

# **Южнокавказский Юридический Журнал**

07/2016

Гражданские кодексы в  
процессе развития

## **South Caucasus Law Journal**

07/2016

Civil Codes in Transition

**Руководитель редакционной коллегии**  
Норберт Бернсдорфф

**Head of the Editorial Board**  
Norbert Bernsdorff

**Редакционная коллегия**  
Нарине Алексанян, Анаит Манасян,  
Тарон Симонян, Иракли Бурдули, Паата Турава,  
Лия Шатберашвили, Елена Филеева

**Members of the Editorial board**  
Narine Aleksanyan, Anahit Manasyan,  
Taron Simonyan, Irakli Burduli, Paata Turava,  
Lia Shatberashvili, Elena Fileeva

**Переводчики русского текста**  
Гуранда Джачвлиани

**Translators of Russian text**  
Guranda Jachvliani

**Переводчик английского текста**  
Додо Кобиашвили

**Translator of English text**  
Dodo Kobiashvili

**Корректор русского текста**  
Нино Рухадзе

**Proof-reader of Russian text**  
Nino Rukhadze

**Корректор английского текста**  
Викрам Кона

**Proof-reader of English text**  
Vikram Kona

**Координатор журнала**  
Наталия бурдули

**Coordinator of the Journal**  
Natalia Burduli

Журнал публикуется при содействии Немецкого Общества по Международному Сотрудничеству (GIZ) и Тбилисского Государственного Университета. Взгляды, выводы и комментарии, приведенные в статьях, не должны быть поняты как мнение Немецкого Общества по Международному Сотрудничеству (GIZ) или как мнение Тбилисского Государственного Университета.

The Journal is published with support of Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) and Ivane Javakhishvili Tbilisi State University. Findings, conclusions and comments made in the Journal do not reflect neither the opinion of Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), nor the opinion of Ivane Javakhishvili Tbilisi State University (TSU)

© Немецкое Общества по Международному Сотрудничеству (GIZ), 2016  
© Авторы статей, 2016  
© Снимок на обложке: Jacques Descloitres

© Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), 2016  
© Authors, 2016  
© Picture on the cover: Jacques Descloitres

Электронную версию данного журнала можно найти на сайте: [www.lawlibrary.info/ge](http://www.lawlibrary.info/ge)

The online version of the Journal is available on the website: [www.lawlibrary.info/ge/](http://www.lawlibrary.info/ge/)

Эл. Почта: [natali.burduli@gmail.com](mailto:natali.burduli@gmail.com)

Email: [natali.burduli@gmail.com](mailto:natali.burduli@gmail.com)

**ISSN 2298-0490**



**giz** Deutsche Gesellschaft  
für Internationale  
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH



## Содержание

## Contents

<b>От редактора</b>	6	<b>Editorial</b>	6
<b>Статьи</b>		<b>Articles</b>	
• <b>Серги Джорбенадзе</b> <i>Принуждение контрагирования в аспекте свободы договора на примере Гражданского кодекса Грузии</i>	8	• <b>Sergi Jorbenadze</b> <i>Duress to be a Contracting Party in the Context of Freedom of Contract Pursuant to the Civil Code of Georgia</i>	174
• <b>Вахтанг Бачиашвили</b> <i>Реализация принципа свободы договора на примере смешанного договора</i>	20	• <b>Vakhtang Bachiashvili</b> <i>Realisation of the Principle of Freedom of Contract According to Mixed Contracts</i>	185
• <b>Цогик Мурадян, Гнел Мугнецян</b> <i>О публичноправовых последствиях одностороннего отказа от выполнения договора относительно недвижимого имущества</i>	29	• <b>Tsoghik Muradyan, Gnel Mughnetsyan</b> <i>On the Public Legal Consequences of Unilateral Refusal to Perform a Contract of Immovable Property</i>	193
• <b>Кетеван Кочашвили</b> <i>Свобода и ее ограничение при определении содержания договора (О социальной и частно-правовой природе договора)</i>	36	• <b>Ketevan Kochashvili</b> <i>Freedom and its Restriction in Determining the Substance of a Contract (Social and Private Legal Nature of a Contract)</i>	199
• <b>Кетеван Буадзе</b> <i>Нужны ли законные проценты в гражданском обороте Грузии?!</i>	42	• <b>Ketevan Buadze</b> <i>Do We Need a Statutory Interest in Georgian Civil Transaction?</i>	204
• <b>Арус Айрапетян</b> <i>Особенности субъектного состава отношений, возникающих в связи с коммерческой тайной, и правомочий последних</i>	49	• <b>Arus Hayrapetyan</b> <i>The Characteristics of Subject Composition of the Relations that Arise with Respect to Commercial Secret and the Specifics of the Powers of Those Subjects</i>	210
• <b>Гиорги Русиашвили</b> <i>Неосновательное обогащение в грузинском законодательстве и законопроект Кенига</i>	58	• <b>Giorgi Rusiashvili</b> <i>Georgian Law of Unjust Enrichment and Koenig's Draft Law</i>	218
• <b>Элмин Маммадов</b> <i>Анализ договоров займа с точки зрения совершенствования Гражданского кодекса Азербайджанской Республики</i>	65	• <b>Elmin Mammadov</b> <i>Analysis of Loan Agreements from the Perspective of the Improvement of the Civil Code of the Republic of Azerbaijan</i>	224
• <b>Лусине Чилингарян</b> <i>Либерализация права залога и порядок обращения взыскания на предмет залога в контексте изменений в гражданском кодексе республики Армения</i>	69	• <b>Lusine Chilingaryan</b> <i>Liberalisation of Pledge and the Procedure of Levy of Execution on the Pledged Property in the Context of the Amendments to the RA Civil Code</i>	228
• <b>Мигран Григорян</b> <i>Юридические лица в контексте изменений в гражданском законодательстве</i>	75	• <b>Mihran Grigoryan</b> <i>Legal Entities in the Context of Amendments of Civil Legislation</i>	233
• <b>Нарине Авагян</b> <i>Гражданско-правовые реформы в Республике Армения в сфере интеллектуальной собственности</i>	79	• <b>Narine Avagyan</b> <i>Civil-Legal Reforms in the Sphere of Intellectual Property in the Republic of Armenia</i>	236
• <b>Тамар Ланербая</b> <i>К вопросу усовершенствования положений о праве на расторжение договора в Гражданском кодексе Грузии</i>	84	• <b>Tamar Lakerbaia</b> <i>Refinement of the Right to Reject a Contract Under Civil Code of Georgia</i>	240

- **Элвин Джабраилов**  
*Права наследования в гражданском законодательстве Германии и Азербайджана* 91
- **Зураб Натрошвили**  
*Правовой статус добросовестного приобретателя (Сравнительно-правовой анализ)* 102
- **Норберт Бэрнсдорфф**  
*Common European Sales Law (CESL) – развитие и функции* 110
- **Elvin Jabrailov**  
*Inheritance Right in German and Azerbaijani Civil Laws* 246
- **Zurab Natroshvili**  
*Legal Status of the Bona Fide Acquirer (In a Comparative Legal Context)* 256
- **Norbert Bernsdorff**  
*Common European Sales Law (CESL) – Development and Functions* 263

## Обзор Судебной Практики

- **Ани Чилингарян**  
*Судебная практика возобновления производства по приостановленному делу в административном и гражданском судопроизводстве* 114
- **Майя Копалейшвили**  
*Избирательное право и переходящая демократия – значение решений Конституционного суда Грузии для консолидированной демократии* 116
- **Тео Квирикашвили**  
*Практика Верховного суда Грузии в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, начиная с 2003 года* 121
- **Михаил Бичия**  
*Основания и объем возмещения вреда понесенного в случае смерти кормильца (Обзор судебной практики Грузии)* 126
- **Мариам Цискадзе**  
*Особенности рассмотрения дел о признании лица безвестно отсутствующим или объявлении умершим* 134
- **Нана Мchedlidze**  
*Развитие европейской судебной практики по защите прав человека в судах присяжных* 143
- **Наталия Бурдули**  
*Как Европейская Конвенция по защите прав человека обеспечивает соблюдение баланса между правами семей и правами детей?* 154
- **Норберт Бэрнсдорфф**  
*Обзор судебной практики Европейского суда по правам человека относительно индивидуальных жалоб против Азербайджана, Армении и Грузии за 2015г. (Период подотчетности: 01.01.2015 – 31.12.2015)* 158

## Case Law Review

- **Ani Chilingaryan**  
*Judicial Practice on the Resumption of Suspended Proceedings in Administrative and Civil Trials* 266
- **Maia Kopaleishvili**  
*Electoral Rights and Transitional Democracy – Significance of Judgments of the Constitutional Court of Georgia for Consolidated Democracy* 268
- **Teo kvirikashvili**  
*The Supreme Court’s Practice on Deciding upon the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards since 2003* 273
- **Mikheil Bitchia**  
*Analysis of Georgian Judicial Practice on the Grounds and Scope of Compensation of Damages Incurred by the Death of a Breadwinner* 278
- **Mariam Tsiskadze**  
*Peculiarities of Reviewing Cases on Declaring a Person Missing or Dead* 285
- **Nana Mchedlidze**  
*Development of the Case-Law of the European Court of Human Rights on the Jury Trial* 293
- **Natalia Burduli**  
*How does the European Convention on Human Rights Balance the Right of Families on One Hand and Those of Children Specifically on the Other?* 303
- **Norbert Bernsdorff**  
*Review of the Case-Law of the European Court of Human Rights on Individual Complaints versus Armenia, Azerbaijan and Georgia, 2015 (Reporting period: 01.01.2015 – 31.12.2015)* 306

## Комментарии к судебным решениям

- **Гиорги Сванадзе**  
*Признание и исполнение решений иностранных судов в Грузии Пророгационная оговорка / выбор подсудности (Краткий комментарий по поводу последних тенденций в судебной практике Верховного суда Грузии)* 162
- **Саяд Бадалян**  
*«Анализ постановления Кассационного суда РА №ч.1/11193/05/13 от 27.11.2015 года по толкованию части 4 статьи 68 Закона РА «О правовых актах»* 169

## Рецензия

- **Андреа Боррони**  
*Грузиноязычный перевод “Комментария к трудовому кодексу Грузии” Тбилиси, издательство «Меридиани», 2016 г. ISBN 978-9941-25-204-4* 320

## Comments on Court Decisions

- **George Svanadze**  
*Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Georgia and Forum Selection Clause/Choice of Jurisdiction (A Brief Comment on the Recent Development of Case-Law of the Supreme Court of Georgia)* 310
- **Sayad Badalyan**  
*Analysis of the Decision no. VD/11193/05/13 of the RA Court of Cassation on Interpretation of Paragraph 4 of Article 68 of the RA Law on Legal Acts* 316

## BOOK RECOMMENDATION

- **Andrea Borroni**  
*Georgian Translation of “Commentary on the Labour Code of Georgia” Tbilisi, “Meridiani” Publishers, 2016 ISBN 978-9941-25-204-4* 320

## От редактора

Окончание одной реформы – есть начало второй! – этим предложением один немецкий правовед в 1962 году описал “Постоянное течение права”. Этим он имел в виду не что иное, как то, что основанное на законе право, ввиду того, что оно находится под влиянием закона, подвергается постоянным общественным изменениям. Это касается, также, так называемых, основополагающих или больших законов в сфере частного права, несмотря на то, что частное право, во всяком случае, в стране, имеющей систему гражданского права, считается наименее изменяющейся отраслью права, которая меньше всего нуждается в реформировании.

Частное право представляет отрасль права, которая, в отличие от общественного права, регулирует отношения между субъектами права на основе равноправия. Название “Гражданское право” часто используется как синоним, хотя, если рассуждать более точно, оно охватывает только часть частного права, в частности, “Общее частное право”. При этом существует также “Специальное частное право”, которое содержит специальные регулирующие нормы для определённых профессиональных групп и отраслей (например, торговое право, корпоративное право, право охраны прав потребителей). Наверное, не требуется дополнительного доказательства того, что специальное частное право находится под прессом более высокой реформы.

Кодификацию гражданского права в Грузии представляет гражданский кодекс, принятый 26 июня 1997 года, в Армении – гражданский кодекс, принятый 5 мая 1998 года, а в Азербайджане – гражданский кодекс, принятый 28 декабря 1999 года. Настоящее седьмое издание Южнокавказского юридического журнала в пределах главной темы: “Гражданские кодексы в процессе развития”, посвящается этапам развития гражданского права трёх стран Южного Кавказа, на основе почти 20 – летней истории кодификаций их гражданского права. При этом в настоящем издании опытные эксперты в собственных статьях представили предложения, связанные как с объёмными, так и малыми законодательными изменениями.

15 статей этого издания, а также статьи под рубрикой “обзор судебной практики” охватывает большой спектр интересных вопросов. Настоящее издание касается как общей (Джорбенадзе, Мурадян, Мугнецян, Кочашвили) и частной (Маммадов, Бачиашвили) части

## Editorial

The end of one reform is the beginning of another! That is how one German lawyer described, in 1962, “constant flow of justice”. What he was referring to was that the right, based on the law, since it is under the influence of the law, is subject to constant social changes. This also applies to so called fundamental or big laws in private law despite the fact that private law, at least in countries with civil law system, is considered to be a less changeable discipline of justice, and needs much less reforming.

In contrast to public law, private law is the field of law, which regulates legal relationships between subjects of law on the ground of equal rights. The term “civil law” is usually meant as a synonym. However, to be more precise, it encompasses only a part of private law, namely, “general private law”. Besides, there is also a “special private law”, which includes particular regulative norms for professional groups and fields (e.g. commercial law, corporate law, legal rights of consumers, etc.) undoubtedly, it is needless to argue special private law is under more pressure of reforms.

Codification of civil law in Georgia is represented by the Civil Code issued on 26 January 1996; in Armenia – by the Civil Code issued on 5 May 1998; and in Azerbaijan – by the Civil Code issued on 28 December 1999. The main topic of the seventh edition of the South Caucasus Law Journal is “*Civil Codes in Transition*”. It describes the development phases of civil law in all the three countries of South Caucasus, encompassing almost twenty-year’s history of civil law codifications in the region.. In addition, the current issue includes arguments and proposals of experienced scholars about volumetric and small legislative changes.

Fifteen articles of this issue, together with articles under the heading “case law review”, cover a wide spectrum of interesting themes. This issue concerns general (Jorbenadze, Muradyan, Mughnetsyan and Kochashvili) and private (Mammadov and Bachiashvili) parts of oblig-

обязательственного права, также деликтного права (Айрапетян) и права неосновательного обогащения (Русиашвили). В издании также отображены отдельные отрасли “Специального частного права” (Авагян, Григорян, Лакербаиа). В настоящем издании также представлены вопросы под углом сравнительного правоведения (Джабраилов, Натрошвили).

Замечание: В октябре 2016 года редакторская группа Южнокавказского юридического журнала в связи с восьмым изданием, договорилась о следующей рабочей теме: “Конституционные реформы в странах Южного Кавказа”. Восьмое издание должно посвящаться проектам конституционных реформ в Армении, Азербайджане и Грузии. При этом внимание должно быть заострено на содержании и подготовительном процессе конституционной реформы.

**Др. Томас Майер,**

Руководитель программы GIZ,  
“Правовое сближение с европейскими  
стандартами в Южном Кавказе”  
Тбилиси, Грузия

**Др. Норберт Бернсдорфф,**

Судья федерального суда,  
Профессор юридического факультета,  
Марбургский университет имени Филиппа  
Кассель/Марбург, Германия

atory law; law of tort (Hayrapetyan); and unjust enrichment (Rusiashvili). The authors also examine particular fields of “special private law (Avagyan, Grigoryan and Lakerbaia) and subjects of comparative law (Jabrailov and Natroshvili).

Note: In October 2016, the editorial board of the South Caucasus Law Journal for the eighth edition agreed on the following topic: “Constitutional Reforms in South Caucasus Countries.” The eighth edition would be dedicated to the projects of constitutional reforms in Armenia, Azerbaijan and Georgia. In addition, the focus would be on the content of constitutional reforms and the preparation processes.

**Dr. Thomas Meyer**

GIZ Program Director,  
Legal Approximation towards  
European Standards in the South Caucasus,  
Tbilisi, Georgia

**Dr. Norbert Bernsdorff**

Judge of Federal Court,  
Professor of the Faculty of Law,  
Philipps-Universität,  
Kassel/Marburg, Germany

Серги Джорбенадзе<sup>1</sup>

## Принуждение контрагирования в аспекте свободы договора на примере Гражданского кодекса Грузии

### I. Введение

Одним из важнейших институтов Гражданского кодекса Грузии (далее „ГКГ“), принятого в 1997 году, является принуждение контрагирования.<sup>2</sup> Параллельно с развитием страны в Грузии развивалось и принуждение контрагирования. Целью настоящего труда является рассмотрение вопроса о сущности принуждения контрагирования, о целях его регулирования в ГКГ, и о его отличии от других правовых институтов. В работе использованы преимущественно общенаучные, догматические и сравнительные методы. В качестве заключения приводятся те основные аспекты, которые характеризуют принуждение контрагирования в соответствии с грузинским законодательством.

### II. Сущность принуждения контрагирования

Принуждение контрагирования является институтом частного права. Этот институт в основном регулируется частями 2 и 3 статьи 319 Гражданского кодекса Грузии (в части „Обязательственное/договорное право“). Несмотря на недолгую историю существования принуждения контрагирования в Грузии, оно занимает довольно значительное место в современном гражданском обороте. „Принуждение контрагирования представляет собой современную „коррективу рыночной экономики“,<sup>3</sup> при которой сторона, занимающая доминирующее положение на основании своей деятельности, обязана принять предложение в фор-

ме заключения договора.<sup>4</sup> Не следует понимать это так, что обязательство заключать договор нарушает принцип свободы договора. Принуждение контрагирования должно иметь место только в том случае, если этого требует интерес гражданского оборота,<sup>5</sup> и должно осуществляться таким образом, чтобы не нарушать баланс между принуждением контрагирования и свободой договора.<sup>6</sup> Таким образом, в аспекте договорной свободы очень важно рассмотреть принуждение контрагирования, в первую очередь, с целью установить ареал свободы, определенный в процессе договорных отношений. Настоящая работа касается именно взаимосвязи между принуждением контрагирования и свободой договора.

При рассмотрении вопроса о принуждении контрагирования важно рассмотреть основы контрагирования и обсудить определение принудительного контрагирования и его регулирование в ГКГ. Оба этих вопроса закладывают основу для определения роли принуждения контрагирования на законодательном уровне в Грузии.

#### 1. Определение принуждения контрагирования

Интересные соображения в отношении вопроса о принуждении контрагирования в законодательстве высказывал европейский юрист Ганс Карл Ниппердей<sup>7/8</sup>. Он определяет данный институт следующим образом: заключение договора<sup>9</sup> с определенной или неопределенной правовой нормой лицом,<sup>10</sup> посред-

<sup>1</sup> Магистр права (МА (Тбилисский технический университет (ТТУ)); LL.M (Бременский университет); доктор права (ТТУ); ассистент (в области частного права, ТТУ); старший юрист Rödl & Partner (Тбилиси, Грузия); адвокат, заместитель директора Института права Давида Батонишвили.

<sup>2</sup> Этот факт подтверждают те проявления, которые характерны для специальных законов в виде принуждения контрагирования.

<sup>3</sup> Larenz, Schuldrecht, AT, 14. Auflage, S. 43 – цит.: Чантурия/Зоидзе/Нинидзе/Шенгелия/Хецуриани (ред.), „Комментарии к Гражданскому кодексу Грузии“, книга третья, издательство „Право“, Тбилиси, 2001, ст. 319, 63 (на грузинском языке).

<sup>4</sup> См., например, заключение Верховного суда Германии – BGH, Urteil vom 24.01.2013 – VII ZR 121/12.

<sup>5</sup> Зоидзе Б., Рецепция европейского частного права в Грузии, Учебный центр издательского дела, Тбилиси, 2005, 275 (на грузинском языке).

<sup>6</sup> Там же.

<sup>7</sup> Его соображения разделяют и авторы других трудов – см., например, Wolff S., Der Kontrahierungszwang im deutschen Telekommunikationsrecht, Verlag D. Kovac, Hamburg, 2002, 8.

<sup>8</sup> Ниппердей (Hans Carl Nipperdey), докторская работа „Понуждение контрагирования и продиктованный договор“ („Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag“, датируется 1920 годом). Этот труд оказал значительное влияние на научные юридические круги – см., например, Kilian W., Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP, Heft 1/2 (April 1980), Verlag Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen, 1980, 47 – автор, в первую очередь, ссылается на Ниппердея наряду с Юстусом Вильгельмом Хедманном, который в изданном в 1919 году труде „Das bürgerliche Recht und die neue Zeit“ отдельно отметил то влияние, которое оказал т.н. труд о „продиктованных договорах“ на гражданское право Германии.

<sup>9</sup> Nipperdey, Kontrahierungszwang, S. 7; ihm folgend u.a.: Bork in: Staudinger, Vorbem zu §§ 145 ff. Rz, 15; Bydinsky, AcP 180 (1980), S. 3f; Greiner, Kontrahierungszwang, S. 7; Hermann, Anwendungsprobleme, S. 103; Klaue, ZHR 129 (1967), S/ 160; Medicus, SR AT § 11, Rz. 79, Salje, § StromEinspG, Rz. 18; Vykudal, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 28, упоминается в труде: Wolff S., Der Kontrahierungszwang im deutschen Telekommunikationsrecht, Verlag D. Kovac, Hamburg, 2002, 8.

<sup>10</sup> Имеются в виду лица, с которыми заключается договор.



ством которого формируется воля сторон. Эта правовая норма, в свою очередь, определяет обязанность заключения договора лицом, занимающим доминирующее положение на рынке.<sup>11</sup>

В Гражданском кодексе Грузии термин „принуждение контрагирования“ не упоминается.<sup>12</sup> Более того, определения этого термина нет и в большинстве толковых юридических словарей.<sup>13</sup> Соответственно, важно разъяснить, что же означает этот термин: принуждение контрагирования, с одной стороны, определяет обязанность лица выполнять договорное действие, а с другой – уточняет круг лиц, на которых налагается эта обязанность. Еще в начале XX века в научных трудах высказывалось мнение, согласно которому ученые соотносили термин „принуждение“ с личностью, то есть контрагентом, и на основании этого в конечном итоге называли это обязательство „принуждением контрагирования“.<sup>14</sup> Такая позиция абсолютно оправданна, поскольку эта норма права обязывает лицо заключить конкретный договор. Если провести параллель с существующей научной литературой в Грузии, то можно заметить, что в комментарии к Гражданскому кодексу Грузии „принуждение контрагирования“ упомянуто как „так называемое“<sup>15</sup>, что подтверждает, что этот термин напрямую не прописан в нормах права.

## 2. Регулирование принуждения контрагирования в ГК

Главная ценность рассматриваемого правового института заключается в том, что, как и при заключении любого договора, так и в случае принудительного контрагирования существует интерес сторон в реализации собственного пожелания (воли) посредством заключения договора.<sup>16</sup> Отличие в том, что **в случае принуждения контрагирования пожелание (воля) лица, имеющего доминирующее положение на**

**рынке в отношении неопределенного круга лиц, проявляется с момента начала его деятельности, что обязывает его заключить договор.**

При принуждении контрагирования обе стороны реализуют свою свободу договора, и связывание обязательством служит именно этой цели. Часть 2 статьи 319 ГКГ основана как раз на главном принципе частного права – принципе равноправия. Более того, она закрепляет этот принцип и с самого же начала запрещает лицу, имеющему доминирующее положение, заключать договор на таких договорных условиях, которые поставили бы контрагента в неравное с ним положение.<sup>17/18</sup>

В то же время, согласно части 3 статьи 319 ГКГ, в рамках предпринимательской деятельности отказ конкретного лица от заключения договора требует обоснования, что можно считать одним из проявлений принуждения контрагирования. Это служит цели сбалансирования прав сторон.<sup>19</sup> Конкретней, законом предусматривается обязательство заключения договора, исключение из которого должно представлять собой только одно предварительное условие – обоснованный отказ. Дать определение тому, что может служить таким отказом и/или когда отказ считается обоснованным, можно только при рассмотрении конкретного вопроса.

## III. Ограничение свободы договора при принуждении контрагирования

Свобода договора, как и частное право и, в том числе, принуждение контрагирования, основана на частной автономии и равноправии сторон,<sup>20</sup> где это последнее присутствует в ограниченном виде.<sup>21</sup> При этом необходимо прояснить вопрос о том, насколько нарушается основной принцип договорной свободы в случае, когда заключение договора против своей воли в правовом отношении создает основание для мошенничества.<sup>22</sup> Ответить на этот вопрос можно опять-таки путем определения правовых отношений на основании частной автономии: ведь приглашение к оферту (которое осуществляет лицо, связанное при-

<sup>11</sup> *Zweigert K., Kötz H.*, Einführung in die Rechtsvergleichung, auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Auflage, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, 1996, 323.

<sup>12</sup> См. часть 2-ая, ст. 319 ГКГ.

<sup>13</sup> См., например, толковый юридический словарь (Juristisches Fachlexikon), авторы Паата Турава, Леван Тотладзе, Гага Габричидзе, Гиорги Туманишвили и Этер Чачанидзе, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2012 – страница 259 заканчивается толкованием термина „континентальный шельф“, а первый термин на стр. 260 – „контрибуция“. Соответственно в этом словаре нет толкования термина „понуждение контрагирования“.

<sup>14</sup> *Nipperdey*, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag (1920) – цит.: *Bydliński F.*, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, Vorträge, gehalten auf der Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung am 18. September 1979 in Bern, ACP 180 (1980), Verlag Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen, 1980, 3.

<sup>15</sup> *Чантурия*, Чантурия/Зоидзе/Нинидзе/Шенгелия/Хецуриани (ред.), „Комментарий к Гражданскому кодексу Грузии“, книга третья, издательство „Право“, Тбилиси, 2001, ст. 319, 63 (на грузинском языке).

<sup>16</sup> См. *Rehm G.*, Aufklärungspflichten im Vertragsrecht, Verlag C.H. Beck, München, 2003, 107.

<sup>17</sup> *Чантурия*, Чантурия/Зоидзе/Нинидзе/Шенгелия/Хецуриани (ред.), „Комментарий к Гражданскому кодексу Грузии“, книга третья, издательство „Право“, Тбилиси, 2001, ст. 319, 63 (на грузинском языке).

<sup>18</sup> Также важно провести параллель со стандартными договорными условиями – обусловленный правом контроль содержания основывается именно на этом, и именно из принципа частной автономии проистекают правовые предпосылки его регулирования.

<sup>19</sup> *Чачава С.*, „Конкуренция требований и основ требования“, издательство Института европейского и сравнительного права, Тбилиси, 2011, 116 (на грузинском языке).

<sup>20</sup> См. *Kötz H.*, Vertragsrecht, 2. Auflage, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, 11.

<sup>21</sup> *Busche J.*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, 110.

<sup>22</sup> См. *Kötz H.*, Vertragsrecht, 2. Auflage, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, 14.

нуждением контрагирования) основано на принципе частной автономии. То есть лицо, имеющее доминирующее положение, с самого начала осознает свои права и обязанности, что предоставляет ему возможность выбора: начинать осуществление деятельности, которое предоставит ему доминирующий статус, либо отказаться от него.

В литературе высказывается мнение, что принуждение контрагирования является исключением из фундаментального принципа частной автономии.<sup>23</sup> В этом плане интересное соображение высказал юрист Франц Бидлински, который считает, что „Принуждение контрагирования не только ограничивает свободу договора, но и отрицает ее“.<sup>24</sup> Автор обосновывает это мнение сущностью свободы договора и необходимостью ее „неприкосновенности“,<sup>25</sup> которые ущемляются в рамки специального регулирования.<sup>26</sup>

Чтобы проанализировать этот вопрос, важно рассмотреть основные правовые предпосылки принуждения контрагирования на законодательном уровне.

## 1. Основные особенности ограничения свободы договора при принуждении контрагирования

### а. Отражение ограничения свободы договора в законодательстве

Как уже отмечалось, лучшим примером ограничения свободы договора является принуждение контрагирования, на которое опирается исключительное правовое регулирование свободы заключения договора.<sup>27</sup> На основании этого исключения **лицо, принуждаемое к контрагированию, не только приобретает обязанность осуществлять действие, но на него также возлагается дополнительная обязанность осуществлять это действие только на определенных условиях.**<sup>28/29</sup> В противном случае могут возникнуть неправовые (противоречащие морали/аморальные) последствия.<sup>30</sup>

<sup>23</sup> См. там же.

<sup>24</sup> *Bydliński F.*, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, Vorträge, gehalten auf der Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung am 18. September 1979 in Bern, ACP 180 (1980), Verlag Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen, 1980, 4 – „Der Kontrahierungszwang beschränkt aber nicht bloss die Vertragsfreiheit; er negiert sie dazu“.

<sup>25</sup> Там же.

<sup>26</sup> *Bydliński F.*, Kontrahierungszwang und Anwendung allgemeinen Zivilrechts, JZ, Nr. 11/12, 35. Jahrgang, Verlag Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen, 1980, 378.

<sup>27</sup> *Kramer* in MüKo zum BGB, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2012, vor §145, Rn. 9.

<sup>28</sup> Там же.

<sup>29</sup> Также необходимо отметить, что лицо, ограниченное принуждением контрагирования, само определяет условия такого ограничения. Единственное, что он не вправе определить, это контрагент.

<sup>30</sup> См. *Flume W.*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II, Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage, Springer-Verlag Berlin, Heidelberg, 1979, 612.

С другой стороны, необходимо отметить, что в отношении некоторых областей и оказания соответствующих услуг, принуждение контрагирования является важнейшим правовым институтом. Например, в области энергетики, которая „принадлежит к сфере естественных монополий“.<sup>31</sup> Таким образом, отсутствие принуждения контрагирования осложнило бы создание рыночного хозяйства в стране. Приведенное толкование отражает определенную особенность принуждения контрагирования, а именно, обязанность стороны заключать сделку с любым желающим лицом.<sup>32</sup> С учетом того, что правовое регулирование принуждения контрагирования носит императивный характер, его отражение в законодательстве следует считать важнейшей правовой предпосылкой.<sup>33</sup>

### б. Прямое ограничение свободы выбора контрагента

Участник принуждения контрагирования является субъектом частноправовых отношений, которому, как и любой стороне договора, присвоены права, признанные частным правом. Это включает в себя и реализацию прав, предусмотренных Гражданским кодексом, хотя, исходя из общих принципов равенства и из целей защиты потребителя, а также с учетом контрагента, часть 2 статьи 319 ГКГ предусматривает прямое ограничение свободы выбора контрагента в отношении лица, связанного принуждением контрагирования. Это ограничение следует считать **так называемым „положительным ограничением“**, которое служит, с одной стороны, неабсолютности свободы договора, а с другой – интересам защиты так называемой „слабой стороны“ в договорных отношениях. Исходя из вышесказанного, цель ограничения считается оправданной, и в ее рамках **принуждение контрагирования допускается только в том случае, если это предписано законом.**

### в. Общее ограничение свободы содержания

В случае принуждения контрагирования регулирование контроля содержания носит общий характер, хотя в нем отражается та императивная обусловленность, которая обязывает положительно обязанное лицо в договоре определить приемлемые для контрагента условия. Это означает, что свобода содержания стороны, связанной принуждением

<sup>31</sup> См. Решение #1/2/411 Конституционного суда Грузии от 19 декабря 2008 года по делу „ООО „Русэнергосервис“, ООО „Патара Кахи“, АО „Горгота“, индивидуальное предприятие Гиви Абалаки „Фермер“ и ООО „Энергия“ против Парламента Грузии и Министерства энергетики Грузии – заключение экспертов (на грузинском языке).“

<sup>32</sup> *Ахведиани Э.*, „Обязательственное право“, второе издание, издательство „Право“, 1999, 11 (на грузинском языке).

<sup>33</sup> См. *Rüthers B., Stadler A.*, Allgemeiner Teil des BGB, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2002, 31.

контрагирования, в рамках закона, ограничивается на основании принципа частной автономии. Такое регулирование направлено не на то, чтобы предоставить преимущество одной из сторон, а на уравнение частнопрововых начал для сторон и на защиту принципа равноправия.

Контроль содержания всегда возможен в исключительных и определенных законом случаях.<sup>34</sup> И в случае принуждения контрагирования, контроль содержания, даже если он характеризуется ограничением на общем уровне, допустим только с учетом неразумных условий,<sup>35</sup> которые в некоторых случаях могут быть даже определены государством.<sup>36</sup> Таким образом, **ограничение свободы содержания в случае принуждения контрагирования обосновано** и в ряде случаев даже необходимо (например, в случае, прописанном в части второй статьи 319 ГКГ) для обеспечения баланса правовых отношений.<sup>37</sup>

#### г. Промежуточное подведение итогов

Говоря о принуждении контрагирования, когда мы касаемся предпосылок для его действия, не следует понимать этот вопрос так, словно сторона, связанная этим правовым институтом, пользуется более ограниченными правами, чем контрагент, с которым она заключает договор. Результатом современного экономического развития и особенно отражения европейского опыта в законодательстве Грузии как раз и является один из основных принципов гражданского права – защита частной автономии. С одной стороны, имеющие доминирующий статус на предпринимательском рынке, часто нарушают права потребителей. С другой стороны, обязанность законодателя – определить правовые отношения на общем уровне. Поэтому, **вопрос принуждения контрагирования был отражен в Гражданском кодексе, который ограничил лицо, связанному обязанностью заключения договора, только свободу выбора контрагента.** В остальных случаях компания, которая свободно занимается деятельностью в конкретной сфере, имеет (хотя бы до осуществления первого оферта) право определять содержание будущих договоров, учитывать их форму (помимо исключений) и т. д.

## 2. Основные принципы, используемые в отношении принуждения контрагирования

Принуждение контрагирования является обязательным для одной из сторон, однако его характеризуют два основных, важных для частнопрововых отношений принципа: принцип добросовестности и принцип равенства сторон. Проявление каждого из них представляет принуждение контрагирования как один из правовых институтов свободы договора. А точнее, оба этих принципа помещают принуждение контрагирования в рамки частной автономии.

#### а. Принцип добросовестности при принуждении контрагирования

Актуальность защиты принципа добросовестности при принуждении контрагирования обусловлена тем фактором, что компания, доминирующая на рынке, заключает множество различных сделок. На основании сделки одна из сторон связана особым доверием в отношении стороны, на которую законом возложена обязанность заключения договора.

Так же, как и в случае других институтов права,<sup>38</sup> при принуждении контрагирования, нарушение принципа добросовестности может стать предпосылкой к тому, чтобы поставить под сомнение вопрос о действительности сделки. Действие принципа добросовестности в этом плане распространяется и на контроль содержания. Выше уже отмечалось, что в отношении содержания договоров **ГКГ обговаривает предварительные условия для ограничения свободы лица, имеющего доминирующее положение на рынке, что в отношении принуждения контрагирования можно также оценить как норму, направленную на защиту принципа добросовестности.**

Добросовестность напрямую связана со справедливостью. Именно этот вопрос может стать отправной точкой в отношении компаний, имеющих статус доминирующих на рынке. Так, например, при подаче электроэнергии потребителю не должны быть предложены такие условия, которые поставят его в беззащитное положение. Это соображение основано на позиции Конституционного суда Грузии, который считает, что наличие справедливых тарифов является гарантией стабильности гражданского оборота.<sup>39</sup> В таком случае лицо, имеющее доминирующее положение на рынке, обязано помочь и подействовать

<sup>34</sup> См. *Busche J.*, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, 95.

<sup>35</sup> См. там же.

<sup>36</sup> *Zweigert K., Kötz H.*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Auflage, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, 1996, 323.

<sup>37</sup> В отношении баланса сторон в понуждении контрагирования см.: *Nagel B., Eger T.*, *Wirtschaftsrecht II, Eigentum, Delikt und Vertrag: mit einer Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts*, 4. Auflage, R. Oldenbourg Verlag München Wien, 2003, 149 и далее.

<sup>38</sup> Например, в случае владения. См. по данному вопросу: *Кочавили К.*, „Владение и собственность – факт и право в гражданском праве“, издательство „Бона кауза“, Тбилиси, 2013, 178 (на грузинском языке).

<sup>39</sup> См. Решение #1/3/136 Конституционного суда Грузии от 30 декабря 2012 года по делу „Гражданин Грузии Шалва Нателашвили против Парламента Грузии, Президента Грузии и Национальной комиссии Грузии по регулированию энергетики“ (на грузинском языке).

населению в том, чтобы не был нарушен баланс между тарифами.<sup>40</sup> Таким образом, важно распределять тарифы таким образом, чтобы не нарушать интересы потребителей, и не оставлять их неохваченными предоставляемыми услугами.<sup>41</sup> Если взглянуть на этот вопрос под другим углом, компания, производящая или поставляющая электроэнергию, не вправе отказать потребителю в заключении договора, поскольку она: а) обслуживает жизненно важную сферу; б) имеет доминирующее положение на рынке.

Именно на основании двух приведенных выше примеров можно рассматривать принцип добросовестности в аспекте принуждения контрагирования, на основании чего статья 319 ГКГ обговаривает предпосылки для упрочения равноправия сторон.

#### *б. Равноправие сторон при принуждении контрагирования*

Так же как и в других договорных отношениях, при принуждении контрагирования равноправие сторон является первостепенной основой для определения законности правовых отношений. Правда, одна из сторон может получить от государства разрешение на осуществление деятельности, принуждающей ее к контрагированию, однако в этом случае все равно не используются нормы регулирования общественного права.<sup>42/43</sup> В частности, в такой ситуации сторона действует в полученных от государства рамках как субъект частного права, и ее отношения с контрагентом основаны на частной автономии, что отражается в равноправии сторон. А это является важнейшим принципом свободы договора.<sup>44</sup> Точнее, частная автономия является своеобразной свободой лица, либо по собственному желанию вступать в договорные отношения, либо отказываться от них,<sup>45</sup> что находит свое отражение и в случае принуждения контрагирования.

#### *в. Промежуточное заключение*

У принуждения контрагирования есть несколько характерных принципов, из которых следует особо выделить принцип добросовестности и принцип рав-

ноправия сторон. Такая дифференциация предусмотрена как сущностью принуждения контрагирования как правового института, так и его практическим назначением. Это одна из разновидностей частных правовых отношений. В свою очередь, важную роль в частнопроводных отношениях занимает частная автономия, которая в других случаях практически не встречается.<sup>46</sup> А причина этого заключается в тех регулирующих нормах, которые отличают частнопроводные отношения от других публично-правовых отношений.<sup>47</sup>

Поскольку частная автономия играет большую роль в принуждении контрагирования, важно, чтобы равенство сторон было основано на доверии и добросовестности. Важно это и в другом плане – любой случай принуждения контрагирования может соответствовать материальному праву, однако его реализация в отдельном конкретном случае может оказаться неправомочной.<sup>48</sup> Например, если продавец пожелает продавать свой товар исключительно лицам конкретного пола, такое действие не будет соответствовать общим положениям Гражданского кодекса<sup>49</sup> и т. д.

#### **IV. Отличие обязанности заключения договора от права заключения договора**

Принуждение контрагирования по своей сути включает в себя как право, так и обязанность, поскольку является основанием для возникновения обязательства. Это не следует понимать как правовой институт, определяющий договорные содержательные обязанности, какими, например, являются договорные, дополнительные или поведенческие обязательства.<sup>50</sup>

Право в целом отличается от тех объектов, которые оно защищает. Например, право на жизнь отличается от жизни, право собственности – от собственности, право на защиту чести – от самой чести.<sup>51</sup> Право заключения договора отличается от договора. Право заключения договора проистекает из закона. Соответственно, заключение договора, в классическом понимании, носит правовой характер, хотя это право

<sup>40</sup> См. *Зойдзе Б.*, „Конституционный контроль и порядок ценностей в Грузии“, издательство GTZ, Тбилиси, 2007, 17 (на грузинском языке).

<sup>41</sup> См. Решение #1/3/136 Конституционного суда Грузии от 30 декабря 2012 года по делу „Гражданин Грузии Шалва Нателашвили против Парламента Грузии, Президента Грузии и Национальной комиссии Грузии по регулированию энергетики“ (на грузинском языке).

<sup>42</sup> См. *Arbmuster* in Erman BGB, Westermann (Hrsg.), 12. Auflage, Band I, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, Vor §145 Rz. 29.

<sup>43</sup> Высказанное в труде мнение не означает, что государство не имеет право вмешаться в конкретные отношения – например, выдача лицензий и др.

<sup>44</sup> См. *Чантурия Л.*, „Общая часть гражданского права“, издательство „Право“, Тбилиси, 2011, 90-91 (на грузинском языке).

<sup>45</sup> *Rüthers B., Stadler A.*, Allgemeiner Teil des BGB, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2002, 26.

<sup>46</sup> См. там же.

<sup>47</sup> См. *Schwab D., Löhing M.*, Einführung in das Zivilrecht, Einschliesslich BGB – Allgemeiner Teil, 17. Auflage, Verlag C.F. Müller, Heidelberg, 2007, 39.

<sup>48</sup> См. *Кереселидзе Д.*, „Наиболее общие системные понятия частного права“, Институт европейского и сравнительного права, Тбилиси, 2009, 84 (на грузинском языке).

<sup>49</sup> *Reisenhuber K.*, Die Inhaltskontrolle im Common Frame of Reference (CFR) für ein Europäisches Privatrecht, Inhaltskontrolle im nationalen und europäischen Privatrecht, Schriften zum europäischen und internationalen Privat-, Bank- und Wirtschaftsrecht, Band 33, Reisenhuber K. und Karakostas I.K. (Hrsg.), De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, Berlin, 2009, 53-54.

<sup>50</sup> См. *Вашакидзе Г.*, Система осложненных обязательств в Гражданском кодексе (Leistungstörungsrecht), 2010, 56 и далее (на грузинском языке).

<sup>51</sup> *Гелашвили Н.*, „Взаимонаправленность основных прав и обязанностей“, журнал „Правосудие и закон“, Тбилиси, 2010, 2(25)10, 20 (на грузинском языке).

не может быть присвоено лицу абсолютно. Пункт 2 статьи 30 Конституции Грузии содержит прямое указание на запрет монополистической деятельности, что подчеркивает необходимость существования принуждения контрагирования. Именно здесь проходит грань между правом и обязанностью заключения договора. Обязывающая норма в этом случае не должна рассматриваться как отдельное явление.<sup>52</sup>

### 1. Разница между принуждением контрагирования и принуждением к заключению договора

Еще один вопрос, который необходимо принимать во внимание, касается различия между принуждением контрагирования и принуждением к заключению договора. **Принуждение контрагирования само по себе включает в себя обязанность заключения договора, однако обязанность заключения договора или принуждение к его заключению не всегда являются принуждением контрагирования.**<sup>53</sup>

Практика Верховного суда Грузии по данному вопросу рассматривает сделки как сделки в незащищенной форме и определяет, что примером принуждения контрагирования можно считать случай статьи 604 ГКГ.<sup>54</sup> Эта статья касается **требования о продлении арендных отношений, которое представляет собой конкретизированный случай принуждения контрагирования.** По своей сути, продление договора ведь тоже означает, что договор заключается заново, соответственно, когда закон конкретизирует этот вопрос, его следует рассматривать в аспекте принуждения контрагирования. Если и далее рассматривать статью 604 ГКГ в аспекте принуждения контрагирования, то станет ясно, что она находит свою правовую основу в третьей части статьи 319 ГКГ. Даже при рассмотрении этой статьи в аспекте принуждения контрагирования важно отметить, что этот пример не должен квалифицироваться как принуждение к заключению договора. Такая норма касается обязанности заключения договора.

Если продолжить тематическое рассмотрение данного вопроса, то мы заметим проблему, которая встречается нам в судебной практике и которая касается термина „принуждение к заключению договора“. Этот термин требует толкования. „Принуждение“ по своей сути не соответствует принципу частной

автономии. Соответственно, подобное действие не может стать предпосылкой для достоверности воли. С точки зрения дефиниции термина „принуждение“, интересное суждение отражено в одном из постановлений Верховного суда Грузии от 2003 года, в котором суд в отношении дарственного договора отмечает, что обязанность заключения подобных договоров является одной из разновидностей договора, заключенного по принуждению, а причиной этого суд называет предварительное условие для действительности договора – взаимное согласие сторон.<sup>55</sup> Если продолжать рассуждать по данному вопросу логически, мы выявим проблему: **в природе не может существовать договор, который заключен без взаимного согласия сторон.** Соответственно, подобное заявление Суда может стать объектом критики. А именно, принудительно заключенный договор не будет иметь силу и слово „принуждение“ в термине „принуждение контрагирования“ отражает только обязанность лица, занимающего доминирующее положение на рынке.

Исходя из вышеизложенного, можно сказать, что **принуждение контрагирования не аналогично принуждению к заключению договора.** Оно включает в себя только правовую предпосылку обязательного характера, в рамках которой сторона имеет соответствующие обязанности.

### 2. Принуждение контрагирования на примере выдачи банковского кредита и открытия банковского счета

Банковский кредит является одной из разновидностей ссудных отношений, который представляет собой концессионный договор<sup>56</sup> с отличной от других договоров спецификой.<sup>57</sup> У него есть предпосылки, характерные для ссуды.<sup>58</sup> Выдача кредита является коммерческой целью банка, в рамках которой обязанности возникают на основании заключения договора<sup>59</sup> – именно договор должен быть заключен для того, чтобы между сторонами возникли права и обязанности, хотя можно подойти к этому вопросу и с другой стороны: может ли банк быть связан принуждением контрагирования при заключении кредитного договора? Для ответа на этот вопрос важно выяснить, насколько занимающее доминирующее положение на рынке лицо – банк или соответствующая организация, выдающая кредит – подпадает

<sup>52</sup> По данному вопросу см.: *Bydliniski F.*, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, Vorträge, gehalten auf der Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung am 18. September 1979 in Bern, ACP 180 (1980), Verlag Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen, 1980, 5.

<sup>53</sup> См. Постановление #2Б/1312-11 Апелляционного суда г. Тбилиси от 30 ноября 2011 года (на грузинском языке).

<sup>54</sup> Решение #АС-221-213-2012 Верховного суда Грузии от 24 июля 2012 года (на грузинском языке).

<sup>55</sup> Постановление #АС-25-728-03 Верховного суда Грузии от 27 мая 2003 года (на грузинском языке).

<sup>56</sup> *Brox H., Walker W.-D.*, Besonderes Schuldrecht, 33. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2008, 222.

<sup>57</sup> См. *Schwab D., Löhring M.*, Einführung in das Zivilrecht, Einschliesslich BGB – Allgemeiner Teil, 17. Auflage, Verlag C.F. Müller, Heidelberg, 2007, 182.

<sup>58</sup> См. *Brox H., Walker W.-D.*, Besonderes Schuldrecht, 33. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2008, 219.

<sup>59</sup> См. там же, 132.

под правило о принуждении контрагирования? Для этого необходимо сформулировать те предпосылки, которые в практике считаются отказом от возникновения отношений такого рода: а) если ссудополучатель является лицом, пользующимся плохой репутацией в отношениях с другими кредитодателями или банками; б) если у ссудополучателя нет такого дохода, который позволил бы ему полностью покрыть взятую на основании договора ссуду. С учетом того, что в законе ничего конкретно не говорится об обоснованном отказе, такой факт всегда будет предметом оценки. Вышеизложенное соображение можно считать обоснованным отказом при выдаче банковского кредита. **Банковский риск в отношении желания конкретного лица не может стать второстепенным.** Таким образом, банк не имеет обязанности заключать кредитный договор / выдавать кредит.

Для рассмотрения вопроса интересно привести второй пример: самым распространенным видом банковских отношений с физическими или юридическими лицами является открытие банковского счета. Банк как акционерное общество специального назначения, имеющее доминирующий статус на рынке, может быть связан принуждением контрагирования. Если исходить из иностранной литературы, банк не несет обязательства открывать счет,<sup>60</sup> и из этого правила могут существовать только некоторые исключения.<sup>61</sup> **Исходя из грузинских реалий и законодательства, банк имеет обязательство открывать счета в отношении клиентов, то есть банк ограничивается принуждением контрагирования.**<sup>62</sup> Исключения из этого правила могут ограничиваться только отдельными примерами.<sup>63</sup>

**Принуждение контрагирования не означает, что у лица, занимающего доминирующее положение на рынке, должны возникнуть проблемы в отношении конкретного вопроса.** В банковской сфере наибольший риск связан с выдачей кредитов. Ярким примером этого является вопрос обеспечения кредита, который в большинстве случаев выражается в залоге и ипотеке.<sup>64</sup> Часть 2 статьи 319 ГКГ не следует понимать так, **что доминирующее положение автоматически означает обязанность**

**заключения договора.** Здесь во внимание следует принимать те основные предпосылки, на основании которых как лицо, имеющее доминирующий статус, так и контрагент будут действовать в рамках частной автономии.

Причина этого, с одной стороны – возможность обоснованного отказа кредитодателя кредитополучателю, а с другой стороны, если кредитодатель выдаст кредиты всем желающим, это может поставить его в безвыходное положение. Когда сторона (исходя из примера – кредитодатель) не уверена в том, насколько она желает вступить в договорные отношения, обязывать ее к этим отношениям будет неоправданно.<sup>65</sup>

Конечно же, вышесказанное не следует понимать и так, как если бы принуждение контрагирования ограничивало бы сторону в ее праве обоснованно отказаться от оказания услуг. В этом плане интересное соображение высказано в грузинской судебной практике в связи со второй частью статьи 329 ГКГ. В постановлении Тбилисского апелляционного суда от 18 сентября 2012 года<sup>66</sup> говорится об обязательности защиты баланса переговоров между банком и потребителем.<sup>67</sup> А это обусловлено тем, что банк представляет собой сильного контрагента, а клиент – слабого. Этот фактор создает первому своеобразную почву для того, чтобы навязать второму контрагенту договорные условия, которые могут оказаться кабальными и поставят стороны в неравное положение.

### 3. Принуждение контрагирования на примере заключения договора о вещательных рекламных услугах<sup>68</sup>

Размещение рекламы всегда преследует определенную цель, и одной из сторон всегда является лицо, занимающее доминирующее положение на рынке – средство массовой информации или компания, размещающая рекламу. Для рассмотрения этого вопроса в аспекте принуждения контрагирования важно коснуться перипетий деятельности именно медиа-средства, а конкретней – вещателя, а также того статуса, который он имеет в рекламных отношениях.

Важно на первом этапе **рассмотреть условия размещения коммерческой рекламы на вещателе.** Такие отношения налагают на конкретного предпринимателя (лицо, желающее таким путем получить

<sup>60</sup> Lücke F., Das P-Konto im Lichte der ZKA-Empfehlung zum Girokonto für jedermann, BKR, Heft 11, Verlag C.H. Beck, München, 2009, 457.

<sup>61</sup> См. там же, 457-458.

<sup>62</sup> См. соображения по данному вопросу, высказанные в иностранной литературе: *Geschwandtner M., Bornemann R.*, Girokonto für jedermann – Vertragsabschlussfreiheit, Selbstregulierung oder gesetzlicher Zwang? NJW, Heft 18, Verlag C.H. Beck, München, 2007, 1253-1256.

<sup>63</sup> Хотя бы такой случай, когда обязательству банка о понуждении контрагирования противопоставляется обязательство, которое налагается на него по договору – не строить конкретные отношения с другими лицами из-за одного клиента.

<sup>64</sup> См. Чантурия Л., „Право обеспечения кредита“, издательство „Право“, Тбилиси, 2012, 15 (на грузинском языке).

<sup>65</sup> См. *Arbmüster* in Erman BGB, Westermann (Hrsg.), 12. Auflage, Band I, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, Vor §145 Rz. 12.

<sup>66</sup> См. Решение Верховного суда Грузии #АС-1385-1307-2012 от 7 февраля 2013 года – описательная часть (на грузинском языке).

<sup>67</sup> Исходя из сути дела – физическим лицом.

<sup>68</sup> В данном аспекте рассматриваются только случаи коммерческой и политической/предвыборной рекламы. Исходя из правового регулирования социальной рекламы, рассмотрение этого вопроса выходит за рамки данного вопроса.

выгоду), который облечен свободой выбора, огромное бремя – заключать договор только с теми вещателями, которые в предусмотренном законом порядке пользуются этими полномочиями. С одной стороны, здесь возникает вопрос о доминирующем положении на рынке, а с другой стороны – необходимость со стороны вещателя предоставить обоснованный ответ. Формально такой случай похож на принуждение контрагирования.<sup>69</sup> Причина этого заключается в том, что вещатель сделал общего характера приглашение на оферт (здесь имеется в виду то, что поскольку вещатель осуществляет вещание и реклама идет в его эфире, у него есть и возможность для размещения рекламы). Таким образом, если вещатель разместил в эфире одну рекламу, тогда у него не должно быть права дать необоснованный отказ другому лицу.

Если мы уточним этот пример, возникает вопрос: как бы выглядела обязанность заключения договора, если бы приглашение на оферт со стороны вещателя было бы конкретным? Размещение конкретного заявления означало бы заранее определенные условия, выполнение которых вещатель потребовал бы от размещающего рекламу лица. В отличие от предыдущего случая, здесь сузился бы только ареал действий, но обязательства вещателя в отношении размещающего рекламу лица остались бы теми же (если заказчик рекламы удовлетворил бы соответствующие критерии<sup>70</sup>).

Таким образом, при размещении коммерческой рекламы, если заказчик рекламы удовлетворяет условия, объявленные вещателями, и соответствует требованиям оферты, будет существовать принуждение контрагирования, и на вещателя будет наложено обязательство заключить договор.<sup>71</sup>

Второй вопрос, который очень важно рассмотреть в отношении обсуждаемой темы, это **вопрос о принуждении контрагирования при размещении политической/предвыборной рекламы**. В таком случае, в отличие от коммерческой рекламы, вопрос о размещении вещателем подобной рекламы в своем эфире регулируется на законодательном уровне.<sup>72</sup> Таким образом, вещатель дополнительно ограничен в свободе, которая у него могла бы быть в случае другой коммерческой деятельности.

Исходя из вышеизложенного, можно сказать, что с учетом сути коммерческой рекламы, в рамках присво-

енных вещателю полномочий и предпринимательской свободы (находящихся в соответствии с действующим законодательством), вещатель связан принуждением контрагирования и ограничен в выборе контрагента. В отличие от этого, при размещении политической/предвыборной рекламы, подобные обязательства налагаются на вещателя непосредственно законом, в рамках которого в ряде случаев еще более ограничивается даже его свобода содержания.<sup>73</sup>

#### 4. Промежуточное подведение итогов

Как видно из приведенных примеров, в отдельных случаях принуждение контрагирования налагается на лицо напрямую законом. Свобода индивида в этом случае определяется только в отношении потребителя – выбирать наилучший для него вариант из нескольких возможностей.

Для наличия принуждения контрагирования, помимо доминирующего положения на рынке, значение имеет и то, какую пользу принесет постанова вопроса о подобных отношениях: если банк в результате принуждения контрагирования оказался в финансово проигрышном положении, тогда суть свободы договора, напротив, будет нарушена в отношении последнего. В связи с этим вопросом можно провести параллель с больницей: ее роль и значение – заботиться о пациенте и оказывать помощь – значительно ограничивает ее свободу договора,<sup>74</sup> хотя, спорный вопрос – насколько во всех случаях на нее может распространяться принуждение контрагирования.<sup>75</sup> Например, в случае, когда речь идет о спасении жизни человека или неотложной помощи, больницу можно обязать принуждением контрагирования;<sup>76</sup> то же относится и к обслуживанию пациента при наличии у него страховки<sup>77</sup> и т.д.

Исходя из вышеизложенного, можно сказать, что **сущностью принуждения контрагирования является достижение договорного равенства. Оно не должно ставить одну из сторон договора в безвыходное или худшее положение**. Под словом „ставить“, в первую очередь, подразумевается результат, который может получить конкретный субъект в результате подобного, неоправданного законом вмешательства. Аналогичный принцип действует и тогда, когда закон содержит прямое указание на заключение договора.

<sup>69</sup> См. Джорбенадзе С., „Размещение рекламы на телевидении“, издательство Института права Давида Батонишвили, Тбилиси, 2013, 184-185 (на грузинском языке).

<sup>70</sup> См. там же, 185.

<sup>71</sup> Здесь же следует отметить, что в случае воздержания от заключения договора, заказчику рекламы может быть нанесен ущерб как в результате наступившего последствия, так и в виде неполученного дохода.

<sup>72</sup> Джорбенадзе С., „Размещение рекламы на телевидении“, издательство Института права Давида Батонишвили, Тбилиси, 2013, 187 (на грузинском языке).

<sup>73</sup> Там же, 83 и далее.

<sup>74</sup> Kutlu A., AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2006, 27.

<sup>75</sup> См. там же, 27-28.

<sup>76</sup> Там же, замечание 34.

<sup>77</sup> Там же, 28.

## V. Отличие принуждения контрагирования от других правовых институтов, связанных с обязательственно-правовыми отношениями

Выше была рассмотрена обязанность заключения договора, которая, в свою очередь, включает в себя допустимость положительного вмешательства. Иными словами, обязанность заключения договора не означает, что лицо следует заставить заключить договор и т.д. Ведь и суть принуждения контрагирования – обеспечение предпосылки для защиты договорного равенства, в рамках которого следует соблюдать основные принципы. Именно исходя из вышеизложенного, важно отметить, какое место занимает принуждение к контрагированию в обязательственном / договорном праве.

Поскольку принуждение контрагирования само по себе означает обязательство, было бы предпочтительно сравнивать его именно с обязательственно и договорно-правовыми институтами, которые на такой стадии определяют важнейшие предпосылки. В частности, с точки зрения сравнения, для определения сути принуждения контрагирования (и определения тех рамок, в которых оно ограничивает свободу договора), следует определить различие между ним и а) договором, б) преддоговорными отношениями и в) деликтом.

### 1. Отличие принуждения контрагирования от договоров, в основном, в плане предварительных договоров

Обязанность заключения договора возникает тогда, когда сторона вправе потребовать у другой стороны заключения договора.<sup>78</sup> Такое толкование включает в себя и нормы, характерные для предварительных договоров, хотя вопрос о том, насколько предварительный договор является разновидностью принуждения контрагирования, требует отдельного рассмотрения. По своей природе, отождествление этих двух правовых институтов не имеет под собой правовых основ.<sup>79</sup> Для этого этот вопрос можно подразделить на несколько аспектов:

а) **суть принуждения контрагирования** – обязательство заключить договор, которое сторона имеет еще до его заключения. А конкретней, сторона заранее должна осознавать, что она будет нести ответственность в случае уклонения от заключения договора. В отличие от этого, **в случае пред-**

**варительного договора** сторона осознает, что на основании **не одностороннего, а двустороннего волеизъявления она связана обязательством заключить договор**. Заключение предварительного договора уже означает вступление в договорные отношения;

- б) **Предварительный договор можно расторгнуть,<sup>80</sup> а принуждение контрагирования – нет**. В правовой сфере нет никакой нормы, которая допускала бы расторжение принуждения контрагирования или признавала бы его недействительным. *Даже в том случае, если на основании конечного результата договор признается недействительным, такой договор считается не имеющим правовой предпосылки, а не принуждением контрагирования;*
- в) **Принуждение контрагирования не является разновидностью договора**. Основание для его возникновения определяется законом, после того как будет сделан оферт (в отношении широкого круга лиц), а предварительный договор является одной из форм договора;
- г) **При принуждении контрагирования, ограничение свободы договора до начала деятельности осуществляется на основании закона**. Например, когда предприниматель начинает деятельность, он заранее осознает, что будет обязан заключать договор с каждым потребителем без права обоснованного отказа. **В случае же предварительного договора, ограничение свободы договора (преимущественно в плане выбора контрагента и определения содержания) зависит от воли сторон;**
- д) **При принуждении контрагирования не определяется предусмотренная законом обязательность соблюдения какой-либо формы, а действительность предварительного договора может зависеть от такого условия;<sup>81/82</sup>**
- е) Суть разграничения принуждения контрагирования и предварительного договора **может отмечаться и в определенных аспектах волеизъявления**. Так, например, когда лицо подписывает предварительный договор, это означает не выполнение им обязательства, а его вступление в договорное обязательство. А при принуждении контрагирования, лицо, посредством заключения договора выполняются на него обязательства;<sup>83</sup>

<sup>80</sup> См. *Ulmer/Schäfer* in *MüKo zum BGB*, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2013, vor §705, Rn. 178.

<sup>81</sup> См. постановление #АС-1373-1390-2011 Верховного суда Грузии от 21 мая 2012 года (на грузинском языке).

<sup>82</sup> См. подробно, например: *Ritzinger H.*, *Der Vorvertrag in der notariellen Praxis*, NJW, Heft 19, Verlag C.H. Beck, München, 1990, 1203.

<sup>83</sup> Интересное соображение высказано в отношении принуждения контрагирования на основании молчания, его характерных особенностей и того, насколько можно считать волю изъявленной: *Busche J.*, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, 246.

<sup>78</sup> *Чантурия*, Чантурия/Зоидзе/Нинидзе/Шенгелия/Хецуриани (ред.), „Комментарий к Гражданскому кодексу Грузии“, книга третья, издательство „Право“, Тбилиси, 2001, ст. 319, 63 (на грузинском языке).

<sup>79</sup> См., например, постановление #БС-135-126(Н-07) Верховного суда Грузии от 23 октября 2007 года – описательная часть (на грузинском языке).



ж) В случае нарушения требования о принуждении контрагирования, сторона имеет право потребовать возмещение ущерба, а при наличии определенных условий – возмещение неполученного дохода и др. **А в случае предварительного договора, сторона, вместе с этим может выдвинуть и требование о выплате неустойки** (если это было предусмотрено договором);

з) **В отличие от принуждения контрагирования, право требования, существующее в соответствии с предварительным договором, является для стороны договорным обязательством. В случае же принуждения контрагирования, требование является разновидностью определенных законом обязательств.**

Исходя из вышеизложенного, рассматривать предварительный договор как разновидность принуждения контрагирования, а точнее, рассматривать предусмотренное предварительным договором обязательство заключения основного договора как принуждение контрагирования, не оправдано и выходит за рамки правовой сущности принуждения контрагирования.<sup>84</sup> **Рамки ограничения свободы договора в случае предварительного договора определяются его сторонами, а в случае предварительного договора эти рамки установлены законом.**

## 2. Отличие принуждения контрагирования от преддоговорных отношений

Как преддоговорные отношения, так и принуждение контрагирования возникают до заключения договора, однако это не означает, что они являются аналогичными правовыми институтами и/или что одно проистекает из другого и т.д.

Гражданским кодексом Грузии преддоговорные отношения вообще не определены как термин. Они регулируются частью второй статьи 317, исходя из действия *culpa in contrahendo*.<sup>85</sup> Эта статья касается основания возникновения обязательств на этапе подготовки договора, что позволяет заключить, что **преддоговорными отношениями следует считать только этап подготовки договора.** На этом этапе на контрагента не налагаются никакие обязательства (в основном, обязательства заботы о правах – об этом разговор пойдет в данном труде), в рамках которых он обязан был бы осуществлять какие-либо действия. Если провести параллель с Германским гражданским уложением, то можно заметить, что кодекс регулирует преддоговорные отношения по иному, чем деликты с учетом существующих недочетов и выявленной на

практике необходимостью,<sup>86/87</sup> что еще раз подчеркивает различия между ними. Перечислим некоторые из них:<sup>88</sup>

- а) **На этапе подготовки договора / преддоговорном этапе у стороны напрямую не возникает обязательство заключения договора.** А при принуждении контрагирования такое обязательство определено напрямую, что делает регулируемую его норму так называемой „относительно императивной нормой“;<sup>89</sup> во второй части статьи 317 ГКГ говорится о том, что обязательства „**могут**“ возникнуть, что само по себе означает и возможность исключения такой предпосылки. По-иному регулируется принуждение контрагирования во второй части статьи 319, согласно которой, на сторону „**возлагается обязанность заключения договора**“. А в соответствии со вторым предложением той же части этой статьи, „Она не может [...]“, что сразу же отражает обязательный характер. При одном и том же правовом регулировании было бы невозможно регулировать этот вопрос на законодательном уровне при помощи предпосылок, несущих в себе как диспозиционные, так и императивные условия;
- б) Этап подготовки договора не включает в себя все действия, осуществляемые до договорных отношений. Таким образом, на стороны не возлагается обязанность подготовки договора – они имеют право подготовить его и осуществить для этого действия, в то время как при принуждении контрагирования налицо обязательство стороны;
- в) Одним из оснований для отличия можно считать цели, приведенные в статье ГКГ и в части второй статьи 319 ГКГ: *с одной стороны, подготовка к заключению договора, а с другой – обязанность заключения договора. В случае принуждения контрагирования подразумевается, что подготовительный этап уже пройден стороной, и она связана этим условием;*
- г) Характерным признаком преддоговорных отношений может быть обязательство предоставлять

<sup>84</sup> См. Постановление #АС-661-628-2014 Верховного суда Грузии от 30 сентября 2015 года.

<sup>85</sup> Сванадзе, Дзлеришвили/Церцвадзе/Робакидзе/Сванидзе/Джанашия, „Договорное право“, издательство „Меридиани“, Тбилиси, 2014, 109 (на грузинском языке).

<sup>86</sup> См. сегодняшнее положение: Гражданский кодекс Германии, §311 (2) 2 – „Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach §241 Abs. 2 entsteht auch durch [...] die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut [...]“.

<sup>87</sup> По данному вопросу см.: Гацерелия А., „Анализ норм, регулирующих отношения, возникающие на этапе подготовки договора, в отношении вопросов, определяемых правовой практикой“, Студенческий правовой журнал, Ассоциация студентов-юристов Европы, Тбилиси, 2012, 12 (на грузинском языке).

<sup>88</sup> Исходя из целей данного труда, в нем перечислено только несколько обязательных предпосылок, поскольку по мере развития практики этот вопрос может быть определен по-новому. Таким образом, привести исчерпывающий перечень невозможно.

<sup>89</sup> См. Чантурия Л., „Общая часть гражданского права“, издательство „Право“, Тбилиси, 2011, 52 (на грузинском языке).

информацию по определенным вопросам,<sup>90</sup> что находит свое отражение в различных частноправовых отношениях,<sup>91</sup> а в случае принуждения контрагирования, необходимость обмена информацией не столь очевидна, поскольку лицо, желающее заключить договор с лицом, доминирующим на рынке, проинформировано о сфере его деятельности.<sup>92</sup> Для большей достоверности рассмотрим следующий интересный пример: лицо может быть информировано, однако в рамках полученной им информации был нарушен принцип добросовестности (то есть реальность не соответствовала полученному результату и т.д.). Если будет существовать такой пример, он и будет определять тот ареал, который можно регулировать на основании основных принципов частного права. Иными словами – соблюдение принципа добросовестности не должно быть основанием для разграничения конкретных правовых институтов или для разговора об их общих признаках. Это распространяется на все отношения, регулируемые частным правом;

Исходя из вышеизложенного, **принуждение контрагирования не является преддоговорным отношением**. Основанием для его возникновения является только закон, который может нести различное содержание в отдельных случаях.

### 3. Промежуточное заключение

Исходя из вышеизложенных суждений, можно заострить внимание на том факте, что принуждение контрагирования представляет собой институт, соответствующий общим принципам гражданского права, однако регулируемый иначе, чем все другие институты. Оно проистекает из закона, хотя не является разновидностью предварительного договора или преддоговорных отношений. Что касается его рассмотрения в плане обязательств, следует руководствоваться формулировкой части первой статьи 317 ГКГ, согласно которой, **обязательство может возникнуть** из „предусмотренных законом иных оснований“, что в таком случае является принуждением контрагирования.

## VI. Возможность дифференцирования видов принуждения контрагирования на основании грузинского законодательства

В грузинской литературе или судебной практике не встречается дифференциация принуждения контрагирования. Вместе с этим, и в законодательстве Грузии нет подразделения принуждения контрагирования на виды. Если привести для сравнения пример Германии, в юридической литературе встречаются интересные замечания<sup>93</sup> об общем виде принуждения контрагирования.<sup>94</sup> Таковым является общее проявление принуждения контрагирования, которое касается абсолютно всех правовых отношений. Важно отметить, что дифференцирование возможно только на основании сопоставления принципов конкретных правовых институтов,<sup>95</sup> которые в рамках каждого правового порядка определяют различные результаты.

**Грузинское законодательство не признает дифференциации принуждения контрагирования по видам.** Если максимально углубиться в этот вопрос, можно найти возможности разделить это понятие на общий и специальные виды, однако это возможно только в отношении отдельных примеров. Так, например, разделение на специальные виды было бы обусловлено рабочей спецификой лиц (организаций), работающих в конкретной области (*можно назвать некоторые из них: вещательная реклама (которая рассматривается в данном труде), услуги вещательного транзита, а также случаи подачи электроэнергии, продажи бензина и др., в которых закон обязывает лицо, доминирующее на рынке, заключать договор*). Ограничение свободы договора обязанностью заключать договор возникает на основании частей второй и третьей статьи 319 ГКГ, которые конкретизируются в отдельных (специальных) нормах. Вместе с этим, если дифференцировать принуждение контрагирования по отдельным областям, оно практически выйдет за рамки ГКГ и будет существовать столько видов принуждения контрагирования, в скольких случаях закон будет предусматривать регулирование этого вопроса. Такое разделение стало бы предпосылкой для возникновения бесконечного количества видов принуждения контрагирования.

<sup>90</sup> В основном, исходя из статьи 318 ГКГ. Если вопрос будет касаться рамок специального регулирования, то статья будет сочтена отправной предпосылкой для применения специальной нормы.

<sup>91</sup> См., например, в случае трудовых отношений – Стура Н., „Возмещение ущерба при нарушении преддоговорных обязательств в трудовом праве“, „Трудовое право I“ (сборник статей), издательство „Меридиани“, Тбилиси, 2011, 240 и далее (на грузинском языке).

<sup>92</sup> С большой вероятностью, знает о его репутации и др. Это является предпосылкой для того, чтобы судить о его информированности.

<sup>93</sup> См. *Bydlinski F.*, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, Vortraege, gehalten auf der Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung am 18. September 1979 in Bern, ACP 180 (1980), Verlag Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen, 1980, 29 и далее.

<sup>94</sup> На немецком языке „der „allgemeine“ Kontrahierungszwang“.

<sup>95</sup> См. там же.

## VII. Заключение

При принуждении контрагирования, обязанность заключать договор налагается на одну из сторон. В Грузии был случай, когда на обе стороны налагалась обязанность заключить договор, что было истолковано Конституционным судом Грузии как правовая предпосылка, существующая при социализации риска.<sup>96</sup>

Исходя из рассуждений, приведенных в данной главе, можно выделить несколько тезисов: а) **принуждение контрагирования в отдельных случаях** представляет собой правовой институт и обусловлено необходимостью заключить договор. Здесь важно осознать, что **целью принуждения контрагирования является не только обязанность заключить договор, но и защита основных принципов частного права, когда обязанностью заключить договор одна из сторон связывается именно исходя из принципов частной автономии и равенства сторон.**

б) **необходимость принуждения контрагирования, со своей стороны, напрямую связана с прописанным в конституции регулированием,** согласно которому, монополистическая деятельность является недопустимой. Подобное заявление можно рассматривать и в рамках проводимой государством политики, согласно которой, принуждение контрагирования определяет правопорядок, необходимый для развития конкурентоспособности на рынке.

в) **разделение принуждения контрагирования по видам** носит условный характер, и было бы нежелательно в условиях грузинского законодательства;

г) **принуждение контрагирования касается** всех компаний, которые занимают доминирующее положение на рынке, хотя столь категоричный подход был бы неоправданным. В свою очередь, принуждение контрагирования является проявлением ограничения свободы договора.<sup>97</sup> Соответственно, исходя из примера выдачи кредита, можно заключить, что каждый такой контрагент не обязан заключать договор с другой стороной. Таким образом, в отдельных случаях проблему следует решать, рассуждая следующим образом: какого рода деятельность осуществляет компания, какую роль она играет в благосостоянии общества, и в каком случае возникает обязанность заключать договор. Если у компании не возникает никаких препятствий в результате всех трех перечисленных предпосылок, подразумевается, что она обязана заключить

договор с контрагентом. Важно также отметить, что в случае, если при составлении содержания договора сторона предусмотрела запрет на обязанность контрагентов заключать договора с определенным кругом лиц, то такой запрет может не вписываться в правовые рамки в отношении лица, занимающего доминирующее положение на рынке, и более того, такое соглашение может быть признано недействительным. Причина этого заключается в том, что **принуждение контрагирования представляет собой институт, имеющий преимущественную правовую силу по сравнению со свободой содержания, и его невозможно ограничить на основании принципа свободы содержания.**

Таким образом, можно сказать, что **суть принуждения контрагирования заключается не только в том, чтобы сторона обязательно заключила договор, но и в определении того, какие последствия будет иметь для нее отказ от заключения договора.** Это чрезвычайно важно для защиты принципов частной автономии и принципа частного права в целом.

Как видно из приведенных выше рассуждений, институт принуждения контрагирования развивался параллельно с развитием отдельных норм ГКГ и преимущественно, свободы договора. В результате, формулировка частей второй и третьей статьи 319 ГКГ, которая в отдельных случаях предусматривает обязанность заключения договора, утвердила защиту принципов добросовестности в целях обеспечения договорного равенства и договорной справедливости.

<sup>96</sup> См. Решение #1/2/106 Конституционного суда Грузии от 31 октября 2001 года по делу „Граждане Грузии Иракли Бериашвили и Виктор Инашвили против Парламента Грузии“ (на грузинском языке).

<sup>97</sup> См., например, Schramm H.-J. in Knieper/Chanturia/Schramm., Das Privatrecht im Kaukasus und in Zentralasien, Bestandsaufnahme und Entwicklung, BMV, Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, Berlin, 2010, 67.

## Реализация принципа свободы договора на примере смешанного договора

*Смешанные договоры являются одним из многих, но не единственным случаем конкретизации принципа свободы договора. Любой классический договор, который сегодня уже является неотъемлемой частью гражданской кодификации, имеет долгую историю формирования. Он возник в результате изъявления свободной воли человека, совершенствовался в ходе длительной практики применения и предстал перед современным миром в реформированном виде. Любой договор является прямым результатом реализации принципа договорной свободы. Такой результат сегодня может обусловить превращение контрактов, действующих в смешанной форме, в классические контракты, и их отражение в гражданском законодательстве. В статье рассматриваются случаи реализации принципа свободы договора преимущественно на примере смешанных договоров. Статья состоит из трех основных частей: глава I – „Принцип свободы договора как главная основа возникновения обязанности в частном праве“ – излагает историческое толкование нормативного содержания принципа свободы договора и его современное понимание, глава II – „Классификация смешанных договоров“ – отражает группировку смешанных договоров по определяющему признаку, и глава III – „Перспектива возникновения новых типов договоров“ – содержит анализ значения смешанных договоров в плане будущего развития, совершенствования и полноценности гражданского законодательства.*

### I. Принцип свободы договора как главная основа возникновения обязанности в частном праве

Характерным элементом частноправовых отношений является обязательное наличие основанного на внутренней воле правового ограничения субъекта частного права. Конституционный принцип свободного развития, свободных действий личности<sup>2</sup> в наибольшей степени интегрирован в принцип свободы договора, действующий в частном праве. „Обеспече-

ние свободы договора представляет собой конституционный долг современного государства“.<sup>3</sup> Гражданский кодекс Германии (Германское гражданское уложение<sup>4</sup>, далее „ГГУ“) не содержит указаний на принцип свободы договора. Этот принцип рассматривается в конструкции конституционного права на свободное развитие личности, признанного статьей 2(1)<sup>5</sup> основного закона Германии.<sup>6</sup> Толкования принципа свободы договора нет и в новом гражданском кодексе Голландии<sup>7</sup> (далее ГК Голландии). „Он считался настолько очевидным сам по себе, что законодатель не счел необходимым вписывать его в кодекс“.<sup>8</sup> Статья первая Первого протокола Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод<sup>9</sup> признает право каждого физического или юридического лица на мирное пользование своим имуществом.<sup>10</sup> Эта статья считается механизмом защиты принципа свободы договора.<sup>11</sup> Несмотря на однородный подход международных и национальных регуляций, разработчики Гражданского кодекса Грузии<sup>12</sup> (далее „ГК“) не отказались от законодательного толкования принципа свободы договора. Часть первая статьи 319 ГК содержит толкование этого принципа. Толкование принципа свободы договора мы также встречаем и в Гражданском кодексе Италии.<sup>13</sup> В статье 1322 говорится о праве сторон свободно определять содержание договора в допускаемых законом рамках.<sup>14</sup>

Большая процентная доля всех общих основ для возникновения обязательства приходится именно на договор, который является правовой конструкцией, созданной с полным соблюдением принципа свободы договора. Обязательство возникает на основе договора, при определении содержания которого стороны

<sup>3</sup> Чантурия, „Комментарии к Гражданскому кодексу Грузии“, книга третья, издательство „Право“, Тбилиси, 2001, 57 (на грузинском языке).

<sup>4</sup> Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz vom 18/08/1896, RGBl. #21, 195.

<sup>5</sup> Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige oder das Sittengesetz verstösst.

<sup>6</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 23/05/1949, Bundesgesetzblatt.

<sup>7</sup> Burgerlijk Wetboek, 1992.

<sup>8</sup> Тодуа/Виллемс, „Обязательственное право“, Ассоциация молодых юристов Грузии, Тбилиси, 2006, 87.

<sup>9</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, drafted in 1950 by Council of Europe, entered into force on 3/09/1953

<sup>10</sup> Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

<sup>11</sup> Putman, The Horizontal Application Theory and Its Influence on the Freedom of Contract – a French Point of View, Law, Democracy and Development, Vol.2. 1, issue 2 (1998), [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/laacydev2&div=18&collection=journals&set\\_as\\_cursor=2&men\\_tab=srchresults&terms=\(emmanuel%20putman\)&type=matchall](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/laacydev2&div=18&collection=journals&set_as_cursor=2&men_tab=srchresults&terms=(emmanuel%20putman)&type=matchall), 6/12/2013.

<sup>12</sup> Гражданский кодекс Грузии, „Ведомости Парламента“, 31, 24/07/1997, регистрационный код 040.000.000.05.001.000.223.

<sup>13</sup> Codice civile, R.D. 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile.

<sup>14</sup> Art. 1322 (1) C.C. – the parties can freely determine the content of the contract within the limits imposed by law.

<sup>1</sup> Докторант юридического факультета Тбилисского государственного университета, приглашенный педагог; начальник управления по экспертизе проектов правовых актов юридического департамента Администрации Правительства Грузии.

<sup>2</sup> Конституция Грузии, „Ведомости Парламента Грузии“, 31-33, 24/08/1995, регистрационный код 010.010.000.01.001.000.116, статья 16.

не ограничены законодательными нормами, которые определяют виды договоров. Иными словами, „виды договоров, обусловленные ГКГ, не являются ни исчерпывающими, ни обязательными для участников отношений“.<sup>15</sup>

Принцип свободы договора – не новое явление для частного права. Он существует со времен римского права.<sup>16</sup> Однако классическое понимание этого принципа серьезно отличается от современного его понимания. В результате укрупнения различных корпораций, поставляющих товары и услуги, и повышения интенсивности их участия в гражданском обороте, на повестку дня встал вопрос как о необходимости признать существование „слабой стороны“ договора, так и об изменении классической идеи о свободе договора, что происходит из растущего числа стандартных договоров. В этой части статьи рассматривается как классическая, так и современная дефиниция свободы договора.

### 1. Классическая дефиниция

Первоначальное толкование принципа свободы договора основано на предположении о том, что субъекты частного права на момент возникновения правового обязательства находятся в равном положении как в плане прав, так и в экономическом плане. Это обоюдное равенство обусловлено предоставлением им равных возможностей для того, чтобы взять на себя обязанности, с содержанием которых они ознакомились, и сложность или простоту выполнения которых осознают в момент заключения договора. Классическая дефиниция состоит из двух частей. Первая часть толкует процедурный смысл принципа свободы договора, что подразумевает право стороны в результате свободного и непринужденного выбора стать стороной договора, а содержательный критерий принципа свободы договора предоставляет субъекту частного права не только право выбора типа договора в рамках закона, но и право заключения договоров, не предусмотренных законом. Часть первая статьи 319 ГКГ включает в себя оба компонента, хотя также содержит указание на необходимость при использовании этой возможности действовать в рамках закона.

а) Свобода заключения договора является прямым следствием автономии воли, как имеющей постоянную и неизменную ценность конструкции природного права.<sup>17</sup> Она определяет, что сторона мо-

жет быть связана обязательствами только в случае своего согласия, свободного от принуждения других сторон.<sup>18</sup> Свобода заключения договора может иметь и негативное толкование. Соответственно, она истолковывается как право лица не заключать договор. Обычно принцип свободы заключения договора предоставляет возможность как заключить договор в случае пожелания сторон, так и отказаться от его заключения.<sup>19</sup> Общеввропейские принципы договорного права<sup>20</sup> (далее „принципы“), по аналогии с национальными системами права государств-членов Евросоюза, признают право граждан и предприятий решать с кем заключать договоры.<sup>21</sup> Гражданский кодекс Италии четко не фиксирует право выбора заключения договора и выбора контрагента, хотя это в целом считается составляющей автономности сторон.<sup>22</sup>

б) Свобода определения содержания договора полноценно обеспечивает удовлетворение интереса субъекта частного права посредством договора, имеющего выбранное им содержание. Предоставление стороне договора только возможности заключать или не заключать договор являлось бы процедурным воплощением идеи свободы договора. Основным движущим мотивом правового обязательства является не столько личность или статус другого субъекта обязательства, сколько осознание того, от чего он отказывается в обмен на ответное исполнение. Возможно, ни один из типов договоров, предлагаемых законом, не будет соответствовать требованиям договаривающихся сторон. Введением различных типов договоров классификация частного права создает своеобразные рамки, за которые стороны при желании могут свободно выходить. Типы договоров, регулируемые ГГУ, можно рассматривать исключительно как попытку законодателя упорядочить основные используемые типы договоров. Этот перечень не является исчерпывающим и не претендует на это.<sup>23</sup> Свобода определять содержание договора включает в себя как право выбирать точно определенные законом типы дого-

<sup>15</sup> Чантурия, „Комментарий к Гражданскому кодексу Грузии“, книга третья, издательство „Право“, Тбилиси, 2001, 61 (на грузинском языке).

<sup>16</sup> См. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1992, 451 и далее.

