი საწარმოს სანაციასა და ლიკვიდაციას.¹⁶ საინზოლვენცო (ვალაუვალობის) სამართალი, ამრიგად, საერთო ჯამში ორმაგ მიზანს ისახავს ერთდროულად: სანაციას და ლიკვიდაციას. საინზოლვენცო (ვალაუვალობის) სამართლის თეორიული ფესვებიდან აღმოცენდა საინზოლვენცო კანონმდებლობა. 1994 წ. გერმანიაში მიღებულ იქნა საინზოლვენცო დებულება (Insolvenzordnung), რომელიც ძალაში შედის 1999 წელს. ერთი აქტით, ამრიგად, მოწესრიგდება როგორც საგაკოტრებო, ისე სამომრიგებლო ურთიერთობები.¹⁷ საინზოლვენცო დებულების შესავალი კანონით უქმდება საკონკურსო დებულება (KO) და მორიგების დებულება (VerglO).

5. გერმანული სამართალი კრედიტორს აძლევს არჩევანის საშუალებას მოვალესთან ურთიერთობაში. მას შეუძლია თავისი მოთხოვნა მოვალის წინააღმდეგ განახორციელოს ან ცალკეულად, ცალკეულ

სააღსრულებო წარმოებაში (Einzelvollstreckungsverfahren), ან საგაკოტრებო წარმოებაში. კრედიტორი, გარემოებებიდან გამომდინარე, ირჩევს მისთვის მისაღებ წარმოებას. მაგრამ თუკი საგაკოტრებო წარმოების გახსნას ითხოვს ერთადერთი კრედიტორი, მაშინ მისი განცხადება მხოლოდ წინასწარი შემოწმების შემდეგ იქნება დაშვებული, ისიც მაშინ, როცა კრედიტორი სარწმუნოდ დაამტკიცებს თავის მოთხოვნას და მოვალის გადახდისუუნარობას (KO, §105, აბზ.2). თუმცა შეიძლება ითქვას, რომ საგაკოტრებო წარმოება მაინც კოლექტიური წარმოებაა, ვინაიდან მასში, როგორც წესი, ერთზე მეტი კრედიტორი მონაწილეობს. საგაკოტრებო წარმოებაში რამდენიმე კრედიტორი ერთად და ერთდროულად განხორციელებს თავის სამართლებრივ პრეტენზიებს ერთი და იმავე მოვალის წინააღმდეგ (აქედან სწორედ: „საერთო მოვალე“).

გაკოტრების დროს, ისევე როგორც სააღსრულებო წარმოების დროს, საქმე გვაქვს კერძო უფლების იძულებით განხორციელებასთან (Rechtsdurchsetzung). სააღსრულებო წარმოებაში კრედიტორის ტიტულიანი მოთხოვნის იძულებითი წესით განხორციელება ხდება სპეციალური აღსრულების ორგანოების (აღსრულების სასამართლოს, სასამართლო აღმასრულებლის) მიერ. თუმცა გაკოტრებაში შეიძლება ითქვას, რომ მოთხოვნათა განხორციელება უფრო რბილ ფორმებში მიმდინარეობს – გაკოტრების სასამართლოს აქვს მხოლოდ ზოგადი საზღვამხედველო ფუნქცია¹⁸ (იეგერი: „ზღვამხედველობა და არა ხელმძღვანელობა“), ხოლო წარმოების ძირითად საკითხებს აგვარებენ გაკოტრების მმართველი („გაკოტრების ცენტრალური ფიგურა“) და თვითონ კრედიტორები („კრედიტორთა თვითმმართველობა“). ამრიგად, გაკოტრების დროს შეიძლება უფრო მეტად ვისაუბროთ არა კრედიტორთა მოთხოვნების განხორციელებაზე, არამედ მათ დაკმაყოფილებაზე. რა თქმა უნდა, ამით არ არის უარყოფილი, რომ „რაიმე განხორციელება“, ვინაიდან განხორციელება რა კერძო კრედიტორთა მოთხოვნები, ამით ისინი დაკმაყოფილდება.¹⁹

6. მიუხედავად ამ მსგავსებისა, საგაკოტრებო წარმოება მაინც დიდად განსხვავდება სააღსრულებო წარმოებისაგან, რომელსაც ცალკეულ სააღსრულებო წარმოებას (Einzelvollstreckung) ან იძულებით სააღსრულებო წარმოებასაც (Zwangsvollstreckung) უწოდებენ:

ა) ცალკეული სააღსრულებო წარმოებისათვის დამახასიათებელია ის, რომ ცალკეული კრედიტორი საქმის არსებითი განხილვის წარმოებაში (Erkenntnisverfahren) მიღებული სააღსრულებო დოკუმენტის (აღმასრულებელი ტიტულის) საფუძველზე ახდენს აღსრულებას მოვა-

ლის ქონების ცალკეულ საგნებზე. სხვა კრედიტორების მოქმედება არ წარმოადგენს მისი ზრუნვის საგანს. უფრო მეტიც, იგი ცდილობს დაასწროს მათ, როგორც თავის უშუალო კონკურენტებს. აქ დროის ფაქტორს გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვს. კრედიტორი, რომელიც უფრო ადრე დააყენებს მოთხოვნას მოვალის წინააღმდეგ, ამით იგი გამორიცხავს სხვა კრედიტორებს მანამ, სანამ სრულად არ დაიკმაყოფილებს თავის მოთხოვნებს ("Wer zuerst kommt, malt zuerst")²⁰. ამრიგად, ცალკეულ სააღსრულებო წარმოებაში გადამწყვეტია ე. წ. პრიორიტეტის ანუ პრევენციის პრინციპი - potior tempore, potior iure (ZPO, §804, აბზ. 3).

საგაკოტრებო წარმოებისას არსებობს ინტერესთა მრავალფეროვანი დაპირისპირება. ამ დროს ერთმანეთს ეჯახება არა მხოლოდ კრედიტორებისა და მათი საერთო მოვალის ინტერესები. ინტერესთა დაპირისპირება არსებობს თვით კრედიტორებს შორის, ვინაიდან გაკოტრების დროს ზდება კრედიტორების ღირფერენცირება მათი მოთხოვნების ხარისხის მიხედვით - ზოგიერთი კრედიტორი, კერძოდ, უფრო პრივილიგირებულია (მაგ., კრედიტორები, რომლებიც საკუთრების ან გირაუნობის უფლებით სარგებლობენ) და უპირატესად უნდა დაკმაყოფილდეს მოვალის ქონებიდან, ვიდრე ის კრედიტორები, რომლებსაც თავიანთი მოთხოვნები წარმოეშობათ, მაგალითად, ნასყიდობიდან ან ქირაუნობიდან. კრედიტორთა სხვა კატეგორია განსაკუთრებული დაცვის ქვეშეზდება (მაგალითად, მუშაკები ხელფასის მიღებიდან წარმოშობილი მოთხოვნების გამო). ინტერესთა ასეთი დაპირისპირების დროს პრიორიტეტის (პრევენციის) პრინციპის ზუსტი განხორციელება მიგვიყვანდა უსამართლობისაკენ, ვინაიდან ის კრედიტორი, რომელიც უფრო სწრაფი აღმოჩნდებოდა (განსაკუთრებული სამართლებრივი ან სიტუაციის ცოდნის გამო, ანდა ქონებაზე ხელმისაწვდომობის გამო), შექლებდა დაკმაყოფილებას, მაშინ როცა სხვებისათვის დიდი ხნის განმავლობაში უარი უნდა ეთქვათ მოთხოვნების რეალიზებაში.²¹ გაკოტრებისას, თუ თავიდანვე დადგინდა, რომ მოვალის ქონება არასაკმარისია ყველა კრედიტორის დასაკმაყოფილებლად, პრევენციის პრინციპი მიგვიყვანდა „ბრძოლამდე ყველა ყველას წინააღმდეგ“, ²² რაც არ უზრუნველყოფდა სამართლებრივი მშვიდობის დაცვას.²³

სამართლებრივი მშვიდობის დამყარების აუცილებლობა უარყოფს პრევენციის პრინციპს საგაკოტრებო წარმოებაში. აქ სამართლებრივი მშვიდობა ითხოვს ყველა კრედიტორის შანსების აუცილებელ თანაბრობას - თითოეული თავისი მოთხოვნისათვის მიიღებს პატარა ქვაბიდან თანაბარს, თუმცა ხშირად პატარა ქვოტას.²⁴ შესაბამისად, პრევენცი-

ის პრინციპი გაკოტრების წარმოების დროს შეცვლილია „ყველა კრედიტორის თანაბარზომიერი დაკმაყოფილების პრინციპით“ (par conditio creditorum). ამ პრინციპის მეშვეობით სახელმწიფო ერევა ცალკე კრედიტორების, და ცალკე კრედიტორებისა და მათი საერთო მოვალის დამატულ ურთიერთობებში. თუმცა სახელმწიფოს ჩარევის ეს ფარგლები შეზღუდულია და გამოიხატება მხოლოდ სახელმწიფო ფუნქციებით მის მიერვე დანიშნულ საგაკოტრებო მმართველზე, აგრეთვე კრედიტორთა თვითმმართველობაზე. ყველა კრედიტორის თანაბარზომიერი დაკმაყოფილების პრინციპიდან გამომდინარე, სახელმწიფო, ართმევს რა ინიციატივას ხელიდან ცალკეულ პირს, იმისათვისაც უნდა ზრუნავდეს, რომ კრედიტორთა თანაბარზომიერი დაკმაყოფილება მოწესრიგებული პროცესით მიმდინარეობდეს.²⁵

ბ) ცალკეულ სააღსრულებო წარმოებაშიც ცალკეული კრედიტორის სასარგებლოდ გადასახდელად მიიქცევა მოვალის არა მთელი ქონება, არაჟედ აღსრულებას ქვემდებარე ქონების ცალკეული ობიექტები (აქედან: „ცალკეული /ქონების/ სააღსრულებო წარმოება“). ცალკეულ კრედიტორს არა აქვს უფლება მოვალის მთელი ქონება „სხვათათვის ხელმიუწვდომლად აქციოს“ და თავის სასარგებლოდ მოახდინოს მისი რეალიზება.²⁶

საკაკოტრებო წარმოება, საპირისპიროდ, არის კრედიტორების მიერ მათი საერთო მოვალის მთლიანი ქონების წინააღმდეგ წარმართული პროცესი. მოვალის მთელი ქონება (გაკოტრების მასა) არის საერთო მოვალის ის ქონება (ასევე იძულებით აღსრულებას ქვემდებარე), რომელიც ეკუთვნის მას გაკოტრების წარმოების გახსნის მომენტიანთვის (KO, §1/1).

სწორედ მოვალის მთელი ქონება არის ის სატყუარა, რომელიც კრედიტორს გაკოტრების წარმოებისაგან იტყუებს. თუმცაღა გაკოტრების წარმოების დამთავრების შემდეგ კრედიტორი ძალზე ხშირად თითქმის ხელცარიელი რჩება, როდესაც მის გარდა სხვა კრედიტორებიც (მათ შორის პრივილეგირებულნიც) აღმოჩნდებიან ხოლმე და თავისი მოთხოვნისათვის იღებს მხოლოდ ქვოტას, რომელიც უმრავლეს შემთხვევებში მისი მოთხოვნის 10%-საც კი არ აღემატება ხოლმე. ხოლო დანარჩენს იგი კარგავს. ამასთან, ეს დანაკარგი თანაბარია თითოეული კრედიტორისათვის. გაკოტრებაში კრედიტორები ერთად იზიარებენ დანაკარგს, რომელიც წარმოიშობა მათი საერთო მოვალის ქონების არასაკმარისობის გამო.²⁷ ამის გამო გერმანულ სამართლის თეორიაში ასეთი დანაკარგის მქონე კრედიტორებს „დანაკარგის მქონე პირთა ერთობასაც“ (Verlustgemeinschaft)²⁸ უწოდებენ.

გ) ცალკეული სააღსრულებო წარმოების დროს განხორციელდება მხოლოდ საქმის არსებითად განმხილველი სასამართლოს (Prozessgericht) მიერ დადგენილი, ე. წ. ტიტულიანი (tituliert) მოთხოვნები. აღმასრულებელი ტიტული არის სააღსრულებო წარმოების მნიშვნელოვანი წინაპირობა²⁹ საგაკოტრებო წარმოებისას კი განხორციელდება და დაკმაყოფილდება ყველა მოთხოვნა, მათ შორის უტიტულო, რომლებიც აქვთ კრედიტორებს მოვალის წინააღმდეგ წარმოების დაწყებისას. ამრიგად, საგაკოტრებო წარმოებაში მონაწილეობისათვის კრედიტორისათვის (კრედიტორებისათვის) არ არის საჭირო რაიმე ტიტული. მაშასადამე, ტიტულიან და უტიტულო კრედიტორებს გაკოტრების წარმოებაში თანაბარი სამართლებრივი მდგომარეობა უკავიათ (თანაბრობა ირდევია მხოლოდ მოთხოვნების დადგენის შემდეგ, როდესაც ზოგიერთი კრედიტორი პრივილეგირებულის სტატუსს იძენს). უტიტულო მოთხოვნებმა შეიძლება მოგვიანებით (მას შემდეგ, რაც დაადგენენ) კიდევ მიიღონ ტიტული, ანუ სააღსრულებო ამონაწერი გაკოტრების ტაბულიდან.

დ) იძულებითი სააღსრულებო წარმოების დროს მოვალეს რჩება თავისი ქონების მართვისა და განკარგვის უფლებამოსილება, მაშინ როცა გაკოტრების დროს საერთო მოვალეს ჩამოერთმევა იგი და გადაეცემა გაკოტრების მმართველს (KO, §5), რომელმაც უნდა მოახდინოს მოვალის ქონების რეალიზაცია და ამონაგების თანაბარზომიერი განაწილება კრედიტორებზე. ამასთან, ეს შეეხება მხოლოდ იმ ქონებას, რომელიც მოვალეს ეკუთვნის წარმოების გახსნის მომენტში. ამის შემდეგ შეძენილი ქონება (Neuerwerb) თავისუფალია გაკოტრებისაგან.³¹

ე) იძულებით სააღსრულებო წარმოებაში წარმოების დაწყების სადავეები ხელთ უპყრია კრედიტორს³² (იძულებითი სააღსრულებო წარმოების „ბატონს“),³³ ვინაიდან წარმოება შეიძლება დაიწყოს მხოლოდ მისი განცხადებით. საგაკოტრებო წარმოებაში კრედიტორის ეს ინიციატივა გადანაწილებულია მოვალეზეც, რომელსაც კრედიტორის თანაბრად უფლება აქვს შეიტანოს განცხადება წარმოების გახსნის თაობაზე (KO-ს 103, მე-2 აბზაცი). რაც შეეხება წარმოების „ბატონს“, ასეთი გაკოტრებაში გაკოტრების მმართველია.

საგაკოტრებო წარმოების თავისებურებების დახასიათება გვარწმუნებს, რომ იგი ერთ-ერთი ფართო და თვითმყოფადი ინსტიტუტია. საგაკოტრებო წარმოება გაკოტრების სამართლის ბირთვია და მისი პროცესუალური ნორმები კერძო მატერიალურ-სამართლებრივ ნორმებთან ერთად ემსახურება გაკოტრების სამართლის ფუნქციების განხორციელებას.

- 1 Menno Aden, das Konkursrecht, 1983, S. 1
- 2 Herbert Wagner, Insolvenzrecht, 2. Aufl, 1986, S. 21
- 3 აღენი, გვ. 2
- 4 აღენი, დასახ. ნაშრომი, გვ. 2
- 5 იგივე გვ. 3
- 6 1992 წ. საქართველოს დეკრეტში საწარმოთა გაკოტრების შესახებ ხშირია სიტყვა „კონკურსის“ ხმარება ისეთ ძირითად ტერმინებთან, რიგორიცაა: „საქმის საკონკურსო წარმოება“, „საკონკურსო მასა“, „საკონკურსო კრედიტორი“, რაც ხელს უწყობს მათ არასწორ დაქვეყნებას
- 7 Baur/ Stürmer, Sachenrecht, 15. Auff. S. 2
- 8 Wagner, S.22
- 9 Ernst Jäger, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, 9. Aufl., 1932, §38, 1. S.216
- 10 Baur/ Stürmer, S. 2
- 11 Wenz/ Schmidt, Konkurs und Vergleich, , 1989, S. 128
- 12 ბაური/შტიურნერი, გვ. 2
- 13 Jurgen Baumann, Konkurs und Vergleich, 2. Aufl., 1981, S. 173
- 14 ბაური/შტიურნერი, გვ. 310
- 15 ბაური/შტიურნერის დასახელებულ ნაშრომში მითითებული სტატისტიკური მონაცემებით 1086 წ. 19000-მდე საგაგოტრებო(საინზოლვენცო) წარმოებიდან მხოლოდ 82 შემთხვევაში(0,5 %) იქნა გახსნილი საომრივებლო წარმოება, ხოლო 1987 წ. საომრივებლო წარმოებამ შეადგინა მხოლოდ 0,3%.
- 16 Michael App, Die Insolvenzordnung, 1995, S. 17
- 171085 წ. გაკოტრების სამართალში გერმანელი ექსპერტის პროფ. ი. თიქს მიერ მოზადებული საქართველოს კანონპროექტიც „გაკოტრების საქმეთა წარმოების შესახებ“ ერთდროულად აწესრიგებს მოვალის გაკოტრებისა და მორიგების საკითხებს. ამიტომ, ჩემის აზრით, კანონპროექტის სათაური უფრო ვიწროა მის შინაარსთან მიმართებაში, რის გამოც, პროექტის სათაური შეიძლება დაზუსტდეს უქვეყნაირად: „საინზოლვენცო(ვალაუვალობის) წარმოების კანონი“
- 18 Baumann, S. 64
- 19 იგივე გვ. 5
- 20 “გისც პირველი მოვა, პირველივე დახატავს“
- 21 ეიკანი, გვ. 16
- 22 Baumann, S. 6
- 23 Baur/ Stürmer, S. 1
- 24 ბაუმანი, გვ. 6
- 25 ბაური/შტიურნერი, გვ. 2
- 26 შდრ. ბაური/შტიურნერი, გვ. 1
- 27 Eickmann, S. 16
- 28 Baumann, S. 6, Wagner, S. 22, Eickmann, S. 16.
- 29 Lent, S. 3
- 30 ბაუმანი, გვ.7
- 31 იგივე, გვ. 80
- 32 შდრ. ლენტი, გვ. 3
- 33 ბაური/შტიურნერი, გვ. 1

პასუხისმგებლობა ბუნებრივ გარემოზე მიყენებულ ზიანისათვის

აკაკი ლაბარტყავა
იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორი, პროფესორი

ეკოლოგიურ-სამართლებრივი პასუხისმგებლობის საფუძველია ეკოლოგიური სამართალდარღვევა. ეკოლოგიური სამართალდარღვევის ცნების საკითხი იურიდიულ ლიტერატურაში არ არის სრულყოფილად და ზუსტად განსაზღვრული. ვ. პეტროვის აზრით ეს არის ბრალეული, მართლსაწინააღმდეგო ქცევა, რომელიც არღვევს ეკოლოგიურ მართლწესრიგს და ზიანის აყენებს ბუნებრივ გარემოს.¹ ბ. ეროფეევის შეხედულებით, ეკოლოგიური სამართალდარღვევა არის ბრალეული, მართლსაწინააღმდეგო ქცევა, რომელიც ზიანს აყენებს საზოგადოებისა და ბუნების ჰარმონიულ ურთიერთზემოქმედებას და არახელსაყრელი, ხელისშემშლელი შედეგების მომტანია როგორც საზოგადოებისათვის, ისე ბუნებისათვის არა. მარტო ამჟამინდელ პერიოდში, არამედ შორეულ მომავალშიც.² ორივე შემთხვევაში ეკოლოგიური სამართალდარღვევა არის ბრალეული მართლსაწინააღმდეგო ქცევა, რომელიც ზიანს აყენებს ბუნებრივ გარემოს, საზოგადოებასა და ბუნებას შორის ეკოლოგიურ წონასწორობას, გარემოს დაცვის, ბუნებათსარგებლობის წესების დარღვევებით. რაც შეეხება მის ძირითად სახეებად დაყოფას, გამოსაყენებელი სანქციის სახის მიხედვით აღნიშნავს ვ. პეტროვი, რომ ეკოლოგიური სამართალდარღვევა შეიძლება იყოს სისხლის (ეკოლოგიური დანაშაული), ადმინისტრაციული, სამოქალაქო, დისციპლინური. მაგალითად, ტყის უკანონო გაჩეხვა მიეკუთვნება ეკოლოგიურ სამართალდარღვევათა რიცხვს, იმედროულად იგი არის ტყის კანონმდებლობის დარღვევა, განსაზღვრული ნიშნის არსებობისას არის ეკოლოგიური დანაშაული ან ადმინისტრაციული გადაცდომა, აგრეთვე სამოქალაქო სამართალდარღვევა, ვინაიდან მსგავსი მოქმედებით ზიანი აღგება სახალხო მეურნეობას, გარემომცველ გარემოს.³

განსაზღვრული ნიშანი ეკოლოგიურ სამართალდარღვევათა სისხლის, ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევებად დაყოფისა არის ამ დარღვევათა საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხი, დონე განპირობებული ბუნებრივი რესურსების სოციალურ-ეკონომიკრი და ეკოლოგიური ფასეულობით, ღირებულებით; ბუნებრივი გარემოსათვის, ადამიან-

ნის ჯანმრთელობისათვის მიყენებული ზიანის სიდიდით, არსებითობით; ეკოლოგიური სამართალდარღვევის განზრახ და განმეორებით ჩადენით. მაგალითად, ტყის უკანონო გაჩეხვა პირველი ჯგუფის ტყეებში, რომლებიც დაცვით, სანიტარულ-ჰიგიენურსა და გამაჯანსაღებელ ფუნქციებს ასრულებენ: ტყის მასივების განზრახ განადგურება ან მნიშვნელოვანი დაზიანება ცეცხლის წაქივებით; ხეებისა და ბუჩქნარების სისტემატურად უკანონო გაჩეხვა ნებისმიერ ტყეებში ან ჩადენილი პირველად, მაგრამ დიდი ზარალის მიყენებით საზოგადოებრივი საშიშროების მაღალი ხარისხის გამო არის ეკოლოგიური სისხლის სამართალდარღვევა. ხოლო ტყეების დანაგვიანება საყოფაცხოვრებო ნაკვითა და ნაჭრებით, ტყეებში სამიჯნე ნიშნების მოსპობა და დაზიანება საზოგადოებრივი საშიშროების დაბალი დონით, ხარისხით განეკუთვნება ეკოლოგიურ ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევას.

ეკოლოგიური სისხლისა და ადმინისტრაციული სამართალდარღვევებისათვის შესაბამის პასუხისმგებლობასთან ერთად აღნიშნული დარღვევებით გარემოსათვის (ტყისათვის) ზიანის მიყენების შემთხვევაში დადგება სამოქალაქო სამართლებრივი პასუხისმგებლობაც, რომლის საფუძველი იქნება გარემოსათვის (ტყისათვის) ზიანის მიყენება, ე.ი. ეკოლოგიური სამოქალაქო სამართალდარღვევა:

გარემოსათვის ზიანის მიყენება გამოიხატება მის გაბინძურებაში სამრეწველო მავნე ნარჩენების გადაყრით; ქიმიური საშუალებების გამოყენებით სოფლის მეურნეობაში; ბუნებრივი ობიექტების გაფუჭებაში, დაზიანებაში, განადგურებაში; ეკოლოგიური ბალანსის დარღვევაში სამრეწველო, აგროსამრეწველო ცენტრების, მსხვილი ჰიდროელექტროსადგურების, ქალაქების შექმნის, მშენებლობის დროს ადამიანის გარდამქმნელი საქმიანობით.

თავისი შედეგების მიხედვით გარემოსათვის მიყენებული ზიანი შეიძლება იყოს ეკონომიკური და ეკოლოგიური. ა) ეკონომიკური ზიანი ხელყოფს ბუნებითმოსარგებლეთა ქონებრივ ინტერესებსა და ვლინდება ქონებრივ დანაკარგებში (ქონების გაფუჭება, დაზიანება, განადგურება), შესაძლებელი შემოსავლების მიუღებლობაში. ბ) ეკოლოგიური ზიანი გამოიხატება ბუნებრივი გარემოს დანაკარგებში მისი გაბინძურების, გამოფიტვის, ეკოლოგიურ სისტემათა დანგრევის შედეგად იგი ხელყოფს მთელი საზოგადოების ინტერესებს.

ზიანის ორივე სახე ერთმანეთთანაა დაკავშირებული. მათ აქვთ მიყენების ერთიანი წყარო-სამეურნეო საქმიანობა, რომელიც აჭუჭყიანებს ბუნებრივ გარემოს, იწვევს ბუნებრივ რესურსების გამოფიტვას, რომელიც რიგ შემთხვევებში არღვევს ბუნების ეკოლოგიურ სისტემებს.

გარდა ამისა, ეკოლოგიურ ზიანს აქვს თავისებურებანი: პირველი ზიანის მიყენების ადგილიდან მისი შედეგების გამოვლენა ხდება ზოგჯერ მოშორებულ ტერიტორიაზე ან გარკვეული დროის გასვლის შემდეგ (მაგ. ჩერნობილის ატომური ელექტროსადგურის ავარია); მეორე - ბუნებრივ გარემოში ცალკეული დანაკარგების შეუსვლელობა, როცა იგი ადგება ბუნების არაკვლავწარმოებად ობიექტებს, ადამიანის ჯანმრთელობას, მის სიცოცხლეს, გენეტიკურ პროგრამას. ეს თავისებურებანი აისახება ზიანის ანაზღაურების ფორმებსა და საშუალებებში. თუ ეკონომიკური ზიანი ანაზღაურდება ქონებრივი პასუხისმგებლობის წესით: ტოლფასოვანი ნავთის მიცემით, მიყენებული ზიანის ნატურით აღდგენით ან ფულადი კომპენსაციით. ანაზღაურების ასეთი წესი ეკოლოგიური ზიანის დროს მთლიანად არ შეიძლება გამოყენებულ იქნეს. მაგალითად, ანაზღაურების ნატურალური ფორმა ვრცელდება მხოლოდ კვლავწარმოებად ბუნებრივ ობიექტებზე (ტყე, ცხოველთა სამყარო), მაგრამ მათი კვლავწარმოება (აღდგენა) დაკავშირებულია ხანგრძლივ ვადებთან. რაც შეეხება ფულადს კომპენსაციას, იგი გამოიხატება დანახარჯებში დაზიანებული ბუნებრივი გარემოს აღდგენაზე, გაუმჯობესებაზე, გაჯანსაღებაზე, მაგრამ შეუძლებელია შეფასდეს გარემოს ყველა დანაკარგი, ვინაიდან მათ შორის ბევრი რიდი ექვემდებარება ფულადს შეფასებას. მაგალითად, ადამიანის ჯანმრთელობა, გენეტიკური ზიანი კი მთლიანად არ ექვემდებარება აღდგენასა და გამოანგარიშებას, ხოლო სავარაუდო ზიანს თავისი გამოვლენის სიშორის გამო არ გააჩნია მთელ რიგ შემთხვევებში რეალური სიდიდე, მოცულობა.

კანონმდებლობა ითვალისწინებს ზიანისათვის, როპელიც მიყენებულია ბუნებრივი გარემოს გაბინძურებით, გამოფიტვიან, ბუნებრივი რესურსების არარაციონალურად გამოყენებით, გაფუჭებით, დაზიანებით, განადგურებით, იურიდიულსა და ეკონომიკურ პასუხისმგებლობას.

ბუნებრივ გარემოზე მიყენებული ზიანისათვის იურიდიული პასუხისმგებლობა გამოიხატება ორი ფორმით: სამოქალაქო-სამართლებრივი და მატერიალური პასუხისმგებლობით.