<sup>17</sup> См. George Gîrleşteanu, *The Principle of contractual Freedom*, AGORA International Journal of Juridical Sciences, Vol. 2010, Issue 2 (2010) [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/agoraijs2010&div=51&collection=journals&set\\_as\\_cursor=3&men\\_tab=srchresults&terms=\(the%20Principle%20of%20contractual%20freedom\)&type=matchall](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/agoraijs2010&div=51&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=srchresults&terms=(the%20Principle%20of%20contractual%20freedom)&type=matchall), 9/12/2013.

<sup>18</sup> Bush/Hondius/Kooten/Schelhaas/Schrama, *The Principles of European Contract Law and Dutch Law, A Commentary*, 2002, 32.

<sup>19</sup> Oleteanu, *Autonomia de vointa in dreptul privat*, Craiova, Universitaria, 2001, p.49., приводится в: George Gîrleşteanu, *The Principle of Contractual Freedom*, AGORA International Journal of Juridical Sciences, Vol. 2010, Issue 2 (2010), [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/agoraijs2010&div=51&collection=journals&set\\_as\\_cursor=3&men\\_tab=srchresults&terms=\(the%20Principle%20of%20contractual%20freedom\)&type=matchall](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/agoraijs2010&div=51&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=srchresults&terms=(the%20Principle%20of%20contractual%20freedom)&type=matchall), 9/12/2013.

<sup>20</sup> *Principles of European Contract Law*, [http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/PECL%20engelsk/engelsk\\_partl\\_og\\_II.htm](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partl_og_II.htm), 16.12.2012.

<sup>21</sup> Lando/Beale, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, London/Boston, 2000, 99.

<sup>22</sup> Antonioli/Veneziano, *Principles of European Contract Law and Italian Law, A Commentary*, Kluwer Law International, 2005, 31.

<sup>23</sup> Markesinis/Unberath/Johnston, *The German Law of Contract, A Comparative Treatise, Second Edition, Entirely Revised and Updated*, Oxford and Portland, Oregon, 2006, 162.

вора, так и право заключать договор, уклоняясь от диспозитивных норм закона, а также право выбора нетипичных или смешанных типов договоров.

б.а) Реализация принципа свободы договора возможна в случае выбора типа договора, предусмотренного ГКГ. Следует отметить, что типы договоров, предложенные гражданскими классификациями, были упорядочены исходя из длительной практики их применения. В результате динамики частноправовых отношений возникли такие классические виды договоров, как договор купли-продажи, договор подряда, арендный договор и др. В случае выбора субъектом частного права договора, регулируемого законом, подразумевается его гипотетическая воля, конкретно то, что он в процессе своего волеизъявления счел наилучшим средством реализации собственного интереса именно регулируемый законодательством договор без каких-либо корректив к нему.

б.б) Договорное право является преимущественно диспозитивным.<sup>24</sup> Диспозитивная норма „являет пример упорядочивания соответствующих отношений, изменить которые стороны могут по собственному желанию“.<sup>25</sup> Вмешательство сторон в упорядоченное законом содержание договора на основании диспозитивной нормы не изменяет тип этого договора, поскольку подобное вмешательство предусмотрено законодателем. Игнорирование сторонами императивных норм не вызывает настолько серьезного преобразования существенных условий договора, чтобы принадлежность договора к выбранному типу могла быть поставлена под сомнение.

б.в) В случае применения нетипичных договоров имеет место полноценная реализация принципа свободы договора. Субъекты частного права полностью игнорируют возможность применения свойств, характерных для конкретного предусмотренного законом типа договора, и определяют свои права и обязанности исключительно исходя из собственных интересов. Подобная свобода гарантируется до тех пор, пока она не создает опасности умаления признанных правопорядком ценностей. Ясно, что в этом случае будут задействованы обеспечивающие общественный порядок положения, регулирующие ничтожную или оспоримую недействительность договора. В юридической литературе<sup>26</sup> отмечается тенденция к упоминанию нетипичных договоров как „непоименованных“. Хотя в этом слу-

чае термин „непоименованные договоры“ можно толковать более широко, включив в него наряду с нетипичными договорами и смешанные договоры.

б.г) ГКГ не содержит законодательной дефиниции смешанных договоров. Статья 340 ГКГ касается порядка толкования смешанных договоров как данности. „Эта норма является своеобразной инструкцией по применению норм закона и указывает на то, какие нормы распространяются на конкретные договоры или на отдельные их части“.<sup>27</sup> Иногда смешанные договоры упоминаются как „гибридные“.<sup>28</sup> Суть смешанного договора проявляется в таком определении сторонами исполнения и ответного исполнения, которое невозможно отнести к одному из типов договоров, регулируемых ГГУ, хотя при этом использованы характеристики нескольких типов договоров.<sup>29</sup> При использовании прав и обязанностей, характерных для двух или более типов договоров, налицо не большое число договоров, а единый договор. Смешанный договор – это простой договор с характеристиками или элементами более чем одного типа договоров.<sup>30</sup> О слиянии различных типов договоров и, соответственно, о смешанном договоре можно говорить в том случае, когда налицо явное намерение сторон заключить один договор.<sup>31</sup> Соответственно, невозможно рассматривать потребительский кредит как смешанный договор ввиду множественности договоров.<sup>32</sup> Статья 370 ГКГ рассматривает договор купли-продажи, связанный с потребительским кредитом, и кредитный договор в качестве экономического единства, и, соответственно, исключает возможность причислить их к договору смешанного типа.<sup>33</sup> „Как один, так и

<sup>27</sup> Кереселидзе Д., „Самые общие системные понятия частного права“, издательство Института европейского и сравнительного права, Тбилиси, 2009, 260.

<sup>28</sup> Mixed transactions have also been referred to as „hybrid transactions“. E.g., Note, Products and the Professional: Strict Liability in the Sale-Service Hybrid Transaction, 24 HASTINGS L.J. 111 (1972), приводится в: Brush, Mixed Contracts and the U.C.C.: A Proposal for a Uniform Penalty Default to Protect Consumers, Student Scholarship Paper 47, 2007, [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1047&context=student\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1047&context=student_papers), 12/12/2013.

<sup>29</sup> Markesinis/Unberath/Johnston, The German Law of Contract, A Comparative Treatise, Second Edition, Entirely Revised and Updated, Oxford and Portland, Oregon, 2006, 163.

<sup>30</sup> Cf Larenz II 422; Glomb 82; Erni 42, приведено в: Joubert, the Legal Nature of the Factoring Contract, South African Law Journal, Vol. 104, Issue 1, 1987, pp. 88-103, [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/soaf104&div=18&collection=journals&set\\_as\\_cursor=1&men\\_tab=srchresults&terms=\(\(legal%20nature%20of%20the%20factoring%20contract\)\)&type=matchall](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/soaf104&div=18&collection=journals&set_as_cursor=1&men_tab=srchresults&terms=((legal%20nature%20of%20the%20factoring%20contract))&type=matchall), 12/12/2013.

<sup>31</sup> Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 278.

<sup>32</sup> Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 278.

<sup>33</sup> По вопросу об альтернативном толковании правовой природы потребительского кредита см.: Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, II Band, Besonderer Teil, Verlag C. H. Beck, München, 1972, 341 и далее, в том числе указание на то, что в случае неуплаты суммы покупателем, банк (ссудодатель) приобретает право требовать передачу ему предмета купли-продажи.

<sup>24</sup> The default rules governing particular types of contracts are ius dispositivum, см. Markesinis/Unberath/Johnston, The German Law of Contract, A Comparative Treatise, Second Edition, Entirely Revised and Updated, Oxford and Portland, Oregon, 2006, 163.

<sup>25</sup> Кереселидзе Д., „Самые общие системные понятия частного права“, издательство Института европейского и сравнительного права, Тбилиси, 2009, 55.

<sup>26</sup> См. Тодуа/Виллемс, „Обязательственное право“, Ассоциация молодых юристов Грузии, Тбилиси, 2006, 105.

другой независимы в правовом плане и едины в экономическом<sup>34</sup>. Существует несколько вариантов классификации смешанных договоров, подробный разговор о которых пойдет в следующей части данного труда.

## 2. Современная дефиниция

Развитие предпринимательских отношений, создание в результате этого ***крупных корпораций и рост их влияния на рынке товаров и услуг обуславливает целесообразность*** пересмотра классической идеи свободы договора.

Целью этой идеи было поставить стороны, заключающие договор, на паритетные начала в плане обладания правами, что является предпосылкой к предоставлению им равных возможностей для использования механизма самоограничения. Соответственно, как одна, так и другая сторона вправе по собственной воле решать, заключать ли договор.

В современном мире большая доля частноправовых транзакций приходится на такие договоры, к которым одна из сторон договора только присоединяется<sup>35</sup> для того, чтобы удовлетворить свои потребности. Такие договоры, составленные в одностороннем порядке, несут риск дисбаланса прав и обязанностей. Исходя из сказанного, задачей законодательства в XXI веке является скорректировать идею свободы договора с учетом реальной ситуации таким образом, чтобы сохранить те основные характеристики, которые имелись у договоров в классическую эпоху. В этом случае перед законодателем стоит двойной вызов: не ограничивать мобильность транзакций и не создавать искусственных барьеров для экономического роста, оставив без изменений классическое понимание идеи свободы договора, и при этом не ограничить эту идею настолько, чтобы поколебать основу частного права – автономию воли, и не превратить принцип принуждения к контрагированию в легитимированное принуждение посредством действующего в публичном праве административно-правового акта.

а) Современная концепция принципа свободы договора предлагает определенные изменения как в части заключения договора, так и в части определения его содержания. Само собой, не исключена возможность принятия сторонами решения о заключении договора, основанного на свободной воле и детальном согласовании ими содержания договора. Однако, рост количества стандартных договоров и факт существования субъектов, занимающих монопольное положение на рынке, обу-

словили возникновение ситуации, в которой, с одной стороны, отдельные субъекты принуждаются к заключению договоров, а с другой стороны, заключенные договоры признаются действительными без детального ознакомления с их содержанием.

б) Вопрос об обязанности заключать договор, так же как и о необходимости ввести дополнительный механизм для пересмотра договоров, содержащих дисбаланс прав и обязанностей, встал после того, как было признано наличие у договоров „слабой стороны“. Под „слабой стороной“ подразумевается субъект частного права, преимущественно физическое лицо, у которого нет достаточной экономической власти или юридических знаний, чтобы составить конкуренцию другой стороне договора. К такой категории причисляются потребители<sup>36</sup> и трудоустраиваемые лица.<sup>37</sup> Этот механизм распространяется в форме дополнительного основания для ничтожности или недействительности договора – и этим самым законодатель не способствует принципу свободы договора. Если основная идея этого принципа заключается в том, чтобы предоставить равные возможности субъектам, обладающим равным статусом, то, очевидно, что модификация этого принципа является неизбежной необходимостью в случае возникновения отношений между субъектами, имеющими неравный статус. Именно в эту категорию подпадает договор, оформленный при участии потребителя или трудоустраиваемого лица, в котором „слабость“ последнего настолько очевидна, что основной функцией дополнительного механизма является только нивелирование этой слабости. „В договорных отношениях, в которых в определенной степени нарушено равенство сторон, действие принципа свободы договора может быть ограничено таким образом, чтобы стало возможным уравнивание интересов и возможностей сторон“.<sup>38</sup>

в) Стандартные договоры способствуют осуществлению частноправовых транзакций в ускоренном порядке. Однако вопрос о применении стандартных положений договора вступает в очевидное противоречие с традиционным договорным принципом, согласно которому, основу для легитимации обязательной силы договора создает автономия сто-

<sup>34</sup> Зоидзе Б., „Комментарии к Гражданскому кодексу Грузии“, книга третья, издательство „Право“, Тбилиси, 2001, 301.

<sup>35</sup> Contract of adhesion.

<sup>36</sup> О требованиях в отношении содержания договора, оформленного при участии сторон см. Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:EN:NOT, 17/04/2013>.

<sup>37</sup> О необходимости дополнительного механизма защиты трудоустроенного лица как „слабой стороны“ договора см. с ответствующим обоснованием: Чачава, „Конкуренция требований и оснований для требований“, Институт европейского и сравнительного права, Тбилиси, 2011, 100 и далее.

<sup>38</sup> Чачава С., „Конкуренция требований и оснований для требований“, Институт европейского и сравнительного права, Тбилиси, 2011, 100.

рон и их желание и согласие.<sup>39</sup> В этом случае внутренняя воля заменена формальной внутренней волей,<sup>40</sup> поскольку все договорные условия и процедуры разработаны одной стороной, а у второй стороны остается только право принимать решение о том, заключать или не заключать договор.<sup>41</sup>

Предоставление возможности составить стандартный договор и в одностороннем порядке определить договорные положения, таит в себе риск превращения такого договора в недобросовестный. Поскольку компании, действующие в условиях рыночной экономики, на сегодняшний день предлагают именно договоры такого типа, задача законодателя – задействовать столь же действенные рычаги для того, чтобы избежать злоупотребления полномочиями, как он делает это в целях защиты „слабой стороны“. Этой цели служит обязательность исполнения процедурных и существенных аспектов для включения в договор стандартных договорных положений, что не предусмотрено в случае обычного договора. Вводя сравнительно гибкий механизм ревизии стандартных положений договора, составленного формально, без учета принципа свободы договора, законодатель в определенной степени компенсирует этот важнейший принцип частного права. Эта компенсация выражается во введении дополнительных оснований для признания недействительности стандартных положений договора, что не имеет места в случае индивидуально согласованных договорных условий.

## II. Классификация смешанных договоров

Классификация смешанных договоров является одной из сложных задач, которые могут возникнуть в рамках изучения этого важного института обязательственного права. Сложность заключается не в отнесении того или иного смешанного договора к конкретной группе по определяющему признаку, а в осознании того, что эта классификация не будет полноценной, поскольку, ввиду неисчерпывающего характера перечня типов договоров можно упустить из виду какой-либо тип смешанного договора, который существует и которым пользуются или в перспективе могут воспользоваться субъекты частного права.

Приведенная в настоящем труде классификация повторяет одну из многих классификаций, распространенных в немецком праве.<sup>42</sup> Эта классификация использует в качестве критерия то, в каком объеме, в том или ином смешанном договоре, представлены основные права и обязанности, характерные для отдельных договоров, регулируемых Германским гражданским уложением. С этой точки зрения выделяют три группы смешанных договоров: комбинированный смешанный договор; смешанный договор доминирующего типа и смешанный договор с отличающимся от ответным исполнением.

Классификация смешанных договоров присутствует и в англо-саксонском праве. Несмотря на очевидную сферу регулирования<sup>43</sup> Унифицированного торгового кодекса США<sup>44</sup>, часто встает вопрос о его использовании в отношении договоров такого типа, где мотивацию для самоограничения, наряду с товаром, обуславливают и услуги. В то же время, перед судами штатов встает своеобразная дилемма – использовать ли прописанное право, то есть Унифицированный торговый кодекс, который регулирует куплю-продажу товара, или же применить прецедентное право, которое регулирует все, кроме купли-продажи товара.<sup>45</sup> Для аргументации распространения торгового кодекса на смешанные договоры были разработаны различные подходы, которые, в большей мере, основываются именно на их классификации. В частности, рассматриваются такие смешанные договоры, в которых, в качестве основной мотивации для оформления договора является купля-продажа товара, соответственно, преобладает право купли-продажи, либо возможно отделить компонент купли-продажи от компонента оказания услуг и т. д.

### 1. Комбинированный смешанный договор

В комбинированных смешанных договорах обязательства, взятые на себя одной из сторон, относятся к обязательствам, характерным для двух или более договоров. В то же время, налицо не большое число договоров, а единый договор, поскольку, взятие на

<sup>39</sup> Wilhelmsson, *Standard Form Conditions, Towards a European Civil Code*, Third Edition, Kluwer Law International, 2004, 432.

<sup>40</sup> Ioan Albu, *op. cit.*, p. 30., приведено в: George Gîrleşteanu, *The Principle of Contractual Freedom*, AGORA International Journal of Juridical Sciences, Vol. 2010, Issue 2 (2010), [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/agoraijs2010&div=51&collection=journals&set\\_as\\_cursor=3&men\\_tab=srchresults&terms=\(the%20Principle%20of%20contractual%20freedom\)&type=matchall](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/agoraijs2010&div=51&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=srchresults&terms=(the%20Principle%20of%20contractual%20freedom)&type=matchall), 9/12/2013

<sup>41</sup> George Gîrleşteanu, *The Principle of Contractual Freedom*, AGORA International Journal of Juridical Sciences, Vol. 2010, Issue 2 (2010), [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/agoraijs2010&div=51&collection=journals&set\\_as\\_cursor=3&men\\_tab=srchresults&terms=\(the%20Principle%20of%20contractual%20freedom\)&type=matchall](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/agoraijs2010&div=51&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=srchresults&terms=(the%20Principle%20of%20contractual%20freedom)&type=matchall), 9/12/2013.

<sup>42</sup> См. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 279 и последующие, в том числе, с указанием на то, что в юридической литературе нет единого мнения по поводу этого вопроса, который не регулируется ГК Германии.

<sup>43</sup> Цель Унифицированного торгового кодекса – гармонизация права, регулирующего куплю-продажу движимых вещей, которая рассматривается как рекомендация в адрес судов всех штатов США, см. 2-105 (1): „Goods“ means all things (including specially manufactured goods), which are movable at the time of identification to the contract for sale...

<sup>44</sup> Uniform Commercial Code (UCC), 1952, <http://www.law.cornell.edu/ucc>, 14/12/2013.

<sup>45</sup> Henry D. Gabriel & Linda J. Rusch, *The ABCs of the UCC: (Revised) Article 2: Sales 6* (Amelia H. Boss, ed., 2004), приведено в: Brush, *Mixed Contracts and the U.C.C.: A Proposal for a Uniform Penalty Default to Protect Consumers*, Student Scholarship Paper 47, 2007, [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1047&context=student\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1047&context=student_papers), 12/12/2013.



себя всех обязательств обусловлено одной общей целью. Для установления факта существования комбинированного смешанного договора не является решающим тот факт, была ли согласована единая оплата за исполнение всех обязательств, либо за исполнение каждого отдельного обязательства предусмотрена отдельная сумма.<sup>46</sup> При этом не принимается во внимание вопрос о дифференцированном или едином определении оплаты за исполнение, поскольку оплата является только эквивалентом того множества обязательств, которые обуславливают факт существования смешанного договора как такового.

В комбинированном смешанном договоре в отношении каждой части обязательств могут использоваться законодательные нормы, предусмотренные для договора соответствующего типа. „Если в определенном сторонами содержании отношений отражены положения, характерные для предусмотренных законодательством договоров различного типа, решающее значение будет иметь разграничение именно этих элементов договора. В том случае, если их можно разграничить, будут использоваться соответствующие нормы, действующие в отношении каждой части“.<sup>47</sup> Трудности могут возникнуть в том случае, если нормы, действующие в отношении одного конкретного типа договора, оказывают влияние и на остальную часть договора. При этом, решающим фактором будет цель заключения договора.<sup>48</sup>

а) В случае оформления договора с санаторием или гостиницей, имеет место отражение прав и обязанностей, характерных, как минимум, для трех типов договоров. При этом кредитор в обмен на согласованную плату получает такое исполнение, которое представляет собой основные обязательства, характерные для договоров об аренде, предоставлении услуг (далее в тексте „договор о подряде“) и купле-продаже. Соответственно, когда возможно разграничение, в отношении сдачи в аренду конкретного номера следует использовать нормы Гражданского кодекса, регулирующие во-

просы аренды, в отношении предоставленных услуг – нормы ГК, регулирующие договоры о подряде, а в отношении питания – нормы купли-продажи. В случае же нарушения должником своих обязательств, вступают в действие нормы защиты кредитора, предусмотренные для соответствующих договоров.

б) Договоры о проведении зрелищных мероприятий объединяют в себе договоры, оформленные с ресторанами, кинотеатрами и театрами. В случае ресторана имеет место определение прав и обязанностей, характерных для трех типов договоров. При этом заключаются договор об аренде (заказ столика в ресторане), о подряде (на исполнительское искусство) и о купле-продаже (пищи). В случае театра и кино налицо комбинация обязательств, характерных для аренды (бронирование конкретного места в зале) и подряда (предложение конкретного фильма или спектакля).<sup>49</sup> Приобретение освежающих напитков или иной продукции во время конкретного киносеанса не должно считаться частью смешанного договора, если за это лицо платит дополнительную сумму, и если это не отражено в стоимости билета. В это время происходит заключение независимого договора купли-продажи, на который, как на автономный договор, распространяются нормы купли-продажи.

## 2. Смешанные договоры доминирующего типа

В смешанных договорах доминирующего типа представлены обязательства, характерные для договоров разных категорий, хотя, в отличие от смешанных договоров комбинированного типа, неравенство между обязательствами настолько очевидно, что их невозможно рассматривать как равнозначные. В этом случае очевидно однозначное намерение сторон договора – они желают наступления последствий, характерных для договора того типа, который доминирует в данном случае. Действующее в отношении комбинированных смешанных договоров правило о том, что каждому исполнению должны соответствовать правила, действующие в отношении соответствующего типа договора, в этом случае не работает. В этом случае целесообразно применять действующие нормы в отношении того договора, который доминирует в этом конкретном случае.<sup>50</sup> В то же время, правила, действующие в отношении доминирующего договора, должны быть применены вне зависимости от возможности выделить отдельный элемент из общего дого-

<sup>46</sup> Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 280.

<sup>47</sup> Кереселидзе Д., „Самые общие системные понятия частного права“, издательство Института европейского и сравнительного права, Тбилиси, 2009, 260.

<sup>48</sup> См. Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 280, где рассматривается пример договора об аренде жилой и коммерческой площади. При аренде жилого помещения арендатора защищает норма расторжения договора по уважительной причине, согласно которой, арендатор вправе расторгнуть договор только при наличии определенных предпосылок (уважительной причины). Если жилая и коммерческая площади изолированы друг от друга, договор может быть расторгнут в части, относящейся к коммерческой площади, а если эти площади связаны между собой так, что их невозможно разграничить друг от друга, тогда следует выяснить цель договора. Если основной целью аренды площади было осуществление предпринимательской деятельности, то на арендатора не будет распространяться защитная норма и будут применены правила, действующие в отношении ординарной аренды.

<sup>49</sup> Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 279.

<sup>50</sup> Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 282 (Man kann aber versuchen, auf diese Leistung eine Mischung aus dem Recht der verschmolzenen Typen anzuwenden), а также Кереселидзе, „Самые общие системные понятия частного права“, издательство Института европейского и сравнительного права, Тбилиси, 2009, 260.

вора и регулировать его нормами, действующими в отношении соответствующего договора. В случае применения принципа разграничения, преимущество отдается объективному критерию толкования договора, что может стать условием для пренебрежения общим намерением сторон. Ниже рассмотрены такие примеры из категории смешанных договоров доминирующего типа как отчуждение имущества за символическую плату и передача коммерческой площади в аренду в обмен на уплату определенного процента прибыли.

а) Отчуждение имущества за символическую плату включает в себя элементы двух типов договоров: договора купли-продажи и договора дарения. Хотя, ввиду неэквивалентности исполнения и ответного исполнения могут преобладать признаки, характерные для договора дарения. Отчуждение имущества за символическую плату также известно под названием „смешанное дарение“. В этом случае стороны также соглашаются о передаче вещи и права владения ею в обмен на уплату определенной суммы, что происходит и в случае типичного договора купли-продажи, хотя в отличие от последнего, цена настолько низкая, что она только частично покрывает стоимость предмета.<sup>51</sup> В случае, когда реальная рыночная стоимость предмета в несколько раз выше, чем согласованная и выплаченная сумма, совершенно невозможно разграничить исполнение и применить нормы купли-продажи к оплаченной части, а нормы дарения – к переданной безвозмездно части. Что касается ситуации, в которой цена предмета совершенно символическая, однозначно следует применять нормы, регулирующие дарение. Существующая в Грузии практика, в этом случае, явно отражает противоположную позицию, особенно в части отчуждения имущества, находящегося в собственности государства, за символическую плату. Ввиду специальных регуляций, действующих в отношении отчуждения имущества, находящегося в собственности государства, в практике встречаются случаи, когда между лицом, приобретающим государственное имущество за символическую цену, и владельцем оформляется договор о прямой продаже.<sup>52</sup> Такая практика недостаточно защищает отчуждателя, поскольку к подобным случаям применимы дополнительные средства защиты покупателя и вторичные требования, регулируемые правом купли-продажи. Было бы разумно в таком случае внести в образец договора, оформляемого между приобретателем государственного имущества и его распорядите-

лем,<sup>53</sup> специальную статью, которая в описанных случаях предоставляла бы продавцу полномочия, обусловленные нормами дарения, которые предусматривают возможность отмены договора в случае нанесения одариваемым тяжкого оскорбления дарителю или проявления к нему неблагодарности.<sup>54</sup>

б) Передача коммерческой площади в аренду в обмен на определенный процент от прибыли описана в немецком праве.<sup>55</sup> При этом арендодатель получает в свое распоряжение коммерческую площадь, а плата определяется не заранее, а рассчитывается как заранее согласованный процент от полученной им прибыли. Согласно распространенному мнению,<sup>56</sup> при этом в договор об аренде вносятся элементы предпринимательского договора в форме своеобразного товарищества, при котором совместная деятельность проявляется в деятельности арендатора в коммерческих целях, а арендодатель обеспечивает достижение этих общих целей посредством передачи находящейся в его собственности площади для использования в определенных целях. Несмотря на явное наличие элементов обоих этих договоров, безусловно, преобладают обязательства, характерные для арендного договора. При передаче площади в аренду, целью владельца является получение дохода, который определяется твердо установленными или рассчитываемыми критериями, а арендодатель планирует соответствующую деятельность, руководствуясь мотивом получения конкретного результата. Соответственно, в отношении смешанного договора такого рода безальтернативно применяются нормы регулирования аренды.

### 3. Договор с отличающимся ответным исполнением

Из всех видов договоров с отличающимся ответным исполнением будут рассмотрены отчуждение собственности в обмен на осуществление инвестиций и аренда жилой площади с целью обеспечения ухода за ней. При этом, смешаны характерные особенности различных договоров, хотя эти элементы отражены не в обязательствах, которые должна выполнить одна из сторон договора, а перераспределены на

<sup>51</sup> Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 281.

<sup>52</sup> См. Распоряжение №29 Президента Грузии от 29 января 2007 года „О приватизации автомобилей, находящихся в государственной собственности, в форме прямой продажи за символическую цену“.

<sup>53</sup> См. Приказ #1-1/1537 министра экономики и устойчивого развития Грузии от 16 сентября 2010 года „Об утверждении положения „О приватизации государственной собственности в форме прямой продажи“, „Законодательный вестник Грузии“, 120, 21/09/2010, регистрационный код 040110030.22.024.016001, ст. 1779.

<sup>54</sup> См. Гражданский кодекс Грузии, статья 529 (I), в соответствии с которой, дарение может быть отменено, если одариваемый нанесет тяжкое оскорбление или проявит явную неблагодарность в отношении дарителя или его близких родственников.

<sup>55</sup> См. Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 281.

<sup>56</sup> Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 281.

вторую сторону. Рассмотрим эту ситуацию как разновидность так называемого бартера, когда обязательством в обмен на исполнение является не эквивалент, выраженный в валюте, а оказание другой услуги или предложение товара. Согласованное сторонами исполнение и ответное исполнение налагаются друг на друга таким образом, что двусторонние обязанности уплаты суммы полностью или частично взаимовычитаются.<sup>57</sup> От института зачета взаимных требований, предусмотренного обязательственным правом, этот случай отличает наличие единого договора, в котором с самого начала, как обязательный компонент содержания единого договора, определяются исполнение и ответное исполнение. При зачете взаимных требований происходит такое объединение друг с другом требований одних и тех же лиц, проистекающих из двух или более договоров, которое позволяет определить сальдо и ответственное за его исполнение лицо.

В случае смешанного договора, в отношении каждого исполнения должны применяться нормы регулирования этого типа договора, которые соответствуют содержанию этого исполнения. Хотя определенные сложности возникают в случае, когда одна из сторон не выполняет обязательства. При этом необходимо выяснить вопрос о полном или частичном выходе из договора.<sup>58</sup>

а) Отчуждение собственности в обмен на осуществление инвестиций включает в себя подлежащее исполнению обязательство одной из сторон, которое регулируется нормами дарения, а также ответное исполнение другой стороной, которое можно рассматривать как предмет подряда. Отчуждатель имущества обязуется безвозмездно передать вещь и право собственности на нее, а приобретатель имущества обязуется осуществить в переданное ему имущество инвестицию, которая эквивалентна реальной рыночной стоимости имущества или превышает ее.

В этом случае право собственности регулируется нормами договора дарения, а ответственность за капиталовложение и проистекающие из неё требования, особенно в случае дефектного исполнения, возлагаются на отчуждателя в соответствии с нормами подряда.

В случае передачи в распоряжение государственной собственности за символическую плату, символическая стоимость имущества, наряду с подлежащим исполнению приватизационным обязательством, определяется административно-правовым актом, выданным уполномоченным органом.<sup>59</sup> В таком случае, при

классификации смешанного договора, невозможно однозначно отнести его к какой-либо определенной группе, поскольку, с одной стороны, налицо смешанный договор с отличающимся ответным исполнением, а с другой стороны – смешанный договор доминирующего типа. Рассмотренный пример очевидно доказывает условность классификации смешанных договоров.

б) Сдача в аренду жилой площади осуществляется с целью получить не только определенную денежную плату, но и обеспечить уход за этой площадью.<sup>60</sup> При этом, удовлетворение двухсторонних интересов происходит в следующей форме: владелец квартиры получает услугу, не оплачивая за нее, а присматривающее за квартирой лицо также безвозмездно пользуется квартирой. В рассмотренном примере смешаны друг с другом характерные элементы арендного договора и подряда. Если мотивация для самосвязывания проявляется в равной степени, то в отношении каждой части исполнения должны быть применены нормы, действующие в отношении соответствующего договора. В случае если преобладает намерение заключить какой-либо из этих договоров, возможно использование только тех правовых норм, которые регулируют этот тип договора. При этом, элементы договоров другого типа приобретают исключительно субсидиарное значение, поскольку они служат только достижению той главной цели, достичь которую возможно только в случае заключения этого „преобладающего“ договора.

### III. Перспектива введения новых типов договоров

Смешанный договор является ярким примером, подтверждающим необходимость адаптировать законодательные регуляции к темпам развития человеческого общества. Отдельные типы таких договоров используются настолько часто, что становится необходимым отразить их в гражданской кодификации. Попав в гражданский кодекс, смешанный договор прекращает существовать и превращается в ординарный договор. Несмотря на то, что он по-прежнему включает в себя элементы одного или двух классических договоров, он уже не рассматривается как договор смешанного типа. Специальные нормы, отраженные в гражданском законодательстве, регулируют этот договор, определяют содержание исполнения и ответственного исполнения, а также специальные предпосылки для применения вторичных требований кредитором в случае нарушения обязательств. Соответственно,

<sup>57</sup> Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 283.

<sup>58</sup> См. Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 283.

<sup>59</sup> См. Распоряжение #82 президента Грузии от 5 февраля 2010 года „О приватизации непредпринимательского (некоммерческого) юридического лица, находящегося в государственной собственности – Союза регбистов Грузии, в форме прямой продажи“.

<sup>60</sup> Такие случаи часто возникают в отношении т. н. „оставленных квартир“, когда владелец дома проживает в другом городе или стране и поручает присматривать за своей квартирой соседу или близкому человеку.

перестает существовать объективный интерес разделять договор на компоненты и применять к ним нормы, регулирующие отдельные договоры.

Любой смешанный договор создает возможность для введения таких регуляций для совершенствования договорных отношений, улучшения их регулирования, а также взаимного исполнения обязательств, которые, несмотря на предложенное законодателем полноценное регулирование готовых договоров, наилучшим образом отражают субъективные интересы сторон.

### 1. Краткий исторический обзор

О важности смешанных договоров для возникновения новых типов договоров, наглядно свидетельствуют частноправовые отношения лизинга и франчайзинга. Эти конструкции, в свое время существовавшие в форме смешанных договоров, уже нашли свое отражение во многих современных кодификациях, как разновидности договора. Такое решение приняли и грузинские законодатели.<sup>61</sup> В немецком праве лизинг и франчайзинг не регулируются гражданской кодификацией, в частности Гражданским уложением. Целесообразно проанализировать правовую природу этих двух договоров именно с учетом существующих в немецком праве тенденций.

а) В немецкой юридической литературе<sup>62</sup> выделяются два вида лизинга: финансовый и операционный. Операционный лизинг рассматривается как долгосрочная аренда, преимущественно транспортных средств, и в ее отношении действуют нормы регулирования арендных отношений. При финансовом лизинге получатель лизинга получает от предоставляющего лизинг лица предмет лизинга, который подготовлен третьим лицом – поставщиком. В этот момент возникает т. н. „треугольник правовых отношений“<sup>63</sup> между владельцем предмета, выдающим лизинг лицом и получателем лизинга.<sup>64</sup> Этот вид лизинга отражен в законодательстве Грузии. В немецком праве существуют разногласия в отношении правовой природы этого типа лизинга. Он рассматривается как нетипичный<sup>65</sup> или смешанный<sup>66</sup> договор или договор о купле-продаже права.<sup>67</sup> Такие теоретические рассуждения излишни с

учетом грузинских реалий. Такой лизинг предусмотрен грузинским законодательством как независимый договор, и все регулирующие его нормы внесены в соответствующую главу ГКГ.

б) Как и лицензия, франшиза не является предметом регулирования ГГУ.<sup>68</sup> Она толкуется как соглашение двух независимых предпринимателей, на основании которого лицо, выдающее франшизу, передает получателю взамен согласованной платы право использования фирменного названия и торгового знака вместе с ноу-хау. Соответствующие статьи ГКГ предусматривают франчайзинг как типичный договор именно в этой форме.<sup>69</sup> Существует множество соображений относительно его правовой природы. Франчайзинг рассматривается как передача права в аренду, как разновидность торгового представительства либо как трудовые правовые отношения ввиду особой зависимости получателя франшизы от выдающего ее лица.<sup>70</sup>

Следует учитывать, что ввиду того, что в случае Грузии законодательство четко регулирует этот вопрос, нет необходимости в чисто догматических рассуждениях о принадлежности франчайзинга к какому-либо типу договоров или выявлении в нем элементов отдельных договоров. Хотя, если сложится мнение, что во франчайзинге более других доминируют элементы арендного договора, может стать целесообразным адаптировать регулирующие его нормы именно в отношении арендного договора.

### 2. Будущие тенденции

Рассмотренные примеры лизинга и франчайзинга однозначно подтверждают особую роль принципа свободы договора в усовершенствовании и развитии вопроса регулирования договоров. Смешанные договоры, с одной стороны, обеспечивают защиту интересов субъекта частного права в приемлемой и удобной для него форме, а с другой стороны, подталкивают законодателя к реализации соответствующих изменений в том случае, если заключение договоров в такой форме принимает массовый характер. Любая новация способствует новым открытиям, а открытия напрямую связаны с развитием человечества. Смешанные договоры также должны быть признаны главным источником таких новаций, одним из оснований для расширения возможностей и углубления знаний в результате импровизации.

<sup>61</sup> Гражданский кодекс Грузии, статья 576 и последующие.

<sup>62</sup> Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, II Band, Besonderer Teil, Verlag C. H. Beck, München, 1972, 350.

<sup>63</sup> Dreiecksverhältnis.

<sup>64</sup> Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 286.

<sup>65</sup> Markesinis/Unberath/Johnston, The German Law of Contract, A Comparative Treatise, Second Edition, Entirely Revised and Updated, Oxford and Portland, Oregon, 2006, 163.

<sup>66</sup> Schmidt Reimer., приведено в: Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, II Band, Besonderer Teil, Verlag C. H. Beck, München, 1972, 352, в том числе, с пояснением о том, что лизинг включает в себя элементы аренды, ссуды и купли-продажи.

<sup>67</sup> Lwowski und Plathe., приведено в: Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, II Band, Besonderer Teil, Verlag C. H. Beck, München, 1972, 352.

<sup>68</sup> См. Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 291, в том числе, с пояснением о том, что это название происходит от французского слова и означает приобретенную за гонорар эксклюзивную привилегию в отношении права осуществлять определенную деятельность.

<sup>69</sup> Гражданский кодекс Грузии, статья 607 и последующие.

<sup>70</sup> Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 292.

## О публичноправовых последствиях одностороннего отказа от выполнения договора относительно недвижимого имущества

### I. Введение

*В рамках настоящей работы, по результатам комплексного анализа законодательного регулирования и судебной практики, существующих на территории Республики Армения, предметом рассмотрения является односторонний отказ от договора аренды недвижимого имущества (далее – Договор) в свете института аннулирования государственной регистрации права, осуществляемого в отношении имущества, и препятствования собственником правомочиям по владению, пользованию и распоряжению принадлежащим ему на праве собственности имуществом.*

*Прежде чем указывать четкие направления решения проблемы, считаем нужным выявить конкретную проблему и причин ее возникновения, которые, по нашему мнению, имеют характер и правового регулирования, и правового применения. Иначе говоря, существующие проблемы обусловлены как недостаточным правовым регулированием, так и ненадлежащим правоприменением.*

### II. Сравнительный анализ частногоправового и публично-правового регулирования в отношении предмета рассмотрения

На практике возможны случаи, когда согласно договорному регулированию, сторона договора, в том числе договора аренды недвижимого имущества, имела бы право на односторонний отказ от исполнения договора. В случае частичного или полного отказа от выполнения договора, законодателем предусмотрено, что наступают определенные правовые последствия. В частности, в этом случае, если, конечно, это допускается законом или соглашением сторон, договор считается расторгнутым или измененным.

Частью 3 статьи 466 Гражданского кодекса РА предусматривается, что *в случае одностороннего отказа от выполнения договора частично или полностью, когда отказ от договора допускается законом*

*или соглашением сторон, договор считается соответственно расторгнутым или измененным.*

По нашему убеждению, такое правовое регулирование имеет определенную четкую логику – оно направлено на обеспечение стабильности и беспрепятственности гражданско-правового оборота, беспрепятственной реализации гражданских прав, восстановления нарушенных прав. В частности, законодатель предусмотрел в качестве последствия расторжения прекращение обязательств.

Согласно норме, установленной частью 2 статьи 469 Гражданского кодекса РА,<sup>2</sup> *при расторжении договора обязательства сторон прекращаются.*

Прекращение обязательства означает, что прекращаются имеющиеся до этого между сторонами правоотношения наряду с правами и обязанностями, составляющими их содержание.

В результате вышеизложенного можно прийти к выводу, что в сфере частногоправового регулирования, с первого взгляда, казалось бы, присутствуют все предварительные условия, которые обеспечивают реализацию своих прав лицом, права которого нарушены, на основании одностороннего отказа от выполнения договора полностью или частично.

Однако, в практической плоскости мы убеждаемся, что предусмотренное Гражданским кодексом РА частногоправовое регулирование недостаточно для разрешения вышеупомянутых проблем.

На практике мы оказываемся в ситуации, когда собственник не может беспрепятственно реализовать свое право собственности на конкретное имущество (не может передать его в аренду или распоряжаться им иным образом), так как Государственный комитет кадастра недвижимого имущества при Правительстве РА не аннулирует возникающее из обязательственно-правовых отношений право, зарегистрированное и уже не существующее в отношении этого (в условиях существования неаннулированного права на конкретное имущество, заключение новой сделки в связи с этим имуществом не представляется возможным. Нотариусы отказываются от удостоверения сделки, а в случае удостоверения, Государственный комитет кадастра недвижимого имущества при Правительстве РА не регистрирует право, возникающее на основании сделки).

В частности, арендодатель недвижимого имущества на основании регулирования, предусмотренного договором аренды недвижимого имущества, отказывается от выполнения договора в одностороннем порядке, арендатор в связи с этим по существу не представляет какого-либо возражения, и в результате арендные отношения между сторонами на основании частногоправового регулирования считаются прекра-

<sup>1</sup> Мурадян Ц., – Член Палаты адвокатов РА, адвокат, лицензия на адвокатскую деятельность № 1756; Мугнецян Г. – к.ю.н., доцент кафедры конституционного права ЕГУ.

<sup>2</sup> ОВРА 1998.08.10/17(50).

щенными. Однако Государственный комитет кадастра недвижимого имущества при Правительстве Республики Армения не осуществляет государственную регистрацию прекращения зарегистрированного права пользования арендатора на недвижимое имущество на основании заявления арендатора или арендодателя, ссылаясь в качестве правового основания на некоторые положения Закона РА „О государственной регистрации прав на имущество“ (эти положения подробнее будут представлены ниже).

По нашему глубокому убеждению, причина заключается в том, что в частноправовом регулировании и публично-правовом регулировании отсутствует согласованность правового регулирования в связи с поднятой проблемой. Более того, применяющие действующее позитивное право органы, наделенные публичными властными полномочиями, осуществляют правоприменительную деятельность ненадлежащим образом.

В таких обстоятельствах может возникнуть вопрос: а почему же необходима согласованность частноправового регулирования и публично-правового регулирования в отношении вышеупомянутой проблемы? Ответ здесь четкий: публично-правовое регулирование регистрации прав на недвижимое имущество направлено на регистрацию прав, вытекающих из частных правовых сделок, в целях гарантирования и защиты государством прав носителей этих прав. Иначе говоря, если более не существует права, вытекающего из частных сделок, то применение государством публично-правового инструментария, установленного для защиты этого права, лишается своего предмета. Это на практике приводит к ситуации, когда нарушаются права и законные интересы других лиц.

К такому заключению приходим в результате буквального толкования ряда положений Конституции РА, Гражданского кодекса РА, Закона РА „О государственной регистрации прав на имущество“ и их систематизированного анализа.

Согласно норме, установленной частью 1 статьи 10 Конституции РА<sup>3</sup>: *В Республике Армения признаются и равным образом защищаются все формы собственности.*

В статье 60 Конституции РА зафиксировано, что:

1. *Каждый имеет право на владение, пользование и распоряжение приобретенной на законном основании собственностью по своему усмотрению.*
2. *Гарантируется право наследования.*
3. *Право собственности может быть ограничено только законом – в целях защиты общественных интересов или основных прав и свобод других лиц.*

В результате буквального толкования указанных норм приходим к заключению, что право собствен-

ности, являющееся абсолютным имущественным правом, находится под защитой государства, однако в Республике Армения одновременно допускается ограничение осуществления этого права при наличии следующих условий:

- ✓ правовые основания таких ограничений могут устанавливаться исключительно законом;
- ✓ предусмотренные законом ограничения должны быть направлены исключительно на защиту интересов общества и основных прав и свобод других лиц.

Вышеупомянутые конституционно-правовые общие установки находят свою дальнейшую детализацию в ряде нормативных правовых актов, в том числе в Гражданском кодексе РА и Законе РА „О государственной регистрации прав на имущество“.

Согласно статье 301 Гражданского кодекса РА:

1. *Права, возникающие из сделок, совершаемых с недвижимым имуществом, подлежат государственной регистрации.*
2. *Права, возникающие из сделок, совершаемых с движимым имуществом, подлежат государственной регистрации в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом и другими законами.*
3. *Порядок государственной регистрации и основания отказа в регистрации устанавливаются законом.*

Систематизированный анализ положений, зафиксированных в статье 301, а также ряде других статей Гражданского кодекса (статьи 10<sup>4</sup>, 135<sup>5</sup>, 302 Гражданского кодекса РА) позволяет заключить, что Республика Армения, из известных правоведению основных двух видов закрепления прав на недвижимое имущество, приняла „Титульную систему“.

Основным признаком, по которому различаются системы закрепления прав на недвижимое имущество в странах европейской цивилизации, а также в странах Американского и Африканского континентов, Юго-Восточной Азии и Австралии, является то, какую роль в охране прав на недвижимое имущество играет государство: берет ли оно это на себя или предоставляет владельцам этих прав самим заботиться об их охране. Именно по этому признаку различаются две основные системы закрепления прав на недвижимое имущество (а точнее – единственные, в тех странах,

<sup>4</sup> В части 2 статьи 10 Гражданского кодекса РА зафиксировано, что права на имущество, подлежащие государственной регистрации, возникают с момента их регистрации.

<sup>5</sup> Статьей 135 Гражданского кодекса РА устанавливается, что право собственности и другие имущественные права на недвижимое имущество, ограничение этих прав, их возникновение, переход и прекращение подлежат государственной регистрации. Регистрации подлежат право собственности, право пользования, ипотека, сервитуты, а также иные права на недвижимое имущество в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом и иными законами.

<sup>3</sup> ОВ РА, 2015.12.21/Специальный выпуск, ст.1118.

где вообще существуют системы закрепления прав), а именно:

- система регистрации актов о сделках с недвижимостью („Актовая система“), и
- система регистрации прав на недвижимое имущество („Титульная система“).

Главным центром распространения Актовой системы являются практически все штаты США; центром распространения Титульной системы – европейские страны и Австралия.

1. Сущность **Актовой системы** заключается в том, что в сделках с недвижимостью, если государство и берет на себя какую-либо функцию, сопряженную с возможной ответственностью, то только регистрацию самого факта совершения сделки определенного содержания между определенными лицами. Имеют ли стороны право на совершение этой сделки, имеют ли они вообще какое-либо отношение к самому предмету сделки, да и существует ли этот предмет в природе, не интересует регистратора[1] – в его обязанности входит только удостовериться в том, что перед ним именно те личности, которые указывают себя в договоре, вручаемом ему для регистрации, и точно зафиксировать дату и время регистрации. А если сделка заключена при помощи нотариуса, то и забота об идентификации сторон становится лишней. Особая важность фиксации даты и времени регистрации состоит в том, что, если прежний владелец успешно попытается несколько раз продать, пока оформляются эти сделки, один и тот же объект (или несколько раз заложить одно и то же имущество), и поэтому в отношении одного и того же объекта возникнут конкурирующие между собой права или интересы, то удовлетворение прежде всего будет предоставлено тому претенденту, чей договор будет зарегистрирован раньше.
2. Классический вариант **Титульной системы** регистрации предполагает признание государством такой функции, как охрана прав своих подданных и иных лиц, чьи права на недвижимое имущество, находящееся в пределах его юрисдикции оно признаёт. Механизм охраны состоит в том, что определенными административными органами (бюро) или правительственными агентствами регистрируется право лица на недвижимое имущество (регистр в данной системе чаще всего называется „Поземельной книгой“, реже, например, во Франции, „Ипотечной книгой“, в нашей стране ЕГРП – (Единый государственный реестр регистрации прав на недвижимое имущество); в законодательном порядке установлено, что зарегистрированное право является бесспорным (неоспоримым даже в

судебном порядке) за исключением случая, когда оно приобретено недобросовестным приобретателем, что устанавливается в ходе судебного разбирательства. Никакие события далекого и близкого прошлого, связанные с историей владения этой недвижимостью до совершения сделки по ее приобретению настоящим собственником, не имеют влияния на судьбу его права.<sup>6</sup>

Статьей 3 Закона РА „О государственной регистрации прав на имущество“ закреплены основные принципы и задачи государственной регистрации, согласно которым:

- 1) *признание, гарантирование и защита государством зарегистрированных прав и ограничений на недвижимое имущество;*
- 2) *создание и управление информационной системой данных о правах и ограничениях на имущество, кадастровой оценке, учёте;*
- 3) *обеспечение доступности, объективности, непрерывности и единства данных об имуществе и о зарегистрированных правах, ограничениях на него;*
- 4) *содействие становлению рынка недвижимого имущества.*

Буквальное толкование указанной нормы также подтверждает ту реальность, согласно которой в Республике Армения в отношении фиксирования прав на недвижимое имущество принята „Титульная система“.

В результате обобщения вышеприведенного материала приходим к тому заключению, что правовое регулирование, действующее в Республике Армения в рамках правоотношений, возникающих в связи с недвижимым имуществом, устанавливает механизмы правовой защиты не только для собственников, но и для находящихся с последними в обязательственно-правовых отношениях других лиц, которые имеют определенный титул в отношении имущества, принадлежащего собственникам **по** праву собственности.

Однако из соображений избегания крайностей необходимо установление такого правового регулирования и формирование на его основе такой правоприменительной практики, когда неуместным образом не будут ограничиваться также права собственника.

В этом контексте считаем необходимым сделать предметом изучения институт аннулирования зарегистрированных прав – с правовым регулированием и в правоприменительной плоскости.

Положениями статьи 35 Закона РА „О государственной регистрации прав на имущество“ регулируются правоотношения, связанные с государственной регистрацией прекращения права и аннулированием

<sup>6</sup> См. Никонов П.Н., Журавский Н.Н., Недвижимость, кадастр и мировые системы регистрации прав на недвижимое имущество, Аналитический обзор, 2006, стр. 32-33.

государственной регистрации зарегистрированных прав.

Из буквального толкования нормы, зафиксированной в части 1 указанной статьи прямо следует, что законодатель, в качестве формы государственной регистрации прекращения права установил аннулирование государственной регистрации права.

В частности, согласно норме, закрепленной в части 1 статьи 35 Закона РА „О государственной регистрации прав на имущество“: *государственная регистрация прекращения права осуществляется посредством аннулирования государственной регистрации зарегистрированного права путем совершения соответствующих записей о прекращении права в регистрационном журнале.*

Считаем необходимым отметить, что законодатель в поле позитивного правового регулирования включил в объем понятия „государственная регистрация“ также государственную регистрацию прекращения права. Одновременно законодатель правомерно разграничил друг от друга понятия „прекращение права“, „право прекратилось“ и „государственная регистрация прекращения права“.

Подобное заключение основано на систематизированном анализе ряда положений Закона РА „О государственной регистрации прав на имущество“.

Посредством правоустанавливающей нормы, закрепленной в статье 2 Закона РА „О государственной регистрации прав на имущество“, дано позитивно-правовое определение понятия „государственная регистрация“, согласно которому: *государственная регистрация – обязательная функция, подлежащая осуществлению органом, осуществляющим в установленном настоящим Законом порядке государственную регистрацию, которая направлена на признание государством возникновения, изменения, передачи, прекращения и ограничения прав собственности в отношении имущества, а также защиту государством зарегистрированных прав на имущество, обеспечение сбора, доступности, объективности, непрерывности и единства данных Единого государственного кадастра недвижимого имущества.*

Заложенный в указанную норму реальный смысл выявляет роль, назначение Государственного комитета кадастра недвижимого имущества при Правительстве Республики Армения в сфере государственного управления, так как, тем самым отражается основная направленность деятельности последнего. Иначе говоря, функцией Государственного комитета кадастра недвижимого имущества при Правительстве Республики Армения считается осуществление государственной регистрации.

В статье 5 Закона РА „О государственной регистрации прав на имущество“ законодатель установил

содержание государственной регистрации, которая включает в себя:

- 1) **государственную регистрацию возникновения, прекращения, передачи, изменения права собственности, пользования, ипотеки, застройки земельного участка, сервитута, а также предусмотренных законом иных имущественных прав в отношении имущества;**
- 2) **государственную регистрацию ограничений в отношении правомочий по владению, пользованию или распоряжению имуществом, а также применения, изменения, прекращения ограничений на осуществление имущественных прав.**

Из систематизированного анализа указанных норм прямо можно заключить, что регулирование вопросов прекращения частного правоотношения, прекращения прав, составляющих его содержание, находится вне предмета регулирования Закона РА „О государственной регистрации прав на имущество“.

Основная функция Государственного комитета кадастра недвижимого имущества при Правительстве Республики Армения – государственная регистрация в качестве администрирования должна быть направлена на превращение в предмет оценки юридических фактов, имеющих в рамках частного правоотношения, и на выяснение того, возникло ли, изменилось ли или прекратилось ли на их основании имущественное право, и затем на осуществление соответствующей регистрации.

Вопросы возникновения, изменения и прекращения частного правоотношения включены в предмет регулирования гражданско-правового законодательства РА.

Статьей 35 Закона РА „О государственной регистрации прав на имущество“ предусмотрено регулирование в отношении аннулирования как права собственности, так и иного имущественного права, однако с учетом проблем, изучаемых в рамках этой статьи, предметом рассмотрения станет вопрос аннулирования имущественных прав лиц, не являющихся собственниками.

Частью 3 статьи 35 Закона РА „О государственной регистрации прав на имущество“ установлено, что *основаниями аннулирования государственной регистрации иных имущественных прав лица, не являющегося собственником имущества, являются документы, подтверждающие обстоятельства, предусмотренные законом для прекращения такого права, при этом:*

- 1) *государственная регистрация права, приобретенного на основании договора, за исключением государственной регистрации ипотеки, аннулируется после окончания срока действия договора на основании заявления одной из сторон договора, если законом или договором предусмотрено, что с*



окончанием срока действия данного договора обязательства сторон прекращаются, а если договором, послужившим основанием для приобретения имущественного права, или законом не установлено условие о прекращении обязательств сторон по окончании срока действия договора, то государственная регистрация права, осуществленная на основании договора, после окончания срока действия такого договора может быть аннулирована на основании совместного заявления сторон договора, соглашения о расторжении договора или судебного акта;

2) государственная регистрация права, приобретенного на основании договора, за исключением государственной регистрации ипотеки, может быть аннулирована в ходе срока действия договора:

а. на основании соглашения о расторжении договора или судебного акта по заявлению одной из сторон договора, а в случае судебного акта – также по представлению заинтересованного лица или органа, обеспечивающего принудительное исполнение судебных актов;

б. На основании совместного заявления сторон договора.

3) государственная регистрация права, приобретенного в силу закона, на основании судебного или иного правового акта может быть аннулирована при условиях, установленных законом для прекращения такого права, на основании документов, подтверждающих эти основания.

В результате буквального толкования указанных положений приходим к заключению, что законодатель исчерпывающим образом установил случаи аннулирования государственной регистрации иных имущественных прав лица, не являющегося собственником имущества. В частности, аннулирование может быть обусловлено окончанием срока действия договора, в ходе срока действия договора, а также на основаниях, установленных законом для прекращения права на основании документов, подтверждающих эти основания.

### **1. Аннулирование государственной регистрации иных имущественных прав лица, не являющегося собственником имущества, на основании окончания срока действия договора**

Вопросы, связанные со сроком действия договора, регулируются нормами, установленными частями 3-4 статьи 441 Гражданского кодекса РА, согласно которым:

3. Законом или договором может быть предусмотрено, что с окончанием срока действия договора прекращаются обязательства сторон.

*Договор, в котором отсутствует такое условие, действует до определенного в нем окончания исполнения обязательства.*

4. Окончание срока действия договора не освобождает стороны от ответственности за нарушение договора до этого.

В результате систематизированного анализа вышеупомянутой нормы и положений, установленных пунктом 1 части 3 статьи 35 Закона РА „О государственной регистрации прав на имущество“, приходим к заключению, что Государственный комитет кадастра недвижимого имущества при Правительстве Республики Армения осуществит аннулирование зарегистрированного права после окончания срока действия договора на основании заявления одной из сторон сделки, если сторонами договором установлено положение о том, что с окончанием срока действия договора прекращаются обязательства сторон.

В противных обстоятельствах законодатель установил, что для аннулирования права необходимо представить:

- ✓ совместное заявление сторон договора, или
- ✓ соглашение о расторжении договора, или
- ✓ судебный акт.

Указанное правовое регулирование на практике приводит к возникновению неуместных трудностей для сторон сделки – как собственника имущества, так и лица – стороны сделки, не являющегося собственником имущественного права. В частности, на практике имели место случаи, когда отношения между сторонами сделки формировались таким образом, что одна из них отказывалась представлять совместное заявление или соглашение о расторжении сделки. При таких обстоятельствах получается, что законодатель неуместным образом „заставляет“ стороны сделки вовлекаться в судебные процессы, которые могут продолжаться довольно долго.

По нашему глубокому убеждению, окончание срока действия договора, как юридический факт, приводит к прекращению действия договора, как юридического факта для возникновения правоотношения. Иначе говоря, срок действия договора является правопрекращающим периодом, после окончания которого договор не приводит к возникновению для сторон последующих прав и обязанностей. То есть, он не имеет правовой силы в аспекте регулирования дальнейших отношений сторон.

Однако, до окончания срока действия договора, договорные положения продолжают действовать в отношении договорных отношений и в случае наличия спорных частных правоотношений, орган, разрешающий споры, для определения правомерности поведения сторон должен сделать предметом оценки также положения сделки, заключенной между сторонами.

Однако все это, по нашему мнению, не может никоим образом служить препятствием для аннулирования права компетентным органом в рамках публичных правоотношений, так как с окончанием срока действия договора, договорные отношения между сторонами уже не имеют место, если законодательством РА не предусмотрено иное.

При таких обстоятельствах считаем, что положения, установленные пунктом 1 части 3 статьи 35 Закона РА „О государственной регистрации прав на имущество“ подлежат изменению, в результате чего, в случае окончания действия договора, Государственный комитет кадастра недвижимого имущества при Правительстве Республики Армения будет обязан зарегистрировать прекращение права посредством аннулирования на основании заявления хотя бы одной из сторон сделки.

## **2. Аннулирование государственной регистрации иных имущественных прав лица, не являющегося собственником имущества, в ходе срока действия договора**

Регулирование, установленное пунктом 2 части 3 статьи 35 Закона РА „О государственной регистрации прав на имущество“, предусматривает, что для государственной регистрации прекращения права посредством аннулирования в ходе срока действия договора, необходимо представление совместного заявления сторон сделки. Осуществление государственной регистрации прекращения права на основании заявления одной из сторон сделки будет возможным, если последняя представит соглашение о расторжении договора или судебный акт.

В подобной ситуации, в случае расторжения договора и прекращения правоотношения (в случае прекращения прав, составляющих его содержание), по основаниям частичного или полного одностороннего отказа от выполнения договора на основе регулирования, установленного частью 3 статьи 466 Гражданского кодекса РА, стороны договора не имеют возможности представления в Государственный комитет кадастра недвижимого имущества при Правительстве Республики Армения заявления с требованием осуществления государственной регистрации прекращения права посредством аннулирования.

В этом случае законодатель также неуместным образом потребовал представление судебного акта, для получения которого лицо неоправданно должно истратить значительные ресурсы (сумму, время и прочее), между тем как в условиях наличия частного-правового регулирования и соответствующего фактического состава, частное правоотношение и зарегистрированное право уже прекратились.

В этом случае мы также считаем, что положение, установленное пунктом 2 части 3 статьи 35 Закона РА „О государственной регистрации прав на имущество“, подлежит изменению, в результате которого Государственный комитет кадастра недвижимого имущества при Правительстве Республики Армения в ходе действия договора будет обязан осуществить государственную регистрацию прекращения права посредством аннулирования на основании заявления хотя бы одной из сторон сделки.

В случае подобного изменения считаем, что на заявителя должны быть возложены определенные обязательства по представлению доказательств, которыми будет обосновано наличие права на односторонний отказ от выполнения договора и наличие оснований для реализации такого права.

По нашему глубокому убеждению, действующее правовое регулирование не обеспечивает практическую реализацию принципа конституционно-правовой соразмерности, а также ряда основополагающих принципов администрирования.

## **III. Анализ судебной практики**

По нашему мнению, на такое правовое регулирование в определенной мере оказала свое „отрицательное“ воздействие также судебная правоприменительная практика. В частности, определение Административного суда РА ԳՂ/4004/05/10 от 11 июля 2011 года, постановление Административного апелляционного суда РА ԳՂ/4004/05/10 от 21 февраля 2012 года, обратившись к применению положений, закрепленных в статье 33 Закона РА „О государственной регистрации прав на имущество“<sup>7</sup> в редакции, действующей по состоянию на 2010 год и в статьях 466, 467, 468, 620, 623 Гражданского кодекса РА, зафиксировали: „... если не имеет место взаимное соглашение сторон (то есть, в данном случае – направленное регистрирующему органу совместное заявление сторон) относительно прекращения договора аренды (субаренды) и если такое положение не имеется в самом договоре, то прекращение договора (следовательно, и государ-

<sup>7</sup> В статье 33 Закона РА „О государственной регистрации прав на имущество“ в редакции, действующей по состоянию на 2010 год, было зафиксировано, что государственная регистрация права аренды недвижимого имущества и регистрационное свидетельство о праве аренды недвижимого имущества объявляются недействительными:

- а) на основании совместного заявления арендатора и арендодателя;
- б) в случае досрочного расторжения договора аренды недвижимого имущества в судебном порядке;
- в) в случае окончания срока договора аренды;
- г) в случаях, установленных Гражданским кодексом Республики Армения. На основании указанных документов в соответствующем разделе регистрационного журнала производится запись об объявлении государственной регистрации права аренды недвижимого имущества и регистрационного свидетельства о праве аренды недвижимого имущества недействительными.

ственная регистрация) может иметь место исключительно в судебном порядке, факт которого не имеет место“.

Касаясь статьи 33 Закона РА „О государственной регистрации прав на имущество“, в редакции по состоянию на 2010 год и статей 135, 437, 466, 467, 468, 620, 623, 625 Гражданского кодекса РА, Гражданский апелляционный суд РА своим постановлением ԵԱԲԴ/0172/02/10 от 11 мая 2011 года зафиксировал: „...То есть, законодатель в каждом случае предусмотрел по требованию арендатора для расторжения договора аренды иные основания для досрочного расторжения договора также по требованию арендатора, четко установил, что они подлежат рассмотрению в суде, и договор подлежит расторжению только в случае наличия соответствующего вердикта суда“.

#### **IV. Заключительная часть**

Исходя из вышеизложенных соображений считаем, что положения, установленные частями 1 и 2 части 3 статьи 35 Закона РА „О государственной регистрации прав на имущество“, подлежат изменению, в результате чего в случае окончания действия договора Государственный комитет кадастра недвижимого имущества при Правительстве Республики Армения будет обязан зарегистрировать прекращение права посредством аннулирования на основании заявления хотя бы одной из сторон сделки.

## Свобода и ее ограничение при определении содержания договора (О социальной и частно-правовой природе договора)

### I. Связь между договором и обязательством

Любой договор направлен на установление обязательственных отношений, так что договор и обязательство чаще всего находятся во взаимосвязи как причина и следствие.<sup>2</sup> При этом, обязательство может возникать и из другого юридического факта. Суть обязательства составляет то единство прав и обязанностей, которое основано на выражении взаимосогласованной воли сторон или на законных требованиях.<sup>3</sup> Правомочное действие, которое не противоречит обязательству (когда свобода действия не ограничена каким-либо императивом), называется полномочием, а действие, выполнение которого носит обязательный характер, называется обязанностью.<sup>4</sup> Договор подразумевает обязательство по исполнению определенного действия, возникающее в результате взаимной договоренности сторон (*Лотье*).<sup>5</sup> Обязательство ограничивает свободу действий должника, ставит его в зависимость от воли другого лица – кредитора, и обязывает его к исполнению договора (*Савиньи*).<sup>6</sup> В силу этого обязательства должник обязан либо выполнить соответствующее действие, либо воздержаться от его выполнения. Поэтому, в случае существования договора, намерения сторон направлены на возникновение обязательства, то есть на то, чтобы возложить на должника обязанность по исполнению обязательства и предоставить кредитору право требовать его выполнения (*Ансон*).<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Кетеван Кочашвили, доктор права, ассистент-профессор частного права Юридического факультета ТГУ.

<sup>2</sup> Шершеневич Г.Ф., Учебник русского гражданского права, СПб, 1909 г., стр. 442-443.

<sup>3</sup> Читошвили Т., Содержание и виды обязательств, возникающих из обязательственно-правовых отношений (общая характеристика), неосновательное обогащение (основные вопросы), Тбилиси, 2015 г., стр. 22 (на груз. яз.).

<sup>4</sup> Кант И., Критика практического разума, СПб, 1995 г., стр. 278.

<sup>5</sup> Мысль приводится в статье Полдникова Д.Ю., *Acta sunt servanda: проблема преемственности в европейском частном праве*, ж. „Государство и право“ № 3, 2011 г., стр. 74.

<sup>6</sup> Мысль приводится в труде Книпера Р., *Закон и история*, Баден-баден, Алматы, 2005 г., стр. 178.

<sup>7</sup> Мысль приводится в труде Джапаридзе., *Новые институты для содействия выполнению алиментного обязательства*, журнал „Самартлис журналы“, №2, 2013 г., стр. 152 (на груз. яз.).

Доктринальная позиция отражается и в позитивном праве: согласно положениям Гражданского кодекса Франции, в котором суть обязательства передана через определения договора, в силу договора, одно или несколько лиц обязуются совершить что-либо или не совершать чего-либо в отношении одного или нескольких лиц.<sup>8</sup> В Гражданском кодексе Грузии обязательство рассматривается в свете права требования:<sup>9</sup> в силу обязательства кредитор правомочен потребовать у должника совершения какого-либо действия. Исполнение может состоять и в том, что должник воздержится от совершения действия (первая часть статьи 316 ГК). Хотя Гражданский кодекс и не содержит определения понятия „договор“, его можно извлечь из определения понятия „сделка“: „Сделкой является одностороннее, двустороннее или многостороннее выражение воли, направленное на возникновение, изменение или прекращение правового отношения“ (статья 50 ГК). Формулировка „двустороннее или многостороннее выражение воли, направленное на наступление правового последствия“, указывает непосредственно на суть договора.

### II. Краеугольный камень понятия соглашения/договора

Понятие – это единство существенных признаков того или иного явления, определяющее суть предмета.<sup>10</sup> Согласно цивилистической доктрине, договор представляет собой общий добровольный акт сторон, согласованное волеизъявление двух или более лиц, направленное на возникновение, изменение или прекращение правового отношения.<sup>11</sup> Таким образом, договор выходит за рамки волеизъявления одного лица, так как для его существования необходимо совпадение воли двух или более лиц.<sup>12</sup>

О необходимости согласия, консенсуса, при заключении договора говорят классики европейского права. Так, по словам французского юриста *Жана Домата*, договор заключается по взаимному согласию сторон; согласно *Дернбургу*, возникновение, изменение или прекращение правового отношения осуществляется по воле двух или более лиц;<sup>13</sup> по мнению *Савиньи*, договор – это соглашение с участием нескольких

<sup>8</sup> *Гаришвили М., Хоперия М.*, История права иностранных государств, Тбилиси, 2014 г., стр. 702 (на груз. яз.).

<sup>9</sup> *Зоидзе Б.*, Рецепция европейского частного права в Грузии, Тбилиси, 2005 г., стр. 262 (на груз. яз.).

<sup>10</sup> *Зоидзе Б.*, „Конституционный контроль и порядок ценностей в Грузии“, Тбилиси, 2007 г., стр. 73 (на груз. яз.).

<sup>11</sup> *Сергеев А.П., Толстой Ю.К.* (ред.), Гражданское право, СПб, 1996г., стр. 428.

<sup>12</sup> *Мартен Р.*, Личность и субъект права, груз. перевод *Е. Сумбаташвили*, под ред. *Т. Нинидзе*, Юбилейный сборник, посвященный 70-летию Романа Шенгелия, Проблемы права, ред. *Чанчурия Л., Шенгелия Е.*, Тбилиси, 2013 г., стр. 175 (на груз. яз.).

<sup>13</sup> *Дернбург Г.*, Пандекты, т. I, перевод на груз. *Джапаридзе К.*, Тбилиси, 2014 г., стр. 235.

лиц, которое определяет правовые отношения между этими лицами.<sup>14</sup> Согласно *Флюму*, идея договора состоит в обязательном согласовании условий партнерами, чем каждый из них добровольно подтверждает их действительность. Ту же мысль развивают представители школы естественного права: согласие является наиглавнейшим условием существования договора (*Пуфендорф, Томазий*).<sup>15</sup>

Римское право разделяло понятия контракта и пакта, признавая согласие основным элементом каждого из них.<sup>16</sup> История права свидетельствует о том, что впервые термин „*contractus*“ был использован юристом Лабеоном (45-10 гг до н.э.) для определения сделки на основе двустороннего обязательства. Что касается пакта, в отличие от контракта, у него были не юридические, а моральные правомочия. Возникающее из пакта натуральное обязательство устанавливало не право на иск (*actio*), а право на экцепцию, то есть, пассивную защиту путем опровержения иска.<sup>17</sup>

В средние века глоссаторы проводили различие между понятиями контракта и пакта в зависимости от наличия или отсутствия исковой защиты. Для канонического права этого же периода основополагающим в договорных отношениях являлось одностороннее обязательство со стороны должника, подтверждающее его моральный долг добросовестного поведения. Это правило нашло отражение в первом систематизированном сборнике канонического права – Декрете Грациана (1140 г.), согласно которому должник лично давал обещание, подтверждая обязательность определенного действия и устанавливая для себя обязательство.<sup>18</sup>

В современном частном праве существование договора указывает на то, что стороны согласовали приемлемую для них схему взаимоотношений.<sup>19</sup> Несмотря на то, что Гражданский кодекс Грузии не содержит определения договора, суть этого понятия и, среди прочего, конституционное значение элемента соглашения, проистекают из других положений кодекса:

например, часть первая статьи 327 ГК гласит: „Договор считается заключенным, если стороны пришли к согласию по всем существенным условиям договора с соблюдением установленной для этого формы.“

Существенны те условия, которые являются обязательными и достаточными для заключения договора и, соответственно, для возникновения прав и обязанностей сторон.<sup>20</sup> До согласования таких условий сторонами, обязательства не имеют обязывающей силы.<sup>21</sup> Согласно Гражданскому кодексу Грузии, „существенными считаются условия договора, в отношении которых, по требованию одной из сторон, должно быть достигнуто соглашение, либо которые признаны таковыми законом (часть вторая статьи 327). Следовательно, либо соглашение в отношении существенных условий должно быть достигнуто по требованию сторон, что сделает эти условия существенными, либо закон должен императивно указывать на обязательность достижения соглашения о конкретных условиях действительности договора.“<sup>22</sup>

Что касается формы волеизъявления, которая является средством выражения, внешним проявлением воли, она может быть разнообразной. Форма – это гарантия достоверности и подлинности волеизъявления, основа упорядоченного, безопасного и гарантированного гражданского оборота. В то же время, европейская судебная практика допускает поиск волеизъявления вне формы, то есть, если суд установит, что волеизъявление действительно имело место, факт волеизъявления будет подтвержден, несмотря на отсутствие соответствующей формы.<sup>23</sup> Следует отметить, что существующие международные акты о праве договоров проявляют достаточно либеральное отношение к формам договоров. Например, согласно Венской конвенции о договорах купли-продажи товаров, заключение договоров купли-продажи в письменной форме или с соблюдением другой формы не является обязательным. Соответственно, факт существования договора можно доказать любыми средствами.<sup>24</sup>

### III. Социальная функция договора

Человек – существо разумное, созданное для познания. Человек также общественное и деятельное существо и, благодаря этой наклонности, а также в силу различных жизненных потребностей, он дол-

<sup>14</sup> Мысль приводится в труде: *Вольф*, Международное частное право. Пер.с англ. С. М. Рапопорт; Под. ред. Л. А. Лунца, М., 1948 г., стр. 50.

<sup>15</sup> Мысль приводится в труде: *Полдников Д. Ю.*, Договорные теории глоссаторов, М., 2008 г., стр. 303.

<sup>16</sup> *Полдников Д. Ю.*, Договорные теории глоссаторов М., 2008 г., стр. 70.

<sup>17</sup> *Полдников Д. Ю.*, Договорные теории глоссаторов, М., 2008 г., стр. 172. В современном частном праве для натуральных обязательств характерны следующие признаки: их выполнение не обеспечено процедурой рассмотрения жалоб, а реституционное требование о добровольном выполнении недопустимо. *Гелашвили И.*, Натуральные обязательства, Юбилейный сборник, посвященный 60-летию проф. Б. Зоидзе, под ред. *Чанчурия Л., Бурдули И.*, Тбилиси., 2014 г., стр. 354.

<sup>18</sup> *Полдников Д. Ю.*, Договорные теории глоссаторов, М., 2008 г., 72.

<sup>19</sup> *Думбадзе М.*, Договор подряда как средство избежать заключения трудового договора, Трудовое право, сборник статей, т. 3, под ред. *Чачава С., Заалишвили В.*, координатор *Амиранашвили Г.*, Тбилиси, 2014 г., стр. 307 (на груз.яз.).

<sup>20</sup> *Брагинский М. И., Витрянский В. В.*, Договорное право, Книга первая, Общие положения, М., 2002 г., стр. 295.

<sup>21</sup> *Ансон В.*, Договорное право, М., 1947 г., стр.10.

<sup>22</sup> *Церцвадзе Г.*, Договорное право, коллектив авторов: *Дзлеришвили З., Церцвадзе Г., Робакидзе И., Сванидзе Г., Церцвадзе Л., Джанашия Л.*, под ред. *Джугели Г.*, Тбилиси, 2014 г., стр. 52 (на груз. яз.).

<sup>23</sup> *Зоидзе Б.*, Конституционный контроль и порядок ценностей в Грузии, Тбилиси, 2007 г., стр. 26 (на груз. яз.).

<sup>24</sup> *Брагинский М. И., Витрянский В. В.*, Договорное право, Книга первая, Общие положения, М., 2002 г., стр. 340.

жен предаваться различным делам и занятиям. Поэтому, природа указала человечеству смешанный образ жизни, как наиболее для него подходящий.<sup>25</sup> Все люди стремятся к счастью, так как оно является целью жизни человека (*Аристотель*).<sup>26</sup> По мнению *Домата*, люди чаще всего пытаются достичь своих целей путем договора.<sup>27</sup> Помещая волю в какую-либо вещь, человек превращает ее в свою собственность; высвободив волю, он может превратить эту вещь в чужую собственность. Этот процесс и называется договором.<sup>28</sup> Политическое общество не может существовать без обмена благами и услугами между людьми (*Аристотель*).<sup>29</sup>

Функция договора состоит в достижении и сохранении юридического спокойствия; договор является выражением социальной функции человека.<sup>30</sup> Особенностью человека является стремление к управляемому собственным разумом отношению с другими людьми.<sup>31</sup> Человек избегает одиночества и ищет общества, для общения ему даны разум и язык.<sup>32</sup> Человек чувствует необходимость в обществе, так как, живя изолированно, он противится собственной природе (*Фихте*).<sup>33</sup> Эгоизм ненавидит все общее, он отрывает человека от человечества, ставит его в исключительное положение.<sup>34</sup>

Вот что обуславливает необходимость заключения общественного договора. Этот договор устанавливает между гражданами равновесие, при котором все обязуются пользоваться одним и тем же правом. При помощи общественного договора люди заменили естественную независимость на свободу; возможность вредить другим – на собственную безопасность; и свою силу, которую другие могли бы превзойти, – на

право, которое объединение в обществе делает неоценимым.<sup>35</sup>

Существование общественного договора свидетельствует о формировании государства; государство это социальное явление, основанное на добровольной организации.<sup>36</sup> Государство это совершенный союз свободных людей, заключенный ради соблюдения права и общей пользы.<sup>37</sup> Люди передали государству часть прав с целью их защиты от него; членство в государстве не только является обязанностью каждого, но и означает реальность его свободы (*Гегель*).<sup>38</sup> Государство не чуждо для человека, так как, благодаря социальным инстинктам, индивид изначально живет вместе со схожими с ним существами в семье, роде и, наконец, государстве, поэтому, последнее является результатом естественного развития сосуществования (*Аристотель*).<sup>39</sup>

По мнению *Платона*, государство возникает потому, что человек, как индивид, не может обеспечить удовлетворение своих главных потребностей, поэтому тысячи людей объединяются с целью совместного существования.<sup>40</sup> Для Аристотеля и Платона „быть человеком“ значит „жить в государстве“;<sup>41</sup> человек, как политическое существо, создан для того, чтобы жить в государстве.<sup>42</sup> Участники общественного договора, отчуждая свои права в пользу общества, подчиняют собственную индивидуальность общей воле (*Руссо*),<sup>43</sup> которая состоит из воли отдельных индивидов. Поэтому, каждый подчиняется самому себе, но, будучи участником общей воли, является неотъемлемой частью целого, а значит, является гражданином (*Руссо*).<sup>44</sup> Человеческая личность начинается с индивидуально-этнических качеств и кончается личностно-гражданскими качествами. Индивида от личности отделяет полный цикл воспитания и развития. В личности, индивид – это каждый человек, получивший свою индивидуальность генетически от рождения. Под индивидуальностью подразумевается его проис-

<sup>25</sup> *Юм Д.*, Трактат о человеческой природе, груз. перевод *Диасамидзе Д.*, Тбилиси, 2014 г., стр.11.

<sup>26</sup> Мысль приводится в труде: *Гатри У.*, Греческие философы, перев. с англ. *Нодия Г.*, предисловие к переводу и редакция *Тевзадзе Г.*, Тбилиси, 1983 г., стр. 163.

<sup>27</sup> *Полдников Д.Ю.*, Договорные теории глоссаторов, М., 2008 г., стр. 72.

<sup>28</sup> *Гегель*, Философия разума, перевод с немецкого *Натадзе Н.*, под ред. *Чавчавадзе Н.*, *Буачидзе Т.*, *Цинцадзе Г.*, Тбилиси., 1984 г., стр. 287. Присвоение и отчуждение – две стороны одной медали. *Вандельфельс Б.*, „Пути феноменологии, дающие ответ“, перевод с франц. *Лабучидзе Д.*, Тбилиси, 2013 г., стр. 22.

<sup>29</sup> Мысль приводится в труде: *Полдников Д.Ю.*, Договорные теории глоссаторов, М., 2008 г., стр. 111.

<sup>30</sup> *Вашанидзе Г.*, Система сложных обязательств в Гражданском кодексе, Тбилиси, 2010 г., стр. 23.

<sup>31</sup> *Гроций Г.*, О праве войны и мира, Под. ред. *Крылова С.Б.*, М., 1956 г., стр. 13.

<sup>32</sup> *Патарая Д.*, Джон Локк: два трактата об управлении, юбилейный сборник, посвященный 85-летию эмерита *Мзии Леквешвили*, под ред. *Иванидзе М.*, Тбилиси, 2014 г., стр. 101. Общество – это пространство для совместных действий людей в общих интересах, место, где все действуют одновременно как для себя, так и для других (*Иеринг*). Мысль приводится в труде: История политических учений, под. ред. *Нерсисянца В.С.*, [www.read.virmk.ru/History](http://www.read.virmk.ru/History) 4.25.2014 .

<sup>33</sup> Мысль приводится в труде *Забоева К. И.*, Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора, М., 2003 г., стр. 15.

<sup>34</sup> *Герцен А.И.*, Избранные философские произведения, т. 1, Тбилиси, 1953 г., стр. 23.

<sup>35</sup> *Руссо Жан-Жак*, „Об общественном договоре“, перев. с франц. и комментарии *Лабучидзе-Хоперия Д.*, Тбилиси, 1997 г., стр. 36.

<sup>36</sup> *Еллинек Г.*, Общее учение о государстве, СПб, 2004 г., стр. 42.

<sup>37</sup> *Гроций Г.*, О праве войны и мира, Под. ред. *Крылова С.Б.*, М., 1956 г., стр. 19.

<sup>38</sup> Мысль приводится в труде: *Книпер Р.*, Государство в гражданском праве, ж. „Государство и право“ №9, 2009 г., стр. 101.

<sup>39</sup> Мысль приводится в труде *Алексеева Н.Н.*, Очерки по общей теории государства, Основные предпосылки и гипотезы государственной науки, М., 1919 г., стр. 71.

<sup>40</sup> *Платон*, Государство, перевод *Брегвадзе Б.*, Тбилиси, 2013 г., стр. 68.

<sup>41</sup> *Еллинек Г.*, Общее учение о государстве, СПб, 2004 г., стр. 81.

<sup>42</sup> *Гатри У.*, Греческие философы, перевод с англ. *Нодия Г.*, предисловие к переводу и редакция *Тевзадзе Г.*, Тбилиси, 1983 г., стр.163.

<sup>43</sup> Мысль приводится в труде *Вачишвили А.*, Общая теория права, Тбилиси, 2010 г., стр. 45.

<sup>44</sup> Мысль приводится в труде: *Еллинек Г.*, Общее учение о государстве, СПб, 2004, 219.

хождение, этническая принадлежность и национальность. Личность же – это индивид, прошедший весь путь воспитания и развития, который выделяется в матрице данной культуры и цивилизации благодаря своим гражданским качествам.<sup>45</sup>

Таким образом, личными правами обладает не абстрактный, изолированный от всяких социальных отношений индивид, а член общества, признанный государством как личность.<sup>46</sup> Признание индивида личностью со стороны государства состоит в предъявлении ему государственно-правовых требований.<sup>47</sup>

Понятие государства включает в себя союз людей, проживающих на одной территории и подчиняющихся одной власти.<sup>48</sup> Власть означает способность подчинить себе волю других для безоговорочного выполнения своей воли.<sup>49</sup> Государство – это фактическая данность, а не абстракция, плод воображения. По своей форме – это общественное учреждение, а по своей сути – самоуправляемая корпорация.<sup>50</sup> Роль государства, с одной стороны, состоит в том, чтобы оберегать индивидов – обеспечивать их защиту и соблюдение их интересов, а с другой – в том, чтобы управлять гражданским обществом и защищать его.<sup>51</sup>

Государство – это гармоничное слияние частных и общественных интересов,<sup>52</sup> это средство достижения блага человека, как самоцели, высшей этической ценности.<sup>53</sup> Государство видит в каждом индивиде целое общество и воспринимает его голос как голос всего общества.<sup>54</sup> Невозможно осмыслить государственные интересы в отрыве от индивидуальных,<sup>55</sup> так как, любая деятельность государства в конечном счете служит благу индивида.<sup>56</sup>

Люди создали государство для своего же блага; оно существует для того, чтобы предоставить людям арену для проявления своей человеческой природы; оно учит людей правилам коллективного и индивидуального сосуществования, в частности, тому, как следует сочетать собственное „я“ с общим „мы“.<sup>57</sup> „Любой строй, при помощи которого действует человечество, создан для того, чтобы человек был счастлив, насколько это возможно. Отдельный человек – это не мощное и слабое существо, чья духовная и телесная природа устроена так, что в одиночку ему никогда не достичь счастья, поэтому он вынужден действовать вместе со схожим с ним другим существом, вот почему общество, а затем и государство, состоят из людей“.<sup>58</sup>

В постсоветском пространстве среди индивидов все еще существует чувство отчужденности в отношении государства, что обусловлено отсутствием социальной солидарности. В обществе, где доминируют эгоцентрические устремления (здесь под идеей узкого эгоизма не следует понимать идею свободы и индивидуализма),<sup>59</sup> категории социального сочувствия и ответственности отходят на задний план.<sup>60</sup> Причина этого явления заключается в тоталитарном прошлом, когда государство, в основном, отождествлялось с институтом репрессий, уничтожение которого ассоциируется с достижением свободы и индивидуальной автономией.<sup>61</sup>

В то же время, понятия демократии и равенства не должны использоваться для создания общества, где цели людей будут искусственно заужены, коллективное среднее задушит оригинальность и индивидуальные наклонности, где воцарится однообразие и исчезнет разнообразие жизни и характера людей (ведь каждое общество требует от людей взаимного терпения и взаимных уступок).<sup>62</sup> Этого можно избежать в условиях умеренного социального давления отдельных личностей друг на друга и на каждую личность в отдельности.<sup>63</sup>

<sup>45</sup> *Нашия Дж.*, Свобода и федерализм (Политическая культурология), Тбилиси, 2013 г., стр. 136-137 (на груз. яз.).

<sup>46</sup> *Еллинек Г.*, Общее учение о государстве, СПб, 2004 г., 374 стр.

<sup>47</sup> *Еллинек Г.*, Общее учение о государстве, СПб, 2004 г., 407 стр.

<sup>48</sup> *Шершеневич Г.Ф.*, Общее учение о праве и государстве, М., 1911 г., 18 стр.

<sup>49</sup> *Еллинек Г.*, Общее учение о государстве, СПб, 2004 г., 191 стр.

<sup>50</sup> *Фатянов А.А.*, Воля как правовая категория, ж. “Государство и право” №4, 2008 г., стр. 8.

<sup>51</sup> *Гегель*, Философия разума, перевод с немецк. *Натанидзе Н.*, под ред. *Чавчавадзе Н., Буачидзе Т., Цинцадзе Г.*, Тбилиси, 1984 г., стр. 308.

<sup>52</sup> *Зоидзе Б.*, Конституционный контроль и порядок ценностей в Грузии, Тбилиси, 2007 г., стр. 134.

<sup>53</sup> Указанная мысль об отношениях между государством и личностью является выражением концепции персонализации, а согласно трансперсональному подходу, высшей ценностью для государства является не индивид, а сверхиндивидуалистическое начало, а человек в этом процессе лишь средство для достижения интересов общества. *Покровский И.А.*, Основные проблемы гражданского права, М., 1998 г., стр. 78.

<sup>54</sup> *Зоидзе Б.*, Попытка изучения практического существования права (в первую очередь с точки зрения прав человека), эссе, Тбилиси, 2013 г., стр. 10 (на груз. яз.).

<sup>55</sup> Ни один человек не является островом, следовательно, его действия могут беспокоить других, поэтому провести границу между индивидуальной и социальной сферами зачастую невозможно. *Милль Дж. С.*, Утилитаризм. О свободе, перев. *Цададзе Т.*, Тбилиси, 2010 г., стр. 25.

<sup>56</sup> *Еллинек Г.*, Общее учение о государстве, СПб, 2004 г., стр. 374.

<sup>57</sup> *Зоидзе Б.*, Попытка изучения практического существования права (в первую очередь с точки зрения прав человека), эссе, Тбилиси, 2013 г., стр. 31 (на груз. яз.).

<sup>58</sup> *Чавчавадзе И.*, Публицистические письма, т. 4, Тбилиси, 1987 г., стр. 286.

<sup>59</sup> *Герцен А. И.*, Избранные философские произведения, т. 1, Тбилиси, 1953 г., стр. 466.

<sup>60</sup> *Хубуа Г.*, Модернизация государственного управления: опыт и перспективы, сборник: Трансформация государственного управления на Южном Кавказе: опыт и перспективы, материалы конференции, 16-17 сентября 2013 г., под ред. *Циммермана К.П., Хубуа Г.*, Тбилиси, 2015 г., стр. 24-25.

<sup>61</sup> *Хубуа Г.*, Модернизация государственного управления: опыт и перспективы, сборник: Трансформация государственного управления на Южном Кавказе: опыт и перспективы, материалы конференции, 16-17 сентября 2013 г., под ред. *Циммермана К.П., Хубуа Г.*, Тбилиси, 2015 г., стр. 23.

<sup>62</sup> *Шопенгауэр А.*, Афоризмы житейской мудрости, перевод и комментарии *Хасая Э.*, Тбилиси, 2012 г., стр. 29.

<sup>63</sup> *Милль Дж. С.*, Утилитаризм. О свободе, перев. *Цададзе Т.*, Тбилиси, 2010 г., стр. 16.

#### IV. Право – выражение общей воли

Государство связано правом в силу своей природы, правовой основой этого явления выступает акт свободной воли, а его функция ассоциируется с идеей защиты индивидуальной свободы. Человека необходимо защищать как от государства, так и при помощи государства.<sup>64</sup> Одной из основных целей государства является обеспечение правовой безопасности, под которой, в первую очередь, подразумевается социальная безопасность, состоящая из двух концепций: безопасность личности и ее прав и правовая безопасность – ценность, которая объединяет разные виды безопасности.<sup>65</sup> „Правовая безопасность – это та ценность, отсутствие которой ставит под сомнение основные права человека“ (Б. Зоидзе).<sup>66</sup> Существование правового государства, в первую очередь, проявляется в защите человеческого достоинства, что является универсальным и неизменным принципом в реализации прав на свободу и равенство и в исполнении государством своей обязанности по защите человека.<sup>67</sup> Существование демократического (когда в правлении участвует каждый гражданин – *Монтескье*) правового государства обусловлено существованием в обществе определенных конституцией ценностей. Это обеспечивает приверженность граждан праву.<sup>68</sup> Основное назначение права состоит в создании такого социального порядка, при котором существуют наилучшие условия для выражения свободы личности.<sup>69</sup> Право должно неуклонно идти вперед, стремясь к своей конечной цели – солидарности свободных личностей.<sup>70</sup> Законы, основанные на общественном договоре, являются выражением принципа социальной солидарности, что следует не из юридической природы позитивного права, а относится к области интуитивного права (*Петражицкий*).<sup>71</sup>

Человек – существо, способное к действию. Действие означает, что индивид действует намеренно, осознанно, на основе собственной воли.<sup>72</sup> Предопределяя волю человека, его лишают свободы выбора, то есть воли, тем самым отбирая у него достоинство и независимость. Если бы человек не был хозяином своей воли, он был бы лишен божественного начала. Божественное начало означает способность индивида понять и выбрать добро или зло. Если бог в своей абсолютной мудрости выбирает только добро, то человек выбирает добро лишь тогда, когда он подчиняет все свои способности разуму (*Антимоз Иверийский*).<sup>73</sup>

В частном праве обязательство основано на справедливости и свободе быть хозяином самому себе (*Кант*). Под свободой подразумевается такое добровольное поведение, которое находится в согласии со всеобщим законом свободы. Моя свобода становится гарантией свободы других, и наоборот, что подразумевает объединение воли отдельных людей в единую волю.<sup>74</sup> С одной стороны, свободу можно рассматривать в отрицательном значении, как ограничение эволюции и дурного поведения других людей, с другой – ее можно рассматривать с точки зрения субъективной, внутренней свободы, когда субъект обладает собственными принципами, мнением и убеждениями.<sup>75</sup> Только такая свобода и заслуживает названия свободы, когда мы можем совершенно свободно стремиться к достижению того, что считаем для себя благом, и стремиться теми путями, какие признаем за лучшие, – с тем только ограничением, чтобы наши действия не лишали других людей их блага или не препятствовали бы другим людям в их стремлениях к его достижению.<sup>76</sup>

#### V. Самоограничение – элемент свободы

Гражданское право, как основная отрасль частного права – это сфера отдельной человеческой личности, ее свободы и самоопределения. Здесь впервые зародилось представление о человеке как о субъекте права, как о существе, обладающем правовой идентичностью, в том числе, по отношению к государ-

<sup>64</sup> Хубуа Г., О смысле одного конституционного термина, ж. „Адамиани да конституция“ №1, 2000 г., стр. 64 (на груз. яз.). Конституция Грузии.

<sup>65</sup> Джанашивили Л., Правовая безопасность, как основная функция права и важнейший принцип правового государства, ж. „Самартлис журналы“, №1, 2014 г., стр. 51.

<sup>66</sup> Выдержка из доклада проф. Зоидзе Б., Эволюция права собственности в грузинском законодательстве, материалы конференции Собственность и правовая стабильность: трансформация понятия собственности, Тбилиси, 5-6 ноября 2015 г..

<sup>67</sup> Кох Н., Государственно-правовые основы государственной службы, сборник Трансформация государственного управления на Южном Кавказе: опыт и перспективы, материалы конференции, 16-17 сентября 2013 г., под ред. Циммермана К.П., Хубуа Г., 2015 г., стр. 54-55.

<sup>68</sup> Циммерман К.П., Европеизация национальных административных культур, сборник Трансформация государственного управления на Южном Кавказе: опыт и перспективы, материалы конференции, 16-17 сентября 2013 г., под ред. Циммермана К.П., Хубуа Г., Тбилиси, 2015 г., стр. 216-217.

<sup>69</sup> Покровский И.А., Основные проблемы гражданского права, М., 1998 г., стр. 78.

<sup>70</sup> Покровский И.А., Основные проблемы гражданского права, М., 1998 г., стр. 87.

<sup>71</sup> Мысль приводится в труде Сургуладзе И., Юридическая природа закона, ж. „Самартали“, №5, 1992 г., стр. 19 (на груз.

яз.).

<sup>72</sup> Гурджиев Г., В мире истины (беседы с учениками 1917-1931 гг.), Тбилиси, 2006 г., стр. 82.

<sup>73</sup> Закариадзе А., Морально-этические проблемы: европейский контекст в 18-м веке и его грузинские парадигмы, сборник „Грузия и европейский мир“ (философско-культурный диалог), т. 1., посвящается памяти Антимоза Иверийского, Тбилиси, 2009 г., стр. 76 (на груз.яз.).

<sup>74</sup> Зоидзе Б., Попытка изучения практического существования права (в первую очередь с точки зрения прав человека), эссе, Тбилиси, 2013 г., стр. 58 (на груз. яз.).

<sup>75</sup> Гегель, Философия разума, перевод с немецк. Натанидзе Н., под ред. Чавчавадзе Н., Буачидзе Т., Цинцадзе Г., Тбилиси, 1984 г., стр. 311.

<sup>76</sup> Милль Дж. С., Утилитаризм. О свободе, перев. Цададзе Т., Тбилиси, 2010 г., стр. 58.



ству.<sup>77</sup> В этой сфере индивиду гарантирована свобода, которая формирует его характер. Люди не смогли бы развиваться не будучи свободными от вмешательства других людей в определенную сферу собственной жизни.<sup>78</sup>

Свобода договора является одним из проявлений свободы. Она определяется как гарантированная государством участнику гражданского оборота возможность осуществления своих гражданских прав путем вступления в договорные отношения, не нарушая при этом права других лиц и интересов государства. Хотя в этом процессе участник может налагать на себя определенные ограничения, это необходимо для достижения свободы.<sup>79</sup> При заключении договора стороны добровольно берут на себя определенные обязательства, чем ограничивают собственную свободу. Это и есть договорное самоограничение.<sup>80</sup> Участник договорных отношений, на основании данной ему законом свободы, берет на себя договорные обязательства с верой в собственную безопасность. Самоограничение по собственной воле является результатом свободы действия личности. Самоограничение означает, что лицо берет на себя ответственность за выполнение определенных действий.<sup>81</sup>

Согласно одному из важных положений французской юриспруденции, законно заключенный договор обладает силой закона. Это положение важно с точки зрения авторитета и обязательной силы договора, так как оно подчеркивает, что договор должен выполняться так же, как закон, несмотря на то, что он представляет собой лишь сделку, а не нормативный акт. Это положение является краеугольным камнем общественного порядка, напоминая участникам гражданского оборота о той огромной ответственности, которую они берут на себя при заключении договора.<sup>82</sup>

<sup>77</sup> Покровский И.А., Основные проблемы гражданского права, М., 1998, 19.

<sup>78</sup> Милль Дж. С., Утилитаризм. О свободе, перев. Цададзе Т., Тбилиси, 2010 г., стр. 24.

<sup>79</sup> Зоидзе Б., Попытка изучения практического существования права (в первую очередь с точки зрения прав человека), эссе, Тбилиси, 2013 г., стр. 58 (на груз. яз.).

<sup>80</sup> Чантурия Л., Общая часть гражданского права, Тбилиси, 2011 г., стр. 91 (на груз. яз.).

<sup>81</sup> Джорбенадзе С., Понятие свободы договора, ж. „Самартлис журнаლი“, №1, 2014 г., стр. 274-275 (на груз. яз.).

<sup>82</sup> Зоидзе Б., Рецепция европейского частного права в Грузии, Тбилиси, 2005 г., стр. 127.

## Нужны ли законные проценты в гражданском обороте Грузии?!

### Вступление

*Нужны ли установленные законом проценты в гражданском обороте Грузии?! Этот вопрос давно стал актуальным и оставался таковым как во время существования положения о законных процентах в Гражданском кодексе Грузии (ГК), так и после отмены этого положения. Во время действия указанного положения в Грузии не было нормативного акта, устанавливающего размер процентов, а 29 июня 2007 года в силу вошли законодательные изменения<sup>2</sup>, которые упразднили возможность установления процентов на основе закона, окончательно уничтожив надежду на существование законных процентов в Грузии.*

*Цель настоящей статьи состоит в том, чтобы дать определение термину „проценты“, понять и проанализировать значение установленных законом процентов на примере Директивы 2000/35/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС, гражданских кодексов европейских и кавказских государств, а также Гражданского кодекса и судебной практики Грузии, и решить, существует ли необходимость в использовании законных процентов в гражданском праве и гражданском обороте Грузии. Статья состоит из вступления, четырех глав, которые, в свою очередь, делятся на разделы, и заключения.*

### I. Определение термина „процент“

Процент – плата за использование капитала (BGH NJW 79, 541, 806, NJW-RR 92, 592, Koeln ZIP 92, 1480), размер которой зависит от длительности его использования.<sup>3</sup> То же самое относится к кредитному проценту, который также является процентом по своей правовой природе (BGH NJW 79, 541, 806, 2090, 80, 446, Rn 7).<sup>4</sup>

Процент играет важную роль в гражданском обороте. Это может быть плата за пользование капиталом, процент с капитала или процент за нарушение сроков.

Существуют проценты, согласованные сторонами, и проценты, установленные законом. В предлежащей главе мы подробно остановимся на последних.

<sup>1</sup> Докторант в области частного права Юридического факультета Тбилисского государственного университета (ТСУ); магистр частного права Юридического факультета ТСУ; магистр права Кельнского университета; адвокат.

<sup>2</sup> 29 июня 2007 г. (№5127-06);

<sup>3</sup> BGB Kommentar, Palandt, S. 260, Z.2;

<sup>4</sup> BGB Kommentar, Palandt, S. 260, Z.2;

Наличие установленных законом процентов имеет большое значение для государства, так как, в первую очередь, такие проценты используются при нарушении сроков денежных обязательств вне зависимости от того, был ли размер процентов согласован сторонами. Кроме того, определение размера законных процентов, как правило, сопровождается определением лимита на проценты, что крайне важно с точки зрения защиты потребителя от завышенных процентных ставок. Однако, существуют противники законных процентов и процентных лимитов, так называемые „либертарианцы“, которые считают, что определение размера законных процентов и лимитов может негативно повлиять на экономическое развитие Грузии.

## II. Установленные законом проценты в Директиве 2000/35/ЕС и гражданских кодексах европейских и кавказских государств

В этой главе рассматриваются положения Директивы 2000/35/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС от 29 июня 2000 года об установленных законом процентах, а также особенности законных процентов и предельных процентных ставок и их место в гражданских кодексах.

### 1. Установленные законом проценты в Директиве 2000/35/ЕС<sup>5</sup>

Во вводной части Директивы 2000/35/ЕС европарламентарии отмечают, что несмотря на принятые 12 мая 1995 года рекомендации по проблеме просроченных платежей, существующие статистические данные свидетельствуют об отсутствии улучшения ситуации в этой сфере в государствах-членах ЕС.<sup>6</sup> Поэтому, европарламентарии сочли необходимым принять директиву с целью решения проблемы просроченных платежей на внутриевропейском рынке.<sup>7</sup>

Согласно директиве, она ограничивается платежами, выступающими в качестве вознаграждения в коммерческих сделках, и не регулирует сделки с потребителями, а также проценты, возникающие из иных платежей, например из предусмотренных законодательством платежей по чекам и векселям или из платежей в порядке компенсации причиненного ущерба, в том числе из платежей страховых компаний.<sup>8</sup>

Статья 3 Директивы обязывает государства-членов ЕС обеспечить начисление процентов на просрочен-

<sup>5</sup> „О противодействии задержкам платежей в коммерческих сделках“.

<sup>6</sup> DIRECTIVE 2000/35/EC (11).

<sup>7</sup> DIRECTIVE 2000/35/EC (12); в Директиве также отмечено, что государствам-членам ЕС, по всей видимости, не удалось решить проблему просроченных платежей самостоятельно, поэтому было решено урегулировать эту проблему усилиями Евросоюза.

<sup>8</sup> DIRECTIVE 2000/35/EC (13).

ные платежи.<sup>9</sup> В то же время, Директива определяет установленный законом процент, который обязан платить просрочивший платеж должник, если иное не предусмотрено договором. Установленный законом процент же равен ставке рефинансирования, установленной Европейским центральным банком, плюс минимум 7 процентов.<sup>10</sup>

## 2. Установленные законом проценты в гражданских кодексах европейских и кавказских государств

### а) Германия

В Гражданском кодексе Германии вопросу установленных законом процентов посвящен § 246 – Установленная законом процентная ставка (Книга 2, Договорное право), согласно которому: „Если, согласно закону или соглашению, на долг начисляется процент, то процентная ставка составляет четыре процента годовых, если не предусмотрено что-либо иное“.<sup>11</sup> Здесь же следует отметить § 288 – Процент за нарушение срока выполнения обязательств, согласно которому, за нарушение срока выполнения денежных обязательств начисляется процент в размере базовой процентной ставки плюс пять процентов годовых [§ 288 (1)]. В случае соглашения без участия потребителя, начисляемый процент равен базовой процентной ставке плюс восемь процентов [§ 288 (2)]. При этом, требование о начислении процентов не исключает требования об иных правовых последствиях [§ 288 (3)].<sup>12</sup>

<sup>9</sup> DIRECTIVE 2000/35/EC (13) „a”

<sup>10</sup> DIRECTIVE 2000/35/EC (13) „d”.

<sup>11</sup> § 247. Базовая процентная ставка

(1) Базовая процентная ставка составляет 3,62 процента. Она изменяется к 1 января и 1 июля ежегодно на число процентных пунктов, на которое с момента последнего изменения базовой процентной ставки возросла или уменьшилась исходная величина. Исходной величиной является процентная ставка для последней основной операции рефинансирования Европейского центрального банка, действующая на первый календарный день соответствующего месяца. (2) Немецкий федеральный банк незамедлительно публикует действующую базовую процентную ставку во втором предложении первой части после указанного срока.

§ 248. Сложные проценты (1) Заранее достигнутое соглашение о том, что на невыплаченные по основному долгу проценты начисляются новые проценты, недействительно. (2). Сберегательные кассы, кредитные институты и владельцы банковских счетов могут предварительно заключать соглашение о том, что неистребованные проценты по вкладам должны рассматриваться как новые процентные вклады. Кредитные институты, имеющие право выпускать процентные долговые обязательства на предъявителя по выданным ссудам, могут заранее, при выдаче этих ссуд, оговорить для себя право начислять проценты на проценты.

<sup>12</sup> Под влиянием Директивы 2000/35/EC § 288 Гражданского кодекса Германии дополнительно были внесены положения, относящиеся к потребителям.

### б) Франция

Согласно статье 1905 Гражданского кодекса Франции, разрешается заключать соглашения о процентах по простому займу, предметом которого являются деньги или припасы, или другие движимые вещи. Положения о законных процентах содержатся в главе о займах<sup>13</sup>. Статья 1907 гласит, что проценты являются законными или договорными. Законные проценты определяются законом. Договорные проценты могут превышать законные во всех случаях, когда это не запрещено Потребительским кодексом.<sup>14</sup> Примечательно, что согласно той же статье, размер договорных процентов должен быть установлен в письменной форме.

### в) Бельгия

В Гражданском кодексе Бельгии положения о законных процентах содержатся в §7 статьи 1907 о займах, согласно которой, если при заключении договора о займе стороны не договорились о размере процента, действует установленный законом процент, который составляет 7%.<sup>15</sup>

### г) Австрия

В Гражданском кодексе Австрии вопросы законных процентов регулируются § 1000 – „Процент и начисление процентов на процент“ главы 21, посвященной договору о займе. Согласно пункту 1 этого параграфа, „Процент, размер которого не был оговорен, устанавливается на основании закона и составляет 4%, если законом не предусмотрено иное“.<sup>16</sup>

### д) Польша

Следует подробнее остановиться на Гражданском кодексе Польши. В первую очередь, это необходимо потому, что в этом кодексе вопрос законных процентов регулируется главой о договорном праве [Księga trzu – obowiązek] так же, как это было в Гражданском кодексе Грузии. Во-вторых, гражданский кодекс Польши представляет особый интерес в свете внесенных в него 9 октября 2015 года изменений, которые вступили в силу 1 января 2016 года.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Титул X – О займе, Глава III – Обязанности заемщика.

<sup>14</sup> Monetary and Financial Code Art. L. 313-2;

<sup>15</sup> Business Law Guide to Belgium, By Van Bael & Bellis, 2003, z. 1159, стр. 288, источник: [https://books.google.ge/books?id=oiX1O5Ss3HcC&pg=PA288&lpg=PA288&dq=Statutory+interest+rate+as+per+civil+codes&source=bl&ots=4XSqfQLise&sig=kq6bH0ko7Yfe8KYNA9dkQ02R5y8&hl=en&sa=X&ved=0ahUKewjL8trsj6\\_MAhXKB5oKHWBaDQ8Q6AEINjAF#v=onepage&q=Statutory%20interest%20rate%20as%20per%20civil%20codes&f=false](https://books.google.ge/books?id=oiX1O5Ss3HcC&pg=PA288&lpg=PA288&dq=Statutory+interest+rate+as+per+civil+codes&source=bl&ots=4XSqfQLise&sig=kq6bH0ko7Yfe8KYNA9dkQ02R5y8&hl=en&sa=X&ved=0ahUKewjL8trsj6_MAhXKB5oKHWBaDQ8Q6AEINjAF#v=onepage&q=Statutory%20interest%20rate%20as%20per%20civil%20codes&f=false)

<sup>16</sup> ABGB (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie), Глава 21 „Договор о займе“, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>

<sup>17</sup> <http://www.codozasady.pl/en/changes-in-maximum-and-statutory-interest-rates/>

Согласно §2 статьи 359 Гражданского кодекса Польши, если проценты не установлены в ином размере, подлежат применению законные проценты. Кроме того, вопросу законных процентов посвящена 2 часть [Последствия неисполнения обязательств] главы 7 [Исполнение обязательств и результаты их исполнения], а именно статья 481 – „Просрочка исполнения денежных обязательств“. Первый параграф этой статьи гласит, что если должник просрочит исполнение денежного обязательства, кредитор вправе требовать уплаты процентов за просрочку, даже если он не понёс никакого вреда, и даже если просрочка была следствием обстоятельств, за которые должник не отвечает. Согласно второму параграфу той же статьи, если размер процентов за просрочку не был установлен заранее, подлежат применению законные проценты, кроме случаев, когда кредитор вправе потребовать проценты в соответствии с высшей ставкой. Третий параграф статьи гласит, что в случае неисполнения должником денежных обязательств, кредитор вправе также требовать возмещения убытков на общих основаниях.

Следует отметить, что вышеупомянутые изменения ввели формулы расчета процента на капитал и процента на просроченный платеж.<sup>18</sup>

Формула расчета процента на капитал:

$$\begin{aligned} \text{Законный процент} &= \text{базовый процент НБП}^{19} + 3.5 \% \\ \text{Максимальная процентная ставка} &= 2 \times (\text{базовый} \\ &\quad \text{процент НБП} + 3.5 \%) \end{aligned}$$

Формула расчета процента на просроченный платеж:

$$\begin{aligned} \text{Законный процент за просрочку} &= \text{базовый процент} \\ &\quad \text{НБП} + 5.5 \% \\ \text{Максимальная ставка процента за просрочку} &= 2 \times \\ &\quad (\text{базовый процент НБП} + 5.5 \%) \end{aligned}$$

Согласно данным формулам, процент за просрочку всегда будет выше процента на капитал, так как про-

<http://uclp.eu/odsetki-ustawowe-i-terminy-platnosci-w-polskim-prawie/>

До внесения изменений в случае, если стороны не оговаривали размер процента, в действие вступала процентная ставка, установленная законом, которая определялась постановлением Совета министров. Было неясно, влияла ли эта предельная процентная ставка на оговоренный сторонами процент за просрочку в исполнении обязательств. После внесения изменений, максимальный размер ставки устанавливается законом, и Совет министров не имеет права изменять его по своему усмотрению. Примечательно также то, что до внесения изменений, вместо базового процента в Гражданском кодексе в качестве средства расчета использовался ломбардный процент. Согласно старой редакции § 21 статьи 359, размер максимальной годовой процентной ставки определялся НБП на основе четырехкратного размера ломбардной процентной ставки.

<sup>18</sup> <http://www.codozasady.pl/en/changes-in-maximum-and-statutory-interest-rates/>

<sup>19</sup> Национальный банк Польши – далее обозначается аббревиатурой НБП.

цент за просрочку начисляется в случае нарушения договорных обязательств должником, следовательно, он выполняет функцию санкций.<sup>20</sup>

#### е) Эстония

Гражданский кодекс Эстонии предусматривает как законные, так и договорные проценты.<sup>21</sup> Установленный законом процент составляет 6%, а стороны вправе договориться о более высокой процентной ставке.

#### ж) Армения

Ответственности за неисполнение денежного обязательства посвящена статья 411 Гражданского кодекса Армении. Здесь также предусмотрены как установленные законом, так и договорные проценты. Примечательно то, что при взыскании долга в судебном порядке суд может удовлетворить требование кредитора, исходя из учетной ставки банковского процента на день вынесения решения [411 (1)].

#### з) Азербайджан

Аналогично, в Гражданском кодексе Азербайджана ответственности за неисполнение денежного обязательства посвящен раздел договорного права, а именно, глава 21 – „Исполнение обязательств“ и глава 23 – „Ответственность за неисполнение обязательств“. Статья 439 (3) также предусматривает законные и договорные проценты. При этом, Гражданский кодекс гласит, что если иное не предусмотрено соглашением сторон или законом, размер законного процента равен размеру процентной ставки, установленной Национальным банком Азербайджана плюс 2 %, но никак не менее 5%. То же повторяется в статье 445 (7), согласно которой, при просрочке уплаты денежной суммы, должник обязан уплатить годовые пять процентов за просроченное время, если кредитор по иным основаниям не может требовать большей суммы.

### III. Установленные законом проценты в Гражданском кодексе и судебной практике Грузии

С момента принятия Гражданского кодекса Грузии<sup>22</sup> и до внесения в него изменений 29 июня 2007 года<sup>23</sup> в кодекс входили положения об установленных законом процентах на просроченные платежи и на капитал.

<sup>20</sup> Что также упомянуто в замечаниях к пакету изменений <http://www.codozasady.pl/en/changes-in-maximum-and-statutory-interest-rates/>

<sup>21</sup> Latvian Contract Law and the EU, Kalvis Torgans, Prof. Dr. Habil. Iur., University of Latvia, p. 40, JURIDICA INTERNATIONAL VI/2001, [http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji\\_2001\\_1\\_38.pdf](http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2001_1_38.pdf)

<sup>22</sup> Далее – ГК.

<sup>23</sup> Закон от 29 июня 2007 г. (№5127-6b).

После внесения указанных выше изменений, положения о законных процентах были удалены. Изменения, в частности, коснулись статей 384, 403 и 625:

<b>До 29 июня 2007 г.</b>
<p><b>Статья 384 ГК: Порядок определения годовых процентов</b> Если, в соответствии с законом или договором, обязательство является процентным, предельные размеры годовых процентов определяются специальным нормативным актом.</p>
<p><b>Статья 403 ГК: Недопустимость выплаты процентов с процентов</b> 1. Должник, просрочивший выплату денежной суммы, обязан выплатить <b>установленные законом проценты</b>, если, исходя из иных оснований, кредитор не может потребовать большего.</p>
<p><b>Статья 625 ГК: Проценты по займу</b> Стороны могут предусмотреть проценты по займу, которые должны быть в разумном соотношении с предельным размером процента, установленным Национальным банком или Межбанковским кредитным аукционом. Нарушение этого условия ведет к отмене соглашения по процентам.</p>
<b>После 29 июня 2007 г.</b>
Изъята
<p><b>Статья 403 ГК: Выплата процентов при просрочке выплаты денежной суммы</b> 1. Должник, просрочивший выплату денежной суммы, обязан выплатить <b>определенные соглашением между сторонами проценты</b> за просроченное время, если, исходя из иных оснований, кредитор не может потребовать большего.</p>
<p><b>Статья 625 ГК: Проценты по займу</b> Соглашением между сторонами могут быть предусмотрены проценты по займу.</p>

В комментарии к статье 384 ГК говорится, что эта статья должна была применяться как в случае договорных, так и в случае законных процентов<sup>24</sup>, и что предметом регулирования данной статьи были лишь проценты из обязательств, таких как „заем и кредитные отношения“.<sup>25</sup> Автор комментария заявляет, что „Гражданский кодекс поддерживает нормальную, справедливую процентную ставку“, и, несмотря на то, что, как на этапе принятия кодекса, так и во время подготовки комментария не существовало нормативного акта, устанавливающего законный процент и предельный размер процентной ставки в целом,<sup>26</sup> указанная статья все же давала повод надеяться на то, что рано или поздно Национальный банк установит

и то, и другое. Именно этот настрой просматривается в комментарии автора к данной статье: „неограниченные“ проценты могут негативно повлиять на равноправие и имущественную свободу сторон. Именно по этой причине в процентных обязательствах „принцип договорной свободы“ заменен „принципом договорной справедливости“.<sup>27</sup>

Интерес представляет также комментарий к статье 403, в котором автор отделяет друг от друга процент на капитал и процент за нарушение сроков исполнения обязательств и заявляет, что процент, предусмотренный данной статьей, распространяется на все виды денежных обязательств.<sup>28</sup> Здесь же содержится указание на процент, как на компенсацию минимального ущерба [Mindestschaden], в частности, требование о начислении процента не зависит от факта причинения ущерба; для выдвигания этого требования достаточно нарушения сроков.<sup>29</sup>

Следует также отметить комментарии Кассационной палаты до законодательных изменений по делу, в котором истец требовал не предоставления конкретного имущества, а возмещения ущерба, причиненного непредоставлением этого имущества, в частности, возврата уплаченной им суммы и начисления процента за невыплату этой суммы в соответствии со статьей 403 ГК.<sup>30</sup> Суд поясняет, что „рассматриваемая норма распространяется на все денежные обязательства, возникающие из нарушения сроков выплат. Следует отметить, что эта норма охватывает как первичные, так и вторичные требования. В данном конкретном случае истец не требует поставки топлива, а требует компенсации ущерба, причиненного ему непоставкой такового, который, в первую очередь, выразился в невозвращении ему уплаченной за топливо суммы. Следовательно, истец требует возврата уплаченной суммы и выплаты процента, установленного за невыплату данной суммы в соответствии с правовым механизмом, предусмотренным в первом пункте статьи 403 ГК“.<sup>31</sup>

#### **IV. Вакуум, образовавшийся в грузинском правовом пространстве в результате отсутствия законного процента и процентного лимита**

Эта глава посвящена анализу судебной практики, сформировавшейся в условиях отсутствия установленных законом процентов за нарушение сроков де-

<sup>24</sup> Комментарии к Гражданскому кодексу Грузии, статья 384, Тбилиси 2001 г., стр. 332-333.

<sup>25</sup> Там же.

<sup>26</sup> Там же, стр. 335.

<sup>27</sup> Комментарии к Гражданскому кодексу Грузии, статья 384, Тбилиси 2001 г., стр. 335-336.

<sup>28</sup> Там же, стр. 427.

<sup>29</sup> Там же, стр. 428-429; также BGB Kommentar, Palandt, S. 389-390, Z.4.

<sup>30</sup> Стр. 7, Решение Верховного суда Грузии по делу №56-788-1112-07, 23 апреля 2008 г.

<sup>31</sup> Суд обязал ответчика ежемесячно выплачивать истцу сумму в размере 3% от 24.944 лари, начиная с 24 августа 2003 года, стр. 3.

нежных выплат, а также оценке результатов отсутствия процентного лимита.

После упразднения положений Гражданского кодекса о законных процентах, стороны заполнили этот вакуум при помощи положений ГК о неустойках, а также статьей ГК о договорных процентах (статья 403) и о возмещении ущерба вследствие неосновательного обогащения (статья 411). Что касается неустойки, ее размер стороны должны согласовать в письменной форме. После этого суд вправе снизить неустойку, если сочтет ее „неоправданно“ высокой.

В этой главе будут рассмотрены случаи из судебной практики до и после 2015 года, когда в условиях отсутствия законных процентов требование квалифицируется как упущенная выгода.

### 1. Судебная практика до 2015 года

Согласно судебной практике, существовавшей до 2015 года, в случае нарушения сроков исполнения денежного обязательства, физические и юридические лица имели право потребовать начисления ежегодного процента, выплачиваемого путем зачисления соответствующей суммы на их счет.

Анализ судебной практики позволяет сделать следующие выводы:

- 1) Деньги являются самым оборотоспособным средством – „Деньги считаются самым оборотоспособным средством, и тот факт, что кредитная организация обладает ими, создает обоснованное предположение о том, что она извлекает выгоду путем осуществления своей обычной деятельности; вне зависимости от возврата суммы, указание на невозможность получения дохода неоправданно как с фактической, так и с юридической точки зрения“.<sup>32</sup>
- 2) В случае несвоевременного исполнения денежных обязательств действует „презумпция упущенной выгоды“. На основе совместного анализа статей 403 и 411 ГК, Палата сочла необходимым пояснить, что „логично будет признать упущенной выгодой тот доход, который кредитная организация должна была получить в соответствии с договором, так как основная функция и назначение кредитной организации состоит именно в предоставлении денежных сумм в возмездное пользование. Соответственно, в отношении кредитных организаций существует презумпция того, что в случае неисполнения обязательства, предусмотренного кредитным соглашением, кредитная организация не получает ту прибыль с указанной суммы, которую она рассчитывала получить. Именно поэтому, в случае кредитной организации абсолютно оправдано счесть упущен-

ной выгодой тот доход, который кредитная организация получила бы в виде процента, начисленного на сумму долга, в случае надлежащего исполнения обязательства по кредитному соглашению“.<sup>33</sup>

- 3) Следует отметить, что „презумпция упущенной выгоды“ распространялась не только на кредитные организации, но и на любые физические или юридические лица, и применялась как городскими, так и апелляционными судами.<sup>34</sup> Согласно принятому в судебной практике определению, „упущенная выгода – это неполученные доходы, которые лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его права не были нарушены, например, если бы соглашение было выполнено надлежащим образом. В данном конкретном случае, неполученным доходом является процентная ставка по банковскому вкладу, которую кредитор получил бы в результате зачисления на его счет оборотоспособного объекта, то есть денег“.<sup>35</sup>
- 4) И, наконец, суд отделил друг от друга проценты и доход,<sup>36</sup> и, соответственно, разделил сроки предъявления требований об их выплате, пояснив, что „обязательство по выплате дохода (процента) действительно только в течение срока действия соглашения, проценты же действительны до полной выплаты основного денежного обязательства“.<sup>37</sup>

### 2. Судебная практика после 2015 года

7 октября 2015 г. Палата по гражданским делам Верховного суда Грузии приняла решение об изменении ранее существовавшей практики в отношении упущенной выгоды.<sup>38</sup>

Так, например, истец требовал возмещения упущенной выгоды в размере конкретного годового процента от конкретной суммы, апеллируя тем, что в случае размещения им этой суммы на счету кредитной организации, он получал бы доход в виде суммы

<sup>33</sup> Решение Тбилисского апелляционного суда по делу №28/1938-11, 28 февраля 2012 г., стр. 10.

<sup>34</sup> Решение Тбилисского апелляционного суда по делу №28/5106-13, 19 сентября 2013 г., стр. 10; Решение Тбилисского апелляционного суда по делу №2/16824-12, 25 июля 2013 г.

<sup>35</sup> Решение Верховного суда Грузии, №სს-1164-1093-2012, 27 декабря 2012 г.; Решение Верховного суда Грузии, №სს-828-786-2013, 24 января 2014 г.

<sup>36</sup> Решение Верховного суда Грузии, №სს-1701-1685-2011, 22 октября 2012 г.; Согласно пояснению Верховного суда: „Анализ указанных норм показал, что процент, предусмотренный статьей 625 ГК, который, по сути, является прибылью, отличается от процента, предусмотренного статьей 403, который является возмещением ущерба, понесенного кредитором за нарушение денежного обязательства. При этом, для удовлетворения иска по статье 403, необходимо существование следующих условий: наличие денежного обязательства со стороны должника; нарушение срока исполнения денежного обязательства; оговоренный сторонами процент за просроченный денежный платеж“., стр. 7.

<sup>37</sup> Решение Верховного суда Грузии, №სს-1701-1685-2011, 22 октября 2012 г., стр.6.

<sup>38</sup> Решение Верховного суда Грузии по делу №სს-459-438-2015, 07 октября 2015 г.

<sup>32</sup> Решение Тбилисского апелляционного суда по делу №28/1938-11, 28 февраля 2012 г., стр. 11.

ежегодно.<sup>39</sup> Кассационная палата не сочла требование истца достаточным основанием для взыскания ущерба с ответчика, и представила следующее пояснение: „Смысл положений первой части статьи 408, а также статей 411 и 412 ГК состоит именно в том, что возмещению подлежит неполученный доход, то есть упущенная выгода (*lucrum cessans*). Согласно статье 411 ГК, вред должен быть возмещен не только за фактически наступивший имущественный ущерб, но и за неполученный доход. Неполученным считается доход, который лицо не получило и которое оно получило бы при надлежащем исполнении обязательства. Упущенная выгода – это предполагаемый или возможный доход. Следует обратить внимание на то, насколько реальным было получение этого дохода. По своей природе, упущенная выгода является „чистой экономической потерей“, которую понесла сторона соглашения, и которую она бы не понесла в случае надлежащего исполнения обязательств. Об упущенной выгоде можно говорить лишь при наличии прямой и непосредственной связи с нарушением обязательства должником. Прямой связью считается та логическая цепочка событий, действий и наступивших последствий, которая не оставляет оснований для сомнений в реальной возможности получения дохода“.<sup>40</sup>

Так как истец требовал возврата выплаченной суммы и процента с этой суммы, Кассационная палата сочла недоказанным намерение о размещении суммы на банковском счете с целью получения дохода,<sup>41</sup> и, соответственно, не усмотрела „правового основания для взыскания ущерба с ответчика“.<sup>42</sup> Более того, Кассационная палата подчеркнула, что в случае упущенной выгоды ущерб следует взыскивать только на основании объективных критериев, дабы не допустить неосновательного обогащения лица, и указала на соответствующую судебную практику, а именно, решение Верховного суда Грузии по делу № 3б-307-291-2011 от 24 октября 2011 года.<sup>43</sup>

### 3. „Неограниченные“ проценты<sup>44</sup>

Упразднение законных процентов и процентных лимитов привело к следующим экономическим последствиям:

Согласно результатам исследования Национальной службы статистики Грузии за 2013 год, средневзвешенная годовая ломбардная ставка по займам<sup>45</sup>

составила 54,1% в иностранной валюте и 61,7% в национальной валюте.<sup>46</sup>

Банки также установили неоправданно высокие средние годовые процентные ставки, хотя, конечно, не такие высокие как ломбарды.

Налицо факт, что в отсутствии законного ограничения процентных ставок развилось так называемое ростовщичество, и это при том, что в Общих положениях Гражданского кодекса теперь нет соответствующей статьи о „ростовщичестве“.<sup>47</sup>

Все это плохо сказывается на потребителях, которые являются непосредственными приобретателями услуг и товаров, и чье благополучие является предпосылкой благополучия всего государства.

## V. Заключение

Как следует из настоящей статьи, гражданские кодексы европейских и кавказских государств, а также регламент ЕС предусматривают положения об установленных законом процентах. В одних государствах Европы действуют законные проценты на пользование капиталом, а в других, помимо упомянутых процентов, также действуют проценты за просроченное исполнение обязательств. В любом случае, законодатели в этих государствах не упраздняют законные проценты. Следует отметить, что проблема несвоевременной выплаты денежных обязательств рассматривается на уровне ЕС, который, при помощи соответствующих механизмов, налагает на государства-члены обязанность по принятию положений об установленных законом процентах, и, более того, определяет формулу расчета размера этих процентов. Отдельно следует отметить изменения, недавно внесенные в Гражданский кодекс Польши, которые делают особый акцент на законные проценты за нарушение сроков исполнения денежных обязательств и проценты на пользование капиталом, а также устанавливают формулы для расчета размера этих процентов.

Что касается грузинской реальности, здесь наличие правовой вакуум, созданный отсутствием установленных законом процентов. Ситуация еще более

янию на конец каждого квартала с указанием сроков действия займов (краткосрочный, долгосрочный).

<sup>46</sup> Исследование деятельности ломбардов было проведено Национальной службой статистики Грузии в 2003 году. [http://www.geostat.ge/cms/site\\_images/\\_files/georgian/fuladi/Lombardebis%20statistikuri%20gamokvleva.pdf](http://www.geostat.ge/cms/site_images/_files/georgian/fuladi/Lombardebis%20statistikuri%20gamokvleva.pdf)

<sup>47</sup> Статья 55 ГК – Недействительность сделки вследствие злоупотребления влиянием гласит: „1.Сделка может быть признана недействительной, если имеется явное несоответствие между определенным сделкой исполнением и предусмотренным за это исполнение вознаграждением, и сделка совершена только благодаря тому, что одна из сторон злоупотребила своей рыночной властью или воспользовалась тяжелым положением другой стороны договора или ее неопытностью (наивностью)“. Эта часть статьи была изъята из Гражданского кодекса на основе Закона №6151 от 8 мая 2012 г.

<sup>39</sup> Там же, стр. 33-34.

<sup>40</sup> Там же.

<sup>41</sup> Там же.

<sup>42</sup> Там же.

<sup>43</sup> Там же.

<sup>44</sup> Комментарий к Гражданскому кодексу Грузии, статья 384, Тбилиси 2001, стр. 335-336.

<sup>45</sup> Годовая средневзвешенная процентная ставка на выданные ломбардами займы по годам и кварталам, а также по состо-

усугубляется новейшей судебной практикой, которая считает неприемлемым начисление процентов в случае упущения выгоды в результате нарушения сроков исполнения денежных обязательств. Получается, что если за нарушение денежных обязательств не предусмотрена неустойка, кредитор не может взыскать с должника плату за использование капитала, а также потребовать наложения на него определенных „санкций“. И это при том, что деньги считаются наиболее оборотоспособным средством, и что бесспорным остается то, что упущенной выгодой в случае с деньгами является „доход от процентов, который кредитор получил бы в случае размещения оборотоспособного средства, т.е. денег на банковском счету“.<sup>48</sup>

С учетом всего вышесказанного, на вопрос о том, нужны ли установленные законом проценты в гражданском обороте в Грузии, можно ответить утвердительно. Это не только ретроспективная, но и перспективная точка зрения, так как будущее Грузии заключается в сближении национального законодательства с европейским.

<sup>48</sup> Решение Верховного суда Грузии, №33-1164-1093-2012, 27 декабря 2012 г.; решение Верховного суда Грузии, №33-828-786-2013, 24 января 2014 г.



## Особенности субъектного состава отношений, возникающих в связи с коммерческой тайной, и правомочий последних

### I. Предисловие

Характер защиты коммерческой тайны и ответственность за ее разглашение определяются исходя из субъекта коммерческой тайны. В условиях, формирующихся в Республике Армения рыночных отношений, когда количество субъектов, вовлеченных в разнородные и многообразные имущественные отношения, постепенно увеличивается и эти отношения усложняются, большое значение придается определению правомочий лиц, имеющих право выступать в качестве правообладателя коммерческой тайны, правомочий, отведенных последним в силу закона, их классификации.

Исходя из указанных соображений, в статье изучаются субъекты права в отношении коммерческой тайны, а также теоретические проблемы, связанные с их пониманием и классификацией, пробелы и противоречия в их законодательном регулировании.

Под правообладателем информации, составляющей коммерческую тайну, предлагается принимать лицо, которое на законных основаниях обладает информацией, составляющей коммерческую тайну, что ограничивает доступность этой информации и устанавливает в ее отношении режим коммерческой тайны. В статье вскрывается наиболее удобная для применения классификация субъектов коммерческой тайны.

В статье также обосновывается необходимость дачи Гражданским кодексом РА исчерпывающего законодательного закрепления правомочий, принадлежащих субъектам коммерческой тайны в виде отдельной статьи. Введение в Гражданский кодекс РА нормы, дающей правовое закрепление фактической монополии правообладателя в отношении информации, содержащей коммерческую тайну, внесет некоторую ясность в сферу защиты нераскрытой информации – наиболее неурегулированной коммерческой тайны, в определенной мере предупреждая поправки прав субъектов.

По результатам исследования, для решения выявленных проблем предлагается внесение соответствующих законодательных изменений с дополнением или изменением соответствующих статей Гражданского кодекса РА.

### II. Субъектный состав отношений, возникающих в связи с коммерческой тайной

#### 1. Кто может являться субъектом коммерческой тайны?

На основе анализа современного законодательства можно заключить, что в качестве обладателей (правообладателей) коммерческой тайны могут выступать индивидуальные предприниматели (в том числе, сельские /фермерские/ хозяйства), коммерческие юридические лица, а также некоммерческие юридические лица в связи с осуществлением ими предпринимательской деятельности и для реализации целей, в соответствии с которыми они и созданы. Следует также отметить, что обладатели (правообладатели) права на использование коммерческой тайны вправе предоставлять правомочие на использование коммерческой тайны третьим лицам как пользователям коммерческой тайны, в роли которых могут выступать также физические лица, не являющиеся предпринимателями.

Некоторые исследователи считают, что некоммерческие организации не могут являться субъектами права в отношении коммерческой тайны<sup>2</sup>, с чем можно не согласиться.

Об этом свидетельствует также судебная практика РА. В частности, следует отметить, что Кассационный суд РА, рассмотрев в открытом судебном заседании 27 мая 2010 года по административному делу № ԳԴ/1696/05/09 кассационную жалобу общественной организации „Центр свободы информации“ (далее – Общественная организация) против решения Административного суда РА от 07.12.2009 года по иску Общественной организации против ГНК „Ереванский офис по обустройству и реализации инвестиционных программ“ (далее – Организация) о признании действий Организации неправомерными как последствие требования, обязывающего предоставить информацию, сочтя подтвержденным, что Организация является государственной некоммерческой организацией и не имеет коммерческого интереса, однако коммерческий интерес имеют организации, с которыми Организация заключила договоры, суд пришел к заключению, что Организация, предоставив

<sup>1</sup> Экспертный аналитический отдел, Правовая консультативная служба.

<sup>2</sup> См. Северин Р. В. Механизм защиты прав на коммерческую тайну// Дисс. канд. юрид. наук. М., 2011.

истцу истребованные им сведения, разгласила бы коммерческую тайну других компаний, следовательно, Организация действовала в рамках закона и нет оснований признания ее действий неправомерными.<sup>3</sup> Таким образом, суд, при решении вопроса о квалификации информации в качестве коммерческой тайны, рассмотрел не только коммерческие интересы стороны-ответчика по данному делу – некоммерческой организации (ГНК „Ереванский офис по обустройству и реализации инвестиционных программ“), но и коммерческие интересы других организаций – партнеров последней, предотвратив причинение последним вреда и возможное нарушение прав последних вследствие возможного разглашения коммерческой информации, также относящейся к упомянутым организациям, тем самым причислив некоммерческие организации к ряду субъектов права в отношении коммерческой тайны.

Учитывая, что определение правового статуса лица в случае нарушения права на доступность информации имеет значение в вопросе выбора меры защиты информации, предлагаем закрепить позицию Кассационного суда РА на законодательном уровне – что субъектами коммерческой тайны могут быть как коммерческие юридические лица, так и некоммерческие юридические лица.

Однако такой подход не может считаться полноценным,<sup>4</sup> так как не учитывается, что информация, составляющая коммерческую тайну, может быть предоставлена (в том числе, *государственным органом*) в результате договора аренды, договора на проведение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ (главы 37 и 38 Гражданского кодекса РА).<sup>5</sup> В этом случае, согласно общим правилам (если договором не предусмотрено иное), правообладателем информации, составляющей коммерческую тайну, является арендатор (исполнитель).

Таким образом, под правообладателем коммерческой тайны может подразумеваться субъект предпринимательской деятельности, его контрагент по

гражданско-правовому договору, а также лицо, которое в ходе проведения работ по договору аренды, научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ получило результат, наделенный свойствами коммерческой тайны.<sup>6</sup>

Основываясь на „Концепции по внесению изменений в десятую главу Гражданского кодекса“,<sup>7</sup> предлагаем четко установить в Гражданском кодексе РА, кто может становиться законным обладателем (правообладателем) нераскрытой информации и какие права имеет лицо, которое самостоятельно создало, обнаружило или выявило нераскрытую информацию без нарушения прав кого-либо из существовавших до него законных распорядителей или обладателей (правообладателей):

**Правообладатель коммерческой тайны (лицо, обладающее информацией на законных основаниях, в том числе лицензиат, арендатор (исполнитель), в том числе некоммерческая организация) – субъект предпринимательской деятельности, его контрагент по гражданско-правовому договору, а также лицо, которое по договору аренды, договору на проведение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ получило результат, наделенный свойствами коммерческой тайны.**

**Правообладатели коммерческой тайны вправе предоставлять правомочие на использование коммерческой тайны третьим лицам – пользователям коммерческой тайны, в роли которых могут выступать также физические лица, не являющиеся предпринимателями.**

## 2. Классификация субъектов

Обращаясь к *классификации субъектов* коммерческой тайны и соглашаясь с некоторыми авторами, считаем, что ее можно подвести к следующему:

1. субъект предпринимательской деятельности – правообладатель коммерческой тайны, который может выступать в качестве:
  - ✓ правообладателя – лица, законно обладающего информацией, в том числе лицензиата;
  - ✓ добросовестного приобретателя – лица, не имеющего права распространения информации;
  - ✓ лица, самостоятельно и на законных основаниях получившего сведения информационного характера, в том числе, в результате выполнения работ по договору аренды, договору на прове-

<sup>3</sup> См. на сайте <http://www.arlis.am/DocumentView.aspx?DocID=59779>

<sup>4</sup> См. Яковлева И.А., Информация с ограниченным доступом в предпринимательской деятельности: правовой аспект, Специальность: 12.00.03, Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук; Москва, 2014, стр. 131.

<sup>5</sup> Следует отметить, что указанное непосредственно закреплено в статье 1471 Гражданского кодекса РФ, в которой устанавливается: „секрет производства (разновидность информации, составляющей коммерческую тайну) может быть получен, в том числе при выполнении договора подряда, договора на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ по государственному контракту“, при таком подходе по мере возможности облегчается правоприменительная практика. При заключении каждого из указанных договоров, стороны не будут нуждаться в обращении к предусмотренной нормой или непредусмотренному вопросу относительно возможной секретности производства (его защиты), так как этот вопрос уже получит законодательное разрешение.

<sup>6</sup> См. Яковлева И.А., Информация с ограниченным доступом в предпринимательской деятельности: правовой аспект, Специальность: 12.00.03, Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук, Москва, 2014, стр. 132

<sup>7</sup> См. на официальной интернет-странице Министерства юстиции РА: [http://www.moj.am/storage/files/legal\\_acts/legal\\_acts\\_1656450483731\\_tasnerord.pdf](http://www.moj.am/storage/files/legal_acts/legal_acts_1656450483731_tasnerord.pdf)

- дение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ;
2. персонал субъекта предпринимательской деятельности – сотрудники правообладателя коммерческой тайны;
  3. должностные лица государственных организаций и органов, осуществляющих проверку экономической деятельности субъекта предпринимательской деятельности;
  4. другие субъекты предпринимательской деятельности и их сотрудники, заинтересованные в получении информации, составляющей коммерческую тайну другого субъекта предпринимательской деятельности, в целях причинения вреда субъекту предпринимательской деятельности (лицо, получившее, распространившее или использовавшее информацию на незаконном основании);<sup>8</sup>
  5. третьи лица.

**Субъектами предпринимательской деятельности – обладателями информации, составляющей коммерческую тайну**, являются как юридические, так и физические лица – индивидуальные предприниматели (бизнесмены)<sup>9</sup>.

**Сотрудники предпринимателя** имеют право пользоваться информацией, составляющей коммерческую тайну, для выполнения своих служебных и трудовых обязанностей. Допуск каждого из таких сотрудников к такой информации определяется лично предпринимателем, а условия ее использования устанавливаются разработанными предпринимателем документами и трудовыми договорами (контрактом) или прилагаемым к ним дополнительным соглашением.<sup>10</sup>

Часть 2 статьи 43 Гражданского кодекса РА<sup>11</sup> под названием „Получение информации“ устанавливает: „Работодатель предоставляет представителям работников информацию о трудовых отношениях. Размер предоставляемой информации обуславливается уровнем социального партнерства“.

В части 3 той же статьи фиксируется: „Информация включает... иные сведения о трудовых отношениях, если эти сведения не считаются государственной, служебной или коммерческой тайной“.

**Служащие государственных организаций и органов, осуществляющих проверку предпринимателя**, получают доступ к коммерческой тайне на основании соответствующих актов государственных органов и организаций. Информацию о коммерческой тайне предпринимателя они получают в рамках административных правоотношений. Объем их до-

ступа к такой информации устанавливается в соответствии с направленностью проверки, о чем должно быть указано в документах проверки. За публикацию коммерческой тайны служащие государственных органов и организаций несут установленную законом ответственность. В частности, часть 1 статьи 8 Закона РА „О проведении и организации проверок в Республике Армения“<sup>12</sup> устанавливает: „Лицо (лица), осуществляющее (осуществляющие) проверку, обязано (обязаны)... не публиковать без письменного согласия должностного лица хозяйствующего субъекта ставшие ему (им) известными в ходе проверки сведения об операциях хозяйствующего субъекта, сведения о любой программе или разработке, касающихся его деятельности, об изобретении, полезной модели, промышленном образце и любую другую информацию, которую хозяйствующий субъект намеревался держать в тайне, и лицо (лица), осуществляющее (осуществляющие) проверку, осведомлено (осведомлены) или может (могут) быть осведомлено (осведомлены) относительно этого намерения, а также не публиковать сведения, считающиеся коммерческой тайной“.<sup>13</sup>

Кроме граждан и юридических лиц РА, правом на коммерческую тайну пользуются также **иностранцы граждане и юридические лица**. Для последних, без исключения, действуют все правила, предусмотренные законодательством РА для защиты коммерческой тайны.<sup>14</sup>

Отдельную категорию субъектов коммерческой тайны составляют **лица, заинтересованные в получении сведений, составляющих коммерческую тайну другого субъекта предпринимательства, в целях ее использования в конкурентной борьбе**. Действия этих лиц могут рассматриваться как конкурентная разведка или промышленный шпионаж.<sup>15</sup>

Считаем необходимым подчеркнуть, что пунктом „а“ части 4 статьи 16 Закона РА „Об экономической конкуренции“ в качестве разновидности недобросовестной конкуренции в отношении нераскрытой информации устанавливаются „промышленный коммерческий шпионаж или принуждение к нему“. Эта разновидность недобросовестной конкуренции нашла свое закрепление также в международных правовых документах.

<sup>8</sup> См. Хлевицкая Т.Б., Коммерческая тайна предприятия, конспект лекций для студентов дневной формы обучения специальности 7.050107, „Экономика предприятия“, Донецк, 2004, стр. 29.

<sup>9</sup> См. там же.

<sup>10</sup> См. там же.

<sup>11</sup> 2004.12.21/69(368) Ст. 1385 Трудового кодекса РА.

<sup>12</sup> См. ОВРА 2000.06.23/14(112) Закона РА „О проведении и организации проверок в Республике Армения“.

<sup>13</sup> См. Хлевицкая Т.Б., Коммерческая тайна предприятия, Конспект лекций для студентов дневной формы обучения специальности 7.050107, „Экономика предприятия“, Донецк, 2004, стр. 30.

<sup>14</sup> См. Барсегян Т.К., Ованнисян А.А., Право на интеллектуальную собственность, Учебное пособие, Ереван, 2012 г., стр. 248.

<sup>15</sup> См. Хлевицкая Т.Б., Коммерческая тайна предприятия, Конспект лекций для студентов дневной формы обучения специальности 7.050107, „Экономика предприятия“, Донецк, 2004, стр. 30.

Считаем, что законодательство РА о коммерческой тайне, для установления режима коммерческой тайны и надлежащей защиты информации, составляющей коммерческую тайну, подобно законодательству РФ, должно содержать также требования о принятии определенных дополнительных профилактических мер правообладателем, в том числе, размещение грифа „Коммерческая тайна“ на материальных носителях (документах), содержащих информацию, составляющую коммерческую тайну. Кроме этого, вновь исходя из соображений безопасности, предлагаем провести учет лиц, имеющих доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, – лиц, которым эта информация предоставлена или передана.

## II. Правомочия, составляющие содержание коммерческой тайны

### 1. Проблемы классификации правомочий

Т. К. Барсегян, и А. А. Ованнисян выделяют право считать определенную информацию конфиденциальной; право использования любой меры и способа, не запрещенных законом, для обеспечения защиты конфиденциальности информации; право требовать от третьих лиц воздержания от действий по незаконному овладению информацией, содержащей коммерческую тайну; право требовать компенсацию за вред, причиненный незаконным использованием и право распоряжения коммерческой тайной по собственному усмотрению.<sup>16</sup> Другие авторы представляют иную (более широкую или более узкую) классификацию, выделяя в качестве правомочий, составляющих содержание коммерческой тайны, например, правомочие по требованию, правомочие по собственным действиям и правомочие по защите.<sup>17</sup>

**Другие авторы основным из правомочий по коммерческой тайне называют возможность правообладателя на собственные активные действия фактического характера, направленные на получение прибыли посредством использования информации, а также на определение его юридической судьбы.**<sup>18</sup> Правомочие на осуществление собственных действий правообладателем права на коммерческую тайну считается основным и является

достаточно разработанным по своему содержанию правомочием. Это правомочие традиционно формулируется как „использование и распоряжение“ в отношении информации<sup>19</sup> и включает в себя следующие разновидности: возможность принятия мер по охране конфиденциальности информации; **право считать сведения коммерческой тайной**; право на разработку корпоративных актов (правила внутреннего трудового распорядка, положения относительно защиты конфиденциальности информации, правила работы с документами, имеющими гриф „Коммерческая тайна“ и прочее); возможность возложения на лиц, в силу трудовых обязанностей владеющих информацией, обязанности по ее неразглашению.

Считая выделенную Т. К. Барсегяном и А. А. Ованнисяном классификацию наиболее целесообразной, попытаемся представить отдельные виды правомочий согласно предложенной ими логике.

### 1. Право считать определенную информацию конфиденциальной

**Первое** и, пожалуй, самое основное право – **право считать определенную информацию конфиденциальной**. Это право принадлежит правообладателю с условием, что он получил его законным путем и не нарушает установленные законом ограничения.

Как уже отмечалось, субъект коммерческой тайны имеет право считать коммерческой тайной любую информацию (за исключением запрещенной законом), относящуюся к своей деятельности, организации своего производства, своим технологическим процессам, своей технике, и охранять ее от раскрытия. Обладатель коммерческой тайны сам определяет, какую информацию считать коммерческой тайной и сам устанавливает правила ее охраны.<sup>20</sup>

Думаем, что в качестве компонента этого правомочия существенное значение имеет разработка корпоративных актов, которые, в свою очередь, могут включать в себя правила внутреннего трудового распорядка, положения относительно защиты конфиденциальности информации, правила работы с документами под грифом „Коммерческая тайна“ и прочее. Необходимой мерой обеспечения защиты коммерческой информации является принятие лицами, в силу трудовых обязанностей обладающими информацией, обязанности по ее неразглашению. Статьей 122 Трудового кодекса РА предусматривается, что работодатель имеет право в случае утраты доверия к работнику по своей инициативе расторгнуть трудовой договор с работником, утратившим его доверие,

<sup>16</sup> См. Барсегян Т.К., Ованнисян А.А., Право на интеллектуальную собственность, Учебное пособие, Ереван, 2012г, стр. 248.

<sup>17</sup> См. Гуляева Н.С.; Коммерческая тайна в предпринимательской деятельности: сравнительно-правовое исследование законодательства РФ, зарубежных государств и международно-правового регулирования, Специальность 12.00, Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук, Москва, 2002, стр. 20.

<sup>18</sup> См. Северин Р.В., Механизм защиты прав на коммерческую тайну, Специальность 12.00.03, Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук, Москва, 2011, с. 62.

<sup>19</sup> См. Дозорцев В.А., Понятие секрета промысла (ноу-хау), Вестн. Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации №8., 2001, стр.111.

<sup>20</sup> См. Барсегян Т.К., Ованнисян А.А., Право на интеллектуальную собственность, Учебное пособие, Ереван, 2012, стр. 249.

если работник разгласил государственную, служебную, коммерческую или технологическую тайну, либо сообщил о ней конкурирующей организации. Исходя из этого, в заключаемые с работниками трудовые договоры могут включаться положения секретности и ответственности за ее нарушение. Правообладатель коммерческой тайны может применять любые допускаемые законом технические средства контроля в отношении защиты рабочих мест, защиты от тайного прослушивания телефонных переговоров и других возможных путей утечки информации.

Однако рассматриваемое правомочие не является безграничным. Любое государство вправе в целях защиты государственных и общественных интересов, для обеспечения государственной и военной безопасности, а также предотвращения недобросовестной конкуренции и в целях обеспечения защиты интересов потребителей, не только осуществлять контроль в отношении деятельности предпринимателей, но и устанавливать те виды информации, которые не могут считаться служебной, коммерческой или банковской тайной.<sup>21</sup>

## **2. Право на использование любого незапрещенного законом средства и способа, необходимого для обеспечения соблюдения конфиденциальности информации.**

**Второе** – обладатель коммерческой тайны имеет право **использовать любое незапрещенное законом средство и способ, необходимые для обеспечения соблюдения конфиденциальности информации.** Право выбора этих средств принадлежит только обладателю тайны. Он может использовать технические средства, разрабатывать организационные меры, инструкции по соблюдению тайны, инструкции по работе с документами, правила поведения сотрудников, соприкасающихся с тайной, меры ответственности за разглашение тайны и прочее.<sup>22</sup> К ним причисляются также разнообразные меры, связанные с подбором кадров, организацией документооборота, установлением пропускного и внутриобъектного режима и прочие меры.

Следует отметить, что Кассационный суд РА, признав по представленному делу подтвержденным, что Организация является некоммерческой организацией и не имеет коммерческого интереса, и такой коммерческий интерес имеют организации, с которыми Организация заключила договоры, пришел к заключению, что Организация, предоставив истцу истребованную им информацию, разгласила бы коммерче-

скую тайну других компаний, следовательно, Организация действовала в рамках закона и, следовательно, нет оснований признания ее действий неправомерными.<sup>23</sup> Таким образом, суд, при решении вопроса о квалификации информации в качестве коммерческой тайны, рассмотрел не только коммерческие интересы стороны-ответчика по данному делу – некоммерческой организации, но и коммерческие интересы других организаций – партнеров последней, предотвратив причинение последним вреда и возможное нарушение прав последних вследствие возможного разглашения коммерческой информации, также относящейся к упомянутым организациям.

## **3. Право требовать от третьих лиц воздержания от действий по незаконному овладению информацией, содержащей коммерческую тайну**

**В третьих** – обладатель коммерческой тайны (правообладатель) вправе **требовать от третьих лиц воздержания от действий по незаконному овладению информацией, содержащей коммерческую тайну.**<sup>24</sup>

Следует подчеркнуть, что правомочие по требованию, принадлежащее правообладателю права на коммерческую тайну, выражается в возможности принадлежащего правообладателю требования о воздержании от любых незаконных способов получения от третьих лиц информации, составляющей коммерческую тайну, но не от правомерных способов получения этой информации, к числу которых правоприменительная практика традиционно причисляет независимое изобретение, обратную инженерию и добросовестное приобретение.<sup>25</sup> Такие правомочия в основном характеризуются отчуждением исключительного права на коммерческую тайну либо в отношении договорных отношений, связанных с прекращением права на ее использование. Гражданское законодательство РА предоставляет защиту только в случае завладения информацией незаконным путем. Речь идет о запрете на использование информации третьими лицами без согласия обладателя информации. Если информация получена лицом без разрешения ее обладателя, однако самостоятельно, в ходе собственной деятельности, то получатель не считается нарушителем.

<sup>23</sup> См. на сайте <http://www.arlis.am/DocumentView.aspx?DocID=59779>

<sup>24</sup> См. Барсегян Т.К., Ованнисян А.А., Право на интеллектуальную собственность, Учебное пособие, Ереван, 2012г, стр. 249.

<sup>25</sup> См. Гуляева Н.С., Коммерческая тайна в предпринимательской деятельности: Сравнительно-правовое исследование законодательства РФ, зарубежных государств и международно-правового регулирования, Специальность 12.00, Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук, Москва, 2002, стр. 21.

<sup>21</sup> См. Барсегян Т.К., Ованнисян А.А., Право на интеллектуальную собственность, Учебное пособие, Ереван, 2012 г., стр. 249.

<sup>22</sup> См. там же.

Указанное правомочие, согласно В.П. Грибанову, состоит в возможности правомочного лица на использование в отношении нарушителя допущенных законом мер воздействия собственного принуждения; на защиту собственными действиями фактического порядка принадлежащего ему права (самозащита гражданских прав); на применение непосредственно правомочным лицом к правонарушителю оперативных действий юридического характера; на обращение к компетентным государственным или общественным органам с требованием об обяывании должника к проявлению определенного поведения. Однако, указанные возможности неразрывно взаимосвязаны и в различных сочетаниях включаются в правомочие по защите субъективного права.<sup>26</sup>

Возвращаясь к содержанию правомочия по защите следует отметить, что правомочие на защиту может быть реализовано в форме самозащиты, мер оперативного воздействия в отношении правонарушителя, а также процедур, подразумевающих судебные и административные процессы. Одновременно, важное значение имеет самозащита в форме профилактических мер защиты права на коммерческую тайну.<sup>27</sup>

В данном случае речь идет не о запрете на использование информации третьими лицами, а об использовании незаконным образом принадлежащей третьему лицу информации, содержащей коммерческую тайну. Дело в том, что правообладатель коммерческой тайны пользуется ею не юридически, а фактически монопольно. По этой причине, независимо от разрешения или против разрешения обладателя тайны, лицо, получившее такие сведения самостоятельно и законным образом, имеет право использовать их независимо от права обладателя этой информации и обязанностей в отношении последнего и не несет ответственность за ее использование перед последним (Гражданский кодекс РА<sup>28</sup>, пункт 4 статьи 1165<sup>29</sup>).

Из вышеизложенного следует, что существование права на защиту от незаконного использования конфиденциальной информации зависит от сохранности тайны. Если информация каким-либо путем становится известной третьим лицам, то прекращает считаться тайной. Сказанное не означает, что тайной считается только информация, известная одному субъекту. Одна и та же информация может быть известна и быть

использована разными субъектами, действующими независимо друг от друга. Кроме того, информация будет считаться тайной, если каждый из субъектов предпринял соответствующие меры для защиты ее конфиденциальности.<sup>30</sup>

Несмотря на то, что Гражданский кодекс РА не обращается к вопросу, какие методы получения информации являются незаконными, данный вопрос не представляет сложности. В мире к таким методам причисляют промышленный шпионаж, завладение тайнами посредством подкупа сотрудников правообладателя коммерческой тайны, прослушивание коммуникаций связи, вскрытие корреспонденций, похищение информации и прочее. Часть указанных способов, как способы, противоречащие обычаям делового оборота по приобретению, использованию или раскрытию нераскрытой информации, получили свое законодательное закрепление в части 4 статьи 16<sup>31</sup> Закона РА „О защите экономической конкуренции“.<sup>32</sup> Подобные действия составляют также часть административных правонарушений или уголовного состава преступлений (например, статья 199 Уголовного кодекса РА<sup>33</sup>).

VII раздел „Концепции информационной безопасности Республики Армения“<sup>34</sup> под заглавием “Механизмы обеспечения информационной безопасности Республики Армения” предусматривает, что правовые механизмы обеспечения информационной безопасности Республики Армения в числе других механизмов включают: **разработку и принятие нормативных правовых актов** Республики Армения, которые устанавливают в отношении физических и юридических лиц ответственность за неразрешенное получение информации, ее незаконное копирование, искажение и незаконное использование, умышленное распространение недостоверной информации, **незаконное раскрытие конфиденциальной информации, использование информации, содержащей служебную или коммерческую тайну, в преступных или корыстных целях**. Принятие этой системы официального подхода к целям, задачам, принципам и основным направлениям охраны информационной безопасности Республики Армения

<sup>26</sup> См. Грибанов В.П., Осуществление и защита гражданских прав. Изд. 2-е. М., 2001, стр. 107.

<sup>27</sup> См. Гуляева Н.С., Коммерческая тайна в предпринимательской деятельности: Сравнительно-правовое исследование законодательства РФ, зарубежных государств и международно-правового регулирования, Специальность 12.00, Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук, Москва, 2002, стр. 21.

<sup>28</sup> См. ОВРА 1998.08.10/17(50) Гражданский кодекс Республики Армения.

<sup>29</sup> См. Барсесян Т.Н., Ованнисян А.А., Право на интеллектуальную собственность, Учебное пособие, Ереван, 2012 г., стр. 250.

<sup>30</sup> См. там же.

<sup>31</sup> Последняя подобными способами признает промышленный, коммерческий шпионаж или принуждение к нему; нарушение, расторжение договора, относящегося к нераскрытой информации, или принуждение к этому; приобретение нераскрытой информации третьим лицом, которое знало или могло знать, что это предполагает применение действий, указанных в вышеупомянутых пунктах.

<sup>32</sup> См. ОВРА 2000.12.15/30(128) Закон РА „О защите экономической конкуренции“.

<sup>33</sup> См. ОВРА 2003.05.02/25(260) Уголовный кодекс Республики Армения.

<sup>34</sup> См. ОВРА 2009.07.15/35(701); утверждена распоряжением Президента РА №97 „Об утверждении Концепции информационной безопасности Республики Армения“, вступившим в силу 26.06.2009.

считаем обусловленным вызовами времени и шагом общегосударственного значения, направленным на разработку и реализацию основных направлений и приоритетов государственной политики в сфере обеспечения информационной безопасности Республики Армения. Обращение рассматриваемого документа к незаконному использованию информации, содержащей коммерческую тайну, является основанием для заключения о том, что коммерческая тайна находится под опекой государства наряду с государственной, служебной и банковской тайной. Вместе с тем, считаем, что государство в рассматриваемом документе не должно удовлетворяться только подчеркиванием необходимости разработки и принятия правовых актов в указанной сфере. Думаем, что решения проблем в этой сфере могут быть даны посредством разработки и реализации действенных механизмов по защите **информации, содержащей коммерческую тайну**.<sup>35</sup>

Учитывая то, что право требования о воздержании от действий по незаконному завладению информацией, содержащей коммерческую тайну, не получило закрепления в Гражданском кодексе РА полностью, „Концепцией по внесению изменений в десятый раздел Гражданского кодекса РА“ предлагается предусмотреть в Гражданском кодексе РА, что лицо, обладающее коммерческой тайной на законных основаниях, должно иметь право запрещать третьим лицам использовать нераскрытую информацию или какую-либо ее часть, если она раскрыта и стала известна третьим лицам без уведомления, письменного разрешения или согласия законного обладателя коммерческой тайны (незаконное раскрытие). При этом, такой способ защиты должен быть доступным также в том случае, когда незаконный пользователь информацией является добросовестным приобретателем.<sup>36</sup>

В этих целях, „Концепцией по внесению изменений в десятый раздел Гражданского кодекса РА“ в части 2 статьи 1165 Гражданского кодекса РА предлагается установить, что обладатель нераскрытой информации имеет право требовать от добросовестного приобретателя „немедленного прекращения пользования, раскрытия или распространения“. Кроме этого, авторская группа концепции предлагает признать утратившей силу положение статьи 1165 Гражданского кодекса РА, согласно которому „суд, учитывая расходы, произведенные добросовестным приобретателем

на использование нераскрытой информации, может разрешить ее использование на условиях компенсируемой неисключительной лицензии“.<sup>37</sup>

#### **4. Право на требование о компенсации вреда, причиненного незаконным использованием**

**Четвертое** – законный обладатель имеет право **требовать** от лица, получившего, распространившего или использовавшего тайную информацию на незаконных основаниях, **компенсацию вреда, причиненного незаконным использованием**. Если лицо, незаконно использующее тайную информацию, получило ее от лица, не имеющего права на ее распространение, которое не знало и не обязано было знать об этом (добросовестный приобретатель), законный обладатель тайной информации имеет право требовать от добросовестного приобретателя компенсацию вреда, причиненного использованием этой информации, начиная с момента, когда добросовестный приобретатель узнал, что ее использование является незаконным (статья 1165 Гражданского кодекса РА).<sup>38</sup>

Законный предоставитель информации, составляющей тайну, имеет право требовать от незаконного пользователя немедленного прекращения действия. Однако суд, учитывая расходы, произведенные добросовестным приобретателем на использование нераскрытой информации, может разрешить ее использование на условиях компенсируемой неисключительной лицензии.<sup>39</sup>

Согласно „Концепции по внесению изменений в десятый раздел Гражданского кодекса РА“, Гражданским кодексом РА не закреплено право обладателя нераскрытой информации относительно требования о прекращении использования нераскрытой информации также в отношении добросовестного приобретателя. Более того, часть 2 статьи 1165 Гражданского кодекса РА отводит суду право разрешить незаконно использующему информацию добросовестному приобретателю дальнейшее использование с учетом расходов, произведенных на использование. Международный опыт подсказывает иное, и расходы, произведенные правонарушителем, независимо от их размера, не считаются существенным условием для разрешения на дальнейшее использование, так как это создает возможности для злоупотреблений. Следовательно, предлагается внести соответствующие изменения также в Закон РА „О защите экономической конкуренции“. В частности, статьей 16

<sup>35</sup> Считаем необходимым отметить, что согласно Концепции информационной безопасности РФ, в отличие от РА, основными внешними угрозами информационной безопасности РФ в сфере науки и техники следует считать **активизацию деятельности иностранных государственных и коммерческих предприятий, учреждений и организаций в сфере промышленного шпионажа с привлечением к этому разведывательных и специальных служб**.

<sup>36</sup> См. на официальном сайте Министерства юстиции РА [http://www.moj.am/storage/files/legal\\_acts/legal\\_acts\\_1656450483731\\_tasnerord.pdf](http://www.moj.am/storage/files/legal_acts/legal_acts_1656450483731_tasnerord.pdf)

<sup>37</sup> См. на официальном сайте Министерства юстиции РА [http://www.moj.am/storage/files/legal\\_acts/legal\\_acts\\_1656450483731\\_tasnerord.pdf](http://www.moj.am/storage/files/legal_acts/legal_acts_1656450483731_tasnerord.pdf)

<sup>38</sup> См. Барсегян Т. К., Ованнисян А.А., Право на интеллектуальную собственность, Учебное пособие, Ереван, 2012 г., стр. 251.

<sup>39</sup> См. там же.

Закона регулируются отношения, связанные с недобросовестной конкуренцией в отношении нераскрытой информации, которые согласно „Концепции по внесению изменений в десятый раздел Гражданского кодекса РА“ не созвучны с регулированием Гражданского кодекса РА. Следовательно, авторы „Концепции по внесению изменений в десятый раздел Гражданского кодекса РА“ предлагают уточнить, что нераскрытая информация или какая-либо ее часть в случае раскрытия ее законным обладателем по осведомлению, согласию или разрешению последнего (законное раскрытие) утрачивает свою силу в качестве коммерческой тайны и становится общедоступной информацией.<sup>40</sup>

### 5. Возможные решения законодательных проблем

Учитывая проведенный анализ и проблемы, поднятые в „Концепции по внесению изменений в десятый раздел Гражданского кодекса РА“, предлагаем дополнить Гражданский кодекс РА статьей 1165 под заглавием „Ответственность за незаконное использование коммерческой тайны“:

- „1. **Лицо, незаконным способом получившее, распространившее или использовавшее коммерческую тайну, обязано компенсировать законному обладателю этой информации вред, причиненный её незаконным использованием.**
2. **Если лицо, использующее коммерческую тайну, получило её от лица, не имеющего права на ее раскрытие, то правообладатель коммерческой тайны или по его согласию какой-либо иной законный обладатель вправе потребовать от получателя (в том числе и добросовестного приобретателя):**
- 1) **немедленное прекращение использования, раскрытия и (или) распространения коммерческой тайны и**
  - 2) **компенсацию за вред, причиненный таким использованием, а в случае добросовестного приобретателя – компенсацию, исчисляемую с момента, когда он узнал о незаконности использования и продолжал использование коммерческой тайны“.**

**Пятое** – обладатель коммерческой тайны имеет право владения ею по своему усмотрению.<sup>41</sup>

Указанное правомочие выражается в отчуждении исключительного права в отношении коммерческой тайны, раскрытии ценной информации и прекраще-

нии режима ее конфиденциальности. Правообладатель имеет право в любой момент передать приобретателю принадлежащее ему исключительное право на секрет производства или публичным образом раскрыть информацию, содержащую коммерческую тайну, если в ходе этого не нарушаются права контрагентов, либо предоставлять право на использование коммерческой тайны третьим лицам в пределах, установленных лицензионным договором. В то же время, стороны обязаны соблюдать конфиденциальность до прекращения действия исключительного права на секрет производства.

Правообладатель коммерческой тайны может в любое время раскрыть информацию, считающуюся конфиденциальной, если этим не нарушит права своих партнеров. Он может уступить эту информацию другому лицу, продать ее, передать сведения, составляющие содержание информации, полностью или частично другому лицу по лицензионному договору (статья 1166 Гражданского кодекса РА). Если право на использование информации, считающейся тайной, передается другому лицу по лицензионному договору, то это лицо (лицензиат) обязано предпринять надлежащие меры для сохранения конфиденциальности полученной по договору информации, наравне с лицензиаром имеет право на ее защиту от незаконных действий третьих лиц. Если договором не установлено иное, лицензиат несет ответственность за сохранение тайны информации также после прекращения лицензионного договора, если соответствующая информация продолжает оставаться нераскрытой информацией.<sup>42</sup>

Согласно „Концепции по внесению изменений в десятый раздел Гражданского кодекса РА,“ из содержания статьи 1166 Гражданского кодекса РА неясно, какие права могут передаваться другому лицу. Не установлены требования к форме и содержанию такой сделки, в частности, требование о сохранении конфиденциальности и прочее<sup>43</sup>. Следовательно, авторы Концепции предлагают уточнить в Гражданском кодексе РА, что нераскрытая информация может быть как отчуждена, так и передана в пользование другому лицу, установить права, которые могут передаваться другому лицу, и определить объем последних, установить требования к форме и содержанию таких сделок, например, требование о сохранении тайны. Они считают, что следует установить, что сделка по передаче права на нераскрытую информацию должна совершаться письменно, ее содержание должно быть тайным (конфиденциальным) и не подлежит разглашению. Следует уточнить, что как предоставляющие

<sup>40</sup> См. на официальном сайте Министерства юстиции РА [http://www.moj.am/storage/files/legal\\_acts/legal\\_acts\\_1656450483731\\_tasnerord.pdf](http://www.moj.am/storage/files/legal_acts/legal_acts_1656450483731_tasnerord.pdf)

<sup>41</sup> См. Барсегян Т.Н., Ованнисян А.А., Право на интеллектуальную собственность, Учебное пособие, Ереван, 2012г., стр. 251.

<sup>42</sup> См. там же.

<sup>43</sup> См. на официальном сайте Министерства юстиции РА [http://www.moj.am/storage/files/legal\\_acts/legal\\_acts\\_1656450483731\\_tasnerord.pdf](http://www.moj.am/storage/files/legal_acts/legal_acts_1656450483731_tasnerord.pdf)



информацию, так и получающие ее лица обязаны хранить ее в тайне, если договором не установлено иное.<sup>44</sup>

Учитывая проведенный анализ и проблемы, развитые в „Концепции по внесению изменений в десятый раздел Гражданского кодекса РА“, предлагаем дополнить Гражданский кодекс РА **статьей 1166 под заглавием „Передача права на коммерческую тайну“, установив:**

**“1. Правообладатель коммерческой тайны может по письменной сделке полностью или частично отчуждать право на коммерческую тайну другому лицу либо передавать ее в пользование третьим лицам.**

**2. В случае отсутствия иного письменного соглашения между сторонами сделки, указанной в части 1 настоящей статьи, стороны обязаны продолжать содержать коммерческую тайну в секрете как в течение всего срока действия сделки, так и после окончания ее срока или расторжения договора.“**

Следует заметить, что в юридической литературе принято также объединять возможность использования информации, составляющей коммерческую тайну по собственной инициативе, с правомочием по свободному распоряжению ею (правомочие по использованию) под правомочием на собственные действия. Вместе с тем, следует отметить, что правомочие по распоряжению может существовать в форме отчуждения правомочия по использованию и предоставления правомочия по использованию с его полным сохранением также для правообладателя в последнем случае. В теории гражданского права циркулируют разнообразные возможности реализации правомочия по собственным действиям в предпринимательской деятельности – передача сведений, составляющих коммерческую тайну, по договору, в частности, по договору о передаче коммерческой тайны, „смешанному договору“, „договору о коммерческой концессии“, а также рядом иных договоров, регулирующих отношения сторон в сфере реализации предпринимательской деятельности, включение права на использование коммерческой тайны („ноу-хау“) в уставный капитал, включение права на использование коммерческой тайны („ноу-хау“) в договор обычного партнерства в качестве вклада.<sup>45</sup> Часть указанных возможностей нашла свое законодательное закрепление в Гражданском кодексе РА. В частности, часть 1166

Гражданского кодекса РА устанавливает, что лицо, обладающее нераскрытой информацией, может полностью или частично передавать сведения, составляющие содержание этой информации, другому лицу **по лицензионному договору.**

Думаем, что **правомочие по использованию по собственной инициативе информации, составляющей коммерческую тайну**, несправедливо осталось вне представленного ряда правомочий, принадлежащих субъекту коммерческой тайны. Под правом использования следует понимать возможность осуществления таких действий, каковыми являются разработка и получение аналитической информации, использование информации при составлении бизнес-планов в договорной работе и прочее. Использование технических разработок, содержащих секрет производства, может осуществляться при изготовлении новой продукции, замене устаревших технологий. Таким образом, право использования информации, составляющей коммерческую тайну, можно понимать как возможность осуществления правообладателем в своей экономической деятельности любых действий по использованию и применению сведений, содержащих коммерческую тайну.