1) სამოქალაქო-სამართლებრივი პასუხისმგებლობის ძირითადი ფუნქცია გამოიხატება დარღვეული მდგომარეობის აღდგენასა და მიყენებული ზიანის ანაზღაურებაში, ე.ი. იგი ატარებს საკომპენსაციო ხასიათს, რაც საშუალებას იძლევა გამოყენებულ იქნეს სამოქალაქო კანონმდებლობის საერთო ნორმები ბუნებრივი გარემოსათვის მიყენებული ზიანის ანაზღაურების საკითხის გადასაწყვეტად საამისოდ სპეციალური კანონმდებლობის ნორმების არსებობის შემთხვევაში. მაგალითად, საქართვე-

ლოს რესპუბლიკის სამოქალაქო სამართლის კოდექსის 457-ე მუხლის თანახმად მიყენებული ზიანი მთლიანად უნდა აანაზღაუროს ზიანის მიმყენებელმა, მაგრამ ქონებრივი, პასუხისმგებლობის დადგომისათვის საჭიროა შეიღვევი აუცილებელი პირობების არსებობა:

ა) ზიანის მიმყენებლის ქცევის მართლსაწინააღმდეგობა, რაც გამოიხატება გარემომცველი გარემოს დაცვის დადგენილ მოთხოვნათა დარღვევებში. მაგალითად, ატმოსფეროში მავნე ნივთიერებათა გაფრქვევის, გადაყრის ზღვრულად დასაშვები ნორმების დარღვევა, ბუნებადაცვითი სავალდებულო ღონისძიებების მიუღებლობა, ბუნებრივი ობიექტების თვითნებურად გამოყენება და სხვ.

ბ) ბუნებრივ გარემოსათვის ზიანის მიყენების რეალურობა. ზიანი უნდა იყოს სახეზე. იგი შეიძლება იყოს სხვადასხვა სახისა: ბუნებრივი ობიექტების დაზიანება; მაგ., ხეებისა ტყეში, ნადირ-ფრინველთა დაღუპვა და სხვ.; დაზიანებული ბუნებრივი ობიექტების აღსადგენად საჭირო ხარჯები (ხეების დასარგავად, მიწების რეკულტივაციისათვის, თევზის მოშენებისათვის და სხვ.); დანაკლისი სამეურნეო საქმიანობაში ეკოლოგიური სამართალდარღვევების გამო (სასოფლო-სამეურნეო კულტურათა მოსავლის მიუღებლობა, სასარგებლო წიაღისეულთა დანაკარგები და სხვ.)

გ) გარემოსათვის ზიანის მიმყენებლის ქმედობის მართლსაწინააღმდეგობა იურიდიულ მნიშვნელობას, ძალას იძენს მაშინ, როცა იგი იმყოფება მიზეზობრივ კავშირში ბუნებრივი გარემოსათვის მიყენებულ ზიანთან. მაგალითად, მეურნეობის შხამქიმიკატებით მოფრქვეულ, შეწამლულ ფართობზე, ირემის, გარეული ღორისა და ა.შ. დაღუპვისას თუ დადგინდება, რომ ეს არ არის გამოწვეული მეურნეობის აგროქიმიური საქმიანობით, მას არ შეიძლება დაეკისროს მატერიალური პასუხისმგებლობა მომხდარისათვის, ვინაიდან მეურნეობის აგროქიმიურ საქმიანობასა და დამდგარ შედეგს შორის არ არის მიზეზობრივი კავშირი.

დ) ბუნებრივი გარემოსათვის ზიანის მიმყენებლის ბრალეულობა, რომლის მტკიცების სიმძიმე აკისრია მას, ვინც მიაყენა ზიანი. საქართველოს რესპუბლიკის სამოქალაქო სამართლის კოდექსის 457-ე მუხლით ზიანის მიმყენებელი თავისუფლდება ანაზღაურებისაგან, თუ დაამტკიცებს, რომ ზიანის მიყენებაში მას ბრალი არ მიუძღვის. დამრღვევის პასუხისმგებლობა დადგება ბუნებრივი გარემოსათვის ზიანის ბრალის ნებისმიერი ფორმით ე.ი. განზრახვით თუ გაუფრთხილებლობით მიყენებისას. ზოგიერთ შემთხვევაში ბრალის განზრახვი ფორმის დროს ქონებრივი პასუხისმგებლობა იზრდება ბრალის გაუფრთხილებელ ფორმასთან შედარებით. მაგალითად, თუ ბუნებისათვის ზიანი

მიყენებულია შრომითი მოვალეობის შესრულების დროს მუშაკის დაუდევრობით, მას დაეკისრება შეზღუდული ქონებრივი პასუხისმგებლობა ერთი საშუალოთვიური ხელფასის ფარგლებში, თუ ზიანი მიყენებულია განზრახ, მაშინ დგება სრული მატერიალური პასუხისმგებლობა.

ბუნებრივი გარემოსათვის მიყენებული ზიანის ანაზღაურების პრაქტიკაში ფართოდ გამოიყენება სამოქალაქო კანონმდებლობის ნორმები ზიანის მიყენებლის ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობის შესახებ. პირველ რიგში, ამას განეკუთვნება საქართველოს რესპუბლიკის სამოქალაქო სამართლის კოდექსის 463-ე მუხლი, რომლის მიხედვით, ორგანიზაციები და მოქალაქენი, რომელთა საქმიანობა დაკავშირებულია მომატებულ საფრთხესთან გარშემოლმყოფათვის (სატრანსპორტო ორგანიზაციები, სამრეწველო საწარმოები, მშენებლობები, ავტომობილთა მულობელები და სხვა) მოვალე არიან ანაზღაურონ მომატებული საფრთხის წყაროთი მიყენებული ზიანი, თუ ვერ დაამტკიცებენ, რომ ზიანი გამოწვეულია დაუძლეველი ძალის მოქმედებით. აქედან გამომდინარე ბუნებრივი გარემოსათვის მომეტებული საფრთხის წყაროს (მაგ. ქიმიური და სხვა საწარმოები, ტრანსპორტი) მეშვეობით ზიანის მიყენების დროს პასუხისმგებლობა ეკისრება მომეტებული საფრთხის წყაროს მულობელს, მესაკუთრეს თუ კი იგი ვერ დაამტკიცებს თავის უდანაშაულობას, რომ ზიანის მიყენება მოხდა უკიდურესი აუცილებლობის ვთარებაში (გემიდან მავნე ნარჩენების ჩაყრა ზღვაში) ან დაუძლეველი ძალის შედეგად (მიწისძვრა, წყალდიდობა, ხანძარი და სხვა).

ბუნებრივ გარემოზე მიყენებული ზიანისათვის სამოქალაქო-სამართლებრივი პასუხისმგებლობის დროს ბუნებრივ გარემოზე მიყენებული ზიანის ანაზღაურების სამი საშუალება არსებობს: ნატურალური რესტიტუცია, ბუნებრივი გარემოს დარღვეული მდგომარეობის აღდგენა, ფულადი კომპენსაცია.

ა) ნატურალური რესტიტუცია მდგომარეობს დაზიანებული, გაფუჭებული ბუნებრივი ობიექტის მაგალითად, სასარგებლო წიაღისეულის დამუშავების შედეგად გაფუჭებული მიწის ნაკვეთის მაგიერ, სანაცვლოდ ტოლფასოვანი მიწის ნაკვეთის მიცემაში, გამოყოფაში. ეს საშუალება არ შეიძლება იყოს საიმედო ყველა შემთხვევისათვის, იგი ყოველთვის როდი უზრუნველყოფს გარემომცველი გარემოს დაცვას მთლიანად.

ბ) გარემომცველი გარემოს დარღვეული მდგომარეობის აღდგენა, იგი მოიცავს მოვალეობის დაკისრებას მიყენებული ზიანის მავნე შედეგების აღმოფხვრის გამო და გარემოს მოყვანას ვარგის მდგომარეობაში მიზნობრივი დანიშნულების მიხედვით გამოსაყენებლად. ასეთი მოვალე-

ობა გაჩნდა ახატება მიწების რეკულტივაციაში, გაბინძურებისაგან წყალ-საცავების გაწმენდაში, გასუფთავებაში, ტყის კულტურების დარგვაში განადგურებულთა შავიერ, სანაცვლოდ, თევზის მოშენებაში და სხვა.

გ) მიყენებულაი ზიანის ფულადი კომპენსაცია მოიცავს რეალურ ზიანს, რომელიც მიაღება ობიექტს. მაგალითად, ტყეს ხანძრის შედეგად, მის აღსადგენად საჭირო ხარჯებს, იმ მიუღებელ შემოსავალს, რომელსაც მიიღებდა მოსარგებლე სუბიექტი, რომ არ მომხდარიყო ამ ობიექტის - ტყის ხელყოფა - დაწვა. ბუნებრივ გარემოს დანაკარგების ფულადი კომპენსაცია ძალზე გაძნელებულია, ვინაიდან ბუნებას არ გააჩნია ღირებულებითი ხასიათი.

რაც შეეხება ბუნებრივ გარემოზე მიყენებული ზიანისათვის მატერიალურ პასუხისმგებლობას, იგი არის სამოქალაქო-სამართლებრივი პასუხისმგებლობის ნაირსახეობა, ვინაიდან მას საფუძვლად უდევს სამოქალაქო-სამართლებრივი პასუხისმგებლობის საერთო პრინციპი იმ მხრივ, რომ მიყენებული ზიანი უნდა იქნეს ანაზღაურებული, მაგრამ ამ პრინციპის რეალიზაციას აქვს სპეციფიკა: ბუნებისათვის მიყენებული ზიანის ანაზღაურება ხდება სახელმწიფო ორგანოების მიერ დამტკიცებული სპეციალური ნიხრებით. ნიხრი არის ზიანის გამოანგარიშების პირობითი ერთეული. მისი ზომა გამოხატავს სახელმწიფოს დანახარჯებს ბუნების დაცვაზე და ამაზე ზევით განსაზღვრულ თანხას, რომელიც ამოიღება სამართალდარღვევისათვის. ასე, რომ ნიხრი ატარებს როგორც საკომპენსაციო, ისე საჯარიმო-დასჯითს, ხასიათს. ჯარიმის სახით ბრაკონიერმა უნდა გადაიხადოს რეალურ ზარალზე ბევრად მეტი თანხა.

ცნობილია, რომ ნებისმიერი სამეურნეო თუ რეკრეაციული საქმიანობა დაკავშირებული ბუნებრივი რესურსების გამოყენებასთან იწვევს ცვლილებებს გარემომცველ გარემოში და შესაბამისად ზიანს აყენებს მას. ამის გათვალისწინებით კანონმდებლობით დადგენილია ნორმალური ეკოლოგიური რისკი, რომლითაც დაშვებულია ბუნებრივი გარემოსათვის ზიანის მიყენების შესაძლებლობა. ამის გათვალისწინებით ნორმალური ეკოლოგიური რისკის ფარგლებში მიყენებული ზიანი არის მართლზომიერი ზიანი, რომელიც არ არღვევს კანონმდებლობას და, ამდენად, არ იწვევს იურიდიულ პასუხისმგებლობას, თუმცა იგი მაინც გარემოსათვის მიყენებული ზიანია და უნდა იქნეს ანაზღაურებული, ვინაიდან ბუნებრივ გარემოში თავისი დაგროვებით იგი იწვევს ნეგატიურ ცვლილებებს - ზიანს აყენებს ეკონომიკას, ადამიანთა ჯანმრთელობას. ამიტომ აუცილებელია მართლზომიერად სამეურნეო და რეკრეაციული საქმიანობის განხორციელებით, ბუნებრივი რესურსების გამო-

ყენებით გამოწვეული დანაკარგების ე.ი. მართლზომიერი ზიანის ანაზღაურება, რომელიც ხორციელდება საწარმოების, ორგანიზაციების და სხვა ბუნებათმოსარგებლეთა ეკონომიკური პასუხისმგებლობის წესით. განსხვავებით იურიდიული პასუხისმგებლობისაგან, პასუხისმგებლობისა, რომლის საფუძველია ეკოლოგიური კანონმდებლობის დარღვევა, ეკონომიკური პასუხისმგებლობა გამოძინარეობს გარემოსათვის ზიანის მიყენების ფაქტიდან, რომელიც გამოწვეულია მართლზომიერი საწარმოო-სამეურნეო საქმიანობით, ბუნებრივი რესურსების გამოყენებით. ეკონომიკური პასუხისმგებლობა გამოიხატება გარემომცველ გარემოში გამაბინძურებელ ნივთიერებათა გადაყრისათვის სხვადასხვა სახის სამეურნეო გადასახადების გადახდაში; ბუნებრივი რესურსებით სარგებლობისათვის საფასურის გადახდაში; ბუნებრივ გარემოში დანაკარგების კომპენსაციაში. მაშასადამე, ეკონომიკური პასუხისმგებლობა ასრულებს ორ ფუნქციას: საკომპენსაციოს, რომელიც მდგომარეობს ბუნებრივი გარემოს დანაკარგების აღდგენაში და მასტიმულირებელ ფუნქციას, იგი გამოიხატება ბუნებრივი გარემოს გამჭუჭყიანებულ საწარმოთა, ორგანიზაციათა დაინტერესებაში იმ მხრივ, რომ განახორციელონ ბუნებადაცვითი ღონისძიებები გარემოს გაბინძურების, ამ სფეროში დანაკარგების შესამცირებლად, თავიდან ასაცილებლად.

1. Природоресурсовое право и правовая охрана окружающей среды, М., 1988, стр. 146
2. Б.В.Ерофеев, Экологическое право, М., 1992, стр. 168.
3. იქვე, გვ. 164

სასოფლო-სამეურნეო მიწის საკუთრება გერმანიაში

ვოლფგანგ ვინკლერი
პროფესორი, დოქტორი (გეტინგენი, გერმანია)

საქართველოს დამოუკიდებლობის აღდგენა იძლევა სამეცნიერო ურთიერთგაცვლის შანსს სამართლის მეცნიერების სფეროში. გერმანული აგრარული ინსტიტუტები დიდი ინტერესით ადევნებენ თვალყურს სამართლის განვითარებას ყოფილ სოციალისტურ სახელმწიფოებში და მათ შორის, აგრეთვე, საქართველოში. ამასთან, ცენტრალურ საკითხს წარმოადგენს მიწაზე კერძო საკუთრების, როგორც კერძო სასოფლო-სამეურნეო წარმოების საფუძვლის აღდგენა. ჩემთვის განსაკუთრებით სასიხარულოა, რომ მეძლევა ქართველ იურისტებთან სამეცნიერო ურთიერთგაცვლაში მონაწილეობის შესაძლებლობა და მსურს ამ სტატიაში გერმანიის სასოფლო-სამეურნეო მიწის საკუთრება წარმოვადგინო.

I. სასოფლო-სამეურნეო მიწის საკუთრება და საკუთრებითი წყობილება

გერმანული აგრარული წყობილებისათვის დამახასიათებელია მიწაზე კერძო საკუთრება. ამასთან, სასოფლო-სამეურნეო მიწის საკუთრება, ისევე როგორც სატყეო-სამეურნეო მიწის საკუთრება, განსხვავებით საქალაქო მიწის საკუთრებისაგან, მნიშვნელოვანი სამართლებრივი თავისებურებებით გამოირჩევა. სამოქალაქო სამართლის წიგნი გამოდის საკუთრების ერთიანი, აბსტრაქტული ცნებიდან. საკუთრება გაიგება როგორც ნივთზე ყოვლისმომცველი ბატონობის უფლება, რომელიც არ განსხვავდება ცალკეული ქონების, ანდა განსაკუთრებით მიწის ნაკვეთის სარგებლობის სახეების მიხედვით. განსხვავებას უძრავ და მოძრავ ნივთებს შორის სამოქალაქო სამართლის წიგნში უფრო სამართლებრივ-ტექნიკური მნიშვნელობა აქვს.

მე-19 საუკუნის პირველი ნახევრის აგრარულმა რეფორმებმა თავისუფალი მიწის საკუთრება სოფლის მეურნეობაშიც შემოიღეს. საგლეხო საკუთრება შეტანილ იქნა ზოგად სამოქალაქო საკუთრებაში და განკარგვისა და დატვირთვის შეზღუდვების გაუქმების შედეგად თავისუფალ მიწის ბაზარზე გავიდა. მაგრამ მე-19 საუკუნის მეორე ნახევრიდან დაშვიდრდა საპირისპირო ტენდენცია, რომელშიც საგლეხო სა-

კუთრება კვლავ განსაზღვრულ ბოჭვებს დაექვემდებარა, თავდაპირველად სასოფლო-სამეურნეო შემკვიდრების სამართლის სფეროში, ხოლო შემდგომ მიწის ბრუნვისა და მიწის იჯარის სამართლის სფეროში. მიწის საკუთრების მუდმივად მზარდმა შეზღუდვებმა მისი სარგებლობის სახეებისა და ფუნქციებიდან გამომდინარე ჩამოაყალიბეს შეზღუდულება, რომ ერთმანეთისაგან უნდა განსხვავდებოდეს საკუთრების სხვადასხვა ტიპიური სპეციალური ფორმები. საკუთრების ერთ-ერთ ასეთ ტიპურ სპეციალურ ფორმად მიიჩნევა სასოფლო-სამეურნეო მიწის საკუთრება.

სასოფლო-სამეურნეო საკუთრებისაგან განსხვავდება სასოფლო-სამეურნეო საწარმო (აქ იგულისხმება საგლეხო მეურნეობა, მთარგმნელის შენიშვნა). სასოფლო-სამეურნეო მიწა წარმოადგენს ერთ-ერთ, თუ არა არსებით წარმოების ფაქტორს სასოფლო-სამეურნეო საწარმოებისათვის. ცხადია, სასოფლო-სამეურნეო მიწის საკუთრება და სასოფლო-სამეურნეო საწარმო ერთმანეთთან მჭიდრო ურთიერთკავშირში იმყოფებიან. სასოფლო-სამეურნეო მიწის საკუთრების შეზღუდვები გარიგებებთან მიმართებაში (მემკვიდრეობა და ა. შ.) მიზნად ისახავენ სასოფლო-სამეურნეო საწარმოების შენარჩუნებასა და განვითარებას.

სასოფლო-სამეურნეო მიწის საკუთრებასთან მიმართებაში განახსევებენ პრობლემათა ორ წრეს. ერთის მხრივ, იგი იმყოფება ზოგად საკუთრებით წყობილებაში, როგორც კონსტიტუციურ სამართალსა და სამოქალაქო სამართალშია ჩამოყალიბებული; მეორეს მხრივ, მის მიმართ მოქმედებს სპეციალური ნორმები, რომლებიც მიზნად ისახავს სასოფლო-სამეურნეო საწარმოების შენარჩუნებასა და ხელშეწყობას.

II. საკუთრებითი წყობილების საფუძვლები

1. საკუთრება და კონსტიტუციური სამართალი

საკუთრებისათვის ფუძემდებლური ორივე ნორმა მოთავსებულია ძირითადი კანონის მე-14 მუხლსა და სამოქალაქო სამართლის წიგნის 903-ე პარაგრაფში. ძირითადი კანონის მე-14 მუხლი უზრუნველყოფს საკუთრებასა და მემკვიდრეობის უფლებას, მაგრამ, ამავე დროს, ითვალისწინებს საკუთრების აუცილებელ სოციალურ ბოჭვას. საკუთრების გარანტიას ორი ასპექტი აქვს. ერთის მხრივ, გარანტირებულია საკუთრება, როგორც ცალკეული მესაკუთრეების სამართლებრივი მდგომარეობა. განსაზღვრული წინაპირობების არსებობისას სახელმწიფოს შეუძლია ექსპროპრიაციის მოხდენა. ასეთ შემთხვევაში სამართლებრივი მდგო-

მარეობის გარანტია გარდაიქმნება ღირებულებით გარანტიად, ე. ი. ექსპროპრიაცია დაიშვება მხოლოდ სათანადო კომპენსაციით. მეორეს მხრივ, საკუთრების გარანტია გულისხმობს საკუთრების ინსტიტუტის გარანტიას. ამით კერძო საკუთრება, როგორც ეკონომიკური და საზოგადოებრივი წყობილების ფუძემდებლური ინსტიტუტი, ხელშეუხებელი უნდა დარჩეს.

საკუთრების გარანტია, ცხადია, არაა შეუზღუდავი. საკუთრებამ უფრო მეტად უნდა გაუწიოს ანგარიში ადამიანთა თანაცხოვრებაში საქონლის მიერ შესრულებულ ფუნქციას. ამის შესაბამისად ძირითადი კანონი განსაზღვრავს, რომ საკუთრება ავალდებულებს და მისი გამოყენება იმავდროულად საზოგადოებრიობის კეთილდღეობას უნდა ემსახურებოდეს. ამით კანონმდებელს ეკისრება ამოცანა კანონების მეშვეობით განსაზღვროს საკუთრების შინაარსი და შეზღუდვები. საკუთრების შინაარსისა და შეზღუდვების განსაზღვრა ორ პოლუსს შორის მოძრაობს. კერძოდ, საკუთრების სოციალურ ბოჭვასა და საკუთრების არსის შესაბამისად მის კერძო სარგებლიანობას შორის. საკუთრებითი წყობილების ჩამოყალიბებისას კანონმდებელი არ არის თავისუფალი. მან უნდა დაიცვას გადაჭარბების აკრძალვის პრინციპი. მის თანახმად, შეზღუდვები მხოლოდ მაშინაა დასაშვები, როცა ისინი სასურველი მიზნის მისაღწევად მოხერხებული და აუცილებელია. გარდა ამისა, ისინი შესატყვისი უხდა იყვებ, ე. ი. უნდა არსებობდეს სათანადო თანაფარდობა საკუთრებაში ჩარევის სიმძიმესა და დასაზღულ მიზანს შორის. ეს ნიშნავს, რომ საკუთრების უფლების სტრუქტურა კანონმდებლის მიერ არ შეიძლება ერთიანი იყოს საკუთრების ყველა კატეგორიისათვის. საკუთრების სტრუქტურა დამოკიდებულია, როგორც სიკეთეთა სახეებზე, ასევე მათ ფუნქციებსა და სარგებლობაზე. ამით გასაგები ხდება, რომ მიწის საკუთრებასა და მოძრავ ნივთებს შორის, ასევე სამეწარმეო ანდა სასოფლო-სამეურნეო საწარმოებში ჩართულ ნივთებს შორის მნიშვნელოვანი სამართლებრივი განსხვავებაა. მეორეს მხრივ, მიწის საკუთრების კონსტიტუციურ-სამართლებრივად დასაშვები სტრუქტურა იწვევს განსხვავებულ სამართლებრივ ტიპებს, როგორიცაა სასოფლო-სამეურნეო, სატყეო-სამეურნეო მიწის საკუთრება, ანდა საკუთრების უფლება საქალაქო მიწებზე. იმავდროულად, საკუთრების უფლების გაფორმება შეიძლება დროით განსაზღვრულ გარემოებებზე იყოს დამოკიდებული. მეორე მსოფლიო ომის დროს და მის შემდგომ, მძიმე სასურსათო მდგომარეობის გამო მოხდა მიწის დამუშავების სამართლის ლეგიტიმაცია, რომლის თანახმადაც სასოფლო-სამეურნეო მიწის შესაკუთრეს შეიძლებოდა სანქციათა მეშვეობით დაკისრებოდა სასოფლო-

სამეურნეო სავარგულების შესაბამისი დამუშავება აგრარული წარმოების განვითარების შედეგად, რომელმაც მნიშვნელოვანი ქარბწარმოება გამოიწვია, მიწის დამუშავების ასეთი სამართალი ზედმეტი გახდა და ამის გამო 1961 წელს კანონმდებელმა გააუქმა იგი.

კონსტიტუციურ-სამართლებრივი დაცვის ქვეშ მყოფი საკუთრება არის კანონმდებლის მიერ კონსტიტუციურ-სამართლებრივი წინაპირობების შესაბამისად გაფორმებული საკუთრება. კანონმდებელი უფლებამოსილი იყო განსაზღვრული შემადგენელი ნაწილები საკუთრებიდან ამოეღო, მაგალითად, მიწისქვეშა წყლები და მნიშვნელოვანი წიაღისეულები.

საკუთრების შინაარსისა და შეზღუდვების განსაზღვრებანი მესაკუთრემ უკომპენსაციოდ უნდა ითმინოს. მაგრამ განსაკუთრებულ შემთხვევებში კანონმდებელს, ფედერალური კონსტიტუციური სასამართლოს პრაქტიკის თანახმად, შეიძლება დაეკისროს კომპენსაციის ვალდებულება, რომ ამით უზრუნველყოფილი იყოს შესატყვისობის პრინციპი. თუკი კანონმდებელი ასეთ შემთხვევაში საკუთრების შინაარსსა და შეზღუდვებს განსაზღვრავს კომპენსაციის ვალდებულების გაუთვალისწინებლად, მაშინ ამგვარი განსაზღვრა სამართალსაწინააღმდეგოა.

ფედერალური კონსტიტუციური სასამართლოს ახალი პრაქტიკის თანახმად სოციალური ბოჭვა და ექსპროპრიაცია სრულიად განსხვავებული სამართლის ინსტიტუტებია; ექსპროპრიაცია უკვე აღარ წარმოადგენს სოციალურ ბოჭვას. შინაარსის განმსაზღვრელი ნორმა, რომელიც კონსტიტუციურ-სამართლებრივ ფარგლებს აჭარბებს, ექსპროპრიაციის ნორმად არ იქცევა, რადგან იგი კონსტიტუციის საწინააღმდეგოა და ამდენად ბათილიც. ექსპროპრიაციად მიიჩნევა საკუთრების მთლიანი, ანდა ნაწილობრივი ამოღება. ნაწილობრივია ამოღება მაშინ, როცა საკუთრების შემადგენელი ნაწილი, რომელიც სამართლებრივად დამოუკიდებელი შეიძლება გახდეს, საკუთრებიდან გამოიყოფა. ექსპროპრიაცია შეიძლება მხოლოდ კანონის მეშვეობით ან მის საფუძველზე განხორციელდეს. მისი დაშვებადობა დამოკიდებულია იმაზე, რომ ექსპროპრიაციის ნებადამრთველი კანონი, იმედროულად, კომპენსაციის საჩესა და ოდენობას ითვალისწინებს (ე. წ. ურთიერთკავშირის პირობა). კომპენსაცია უნდა დადგინდეს საზოგადოებისა და ხელყოფილი მესაკუთრეების ინტერესთა სამართლიანი შეწონასწორებით. მაგრამ ექსპროპრიაციის კანონებში საზოგადოდ იგი ორიენტირებულია ბრუნვის ღირებულებაზე.

2. უფლება მიწის ნაკვეთსე სამოქალაქო სამართლის წიგნის მიხედვით

საკუთრება, ძირითადი კანონის მე-14 მუხლის თანახმად, განისაზღვრება კერძო სამართლებრივი და საჯარო-სამართლებრივი ნორმების მეშვეობით. კერძო სამართლებრივი საფუძველი საკუთრებისათვის არის სამოქალაქო სამართლის წიგნის § 903. ეს ნორმა აყალიბებს საკუთრების შინაარსს პოზიტიური და ნეგატიური ასპექტით. ერთის მხრივ, მესაკუთრეს შეუძლია სურვილისამებრ მოექცეს ნივთს. მეორეს მხრივ, მას უფლება აქვს გამოიცილოს მესამე პირები მის ნივთზე ყოველგვარი ზემოქმედებისაგან. თავდაცვის ეს უფლება გამოიხატება ხელშეუხებლობის მიმართ უკანდაბრუნების, უმოქმედობის და ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნაში. მაგრამ სამოქალაქო სამართლის წიგნის გაგებით საკუთრება არ არის შეუზღუდავი. მესაკუთრის ორივე (პოზიტიური და ნეგატიური) უფლებამოსილება შეიძლება მესამე პირთა (მაგალითად, იჯარის ხელშეკრულება, ქირავნობის ხელშეკრულება, უზუფრუქტი და ა. შ.) მეშვეობით შეიზღუდას. მაგრამ არსებითაა შეზღუდვა კანონის მეშვეობით; § 903-ში განმტკიცებული მითითება კანონზე პრაქტიკაში გადამწყვეტ როლს ასრულებს.