Основываясь на проведенный анализ считаем, что кроме вышеперечисленных законодательных изменений необходимо отдельной статьей в Гражданском кодексе **дать исчерпывающее законодательное закрепление также рассмотренным правомочиям, принадлежащим субъектам коммерческой тайны.**

<sup>44</sup> См. на официальном сайте Министерства юстиции РА [http://www.moj.am/storage/files/legal\\_acts/legal\\_acts\\_1656450483731\\_tasnerord.pdf](http://www.moj.am/storage/files/legal_acts/legal_acts_1656450483731_tasnerord.pdf).

<sup>45</sup> См. Гуляева Н.С., Коммерческая тайна в предпринимательской деятельности: Сравнительно-правовое исследование законодательства РФ, зарубежных государств и международно-правового регулирования, Специальность 12.00, Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук, Москва, 2002, стр. 21.

## Неосновательное обогащение в грузинском законодательстве и законопроект Кенига

### I. Система кондикционных обязательств в Гражданском кодексе Грузии и законопроект Кенига

Ввиду действия в грузинской системе права принципа каузальной традиции, передача собственности при отсутствии реальных обязательственных оснований считается недействительной. Согласно статье 186 Гражданского кодекса Грузии (ГКГ), основанием для передачи собственности является вещное право, под которым подразумевается право обязательно-правового требования или кауза.

Несмотря на то, что в статье,<sup>2</sup> опубликованной вскоре после принятия ГКГ, говорится о том, что наряду с принципом разделения, грузинское законодательство также признает принцип абстракции, это утверждение, по всей вероятности, является результатом ошибочной интерпретации отдельно взятого положения грузинского законодательства.<sup>3</sup> Соответственно, отправной точкой следует считать то, что, имущественная сделка, заключенная по принуждению, является недействительной, и что собственник вправе истребовать свое имущество путем внесения виндикационного иска. В этой связи будет целесообразно сравнить грузинское законодательство с законодательством Австрии и Швейцарии, где также действует принцип каузальности.

Системе кондикционных обязательств в грузинском законодательстве наиболее близка германская модель, что совершенно естественно, если учесть, что эта система основывается на законопроекте, автором которого является профессор Гейдельбергского университета Детлеф Кениг. Положения законопроекта, разработанного в 1981 году, должны были заменить существовавшие на тот момент положения Гражданского кодекса Германии. Профессор Кениг разработал законопроект по заказу Федерального министерства юстиции и, несмотря на то, что он так и не был принят в Германии, законопроект получил широкий резонанс в современной научной полемике.

В законопроекте Кенига статья о неосновательном обогащении делится на четыре части. Первая часть посвящена кондикционным искам о возврате исполненного, вторая – кондикционным искам, касающимся посягательства на чужие права, третья часть – кондикционным искам о возмещении расходов (это общий термин, применимый к искам о возмещении расходов и регрессным искам),<sup>4</sup> а четвертая часть регулирует кондикционные отношения между тремя лицами.<sup>5</sup> Таким образом, законопроект повторяет классификацию кондикций,<sup>6</sup> разработанную учителем Кенига – фон Кеммерером, которая уже получила международное признание.<sup>7</sup> Кондикционные иски о возврате исполненного являются частью договорного права, кондикционные иски из посягательства на чужие права относятся к деликтному праву, а кондикционные иски о возмещении расходов относятся к области ведения чужих дел без поручения. Эти принципы и ранее признавались судебной практикой и правоведением<sup>8</sup>, однако §812 Гражданского кодекса Германии, который вступил в силу намного раньше, проводит грань только между кондикционными исками о возврате исполненного и неисполненного, создавая довольно зыбкую основу для такой классификации. Кениг же, в своем законопроекте, посвятил каждому типу кондикции отдельные положения. В последнем положении законопроекта содержится оговорка общего характера, которая применяется в тех исключительных случаях, которые не подпадают под действие всех остальных положений.

Цель Кенига<sup>9</sup> заключалась в том, чтобы, изменив характер §812 и последующих параграфов Гражданского кодекса Германии, создать новые, простые для понимания положения о выдвигании кондикционных требований, которые способствовали бы быстрому и беспрепятственному воплощению этого процесса на практике. Именно это обстоятельство стало основным предметом критики после опубликования законопроекта. Для сравнения автор использовал законодательства Франции, Англии и США.

<sup>1</sup> Доктор права; Ассистент-профессор Юридического факультета Тбилисского Государственного Университета (ТСУ).

<sup>2</sup> LANG/LOMIDZE/SHEFFLER, WiRO 2003, стр. 371 и далее.

<sup>3</sup> Кереселидзе, „Обзор грузинского законодательства“ (на груз. языке), 6 № 4 (2003), стр. 600, 604.

<sup>4</sup> Поэтому неверно делить кондикционные иски только на две группы – иски о возврате исполненного и иски о посягательстве на чужие права (для сравн. Кочавили, „Юбилейный сборник, посвященный 70-летию Романа Шенгелия“, стр. 286 (на груз. яз.)), так как помимо них существуют еще два типа исков – иски о возмещении расходов и регрессивные иски.

<sup>5</sup> Для сравн. в связи с кондикционной системой ГКГ см. Русиашвили, „Назусы в правоохранительном обязательственном праве“ (на груз. яз.), со стр. 86 и далее.

<sup>6</sup> E. v. Caemmerer, FS Rabel I (1954), со стр. 333 и далее.

<sup>7</sup> Restatement of the Law of Restitution (1937); Dobbs, Handbook on the Law of Remedies; Palmer, The Law of Restitution; Goff/Jones, The Law of Restitution.

<sup>8</sup> Для сравнения см.: Bartels, RabelsZ 78 (2014), стр. 479 и следующие.

<sup>9</sup> König, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechtes, 1519.

### III. Различия между Гражданским кодексом Германии и законопроектом Кенига

Что касается отдельных положений и различий между законопроектом Кенига и действующим законодательством Германии, они состоят в следующем: в случае с кондикционным требованием о возврате исполненного, критику в адрес Кенига вызвало то обстоятельство, что догматика этого типа кондикции не содержит определения материальных причин, приведших к неисполнению, а понятие исполнения не предусматривает достаточных возможностей для разрешения ситуаций, когда между исполнителем и получателем существуют разногласия в отношении оснований для исполнения. Отсюда, например, вытекает проблема касательно применения §814 Гражданского кодекса Германии, которая относится только к случаям ошибок, допущенных в процессе исполнения обязательств (т.е. *condictio idebiti* – выполнение стороной несуществующего обязательства), а не к случаям, когда основания для исполнения обязательства недействительны (*condictio sine causa* – выполнение стороной недействительного обязательства). До вступления в силу Гражданского кодекса Германии, *ius commune* или общее право содержало предпосылки только для *condictio idebiti* – повторной выплаты ошибочно выплаченного долга, ошибочной уплаты долга другому лицу вместо кредитора и т. д., и не давало оснований для требования возврата денежных сумм, уплаченных на основании недействительного договора. В §814 Гражданского кодекса Германии ошибка, допущенная в процессе исполнения, представляет собой негативную предпосылку для всех типов кондикционных требований о возврате исполненного. По мнению Кенига<sup>10</sup> эта статья, с одной стороны, слишком широкая и охватывает случаи, которые не должна охватывать, а с другой стороны, она недостаточно эффективно регулирует случаи, которые призвана регулировать. Это положение не должно распространяться на случаи исполнения недействительного договора. Если исполнение недействительного договора не превращает его в действительный, не имеет значения, заблуждался ли исполнитель на счет основания для его исполнения.

Требование возврата денежной суммы, уплаченной на основании недействительного договора, исключается не в том случае, если исполнитель не знает, что договор недействителен, а лишь в том случае, если это требование противоречит причине, по которой договор является недействительным. Однако, после вступления закона в силу, судебная практика выделила случаи конклюдентного отказа в удовлетворении

требований о возврате. Например, если страховщик выплачивает страховку несмотря на наличие сомнений в наступлении страхового случая, его право на требование о возврате выплаченной суммы упраздняется конклюдентным отказом в удовлетворении требований о возврате.<sup>11</sup> Решающую роль играет то, как получатель должен был воспринимать намерения исполнителя. Ввиду этого, на основании законопроекта Кенига, в Гражданский кодекс Грузии вместо §814 включено следующее положение: „Требование возврата исключается, если: получатель мог предполагать, что исполнитель желал передачи независимо от того, существуют или нет условия первой части настоящей статьи“ (Статья 976 ГКГ).

Второе предложение §817 Гражданского кодекса Германии наиболее четко демонстрирует то, насколько кондикционное требование о возврате исполненного зависит от причины, обуславливающей недействительность обязательства. Уже довольно долгое время, при применении этого положения в судебной практике Германии решающим фактором считаются основания недействительности. Гражданско-правовые последствия нарушения запретительной нормы определяются на основании цели этой нормы. Согласно Кенигу<sup>12</sup>, эту взаимосвязь между основаниями недействительности и кондикционным требованием следовало продемонстрировать более четко. Это, безусловно, было бы более гибким решением, чем действующий по сей день в Германии казуальный подход, который заключается в применении второго предложения §817 Гражданского кодекса Германии, согласно которому, судебная практика определяет случаи, когда можно применять это положение, а когда – нет. Поэтому, эта норма Гражданского кодекса Германии была более четко сформулирована в подпункте г второй части статьи 976 Гражданского кодекса Грузии:

Гражданский кодекс Германии
<p><b>§817. Нарушение норм закона или морали.</b> Если в результате исполнения обязательств получатель нарушил нормы закона или морали, ..., если ответственность за такое нарушение лежит на исполнителе, кроме случаев, когда исполнение состояло в принятии на себя обязательств, требование о возврате исполненного с целью исполнения такого обязательства недопустимо.</p>
Гражданский кодекс Грузии
<p><b>Статья 976. Право требования у мнимого кредитора.</b> ...2.Требование возврата исключается, если: г. требование о возврате при исполнении недействительного долгового договора противоречит охраняемым функциям норм о недействительности.</p>

<sup>10</sup> König, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechtes, 1542.

<sup>11</sup> RG 3.7.1899 (1); RGZ 44. 136 (141).

<sup>12</sup> König, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechtes, 1542.

Этот пример демонстрирует то, как идея германского профессора превратилась в грузинский закон.

#### IV. Критика законопроекта Кенига

Законопроект, естественно, не избежал критики, которая затронула достаточно важные пункты. Некоторые из них приобрели особую актуальность после внедрения законопроекта в Грузии, поэтому мы остановимся на них более подробно.

Сразу после опубликования, законопроект Кенига вызвал горячие споры и критику,<sup>13</sup> так как он не содержал каких-либо существенных новшеств и ограничивался рецепцией и редактированием судебной практики.<sup>14</sup> Несмотря на то, что автор попытался „разработать простые и четкие правила, которые позволили бы судебной практике быстро и безболезненно решать повседневные проблемы в сфере неосновательного обогащения“,<sup>15</sup> осуществимость этого намерения была поставлена под вопрос с учетом положения, существовавшего в области кондикционных обязательств.<sup>16</sup>

##### 1. Критика кондикционных требований о возврате исполненного

В случае кондикционных требований о возврате исполненного, сторонами кондикционных отношений являются исполнитель и мнимый кредитор, то есть получатель, который не имеет правовых оснований для сохранения полученного. Для исполнения обязательным является осознанное увеличение чужого имущества, однако этого не достаточно. Этим увеличением исполнитель должен преследовать определенную цель, например, выплату долга или производство нового долгового обязательства. Определение цели в виде выплаты этого так называемого долга является результатом действия, схожего со сделкой,<sup>17</sup> то есть, квазисделка,<sup>18</sup> и, согласно мнению, распространенному в судебной практике<sup>19</sup> и литературе,<sup>20</sup> в случае сомнения, должно

рассматриваться с точки зрения объективного получателя. Однако, Кениг не согласен с этим положением.<sup>21</sup> Этот своеобразный „переворот в области права выражения воли“,<sup>22</sup> который становится особенно заметен в отношениях с участием трех лиц, едва ли можно как-то оправдать.<sup>23</sup> Например, в треугольнике кондикционных обязательств,<sup>24</sup> когда факт указания вызывает сомнения, решающую роль играет то, действительно ли указание дало то лицо, которому оно приписывается. Например, банк выплачивает кредитору своего клиента двойную сумму без участия самого клиента. Эта выплата не может считаться исполненной клиентом, поэтому возврата лишней суммы должен требовать не клиент, путем выдвижения кондикционного требования о возврате исполненного, а сам банк, путем выдвижения кондикционного требования в отношении неисполненного. То же правило действует и в том случае, когда получатель знал об отмене или несуществовании указания,<sup>25</sup> если он не в праве предположить, что путем такой опосредованной выплаты должник намеревался исполнить свое обязательство перед ним. Вне зависимости от знания или незнания указанного получателя,<sup>26</sup> лицо, якобы давшее указание, не может считаться ответственным, если ему нельзя приписать этот мнимый юридический факт,<sup>27</sup> то есть, если это лицо ничем не вызвало этот факт.<sup>28</sup>

Кениг использовал это правило в своем законопроекте, сформулировав его следующим образом:

#### Законопроект Кенига

**4.1.** (1) Лицо, которое, в соответствии с первой частью 1 статьи,<sup>29</sup> передаст что-либо третьему лицу по указанию своего кредитора, может потребовать возврата исполненного у мнимого кредитора, как если бы оно передало что-либо этому кредитору. Если мнимый кредитор не давал такого указания, требование возврата может быть выдвинуто только в отношении третьего лица.

<sup>13</sup> Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 3 IV 2; Lieb, Das Bereicherungsrecht de lege ferenda, NJW 1982, стр. 2034 и последующие страницы; Grunsky, AcP 182 (1982), стр. 462 и последующие страницы.

<sup>14</sup> Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 3 IV 2; Lieb, Das Bereicherungsrecht de lege ferenda, NJW 1982, 2040.

<sup>15</sup> König, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechtes, 1519.

<sup>16</sup> Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 3 IV 2.

<sup>17</sup> Немецкий термин Rechtsgeschäftsähnliche Handlung (по-русски „действие, сходное со сделкой“ или „квазисделка“) означает правовой акт, который, не будучи сделкой, сам по себе или в сочетании с другим действием, вызывает предусмотренные законом правовые последствия.

<sup>18</sup> BGHZ 106, 166; BGHZ 111, 386.

<sup>19</sup> BGHZ 40, 274; BGHZ 72, 249; BGHZ 105, 365, 369; BGHZ 122, 46, 50 и последующие страницы; BGH ZIP 1999, 435, 437; BGH NJW 2005, 60.

<sup>20</sup> Beuthien V., Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, 292; Hagmann-Lauterbach, Der Zusammenhang zwischen dem finalen Leistungsbegriff im Bereicherungsrecht und den Erfüllungslehren, 156 и далее, 174; Hassold, Zur Leistung im Dreipersonenverhältnis – Anweisung und Vertrag zugunsten Dritter als Modell –, 14; Seibert, JZ 1981, 384;

Bülow, JuS 1991, 531; Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 5 III 4; Muscheler/Bloch, JuS 2000, 734; дополнительная литература для сравнения: G. K. Beckhaus, Die Rechtsnatur der Erfüllung, 64, стр. 423.

<sup>21</sup> König, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechtes, 1541.

<sup>22</sup> Thomale, Leistung als Freiheit Erfüllungsautonomie im Bereicherungsrecht, 24.

<sup>23</sup> Thomale, Leistung als Freiheit, 24.

<sup>24</sup> Наиболее распространенным видом кондикционных обязательств с участием трех сторон являются отношения, в которых должник платит не своему кредитору, а кредитору своего кредитора.

<sup>25</sup> BGH ZIP 2003, 69, 71; BGH NJW 2001, 2880, 2881; BGHZ 88, 232, 236.

<sup>26</sup> Anweisungsbegünstigte – „указанный получатель“, то есть лицо, принимающее опосредственное исполнение на основе указания, данного третьим лицом.

<sup>27</sup> Scheintatbestand – иллюзия существования юридического факта, созданная определенными обстоятельствами, что можно перевести на русский как мнимый юридический факт.

<sup>28</sup> BGH NJW 2001, 2880, 2881; BGH NJW 2004, 1315, 1316; BGH NJW 2005, 3213, 3214.

<sup>29</sup> Первая часть первой статьи законопроекта соответствует первой части статьи 976 Гражданского кодекса Грузии.

**Гражданский кодекс Грузии**

**Статья 988. Последствия исполнения указаний мнимого кредитора**

1. Лицо, которое, в соответствии со статьей 976 настоящего Кодекса, передаст что-либо третьему лицу по указанию мнимого кредитора, может потребовать возврата исполненного у мнимого кредитора, как если бы оно передало что-либо этому кредитору. Если факт указания со стороны мнимого кредитора вызывает сомнение, требование возврата может быть выдвинуто только в отношении третьего лица.

Текст законопроекта Кенига и текст грузинского закона не совпадают дословно, однако, положение грузинского закона все равно верно передает идею, заложенную в эту норму законопроекта, которая, однако, стала объектом критики в немецкой юридической литературе. Хотя принцип указания и прижился, принцип рассмотрения цели выплаты с точки зрения получателя был отвергнут, как и тождественное восприятие исполненного, согласно статье 362 и первой альтернативе 1-го предложения 1-ой части §812 Гражданского кодекса Германии.<sup>30</sup> В результате, стремление Кенига к упрощению системы кондикционных отношений так и не достигло своей цели, так как закон не предусматривает критерии исполнения выплаты в отношении третьего лица. А ведь признание параллельной связи между выплатой урегулированного долга и безосновательным исполнением в общем обязательственном праве позволило бы использовать критерии, разработанные в рамках учения о сделках.<sup>31</sup>

В своем законопроекте Кениг перекладывает решение этих вопросов на принцип справедливости, что не всегда ведет к справедливому результату. Например, невозможно судить о передаче мнимым должником исполненного мнимому цессионеру, руководствуясь исключительно принципом справедливости. Также невозможно, руководствуясь лишь критериями справедливости, без какой-либо догматической основы, решить вопрос о том, с чьей точки зрения – дателя или получателя – следует рассматривать треугольник кондикционных отношений.

По мнению Кенига, в этом случае решающей должна быть точка зрения дателя, так как интересы получателя и так защищены положениями 3-й части §818 Гражданского кодекса Германии, так как он возвращает неосновательное обогащение лишь в том размере, в каком он его получил. Однако, германское право признает, что защита прав получателя только на основании 3-й части §818 Гражданского кодекса является недостаточной.<sup>32</sup> Этот факт получил признание еще со времен известного решения Имперского

суда по делу о почтовом служащем,<sup>33</sup> который использовал свое служебное положение в корыстных целях, указав свое почтовое отделение в качестве своего мнимого должника, обязанного перечислить определенную сумму его кредитору, при этом, не выплатив отделению никакой суммы. Позже предметом судебного разбирательства стал вопрос о том, имело ли почтовое отделение право выдвижения кондикционного требования в отношении указанного кредитора, либо оно должно было требовать возврата суммы от своего служащего, который подделал документы. Хотя приведенный выше аргумент о том, что интересы получателя защищены 3-й частью §818 Гражданского кодекса Германии действовал и в этом случае, суд все же постановил, что „получатель не получил больше того, что ему причиталось, и в этом случае было бы неправильно говорить о его неосновательном обогащении“.<sup>34</sup> То есть, суд не обязал получателя вернуть выплаченную ему сумму, посчитав что получатель воспринимает выплату этой суммы как выплату долга своим должником, несмотря на то, что в реальности эту сумму кредитору своего мнимого кредитора выплатило почтовое отделение. Таким образом, из решения суда следует, что „защиты доверия конкретного лица“<sup>35</sup> было недостаточно для защиты интересов получателя.<sup>36</sup>

**2. Критика в отношении кондикционных обязательств из посягательства на чужие права**

Что касается кондикционных обязательств из посягательства на чужие права, в этом случае грузинский закон также не повторяет немецкий оригинал дословно:

**Законопроект Кенига**

**2.1. (1)** Лицо, посягающее на имущество, другие права или имущественное благо другого лица, распоряжаясь, расходуя, объединяя, смешивая, перерабатывая или иным способом используя это имущество без согласия этого лица, обязано возместить правомочному лицу общую стоимость этого имущества.

**Гражданский кодекс Грузии**

**Статья 982. Последствия посягательства на правовые блага других**

1. Лицо, посягающее на правовое благо другого лица, распоряжаясь, расходуя, объединяя, смешивая, перерабатывая это благо или используя его иным способом без согласия этого лица, обязано возместить правомочному лицу причиненный этим вред.

<sup>30</sup> THOMALE, Leistung als Freiheit, 24, более подробно стр. 163 и последующие страницы.

<sup>31</sup> REUTER/MARTINEK, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 3 IV 2.

<sup>32</sup> REUTER/MARTINEK, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 3 IV 2.

<sup>33</sup> RGZ 60, 24.

<sup>34</sup> RGZ 60, 29.

<sup>35</sup> Подразумевается защита доверия получателя согласно 3-й части §818 Гражданского кодекса Германии.

<sup>36</sup> REUTER/MARTINEK, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 3 IV 2.

Первое, что бросается в глаза при сравнении этих двух положений, является упомянутое в грузинском варианте возмещение причиненного вреда,<sup>37</sup> что является ошибкой, которая, вероятно, проистекает из неточного перевода. Дело в том, что кондикционное требование может быть выдвинуто и в том случае, если в результате такого посягательства правомочному лицу не был причинен никакой вред, и не быть выдвинуто, даже если такой вред был причинен, если посягнувшее на чужое имущество лицо не извлекло в результате своих действий никакой выгоды.

Решение, выбранное самим Кенигом, было в свое время раскритиковано за то, что в нем использовалось понятие „имущественного блага“,<sup>38</sup> которое считается слишком общим для описания посягательства на правовую позицию.<sup>39</sup> Это понятие в конечном итоге лишено смысла и оставляет без решения множество проблем, возникающих в практике. Согласно распространенному в литературе мнению, было бы более разумно зафиксировать понятие, обладающее смыслом „монополии отчуждения, предоставленной судебной практикой“.<sup>40</sup> В этом случае стало бы ясно, что объектом посягательства не может быть, к примеру, право требовать от другого лица воздержаться от действия, согласно правилам конкурентного права.<sup>41</sup> Эту критику необходимо также учесть и в грузинском законодательстве, где понятие объекта посягательства не менее общее, и где не ведется дискуссия о том, что может стать объектом посягательства, а что – нет.

Также достаточно неоднозначным было решение Кенига в связи с включением в законопроект *condictio ex iniusta causa* (кондикция по незаконному основанию), от чего в свое время отказались отцы Гражданского кодекса Германии. Эта кондикция зафиксирована в §978 Гражданского кодекса Германии. Она относится к случаям, когда одно лицо передает что-либо другому лицу не с целью исполнения обязательства, а в результате угрозы или принуждения. Требование возврата переданного возможно в том случае, если получатель не обладает правом требования передачи и на нем лежит бремя доказывания этого права. Помещение кондикции этого типа в один ряд с кондикционными требованиями о возврате исполненного и признание сферой действия такой кондикции сферы действия кондикции о возврате исполненного, не вполне оправдано. В Римском праве, где зародилась

*condictio ex iniusta causa*, этот тип кондикции применялся в отношении случаев посягательства, а не в отношении исполненного. Сам Кениг признает этот факт, когда говорит, что выплата в результате угрозы или принуждения не становится *solvendī causa*, то есть, мы не имеем дело с осознанным и целенаправленным увеличением чужого имущества.<sup>42</sup> К этому добавляется и то обстоятельство, что автор отказывается от разъяснения цели осуществленной выплаты с точки зрения получателя. Если бы не это, еще можно было бы обозначить выплату под угрозой или по принуждению как исполненное. Так, например, согласно учению о сделках, воля, выраженная путем угрозы или силой принуждения, не рассматривается как несущественная, в отличие от действия, с применением *vis absoluta* (абсолютной физической силы), когда лицо полностью лишено свободы выбора. В первом случае считается, что автономность воли выражающего ее лица игнорируется неполностью. Поэтому, если рассматривать цель произведенной выплаты с точки зрения получателя, еще можно говорить об исполнении, как об осознанном и целенаправленном увеличении чужого имущества. Однако, если рассматривать цель такой выплаты с точки зрения плательщика, принудительная выплата не может считаться исполнением. Кениг предложил следующее оправдание этого требования: в случае выплаты под угрозой или по принуждению, плательщик, как правило, обладает деликтным правом на требование возврата суммы, согласно §826 и 2-й части §823 Гражданского кодекса Германии, а также соответствующим положениям уголовного законодательства. Однако, согласно *condictio ex iniusta causa*, требование возврата исполненного имеет то преимущество, что выставляющее его лицо не обязано доказывать основание деликтного требования. Что касается преимущества *condictio ex iniusta causa* перед кондикционным требованием о возврате исполненного, в случае выдвижения первого, лицо не обязано доказывать безосновательность платежа, так как бремя доказывания обратного лежит на ответчике. Сферой применения этого типа кондикции в конечном счете остается лишь круг маргинальных случаев, так как лицо, производящее выплату под угрозой или по принуждению, как правило, может доказать либо существование оснований для деликтного требования, либо отсутствие законных оснований для исполнения. По указанным причинам этот тип кондикции не был включен в Гражданский кодекс Германии.<sup>43</sup>

<sup>37</sup> Также неверно делают акцент на ущерб Кочашвили („Юбилейный сборник, посвященный 70-летию Романа Шенгелия“, стр. 291) и Кандашвили („Конституционные и международные механизмы в области защиты прав человека“, стр. 193) – на груз.яз.

<sup>38</sup> KÖNIG, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechtes, 1554.

<sup>39</sup> REUTER/MARTINEK, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 3 IV 2.

<sup>40</sup> ESSER/WEYERS, Schuldrecht BT II/2, § 50 I 1.

<sup>41</sup> Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 3 IV 2.

<sup>42</sup> KÖNIG, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechtes, 1543.

<sup>43</sup> Schelcheteriem, Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa II, 88; для сравн. König, ungerechtfertigte Bereicherung, со страницы 157 и далее.

### 3. Границы кондикционной ответственности

Предложенная Кенигом классификация кондикционной ответственности по типам кондикции безусловно является выигрышной и позволяет избежать множества догматических неясностей, решение которых авторы Гражданского кодекса Германии перепоручили судье. Как упомянуто выше, законопроект выделяет четыре типа кондикций и отдельно регулирует границы требования о возврате. Это вполне оправдано, так как было бы неверно применять один и тот же подход к ответственности лица, посягнувшего на чужую собственность, и ответственности получателя исполненного на основе недействительной сделки. В качестве примера можно привести теорию сальдо. Кодификация этой теории является одной из основных заслуг законопроекта Кенига, о чем мы подробно поговорим ниже. Однако, здесь же следует отметить, что границы ответственности, в случае заключения недействительной двусторонней сделки, детально расписаны в законопроекте Кенига, а также, под его влиянием, и в Гражданском кодексе Грузии, что дает грузинскому закону преимущество перед его германским аналогом, где до сих пор неясно, должна ли отмена недействительной двусторонней сделки происходить на основе первоначальной или модифицированной теории сальдо, теории Флума<sup>44</sup> о решении имущественных споров или теории Канариса<sup>45</sup> о встречном кондикционным иске.<sup>46</sup>

Однако, урегулирование вопросов, связанных со сферой охвата каждого отдельного типа кондикции, также не избежало критики в юридической литературе.<sup>47</sup> Главным недостатком этого подхода является отсутствие системности. Например, в отношениях между тремя сторонами, когда указание мнимого кредитора вызывает сомнения, законопроект Кенига допускает ответственность получателя непосредственно перед лицом, осуществившим платеж (2-е предложение 1-й части статьи 988 Гражданского кодекса Грузии), границы же его ответственности определяются в соответствии с границами ответственности должника в кондикционных исках о возврате исполненного. Однако, такое решение невозможно оправдать, взвесив интересы сторон, так как должник будет использовать мнимое указание с точки зрения собственных интересов, пытаясь освободиться от собственного долга перед мнимым кредитором, выплатив сумму указанному получателю. Такое перераспределение интересов соответствует не кондикционным искам о возврате исполненного,

а регрессным искам, когда чужой долг ошибочно выплачивают как собственный.

Еще одним объектом критики стала разница в масштабах ответственности должника, предусмотренная §822 ГК Германии (статьей 989 ГК Грузии) и 2-м предложением 1-й части §816 ГК Германии (статьей 990 ГК Грузии). В первом случае должник несет ответственность в соответствии с кондикционным требованием о возврате исполненного (2 часть статьи 989 ГК Грузии), а во втором случае – в соответствии с кондикционным требованием из посягательства на чужие права (2 часть статьи 990 ГК Грузии), и это при том, что по масштабам ответственности эти два типа кондикции ближе всего находятся к кондикционным требованиям о возмещении расходов. В обоих случаях важно, чтобы безвозмездное приобретение не произошло за счет третьего лица, хотя безвозмездный приобретатель также должен иметь право указать на приобретение как на предмет роскоши, а этот принцип наиболее четко проявляется в случае с кондикционным требованием о возмещении расходов.

### V. Заключение

Законопроект Кенига так и не был принят в Германии в виде закона. Реформа договорного права, начатая в 1984 году Федеральным министерством юстиции, коснулась только общей ответственности за ненадлежащее исполнение обязательств, а также срока давности этой ответственности в случае заключения контракта.<sup>48</sup> Положения немецкого законодательства в области неосновательного обогащения остаются неизменными со времени принятия Гражданского кодекса, что, однако, ничуть не умаляет ценность законопроекта Кенига.<sup>49</sup> Спустя два десятилетия этот законопроект упоминается как наиболее успешный сборник кондикционных норм двадцатого века.<sup>50</sup> Считается, что Кениг смог найти золотую середину между детальным упорядочиванием каждого вопроса и чрезмерным регулированием.<sup>51</sup>

Область права, связанную с неосновательным обогащением, невозможно урегулировать исчерпывающим образом, руководствуясь исключительно нормами закона. Для ее эффективного функционирования необходимо согласие между этими нормами и способами их толкования на практике и в теории.<sup>52</sup> С

<sup>44</sup> Flume, AcP 194 (1994), 439; Flume, 152.

<sup>45</sup> Canaris, FS W. Lorenz (1991), со стр. 20 и далее; Larenz/Canaris, Schuldrecht BT II/2, § 73 III 2.

<sup>46</sup> Каждая из этих теорий подробно рассмотрена ниже.

<sup>47</sup> REUTER/MARTINEK, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 3 IV 2.

<sup>48</sup> Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 15.

<sup>49</sup> Bartels, Zum Rückgriff nach eigennütziger Zahlung auf fremde Schuld, 4.

<sup>50</sup> R. Zimmermann, Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach, OJLS 15 (1995), 424; W. Grunsky, „Vorschläge zu einer Reform des Schuldrechts“ (1982), AcP 182, стр. 462 и следующая страница.

<sup>51</sup> Zimmermann, Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach, 425.

<sup>52</sup> Zimmermann, Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach, 425.

учетом этого, грузинские законодатели не переняли положения ГК Германии, которые оставались неизменными более века, а обратили свое внимание на законопроект Кенига. Несмотря на критику, высказанную в адрес этого законопроекта, решение об его использовании оказалось верным. Вполне возможно, что ценность законопроекта сводится только к систематизации и редактированию принципов, признанных судебной практикой, и он не содержит оригинальных авторских решений, однако, систематизация и редактирование сами по себе являются довольно трудной задачей. Для грузинской правовой системы ориентация на подобный проект была единственной возможностью, чтобы перенять всю концепцию неосновательного обогащения, существующую в немецком праве, а не только ее отдельные положения. Если бы грузинские законодатели ограничились только разработкой аналогов §812 и последующих параграфов ГК Германии, они переняли бы лишь половину положений немецкой концепции неосновательного обогащения. Немецкая судебная практика и теория занимаются уточнением и усовершенствованием содержания этих параграфов уже более ста лет и, зачастую, то, что мы получаем при их дословном толковании, отличается от заложенного в них смысла. Следовательно, использование законопроекта Кенига в грузинском законодательстве было единственным способом, позволившим полностью охватить и перенять немецкую концепцию неосновательного обогащения.



# Анализ договоров займа с точки зрения совершенствования Гражданского кодекса Азербайджанской Республики

## I. Вступление

За последнее время типы предлагаемых и используемых займов сильно эволюционировали. Появились и продолжают появляться новые инструменты займа, поэтому возникла необходимость внесения поправок в соответствующие статьи Гражданского кодекса Азербайджанской Республики (здесь и далее АР) и расширения сферы их действия с учетом современных социально-экономических требований, а также фактической и юридической ситуации в стране.

Сложившаяся в отсутствие надлежащего регулирования фактическая и юридическая ситуация может негативно сказаться на заемщиках и создать помехи на внутреннем рынке Азербайджана. Эти факторы, в свою очередь, могут иметь негативные последствия или отрицательное влияние на общий потребительский спрос на товары и услуги. Также важно, чтобы закон обеспечивал достаточную степень защиты заемщиков и заимодавцев с тем, чтобы обеспечить их безопасность и свести к минимуму неопределенность. Так, договор займа должен заключаться в оптимальных условиях как для тех, кто обязуется перевести право собственности на деньги или другие заменяющие их вещи, так и для тех, кто обязуется их возвратить. Достаточная степень защиты необходима для того, чтобы в равной степени обеспечить соблюдение интересов всех заемщиков и заимодавцев и содействовать подлинно справедливому рыночному отношениям.

В настоящей статье обосновывается необходимость усовершенствования некоторых положений Гражданского кодекса Азербайджанской Республики (здесь и далее ГК АР), определяющих правовую основу договоров займа. В этом контексте в статье представлены договоры займа, согласно действующему ГК АР, а также общее описание и характеристики отдельных видов таких договоров. Кроме того, в статье обосновывается необходимость исправления и конкретизации отдельных положений ГК АР. В заключительной части статьи суммируются основные

## II. Договор займа

### 1. Определение и время заключения договоров займа

Согласно законодательству АР, большинство договоров вступают в силу в момент выражения сторонами готовности взять на себя соответствующие обязательства. Следуя этому общему принципу, для заключения договора не требуется никаких дополнительных формальностей. Тем не менее, некоторые типы договоров не работают по этому принципу, и для их вступления в силу необходимо соблюдение определенных формальностей. Договоры займа относятся именно к этой категории договоров. В общих словах, договор займа – это юридический документ, который регулирует долговые отношения между заемщиком и заимодавцем.<sup>2</sup>

Согласно статье 739.1 ГК АР, по договору займа один из участников (заимодавец) обязуется перевести другому участнику (заемщику) право собственности на деньги или иные заменяющие их вещи, а другой участник (заемщик) соответственно обязуется возвратить заимодавцу полученное в виде денег или однородных вещей такого же качества и в таком же размере.

Также как депозитарный договор, договор займа считается вещным договором (*in rem*).<sup>3</sup> Поэтому предполагается, что 739.1 ГК АР предусматривает передачу предмета договора в качестве условия существования и действительности такого договора. Сама по себе передача предмета договора заимодавцем заемщику не формирует договорное обязательство. До передачи предмета договора заемщику, формальное обязательство заимодавца – передать в долг заемщику деньги или иные заменяющие их вещи является всего лишь обещанием о вступлении в договор займа. Если заимодавец нарушает свое обещание по переводу предмета договора заемщику, он не подлежит привлечению к ответственности ввиду отсутствия договора займа.

Статью 739.1 ГК АР оспаривали множество раз. Для существования такого договора, помимо согласия сторон взять на себя определенные обязательства, необходимо соблюсти дополнительные формальности. Без соблюдения таких формальностей заемщик ничего не обязан возвращать заимодавцу,

<sup>1</sup> Аспирант Национальной академии наук Азербайджана.

<sup>2</sup> Northwestern Journal of International Law & Business (Северо-Западный журнал международного права и бизнеса), том 8, № 3, 1998 г., „Теория имплицитного контракта и суверенного долга“, стр. 738.

<sup>3</sup> UNSW Law Journal, том 34(2), 2011 г., стр. 677.

так как он ничего от него не получал. Можно предположить, что обязательство заимодавца – перевести деньги или иные заменяющие их вещи, и обязательство заемщика – вернуть их заимодавцу являются органическими. Договор должен существовать, так как обе стороны выразили готовность взять на себя соответствующие обязательства, поскольку, согласно закону, заемщик выполняет свои обязательства только после того, как заимодавец выполнит свои.

Исходя из этого, важно выделить момент заключения договора займа путем внесения в закон поправок с целью выявления истинного значения договоров такого типа.

## 2. Денежный заем (кредит)

Кредит является важным атрибутом товарного производства и обуславливается потребностью в приобретении товара в отсутствии денежных средств. Эту потребность можно удовлетворить двумя способами: использовать товарную форму кредита (предоставление товара покупателю в кредит с отсрочкой платежа) или занять деньги у третьего лица на определенный срок, под проценты и с условием возврата.

Понятие „кредит“ (*mutuum*) впервые было использовано римлянами. Римские юристы использовали этот термин не только в отношении передачи в долг вещи, определяемой родовыми признаками – вино, масло, деньги (т.е. долг), но также в отношении передачи индивидуально-специфических вещей (т.е. ссуда). Таким образом, в Риме понятие „кредит“ включало в себя понятия „долга“ и „ссуды“.<sup>4</sup>

Что касается гражданского законодательства различных государств, гражданские кодексы Литвы, Украины, Беларуси и других стран предусматривают почти идентичные определения кредитного договора, согласно которым, „по кредитному договору банк или другая финансовая организация (напр. заимодавец, кредитор) обязаны передать в долг заемщику денежные средства (т.е. кредит) в размере и на условиях, предусмотренных договором, а заемщик обязан вернуть кредит и проценты по нему“. Следует отметить, что в Гражданском кодексе Российской Федерации категория „кредит“ имеет намного более широкое определение и включает в себя три разновидности: банковский кредит, товарный кредит и коммерческий кредит.<sup>5</sup>

В Азербайджане кредитные отношения регулируются ГК АР, а также правилами предоставления средств в форме кредита банками, одобренными Центральным банком АР. Законы АР „О банках“, „О

небанковских кредитных организациях и „О почте“ также содержат положения, связанные с кредитами. Хотя эти законы не регулируют отношения, возникающие из интересов кредиторов и заемщиков, они санкционируют кредитную деятельность указанных институтов.

На территории АР предметом договора займа может быть иностранная валюта и валютные ценности при условии соблюдения специальных правил. Эти правила, предусмотренные первым и вторым предложениями статьи 739.2 ГК, предусматривают возможности предоставления денежного займа.

Первое предложение статьи 739.2 ГК АР гласит: „Договор займа, предметом которого является какая-либо денежная сумма, именуется кредитным договором“.

На сегодняшний день эта статья получила широкое толкование, что вызывает расхождения с другими законами АР.

В частности, статья 739.2 ГК АР идентифицирует договор займа с кредитным договором: если предметом договора является какая-либо вещь за исключением денег, такой договор называется договором займа; однако, если предметом договора является какая-либо денежная сумма, то речь идет о кредитном договоре. Из этого определения следует, что различие между кредитным договором и договором займа состоит только в предмете договора.

Ввиду расплывчатости определения, содержащегося в первом предложении статьи 739.2 ГК АР, из нее можно заключить, что любое физическое или юридическое лицо имеет право предоставлять денежные средства (т.е. кредит) заимодавцу и получать их назад вместе с процентом или без него, не имея при этом специального разрешения (т.е. лицензии). Однако, согласно соответствующим законам АР, Центральный банк АР, национальный почтовый оператор, специализированное государственное учреждение, кредитные учреждения (напр., банки, небанковские кредитные учреждения) и ломбарды обладают полномочиями или разрешением на осуществление кредитных операций.

Второе предложение статьи 739.2 ГК АР сформулировано следующим образом: „Лица, занимающиеся предоставлением денежных займов в виде самостоятельной профессиональной деятельности, дополнительно обязаны соблюдать в профессиональном порядке положения о предоставлении кредитов“.

На основании двух указанных предложений статьи 739.2 можно сделать вывод о том, что предоставлением денежных займов вправе заниматься три категории лиц:

- Лица, занимающиеся предоставлением денежных займов в виде самостоятельной профессиональной деятельности;

<sup>4</sup> Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана (Памятники римского права). – М.: Зерцало, 1997. Ст. 98.

<sup>5</sup> Алексеева Д.Г., Пыхтин С.В., Фальковская Я.М., „Комментарий к ФЗ „О кредитных историях“, „Волтерс Клувер“, 2006. Ст. 37-38.

- Лица, занимающиеся предоставлением денежных займов в виде несамостоятельной профессиональной деятельности;
- Лица, занимающиеся предоставлением денежных займов в виде непрофессиональной деятельности.

На основании всего вышесказанного, статью 739.2 ГК АР необходимо упразднить и предусмотреть в ГК АР четкую дефиницию кредитных договоров, а также определить участников и гражданско-правовые отношения в рамках таких договоров с учетом международных/европейских стандартов.

### III. Форма договора займа

Договор займа состоит в добровольных обязательствах заимодавца и заемщика по передаче и возврату денег или иных заменяющих их вещей. Стороны могут взять на себя эти закрепленные законом обязательства в письменной или устной форме. Как и в случае письменного договора о займе, для вступления в силу устного договора его существование необходимо доказать. Однако, совершенно очевидно, что доказать существование такого устного договора крайне сложно. Как правило, для этого необходимо продемонстрировать объективные обстоятельства, которые приведут разумного наблюдателя к выводу о том, что такой договор вероятнее всего существовал. И даже в этом случае остается проблема, связанная с условиями устного договора. Суды, как правило, рассматривают только неоспоримые доказательства и неохотно изменяют какие-либо формулировки или условия в письменных документах.

Имея дело с письменным договором займа, суд почти всегда рассматривает его условия в качестве окончательного, полного договора. При этом, суд обычно даже не рассматривает устные обязательства, не облаченные в форму письменного договора займа. Главное исключение из этого правила касается случаев, когда устные обязательства используются манипулятивно для того, чтобы мотивировать одну из сторон на подписание договора. Во всех других случаях действует общее правило о неприемлемости доказательства устного обязательства, которое защищает заимодавцев и заемщиков, так как и те и другие знают, что, подписав договор займа, они, тем самым, закрепляют его четкие и окончательные условия.

Хотя в некоторых странах существует практика признания и исполнения устных договоров займа<sup>6</sup>, наиболее надежной и разумной практикой является выражение условий таких договоров в письменном виде, что позволяет гарантировать, что заемщики и заимодавцы осведомлены о своих правах и обязанно-

стях – даже если ни одна из сторон не имеет намерений обманным путем изменить или нарушить условия договора.

Согласно статье 740 ГК АР, договор займа заключается в устной форме. Письменная форма также может быть использована по соглашению сторон.

Согласно статье 739.2 ГК АР, законодатели тесно связывают кредитные договоры с договорами займа. В таком случае, действие статьи 740 также может распространяться и на кредитные договоры. Во избежание в судах и кредитных учреждениях практических проблем, возникающих из формы договоров займа, предусмотренной ГК АР, необходимо внести в статью 740 поправки с учетом зарубежного опыта.

Согласно общепринятой практике, законодатели определяют обстоятельства, при которых стороны обязаны заключать договор в письменной или устной форме. В случае если одна из сторон – заемщик или заимодавец является юридическим лицом, договор займа должен быть заключен в письменной форме, вне зависимости от суммы договора. Если обе стороны являются физическими лицами, договор займа может быть заключен в устной форме, если его стоимость не превышает определенный уровень заработной платы, установленный законом.

### IV. Договоры потребительских кредитов

В последнее время в Азербайджане широкое распространение получили договоры потребительских кредитов. Несмотря на незрелость азербайджанского кредитного рынка, проведенный экспертами экономический анализ показал, что на развитие сектора потребительских кредитов влияют определенные индивидуальные, экономические, социальные и институциональные факторы. Поэтому, необходимо выработать надежные кредитные решения, способные предотвратить колебания уровня задолженности и способствовать решению проблем с выплатами, с которыми сталкиваются потребители.

ГК АР не регулирует гражданско-правовые отношения в сфере договоров потребительских кредитов. По нижеперечисленным причинам крайне важно предусмотреть в ГК АР общие и специальные положения по этой категории договоров.

Во-первых, потребителей необходимо оградить от нечестных или мошеннических схем (таких как хищническое кредитование), в первую очередь, обеспечив им свободный доступ к информации о кредитах. Для того чтобы дать потенциальным заемщикам возможность правильно оценить предложения кредитных организаций, кредиторы должны предоставить им полную информацию по условиям кредитования лично, через телевидение, радио или другие СМИ.

<sup>6</sup> Гражданский кодекс Республики Азербайджан, статья 624.

Информация должна быть изложена в простой, короткой и доступной форме.

Во-вторых, до заключения кредитного договора, потребителю должна быть предоставлена предконтрактная информация в понятной и лаконичной форме, чтобы дать ему возможность принятия взвешенного информированного решения. Как правило, за предоставление такой информации отвечает кредитор, что позволяет обеспечить достаточный уровень защиты интересов заемщика. До заключения кредитного договора у потребителя должна быть возможность ознакомиться со своими правами и обязанностями в рамках договора, для чего ему необходимо получить определенные информационные материалы и подробнее ознакомиться с условиями и стоимостью кредитного договора и обязательствами сторон. Для обеспечения большей открытости и возможности выбора между разными предложениями, кредиторы обязаны проинформировать потребителей о ежегодной процентной ставке по кредиту, а также о методе расчета этой ставки. Кроме того, для достижения прозрачности и стабильности рынка, до и после заключения договора потребитель должен быть проинформирован о заемном проценте.

В-третьих, кредиторы несут ответственность за кредитование и они не должны выдавать кредит без предварительной проверки платежеспособности потребителя. Поэтому важно, чтобы законодатели разработали механизмы, поощряющие подобные действия кредиторов, и уполномочить определенные государственные органы для осуществления контроля в этой области. Кредиторы обязаны проверять индивидуальную платежеспособность потребителя. С этой целью, они могут использовать представленную потребителем информацию не только до заключения кредитного договора, но и в процессе деловых отношений с ним.

В-четвертых, хотя до заключения договора потребителю предоставляется вся необходимая информация, ему все еще может потребоваться помощь кредитора для принятия окончательного решения по кредитному договору. После того как потребитель опишет свою экономическую ситуацию и представит необходимые документы для подтверждения своего финансового заявления, кредиторы обязаны объяснить ему в доступной форме последствия кредитного договора. Законодателям следует определить, когда и в какой мере кредиторы должны предоставлять подобные объяснения, учитывая особые обстоятельства выдачи кредита, то, что потребитель нуждается в помощи, а также природу потребительских кредитов.

С целью обеспечения стабильности рынка и развития потребительского кредитования, законодателям следует разработать адекватные положения для ре-

гулирование гражданско-правовых отношений между кредиторами и потребителями, с учетом соответствующих международных/европейских стандартов.

## V. Заключение

В заключение следует отметить, что положения ГК АР не гарантируют заимодавцам (кредиторам) и заемщикам достаточную степень защиты, необходимую для полноценного осуществления их прав. Подытоживая вопросы, рассмотренные в настоящей статье, можно сделать следующие предложения по усовершенствованию действующих положений ГК АР о договорах займов:

1. Включить в статью 739.1 ГК АР второе предложение, в котором будет определен момент заключения договора займа, сформулировав его следующим образом:  
„Договор займа считается заключенным с момента перевода денежной суммы или иных заменяющих их вещей“.
2. Исключить статью 739.2 из ГК АР и включить в него новую главу о кредитных договорах, которая установит четкие правила о денежных займах.
3. Сформулировать статью 740 ГК АР следующим образом:  
„Договор займа заключается в письменной форме. Договор займа между физическими (юридически-ми) лицами может быть заключен в устной форме, если его сумма не превышает (например) в десять раз минимальный размер месячной заработной платы, установленный законом“.
4. Включить в ГК АР новую главу о договоре потребительского кредита с учетом международного опыта, например, Директивы Европейского парламента и Совета о договорах потребительского кредита.

## Либерализация права залога и порядок обращения взыскания на предмет залога в контексте изменений в гражданском кодексе республики Армения

*На сегодняшний день, в сфере законодательства, в том числе гражданского, Республики Армения (далее – РА), проводятся широкомасштабные законодательные изменения. Настоящая статья посвящена изменениям, предусматриваемым для внесения в Главу 15 действующего Гражданского кодекса РА, регулирующего право залога. В ней содержится попытка выявления проблем, возникающих в ходе применения действующих норм, а также возможных проблем, которые могут возникнуть в результате применения предлагаемых изменений, предлагаются возможные решения в отношении таких проблем. В настоящей статье внимание акцентируется на правовых институтах, относящихся к либерализации права залога, а также к праву залогодержателя на обращение взыскания на предмет залога, на предлагаемых в них изменениях, имеющихся в них проблемах и их возможных решениях.*

*Целью статьи является представление законодательных упущений в концепции, относящейся к либерализации права залога, а также упущении, касающихся обращения взыскания на предмет залога, последующее предложение эффективных мер, направленных на правовое регулирование указанных институтов с учетом передового опыта зарубежных стран.*

### I. Введение

Приведение Гражданского кодекса РА (далее – Кодекс) в соответствие с современными подходами к регулированию частных правоотношений является одним из необходимых мероприятий, предусмотренных Приложением 2 распоряжения Президента Республики Армения от 30 июня 2012 года № ԼՄ-96-Ս „Об утверждении Стратегической программы правовой и судебной реформ Республики Армения на 2012-2016 годы и перечня мероприятий, вытекающих из этой Программы“. Во исполнение требований указанной Стратегической программы Министерством юстиции РА начиная с 2014 года опубликованы раз-

личные концепции, касающиеся внесения изменений в Кодекс. Одной из таких концепций является концепция, относящаяся к положениям Кодекса, касающихся права залога, которая опубликована Министерством юстиции РА 27 ноября 2014 года. После принятия в 1998 году Кодекса, в его Главу 15, регулиющую право залога, в общем и целом внесено 21 изменение, однако, несмотря на это, параллельно развитию общественных отношений, по сей день имеют место ряд проблемных вопросов, касающихся института права залога, требующих своего разрешения. В целях решения указанных проблемных вопросов и разработана новая концепция по достижению нового уровня развития регулирования правоотношений, касающихся права залога, устранения имеющихся в этой сфере проблем.

### II. Право последующего залога в контексте изменений в Гражданском кодексе РА

Право залога – имущественное право залогодержателя на имущество залогодателя, которое временно является способом обеспечения исполнения денежного или иного обязательства должника перед залогодержателем; последнее в то же время является дополнительным (акцессорным) обязательством обеспечения исполнения основного обязательства залогодателя (должника) перед залогодержателем (кредитором)<sup>2</sup>.

Согласно частям 1 и 2 статьи 236 действующего Кодекса, имущество может стать предметом последующего залога, если это не запрещено договором залога. Концепцией, касающейся положений о праве залога Кодекса, предлагается устранить регулирование, относящееся к возможности последующего залога, обусловленного волей предшествующего залогодержателя. Следует отметить, что имеющееся регулирование существенным образом ограничивает право собственника распоряжаться принадлежащим ему по праву собственности имуществом, в том числе, право на его залог для обеспечения исполнения различных обязательств. Именно этим обстоятельством обосновывается необходимость изменения указанного в концепции регулирования, касающегося положений Кодекса о праве залога.

В настоящее время проблемы, связанные с применением вышеуказанной нормы Кодекса, касающейся последующего залога, возникают особенно в тех случаях, когда залогодержатели имущества при заключении договора залога предусматривают в договоре положение о том, что для обеспечения исполнения обязательств, принятых должником перед ними, за-

<sup>1</sup> Юриисконсультант ЗАО „Армбизнесбанк“, слушатель Адвокатской школы РА.

<sup>2</sup> Гражданский кодекс РА (1998г.), ст. 226.

ложенное имущество может стать предметом последующего залога только по письменному согласию последних. В то же время, залогодержатели имущества, исходя из целей предотвращения возможных препятствий на пути реализации своих прав в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения принятых залогодателем обязательств, обычно дают согласие на оформление заложенного у них имущества в обеспечение надлежащего исполнения иных обязательств по правилам последующего залога в тех случаях, когда за счет финансовых средств, полученных в результате залога имущества по правилам последующего залога у другого залогодержателя, будут погашаться обязательства должника перед ними, или если имущество будет оформлено по правилам последующего залога именно с ними, в качестве обеспечения иных обязательств.

В подобных обстоятельствах, с учетом практики, сформировавшейся в настоящее время в Республике Армения, и исходя из необходимости претворения в жизнь положений, касающихся института последующего залога, считаем, что прогрессивным шагом является предлагаемое изменение относительно необходимости получения согласия предшествующего залогодержателя для залога имущества по правилам последующего залога, предусмотренное концепцией относительно положений Кодекса о праве залога, что позволит собственнику имущества заложить принадлежащее ему на праве собственности имущество по правилам последующего залога у другого залогодержателя для обеспечения исполнения иного обязательства без согласия предшествующего залогодержателя. Аналогичное регулирование обеспечит разностороннюю защиту прав залогодержателя, не попирая одновременно прав предшествующего залогодержателя, обеспечивая первоочередную возможность получения последним удовлетворения из стоимости заложенного имущества. Успешность аналогичного регулирования может быть обоснована также опытом зарубежных стран (например, Российской Федерации).

Как уже отмечалось, в настоящей статье уделено внимание также упущениям действующего законодательства Республики Армения, касающихся права последующего залога, которые на практике приводят к возникновению разнообразных проблем. В частности, в действующем законодательстве нет какого-либо регулирования по вопросу: как должен последующий залогодержатель реализовать свои права в качестве залогодержателя в тех обстоятельствах, когда обязательство, принятое в отношении предшествующего залогодержателя, исполняется надлежащим образом, в соответствии с установленными в договоре сроками, а в ходе исполнения обязательства, обеспе-

ченного последующим залогом, была допущена просрочка.

В настоящее время единственной правовой нормой, регулирующей аналогичные правоотношения, является статья 50 Закона РА “О принудительном исполнении судебных актов”, которая предусматривает порядок обращения взыскания на заложенное имущество должника для погашения иных обязательств должника. В подобных условиях, принудительный исполнитель судебных актов извещает залогодержателя о решении суда, исполнительном листе, решении о наложении ареста на заложенное имущество и размере непогашенного обязательства залогодателя. В случае обращения взыскания на заложенное имущество должника, залогодержатель вправе требовать досрочного исполнения обязательства, обеспеченного залогом. В случае удовлетворения в установленном порядке требования о досрочном исполнении обязательства, требование залогодержателя о получении удовлетворения из стоимости этого имущества удовлетворяется в первую очередь. Если залогодержатель, в случае обращения взыскания на имущество должника, не требует досрочного исполнения обязательства, обеспеченного залогом, то после принудительного аукциона имущества, новому собственнику переходят обязательства предыдущего залогодателя, а имущество считается переданным в залог залогодержателю.

Из содержания вышеуказанной правовой нормы следует, что принудительный исполнитель судебных актов извещает кредитора, обеспеченного залогом, об обращении взыскания на предмет залога, что дает залогодержателю право требовать досрочного исполнения обязательства, имеющегося у должника к нему, хотя и не была допущена просрочка исполнения обязательства. При подобных обстоятельствах, исходя из положений статьи 88 Закона РА “О правовых актах” и применяя аналогию закона, можно заключить, что на практике, если взыскание обращается на предмет последующего залога в случае неисполнения обязательства, обеспеченного последующим залогом, то предшествующий залогодержатель должен иметь возможность требования досрочного исполнения и получения удовлетворения от реализации имущества в первую очередь, а в случае нереализации своего права может реализовать предмет последующего залога, удовлетворив требования последующего залогодержателя; при этом, обеспечивается право залога первичного залогодержателя в отношении предмета залога, а новому собственнику передаются права и обязательства залогодателя. Тем не менее, подобное регулирование применимо в том случае, когда обращение взыскания на имущество производится службой, обеспечивающей принудительное исполнение судебных актов.

Статья 249 Кодекса предусматривает, что залогодержатель, в целях удовлетворения своего требования, имеет право на обращение взыскания на предмет залога и его реализацию, в том числе и на передачу залогодержателю или указанному им третьему лицу в собственность заложенного имущества взамен соответствующего размера основного обязательства без обращения в суд, если:

- 1) это предусмотрено договором залога, или
- 2) имеется письменное соглашение, заключенное между залогодержателем и залогодателем.

В данных обстоятельствах, если имущество заложено у предшествующего залогодержателя и обращение взыскания на предмет залога желает произвести кредитор обязательства, обеспеченного последующим залогом, то законом не предусмотрен субъект, носящий обязанность направления извещения о досрочном исполнении обязательства, что на практике может привести к возникновению проблем. При таких обстоятельствах, предлагаем предусмотреть законом обязательства – извещать последующего залогодержателя непосредственно после принятия решения об обращении взыскания во внесудебном порядке, параллельно извещению залогодателя, а также предшествующего залогодержателя, который получит возможность потребовать от залогодателя-должника досрочного исполнения обязательства и получения удовлетворения своих требований из средств, полученных от реализации предмета залога в первую очередь. В то же время, предлагаем закрепить на законодательном уровне положение о том, что в случае, если кредитор обязательства, обеспеченного последующим залогом, воспользуется возможностью принятия в собственность предмета залога взамен соответствующего размера обязательства, предусмотренного статьей 249 Кодекса, и если предшествующий залогодержатель не пользуется возможностью требования о досрочном погашении и пользовании своими правами, то предмет залога должен переходить последнему в состоянии, обремененном правом залога предшествующего залогодержателя.

Следующая проблема, возникающая на практике в связи с правом последующего залога, касается того случая, когда последующий залогодержатель, будучи добросовестным, не знает и (или) не имеет возможности узнать о том, что предлагаемое ему в качестве залога имущество (касаемо движимого имущества) уже является предметом залога. С 1 октября 2015 года в РА вступил в законную силу Закон РА “О регистрации обеспеченных прав на движимое имущество”, которым предусматривается возможность регистрации обеспеченных прав, в том числе права залога на движимое имущество, в специально ведомом с этой целью едином электронном публичном реестре. Тем

не менее, во многих случаях залогодержатели не могут обеспечить идентификацию предметов залога посредством электронного реестра, особенно в том случае, когда предмет залога не имеет присущие только ему признаки (коды), которыми он выделяется от иного имущества своего вида. Более того, согласно части 3 статьи 225.2, в случае общности описания приобретаемого в будущем движимого имущества или движимого имущества, являющегося предметом обеспеченного права, приоритетное право на движимое имущество имеет лицо, финансирующее приобретение движимого имущества, то есть, при указанных обстоятельствах, финансирующее лицо, независимо от государственной регистрации, имеет приоритетное право, при неосведомлении о котором последующий залогодержатель оказывается в менее благоприятном положении, не зная о том, что при принятии указанного имущества в качестве залога, он будет выступать в качестве последующего залогодержателя. Учитывая указанные обстоятельства, мы думаем, что было бы правильным предусмотреть в Кодексе обязанности залогодателя по уведомлению каждого последующего залогодержателя о том факте, что имущество является предметом залога. При этом, неисполнение такой обязанности не должно приводить к недействительности уже заключенного договора залога (с учетом интересов добросовестного залогодержателя), а должно приводить к возмещению залогодателем причиненного ущерба предшествующему и (или) последующему залогодержателю в полном объеме, если не будет доказано, что последующий залогодержатель имел возможность или обязанность быть осведомленным о факте залога имущества. При этом, аналогичное регулирование имеется в Гражданском кодексе Беларуси.<sup>3</sup>

Тем не менее, в контексте рассматриваемого вопроса следует уделить внимание также случаю, когда последующий залогодержатель знал или обязан был в таких обстоятельствах знать о том, что предлагаемое ему в качестве залога имущество уже является предметом залога (при движимом имуществе – на основании выданной Государственным комитетом кадастра недвижимого имущества при Правительстве РА единой справки о правах и ограничениях на имущество, без которой совершение сделки с недвижимым имуществом невозможно; при движимом имуществе – на основании регистрации, произведенной в электронном реестре на основании Закона РА “О регистрации обеспеченных прав на движимое имущество” (в случае определенного описания имущества)). В подобных случаях, требования последующего залогодержателя должны удовлетворяться в общем порядке – после получения удовлетворения

<sup>3</sup> Гражданский кодекс Республики Беларусь (1998), ст. 323.

своих требований предшествующим залогодержателем.

При отпадании предлагаемой концепцией возможности предусмотрения предшествующим залогодержателем наложения ареста на последующий залог, необходимо подробным образом отрегулировать отношения предшествующего и последующего залогодержателей, последовательность и порядок получения удовлетворения от заложенного имущества.

Естественно, в качестве единой политики следует принять тот принцип, что если имущество становится предметом последующего залога, то требования последующего залогодержателя удовлетворяются после удовлетворения требований предшествующего залогодержателя.

В качестве общего правила, возможностью первоочередного получения удовлетворения из предмета залога наделяется тот залогодержатель, право залога которого возникло раньше. В то же время, предлагаем закрепить на законодательном уровне обязанность каждого залогодержателя, по письменному уведомлению остальных залогодержателей, об обращении взыскания за две недели, если последний владеет информацией о залогодержателях, имеющих иные права на заложенное имущество. Независимо от обстоятельства предусмотрения такой обязанности залогодержателей, предлагаем предусмотреть также обязанность залогодателя по уведомлению об этом всех залогодержателей в двухнедельный срок после получения извещения о взыскании, что позволит последним реализовать права, отведенные им законодательством. В то же время следует заметить, что если предшествующий и последующий залогодержатели совпадают, то правила, касающиеся права требования досрочного погашения, не применяются и требования по каждому обязательству удовлетворяются последовательно, в зависимости от первоочередности их возникновения.

В качестве вышеуказанных общих правил предлагаем также предусмотреть законом исключения в отношении изменения последовательности в праве получения залогодержателями удовлетворения из стоимости заложенного имущества.

Так, согласно статье 342 Гражданского кодекса РФ, по соглашению, заключенному между предшествующим и последующим залогодержателями, или по согласию одного, нескольких залогодержателей и залогодателя, может быть изменена предусмотренная законом последовательность получения удовлетворения из стоимости заложенного имущества. Более того, также Гражданский кодекс РФ, устранив необходимость согласия предшествующего залогодержателя для оформления последующего залога и возможность запрета последующего залога дого-

вором залога, тем не менее, предусмотрел возможность предусмотрения в предшествующем договоре залога определенных требований для договора по оформлению последующего залога. При этом, несоблюдение таких требований в последующем договоре залога впоследствии приводит к ответственности залогодателя по возмещению ущерба, причиненного предшествующему залогодержателю. В указанной ситуации, если обосновывается, что последующий залогодержатель мог или обязан был знать о существовании таких требований, требования последнего удовлетворяются с соблюдением особых требований, предусмотренных предшествующим договором залога. При этом, в случае, когда указанные требования устанавливаются предшествующим залогодержателем после заключения последующего договора залога, такие требования не могут распространяться на последнего без его письменного согласия, если они ухудшают его положение.<sup>4</sup> Считаем, что с точки зрения защиты прав и законных интересов предшествующего залогодержателя, такое регулирование следует ввести также в гражданское законодательство РА.

### **III. Порядок обращения взыскания на предмет залога в контексте изменений в Гражданском кодексе РА**

Статьи 249 и 249<sup>1</sup> Кодекса касаются порядка и особенностей обращения залогодержателем взыскания на предмет залога без обращения в суд и в судебном порядке, в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения залогодателем обязательства, обеспеченного залогом.

Концепцией, касающейся положений права залога Кодекса, предлагается устранение возможности передачи залогодержателю или указанному залогодержателем третьему лицу в собственность заложенного имущества взамен соответствующего размера основного обязательства. В качестве обоснования такого предложения в концепции указываются те возможные проблемы, которые могут возникнуть в результате принятия имущества в собственность взамен соответствующего размера обязательства. В качестве таковых указываются конфликт интересов, трудность определения справедливой цены, продолжительные судебные споры. Концепцией предлагается, в случае реализации залогодержателем заложенного имущества производить реализацию исключительно посредством аукциона, за исключением отдельных случаев – например, в случае скоропортящихся предметов, имущества, имеющего ценоуказание. Несмотря на то обстоятельство, что указанное предложение направлено на защиту прав и законных инте-

<sup>4</sup> Гражданский кодекс РФ (1994), ст. 342.



ресов залогодателей, тем не менее считаем, что оно может послужить защитой интересов последних не во всех случаях. В частности, в настоящее время, в том случае, когда размер обеспеченного залогом обязательства превышает стоимость предмета залога, залогодержатели имеют возможность принимать его в собственность, освобождая тем самым должника (залогодателя) от обязанности несения расходов на организацию аукциона. После реализации предлагаемых концепцией изменений, залогодержатели во всех подобных случаях будут вынуждены реализовать имущество посредством аукциона, в результате чего должник (залогодатель) понесет дополнительные расходы. Учитывая вышеизложенное считаем, что необходимо пересмотрение этого представленного в концепции предложения.

Согласно части 2 статьи 249 Кодекса, в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обеспеченного залогом обязательства, залогодержатель, надлежащим образом, письменно извещает залогодателя о взыскании предмета залога без обращения в суд (извещение о взыскании). Третий пункт той же части той же статьи устанавливает, что через два месяца после вручения залогодателю извещения о взыскании, залогодержатель в силу Кодекса имеет право на реализацию предмета залога от имени залогодателя посредством прямой продажи или публичного торга с соблюдением статьи 195 Кодекса, если залогодателем и залогодержателем не установлен иной порядок реализации предмета залога. В связи с положениями о праве залога, концепцией предлагается предусмотреть возможность более раннего, чем предусмотренные два месяца, срока возникновения права залогодержателя по обращению взыскания на предмет залога и на его реализацию. В связи с этим, считаем необходимым отметить, что соглашаться с представленным предложением можно только в том случае, если в связи с более коротким периодом реализации обращения взыскания на предмет залога имеется письменное соглашение залогодателя, а также лиц, давших согласие на залог имущества. В противном случае, мы не согласны с предложением о сокращении двухмесячного срока, так как данный срок не является настолько длительным периодом для того, чтобы считать это нарушением прав кредитора, который так или иначе имеет возможность удовлетворения своих требований, однако, тот же двухмесячный срок предоставляет дополнительную возможность должникам для исполнения в этот период просроченной части своих обязательств, достижения соглашения с кредитором и соблюдения своих прав на заложенное имущество, что во многих случаях является последним шансом для должников, либо единственным или основным источником их доходов.

Считаем, что предусмотренный Кодексом двухмесячный срок полностью соответствует среднему уровню благосостояния народа и призван защищать его права.

И наконец, концепцией, касающейся положений права залога Кодекса, предлагается вообще изъять из Кодекса статью 249<sup>1</sup> и оставить только порядок обращения взыскания на заложенное имущество без обращения в суд. При этом, при реализации предмета залога по такому порядку, в случае несогласия залогодателя, последний, после надлежащего извещения получит возможность оспаривания реализации предмета залога в судебном порядке, в случае чего суд в обеспечение иска может приостановить процесс взыскания. В связи с этим, считаем необходимым не соглашаться с указанным предложением, так как обращение взыскания на предмет залога является средством защиты прав и законных интересов залогодержателя, и если исключением этого пункта разработчики концепции предлагают вообще изъять обращение взыскания на предмет залога в судебном порядке, то считаем необходимым отметить, что это приведет к ограничению права на судебную защиту, установленную международными правовыми актами, Конституцией РА, так как залогодержатели фактически будут лишены возможности реализации своих прав путем обращения в органы судебной защиты РА. Следует заметить, что Гражданским кодексом Российской Федерации предусматривается, что даже в случае заключения между сторонами соглашения об обращении взыскания на предмет залога во внесудебном порядке, залогодержатель может реализовать защиту своих прав в судебном порядке, неся в этом случае расходы, следующие из реализации права на судебную защиту, если не будет доказано, что залогодатель не реализовал свои права во внесудебном порядке по вине залогодержателя или исходя из связанных с ним иных обстоятельств.<sup>5</sup>

При таких обстоятельствах, мы не только думаем, что положение, предусматривающее обращение взыскания на предмет залога в судебном порядке, должно продолжать оставаться в Гражданском кодексе РА, но и считаем, что вносимыми изменениями справедливым будет предусмотреть таких случаев, когда взыскание на заложенное имущество может быть обращено исключительно в судебном порядке. Аналогичное регулирование имеется в гражданских кодексах Российской Федерации и Республики Беларусь.

Так, статьей 349 Гражданского кодекса Российской Федерации предусмотрено, что взыскание на предмет залога может быть обращено исключительно в судебном порядке, если:

<sup>5</sup> Гражданский кодекс РФ (1994), ст. 349.

- предмет залога является единственным местом жительства залогодателя;
- предмет залога является исторической, культурной, художественной ценностью (это предусмотрено также законодательством РА);
- залогодатель признан безвестно отсутствующим;
- заложенное имущество одновременно является предметом также последующего залога и договорами залога предусмотрены различные порядки обращения взыскания на предмет залога и предшествующий и последующий залогодержатели не приходят к соглашению относительно способа обращения взыскания на предмет залога;
- в иных установленных законом случаях.

Изучив положения указанной статьи, а также аналогичную статью Гражданского кодекса Республики Беларусь<sup>6</sup>, предлагаем предусмотреть аналогичное регулирование в Гражданском кодексе РА, что обеспечит всестороннюю защиту прав и законных интересов залогодателей.

В рамках настоящей статьи считаем нужным уделить внимание также той распространенной в РА практике, что зачастую залогодержатели, в установленном Кодексом порядке, обращают взыскание на заложенное имущество в обеспечение исполнения принятых перед ними обязательств даже в том случае, когда размер просрочки обязательства несравненно меньше, чем стоимость имущества или когда просрочка обязательства допущена всего лишь на несколько дней. В указанных ситуациях, для защиты прав залогодателей, регулированием статьи 348 Гражданского кодекса РФ предусмотрен действенный механизм. В частности, в этой статье указывается, что запрещается обращение взыскания на заложенное имущество, если просроченная часть обязательства несравненно меньше стоимости заложенного имущества. В рамках указанной статьи, просроченная часть обязательства считается несравненно меньше стоимости заложенного имущества, если неисполненная часть обязательства составляет более малую величину, чем 5 процентов заложенного имущества и обязательство просрочено не более чем на три месяца. Частью 3 той же статьи устанавливается, что если договором залога не установлено иное, то в случае исполнения залогодателем обеспеченного залогом обязательства по частям, обращение взыскания на предмет залога допускается, если сроки исполнения обязательства нарушаются многократно, то есть, если должник в течение 12 месяцев со дня получения извещения о взыскании или обращения залогодержателя в суд допустил нарушение срока исполнения обязательства более чем три раза. При этом, при таком обстоятельстве размер нарушения обязательства значения не имеет.

Учитывая вышеизложенное считаем, что предусмотренное аналогичное регулирование в нашем законодательстве также станет средством дополнительной защиты интересов залогодателей имущества.

#### IV. Заключение

Подводя итог вышеизложенному, необходимо отметить, что положения Гражданского кодекса РА, касающиеся правовых институтов права последующего залога и обращения взыскания на предмет залога, несовершенно и имеют недостатки, нуждающиеся в корректировке.

Думаем, что концепция, касающаяся положений Гражданского кодекса РА о праве залога, в рамках указанных в настоящей статье предложений и обоснований, может послужить основой для разработки проекта закона о внесении изменений в Гражданский кодекс РА и законодательного закрепления предлагаемых изменений.

<sup>6</sup> Гражданский кодекс Республики Беларусь (1998), ст. 330.

## Юридические лица в контексте изменений в гражданском законодательстве

*В настоящее время, одним из крупнейших и важнейших направлений коренных и широкомасштабных реформ в Республике Армения являются изменения, предусмотренные в различных сферах гражданского законодательства. В настоящей статье делается попытка анализа, в частности, изменений, предусматриваемых в аспекте юридических лиц, а также вскрывается ряд проблемных вопросов, выявленных в результате практического применения, которые, по мнению автора, испытывают необходимость преобразования или нового регулирования.*

*Целью статьи является рассмотрение упущений и недостатков регулирования в аспекте юридических лиц, попытка выявить по возможности эффективные средства для их разрешения. В статье уделено внимание ряду вопросов, касающихся публичных и частных, корпоративных и некорпоративных юридических лиц, юридических лиц, не имеющих практическое применение и значение, ликвидации, регистрации изменений, органам управления юридических лиц.*

### I. Введение

Одним из мероприятий, предусмотренных Приложением 2 распоряжения Президента Республики Армения НК-96-А от 30 июня 2012 года „Об утверждении стратегической программы правовой и судебной реформы Республики Армения 2012-2016 годов и перечня мероприятий, вытекающих из программы“, является приведение Гражданского кодекса РА в соответствие с современными подходами к регулированию частных правовых отношений. После утверждения указанной стратегической программы и перечня вытекающих из нее мероприятий, Министерство юстиции РА приступило к процессу выявления проблем, имеющих место в этой сфере, и разработке направлений их разрешения. С учетом разнообразия гражданских правоотношений, в 2014 году были опубликованы концепции, обосновывающие необходимость внесения изменений в различные главы Гражданского кодекса РА и выделяющие их основные направления. В их числе была и Концепция, относящаяся к главе, касающейся юридических лиц.

### 1. Публичные и частные юридические лица

Первую большую группу изменений, предлагаемых в Концепции, составляет регулирование, с одной стороны, юридических лиц публичного и частного права, с другой – юридических лиц корпоративного и некорпоративного типа. В основу классификации публичных и частных юридических лиц заложено то обстоятельство, что в качестве учредителей некоторых юридических лиц выступают не частные субъекты, а Республика Армения. Так, например, Центральный банк, согласно Закону РА о Центральном банке, является юридическим лицом. При этом, единственным учредителем последнего является Республика Армения. Организационно-правовые формы юридических лиц исчерпывающим образом установлены в Гражданском кодексе РА и предполагается, что Центральный банк, будучи юридическим лицом, должен иметь одну из таких организационно-правовых форм, тогда как ни из Гражданского кодекса РА, ни из Закона РА о Центральном банке и ни из какого-либо иного правового акта мы не можем понять к какой, в конце концов, организационно-правовой форме юридических лиц принадлежит Центральный банк. Характерно, что в результате конституционных изменений 2015 года на уровне Конституции внедрено понятие „публичное юридическое лицо“, установив в качестве таковых муниципалитеты (часть 2 статьи 180 Конституции РА) и межмуниципальные объединения (часть 3 статьи 189 Конституции РА). Это также свидетельствует о том, что настоятельная необходимость в законодательном разграничении публичных и частных юридических лиц более чем актуальна сегодня.

В целях решения указанной задачи предлагается разграничение двух категорий юридических лиц, заложив в основу их разделения обстоятельство их учреждения соответственно публичной властью или частным субъектом. Логика, заложенная в Концепции, подводит к тому, чтобы регулируемые в настоящее время Гражданским кодексом РА все организационно-правовые формы юридических лиц в результате изменений стали бы юридическими лицами частного права, а все те органы, которые по закону получают статус юридического лица и в качестве учредителя которых будет выступать какой-либо орган власти, впоследствии станут публичными юридическими лицами, а особенности, вытекающие из их статуса, будут установлены соответствующими нормативными правовыми актами. Законодательное разграничение публичных и частных юридических лиц позволит проявить к каждому из них индивидуальный подход и установить в случае каждого из них присущие им пра-

<sup>1</sup> Юрист-консультант ООО „Авеню консалтинг групп“, адвокат.

вила. Это будет способствовать более эффективному регулированию сферы и постепенно снизит вероятность споров. Например, в случае публичных юридических лиц, учредителем является публичная власть в лице какого-либо государственного органа, а в случае частных юридических лиц – физические или частные юридические лица. В таких обстоятельствах они не могут быть наделены одинаковыми правами и нести одинаковые обязанности.

## **2. Корпоративные и некорпоративные юридические лица**

Согласно Концепции предусматривается также разграничение корпоративных и некорпоративных юридических лиц. При этом, такое разграничение предусматривается параллельно классификации коммерческих и некоммерческих юридических лиц. В основу такой классификации предлагается заложить наличие или отсутствие права участия в управлении юридическим лицом его учредителями или участниками, а также обстоятельство наличия или отсутствия членства в нем. При этом, в качестве корпоративного юридического лица указываются экономические общества и компании, производственные и потребительские кооперативы, общественные организации, объединения, а в качестве некорпоративного юридического лица – фонды, религиозные организации. В подобных условиях, по крайней мере в рамках формулировок, имеющих место в Концепции, не становится понятным, какова разница между критериями, заложенными в основу классификации, с одной стороны, коммерческих и некоммерческих, а с другой – корпоративных и некорпоративных юридических лиц.

## **3. Юридические лица, не имеющие практического применения и значения**

Концепция обращается также к необходимости устранения таких юридических лиц, зафиксированных в Гражданском кодексе РА, однако не имеющих практического применения и значения, каковыми являются общества с дополнительной ответственностью, хозяйственные товарищества: полное товарищество, товарищество основанные на доверии. Более того, Концепция обращается к вопросу нецелесообразности существования двух типов акционерных обществ. Логика такого наблюдения заключается в том, что в условиях существования одного из типов юридических лиц – общества с ограниченной ответственностью, далее становится бессмысленным обременение Гражданского кодекса РА искусственным типом юридического лица, учитывая то обстоятельство, что закрытые акционерные общества и общества с ограниченной ответственностью по своим признакам схо-

жи друг с другом. Что касается признаков закрытых акционерных обществ, которыми последние отличаются от обществ с ограниченной ответственностью, то они с легкостью могут оставаться под уставным регулированием акционерного общества.

Так, закрытые акционерные общества и общества с ограниченной ответственностью отличаются друг от друга возможностью отчуждения доли или акций участника в уставном капитале или акционера третьим лицам. В случае общества с ограниченной ответственностью, участник общества может отчуждать свою долю третьим лицам, если уставом общества не установлено иное. Уставом может непосредственно запрещаться отчуждение доли третьему лицу или для этого может быть установлено требование о получении согласия на это других участников и самого общества. В закрытом акционерном обществе невозможно полностью исключить доступ в общество третьих лиц. При продаже акций третьим лицам действует право приоритета на приобретение только акционерами общества. Уставом общества не может устанавливаться иное.

Другой пример – участник общества с ограниченной ответственностью имеет право выхода из общества в любое время, без согласия других участников, получив стоимость своей доли в уставном капитале. Это может рассматриваться в качестве как положительного, так и отрицательного явления<sup>2</sup>. С одной стороны, права участников общества максимально защищены, так как участник, вкладывая средства в общее дело, в случае нецелесообразности своего дальнейшего участия в обществе, может возратить свой вклад полностью, а также получить ощутимый доход. С другой стороны, право на выход из общества не так уж и служит интересам общества, так как выход участника, имеющего крупную долю, может иметь судьбоносное значение для общества, лишив его значительной части своего имущества. В закрытом акционерном обществе такая ситуация невозможна, так как акционер не может выходить из общества по своему желанию и получать рыночную стоимость акции.

При этом, говоря об обществах с ограниченной ответственностью, считаем нужным отметить также связанные с их названием позиции, имеющиеся в юридической литературе. Некоторые авторы отмечают несоответствие названия этой коммерческой организации. Такой вывод обусловлен тем, что участники общества не несут ответственности по обязательствам общества, просто несут в размере своего вклада риски, связанные с ущербом деятельности общества. В такой ситуации непонятно, почему такое общество должно называться обществом с ограни-

<sup>2</sup> См. Лермонтов Ю.М., „Постатейный комментарий к № 14 – фЗ“, стр. 23.

ченной ответственностью?<sup>3</sup> Исходя из того, что ограниченная ответственность участников заключается только в риске утраты вкладов, некоторые авторы считают, что правильнее было бы такой тип коммерческой организации называть обществом с ограниченным риском ущерба участникам. Кроме этого, из названия можно предположить, что общество несет ограниченную ответственность по своим обязательствам, между тем как это не так – общество несет ответственность по всем своим обязательствам всем своим имуществом.

#### **4. Вопросы, связанные с ликвидацией, а также регистрацией изменений юридических лиц**

После принятия Гражданского кодекса РФ, касающиеся юридических лиц различные, созвучные развитию общественных отношений вопросы были подвергнуты обновленному регулированию как в Гражданском кодексе РФ, так и в других следующих из него законах. В частности, была облегчена процедура регистрации юридических лиц. Законодательство должно быть таким, чтобы напрасно не усложнять или замедлять процесс осуществления предпринимательской деятельности, а также процесс ее прекращения. В практике бывают случаи, когда лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, учитывая, что процесс ликвидации коммерческой организации отнимает много времени, предпочитает приостанавливать деятельность организации исходя из соображений, касающихся исчисления налоговых обязательств, между тем как реальной целью этого является окончательное прекращение ее деятельности. Для этого необходимо четко отрегулировать этот процесс, учитывая, с одной стороны, интересы возможных кредиторов юридического лица, а с другой стороны, устранить неуместные требования в случае явного отсутствия кредиторов. В то же время, было бы желательным также внедрение в процесс ликвидации принципа одного окна, освобождая юридических лиц от обязанности обращения для выполнения разных действий в разные органы, возложив обязанность по выполнению этих действий на один административный орган.

В процессе государственной регистрации изменений юридических лиц и их выделенных подразделений, в том числе изменений, обусловленных их реорганизацией, имеет место один недостаток, который хотя и с первого взгляда может показаться незначительным, однако, в реальности может привести к возникновению необратимых последствий, вплоть до окончательного провала предпринимательской

деятельности. В числе требований, предъявляемых к документам, необходимым для государственной регистрации изменений юридических лиц и их выделенных подразделений, в том числе изменений, обусловленных их реорганизацией, которые представляются в Агентство государственного регистра юридических лиц Аппарата Министерства юстиции РФ, не зафиксировано требование о наличии у данного юридического лица печати. Достаточно лишь подпись соответствующего лица или соответствующих лиц на истребованных законом документах. Получается, что любое лицо может с легкостью подделать подписи и произвести изменение юридических лиц и их выделенных подразделений, в том числе изменений, обусловленных их реорганизацией, вплоть до изменения директора. Наделение директора полномочиями – это полное управление организацией.

В судебной практике известны случаи, когда судебная почерковедческая экспертиза, назначенная в результате спора относительно подлинности подписи, имеющейся на каком-либо документе, однозначно не отвечает на вопрос о поддельности подписи. Таким образом, процесс оказывается в тупике. Судебный процесс продолжается годами, оставаясь при этом безрезультатным. Согласно принципу презумпции достоверности, установленному Законом РФ «Об основах администрирования и административном производстве», все представленные лицом в административный орган сведения, в том числе документы, считаются достоверными, а при наличии у административного органа подозрений, последний сам должен проверить достоверность указанных сведений за счет своих средств. Более того, согласно закону, Агентство государственного регистра юридических лиц Аппарата Министерства юстиции РФ не проверяет законность документов. Чтобы избежать указанной проблемы, целесообразным является установить в соответствующем законе в качестве требования, предъявляемого к документам, наличие на них печати данного юридического лица. В этом случае, отсутствие печати приведет к отказу Агентства в регистрации соответствующего изменения.

#### **5. Проблемы, касающиеся органов управления юридического лица**

В Концепции предлагается по-новому регулировать также полномочия органов управления юридических лиц, основания прекращения их деятельности, а также отношения, связанные с обеспечением нормальной деятельности юридического лица в «чрезвычайных ситуациях». Говоря о «чрезвычайных ситуациях», в Концепции имеются в виду случаи, когда члены собрания, совета или исполнительного органа, по объективным или субъективным причинам не испол-

<sup>3</sup> См. Анохин. В. С., Предпринимательское право, Учебник для вузов, Москва, 2003, стр. 33.

няют возложенные на них обязанности. Так, согласно Закону РА „Об обществах с ограниченной ответственностью“, исключительное полномочие на созыв общего собрания принадлежит директору общества. А, например, в том случае, когда директор умер, непонятно, кто должен в такой ситуации созывать общее собрание для назначения нового директора общества, который, в свою очередь, назначается общим собранием. Другая ситуация: директор общества отказывается созывать общее собрание. В этом случае участники общества вынуждены уволить его в судебном порядке, что является лишней потерей времени и ресурсов. Зафиксированные в законе положения должны учитывать накопленные с годами результаты как положительного, так и отрицательного опыта. В целях решения этой задачи предлагается установить механизмы по замещению друг друга, лиц, входящих в органы управления юридических лиц в силу закона, что обеспечит нормальную деятельность юридического лица в „чрезвычайных ситуациях“.

Трудовой договор с обществом, приказ о назначении, может заключать или издавать директор общества. Получается нелогичная ситуация, когда директор общества сам с собой должен заключать трудовой договор, или расторгнуть его, или издавать приказ о своем приеме на работу или увольнении. В данных обстоятельствах он должен уполномочить третье лицо на выступление от имени общества для заключения трудового договора с директором общества. В данных обстоятельствах процесс затягивается неоправданным образом. Предлагается создать механизм, который сделает более легким и логичным этот процесс.

Таким образом, осознание и придание важности государством необходимости изменений в сфере юридических лиц, уже является прогрессивным шагом. В Концепции предусматриваются те основные изменения, необходимость которых весьма актуальна. Считаем, что эти изменения, а также решение не указаны в Концепции четко, однако поднятие автором вышеупомянутых проблем будет иметь важное значение и воздействие на дальнейшее обеспечение совершенствования и эффективности деятельности института юридических лиц.

# Гражданско-правовые реформы в Республике Армения в сфере интеллектуальной собственности

## I. Предисловие

*В современных условиях развития информационных технологий и глобализации экономики, все более и более возрастает роль прав на интеллектуальную собственность, что и диктует необходимость формирования механизмов их правовой защиты, так как именно последние непосредственно или опосредованно связаны с развитием технологий.*

*В условиях электронной торговли, роль права на интеллектуальную собственность возрастает еще больше, так как взаимоотношения с объектами интеллектуальной собственности являются неизбежными. Возникает необходимость внедрения таких механизмов защиты прав на интеллектуальную собственность, которые будут стимулировать творческий труд и развитие экономики.*

*То есть, право на интеллектуальную собственность в значительной мере политизировано, и оно оставлено на усмотрение каждого государства, и в связи с этим следует понять направленность государства.*

*Думаем, что в современных условиях, защита прав на интеллектуальную собственность играет большую роль в экономическом развитии каждой страны, так как от степени защиты, предоставленной правам на интеллектуальную собственность, зависит экономическое развитие страны и благосостояние общества.*

*В этой статье будет обращено внимание на то, как, вообще, необходимо защищать права на интеллектуальную собственность, и сущность предусматриваемых в этом аспекте изменений в этой сфере в Гражданском кодексе РА.*

## II. Теория защиты права на интеллектуальную собственность

Для понимания необходимости и цели преобразований в сфере интеллектуальной собственности, в первую очередь необходимо понять истоки права на интеллектуальную собственность.

<sup>1</sup> Заместитель руководителя департамента Правового обеспечения в Министерстве Юстиции РА, аспирант Кафедры гражданского права Юридического факультета ЕГУ.

Что из себя представляет термин „интеллектуальная собственность“?

Его можно охарактеризовать как нестабильную правовую доктрину, которая регулирует отношения, связанные с использованием различного вида идей и отличительных знаков. Так, авторское право регулирует отношения, связанные с правами авторов в результате творческой деятельности, патентное право регулирует отношения, связанные с правами авторов в отношении изобретений, товарными знаками регулируются те отличительные знаки, которые предназначены потребителям для идентификации того или иного товара.

Экономическая и культурная важность и роль упомянутых отношений быстро возрастает.<sup>2</sup> И не случайно, что законотворческие органы разных стран предусматривают изменения в отношениях, регулирующих сферу интеллектуальной собственности.

Термин „Интеллектуальная собственность“ по сей день воспринимается неоднозначно и его соотношение с воспринимаемым всеми понятием „собственность“ не так уж и выявлено в нашей действительности<sup>3</sup>. Ярким примером этого является тот факт, что когда речь идет о нарушении права собственности, это является неприемлемым и лицо незамедлительно обращается к защите своих прав, однако, продажа фальсифицированных товаров или плагиат, с моральной точки зрения, не воспринимаются в качестве нарушения права.

В этом аспекте, пожалуй, возникает необходимость обратиться к существующим теориям относительно права интеллектуальной собственности и понять, какую цель преследует защита интеллектуальной собственности?

Первой из теорий является так называемая „утилитарная“ теория, идеология которой подводит к тому, что право собственности дается для того, чтобы способствовать увеличению общего блага.<sup>4</sup> В контексте интеллектуальной собственности эта теория предполагает, что законодатель, с одной стороны, должен находить такое эффективное равновесие, чтобы способствовать созданию произведений, научных трудов, и, с другой стороны – обеспечивать доступность этих произведений для общества, без нарушения прав правообладателей.<sup>5</sup> Характерным свойством объектов интеллектуальной собственности является то, что их с легкостью можно копировать, и кроме правообладателя объекта интеллектуальной собственности им могут воспользоваться другие лица. Такие свойства в

<sup>2</sup> [http://www.law.harvard.edu/faculty/ffisher/iptheory.html#\\_ftnref2](http://www.law.harvard.edu/faculty/ffisher/iptheory.html#_ftnref2)

<sup>3</sup> Adam D. Moore, Lockean Foundations of Intellectual Property, The WIPO journal: Analysis of Intellectual Property Issues, 2015, Volume 7, Issue 1, pg. 29.

<sup>4</sup> William Fischer, Theories of Intellectual Property, <https://cyber.harvard.edu/people/ffisher/iptheory.pdf>, стр. 2.

<sup>5</sup> См. там же.

реальности представляют опасность, так как авторы в таких обстоятельствах не смогут получать возмещение за произведенную ими работу (например, в аспекте авторских прав – время, которое автор потратил на написание произведения, переговоры с редактором и прочее), так как копировщики, не потратив на копирование значительную сумму, могут предложить потребителям более доступную цену и получить прибыль. Подобная ситуация может воспрепятствовать созданию произведений, представляющих ценность для общества.<sup>6</sup> Можно предположить, что именно для решения этой проблемы авторам присвоено исключительное право пользования (воспроизведения) своих произведений.<sup>7</sup>

Следующей теорией является теория „собственности“ Джона Локка. Теория Локка подводит к тому, что личность, которая разрабатывает „бесхозные“ или являющиеся „общественной собственностью“ ресурсы, имеет естественное право в отношении плодов и доходов, полученных в результате этой работы. Эта теория применима также к интеллектуальной собственности<sup>8</sup>, где идеи являются „общественной собственностью“, а произведение – результатом проделанной работы. По Локку, личность может приобрести собственность, объединив „общественную собственность“ со своим трудом, только в том случае, если остается достаточный остаток для других, то есть, других членов общества.<sup>9</sup> Известный американский философ Роберт Нозик в своей книге „Анархия, Государство и Утопия“<sup>10</sup> прокомментировал теорию Локка: в результате труда, приобретение собственности возможно только в том случае, когда другие не несут какой-либо материальный ущерб, то есть, не оказываются в таком состоянии, которое является более неблагоприятным по сравнению с состоянием, в котором они окажутся, если по закону не приобрели бы собственность в результате труда. С этой точки зрения Нозик считает, что теория Локка применима в отношении патентов по той простой причине, что несмотря на то, что в случае опубликования патента другие лица имеют ограниченное право применения, тем не менее, изобретения без труда изобретателя не было бы вообще. То есть, потребители получают пользу, а не несут ущерб от патента.<sup>11</sup> Тем не менее,

Локк считал, что в отношении прав изобретателей должны применяться некоторые ограничения, в частности, если одно или несколько лиц последовательно создали какое-то изобретение, то они должны иметь возможность его использования и продажи, а также патенты на него должны быть срочными.<sup>12</sup> С этой точки зрения, видимо, возникла необходимость внесения изменений в патентное право, так как согласно действующему регулированию, если одно и то же изобретение создано разными лицами независимо друг от друга, то право получения патента принадлежит тому лицу, заявка которого имеет более ранний приоритет.<sup>13</sup>

Идея следующего подхода, вытекающая из трудов Канта и Гегеля,<sup>14</sup> заключается в том, что частная собственность играет важную роль для удовлетворения фундаментальных нужд человека, и разработчики политики должны создавать такую среду, чтобы люди смогли бы обеспечить свои нужды. С этой точки зрения, право на интеллектуальную собственность может быть оправдано, так как защищает права авторов от возможного искажения их произведений или копирования, или оно создает культурные и экономические условия, что, в свою очередь, является важным для обеспечения развития человека.<sup>15</sup>

Обобщая вышеизложенные теории, можно сказать, что защита права на интеллектуальную собственность необходима как для авторов, правообладателей, так и для общества и государства, так как она способствует созданию новых технологий, историко-культурных ценностей, межгосударственных отношений и развитию экономики.

Наряду с этим, эти теории, пожалуй, в полной мере не выявляют сущность и особенности права на интеллектуальную собственность, они являются основой, которая позволит правотворческим и правоприменительным органам толковать и оправдывать регулирование и дальнейшие изменения, имеющие место в сфере права на интеллектуальную собственность.

### III. Сущность изменений, предусматриваемых в разделе права на интеллектуальную собственность Гражданского кодекса РА

Права на интеллектуальную собственность по своему характеру являются национальными или территориальными, то есть, они действуют на территории только той страны, где они зарегистрированы или где

<sup>6</sup> См. William Landes and Richard Posner, „An Economic Analysis of Copyright Law,“ *Journal of Legal Studies*, 18 (1989).

<sup>7</sup> См. там же.

<sup>8</sup> Европейский суд по правам человека по делу *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*, App. No. 73049/01, 44 Eur. H.R. Rep. 42 [836], 856 (Chamber 2007) (judgment of Oct. 11, 2005) пришло к тому заключению, что право на интеллектуальную собственность защищается частью 1 Протокола № 1 Европейской конвенции по правам человека в качестве фундаментального права человека.

<sup>9</sup> См. Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 *Geo. L.J.* 287 (1988).

<sup>10</sup> См. Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (New York: Basic Books, 1974), стр. 178-182.

<sup>11</sup> См. там же.

<sup>12</sup> См. там же.

<sup>13</sup> См. ст. 15.1 Закона РА „Об изобретениях, полезных моделях и промышленных образцах“, ст. 60 Европейской патентной конвенции.

<sup>14</sup> Margaret Jane Radin, *Reinterpreting Property* (Chicago: University of Chicago Press, 1993).

<sup>15</sup> См. там же.



им предоставлена защита.<sup>16</sup> Однако, в течение последних лет механизмы национальной защиты права на интеллектуальную собственность оказались несовместимыми в условиях глобализации рыночных отношений. Этим и обусловлено заключение международных договоров в сфере права на интеллектуальную собственность,<sup>17</sup> в ряду которых можно выделить Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (TRIPS), в котором установлены минимальные требования, которым должно следовать каждое государство-член.

Как уже отмечалось, реформы в сфере интеллектуальной собственности требуют разработки государственной политики. В этом аспекте Республика Армения избрала путь, направленный на наличие правовой системы, соответствующей критериям современного правового государства, что нашло свое выражение в Распоряжении Президента РА № 96-У „Об утверждении стратегической программы правовой и судебной реформы Республики Армения 2012-2016 годов и перечня мероприятий, вытекающих из программы“. Пункт 6.1 Распоряжения предусматривает, в частности, что Гражданский кодекс РА следует привести в соответствие с современными подходами к регулированию частных правоотношений, и в этом аспекте право на интеллектуальную собственность не является исключением.

Более того, в концепции по внесению изменений в Раздел 10 Гражданского кодекса РА<sup>18</sup> предлагается:

1. установление понятия „право на интеллектуальную собственность“, что совершенно оправдано, так как, согласно действующему регулированию не ясно, что включается в понятие интеллектуальной собственности. Одним из возможных решений является следующая формулировка: *„Интеллектуальной собственностью являются результаты интеллектуальной деятельности, которые включают объекты авторского и смежных прав, коммерческую тайну, объекты промышленной собственности (изобретения, полезные модели, промышленные образцы, селекционные достижения, топологии интегральных микросхем, средства индивидуализации коммерческих организаций, товаров, работ и (или) услуг“;*
2. одним из предлагаемых изменений является расширение объема прав правообладателя интеллектуальной собственности. В частности, предлагается зафиксировать право правообладателя потребовать от любого лица прекращения отчуждения или использования иным способом на территории

РА какого-либо товара (сфальсифицированного или контрафактного, „пиратского“), изготовленного в нарушение права на интеллектуальную собственность. При этом, это право должно иметь место независимо от обстоятельства приобретения этого товара добросовестным способом. Правообладатель также должен иметь возможность потребовать прекращения любой иной деятельности, которая нарушает право на интеллектуальную собственность или создает опасность для его нарушения. Необходимо установить, что конфискации подлежат не только материальные объекты, послужившие основанием для нарушения права, а также объекты, созданные с нарушением права (сфальсифицированные или контрафактные). Учитывая, что согласно действующему регулированию, объектом конфискации может являться только движимое имущество, следует установить, что являющиеся недвижимым имуществом материальные объекты, созданные в нарушение прав на интеллектуальную собственность, подлежат демонтажу. В качестве альтернативы может быть выплачена равноценная нарушению права компенсация с условием, что не причиняется вред доброй репутации автора (создателя).

Кроме конфискации движимого имущества, созданного с нарушением прав на интеллектуальную собственность, в качестве способа защиты прав предлагается установить уничтожение конфискованных материальных объектов, если, доказано или имеются обоснованные подозрения, что они вредны или опасны для здоровья общества. Следует предусмотреть конфискацию и уничтожение товаров также в том случае, когда невозможно отделение от товара или упаковки товарного знака или сходного с ним знака.

Следует зафиксировать, что суд, при применении какого-либо способа защиты права, должен учитывать все обстоятельства данного дела, в частности, серьезность нарушения и соразмерность применяемой меры, эффективность, необходимость и уместность применяемой меры в случае данного нарушения в смысле предотвращения однотипных нарушений в будущем. Суд должен учитывать также вопрос относительно возможности удовлетворения требования истца о равноценной компенсации.

Предлагаемыми изменениями предусматривается расширение прав правообладателей интеллектуальной собственности. Такие изменения могут быть неоднозначно восприняты особенно хозяйствующими субъектами и рассматриваться в качестве инструментов, ограничивающих конкуренцию.<sup>19</sup> Однако, с

<sup>16</sup> См. Lionel Bently, Brad Sherman, Intellectual Property Law, Third Edition, Oxford, 2009, стр. 5.

<sup>17</sup> РА является членом следующих международных договоров <http://www.aipa.am/hy/international-treaties/>

<sup>18</sup> См. <http://moj.am/legal/view/article/719>

<sup>19</sup> См. Lehmann IIC 1 and J.Holyoak and P.Torremans, Intellectual Property Law, Butterworths (1995), стр. 13-19.

учетом политики государства и целей защиты прав на интеллектуальную собственность, такие изменения оправданы и могут заинтересовать людей в создании как новых сочинений, произведений, изобретений, так и стимулировать экономическое развитие, обеспечивая импорт и экспорт товаров правообладателями.

В контексте предлагаемых изменений считаем необходимым обратиться к мерам, применяемым судом. Следует, в частности, предусмотреть, что суд может без применения вышеизложенных мер (уничтожение, демонтаж и прочее) установить только денежную компенсацию с правонарушителя, если правонарушитель действовал без умысла или по неосторожности и если другие меры причинят последнему несоразмерный вред, и что требование о такой денежной компенсации удовлетворительно для правообладателя интеллектуальной собственности. Такая формулировка, пожалуй, может стать сбалансированным решением в отношении по защите прав правообладателей на интеллектуальную собственность и пользованию произведениями или изобретениями, представляющими ценность для общества.

3. относительно нераскрытой информации предлагаются внесение следующих изменений:

- уточнение понятия нераскрытой информации, с подробным установлением условий, при наличии которых информация становится коммерческой тайной и наличие которых является основанием для ее правовой защиты;
- использование вместо выражения „служебная, коммерческая или банковская тайна“ выражения „нераскрытая информация“ или „коммерческая тайна“;
- не ограничивать рамки нераскрытой информации только технической, организационной, коммерческой сферами. Она может относиться также к служебной (трудовой), новаторской, производственной, финансовой, банковской, экономической и другим сферам;
- четким образом перечислить в статье 1164 Гражданского кодекса РА требования, предъявляемые к нераскрытой информации. В частности, относительно того, что такая информация:
  - не должна законным образом раскрываться третьим лицам;
  - должна иметь (или может иметь) определенную экономическую (коммерческую) ценность (значение) и (или) она должна законным образом предоставлять обладателю, пользователю, распорядителю (правообладателю) какое-либо коммерческое преимущество в отношении его настоящих или будущих конкурентов;

- должна путем разумных мер (способов) сохраняться в тайне распоряжающимся лицом. А также такая информация не должна быть
- недоступна для свободного получения на законных основах.

Установить в качестве предварительного условия защиты нераскрытой информации следующее:

- нераскрытая информация или ее четкое (недвусмысленное) описание должна быть зафиксирована каким-либо способом на каком-либо носителе;
- на этом носителе должны иметься самая ранняя дата владения распоряжающимся лицом нераскрытой информацией, идентификационные данные обладателя этой информацией;
- нераскрытая информация изначально должна находиться в распоряжении ее обладателя на законных основаниях и (или) не должна быть приобретена в нарушение закона;
- нераскрытая информация хранится без ограничения каких-либо сроков;
- нераскрытая информация или какая-либо часть такой информации, в случае раскрытия (законного раскрытия) ее законным обладателем, при осведомлении, согласии или разрешении последнего утрачивает свою силу в качестве коммерческой тайны и становится доступной информацией;
- лицо, на законном основании обладающее коммерческой тайной, должно иметь право запрещать третьим лицам использовать нераскрытую информацию или какую-либо ее часть, если она раскрыта третьими лицами и стала известной третьим лицам без осведомления или письменного разрешения, согласия законного обладателя коммерческой тайны (незаконное раскрытие). При этом, такой способ защиты должен быть доступным также в том случае, когда незаконный пользователь информацией является добросовестным приобретателем. С этой целью, в части 2 статьи 1165 Гражданского кодекса РА следует установить, что обладатель нераскрытой информации имеет право потребовать от добросовестного приобретателя незамедлительно прекратить использование, раскрытие или распространение информации;
- признать утратившим силу положение статьи 1165 Гражданского кодекса РА, согласно которому суд, с учетом расходов, произведенных добросовестным приобретателем на использование нераскрытой информации, может разрешить ее использование в дальнейшем на условиях возмездной неисключительной лицензии;
- кто может являться законным обладателем нераскрытой информации и какие права имеет

лицо, которое самостоятельно создало, открыло или выявило нераскрытую информацию без нарушения права имеющегося до него у какого-либо законного обладателя или распорядителя? Уточнить, что нераскрытая информация может быть как отчуждена, так и передана в пользование другому лицу;

- сделка по передаче права на нераскрытую информацию должна совершаться письменно, ее содержание должно быть секретным (конфиденциальным) и не подлежать опубликованию. Уточнить, что как предоставляющие, так и получающие информацию лица обязаны хранить ее в тайне, если договором не предусмотрено иное.

Необходимость предлагаемых изменений относительно нераскрытой информации вытекает также из статьи 39 – Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности, в которой устанавливаются те минимальные условия, наличие которых свидетельствуют о нераскрытой информации или коммерческой тайне. В то же время, думаем, что банковская тайна остается за пределами предмета регулирования коммерческой тайны и она должна регулироваться исключительно банковским законодательством. Кроме этого, думаем, что в дополнительном обосновании нуждается рассмотрение закрепления коммерческой тайны на носителе в качестве предварительного условия защиты коммерческой тайны. Такой подход может ограничить права правообладателя коммерческой тайной и создать практические препятствия. В этом аспекте, при установлении критериев коммерческой тайны, нет необходимости возложения на правообладателя дополнительных предварительных условий. Возможность такого выбора следует оставлять исключительно на усмотрение правообладателя.

Необходимость внесения изменений в регулирование коммерческой тайны является актуальной, так как действующее регулирование непостоянно и не выявляет истинную сущность коммерческой тайны, которая вытекает из международных критериев. Предусмотрение таких механизмов является еще одним стимулом для создания технологических новаций.

#### IV. Заключение

Подводя итоги вышеизложенного можно сделать вывод относительно того, что права на интеллектуальную собственность по своему характеру являются общемировыми и их роль и значение возрастает с течением времени. Именно по этой причине необходимо понимание истинной сущности прав на интеллектуальную собственность, чтобы при внесении любых

изменений, они не видоизменялись и не становились основанием для злоупотреблений.

Реформы, предусматриваемые в разделе интеллектуальной собственности Гражданского кодекса РА, в общем и целом являются положительным шагом и созвучны современным подходам. Установление широких гарантий прав на интеллектуальную собственность может стимулировать расширение творческой деятельности в РА, так как авторы, изобретатели почувствуют себя защищенными и будут иметь возможность реализации своих прав в полном объеме. Кроме того, это будет способствовать экономическому развитию, так как в результате этих реформ правообладатели промышленной собственности также получат возможность применять меры адекватного воздействия к любому правонарушителю и получать компенсацию.

Вместе с тем, при каждой реформе, правотворческие органы должны проявлять такой сбалансированный подход, чтобы расширение прав на интеллектуальную собственность не становилось самоцелью и не приводило к ограничению других прав.

Тамар Лакербая<sup>1</sup>

*С благодарностью в адрес сотрудников  
Института зарубежного и международного  
частного права им. Макса Планка.*

*Большая часть настоящей статьи  
написана с использованием материалов  
уникальной библиотеки этого института.*

## К вопросу усовершенствования положений о праве на расторжение договора в Гражданском кодексе Грузии

### Вступление

Право на расторжение договора, которое по своей сути значительно отличается от других форм прекращения договора, считается одним из важных инструментов защиты прав потребителей в европейском договорном праве. По мнению европейских законодателей, право на расторжение договора, с одной стороны, защищает договорную свободу потребителя, а с другой – считается простым способом выхода из договора. Следует отметить, что статья 336 Гражданского кодекса Грузии (ГКГ), предусматривающая право на расторжение договора, заключенного вне помещения, не соответствует своим европейским аналогам и нуждается в дополнении и изменении.

В настоящей статье анализируется (I) Регламентация права на расторжение договора в Гражданском кодексе Грузии; (II) Определение договора, заключаемого вне помещения; (III) Пределы действия права на расторжение договора; (3.1.) Европейская модель договора, заключаемого вне служебного помещения; (3.2.) Критический анализ грузинской модели договора, заключаемого вне помещения; (IV) Обязательство по информированию потребителя о праве на расторжение договора; (V) Сроки реализации права на расторжение договора; (VI) Заключительные положения.

### I. Регламентация права на расторжение договора в Гражданском кодексе Грузии

Нормы Гражданского кодекса Грузии (ГКГ), регулирующие права потребителей, в том числе право на расторжение договора, являются результатом рецепции немецких норм, регулирующих аналогич-

ные отношения.<sup>2</sup> Однако на момент принятия ГКГ, Гражданский кодекс Германии еще не обеспечивал надлежащего регулирования прав потребителей. Эти права, в том числе право на расторжение договора, а также специальные средства защиты прав,<sup>3</sup> получили отражение в кодексе лишь после реформы 2002 года. Более того, именно с момента реформирования в Гражданском кодексе Германии появилось понятие „потребитель“ в значении субъекта частноправовых отношений.<sup>4</sup> Вероятно, по этой причине грузинский аналог этого института обозначен в ГКГ недостаточно четко.

Здесь же следует отметить, что договор, заключаемый вне помещения, возможность расторжения которого предусмотрена законом, представлен в ГКГ не в качестве отдельных договорных отношений, а как часть договорного права, и включен в главу о заключении договора. Можно предположить, что этим авторы закона хотели подчеркнуть специфичность такого договора, выделив факт его заключения в неординарной обстановке. Действительно, именно из-за необычности обстановки, в которой заключается такой договор, ему уделяется особое внимание, а участнику такого договора – потребителю предоставляется особое право защиты. В то же время следует подчеркнуть, что в странах Евросоюза право на расторжение договора, как важный инструмент защиты прав потребителей, было установлено в результате принятия директив, большинство из которых обладали горизонтальным эффектом, спорные же вопросы, связанные с этим правом, в основном, толковались судебной практикой государств и Европейского Союза.<sup>5</sup>

Эффект неожиданности, характерный для договоров, заключаемых вне помещения, от последствий которого так надежно защищает потребителя европейское гражданское право,<sup>6</sup> в грузинском законодательстве выделен менее ярко. Большинство договоров, которые можно отнести к категории заключаемых вне помещений, связаны с мелкими бытовыми товарами или продуктами питания, чья стоимость и назначение редко дают веские основания для его

<sup>2</sup> Диодидзе Т., Расторжение договора в сделках, заключаемых вне помещения, согласно немецкому и грузинскому законодательству, журнал „Студентури самартлебливи журнаლი“, Тбилиси, 2014, 67 (на груз. яз.).

<sup>3</sup> Дзалиришвили З., Церцвадзе И., Сванидзе Г., Церцвадзе Л., Джанашия Л., Договорное право, изд. „Меридиани“, Тбилиси, 2014, 28 (на груз. яз.).

<sup>4</sup> Перевод Гражданского кодекса Германии на груз. яз. (по состоянию на 1 марта 2010 г.), издат. ООО „Сиеста“, Тбилиси 2010; Крофолер И., Учебный комментарий к Гражданскому кодексу Германии, Фонд содействия юридическому образованию АМЮГ по заказу GIZ, Тбилиси, 2014, 249-252.

<sup>5</sup> European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules, Sellier, ELP, Munich, 2008, 346.

<sup>6</sup> Schulze R., The Right of Withdrawal, Perspectives for European Consumer Law, Towards a Directive on Consumer Rights and Beyond, Sellier, European Law Publishers, 2010, 13-22.

<sup>1</sup> Судья по гражданским делам Тбилисского городского суда; докторант Юридического факультета Тбилисского государственного университета.

расторжения. С другой стороны, ввиду отсутствия регулирования в этой сфере торговли, занятые в ней поставщики товаров и услуг не соблюдают европейские стандарты в сфере предоставления информации и прозрачности. Сегодня трудно представить, чтобы перед заключением договора мелкий торговец предупредил покупателя о его праве на отказ от договора, тем более в письменной форме, затем разъяснил бы ему порядок и условия реализации этого права.

В то же время, судя по последним тенденциям в сфере толкования договоров, заключаемых вне помещения, в европейском потребительском законодательстве,<sup>7</sup> сегодня к договорам такого типа относятся не только договоры, заключенные рядом с домом потребителя или на его рабочем месте. Следовательно, фактическое отсутствие права на расторжение договора, вернее, недостаточное внимание, уделяемое этому праву в грузинском потребительском законодательстве, свидетельствует о крайне низком уровне защиты прав потребителя в нашем государстве. Примечательно, что в грузинской судебной практике на сегодняшний день нет ни одного решения по спору, связанного с договором, заключенным вне помещения.

## II. Определение договора, заключаемого вне помещения

Право потребителя на расторжение договора в одностороннем порядке предусмотрено статьей 336 ГКГ, согласно которой договор между потребителем и лицом, торгующим в пределах своего предприятия (дословно в груз. версии – промысла), заключенный на улице, перед домом и в других подобных местах, действителен только в том случае, если потребитель в течение недели письменно не расторгнет его, кроме случаев, когда исполнение договора происходит по его заключению.<sup>8</sup> Статья 336 заслуживает внимания по нескольким причинам. В первую очередь, следует отметить, что границы деятельности предпринимателя, отраженные в диспозиции данной статьи, следует считать аналогом концепции, принятой в европейских законах. В частности, формулировка „лицо, торгующее в пределах своего предприятия (промысла)“, включает в себя виды деятельности, выходящие за рамки обычной торговли, так как слово „промысел“ имеет значение „охоты, добычи“, мелкого ремесленного производства как дополнительных источников заработка. С этой точки зрения, поясне-

ние, использованное в статье 336 для обозначения деятельности, осуществляемой в необычной, неординарной обстановке, соответствует цели европейской директивы, что подтверждается терминами – на улице, перед домом и в других подобных местах.<sup>9</sup>

Однако в статье не прослеживается функция защиты прав потребителя. Во-первых, при том что у потребителя есть право на расторжение договора в установленный срок, статья 336 не предусматривает механизм реализации этого права. В ней не указано, к кому должен обратиться потребитель или кому следует представить письменное уведомление. Более того, в законе не обозначена обязанность продавца по информированию покупателя, а сама диспозиция статьи исключает возможность расторжения договора, если исполнение происходит по его заключению. Следует отметить, что большинство договоров, заключаемых вне помещения, исполняются именно по заключению, что, согласно грузинской версии таких отношений, фактически лишает потребителя защиты, особенно если учесть, что ГКГ не обязывает предпринимателей, торгующих подобным образом, предоставлять потребителям соответствующую информацию. Такая формулировка статьи не дает твердые гарантии защиты прав потребителя в случае заключения договора вне помещения.<sup>10</sup>

При этом, грузинская версия этой нормы не содержит указаний на суть договорных отношений. В ней акцентируется лишь факт заключения договора вне помещения, что следует считать недостатком регулирования. В то же время, ближайший европейский акт, регулирующий право на расторжение договора – Директива о защите прав потребителей от 2011 г., прямо указывает на то, что в случае заключения договора вне служебного помещения или дистанционно, императивное право на расторжение действует только в отношении договоров купли-продажи и договоров о предоставлении услуг. Следовательно, было бы целесообразно включить подобную оговорку и в статью 336 ГКГ.

## III. Сроки реализации права на расторжение договора

Особенность защиты прав потребителей состоит в том, что специальные защитные механизмы направлены против конкретных рисков и связаны с соответствующими договорными отношениями.<sup>11</sup> В этом плане не

<sup>7</sup> Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on Consumer Rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, Official Journal of the European Union, L 304/64, 22.11.2011.

<sup>8</sup> Гражданский кодекс Грузии, Парламентский бюллетень, 31, 24/07/1997.

<sup>9</sup> *Заалишвили В.*, Системные особенности регулирования потребительских частноправовых отношений в грузинском законодательстве, журнал „Сасамартло журнаლი“ #1-2, Тбилиси, 2010 70; *Бзекалова Е.*, Права потребителей согласно Гражданскому кодексу Грузии, юбилейное издание, Институт права им. Давида Батонишвили, под общ. ред. *Гегенава Д.*, Тбилиси, 2013, 73 (на груз. яз.).

<sup>10</sup> *Чечелашвили З.*, Договорное право, Тбилиси, 2008, 103 (на груз. яз.).

<sup>11</sup> *Дзлеришвили З., Церцвадзе И., Сванидзе Г., Церцвадзе Л., Джанашия Л.*, Договорное право, изд. „Меридиани“, Тбилиси, 2014, 29 (на груз. яз.).

является исключением и право на расторжение договора. В европейском договорном праве действие этого права распространяется на два типа договорных отношений: первый – договор, заключаемый вне служебного помещения, второй – дистанционный договор.<sup>12</sup>

В договорном праве отдельных европейских государств, право потребителя на расторжение договора, заключенного вне служебного помещения, возникло раньше, чем были приняты соответствующие европейские директивы.<sup>13</sup> При этом, изначально под такими договорами в основном подразумевались договоры, заключаемые спонтанно возле дома потребителя или на его рабочем месте.<sup>14</sup> Примечательно, что целью Европейской директивы 1985 года была защита потребителя от обязательств в рамках договора, заключенного у домашней двери.<sup>15</sup> Однако со временем определение договора, заключаемого вне помещения, расширилось и охватило и другие случаи. В этой связи следует выделить несколько аспектов, заслуживающих отдельного внимания и анализа.

### 1. Европейская модель договоров, заключаемых вне служебного помещения

В европейском договорном праве встречаются различные формы договоров, заключаемых вне служебного помещения:

а) В первую очередь, для того, чтобы договор считался заключенным вне помещения и потребитель мог воспользоваться правом на его расторжение,

переговоры о заключении договора между сторонами должны проходить вне помещения, в котором предприниматель обычно осуществляет свою деятельность.<sup>16</sup> Иными словами, предложение о заключении договора должно поступить к потребителю в месте, которое не является обычным местом работы конкретного предпринимателя. Поэтому договоры, заключенные на открытых торговых площадях, рынках и других подобных местах, не могут считаться договорами, заключенными вне служебного помещения предпринимателя, если предприниматель обычно осуществляет свою деятельность в указанных местах.<sup>17</sup> Если предприниматель предлагает потребителю заключить договор, находясь рядом с его домом, на его рабочем месте или в транспорте, то есть, в местах, которые не могут быть рабочими помещениями предпринимателя, то принятие такого предложения связано с рядом рисков для потребителя, в первую очередь, с грубым воздействием на его волю. Именно поэтому законодательство уделяет подобного рода договорам особое внимание и предусматривает простой защитный механизм для освобождения потребителя от обязывающей силы таких договоров.<sup>18</sup>

б) Говоря о договорах, заключаемых вне служебного помещения предпринимателя, также следует учитывать случаи, когда торговая точка, расположенная в общественном месте, формально может быть сочтена обычным местом деятельности предпринимателя. Это случаи, когда для рекламы и продвижения своей продукции предприниматели используют другие места помимо своего обычного рабочего места. В такой ситуации следует обратить внимание на длительность и цель использования торговой точки. Если выяснится, что торговая точка используется с одноразовой конкретной целью, например – распродажа товара, реклама новой продукции, или любое иное действие, направленное на привлечение покупателей и заключение с ними договоров, такие договоры считаются договорами, заключенными вне служебного помещения.<sup>19</sup>

<sup>12</sup> *Rezek M.*, *Contracts Concluded Way from Business Premises and Contracts Concluded through Distance Communication in the Light of the Proposal for a Directive on Consumer rights, Perspectives for European Consumer Law, Towards a Directive on Consumer Rights and Beyond*, Sellier, European Law Publishers, 2010, 109-117.

<sup>13</sup> Например, начиная с 1931 года, в Австрии у покупателя было право в течение трех дней вытребовать обратно свой оферт или расторгнуть кредитный договор, заключенный вне помещения предпринимателя (дословно – „у домашней двери“ потребителя). В 1962 г. похожее положение было включено в законодательство Швеции. С 1960-х годов право потребителя на расторжение договора, заключенного „у домашней двери“, укоренилось также и в законодательстве Германии. В Бельгии, Франции, Голландии и Великобритании право на расторжение договора также было направлено на защиту потребителей в сделках, заключаемых „у домашней двери“. При этом, во Франции право на расторжение подобных договоров стало популярным, начиная с 1970-х годов. В Голландии в 1973 году был принят отдельный акт о договорах, заключаемых „у домашней двери“. В 1962 г. Комитет по защите прав потребителей Великобритании впервые указал на обязательность пересмотра результатов договоров, заключаемых „у домашней двери“. В бельгийском законодательстве также было предусмотрено право потребителя на расторжение договора купли-продажи в рассрочку, заключенного „у домашней двери“. *Terryl E.*, *The Right of Withdrawal, the Acquis Principles and the DCFR, CFR and Existing EC Contract Law*, Sellier, ELP, Munich, 2008, 146; *Zimmermann R.*, *The New German Law of Obligations, Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2005, 172.

<sup>14</sup> *Loos M.*, *Right of Withdrawal, Modernizing and Harmonizing Consumer Contract Law*, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2009, 258.

<sup>15</sup> Директива Совета европейских сообществ 85/577 от 20 декабря 1985 г. о защите потребителя в отношении договоров, заключаемых вне помещения.

<sup>16</sup> Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32011L0083>>, [26.04.2014]; Working Document of the Commission, Responses to the Consultation on the Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to Protect the Consumer in Respect of Contracts Negotiated Away from Business Premises Summary of Responses, <[http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/doorstepselling\\_responses.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/doorstepselling_responses.pdf)>, [27.04.2014].

<sup>17</sup> *Чантурия Л.*, Комментарий к Гражданскому кодексу Грузии, кн. 3, статья 336, изд. „Самартали“, Тбилиси 2001 (на груз. яз.).

<sup>18</sup> DG Justice Guidance Document, European Commission, DG Justice, June 2014, <[http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd\\_guidance\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_en.pdf)>, 14.

<sup>19</sup> *Twigg-Flesner Ch.*, *Metcalfe D.*, *The Proposed Consumer Rights Directive – Less Haste, More Thought? European Review of Contract Law*, 2009, 8, SSRN, <<http://ssrn.com/abstract=1345783>>, [20.01.2015].

- в) В то же время, общественное пространство может использоваться для временной предпринимательской деятельности, однако, заключенный в таком месте договор не будет считаться договором, заключенным вне служебного помещения. Это в основном относится к сезонной торговле, если она происходит на регулярной основе. Если предприниматель регулярно использует торговую точку для сезонной торговли, эта точка считается служебным помещением предпринимателя, а заключенный в этот период договор не считается договором, заключенным вне служебного помещения. Если же предприниматель предлагает потребителю товар или услугу в торговой точке, устроенной в торговом центре, парке, на набережной с целью одnorазового использования или использования в течение короткого времени для продвижения конкретного товара, то договор, заключенный в подобном месте, не может считаться договором, заключенным в служебном помещении, следовательно, потребитель имеет право на его расторжение. Бремя доказывания того, что использованная торговая точка является обычным местом деятельности предпринимателя или его служебным помещением, лежит на самом предпринимателе.<sup>20</sup>
- г) Отдельно выделяют случаи, когда предложение о заключении договора поступает к потребителю через обращение к нему лично. Если потребитель заключает договор в результате персонального обращения, договор считается заключенным вне служебного помещения предпринимателя, вне зависимости от того, подпишет ли потребитель договор прямо на улице или в помещении.<sup>21</sup>
- д) Договором, заключенным вне служебного помещения также считается договор, заключенный во время экскурсии, организованной предпринимателем.<sup>22</sup> При этом не имеет значения, состояла ли цель экскурсии в том, чтобы убедить потребителя заключить договор, или в том, чтобы прорекламировать товары и услуги. Главное, чтобы решение потребителя о заключении договора сформировалось в заранее запланированном и специально устроенном для этой цели предпринимателем торговом пространстве,<sup>23</sup> которое не является обычным местом работы или служебным помещением

предпринимателя, и для посещения которого потребителю необходимо принять участие в поездке.<sup>24</sup>

- е) Согласно Директиве о защите прав потребителей от 2011 г., договором, заключаемым вне служебного помещения, также считается договор, заключаемый непосредственно рядом с домом потребителя или на его рабочем месте.<sup>25</sup> При этом не имеет значения, был ли визит предпринимателя инициирован самим потребителем.<sup>26</sup> Например, даже если потребитель вызвал представителя предпринимателя к себе домой или на работу, или же если продавец сам посетил потребителя в указанном месте, чтобы предложить ему товар или услугу, договор, заключенный в такой обстановке, считается договором, заключенным вне служебного помещения. В результате, потребитель вправе расторгнуть его в соответствии с установленным порядком.<sup>27</sup>

Более того, если потребитель сам вызвал предпринимателя с целью приобретения определенного товара или услуги, однако, неожиданно для него предмет договора стал совсем другой товар или услуга, о которых потребитель не был проинформирован заранее и о рыночной стоимости которых он не знал, такой договор также относится к разряду договоров, заключаемых вне служебного помещения предпринимателя.<sup>28</sup>

Следовательно, европейская доктрина защиты прав потребителей охватывает различные случаи заключения договоров вне помещения, не ограничиваясь только договорами, заключаемыми рядом с домом потребителя. Она включает в себя широкий спектр необычных договорных отношений, объединенных лишь тем, что переговоры с потребителем проходят вне обычного служебного помещения предпринимателя.

## 2. Критический анализ грузинской модели

Предусмотренное Гражданским кодексом Грузии определение договора, заключаемого вне помещения, носит относительно узкий и расплывчатый характер. Следует рассмотреть диспозицию этой нормы в двух направлениях. В первую очередь, внимания заслуживает формулировка: „...между потребителем и лицом, торгующим в пределах своего предприятия...“. В этом смысле действие в „пределах своего предприя-

<sup>20</sup> DG Justice Guidance Document, European Commission, DG Justice, June 2014, <[http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd\\_guidance\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_en.pdf)>, 14.

<sup>21</sup> DG Justice Guidance Document, European Commission, DG Justice, June 2014, <[http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd\\_guidance\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_en.pdf)>, 14.

<sup>22</sup> Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011.

<sup>23</sup> Case C-423/97, *Travel Vac SL v Manuel Jose Antelm Sanchis*, [1999] ECR I-2195; *Terry E., Straetmans G., Colaert V.*, (eds.), *Landmark Cases of EU Consumer Law – In Honour of Jules Stuyck*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2013, 545-558.

<sup>24</sup> Consultation on the Implementation of Consumer Rights Directive 2011/83/EU, May, 2013, 18; DG Justice Guidance Document, European Commission, DG Justice, June 2014, 15.

<sup>25</sup> Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011.

<sup>26</sup> *Micklitz H-W., Stuyck J., Terry E.*, *Cases, Materials and Text on Consumer Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2010, 239.

<sup>27</sup> DG Justice Guidance Document, European Commission, DG Justice, June 2014, 13.

<sup>28</sup> Там же.

тия „ можно воспринимать как предпринимательскую деятельность, хотя формулировка вовсе не передает суть предпринимательства. Следовательно, статью 336 ГКГ необходимо уточнить. Было бы целесообразно сформулировать эту часть статьи следующим образом: „...между потребителем и лицом, осуществляющим торговую или производственную деятельность в рамках своего ремесла или профессии“.

Вторым существенным недостатком формулировки статьи 336 является ограниченность пределов действия предусмотренной в ней нормы, которая, в частности, выражается фразой „договор, заключенный [...] на улице, перед домом и в подобных местах“. Анализ права на расторжение договора свидетельствует о том, что защитная функция этого права эффективна лишь в том случае, если потребитель принимает предложение о заключении договора в месте, в котором предприниматель обычно не осуществляет свою деятельность. Заключение договора вне помещения само по себе не означает, что он заключен в нестандартной обстановке. Как отмечалось выше, торговый пункт, расположенный в открытом общественном месте, в том числе и на улице, часто является обычным местом деятельности предпринимателя, а пришедший в такой пункт потребитель заранее настроен на приобретение какого-либо товара или услуги.<sup>29</sup>

Кроме того, формулировке „...перед домом и в подобных местах...“ также недостает определенности. Местом, подобным дому может быть только другое место, используемое для проживания или временного пребывания. Дословное толкование этой части статьи не позволяет заключить, что потребитель будет защищен правом на расторжение договора в том случае, если он примет предложение, скажем, на своем рабочем месте, в транспорте, во время прогулки в парке или в любом другом месте, которое не является обычным местом деятельности предпринимателя.

Кроме того, право на расторжение договора защищает потребителя и в том случае, если он принимает предложение о заключении договора во время экскурсии, организованной предпринимателем или лицом, действующим в его интересах. При этом, под экскурсией следует понимать любое мероприятие, которое для потребителя является свободным времяпрепровождением. Примечательно, что в статье 336 подобные случаи не предусмотрены вовсе.

Соответственно, с целью усовершенствования и приближения статьи 336 к европейским стандартам, рекомендуется полноценно отразить в ней случаи заключения договоров вне помещения. В этой связи следует учесть формулировки, содержащиеся в Директиве о правах потребителей от 2011 года, где,

<sup>29</sup> Чантурия Л., Комментарий к Гражданскому кодексу Грузии, кн. 3, статья 336, изд. „Самартали“, Тбилиси 2001 (на груз. яз.).

в частности, под „контрактом, заключаемым вне служебных помещений“, понимается „любой контракт между продавцом и потребителем: (а) заключенный при одновременном физическом присутствии продавца и потребителя в месте, которое не является служебным помещением продавца; (b) в отношении которого предложение было сделано потребителем в обстоятельствах, указанных в пункте (а); (c) заключенный в служебном помещении продавца или посредством дистанционных средств связи сразу после того, как потребитель лично и индивидуально получает соответствующее предложение в месте, которое не является служебным помещением продавца при одновременном физическом присутствии продавца и потребителя; или (d) заключенный во время экскурсии, организованной продавцом в целях продвижения и продажи товаров или услуг потребителю“.<sup>30</sup>

При этом желательно дать более четкое определение договора, заключаемого вне помещения, чтобы также предусмотреть случаи, когда потребитель получает предложение о заключении договора в транспорте или другом общественном месте, которое не является служебным помещением предпринимателя (немецкая модель).<sup>31</sup>

#### IV. Обязательство по информированию потребителя о праве на расторжение договора

Защитный эффект права на расторжение договора достигает своей цели только в том случае, если потребитель заранее проинформирован об этом праве и порядке его реализации.<sup>32</sup> Кроме того, в случае с договорами, заключаемыми вне помещения, потребитель должен быть проинформирован в письменном виде, а в случае заключения дистанционных договоров – информацию следует представить на твердом носителе. В обоих случаях потребитель должен быть проинформирован о праве на расторжение договора до его заключения. Информация также должна содержать все идентификационные данные предпринимателя и указание о сроке реализации права.<sup>33</sup>

С этой точки зрения статью 336 ГКГ необходимо дополнить положениями об обязанности производителя надлежащим образом информировать потре-

<sup>30</sup> Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011.

<sup>31</sup> Для сравн., Перевод Гражданского кодекса Германии на груз. яз. (по состоянию на 1 марта 2010 г.), издат. ООО „Сие-ста“, 2010, статья 312.

<sup>32</sup> Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32011L0083>>, [26.04.2014].

<sup>33</sup> Rezek M., Contracts Concluded Away from Business Premises and Contracts Concluded through Distance Communication in the Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights, Perspectives for European Consumer Law, Towards a Directive on Consumer Rights and Beyond, Sellier, European Law Publishers, 2010, 109-117.



бителя. Следует подробно расписать содержание и форму информации, которую обязан предоставить производитель. В своей действующей редакции статья не содержит четкого определения обязанностей потребителя в связи с реализацией права на расторжение договора. В частности, в ней не указано, к кому следует обращаться потребителю или каким способом он может связаться с адресатом. Кроме того, в статье 336 ГКГ говорится об обязанности потребителя заявить о своем намерении отказаться от договора в письменном виде. Хотя европейские законы о защите прав потребителя не ограничивают предпринимателей в плане определения формата отказа, более того, предусматривают типовую форму уведомления,<sup>34</sup> однако, в то же время, считают допустимой и вышеупомянутую возможность уведомления.<sup>35</sup> Желательно включить подобную оговорку и в новую редакцию статьи 336.

## V. Сроки реализации права на расторжение договора

Право на расторжение договора дает возможность быстро и безболезненно освободиться от обязывающей силы договора. В течение срока, установленно для реализации этого права, потребитель может пересмотреть результаты заключенного договора и аннулировать реальную сделку без всякого обоснования с соответствующими реституционными последствиями.<sup>36</sup> Согласно европейскому договорному праву, срок реализации права на расторжение договора составляет 14 дней.<sup>37</sup> Статья 336 ГКГ предусматривает для этой цели недельный срок. В целях достижения полноценной интеграции с внутренним европейским рынком было бы разумно приравнять указанный срок к европейскому стандарту, продлив его до 14 дней. В отношении расторжения дистанционного договора должны действовать те же правила.

Также примечательна следующая формулировка статьи 336: „... договор действителен только в том случае, если потребитель в течение одной недели письменно не расторгнет его, кроме случаев, когда исполнение договора происходит по его заключении“. Эта формулировка заслуживает отдельного внимания по двум причинам. Во-первых, из нее следует,

что признание договора действительным зависит от того, воспользовался ли потребитель правом на его расторжение или нет. Фактически, так оно и есть. Однако с другой стороны, неясно, что подразумевается под словами „договор действителен“. Вся суть права на расторжение договора заключается в том, что оно отменяет реальный и, по большей части, двусторонний договор. Несмотря на существование права на расторжение, договор, заключенный сторонами вне помещения и дистанционно, считается действительной и имеющей юридическую силу сделкой с момента его заключения, а потребитель имеет право в одностороннем порядке отказаться от результата договора – вернуть приобретенный товар и потребовать обратно уплаченную за него сумму.<sup>38</sup>

В этой связи данная норма требует уточнения. В частности, было бы целесообразно перефразировать ее, заменив формулировкой „... договор действителен только в том случае, если потребитель в течение одной недели письменно не расторгнет его“, на „потребитель вправе расторгнуть договор, заключенный вне помещения, если он заключен...“. Как уже отмечалось выше, параллельно с этим необходимо составить перечень условий, при которых могут быть расторгнуты подобные договоры.

Второй вопрос, который также заслуживает внимания и свидетельствует о неэффективности статьи 336 ГКГ, это ограниченный срок действия права на расторжение договора. В частности, согласно статье 336, „договор действителен только в том случае, если потребитель в течение одной недели письменно не расторгнет его, кроме случаев, когда исполнение договора происходит по его заключении“. Согласно этой формулировке, потребитель утрачивает право на расторжение договора в случае, если его исполнение происходит по его заключении. Такая регламентация права, в первую очередь, противоречит его защитной функции, ведь эффективность права на расторжение договора заключается в том, что после его заключения и передачи товара в фактическое владение, потребитель получает дополнительное время для проверки его качества. При этом, договоры купли-продажи, в большинстве случаев, исполняются в двустороннем порядке в момент их заключения. Если исполнение договора будет отменять право отказа, сама концепция такого права утратит всякий смысл.

С другой стороны, европейская модель права на расторжение договора считает допустимым ограничение его действия, если исполнение договора происходит по его заключении. Однако в отличие от грузинского аналога, европейская модель уточняет случаи, в которых может действовать такое ограничение, и

<sup>34</sup> Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011.

<sup>35</sup> Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis principles), Contract I, Pre-contractual obligations, Conclusion of Contracts, Unfair Terms, prepared by Research Group on the Existing EC Private Law, European Law Publishers, 2007, 165.

<sup>36</sup> Loos M., Right of Withdrawal, Modernizing and Harmonizing Consumer Contract Law, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2009, 246-250; Micklitz H-W., Stuyck J., Terry E., Cases, Materials and Text on Consumer Law, Oxford and Portland, Oregon, 2010, 239.

<sup>37</sup> Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011.

<sup>38</sup> Крофолер И., Учебный комментарий к Гражданскому кодексу Германии, Фонд содействия юридическому образованию АМЮГ, Тбилиси, 2014, 250.

связывает его только с договорами о предоставлении услуг. В частности, исходя из особенностей отказа от предоставленных услуг, европейская доктрина прямо обязывает предпринимателей заранее в письменной форме предупреждать потребителей о том, что с момента начала предоставления услуги они теряют право на расторжение заключенного договора. Только информированное согласие потребителя может стать основанием для ограничения действия права на расторжение договора о предоставлении услуг.<sup>39</sup>

С учетом всего вышесказанного, необходимо внести в статью 336 ГКГ уточнения, в первую очередь, обозначив обстоятельства, при которых исполнение договора приводит к отмене права на его расторжение. Кроме того, необходимо перенять европейские тенденции, в частности, было бы желательно предусмотреть ограничение права на расторжение только договорами о предоставлении услуг. Также необходимо обеспечить соблюдение условия для ограничения права на расторжение, т.е. предварительное уведомление потребителя об ограничении этого права.

## **VI. Заключительные положения**

В европейском договоре праве право на расторжение договора защищает потребителя от отрицательных последствий договора, заключаемого вне помещения предпринимателя. Это право необходимо должным образом отразить и в Грузинском законодательстве, внося соответствующие поправки и дополнения в статью 336 ГКГ. В специальных положениях о праве на расторжение договора, заключенного вне помещения, должна быть отражена общая концепция этого права и механизм его эффективной реализации.

<sup>39</sup> Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011.

## Права наследования в гражданском законодательстве Германии и Азербайджана

### Сокращения:

ГК РА – Гражданский кодекс Республики Азербайджан  
ГГУ – Германское гражданское уложение  
ВЗС – Высший земельный суд

### Введение

*Право наследования является одним из прав, гарантируемых как Конституцией Германии (Grundgesetz, статья 14), так и Конституцией Республики Азербайджан (статья 29, пункт 5). Это право отражено в последней, пятой книге Германского гражданского уложения (далее ГГУ) и в десятом разделе Гражданского кодекса (ГК) Республики Азербайджан (далее РА).*

*В целом, право наследования является одним из субъективных прав и отражает возможность лица принимать решения в отношении его/ее имущества или других переуступаемых прав после его/ее смерти, а также быть бенефициарием (наследником), извлекающим пользу от этой возможности. С точки зрения объективности, право наследования можно понимать как совокупность нормативно-правовых актов, регулирующих передачу имущества одному или нескольким лицам с момента смерти наследодателя.*

#### Казус 1:

Могут ли А. и два его брата обратиться в Конституционный суд с целью опротестовать судебный акт, касающийся неверного раздела имущества после смерти их отца?

#### Ответ:

Право наследования включено в Конституцию обоих государств (конституционное право). Как граждане Республики Азербайджан, так и граждане Федеративной Республики Германия (ФРГ) имеют право обжаловать нарушения закона в Конституционном суде. Каждый гражданин РА имеет право обращаться в Конституционный суд для опротестования нормативно-правовых актов, постановлений муниципальных законодательных и исполнительных органов, судебных органов, которые нарушают его/ее права и свободы, в установленном законом порядке.

Таким образом, А. может подать подобную жалобу в Конституционный суд.

Как и статья 1133 Гражданского кодекса Республики Азербайджан (ГК РА), так и статья 1922 ГГУ предусматривают возможность передачи имущества скончавшегося лица по закону или по завещанию. Для передачи наследства определенным лицам необходимо открыть наследство, и этот процесс аналогичным образом регулируется гражданскими кодексами обеих стран. Так, в соответствии со статьей 1922 ГГУ и статьями 1145 и 1146 ГК РА, наследство открывается после смерти физического лица или объявления лица умершим в судебном порядке.

### Способность наследовать

Наследниками по закону и по завещанию могут быть:

- лица, находящиеся в живых на момент открытия наследства (пункт 1 статьи 1923 ГГУ; статья 1134 ГК РА);
- лица, зачатые при жизни и родившиеся после смерти наследодателя (пункт 2 статьи 1923 ГГУ; статья 1134 ГК РА).

#### Казус 2:

А. сообщили, что он скоро умрет. Он желает знать, может ли он указать своего еще не родившегося ребенка в качестве наследника в своем завещании?

#### Ответ:

Может ли ребенок, зачатый, но еще не родившийся, быть наследником?

Способность наследовать (пункт 2 статьи 1923 ГГУ; статья 1134 ГК РА), таким образом (+)

Завещание, которое будет составлено, заменит порядок наследования по закону.

Таким образом, А. может указать своего еще не родившегося ребенка в качестве наследника в своем завещании.

### Способность завещать

Один из важнейших вопросов, который затрагивается в спорах, касающихся права наследования, состоит в том, был ли завещатель(ница) способен завещать на момент составления завещания?

Как упоминалось выше, свобода составления завещания является одним из конституционных прав. Как отмечалось в решении Верховного земельного суда Франкфурта-на-Майне, принятого в 1996 году, завещатель(ница) имеют право свободно указывать любое лицо в качестве своего наследника и не обязаны обосновывать третьим сторонам свое

<sup>1</sup> Магистр Европейского права, бакалавр права (Кёльн).

решение или указывать понятные причины такого решения.

#### Казус 3:

Пятнадцатилетнему А. сообщили, что он скоро умрет. Несмотря на то, что ему 15 лет, у него есть имущество, и он желает составить завещание и назначить своего новорожденного ребенка своим наследником. Может ли он сделать это?

В соответствии с пунктом 1 статьи 2229 ГГУ, несовершеннолетнее лицо вправе составить завещание, как только ему/ей исполнится шестнадцать лет. При этом, согласно пункту 4 той же статьи, он/она не должны страдать от патологического душевного расстройства, умственной отсталости или расстройства восприятия. Для составления завещания несовершеннолетнему не требуется согласия его/ее законных представителей (пункт 2, статья 2229 ГГУ).

Согласно ГК РА, возможность завещать имеют только лица, достигшие совершеннолетия. Статья 1167 гласит: „Завещать могут совершеннолетние дееспособные лица, которые в момент составления завещания могут осознавать свои действия и четко выражать свою волю“ (то есть лица, достигшие 18 лет).

Ответ на третий казус:

Способен ли А. завещать?

(-), ввиду пункта 1 статьи 2229 ГГУ: завещать могут только лица, достигшие 16 лет!

Статья 1167 ГК РА: завещать могут только лица, достигшие 18 лет!

Таким образом, А. не может составить завещание, и его ребенок после рождения станет его наследником в порядке, действующем в отсутствие завещания. Вопрос о наследовании по закону будет рассмотрен ниже.

Способен ли еще не родившийся ребенок быть наследником?

(+), пункт 2 статьи 1923 ГГУ;

(+), статья 1134 ГК РА.

Итак, в соответствии с ГК РА и ГГУ, А. не может составить завещание.

### Наследование при отсутствии завещания

Наследование при отсутствии завещания применимо к случаям, в которых умерший не составил завещания, или составленное им завещание признано недействительным. Так, если умирающий не знал, когда скончается, и не предвидел, как будут развиваться правовые отношения, он мог отложить составление завещания, и тогда в случае неожиданной и внезапной смерти его/ее имущество может быть потеряно или уничтожено, либо может вызвать споры между родственниками. Еще одна цель – предотвратить ли-

шение наследства членов семьи и близких родственников умершего лица. Для предотвращения подобных случаев наследование при отсутствии завещания предусмотрено в гражданском законодательстве обеих стран.

Наследование при отсутствии завещания осуществляется в порядке очередности призвания к наследованию. Эта очередность определяется в зависимости от близости родственных связей родственников, находящихся в живых на момент открытия наследства. В законодательствах Азербайджана и Германии существуют незначительные различия в отношении очередности призвания к наследованию.

И в ГГУ, и в ГК РА наследование при отсутствии завещания осуществляется на основании пяти очередей призвания к наследованию. Так, в соответствии со статьей 1924 ГГУ, в случае отсутствия завещания, наследниками первой очереди являются потомки умершего лица, то есть его/ее дети. Существование хотя бы одного из потомков предыдущей очереди исключает наследование потомками последующей очереди – например, если ребенок жив, его ребенок, то есть внук или внучка скончавшегося не является наследником/наследницей (пункт 2 статьи 1924 ГГУ). С другой стороны, если потомка нет в живых на момент передачи наследства, то его место занимают потомки, связанные с умершим через него (пункт 3 статьи 1924 ГГУ). Дети наследуют в равных долях (пункт 4 статьи 1924 ГГУ).

В законодательстве подробно описан круг наследников первой очереди. Так, в соответствии с пунктом статьи 1159 ГК РА, к этой группе, помимо детей умершего лица, относятся также его родители. Помимо этого, супруг или супруга наследодателя (наследодательницы) имеют такие же доли в наследстве, что и его/ее дети, свекор/свекровь или тесть/теща. В соответствии с ГГУ, супруга (супруг) наследодателя (наследодательницы) владеет половиной наследства (за исключением некоторых случаев). Другие вопросы регулируются положениями ГГУ.

В гражданском законодательстве обеих стран приемные дети уравниваются в правах наследования с родными детьми и получают одинаковые доли наследства.

#### Казус 4:

А. внезапно скончался, оставив двоих детей, С1 и С2. В какой форме осуществляется наследование при отсутствии завещания?

Ответ 4:

Поскольку завещание не было составлено, применяется наследование по закону.

В соответствии со статьей 1924.4 ГГУ и статьей 1159.1 ГК РА, дети наследуют в равных долях. Это оз-

начает, что и С1, и С2 получают половину наследства. При наличии нескольких наследников, наследство до его раздела между ними принадлежит всем наследникам в виде единого имущества и управляется ими совместно (статья 2032 ГГУ; статьи 1157, 1157-1 ГК РА).

#### Казус 5:

Как и в предыдущем казусе, у А. трое детей (С1, С2 и С3), и у каждого из них по трое детей (внуков А.). Более того, у каждого из внуков еще по трое детей. В какой форме осуществляется наследование при отсутствии завещания?

#### Ответ 5:

В этом случае также применяется наследование по закону, поскольку завещания не было составлено.

Вопрос в том, могут ли 9 внуков и 27 правнуков от троих детей быть наследниками имущества А.?

Статья 1924.2 ГГУ;

Статья 1159.1.3 ГК РА:

Внуки и правнуки не считаются наследниками, поскольку их родители живы на момент открытия наследства, и это исключает их детей из круга наследников А. Таким образом, как упоминалось выше, дети наследуют по одной трети наследства в равных долях и считаются лицами, имеющими общее наследство.

#### Казус 6:

Условия те же, что в предыдущем казусе, но С2 также скончался.

#### Ответ 6:

Все как в предыдущем ответе, но, поскольку С2 скончался, то трое его детей, то есть внуки А. (N1, N2 и N3) в равных долях поделят между собой долю их скончавшегося отца в наследстве А., в соответствии с требованиями статьи 1924.3 ГГУ и статьи 1159.1.1 ГК РА.

Таким образом, доли распределяются следующим образом:

С1 = 1/3;

С2 = скончался, его доля распределяется между его детьми: N1, N2 и N3 получают по 1/9 от общего наследства;

С3 = 1/3.

Пятеро людей, являющихся наследниками, считаются совладельцами наследства и управляют наследством совместно до момента его раздела.

Круг наследников второй очереди, как и круг наследников первой очереди, отличаются в гражданском законодательстве Азербайджана и Германии. К ним относятся, в соответствии со статьей 1159.2 ГК РА, сестры и братья умершего, а в случае их смерти – наследниками считаются племянники и племянницы. Однако статья 1925.1 ГГУ гласит, что помимо братьев

и сестер умершего, к этому кругу наследников также относятся и его/ее родители. Более того, родители первыми получают право на владение наследством после открытия наследства. Братья и сестры делят между собой долю родителей в случае смерти матери или отца или их обоих. Чтобы лучше понять эту схему, рассмотрим следующий казус.

#### Казус 7:

У А. нет детей, а его супруга умерла до его кончины. У него остался отец – АТ. и брат Q. У брата двое детей, QU1 и QU2 (племянники А.). Кто будет наследником по закону после смерти А.?

#### Ответ 7:

В отношении этого вопроса существуют различия между законодательствами Азербайджана и Германии в отношении лиц, входящих в круг наследников первой и второй очереди и их долевых прав. Так, согласно статье 1159.1 ГК РА, отец и мать умершего включены в круг наследников первой очереди, поэтому, в соответствии с азербайджанским законодательством, после смерти А. наследником станет его отец, поскольку у А. нет детей, а его супруга и мать скончались ранее. Поскольку брат и племянники А. входят в круг наследников второй очереди, их исключают из числа наследников наследники первой очереди (статья 1160 ГК РА).

Распределение долей в соответствии с ГК РА:

АТ = 100%;

Q и QU1 и QU2 = 0%.

Согласно статье 1925.1 ГГУ, отец А. является наследником второй очереди. Как отмечалось ранее, отсутствуют лица, относящиеся к первой очереди, поскольку у А. нет детей, а его жена умерла до его смерти. Мать А., которая входила в круг наследников второй очереди, также скончалась, поэтому отец АТ и брат Q становятся наследниками в соответствии со статьями 1925.1 и 1925.3 ГГУ. Брат А. наследует материнскую долю наследства. Это основное отличие от ГК РА.

Распределение долей в соответствии с ГГУ:

АТ = 1/2 часть;

Брат А. Q = 1/2 (доля их скончавшейся матери в наследстве);

QU1 и QU2 = 0%, поскольку их отец жив, что исключает их из круга наследников.

Есть отличия в законодательствах двух стран и в отношении групп лиц, входящих в группу наследников третьей очереди. В соответствии со статьей 1159.3 ГК РА, к наследникам третьей очереди относятся:

1. Дед и бабка со стороны как отца, так и матери;

2. Прадед и прабабка со стороны как деда, так и бабки. Прадеды и прабабки со стороны как деда, так

и бабки признаются наследниками, если ко времени открытия наследства нет в живых деда и бабки.

В соответствии с ГГУ, в круг наследников третьей очереди входят:

1. Дед и бабка со стороны как отца, так и матери;
2. Их дети (дяди и тети умершего лица).

В соответствии с ГК РА, в случае отсутствия деда или бабки наследодателя (наследодательницы) их дети, то есть тети (сестры матери и отца) и дяди (братья матери и отца) наследодателя (наследодательницы) не признаются наследниками первой очереди – преимущество права наследования имеют родители деда и бабки, то есть прадеды и прабабки наследодателя (наследодательницы).

В соответствии со статьей 1159.4 ГК РА, тети (сестры матери и сестры отца) и дяди (братья матери и братья отца) относятся к наследникам четвертой очереди. Аналогично статьям ГК РА и ГГУ, которые гласят, что после смерти матери и отца их наследниками являются их дети, в случае смерти деда и бабки наследниками должны были бы признаваться не их отец и мать, а их дети, то есть тети умершего лица (сестры его матери и отца) и его дяди (братья его матери и отца). Таким образом, было бы целесообразно перенести и в ГК РА круг наследников третьей очереди, предусмотренный ГГУ.

В отличие от ГК РА, статья 1928 ГГУ относит прабабку и прадеда наследодателя (наследодательницы) к наследникам четвертой очереди. Приведенный ниже казус поможет лучше понять эти различия.

Казус 8:

У А. нет детей, а его родители, бабка и дед умерли. Его прадед (UB) со стороны отца (отец его деда) жив, ему 124 года. У А. есть дядя (D1) со стороны матери. У него также есть две тети (B1 и B2) со стороны отца. Кто будет наследником по закону в случае смерти А.?

Ответ:

В соответствии со статьей 1159.3 ГК РА, основными наследниками в этом случае являются дед и бабка, а в случае их смерти наследниками становятся их родители. В этом казусе прадед А. со стороны отца становится единственным наследником. Дяди и тети А. исключены из наследства, и у них появится возможность стать наследниками только после смерти UB, поскольку они относятся к наследникам четвертой очереди.

Распределение долей в соответствии с ГК РА:

UB = 100%;

D1, B1 и B2 = 0%.

В соответствии с ГГУ, после смерти деда и бабки право наследования переходит к их детям, то есть тетям (сестрам матери и сестрам отца) и дядям (братьям матери и братьям отца) наследодателя (наследода-

тельницы). Поскольку прабабка и прадед относятся к наследникам четвертой очереди, они получают право наследования в случае смерти наследников третьей очереди. Таким образом, в соответствии с ГГУ доли распределяются следующим образом:

D1 = 1/3;

B1 = 1/3;

B2 = 1/3;

UB = 0%.

(продолжение следует).

## Наследование по завещанию

Наследование по завещанию является широко используемой формой наследования. Одной из причин этого является желание завещателя (завещательницы) избежать возникновения проблем среди членов семьи и родственников в отношении распределения наследства (к сожалению, это нередкий случай), и также сохранить дружеские отношения между ними.

### I. Наследуемое имущество, наследники и распределение долей

#### 1. Общие положения

Завещатель или завещательница свободны в выборе лиц, которые получают право владения его/ее имуществом. Он/она могут передать наследство, помимо законных наследников, и лицам, не относящимся к законным наследникам. Имущество может быть передано в наследство полностью или частично (статья 1166 ГК РА<sup>2</sup>; статья 2087 ГГУ и последующие статьи). К оставшейся части наследуемого имущества применяется порядок наследования при отсутствии завещания (статья 1172 ГК РА, статья 2088.1 ГГУ).

В своем завещании завещатель(ница) может определить доли наследства, либо указать конкретное имущество, которое получит каждый наследник. В случае отсутствия подобных инструкций в завещании наследство будет разделено между наследниками в равных долях (статья 1170 ГК РА, статья 2066 ГГУ и последующие статьи). Если завещатель(-ница) указал(а) конкретное имущество, получаемое каждым наследником, однако это имущество представляет собой только часть наследства, то к оставшейся части будет применен порядок наследования по закону. Например:

У завещателя (завещательницы) двое детей. Наследство составляют дом, дача, банковский счет и 5000 манат на этом счету. Если завещатель (завещательница) завещает дом своей сестре, дачу брату, но

<sup>2</sup> Было бы правильно написать „наследники при отсутствии завещания“, а не „наследники“, поскольку лица, указанные в завещании, также являются наследниками наследодателя (наследодательницы).

не распорядится на счет средств на банковском счету, то эта сумма будет поровну разделена между его/ее детьми, которые являются наследниками по закону при отсутствии завещания (каждый получит 2500 манат (статья 1159.1.1 ГК РА, статья 1924.1 ГГУ).

В соответствии со статьей 2065 ГГУ, завещатель (завещательница) не вправе составить завещание таким образом, чтобы право принимать решение о действительности завещания принадлежало другому лицу. Например, отец при составлении завещания не вправе указать, что вопрос о действительности его завещания будет или может решать его старший сын. Такого положения нет в ГК РА. Что касается второго пункта этой статьи, завещатель(ница) не вправе поручать третьему лицу решать, кто и в каких долях унаследует его долю наследства. Положение аналогичного содержания включено и в статью 1174 ГК РА.

Если в завещании указано несколько наследников, но при этом указана доля только одного из них, тогда остальные наследники наследуют оставшуюся часть наследства в равных долях (статья 1170.2 ГК РА). Если в завещании указано несколько наследников, но доля, предназначенная одному из них, составляет все наследство, тогда все наследники, указанные в завещании, получают равные доли наследства (статья 1171 ГК РА).

В некоторых случаях очень сложно или даже невозможно определить лицо, назначенное завещателем (завещательницей) в качестве наследника. Например, если завещатель(ница) определил(а) личность наследника, используя характеристики, подходящие к нескольким различным лицам, и невозможно определить, кто из них имеется в виду в завещании. Решение подобных вопросов предлагает законодательство обеих стран. В соответствии со статьей 1175 ГК РА и статьей 2073 ГГУ, если завещатель(ница) в завещании дал(а) такое определение наследника, которое подходит более чем к одному лицу, и невозможно определить, которое из этих лиц имелось в виду, считается, что эти лица получают равные доли наследства.

## 2. Приращение и сокращение долей

В некоторых случаях проблема может быть вызвана неверным описанием имущества в завещании, когда завещатель(ница) включает в него больше или меньше, чем составляет наследство. В таком случае может возникнуть проблема потери имущества или добавления лишнего имущества к наследству завещателя.

Чтобы избежать подобных проблем, в соответствии со статьей 1173 ГК РА и статьей 2089 ГГУ, если все завещанные доли совместно не охватывают наследства полностью, то доли наследников пропорциональ-

но приращиваются. ГК РА допускает это при наличии только тех наследников, которые назначены завещанием, а не по закону, но ГГУ регулирует этот вопрос независимо от наличия наследников по закону.

Пропорциональное уменьшение долей рассматривается в статье 2090 ГГУ, сразу же после статьи 2089, где говорится о пропорциональном приращении долей, но в ГК РА такой случай рассматривается в разделе, посвященном распределению наследства – в статье 1290. Непонятно, почему эти две тесно взаимосвязанные нормы так далеко стоят друг от друга в ГК РА, что также является нецелесообразным. В соответствии с этими статьями, если совокупность долей, установленных завещанием, превышает все наследство, доля каждого наследника пропорционально уменьшается.

## II. Действительность завещания

Наследование по завещанию происходит в случае, если лицо составило действительное завещание. Действительность завещания определяется определенными условиями, которые аналогично прописаны в законодательстве обеих стран. Рассмотрим эти условия:

### 1. Право завещать

В соответствии со статьей 1167 ГК РА, завещать могут совершеннолетние дееспособные лица, которые в момент составления завещания могут осознавать свои действия и четко выражать свою волю, то есть, в соответствии со статьей 28.2, завещать может лицо, достигшее 18 лет.

Правовая норма аналогичного содержания отражена в статье 2229 ГГУ. В отличие от законодательства Азербайджана, согласно этой статье, чтобы иметь право завещать, лицо необязательно должно быть совершеннолетним – достаточно, чтобы оно достигло 16-летнего возраста, к тому же не требуется согласия законного представителя (см. казус 3 в первой части).

### 2. Составление завещания лично наследодателем (наследодательницей)

Право завещать является одним из основных личных прав человека. Это означает, что завещание должно быть составлено только завещателем (завещательницей). Недопустимо составлять завещание через представителя (статья 1168 ГК РА; пункт 2 статьи 2247 и статья 2231 ГГУ).

Например, при регистрации брака личное участие и подписи жениха и невесты обязательны, и, жених не может попросить приятеля по праву представления поставить подпись в брачном свидетельстве. Таким же образом, завещатель(ница) не вправе поручать

другому лицу или обязывать его/ее составить завещание вместо себя. В отличие от права на вступление в брак, в отношении права наследования бывают исключения, которые подробно рассмотрены ниже.

В качестве примера можно привести статью 1182 ГК РА. В соответствии с этой статьей, если по какой-либо причине завещатель(ница) не в состоянии сам(а) подписать завещание, по его/ее просьбе это может сделать другое физическое лицо. В этом случае необходимо указать причину, по которой завещатель(ница) не может самостоятельно подписать завещание. Эта правовая норма может вызвать определенные проблемы, которые рассматриваются ниже.

### 3. Формы завещания

ГК РА предусматривает несколько форм завещания, к которым относятся:

- Завещание, составленное в нотариальной форме (нотариальная форма);
- Завещание, составленное дома (домашнее завещание);
- Завещание, составленное с применением технических средств.

Нотариальная форма завещания отражена в статье 1179 ГК РА. Согласно второму пункту этой статьи, заявление в нотариальной форме считается действительным, если оно составлено и подписано лично завещателем (завещательницей) и заверено нотариусом (а в отсутствие нотариуса – органами местной исполнительной власти). Первый пункт статьи 1179 нерелевантен и просто определяет формы завещания: „Завещание должно быть составлено в письменной форме. При этом, допускается письменное завещание в нотариальной форме или без нее“. Вероятно, было бы целесообразно оставить в статье 1179 только первый пункт, озаглавив статью как „Общая форма завещания“, а второй пункт внести в новую статью 1180 – „Нотариальная форма“.

Допускается написание завещания нотариусом со слов завещателя в присутствии завещателя и двух свидетелей (статья 1180.1 ГК РА). Завещатель(ница) обязан(а) вслух зачитать завещание и подписать его в присутствии нотариуса и свидетелей. Подписи свидетелей на завещании не требуется. Перечень лиц, приравниваемых к нотариусу, определен в статье 1181 ГК РА.

Статья 1186 посвящена **домашнему завещанию**. Согласно этой статье, завещание может быть составлено и подписано завещателем собственноручно. Слово „может“ можно понять как возможность завещателя (завещательницы) составить домашнее завещание без соблюдения условий, указанных в правовой норме. Однако, включая в закон несколько форм завещания, законодатель предположительно

намеревался показать, что завещатель(ница) вправе выбрать любую форму завещания, но обязан(а) выполнять условия, обговоренные в отношении выбранной формы.

Завещатель(ница) должен (должна) самостоятельно составить весь текст завещания. Фраза „собственноручно, в отношении составления завещания может вызвать путаницу и быть понята как требование о том, чтобы (завещательница) только собственной рукой написал(а) завещание. Полагаю, необходимо телеологически (от telos – цель) проанализировать эту правовую норму и изучить, что подразумевал законодатель, сформулировав эту норму. Первым фактором, доказывающим собственноручность написания заявления завещателем (завещательницей), является его написание от руки. Каждый человек имеет свой индивидуальный почерк (как и отпечатки пальцев), и почерк играет важную роль в определении того, было ли завещание написано завещателем (завещательницей). Тогда написание завещания при помощи ноги, рта или искусственных частей тела также должно приравниваться к собственноручному написанию и не должно приводить к признанию завещания недействительным, потому что в таком случае не возникнет проблем с определением того, что эта форма написания принадлежит завещателю (завещательнице).

Завещание должно быть подписано завещателем (завещательницей). Не допускается вычеркивать (или править) что-либо в тексте завещания и ставить подпись в подтверждение того, что эта информация в завещании отражает последнее желание наследодателя (наследодательницы). Как правило, подпись ставится в конце завещания. Это помогает не допустить внесения дополнений до или после того, как завещание будет подписано. Если после подписания завещания завещатель(ница) вычеркнет несколько предложений, полагаю, это не должно повредить действительности завещания в случаях, когда оставшаяся часть завещания имеет юридический смысл. В случае внесения изменений и дополнений в завещание после того, как оно будет подписано, каждое изменение или дополнение в завещании должно быть вновь заверено завещателем (завещательницей) своей подписью, в противном случае это приведет к недействительности завещания (в таком случае завещание теряет законную силу в Германии). Подпись на последней странице завещания, которое состоит из нескольких страниц, считается действительной, если нет сомнений относительно наличия всех страниц. С этой целью может быть достаточно и желательно пронумеровать или склеить/прошить страницы.

Составление завещания с применением технических средств описано в статье 1188 ГК РА. Согласно этой статье, текст завещания может быть



составлен с помощью общепринятого технического средства, однако подпись должна быть поставлена завещателем (завещательницей) от руки. В таком случае завещание должно быть составлено и подписано завещателем (завещательницей) в присутствии двух свидетелей. Однако не указано, какие технические средства считаются общепринятыми. Полагаю, к ним относятся классические печатные устройства (принтеры с картриджами) и компьютеры. При использовании технических средств, завещание составляется и подписывается завещателем (завещательницей) в присутствии двух свидетелей. Сразу же после того, как завещатель(завещательница) подпишет завещание, его должны удостоверить свидетели, поставив соответствующую надпись с указанием своих имен, фамилий и местожительства. Не могут быть свидетелями завещания несовершеннолетние, лица, признанные недееспособными, близкие родственники и наследники по завещанию (статья 1184 ГК РФ). Хотя в этом случае круг свидетелей значительно сужен, составление завещания с применением технических средств может привести к злоупотреблению этим институтом. Во-первых, необходимо понять, что завещатель(ница) только подписывает такое завещание, в отличие от домашнего завещания. Легко подделать подпись завещателя, однако трудно подделать весь текст завещания целиком. Будет несложно найти двух свидетелей, указанных в статье 1184 (заплатив им большие деньги), ради того, чтобы получить имущество богатого человека, который умер, не воспользовавшись правом составить завещание. Например, желающий прибрать к рукам богатство может привлечь в качестве свидетелей двух своих друзей. Эти лица перечислены в статье 1184.

С учетом сказанного, составление завещания с применением технических средств кажется сомнительным в плане точности и эффективности. Полагаю, нецелесообразно составлять завещание с применением технических средств лица (что может угрожать его достоверности), если существуют другие формы, такие как нотариальная форма и домашнее завещание.

Как уже обсуждалось выше, целесообразно проанализировать **статью 1182 ГК РФ**. Эта статья отражает альтернативную форму составления завещания с применением технических средств. Это предоставляет возможности для того, чтобы завещание вместо завещателя(ницы) подписало другое лицо. Возникает вопрос о том, кто составляет такое завещание? Если это может сделать сам (завещатель), то нет никаких причин того, чтобы он не смог сам подписать его. А если завещатель глухонемой или слепой, то такие случаи регулирует статья 1183 ГК РФ. Невозможно

рассматривать в качестве такого лица человека, не имеющего обеих рук, поскольку он/она не сможет написать текст завещания. Лицо, способное написать завещание при помощи рта, ног или искусственной части тела, также может и подписать завещание. Полагаю, чтобы исправить эту неточность, статью 1182 следует рассматривать как продолжение статьи 1180 (возможно, законодатель так же рассматривает ее). Только в таком случае статья 1182 становится понятной. По этой причине законодателю следует внести изменения в название статьи 1182, например, изменив его на „Подписание завещания другим лицом в присутствии нотариуса“. Было бы целесообразно внести следующее изменение в текст: „...по его просьбе может быть подписано другим физическим лицом в присутствии нотариуса“. „Другое физическое лицо“ означает одного из двух свидетелей, указанных в статье 1180 или третье лицо. В случае если это третье лицо, следует учитывать ограничения, относящиеся к свидетелям в статье 1184, то есть, наследник завещателя или его/ее ребенок не могут подписывать завещание вместо завещателя (завещательницы). В таком случае завещание не будет иметь законной силы.

Система гражданского права Германии не так уж и сильно отличается в этом плане. Согласно статье 2231 ГГУ, завещание, составленное в нотариальной форме (статья 2232), и завещание, составленное лицом лично (статья 2247), отличаются друг от друга, и последнее соответствует „домашнему завещанию“, описанному в статье 1186 ГК РФ.