სამოქალაქო სამართლის წიგნის სანივთო სამართალი არეგულირებს საკუთრების გადაცემას როგორც მოძრავ ნივთებზე, ასევე მიწის ნაკვეთებზე. გერმანული სამართლისთვის არსებითაა განსხვავება ვალდებულებით გარიგებებსა და შესრულების გარიგებებს შორის. ყიდვა-გაყიდვის ხელშეკრულება, როგორც ასეთი, ჯერ კიდევ არ იწვევს საკუთრების შეცვლას. უფრო მეტად ყიდვა-გაყიდვის ხელშეკრულება აფუძნებს უფლებებსა და მოვალეობებს ორივე მხარისათვის. ასე, გამყიდველი ვალდებულია გადასცეს მყიდველს საკუთრება გაყიდულ ნივთზე. ყიდვა-გაყიდვის ხელშეკრულებისაგან, როგორც ვალდებულებითი გარიგებისაგან, განსხვავდება შესრულების გარიგება. შემძენზე მიწის ნაკვეთის საკუთრების გადაცემის ვალდებულების შესრულებისათვის საჭიროა ორი სამართლებრივი აქტი, ერთის მხრივ, აუცილებელია შეთანხმება ყოფილ მესაკუთრესა და შემძენს შორის საკუთრების შეცვლის თაობაზე. ეს შეთანხმება განსხვავდება ვალდებულებითი გარიგების საფუძველად არსებული შეთანხმებისაგან, რომელიც მხოლოდ ვალდებულებებს აფუძნებს. მიწის ნაკვეთზე საკუთრების შეცვლის თაობაზე შეთანხმება, რომელიც საკუთრების გადაცემად არის მიჩნეული, ისევე როგორც შესაბამისი ვალდებულებითი გარიგება (მაგ. ყიდვა-გაყიდვის ხელშეკრულება და ა. შ.) ნოტარიუსის მიერ უნდა იქნეს დამოწმებული.

გადაცემასთან ერთად, რომელიც მოძრავ ნივთებზე აუცილებელია, მიწის ნაკვეთების მიმართ გათვალისწინებულია საადვილმამულო წიგნში რეგისტრაცია, როგორც საკუთრების გადასვლისათვის სამართლებრივად აუცილებელი აქტი.

III. სასოფლო-სამეურნეო მიწის საკუთრება და აგრარული სამართალი

სასოფლო-სამეურნეო მიწის საკუთრება მრავალი თავისებურებით ხასიათდება. ჯერ ერთი, კანონმდებელს შეუძლია მიწის ბრუნვის ურთიერთობებში ჩარევა. ეს ხდება როგორც სამიწო გარიგებათა და მიწის საიჯარო ურთიერთობათა კანონებით, ასევე სასოფლო-სამეურნეო მემკვიდრეობითი სამართლის მეშვეობით. მეორეც, მესაკუთრის უფლებაბო-სილებანი იზღუდება მიწის იჯარის სამართლით, რომელიც მიზნად ისახავს არა მხოლოდ მოიჯარის სოციალურ დაცვას, არამედ მოიჯარის საწარმოს უზრუნველყოფასაც. და ბოლოს, განსახლებისა და მიწათმოწყობის სამართლის დახმარებით სახელმწიფო ცდილობს აგრარული სტრუქტურის გაუმჯობესებას, რომელშიც საწარმოები ხელახლა ჩამოყალიბდება და ვითარდება, ანდა, რომელშიც შესაძლებელია დაქუცმაცებული მიწათმფლობელობის გამთლიანება.

1. მიწის ბრუნვის სამართალი

სასოფლო და სატყეო-სამეურნეო მიწის განკარგვები ექვემდებარება სახელმწიფო კონტროლს. ამის სამართლებრივ საფუძველს შეადგენს 1961 წლის 28 ივლისის სამიწო გარიგებათა კანონი. პრინციპში სასოფლო და სატყეო-სამეურნეო მიწის ნაკვეთების ყველა გასხვისება ნებართვასავალდებულოა. ნებართვამდე გარიგება ითვლება იურიდიული ძალის არმქონედ. ცხადია, ზოგი გარიგება ნებართვათავისუფალია. ლაპარაკია, სხვათა შორის, ფედერაციის ანდა ფედერალური ლანდების ზოგ გასხვისებით და შექმნილ გარიგებებზე. ასევე, განსახლებისა და მიწათმოწყობის პროცესით გათვალისწინებული ზოგი გარიგებები, მართალია, ნებართვასავალდებულოა, მაგრამ მიწის ბრუნვის უწყებამ ამგვარი უფლება უნდა გასცეს. ნებართვათავისუფალია გარიგებები, რომელთა დროსაც ხდება სასოფლო ანდა სატყეო-სამეურნეო საწარმოების გადაცემა მეუღლეთათვის ან ახლო ნათესავებისათვის.

ყველა სხვა შემთხვევაში ნებართვა აუცილებელია. ქვემოთ ჩამოთვლილი საფუძვლების არსებობისას შეიძლება ნებართვაზე უარი ითქვას:

ა) მიწის არაჯანსაღი განაწილება;

ბ) არამეურნეობრივი დაქუცმაცება;

გ) უხეში შეუსაბამისობა მიწის ნაკვეთის ფასსა და მის რეალურ ღირებულებას შორის.

მიწის არაჯანსაღ გადანაწილებად ჩაითვლება, როცა მიწის ნაკვეთი არასოფლის მეურნეზე უნდა იქნეს გასხვიებული. სოფლის მეურნე კი ამ მიწის ნაკვეთს თავისი საწარმოს არსებობის უზრუნველსაყოფად საჭიროებს და ასევე მზადაა გადაიხადოს შეთანხმებული ფასი. ძირითადი პროფესიის სოფლის მეურნესა და დამხმარე პროფესიის სოფლის მეურნეს შორის კონკურენტისას, როგორც წესი, მიწის არამეურნეობრივი დაქუცმაცება სასეზუა მაშინ, როცა დამოუკიდებელი სასოფლო-სამეურნეო საწარმო თავის სიცოცხლისუნარიანობას დაკარგავდა, თუკი სასოფლო-სამეურნეო ნაკვეთი 1 ჰექტარზე ნაკლები გახდებოდა, ანდა სატყეო-სამეურნეო მიწის ნაკვეთი - 3,5 ჰექტარზე ნაკლები. ეს განსაზღვრებები მოქმედებს მემკვიდრეობის დანაწილების დროსაც. სასოფლო-სამეურნეო სასამართლოები ფასების უხეშ შეუსაბამისობად მიიჩნევენ, როცა განსხვავება შეთანხმებულ ფასსა და ქვეყნის შიგნით არსებულ რეალურ ღირებულებას შორის 50%-ს აღემატება.

2. განსახლების სამართალი

თანამედროვე პირობებში განსახლების სამართალს ჯერ კიდევ აქვს მარგინალური მნიშვნელობა. სამართლებრივ საფუძველს შეადგენს 1919 წლის 11 აგვისტოს საიმპერიო კანონი განსახლების შესახებ, რომელიც მიზნად ისახავს ახალი სასოფლო-სამეურნეო საწარმოების შექმნას და უკვე არსებული მცირე საწარმოების გაზრდას. განსახლების სუბიექტები არიან შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებათა ფორმით არსებული განსახლების საწარმოები, რომლებიც იქმნებიან და ფინანსდებიან ფედერალური ლანდების მიერ. განსახლებისათვის სასოფლო-სამეურნეო ფართობები დღეს, პირველ რიგში, მიწის თავისუფალი ყიდვის გზით შეიძინება, ხოლო მეორე შემთხვევაში უპირატესი შესყიდვის უფლების გამოყენებით ხდება, რომელიც კანონის საფუძველზე აქვთ განსახლების საწარმოებს მინიჭებული. განსახლების საწარმოს უპირატესი შესყიდვის უფლება არის სამიწო გარიგებათა კანონით გათვალისწინებული სანებართვო პროცესით ნიშანდებული. თუ უწყების აზრით, ყიდვა-გაყიდვის ხელშეკრულებას უარი უნდა ეთქვას, მაშინ უწყებამ განსახლების საწარმოს ამის თაობაზე უნდა შეატყობინოს. განსახლების საწარმოს შეუძლია უპირატესი შესყიდვის უფლების

განხორციელება. რამდენადაც სასოფლო-სამეურნეო მიწის ნაკვეთების გასხვისებისას ნებართვაზე უარის თქმა იშვიათია, უპირატესი შესყიდვის უფლებაც ასევე ასრულებს მეორეხარისხოვან როლს. სასოფლო-სამეურნეო საწარმოების დაარსება თანამედროვე პირობებში ასევე იშვიათად ხდება. უპირატესად ხდება მიწის ნაკვეთების გადასვლა სასოფლო-სამეურნეო საწარმოებზე. ამ შემთხვევაში განსახლების საწარმოს აქვს კვლავსყიდვის უფლება, რომელიც საადგილმამულო წიგნში შეიტანება. კვლავსყიდვის საფუძველი არსებობს მაშინ, როცა მოსახლე მთლიანად ან ნაწილობრივ ასხვისებს ანდა თმობს თავის სასლ-კარს, ან როცა იგი დიდი ხნის მანძილზე არ ცხოვრობს იქ. ანდა არ აპუშავენს მიწის ნაკვეთს. კვლავსყიდვის უფლების ხანგრძლივობა, ფასი და სხვა დაწვერილებითი პირობები განსახლების ხელშეკრულებაში გაითვალისწინება.

3. სასოფლო-სამეურნეო მემკვიდრეობის სამართალი

სამოქალაქო მემკვიდრეობის სამართლით შეიძლება სასოფლო-სამეურნეო საწარმოების არსებობას საფრთხე დაემუქროს. ერთის მხრივ, სამოქალაქო მემკვიდრეობის სამართალი ემყარება ყველა მემკვიდრის თანასწორობას ისე, რომ ამან მემკვიდრეობისას შეიძლება საწარმოს რეალური დანაწილება და ამით მისი დაქუცმაცება გამოიწვიოს. მეორეს მხრივ, მხედველობაში მიიღება ბრუნვის ღირებულების საფუძველზე მემკვიდრეობით-სამართლებრივი უფლებები და სავალდებულო წილის უფლება. ამან კი ერთი მემკვიდრის მიერ საწარმოს მიღების დროს სხვა მემკვიდრეთა სასარგებლოდ ვალდებულებათა შესრულებისას შეიძლება საწარმოს ზედმეტად დავალიანება გამოიწვიოს. ამიტომ კანონმდებელმა სასოფლო-სამეურნეო საწარმოების მემკვიდრეობით გადასვლისას სპეციალური წესები გაითვალისწინა. ცხადია, არ არსებობს ერთიანი მთლიანი წესი მთელი გერმანიისათვის, უფრო მეტად იგი ემყარება რამდენიმე ფედერალურ და ფედერალური ლანდების კანონს. სასოფლო-სამეურნეო საწარმოების მთლიანობის უზრუნველსაყოფად და მათი ზედმეტი დავალიანებისაგან დაცვის მიზნით კანონმდებელმა ოთხი ინსტრუმენტი გაითვალისწინა:

ა. მინიჭების უფლება

მინიჭების უფლებისას საწარმო თავდაპირველად ერგება სამოქალაქო სამართლის წიგნის წესებით შექმნილ სამემკვიდრეო ერთობას. სამემკვიდრეო დავისას საწარმო მემკვიდრეებს შორის არ გაიყოფა,

არამედ სასოფლო-სამეურნეო სასამართლოს შეუძლია საწარმო მთლიანად ერთ მემკვიდრეს მიანიჭოს, რომელიც დანარჩენ თანამემკვიდრეებს არა ბრუნვის ღირებულების, არამედ შემოსავლის ღირებულების საფუძველზე გაუსწორებს ანგარიშს. მინიჭების ამგვარი პროცედურა გათვალისწინებულია მიწის გარიგებათა ფელერალურ კანონში. იგი გამოიყენება მხოლოდ მაშინ, როცა სამემკვიდრეო ერთობა კანონისმიერი მემკვიდრეობის გზით არის წარმოშობილი, და როცა მემკვიდრე, რომელიც მინიჭებაზე თანხმობას განაცხადებს, შეძლებს გაუძღვეს საწარმოს. თუკი საწარმოს მიმღები 15 წლის განმავლობაში მთლიანად ან ნაწილობრივ გაასხვისებს მას, ანდა იყენებს არასასოფლო-სამეურნეო მიზნებისათვის, მაშინ მან დამატებით თავის თანამემკვიდრეებს უნდა მისცეს კომპენსაცია. მინიჭების პროცედურა ასევე გათვალისწინებულია პესენის ერთ-ერთ კანონში.

ბ. მიღების უფლება

შვარცვალისათვის მოქმედი ბადენის საკომლო კანონი ითვალისწინებს მიღების უფლებას. როგორც მინიჭების უფლების დროს, აქაც თავდაპირველად კომლი გადადის სამოქალაქო სამართლის წიგნის წესით წარმოშობილ სამემკვიდრეო ერთობაზე; სამემკვიდრეო დავის შემთხვევაში დახურული კომლის მიმღები კომლს მიიღებს არა სასამართლო გადაწყვეტილების საფუძველზე, როგორც ეს მინიჭების დროსაა, არამედ სამკვიდროს დამტოვებლის ანდერძით ანდა კანონით განსაზღვრულ პირობებში. მთავარი კრიტერიუმი ამ შემთხვევაში არის უფროსობის უფლება. ამ დროს სხვა შვილებზე წინ დგას შვილი, რომლის განათლების ანდა კომლში მისი საქმიანობის ხასიათიდან და მოცულობიდან გამომდინარე სამკვიდროს დამტოვებელმა გადაწყვიტა, რომ კომლი მას უნდა გადასცეს.

გ. ერთმემკვიდრეობის უფლება

ბრემენის, ვუერტემბერგის, რეინლანდ-ჰუალცის ლანდების კანონებმა, ასევე ე. წ. ჩრდილო-დასავლურმა გერმანულმა საკომლო დებულებებმა, რომლებიც შლეზვიგ-ჰოლშტეინ, ქვედა საქსონიის, ჩრდილოეთ რეინ-ვესტფალიისა და ჰამბურგისათვის როგორც პარციალური ფედერალური სამართალი მოქმედებენ, შემოიღეს ერთმემკვიდრეობის უფლება. ამის მიხედვით, კომლის მესაკუთრის სიკვდილის შემთხვევაში კომლი მთლიანად ერგება ერთ მემკვიდრეს. მან თავის თანამემკვიდრეს

ანგარიში უნდა გაუსწოროს ან შემოსავლის ღირებულების საფუძველზე ანდა მთლიანი ღირებულების 1,5-ჯერადად (ჩრდილო-დასავლური გერმანული საკომლო დებულება). ამ დებულების თანახმად, კომლის მემკვიდრე მეურნეობაუნარიანი უნდა იყოს. იგი სამი შემდეგი კრიტერიუმის შესაბამისად აირჩევა: პირველ რიგში კომლს იღებს ის, ვინც უკვე დამოუკიდებლად, ანდა როგორც მოიჯარე, ამუშავებს მას. მეორე რიგში იღებს ის, რომლის განათლების ანდა კომლში მისი საქმიანობის ხასიათიდან და მოცულობიდან გამომდინარე სამკვიდროს დამტოვებელმა გადაწყვიტა, რომ კომლი მას უნდა გადასცეს. მესამე რიგში ეს საკითხი წყდება უფროსობის ანდა უმცროსობის უფლების მიხედვით, ადგილობრივი ჩვეულების შესაბამისად. სამკვიდროს დამტოვებელს შეუძლია ანდერძით მოაწესრიგოს კომლის მემკვიდრეობა. მაგრამ მას შეუძლია მხოლოდ ერთი მემკვიდრის განსაზღვრა, და, ამავე დროს, ეს მემკვიდრე არაერთარ შემთხვევაში არ უნდა იყოს მეურნეობაუნარო. გარდა ამისა, მას არ შეუძლია მემკვიდრეობისგან გამორიცხოს დაღმავალი შტოს ნათესავი, რომელიც კომლს უკვე დამოუკიდებლად უძღვება ანდა კომლისათვის, მისი საქმიანობის ხასიათიდან და მოცულობიდან გამომდინარე, სამკვიდროს დამტოვებელმა ცნობილი გახადა, რომ დაღმავალი შტოს ნათესავმა უნდა მიიღოს მიწის ნაკვეთი. ჩრდილო-დასავლური გერმანული საკომლო დებულების თანახმად, მემკვიდრეობით კომლის გადასვლიდან 20 წლის განმავლობაში, კომლის მთლიანად ანდა ნაწილობრივ გაყიდვის შემთხვევაში, მესაკუთრემ უნდა აუნაზღაუროს წილი თავის მემკვიდრეს. 10 წლის შემდეგ მან სყიდვის ფასის მხოლოდ 3/4, ხოლო 15 წლის შემდეგ - სყიდვის ფასის ნახევარი უნდა გაუნაწილოს თანამემკვიდრებს.

დ. მესაკუთრის ანდერძის თავისუფლების გაფართოება

სამოქალაქო სამართლის წიგნის მიხედვით განმტკიცებული ანდერძის თავისუფლება შეზღუდულია სავალდებულო წილის უფლების მეშვეობით განსაზღვრული მემკვიდრეების მიმართ (დაღმავალი შტოს ნათესავები, მეუღლეები, მშობლები), რაც ბრუნვის ღირებულების საფუძველზე გამოიანგარიშება. მაგრამ სამოქალაქო სამართლის წიგნი მიწის მესაკუთრეს აძლევს იმ მემკვიდრის განსაზღვრის უფლებას, რომელზეც უნდა გადავიდეს მიწის ნაკვეთი. ამ შემთხვევაში საეჭვოა, რომ მიწის ნაკვეთი შემდგომი მემკვიდრეობით-სამართლებრივი ანდა სავალდებულო წილის მოთხოვნებისათვის შემოსავლის ღირებულებით უნდა შეფასდეს, თუ ბრუნვის ღირებულებით. ამგვარი უფლებამოსილე-

ბა მხოლოდ სასოფლო-სამეურნეო საწარმოს მესაკუთრეს აქვს და არა ჩვეულებრივი სამკვიდროს დამკვიდრებელს.

სასოფლო-სამეურნეო მემკვიდრეობითი სამართლის კანონები, მართალია, არ განსაზღვრავენ ზედა ზღვარს, მაგრამ აწესებენ ქვედა მიჯნას სპეციალური მემკვიდრეობის სამართლის გამოყენებისათვის. ამასთან, ერთმანეთისაგან განსხვავდება ორი სისტემა: ჩრდილო გერმანული სისტემა მყარი ქვედა ზღვრით (ან სამეურნეო ღირებულების საფუძველზე ანდა ფართობის სიდიდით (ბრემენი) და სამხრეთ-გერმანული სისტემა ქვედა ზღვრით, რომელიც ემყარება იმას, საკმარისია თუ არა საწარმოს შემოსავალი საგლეხო ოჯახის შენახვისათვის. 1976 წლამდე ჩრდილო-დასავლური გერმანული საკომლო დებულება ემყარებოდა სავალდებულო ერთმემკვიდრეობის სამართალს, ე. ი. 10000 გერმანული მარკის ზემოთ მთლიანი ღირებულების კომლების მემკვიდრეობისას დგებოდა სავალდებულო ერთმემკვიდრეობა, მიუხედავად მესაკუთრის სურვილისა. მესაკუთრეს არ ჰქონდა შესაძლებლობა თავისი საწარმო ერთმემკვიდრეობის უფლებიდან ჩამოეცილებინა. ამჟამად მთელს გერმანიაში პრინციპში მოქმედებს ფაკულტატური სისტემა, ე. ი. მესაკუთრეს აქვს შესაძლებლობა თავისი საწარმო ან ერთმემკვიდრეობის უფლებას დაუქვემდებაროს ანდა ამოიღოს მისგან და მემკვიდრეობა განახორციელოს სამოქალაქო სამართლის წიგნის ნორმათა მიხედვით.

4. მიწის იჯარის სამართალი

მიწის იჯარის უფლება ორი კანონითაა მოწესრიგებული. 1985 წლის 8 ნოემბრის მიწის იჯარის ურთიერთობის კანონი ითვალისწინებს მიწის იჯარის ხელშეკრულებებისათვის სახელმწიფოებრივ კონტროლს. სამოქალაქო სამართლის წიგნი შეიცავს ცალკე განყოფილებას მიწის იჯარის შესახებ, რომელიც მიწის იჯარის ხელშეკრულებას მისი მონაწილეების უფლებებითა და მოვალეობებით აწესრიგებს.

მიწის იჯარის ურთიერთობის კანონი ავალდებულებს მეიჯარეს, რომ მან მიწის იჯარის ხელშეკრულების დადება და მისი ყოველგვარი შეცვლა კომპეტენტურ უწყებას განუცხადოს. მიწის იჯარის ხელშეკრულებები უწყების მიერ წარმართული პროცესის ფარგლებში (განსახლების, მიწათმოწყობის პროცესი), ისევე როგორც მიწის იჯარის ხელშეკრულებები ნათესავებს შორის, წარმოადგენენ გამონაკლისს. კომპეტენტურ უწყებას შეუძლია მიწის იჯარის ხელშეკრულება გააპროტესტოს იგივე საფუძვლებიდან გამომდინარე, რაც სამიწო გარიგებათა კანონშია გათვალისწინებული და საკუთრების შეცვლის პრინციპებს

ენინააღმდეგება. საწინაო გარიგებათა კანონისაგან განსხვავებით, იჯარის დროს, დამხმარე სოფლის მეურნეობა პრინციპულად გათანაბრებულია მთავარ სოფლის მეურნეობასთან. მიწის იჯარის ხელშეკრულებას შერეობით უწყება ხელშეკრულებას მონაწილეებისაგან მოითხოვს ხელშეკრულების გაუქმებას ანდა გარკვეულწილად მის შეცვლას. თუ ხელშეკრულების მხარეები არ შეასრულებენ ამ მოთხოვნას, მაშინ მიწის იჯარის ხელშეკრულება ანდა ხელშეკრულების ცვლილება ითვლება გაუქმებულად, თუკი ხელშეკრულების ერთ-ერთი მონაწილე არ მიმართავს სასამართლოს. მეიჯარის მიერ ხელშეკრულების განუცხადებლობისათვის უწყებებს შეუძლიათ მას დააკისრონ ჯარიმა. გარდა ამისა, განუცხადებელი ხელშეკრულების შემთხვევაში არ შეიძლება მოთხოვნილი იქნეს სახელშეკრულებო მოქმედებათა სასამართლოსეული მისადაგება შეცვლილი ეკონომიკური ურთიერთობებისადმი.

იჯარის ხანგრძლივობის მიხედვით ერთმანეთისაგან განასხვავდება მიწის იჯარის ხელშეკრულება განსაზღვრული და განუსაზღვრელი ვადით. განუსაზღვრელი ვადით იჯარის ხელშეკრულებისას ხელშეკრულების ნებისმიერ მონაწილეს შეუძლია არაუგვიანეს საიჯარო წლის მესამე სამუშაო დღისა, ახალი საიჯარო წლის დაწყებამდე მოშალოს ხელშეკრულება. განსაზღვრული ვადით იჯარის ხელშეკრულებები შეიძლება ასევე ზებირად დაიდოს. იჯარის ხელშეკრულებები, რომლებიც ორ წელზე მეტი ვადით დაიდება, მოითხოვონ წერილობით გაფორმებას. თუკი არ არის წერილობითი ფორმა, მაშინ ეს ხელშეკრულებები განიხილება განუსაზღვრელი ვადით დადებულ ხელშეკრულებად. მოიჯარეს შეუძლია მეიჯარისგან საიჯარო ურთიერთობათა გაგრძელება მოითხოვოს, თუკი მისი მატერიალური მდგომარეობა იჯარაზე დამოკიდებული და ხელშეკრულებისმიერი დამთავრება საიჯარო ურთიერთობისა, მოიჯარისა და მისი ოჯახისათვის მძიმე ვითარებას გამოიწვევდა. მაგრამ ამისათვის მოქმედებენ გარკვეული დროითი ზედა საზღვრები. იჯარის გაგრძელება სასამართლოს მიერ გამორიცხულია, როცა ხელშეკრულების ხანგრძლივობა საწარმოს იჯარისას არანაკლებ 18 წელია, ხოლო სხვა მიწის ნაკვეთების იჯარის დროს სულ ცოტა 12 წელი იყო შეთანხმებული. განსაზღვრულ შემთხვევებში იჯარის გაგრძელება სასოფლო-სამეურნეო სასამართლოს მიერ გამორიცხულია.

საიჯარო თანხა მიწის იჯარის ხელშეკრულების განცხადების დროს შეიძლება უწყების მიერ გაპროტესტდეს, თუ იგი არ შეესაბამება საიჯარო ნაკვეთის შემოსავალს. საიჯარო თანხის შესწორება შეიძლება საინდექსო პრინციპებით იქნეს მიღწეული. ინდექსირება მხოლოდ მაშინაა ნამდვილი, როცა იგი კომპეტენტური ცენტრალური ბანკის მიერაა

ნებადართული. ეს ღონისძიება ემსახურება, რომ ინფლაცია იქნეს თავიდან აცილებული.

ურთიერთობის შემდგომი შეცვლისას, რომელიც იჯარის ხელშეკრულების დადების დროს ხელშეკრულებით გათვალისწინებული მოქმედების დადგენისათვის მნიშვნელოვანი იქნება, ხელშეკრულების ნებისმიერ მონაწილეს შეუძლია სასოფლო-სამეურნეო სასამართლოში ხელშეკრულების შეცვლა მოითხოვოს (ხელშეკრულების ხანგრძლივობის გამოკლებით), თუ ამის შედეგად თავიდან იქნება აცილებული უხეში გაუგებრობანი. ცვლილება შეიძლება მოთხოვნილ იქნეს არაუადრეს ორი წლისა იჯარის დაწყებიდან ანდა ხელშეკრულების დროის უკანასკნელი ცვლილებიდან.

მოიჯარე ვალდებულია, რომ საიჯარო საგანი სათანადოდ დაამუშავოს. საიჯარო საგნის სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების შეცვლა (მაგალითად, სასოფლო-სამეურნეო ნაკვეთის გადაქცევა კირწყვის მოსაპოვებლად ადგილად) მოიჯარეს მხოლოდ მეიჯარისგან წინასწარი ნებართვის მიღების შემდეგ შეუძლია. მეიჯარის მიერ ნებართვაზე უარი არ შეიძლება სასოფლო-სამეურნეო სასამართლოს მიერ შეიცვალოს. სასოფლო-სამეურნეო სარგებლობის შიგნით საიჯარო საგნის სარგებლობის შეცვლისათვის მოიჯარე საჭიროებს მეიჯარის წინასწარ ნებართვას იმ შემთხვევებში, როცა შეცვლის გზით სარგებლობის სახე გავლენას ახდენს იჯარის ვადაზე. შენობის აგებაც მოიჯარეს შეუძლია მხოლოდ მეიჯარის წინასწარი თანხმობით. თუკი მეიჯარე უარს იტყვის ნებართვაზე, მაშინ განსაზღვრული პირობების არსებობისას შეიძლება იგი სასოფლო-სამეურნეო სასამართლოს მიერ იქნეს შეცვლილი.

მოიჯარის ინვესტიციები იმით შეიძლება ანაზღაურდეს, რომ მეიჯარე საიჯარო ურთიერთობების ბოლოს აუნაზღაურებს მოიჯარეს სასარგებლო გამოყენებებს, როცა გამოყენებები საიჯარო საგნის ღირებულებას იჯარის შემდგომი დროისათვის ზრდიან. თუ მეიჯარე უარს ამბობს მოიჯარის სასარგებლო გამოყენებათა ანაზღაურებაზე, მაშინ მოიჯარეს შეუძლია ანაზღაურება მიიღოს სასოფლო-სამეურნეო სასამართლოს მეშვეობით. სასოფლო-სამეურნეო სასამართლოს შეუძლია განსაზღვროს საიჯარო საგნის ზედმეტი ღირებულება და დაადგინოს იგი. განსაზღვრული გარემოებების არსებობისას სასამართლოს შეუძლია მეიჯარეს დააკისროს განვადებით გადახდა ზედმეტი ღირებულებებისათვის, ანდა დაადგინოს საიჯარო ურთიერთობების გაგრძელება მანამ, სანამ საიჯარო საგანი ამორტიზებული იქნება.