Завещание, составленное через нотариуса, составляется завещателем, который сообщает нотариусу свою последнюю волю или передает нотариусу документ, заявив, что в документе изложена его последняя воля. Присутствие двух свидетелей при подписании завещания не требуется, в отличие от статьи 1180 ГК РФ.

В соответствии со статьей 2233 ГГУ, помимо глухонемых и слепых, право составлять завещание собственноручно не имеют также и несовершеннолетние. То есть лица в возрасте от 16 до 18 лет могут составить завещание только через нотариуса (см.: казус 3 в первой части и новую строку номер 1 в этой части). ГГУ также не допускает составления завещания с применением технических средств (компьютера, факса, эл. почты и др.), и такое завещание считается недействительным, даже если оно подписано завещателем.

Система гражданского права Германии также рассматривает форму **срочного завещания** (статьи 2249-2252). Согласно статье 2249, если существует опасность того, что завещатель(ница) может внезапно скончаться, завещатель может продиктовать

завещание главе муниципалитета (органа исполнительной власти) по месту проживания. Глава муниципалитета (органа исполнительной власти) должен призвать двух свидетелей, чтобы удостоверить завещание. Свидетелями не могут быть близкие родственники, наследники и другие лица (аналогично статье 1184 ГК РА).

Завещатель, составляющий завещание, должен либо вначале выразить свою последнюю волю устно, а глава муниципалитета (органа исполнительной власти) сделает соответствующую запись, либо передать свое завещание главе муниципалитета (органа исполнительной власти) и подчеркнуть свою последнюю волю. Письменное завещание зачитывается вслух, и завещатель(ница) выражает свое согласие. После этого завещание подписывает глава муниципалитета (органа исполнительной власти), два свидетеля и завещатель(ница). Если завещатель(ница) не в состоянии подписать завещание, это должно быть указано в завещании и подписывать его не будет необходимости.

Срочное завещание в присутствии трех свидетелей описано в статье 2250. Составление такого завещания допускается только в случаях, когда завещатель находится в месте, где он/она в результате чрезвычайных обстоятельств оказался изолированным, и где невозможно или чрезвычайно трудно составить завещание в присутствии нотариуса. Как видно из названия, в таком случае завещатель(ница) выражает свою последнюю волю в присутствии трех свидетелей и она зачитывается вслух (или демонстрируется знаками глухонемому лицу), после чего завещание подписывают трое свидетелей и завещатель(ница). Лицо, совершающее поездку на борту немецкого корабля за пределами порта своей страны, может составить завещание, устно сообщив свою волю троим свидетелям. К таким морским поездкам не относятся краткосрочные спортивные или увеселительные поездки. Все три формы срочного завещания считаются недействительными, если с момента их составления прошло **три месяца**, и завещатель(ница) все еще жив(а) (статья 2252 ГГУ). Это необходимо потому, чтобы таким лицам не предоставлялись преимущества, и они не злоупотребляли обстоятельствами, предписанными законом. Каждый человек должен иметь достаточную возможность и время для использования обычных форм завещания, предусмотренных законом.

Возможность составить завещание, аналогичное срочному, которое предусмотрено немецким законодательством, предусмотрена и **статьей 1181** ГК РА. Согласно этой статье, командир морского или воздушного судна, если завещатель(ница) находится на морском или воздушном судне, начальник места ли-

шения свободы, если завещатель(ница) находится в месте лишения свободы, а также другие лица приравняются к нотариусу при удостоверении завещания. Это означает, что в таком случае, в соответствии с ГК РА, присутствие свидетелей не требуется, за исключением случаев, обговоренных в статьях 1180 и 1183.

#### 4. Дата и место составления завещания

В соответствии со статьей 1190 ГК РА, завещатель должен указать дату составления завещания. Однако если завещатель(ница) забыл(а) указать дату или она неразборчива, завещание не будет считаться недействительным. Неуказание даты влечет недействительность завещания только в том случае, когда дата его составления имеет большое значение. Согласно статье 1190, дата важна в двух случаях:

- когда не устранены сомнения относительно того, был ли завещатель дееспособным во время составления, изменения или отмены завещания; или
- когда завещатель(ница) составил(а) не одно, а несколько завещаний (и не указал(а) дату составления или указал(а) ее только в некоторых завещаниях).

Полагаю, дата означает число, месяц и год. В противном случае, указание только дня или дня и месяца не исключат сомнения.

Согласно второму пункту статьи 2247 ГГУ, завещатель(ница) обязан(а) указать время и место составления завещания. Однако, отсутствие времени и места не влечет за собой недействительность завещания, в отличие от ГК РА.

Согласно статье 1190 ГК РА, неуказание даты влечет недействительность завещания только при наличии сомнений в дееспособности завещателя во время составления, изменения или отмены завещания, а также при существовании нескольких завещаний. В целом, чтобы предотвратить подобные случаи, в завещаниях желательно указывать дату и место составления. Если в завещаниях указаны разные даты, то превалирует дата, на которой стоит подпись или которая покрыта частью подписи. Если дата неразборчива, считается, что дата составления завещания отсутствует.<sup>3</sup>

#### 5. Другие обстоятельства, которые могут вызвать проблемы

Законодательства обеих стран не требуют составления завещания **на иностранном языке**. Однако это допустимо в Германии.<sup>4</sup> Не должно быть пробле-

<sup>3</sup> Palandt, German Civil Code Commentary, Article 2247, page 13, issue 74, 2015.

<sup>4</sup> Высший земельный суд (далее ВЗС) Цвейбрюкена, Германия, от 28.10.1991, № 3 W 34/91

матичным составление завещания на иностранном языке и в Азербайджане. Завещание, составленное на иностранном языке, может быть переведено переводчиком, назначенным судом, что не требует больших расходов и времени.

Другой вопрос, должен ли завещатель(ница) указать свою волю только в одном документе, или же имеет право составить несколько завещаний, и может ли он/она составить все эти документы в одно и то же время или через промежутки времени. В Германии разрешено составлять завещание в виде нескольких документов и подписывать их спустя длительное время. Необязательно делать это одновременно. В случае составления нескольких завещаний важно указать, что завещатель(ница) составляет их как единый пакет, и что представленная в этих документах информация излагает его/ее последнюю волю. В таком случае все завещания будут считаться действительными при условии, что они не противоречат друг другу. Например, завещатель(ница) не вправе в одном завещании указать в качестве наследницы свою дочь, а в другом – брата.

Возможность составления нескольких завещаний отражена и в статье 1222 ГК РА. В отличие от законодательства Германии, в статье 1223 ГК РА предпочтение отдается завещанию, составленному в нотариальной форме.

Высший земельный суд (ВЗС) Карлсруэ<sup>5</sup> признал действительными подписание и внесение дополнений в копию предыдущего завещания и составление завещания завещателем (завещательницей).

В соответствии с решением Высшего земельного суда Баварии от 7 апреля 1989 года, завещатель(ница) не обязан(а) обозначать составленное им/ею завещание как „завещание“ или „последняя воля“. **Неуказание наименования завещания**, то есть случаи, если завещание начинается прямо с текста изложения воли, не влияет на действительность завещания.

Как правило, запрещено составлять завещание совместно (первое предложение статьи 1169 ГК РА; статья 2265 ГГУ). Составление **совместного завещания** супругами предусмотрено в законодательствах обеих стран (второе предложение статьи 1169 ГК РА; статья 2265 ГГУ). Такое завещание может быть отменено по требованию одного из супругов, но при жизни их обоих. В случае расторжения брака или объявления его не имеющим законной силы, совместное завещание будет считаться недействительным (статья 2268.1 ГГУ, статья 1163 ГК РА).

Завещательное распоряжение, служащее основанием для призвания к наследованию **вещи, не имеющей в наследстве**, недействительно (статья 1226

ГК РА; статья 2169 ГГУ). Завещательное распоряжение требует точности и правового анализа. Так, завещатель(ница) может оформить завещательный отказ – поручить выполнение определенной работы или распорядится вещью, что может не входить в наследство. В соответствии с таким распоряжением, имущество (не входящее в наследуемое имущество) может быть передано лицу, получающему завещательный отказ (легатария), (статья 1206 ГК РА, статья 2170 ГГУ).

### III. Изменение или отмена действительного завещания

Помимо того, что завещание должно быть действительно, оно не должно быть отменено завещателем (завещательницей). Так если завещатель(ница) отменяет свое ранее составленное завещание, его использование будет означать неисполнение последней воли завещателя и нарушение права наследования, гарантированного конституциями обеих стран (статья 29.5 Конституции Республики Азербайджан; статья 14.1 Конституции Германии).

Завещание может быть изменено или отменено в следующих случаях:

- при составлении нового завещания (статья 1220.0.1 ГК РА, статья 2254 ГГУ);
- при уничтожении завещания (статья 1220.0.3 ГК РА, статья 2255 ГГУ);
- в случае смерти (единственного) наследника до смерти завещателя (статья 1224.0 ГК РА);
- или в других случаях (статьи 1224 и 1225 ГК РА).

Отмененное или недействительное завещание считается несоставленным.

### IV. Спор по поводу действительности завещания

При наличии сомнений в действительности завещания оно может быть оспорено (статья 1230 ГК РА, статья 2078 ГГУ). К лицам, имеющим право обращаться с иском, относятся лица (наследники по закону или иные лица), которые получают долю наследства (статья 1230 ГК РА, статья 2080.1 ГГУ).

Иск должен быть представлен в компетентный суд той юрисдикции, где проживает завещатель(ница). Срок подачи иска составляет два года со дня открытия наследства в соответствии со статьей 1231.1 ГК РА и один год с момента получения информации о недействительности наследования лицом, оспаривающим завещание.

<sup>5</sup> Решение от 15.01.2002, № 14 Wx 114/01.

## V. Поднаследник

Завещатель(ница) вправе указать в завещании имя другого наследника на случай, если назначенный им наследник умрет до открытия наследства, либо не примет его, либо лишится права на наследство. Такой наследник называется поднаследником (статья 1192 ГК РА; статья 2096 ГГУ).

## VI. Лишение права на наследство

### 1. Лишение права на наследство по завещанию

Завещатель(ница) вправе в завещании лишить наследства одного, нескольких или всех наследников по закону и не обязан(а) обосновывать это, как и в случае, когда он(а) назначает наследниками лиц, не включенных в перечень законных наследников (статья 1176 ГК РА, статья 1938 ГГУ). В таком случае завещатель(ница) не обязан(а) указывать другое лицо в качестве своего наследника. Это означает, что он(а) может составить завещание с целью лишить некоторых лиц права быть своими наследниками по закону. В частности, этот метод используется в случае недостойного или безответственного поведения наследников по закону в отношении завещателя (завещательницы).

### 2. Лишение права на наследство по закону

В некоторых случаях законодатель запрещает некоторым лицам быть наследниками завещателя. Такие случаи регулируются статьей 1137 ГК РА, и лицо, лишенное права на наследство, именуется „недостойным наследником“. Не может быть наследником ни по закону, ни по завещанию лицо (недостойный наследник), которое:

- умышленно препятствовало осуществлению последней воли наследодателя и тем самым способствовало призванию к наследованию или приращению наследственных долей себя самого или близких к себе лиц;
- умышленно совершило преступление;
- совершило иное аморальное действие против последней воли завещателя, выраженной в завещании, если эти обстоятельства подтверждены судом.

Случаи, которые приводят к признанию лица недостойным наследником, подробно описаны и в статье 2339 ГГУ. К ним относятся:

- умышленное убийство или попытка убийства наследодателя (наследодательницы) этим лицом;
- нанесение вреда наследодателю (наследодательнице), в результате чего он(а) не может составить завещание (например, приведшее к параличу);

- принуждение наследодателя (наследодательницы) к составлению или отмене завещания при помощи угроз и запугивания;
- совершение некоторых преступлений, предусмотренных Германским гражданским уложением, например, подделка сертификата, подделка завещания и др.

Действия недостойного наследника должны быть подтверждены судом. Недостойный наследник не может наследовать ни по закону, ни по завещанию. В случае если наследодатель простит лицо, уличенное в совершении преступных действий, и выразит это в завещании, лицо призывается к наследованию.

При оспаривании достоинства наследника в судебном порядке, вопрос о его достоинстве решает суд. Если лицо после принятия наследства признано судом недостойным наследником, оно обязано вернуть все принятое им по наследству (статья 1142 ГК РА, статья 2344 ГГУ).

Иск о признании лица недостойным наследником должен быть предъявлен заинтересованными лицами в течение пяти лет с момента, когда такое лицо вступило во владение наследством согласно статье 1143 ГК РА, и в течение одного года согласно статьям 2340.3 и 2082 ГГУ. Отсчет сроков подачи иска отличается в законодательствах Азербайджана и Германии. Так, согласно статье 2082.2.2 ГГУ, срок подачи иска отсчитывается только с момента уведомления лица о недостойном наследнике. Согласно статье 1143 ГК РА, срок подачи иска отсчитывается с момента, когда недостойный наследник вступил во владение наследством. По сравнению с законодательством Германии, это затрудняет подачу такого иска. Так, если он(а) узнает об этом позже, чем через пять лет, его (ее) иск не будет принят, поскольку срок подачи такого иска уже истек. Поскольку в Германии этот срок отсчитывается с момента, когда об этом стало известно лицу, его иск будет принят. Следует отметить, что в Германии иск может быть подан в течение 30 лет с момента открытия наследства.

## Заключение

Исходя из вышеприведенного анализа и сравнения правовых систем обеих стран, можно сделать вывод, что за исключением незначительных различий, право наследования отображено в схожей форме в законодательствах обеих стран. Основное различие состоит в очередности наследников, установленной соответствующими законодательствами. Хотя нет значительных различий в форме завещания и условиях его достоверности, было установлено, что если дееспособность в отношении завещания наступает в 18 лет согласно азербайджанскому законодательству,

этот возраст составляет 16 лет согласно немецкому праву. Тем не менее, предполагаемые наследники и институт недостойных наследников регулируются схожим образом в гражданских законодательствах обеих стран.

Факт, что праву наследования уделяется мало внимания в системе образования обеих стран. Однако, несмотря на это, наследственное право считается самой интересной сферой в правовой системе, и я считаю, что необходимо изучить эту сферу и судебную практику в настоящем и будущем, ибо в этом есть большая нужда.

## Правовой статус добросовестного приобретателя (Сравнительно-правовой анализ)

### Вступление

Настоящая **статья** посвящена исследованию вопроса о статусе добросовестного приобретателя движимой вещи. Основная цель исследования состоит в сравнительно-правовом анализе юридического положения указанного субъекта. Для определения наиболее оптимального подхода, в статье приводится сравнение систем правового регулирования, действующих в странах с высоким уровнем развития законодательства. Кроме этого, в статье рассматривается вопрос выплаты компенсации добросовестному приобретателю, а также проект первого международного закона, посвященного вопросу добросовестного приобретения. Последняя глава статьи полностью посвящена оценке статуса добросовестного приобретателя с точки зрения грузинского законодательства. Исследование позволяет читателю взглянуть на вопрос более глобально, ознакомиться с зарубежным законодательством в этой сфере и сделать соответствующие выводы.

### I. Правовой статус добросовестного приобретателя в странах континентального права

#### 1. Взаимоотношение итальянского, чешского и словацкого законодательств

Согласно статье 1153 Гражданского кодекса Италии (далее ГКИ), в случае приобретения движимой вещи у лица, не являющегося ее владельцем, приобретатель становится законным собственником этой вещи, если в момент ее приобретения он действовал добросовестно, и если она отчуждена на основании сделки или документа, способного к передаче титула. Если сделкой не предусмотрено иное, приобретатель получает в собственность вещь без юридического порока.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Приглашенный лектор Тбилисского государственного университета им. Иване Джавахишвили, Юрист в BDO LLC.

<sup>2</sup> Marryman Henry J., The Good Faith Acquisition of Stolen Art, Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Research Paper No. 1025515, 5. Цит.: Mario Beltramo, Giovanni Longo & John Henry Merryman, *The Italian Civil Code*, Art. 1153 (1969--).

В связи с вопросом добросовестного приобретения особый интерес представляет дело Винкворта,<sup>3</sup> которое прекрасно демонстрирует подход итальянских законодателей к этому вопросу. Согласно материалам дела, добросовестный приобретатель купил (в Италии) японские произведения искусства, похищенные из частной коллекции в Англии. Позже он выставил эти предметы на аукцион Кристис в Лондоне. По прошествии определенного времени британский коллекционер, у которого были похищены указанные предметы, возбудил иск с требованием признания его права собственности на эти предметы. В постановлении по данному делу Британский суд пояснил, что правовые последствия договора купли-продажи четко определены законодательством Италии, согласно которому добросовестный покупатель стал собственником спорной вещи. На этом основании суд принял решение в пользу итальянского коллекционера.<sup>4</sup>

Тот же итальянский закон был использован в деле *Stato Francese v. Ministero per i beni culturali ed ambientali e De Contessini*,<sup>5</sup> которое касалось двух гобеленов, похищенных из Государственного музея Франции и позже добросовестно приобретенных в Италии ответчиком Де Контессини (*De Contessini*). Правительство Франции возбудило виндикационный иск против приобретателя и потребовало возврата похищенных предметов. Как и в случае с британским судом, суд первой инстанции г. Рима вынес решение в пользу добросовестного приобретателя, несмотря на то, что по французскому законодательству гобелены относятся к категории „неотчуждаемых предметов“, представляющих художественную ценность.<sup>6</sup>

Согласно ГКИ, владение движимой вещью равнозначно праву собственности на нее. Эта норма направлена на защиту интересов приобретателя при обороте движимости, так как приобретателю практически невозможно определить, является ли отчуждатель действительным владельцем вещи. Еще один аргумент в пользу справедливости указанного принципа состоит в ускоренном ритме гражданского оборота, который лишает приобретателя возможности проверить происхождение вещи.<sup>7</sup>

Согласно статье 1153 ГКИ, собственник не может возбудить виндикационный иск в отношении добросовестного приобретателя даже в том случае, если

<sup>3</sup> Winkworth v. Christie Manson and Woods Ltd., [1980] All ER 1121.

<sup>4</sup> Marryman Henry J., The Good Faith Acquisition of Stolen Art, Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Research Paper No. 1025515, 5.

<sup>5</sup> Там же, цит.: LXI *Diritto di autore* 263 (April-June 1990).

<sup>6</sup> Marryman Henry J., The Good Faith Acquisition of Stolen Art, Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Research Paper No. 1025515, 5-6.

<sup>7</sup> Stoyanov D., The Conflict Between the Legal Interests of the Original Owner and the Good Faith Acquirer of Movables – A Comparative Overview of the Solutions, Challenges of the Knowledge Society, Private Law, 2011, 297.

он потерял вещь или ее у него украли. Поэтому законодательство Италии, в частности Гражданский кодекс 1942 года, не разграничивает добровольную и недобровольную утрату права собственности и защищает добросовестного приобретателя в обоих случаях. Более того, ГКИ не предусматривает какие-либо дополнительные требования, помимо требования о действительности права собственности, что означает, что и в случае безвозмездного приобретения первоначальный собственник лишается права собственности, которое переходит к добропорядочному приобретателю.<sup>8</sup>

Как следует из вышесказанного, итальянское законодательство предусматривает надежные гарантии защиты добросовестного приобретателя. С этой точки зрения также представляет интерес порядок регулирования института добросовестного приобретателя в законодательствах Чехии и Словакии, поскольку гражданские кодексы этих стран не содержат отдельных норм, посвященных вопросам добросовестного приобретения. Согласно принятому в этих странах подходу, невозможно получить право собственности от того отчуждателя, который сам не вправе распоряжаться отчужденной вещью. Отсутствие права распоряжаться вещью всегда приводит к недействительности сделки<sup>9</sup>. Очевидно, что законодательства Чехии и Словакии разделяют так называемый принцип *nemo plus iuris*. С другой стороны, коммерческие кодексы этих стран устанавливают крайне либеральные правила в связи с добросовестным приобретением, которые распространяются только на коммерсантов. Основная цель этого состоит в содействии безопасности коммерческого оборота. Статья 409 Коммерческого кодекса Словакии прямо предусматривает исключение из принципа *nemo plus iuris*, если добросовестное приобретение осуществлено в рамках коммерческих отношений.<sup>10</sup>

## 2. Подход, предусмотренный законодательством Франции

Согласно статьям 2276 и 1141 Гражданского кодекса Французской Республики (ГКФ), для получения права собственности на вещь необходимо, чтобы третья сторона обладала фактическим правом на владение ею, т.е. *possession réelle*. Аналогично этому, статья 933 Гражданского кодекса Германии гласит, что если вещь, передача которой осуществлена по принципу

*constitutum possessorium*, не принадлежит отчуждателю, приобретатель становится собственником вещи в момент ее получения, только если он на этот момент является добросовестным приобретателем.<sup>11</sup>

Основным правилом, которое стало краеугольным камнем законодательства многих стран по вопросу добросовестного приобретения, является презумпция собственности, то есть, „владелец вещи считается ее собственником“.<sup>12</sup> Статья 2279 (в новой редакции – 2276) Гражданского кодекса Франции 1804 года является первой правовой нормой, признавшей указанный принцип.<sup>13</sup>

Для того, чтобы лучше понять суть института добросовестного приобретателя в частном праве Франции, необходимо рассмотреть положения статьи 711 ГКФ, которая предусматривает передачу права собственности на имущество путем наследования, путем дарения между живыми и по завещанию, а также в силу обязательств. На основании этого можно сделать вывод о том, что принятая во Франции система передачи собственности носит консенсуальный характер, что видно и из статьи 1138. В частности, лицо становится собственником вещи по достижении соглашения о ее передаче.<sup>14</sup> На деле, положения, прямо не предусмотренные ГКФ, дополняются судебной практикой Франции. На сегодняшний день, очевидно, что приобретатель, получивший вещь от лица, не являющегося ее владельцем, может получить право собственности на нее, получив ее в фактическое владение, если он не знал и не мог знать о пороке права отчуждателя.<sup>15</sup>

В отличие от либерального подхода, принятого в Италии, где интересы добропорядочного приобретателя защищаются, несмотря на происхождение движимой вещи, ГКФ не ограничивает приобретение такой вещи добросовестным приобретателем рамками правовой защиты. Причина этого может состоять в том, что в случае потери или хищения, вещь выходит из владения собственника против его воли. Поэтому собственник вправе выдвинуть виндикационное требование в отношении любого владельца

<sup>8</sup> Там же.

<sup>9</sup> Там же, цит.: Ivan Petkov, National Report on the Transfer of Movables in Slovakia, in vol. 6 of *National Report on the Transfer of Movables in Europe* (Munich: Sellier European Law Publishers, 2011), 421.

<sup>10</sup> Stoyanov D., The Conflict Between the Legal Interests of the Original Owner And the Good Faith Acquirer of Movables – A Comparative Overview of the Solutions, Challenges of the Knowledge Society, Private Law, 2011, 297.

<sup>11</sup> Lars van Vliet, Acquisition and Loss of Ownership of Goods – Book VIII of the Draft Common Frame of Reference, Maastricht European Private Law Institute, Working Paper No. 2011/25, 2011, 315.

<sup>12</sup> Stoyanov D., The Conflict Between the Legal Interests of the Original Owner And the Good Faith Acquirer of Movables – A Comparative Overview of the Solutions, Challenges of the Knowledge Society, Private Law, 2011, 298. цит.: Francois Bourjon, Le commun droit de la France et la Coutume de Paris réduits en principes. (Paris, 1770) p. 1094., также: Arthur Salomons, “The Purpose and Coherence of the Rules on Good Faith Acquisition and Acquisitive Prescription in the European Draft Common Frame of Reference. A Tale of Two Gatekeepers.” *European Review of Private Law* vol. 3 (2013): 843.

<sup>13</sup> Stoyanov D., The Conflict Between the Legal Interests of the Original Owner And the Good Faith Acquirer of Movables – A Comparative Overview of the Solutions, Challenges of the Knowledge Society, Private Law, 2011, 298.

<sup>14</sup> Там же.

<sup>15</sup> Там же.

вещи. Такой радикальный подход французских законодателей до некоторой степени ограничивается сроком исковой давности. В частности, собственник вправе выдвинуть виндикационное требование в течение трех лет с момента утраты или хищения вещи (статья 2276 ГКФ).<sup>16</sup> Однако добросовестный приобретатель также не всегда остается с пустыми руками. Согласно статье 2277 ГКФ, в случае приобретения утерянной или похищенной вещи на рынке, открытом аукционе или у коммерсанта, обычно торгующего подобными вещами, первоначальный владелец этой вещи может истребовать ее у добросовестного приобретателя только в обмен на соответствующую компенсацию. Это правило, возникшее в средних веках, известно под названием „открытого рынка“ („*market overt*“). Оно служит тому, чтобы создать исключение в пользу приобретателя, который добросовестно приобрел утраченную или похищенную движимую вещь в нормальной, не вызывающей подозрений обстановке.<sup>17</sup> Почти во всех случаях, когда первоначальный владелец выдвигает требование о возврате вещи, у добросовестного приобретателя возникает проблема с тем, чтобы найти отчуждателя и спросить с него стоимость вещи. Авторы ГКФ нашли оптимальный путь решения этой проблемы, определив порядок выплаты компенсации добросовестному приобретателю, согласно которому, последний вправе удерживать вещь до тех пор, пока первоначальный собственник не выплатит полагающуюся ему компенсацию.<sup>18</sup>

Следует отметить, что в отличие от ГКФ, где добросовестность определяется как незнание того, что отчуждатель не является собственником, современные гражданские кодексы других стран определяют добросовестность как незнание того факта, что отчуждатель не имел права распоряжаться вещью.<sup>19</sup>

### 3. Подход, предусмотренный законодательством Германии

Согласно немецкому частному праву, передача права собственности осуществляется на основании реальной сделки.<sup>20</sup> Статья 929 Гражданского кодекса Германии гласит, что для передачи права собственности на движимую вещь необходимо, чтобы собствен-

ник передал отчуждаемую вещь приобретателю, и чтобы оба они были согласны в том, что право собственности переходит от одного к другому. Если приобретатель уже владеет вещью, то достаточно одного соглашения о переходе права собственности. После выполнения всех этих условий, все права, связанные с собственностью, переходят к приобретателю. Проще говоря, право собственности не переходит к приобретателю до тех пор, пока он не получит вещь. Передача права является результатом реальной сделки, а не той основной сделкой, из которой возникает лишь обязательство передачи.<sup>21</sup>

Правовая доктрина Германии четко определяет две причины необходимости фактического владения вещью. Первая причина состоит в том, что статья 933 защищает собственника вещи от утраты права собственности без его ведома. Вторая состоит в том, что третья сторона, которая не претендует на приобретение фактического правомочия на владение вещью и оставляет ее отчуждателю, не заслуживает права на защиту (это правило не чуждо и законодательству Голландии). Согласно еще одному мнению, было бы несправедливо, если бы приобретатель получил примат права по сравнению с первоначальным собственником тогда, когда собственник и третья сторона (приобретатель) наделяют отчуждателя одинаковым мандатом доверия.<sup>22</sup> Однако следует отметить, что доверие, существующее между добросовестным приобретателем и отчуждателем, отличается от доверия между последним и собственником. Доверие третьего лица основывается на впечатлении, которое создается и укрепляется физическим контролем продавца над вещью.<sup>23</sup>

Согласно статье 932 (1) Гражданского кодекса Германии, через отчуждение, осуществленное согласно ст. 929, приобретатель становится собственником отчужденной вещи, даже если вещь не принадлежала отчуждателю, за исключением случаев, когда приобретатель действовал недобросовестно. Интерес приобретателя заслуживает защиты только в том случае, если он действовал добросовестно в момент приобретения вещи. Согласно статье 932 (2), приобретатель считается недобросовестным, если он знает, или, ввиду грубой небрежности не знает о том, что движимая вещь не принадлежит отчуждателю.

<sup>16</sup> Stoyanov D., The Conflict Between the Legal Interests of the Original Owner And the Good Faith Acquirer of Movables – A Comparative Overview of the Solutions, Challenges of the Knowledge Society, Private Law, 2011, 299.

<sup>17</sup> Там же, цит.: Arthur Salomons, „Good Faith acquisition of movables“, in *Towards Can European Civil Code, 4th revised and expanded edition*, ed. M. Hesselink et al. (Wolters Kluwer Law International, 2011), 1065-1082.

<sup>18</sup> Там же.

<sup>19</sup> Stoyanov D., The Conflict Between the Legal Interests of the Original Owner And the Good Faith Acquirer of Movables – A Comparative Overview of the Solutions, Challenges of the Knowledge Society, Private Law, 2011, 300.

<sup>20</sup> Там же.

<sup>21</sup> Stoyanov D., The Conflict Between the Legal Interests of the Original Owner And the Good Faith Acquirer of Movables – A Comparative Overview of the Solutions, Challenges of the Knowledge Society, Private Law, 2011, 301., цит.: Manfred Wolf, *Sachenrecht* (München: Verlag C.H. Beck, 2006), 198-200.

<sup>22</sup> Автор, вероятно, говорит о случае, когда владелец передает вещь отчуждателю на основе доверия. Этим можно объяснить разговор о доверии между владельцем и отчуждателем.

<sup>23</sup> Lars van Vliet, Acquisition And Loss of Ownership of Goods – Book VIII of the Draft Common Frame of Reference, Maastricht European Private Law Institute, Working Paper No. 2011/25, 2011, 318-319.



Указанная статья кодекса не содержит обязательного требования о возмездности сделки, что может вызвать ошибочное предположение о том, что добросовестное приобретение может также возникать из безвозмездного приобретения. Согласно статье 816 Гражданского кодекса Германии, в случае приобретения движимой вещи без встречного обязательства, приобретатель может быть обязан вернуть вещь владельцу на основании обязательства из неосновательного обогащения. Это свидетельствует о том, что согласно Гражданскому кодексу Германии, добросовестное приобретение возможно только в случае исполнения встречного обязательства.

Германия принадлежит к странам, придерживающихся сбалансированного подхода в области частного права, что проявляется тогда, когда речь заходит о степени защиты прав первоначального собственника. Статья 935 Гражданского кодекса Германии гласит, что движимая вещь не может быть приобретена, если она была украдена у владельца, потеряна или вышла из его владения каким-либо иным способом. Это положение способствует росту количества обстоятельств, при которых первоначальный собственник может потребовать возврата движимой вещи. При этом, ввиду отсутствия требования о выплате компенсации добросовестному приобретателю, можно сделать вывод, что Гражданский кодекс Германии ближе к стандартам защиты прав первоначального владельца, чем законодательство других стран, придерживающихся сбалансированного подхода.<sup>24</sup>

Следует отметить, что принятый в Германии подход оказал влияние на законодательства многих стран,<sup>25</sup> в том числе на Гражданский кодекс Греции. Статьи 1034-1038 о добросовестном приобретении Гражданского кодекса Греции почти идентичны статьям 929-932 Гражданского кодекса Германии. Однако греческое законодательство также придерживается французского принципа „открытого рынка“ в отношении украденной или потерянной движимой вещи, приобретенной на рынке, открытом аукционе или в магазине, чем, в отличие от Гражданского кодекса Германии, обеспечивает сравнительно надежную защиту интересов добросовестного приобретателя.<sup>26</sup>

## II. Вопрос выплаты компенсации добросовестному приобретателю и идея создания первого международного закона в этой сфере

Часть государств с континентальной системой права отделяет право собственника на восстановление права собственности на движимую вещь от права добросовестного приобретателя на требование компенсации. Например, по законодательству Швейцарии, собственник имеет право вернуть себе вещь, выплатив добросовестному приобретателю соответствующую компенсацию. Также как и законодательство Швейцарии, законодательство Франции дает собственнику право вернуть себе украденную вещь в обмен на выплату соответствующей компенсации добросовестному приобретателю (аналогичное правило действует и в Бельгии).<sup>27</sup>

Согласно статье 890 Гражданского кодекса Чили, собственник не может истребовать свою вещь обратно у лица, приобретшего ее на рынке, в магазине или в другом торговом объекте, где торгуют подобными вещами, не уплатив приобретателю сумму, которую тот потратил на приобретение вещи, а также, не компенсировав расходы, которые приобретатель понес, чтобы починить вещь или привести ее в надлежащее состояние.<sup>28</sup>

Следует отметить, что две международные конвенции, регулирующие рынок искусства, разделяют подход континентального права в отношении добросовестного приобретателя. Так, статья 7 (б) Конвенции ЮНЕСКО 1970 года<sup>29</sup> предусматривает требование выплаты компенсации добросовестному приобретателю со стороны государств-членов, которые потребовали возвращения похищенной ценности. Статья 4 Конвенции УНИДРУА по похищенным или незаконно вывезенным культурным ценностям 1995 года<sup>30</sup> гласит, что владелец похищенной культурной ценности, который должен ее вернуть (реститутировать), имеет право на справедливое возмещение убытков при условии, что он не знал или не обязан был знать (предполагать), что ценность могла быть похищена, и что он может доказать это с надлежащим предоставлением документов о моменте ее приобретения.<sup>31</sup>

В 1961 г. УНИДРУА создал комиссию по разработке единого закона „О защите добросовестного

<sup>24</sup> Stoyanov D., *The Conflict Between the Legal Interests of the Original Owner And the Good Faith Acquirer of Movables – A Comparative Overview of the Solutions, Challenges of the Knowledge Society, Private Law*, 2011, 301.

<sup>25</sup> В список государств, осуществивших рецепцию Гражданского кодекса Германии, попала и Грузия, вернее, статья 187 ГКГ.

<sup>26</sup> Stoyanov D., *The Conflict Between the Legal Interests of the Original Owner And the Good Faith Acquirer of Movables – A Comparative Overview of the Solutions, Challenges of the Knowledge Society, Private Law*, 2011, 301.

<sup>27</sup> Marryman Henry J., *The Good Faith Acquisition of Stolen Art*, Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Research Paper No. 1025515, 6.

<sup>28</sup> Там же.

<sup>29</sup> Там же, цит.: *Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property of 14 November 1970*.

<sup>30</sup> UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Property, Rome, 24 June 1995.

<sup>31</sup> UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Property, Rome, 24 June 1995, Art. 4.

приобретателя движимой вещи“ на международном рынке. Как следует из названия закона, его цель состояла в защите интересов добросовестного приобретателя. Профессор Совеплан (*Sauveplanne*) выделил три причины, внушавшие ему оптимизм в связи с указанной целью: 1. Общая норма защиты прав добросовестного приобретателя совпадала с положениями национального законодательства различных стран, которые не были основаны на общем правиле защиты. 2. Большинство стран, которым известно это общее правило, также предусматривают исключение в отношении возвращения вещи добросовестным приобретателем, если она была похищена у первоначального собственника. 3. Существовало также и исключение из этого правила, в частности, если добросовестный приобретатель приобретал вещь на открытом аукционе или у дилера, при возвращении вещи действовало обязательство выплаты компенсации приобретателю.<sup>32</sup>

В 1968 г. рабочая комиссия приняла „Проект Единогообразного закона о добросовестном приобретателе материальной движимости“,<sup>33</sup> который включал в себя все вышеуказанные принципы. Проект был представлен государствам-членам УНИДРУА, но некоторые из них (в том числе и США) категорически отказались принять его. Позже УНИДРУА созвал комиссию правительственных экспертов для обсуждения законопроекта и внесения в него необходимых поправок. Отредактированный вариант законопроекта появился в 1975 году под значительно изменившимся названием: „Единогообразный закон о добросовестном приобретении материальной движимости“.<sup>34</sup> Статья 11 этого закона гласит, что владелец украденной вещи не может использовать принцип добросовестности, что в корне меняет подход, который лег в основу первой редакции законопроекта.<sup>35</sup>

### III. Правовой статус добросовестного приобретателя в грузинском законодательстве

#### 1. Добросовестное приобретение согласно Гражданскому кодексу Грузии

В правовом пространстве Грузии вопросы добросовестного приобретения регулируются статьей 187 Гражданского кодекса Грузии (здесь и далее

„ГКГ“), первая же часть первого предложения которой увязывает превращение добросовестного приобретателя в собственника движимой вещи с его добросовестностью в отношении факта приобретения.

Второе предложение этой же части устанавливает стандарт добросовестности приобретателя. В частности, приобретатель считается добросовестным, если он не знал или должен был знать, что отчуждатель не был собственником вещи. В отличие от ГКГ, вторая часть статьи 932 Гражданского кодекса Германии признает такое понятие как „грубая небрежность“, в частности, в статье отмечается, что „приобретатель считается недобросовестным, если он знает, или, ввиду грубой небрежности, не знает о том, что движимая вещь не принадлежит отчуждателю“ (можно предположить, что фраза „должен был знать“ в первой части статьи 187 ГКГ имеет такой же смысл). Поскольку в соответствии с законодательством Германии, легкая небрежность не оказывает влияния на добросовестность, встает вопрос о разграничении этих двух видов небрежности. Согласно пояснению Федерального суда Германии, грубая небрежность имеет место тогда, когда с учетом данных условий любое лицо может квалифицировать действия отчуждателя как грубую небрежность, также тогда, когда правомочия отчуждателя подлежат сомнению, а приобретатель доверяется той информации, которая известна ему изначально, не пытаясь проверить ее достоверность.<sup>36</sup> Что касается грузинского законодательства, то, согласно ему, если приобретатель пренебрегает теми разумными сомнениями, которые возникают из фактических обстоятельств сделки (грубая небрежность), то это дает повод для того, чтобы истребовать у него приобретение. В этой связи заслуживает внимания позиция Верховного суда Грузии по вопросу о добросовестном приобретении. Суд поясняет, что в своих собственных интересах приобретатель обязан проявлять минимальную осмотрительность, которая должна выражаться хотя бы в визуальном осмотре приобретаемой вещи.<sup>37</sup>

В статье 187 ГКГ ничего не сказано о бремени доказывания, однако, как видно из доктрины, лицо, приобретшее собственность у неуправомоченного отчуждателя, должно доказать свою добросовестность в качестве одного из условий приобретения собственности.<sup>38</sup> В связи с указанным вопросом существует

<sup>32</sup> Marryman Henry J., *The Good Faith Acquisition of Stolen Art*, Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Research Paper No. 1025515, 7-8.

<sup>33</sup> Draft Uniform Law on the Protection of the Bona Fide Purchaser of Corporeal Movables, 1968.

<sup>34</sup> A Uniform Law on the Acquisition in Good Faith of Corporeal Movables, 1975.

<sup>35</sup> Marryman Henry J., *The Good Faith Acquisition of Stolen Art*, Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Research Paper No. 1025515, 8.

<sup>36</sup> Маршания Е., Защита интересов добросовестного приобретателя вещи (сравнительно-правовое исследование), ТГУ им. Ив. Джавахишвили, 2012, 38. цит.: McGuire. М. (см. также сноску 17), 149.

<sup>37</sup> Палата по гражданским делам Верховного суда Грузии, #as-567-535-2012, 01.08.2012.

<sup>38</sup> Белинг Х., Лутрингаус П., Системный анализ отдельных требований Гражданского кодекса Грузии, изд. Сиеста, 2009, 68.

интересное мнение, согласно которому собственнику проще доказать недобросовестность приобретателя, чем последнему опровергнуть это утверждение, что усложняет правовое положение добросовестного приобретателя.<sup>39</sup>

В 2011 году статья 187 ГКГ претерпела значительные изменения, которые, несомненно, стали шагом вперед в плане содержательного усовершенствования этого института. До изменения статьи, содержащиеся в ней нормы, до некоторой степени противоречили самой идее этого института, устанавливая, что „приобретатель не считается добросовестным...“ при наличии конкретных условий. Из этого положения следовало, что способ приобретения вещи, а не субъективное отношение приобретателя к факту приобретения, являлся тем своеобразным барометром, который устанавливал добросовестность или недобросовестность приобретателя.<sup>40</sup>

Согласно немецкому законодательству, факт выхода вещи из владения против воли собственника исключает возможность ее добросовестного приобретения. В грузинском же законодательстве, исходя из формулировки соответствующей нормы, выход вещи из владения помимо воли собственника исключает добросовестность приобретателя.<sup>41</sup> Помимо утраты и хищения вещи, к выходу вещи из владения против воли можно также причислить угрозу и принуждение. Решающим фактором выхода вещи из владения собственника является воля, а в случае совместного владения – воля всех собственников.<sup>42</sup>

В решении Большой палаты Верховного суда по делу о добросовестном приобретении сказано, что приобретение не может быть добросовестным, если фактическая передача владельцем вещи второму лицу не ставит целью ее последующее отчуждение.<sup>43</sup> Часть юристов не согласна с данным пояснением, считая, что правовая норма о добросовестном приобретении применяется именно тогда, когда собственник передает вещь во владение другому лицу, а последнее отчуждает ее. Установления требует факт добровольной передачи вещи, а не цель этой передачи, в противном случае, понятие добросовестного приобретения теряет смысл. Под волей собственника должно подразумеваться не проявление юридически

значимой воли, а согласие собственника на утрату неопосредственного владения.<sup>44</sup>

Согласно статье 187 ГКГ, добросовестный приобретатель не может быть собственником вещи в случае ее безвозмездного приобретения. В таком случае последствия правовых отношений определяет способ приобретения вещи.<sup>45</sup> Здесь действует простая логика: в отличие от первоначального собственника, безвозмездный приобретатель не несет непосредственный ущерб в случае истребования у него безвозмездно приобретенной вещи. Если неуправомоченное лицо безвозмездно распоряжается имуществом, тогда собственник может истребовать спорную вещь путем выдвижения виндикационного требования. Следует отметить, что отличить безвозмездное приобретение от возмездного сложнее, чем может показаться. Это относится к случаям, когда встречное обязательство носит символический характер. Это не является основанием для признания сделки возмездной, хотя встречное обязательство не всегда равноценно стоимости имущества. Также не имеет значения, была ли уплачена стоимость вещи. Главное, чтобы у второй стороны было право на ее истребование.<sup>46</sup>

В отличие от гражданских кодексов Германии, Франции и Италии, в ГКГ ничего не сказано о случаях добросовестного приобретения движимой вещи, на которую имеет права третье лицо. Статья 936 Гражданского кодекса Германии и статья 2279 Гражданского кодекса Франции предусматривают случаи, когда добросовестный приобретатель приобретает вещь, на которую распространяются права третьего лица, не зная о правовом пороке этой вещи. Следовательно, так как он считается добросовестным приобретателем, он получает в собственность вещь, свободную от обязательств.<sup>47</sup>

Согласно статье 936 Гражданского кодекса Германии, при приобретении движимой вещи в соответствии со статьей 930 (*Constitutum possessorium*), если отчужденная вещь не принадлежит отчуждателю, приобретатель становится ее собственником, если в момент ее приобретения действовал добросовестно. Таким образом, для того чтобы добросовестный приобретатель стал собственником, помимо договора и передачи вещи во владение, необходимо, чтобы

<sup>39</sup> Маршания Е., Защита интересов добросовестного приобретателя вещи (сравнительно-правовое исследование), ТГУ им. Ив. Джавахишвили, 2012, 32.

<sup>40</sup> Зоидзе Б., Грузинское вещное право, Второе переработанное и дополненное издание, 2003, 150-151.

<sup>41</sup> Маршания Е., Защита интересов добросовестного приобретателя вещи (сравнительно-правовое исследование), ТГУ им. Ив. Джавахишвили, 2012, 32. См. цит.: Курзински-Сингер Е., Зарандия Т. (см. также сноску 4), 247.

<sup>42</sup> Маршания Е., Защита интересов добросовестного приобретателя вещи (сравнительно-правовое исследование), ТГУ им. Ив. Джавахишвили, 2012, 40. цит.: Чечелашвили З., Вещное право, 2003.

<sup>43</sup> Большая палата Верховного суда Грузии, 3з/624-02, 09.09.2002.

<sup>44</sup> Маршания Е., Защита интересов добросовестного приобретателя вещи (сравнительно-правовое исследование), ТГУ им. Ив. Джавахишвили, 2012, 34. цит.: Курзински-Сингер Е., Зарандия Т. (см. также сноску 4), 248.

<sup>45</sup> Дзnelадзе Н., Правовые проблемы, связанные с истребованием имущества из незаконного владения и защитой права собственности, ж. „Мартмсаджулеба“, #2, 2007, 85.

<sup>46</sup> Salomons S., National Report on the Transfer of Ownership of Movables in the Netherlands, Reports on the Transfer of Movables in Europe, Faber. W, Lurger. B (eds.), Volume 6: The Netherlands, Switzerland, Czech Republic, Slovakia, Malta, Latvia Munich, 2011. 108.

<sup>47</sup> Маршания Е., Защита интересов добросовестного приобретателя вещи (сравнительно-правовое исследование), ТГУ им. Ив. Джавахишвили, 2012, 36.

приобретатель действовал добросовестно в момент ее получения во владение. В этой части грузинское законодательство разделяет пафос Гражданского кодекса Германии, в противном случае, с учетом сути принципа добросовестности приобретения, положение статьи 187 ГКГ утратило бы свою юридическую ценность.

#### IV. Заключение

Исходя из целей безопасности гражданского оборота, трудно найти такую систему законодательства, которая не предусматривала бы положения, регулирующие вопросы добросовестного приобретения, и механизмы защиты права первоначального собственника. Анализ международной парадигмы защиты прав добросовестного приобретателя свидетельствует об отсутствии единой модели. Общие интересы коммерческих сделок и тенденция либерализации рынка способствуют интересам добросовестных приобретателей. Мысль о том, что собственник движимой вещи может утратить собственность помимо своей воли, ставит под вопрос сам принцип справедливости.<sup>48</sup> Однако, как отмечает профессор Бесарион Зоидзе, юридически правильное решение не всегда бывает справедливым.<sup>49</sup> В некоторых случаях, отдавая приоритет добросовестности, законодатели защищают гражданский оборот как ценность, тем самым защищая законные интересы участников оборота.<sup>50</sup>

ГКГ детально регулирует правовое положение добросовестного приобретателя. С этой точки зрения, кодекс находится в полном соответствии с современным европейским частным правом. Главным вопросом в этой связи является справедливое уравнивание интересов собственника имущества и добросовестного приобретателя. ГКГ решает этот вопрос не только исходя из интересов конкретного участника гражданского оборота, но с учетом интересов устойчивости и стабильности самого оборота.<sup>51</sup>

Исследование показало отсутствие единого подхода к добросовестному приобретению, а разные подходы и неоднородная практика, встречающиеся

в национальном законодательстве разных стран, препятствуют последовательной защите интересов первоначального собственника и добросовестного приобретателя и гармоничному отправлению правосудия. Внутреннее законодательство большинства стран ориентировано на поиск золотой середины между интересами первоначального собственника и добросовестного приобретателя и уравнивание этих интересов, особенно когда речь идет о похищении или потере вещи либо о выходе вещи из владения собственника каким-либо иным способом. Неоднородность статуса добровольного приобретателя зачастую вызывает протест со стороны международного сообщества. Это особенно болезненно для той стороны, чьи интересы защищены внутренним законодательством, но не защищены действующим правом.

Одним из эффективных способов обеспечения единообразия института добросовестного приобретателя в государствах-членах Европейского союза является унификация правовых норм, которой можно добиться, к примеру, признав DCFR (Проект общей справочной схемы) в качестве обязательного акта. Согласно DCFR, при приобретении вещи у неправомочного отчуждателя путем выплаты ее стоимости, приобретение считается действительным, если соблюдены все требования отчуждения и приобретатель не знал и не мог знать о том, что отчуждатель был неправомочным лицом. В этом случае приобретатель обязан доказать, что он не мог знать о правовом пороке. Перенос бремени доказывания на приобретателя был сочтен „необычным“ и вредным для коммерческих сделок. Лицо, стремящееся получить законную выгоду, обязывают фактически обосновать свое стремление.<sup>52</sup> Этот подход разделяет и ГКГ, в частности, статья 187 налагает бремя доказывания на приобретателя, что естественно негативно сказывается на его правовом положении.

При этом, согласно DCFR, добросовестное приобретение не распространяется на краденную вещь, кроме случаев, когда вещь приобретена у отчуждателя в процессе обычной для него предпринимательской деятельности. Жесткое требование о возмездности добровольного приобретения и исключение краденной или потерянной вещи из схемы добросовестного приобретения ставит целью защиту первоначального собственника, в то время как открытый рынок и широкое толкование понятия добросовестного приобретателя (это, в первую очередь, касается Гражданского кодекса Франции) ставят в выгодное

<sup>48</sup> Stoyanov D., *The Conflict Between the Legal Interests of the Original Owner And the Good Faith Acquirer of Movables – A Comparative Overview of the Solutions, Challenges of the Knowledge Society, Private Law*, 2011, 302.

<sup>49</sup> Зоидзе Б., *Эволюция права собственности в грузинском законодательстве, Материалы совместной конференции ТГУ им. Ив. Джавахишвили и Института зарубежного и международного частного права им. Макса Планка (Гамбург)*, 2015, 20.

<sup>50</sup> Верховный суд Грузии, *Рекомендации в сфере гражданского и административного права, разработанные в результате регулярных встреч судей в Верховном суде Грузии, и единые рекомендации Верховного суда Грузии в области гражданского права*, 2011, 69.

<sup>51</sup> Анализ практики Верховного суда Грузии по вопросам прав добросовестного приобретателя недвижимого имущества, ж. „Мартмсаджулеба“, #3, 2007, 220.

<sup>52</sup> Stoyanov D., *The Conflict Between the Legal Interests of the Original Owner And the Good Faith Acquirer of Movables – A Comparative Overview of the Solutions, Challenges of the Knowledge Society, Private Law*, 2011, 303.

положение приобретателя.<sup>53</sup> Если рассмотреть этот вопрос с точки зрения грузинского законодательства и сопоставить его со второй частью статьи 187 ГКГ, станет очевидным, что оно частично разделяет так называемый принцип „открытого рынка“, но в меньшей мере, чем французское законодательство.

Говоря о грузинском законодательстве, также необходимо коснуться тех двух важных вопросов, в отношении которых ГКГ не дает четких формулировок. В частности, это касается перехода в собственность добросовестного приобретателя вещи, на которую распространяются права третьего лица, а также приобретения вещи на основе принципа *constitutum possessorium* при том условии, что в момент приобретения приобретатель действует добросовестно. Урегулирование этих вопросов имеет большое значение как с точки зрения безопасности гражданского оборота, так и с точки зрения защиты интересов участников этого оборота. Желательно, чтобы в отношении этих вопросов грузинские законодатели переняли подход, принятый во Франции или Германии, и более конкретно определили как правовое положение приобретенной вещи, так и добросовестность приобретателя. Также было бы разумно более тщательно проработать вопрос выплаты компенсации добросовестному приобретателю. В этом отношении можно рассмотреть положения французского законодательства. При этом необязательно, чтобы компенсация была равна сумме, уплаченной приобретателем за движимую вещь. Вместо этого можно установить разумный минимальный или максимальный размер компенсации. Это будет способствовать поощрению добросовестного приобретателя, который зачастую несправедливо оказывается в трудном положении, так как ему не удастся добиться справедливого возмещения от неправомерного отчуждателя. Также можно предусмотреть исключение из вышеприведенного правила, которое будет касаться только вещей, вышедших из владения собственника помимо его воли, о чем он проинформировал соответствующие следственные органы. Такой способ урегулирования вопроса поможет определить степень интереса собственника в отношении вещи, что будет способствовать усилению справедливости института добросовестного приобретения.

И, наконец, можно сказать, что в отсутствие единого стандарта, на котором основывались бы соответствующие положения законодательства различных стран, каждая из них пытается самостоятельно сформировать правильный юридический подход к вопросу добросовестного приобретения. Этот про-

цесс облегчает осмысление международного опыта, что позволяет адаптировать хорошо проверенную международную правовую систему к национальному законодательству. Трудно с уверенностью сказать, в какой из стран действует наиболее оптимальная система законодательства. Трудность состоит не в том, чтобы определить, какая система лучше защищает права добросовестного приобретателя, а в том, чтобы добиться справедливого равновесия интересов. Исходя из этого, задача страны, в первую очередь, должна состоять в формировании правильного подхода и его реализации на уровне законодательства.

<sup>53</sup> Stoyanov D., *The Conflict Between the Legal Interests of the Original Owner And the Good Faith Acquirer of Movables – A Comparative Overview of the Solutions, Challenges of the Knowledge Society, Private Law*, 2011, 302.

## Common European Sales Law (CESL)<sup>2</sup> – развитие и функции

### I. Вступление

Несмотря на то, что общеевропейский интеграционный процесс идет с определенной задержкой, ввиду кризиса в связи с беженцами и ввиду финансового кризиса, тем не менее, растет потребность со стороны бизнеса и потребителей в правовых концепциях для транснациональных сделок. Тогда как законодательная деятельность Европейского Союза первоначально распространялась на такие специальные сферы, как корпоративное право, трудовое право, картельное право, право конкуренции, за последнее время общее частное право все чаще становится предметом европейского правотворчества. В особенности в сфере права защиты потребителей ЕС издал большое количество Директив и Регулаций из области частного права. Несмотря на все эти меры, направленные на гармонизацию права, постоянно регулирующие всего лишь отдельные аспекты порой узко ограниченной правовой материи, все еще существуют большие различия между правовыми порядками государств-членов ЕС, отрицательно влияющих на общеевропейский внутренний рынок. Одновременно с этим, законотворческие акты ЕС создают угрозу единству отдельных европейских правовых порядков, поскольку европейские регуляции не всегда плавно внедряются в национальные правовые системы.

### II. Идея Европейского Гражданского Кодекса

Незаметно от отраслевой общественности, в 2004-2005гг. в Брюсселе был разработан проект, ведущий в конце длительного процесса к единому европейскому Гражданскому Кодексу. Всё свидетельствует о том, что в один прекрасный день этот европейский Гражданский Кодекс придет на смену национальным Гражданским Кодексам.

Вдохновленные идеей общеевропейского Гражданского Кодекса, в 80-ые годы прошлого столетия начали формироваться научно-исследовательские

группы с целью разработки единых принципов общеевропейского частного права. Тогда как, в первую очередь, концентрация происходила на договорном праве, исследования происходили и в других отраслях, таких как деликтное право, вещное право, право обогащения, а также право наследования и семейное право.

Основанная в 1998г. под руководством *Кристиана фон Бара* научно-исследовательская группа по созданию общеевропейского Гражданского Кодекса (*Study Group on a European Civil Code*) ставила своей целью разработку проекта профессоров по европейскому имущественному праву. Около 50 профессоров из всех государств-членов ЕС, подкрепленные сетью ученых в трехзначном количестве, были воодушевлены желанием создания своего рода имущественно-правового Основного Закона для всех государств-членов ЕС. Данный базисный закон, сопровождающийся законодательными предложениями и охватывающий такие отрасли, как право купли-продажи, сферу обслуживания, долгосрочные договоры, договоры о страховании, кредитные гарантии и обеспечение, финансовое обслуживание, обязательственно-правовые отношения и вопросы передачи права собственности при движимых вещах, завершен.

На основании данной проделанной европейскими правоведческими кругами работы, Европейская Комиссия инициировала в 2005г. объемный пакет. Целью была разработка проекта *Common Frame of Reference (DCFR)*, своего рода модельного законопроекта, еще неопределенного к тому моменту по своей значимости и достигаемости. В начале 2008г. был представлен первый законопроект, усовершенствованная версия которого была дополнительно представлена к началу 2009г. DCFR представляет совокупность предложений академических кругов, который, правда, и читается, как Кодекс, однако, учитывая историю происхождения, не является таковым. Все еще неясно, что действительно является целью DCFR, т.е. какой именно правовой статус он имеет и какие цели преследует.<sup>3</sup> Европейская Комиссия назвала его инструментальным ящиком („toolbox“), который олицетворяет будущее законодательство в сфере договорного права.

### III. Начало: Проект общеевропейского права купли-продажи

11.10.2011 г., Европейская Комиссия представила проект Регуляции об общеевропейском праве купли-продажи.<sup>4</sup> Тем самым, Еврокомиссия предприняла сравнительно маленький кодификационный шаг,

<sup>1</sup> Является судьей Федерального суда Германии по социальным делам, находящегося в г. Кассель (суд третьей судебной инстанции); Профессор юридического факультета, Марбургский университет имени Филиппа Кассель/Марбург, Германия также главным редактором настоящего журнала.

<sup>2</sup> Общеевропейское право купли-продажи.

<sup>3</sup> Vgl. *Meyer*, *Betriebs-Berater* 2004, 1285.

<sup>4</sup> KOM (2011) 635 endg.

представив именно этот вариант вместо изначально запланированного Европейского Гражданского Кодекса.<sup>5</sup>

## 1. Цель и содержание проекта

Законопроект общеевропейского права купли-продажи ставит своей целью улучшение функционирования общеевропейского внутреннего рынка, в первую очередь, для сделок и транзакций между предприятиями и потребителями. Т.н. опциональным инструментом в виде Регуляции это достижимо в случае сбалансированного соотношения между правами и обязанностями обеих сторон.

Общеевропейское право купли-продажи должно сформироваться как самостоятельный правопорядок, вытесняющий национальное право купли-продажи. Европейская Комиссия обещает пользу как потребителям, так и предприятиям (экономия расходов на правовые транзакции), ибо становится возможным осуществление деятельности на европейских рынках, без соприкосновения со стороны предприятий с национальным правом купли-продажи. Кроме этого, возрастет спрос, поскольку больше предприятий предпримут шаги по осуществлению транснациональных сделок и транзакций. Это обусловит снижение цен для потребителей. Насколько возможно осуществление политических целей, решающим образом зависит от качества нового европейского правопорядка в сфере купли-продажи ЕС.

Конкретно, необходимо восполнить и гармонизировать неунифицированные национальные регуляции по продаже товаров и их гарантийных положений, несправедливые договорные положения, положения по отмене и расторжению договора, информационные обязательства. Общеевропейское право купли-продажи должно, как минимум, предоставить возможность выбора гармонизированного правопорядка. Например, немецкое предприятие смогло бы любому из 28 государств-членов ЕС предлагать собственную продукцию на одинаковых условиях. Идея этого состоит в том, чтобы предприятие только один раз приспособило бы свои стандартные договорные условия, предоставляя, тем самым, необходимую информацию об общеевропейском праве купли-продажи и составив, в случае необходимости, образцы договоров. После этого, у предприятия, тем самым, возникает возможность освоения более крупного рынка, нежели на сегодняшний день, наряду со своей страной, также и в других 27 государствах-членах ЕС. Это привело бы к

тому, что в распоряжении европейских потребителей существовал бы более крупный (и, по всей вероятности, выгодный) ассортимент. Долгосрочным последствием было бы большее содействие общеевропейскому внутреннему рынку.

Целью данного проекта Европейской Комиссии является гармонизация договорного права государств-членов ЕС не путем изменения существующего национального договорного права, а посредством создания второй факультативной национальной договорной регуляции. Данная вторая регуляция должна унифицированно действовать в ЕС, параллельно с внутригосударственным правом. Регуляция однозначно ограничена транснациональными договорами. Однако, государства-члены ЕС имеют возможность применения общеевропейского права купли-продажи также и во внутригосударственных договорах.

## 2. Сфера применения

Общеевропейское право купли-продажи должно быть предметно применимо, как минимум, при транснациональных товарных договорах купли-продажи. Материальная сфера применения распространяется на куплю-продажу товаров и цифровые обслуживания, а также на осуществленное продавцом обслуживание, в основном, монтаж, инсталляцию, уход и ремонт/починку, в случае, если они непосредственно и тесно связаны с соответствующими товарами или цифровым обслуживанием, приобретенным на основании общеевропейского права купли-продажи. Тем самым, речь конкретно идет о договорах купли-продажи и договорах об осуществлении цифрового обслуживания, таких как музыка, фильмы, программное обеспечение или применение смартфонов.

Относительно личного применения общеевропейское право купли-продажи должно быть применимо в отношениях между крупными и малыми предприятиями, а также в отношениях предпринимателей с потребителями. Данная модель отличается от Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи, применяемой исключительно между предпринимателями. В отличие от этого, общеевропейское право купли-продажи должно быть применимо исключительно при его выборе сторонами (модель opt in), а не, подобно праву купли-продажи ООН, автоматически, за исключением случаев активного неприменения/отстранения (модель opt out). Т.н. право купли-продажи ООН, Конвенция о договорах международной купли-продажи товаров (CISG)<sup>6</sup>, является по сей день самой важной Конвенцией по унификации частного права. Вопросы конкуренции между национальным правом и правом купли-продажи ООН могут возник-

<sup>5</sup> Hierzu allgemein Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann, JZ 2012, 269; Konency, Der Verordnungsentwurf über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – Meilenstein der europäischen Integration oder Irrlicht der europäischen Politik?, 2014; Schmidt-Kessel, Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, München 2014; Tamm, VuR 2012, 1.

<sup>6</sup> BGBl. 1980 II, 588.

нуть только в том случае, если налицо сфера применения Конвенции. В деловом плане право купли-продажи ООН распространяется, согласно ст. 1 данной Конвенции, на товарные договоры купли-продажи, охватывая при этом почти все подвиды купли-продажи. Дальнейшими положительными аспектами относительно сферы применения являются ч. 1 ст. 3 (Подрядные договоры на поставку товаров, подлежащих изготовлению или производству), ч. 1 ст. 4 (Заключение договора, обязанности покупателя и продавца) Конвенции. Отрицательно разграничивается сфера применения по ч. 2 ст. 2 и ст. 3 (Отсутствие смешанных договоров, когда элементы купли являются низкоочередными), ч. 1 ст. 4 и ст. 5 (Без наличия личного вреда) Конвенции. Право купли-продажи ООН является приоритетным, как специальное право, и стоит над общими положениями национального права.

### **3. Функциональность – т.н. опциональный инструмент**

Интересом государств-членов ЕС является то обстоятельство, что общеевропейское право купли-продажи действительно только в том случае, когда стороны договора решают это добровольно и однозначно. В этом плане подробно урегулировано, как должна быть поставлена в известность сторона договора о купле-продаже и какие последствия возникают в случае несоблюдения этих правил. Большое значение имеет также тот факт, что представление Европейской Комиссии предусматривает сделки между предпринимателями и потребителями, а также сделки между предприятиями. Это применимо в том случае, если одна из сторон договора имеет свое местонахождение в каком-либо государстве-члене ЕС. Предприятия могут пользоваться одними и теми же договорными условиями, заключая сделки с предприятием из ЕС либо вне ЕС. Таким образом, данное право применимо также и в международной торговле. С другой стороны, невозможно урегулировать на основании европейского принципа субсидиарность представительства, противоправность договоров, регуляции относительно большинства должников и кредиторов, уступку требования. Для данных сфер по-прежнему остается в силе действующее договорное право государств-членов ЕС.

Создание единых регуляций имеет ту пользу, что отменяется ряд правовых нестабильных предписаний, возникающих при транснациональных сделках. Таким образом, возможно уменьшение расходов на многие транзакции, а также возникает больше стимула в осуществлении транснациональных сделок.

Нововведение, как т.н. опциональный инструмент, имеет ту положительную сторону, что правовые порядки государств-членов ЕС ограничиваются лишь незна-

чительно. По-прежнему будет существовать возможность решения конкретных фактических обстоятельств на основании национальной правовой системы. Однако, опциональный инструмент расширяет возможность выбора для сторон договора о купле-продаже, позволяя им, тем самым, выбирать самое подходящее для их потребностей решение. Таким образом, соблюдаются интересы всех участников, что должным образом повышает вероятность подобного решения на политическом уровне.

Несмотря на то, что применение опционального инструмента содержит высокий риск для сторон договора о купле-продаже, до того времени, пока не существует постоянной судебной практики его толкования. Тем не менее, этот временный недостаток может быть приемлемым, ибо стороны договора сами решают о применении опционального инструмента. Кроме этого, опциональный инструмент, по воле Европейской Комиссии, будет определенным гарантом уравновешенности, что приведет к справедливым результатам.

На основании интенсивности вмешательства, т.н. модель *opt in* для национальных прав является наиболее мягким средством. Европейское договорное право было бы применимо вместо национальных правовых порядков только в том случае, если стороны договорятся об этом. Применяя т.н. модель *opt out*, европейское договорное право было бы применимо всегда, кроме тех случаев, если это не было бы исключено сторонами договора.

Несомненно, что практическое значение модели *opt out* значительно превысило бы значение модели *opt in*. При решении посредством модели *opt out* применение европейского договорного закона стало бы правилом, а его исключение – отклонением от правила. В случае же решения *opt in*, это было бы как раз наоборот. Тем не менее, модель *opt in* является первым шагом для внедрения новых европейских стандартов. С возрастающим применением модели *opt in* и существующей по данному вопросу судебной практикой, возросла бы и готовность перехода на модель *opt out*.

### **4. Проблемные точки проекта: положительные и отрицательные стороны**

Предложения Европейской Комиссии по общеевропейскому праву купли-продажи по-прежнему бурно обсуждаются, выявляя, при этом, значительные недостатки во многих отраслях. Критика касается принципиальных сомнений в пригодности предложений Регуляции и требования инструмента минимальной гармонизации определенных аспектов в виде Европейской Директивы, вплоть до ограничения сферы материального применения. Преимуществами обще-



европейского права купли-продажи являются: предсказуемость применяемого материального права для потребителей, снижение транзакционных расходов для предприятий, высокий уровень защиты потребителей, усиление общеевропейского внутреннего рынка. Недостатками же являются: пробелы в регуляциях представительства и вещного права, неунифицированность права, нецелесообразность по сравнению с правом купли-продажи ООН, отсутствие наличия предупредительной функции для потребителей.

Юридический Комитет Европейского Парламента представил отчет 20.02.2013,<sup>7</sup> предложив в нем ограничение сферы материального применения. Независимо от ограничения сферы применения, должен быть высокий уровень защиты потребителей, ибо, в противном случае, ни один потребитель ничего в условиях данной правовой системы приобрести не будет, а т.н. опциональный инструмент работал бы впустую. С другой стороны, уровень защиты потребителей не должен быть слишком высоким, поскольку предприятие не смогло бы в таком случае этим пользоваться. В данном контексте большое значение имеет то обстоятельство, чтобы общеевропейское право купли-продажи было бы опциональным, т.е. существовало бы наряду с договорным правом государств-членов ЕС. Вопрос о том, какое именно право купли-продажи применимо в данном случае, решает исключительно коммерсант или продавец, ибо именно он делает выбор между общеевропейским правом купли-продажи и действующим национальным правом купли-продажи. Тем самым, он может склониться к сопровождающейся низкими стандартами защиты потребителей праву купли-продажи. Европейский Парламент одобрил в первом чтении в феврале 2014г. представленные Европейской Комиссией предложения по общеевропейскому праву купли-продажи.<sup>8</sup>

## 5. Оценка

Представлением проекта общеевропейского права купли-продажи на совершенно новую стадию переходит длящаяся десятилетиями дискуссия о создании общеевропейского гражданского права. Впервые возник текст, который на самом деле может по всему Европейскому Союзу превратиться в основу договоров купли-продажи. Естественно, очень сложно объединить 28 национальных, отчасти очень различных правовых систем. Однако, общеевропейское право купли-продажи, как опциональный инструмент, должно сделать это реальностью. В конце концов, речь идет о выборочном инструменте, а не об окончательном вмешательстве в национальные Гражданские Кодексы. Если ЕС создаст гармони-

рованную регуляцию без чрезмерного регулирования, то, в таком случае, как правило, не должно возникать сложностей.

## IV. Перспективы на будущее: Путь к европейской гармонизации частного права?

Последние годы показали, что в ЕС существует сильное переплетение между европейским частным правом и национальными правовыми системами.<sup>9</sup> Из-за этого возникает множество ограничительных вопросов, которые могут привести к значительным практическим проблемам при правоприменении. Кроме этого, законотворчество имеет недостатки, а отдельные меры не осуществляются по единой системе. Кроме этого, несмотря на объемные меры по гармонизации, все еще существуют резкие различия между правовыми порядками отдельных государств-членов ЕС. Это препятствует функционированию внутреннего рынка. Идея всеобъемлющей гармонизации европейского частного права очень близка. Политическая и правоведческая дискуссия о том, завершится ли процесс гармонизации права принятием Европейского Гражданского Кодекса, идет полным ходом.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> 2011/0284 (COD).

<sup>8</sup> Vgl. vzbv vom 26.2.2014.

<sup>9</sup> Hierzu *Schmidt*, JZ 2001, 674 (678); *Rittner*, JZ 1995, 849 (853).

<sup>10</sup> Vgl. *Blüm*, Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht als wesentlicher Zwischenschritt zu einem kodifizierten Europäischen Vertragsrecht?, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2015.

Ани Чилингарян<sup>1</sup>

## Судебная практика возобновления производства по приостановленному делу в административном и гражданском судопроизводстве

*Возможность приостановления производства по делу в настоящее время предусмотрена как административным, так и гражданским и уголовным кодексами РА. При этом во всех трех кодексах предусмотрено регулирование, согласно которому, производство по приостановленному делу возобновляется после устранения обстоятельств, вызвавших его приостановление.*

*Целью статьи является рассмотрение ряда судебных актов, связанных с вышеупомянутой проблемой, попытка уяснить, какие проблемы возникают в судебной практике, в частности, в случае возобновления производства по приостановленному делу?*

### I. Введение

Статья 94 Кодекса административного судопроизводства Республики Армения предусматривает возможность приостановления производства по делу. При этом, в случае наличия некоторых оснований приостановления, суд обязан приостановить производство по делу, а в других случаях у суда возникает право на приостановление производства по делу. В последнем случае суд обладает дискреционным правом по приостановлению или не приостановлению производства по делу. Согласно части 1 статьи 95 того же Кодекса, производство по делу возобновляется после устранения обстоятельств, вызвавших его приостановление.

Идентичное регулирование предусмотрено также в статьях 105-107 Гражданского процессуального кодекса Республики Армения. Это регулирование, с первого взгляда кажущееся простым, привело к возникновению в судебной практике, в частности, следующего вопроса: как понимать следующую формулировку: „устранение обстоятельств, вызвавших его приостановление“? Означает ли это только то обстоятельство, которое указано в судебном акте, приостановившем дело, или это понятие включает в себя

обстоятельства, по которым приостановление дела теперь уже является бессмысленным и ненужным?

### II. Анализ судебных актов

Так, общество-истец по административному делу № ԳՂ/5803/05/12 оспаривало акт проверки, вынесенный налоговым органом. В то же время, налоговый орган предъявил против указанного общества требование, возникшее по акту той же проверки, о взыскании суммы, в Административный суд РА. На основании ходатайства общества, производство по делу о взыскании суммы было приостановлено на основании, установленного пунктом 1 части 1 статьи 94 Кодекса административного судопроизводства РА, а именно: рассмотрение данного дела невозможно до вынесения постановления, решения или приговора по другому делу, рассматриваемому в порядке конституционного, гражданского, уголовного или административного судопроизводства. Так как по другому административному делу рассматривался вопрос правомерности того же акта проверки, а вопрос удовлетворения или отклонения требования о взыскании предложенной этим актом суммы непосредственным образом зависел от правомерности этого акта, то Административный суд счел, что рассмотрение иска по взысканию суммы невозможно до вынесения решения по другому административному делу. Однако, до завершения рассмотрения дела о правомерности акта проверки, общество исполнило обязательство, возникшее из акта проверки, таким образом, по существу исчерпав и сделав беспредметным требование о взыскании суммы. Учитывая это обстоятельство, общество представило в суд ходатайство о возобновлении производства по приостановленному делу и его прекращении, так как оно уже исполнило обязательство, и с объективной точки зрения этот иск теперь стал беспредметным. Суд отклонил это ходатайство, отметив, что в данном случае обстоятельство, послужившее основанием приостановления, пока еще не устранено и производство по делу может быть возобновлено только после вынесения решения по административному делу № ԳՂ/5803/05/12, которое является основанием приостановления. Указанное решение было обжаловано в апелляционном, а затем в кассационном порядке, однако в обоих случаях безрезультатно.

Кассационный суд в своих постановлениях обратился к толкованию статьи 105 Гражданского процессуального кодекса РА и отметил, что из вышеупомянутой статьи следует, что обязанность суда по приостановлению производства по делу, предусмо-

<sup>1</sup> Эксперт программы GIZ “Правовая Гармонизация с Европейскими Стандартами на Южном Кавказе”, адвокат.

тренному частью 1 статьи 105 Гражданского процессуального кодекса РА, возникает в случае одновременного наличия двух условий: наличие другого дела, рассматриваемого в порядке конституционного, гражданского, уголовного или административного судопроизводства и невозможность рассмотрения данного дела до вынесения решения по другому делу или вопросу, рассматриваемому в порядке указанных производств. Это обусловлено тем обстоятельством, что факты по другому делу или вопросу, рассматриваемые в порядке конституционного, гражданского, уголовного или административного судопроизводства, имеют значение для разрешения данного дела и данное правоотношение или данный факт могут быть подтверждены в рамках рассмотрения данного дела.<sup>2</sup>

Таким образом, из логики позиции Кассационного суда РА следует, что одним из условий, необходимых для приостановления является невозможность рассмотрения данного дела, пока еще не вынесен окончательный судебный акт по соответствующему другому делу. Между тем, в вышеупомянутом примере, производство по делу, правда, было приостановлено, так как в суде рассматривалось связанное с данным делом другое административное дело, но тем не менее, после этого ответчик по приостановленному делу выполнил требование истца. А это означает, что независимо от того, какое постановление вынесет суд по другому административному делу, исход данного административного дела уже predetermined, так как ответчик выполнил исковое требование. А это, в свою очередь, означает, что послужившее основанием для приостановления обстоятельство – невозможность рассмотрения данного дела без разрешения в данном случае другого административного дела – устранено.

Общество-истец по вышеупомянутому административному делу обратилось в Конституционный Суд РА, настаивая на том, что часть 1 статьи 95 Кодекса административного судопроизводства РА не соответствует статьям 61 и 63 Конституции РА. Заявитель, ссылаясь на ряд позиций, выраженных в постановлениях Конституционного Суда РА, представил следующее обоснование: „при приостановленных или прерванных производствах... Вынесенные судом постановления или действия должны подлежать возможности обжалования, в случае чего обжалованию должны подлежать акты или действия суда о невозобновлении или отказе в возобновлении дела в разумный срок ... До вынесения окончательного судебного акта по другому делу в контексте приостановленного дела предполагается, что дело должно быть возобновлено независимо от вынесения окончательного судебного акта по другому делу, если возникли обстоятельства, при ко-

торых рассмотрение дела стало уже возможным без ожидания судебного акта по другому делу, потому что устранена причинная связь между приостановленным делом и другим рассматриваемым делом“. По мнению заявителя, общее правило возобновления дела, закрепленное в части 1 статьи 95 Кодекса административного судопроизводства РА, получило в судебной практике такое узкое формальное толкование и нормативный смысл, что термин „устранение оснований, вызвавших приостановление“, означает обстоятельство, указанное в приостанавливающем дело судебном акте, а возобновление дела при измененных обстоятельствах, делающих приостановление бессмысленным и ненужным, исключается. Постановлением Конституционного Суда РА № 1251 от 19 января 2016 года было зафиксировано, что возможные нарушения прав заявителя не обусловлены конституционно-правовым содержанием нормы, являющейся предметом спора, или каким-либо ее конкретным толкованием, и поднятый в заявлении вопрос не содержит проблему конституционности, а касается такого применения нормы закона, которое привело к неравноценному восприятию дискреционного права суда.

В то же время, Конституционный Суд РА отметил, что „к компетенции суда отведена оценка того, возможно ли рассмотрение данного дела до вынесения постановления по другому делу или вопросу, рассматриваемому в порядке конституционного, гражданского, уголовного или административного судопроизводства. Однако, при уяснении вопроса об устранении обстоятельства, вызвавшего приостановление производства по делу, суды всех инстанций обязаны в пределах своей компетенции не только проверять факт вынесения или пока еще невынесения постановления по другому делу или вопросу, рассматриваемому в порядке конституционного, гражданского, уголовного или административного судопроизводства, но и вопрос относительно возможности возобновления производства по делу при условии отсутствия такого постановления, что будет являться гарантией эффективности мер судебной защиты и конституционных прав личности при рассмотрении дела в разумные сроки“.

### III. Обобщение

Таким образом, Конституционный Суд РА своим постановлением косвенным образом показал, что в случае приостановления дела на рассматриваемом основании, возобновление производства по делу возможно также при отсутствии постановления по другому рассматриваемому делу, если в этом постановлении нет объективной необходимости. Дальнейшее развитие судебной практики покажет, насколько получат свое применение правовые позиции, указанные в постановлении Конституционного Суда РА.

<sup>2</sup> Постановление Гражданской и Административной палаты Кассационного суда РА по гражданскому делу № ԵՍԲՂ/0169/02/09 от 11 мая 2011 года.

## Избирательное право и переходящая демократия – значение решений Конституционного суда Грузии для консолидированной демократии

### 1. Введение

Конституционный суд Грузии прошёл значительный путь от основания до сегодняшнего дня и внёс особый вклад в утверждение верховности конституции, прав и свобод человека, защиту баланса властей и упрочение ценностей демократии.

В переходящих демократиях, без своевременно достигнутых быстрых и реальных результатов, возможно, опасность создастся и для самой демократии. Долгосрочный, растянутый во времени ход/действие способствует уничтожению/исчезновению демократии.<sup>2</sup> Хотя, здесь же нужно отметить, что в переходящих демократиях важно не только то, активен или нет Конституционный суд, но важно также, насколько эффективны принятые им решения для утверждения демократии для целей формирования консолидированной демократии.

Консолидированная демократия по содержанию очень широкое понятие. Но, главное, что составляет смысл её содержания – достаточная твёрдость институтов демократии, что исключает их упрямление/обрушение.<sup>3</sup> Грузинский Конституционный суд может гордиться эффективностью принятых им решений. Постановления суда сыграли важную роль в утверждении демократических институтов, их жизнеспособности.

В условиях переходящей демократии опыт Конституционных судов стран Восточной Европы показывает, что их особенный знак – независимость и решительность.<sup>4</sup> Грузинский Конституционный суд принятыми им постановлениями показал, что в утвержде-

нии демократических процессов он является независимым и решительным.

### 2. Избирательные споры в переходящей демократии и конституционный суд

В переходящих демократиях важно, чтобы решение правовых споров судом благоприятствовало реформам подлинной демократии. Конституционный суд, посредством принятых им прогрессивных постановлений, играет значительную роль в процессе развития стабильной и консолидированной демократии. Хотя здесь же нужно отметить, что, в отличие от развитых демократий, в переходящих демократиях доверие к институту суда, легитимация постановлений – сложный процесс и вызывает острую критику со стороны политиков.

В этом отношении следует отметить споры, связанные с выборами, решать которые пришлось Конституционному суду. Особенно острым этот вопрос оказался в контексте приближающихся грузинских парламентских выборов 2016 года. Суд обязан рассмотреть избирательные споры, что, естественно, порождает политические противоречия. Хотя это совершенно не значит, что суд принимает политические решения.<sup>5</sup> Конституционный суд умудрялся перевести публичные политические споры в вопросы конституционного толкования посредством тех принципов, процедур и правил, которые вообще признаны как правовые, а не политические.<sup>6</sup> Суд деполитизацией спора спорному вопросу придаёт конституционный, правовой характер.<sup>7</sup> Хотя я не буду права, если не скажу, что правовая аргументация в большинстве случаев в той или иной дозе зависит от ценностей судьи, от установленных принципов права, которые получили всеобщее признание, от традиций суда. Демократия, прежде всего и всегда, подразумевает всеобщие, свободные выборы.<sup>8</sup> “Народ должен управлять властью” – это есть идеал демократии.<sup>9</sup> “Выборы есть ... механизм, который приводит в действие демократию.”<sup>10</sup> Но, одновременно, “выборы есть обязательное условие демократичности государства, а не его гарант.” Только проведение выборов, если они не соответствуют принципам демократии, не есть показатель демократичности власти.<sup>11</sup> Поскольку

<sup>1</sup> Профессор юридического факультета Тбилисского государственного университета имени И. Джавахишвили, член Конституционного суда Грузии.

<sup>2</sup> Филипп К. Шмитер, Дилеммы и опасности демократии (подзаголовок: исследование опасностей), журнал “Солидарность”, 2008, # 2(23), <http://www.nplg.gov.ge/gsd/cgi-bin/library.exe?e=d-01000-00---off-0period--00-1---0-10-0---0---0direct-10---4-----0-1--11-ka-50---20-about---00-3-1-00-0-0-11-1-0utfZz-8-00&cl=CL2.22&d=HASHbcb227ac1a765e858e2ecb.3&gt=1>

<sup>3</sup> Civil Энциклопедический словарь, <http://www.nplg.gov.ge/gwdict/index.php?a=term&d=5&t=3603>

<sup>4</sup> Шварц Г., Упрочение конституционного правосудия в посткоммунистической Европе, Тбилиси, 2003 год, стр. 366.

<sup>5</sup> Шварц Г., Упрочение конституционного правосудия в посткоммунистической Европе, Тбилиси, 2003, стр. 39 – 40.

<sup>6</sup> Шварц Г., Упрочение конституционного правосудия в посткоммунистической Европе, Тбилиси, 2003, стр. 40.

<sup>7</sup> Шаю А., Самоограничение власти, 2003, стр. 296.

<sup>8</sup> Пакте П., Фердинанд Мелен Ф., Сукрамаян, Конституционное право, 28-ое издание, Тбилиси, 2012, стр. 125.

<sup>9</sup> Джанда К., Берри Дж. М., Голдмен Дж., Сокращённая демократия, сокращённая редакция, Тбилиси, 1995 год, стр. 155.

<sup>10</sup> Постановление Конституционного суда Грузии № 1/1/493 от 27 декабря 2010 года по делу “Политические объединения граждан “Новые правые” и “Консервативная партия Грузии” против парламента Грузии”, II-8.

<sup>11</sup> Джанда К., Берри Дж. М., Голдмен Дж., Сокращённая демократия, сокращённая редакция, Тбилиси, 1995 год, стр. 155.

тема выборов значительна в практике Конституционных судов переходящих демократий, всякий вопрос, который касается конституционности правовых норм относительно избирательных вопросов, всегда вызывает в отношении суда и его постановления политические дебаты, которые, желательнее, чтобы ограничивались правовой и обоснованной критикой постановления и результата.