განსაზღვრული პირობების არსებობისას მოიჯარემაც უნდა ითმინოს მეიჯარისგან განხორციელებული გაუმჯობესებები. გარემოებათა

არსებობისას მეიჯარეს შეუძლია მოითხოვოს საიჯარო თანხის შესაბამისი გაზრდა.

საიჯარო ურთიერთობების განმავლობაში შეიძლება შეიცვალოს როგორც მეიჯარის, ასევე მოიჯარის პიროვნებები. მეიჯარის სიკვდილის შემთხვევაში საიჯარო ურთიერთობა გაგრძელდება მისი მემკვიდრეების მიერ. საიჯარო საგნის გასხვისებისას მოიჯარეზე მიწის ნაკვეთის გადაცემის შემდეგ შემძენი საიჯარო ხელშეკრულებაში იკავებს მეიჯარის ადგილს; ამასთან, მოქმედებს პრინციპი: “ყოველ-გაყოფა არ ანგრევს იჯარას”. მოიჯარის სიკვდილის შემთხვევაში როგორც მისი მემკვიდრეები, ასევე მეიჯარე, უფლებამოსილი არიან, საიჯარო ურთიერთობა ექვსთვიან ვადაში, კვარტლის დამთავრებამდე მოშალონ. მაგრამ მემკვიდრეებს აქვთ უფლება ხელშეკრულების მოშლას შეეწინააღმდეგონ და საიჯარო ურთიერთობათა გაგრძელება მოითხოვონ, როცა საიჯარო ნივთის სათანადო დამუშავება მემკვიდრეების ანდა მესამე პირის მიერ გარანტირებულია. მეიჯარის თანხმობის გარეშე მოიჯარეს არ შეუძლია საიჯარო ნივთი მესამე პირს გადასცეს, კერძოდ, არ შეუძლია მას მისი გაცემა ქვეიჯარით. მეიჯარის თანხმობის გარეშე ასევე არ შეუძლია მოიჯარეს საიჯარო ნივთი მთლიანად ან ნაწილობრივ გადასცეს სასოფლო-სამეურნეო კოოპერატივს საერთო სარგებლობისათვის.

5. მიწათმოწყობის სამართალი

მიწათმოწყობის სამართალი ემყარება 1976 წლის 16 მარტის რედაქციით მოქმედ 1953 წლის 14 ივლისის მიწათმოწყობის კანონს. მიწათმოწყობის მიზანია გააუმჯობესოს სოფლისა და სატყეო მეურნეობაში წარმოებისა და შრომის პირობები, ხელი შეუწყოს მიწის კულტურის დაცვასა და მის განვითარებას. ამ მიზნით მიწათმფლობელობა ახლებურად უნდა მოწესრიგდეს. ცნება “მიწის კულტურა” მოიცავს ყველა ეკონომიკურ და ეკოლოგიურ ასპექტს, რომლებიც არსებითია სასოფლო და სატყეო მეურნეობისათვის. მიწის განვითარება გაიგება როგორც სივრცითი მოწყობისა და დაგეგმარების ნაწილი, რომელიც მოიცავს მიწის სივრცითი განვითარების დაგეგმვას. მიწათმოწყობა შესაბამისი უწყების მიერაა მოწესრიგებული. მონაწილე-მესაკუთრეთა უმრავლესობის მხარდაჭერა არ არის აუცილებელი. მიწათმოწყობის ორგანიზაციით შესაბამისი მესაკუთრეები ერთიანდებიან საჯარო სამართლის ორგანოში, ე.წ. მონაწილეთა თანამეგობრობაში. მონაწილეთა თანამეგობრობას უფლება აქვს მისი წევრებისაგან საწევროები მოითხო-

ვოს. თავდაპირველად ღვინვა ძველი ნაკვეთის ღირებულება. ღირებულების დადგენა ქმნის საფუძველს წევრთათვის ახალი ნაკვეთების მეშვეობით კომპენსაციისათვის. ამას მოსდევს გეგმის ფარგლებში საგზაო და წყლის გეგმების ჩამოყალიბება, რომელსაც აუცილებლად უნდა ერთვოდეს თან ეკოლოგიური ასპექტებისა და ლანდშაფტის მოვლის თანაგეგმა. საგზაო და წყლის გეგმები წარმოადგენენ საფუძველს მიწის ასრულებური დაყოფისათვის. მიწათმოწყობის გეგმის პროექტი შემდგომ მონაწილეებთან ერთად განიხილება უწყების მიერ. მიწათმოწყობის გეგმაში გაითვალისწინება მიწის ნაკვეთების გაერთიანება და გაცვლა. ამისათვის მოქმედებს თანაბარი ღირებულების პრინციპი. მიწის ნაცვლად ფულადი ანაზღაურება შესაძლებელია მხოლოდ მესაკუთრის თანხმობით. არსებული საწარმოს სტრუქტურის შეცვლა ასევე დაიშვება მხოლოდ მონაწილის ნებართვით. მიწათმოწყობისათვის მოქმედებს სუროგაციის პრინციპი, ე.ი. სანივთო უფლებები და საიჯარო ურთიერთობები გადადიან ძველი მიწათმფლობელობიდან ახლად განაწილებულ მიწათმფლობელობაზე. სამართლებრივი გავლენა მიწათმოწყობის გეგმისა მდგომარეობს იმაში, რომ სამართლებრივი ურთიერთობები უშუალოდ იცვლებიან, თუმცა, ახალი სამართლებრივი მდგომარეობა მხოლოდ მიწათმოწყობის გეგმის შედეგად კი არ დგება, არამედ საჭიროებს ასევე განხორციელების გადაწყვეტილებას, რომელშიც განსაზღვრული იქნება ახალი სამართლებრივი მდგომარეობის დადგომის დრო. გარდა ამ ზოგადი მიწათმოწყობისა, მოქმედებს ასევე სპეციალური პროცედურა, რომელთა მიმართ გამოიყენება სპეციალური ნორმები.

სასამართლოს მიერ საწარმოს რეგისტრაციის ზოგიერთი საკითხი

მარიამ ცისკაძე იურიდიულ მეცნიერებათა კანდიდატი

საქართველოში ნამდვილი საბაზრო ეკონომიკური ურთიერთობის ჩამოყალიბება და განვითარება წარმოდგენილია სათანადო სამართლებრივი რეგულირების გარეშე. “მეწარმეთა კანონი” ერთ-ერთი პირველი ნორმატიული აქტია, რომელიც ამ მიზანს ისახავს. იგი აწესრიგებს საწარმოთა ყველა იმ ძირითადი ორგანიზაციულ-სამართლებრივი ფორმის საქმიანობას, რომელიც მიღებული და დამკვიდრებულია საზღვარგარეთის ქვეყნების სამეწარმეო საქმიანობაში. /ის სრულ იურიდიულ გარანტიებს იძლევა სამეურნეო ბრუნვის მონაწილეთა დამოუკიდებლობისა და თანასწორუფლებიანობისათვის, მისი ნორმები თანაბრად ვრცელდება როგორც ქართველ მეწარმეებზე, ისე უცხოელ ფიზიკურ და იურიდიულ პირებზე, მათ მიმართ არავითარი შეზღუდვა არ არის გათვალისწინებული./ეს კი უდავოდ ხელს შეუწყობს უცხოელ პარტნიორთა მოზიდვას და აქტიურ ჩაბმას საქართველოს სამეწარმეო საქმიანობაში.

“მეწარმეთა კანონის” მნიშვნელოვან სიახლეს წარმოადგენს ის, რომ საწარმოს რეგისტრაცია ხდება არა მმართველობის ადგილობრივი ორგანოს მიერ, არამედ სასამართლოში/სასამართლო საწარმოს რეგისტრაციას ახორციელებს სამეწარმეო რეესტრში სათანადო ჩანაწერებით და ამასთან ნებისმიერ პირს საშუალებას აძლევს გაეცნოს რეესტრის ჩანაწერებს. ამრიგად, ახალი სამეწარმეო სტრუქტურების შექმნის და მათში მომხდარი ყველა ცვლილების რეგისტრაციით/სასამართლო ნებაყოფილობითი სამეწარმეო-სამართლებრივი ურთიერთობის მომწესრიგებელ ორგანოდაც იქცა./ ამ ახალი ფუნქციის დაკისრებით მნიშვნელოვნად გაფართოვდა სასამართლოს საქმიანობის სფერო, კიდევ უფრო ამაღლდა და გაიზარდა მისი როლი და ავტორიტეტი საზოგადოებრივ ცხოვრებაში.

თავის მხრივ, სასამართლოს მიერ საწარმოს რეგისტრაცია ხელს შეუწყობს ქართველ მეწარმეთა დროულ ჩართვას თანამედროვე ევროპულ სამეწარმეო ბრუნვაში. ვინაიდან ევროპის მთელ რივ სახელმწიფოებში საწარმოთა რეგისტრაცია სწორედ სასამართლოში ხდება, ასე-

თი საწარმოები უფრო საიმედო პარტნიორებად არიან მიჩნეულნი. ხოლო/იმ ფაქტებს და მონაცემებს, რომლებიც არ არის შეტანილი სამეწარმეო რეესტრში, იურიდიული ძალა არ გააჩნია და სათანადო სამართლებრივ დაცვასაც მოკლებულია/ამიტომ სასამართლოს მიერ საწარმოს რეგისტრაცია უცხოელ მეწარმეებთან სამეურნეო ინტერესების გაერთიანების და კოორდინირების გარკვეული ახალი ფორმაცაა.

სამეწარმეო რეესტრში სათანადო ჩანაწერების მეშვეობით საწარმოს რეგისტრაციის დიდი გამოცდილება და ტრადიციები გერმანიაში პირველი ინსტანციის სასამართლოებს აქვთ.

სამეწარმეო რეესტრის მნიშვნელოვან ამოცანად მიჩნეულია იმ მნიშვნელოვანი სამართლებრივი ურთიერთობების დაფიქსირება, იურიდიული გაფორმება, რომელიც წარმოიშობა მეწარმის და საწარმოს კომერციული საქმიანობის განხორციელების პროცესში.²

გერმანულ იურიდიულ ლიტერატურაში სრულიად მართებულად არის აღნიშნული, რომ/სამეწარმეო რეესტრი პირველყოვლისა მიზნად ისახავს სამეწარმეო სამართლებრივი ბრუნვის სრულყოფას, გამარტივებას და დაცვას.³

გერმანიაში სამეწარმეო რეესტრის ჩანაწერები ხორციელდება სასამართლოს მიერ არა სამოქალაქო საპროცესო სამართლის ნორმების მიხედვით, არამედ სპეციალური საპროცესო კანონის “უდავო საქმეების სამართალწარმოების შესახებ” შესაბამისად.

ეს კანონი აწესრიგებს არა მარტო სასამართლოს მიერ საწარმოთა რეგისტრაციის, არამედ სასამართლოში საადგილმამულო წიგნის რეგისტრაციას, ბინის საკუთრების, ზოგიერთი სახის საოჯახო-სამართლებრივ საქმეებს, პიროვნების მიერ ნივთის შესანახად და დასაცავად მიბარების, მოქალაქეობრივი მდგომარეობის ჩანაწერების, მემკვიდრეობის და სამეურვეო საკითხებს.⁴

საქართველოში სასამართლო სამეწარმეო რეესტრის ჩანაწერების გაკეთებისას ხელმძღვანელობს მხოლოდ “მეწარმეთა შესახებ კანონის” შესაბამისად, განსაკუთრებით კი ამ კანონის მე-4, მე-5, მე-6 და მე-7 მუხლებით, რომლებიც სამეწარმეო რეესტრს ზოგადად, რეგისტრაციის პირობებს, რეესტრის საჯაროობას ეხება. სპეციალური საპროცესო კანონი ამ საკითხების მოსაწესრიგებლად ჯერ არ შემუშავებულა.⁵

იმისათვის, რომ სამეწარმეო რეესტრის მონაცემები ზუსტი, სწორი და საიმედო იყოს, ამის პირველ გარანტს კანონი უნდა წარმოადგენდეს. თუ “მეწარმეთა შესახებ კანონი” და სპეციალური საპროცესო ნორმები ნათლად, გარკვევით და სრულყოფილად არ მოაწესრიგებენ ყველა იმ საკითხს, რომელიც სასამართლოს მიერ სამეწარმეო რეეს-

ტრის ჩანაწერების გაკეთებას ეხება, ამან პრაქტიკაში შეიძლება დიდი სირთულეები გამოიწვიოს, რეესტრის ჩანაწერები არასწორად გაკეთდეს, ეს კი შეცდომაში შეიყვანს კომერციული ბრუნვის მონაწილეებს და ამან შეიძლება მთელი სამეწარმეო საქმიანობის მოშლაც გამოიწვიოს. დღეისათვის საქართველოში კუკე შეიმჩნევა საწარმოთა რეგისტრაციის თაობაზე სასამართლო პრაქტიკის არაერთგვაროვნება და მთელი რიგი ხარვეზები, რაც “მეწარმეთა შესახებ კანონის” ზოგიერთი მუხლის არასრულყოფილებით და სპეციალური საპროცესო კანონის უქონლობით უნდა აიხსნას.

მხოლოდ ზოგიერთ, მნიშვნელოვან მომენტზე მინდა ყურადღების გამახვილება.

1. ისევე როგორც გერმანიაში, საქართველოშიც საწარმოთა რეგისტრაცია ხორციელდება რაიონული 1-ლი ინსტანციის სასამართლოების მიერ. გერმანიაში სამეწარმეო რეესტრის ჩანაწერებს აკეთებს როგორც მოსამართლე, ისე სასამართლოს მოხელე, რომელსაც დაკისრებული აქვს რეგისტრაციის საქმეების წარმოება. მის თანამდებობას “რეხტსფლეგერი” ეწოდება.

საქართველოში ე.წ. “რეხტფლეგერის” თანამდებობა არ არის შემოღებული და საწარმოთა რეგისტრაციის საქმეებს აწარმოებენ ის მოსამართლეები, რომლებსაც უშუალოდ იუსტიციის მინისტრის მიერ დაკისრებული აქვთ ეს ფუნქცია.

“მეწარმეთა შესახებ კანონის” 5.2 მუხლის მე-4 ნაწილში აღნიშნულია, რომ განცხადება შეიტანება სასამართლოში ინდივიდუალური მეწარმის ან საზოგადოების იურიდიული მისამართის მიხედვით. მაგრამ ხშირია შემთხვევები, როცა მოსამართლეები ინდივიდუალური მეწარმის იურიდიულ მისამართად მიიჩნევენ მისი საცხოვრებელი ადგილის მისამართს და რეგისტრაციაში ატარებენ ამ მისამართზე, მაშინ როდესაც მეწარმე თავის საქმიანობას სულ სხვა იურიდიულ მისამართზე და სხვა რაიონში ახორციელებს. კიდევ უფრო მეტ სირთულეებთან არის დაკავშირებული იმ ინდივიდუალური მეწარმის რეგისტრაციის საკითხი, როცა იგი ერთდროულად სხვადასხვა იურიდიულ მისამართზე (რაიონში) ახორციელებს საქმიანობას. კანონმდებელმა ინდივიდუალური მეწარმის იურიდიულ მისამართად მიიჩნია ის ადგილი, სადაც ის ახორციელებს უშუალოდ თავის სამეწარმეო საქმიანობას. სხვადასხვა ადგილზე საქმიანობის განხორციელების შემთხვევაში მან მხოლოდ ერთი ადგილის მიხედვით უნდა შეიტანოს განცხადება და გატარდეს რეგისტრაციაში, მაგრამ სამეწარმეო რეესტრის ჩანაწერებში აუცილებლად უნდა გაკეთ-

დეს აღნიშვნა იმის თაობაზე, რომ იგი სხვა ადგილშიც ახორციელებს საქმიანობას და ამ ადგილის ზუსტი მისამართის მითითებაა საჭირო. ასეთ მეწარმეს მხოლოდ ერთი რეგისტრაციის ნომერი ექნება

2. არასწორად არის მითითებული “მეწარმეთა შესახებ კანონის” 5.8 მუხლში, რომ “რეგისტრაცია შეიძლება გაუქმდეს აგრეთვე საზოგადოების ნებისმიერი პარტნიორის ან ნებისმიერი პირის სარჩელის საფუძველზე”. აღსანიშნავია ის, რომ საწარმოს რეგისტრაცია სასამართლოს მიერ სასარჩელო წარმოების წესით კი არ ხორციელდება, არამედ განსაკუთრებული წარმოებით და ამიტომ რეგისტრაციის გაუქმება შეიძლება არა სარჩელის წარდგენით, არამედ დაინტერესებული პირის განცხადების საფუძველზე

3. ამ კანონის 5.9 მუხლის თანახმად “სასამართლო ვალდებულია რეგისტრაცია განახორციელოს აუცილებელი საბუთების წარდგენიდან ერთი კვირის ვადაში. თუ ამ ვადაში რეგისტრაცია არ განხორციელდება ან განმცხადებელს არ ეცნობება უარის შესახებ, საწარმო ჩაითვლება რეგისტრირებულად”.

მაგრამ აქვე უნდა შევნიშნოთ, რომ იმ ქვეყნებში, სადაც სასამართლოები აწარმოებენ სამეწარმეო რეესტრის ჩანაწერებს, კანონით არსად არ არის დადგენილი ერთ კვირიანი ვადა საწარმოს რეგისტრაციისათვის. მოსამართლე სრულყოფილად რომ გაეცნოს სარეგისტრაციოდ წარდგენილ ყველა საბუთს და კანონის მოთხოვნათა დაცვით აწარმოოს რეესტრის ჩანაწერები, ამისათვის ერთი კვირა ნამდვილად არ არის საკმარისი. გერმანიაში მაგალითად ერთი თვეა დადგენილი საწარმოს რეგისტრაციისათვის და საჭიროების შემთხვევაში მოსამართლემ ეს ვადა შეიძლება კიდევ გააგრძელოს.

ზემოაღნიშნული ნორმის შინაარსიდან ირკვევა, რომ თუ მოსამართლემ საწარმო რეგისტრაციაში არ გაატარა იმ მოტივით, რომ სარეგისტრაციოდ წარდგენილი საბუთები არ შეესაბამება კანონის მოთხოვნებს, მან განმცხადებელს უნდა აცნობოს რეგისტრაციაზე უარის შესახებ.

მოცემული შემთხვევისათვის კი გერმანიის კანონით “უდავო საქმეების სამართალწარმოების შესახებ” სულ სხვა წესია გათვალისწინებული. კერძოდ, თუ სარეგისტრაციოდ წარდგენილი რომელიმე საბუთი არ შეესაბამება მატერიალური და საპროცესო კანონის მოთხოვნებს, მოსამართლეს გამოაქვს განჩინება აღნიშნული ხარვეზების შესწორების თაობაზე და თავის შეხედულებისამებრ უთითებს კონკრეტულ ვადას მათ გამოსასწორებლად. ეს განჩინება არასწორად შედგენილ საბუთთან (ამ საბუთის ასლს მოსამართლე იტოვებს) ერთად ეგზავნება განმცხადებელს, ხოლო სხვა საბუთები, რომლებიც სწორა-

დაა შედგენილი, სასამართლოში რჩება. თუ მასამართლის მიერ მიი-
თებულ კონკრეტულ ვადაში აღნიშნული არ იქნება შესწორებული ან
კვლავ არასწორად იქნება წარდგენილი, მხოლოდ ამის შემდეგ გამო-
აქვს საწარმოს რეგისტრაციის თაობაზე უარის თქმის დადგენილება.
ახალ სამოქალაქო საპროცესო კოდექსით ამგვარი წესი ჩვენი სასა-
მართლოსთვისაც უნდა იქნეს დადგენილი.

აზრთა სხვადასხვაობაა გამოწვეული და სხვაგვარ არის მიჩნე-
ლი კანონის 5.9 მუხლის ის ნაწილი, სადაც აღნიშნულია, რომ თუ
საწარმო ერთ კვირაში არ იქნება რეგისტრირებული სასამართლოს
მიერ, იგი ჩაითვლება რეგისტრირებულად. მართალია, კანონმდებელი
აქ მეწარმის ინტერესებიდან გამოდის და საშუალებას აძლევს დაუყო-
ნებლივ ჩაერთოს სამოქალაქო ბრუნვაში ისე, რომ არ დაელოდოს
სასამართლოს რეგისტრაციას. მაგრამ აქვე უნდა გათვალისწინებინა
ის სირთულეები და გაურკვევლობა, რაც კომერციულ სამართლებრივ
ურთიერთობებში ისეთი საწარმოს მონაწილეობამ შეიძლება გამოიწვი-
ოს, რომლის მონაცემებიც სამეწარმეო რეესტრში ჯერ კიდევ არ არის
შეტანილი და რეგისტრაციის ნომერი არ გააჩნია. გარდა ამისა, ამით
სასამართლოს მიერ საწარმოს რეგისტრაციას გარკვეულად ფორმა-
ლური ხასიათიც ეძლევა. ამიტომ მიზანშეწონილად მიმაჩნია “მეწარმე-
თა კანონის” 5.9 მუხლიდან ამ ნაწილის ამოღება.

4. არაერთგვაროვნად არის გაგებული ხსენებული კანონის 5.2
მუხლი, სადაც აღნიშნულია, რომ “ინდივიდუალური მეწარმე და პირე-
ბი, რომლებმაც უნდა წარმოადგინონ საზოგადოება, ვალდებული არიან
სასამართლოში დატოვონ ხელმოწერის ის ნიმუში, რომელსაც საქმიან
ურთიერთობებში გამოიყენებენ”. ე.ი. ამ ნორმის თანახმად უშუალოდ
მოსამართლესთან უნდა შესრულდეს ხელმოწერა. მაგრამ იმავე მუხლის
მე-3 ნაწილში მითითებულია, რომ “განცხადება რეესტრში რეგისტრა-
ციის შესახებ, სასამართლოში დატოვებული ზუსტი ხელმოწერის ნი-
მუში, აგრეთვე თანდართული დოკუმენტები ან მათი ასლები წარმოდგე-
ნილი უნდა იქნეს სანოტარო წესით დამოწმებული ფორმით”. როგორც
ვხვდავთ, ამ მუხლში ნათლად არ არის ჩამოყალიბებული უშუალოდ
მოსამართლესთან უნდა შესრულდეს ხელმოწერა თუ ნოტარიუსთან
და სანოტარო წესით დამოწმებული ფორმით იქნეს შემდეგ წარდგენი-
ლი სასამართლოში⁶ დამკვიდრებული პრაქტიკის თანახმად სასამარ-
თლოში ძირითადად ნოტარიუსთან შესრულებული და სანოტარო წე-
სით დამოწმებული ხელმოწერების წარდგენა ხდება. ამიტომ სასურვე-
ლად მიმაჩნია 5.2 მუხლის 1-ლი ნაწილის შეცვლა იმგვარად, რომ
“ინდივიდუალური მეწარმე და ის პირები, რომლებმაც უნდა წარმოად-

გინონ საზოგადოება, ვალდებული არიან სასამართლოში წარმოადგინონ ნოტარიუსთან შესრულებული და სათანადო სანოტარო ფორმით დამოწმებული ხელმოწერის ნიმუშები, რომლებსაც საქმიან ურთიერთობებში გამოიყენებენ”.

5/საწარმოს უფლება აქვს დააარსოს ფილიალები, წარმომადგენლობები, სააგენტოები, ბიუროები, რომლებიც იურიდიულ პირს არ წარმოადგენენ. მაგრამ “მეწარმეთა კანონის” მე-16 მუხლი მხოლოდ ფილიალის შექმნასთან დაკავშირებულ საკითხებს ეხება. ხშირად მოსამართლისთვის და მეწარმისთვისაც გაურკვეველია, თუ რომელი ნორმით უნდა იხელმძღვანელონ წარმომადგენლობების, ბიუროს, სააგენტოს გახსნის შემთხვევაში. მართალია მე-16 მუხლის შინაარსი ვრცელდება მათ მიმართაც, მაგრამ მეტი სიცხადისათვის სასურველია ამ მუხლში სპეციალურად იქნეს მითითებული, რომ “საწარმოს შეუძლია დააარსოს ფილიალი, წარმომადგენლობა, ბიურო, სააგენტო, რომელიც იურიდიულ პირს არ წარმოადგენს”.

ამ მუხლის თანახმად საწარმოს ადგილსამყოფელის მიხედვით არსებულმა სასამართლომ რეგისტრაციისათვის საბუთები უნდა გადაუგზავნოს ფილიალის ადგილსამყოფელის მიხედვით არსებულ სასამართლოს. მაგრამ კონკრეტულად არ არის მითითებული, თუ რა სახის საბუთებია საჭირო ფილიალის რეგისტრაციისათვის, რაც სასამართლო პრაქტიკაში გარკვეულ სირთულეებს იწვევს. როგორც წესი, ფილიალის რეგისტრაციისათვის საჭიროა ყველა იმ საბუთის წარდგენა, რაც საწარმოს რეგისტრაციისათვის არის კანონით გათვალისწინებული, თუ კი საწარმოს ესაჭიროება წესდება, ფილიალსაც თავისი დებულება უნდა ჰქონდეს და სათანადო წესით დამოწმებული წარადგინოს სასამართლოში. ფილიალის სარეგისტრაციოდ წარდგენილი საბუთის დედნები რჩება საწარმოს მარეგისტრირებელ სასამართლოში, ხოლო ნოტარიუსის მიერ დამოწმებული ამ საბუთების ასლები კი იგზავნება იმ სასამართლოში, სადაც ფილიალი უნდა გატარდეს რეგისტრაციაში. ამ საბუთებთან ერთად სასურველად მიგვაჩნია ძირითადი საწარმოს რეგისტრაციის თაობაზე დადგენილების და ფორმულარის ასლების გაგზავნაც, რათა ფილიალის მარეგისტრირებელ მოსამართლეს სრული წარმოდგენა ჰქონდეს ამ საწარმოს შესახებ.

ცალკე, სპეციალური რეგისტრაციის ნომერი ფილიალს არ ეძლევა, იგი სარგებლობს იმ ნომრით, რომელიც საწარმოს აქვს მინიჭებული, მაგრამ ამ ნომერს ფილიალის აღმნიშვნელი ნიშანი უნდა ჰქონდეს.

მე-16 მუხლში მეტად ზოგადად მიმართა მითითება იმის თაობაზე, რომ “ფილიალის შექმნის შესახებ ეცნობება საწარმოს ადგილსამყოფ-

ფელის მიხედვით არსებულ სასამართლოს". აქ უფრო კონკრეტულად უნდა იყოს აღნიშნული ფილიალის მარეგისტრირებული სასამართლოს მოვალეობა დადგენილების და ფორმულარის ასლები გაუგზავნოს საწარმოს მარეგისტრირებულ სასამართლოს. ამ უკანასკნელმა კი საწარმოს რეესტრის ფორმულარში ახალ რიგით ნომრად უნდა გააკეთოს ჩანაწერი ფილიალის რეგისტრაციის შესახებ ყველა მონაცემის გათვალისწინებით.

თუ ძირითადი საწარმო და მისი ფილიალი ერთსა და იმავე რაიონში ახორციელებენ საქმიანობას, მაშინ მოცემულ შემთხვევაში ფილიალისათვის ცალკე საქმე უნდა იქნეს შედგენილი და მის მიმართ გავრცელდება ფილიალის რეგისტრაციის თაობაზე საერთო წესები.

თუ ფილიალის სარეგისტრაციოდ წარდგენილი საბუთები ვერ აკმაყოფილებს კანონის მოთხოვნებს, მაშინ მოსამართლემ უნდა შეაჩეროს მისი რეგისტრაცია და განიხილოს კონკრეტული მითითებებით ხარვეზების შესწორების თაობაზე გაუგზავნოს იმ პირს, რომელმაც წარადგინა განცხადება ფილიალის რეგისტრაციის შესახებ.