Когда суд признаёт неконституционными правовые нормы, он, естественно, осмысляет, что частая смена регуляций, связанных с выборами подразумевает определённые опасности. Но это, возможно, продиктовано необходимостью, когда вопрос касается проведения избирательного процесса в соответствии с демократическими принципами. Первый пункт 28-ой статьи Конституции Грузии признаёт избирательное право и утверждает, что «Каждый гражданин Грузии с 18-ти лет имеет право принять участие в референдуме и в выборах государственных органов и органов самоуправления. Обеспечивается свободное волеизъявление избирателей.» Конституционный суд Грузии рассмотрел такие важные вопросы, как вопрос равномерности «веса» голосов граждан в мажоритарных избирательных округах, злоупотребление избирательной географией, вопрос возможного существования так называемого «джерримендеринга» и присвоенный к компетенции высшего органа избирательной администрации Грузии – Центральной Избирательной Комиссии, вопрос существования прогнозируемых критериев при установлении географии мажоритарных избирательных округов. Конституционный суд Грузии в результате рассмотрения избирательных споров сформулировал целый ряд принципов и этим указал, что при решении избирательных споров будет руководствоваться этими принципами.

### **3. Избирательная география и принцип равновесности голосов – постановление Конституционного суда**

28 мая 2015 года Конституционный суд Грузии на основе иска граждан признал неконституционной спорную норму Избирательного Кодекса Грузии, которая исключала в мажоритарных избирательных округах обеспечение равномерного «веса» голосов избирателей.

Суд отметил, что справедливый, налаженный избирательный процесс – фундаментальный элемент демократического управления. Очевидно, что для существования демократического государства недостаточна только устроенная избирательная система, хотя выборы жизненно необходимы для его функционирования и являются значительным условием существования демократического государства. Справедливый характер избирательного процесса обеспе-

чивает не один фактор, в том числе избирательная система. Формирование избирательной системы – часть политического процесса, хотя понятно, что этот процесс не должен выходить за рамки ограничений, установленных Конституцией. «Очень большое значение имеет то, как проводятся выборы, в первую очередь, каково само избирательное законодательство, насколько оно содержит достаточных и нужных гарантий для того, чтобы в результате выборов страна, её граждане получили «народное управление». Этот результат достижим, если участие в выборах реально одинаково доступно для всех граждан» (постановление №1/1/493 Конституционного суда Грузии от 27 декабря 2010 года по делу: «Политические объединения граждан, «Новые правые» и «Консервативная партия Грузии» против парламента Грузии», II-8). 28-ая статья Конституции Грузии, утверждая избирательное право, устанавливает конституционно-правовые стандарты этого права и требует, чтобы были созданы нужные гарантии для реализации избирательного права. Избирательное право само по себе не требует формирования какой-либо конкретной избирательной модели. Конституция требует, чтобы существующая избирательная модель обеспечила свободное и равное отображение воли народа в процессе формирования государственной власти.<sup>12</sup>

В мажоритарных избирательных округах, в отдельных случаях, диспропорция была настолько высока, что в некоторых избирательных округах количество зарегистрированных избирателей было в 22 раза больше. Суд отметил, что «Избирательная география и определение избирательных округов оказывает значительное влияние на течение всего избирательного процесса и реализацию избирательного права. Равенство голосов и присвоение одинаковых возможностей избирателям должно быть ... главным принципом определения избирательной географии. ... В избирательных округах количество избирателей, по-возможности, (должно) быть равным для того, чтобы максимально был обеспечен одинаковый «вес» голосов.

Некоторая степень отклонения от равномерности голосов может быть оправдана значительными обстоятельствами при существовании соответствующих конституционно – правовых основ.<sup>13</sup>

В мажоритарных выборах практически невозможно обеспечить абсолютное равенство «веса» голоса избирателя, так как всегда будут существовать сравнительно более малые и большие избирательные округа, которые выберут равное количество депутатов. В то же время, избирательная система при которой голос избирателя, зарегистрированного в одном

<sup>12</sup> Там же, II-4.

<sup>13</sup> Там же, II-24.

округе, “ценится” в несколько раз больше, чем во втором, не создаёт одинаковых возможностей для того, чтобы избиратели равномерно влияли на результаты выборов и вызывает значительное отклонение от принципа равенства голосов избирателей.<sup>14</sup>

Суд отметил, что “при определении избирательных округов возможно будет учесть как административные границы, так и географические спецификации, так же другие общественно важные критерии. В некоторых случаях, исходя из специфики определённого региона, возможно появится необходимость допустить умеренную диспропорцию между избирательными округами. Хотя любое такое регулирование будет подчинено конституционно – правовой проверке в отношении как избирательного права, так и равноправия. Внесение элемента территориального представительства не должно вызывать явного и неоправданного неравенства избирательных голосов, влияние голосов избирателей, зарегистрированных в территориальной единице, не должно уменьшиться настолько, чтобы существенно ограничилось участие граждан в процессе формирования правительства. По пояснению Конституционного суда Грузии, Конституция Грузии требует, чтобы, исходя из идеи народного суверенитета, у каждого избирателя была равная возможность принять участие (оказать влияние) в процессе принятия решений правительством. Определённая степень отклонения от равенства голосов, возможно, будет оправдана важными обстоятельствами при существовании соответствующих конституционно – правовых основ, но не для обеспечения представительства любой территориальной единицы в любом случае”.<sup>15</sup>

По пояснению Конституционного суда, “вообще, в процессе администрирования выборов существуют риски, что какая-то политическая сила создаст удобную ему избирательную географию и границы избирательных округов установит так, чтобы это было выгодно для какого-то политического субъекта... Законодатель обязан создать превенцию манипулирования избирательными границами и, с другой стороны, обеспечить, чтобы у избирателей были одинаковые возможности влияния на конечный результат выборов”.<sup>16</sup>

Парламент Грузии и Центральная избирательная комиссия Грузии на основе указанного постановления суда внесли изменения в законодательство, регулирующие выборы, и по-новому сформировали мажоритарные избирательные округа. Хотя, новые нормы, регулирующие определение географии мажоритарных избирательных округов, снова стали предметом спора в Конституционном суде, о чём поговорим ниже. В отношении изменения границ мажоритарных изби-

рательных округов, Конституционный суд принял во внимание позицию ответчика, что необходимость изменения была обусловлена постановлением №1/3/547 Конституционного суда Грузии от 28 мая 2015 года. Как было отмечено, Конституционный суд признал неконституционными спорные нормы из-за нарушения принципа равноценности голосов, соответственно, имплементация стандартов, установленных Конституционным судом, сама по себе требовала изменения границ мажоритарных избирательных округов. Хотя, Конституционный суд в постановлении<sup>17</sup> от 20 июля 2016 года рассмотрел вопрос, насколько соответствовали конституционным стандартам по-новому установленные мажоритарные избирательные округа.

#### **4. Злоупотребление избирательной географией – вопрос возможного существования так называемого “джерримендеринга”.**

20 июля 2016 года Конституционный суд Грузии принял постановление по конституционному иску группы членов парламента Грузии (оппозиционной партии, входящей в парламент). Предметом спора являлись те нормы избирательного кодекса, которыми по-новому определялись мажоритарные избирательные округа. Конституционный суд не удовлетворил исковое требование на различных основаниях, на которые будет указано ниже.

Истцы указывали, что определённые органическим законом границы мажоритарных избирательных округов установлены таким образом, что происходит злоупотребление избирательной географией со стороны правительства, спорные нормы дают возможность путём так называемого “джерримендеринга” манипулировать результатами выборов, что не может обеспечить свободного волеизъявления граждан.

Конституционный суд отметил, что злоупотребление избирательной географией ... ставит под сомнение демократичность государства. Поэтому оставление избирательной географии без конституционного контроля создаст существенную опасность не одному благу, признанному Конституцией Грузии, соответственно, конкретное распределение границ мажоритарных избирательных округов в некоторых случаях может быть оценено в пределах конституционного контроля.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Постановление Конституционного суда Грузии № 3/3/763 от 20 июля 2016 года по делу “Группа членов парламента Грузии (Давид Бакрадзе, Серго Ратиани, Роланд Ахалая, Георгий Барамидзе и другие, всего 42 депутата) против парламента Грузии.”

<sup>18</sup> Постановление Конституционного суда Грузии № 3/3/763 от 20 июля 2016 года по делу “Группа членов парламента Грузии (Давид Бакрадзе, Серго Ратиани, Роланд Ахалая, Георгий Барамидзе и другие, всего 42 депутата) против парламента Грузии.” II-15.

<sup>14</sup> Там же, II-13.

<sup>15</sup> Там же, II-24.

<sup>16</sup> Там же, II-28.

Как известно, вопрос “джерримендеринга” не представляет собой предмет чисто правового суждения. Конституционный суд не мог оценить спор, опираясь на политическую целесообразность или другого вида субъективные критерии. Суд разъяснил, что для обоснования “джерримендеринга” от исковой стороны требуется представить убедительные доказательства, которые должны подчиняться правовой оценке, перепроверке. При постановке/оценке вопроса злоупотребления избирательной географией суд может учесть разные критерии, в том числе, дискриминационную цель изменения избирательной географии и потенциал, вызвавший такой результат. С целью установления указанного, Конституционный суд может принять во внимание такие обстоятельства, как надобность пересмотра границ мажоритарных избирательных округов, совместимость с основными принципами определения избирательной географии (равновесности голосов, пограничности, неприкосновенности административных границ, географической идентичности, существования инфраструктурной связи или другие принципы), твёрдо сформулированная статистика результатов выборов и другие.<sup>19</sup>

Конституционный суд рассмотрел также опасность нарушения принципа пограничности. Суд отметил, что “нарушение принципа пограничности в определённых случаях может и вправду указывать на злоупотребление правомочностью установления избирательной географии. В рассматриваемом случае принцип пограничности нарушен в отношении только одного мажоритарного округа, при этом необходимость отмеченного нарушения обоснованна, исходя из легитимной цели сохранения единства административных границ. В том случае, если такой исключительный случай был бы множественным (многократное нарушение принципа пограничности, в случае разных мажоритарных избирательных округов), то есть, если нарушение критерия пограничности было бы определено законодателем не как исключение, а как правило, тогда это породило бы сомнение в манипуляции и у объективного наблюдателя породило бы опасение относительно злоупотребления избирательной географией”.<sup>20</sup>

В конечном счёте, Конституционный суд единогласно не удовлетворил исковое требование и пояснил, что “аргументация, приведённая истцом, большей частью направлена на вопрос субъективных сомнений и политической целесообразности, поэтому не может считаться убедительным доказательством злоупотребления избирательной географией”.<sup>21</sup>

## 5. Вопрос существования прогнозируемых критериев установления географии мажоритарных избирательных округов – компетенция высшего органа избирательной администрации Грузии, Центральной избирательной комиссии.

По этому же делу Конституционный суд обсуждал также, предусматривает или нет спорная норма прогнозируемые критерии установления географии округов Центральной избирательной комиссией и исключается или нет Центральной избирательной комиссией опасность злоупотребления собственными полномочиями. Следует отметить, что в этой части голоса судей распределились равномерно и иск не был удовлетворён. Соответственно, в результате равномерного разделения голосов, считается, что спорная норма находится в соответствии с конституцией силой презумпции конституционности закона. Обоснование обеих позиций судей указано в постановлении.

В одной из отличающихся позиций, которая в этой части поддерживает признание спорной нормы неконституционной, сказано: “согласно первому пункту 5-ой статьи Конституции Грузии, “... государственная власть осуществляется в пределах, установленных Конституцией”, соответственно, соображение, что дискреционные полномочия дают ЦИК полную возможность по своему усмотрению устанавливать границы избирательных округов, лишено оснований, так как права человека и конституционные принципы представляют обстоятельство, определяющее именно цели и границы дискреционных полномочий. Непредусматривание этого создаёт опасность превышения или нецеленаправленного использования дискреционных полномочий. Дискреционные полномочия имеют в виду выбор именно из определённых законодателем нескольких возможностей наиболее приемлемого правового результата для урегулирования конкретного обстоятельства. Дискреционные полномочия – это свобода, связанная правом. Использование дискреционных полномочий всегда подразумевает обоснование результата решения, посредством которого выясняется, было ли принято безошибочное решение или нет. Соответственно, правовой результат, принятый в результате осуществления дискреционных полномочий, должен опираться на конкретные правовые обоснования”.<sup>22</sup>

В этой же отличающейся позиции отмечается: “Как видим, органическим законом не прописана нормативная информация в отношении того, с какой целью и с какой периодичностью могут уточняться границы избирательных округов и какими сроками в этом

<sup>19</sup> Там же, II – 17-18.

<sup>20</sup> Там же, II – 35.

<sup>21</sup> Там же, II – 38.

<sup>22</sup> Постановление Конституционного суда Грузии № 3/3/763 от 20 июля 2016 года, обоснование позиции судей – Георгия Папуашвили, Константина Вардзелашвили, Кетеван Эремадзе, Майи Копалейшвили, II – 59.

отношении ограничена ЦИК. То есть, существует ли риск того, что ЦИК, по причине уточнения границ избирательного округа, совершит нездоровую манипуляцию. С учётом отмеченного, возникает вопрос – на основании чего может исключить объективный наблюдатель, что перед каждыми последующими выборами, за 4-5 месяцев до них, избирательные округа не изменятся/уточнятся, исходя из политической целесообразности, или как он должен убедиться в необходимости существенных изменений. Для того чтобы исключить всякие легитимные сомнения, применяет или нет ЦИК свои полномочия для манипуляций, необходимо, чтобы законодатель чётко определил, какими конкретными критериями должна руководствоваться ЦИК при установлении избирательной географии. Законодательство не должно давать возможность избирательной администрации в такой короткий интервал, оставшийся до выборов, устанавливать/изменять границы, кроме исключительных случаев, когда изменение границ обязательно для искоренения технических пробелов или/и неизбежно для обеспечения волеизъявления граждан. При этом нужно учесть, что определение органическим законом лишь равномерности голосов и пограничности не даёт возможность исключить риски манипуляций, когда установление/изменение границ избирательных округов осуществляется в короткий период, оставшийся до выборов ... С учётом отмеченного, то нормативное содержание 5-го пункта 110-ой статьи, которое даёт ЦИК возможность непрогнозируемыми критериями создавать/изменять в муниципалитетах географию/границы мажоритарных избирательных округов, создаёт опасность неконституционного применения дискреционных полномочий, присвоенных ЦИК, и является неконституционным. При этом ещё раз укажем, что не ставится под сомнение презумпция конституционности избирательных округов, созданных ЦИК. Также, конечно, существует презумпция, что ЦИК не злоупотребит обширными дискреционными полномочиями, присвоенными ей органическим законом, но в органическом законе неотчётливое указание тех критериев, которые значительны для ЦИК при формировании округов, создаёт опасность неконституционности действия. В то же время, учитывая, что отображение указанного вопроса в органическом законе требует проведения законодательных изменений, считаем обязательным разумно предусмотреть достаточное время для исполнения решения. Таким объективно достаточным сроком считаем период до 31 января 2017 года<sup>23</sup>.

В одной из отличающихся позиций, которая в этой части поддерживала признание спорной нормы кон-

ституционной, отмечается: “Ограничение пределов дискреционных полномочий Центральной избирательной комиссии Грузии установлением различных критериев парламентом Грузии, не сможет обусловить конституционность или неконституционность акта, принятого Центральной избирательной комиссией или/и быть релевантным аргументом утверждения отмеченного. Нормативный акт, принятый любым государственным органом, подчиняется контролю на конституционность со стороны Конституционных судов, вне зависимости от того, соответствует он закону или нет. ... Как было уже отмечено, спорной нормой установлена обязанность ЦИК – защищать принципы равноправия голосов, не создавать избирательный округ в непограничных местных избирательных округах и соблюдать международные стандарты. Истец не указывает, что соблюдение какого-либо из этих требований, само по себе вызовет нарушение конституции Центральной избирательной комиссией. В то же время, для Конституционного суда очевидно, что при соблюдении этих трёх требований существует возможность определения избирательной географии в конституционных рамках Центральной избирательной комиссией, соответственно, закон не обуславливает обязательства противоконституционного поведения ЦИК. Исходя из отмеченного, в тех условиях, когда с точки зрения соответствия с конституцией делегирование полномочий ЦИК на основе спорной нормы не ставится под сомнение, спорные нормы не нарушают конституцию. Однако если источником нарушения конституции станет какое-либо решение ЦИК, которое осуществится за пределами установленных законом обязанностей или с нарушением полномочий, тогда оценка указанного вопроса должна произойти в пределах спора о конституционности акта ЦИК<sup>24</sup>”.

## 6. Заключение.

Как нам указывает прецедентное право Конституционного суда Грузии, при выяснении вопроса конституционности норм, регулирующих выборы, суд будет руководствоваться как международно признанными, так и им установленными стандартами. Грузинский Конституционный суд и впредь продолжит принимать такие постановления, которые будут способствовать утверждению демократии, стабильности институтов демократии и формированию консолидированной демократии.

<sup>23</sup> Постановление Конституционного суда Грузии № 3/3/763 от 20 июля 2016 года, обоснование позиции судей – Георгия Папуашвили, Константина Вардзелашвили, Кетеван Эремадзе, Майи Копалейшвили, II – 69-72.

<sup>24</sup> Постановление Конституционного суда Грузии № 3/3/763 от 20 июля 2016 года, обоснование позиции судей – Зазы Тавадзе, Отара Сичинава, Лали Папиашвили, Тамаза Цабуташвили, II – 86.



## Практика Верховного суда Грузии в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, начиная с 2003 года

### Вступление

*Настоящая статья посвящена обзору судебного вмешательства в вопросы признания и приведения в исполнение решений иностранного арбитража. В статье также анализируется то, какому стандарту судебного вмешательства отдает предпочтение Верховный суд Грузии на основании своей сложившейся практики. Кроме того, в статье рассматривается использованное при принятии решений законодательство, а также целесообразность и правильность его использования на примере важных определений, вынесенных судом, начиная с 2013 года. Статья состоит из вступления, трех глав и заключения. В первой главе рассмотрены стандарты границ судебного вмешательства в арбитражные решения. Вторая глава посвящена краткому обзору грузинского арбитражного законодательства, а в третьей главе анализируется практика Верховного суда.*

### I. Стандарты судебного вмешательства в арбитражные решения

Международный арбитраж давно используется в качестве альтернативного средства решения судебных споров, и его роль и значение в решении таких споров постепенно возрастают. „Можно без преувеличения сказать, что на сегодняшний день общепризнанно преимущество альтернативных арбитражных решений судебных споров и разногласий, возникающих из международных частных отношений (и не только из этих отношений), по сравнению с решениями национальных судов. Это в первую очередь касается сферы международных экономических отношений, когда одна сторона не доверяет судопроизводству другой“.<sup>2</sup> Участники частноправовых отношений неизменно признают, что вмешательство государства в их взаимоотношения, каким бы дружественным оно ни было, не принесет таких результатов в плане решения их спора, как обращение

сторон к альтернативному средству урегулирования споров.

Можно назвать множество преимуществ разбирательства споров в арбитраже по сравнению с их разбирательством в суде, в частности это: возможность для сторон привести процедуру решения спора в максимальное соответствие со своими потребностями и интересами; возможность для сторон свободно выбирать арбитров с учетом их опыта и особенностей предмета спора; гибкость, эффективность и оперативность процесса; невозможность обжалования арбитражных решений и др.<sup>3</sup> Последнее обусловлено принципом окончательности арбитражных решений, который является основной и универсальной ценностью арбитража как института, что делает этот способ решения споров еще более привлекательным и удобным.<sup>4</sup>

Однако в ряде случаев принцип окончательности соблюдается не до конца, и возникает риск отмены арбитражного решения или отказа от его признания и приведения в исполнение. Этот риск может возникнуть тогда, когда признание или исполнение арбитражного решения может грозить нарушением общественного порядка в стране, а недопущение такого нарушения, в свою очередь, служит защите законных интересов государства и укреплению правопорядка.<sup>5</sup> Соответственно, при решении международных споров, на чашах весов, зачастую, оказываются два наиважнейших принципа, и несоблюдение любого из них может привести к нарушению фундаментальных интересов частного лица или государства.

Исходя из этого, проблематичным и актуальным остается вопрос о том, какому из них следует отдать предпочтение в той или иной ситуации, чтобы сохранить максимальное равновесие между этими двумя фундаментальными принципами и, не нарушая интересы стороны спора и интересы государства, призванного признать арбитражное решение и привести его в исполнение, в то же время не оказать негативное влияние на надежность и эффективность института арбитража. С учетом комплексности и сложности вопроса, представляется логичным, что системы законодательства разных стран и даже суды, находящиеся под одной юрисдикцией, используют разные

<sup>1</sup> Адвокат, специализируется на административных и гражданских делах.

<sup>2</sup> Лилуашвили Т., „Международное частное право“, Тбилиси, 2012 г., стр.167 (на груз. яз.).

<sup>3</sup> Церцвадзе Г., „Международный арбитраж“, Тбилиси, 2012 г., стр. 23 (на груз. яз.).

<sup>4</sup> Auf'mkolk, Hendrick, US Punitive Damages Award before German Courts – Time for a New Approach in: Freilaw 2010, Vol. 3, Issue 6, p. 4.

<sup>5</sup> В признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано по просьбе той стороны, против которой оно направлено, только если эта сторона представит компетентной власти по месту, где испрашивается признание и приведение в исполнение, доказательства того, что признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку этой страны: New York Convention 1958, Article V(2)(b); UNCITRAL Model Law 2006, Article 36(1).

подходы при решении данного вопроса, что приводит к разнообразию и неоднородности судебной практики.<sup>6</sup> Судебный пересмотр арбитражных решений предусматривает следующие стандарты вмешательства: а) минимальный стандарт; б) максимальный стандарт; в) контекстуальный (смысловой) стандарт.<sup>7</sup> Суды, которые руководствуются минимальным стандартом вмешательства, изучают и анализируют факты, которые повлияли на принятие арбитражного решения.<sup>8</sup>

Использование максимального стандарта вмешательства в арбитражное решение можно определить как доскональное исследование всех доказательств и фактических обстоятельств, изученных арбитражным трибуналом, а также проверку правильности использования законов.<sup>9</sup> Главным основанием использования судами этого подхода является защита основных национальных ценностей и интересов, которые отражаются в соблюдении общественного порядка. Первый основной подход с использованием максимального стандарта вмешательства в арбитражное решение состоит в повторном изучении доказательств. Суд вправе заново оценить фактические обстоятельства и проверить не только правильность применения законов, но и верность их толкования.<sup>10</sup> Второе, суд может счесть, что доказательство, которое было доступно в ходе арбитражного производства, не было представлено стороной спора в арбитражный трибунал.<sup>11</sup> Третье, суд имеет „полное право“ на пересмотр всех фактических обстоятельств, связанных со всеми заявлениями даже в том случае, если они были опровергнуты арбитражным трибуналом.<sup>12</sup>

Для соблюдения баланса значимости общественного порядка – для поддержания международного арбитражного решения, с одной стороны, и искоренения коррупции в международной торговле, с другой, суды должны руководствоваться контекстуальным стандартом при принятии решения о признании и приведении в исполнение арбитражного решения. Контекстуальный пересмотр – это двухэтапный метод проверки решения.<sup>13</sup> На первом этапе следует проанализировать определенные факторы, чтобы понять,

есть ли необходимость в применении второго этапа (на этом этапе окончательно устанавливается законность или незаконность принятого решения). В этой связи Судья Сайед приводит следующие факторы:

- 1) доказательство законности или незаконности решения;
- 2) то, каким образом арбитр пришел к незаконному решению;
- 3) степень компетентности арбитров;
- 4) чем руководствовались арбитры: было ли решение принято из осмотрительности, в результате мошенничества и введения суда в заблуждение или на основании юридически необоснованной веры.<sup>14</sup>

## II. Краткий обзор арбитражного законодательства Грузии

Рост популярности арбитража вызвал необходимость его регламентации не только на международном, но и на внутригосударственном уровне. Именно внутреннее законодательство обуславливает значение и эффективность арбитража. В Грузии система арбитража советского типа прекратила свое существование в 1997 году вместе с закрытием Тбилисского арбитражного суда после того, как 17 апреля того же года вступил в силу Закон Грузии „О частном арбитраже“. Этот закон представлял собой новшество в сфере материального права страны, а также предоставлял новые возможности для решения гражданских споров с использованием альтернативных методов, чем ограничивал права и обязанности суда, который до того момента был единственным органом, рассматривавшим гражданские споры. В то же время, закон включал в себя множество расплывчатых и неоднозначных положений и регулировал лишь вопросы внутреннего арбитража, поэтому, было проблематично использовать его в отношении международных арбитражных институтов. Развитие этого института проходило не всегда гладко – наиболее тяжелым периодом для закона был период, когда его использовали при решении споров, связанных с налогообложением. В результате, этой скандальной практике был положен конец, так как она ассоциировалась с коррупцией и отраслевой предвзятостью. Несмотря на то, что, урегулирование гражданских споров по правилам арбитража стало довольно популярным, этот процесс носил крайне несовершенный и непрофессиональный характер, как всем хорошо известно, и развился только на внутригосударственном уровне, то есть, не сформировался в качестве независимого института решения споров, к примеру, на региональном уровне. Исходя из этого, возникла необходимость в надлежащем регулировании этой сферы, поэтому, с 1

<sup>6</sup> William W. Park, *Why Courts Review Arbitral Awards*, 2001, p. 595.

<sup>7</sup> Sayed, Abdulhay, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Hague, p. 391-421.

<sup>8</sup> Harbst Ragnar, *Korruption und Andere Ordre Public-Verstöße als Einwände im Schiedsverfahren – Inwieweit Sind Staatliche Gerichte an Sachverhaltsfeststellungen des Schiedsgerichts Gebunden*, *Zeitschrift für Schiedsverfahren* 2007, Vol. 17, Issue 1, p. 26.

<sup>9</sup> Sayed, Abdulhay, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Hague, p. 24.

<sup>10</sup> Там же, стр. 407-408.

<sup>11</sup> Enochong Nelson, *The Enforcement of Foreign Arbitral Awards based on Illegal Contracts*, in: *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 2000, Vol.20, Issue 4, p. 514.

<sup>12</sup> Sayed, Abdulhay, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Hague, p. 408-409.

<sup>13</sup> Leong, Chong Yee, *Commentary on AJT v AJU*, *Singapore International Arbitration Centre*, p. 4.

<sup>14</sup> Sayed, Abdulhay, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Hague, p. 15.

января 2010 г. в действие вступил новый закон об арбитраже. К примеру, признание, приведение в исполнение и обжалование арбитражного решения теперь возможно только при посредничестве Апелляционного суда (в случае международных арбитражных решений – Верховного суда) и в случае удовлетворения конкретных, предусмотренных законом требований.<sup>15</sup>

### III. Обзор практики Верховного суда Грузии в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений

Практика Верховного суда Грузии в вопросах признания и исполнения иностранных арбитражных решений начинается с 2003 года. Свое первое решение по этому вопросу Верховный суд вынес 4 июля 2004 г.<sup>16</sup> Решение по этому делу было принято Арбитражным судом при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. Палата по гражданским делам, делам о предпринимательстве и банкротстве Верховного суда Грузии руководствовалась статьями 62-63 закона Грузии „О международном частном праве“, которые касаются посредничества в ходатайстве о правовой помощи и удовлетворении такого ходатайства, а также пунктом „б“ статьи 51 „Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам“ (Минская конвенция), которая касается признания и исполнения решений. Согласно этой статье, каждая из договаривающихся сторон, на условиях, предусмотренных конвенцией, признает и исполняет следующие решения, вынесенные на территории других договаривающихся сторон: а) решения учреждений юстиции по гражданским и семейным делам, включая утвержденные судом мировые соглашения по таким делам и нотариальные акты в отношении денежных обязательств (далее – решений); б) решения судов по уголовным делам о возмещении ущерба. Из этого примера видно, что суд ошибочно сослался на пункт „б“ данной статьи, так как рассматриваемое им дело касалось гражданско-арбитражного спора. В постановлении суда также указано, что ходатайство должно быть удовлетворено также с учетом статьи 69 закона Грузии „О международном частном праве“, которая касается решений по делам о браке. При этом, из материалов дела очевидно, что оно касается спора между двумя юридическими лицами, а это значит, что указание на эту статью также было ошибочным, вероятно, явившись результатом технической ошибки. Суду следовало указать на статью 68 того же закона, которая

посвящена вопросу признания и исполнения решений иностранного суда на территории Грузии.

Следует отметить, что Грузия присоединилась к „Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений“ (Нью-Йоркская конвенция, 1958 г.) в 1994 году. При принятии решения о признании и исполнении иностранных арбитражных решений, государства-участники этой конвенции обязаны руководствоваться ее положениями. Однако Верховный суд Грузии впервые упомянул Нью-Йоркскую конвенцию только в своем решении от 16 сентября 2005 года.<sup>17</sup> В мотивационной части решения говорится, что первая часть статьи 5 Нью-Йоркской конвенции содержит перечень оснований для непризнания и неисполнения арбитражного решения. Что касается представленного ходатайства, его следует удовлетворить, так как не существует ни одного из перечисленных в данной статье оснований для непризнания и неисполнения арбитражного решения. При этом в резолютивной части решения суд руководствовался только статьей 68 закона Грузии „О международном частном праве“, которая, как сказано выше, касается признания и исполнения решений иностранного суда. А ведь преимущество стоило отдать Нью-Йоркской конвенции, так как она является международным актом, в то время как закон „О международном частном праве“ является внутренним законом Грузии. Согласно статье 7 закона Грузии „О нормативных актах“, которая регулирует взаимосвязь нормативных актов, в иерархии законодательных актов Грузии международные акты имеют преимущество над законами Грузии.

Примечателен тот факт, что ни в одном из своих последующих постановлений по иностранным арбитражным решениям, вплоть до 15 мая 2009 года,<sup>18</sup> Палата по гражданским делам, делам о предпринимательстве и банкротстве Верховного суда Грузии не ссылалась на Нью-Йоркскую конвенцию. В решениях, принятых до указанной выше даты, Палата руководствовалась только законом „О международном частном праве“ и Минской конвенцией 1993 года, что является серьезным недостатком. Суду следовало использовать Нью-Йоркскую конвенцию с учетом того, что этот международный документ регулирует вопросы признания и исполнения иностранных арбитражных решений. Следовательно, использование Минской конвенции при рассмотрении вопроса о признании и исполнении иностранного решения было ошибочным. Фабула вышеуказанного дела такова: решением от 24 мая 2007 года, Арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Фе-

<sup>15</sup> Пицхелаури Н., диссертация „Вопросы гармонизации арбитражного законодательства Грузии с европейским и международным законодательством“, 2015 г., стр. 47-51.

<sup>16</sup> Верховный суд Грузии, №3-102, 4 июля 2003 г., сборник „Гражданские дела“ №8, 2003 г., стр. 213.

<sup>17</sup> Верховный суд Грузии, №-2156-з-63-05, 16 сентября 2005 г., сборник „Гражданский кодекс“ №6, 2005 г., стр. 74.

<sup>18</sup> Верховный суд Грузии, №-471-з-21-09, 15 мая 2009 г., сборник „Решения иностранных судов“ №8, 2009 г., стр. 74.

дерации обязал мэрию г. Батуми выплатить в пользу ООО Производственно-коммерческая фирмы „Мегалюкс“ 61020 долларов США, а также 7592 долларов США в качестве возмещения расходов истца на арбитражный сбор. Представитель мэрии считает, что ходатайство ООО Производственно-коммерческой фирмы „Мегалюкс“ не может быть удовлетворено в соответствии с подпунктами „б“ и „г“ пункта 2 статьи 68 закона Грузии „О международном частном праве“, а также подпунктом „а“ пункта 2 статьи 5 „Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений“. Согласно подпункту „б“ пункта 2 статьи 68 закона Грузии „О международном частном праве“, решение не признается, если, в соответствии с законодательством страны, вынесшей решение, сторона не была уведомлена путем вручения повестки о вызове в суд, либо были допущены иные процессуальные нарушения. Согласно подпункту „г“ того же пункта, решение не признается, если суд иностранного государства, вынесший решение, не считается компетентным в соответствии с законодательством Грузии. Решение Верховного суда по этому делу примечательно тем, что в нем впервые обозначены границы судебного вмешательства при рассмотрении вопроса о признании и исполнении иностранного арбитражного решения. В частности, в нем говорится, что „Верховный суд Грузии не уполномочен проверять законность и обоснованность решений иностранного суда (арбитража)“. Палата Верховного суда также указывает на то, что в соответствии со статьей 3 Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, „каждое договаривающееся государство признает арбитражные решения как обязательные и приводит их в исполнение в соответствии с процессуальными нормами той территории, где испрашивается признание и приведение в исполнение этих решений“. Согласно подпункту „б“ пункта 1 статьи 5 той же конвенции, в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано, если „сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения“. Из обоснования решения Палаты Верховного суда следует, что Верховный суд Грузии не осуществляет проверку возможных ошибок, допущенных в ходе арбитражного судопроизводства. По всей видимости, Палата опирается только на существующие фактические обстоятельства (материальные доказательства) и не изучает те обстоятельства, которые, возможно, обусловили ошибочное арбитражное решение. Из практики Верховного суда Грузии следует, что Палата Верховного суда руководствуется минимальным стандартом вмешательства

при рассмотрении вопроса о признании и исполнении иностранных арбитражных решений.

Также заслуживает внимания решение от 6 апреля 2009 г.<sup>19</sup> – первое решение Кассационной палаты об отказе в удовлетворении ходатайства в подобных делах. Кассационная палата не признала решение Международного коммерческого арбитражного суда Торгово-промышленной палаты Украины, так как указанное в ходатайстве решение противоречит основным правовым принципам Грузии. В частности, ходатайство содержало требование об исполнении решения в отношении директора юридического лица, а не в отношении самого юридического лица. Согласно статье 24 Гражданского кодекса Грузии, „юридическое лицо – это созданное для достижения определенной цели, имеющее собственное имущество организационное образование, которое самостоятельно отвечает своим имуществом и от своего имени приобретает права и обязанности, заключает сделки и может выступать истцом и ответчиком в суде“. В соответствии с этой нормой, юридическое лицо участвует в правовых отношениях от своего имени и самостоятельно отвечает за обязательства, возникающие из этих отношений, перед своими кредиторами, так что, частные лица, представляющие юридическое лицо, не несут личной ответственности перед этими кредиторами. В резолютивной части отмечается, что Кассационный суд руководствовался статьей 64 закона Грузии „О международном частном праве“, согласно которой, правовая помощь не оказывается, если удовлетворение ходатайства противоречит основным правовым принципам Грузии. Однако здесь следует выяснить, почему Палата рассматривает решение вопроса о признании и исполнении иностранного арбитражного решения в качестве правовой помощи. Вопрос признания и исполнения не должен рассматриваться как правовая помощь, так как он не является фактором, способствующим принятию какого-либо решения. В этом случае Кассационной палате следовало сослаться на подпункт „ж“ пункта 2 статьи 68 закона Грузии „О международном частном праве“, согласно которому, решение не признается, если оно противоречит основным правовым принципам Грузии.

В этой связи также следует рассмотреть решение Палаты по гражданским делам Верховного суда Грузии от 31 января 2011 г.,<sup>20</sup> в котором впервые упомянут закон Грузии „Об арбитраже“, вступивший в силу 1 января 2010 г. При принятии всех предыдущих решений Кассационный суд руководствовался только законом Грузии „О международном частном праве“ и Минской конвенцией, что довольно странно, учиты-

<sup>19</sup> Верховный суд Грузии, №-309-Յ-17-09, 6 апреля 2009 г., сборник „Решения иностранных судов“ №8, 2009 г., стр. 91

<sup>20</sup> Верховный суд Грузии, №-2652-Յ-72-2010, 31 января 2011 г., сборник „Решения иностранных судов“ №3, 2012 г., стр. 85.

вая существование специального закона Грузии „Об арбитраже“, который непосредственно регулирует вопросы признания и исполнения иностранных арбитражных решений, а также то, что Грузия является участником Нью-Йоркской конвенции с 1994 года. Этот факт, безусловно, свидетельствует о наличии в судебной практике серьезных недостатков. В мотивационной части своего решения Палата также ссылается на Нью-Йоркскую конвенцию, однако в резолютивной части указано, что Палата руководствовалась статьей 86 закона Грузии „О международном частном праве“. Тот факт, что в мотивационной части решения содержится обоснованная ссылка на Нью-Йоркскую конвенцию и закон Грузии „Об арбитраже“, а в резолютивной части суд неверно руководствуется только Законом Грузии „О международном частном праве“, свидетельствует о несовершенстве практики признания и исполнения иностранных арбитражных решений в Грузии. Только в двух из своих решений подобного типа, решении<sup>21</sup> от 24 февраля 2012 г. и решении<sup>22</sup> от 14 февраля 2012 г., Верховный суд сослался на статью 73<sup>1</sup> Закона Грузии „О международном частном праве“, согласно которой, признание и исполнение арбитражных решений, выносимых за пределами Грузии, осуществляется согласно порядку, установленному Законом Грузии „Об арбитраже“. Хотя Закон „Об арбитраже“ вступил в действие 1 января 2010 г., то есть, до принятия двух вышеуказанных решений, и оставался в силе при принятии последующих решений, Кассационная палата руководствовалась только Законом Грузии „О международном частном праве“ и Минской конвенцией, что свидетельствует об отсутствии опыта и профессионализма в этой сфере. Вышеупомянутое решение от 24 февраля 2012 г. также примечательно тем, что в нем Кассационный суд конкретизирует границы вмешательства в арбитражное решение и отмечает, что „Верховный суд Грузии не может судить о существовании дела“, что еще раз подтверждает, что при рассмотрении вопроса признания и исполнения иностранных арбитражных решений, Верховный суд Грузии руководствуется минимальным стандартом вмешательства. Использование этого стандарта приветствуется международным арбитражем в плане соблюдения принципа окончательности арбитражного решения. Однако, несмотря на все преимущества соблюдения принципа окончательности арбитражного решения, минимальный стандарт вмешательства, без сомнения, нарушает другие фундаментальные принципы общественного порядка, например, этим принципам противоречат договоры, заключенные в результате коррупционных сделок.

#### IV. Заключение

Обзор и анализ практики Верховного суда Грузии о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений показал, что кассационный суд руководствуется минимальным стандартом вмешательства, то есть изучает и исследует только факты, под влиянием которых было принято арбитражное решение, что менее эффективно, хотя бы с точки зрения снижения количества существующих в международном арбитраже противоречий, связанных с коррупцией.

Проблематичным остается то, что, несмотря на присоединение Грузии к Нью-Йоркской конвенции в 1994 году, Кассационная палата использует только закон Грузии „О международном частном праве“ и Минскую конвенцию. Ссылки на Нью-Йоркскую конвенцию, которая непосредственно регулирует вопросы признания и исполнения решений международного арбитража, содержатся только в единичных решениях. Еще одна проблема связана с тем, что закон Грузии „Об арбитраже“ вступил в силу 1 января 2010 г., однако в решениях, принятых после этой даты, кассационная палата ссылалась на этот закон лишь дважды, а в остальных решениях содержались ссылки на закон Грузии „О международном частном праве“ и Минскую конвенцию.

Изучение практики Верховного суда Грузии в этой области выявило неоднородность этой практики. Несмотря на то, что грузинское арбитражное законодательство совершенствуется и стремится разделить подходы международного арбитражного права, существующие на международном и национальном уровне, фактом остается существование многочисленных проблем на этапе признания и исполнения иностранных арбитражных решений.

Роль и значение арбитража, как альтернативного механизма решения споров в современных торгово-экономических отношениях, без сомнения растет, поэтому, должна существовать однородная и надежная практика, чтобы в случае возникновения необходимости в признании и исполнении иностранных арбитражных решений, у стороны была бы гарантия того, что вопрос признания и исполнения будет рассмотрен в соответствии с правилами и стандартами международного арбитража.

<sup>21</sup> Верховный суд Грузии, №3-56-Յ-5-2012, 24 февраля 2012 г., сборник „Решения иностранных судов“ №3, 2012 г., стр. 89.

<sup>22</sup> Верховный суд Грузии, №5-562-Յ-13-2012, 14 февраля 2012 г., сборник „Решения иностранных судов“ №3, 2012 г., стр. 108.

## Основания и объем возмещения вреда понесенного в случае смерти кормильца (Обзор судебной практики Грузии)

### I. Вступление

*Настоящий труд посвящен обзору судебной практики рассмотрения дел о возмещении вреда в случае смерти пострадавшего в соответствии со статьей 1006 Гражданского кодекса Грузии (здесь и далее ГКГ). Обзор охватывает соответствующие дела, рассмотренные судами Грузии в период с 2001 года по сегодняшний день. Так как в целом этот вопрос относится к сфере внедоговорного обязательственного права, будет целесообразным выделить взаимосвязь между генеральным деликтом, отраженным в статье 992 ГКГ, и деликтным обязательством, возникающим в результате смерти пострадавшего, предусмотренным в статье 1006 ГКГ.*

*Также, с точки зрения телеологической редукции статьи 1006 ГКГ, заслуживает внимания установление юридических последствий нарушения деликтового обязательства, возникающего вследствие смерти кормильца, так как она определяет границы конкретных требований. Соответственно, необходимо изучить общие тенденции судебной практики Грузии, которая считает нематериальную компенсацию после смерти недопустимой. Однако в 2015 году в судебной практике Грузии наметился противоположный подход в виде компенсации нематериального вреда, причиненного смертью близкого родственника. Поэтому, с одной стороны, интерес представляет обзор имеющихся прецедентное значение решений суда об основаниях для возмещения причиненного смертью вреда, а с другой стороны, анализ решения, принятого Верховным судом Грузии в 2015 году на основании позиции, отличающейся от общепринятой судебной практики.*

### II. Общие основания деликтных обязательств

Деликтные обязательства возникают в результате нарушения абсолютных (имущественных и неимущественных) прав. Поэтому, деликтное обязательство

носит внедоговорный характер.<sup>2</sup> Обязательства, возникающие вследствие причинения вреда, являются охранительными обязательствами,<sup>3</sup> которые гарантированы запретительными нормами о непричинении вреда имуществу правообладателя (имущественный вред).<sup>4</sup> Эти обязательства возникают на основании закона, следовательно, в случае нарушения абсолютного права, деликтные обязательства рассматриваются в качестве законных обязательств.<sup>5</sup> Санкция является реакцией на нарушение абсолютных обязательств в недоговорных отношениях. Она направлена на восстановление нарушенных отношений и осуществление стимулирующей функции ответственности.<sup>6</sup>

Поэтому, вместо общих положений о деликте здесь использована клаузула, которая превращает нарушение абсолютных прав в основание для возмещения деликтно-правового вреда, причиненного вследствие нарушения абсолютных прав.<sup>7</sup> В целом, для привлечения лица к ответственности за причинение вреда, предусмотренного статьей 992 ГКГ, необходима совокупность вреда, незаконности действия, причинно-следственной связи и вины.<sup>8</sup> Единство данных условий создает юридический состав в виде „генерального деликта“.<sup>9</sup>

### III. Структура статьи 1006 ГКГ

Деликтным обязательствам, возникающим вследствие смерти кормильца, ввиду присущих им особенностей, посвящена отдельная статья ГКГ – статья 1006. Эта статья состоит из двух пунктов. Согласно пункту 1, в случае смерти пострадавшего, причинитель вреда должен путем назначения содержания

<sup>2</sup> См. Чиквашвили Ш., „Деликтные обязательства в гражданском праве“, юбилейный сборник, посвященный 80-летию ТГУ: „Актуальные проблемы государства и права“, Тбилиси, 2003, 181-183 (на груз. яз.).

<sup>3</sup> См. Марнушевская Ж. В., Деликтная ответственность и деликтные обязательства, в кн: „Управление в социальных и экономических системах“, XVII Международная научно-практическая конференция „Управление в социальных и экономических системах“, Секция 3-1. Актуальные проблемы в сфере международного, конституционного и гражданского права, Минск, 2008, 336.

<sup>4</sup> Рузанова Е. В., Понятие обязательства вследствие причинения вреда, Вестник СамГУ, №5.2 (45), 2006, 112.

<sup>5</sup> См. J. Jousen, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Stuttgart, W. Kohlhammer GmbH Stuttgart, 2008, 17, 50; также см. E. Schmidt, Das Schuldverhältnis, Eine systematische Darstellung des Allgemeinen Schuldrechts, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2004, 23-24.

<sup>6</sup> См. Зоидзе Б., „Имущественная ответственность за нарушение обязательств“, Тбилиси, 1989, 38-39 (на груз. яз.).

<sup>7</sup> Коинг Г., „История понятия „право“,“ предисловие проф. Т. Нинидзе, журнал „Самартлис журнаლი“, №1, 2011, 242-243.

<sup>8</sup> См. Яичков Н., „Система обязательств из причинения вреда“ (перевод на груз. Г. Долидзе), Тбилиси, 1947, 7; См. R. Schmidt, Schuldrecht Besonderer Teil II – Gesetzliche Schuldverhältnis, 4. Auflage, Grasberg bei Bremen, 2006, 203.

<sup>9</sup> См. Чиквашвили Ш., „Деликтные обязательства в гражданском праве“, юбилейный сборник, посвященный 80-летию ТГУ: „Актуальные проблемы государства и права“, Тбилиси., 2003, 184 (на груз. яз.).

<sup>1</sup> Доктор права, приглашенный лектор ТГУ, ассоциированный профессор Европейского учебного университета и Грузинского университета им. Д. Агмашенебели, адвокат.

возместить вред лицам, содержание которых возлагалось на пострадавшего. Эта обязанность в силе до тех пор, пока пострадавший был бы обязан предоставлять содержание. Пункт 2 статьи гласит, что взамен содержания пострадавший может потребовать разовое возмещение, если для этого имеются важные основания.

Анализ общепринятой в Грузии судебной практики позволяет сделать вывод о том, что для применения первой части статьи 1006 ГКГ необходимо совокупное существование следующих условий: а) лишение пострадавшего жизни (смерть); б) противоправное виновное деяние со стороны правонарушителя; в) причинно-следственная связь между вредом и действием правонарушителя; г) наличие лица, содержание которого налагалось на пострадавшего; д) определение того, остается ли в силе обязанность по выплате содержания.<sup>10</sup>

### 1. Нарушение права пострадавшего на жизнь как абсолютного права

Жизнь – это высшее юридическое благо.<sup>11</sup> Право на жизнь является абсолютным правом, так как не только конкретное лицо, но и все третьи лица обязаны воздерживаться от нарушения этого права.<sup>12</sup> Вследствие нарушения этого права возникает деликтное обязательство, предусмотренное статьей 1006 ГКГ.<sup>13</sup>

В этом свете особое значение приобретает статья 992, так как требования, возникающие из статьи 1006, предполагают наличие условий, предусмотренных в этой статье.<sup>14</sup> Фактически, умышленное убийство или лишение жизни по неосторожности<sup>15</sup> могут быть уголовно наказуемыми. Если выяснится, что вред содержит признаки состава преступления, тогда возможно совокупное применение санкций, что означает привлечение правонарушителя как к гражданско-правовой, так и к уголовной ответственности.

Дело в том, что жизнь физического лица начинается с момента рождения (1 предложение п. 1 статьи 11 ГКГ). Следовательно, на основании п. 2 статьи 11 можно заключить, что жизнь и здоровье эмбриона, находящегося в утробе матери,<sup>16</sup> также следует рассматривать в качестве охраняемого блага, которому может быть нанесен вред, например, в случае инфицирования вирусом СПИДа.<sup>17</sup>

Что касается смерти, согласно п. 3 статьи 11 ГКГ, моментом смерти считается прекращение функционирования мозга, а смерть пострадавшего является основанием для прекращения его правоспособности как физического лица.

### 2. Противоправное виновное деяние

В связи с одним из рассмотренных дел<sup>18</sup> Верховный суд Грузии подчеркнул, что обязательным условием применения статьи 1006 ГКГ является противоправный и виновный характер деяния. Противоправность деяния оценивается в соответствии с общим порядком его определения (статья 922 ГКГ). Деяние является противоправным тогда, когда лицо, с одной стороны, нарушает права другого лица, не имея на то никаких полномочий, а с другой – нормы права.<sup>19</sup> Под деянием, в юридическом понимании, подразумевается и бездействие. Соответственно, обязательство может возникнуть как из действия, так и из бездействия.<sup>20</sup>

Что касается вины, общие основы деликтного обязательства распространяются на статью 1006 ГКГ и в связи с виной. Согласно действующей теории, важным элементом понятия вины является учет требований осмотрительности, присущих гражданскому обороту. На сегодняшний день ГКГ все еще опирается на принцип ответственности обвиняемого.<sup>21</sup> Поэтому, определение вины должно содержать указание на противоправность.<sup>22</sup> Лицо совершает виновное деяние, когда, сознательно и намеренно или ненамеренно причиняя вред другому лицу, оно нарушает законные или договорные обязательства, пренебрегая осмотрительностью и осторожностью, которые должны проявлять

<sup>10</sup> См. следующие решения Палаты по гражданским делам, делам о предпринимательстве и банкротстве Верховного суда Грузии: №3з/242 от 6 апреля 2001 г., №3з-1218-01 от 24 апреля 2002 г., №зб-1333-1454-04 от 18 января 2005 г., №зб-14-466-05 от 9 ноября 2006 г.; также см. решения Палаты по гражданским делам Верховного суда Грузии №зб-1337-1177-2010 от 14 февраля 2011 г. и №зб-1156-1176-2011 от 20 января 2012 г., и др.

<sup>11</sup> По вопросу о законно признанных специальных правах личности см. S. Werthein, *Das Persönlichkeitsrecht im Privatrecht der VR China*, Berlin, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, 2009, 65-68, 165.

<sup>12</sup> По поводу абсолютного права см. Иоффе О., *Советское гражданское право, Общая часть, Право собственности, Общее учение об обязательствах*, Л., Изд. Ленинградского Унта, 1958, 75.

<sup>13</sup> По вопросу о возникновении деликтного обязательства из нарушения абсолютных прав см. E. Schmidt, *Das Schuldverhältnis, Eine systematische Darstellung des Allgemeinen Schuldrechts*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2004, 23-24.

<sup>14</sup> Требования по возмещению ущерба см. H. Kötz, G. Wagner, *Deliktsrecht*, München, 2013, 146.

<sup>15</sup> См. M. Fuchs, W. Pauker, *Delikts- und Schadenersatzrecht*, 8. Auflage, Heidelberg, 2012, 12.

<sup>16</sup> Согласно расширенному толкованию статьи 922 ГКГ, ее следует применять и в случае причинения вреда эмбриону. Гелашвили И., «Правовой статус эмбриона», Тбилиси, 2012, 38.

<sup>17</sup> См. H. Ehmann, *Deliktsrecht mit Gefährdungshaftungsrecht*, Lehrbuch, München, 2013, 52-53.

<sup>18</sup> Решение №зб-1156-1176-2011 от 20 января 2012 года Палаты по гражданским делам Верховного суда Грузии.

<sup>19</sup> Эти два аспекта подробно освещены в труде M. Hampel, *Das private Bauvertragsrecht im russischen Recht, Ein bewertender Vergleich zum deutschen Recht*, Frankfurt am Main, 2009, 411-412.

<sup>20</sup> R. Schmidt, *Das Schuldrecht Besonderer Teil II – Gesetzliche Schuldverhältnis*, 1. Auflage, Grasberg bei Bremen, 2003, 190-191.

<sup>21</sup> Зоидзе Б., *Комментарий к ГКГ (под ред. Л. Чантурия)*, Тбилиси, 2001, 370-371 (на груз. яз.).

<sup>22</sup> Романова Н. А., *К вопросу о дефинициях вины в гражданском праве*, Научный журнал КубГАУ, № 41 (7), 2008, 22.

участники гражданского оборота.<sup>23</sup> Следовательно, в рассматриваемой ситуации, причинитель вреда может действовать как намеренно, так и ненамеренно.

К сожалению, были случаи, когда установлению вины причинителя вреда не было уделено внимание, а без этого невозможно наложить на лицо обязательство по выплате содержания. Если фактические обстоятельства виновности ответчика не установлены, принятое решение будет признано юридически необоснованным. Соответственно, недостаточная обоснованность решения является одним из абсолютных оснований для его отмены (статья 394-д Гражданско-процессуального кодекса Грузии).<sup>24</sup>

### 3. Причинно-следственная связь

Из судебной практики Грузии следует, что для привлечения лица к ответственности по статье 1006 ГКГ, необходимо установление причинно-следственной связи между противоправным деянием причинителя вреда и пострадавшим.<sup>25</sup> Следовательно, для применения статьи 1006 ГКГ, противоправное и виновное деяние причинителя вреда должно повлечь за собой смерть пострадавшего. Значит, условие для выдвижения требования о возмещении вреда в „виде смерти“ существует в том случае, если, смерть кормильца является адекватным результатом несанкционированного действия.<sup>26</sup>

### 4. Лица, имеющие право претендовать на возмещение вреда

В решениях, принятых судами Грузии как десять лет назад,<sup>27</sup> так и совсем недавно,<sup>28</sup> говорится, что для удовлетворения требований о возмещении вреда в соответствии со статьей 1006 ГКГ, необходимо установить круг лиц, имеющих право на получение такого возмещения.

К примеру, в Гражданском кодексе Азербайджана указанным вопросам посвящены статьи 1121 и 1222, в которых определен круг лиц, уполномоченных претендовать на возмещение, а также размер компенсации

за вред, причиненный смертью кормильца.<sup>29</sup> Гражданские кодексы российской Федерации и Армении предусматривают аналогичные положения по данным вопросам.<sup>30</sup> Что касается статьи 1006 ГКГ, она носит общий характер, так как в ней не указаны лица, имеющие право претендовать на возмещение вреда. Согласно семейному и наследственному праву, в круг таких лиц входят, в первую очередь, наследники, а также лица, находившиеся на иждивении покойного. Согласно ГКГ, такими лицами являются лица, уполномоченные соответствующими положениями семейного законодательства, в частности:

- а) супруги и дети (приемный ребенок, внебрачный ребенок), также родственники по прямой линии<sup>31</sup>, родители покойного;
- б) нетрудоспособные лица, находившиеся на иждивении пострадавшего;
- в) лица, которые не находились на иждивении пострадавшего, но имели право на получение от него содержания;
- г) ребенок пострадавшего, родившийся после его смерти.<sup>32</sup>

Следовательно, статья 1006 ГКГ, в соответствии с которой только пострадавший может потребовать возмещения, является исключением из общего принципа, согласно которому, такое право принадлежит близким пострадавшего, которые с его смертью утратили кормильца.<sup>33</sup> Выплата содержания может означать не только возмещение убытков в натуральном виде, как при ведении домашнего хозяйства, но также и социальную помощь, и попечительство для ребенка.<sup>34</sup>

В данном случае критерием для определения размера ежемесячного содержания для возмещения вреда является размер зарплаты, которую получал пострадавший до причинения вреда его здоровью и которую он продолжил бы получать, если бы не наступление обстоятельств, обусловивших выплату содержания. Согласно п. 1 статьи 408 ГКГ, лицо, обязанное возместить вред, должно восстановить положение, которое существовало бы, если бы не наступление обстоятельства, обязывающего произвести возмещение. Согласно п. 2 той же статьи, если телесное повреждение или повреждение здоровья вызвало утрату или снижение трудоспособности потерпевше-

<sup>23</sup> См. Кочашвили Н., „Вина, как условие гражданско-правовой ответственности“, журнал „Самартлис журналі“, №1, 2009, 88-89 (на груз. яз.).

<sup>24</sup> Постановление №1317-1549-05 от 25 апреля 2006 г. Палаты по гражданским делам, делам о предпринимательстве и банкротстве Верховного суда Грузии.

<sup>25</sup> Решения Палаты по гражданским делам Верховного суда Грузии: №156-1156-1176-2011 от 20 января 2012 г., №100-96-2012 от 12 марта 2012 г., №1695-1589-2012 от 4 февраля 2013 г., №113-108-2014 от 1 мая 2015 г.; №156-889-839-2015 от 26 ноября 2015 г., и др.

<sup>26</sup> См. Michael E. Zeising, Der Nasciturus im Zivilverfahren, Göttingen, 2004, 86.

<sup>27</sup> Решения Палаты по гражданским делам, делам о предпринимательстве и банкротстве Верховного суда Грузии: №1333-1454-04 от 18 января 20105 г., №14-466-05 от 9 ноября 2006 г.

<sup>28</sup> Решения Палаты по гражданским делам Верховного суда Грузии: №156-942-900-2013 от 16 декабря 2013 г., №156-889-839-2015 от 26 ноября 2015 г.

<sup>29</sup> Гражданский кодекс Азербайджанской Республики (утвержден Законом Азербайджанской Республики от 28 декабря 1999 года № 779-ІQ).

<sup>30</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (ГК РФ), ст.1088-1089 и Гражданский кодекс республики Армения, ст. 1081-1082, 28 июля 1998 г., ЗР-239.

<sup>31</sup> См. Jost-Detlef Drees, Schadensberechnung bei Unfällen mit Todesfolge, 2. Auflage, Karlsruhe, 1994, 7, 16.

<sup>32</sup> Мачаришвили О., Деликты в международном частном праве, журнал „Алманахи“, №15, 2000, 24 (на груз. яз.).

<sup>33</sup> См. Michael E. Zeising, Der Nasciturus im Zivilverfahren, Göttingen, 2004, 86.

<sup>34</sup> См. Jost-Detlef Drees, Schadensberechnung bei Unfällen mit Todesfolge, 2. Auflage, Karlsruhe, 1994, 18.



го или рост его потребностей, потерпевшему должен быть возмещен вред путем выплаты ежемесячного содержания.

Соответственно, статья 1006 ГКГ определяет право получения содержания, а лицом, обязанным выплачивать содержание, считается причинитель вреда, то есть лицо, между действием которого и наступившим результатом существует причинно-следственная связь.<sup>35</sup> Таким образом, из судебной практики Грузии очевидно, что если иск не отвечает вышеописанным требованиям статьи 1006 ГКГ, он считается бесосновательным. Это становится еще более очевидным, если истец не находился на иждивении у пострадавшего на момент его смерти, а следовательно, не имел права на получение от него содержания.<sup>36</sup>

### 5. Срок действия обязательства по выплате содержания

На основании обзора принятой в Грузии судебной практики можно сказать, что, исходя из общего правила деликтных обязательств, обязательство по выплате содержания продолжает действовать и после смерти пострадавшего, что отражено в статье 1006 ГКГ. Практическое значение имеет то, что подразумевается под действием обязательства после смерти пострадавшего – связан ли срок действия обязательства с наступлением пенсионного возраста или оно не ограничено по срокам. Дело в том, что, согласно этой норме, в случае смерти пострадавшего, причинитель вреда, путем назначения содержания, обязан возместить вред тем лицам, которые находились на содержании у пострадавшего. Это обязательство остается в силе до тех пор, пока пострадавший был бы обязан предоставлять содержание. Согласно статье 2 Постановления Правительства Грузии №53 от 24 марта 2007 г. „О порядке возмещения вреда, причиненного здоровью работника во время исполнения им своих рабочих обязанностей“, содержание, назначенное с учетом требований Приказа Президента Грузии №48 от 9 февраля 1999 г., подлежит возмещению со стороны работодателя или его правопреемника, кроме случая, предусмотренного частью 3 этой статьи, которая предусматривает прекращение действия обязательства по выплате содержания в случае банкротства или ликвидации работодателя.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Решение №зб-942-900-2013 от 16 декабря 2013 г. Палаты по гражданским делам Верховного суда Грузии.

<sup>36</sup> Решение №зб-зб-469-783-05 от 25 мая 2005 г. Палаты по гражданским делам, делам о предпринимательстве и банкротстве Верховного суда Грузии.

<sup>37</sup> См. следующие решения Палаты по гражданским делам, делам о предпринимательстве и банкротстве Верховного суда Грузии: №зб-1333-1454-04 от 18 января 2005 г., зб-14-466-05 от 9 ноября 2006 г.; также см. решения Палаты по гражданским делам Верховного суда Грузии: №зб-1525-1439-2012 от 10 декабря 2012 г.; №зб-363-342-2014 от 16 мая 2014 г., №зб-620-588-2014 от 7 июля 2014 г., №зб-619-587-2014 от 13 марта 2015 г.

В одном деле из грузинской судебной практики отмечено следующее: „Закон не содержит указания на связь между обязательством по выплате содержания и достижением пенсионного возраста, ссылая же апелланта на утрату трудоспособности относится к оценочной категории“. Согласно указанной норме, „которая защищает интересы находящегося на содержании лица, срок выплаты содержания не должен увязываться с пенсионным возрастом кормильца, так как, в зависимости от состояния здоровья, достижение пенсионного возраста не всегда означает утрату трудоспособности и возможности зарабатывать“.<sup>38</sup>

При этом необходимо подчеркнуть, что отсутствие определенного срока выплаты содержания, само по себе, не означает, что обязательство выплачивать содержание не ограничено по времени. Если не установлен определенный отрезок времени, в течение которого ответчик обязан выплачивать содержание тому лицу, которому оно положено, необходимо выяснить, не изменились ли обстоятельства истца так, чтобы обусловить прекращение получения им содержания. К таким основаниям не может относиться, например, достижение совершеннолетия детьми пострадавшей стороны. Однако если положение истца изменилось вследствие начала работы или вступления в брак, возникают основания для прекращения выплаты положенного содержания. В таком случае бремя доказывания наличия оснований для прекращения выплаты содержания лежит на ответчике. Соответственно, презумпция обязательства по выплате содержания должна действовать вплоть до доказательства обратного.<sup>39</sup>

### 6. Юридические последствия посягательства

В первом пункте статьи 1006 ГКГ говорится, что в случае смерти пострадавшего, причинитель вреда должен путем назначения содержания возместить вред лицам, содержание которых возлагалось на пострадавшего. Согласно же статье 19 ГКГ, требование имущественного возмещения за посягательство на имя, честь, достоинство или деловую репутацию, после смерти недопустимо.<sup>40</sup> Следовательно, требование о возмещении неимущественного вреда, выдвигаемое другими лицами для защиты личных благ пострадавшего, не может быть удовлетворено. Фактически, как показывает судебная практика Грузии, статья 1006 ГКГ является отражением этого требования, так как она предусматривает возмещение только

<sup>38</sup> Решение №зб-942-900-2013 от 16 декабря 2013 г. Палаты по гражданским делам Верховного суда Грузии.

<sup>39</sup> См. Решение №зб-889-839-2015 от 26 ноября 2015 г. Палаты по гражданским делам Верховного суда Грузии.

<sup>40</sup> См. Бичия М., „Охрана частной жизни согласно гражданскому законодательству Грузии“, Тбилиси, „Бона кауза“, 2012, 250.

имущественного вреда.<sup>41</sup> В данном случае возмещение вреда выражается в выплате содержания. Соответственно, оно предусматривает право на получение содержания, которое используется вместо материальной помощи.<sup>42</sup> Взамен содержания пострадавший может потребовать разовое возмещение, если для этого имеются веские основания (п. 2 статьи 1006 ГКГ). Таким основанием может считаться рост потребностей, который оправдывает разовое возмещение. К примеру, это может быть необходимость в приобретении инвалидного кресла или ремонте дома.<sup>43</sup>

#### IV. Телеологическая редукция статьи 1006 ГКГ

##### 1. Цель пункта 1 статьи 413 ГКГ

Настоящее исследование неразрывно связано со статьей 413 ГКГ, которая определяет основы возмещения неимущественного вреда, а, следовательно, статья 1006 не может выйти за границы, установленные этой статьей.

Статья 413 оказалась в центре внимания в ходе рассмотрения одного дела Верховным судом Грузии в 2001 году. В связи с этим было сформулировано несколько интересных позиций: при помощи статьи 413 можно предотвратить расширение границ ее действия. Полное возмещение вреда, безусловно, касается только имущественного вреда. В некоторых случаях действительно может быть причинен нематериальный вред, однако если его возмещение не предусмотрено законом, он не возмещается. Согласно п. 1 статьи 413, требование денежного возмещения за неимущественный вред возможно только в строго определенных законом случаях.<sup>44</sup> Под законом может подразумеваться как ГКГ, так и другие нормативные акты частного или общественно-правового характера, т.е. эта норма исключает возможность удовлетворения требования о возмещении неимущественного вреда, если это прямо не предусмотрено законом. Следовательно, там, где акцент делается только на возмещении вреда без прямого указания на компенсацию неимущественного вреда, подразумевается материальный вред.<sup>45</sup>

Судебная практика в этой сфере получила дальнейшее развитие, и в одном из решений, принятых в 2002 году, Верховный суд Грузии указал, что ГКГ предусматривает возмещение неимущественного (морального) вреда в разных случаях, в том числе в случае причинения телесных повреждений или вреда здоровью, однако не в случае лишения жизни. При этом, в рамках договорных или деликтных отношений (тем более, в случае смерти), действительно может быть причинен неимущественный вред, который, однако, не подлежит возмещению, если это не предусмотрено законом. В случае смерти пострадавшего, возмещению подлежит только материальный вред (статья 1006 ГКГ). При этом пояснялось, что неимущественный вред – это вред, причиненный в результате нарушения личных прав, на возмещение которого могут претендовать только обладатели этих прав. Требование имущественного возмещения нематериального вреда после смерти недопустимо. Эта концепция основана на норме, установленной статьей 19 ГКГ, согласно которой, личные неимущественные права может использовать и лицо, которое само хотя и не является носителем права на имя или права на личное достоинство, однако имеет для этого заслуживающий защиты интерес. Лицо может требовать осуществления защиты имени и чести, которые определяют суть личности и сохраняются и после смерти. Однако, требование имущественного возмещения морального вреда после смерти с целью защиты личных интересов недопустимо, а возмещение материального вреда в этом случае может подразумевать компенсацию расходов, связанных с похоронами.<sup>46</sup>

Хотя были случаи, когда суды первой и последующих инстанций удовлетворяли требование о возмещении неимущественного вреда после смерти пострадавшего, Кассационный суд вносил в эти решения изменения, поясняя, что возмещению подлежит только материальный вред.<sup>47</sup>

Следовательно, неимущественный вред, причиненный в результате лишения жизни супруга, ребенка или другого родственника не подлежит возмещению, так как это прямо не предусмотрено действующим законодательством. Однако если пострадавший обратился в суд с требованием возмещения нематериального вреда, но скончался до вынесения судом решения, то денежная компенсация нематериального вреда будет считаться частью наследственной

<sup>41</sup> См. следующие решения Палаты по гражданским делам, делам о предпринимательстве и банкротстве Верховного суда Грузии: №33-1218-01 от 24 апреля 2002 г., №26-14-466-05 от 9 ноября 2006 г., №26-100-96-2012 от 12 марта 2012 г. и др.

<sup>42</sup> См. Michael E. Zeising, *Der Nasciturus im Zivilverfahren*, Göttingen, 2004, 86.

<sup>43</sup> R. Greger, *Haftungsrecht des Straßenverkehrs*, Handbuch und Kommentar, 4. Auflage, Berlin, 2007, 796.

<sup>44</sup> Решение №33/242 от 6 апреля 2001 г. Палаты по гражданским делам, делам о предпринимательстве и банкротстве Верховного суда Грузии.

<sup>45</sup> См. Цискадзе М., „Проблема возмещения нематериального вреда за телесные повреждения в законодательстве Грузии“, журнал „Мартлмсаджულეба და კანონი“, №2, 2008, 17.

<sup>46</sup> Постановление №33-1218-01 от 24 апреля 2002 г. Палаты по гражданским делам, делам о предпринимательстве и банкротстве Верховного суда Грузии.

<sup>47</sup> См. следующие решения Палаты по гражданским делам, делам о предпринимательстве и банкротстве Верховного суда Грузии: №33-1218-01 от 24 апреля 2002 г., №26-850-1064-08 от 27 апреля 2009 г., а также решение №26-113-108-2014 от 1 мая 2015 г. Палаты по гражданским делам Верховного суда Грузии.

массы.<sup>48</sup> Исключение возмещения нематериального вреда после смерти пострадавшего, казалось бы, противоречит принципу, согласно которому, защита человеческого достоинства распространяется как на тело, так и на память покойного.<sup>49</sup> Здесь необходимо определить, какие формы частноправовой защиты можно использовать для обеспечения личных прав лица после его смерти.

Если родственник стал свидетелем причинения вреда пострадавшему, что вызвало его физические и моральные страдания, ему должно быть предоставлено независимое право на возмещение неимущественного вреда. Зачастую родственники испытывают намного более сильные душевные страдания, чем сам пострадавший.<sup>50</sup> В таком случае, это заинтересованное лицо становится независимым субъектом права на возмещение неимущественного вреда. В круг заинтересованных лиц входят наследники покойного, так как вместе с наследством к ним переходят его имущественные права и обязанности, осуществление которых частично обусловлено репутацией покойного. Также в круг заинтересованных лиц входят близкие и дальние родственники, которые могут выдвинуть независимый иск о компенсации морального вреда, причиненного лично им. Однако, если у покойного нет родственников, семьи и наследников, его честь может защищать его друг.<sup>51</sup>

Что касается защиты личных неимущественных прав покойного, здесь будет уместно использовать такие формы частноправовой защиты прав, как отрицание, прекращение действия и др.<sup>52</sup>

Как показывает судебная практика, цель законодателей состоит в ограничении необоснованного применения статьи 413 ГКГ с целью обеспечения стабильности и упорядоченности гражданского оборота.<sup>53</sup>

## 2. Недавнее неоднозначное решение суда и верное понимание п. 2 статьи 413 ГКГ

Недавнее беспрецедентное решение Верховного суда Грузии имеет особое значение, с одной стороны,

потому, что оно предоставляет близким покойного, чье здоровье было повреждено, право требовать возмещения неимущественного вреда, а с другой стороны, потому, что это решение отличается от практики грузинского суда, принятой до 2015 года. Поэтому, будет интересно рассмотреть указанное дело более подробно.

**Краткое описание дела:** 12 июля 2013 г., в 10:20 утра, авиакомпания Т. должна была доставить из Российской Федерации в Грузию транзитным рейсом Санкт-Петербург-Стамбул-Тбилиси тело сына г-на Д.К. – М.Н.; однако, на борту рейса авиакомпании Т., прибывшего в Тбилиси 13 июля в 10:20 утра, тела г-на М.Н. не оказалось, так как авиакомпания по ошибке отправила его в Южную Корею; ответчик доставил тело в Грузию только 14 июля в 17:20, тем самым лишив истца возможности подобающим образом похоронить сына в тот день ввиду позднего часа.

В рамках данного дела правовые отношения вышли за границы обычных гражданских отношений по предоставлению услуг по транспортировке, и, с учетом специфики дела, требовали особой чуткости со стороны участников, однако ответчик нарушил данное требование. Установлено, что в результате несвоевременной доставки тела сына, а также временного отсутствия информации о его местонахождении, мать покойного испытала сильнейший душевный стресс, который отрицательно сказался на ее психике и эмоциональном состоянии. В результате перевозки на дальнее расстояние телу г-на М.Н. был нанесен вред, в результате чего матери не представилась возможность увидеть его и похоронить сообразно обычаю, что тяжело повлияло на ее здоровье. В деле нет никаких доказательств того, что авиакомпания оказала истцу какую-либо психологическую или другую моральную помощь в связи со случившимся.

**Оценка суда:** по мнению Кассационной палаты, характерной чертой морального вреда, нанесенного в результате повреждения здоровья, согласно п. 2 статьи 413 ГКГ, является негативное воздействие на психическое и душевное состояние человека, которое выражается в физических и моральных страданиях.

Суд учел распространенные в Грузии взгляды относительно последних почестей, а также ту душевную боль, которую испытала мать покойного впервые увидев его тело. Суд также пришел к выводу, что отсутствие у лица, пребывающего в таком состоянии, информации о местонахождении тела сына и о причине отсутствия тела на борту самолета дает возможность предположить, что, с учетом негативных факторов, вызванных нарушением авиакомпании своих обяза-

<sup>48</sup> См. Комментарий Нинидзе Т. к статье 19 ГКГ, Комментарий к ГКГ, кн. 2, Тбилиси, 2002, 81; решения Палаты по гражданским делам, делам о предпринимательстве и банкротстве Верховного суда Грузии №3б-14-1466-05 от 9 ноября 2006 г. и №3з-1218-01 от 24 апреля 2002 г.; см. М. Цискадзе, „Проблема возмещения нематериального вреда за телесные повреждения в законодательстве Грузии“, журнал „Мартлм-саджулеба да канони“, №2, 2008, 19-20.

<sup>49</sup> St. Schweers, Die vermögenswerten und ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod des Trägers (Dissertation), Köln, 2006, 172-174.

<sup>50</sup> См. Барабадзе Н., „Лица, имеющие право претендовать на возмещение морального вреда“, журнал „Адамиани да конституция“, №2, 2006, 101.

<sup>51</sup> См. Чиквашвили Ш., „Ответственность за причинение морального вреда“, Тбилиси, 2003, 132-133, 161.

<sup>52</sup> См. Бичия М., „Охрана частной жизни согласно гражданскому законодательству Грузии“, Тбилиси, 2012, 254-255.

<sup>53</sup> См. Решение №3б-1156-1176-2011 от 20 января 2012 г. Палаты по гражданским делам Верховного суда Грузии.

тельств, здоровью истца был нанесен вред, приведший к сильным душевным страданиям и эмоциональному стрессу. Ввиду сильных психических и душевных страданий, пережитых истцом, суд презюмирует факт, который не относится к предмету доказывания, и возлагает бремя опровержения презумпции на сторону, против которой действует презумпция (для кого она будет иметь нежелательные последствия). Так как ответчик не представил подобного опровержения, подразумевается, что эта презумпция верная. Следовательно, установленные факты (нарушение обязательств ответчиком, причинение вреда, причинно-следственная связь между действием ответчика и наступившим вредом) дают основания для состава возмещения неимущественного вреда, предусмотренного статьей 413 ГКГ.<sup>54</sup>

**Анализ решения:** дело в том, что здоровье человека зависит от его физического и психического состояния, и в случае повреждения здоровья человек может полностью утратить свое благосостояние. Право на здоровье является абсолютным правом.<sup>55</sup> Причинение вреда здоровью является юридическим фактом, из которого возникают юридические последствия, в том числе обязательство по возмещению вреда.<sup>56</sup> В результате повреждения тела или здоровья, пострадавший получает право на возмещение как имущественного (статья 408 ГКГ), так и неимущественного вреда (статья 413 ГКГ). Однако если повреждение здоровья привело к утрате или снижению трудоспособности, или же к росту потребностей, то возможно возмещение имущественного вреда в соответствии с п. 2 статьи 408 ГКГ. При этом ответственность за повреждение здоровья должно нести то лицо, чьи действия направлены на причинение как душевных, так и телесных страданий, которые приводят к психологической травме, неврозу и другим отрицательным последствиям.<sup>57</sup> Следовательно, любое повреждение здоровья *a priori* не подразумевает компенсацию неимущественного вреда. Нематериальный вред подлежит возмещению только в том случае, если вред, причиненный здоровью, вызвал душевные и психические страдания. Неимущественный вред не подлежит возмещению, если душевные страдания, возникшие в результате имущественного вреда, привели к ухудшению (расстройству) здоровья. Обязательным условием результата, предусмотренного

статьей 413 ГКГ, является причинение вреда здоровью человека, приведшего также к душевным страданиям и психическому стрессу. Здесь подчеркивается, что, исходя из целей статьи 413 ГКГ, неимущественный вред подлежит возмещению из-за душевных, психических страданий, вызванных повреждением здоровья. Это не касается расстройства здоровья, вызванного душевными страданиями в результате причинения имущественного вреда. В противном случае, эта норма вступала бы в действие в каждом случае ухудшения здоровья в результате душевных страданий, вызванных нарушением любых имущественных обязательств, например, при нарушении договорных обязательств.<sup>58</sup>

Казалось бы, это фактически соответствует повреждению здоровья, вызванного нарушением имущественных обязательств авиакомпанией. Вероятно, в этом случае было бы желательно установить, наступил ли первичный вред в результате противоправного и виновного действия, вызвавшего повреждение здоровья (а не имущества), так как это создает основание для возмещения нематериального вреда.<sup>59</sup> В этом случае, тяжелые психические или душевные страдания родственника, вызванные смертью пострадавшего, превращают родственника в независимый субъект требования о возмещении неимущественного вреда. Следовательно, так как личное благо (здоровье) субъекта было повреждено<sup>60</sup>, он может внести иск о возмещении неимущественного вреда на общих основаниях (статьи 413 или 992 ГКГ).

## V. Заключение

Как показал обзор судебной практики, основания для возмещения вреда, причиненного смертью кормильца, имеют свою специфику и подразумевают наличие следующих условий: а) лишение пострадавшего жизни; б) противоправное виновное деяние со стороны правонарушителя; в) причинно-следственная связь между вредом и действием правонарушителя; г) наличие лица, содержание которого налагалось на пострадавшего; д) определение того, остается ли в силе обязанность по выплате содержания. Следовательно, иск о выплате компенсации, предусмотренной статьей 1006 ГКГ, лицам, которых пострадавший обязан был содержать, может быть удовлетворен только при наличии всех этих условий. В противном случае, применение статьи 1006 ГКГ невозможно.

На основании анализа судебной практики можно

<sup>54</sup> Решение №5б-979-940-2014 от 10 сентября 2015 г. Палаты по гражданским делам Верховного суда Грузии.

<sup>55</sup> См. Чиквашвили Ш., „Ответственность за причинение морального вреда“, Тбилиси, 2003, 125-126.

<sup>56</sup> Смирнов В.Т., Гражданская ответственность государственных предприятий за причинение увечья или смерти работникам, М., 1957, 111.

<sup>57</sup> См. К. Schnellhammer, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, samt BGB Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, 2014, 706.

<sup>58</sup> См. Решение №5б-1156-1176-2011 от 20 января 2012 г. Палаты по гражданским делам Верховного суда Грузии.

<sup>59</sup> Решение №5б-1001-962-2014 от 18 мая 2015 г. Палаты по гражданским делам Верховного суда Грузии.

<sup>60</sup> См. Бичия М., „Охрана частной жизни согласно гражданскому законодательству Грузии“, Тбилиси, 2012, 252-253 (на груз. яз.).

заклучить, что действие статьи 1006 ГКГ ограничивается статьями 19 и 413 ГКГ. Согласно статье 19, личные неимущественные права может использовать и лицо, которое, не являясь обладателем права на имя или личное достоинство, имеет для этого заслуживающий защиты интерес. Требование имущественного возмещения за посягательство на имя, честь, достоинство или деловую репутацию после смерти недопустимо. Следовательно, возмещение неимущественного вреда в рамках статьи 1006 ГКГ исключено. На той же мысли основан п. 1 статьи 413 ГКГ, который допускает денежное возмещение за неимущественный вред только „в точно установленных законом случаях“, тогда как в статье 1006 ГКГ акцент делается только на „возмещении вреда“. При этом возмещение вреда по данной статье выражается в выплате содержания, что также является его особенностью. Однако, при наличии достаточного основания, выплата содержания может быть заменена разовым возмещением.

Следовательно, требование о возмещении неимущественного вреда не может быть удовлетворено в рамках статьи 1006 ГКГ. Также заслуживает внимания недавнее решение суда, согласно которому, невыполнение одновременно нескольких обязательств может причинить вред здоровью родственника покойного лица, вызвав сопутствующие психические последствия, что дает достаточные основания для выдвижения родственником требования о возмещении неимущественного вреда. Следовательно, в этом случае родственник покойного лица, ввиду нарушения его личных интересов, становится субъектом независимого иска, который должен основываться на общих принципах гражданской ответственности.

## Особенности рассмотрения дел о признании лица безвестно отсутствующим или объявлении умершим

### I. Цель правового регулирования

Статья 21 Гражданского кодекса устанавливает порядок, условия и правовые последствия признания физического лица безвестно отсутствующим, а статья 22 – объявления лица умершим. Цель правовых норм, устанавливаемых этими статьями, с одной стороны – обеспечить осуществление и защиту права собственности лица, которое признается безвестно отсутствующим, даже в том случае, если само лицо не может реализовать принадлежащие ему имущественные права и обязанности и не способно осуществить это даже через представителя, а также защиту прав кредиторов такого лица и находящихся на его иждивении лиц. С другой стороны, эти нормы направлены также на установление условий, необходимых для объявления лица умершим, момента смерти, а также исключений из общего правила об объявлении лица умершим. Путем передачи имущества лица, признанного безвестно отсутствующим, его наследникам с правом доверенной собственности можно инициировать, изменять или прекращать все договорные (как вещные, так и обязательственные) и недоговорные отношения, в которых участвовало или должно было участвовать такое лицо; таким образом, благодаря этой норме не нарушаются и не парализуются рыночные экономические отношения признанного безвестно отсутствующим лица, ввиду чего такую передачу имущественных прав можно рассматривать как один из гарантов стабильности гражданского оборота.

### II. Связь с другими правовыми институтами

Правовые нормы, сформулированные в статье 21, связаны с договором доверения собственности (ст. 724-728), который является законным основанием для возникновения доверенной собственности. Эти нормы также связаны с договором поручения (ст. 709-722; 729) и некоторыми семейно-правовыми нормами (ст. 1135; 1275 1); 1279е; 1254а). А нормы, закрепленные

статьей 22, можно рассматривать вместе со следующими статьями того же Кодекса: прекращением правоспособности (ст. 11), защитой личных прав после смерти (ст. 19); действительностью одностороннего выражения воли (ст. 51); основаниями для прекращения представительских полномочий (ст. 109); прекращением узурфрукта (ст. 244); основаниями для прекращения обязательств (ст. 453), некоторыми нормами договоров найма (ст. 571), аренды (ст. 590), возврата одолженной вещи (ст. 622), поручения (ст. 721, 722), совместной деятельности (товарищества) (ст. 939), пожизненного содержания (ст. 950), а также нормами отмены общего права (ст. 962), деликтных обязательств (ст. 1006), семейно-правовыми нормами (ст. 1122, 1122<sup>1</sup>, 1135, 1149, 1188, 1238, 1240, 1241, 1254а, 1275 1), 1279в, 1281 4), нормами наследственного права.

Правда, в статье 21 напрямую не говорится о том, какое влияние оказывает признание лица безвестно отсутствующим на его личные неимущественные права, особенно на брачно-семейные права и обязанности, однако конкретный ответ на этот вопрос содержится в некоторых нормах книги пятой. Хотя в основаниях для прекращения брака, определенных статьей 1122, конкретно не говорится о признании лица безвестно отсутствующим, но статья 1135 предусматривает восстановление брака при возвращении супруга (супруги), объявленного умершим или безвестно отсутствующим.

В первой части этой статьи отмечается, что в случае, если объявится супруг (супруга), в установленном законом порядке объявленный умершим или признанный безвестно отсутствующим, брак с которым был прекращен на этом основании, и будет отменено решение суда об объявлении его умершим или признании безвестно отсутствующим, брак может быть восстановлен органом регистрации гражданского состояния по совместному заявлению супругов, а в случае, если они были разведены в судебном порядке, суд по их заявлению отменяет решение о расторжении брака. Вторая часть той же статьи содержит императивное указание на то, что брак не может быть расторгнут в случае, если супруг (супруга) признанного безвестно отсутствующим лица уже находится в браке с другим лицом.