ფილიალის საქმიანობაში ცვლილებების შეტანა და მისი საქმიანობის შეწყვეტა ისეთივე პროცედურით უნდა მოხდეს, რაც დადგენილია მის შექმნასთან დაკავშირებით.

ვინაიდან "მეწარმეთა კანონი" თანაბრად ვრცელდება როგორც ქართულ, ისე უცხოელ მეწარმეებზე, ამიტომ ფილიალის გახსნის უფლება აქვს საზღვარგარეთის საწარმოებსაც. მაგრამ მე-16 მუხლით არ არის გარკვეული, უცხოეთის საწარმოს ჯერ თვითონ ხომ არ ჭირდება რეგისტრაცია საქართველოში და შემდეგ შეუძლია დააარსოს ფილიალი. ეს საკითხი არაერთგვაროვნად არის გადაწყვეტილი საზღვარგარეთის ქვეყნების კანონმდებლობით. მაგალითად, გერმანიაში უცხოეთის საწარმოები ჯერ თვითონ უნდა გატარებულ იყვნენ რეგისტრაციაში და შემდეგ შეეძლოთ ფილიალის შექმნა ამ ქვეყანაში. ეს კი გარკვეულად ხელს უშლიდა და აჭიანურებდა უცხოეთის ფირმების საქმიანობის დროულ დაწყებას. ამიტომ 90-იან წლებში ეს წესი შეიცვალა და უცხოეთის საწარმოს ყოველგვარი რეგისტრაციის გარეშე გერმანიაშიც შეუძლია თავისი ფილიალი დააარსოს. მაგრამ მისი ფილიალის დაარსებისათვის საჭიროა ყველა იმ წესის დაცვა, რაც ამ ქვეყნის კანონმდებლობით ფილიალის რეგისტრაციისათვის არის დადგენილი.

საქართველოში უკვე უცხოეთის მრავალ საწარმოს სურს თავისი ფილიალის და წარმომადგენლობის გახსნა, ამიტომ ყოველგვარი სირთულის და გაურკვეველობის თავიდან ასაცილებლად "მეწარმეთა კანონში" სასურველია გათვალისწინებულ იქნეს, რომ "საზღვარგარეთ რე-

გისტრირებულ საწარმოს შეუძლია საქართველოში ფილიალის დაარსება”.

6. პირველი ინსტანციის სასამართლოს დადგენილება საწარმოს ან ფილიალის რეგისტრაციაზე, უარის თქმის შესახებ შეიძლება კერძო საკასაციო საჩივრის საფუძველზე გასაჩივრდეს 2 ინსტანციის სასამართლოში, რომელიც ან ძალაში ტოვებს უარის თქმის დადგენილებას, ან კიდევ აუქმებს და კონკრეტული მითითებებით აბრუნებს იმავე რაიონის სასამართლოში ხელახლა განსახილველად.

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე სასურველად მიმაჩნია ერთის მხრივ “მეწარმეთა კანონში” სამეწარმეო რეესტრის საკითხებზე მთელი რიგი ცვლილებების და დამატებების შეტანა და მეორეს მხრივ, სამოქალაქო სამართლის საპროცესო კოდექსის იმ თავში, რომელიც განსაკუთრებულ წარმოებას ეხება, ამ საკითხების უფრო დეტალურად (დაწვრილებით) მოწესრიგება.

1 საქართველოში რაიონულმა სასამართლოებმა საწარმოთა რეგისტრაცია 1995 წლის 1 მარტიდან დაიწყეს.

2 Reithmann, Die Aufgaben öffentlicher Register, Dnotz, 1979, 776 Keidel, Shiqatz, stöber, Registerrecht, mithchen, 1991.

3 Gustavus, Hendelstegister Anmeldungen, Köln, 1983.

4 Walter, Zimmelmann, Praktikum det Fteiwilligen Getichtsbarkeit, 1991, passau.

5 საქართველოს რესპუბლიკის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის პროექტში მხოლოდ რამდენიმე მუხლია გათვალისწინებული, რომელიც სასამართლოს მიერ საწარმოს რეგისტრაციის საკითხებს აწესრიგებს.

6 გერმანიაში 1966 წლამდე უშუალოდ მოსამართლესთან ხდებოდა ხელმოწერის რეგულირება, 1966 წელს ცვლილებები შევიდა “კანონში უდავო საქმეების სამართალწარმოების შესახებ” და ნოტარიუსთან შესრულებული ხელმოწერის ნიმუშები სათანადო ფორმით დამოწმებული წარედგინება სასამართლოს.

ეროვნული ბანკის ადგილი საქართველოს საბანკო სისტემაში

მზია ღუნდუა

თსუ სამოქალაქო სამართლის კათედრის მასწავლებელი

საკრედიტო სისტემის ფუნქციონირება უმნიშვნელოვანეს როლს ასრულებს საბაზრო მეურნეობის განვითარებაში. იგი ხასიათდება საბანკო დაწესებულებების, საკრედიტო ოპერაციების ორგანიზაციისა და განხორციელების სამართლებრივი ფორმების ერთობლიობით. საკრედიტო ურთიერთობათა ორგანიზაციის ორ ძირითად ქვესისტემას გამოყოფენ: საბანკო და არასაბანკო ("კვაზიბანკები") ინსტიტუტებს. ამის შესაბამისად იქმნება საკრედიტო სისტემის ორი ძირითადი რგოლი: საბანკო და არასაბანკო დაწესებულებები.

ჩვენი ინტერესის საგანს ამჯერად წარმოადგენს საქართველოს საბანკო სისტემა და კერძოდ, ეროვნული (ცენტრალური) ბანკის ადგილი ამ სისტემაში.

ბანკები – საკრედიტო დაწესებულებათა ერთ-ერთ უძველეს და გავრცელებულ ჯგუფს მიეკუთვნებიან, რომლებიც თანამედროვე პირობებში ეწევიან საკრედიტო-საფინანსო მომსახურებას და თავისი არსით წარმოადგენენ უნივერსალური პროფილის ინსტიტუტებს.

ბანკი – კომერციული დაწესებულებაა, რომელიც მოიზიდავს იურიდიული და ფიზიკური პირების ფულად სახსრებს და თავისი სახელით განათავსებს მათ დაბრუნებადობის, ანაზღაურების და ვადიანობის პირობით, ასევე ახორციელებს საანგარიშსწორებო, საკომისიო-საშუამავლო და სხვა ოპერაციებს.

როდესაც ილია ჭავჭავაძემ თავისი საბანკო პოლიტიკა ჩამოაყალიბა, ხაზი გაუსვა იმას, რომ "ბანკმა მოიგოს საქმე და შესძლოს მოგებიდან ქვეყნის საჭიროების დაკმაყოფილება", რადგან მარტო მოგების შემდეგ იწყება ის მოვალეობა ბანკისა, რომლის მეოხებითაც ჩვენს საერთო ჭირს უნდა უშველოს. ალბათ, არ შეეცდებით, თუ ვიტყვით, რომ ილიას ეს შესვლა აქტუალურია დღესაც, როდესაც საქართველოში ძველის ნგრევისა და ახლის შენების რთული პროცესი მიმდინარეობს.

ბანკების მუშაობის გარდაქმნაზე ლაპარაკი დაიწყო 1987 წელს. იმჟამად არსებული საფინანსო-საკრედიტო მექანიზმი არ იძლეოდა სა-

სურველ შედეგებს ქვეყნის მეურნეობის განვითარებისა.

“არსებულმა საბანკო სისტემამ, დაკრედიტებისა და ანგარიშსწორების მოქმედმა წესებმა, მანეთით კონტროლის საკრედიტო-საანგარიშსწორებო მექანიზმმა არა თუ ვერ შესძლო სახალხო მეურნეობის დარგებში არასასურველი ტენდენციების აღკვეთა, უყაირათობის ალაგმვა და პროგრესული, დადებითი ფინანსური შედეგებით გარანტირებული ღონისძიებების საკრედიტო რესურსებით უზრუნველყოფა, არამედ ფაქტობრივად მეურნეობის გაუმართლებელი ფინანსური გაღრმავების ჭარბი საკრედიტო რესურსებით ამოვსების მანიკერი პრაქტიკა წარმოიშვა”¹².

ამ პერიოდში საქართველოს საბანკო სისტემა სსრ კავშირის საბანკო სისტემის ნაწილს, უფრო სწორად, ფილიალს წარმოადგენდა.

ეკონომიკის მმართველობის დეცენტრალიზაციამ საბაზრო მეურნეობასთან დაკავშირებით მოითხოვა საბანკო სისტემის შეცვლა.

საქართველოს საკრედიტო სისტემაში მნიშვნელოვანი გარდაქმნების განხორციელება დაიწყო 1991 წლის აგვისტოდან. ამ დროს მიღებულ იქნა კანონები (“საქართველოს რესპუბლიკაში ფულად-საკრედიტო რეგულირების შესახებ”, “საქართველოს რესპუბლიკაში ბანკებისა და საბანკო საქმიანობის შესახებ”, “საქართველოს რესპუბლიკის ეროვნული ბანკის შესახებ”), რომლებმაც განსაზღვრეს ფულად-საკრედიტო რეგულირების პრინციპები და ახალი საბანკო სისტემა.

“საქართველოს რესპუბლიკაში ბანკების და საბანკო საქმიანობის შესახებ” კანონის თანახმად საქართველოს საბანკო სისტემა მოიცავს:

- ა) საქართველოს ეროვნულ ბანკსა და მის დაწესებულებებს;
- ბ) კომერციულ ბანკებს (სახელმწიფო-კომერციული, კოოპერაციული და სხვ.);
- გ) სხვა საკრედიტო დაწესებულებებს (საქველმოქმედო, სადაზღვევო და საპენსიო ფონდებს, საინვესტიციო კომპანიებს).

1993 წლის ბოლოს სახელმწიფოს მეთაურმა გამოსცა ბრძანებულება “საქართველოს რესპუბლიკის სახელმწიფო ფულად-საკრედიტო რეგულირების ზოგიერთი საგანგებო ღონისძიების შესახებ”, რომელმაც მნიშვნელოვანი როლი შეასრულა საბანკო სისტემის სტრუქტურულ გარდაქმნებში.

საქართველოს საბანკო სისტემამ ჩამოყალიბება დაიწყო ორსაფეხურიან რგოლად, რომელშიც ეროვნულ ბანკს და კომერციულ ბანკებს განსხვავებული სამართლებრივი მდგომარეობა უკავიათ. ცვლილებები შეეხება არა მარტო ბანკების სტრუქტურას, არამედ იცვლება საკრედიტო ურთიერთობებიც და ყალიბდება საკრედიტო მუშაობის ახალი მეთოდები. თუმცა, როგორც სწორად აღნიშნავს რ. კაკულია: “ქვეყანაში

ფულად-საკრედიტო სისტემის ჩამოყალიბება დაიწყო მაღალგანვითარებული საბაზრო ეკონომიკის მქონე ქვეყნების ფულად-საკრედიტო სისტემის კოპირებით და არა განვითარებადი ქვეყნების მაგალითით”.³

1995 წლის 24 აგვისტოს მიღებულ იქნა საქართველოს კონსტიტუცია, რომლის მე-9 თავი დაეთმო სახელმწიფო ფინანსებს და კონტროლს. კონსტიტუციის 95-ე მუხლმა მკვეთრად გამოხატა საქართველოს ეროვნული ბანკის ადგილი საბანკო სისტემაში, – საქართველოს ფულად-საკრედიტო სისტემის ფუნქციონირებას უზრუნველყოფს საქართველოს ეროვნული ბანკი. იგი შეიმუშავებს და ახორციელებს ფულად-საკრედიტო და სავალუტო პოლიტიკას პარლამენტის მიერ განსაზღვრული ძირითადი მიმართულებების შესაბამისად. ეროვნული ბანკი არის ბანკთა ბანკი, საქართველოს მთავრობის ბანკირი და ფისკალური აგენტი.⁴

საქართველოს ეროვნულ ბანკს აქვს იურიდიული პირის სტატუსი. იგი მონაწილეობს სამოქალაქო-სამართლებრივ ურთიერთობებში სახელმწიფოსა და კომერციულ ბანკებთან. ეროვნული ბანკი ეკონომიკურად დამოუკიდებელი დაწესებულებაა, რომელიც ყველა ხარჯს უზრუნველყოფს საკუთარი შემოსავლით და პასუხს არ აგებს საქართველოს მთავრობის ვალდებულებებისათვის, ისევე როგორც საქართველოს მთავრობა პასუხს არ აგებს ეროვნული ბანკის ვალდებულებებისათვის, გარდა იმ შემთხვევებისა, როცა ეროვნული ბანკი ან მთავრობა თვითონ კისრულობს ასეთ ვალდებულებას.

მეორე მხრივ, უნდა აღინიშნოს, რომ ეროვნული ბანკი გამოდის რეგორც მმართველობის ორგანო, რომელიც აღჭურვილია გარკვეული უფლებამოვალეობით ფულად-საკრედიტო პოლიტიკის გატარებაში.

კანონმდებლობა მიუთითებს, რომ ეროვნული ბანკის ძირითადი ამოცანაა ეროვნული ფულის ერთეულისა და მისი მყიდველობითი უნარის, ფასების სტაბილურობის მიღწევა და შენარჩუნება ადეკვატური ფულად-საკრედიტო პოლიტიკის შემუშავებით და განხორციელებით, აგრეთვე საფინანსო-საკრედიტო სისტემის ლიკვიდურობის, გადახდისუნარიანობისა და საბაზრო ურთიერთობაზე დაფუძნებული მყარი ფუნქციონირების უზრუნველყოფა.

ეროვნული ბანკის ძირითად ფუნქციებს წარმოადგენს შეიმუშაოს, მიიღოს და განახორციელოს საქართველოს ფულად-საკრედიტო პოლიტიკა, სავალუტო ბანკებთან განახორციელოს საბანკო საქმიანობისა და ბანკებთან არსებული ვალუტის გადამცვლელი პუნქტების ლიცენზირება და ზედამხედველობა, ხელს უნდა უწყობდეს საგადასახადო სისტემის ეფექტიან ფუნქციონირებას, იყოს საქართველოს ბანკირი, მრჩევე-

ლი, ფისკალური აგენტი.

საქართველოს ეროვნული ბანკის უმაღლესი ორგანოა ეროვნული ბანკის საბჭო, რომლის წევრებს საქართველოს პრეზიდენტის წარდგინებით ირჩევს პარლამენტი. პარლამენტს ასევე შეუძლია კანონით გათვალისწინებულ შემთხვევაში გადააყენოს ეროვნული ბანკის საბჭოს წევრები. ეროვნული ბანკის პრეზიდენტს ეროვნული ბანკის საბჭოს წარდგინებით ბანკის საბჭოს წევრთაგან ნიშნავს და თანამდებობიდან ათავისუფლებს საქართველოს პრეზიდენტი.

ეროვნული ბანკი პასუხისმგებელია პარლამენტის წინაშე და ყოველწლიურად წარუდგენს მას თავისი საქმიანობის ანგარიშს. ეროვნული ბანკის ანგარიშგების აუდიტს განახორციელებენ პარლამენტის მიერ დანიშნული დამოუკიდებელი აუდიტორები.

ეროვნული ბანკი აძლევს კონსულტაციებს ფინანსთა მინისტრს სახელმწიფო ბიუჯეტის შედგენის საკითხებზე.

1996 წლის 9 თებერვალს პარლამენტის სხდომაზე საქართველოს პრეზიდენტმა ე. შევარდნაძემ აღნიშნა, რომ "... ბიუჯეტის ფულად-საკრედიტო, სავალუტო პოლიტიკის ნაწილის კოორდინატორი, ფინანსთა სამინისტროსთან ერთად, ბუნებრივია, იყო ეროვნული ბანკი, რომელიც თავის საქმიანობაში დამოუკიდებელია, ანგარიშვალდებულია პარლამენტის წინაშე, მაგრამ ის, ამავე დროს, როგორც ვამბობთ, ბანკთა ბანკი და მთავრობის ფისკალური აგენტი. მოგეხსენებათ კონსტიტუციაში მოხსენებული მთავრობა საპრეზიდენტო, აღმასრულებელი ხელისუფლებაა, რადგანაც რეფორმების შედეგად მინისტრთა კაბინეტი ტრადიციული სახით უკვე არ არსებობს. ამდენად გარკვეულია საპრეზიდენტო ხელისუფლების, პარლამენტისა და ეროვნული ბანკის ინტერესები და ფუნქციები ბიუჯეტის შედგენის დროს".⁵

ფულად-საკრედიტო ურთიერთობათა რეგულირების დროს ეროვნულმა ბანკმა შეიმუშავა კომერციული ბანკებისათვის სავალდებულო მინიმალური სარეზერვო მოთხოვნები, რომლებიც განისაზღვრება მოზიდულ სახსრებთან პროცენტული თანაფარდობით და ექვემდებარება ეროვნულ ბანკში სავალდებულო შენახვას. ეს იმას ნიშნავს, რომ კომერციული ბანკები ვალდებული არიან სახსრების გარკვეული ნაწილი ეროვნულ ბანკში შეიტანონ. ამ ინსტრუმენტის მიზანს წარმოადგენს მათი კლიენტურის ინტერესების უზრუნველყოფა.

სარეზერვო ფონდის ფორმირების ნორმატივის საკითხი თითქმის ყოველთვის სადავო საკითხია ეროვნულ ბანკსა და კომერციულ ბანკებს შორის. 1996 წლის იანვარში ბანკების ასოციაციის გაფართოებულ სხდომაზე აღინიშნა კომერციული ბანკების წარმომადგენლების მიერ,

რომ “ბანკთა ბანკი” ჯერჯერობით დამსჯელის როლში უფრო გვევლინება, ვიდრე “მზრუნველი მამისა”.⁶

ეროვნულმა ბანკმა მინიმალური სარეზერვო მოთხოვნის დონე ჯერ 20 პროცენტით განისაზღვრა, ხოლო შემდეგ 18 პროცენტამდე შეამცირა, რაც კომერციული ბანკების უკმაყოფილებას იწვევს. მათი აზრით, ეს ძალიან მაღალი პროცენტია, მაშინ, როდესაც რუსეთში აღნიშნული ნორმატივი 1,5 პროცენტში გამოიხატება.

ეროვნულმა ბანკს მის მიერვე განსაზღვრული წესებისა და პირობების შესაბამისად შეუძლია მისცეს კრედიტები ბანკებს, რომლებსაც ანგარიშები აქვთ გახსნილი ეროვნულ ბანკში.

ეროვნულ ბანკს ეკისრება სრული პასუხისმგებლობა საბანკო ლიცენზიების გაცემისა და ლიცენზიების მქონე ბანკებისა და იურიდიული პირების საქმიანობის ზედამხედველობისათვის. მას შეუძლია გამოსცეს შესაბამისი წესები, აგრეთვე განახორციელოს სხვა ღონისძიებები და სანქციები, თუ ასეთი საჭირო იქნება საფინანსო-საკრედიტო სისტემის სიმტკიცის უზრუნველსაყოფად. სახელდობრ, კანონი “ეროვნული ბანკის შესახებ” ითვალისწინებს, რომ ეროვნულმა ბანკმა შეიძლება გადაახდევინოს ბანკს ფულადი ჯარიმა უსწორო ოპერაციებიდან მიღებული დამატებითი შემოსავლის ოდენობამდე, გაუზარდოს სავალდებულო რეზერვების ნორმები, შეუწყვიტოს აქტიური ოპერაციები და სხვა.

ეროვნულ ბანკს ექსკლუზიური უფლება აქვს განახორციელოს ბანკნოტებისა და მონეტების ემისია. როგორც ზემოაღნიშნულიდან ჩანს, სახელმწიფო ემისიის უფლებას ანიჭებს მხოლოდ ერთ ბანკს, რამდენადაც ფულის ემისიის მინიჭების უფლება ყველა ბანკისადმი, გამოიწვევდა ქვეყანაში ფულადი მიმოქცევის მოშლას. საემისიო ბანკი აღჭურვილია ისეთი საშუალებებით, რომელსაც არ შეიძლება ფლობდეს არც ერთი სხვა ბანკი, — ეს არის ბიუჯეტის სახსრები და მიმოქცევაში არსებული ნაღდი ფული. სწორედ ამის საფუძველზე ეროვნული ბანკი ზემოქმედებს კომერციულ ბანკებზე და ხელმძღვანელობს მათ საქმიანობას. ემისიის უფლება ეროვნულ ბანკს შესაძლებლობას აძლევს გახდეს ქვეყანაში საბანკო საქმის ორგანიზაციის ცენტრი, რომლის გარშემო თავს იყრიან დანარჩენი ბანკები და სხვა საკრედიტო დაწესებულებები.

ეროვნული ბანკი უშუალოდ აკონტროლებს ნაღდი ფულის მარაგს, ადგენს ემისიის გეგმებს, ბანკნოტებით და მონეტებით უზრუნველყოფს საქართველოს ეკონომიკას.

საბაზრო ეკონომიკის თანამედროვე სახელმწიფოებში ბანკები საწარმოს განსაკუთრებულ სახეს წარმოადგენენ, რომლებიც დაკავშირებულინი არიან სამეწარმეო საქმიანობით სასესხო კაპიტალის სპეციფი-

კურ სფეროში, ახორციელებენ რა მის მობილიზაციას, გამოყენებასა და გადანაწილებას. ბანკები თავიანთ საქმიანობას ახორციელებენ სხვადასხვა სამოქალაქო-სამართლებრივი გარიგებების შესრულებით. ამ გარიგებებს საბანკო გარიგებებს უწოდებენ. გამონაკლისს არც საქართველოს ეროვნული ბანკი წარმოადგენს. ეროვნული ბანკის საბანკო გარიგებები წესრიგდება რა სამოქალაქო კანონმდებლობის საერთო ნორმებით, ამავე დროს გამოიყენება სხვადასხვა იურიდიული ძალის მქონე ნორმატიული აქტები: კანონი ეროვნული ბანკის შესახებ, ბანკის წესდება, ინსტრუქციები, რომელსაც გამოსცემს თვით ეროვნული ბანკი და სხვა.

ეროვნულმა ბანკმა მტკიცედ უნდა დაამკვიდროს თავის პრაქტიკაში იმ უნიფიცირებული წესების გამოყენება, რომელიც დაკავშირებულია აკრედიტივთან და ინკასოსთან.

საბანკო გარიგება არის აქტიური და პასიური.

აქტიურ გარიგებებს მიეკუთვნება ისეთი გარიგებები, რომლებიც მიზნად ისახავენ მოგების მიღებას პროცენტული ანარიცხებისაგან გაცემული კრედიტის მიხედვით. კრედიტი ფასეულობათა ისეთი გადაცემაა ერთი პირიდან მეორესათვის, რომლის დროსაც ეკვივალენტის მიღება დროის განსაზღვრული მონაკვეთის შემდეგ ხდება.⁷

საბანკო კრედიტისათვის დამახასიათებელია დაბრუნებითობა, იგი ამავე დროს ატარებს მიზნობრივ ხასიათს, გაიცემა განსაზღვრული ვადით, ანაზღაურების პირობით და ბოლოს, ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი პრინციპია — სესხის უზრუნველყოფა, რაც იმას გულისხმობს, რომ ბანკი კრედიტის დაბრუნების უზრუნველყოფისათვის მიმართავს სხვადასხვა ფორმებს: გირაოში იღებს სასაქონლო-მატერიალურ ფასეულობებს, უძრავ ნივთებს ან იყენებს სხვა ისეთ საშუალებებს, რომელიც მიღებულია საბანკო პრაქტიკაში. კანონმდებლობა ითვალისწინებს კრედიტის გაცემას ზოგიერთ შემთხვევაში სათანადო უზრუნველყოფის გარეშე. კანონში აღნიშნულია, რომ ეროვნული ბანკის მიერ განსაზღვრული წესებისა და პირობების შესაბამისად, მას შეუძლია გამოვიდეს ბოლო ინსტანციის კრედიტორის როლში საბანკო ანგარიშების მფლობელთა მიმართ, რომელთა სასარგებლოდაც იძლევა სესხს..., აგრეთვე პირობით ვალდებულებებს არაუმეტეს სამი თვის ვადით, თითოეული ასეთი კრედიტი ან ვალდებულება გარანტირებული უნდა იყოს კანონში მითითებული აქტივებით, თუ თვით ეროვნული ბანკი არ მიიღებს გადაწყვეტილებას, რომ კრედიტი ან ვალდებულება უგარანტიოდ გამართლებულია განსაკუთრებული მდგომარეობის გამო.

ბანკის საკრედიტო საქმიანობის უზრუნველყოფისათვის აუცილებელია ფულადი სახსრების თავმოყრა. ახდენს რა ფულადი სახსრების

მობილიზაციას, ბანკი გამოდის მსესხებლად და ვალდებულია კრედიტორს გადაუხადოს პროცენტები კაპიტალის გამოყენებისათვის. ასეთ ოპერაციებს უწოდებენ პასიურ ოპერაციებს. მათ შორის აუცილებლად უნდა აღვნიშნოთ სადეპოზიტო ოპერაციები. კანონი “საქართველოს ეროვნული ბანკის შესახებ” მიუთითებს, რომ ეროვნული ბანკი იღებს მთავრობისა და ფინანსთა სამინისტროს მიერ განსაზღვრული სახელმწიფო დაწესებულებების დეპოზიტებს. დეპოზიტარის როლში ეროვნული ბანკი იღებს და გასცემს სახსრებს, აღრიცხავს და ეწევა ამასთან დაკავშირებულ სხვა საფინანსო მომსახურებას. ეროვნულ ბანკს შეუძლია მიიღოს გადაწყვეტილება ასეთი ანაბრების მიხედვით პროცენტების გადახდის შესახებ.

მართალია, ეროვნული ბანკი შეიმუშავებს ფულად-საკრედიტო პოლიტიკას, მაგრამ ეს არ გამორიცხავს ქვეყნის ფულად-საკრედიტო ურთიერთობათა სახელმწიფოებრივ რეგულირებას. თუ პარლამენტი მიიღებს გადაწყვეტილებას, რომ ეროვნულმა ბანკმა თავისი სტაბილურობის უზრუნველყოფის ინტერესების შესაბამისად უნდა შეცვალოს ფულად-საკრედიტო პოლიტიკა, მაშინ ეროვნული ბანკი დაუყოვნებლივ შეუდგება ფულად-საკრედიტო პოლიტიკის გატარებას და განახორციელებს მას პარლამენტის მიერ მიღებული გადაწყვეტილების მოქმედების მთელი ვადის განმავლობაში.

საქართველოს ეროვნულ ბანკსა და კომერციულ ბანკებს შორის ურთიერთობის მოწესრიგებას ხელს შეუწყობს “კანონი საქართველოში კომერციული ბანკების საქმიანობის შესახებ”, რომელიც საქართველოს პარლამენტმა უკვე მიიღო.

საბანკო სისტემის განმტკიცების მიზნით, როგორც აღვნიშნეთ, ბანკი კომერციულ ბანკებზე გასცემს მოკლევადიან კრედიტებს, სამაგიეროდ გირაოში იღებს კანონით გათვალისწინებულ აქტივთაგან ერთ-ერთს (საერთაშორისო სარეზერვო ინსტრუმენტები, ფასიანი ქაღალდები, სასაქონლო ზედდებულებები, დეპოზიტები ეროვნულ ბანკში და ა. შ.). ეროვნული ბანკი ხელს უწყობს კომერციული ბანკების საქმიანობას, მაგრამ არ ერევა ოპერატიულ საქმიანობაში. კანონმდებლობის შესაბამისად იგი კონტროლს უწევს კომერციული ბანკების შექმნის კანონიერებასა და მიზანშეწონილობას. აღნიშნული კონტროლი ხორციელდება კომერციული ბანკის წესდების რეგისტრაციისა და ლიცენზიის გაცემის პროცესში.

ზემოაღნიშნული კანონი ეროვნულ ბანკს აძლევს იმ ეკონომიკური ლიმიტებისა და ნორმატივების განსაზღვრის უფლებას, რომელთა მეშვეობითაც ეროვნული ბანკი აქტიურ ზემოქმედებას ახდენს კომერციულ-

ლი ბანკების საქმიანობაზე და ხელს უწყობს საქართველოს საკრედიტო სისტემის განმტკიცებას: საწესდებო კაპიტალის მინიმალური ოდენობა ფულად ფორმაში, ბანკის აქტივების და ბანკის სხვადასხვა სახის კაპიტალის და რეზერვების ზღვრული ურთიერთთანაფარდობა, ბანკის მიერ მოზიდული ანაბრების ზღვრული თანაფარდობა ბანკის კაპიტალთან, ბალანსის ლიკვიდურობის მაჩვენებლები, მინიმალური სარეზერვო ვალდებულებები და ა. შ.

კომერციული ბანკები იურიდიული პირებია, რომლებიც არ შედიან ეროვნული ბანკის სისტემაში. ეროვნულ ბანკსა და სხვა საკრედიტო დაწესებულებებს შორის დამყარებულია საფინანსო-სამართლებრივი ურთიერთობა.

ეროვნულ ბანკს შეუძლია კანონით გათვალისწინებული დარღვევების შემთხვევებში კომერციული ბანკების მიმართ გამოიყენოს სანქციები; ეს დარღვევები შეიძლება გამოიხატოს შემდეგი სახით: თუ ბანკმა ან სხვა საკრედიტო დაწესებულებამ დაარღვია ეროვნული ბანკის ნებისმიერი ნორმატივი, ინსტრუქცია, დებულება, წესები, დადგენილებები, მოთხოვნები; დაარღვია ნებისმიერი პირობა ან შეზღუდვა, რომელიც დართული აქვს საბანკო ლიცენზიას ან საქართველოს ეროვნული ბანკის მიერ გამოშვებულ დებულებას, დაარღვია ოფიციალური მოვალეობა ან ბანკი საქმიანობს საკმაოდ სახიფათოდ და არა საიმედოდ. ზემოაღნიშნულ შემთხვევებში ეროვნულ ბანკს უფლება აქვს: გაუგზავნოს წერილობითი გაფრთხილება, გამოსცეს ინსტრუქცია მოთხოვნით, რომ ბანკმა შეწყვიტოს დარღვევა, აგრეთვე მიიღოს ზომები მის აღმოსაფხვრელად, დაადოს ჯარიმა მის მიერ დადგენილი წესითა და ოდენობით; დროებით ან საერთოდ გადააყენოს ბანკის ადმინისტრაციული მუშაკები თანამდებობიდან, გადასცეს ბანკის ოპერატიული მართვა დროებით ადმინისტრაციას, გამოითხოვოს საბანკო ლიცენზია და სხვა.

საქართველოს ეროვნულ ბანკს უფლება აქვს დარღვევების შემთხვევაში ბანკის ან საკრედიტო დაწესებულების მართვა გადასცეს დროებით ადმინისტრაციას მდგომარეობის გამოსწორების მიზნით. თუ ეროვნული ბანკი მიიჩნევს, რომ ბანკი ან სხვა საკრედიტო დაწესებულება გადახდის უნარს მოკლებულია, იგი უნდა გამოცხადდეს გადახდისუუნაროდ და მოხდეს მისი ლიკვიდაცია.

1 ა. თელია. ქართული სათავადაზნაურო ბანკი და ილია ჭავჭავაძე, თბ. 1989 წ. გვ. 71.

2 ვ. პატიშვილი, საბანკო სისტემის რეორგანიზაცია, თბ. 1988 წ. გვ. 5.

3 რ. კაკულია, საერთაშორისო სავალუტო და საკრედიტო ურთიერთობები, თბ. 1995 წ. გვ. 141.

4 საქართველოს კონსტიტუცია, თბ 1995 წ. მუხ. 95.

5 ე. შვეარდნაძის მოხსენება, გაზ. "საქართველოს რესპუბლიკა" 1996 წ. 10 თებერვალი N24.

6 გაზ. "ბანკები და ფინანსები", 1996 წ. თებერვალი, N14.

7 რ. შენგელია, საქართველოს საფინანსო სამართლის საკითხები (II ნაკვეთი) გვ. 126.

სამოქალაქო სამართალი და სისხლის სამართალი (შედარებითი ანალიზი)

გურამ ნაჭყებია

იურიდიულ მეცნიერებათა კანდიდატი, დოცენტი

დავას არ უნდა იწვევდეს ის ფაქტი, რომ სამართლის ყოველ დარგს სამართლის სისტემაში თავისი კუთვნილი ადგილი უჭირავს. ისიც ფაქტია, რომ სამართლის სისტემაში სამართლის ყოველი დარგის ადგილი სამართლებრივი ღირებულების გადანაწილების აქსიოლოგიური კანონით განისაზღვრება. სწორედ ამით აიხსნება ის გარემოება, რომ მატერიალური სამართლის სისტემაში სისხლის სამართალს სულ ბოლო ადგილი უჭირავს. სისხლის სამართალში სამართლებრივი მოთხოვნის მინიმუმია გამოხატული, რადგან იგი უპირისპირდება დანაშაულს, როგორც უკიდურეს სამართალდარღვევას. ამ სამართალდარღვევისაგან თავშეკავების მოთხოვნა ის მინიმუმია, რომელიც შეიძლება სამართალმა აღამიანს წარუდგინოს. ამ თვალსაზრისით ცხადი უნდა იყოს, რომ სამოქალაქო სამართალს სამართლის სისტემაში განსხვავებული ადგილი უჭირავს. სამოქალაქო სამართალში განმსაზღვრელია პოზიტიური მოქმედება (ხელშეკრულების დადება და შესრულება, მომსახურების გაწევა, საკუთრების უფლების განხორციელება და ა.შ.), ხოლო სამართალდარღვევა აქ სულ სხვა ხასიათს ატარებს, ვიდრე სისხლის სამართალში დანაშაული. მაგრამ, სამწუხაროდ, საბჭოურ იურიდიულ ლიტერატურაში თითქმის გაბატონდა შეხედულება, რომლის თანახმად, სისხლის სამართლებრივი ურთიერთობა ზიანის მიყენებიდან წარმოშობილი სამოქალაქო-სამართლებრივი ურთიერთობის ანალოგიით უნდა გადაწყდეს. აქედან გაკეთდა დასკვნა, რომ როგორც “ზიანი” სამოქალაქო სამართალში, ისე “დანაშაული” სისხლის სამართალში იურიდიული ფაქტებია, რომლებიც იწვევენ სამართლებრივი ურთიერთობის წარმოშობას, შეცვლას ან შეწყვეტას.

დებულება, რომ დანაშაული იურიდიული ფაქტია, რომელიც წარმოშობს სისხლის სამართლებრივ ურთიერთობას, საბჭოურ იურიდიულ ლიტერატურაში ერთხმად იქნა აღიარებული.¹ მაგრამ რატომღაც მხედველობაში არ იქნა მიღებული ის გარემოება, რომ ანალოგიას, როგორც ლოგიკურ მეთოდს, თან უნდა ახლდეს შედარებითი ანალიზი,

ხოლო შედარება, თავის მხრივ, ბუნებრივად ქმნის ანალოგიის შესაძლებლობას. ამით ჩვენ იმის თქმა გვინდა, რომ სამოქალაქო-სამართლებრივი ურთიერთობის ანალოგიით სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის გაგება მხოლოდ მაშინ იქნება გამართლებული, თუ წინასწარ იქნება სამოქალაქო სამართლისა და სისხლის სამართლის შედარებითი ანალიზი. სამწუხაროდ, ამგვარი შედარებითი ანალიზი არ მომხდარა. ამის გამო ანალოგიის მეთოდის ცალსახა გამოყენება მოცემულ შემთხვევაში მეთოდოლოგიურ ცდომილებად უნდა ჩაითვალოს. სახელდობრ, ჩვენ სადავოდ არ მიგვაჩნია ის დებულება, რომ “ზიანი” სამოქალაქო სამართალში მართლაც იურიდიული ფაქტია, რომელიც იწვევს სამოქალაქო-სამართლებრივი ურთიერთობის წარმოშობას. მაგრამ აქედან სრულიადაც არ გამომდინარეობს, რომ დანაშაულიც იურიდიული ფაქტია, რომელიც იწვევს სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის წარმოშობას. მართლაც, ერთ-ერთ სახელმძღვანელოში ამტკიცებენ, რომ დანაშაული, როგორც იურიდიული ფაქტი, იწვევს სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის წარმოშობას, მაგრამ “პირის სამართლებრივ მდგომარეობას არ სცვლის”². ეს დებულება იმისი არაპირდაპირი აღიარებაა, რომ დანაშაული არ შეიძლება სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის წარმოშობა იურიდიულ ფაქტად ჩაითვალოს. სახელდობრ, თუ დანაშაულის ჩადენა მისი ჩამდენი პირის სამართლებრივ მდგომარეობას არ სცვლის, მაშინ რანაირადაა იგი იურიდიული ფაქტი? სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილის სისტემაში სისხლის სამართლის კანონის მოქმედებასთან დაკავშირებით (საქართველოს რესპუბლიკის სისხლის სამართლის კოდექსის მე-6 მუხლი) ლაპარაკია “მოქალაქეებზე”, “უცხოელ მოქალაქეებზე” და “მოქალაქეობის არმქონე პირებზე”, რომლებიც სისხლის სამართლის ნორმის ადრესატებს წარმოადგენენ. ეს პირები სისხლის სამართლის სუბიექტები არიან, ეს იმასაც უნდა ნიშნავდეს, რომ სისხლის სამართალში წმინდა იურიდიული თვალსაზრისით სხვა სუბიექტები არ არსებობს. წმინდა იურიდიული თვალსაზრისით, დანაშაულის ჩამდენ პირს “მსჯავრდებული” ეწოდება, ხოლო მსჯავრდებული მხოლოდ ის პირია, რომელსაც სასამართლომ გამამტყუნებელი განაჩენი გამოუტანა. აქედან შეიძლება დავასკვნათ, რომ დანაშაული წმინდა იურიდიული თვალსაზრისით მხოლოდ მაშინ ითვლება ჩადენილად, თუ იგი დადგენილია გამამტყუნებელი განაჩენით, რომელიც კანონიერ ძალაში შევიდა. ამ დებულებას ადასტურებს არაპრაქტიკულობის პრეზუმფციაც, რომელიც მოქმედებს არა მარტო სისხლის სამართლის საპროცესო სამართალში, არამედ სისხლის სამართალშიც. საქართველოს რესპუბლიკის სისხლის სამარ-

თლის კოდექსის მე-4 მუხლის თანახმად, “არავინ არ შეიძლება ცნობილ იქნეს ბრალეულად დანაშაულის ჩადენაში, აგრეთვე დაედოს სისხლისსამართლებრივი სასჯელი, თუ არა სასამართლოს განაჩენით და კანონის შესაბამისად”.

ამრიგად, წმინდა იურიდიული თვალსაზრისით, დანაშაული მხოლოდ მაშინ ითვლება ჩადენილად, თუ იგი დადგენილია გამამტყუნებელი განაჩენით, რომელიც კანონიერ ძალაში შევიდა. აქედან გამომდინარე, ლოგიკურია დასკვნაც, რომ “დანაშაული” მისი ჩადენის მომენტში არც არსებობს. სახელდობრ, დანაშაულის ჩადენა სისხლის სამართლის კანონში აღწერილი შემადგენლობის განხორციელების გზით ხდება, ხოლო დანაშაულია თუ არა სისხლის სამართლის საკანონმდებლო შემადგენლობის შესაბამისი ქმედობა, ეს მხოლოდ სასამართლომ უნდა დაადგინოს. ეს ასეა, რადგან დანაშაულის საკანონმდებლო შემადგენლობისადმი ქმედობის ფორმალური შესაბამისობა სრულიადაც არ არის გამორიცხული, ხოლო ამგვარ ვითარებაში “დანაშაული” შეუძლებელია. მართლაც, საქართველოს რესპუბლიკის სისხლის სამართლის კოდექსის მე-8 მუხლის მეორე ნაწილის თანახმად, “დანაშაულად არ ჩაითვლება მოქმედება, ან უმოქმედობა, რომელიც, თუმცა ფორმალურად შეიცავს სისხლის სამართლის კანონით გათვალისწინებული რაიმე ქმედობის ნიშნებს, მაგრამ მცირე მნიშვნელობის გამო არ წარმოადგენს საზოგადოებრივ საშიშროებას”. მაშასადამე, დანაშაულის ჩადენა ქმედობის საკანონმდებლო შემადგენლობის განხორციელების გზით ხდება, მაგრამ ქმედობის საკანონმდებლო შემადგენლობის განხორციელება. ჯერ კიდევ არ უდრის დანაშაულის ჩადენას. ვიმეორებთ: ქმედობის საკანონმდებლო შემადგენლობისადმი ჩადენილი ქმედობის შესაბამისობის დადგენა ჯერ კიდევ არაა დანაშაულის ჩადენის მაჩვენებელი, ვიდრე სასამართლო არ დაამტკიცებს, რომ ჩადენილი ქმედობა საზოგადოებრივად საშიშია.

ამრიგად, წმინდა იურიდიული თვალსაზრისით, “დანაშაული” მხოლოდ სასამართლომ უნდა დაადგინოს. ამ მომენტამდე “დანაშაული” არ არსებობს და, მაშასადამე, იგი იურიდიული ფაქტი ვერ იქნება. აქ აშკარად იკვეთება დანაშაულის ცნებისა და დანაშაულის შემადგენლობის ცნების არსებითი სხვაობა, მათი განსხვავებული დანიშნულება. სახელდობრ, დანაშაულის შემადგენლობა მისი განხორციელების მომენტიდან არსებობს, მაშინ როდესაც “დანაშაული”, როგორც ითქვა, მხოლოდ სასამართლო განხილვის დასკვნით ეტაპზე არსებობს. აქედან გამომდინარე, იურიდიული ფაქტის მნიშვნელობა შეიძლება მიეწეროს არა დანაშაულს, როგორც ასეთს, არამედ დანაშაულის შემადგენლობის

შესაბამის კმედობას, მაგრამ ამ შემთხვევაში იგულისხმება არა სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობა, არამედ სისხლის სამართლის პროცესუალური ურთიერთობა. მაშასადამე, დანაშაულის შემაღგენლობის განხორციელების მომენტიდან უნდა წარმოიშვას არა სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობა, არამედ სისხლის სამართლის პროცესუალური ურთიერთობა, რომლის ფარგლებში ზდება ჩადენილი კმედობის გამოძიება და სასამართლო განხილვა. ამიტომ შეიძლება ვამტკიცოთ, რომ დანაშაულის შემაღგენლობა სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის საფუძველი კი არაა, როგორც ამას საბჭოური კრიმინალისტიკები ამტკიცებენ, არამედ სისხლის სამართლის საქმის აღძვრის საფუძველი. მართლაც, სისხლის სამართლის საპროცესო კანონსა და ლიტერატურაში ერთხმად ამტკიცებენ, რომ სისხლის სამართლის საქმის აღძვრის საბაბი და კანონიერი საფუძველი არის ჩადენილ კმედობაში დანაშაულის შემაღგენლობის ნიშნების არსებობა.³

ყოველივე აქედან ის დასკვნა გამომდინარეობს, რომ იურიდიული ფაქტის მნიშვნელობა აქვს მხოლოდ დანაშაულის შემაღგენლობას, მაგრამ მხოლოდ სისხლის სამართლის საპროცესო ურთიერთობის წარმოშობისათვის. ეს დასკვნა შეიძლება განმტკიცებული იქნეს იმ დებულებითაც, რომ დანაშაულის შემაღგენლობა არის აღწერილობითი, ფაქტის მსჯელობა, მაშინ როდესაც მართლწინააღმდეგობა ღირებულებით მსჯელობას წარმოადგენს.⁴ თუ დანაშაულის შემაღგენლობა აღწერილობითი, ფაქტის მსჯელობაა, მაშინ მას არაფრით არ შეუძლია პირდაპირი ლოგიკური გზით გამოხატოს ჩადენილი კმედობის საზოგადოებრივი საშიშროება. აი, რატომაა შესაძლებელი დანაშაულის საკანონმდებლო შემაღგენლობისადმი ჩადენილი კმედობის ფორმალური შესაბამისობა. ბუნებრივია, რომ დანაშაულია თუ არა შემაღგენლობისადმი მისადაგებული კმედობა, ეს მხოლოდ სასამართლომ უნდა დაადგინოს. თუ სასამართლო დაადგენს, რომ საკანონმდებლო შემაღგენლობისადმი შესაბამისი კმედობა დანაშაულია, მაშინ განსასჯელი “მსჯავრდებული” გახდება. “დანაშაული” მხოლოდ ამ ეტაპზე არსებობს, მაგრამ თუ იგი იურიდიული ფაქტია, მაშინ ის უნდა იწვევდეს არა სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის წარმოშობას, არამედ სასჯელალსრულებითი ურთიერთობის წარმოშობას. სპეციალურ ლიტერატურაში კი ამტკიცებენ, რომ სასჯელალსრულებით სამართლებრივ ურთიერთობას იწვევს არა დანაშაული თავისთავად, არამედ გამამტყუნებელი განაჩენი, რომელიც აღსასრულებლადაა მიქცევილებული.⁵

ამრიგად, “დანაშაული” არ შეიძლება რაიმე იურიდიულ ფაქტად ჩაითვალოს, რადგან იგი დანაშაულის შემაღგენლობის განხორციელებული

ბის მომენტში იურიდიულად არ არსებობს, ხოლო ოფიციალური წესით მისი დადგენის შემდეგ იგი ახალ ურთიერთობას არ იწვევს. სასჯელალსრულებით ურთიერთობას იწვევს არა დანაშაული თავისთავად, არამედ გამამტყუნებელი განაჩენი, რომელიც აღსასრულებლად მოექცა. გამამტყუნებელი განაჩენი კი მოსამართლეთა შეცდომისა თუ ბოროტმოქმედების წყალობით შეიძლება გამოუტანონ იმ პირსაც, რომელსაც არავითარი დანაშაული არ ჩაუდენია. ამიტომაც, რომ სასჯელალსრულებითი ურთიერთობის წარმომშობ იურიდიულ ფაქტად ითვლება არა “დანაშაული”, არამედ გამამტყუნებელი განაჩენი, რომელიც აღსასრულებლად მიექცა.

დებულება, რომ დანაშაული ის იურიდიული ფაქტია, რომელიც იწვევს სისხლისსამართლებრივ ურთიერთობას, ისევე როგორც “ზიანი” სამოქალაქო სამართალში იწვევს სამოქალაქო-სამართლებრივ ურთიერთობას, არ შეიძლება სწორ მეთოდოლოგიურ დასკვნად ჩაითვალოს. ჯერ ერთი, ცნობილია, რომ სისხლის სამართალი საჯარო სამართლის სისტემას განეკუთვნება, მაშინ როდესაც სამოქალაქო სამართალი კერძო სამართლის სისტემაა. ეს დებულება დასტურდება ჰეგელის შემდეგი დებულებით. ავტორი უარყოფით-უსასრულო მსჯელობის მაგალითად ასახელებს დანაშაულს. მისი აზრით “ვინც იდენს, მაგალითად, ქურდობას, იგი უარყოფს არა მარტო სხვის, მეორე პიროვნების განსაკუთრებულ, კერძო უფლებას ამ ნივთზე, როგორც ამას ადგილი აქვს სამოქალაქო დავაში, არამედ საერთოდ უარყოფს მის უფლებას და ამიტომაც არის, რომ ქურდს არა მარტო იძულებულყოფენ დააბრუნოს მოპარული ნივთი, არამედ სასჯელსაც სდებენ, რადგან ის არღვევს უფლებას როგორც ასეთს, ე.ი. უფლებას საზოგადოდ. პირიქით, სამოქალაქო დავა წარმოადგენს უბრალო უარყოფით მსჯელობის მაგალითს, რადგან მასში უარიყოფა მოცემული, განსაკუთრებული, კერძო უფლება და ამით, მაშასადამე, აღიარებულია უფლება საზოგადოდ”.⁶

როგორც ვხედავთ, ჰეგელს აქ მხედველობაში აქვს საჯარო და კერძო სამართლის არსებითი განსხვავება. კერძოდ, თუ კარგად ჩაუვკვირდებით, მაშინ აღმოვაჩენთ, რომ დანაშაულის შემადგენლობის განხორციელება სისხლისსამართლებრივ ურთიერთობას კი არ იწვევს, არამედ პირიქით, იგი სუბიექტს გამოიყვანს სახელმწიფოსთან სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის გარეთ: სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობა შესაძლებელია სახელმწიფოსა და საზოგადოების ყველა დელიქტუნარიან წევრებს შორის სისხლის სამართლის კანონის ძალაში შესვლის მომენტიდან. მაგრამ როგორც კი განხორციელდება დანაშაულის შემადგენლობა, პირი, ამ შემადგენლობის გამო და ფარგლებში,

იურიდიულად აოც ვალდებულია და აოც უფლებათოსილი: ის იურიდიულად არაა ვალდებული გამოცხადდეს (თუ გამოცხადდება ბრალის აღიარებით, მაშინ მას პასუხისმგებლობას შეუმსუბუქებენ), მაგრამ მას არც მიმალვის უფლება აქვს დაკანონებული, რადგან მის მიმალვას პასუხისმგებლობაში მიცემის ხანდაზმულობის შერჩევა მოჰყვება. მაშასადამე, დანაშაულის შემადგენლობის ფარგლებში უკვე აღარ არის უფლება-მოვალეობის სუბიექტი. ვიმეორებთ: ის იურიდიულად ვალდებული არ არის გამოცხადდეს და არც უფლებამოსილია მიიმალოს. მაშასადამე, ეს პირი იურიდიულად გაურკვეველ მდგომარეობაში იმყოფება. აქედან ის დასკვნაც შეიძლება გაკეთდეს, რომ დანაშაულის შემადგენლობის განმარტოებელი პირის სამართლებრივ მდგომარეობას სისხლის სამართალი არ ადგენს. ესაა სწორედ უარყოფა სახელმწიფოს იმ უფლებისა, რომ დანაშაულებრივი ხელყოფისაგან დაიცვას საზოგადოებრივი ურთიერთობა. მაშასადამე, ჭკველი სავსებით მართებულად აღნიშნავს, რომ დანაშაულის ჩადენა საზოგადოდ არის უფლების უარყოფა. დანაშაული მართლაც უარყოფს სახელმწიფოსთან პიროვნების სისხლისსამართლებრივ კავშირს. მაშასადამე, დანაშაული სისხლისსამართლებრივ ურთიერთობას კი არ იწვევს, არამედ, პირიქით, უარყოფს იმ ურთიერთობას, რომელიც სისხლის სამართლის კანონის ძალაში შესვლის მომენტიდან იქმნება სახელმწიფოსა და საზოგადოების დელიქტუნარიან წევრებს შორის. სულ სხვაა ამ მხრივ “ზიანის” სამოქალაქო-სამართლებრივი გაგება. აქ შესაძლებელია როგორც მატერიალური, ისე მორალური ზიანი. სამოქალაქო სამართალში მოქმედებს ე.წ. პირვანდელი მდგომარეობის აღდგენის პრინციპი, ე. ი. უნდა აღსდგეს ის პირვანდელი მდგომარეობა, რომელიც არსებობდა ზიანის მიყენებამდე. ეს შესაძლებელია მატერიალური ზიანის ანაზღაურებით და მორალური ზიანის ოფიციალური გაბათილებით, რომლის შედეგად აღსდგება ზოლმე მოქალაქის ან იურიდიული პირის კეთილი სახელი. ყოველივე ეს, თავის მხრივ, შესაძლებელია იმიტომ, რომ სამოქალაქო სამართალში სამართალდარღვევას, როგორც წესი, შექცევადი ხასიათი აქვს. მხოლოდ ზოგიერთ შემთხვევაში შეიძლება ეს დარღვევა იყოს შეუქცევადი (მაგალითად, როდესაც ავტორს ნებართვის გარეშე გამოუქვეყნეს მისი პირადი ჩანაწერები, დღიურები და ა.შ.). დანაშაული კი შეუქცევადია. მართლაც, დანაშაული საზოგადოებას აყენებს არა მარტო მატერიალურ ზიანს, არამედ მორალურ-პოლიტიკურ ზიანსაც. დანაშაულით მიყენებული ქონებრივი ზიანი შეიძლება აღსდგეს, ანაზღაურებული იქნეს ნებაყოფილობითაც კი, მაშინ როდესაც დანაშაულით მიყენებული მორალურ-პოლიტიკური ზიანის ანაზღაურება შიშ-

ლებელია. მაგალითად, ქურდობა, უპირველეს ყოვლისა, მატერიალურ ზიანს აყენებს მესაკუთრეს, მაგრამ ამ დანაშაულს თან ახლავს მორალურ-პოლიტიკური ზიანიც. კერძოდ, ქურდობა უშრომელი, პარაზიტული ცხოვრების წესს ამკვიდრებს, რითაც გამძრწნელ ზეგავლენას ახდენს მოზარდ თაობაზე, უსამართლობაა, რომელიც ზნეობრივად დასაგმობია და ა.შ. ეს დანაშაულით მიყენებული მორალური ზიანია. მაგრამ ქურდობა არღვევს საკუთრების უფლებას, რომელიც სახელმწიფომ უნდა დაიცვას. ქურდობის ფაქტი ადასტურებს, რომ სახელმწიფო არ ან ვერ იცავს მესაკუთრეს, რაც მოქალაქეთა თვალში სახელს უტეხს სახელმწიფოს. ეს დანაშაულით მიყენებული პოლიტიკური ზიანია.

ამრიგად, დანაშაული შეუქცევადია. მაშასადამე, სისხლის სამართალში აზრი არა აქვს დანაშაულის აღდგენის მოვალეობას, რადგან, როგორც ითქვა, დანაშაულით მიყენებული მორალურ-პოლიტიკური ზიანის აღდგენა შეუძლებელია. მაშასადამე, დანაშაულის ასპექტით პირვანდელი მდგომარეობის აღდგენის პრინციპი სისხლის სამართალში არ მოქმედებს. სამოქალაქო სამართალში კი, პირიქით: რაკი აქ სამართალდარღვევა, როგორც წესი, შეუქცევადია, მაშასადამე, უნდა აღსდგეს ის პირვანდელი მდგომარეობა, რომელიც არსებობდა სამართალდარღვევის ჩადენამდე. აქედან ის დასკვნაც გამომდინარეობს, რომ “ზიანი” სამოქალაქო სამართალში ის იურიდიული ფაქტია, რომელიც იწვევს ამ ზიანის აღდგენის სამოქალაქო-სამართლებრივ ურთიერთობებს. “დანაშაული” კი, პირიქით, სისხლის სამართლის სფეროდან გაიყვანს ზოლმე მის ჩამდუნ პირს, რადგან დანაშაულის შემადგენლობის განხორციელების ფაქტზე უნდა აღიძრას სისხლის სამართლის საქმე, რათა მოხდეს ჩადენილი ქმედობის გამოძიება და სასამართლო განხილვა. ამ ასპექტით საქმე შეეხება დანაშაულის შემადგენლობის განმახორციელებელი პირის სამართლებრივ მდგომარეობას (ეჭვმიტანილს, ბრალდებულს, განსასჯელს, მსჯავრდებულს). თუ სასამართლო დაადგენს, რომ დანაშაული ნამდვილად იყო ჩადენილი და განსასჯელს ბრალი მიუძღვის მის ჩადენაში, მაშინ განსასჯელი “მსჯავრდებული” გახდება, ზოლო გამამტყუნებელი განაჩენის კანონიერ ძალაში შესვლისა და აღსასრულებლად მისი მიტყვევის შემდეგ მსჯავრდებული სასჯელადსრულებითი სამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტი გახდება. აქ ყურადღებას იქცევს ისიც, რომ სამოქალაქო სამართალში, დამრღვევის პიროვნებას არავითარი მნიშვნელობა არა აქვს: რაკი აქ სამართალდარღვევა, როგორც წესი, შექცევადია, მთავარია სამართალდარღვევამდე არსებული მდგომარეობის აღდგენა. პირიქით, სისხლის სამართალში დანაშაული

შეუქცევადია. მაშასადამე, მთავარი ყურადღება უნდა მიექცეს დანაშაულის ჩამდენის პიროვნებას, რათა ამ უკანასკნელში პოზიტიური პასუხისმგებლობის აღრზდით მოხდეს მისი აღდგენა სახელმწიფოსთან იმ სისხლისსამართლებრივ ურთიერთობაში, რომელშიც იგი იყო დანაშაულის ჩადენამდე. მაშასადამე, სისხლის სამართალში პირვანდელი მდგომარეობის აღდგენა მხოლოდ სასჯელის ასპექტითაა შესაძლებელი და არა დანაშაულის ასპექტით.

როგორც უკვე ითქვა, სისხლის სამართალში მოქმედებს არაბრალეულობის პრეზუმფცია. ამ პრინციპის თანმიმდევრული დაცვა კი უეჭველად მიგვიყვანს დასკვნამდე, რომ “დანაშაული” არ შეიძლება სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის წარმოშობ იურიდიულ ფაქტად ჩაითვალოს. სამოქალაქო სამართალში კი, პირიქით, როგორც წესი, მოქმედებს ბრალეულობის პრეზუმფცია, ე.ი. ივარაუდება, რომ ზიანის მიყენებელი ბრალეულია ზიანის მიყენებაში, თუ ვერ დამტკიცებს საწინააღმდეგოს. ეს კი მტკიცების ტვირთის გადანაწილებაზე მოქმედებს. სისხლის სამართალში კი, პირიქით, პირის ბრალეულობა დანაშაულის ჩადენაში სასამართლომ უნდა ამტკიცოს და ვიდრე ეს დამტკიცებული არ არის ოფიციალური წესით, პირი არაბრალეულია დანაშაულის ჩადენაში.

დავაკვირდეთ სამოქალაქო სამართალში მოვლენათა განვითარების ლოგიკას: სამართალდარღვევა, როგორც წესი, შექცევადია, მაშასადამე, აზრი აქვს მისი აღდგენის მოვალეობას, მაშინ როდესაც დანაშაული შეუქცევადია და, მაშასადამე, აზრი არა აქვს დანაშაულის “აღდგენის” მოვალეობას. რაკი სამოქალაქო სამართალში ზიანის აღდგენა, როგორც წესი, შესაძლებელია, მაშასადამე, აზრი აქვს ბრალეულობის პრეზუმფციას, თუ არ დამტკიცდება საწინააღმდეგო. სისხლის სამართალში კი ბრალეულობის პრეზუმფცია შეუძლებელია, რადგან დანაშაულის შემადგენლობის განხორციელების ფაქტიდან ჯერ კიდევ არ გამოძინარეობს, რომ ჩადენილია დანაშაული. სამოქალაქო სამართალში ზიანი დასრულებული იურიდიული ფაქტია, მაშინ როდესაც სისხლის სამართალში დანაშაულის მნიშვნელობა აქვს დანაშაულის ჩადენის მცდელობასაც.

ამრიგად, ირკვევა, რომ “ზიანის” და “დანაშაულის” შედარებით ანალიზი ადასტურებს, რომ ამ ასპექტით დასკვნა ანალოგიის წესით ყოვლად გაუმართლებელია. მაგრამ მაშინ როგორაა შესაძლებელი სამოქალაქო სამართლისა და სისხლის სამართლის თანაარსებობა სამართლის სისტემაში, თუ მათ შორის რაიმე ანალოგია არ არსებობს? ჩვენი აზრით, ანალოგია შესაძლებელია არა ზიანის მიყენებიდან წარმოშობი-

ლი ვალდებულების ასპექტით, არამედ სახელშეკრულებო ვალდებულების ასპექტით, სახელდობრ, როგორც სისხლის სამართლის კანონში, ისე ხელშეკრულებაში გათვალისწინებულია პასუხისმგებლობის ზომები დანაშაულის ჩადენისათვის ან ხელშეკრულების შეუსრულებლობისათვის ან არასათანადო შესრულებისათვის. გარდა ამისა, დანაშაული ახალი სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის წარმოშობას არ იწვევს, ისევე როგორც ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულების შეუსრულებლობა ან არასათანადო შესრულება ახალ სამოქალაქო-სამართლებრივ ურთიერთობას არ იწვევს, რადგან ხელშეკრულება თვითონაა ვალდებულების წარმოშობის პირობა. მაგრამ “დანაშაული” ამ მიმართებითაც განსხვავდება სახელშეკრულებო ვალდებულების დარღვევისაგან: თუ სახელშეკრულებო ვალდებულების დარღვევა მაინც არ სცილდება სამოქალაქო სამართლის სფეროს, დანაშაული, პირიქით, სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის ფარგლებში შეუძლებელია, რადგან სისხლის სამართალი დანაშაულის ჩამდენი პირის სამართლებრივ მდგომარეობას არ ადგენს. ამიტომაც არ ჰქვია დანაშაულის ჩამდენი პირს “სისხლისსამართლებრივი სახელი”. საბჭოურ იურიდიულ ლიტერატურაში დამკვიდრებული ცნებები “დამნაშავე”, “დანაშაულის სუბიექტი”, “დამნაშავის პიროვნება” და ა.შ. იურიდიულად ყალბი ცნებებია და სისხლის სამართლის მეცნიერებაში სოციოლოგისტურ ტენდენციაზე მიანიშნებენ. ცნებათა სიწმინდის დაცვის გარეშე კი მეცნიერება შეუძლებელია, რადგან მეცნიერება საზოგადოდ ცნებითი აზროვნების დონეზეა შესაძლებელი.

1 М. С. Строгович, Курс советского уголовного процесса, Т. 1, М., 1968, с. 89, Б. В. Исаков, Юридические факты в советском праве, М., 1984, с. 26; А. П. Дудин, Диалектика правоотношения, Саратов, 1983, с. 104.

2 Советское уголовное право, Общая часть, М. 1972, с. 22.

3 საბჭოთა სისხლის სამართლის პროცესი, თბილისი, 1988, გვ. 199; შ. ფაფიაშვილი, პირველადი მასალების შემოწმება და სისხლის სამართლის საქმის აღძვრა, თბილისი, 1978, გვ. 27.

4 Г. Т. Ткешелидзе, Судебная практика и уголовный закон, Тбилиси, 1975, с. 54.

5 Советское исправительно-трудовое право, М. 1983, с. 74.

6 ჰეგელი, ლოგიკის მეცნიერება, თბილისი, 1962, გვ. 364.

სასჯელის მიზნების საკანონმდებლო განსაზღვრების შესახებ

გიორგი ტყეშელიაძე

იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორი, პროფესორი

დისკუსია სასჯელის მიზნების შესახებ ჯერ კიდევ პლატონისა და არისტოტელეს დროს დაიწყო და დღესაც გრძელდება. ისეთი შთაბეჭდილებაც კი იქმნება, თითქოს მოდავე მხარეებმა არგუმენტები ამოწურეს და ამის გამო ამ მიმართულებით ახლის თქმა მეტად სააღბათოა. წინამდებარე სტატია მიზნად არ ისახავს ხსენებული პრობლემისადმი მიძღვნილი ლიტერატურის დაწვრილებით განხილვა-შეფასებას.¹ ამჯერად ჩემი მიზანია ლიტერატურული და საკანონმდებლო წყაროების მოშველიებით ისეთი საკანონმდებლო ფორმულის გამონახვა, რომელიც საქართველოს ახალი სისხლის სამართლის კოდექსში აისახებოდა.

უპირველეს ყოვლისა, გადასაწყვეტია საკითხი შესახებ იმისა, აუცილებელია თუ არა სასჯელის მიზნების ასახვა სისხლის სამართლის კოდექსში? ამ საკითხის დასმა უსაფუძვლო არ არის თუნდაც იმიტომ, რომ მრავალი უცხო სახელმწიფოს სისხლის სამართლის კოდექსში საერთოდ გათვალისწინებული არ არის სასჯელის მიზნები. ჩემი ვარაუდით ამის ერთ-ერთი მიზეზი ის უნდა იყოს, რომ სასჯელის მიზნების შესახებ ერთმანეთისაგან დიამეტრულად განსხვავებული მოსაზრებები ხელს უშლის კანონმდებელს დაადგინოს ისეთი კომპრომისული ნორმა, რომელიც მოდავე მხარეებსა და რაც მთავარია, მართლმსაჯულების ინტერესებს დააკმაყოფილებს. ჩვენს პირობებში ამ დაბრკოლების გადალახვა უსათუოდ მიზანშეწონილია, თუ სათვალავში მივიღებთ წარსულის გამოცდილებას, როდესაც პენალიზაციისა და სასჯელის შეფარდებისას ესოდენ საბედისწერო შეცდომები იქნა დაშვებული. ეს აზრი შეიძლება ასე დავაკონკრეტოთ: 1) ამით ერთგვარად იზღუდება თავად კანონმდებელი, რათა მან არ შემოიღოს ისეთი სასჯელი, რომელიც კანონში იმთავითვე გაცხადებული მიზნების შეუსაბამო იქნება ანდა სასჯელის ისეთი ზომა, რომელიც ზოგადი პრევენციის მიზნის გააბსოლუტების გზით დააკნინებს სპეციალური პრევენციის მიზნის მნიშვნელობას; 2) სასჯელის მიზნები თავისებური ორიენტირია სასამართლოსათვის სასჯელის დანიშვნისას. სასჯელის დანიშვნისათვის მნიშვნელოვანი, რელევანტური ფაქტები განსაზღვრული თვალსაზრისით

უნდა შეფასდეს — ან დამამძიმებელი ან შემამსუბუქებელი გარემოებების სახით. ზოგჯერ კი ერთი და იგივე ფაქტი ერთ შემთხვევაში დამამძიმებელი, ხოლო სხვა შემთხვევაში შემამსუბუქებელი გარემოებაა (ორვალენტიათი ხასიათი): ასეთ ვითარებაში ერთ-ერთ არსებით საკითხს წარმოადგენს სწორი თანაფარდობის დადგენა სასჯელის მიზნებისა და ხსენებულ რელევანტურ ფაქტებს შორის.

უპირველეს ყოვლისა დასადგენია, მიიჩნევს თუ არა კანონმდებელი სასჯელის ერთ-ერთ მიზნად დასჯას (Kара) სამართლიანობა მოითხოვს აღინიშნოს, რომ ყოფილი სსრ კავშირისა და მოკავშირე რესპუბლიკების 1924 წ. ძირითადი საწყისების მე-4 მუხლში პირდაპირ იყო მითითებული: “სსრ კავშირისა და მოკავშირე რესპუბლიკების სისხლის სამართლის კანონმდებლობა ამოცანად არ ისახავს მიზღვისა და დასჯის ამოცანებს”.² 30-იან წლებში შექმნილი, ყველასათვის ცნობილი პოლიტიკური სიტუაციის გამო იმდროინდელმა საკავშირო კანონმდებელმა პოზიცია შეიცვალა და 1938 წ. საკავშირო სასამართლო წყობილების კანონის მე-13 მუხლში ასეთი აზრობრივად გაუმართავი დებულება გაითვალისწინა ‘საბჭოთა სასამართლო, იყენებს რა სისხლის სამართლის სასჯელს, არა მარტო სჯის დამნაშავეს, არამედ აგრეთვე თავის მიზნად აქვს დამნაშავეს გამოსწორება და ხელახალი აღზრდა’. როგორც უკვე ითქვა, ეს დებულება აისახა 1958 წ. საკავშირო საფუძველებში და შესაბამისად იმდროინდელი რესპუბლიკების სისხლის სამართლის კოდექსებში.

სრულიად მართებულად აღინიშნავს ს. ჯორბენაძე, რომ “იურისპუდენცია არ არის ფილოლოგია, მაგრამ მეტად მნიშვნელოვანია კოდექსის ენაზე მუშაობა. სადაო ტერმინის კანონის რანგში აყვანა ბუნდოვანებას არ უნდა იწვევდეს.”³ სწორედ ასეთი ბუნდოვანების შედეგი იყო ის, რომ სასამართლო პრაქტიკასა და ასევე იურიდიულ ლიტერატურაში საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის მე-20 მუხლს სხვადასხვანაირად განმარტავდნენ. მაგალითად, ‘სასამართლოების მიერ სისხლისსამართლებრივი სასჯელის ღონისძიებათა გამოყენების პრაქტიკის შესახებ’ სსრ კავშირის უზენაესი სასამართლოს პლენუმის 1959 წლის 19 ივლისის დადგენილებაში ნათქვამი იყო: “დანაშაულის ჩადენაში ბრალეულ პირთა მიმართ სასჯელის ღონისძიების გამოყენებისას სასამართლოებს უნდა ახსოვდეთ, რომ “სასჯელი მიზნად ისახავს არა მარტო დასჯის მიზანს, არამედ აგრეთვე ხელახლა აღზრდისა და ახალი დანაშაულის ჩადენის აცდენის მიზანს.”⁴ პლენუმის ეს დადგენილება მიუღებლად ჩათვალა ბევრმა სწავლულმა იურისტმა. ამის გამო სსრ კავშირის უმაღლესმა სასამართლომ 1962 წლის 29 ნოემბერის

დადგენილებით შეცვლა 1959 წლის 29 ივლისის დადგენილება და ტექსტუალურად გაიმეორა სისხლის სამართლის კანონმდებლობით გათვალისწინებული ნორმა იმის შესახებ, რომ "სასჯელი როდია დასჯა ჩადენილი დანაშაულისათვის, არამედ აგრეთვე მიზნად ისახავს..."

აქ არ შევეუდგები იმ ავტორთა შეხედულებების კრიტიკას, რომლებიც სასჯელის ერთ-ერთ მიზნად დასჯის მიზანს თვლიდნენ. ახლა მთავარია გადავწყვიტოთ, მივიჩნიოთ თუ არა საქართველოს ახალი სისხლის სამართლის კოდექსით სასჯელის ერთ-ერთ მიზნად დასჯის მიზანი?

საძიებელ საკითხზე შეიძლება მხოლოდ ერთმნიშვნელოვანი პასუხი გაეცეს: სასჯელის მიზანს არ შეიძლება დასჯა წარმოადგენდეს. რუსულ ენაზე ლინგვისტურად "Карა", "Наказание" ილექსური ცნებებია, სინონიმებია. რუსული ენის განმარტებით ლექსიკონებში სასჯელი გაგებულია როგორც დასჯა. მაგალითად, ვ. დალის ლექსიკონში სასჯელი ასეა განსაზღვრული: "Кара - наказание, строгое наказание

Карать казнить, наказывать" (გვ. 89). "Наказывать подвергать наказанию, налагать взыскание, карать. Наказание самая кара или казнь" (420).

ზემოაღნიშნულიდან ნათელია, რომ გამოთქმა "Наказание имеет целью карать" ნიშნავს იმას, რომ ვთქვათ "Наказание имеет целью наказание". მაშასადამე, სასჯელს არ ქონია მიზანი, იგი თვითმიზანი ყოფილა. აქედან ხომ ერთი ნაბიჯიღა რჩება სასჯელის აბსოლუტურ თეორიებამდე. ასეთი თვალსაზრისი განსაკუთრებით კანტის თეორიაში აისახა.

დანაშაული, კანტის მიხედვით, ზნეობრივი კანონის დარღვევაა და როგორც ასეთი, იწვევს სასჯელის შეფარდებას. სასჯელი გამოიყენება არა უტილიტარული მიზნებისათვის, არამედ მხოლოდ იმიტომ, რომ პირმა ჩაიდინა დანაშაული. კანტი საერთოდ უარყოფს ზნეობაში, კერძოდ სამართალში სარგებლიანობის რაიმე კრიტერიუმის გამოყენებას. სასჯელი სიავისათვის სიავის სამართლიანი მიზლეა. დამნაშავე "დასჯილად უნდა იქნას ცნობილი, სანამ იმაზე იფიქრებენ, ამ სასჯელიდან მიიღონ რაიმე სარგებლობა მისთვის ან მისი თანამოქალაქეთათვის". ასეთმა მოსაზრებამ დიდი ზეგავლენა მოახდინა სისხლის სამართლის თეორიაში კლასიკური სკოლის წარმომადგენლებზე. ჰუმანიტარული და სოციოლოგიური მიმართულებების მომხრეთა დასაბუთებული კრიტიკის შემდეგ ასეთი შეხედულება ანაქრონიზმად ითვლება.

ის გარემოება, რომ საქართველოს მოქმედ სისხლის სამართლის კოდექსში განსაზღვრული არაა თავად სასჯელის ცნება, წარმოადგენს

ერთ-ერთ მიზეზს იმისა, რომ ამ ცნების ნიშნები შეაქვთ სასჯელის მიზნებში. თუნდაც ამიტომ სისხლის სამართლის კოდექსის პროექტში თავდაპირველად განსაზღვრული უნდა იქნას სასჯელის ცნება, ხოლო შემდეგ სასჯელის მიზნები. გარდა ამისა, სათვალავშია მისაღები ისიც, რომ მოქმედი კოდექსის 22-ე მუხლის მეორე ნაწილში გარკვევით არის მითითებული, რომ “სასჯელის მიზანი არ არის ფიზიკური ტანჯვის მიყენება ან ადამიანის ღირსების დამცირება”. თუ სასჯელის მიზანია სამაგიეროს მიზღვა (“დასჯა”), მაშინ როგორ უნდა გავიგოთ მოხსენიებული დებულება?

საქმე ისაა, რომ სასჯელი წარმოადგენს იძულებით ღონისძიებას. სწორედ ამით გამოიხატება ნებისმიერი სისხლისსამართლებრივი სასჯელის სპეციფიკა. ასეთი იძულებითი ღონისძიება ნიშნავს მსჯავრდებულს და მანქანის პირადი, შრომითი და ქონებრივი უფლებების აღკვეთას ან შეზღუდვას. რასაკვირველია, ეს იწვევს მსჯავრდებულის ფიზიკურ და ფსიქიკურ განცდებს. საწინააღმდეგოს მტკიცება მართლაც თვალთმაქცობა იქნებოდა და სასჯელს მის სპეციფიკურობას ჩამოაცილებდა. მაგრამ ერთია სასჯელის ცნების შინაარსში შეტანილი ეს ნიშანი და მეორეა მიზნად ტანჯვის დასახვა. სხვაგვარად უნდა გვემტკიცებინა, რომ და მანქანის ვსჯით იმისათვის, რომ დავსაჯით, დავტანჯოთ. დასჯა გამოდის თვითმიზანი, შურისძიების ინსტრუმენტის საშუალება.

რასაკვირველია, სასჯელის, მართლმსაჯულების საკითხები საზოგადოებრივი აზრის ყურადღების ცენტრშია. მაგრამ საზოგადოებრივი აზრი ყოველთვის არ ხასიათდება კომპეტენტურობით. ეს განსაკუთრებით ითქმის სამართლებრივ ფსიქოლოგიაზე, რომელიც საყოფაცხოვრებო ცნობიერების დონეს შეესატყვისება და ახასიათებს ამ უკანასკნელის ნიშნები: სტიქიურობა, უსისტემობა, ამორფულობა და ა.შ. სწორედ ამის გამო სამაგიეროს მიზღვა ხშირად აკმაყოფილებს დაზარალებულთა განსაზღვრული წრეების გრძობებსაც, მაგრამ მან დიდი ხანია დაადასტურა თავისი უნაყოფობა. ამიტომ იგი უარყოფილია რაციონალური და ჰუმანური სისხლისსამართლებრივი პოლიტიკის თვალსაზრისით.

საქართველოს მოქმედი სისხლის სამართლის კოდექსის 22-ე მუხლით სასჯელის მიზნებად გათვალისწინებულია სპეციალური პრევენციისა და ზოგადი პრევენციის მიზნები. სპეციალური პრევენციის მიზანი მასში ასეა ასახული: “სასჯელი მიზნად ისახავს გამოასწოროს და ხელახლა აღზარდოს მსჯავრდებულნი შრომისადმი პატიოსანი დამოკიდებულების, კანონთა ზუსტი შესრულების, საერთო ცხოვრების წესებისადმი პატივისცემების სულისკვეთებით”. ამ დებულებიდან ნათელია, რომ კანონმდებელი ისეთ ფუნქციას აკისრებს სისხლისსამარ-

თლებრივი სასჯელის ინსტიტუტს, რომელიც ასევე დამასასიათებელია მორალური ნორმებისათვის. უკანასკნელნიც სწორედ იმ ამოცანის გადაწყვეტას ისახავს მიზნად, რომელზეც მათითებულია ამ მუხლში (გავიხსენოთ ელინეის ცნობილი მოსაზრება სამართლის როგორც ზნობის მინიმუმის შესახებ). საკითხის ასეთი გადაწყვეტის შემთხვევაში ქარწყლდება სისხლის სამართლის სპეციფიკა. სისხლის სამართლის კოდექსში კი სწორედ ეს სპეციფიკა უნდა იქნას ასახული. ამ სპეციფიკური დანიშნულების ფარგლები მოაზრებული უნდა იქნას საერთოდ სისხლის სამართლის ამოცანის ფარგლებში. ეს ამოცანა კი მდგომარეობს დანაშაულებრივი ხელყოფისაგან მართლწესრიგის დაცვაში.⁵ ამიტომ, მთავარია, რომ მსჯავრდებული სასჯელის მოხდის შედეგად გათავისუფლდეს კრიმინოგენური თვისებებისგან იმდენად, რომ მან მომავალში აღარ დაუშვას დანაშაულის რეციდივი. დამატებით იმის მოთხოვნა, რომ იგი ზნობრივად ისეთ პიროვნებად იქცეს, რომ საერთოდ არ დაუშვას მორალური ნორმების დარღვევა, არარეალურია.

როგორც უკვე ითქვა, მიზანია აგრეთვე ზოგადი პრევენცია ე.ი. სხვა პირის მიერ დანაშაულის ჩადენის აცდენა. რასაკვირველია, ეს არის სასჯელის და საერთოდ სისხლის სამართლის კანონის უპირველესი დანიშნულება. როგორც წესი, ასეთ გამაფრთხილებელ ზემოქმედებას მოსახლეობა გადაჭარბებულ მნიშვნელობას მიაწერს. სინამდვილეში კი ფორმალურ სოციალურ კონტროლს სისხლის სამართლის კანონმდებლობისა და კრიმინალური იუსტიციის სისტემის ჩათვლით არ ძალუძს მიაღწიოს იმას, რომ ისე დაამინოს, გააფრთხილოს ყველა პოტენციური დამნაშავე, რომ მათ საერთოდ არ ჩაიდინონ დანაშაული. ამის მიზეზი მრავალია. ერთ-ერთი ისაა, რომ ყურადღების ასეთი კონცენტრაციით სათანადოდ არ ფასდება ოჯახის და სხვა სოციალური უჯრედების არაფორმალური კონტროლის მნიშვნელობა და, გარდა ამისა, კანონისმიერი მუქარა და სასჯელის შეფარდება ყოველთვის როდი იძლევა პოზიტიურ შედეგს. მიუხედავად ამისა, ზოგადი პრევენციის მიზნის უარყოფა არ შეიძლება, რადგან მისი გამაფრთხილებელი ზემოქმედება უსათუოდ ხელს უშლის პოტენციურ დამნაშავეთა მცირე ნაწილს მაინც დანაშაული ჩაიდინონ.

საბოლოოდ, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის პროექტში სასჯელისა და სასჯელის მიზნების შესახებ შესაბამისი მუხლები შეიძლება ასე ჩამოყალიბდეს:

მუხლი 9. სასჯელის ცნება

სასჯელი არის სისხლის სამართლის კანონით გათვალისწინებუ-

ლი სახელმწიფო იძულების ღონისძიება, რომელიც სასამართლოს განაჩენით შეეფარდება დანაშაულის ჩადენის გამო ბრალდებულად მიჩნეულ პირს და მკვლამარეობს ამ პირის უფლებებისა და თავისუფლებების შეზღუდვას ან აღკვეთაში.

მუხლი 10. სასჯელის მიზანი

(1) სასჯელის შეფარდების მიზნებია: ა) აცდენილ იქნას მსჯავრდებულის მიერ დანაშაულის განმეორებით ჩადენა; ბ) სხვა პირთა მიერ დანაშაულის ჩადენა.

(2) ამ მუხლის პირველ ნაწილში გათვალისწინებული მიზნები ხორციელდება მსჯავრდებულსა და სხვა პირებზე ზემოქმედებით ღრმად გაიცნობიერონ დანაშაულის გასაკიცხი ხასიათი, გამოიმუშაონ თვითკონტროლის გრძნობა, განეწყონ მართლწესრიგის დაცვისა და პასუხისმგებლობის სულისკვეთებით. მსჯავრდებულის მიმართ ასეთი მოქმედების ფორმები და საშუალებები გათვალისწინებულია საქართველოს სასჯელთაღსრულების კოდექსით“.

ამ მუხლებში მითითებული არ არის იმაზე, რომ სასჯელის მიზანი არ არის ფიზიკური ტანჯვის მიყენება ან ადამიანის ღირსების დამცირება. ეს დებულება, მიზანშეწონილია გათვალისწინებულ იქნას სისხლის სამართლის ერთ-ერთი პრინციპის – ჰუმანიზმის პრინციპის განსაზღვრებაში.

1 ამის შესახებ ქართულ ენაზე გამოქვეყნებულია ა. ვაჩიშვილის ნაშრომი: “სასჯელი და სოციალური დაცვის ღონისძიება“, თბ. 1957. სასამართლო მხედულების ასპექტში სასჯელის მიზნები გაშუქებულია ჩემს ნაშრომში: იხ. Г. Т. Ткешелиадзе. Судебная практика и уголовный закон. Тб. გვ. 96-114. ახალი გერმანული ლიტერატურის ბიბლიოგრაფიისა და თანამედროვე ავტორთა მოსაზრებების შესახებ. იხ.: H. Jeschek. Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. Berlin, 1988, გვ. 54-73.

2 აქ აღარ ვეხები ხსენებული აქტით გათვალისწინებული ანტიდემოკრატიულ ნორმებს, რომლებიც ითვალისწინებდნენ პასუხისმგებლობას პირის მხოლოდ სოციალური სამიშროების გამო კონკრეტული დანაშაულებრივი ქმედების ჩადენის გარეშე.

3 ევრობნაძე ს. საქართველოს რესპუბლიკის მომავალი სამოქალაქო კოდექსის ძირითადი პრობლემები. კრ. “სამართლის რეფორმა საქართველოში“, თბ. 1994, გვ. 153.

4 БВС СССР, 1959, №5, გვ.6.

5 იხ. ამ საკითხზე: Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования. 1992, გვ. 139

მარტინ ლუთერის თეზისები

გურამ კუტალია

ისტორიის მეცნიერებათა კანდიდატი, დოცენტი

“95 თეზისი” დიდი გერმანელი რეფორმატორის მარტინ ლუთერის (1483-1546 წწ.) პირველი მნიშვნელოვანი თხზულებაა, რომელმაც დასაბამი დაუდო ლუთერანობასა და, საერთოდ, რეფორმაციულ მოძრაობას გერმანიაში XVI საუკუნის დასაწყისში. მანამდე არა თუ გერმანიას, არამედ მთელ ევროპას არ ახსოვს ასეთი გაქანების ანტიფეოდალური მოძრაობა. შემთხვევითი არ არის, რომ რეფორმაციას და გლეხთა ომს გერმანიაში უწოდებენ პირველ ბურჟუაზიულ რევოლუციას. ამდენად, ჩვენი აზრით, ამ თხზულების გაცნობა სპეციალისტებისა და ფართო მკითხველი საზოგადოებისათვის ინტერესმოკლებული არ უნდა იყოს. წინამდებარე თარგმანი “95 თეზისის” სრულად თარგმნის პირველ ცდას წარმოადგენს. აქამდე ქართველი მკითხველი მას იცნობდა მხოლოდ ზოგიერთი თეზისის რუსული თარგმანებით. (დაახლ. 20-25 თეზისია თარგმნილი), რომელთაც ვხვდებით წიგნებში: “Хрестоматия по всеобщей истории”, ч.1, составил П.К.Ардашев, 1914; С.П.Сигналевич, 95 тезисов Мартина Лютера, Казань, 1915; М.М.Смирин, Народная реформация Томаса Мюнцера и Великая крестьянская война, М., 1955; მისივე, Германия эпохи Реформации и Великой крестьянской войны, М., 1962.

თარგმანზე მუშაობისას ჩვენ გამოვიყენეთ “95 თეზისის” ტექსტის (ლათინურ ენაზე) ვაიმარის¹ გამოცემა, დავეყრდენით აგრეთვე თანამედროვე გერმანულ ენაზე შესრულებულ ფაუზისეულ² და ლუდოლფისეულ³ თარგმანებსაც.

95 თეზისი

ჭეშმარიტების სიყვარულისა და მისი ნათელყოფის სურვილის გამო, ქვემომოყვანილი თეზისები განხილულ იქნება ვიტენბერგში ღირსი მამის, თავისუფალ ხელოვნებათა და წმინდა თეოლოგიის მაგისტრის, და აგრეთვე თეოლოგიის ორდინალური პროფესორის მარტინ ლუთერის ხელმძღვანელობით. ამიტომ სთხოვს იგი ყველას, ვისაც პირადად არ შეუძლია ჩვენთან დისპუტში ჩაებას, ეს დაუსწრებლად,

წერილობით გააკეთოს. ჩვენი უფლის იესო ქრისტეს სახელით, ამინ.

1. ჩვენს უფალს და მოძღვარს იესო ქრისტეს, როცა ამბობდა “მონანიეთ” და ა.შ., სურდა, მორწმუნეთა მთელი ცხოვრება განუწყვეტელი მონანიება ყოფილიყო.

2. ეს სიტყვა [მონანიება]* არ უნდა გავიგოთ როგორც მონანიების საიდუმლო, ესე იგი როგორც აღსარება და ცოდვათა მიტევება, რომელიც მღვდელმსახურებით ხორციელდება.

3. მაგრამ ის [ეს სიტყვა] არ გულისხმობს მხოლოდ შინაგან მონანიებას; დიახ, შინაგანი მონანიება ამაოა, თუ არ ახლავს გარეგნულად, ხორცის სხვადასხვაგვარი მოკვდინება.

4. ამიტომაც რჩება [ღვთაებრივი] სასჯელი მანამდე, ვიდრე გრძელდება სიძულვილი საკუთარი თავისადმი (ესაა ჭეშმარიტი შინაგანი მონანიება), სახელდობრ, ცათა სასუფეველში შესვლამდე.

5. პაპს არ სურს და არც შეუძლია განთავისუფლება რაიმე სხვა სასჯელისაგან, გარდა იმისა [ეპიტომიისა], რაც მან თვითონ დაადო საკუთარი გადაწყვეტილებით ან კანონების** თანახმად.

6. პაპს არც სურს და არც ძალუმს რაიმე ცოდვის მიტევება, თუ არ განაცხადებს და არ დაადასტურებს, რომ [ის] ღვთის მიერაა შენდობილი, ანდა, იგი უეჭველად მიუტევებს იმ შემთხვევაში, როცა ამის უფლება შენარჩუნებული აქვს; თუ იგი უგულებელჰყოფდა ამას, ცოდვა, საერთოდ შეუნდობელი დარჩებოდა.

7. ღმერთი, საერთოდ, არც ერთ დანაშაულს არ მიუტევებს ისე, თუ, ამავე დროს, ცოდვილს ყველაფერში არ დაუმორჩილებს მღვდელს, როგორც თავის მონაცვლეს.

8. მონანიების კანონები*** ვრცელდება მხოლოდ ცოცხლებზე; მომაკვდავებს კი სწორედ ამ ღებულებების თანახმად არაფერი მოეკითხებათ.

9. ამიტომაც გეწყალობს სულიწმიდა პაპის სახით, რადგან იგი [პაპი] თავის ღებულებიდან ყოველთვის გამორიცხავს სიკვდილისა და უკიდურესი გაჭირვების შემთხვევას.

10. უმეტრად და ცუდად იქცევიან ის მღვდლები, რომლებიც მო-

* კვადრატულ ფრჩხილებში მოთავსებული სიტყვები ორიგინალისეული არ არის, იგი აქაც და ქვემოთაც ტექსტის სიცხადისათვისაა მთარგმნელის ჩამატებული.

** ე.ი. საეკლესიო დადგენილებების.

*** ე.ი. საეკლესიო ღებულებანი, თუ როგორ უნდა აღსარება და მონანიება.

მაკვდავებს კანონიკურ ეპიტემიას სახლხინებელშიც უნარჩუნებენ.

11. ეს ღვარძლი, კანონიკური სასჯელის სალხინებლისეულ სასჯელად ქცევის თაობაზე, ჩანს, მაშინ ჩაითესა, როდესაც ეპისკოპოსებს ეძინათ.

12. წინათ კანონიკურ სასჯელებს იღებდნენ არა ცოდვათა მიტკეეზის შემდეგ, არამედ მიტკეეებაშდე, ერთგვარად მონანიების გულწრფელობის გამოსაცდელად.

13. თავიანთი სიკვდილით მომაკვდაენი ყველაფერს ინანიებენ და ისინი კანონიკური სამართლისათვის უკვე მკვდარნი არიან და, მაშასადამე, მისგან სამართლიანად თავისუფალნი.

14. მომაკვდავის უსრულობას სულიერ სისადესა და სიყვარულში აუცილებლად დიდი შიში მოაქვს, რაც უფრო მეტია უსრულობა, მით უფრო დიდია შიშიც.

15. [მომაკვდავის] ეს შიში და ძრწოლა (სხვაზე რომ არაფერი ვთქვათ) თავისთავად საკმარისია, რათა ძალა მიიტანოს სალხინებლის სასჯელზე, ვინაიდან ის [ეს ძრწოლა] ძალზე ახლოსა დგას სასოწარკვეთილების ძრწოლასთან.

16. ჯოჯოხეთი, სალხინებელი და სამოთხე, როგორც ჩანს, განსხვავდებიან ისე, როგორც სასოწარკვეთილებისა და უშფოთვეთილება, ზღვარი სასოწარკვეთილებისა და უშფოთველობა.

17. სალხინებელში სულთათვის, როგორც ჩანს, აუცილებელია, რომ იმდენადვე იკლოს ძრწოლამ, რამდენადაც იმატებს სიყვარული.

18. არც გონებრივი მოსაზრებით, და არც საღმრთო წერილით, როგორც ჩანს, ასევე არ არის დამტკიცებული, რომ მათ [სულებს სალხინებელში] არ შეუძლიათ მოიპოვონ დამსახურებული მდგომარეობა ან არ შეუძლიათ გაზარდონ სიყვარული.

19. აგრეთვე არც ისა სჩანს დამტკიცებული, რომ ისინი დარწმუნებულები და დაიმედებულნი იყვნენ თავიანთ ნეტარებაში, ანდა, სულ ცოტა, რომ ყველანი იყვნენ ასე, თუმცაღა ჩვენ შეიძლება სრულებით დარწმუნებულნი ვიყოთ ამაში.

20. ამიტომ პაპს ყველა ცოდვილის სრულ მიტკეეებაში ესმის არა საერთოდ ყოველგვარი სასჯელისაგან განთავისუფლება, არამედ მხოლოდ იმათგან [ეპიტემიისაგან], რომელნიც მან თვითონ დაადო.

21. ცდებიან ინდულგენციის ის მქადაგებელნი, რომლებიც ირწმუნებიან, რომ ადამიანი პაპის ინდულგენციის წყალობით ყოველგვარი სასჯელისაგან თავისუფლდება და მოიპოვებს ხსნას.

22. დიახ, პაპი ვერცერთ სასჯელს ვერ მიუტკეებს სულებს სალხინებელში, რომელნიც მათ ამქვეყნიურ ცხოვრებაში უნდა მოენანიებიათ

კანონისამებრ.

23. თუკი რამენაირად შესაძლებელია ყველა სასჯელის სრული ჰიტეება, მაშინ ის, უეჭველად, მხოლოდ სრულყოფილია, ანუ ძალზე მცირეთა, ხვედრი იქნება.

24. ამიტომ ხალხის დიდი ნაწილი გარდაუვალად მოტყუებული დარჩება ამ განურჩეველი და გულუხვი დაპირებებით, თითქოს მათ სასჯელები მიეტეებათ.

25. ისეთივე ძალაუფლება, როგორც პაპსა აქვს საერთოდ სალხინების მიმართ, აქვს აგრეთვე განსაკუთრებით ყოველ ეპისკოპოსს თავის ეპარქიაში და ყოველ მოძღვარს თავის მრევლში.

26. პაპი სწორედ იქცევა, როცა მიუტეებს სულს არა გასადების ძალით (რომელიც მას არ გააჩნია), არამედ შუამდგომლობის გზით.

27. ადამიანურ მოძღვრებას ქადაგებენ ისინი, ვინც ამბობს, რომ, როგორც კი ფულები აჩხრიალდება ყუთში, სული მაშინვე ტოვებს სალხინებელსო.

28. უეჭველია, როგორც კი ფულები აჩხრიალდება ყუთში, მაშინვე იზრდება ანგარება და სიხარბე; ეკლესიის შუამდგომლობა კი მხოლოდ ღვთის ნებითაა.

29. ვინ იცის, სურს თუ არა ყველა სულს ისე ხსნა სალხინებელში, როგორც, გადმოცემის თანახმად, მოიქცნენ წმ. სევერინუსი და წმ. პასქალიუსი.

30. არვინ უნდა იყოს დაიმედებული, რომ მას ჭეშმარიტი მომანიება საკმარისად აქვს; კიდევ უფრო ნაკლებად უნდა იყოს ის დაიმედებული ცოდვების სრულ მიტეებაში.

31. როგორი იშვიათიცაა ჭეშმარიტი მომანიებელი, ისევე იშვიათია ინდულგენციის ჭეშმარიტი მყიდველი, დიახ, ასეთები ძალზე იშვიათია.

32. სამუდამოდ შერყენებული იქნებიან თავიანთ მოძღვრებთან ერთად ისინი, ვინც დარწმუნებულია, რომ ინდულგენციის მეშვეობით მოიპოვებს დახსნას.

33. განსაკუთრებით უნდა ვერიდოთ იმათ, ვინც ამბობს, რომ პაპის ინდულგენცია - ესაა ფასდაუდებელი ღვთიური ნიჭი, რომლის შემწეობითაც ადამიანი ურიგდება ღმერთს.

34. რადგან ამ ინდულგენციათა მადლი ეხება მხოლოდ საკრამენტულ ცოდვათა გამოსყიდვის სასჯელს, რომელიც დაწესებულია ადამიანის მიერ.

35. არაქრისტიანულად ქადაგებს ის, ვინც ასწავლის: მას, ვინც სალხინებლიდან სულს გამოისყიდის ან აღსარების სიგელს [ინდულ-

გენციას] შეიძენს, მეტად აღარ ესაჭიროება მონანიება.

36. ყოველ ქრისტიანს, რომელიც გულწრფელად ინანიებს, სასჯელისა და დანაშაულის სრული მიტევება ინდულგენციის გარეშეც ეკუთვნის.

37. ყოველი ჭეშმარიტი ქრისტიანი, ცოცხალი თუ მკვდარი, მონაწილეა ქრისტესა და ეკლესიის ყოველგვარი სიკეთისა, რაც მას ასევე, ინდულგენციის გარეშე, ღვთისაგან აქვს ნაბოძები.

38. და მინც, არასგზით არ შეიძლება პაპის მიტევებისა და მონაწილეობის [ზემოხსენებულ მადლში] უგულბებლყოფა, რადგან ის, როგორც უკვე ვთქვით, განცხადებაა ღვთის მიტევებისა.

39. თვით ყველაზე განსწავლულ თეოლოგთათვისაც კი მეტისმეტად ძნელია, ხალხის წინაშე ინდულგენციის სიუხვის და გულწრფელი მონანიების ერთდროულად განზიდება.

40. გულწრფელ მონანიებას სურს და უყვარს სასჯელი; ინდულგენციის სიუხვე კი გულგრილს ზღის და სიძულვილს იწვევს მისდამი, ყოველ შემთხვევაში, საამისო საბაბს იძლევა.

41. სამოციქულო ინდულგენცია ფრთხილად უნდა ვიქადაგოთ, რათა ხალხში არ გავრცელდეს მცდარი აზრი, თითქოს ეს ინდულგენცია სიყვარულის სხვა კეთილ საქმეებზე მადლა იდგეს.

42. ქრისტიანებს უნდა ვასწავლოთ, რომ სულაც არ არის პაპის აზრი, თითქოს ინდულგენციის შესყიდვა რამენაირად მოწყალების საქმის ტოლფასი იყოს.

43. ქრისტიანებს უნდა ვასწავლოთ: ინდულგენციის მყიდველებზე უკეთესად იქცევა ის, ვინც განიკითხავს ღარიბებს ან ეხმარება გაჭირვებულებს.

44. რადგან სიყვარულის საქმის მეშვეობით იზრდება სიყვარული და ადამიანი უმჯობესდება, ხოლო ინდულგენციის მეშვეობით იგი კი არ უმჯობესდება, არამედ მხოლოდ თავისუფლდება სასჯელისაგან.

45. ქრისტიანებს უნდა ვასწავლოთ: ის, ვინც გაჭირვებულს დაინახავს და, [მასზე ზრუნვის ნაცვლად], ინდულგენციის შექენას ამჯობინებს, პაპისეულ შენდობას კი არ მოიპოვებს, არამედ ღვთის რისხვას დაითვის.

46. ქრისტიანებს უნდა ვასწავლოთ, რომ ვისაც ზედმეტი ქონება არა აქვს, ვალდებულია თავისი ოჯახის რჩენაზე მეტად იზრუნოს და ეს სახსრები არამცდაარამც არ გაფლანგოს ინდულგენციებზე.

47. ქრისტიანებს უნდა ვასწავლოთ, რომ ინდულგენციების შექენა ნებაყოფილობითია და არა ნაბრძანები [ანუ არასავალდებულო].

48. ქრისტიანებს უნდა ვასწავლოთ: პაპს ინდულგენციების გაცე-

მაზე და ფულის ამოდებაზე უფრო გულმხურვალე ლოცვა სურს თა-ვისთვის.

49. ქრისტიანებს უნდა ვასწავლოთ: პაპისეული ინდულგენცია სასარგებლოა, თუ მასზე იმედებს არ ამყარებენ, მაგრამ ის უკიდურესად საზიანოა, თუ მისი წყალობით ღვთისმომშიშობას კარგავენ.

50. ქრისტიანებს უნდა ვასწავლოთ: პაპმა რომ იცოდეს ინდულ-გენციების გამყიდველთა გამოძალკეობის შესახებ, იგი უმალ წმ. პეტრეს ტაძრის ფერფლად ქცევას ამჯობინებდა, ვიდრე მის შენებას თავისი სამწყსოს ტყაით, ხორციით და ძვლებით.

51. ქრისტიანებს უნდა ვასწავლოთ: პაპი - როგორც ეს მას ევალებ-და კიდევ - სიაპოვნებით ამჯობინებდა, თუნდაც ამისათვის წმ. პეტრეს ტაძრის გაყიდვა დასჭირებოდა, საკუთარი ფული დაერიგებინა ყველა იმართვის, ვისაც უპირატესად ზოგიერთი ინდულგენციებით მოვაჭრე ფულსა სძალავს.

52. ამათა და ფუჭი იმედი ინდულგენციების დახმარებით ხსნისა, მაშინაც კი, თუ ზედამხედველი, თვით პაპიც კი, ამისათვის თავის სულს დააგირავებს.

53. ქრისტესა და პაპის მტრები არიან ისინი, ვინც ინდულგენცი-ების ქადაგების გზით სავსებით ახშობენ ღვთის სიტყვას [სახარებას] სხვა ეკლესიებში.

54. უსამართლობაა ღვთის სიტყვის მიმართ, თუკი ერთსა და იმავე ქადაგებაში ერთნაირი, ან უფრო მეტი, დრო ეთმობა ინდულგენციებს, ვიდრე მას [ღვთის სიტყვას].

55. პაპს არ შეუძლია იფიქროს სხვაგვარად, თუ არა ასე: თუკი ინდულგენციას (როგორც უმცირესს) აღნიშნავენ ერთი ზარით, ერთი პროცესით, ერთი მღვდელმსახურებით, მაშინ სახარება (როგორც უდი-დესი) უნდა იქადაგებოდეს ასობით ზარით, ასობით პროცესით, ასო-ბით მღვდელმსახურებით.

56. ეკლესიის საგანძურები, საიდანაც პაპი ინდულგენციას გას-ცემს, არც საკმარისადაა განსაზღვრული, არც ნაცნობია ქრისტიანი ხალხისათვის.

57. უეჭველია, რომ ისინი წარმავალი საგანძურები არ გახლავს, რადგან ისინი კი არ განიბნევიან, არამედ იკრიბებიან ამ უამრავი ინ-დულგენციების გამყიდველის ხელით.

58. ესენი [საგანძურებში] აგრეთვე არც ქრისტესი და არც წმინდა-ნების დამსახურება არ არის, რადგან ისინი [საგანძურები] ყოველთვის პაპის [მონაწილეობის] გარეშეც აძლევენ მადლს ადამიანის შინაგან [სულიერ] მეს, ხოლო ჯვარს [ტანჯვას], სიკვდილს და ჯოჯოხეთს

ადამიანის გარეგან [ხორციელ] მეს.

59. ეკლესიის საგანძურებს წმ. ლავრენტიუსი უწოდებდა ღარიბ მორწმუნეებს, მაგრამ იგი თავის ღროის ენაზე მეტყველებდა.

60. აუჩქარებლად ვამბობთ ჩვენ, რომ ეს საგანძური არის ეკლესიის გასაღები, ქრისტეს წყალობით რომ მიენიჭა ეკლესიას.

61. ვინაიდან ცხადია, რომ პაპის ძალაუფლება საკმარისია მხოლოდ ეპიტომიებისა და განსაკუთრებული [პაპზე დამოკიდებული] შემთხვევებისაგან გასათავისუფლებლად.

62. ეკლესიის ჭეშმარიტი საგანძური კი არის ღვთის დიდებისა და მადლის წმინდა სახარება.

63. მაგრამ ეს საგანძური სამართლიანად ითვლება საბუნებრივად, რადგან იგი პირველებს უკანასკნელებად აქცევს.

64. ინდულგენციის საგანძური კი სამართლიანად ითვლება ყველაზე სასიამოვნოდ, რადგან იგი უკანასკნელებს პირველებად აქცევს.

65. მაშასადამე, სახარების საგანძური ესაა ბაღე, რომლითაც წინათ მდიდარ ადამიანებზე თევზაობდნენ.

66. ინდულგენციის საგანძური კი - ესაა ბაღე, რომლითაც ღღეს ადამიანთა სიმდიდრეზე თევზაობენ.

67. ინდულგენცია, როგორც ამას მოქადაგენი აცხადებენ, უდიდესი მადლია, [მათთვის] მართლაც რომ ასეთია, რადგან დიდი მოგება მოაქვს.

68. სინამდვილეში კი ის [ინდულგენცია] სრულიად უმნიშვნელო მადლია ღვთის მადლთან და ჯვრის წყალობასთან შედარებით.

69. ეპისკოპოსები და მოძღვრები მოვალენი არიან დაუშვან მოციქულისეული ინდულგენციების ზედამხედველნი მთელი პატივით.

70. მაგრამ უფრო მეტად არიან ისინი ვალდებული თვალყური ადევნონ იმას, რომ ეს ზედამხედველნი პაპისეულ დავალებათა ნაცვლად საკუთარ მონაჩმას არ ქადაგებდნენ.

71. დაე ანათემას მიეცეს და წყეულიმც იყოს ყველა, ვინც სამოციქულო ინდულგენციების ჭეშმარიტების წინააღმდეგ გამოდის.

72. მაგრამ ვინც ინდულგენციის მქადაგებულთა თავგასული და კადნიერი სიტყვების წინააღმდეგ თამამად გამოდის, კურთხეულიმც იყოს!

73. როგორც პაპი სამართლიანად შეაჩვენებს იმას, ვინც ინდულგენციის საქმის საზიანოდ განიზრახავს რაიმე მანქანებას.

74. ისე უფრო მეტად ცდილობს იგი, ანათემით გაანადგუროს ის, ვინც ინდულგენციის საბაბით წმინდა სიყვარულისა და ჭეშმარიტების საზიანოდ მიმართავს მანქანებას.

75. უგუნურებაა ის მოსაზრება, თითქოს პაპის ინდულგენციას

სულ უმნიშვნელო ძალა ჰქონდეს, რომ მაშინაც კი შეეძლოს ადამიანის ცხოვნება, თუ იგი ღვთისმშობელს შებღაღავს.

76. ამის საპირისპიროდ ჩვენ ვამბობთ, რომ პაპის ინდულგენციას სულ უმნიშვნელო შეცოდების შემთხვევაშიაც კი არ ძალუძს დანაშაულის მოხსნა.

77. როცა ამბობენ, თვით წმ. პეტრეც კი, ახლა რომ პაპი იყოს, ვერ შეძლებდაო უფრო დიდი მადლის [ვიდრე ინდულგენციაა] ბოძებას, ეს ცილისწამებაა წმინდა პეტრეს და პაპის მიმართ.

78. ამის საპირისპიროდ ჩვენ ვამბობთ, რომ როგორც ახლანდელის, ასევე საერთოდ ყველა პაპის ხელთ არის უფრო დიდი მადლი [ვიდრე ინდულგენციაა], სახელდობრ, სახარება, სათნობანი, ნიჭი მკურნალობისა და სხვ. იხ. 1 კორინთელთა მიმართ 12.

79. იმის თქმა, რომ [ეკლესიებში] თვალსაჩინო ადგილზე აღმართული პაპის ღვთისმადლი [ინდულგენციის] ჯვარი ქრისტეს ჯვრის ტოლფასია, ღვთისგმობაა.

80. ეპისკოპოსები, მოძღვრები და თეოლოგები, რომლებიც ნებას რთავენ ამგვარ ქადაგებას ხალხის წინაშე, პასუხს აგებენ ამისათვის.

81. ინდულგენციის ასეთ უტიფარ ქადაგებას მივეყვართ იქამდე, რომ თვით სწავლულებსაც უჭირთ პაპის ღირსების დაცვა ერისკაცთა ცილისწამებისაგან ან, ყოველ შემთხვევაში, მწვავე შეკითხვებისაგან.

82. ასე, მაგალითად: რატომ არ გამოიხსნის პაპი სულებს საღვინებლიდან წმინდა სიყვარულისა და უკიდურესი გაჭირვების გამო - ეს ხომ უმნიშვნელოვანესი მიზეზია, მაშინ, როდესაც ის ათავისუფლებს უამრავ სულებს წმ. პეტრეს ტაძრის ასაგებად საჭირო ბინძური ფულის გამო, - რომელიც უმნიშვნელო მიზეზია?

83. და შემდგომ: რატომ არის შენარჩუნებული სულის მოსახსენებელი მესა და ყოველწლიური ადაპი მიცვალებულთათვის, და რატომ არ აბრუნებს ის [პაპი] ყველა შემოსავალს უკან, ან რატომ არ იძლევა მიცვალებულთათვის შეწირული ფულების უკან დაბრუნების უფლებას, თუკი ლოცვათუკვე შენდობილთათვის - უმართებულოა?

84. დღე შემდგომ: ეს რა ახლებური ღვთისმოსაობაა ღვთისა და პაპის წინაშე, რომელიც ნებას რთავს ბიწირსა და არაკეთილმოსურნეს გამოიხსნას ღვთისმოსავი და ღვთის ერთგული სული ფულის გამო, ხოლო ღვთისმოსავ და საყვარელ სულს არ ათავისუფლებს პირადი გაჭირვებისა და უანგარო სიყვარულის გამო?

85. და შემდგომ: მონანიების კანონები, რომლებიც სინამდვილეში გამოუყენებლობის გამო უკვე დიდი ხანია გაუქმებული და მკვდარია, კვლავ რატომ გამოიყენება ინდულგენციის ყიდვის გასამართლებლად,

თითქოს ისინი კვლავ ძალაში იყოს?

86. და შემდგომ: პაპის სიმდიდრე სადღეისოდ დიდად აღემატება კრასუსის სიმდიდრეს, ამიტომ ვერ ააშენებს განა წმინდა პეტრეს ტაძარს უმაღლ საკუთარი ხარჯით, ვიდრე ღარიბ-ღატაკი მორწმუნეების ფულით?

87. და შემდგომ: რას მიუტკვებს ან რის მონაწილედ ხდის პაპი თავისი ინდულგენციის მეშვეობით იმათ, ვინც გულწრფელი მონანიების წყალობით უკვე მიიღო სრული მიტევებისა და [მაღალში] მონაწილეობის უფლება?

88. და შემდგომ: რა იქნებოდა ეკლესიისათვის იმაზე უფრო უკეთესი, თუ პაპი ამ მიტევებასა და მონაწილეობას ყოველ მორწმუნეს უბოძებდა არა [მხოლოდ] ერთგზის, როგორც ის (ახლა) აკეთებს, არამედ დღეში ასჯერ?

89. თუ პაპი უბოძებს ინდულგენციებს უფრო სულების ხსენისათვის, და არა ფულისათვის, მაშინ რატომ აუქმებს ის ადრე ბოძებულ ინდულგენციებს, ისინი ხომ ასევე ძალაშია?

90. თუ ერისკაცთა ამ ძალაზე მწვავე შეკითხვებს ჩაახშობენ მხოლოდ შიშველი ძალით, და არ გააბათილებენ მათ გონივრული დასაბუთებით, ეს ნიშნავს, რომ ეკლესიას და პაპს მტრები მასხრად აიგდებენ და ქრისტიანებს გააუბედურებენ.

91. ამიტომ ინდულგენცია რომ იქადაგებოდეს პაპის სულისკეთებისა და განზრახვის შესაბამისად, ადვილი იქნებოდა ამ შეპასუხებათა გაქარწყლება, დიახ, ისინი საერთოდ არ წამოიჭრებოდა.

92. ამიტომ შორს ყველა ის წინასწარმეტყველი, ვინც ქრისტიანებს “მშვიდობა, მშვიდობაო” - ეუბნება, და მშვიდობა კი არ არის.

93. კურთხეულ იყოს ყველა ის წინასწარმეტყველი, ვინც ქრისტიანებს ეუბნება “ჯვარი, ჯვარიო”, და ჯვარი კი არ არის.

94. ქრისტიანებს უნდა ჩავაგონოთ, რომ მათ უნდა მისდიონ ქრისტეს - მათს თავს - ტანჯვის, სიკვდილის და ჯოჯოხეთის გზით.

95. და ამგვარად სწამდეთ მათ, რომ შევლენ ცათა სასუფეველში უფრო მრავალი ტანჯვის გზით, ვიდრე ყალბი სულიერი სიმშვიდის იმედით.

1. Martin Luthers Werke. Kritische Gesamtausgabe (Weimar: Herman Bohlau), 1883, I, 233-238.

2. H. Fausel. D. Martin Luther. Stuttgart, 1995, 74-84.

3. J. Ludolphy. Die 95 Thesen Martin Luther. Berlin 1967.

გამომცემლობის რედაქტორი: მურმან ხაინდრავა
კორექტორი: ლალი რატიანი
ტექნიკური რედაქტორები: ნინო ცარციძე, ნანა ჩუთლაშვილი,
ლია შატბერაშვილი
სურათის ავტორი: გივი შეყილაძე

Sergo Djorbenadse. 70. Festschrift
Серго Джорбенадзе. 70. Юбилейный сборник
Sergo Jorbenadze. 70. Jubilee collection

ფასი სახელშეკრულებო

შეკვეთა № 2 6 3

ტირაჟი: 500

სააქციო საზოგადოება "ფარნავაზი"
რობაქიძის გამზირი №7