В случае признания родителя безвестно отсутствующим или умершим над его несовершеннолетними детьми, оставшимися без попечения родителей, назначается опека и попечительство в целях защиты их личных и имущественных прав и интересов (ст. 1275 1); ст. 1279 г); ребенок такого родителя также подлежит усыновлению (ст. 1254 а).

После того, как вступит в законную силу постановление суда о признании лица безвестно отсутствующим, во всех делах, в которых должен участвовать

<sup>1</sup> Доктор права, ассоциированный профессор юридического факультета Тбилисского государственного университета им. Ивана Джавахишвили, бывший судья Верховного суда Грузии.

гражданин, в законном порядке признанный безвестно отсутствующим, его представителем может выступать лицо, в управление которому было передано имущество безвестно отсутствующего лица (ГПК Грузии, ст. 101). Посредством передачи имущества признанного умершим лица его наследникам с правом владения, можно создавать, изменять или прекращать все договорные (как вещные, так и обязательственные) и недоговорные отношения, в которых участвовало или должно было участвовать это лицо, за исключением случаев, когда исполнение обязательств было связано с личностью умершего.

Объявление физического лица умершим в законном порядке приводит к точно таким же значительным правовым последствиям, к каким привела бы его физическая смерть. А именно, в результате объявления лица умершим происходит открытие наследства, прекращение брака, возникает право нуждающегося в иждивении лица получать пенсию и др.<sup>2</sup> Таким образом, запрос об объявлении лица умершим может быть связан с различными интересами.

Порядок и условия исполнения налоговых обязательств умершего лица специально регулируются статьей 57 Налогового кодекса Грузии, а аналогичные обязательства лица, признанного безвестно отсутствующим, предусмотрены статьей 58 того же Кодекса. Первая часть этой статьи определяет круг лиц, которые обязаны выполнять налоговые обязательства такого лица.

Обязанность выплатить налоговую задолженность умершего лица вменяется его наследникам пропорционально их доле в наследуемом имуществе со дня получения свидетельства о праве на наследство.

### **III. Лицо, обладающее правом требовать признания лица безвестно отсутствующим или объявления умершим**

Хотя в статьях 21-22 не конкретизируется, кто именно вправе обращаться в суд с ходатайством об объявлении лица безвестно отсутствующим или умершим, однако их содержание указывает на то, что таким заинтересованным лицом может быть любое физическое или юридическое лицо (как предпринимательское и непредпринимательское юридическое лицо, так и юридическое лицо публичного права, ст. 1509), а также государство, если у них имеется обоснованный юридический интерес в отношении имущества такого лица, его прав и обязательств.

Например, если лицо, признанное безвестно отсутствующим, является членом домовладельческого товарищества, то при наличии условий, предусмотрен-

ных этой нормой, члены товарищества могут обратиться с заявлением в суд, поскольку осуществление мероприятий по управлению как индивидуальным, так общим имуществом такого лица может потребоваться безотлагательно, для капитального ремонта многоквартирного жилого дома, выполнения обязательств товарищества или принятия решений в интересах товарищества.

### **IV. Предпосылки для признания лица безвестно отсутствующим или объявления умершим**

Статья 21 указывает на существование одновременно двух обязательных условий для признания лица безвестно отсутствующим, в частности, если его местонахождение неизвестно и на протяжении двух лет лицо не появлялось по месту своего жительства (21 1). „Эти условия для объявления лица безвестно отсутствующим являются кумулятивными, то есть обязательно наличие обоих условий“.<sup>3</sup> А статья 22 определяет несколько альтернативных условий для объявления лица умершим, в частности, если по месту его жительства нет сведений о месте его пребывания в течение пяти лет, а также, если оно пропало без вести при обстоятельствах, угрожающих ему смертью. На основании этой же статьи, для объявления лица умершим в результате несчастного случая необходимо наличие кумулятивных условий, в частности, если существуют обстоятельства, дающие основания предполагать его гибель от несчастного случая, и если сведения о нем отсутствуют в течение шести месяцев.

Лицо может отправиться на учебу или на работу в другой город или страну и не появиться по месту своего жительства, либо пожилой человек может отправиться на жительство в приют для престарелых, не уведомив об это близких, друзей или соседей, однако одного только этого обстоятельства недостаточно для того, чтобы суд признал такое лицо безвестно отсутствующим или умершим, поскольку именно доказательства, подтверждающие отсутствие какой-либо информации и сведений о местонахождении лица, и должны быть представлены в суд заявителем. В отношении военнослужащих или иных лиц, безвестно пропавших во время военных действий, Гражданский кодекс предусматривает особый, двухлетний, а не общий пятилетний срок для признания лица умершим. Таким образом, статья 22, п. 1 ГК Грузии признает специальные случаи безвестного отсутствия, в которых предусматривается более краткий срок для объявления лица умершим.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> *Пепанашвили Н.*, Комментарий ГК Грузии, Тб., 2014, 208 (на груз. языке).

<sup>3</sup> *Чантурия*, Общая часть гражданского права, 2011, стр. 193 (на груз. языке).

<sup>4</sup> *Нереселидзе Д.*, Самые общие системные понятия частного права, Тб., 2009, 112 (на груз. языке).

В законе не приводится дефиниции „военных действий“, однако в законе Грузии „О военном положении“ 1997 года говорится, что военное положение на всей территории Грузии (Военное положение означает объявление особого порядка на всей территории Грузии в интересах обороны государства в случае вооруженного нападения на Грузию, объявляется в соответствии с Конституцией и законом Грузии „О военном положении“ с целью обеспечения защиты территориальной целостности страны, государственной безопасности и общественного порядка)<sup>5</sup> объявляет Президент Грузии.<sup>6</sup> В указе Президента Грузии о введении военного положения указывается срок действия этого указа.<sup>7</sup> Таким образом, военнотружущий или иное лицо, безвестно пропавшее в течение срока действия военного положения, может быть объявлено судом умершим по истечению двухлетнего срока с момента окончания военного положения.<sup>8</sup> Необязательно, чтобы военные действия велись только на территории Грузии.

День смерти устанавливается в соответствии с третьим пунктом статьи 22 ГК Грузии. Как правило, это день вступления в силу постановления суда.<sup>9</sup>

В этой статье не конкретизируется, должно ли быть физическое лицо, объявленное безвестно отсутствующим или умершим, совершеннолетним или не совершеннолетним. Например, первая часть параграфа 1911 Гражданского кодекса Германии предусматривает установление специальной опеки над имуществом только совершеннолетнего лица, признанного безвестно отсутствующим. В настоящее время признание лица безвестно отсутствующим регулируется специальным законом „Об объявлении лица пропавшим“. <sup>10</sup> Хотя Гражданский кодекс Грузии считает родителей законными представителями несовершеннолетних детей, и они без особой передачи полномочий вправе выступать в защиту прав и интересов своих несовершеннолетних детей, в том числе и в суде (1198 V l), исходя из содержания статьи 21.1.1 и ее правовых последствий, безвестно отсутствующим или умершим может быть объявлено любое физическое лицо (8 l) как совершеннолетнее, так и несовершеннолетнее, совершеннолетнее лицо, получающее помощь, и ограниченно дееспособное лицо (12, 13 и 14); заинтере-

сованное лицо может обратиться в грузинский суд с заявлением о признании как гражданина Грузии, так и гражданина другого государства или лица без гражданства безвестно отсутствующим или умершим.

#### **V. Международная компетенция как предпосылка для проверки приемлемости заявления о признании лица безвестно отсутствующим или объявлении умершим**

В практике часто имеют место случаи, когда после выезда за границу гражданин Грузии отказывается от гражданства Грузии и получает гражданство иностранного государства. Однако если местонахождение такого физического лица неизвестно, оно не является в месте своего проживания (имеется в виду, что оно не появляется в известном месте своего проживания ни в Грузии, ни за границей), а у находящегося в Грузии физического или юридического лица имеется обоснованный интерес в том, чтобы такое лицо было признано в Грузии безвестно отсутствующим или объявлено умершим, суд при рассмотрении такого дела должен проверить, является ли лицо на момент рассмотрения дела гражданином Грузии. Если же лицо лишилось грузинского гражданства в порядке, установленном законом, в результате приобретения гражданства другого государства, то при рассмотрении такого заявления суд, в первую очередь, удостовериться в том, обладает ли он международной компетенцией для рассмотрения подобного дела. Хотя в соответствии с четвертой частью статьи 11 Гражданского процессуального кодекса Грузии суды рассматривают дела, в которых участвуют граждане других государств и лица без гражданства, однако непосредственно случаи международной компетенции грузинских судов, а также их особой международной компетенции определяет закон Грузии „О международном частном праве“. Этот закон гласит, что грузинские суды имеют международную компетенцию в отношении дел о признании граждан безвестно отсутствующими или объявлении их умершими в тех случаях, если у стороны, возбудившей ходатайство о признании лиц безвестно отсутствующими или объявлении умершими, имеется обоснованный интерес (11 в). Если имеет место случай, предусмотренный этой статьей, тогда грузинский суд должен рассмотреть данное дело в порядке, установленном Гражданским процессуальным кодексом Грузии.

Заслуживает внимания тот факт, что „международная компетенция“ судов отличается от двусторонних коллизионных норм, которые предназначены определять, материальное право какой страны должно быть использовано. Международная компетенция в одностороннем порядке определяет только компетен-

<sup>5</sup> *Пепанашвили Н.*, Комментарий к ГК Грузии, Тб., 2014, 209; статья 1 закона Грузии „О военном положении“ (на груз. языке).

<sup>6</sup> *Пепанашвили Н.*, Комментарий к ГК Грузии, Тб., 2014, 209; статья 2-1 закона Грузии „О военном положении“ (на груз. языке).

<sup>7</sup> *Пепанашвили Н.*, Комментарий к ГК Грузии, Тб., 2014, 208; статья 3-1 закона Грузии „О военном положении“ (на груз. языке).

<sup>8</sup> *Пепанашвили Н.*, Комментарий к ГК Грузии, Тб., 2014, 208 (на груз. языке).

<sup>9</sup> *Нереселидзе Д.*, Самые общие системные понятия частного права, Тб., 2009, 113 (на груз. языке).

<sup>10</sup> *Нереселидзе Д.*, Самые общие системные понятия частного права, Тб., 2009, 109 (на груз. языке).



цию грузинских судов, то есть категории дел, которые подлежат рассмотрению грузинскими судами.<sup>11</sup> Поскольку в данном случае имеет место иностранный элемент, при рассмотрении заявления о признании лица безвестно отсутствующим или объявлении лица умершим, грузинский суд должен также выяснить, право какой страны, то есть материально-правовая норма какого государства должна быть использована – статьи 21-22 ГК Грузии или же материальный закон той страны, гражданином которой являлось лицо, признанное безвестно отсутствующим или умершим. Прямой ответ на этот вопрос предлагает статья 25 закона „О международном частном праве“, согласно первому пункту которой признание лица безвестно отсутствующим или объявление его умершим регулируется правом той страны, к которой принадлежало безвестно пропавшее или объявленное умершим лицо согласно последней информации о его жизни. В отношении лиц, не имеющих гражданства, используется право государства его обычного местонахождения, а в отсутствие такового – грузинское право. Во втором пункте той же статьи сказано, что в случае, если лицо, признанное безвестно отсутствующим или объявленное умершим, в период рассмотрения дела является гражданином иностранного государства, оно может быть признано безвестно отсутствующим или объявлено умершим в соответствии с грузинским правом, если для этого существует обоснованный интерес. Эта статья определяет, в каком случае при рассмотрении дел такой категории суд должен руководствоваться статьями 21-22 Гражданского кодекса Грузии. Однако если на основании той же коллизионной нормы грузинский суд должен использовать право того государства, гражданином которого являлось безвестно отсутствующее или объявленное умершим лицо, согласно последней прижизненной информации о нем, тогда для установления существа нормы права такого иностранного государства грузинский судья должен руководствоваться статьей 3 того же закона, в первом пункте которой сказано, что при использовании права иностранного государства грузинский суд обязан принять необходимые меры для установления существа этой правовой нормы, с учетом ее официального толкования, практики применения и доктрины в соответствующем государстве. В соответствии со вторым пунктом этой статьи, если попытка установить существо правовой нормы иностранного государства посредством мер, предусмотренных первым пунктом этой статьи, безрезультатна или требует неоправданных расходов, и ни одна из сторон процесса не способна установить суть этой нормы и ее обоснование, суд вправе использовать грузинское право.

<sup>11</sup> Лилуашвили, Международное частное право, 2000, стр. 126 (на груз. языке).

## VI. Другие предпосылки для признания приемлемым заявления о признании лица безвестно отсутствующим или объявлении умершим

Процессуально-правовое значение имеет первая часть статьи 21 Гражданского кодекса Грузии, поскольку при признании лица безвестно отсутствующим в судебном порядке необходимо представить доказательства, подтверждающие, что его местонахождение неизвестно и на протяжении двух лет оно не появлялось по месту своего жительства. Заслуживает внимания то обстоятельство, что в англо-американском праве, в отличие от континентальной правовой системы, регулирование правовых отношений, касающихся признания лица безвестно отсутствующим, относится не к сфере гражданского (материального) права, а к сфере процессуального права.<sup>12</sup>

Если с момента вступления в силу решения суда о признании лица безвестно отсутствующим прошло три года, и не было получено никаких сведений об этом лице, на основании заявления заинтересованного лица суд может признать это лицо умершим, что предусматривает совершенно иные правовые последствия. Хотя закон не считает обязательным объявление лица сначала безвестно отсутствующим, а затем умершим.<sup>13</sup> Содержание статьи 22 не следует понимать так, что сначала необходимо вступившее в законную силу решение суда о признании лица безвестно пропавшим, и только спустя еще три года после вступления этого решения в законную силу, если не будет установлено местонахождение лица, оно может быть опять-таки в судебном порядке признано умершим. В практике много случаев, когда сведения о лице отсутствуют в течение пяти лет, и заявление в суд подается напрямую о признании такого лица умершим.

Заявление заинтересованного лица о признании физического лица безвестно отсутствующим или объявлении умершим, рассматривается на основании пункта „б“ статьи 310 Гражданского процессуального кодекса Грузии в порядке безыскового производства, судьей или соответствующим работником суда (ГПК Грузии, ст. 3211 I). Одной из важных особенностей судопроизводства в отношении признания лица безвестно отсутствующим или объявления умершим является то, что в суде первой инстанции такое дело может быть рассмотрено как судьей, так и магистром суда, который является не магистратским судьей, а работником суда (первая часть статьи 321<sup>1</sup>). В результате рассмотрения дел такой категории магистр выносит не судебное решение, а постановление, ко-

<sup>12</sup> Гражданское и торговое право зарубежных государств, I том, 2004, стр.122.

<sup>13</sup> Чантурия, Общая часть гражданского права, 2011, стр. 193 (на груз. языке).

торое в соответствии с частью второй той же статьи может быть обжаловано путем внесения жалобы в тот же суд, в течение 10 дней с момента выдачи стороне обоснованного решения. В результате рассмотрения жалобы на постановление магистра, если Коллегия по гражданским делам Тбилисского городского суда сочтет жалобу безосновательной, суд примет решение отказать в удовлетворении жалобы и об оставлении в силе постановления магистра. Однако, если жалоба окажется обоснованной, судья того же суда своим решением удовлетворит жалобу, отменит постановление магистра и новым решением удовлетворит заявление о признании лица безвестно отсутствующим или объявлении лица умершим.

Суд рассматривает заявление о признании лица безвестно отсутствующим и объявлении умершим в порядке безыскового производства. При этом, по сравнению с исковым производством, производство осуществляется в упрощенном и ускоренном порядке; однако, несмотря на это, до рассмотрения подобных заявлений по существу, суд, в первую очередь, должен принять решение о приемлемости заявления и принятии его к производству. В статье 318 ГПК Грузии указаны обстоятельства, которые обязательно должны быть отражены в подобном заявлении, в частности, в таком заявлении следует указать, в каких целях необходимо заявителю признание гражданина безвестно отсутствующим, а также обстоятельства, которые подтверждают безвестное отсутствие лица. Однако следует также учесть то обстоятельство, что причина, указанная в заявлении, не должна противоречить грузинскому законодательству и общественному порядку, а также то, что „целью вышесказанного не может являться прекращение уголовного преследования в отношении такого лица“.<sup>14</sup>

В соответствии с судебной практикой, одним из оснований для отказа принять заявление о признании лица безвестно отсутствующим является непредъявление убедительных доказательств цели, которую заявитель преследует признанием лица безвестно отсутствующим. В одном из дел целью заявителя являлась приватизация жилой площади, поэтому суд указал, что вместе с заявлением должно быть представлено убедительное доказательство того, что без признания лица безвестно отсутствующим невозможно достичь цели заявителя. В частности, необходимо представить убедительное доказательство того, что заявитель обратился в соответствующую районную администрацию с заявлением о приватизации и получил отказ. По тому же самому делу суд разъяснил заявителю, что отказ принять заявление на указанном основании не мешает заявителю вторично обра-

титься в суд с тем же заявлением, если допущенное нарушение будет исправлено.<sup>15</sup>

При проверке приемлемости такого заявления суд должен обратить внимание на то, внесено ли заявление в порядке подсудности; заявление о признании гражданина безвестно отсутствующим или объявлении его умершим подается заинтересованным лицом в суд по месту жительства (ГПК Грузии, ст. 317 а.).

Суд проверяет, представило ли заинтересованное лицо вместе с заявлением оригинал квитанции об уплате государственной пошлины в размере 50 лари (ГПК Грузии, ст. 39 1 „л“).

## **VII. Стадия подготовки и рассмотрения по существу заявления о признании лица безвестно отсутствующим или объявлении умершим**

После того, как заявление о признании лица безвестно отсутствующим или объявлении его умершим будет принято судом к производству, на стадии подготовки заявления к рассмотрению выполняются действия, отличные от действий во время искового производства; для рассмотрения такого заявления с целью подготовки дела суд должен выяснить, какие лица могут представить сведения о пропавшем, а также обратиться с запросом о пропавшем в соответствующие органы по последнему месту проживания или работы (ГПК Грузии, ст. 319).

Заявление о признании лица безвестно отсутствующим или объявлении его умершим рассматривается на главном заседании суда, на котором заслушиваются объяснения заявителя; по данному делу могут быть допрошены свидетели и все лица, чьи показания суд сочтет необходимыми. На том же заседании происходит изучение представленных доказательств и выполнение всех тех процессуальных действий, которые предусмотрены статьями 210-228 ГПК Грузии, с учетом особенностей безыскового судопроизводства.

При рассмотрении заявления о признании лица безвестно отсутствующим или объявлении его умершим может возникнуть спор по поводу таких прав, которые касаются третьих лиц. В таком случае суд оставит заявление нерассмотренным и разъяснит заинтересованным лицам, что они имеют право подать иск на общих основаниях (ГПК Грузии, ст. 311 I).

Если после проверки приемлемости такого заявления судьей заявителю было отказано в приеме заявления, решение судьи может быть обжаловано частной жалобой, а решение суда о признании лица безвестно отсутствующим или объявлении умершим

<sup>14</sup> Лилуашвили, Гражданское процессуальное право, 2005, стр. 439 (на груз. языке).

<sup>15</sup> Постановление №2/5846-13 Коллегии по гражданским делам Тбилисского городского суда от 30 апреля 2013 года.

обжалуется в апелляционном порядке,<sup>16</sup> поскольку дела в безысковом производстве суд рассматривает согласно правилам, установленным Гражданским процессуальным кодексом с учетом изменений и дополнений, которые установлены законодательством специально в отношении рассмотрения данного заявления (ГПК Грузии, ст. 311 I).

Безысковое производство отличается от искового производства тем, что в деле такой категории не участвуют истец и ответчик, а суд начинает рассмотрение дела не на основании иска, а на основании заявления заинтересованного лица. Как уже отмечалось, право ходатайствовать о признании физического лица безвестно отсутствующим или объявлении его умершим имеют члены семьи такого лица, его родственники, соседи, сотрудники, друзья, а также любое лицо, имеющее обоснованную заинтересованность в имущественных правах и обязательствах этого лица. Поэтому таким заинтересованным лицом могут быть и государственные органы, например, Служба доходов Министерства финансов Грузии.

По одному из гражданских дел, Коллегия по гражданским делам Тбилисского городского суда отказала заявителю в приеме заявления на том основании, что в нем не была указана информация о заинтересованных лицах; а указать такую информацию было необходимо, поскольку в соответствии с первой частью статьи 211 ГПК Грузии, при рассмотрении дела в порядке безыскового производства суд приглашает лиц, заинтересованных в рассмотрении этого дела. По указанию суда, правовой анализ этой нормы показывает, что в том случае, если при рассмотрении дела суд установит, что решение может коснуться прав и предусмотренных законом интересов другого лица, он обязан пригласить это лицо или лица в качестве заинтересованных лиц. Исходя из этой нормы, при наличии таких заинтересованных лиц заявитель обязан предоставить суду информацию об этом, с целью обеспечить их приглашение на судебное заседание и участие в рассмотрении дела.<sup>17</sup>

В соответствии с частью третьей статьи 22 ГК Грузии, датой смерти лица считается день вступления в законную силу решения суда об объявлении его умершим. Однако в соответствии с частью четвертой той же статьи „Суд может признать днем смерти лица день его предположительной гибели“.<sup>18</sup>

„Указанная норма допускает исключение и в случае гибели в результате военных действий и предо-

ставляет возможность признать днем смерти предположительный день гибели“.<sup>19</sup>

Соответственно, если в результате расследования станет известно, например, „наиболее вероятное время“ авиа- или железнодорожной катастрофы, катастрофы на море или конкретного факта, связанного с военными действиями, желательно, чтобы суд при вычислении соответственного срока взял за точку отсчета именно этот „момент“. Желательно также, чтобы в дальнейшем суд счел именно этот промежуток времени моментом смерти.<sup>20</sup>

В одном из гражданских дел, по мнению суда, поскольку Вторая мировая война закончилась в 1945 году, временем смерти Мамии следовало счесть два года после завершения военных действий, то есть 1947 год. В таком случае, исходя из статьи 123 Гражданского кодекса, днем смерти Мамии считался бы последний день 1947 года – 31 декабря.<sup>21</sup>

В другом деле Суд счел, что заявитель не смог представить доказательства того, что Нико действительно отправился на Отечественную войну и там пропал без вести. В справках, выданных Департаментом личного состава J-1 Объединенного штаба Вооруженных сил Грузии и районной администрацией Чугуретского района г. Тбилиси указано, что сведений о Нико и его призыве на Великую Отечественную войну найти не удалось. В данном случае магистр при рассмотрении заявления опирался на показания свидетелей (свидетели проживали по тому же адресу, по которому числился Нико), в которых они указали, что Нико не проживает по конкретному адресу, что там проживает семья Маршания, и что они никогда не видели Нико по этому адресу. Учтя вышеуказанные фактические обстоятельства, суд удовлетворил требование заявителя об объявлении Нико умершим; что касается требования заявителя о признании вероятным годом смерти Нико 1945 год, суд счел это требование необоснованным и не удовлетворил его. Суд указал, что в справке-характеристике, выданной Национальным агентством публичного реестра 21 ноября 2013 года, правозарегистрированный Нико был объявлен умершим, поэтому днем смерти Нико должен быть признан день вступления в законную силу постановления суда.

Постановление суда, объявляющее Нико умершим, является основанием для того, чтобы орган регистрации актов гражданского состояния зарегистрировал смерть Нико.<sup>22</sup>

<sup>16</sup> Решение №2/7056-12 Коллегии по гражданским делам Тбилисского городского суда от 4 июня 2012 г.

<sup>17</sup> Решение №2/497-12 Коллегии по гражданским делам Тбилисского городского суда от 24 января 2012 г.

<sup>18</sup> Постановление №5Ь-870-1084-08 Палаты по гражданским, предпринимательским делам и делам о банкротстве Верховного суда Грузии от 10 марта 2009 года.

<sup>19</sup> Постановление №АС-870-1084-08 Палаты по гражданским, предпринимательским делам и делам о банкротстве Верховного суда Грузии от 10 марта 2009 года.

<sup>20</sup> Кереселидзе Д., Самые общие системные понятия частного права, Тб., 2009, 114 (на груз. языке).

<sup>21</sup> Постановление №АС-681-637-2010 Палаты по гражданским делам Верховного суда Грузии от 25 января 2011 года.

<sup>22</sup> Постановление Тбилисского городского суда от 2 декабря 2013 года (дело №2/14465-13).

По данному делу заявитель внес жалобу на постановление магистрата Тбилисского городского суда от 2 декабря 2013 года, в которой отметил, что обжалуемая часть постановления является безосновательной и необоснованной. Существенным и важным обстоятельством, которое создало угрозу смерти для пропавшего без вести Нико, является то, что он пропал в ходе военных действий во время Второй мировой войны, которая закончилась в 1945 году, и после нее прошло более 67 лет. По мнению автора жалобы, в соответствии с частью 4 статьи 22 ГК Грузии, в случаях, предусмотренных первым и вторым пунктом этой статьи, суд может признать днем смерти лица день его вероятной гибели, что означает, что Нико может быть признан умершим (и так и должно быть) с 1945 года, с последнего дня завершения военных действий, то есть его вероятной гибели, что будет и днем открытия его наследства (место открытия наследства известно – это место его последнего проживания, то есть адрес заявителя). С этого дня супруга Нико Мари была его единственной законной наследницей (других наследников первой очереди у Нико не было) и фактически получила его жилой дом и двор. В 1961 году Мари вновь вступила в брак, и на сегодняшний день ее наследником является заявитель вместе со своим братом. Отказ удовлетворить требование о признании 1945 года вероятным временем смерти Нико не учитывал эти существенные обстоятельства и был выдан по тем предлогом, что требование являлось необоснованным (при этом без указания причин, по которым требование было сочтено необоснованным). По мнению автора жалобы, обжалуемая часть постановления должна быть отменена, и в качестве вероятного времени смерти Нико должен быть указан 1945 год, тем более что вышесказанное было указано в конце третьей и начале четвертой страницы имеющегося в деле постановления апелляционного суда от 16 сентября 2013 года, да и помимо этого, постановлением суда Нико уже был объявлен умершим на том основании, что пропал без вести во время войны, которая закончилась в 1945 году, и в том же постановлении было указано основание для объявления его умершим с этого дня, в соответствии с четвертым пунктом статьи 22 ГК Грузии. Основанием для применения этой нормы являлась первая часть статьи 22 ГК Грузии и показания свидетелей, данные ими на судебном заседании. Исходя из всего вышесказанного, автор жалобы потребовал отменить постановление Тбилисского городского суда от 2 декабря 2013 года в той части, которая не удовлетворила требование заявителя о признании 1945 года вероятным временем смерти Нико. Постановлением Коллегии по гражданским делам Тбилисского городского суда от 10 января 2014 года жалоба заявителя не была удов-

летворена на том основании, что в соответствии с частью второй статьи 22 Гражданского кодекса Грузии, военнослужащий или иное лицо, безвестно пропавшее в ходе военных действий, может быть в судебном порядке объявлено умершим не ранее чем по истечению двух лет после окончания военных действий. В соответствии с этой нормой суд счел, что закон устанавливает определенный срок, по истечению которого лицо может быть объявлено умершим. Прекратить правоспособность лица может только один юридический факт – его смерть. Смерть вызывает не только прекращение правоспособности, но и является основанием для наступления значительных правовых последствий. Именно для такого случая Гражданский кодекс провозглашает презумпцию объявления умершим – предположение о том, что лицо скончалось. В соответствии с частью второй статьи 320 ГК Грузии, судебное решение, которым лицо объявляется умершим, является основанием для того, чтобы орган регистрации актов гражданского состояния зарегистрировал смерть и выдал соответствующее свидетельство о смерти. Исходя из содержания частей третьей и четвертой статьи 22 того же кодекса, суд счел, что автор жалобы не предоставил убедительных доказательств того, что Нико отправился на Отечественную войну и там пропал без вести. В соответствии со справками, выданными Департаментом личного состава J-1 Объединенного штаба Вооруженных сил Грузии и районной администрацией Чугуретского района г. Тбилиси, сведений о Нико, о его призыве на Великую Отечественную войну и пропаже без вести найдено не было. Соответственно, необоснованным было сочтено требование заявителя указать 1945 год в качестве вероятной даты смерти Нико.<sup>23</sup>

В одном из гражданских дел в Тбилисский городской суд обратилась с заявлением Инга с требованием объявить умершей Гиули. Постановлением Коллегии по гражданским делам Тбилисского городского суда от 13 июля 2012 года Инге было отказано в приеме заявления ввиду следующих обстоятельств: представленное заявление не соответствовало требованиям Гражданского процессуального кодекса Грузии, поскольку в нем не были указаны обстоятельства, подтверждающие безвестное отсутствие лица или создающие угрозу смерти безвестно отсутствующего лица, либо предоставляющие основания считать лицо погибшим в результате определенного несчастного случая. Хотя заявительница указала, что объявление Гиули умершей было необходимо ей для приватизации квартиры, она не представила убедительных доказательств этого. К заявлению также не прилагалось убедительное доказательство того, что

<sup>23</sup> Постановление Коллегии по гражданским делам Тбилисского городского суда от 2 августа 2012 года (дело №2/9015-12).

Инга обратилась в Агентство гражданского реестра с требованием найти запись акта о смерти Гиули.

Инга обжаловала постановление Коллегии по гражданским делам Тбилисского городского суда от 13 октября 2012 года, отметив, что постановление неверно и должно быть отменено по следующим причинам: магистр счел, что заявительница должна была указать обстоятельства, подтверждающие безвестное отсутствие лица или дающие основание предполагать его вероятную гибель в результате определенного несчастного случая. По мнению автора жалобы, такое указание было бы верным в случае, если бы она требовала объявить Гиули умершей на основании обстоятельств, создающих угрозу ее жизни или дающих основание предполагать ее гибель в результате определенного несчастного случая. А Инга не требовала объявить Гиули умершей на этих основаниях, она потребовала объявить гражданку умершей на основании первого обстоятельства, указанного в статье 22 ГК Грузии (поскольку в течение пяти лет нет сведений о ее местонахождении), и сослалась на удостоверяющие это обстоятельство доказательства – информационную карточку и показания свидетелей. Инга указала в жалобе, что основанием для отказа принять ее жалобу было то, что к заявлению не прилагались удостоверяющие доказательства того, что она обратилась в Агентство гражданского реестра с требованием найти акт о смерти Гиули. В своей жалобе Инга заострила внимание на том, что статьи 317-321 ГК Грузии являются специальными нормами и не включают такого требования. При этом Инга требовала объявить умершей гражданку, которая много лет назад выехала в другую страну, и о которой не было сведений в течение более пяти лет. Инга не доказывает, что Гиули скончалась, и не требует установить факт ее смерти, а требует только объявить ее умершей. По мнению заявительницы, статьи 317-321 ГК Грузии допускают возможность того, что гражданин может быть жив и даже объявится в будущем, однако до тех пор могут существовать основания для объявления его умершим. Соответственно, Инга не могла обратиться в Национальное агентство гражданского реестра с требованием найти запись акта о смерти Гиули.

Своим постановлением от 2 августа 2012 года Коллегия по гражданским делам Тбилисского городского суда отказалась удовлетворить жалобу Инги на следующих основаниях: в заявлении, которым заявитель требует объявить лицо умершим, должна быть указана цель заявителя, а также обстоятельства, подтверждающие безвестное отсутствие лица или его смерть, срок безвестного отсутствия лица, а также меры, принятые заявителем для поиска лица. При этом должны быть представлены доказательства,

подтверждающие указанные в заявлении обстоятельства, в соответствии с подпунктом „д“ первого пункта статьи 178 ГПК Грузии. Суд отметил, что в рассматриваемом случае заявление Инги не удовлетворяет требование указанной статьи, соответственно, ее жалоба с целью отмены постановления суда является необоснованной.<sup>24</sup>

### VIII. Бремя доказывания

Заявитель, то есть заинтересованное лицо, должен представить надлежащие доказательства в подтверждение того, что местонахождение физического лица неизвестно и на протяжении двух или пяти лет оно не появлялось по месту своего жительства. Таким образом, бремя доказывания вышесказанного лежит на заявителе. В одном из дел суд заострил внимание на том, что в заявлении не были приведены обстоятельства, которые могли подтвердить безвестное отсутствие гражданина; не было представлено и доказательств в подтверждение основания для такого требования; а для идентификации лица, которое должно было быть признано безвестно отсутствующим, не было представлено идентифицирующего личность документа, в котором были бы указаны дата и место рождения и другие данные лица, которое должно было быть признано безвестно отсутствующим: например, актовая запись о рождении, свидетельство о рождении, архивная справка о рождении, паспорт, форма №1 и др. Суд в этом деле также счел, что заявитель должен был представить справку из Агентства гражданского реестра о времени последней выдачи паспорта (удостоверения личности гражданина) лицу, которое должно было быть признано безвестно отсутствующим; а также справку о судимости этого лица из Агентства обслуживания Министерства внутренних дел Грузии и информацию о пересечении границы; а также следовало указать личность и реквизиты свидетелей.<sup>25</sup>

Следует отметить, что признание гражданина безвестно отсутствующим и объявление умершим имеет чрезвычайно серьезные правовые последствия, поэтому заключения суда относительно признания лица безвестно отсутствующим и объявления его умершим должны опираться на такие обстоятельства, которые позволяют с большой степенью вероятности делать предположения об этих фактах.<sup>26</sup> Непросто найти все истинные доказательства, которые докажут, что установить местонахождение лица и найти его невозможно, однако исходя из распространенной судебной

<sup>24</sup> Постановление Коллегии по гражданским делам Тбилисского городского суда от 2 августа 2012 года (дело №2/9015-12).

<sup>25</sup> Постановление №2/497-12 Коллегии по гражданским делам Тбилисского городского суда от 24 января 2012 года.

<sup>26</sup> *Лилуашвили*, Гражданское процессуальное право, 2005, стр. 439 (на груз. языке).

практики можно указать такие важные доказательства, подтверждающие вышесказанное, как справка, выданная Агентством социального обеспечения в отношении лица пенсионного возраста о том, что в течение последних двух или пяти лет он не получал пенсию; также справка, выданная Департаментом защиты границ Грузии о том, что лицо не пересекло границу Грузии; а если гражданин Грузии выехал за границу, и в иностранном государстве нет сведений о его местонахождении, тогда справка, выданная компетентным органом этого государства о невозможности установить местонахождение лица; одним из таких доказательств может быть также справка о судимости этого лица, которая помогает установить, что в течение последних двух (для признания безвестно отсутствующим) или пяти (для объявления умершим) лет лицо не было судимо и не находится в местах лишения свободы; важным доказательством можно считать и справку, полученную от грузинских налоговых органов, финансовых институтов, в частности, коммерческих банков, микрофинансовых организаций и страховых компаний, о том, что данное лицо в течение последних двух или пяти лет не пользовалось банковскими или страховыми услугами и за указанный период у него не возникло новых бюджетных задолженностей. Как уже отмечалось, перечисленные выше доказательства могут не предоставить неопровержимого подтверждения того, что установить местонахождение лица невозможно, однако в каждом конкретном случае при производстве по подобному делу судья только тогда признает лицо безвестно отсутствующим или объявляет умершим, если представленные по делу документы позволяют ему обоснованно предположить, что местонахождение лица действительно неизвестно.

О том, что признание лица безвестно отсутствующим основано на предположении, гласит статья 112 Гражданского кодекса Франции, согласно которой, признание лица безвестно отсутствующим представляет собой двухэтапный процесс; это означает, что для начала суд должен принять решение о подтверждении презумпции безвестного отсутствия лица в судебном порядке; в течение 10 (десяти) лет с момента принятия такого решения заинтересованное лицо вправе обратиться в суд и потребовать признать такое лицо безвестно отсутствующим. Законодательство Франции требует обнародования подобных решений, в противном случае они не будут иметь юридической силы.<sup>27</sup>

Внимания заслуживает тот факт, что в первой части статьи 320 ГК Грузии повторено содержание второго предложения первой части статьи 21 ГК Гру-

зии. В соответствии с процессуальной нормой, судебное решение, признающее гражданина безвестно отсутствующим, является основанием для того, чтобы имущество безвестно отсутствующего лица было передано в управление его законным наследникам в виде доверенной собственности (ГПК Грузии, ст. 320 I), поэтому вышесказанное обязательно должно быть упомянуто в резолюционной части решения суда.

В отличие от решения суда об объявлении лица умершим, процессуальное законодательство и закон Грузии „О гражданских актах“ не считают необходимым, чтобы орган регистрации актов гражданского состояния делал соответствующую запись о признании лица безвестно отсутствующим.

#### **IX. Последствия появления лица, признанного безвестно отсутствующим или объявленного умершим**

Норма, аналогичная статьям 21.2 и 23.1 ГК Грузии, предусмотрена также первой частью статьи 321 Гражданского процессуального кодекса, согласно которой, в случае появления признанного безвестно отсутствующим или объявленного умершим лица или обнаружения его местонахождения, суд той же инстанции новым решением или магистр новым постановлением аннулируют свое предыдущее решение или постановление. Например, постановлением Тбилисского городского суда от 10 октября 2014 года Серго был объявлен умершим; впоследствии сам Серго обратился с заявлением в суд и потребовал отменить постановление, объявившее его умершим. Решением Тбилисского городского суда от 30 сентября 2015 года заявление Серго было удовлетворено; было отменено решение Тбилисского городского суда от 10 октября 2014 года (по гражданскому делу 2/9723-14) об объявлении умершим Серго (дата рождения – .... год, личный №....); магистр в том же постановлении указал, что данное постановление является основанием для отмены записи акта о смерти в органе регистрации актов гражданского состояния. Тем же постановлением был определен порядок его обжалования, в частности, путем внесения жалобы в Коллегию по гражданским делам Тбилисского городского суда в течение 10 дней с момента представления обоснованного постановления. Магистр в резолюционной части того же постановления указал и то, что в случае вступления постановления в законную силу другие заинтересованные в этом постановлении лица могут обжаловать его в Коллегии по гражданским делам Тбилисского городского суда в течение одного месяца с момента уведомления о постановлении.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Гражданское и торговое право зарубежных государств, I том, 2004, с.р.119.

<sup>28</sup> Постановление Тбилисского городского суда от 30 сентября 2015 года (дело №2/9723-14).

## Развитие европейской судебной практики по защите прав человека в судах присяжных

### I. Введение

Суд присяжных является новым институтом в Грузии. Естественно, внедрение в уголовный процесс нового по сути механизма рассмотрения дел связано с законодательными и практическими проблемами, которые проявляются постепенно. Особого внимания требуют те вызовы, которые связаны с защитой прав человека при рассмотрении дела судом присяжных.

Цель статьи – анализ связанной с судом присяжных проблематики в плане права на справедливое рассмотрение дела, гарантируемого Конвенцией по защите прав человека и основных свобод (далее „Конвенция“) с целью выявления возможных вызовов с точки зрения соблюдения прав человека в результате действия этого института в Грузии. В частности, в статье подчеркиваются те аспекты суда присяжных, которые Европейский суд по правам человека (далее „Европейский суд“) помещает в рамки действия права на справедливое рассмотрение дела, гарантируемого статьей 6 Конвенции; в статье изучаются различия или аналогии стандартов справедливого суда в случае рассмотрения дела судом с участием или без участия присяжных. После анализа стандартов Европейского суда в статье подчеркивается роль этих стандартов для законодательства и практики Грузии. Ввиду ограниченного объема статьи, анализ не включает в себя стандарты обоснования.

Практика Европейского суда в отношении суда присяжных, конечно, основана на практике Европейской комиссии по правам человека (далее ЕКПЧ), и поэтому также затронута в настоящей статье. В статье рассматриваются решения о приемлемости, а также постановления Суда, принятые в результате рассмотрения жалоб по существу.

<sup>1</sup> Консультант Совета Европы по правам человека в европейском праве. Докторант юридического факультета Тбилисского государственного университета.

### II. Практика Европейской комиссии по правам человека и Европейского суда по правам человека в отношении суда присяжных и возможные вызовы в Грузии

При анализе стандартов Конвенции, как правило, акцент делается на решениях Европейского суда. Это естественно, поскольку именно постановления Суда, принятые в результате рассмотрения дела по существу, предоставляют основную информацию о содержании и объеме прав человека. Тем не менее, статистика решений о приемлемости,<sup>2</sup> в результате которых жалобы были отклонены как неприемлемые для рассмотрения, имеет не меньшую содержательную нагрузку и значение для целей данного обзора.

В частности, в Интерлакенской декларации, принятой на конференции на высоком уровне, посвященной будущему Европейского суда, была отмечена необходимость сократить количество неприемлемых жалоб.<sup>3</sup> Конференция призвала подписавшиеся государства и Европейский суд распространять больше информации о Конвенции и основанной на ней практике, включая критерии приемлемости.<sup>4</sup> Неприемлемые жалобы затрудняют работу Европейского суда и ставят под угрозу эффективность рассмотрения предположительно тяжких правонарушений.<sup>5</sup>

Статистика жалоб, внесенных в отношении Грузии, также явно указывает на этот тревожный дисбаланс между количеством решений и постановлений, о необходимости исправления которого говорится и в Интерлакенской декларации.<sup>6</sup> Из всех индивидуальных жалоб, поданных против Грузии в 2014 году, 102 жалобы были переданы в судебное формирование, 273 жалобы не были приняты или были исключены из списка, и только 3 жалобы были рассмотрены.<sup>7</sup>

Общие стандарты и стандарты приемлемости жалоб в отношении суда присяжных были впервые разработаны в практике Европейской комиссии. Позднее Европейский суд в своей дальнейшей практике развил и утвердил некоторые направления. Некоторые соображения Европейской комиссии в отношении стандартов суда присяжных Европейский суд в дальнейшем отверг и установил новые подходы. Некоторые жалобы, связанные с судом присяжных,

<sup>2</sup> Этот и другие термины взяты из грузинской версии Европейской конвенции по защите прав человека, изданной офисом Совета Европы в Грузии (с дополнением 11-го и 14-го протоколов).

<sup>3</sup> High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Interlaken Declaration, 19 February 2010, Conference, (6).

<sup>4</sup> Там же, Action Plan, C-6.

<sup>5</sup> Practical Guide on Admissibility Criteria, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2014, стр. 7.

<sup>6</sup> High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Interlaken Declaration, 19 February 2010, PP 9-i.

<sup>7</sup> The European Court of Human Rights in Facts & Figures, European Court of Human Rights, 2014, стр. 8.

которые пришлось рассматривать Комиссии, никогда не представлялись в Европейский суд. С учетом этого, при анализе практики Комиссии следует определять, нашел ли тот или иной стандарт развитие в практике Европейского суда, и в каком направлении шло это развитие.

Первое постановление Европейской комиссии, где упоминается суд присяжных, касается требования гражданина Норвегии о повторном рассмотрении его дела.<sup>8</sup> В 1951 году он был обвинен в сотрудничестве с нацистским режимом во время оккупации Норвегии. Согласно аргументации заявителя, суд присяжных не был уполномочен рассматривать дело такой категории, по которому ему было выдвинуто обвинение.

Тем не менее, Европейская комиссия в своем постановлении не коснулась суда присяжных, поскольку не приняла жалобу к рассмотрению по существу на основании *ratione personae* (в период предполагаемого нарушения права Конвенция еще не вступила в силу в отношении Норвегии) и *ratione materiae* (право на повторное судебное разбирательство не предусмотрено статьей 6 Конвенции).<sup>9</sup>

## 1. Право на суд присяжных

### а) Европейская комиссия

Комиссии принадлежит важное пояснение относительно того, нарушает ли отказ лицу в рассмотрении его дела судом присяжных требования статьи 6 Конвенции. Комиссия не приняла к рассмотрению по существу жалобу по делу *X и Y против Ирландии* и постановила, что статья шестая Конвенции не регулирует рассмотрение дела судом присяжных как элемент справедливого процесса.<sup>10</sup>

### б) Европейский суд

Упомянутый подход Европейской комиссии утвердил в своей практике и Европейский суд. Суд не принимает к рассмотрению по существу как явно необоснованные те жалобы, в которых заявитель обжалует отказ от рассмотрения его дела судом присяжных; либо то обстоятельство, что судебный председатель суда присяжных принял решение о допустимости доказательств и тем самым осуществил узурпацию функции суда присяжных как суда, устанавливающего факты; или же высказывает требование о том, чтобы апелляционный суд установил факт вместо

суда присяжных.<sup>11</sup> В связи с этим Европейский суд отмечает, что требование о справедливости судопроизводства не означает обязательное рассмотрение дела судом присяжных.<sup>12</sup> Как дополнительно пояснил Европейский суд в более поздней практике, в определенных государствах, подписавших Конвенцию, рассмотрение дела судом присяжных обеспечивает справедливость системы уголовного правосудия, однако это не является определяющим и существенным элементом справедливости судебного рассмотрения дела в целях пункта первой статьи 6 Конвенции.<sup>13</sup>

### в) Грузия

Уголовно-процессуальный кодекс Грузии (далее УПК Грузии) не все уголовные дела относит к юрисдикции суда присяжных.<sup>14</sup> Вместе с этим, при наличии определенных обстоятельств, дело, подлежащее рассмотрению судом присяжных, может быть рассмотрено без участия присяжных.<sup>15</sup> Исходя из этого, вполне возможно, что в жалобах против Грузии, поданных в Европейский суд, будет высказана претензия, что рассмотрение дела заявителя без участия присяжных противоречит статье 6 Конвенции. В соответствии с рассмотренной выше практикой, такие претензии Европейский суд не принимает к рассмотрению по существу как явно необоснованные.

## 2. Косвенные показания

### а) Европейская комиссия

По делу *Бластланд против Соединенного Королевства* Комиссия сделала важное заявление в отношении допущения косвенных показаний в качестве доказательств в суде присяжных.<sup>16</sup> По утверждению заявителя, неправильная категоризация показаний как прямых, так и косвенных в суде присяжных и, соответственно, их выборочное допущение в качестве доказательств, нарушило принцип равноправия сторон. В связи с этим Комиссия отметила, что в контексте суда присяжных назначение косвенных показаний и правил о наилучших доказательствах заключается отчасти в том, чтобы гарантировать представление присяжным наилучших доказательств, на основании

<sup>11</sup> *A.J.D. против Соединенного Королевства (A.J.D. v. the United Kingdom)*, жалоба №46290/99, постановление Европейского суда по правам человека от 23 ноября 1999 года.

<sup>12</sup> *A.J.D. против Соединенного Королевства (A.J.D. v. the United Kingdom)*, жалоба №46290/99, постановление Европейского суда по правам человека от 23 ноября 1999 года.

<sup>13</sup> *Климентьев против России (Klimentyev v. Russia)*, жалоба №46503/99, постановление Европейского суда по правам человека от 17 сентября 2002 года, пункт 4.

<sup>14</sup> УПК Грузии, статья 226.

<sup>15</sup> Там же.

<sup>16</sup> *Бластланд против Соединенного Королевства (Blastland v. the United Kingdom)*, жалоба №12045/86, постановление Европейской комиссии по правам человека от 7 мая 1987 года.

<sup>8</sup> *X против Норвегии (X v. Norway)*, жалоба №2369/64 постановление Европейской комиссии по правам человека от 3 апреля 1967 года.

<sup>9</sup> Там же.

<sup>10</sup> *X и Y против Ирландии (X and Y v. Ireland)*, жалоба №8299/78, постановление Европейской комиссии по правам человека от 10 октября 1980 года.



которых они смогут оценить надежность свидетеля и его поведение, а отчасти в том, чтобы не допустить учета доказательств, не перепроверенных путем перекрестного допроса. Комиссия лаконично постановила, что принцип равноправия в данном деле не был нарушен, и не приняла жалобу к рассмотрению по существу.<sup>17</sup>

В связи с косвенными показаниями, Комиссии впоследствии пришлось еще раз вынести суждение по вопросу о том, нарушает ли оглашение рапорта в суде присяжных, без допроса составившего рапорт полицейского, право на справедливое судебное разбирательство, гарантированное статьей 6 Конвенции.<sup>18</sup> Суд присяжных в Норвегии рассматривал уголовное дело в отношении заявителя по обвинению в совершении преступления, связанного с наркотиками. Рапорт был подготовлен Интерполом Дании и касался аналогичного преступления, совершенного заявителем за пределами Норвегии. Рапорт был оглашен в суде присяжных. Обвиняемый заявил, что не давал показаний датскому Интерполу. Заявитель обратился в Европейскую комиссию с жалобой на нарушение требований подпункта „г“ пункта 3 статьи 6 Конвенции<sup>19</sup>.

Европейская комиссия отметила, что рапорт Интерпола не являлся единственным доказательством в уголовном деле, заведенном в отношении заявителя. Действительно, было невозможно установить, в какой степени суд присяжных опирался на это доказательство при вынесении вердикта, однако Комиссия отметила, что оценка виновности лица не входит в ее функции. Европейская комиссия перенесла все внимание на приемлемость рапорта в качестве доказательства и сочла, что ничто не указывало на незаконность получения этого доказательства, и требования статьи 6 не были нарушены. В итоге жалоба не была принята к рассмотрению по существу.<sup>20</sup>

#### б) Европейский суд

Тема косвенных показаний получила детальное развитие в практике Европейского суда. В частности, суд с большим вниманием относится к вопросу о возможности оглашения депонированных показаний и невозможности перекрестного допроса в контексте справедливого судебного рассмотрения. Европей-

ский суд доработал практику Европейской комиссии и сформулировал три следующих правила.

Европейский суд проверяет наличие уважительной причины для неопрашивания свидетеля в суде.

После этого Европейский суд проверяет, не были ли показания свидетеля единственным или решающим доказательством для выдвижения обвинения в отношении ответчика. В данном контексте „решающий“ означает нечто большее, чем слова „доказательная сила“. То есть, без этого доказательства возможность осуждения лица сокращается и растет возможность его оправдания. Этот термин не следует толковать ограничительно и нужно использовать в отношении тех важных доказательств, от которых зависит исход дела. Когда показания без явки свидетеля подкрепляются другими подтверждающими доказательствами, оценка того, насколько доказательство является решающим, зависит от доказательной силы подтверждающих доказательств. Чем больше доказательная сила подтверждающих доказательств, тем больше вероятность того, что показания отсутствующего свидетеля не будут сочтены „решающими“.<sup>21</sup>

Если показания отсутствующего свидетеля являются единственным доказательством или имеют решающее значение для обвинения лица, это может означать, что степень ограничения права на защиту несовместима с гарантиями, предусмотренными статьей 6. Поэтому, в таком случае (когда показания отсутствующего свидетеля являются единственным или решающим основанием для обвинения), должны присутствовать достаточные уравновешивающие факторы, включая серьезные процессуальные гарантии, которые обеспечат справедливую и надлежащую оценку правдивости доказательств.<sup>22</sup>

Европейский суд постановил, что гарантия, содержащаяся в пункте 3, подпункте „г“ шестой статьи Конвенции, является конкретным аспектом права на справедливое разбирательство, предусмотренное первым пунктом статьи 6, который должен быть принят во внимание при оценке справедливости судопроизводства в целом.<sup>23</sup> Соответственно, те случаи, в которых обвиняемый не имел возможности допросить свидетеля обвинения, поскольку последний скончался или не явился на процесс, а суд допустил его ин-

<sup>17</sup> Там же.

<sup>18</sup> *М. против Норвегии (M. v. Norway)*, жалоба №14483/88, постановление Европейской комиссии по правам человека от 10 февраля 1992 года.

<sup>19</sup> „3. Каждый обвиняемый... имеет как минимум следующие права:

...

г) допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены...“

<sup>20</sup> *М. против Норвегии (M. v. Norway)*, жалоба №14483/88, постановление Европейской комиссии по правам человека от 10 февраля 1992 года.

<sup>21</sup> *Хорнкасл и другие против Соединенного Королевства (Horncastle and others v. the United Kingdom)*, жалоба №4184/10, решение Европейского суда по правам человека от 16 декабря 2014 года, пункт 131.

<sup>22</sup> *Аль-Хаваджа и Тахери против Соединенного Королевства (Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom)*, жалобы №26766/05 и 22228/06, решение Большой палаты Европейского суда по правам человека от 15 декабря 2011 года, пункт 119.

<sup>23</sup> *Аль-Хаваджа и Тахери против Соединенного Королевства (Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom)*, жалобы №26766/05 и 22228/06, решение Большой палаты Европейского суда по правам человека от 15 декабря 2011 года, пункт 118.

формацию в качестве доказательства, Европейский суд рассматривает с учетом двух вышеуказанных норм.<sup>24</sup> В этом контексте, при оценке справедливости судопроизводства в целом Европейский суд принимает во внимание также заинтересованность общества и пострадавшего в том, чтобы преступление было наказано в уголовном порядке.<sup>25</sup>

## 2.1. Решающее доказательство в суде присяжных

### а) Европейский суд

Что касается косвенных доказательств, Европейский суд еще более конкретизировал свою практику в отношении допустимости решающих доказательств в суде присяжных. Как неоднократно отмечал Европейский суд, хотя статья шестая Конвенции защищает право лица на справедливое судебное разбирательство, она не устанавливает правил допустимости доказательств. Установление этих правил является прерогативой внутригосударственного законодательства, а функция Европейского суда – оценивать справедливость судопроизводства в целом.<sup>26</sup> При этом Европейский суд считает, что внутригосударственный суд находится в лучшем положении для оценки доказательств, установления фактов или толкования внутригосударственного законодательства, чем Европейский суд.<sup>27</sup>

В деле *Хорнкасл и другие против Соединенного Королевства*, против заявителя существовали депонированные показания пострадавшего, полученные в ходе следствия. Ввиду кончины пострадавшего, у обвиняемых не было возможности допросить его в ходе судебного разбирательства. При этом пострадавший состоял на учете, как алкоголик, во время предполагаемого нападения на него заявителей был пьян и по его собственному признанию, „смутно“ помнил детали нападения.<sup>28</sup>

При оценке того, были ли показания пострадавшего решающими для осуждения заявителя судом присяжных, Европейский суд перенес основной ак-

цент на процессуальные гарантии и их применение, поскольку, даже если бы доказательства были решающими для осуждения, это само по себе не нарушило бы требования шестой статьи Конвенции. Европейский суд обратил внимание на то, что судья первой инстанции рассмотрел ходатайство о недопущении показаний пострадавшего в качестве доказательства до его оглашения и детально обосновал свой отказ в удовлетворении ходатайства; судья объяснил присяжным значение показаний пострадавшего и дал указание со вниманием отнестись к этой информации; он объяснил, каким образом тот факт, что ввиду кончины пострадавшего не представлялось возможным его допросить, ограничивал право на защиту. У обвиняемых была возможность поставить под сомнение правдивость показаний пострадавшего. Их подробно информировали о состоянии здоровья пострадавшего, и они могли оспорить правдивость показаний, указав на алкоголизм пострадавшего и „смутность“ памяти. В конечном итоге, Европейский суд убедился в том, что в совокупности с другими доказательствами обвинения, при использовании процессуальных гарантий, предусмотренных европейским законодательством, присяжные могли справедливо и надлежащим образом оценить показания пострадавшего. Соответственно, требования пункта 1 статьи 6 и подпункта „г“ пункта 3 статьи 6 Конвенции нарушены не были.<sup>29</sup>

По делу *Аль-Хаваджа и Тахери против Соединенного Королевства* первый заявитель – господин Аль-Хаваджа был обвинен в половом преступлении в отношении двух своих пациенток. Одна из пациенток скончалась до судебного разбирательства, однако до ее кончины в полиции были задепонированы показания, которые в дальнейшем были оглашены в суде присяжных. Судья объяснил присяжным, что содержание показаний имело существенное значение в отношении одного из эпизодов предполагаемого преступления, поскольку в этой части не было других доказательств. Сторона защиты согласилась с тем фактом, что, поскольку показания были оглашены присяжным, они имели возможность опровергнуть их, устроив перекрестный допрос других свидетелей. Во время судебного разбирательства присяжные заслушали других свидетелей, в том числе другого истца и двух подруг скончавшейся, которым пострадавшая рассказала о случившемся. У стороны защиты была возможность перекрестного допроса всех свидетелей, которые дали устные показания. В своем напутствии судья первой инстанции напомнил присяжным, что они не заслушали показания скончавшейся пострадавшей и не присутствовали на ее перекрестном допросе, и что предположения были опровергнуты.

<sup>24</sup> *Бонев против Болгарии (Bonev v. Bulgaria)*, жалоба №60018/00, решение Европейского суда по правам человека от 8 июня 2006 года, пункт 40.

<sup>25</sup> *Хорнкасл и другие против Соединенного Королевства (Horncastle and others v. the United Kingdom)*, жалоба №4184/10, решение Европейского суда по правам человека от 16 декабря 2014 года, пункт 130.

<sup>26</sup> *Фрамкин против России (Frumkin v. Russia)*, жалоба №74568/12, решение Европейского суда по правам человека от 5 января 2016 года, пункт 159.

<sup>27</sup> *Булычевы против России (Bulychevy v. Russia)*, жалоба №24086/04, решение Европейского суда по правам человека от 8 апреля 2010 года, пункт 32.

<sup>28</sup> *Хорнкасл и другие против Соединенного Королевства (Horncastle and others v. the United Kingdom)*, жалоба №4184/10, решение Европейского суда по правам человека от 16 декабря 2014 года.

<sup>29</sup> Там же, пункты 142 и 143.

Первый заявитель был признан виновным в половом преступлении по обоим эпизодам.

Второй заявитель – господин Тахери – обвинялся в преднамеренном причинении тяжкого ущерба с применением холодного оружия. Никто из допрошенных на месте происшествия не заявил о том, что видел, как заявитель ранил пострадавшего, однако два дня спустя пострадавший дал показания в полиции, в которых инкриминировал заявителя. На судебном процессе прокурор ходатайствовал об оглашении показаний пострадавшего, поскольку последний был запуган. Показания были оглашены перед присяжными в отсутствие самого свидетеля. Второй заявитель также дал показания, в которых опротестовал показания пострадавшего. Судья в своем напутствии предупредил присяжных о риске, связанном с вынесением решения на основе показаний пострадавшего, с учетом того, что перекрестного допроса этого свидетеля проведено не было. Заявитель был осужден и приговор в его отношении был оставлен в силе апелляционным судом.

Заявители подали жалобу в Европейский суд, заявив, что признание их виновными в значительной степени основывалось на показаниях тех свидетелей, которые не были подвергнуты перекрестному допросу на суде, соответственно, этим было нарушено их право на справедливое судебное разбирательство. Решением Большой Палаты ЕСПЧ от 20 января 2009 года в отношении обоих дел было единогласно установлено нарушение требований пункта 1 статьи 6 в совокупности с подпунктом „г“ пункта 3 статьи 6 Конвенции на следующем основании: отсутствие возможности перекрестного допроса свидетелей не было эффективно сбалансировано в ходе судопроизводства.<sup>30</sup>

По делу первого заявителя Большая палата однозначно сочла, что кончина пострадавшей обусловила необходимость допустить ее показания в качестве доказательств. Судья ясно объяснил суду присяжных важность показаний (без этих показаний не было иной возможности доказать совершение г-ном Аль Хаваджа первого эпизода полового преступления). В таком случае доказательство является решающим. Надежность депонированных и оглашенных показаний подтверждалась тем фактом, что между этими показаниями и тем, что пострадавшая рассказала подругам, имелись только незначительные расхождения, а подруга дала показания в суде. При этом было значительное сходство между действиями, описанными скончавшейся пострадавшей, и действиями, описанными второй пострадавшей. В случае аморальных действий врача в отношении пациентки во время личной консультации, в которой фигурировали

только врач и пострадавшая, было бы сложно представить более убедительные доказательные показания, особенно учитывая тот факт, что все остальные свидетели дали показания в суде и их правдивость была перепроверена путем перекрестного допроса на процессе. Несмотря на это, при рассмотрении дела в апелляционном порядке, напутствие судьи присяжным было сочтено недостаточным. Апелляционный суд отметил, что это напутствие присяжным должно было быть более ясным в том плане, что показаниям пострадавшей следовало присвоить меньшую силу, поскольку присяжные не видели ее и не выслушали ее показаний. С учетом всего этого и доказательств, представленных в подтверждение показаний пострадавшей, Большая палата сочла, что у присяжных была возможность для справедливой и надлежащей оценки обвинения пострадавшей в отношении первого заявителя. С учетом этих обстоятельств и исходя из того, что процесс в целом был признан справедливым, суд счел, что было выявлено достаточно факторов для того, чтобы допустить показания скончавшейся пострадавшей в качестве доказательств и использовать их. Требования пункта 1 и подпункта „г“ пункта 3 статьи 6 не были нарушены.

В деле второго заявителя свидетель был единственным, кто утверждал, что видел момент ранения. Эти показания были явно решающим доказательством, без которого обвинение было бы снято. Напутствия судьи присяжным о необходимости с осторожностью оценивать показания свидетеля были недостаточны. Заявитель был лишен возможности опротестовать действительность и надежность показаний свидетеля путем перекрестного допроса. Заявитель не мог пригласить другого свидетеля, который опроверг бы эти показания. По оценке Большой палаты, не имеет значения, насколько ясно и убедительно было выражено предупреждение судьи в адрес присяжных об опасности, связанной с вынесением решения на основе непроверенных доказательств. Предупреждение не может быть сочтено достаточным уравновешивающим фактором в случае, когда непроверенные показания свидетеля государственного обвинения против заявителя являются единственным решающим доказательством. Присяжные заседатели были лишены возможности справедливо и надлежащим образом оценить показания свидетеля.

Большая палата постановила, что требования пункта 1 и подпункта „г“ пункта 3 статьи 6 Конвенции были нарушены.

#### б) Грузия

Решением Конституционного суда Грузии от 22 января 2015 года было признано неконституционным нормативное содержание второго предложения части

<sup>30</sup> *Аль-Хаваджа и Тахери против Соединенного Королевства (Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom)*, жалобы №26766/05 и 22228/06, решение Европейского суда по правам человека от 20 января 2009 года.

второй статьи 12 УПК Грузии, которое допускало возможность вынесения обвинительного приговора на основании косвенных показаний, а также нормативное содержание первой части статьи 169 УПК Грузии, которая предусматривала возможность признания лица виновным на основании косвенных показаний.<sup>31</sup>

В случае, если нормативное содержание нормы признается Конституционным судом неконституционным, тем самым норма не теряет своей силы. Вместо этого, применяющий норму орган (должностное лицо) или другое заинтересованное лицо должны руководствоваться суждением, представленным в мотивационной части решения Конституционного суда, и соответственно определять содержание и объем оставленной в силе нормы. В своем решении Конституционный суд отметил, что использование косвенных показаний не всегда является нарушением требований статьи 6 Конвенции. Рассмотренная выше практика Европейской комиссии и Европейского суда, в совокупности с постановлением Конституционного суда Грузии, является тем руководящим стандартом, при помощи которого решается вопрос о конституционности использования косвенных показаний в суде присяжных и соответствии требованиям статьи 6 Конвенции.

### 3. Выборы суда присяжных

#### а) Европейская комиссия

В деле *Кремцов против Австрии* Комиссия постановила, что то обстоятельство, что стороны не имели возможность участвовать в выборе присяжных заседателей, не противоречило первому пункту статьи 6 Конвенции.<sup>32</sup> Для Комиссии оказалось достаточным то обстоятельство, что решения о выборе присяжных были приняты председателем уполномоченного органа – областного суда. Жалоба в этой части не была принята для рассмотрения по существу.<sup>33</sup>

#### б) Европейский суд

Подход Европейской комиссии в отношении выбора присяжных заседателей подтвердила и практика Европейского суда. В своем последнем решении по делу *Пичугин против России*<sup>34</sup> Европейский суд указал на дело *Кравцова* и повторил, что статья 6 Конвенции не обязывает законодателя обеспечивать

право сторон в уголовном процессе – участвовать в выборе присяжных заседателей. Европейский суд отметил, что национальное законодательство предоставляло заявителю право задать вопросы кандидатам, чтобы установить причины их возможного отвода и выразить обоснованный или необоснованный протест против некоторых кандидатов или всего состава присяжных. Европейский суд, как и Комиссия по делу *Кравцова*, постановил, что в деле *Пичугина* предусмотренное пунктом 1 статьи 6 право на независимый и беспристрастный суд не было нарушено вследствие выбора и состава присяжных.

#### в) Грузия

В соответствии с Уголовно-процессуальным кодексом Грузии, сторона защиты имеет право принимать участие в выборе присяжных, задавая вопросы кандидатам в присяжные и подавая ходатайства об отводе.<sup>35</sup> Однако в конечном итоге присяжных назначает председатель заседания.<sup>36</sup>

На основании вышеуказанного анализа практики Европейской комиссии и Европейского суда можно сказать, что в случае, если вопрос об участии стороны защиты в формировании состава суда присяжных в Грузии будет оспорен в Европейском суде, нарушения требований статьи 6 Конвенции установлено не будет.

### 4. Беспристрастность суда присяжных

#### а) Европейская комиссия

В своей практике Комиссии приходилось судить о том, может ли быть беспристрастным судья, который является председателем суда присяжных и в то же время принимает решение о применении мер пресечения в отношении обвиняемого.<sup>37</sup> Комиссия сочла, что рассмотрение вопроса о применении мер пресечения не мешает тому же судье беспристрастно исполнять функции председателя суда присяжных. Жалоба не была принята к рассмотрению по существу.<sup>38</sup>

В деле *Кремцова* Комиссия отметила, что в данном случае, предусмотренное первым пунктом статьи 6 право на независимый и беспристрастный суд не было нарушено вследствие выбора и состава присяжных. Хотя во внимание следует принять то обстоятельство, что Комиссия подчеркнула, что вопрос о пристрастности присяжных не ставился.<sup>39</sup>

<sup>31</sup> *Гражданин Грузии Зураб Микадзе против Парламента Грузии*, решение №1/1/548, III-2 Конституционного суда Грузии от 22 января 2015 года.

<sup>32</sup> *Кремцов против Австрии (Kremzow v. Austria)*, жалоба №12350/86, постановление Европейской комиссии по правам человека от 5 сентября 1990 года.

<sup>33</sup> Там же.

<sup>34</sup> *Пичугин против России (Pichugin v. Russia)*, жалоба №38623/03, пункты 180 и 181 решения Европейского суда по правам человека от 23 октября 2012 года.

<sup>35</sup> Статья 225 УПК Грузии.

<sup>36</sup> Статья 224 УПК Грузии.

<sup>37</sup> *Шмид против Австрии (Schmid v. Austria)*, жалоба №13783/88, постановление Европейской комиссии по правам человека от 14 декабря 1989 года.

<sup>38</sup> Там же.

<sup>39</sup> *Шмид против Австрии (Schmid v. Austria)*, жалоба №13783/88, постановление Европейской комиссии по правам человека от 14 декабря 1989 года.

Исходя из этого, Комиссия сочла, что, хотя выбор присяжных решением председателя суда не нарушает требования пункта 1 статьи 6, однако если при этом не учитывается предположительная пристрастность вследствие взглядов и отношения присяжных, может возникнуть вопрос о нарушении требований статьи 6.

По делу *Кремцова* требования пункта 1 статьи 6 не были нарушены, и по усмотрению председателя суда он мог удовлетворить или отказать от удовлетворения просьбы внесенных в список присяжных лиц – освободить их от исполнения этого обязательства. Запасные присяжные присутствовали на процессах и могли в случае необходимости заменить присяжного заседателя, который не мог более исполнять свои обязанности. Жалоба в этой части не была принята к рассмотрению по существу.<sup>40</sup>

#### б) Европейский суд

В дальнейшем вопрос о беспристрастности был еще более конкретизирован в судебной практике Суда. В частности, Суд пояснил, что беспристрастность в контексте статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, как правило, означает отсутствие заранее сложившегося мнения.<sup>41</sup> Европейский суд составил два теста для проверки беспристрастности судей. Первый тест направлен на выяснение того, имелось ли у того или иного судьи личное сложившееся мнение или интерес в данном деле, а второй тест предполагает выяснение того, обеспечил ли суд достаточные гарантии для исключения легитимного сомнения в этом плане. Позиция сторон имеет важное, но не решающее значение в принятии решения о том, обоснованы ли в конкретном случае опасения на тот счет, что эти требования не были удовлетворены. Решающее же значение имеет то, является ли это опасение объективно обоснованным.<sup>42</sup>

Рассуждая о беспристрастности внутригосударственного суда, Европейский суд установил, что существует презумпция в пользу личной беспристрастности судьи до тех пор, пока не будет доказано обратное.<sup>43</sup> То же самое Европейский суд постановил и в отношении присяжных заседателей.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> *Кремцов против Австрии (Kremzow v. Austria)*, жалоба №12350/86, постановление Европейской комиссии по правам человека от 5 сентября 1990 года.

<sup>41</sup> *Микаллеф против Мальты (Micallef v. Malta)*, жалоба №17056/06, решение Большой палаты Европейского суда по правам человека от 15 октября 2009 года, пункт 93.

<sup>42</sup> *Хонякина против Грузии (Khoniakina v. Georgia)*, жалоба №17767/08, решение Европейского суда по правам человека от 19 июня 2012 года, пункт 52.

<sup>43</sup> *А.К. против Лихтенштейна (A.K. v. Liechtenstein)*, жалоба №38191/12, решение Европейского суда по правам человека от 9 июля 2015 года, пункт 66.

<sup>44</sup> *Ханиф и Хан против Соединенного Королевства (Hanif and Khan v. the United Kingdom)*, жалобы №52999/08, 61779/08, решение Европейского суда по правам человека от 20 декабря 2011 года, пункт 144.

В 2014 году в деле *Питер Армстронг против Соединенного Королевства* заявитель утверждал, что среди присяжных, которые рассматривали дело по обвинению его в убийстве, находились один бывший и один действующий сотрудники полиции, чем было нарушено его право на беспристрастный суд.<sup>45</sup> Согласно установленным в данном деле фактическим обстоятельствам, полицейский в отставке уже в течение многих лет не имел отношения к полицейской деятельности и не был знаком с делом заявителя.<sup>46</sup> Действующий сотрудник полиции также указал, что он узнал сотрудника полиции, сидящего в зале судебных заседаний. Сторона обвинения доказала суду, что человек, находящийся в зале суда, с которым был знаком присяжный, действительно являлся полицейским, однако не допрашивался в качестве свидетеля по этому делу.<sup>47</sup>

Заявитель обратился в Страсбургский суд с жалобой на то, что председатель заседания не дал письменного объяснения того, почему действующему полицейскому было позволено быть присяжным заседателем. Заявитель высказал предположение, что выбором присяжных манипулировали, и что бывший и действующий сотрудники полиции не случайно попали в состав присяжных.<sup>48</sup>

В демократическом обществе фундаментальное значение имеет доверие к суду со стороны общества и обвиняемого, поэтому суд, в том числе и суд присяжных, должен быть объективно и субъективно беспристрастным.<sup>49</sup> Необходимость обеспечить справедливость судебного разбирательства может означать обязанность председателя заседания дать отвод отдельным присяжным или всему составу присяжных, хотя он также может счесть определенные гарантии достаточными, и в таком случае отвода не потребуются.<sup>50</sup>

Если присяжный знаком со свидетелем, допрашиваемым в суде, это не означает, что этот присяжный обязательно будет пристрастен, выступая в поддержку этих показаний или против них. В каждом отдельном деле необходимо решать, имеет ли это знакомство такой характер ту степень, чтобы указывать

<sup>45</sup> *Питер Армстронг против Соединенного Королевства (Peter Armstrong v. the United Kingdom)*, жалоба №65282/09, решение Европейского суда по правам человека от 9 декабря 2014 года.

<sup>46</sup> Там же, пункт 8.

<sup>47</sup> *Питер Армстронг против Соединенного Королевства (Peter Armstrong v. the United Kingdom)*, жалоба №65282/09, решение Европейского суда по правам человека от 9 декабря 2014 года, пункт 12.

<sup>48</sup> Там же, пункты 27 и 28.

<sup>49</sup> Там же, пункт 35.

<sup>50</sup> *Питер Армстронг против Соединенного Королевства (Peter Armstrong v. the United Kingdom)*, жалоба №65282/09, решение Европейского суда по правам человека от 9 декабря 2014 года, пункт 36; *Ханиф и Хан против Соединенного Королевства (Hanif and Khan v. the United Kingdom)*, жалобы №52999/08, 61779/08, решение Европейского суда по правам человека от 20 декабря 2011 года, пункты 139 и 140.

на пристрастность. Европейский суд считает, что в ситуации, когда присяжный является сотрудником полиции, лично знакомым с дающим показания полицейским, указаний и предупреждения председателя судебного заседания недостаточно, чтобы исключить опасность того, что этот присяжный, пусть и подосознательно, может склониться в пользу показаний коллеги-полицейского.<sup>51</sup>

Важным фактором также является то, ходатайствовала ли защита об отводе присяжного.<sup>52</sup> В связи с этим Европейский суд учитывает, был ли предложенный судьей метод решения вопроса согласован между судьей и адвокатом до его осуществления.<sup>53</sup>

Европейский суд счел, что в деле не было никаких доказательств того, что отставной и действующий сотрудники полиции в ходе процесса были субъективно предвзяты. Соответственно, Суд должен был установить, были ли обеспечены в ходе рассмотрения дела судом достаточные гарантии, исключающие любые объективно обоснованные сомнения в предвзятости присяжных.<sup>54</sup>

В данном деле присяжные (действующий полицейский, отставной полицейский и остальные десять присяжных) были в случайном порядке выбраны из числа местного населения, и утверждение заявителя о манипуляциях при формировании коллегии присяжных было совершенно необоснованным. Прежде чем приступить к исполнению своих обязанностей, некоторые присяжные приняли присягу, а некоторые торжественно подтвердили, что добросовестно рассмотрят дело и вынесут вердикт в соответствии с доказательствами. При этом им было рекомендовано сообщать о любой проблеме председателю суда и не обсуждать дело за пределами суда. Они получили инструкции от председателя заседания относительно того, как подходить к делу и представленным доказательствам.<sup>55</sup>

Суд обратил внимание на то обстоятельство, что оба присяжных на раннем этапе судопроизводства

уведомили председателя судебного заседания о том, что являются сотрудниками полиции, а действующий сотрудник не утаил и того, что знаком с находящимся в зале коллегой. Председатель сразу же потребовал представления сторон. Действующему сотруднику полиции были заданы вопросы, чтобы определить степень его знакомства с присутствовавшими в зале полицейским и сотрудниками полиции, которых предстояло допросить в качестве свидетелей. Заявитель участвовал во всех этих процессах и был уведомлен о предстоящих вопросах.<sup>56</sup>

При этом заявителю была предоставлена возможность разобраться в том, какую связь действующий и отставной сотрудники полиции имели с рассматриваемым делом. У защиты была возможность оспорить присутствие этих заседателей в составе коллегии присяжных.<sup>57</sup>

Для суда требующим внимания обстоятельством также являлся характер связи между присяжными и другими участниками процесса. Не было никаких доказательств того, что отставной полицейский был знаком с кем-либо из лиц, участвующих в судопроизводстве. Действующий сотрудник полиции узнал лицо, сидящее в зале, но не знал о цели присутствия последнего на процессе. Действующему сотруднику полиции показали список полицейских, которых предстояло допросить, и он подтвердил, что не знаком ни с кем из них.<sup>58</sup> Этот случай отличается от дела *Ханиф и Хан*, в котором действующий сотрудник полиции, входивший в коллегию присяжных, знал другого действующего сотрудника полиции, которого предстояло допросить.<sup>59</sup>

И наконец, важно, что защита не использовала стратегию, направленную на опротестование показаний полиции. Заявитель сам признался в убийстве пострадавшего, и единственным вопросом, который предстояло решить присяжным, был вопрос о том, действовал ли обвиняемый в пределах необходимой самообороны.<sup>60</sup> Суд постановил, что гарантии, имевшиеся в разбирательстве с участием присяжных, были достаточны для того, чтобы обеспечить беспристрастность коллегии присяжных. Соответственно, требования пункта 1 статьи 6 Конвенции нарушены не были.<sup>61</sup>

<sup>51</sup> *Ханиф и Хан против Соединенного Королевства (Hanif and Khan v. the United Kingdom)*, жалобы №52999/08, 61779/08, решение Европейского суда по правам человека от 20 декабря 2011 года, пункт 148.

<sup>52</sup> *Адеторо против Соединенного Королевства (Adetoro v. the United Kingdom)*, жалоба №46834/06, решение Европейского суда по правам человека от 20 апреля 2010 года, пункт 55.

<sup>53</sup> *Питер Армстронг против Соединенного Королевства (Peter Armstrong v. the United Kingdom)*, жалоба №65282/09, решение Европейского суда по правам человека от 9 декабря 2014 года, пункт 38; *Бойль и Форд против Соединенного Королевства (Boyle and Ford v. the United Kingdom)*, жалобы №29949/07, 33213/07, решение Европейского суда по правам человека от 22 июня 2010 года, пункт 41.

<sup>54</sup> *Питер Армстронг против Соединенного Королевства (Peter Armstrong v. the United Kingdom)*, жалоба №65282/09, решение Европейского суда по правам человека от 9 декабря 2014 года, пункт 39.

<sup>55</sup> *Питер Армстронг против Соединенного Королевства (Peter Armstrong v. the United Kingdom)*, жалоба №65282/09, решение Европейского суда по правам человека от 9 декабря 2014 года, пункт 40.

<sup>56</sup> *Питер Армстронг против Соединенного Королевства (Peter Armstrong v. the United Kingdom)*, жалоба №65282/09, решение Европейского суда по правам человека от 9 декабря 2014 года, пункт 41.

<sup>57</sup> Там же, пункт 42.

<sup>58</sup> Там же, пункт 43.

<sup>59</sup> *Ханиф и Хан против Соединенного Королевства (Hanif and Khan v. the United Kingdom)*, жалобы №52999/08, 61779/08, решение Европейского суда по правам человека от 20 декабря 2011 года.

<sup>60</sup> Там же, пункт 44.

<sup>61</sup> Там же, пункт 45.

### в) Грузия

В процессуальном законодательстве Грузии не отражены стандарты в отношении беспристрастности присяжных, которые детально конкретизированы в практике Европейской комиссии и Европейского суда заседателей. Это может стать основанием для констатации нарушения требований статьи 6 Конвенции при рассмотрении соответствующих жалоб Европейским судом, если этот пробел не будет восполнен путем внесения изменений в законодательство или практику.

#### 4.1. Влияние прессы

##### а) Европейский суд

В соответствии с установившейся в Европейском суде практикой, агрессивная медиа-кампания может отрицательно сказаться на справедливости судебного процесса, повлияв на мнение общественности и тем самым на присяжных, которые должны принять решение по вопросу о виновности обвиняемого.<sup>62</sup> При этом, справедливость судопроизводства может быть нарушена как в плане беспристрастности суда, так и в плане презумпции невиновности обвиняемого, поскольку эти две гарантии взаимосвязаны.<sup>63</sup> В то же время Суд отмечает, что освещение текущих событий в прессе является реализацией свободы выражения, гарантированной статьей 10 Конвенции. Если процесс сопровождается агрессивной кампанией в СМИ, субъективные опасения обвиняемого на счет пристрастности суда не являются решающими. Решающее значение имеет то, являются ли эти опасения объективно обоснованными, исходя из конкретных фактических обстоятельств дела.<sup>64</sup>

Что касается вопроса о том, может ли в результате кампании в СМИ встать вопрос об ответственности государства за нарушение прав на справедливое судебное разбирательство, гарантированных статьей 6, Европейский суд считает, что нарушение может быть вменено в вину государству только в случае, если агрессивная кампания в СМИ инициирована государством и наносит вред справедливости судопроизводства (имеется в виду принципы беспристрастности суда и презумпции невиновности). При этом признается, что профессиональный судья, в отличие от не

являющегося юристом присяжного, скорее способен составить непредвзятое и независимое мнение.<sup>65</sup>

В деле *Крылов против России*, заявителя обвиняли в убийстве, совершенном при отягчающих обстоятельствах.<sup>66</sup> Его дело было рассмотрено судом присяжных, после чего приговор был обжалован в апелляционном суде. В течение апелляционного судопроизводства была напечатана статья о заявителе, в которой он был представлен виновным. По мнению заявителя, статья повлияла на мнение судей апелляционного суда.<sup>67</sup>

Европейский суд отметил, что статья об уголовном деле в отношении заявителя была опубликована в местной прессе после рассмотрения дела судом присяжных. Одну публикацию (копию которой заявитель не представил в Европейский суд) Европейский суд не считал агрессивной медиа-кампанией. Вместе с этим, заявитель не смог доказать, что внимание СМИ было инициировано властями государства.<sup>68</sup>

Для Европейского суда значение имело время опубликования статьи. К тому моменту суд присяжных уже вынес свой вердикт, а на профессиональных судей, в отличие от присяжных, материал, опубликованный в прессе, подействовал бы в меньшей степени, с учетом их опыта и подготовки, которые помогают профессиональным судьям игнорировать внешнее влияние. Заявитель не смог убедить Европейский суд в том, что судьи апелляционного суда при принятии своего решения находились под влиянием публикации.<sup>69</sup>

Европейский суд считал жалобу в вышеуказанной части явно необоснованной и не принял ее к рассмотрению по существу.<sup>70</sup>

##### б) Грузия

Уголовно-процессуальный кодекс Грузии также отражает позицию, согласно которой информация или содержащий эту информацию предмет, документ или иной объект, который не был допущен в качестве доказательства, с меньшей вероятностью может оказать влияние на профессиональных судей, чем на присяжных. В частности, в соответствии с УПК Грузии, вопрос о допустимости доказательств рассматривается без участия присяжных.<sup>71</sup> Также, при не-

<sup>62</sup> *Кранси против Италии (Crahi v. Italy)*, дело №1, жалоба №34896/97, решение Европейского суда по правам человека от 5 декабря 2002 года, пункт 98.

<sup>63</sup> *Нинн-Хансен против Дании (Ninn-Hansen v. Denmark)*, жалоба № 28972/95, постановление Европейского суда по правам человека от 18 мая 1999 года.

<sup>64</sup> *Беггс против Соединенного Королевства (Beggs v. the United Kingdom)*, жалоба №15499/10, постановление Европейского суда по правам человека от 16 декабря 2012 года, пункт 123.

<sup>65</sup> *Нацвлишвили и Тогонидзе против Грузии (Natsvlisvili and Togonidze v. Georgia)*, жалоба № 9043/05, решение Европейского суда по правам человека от 29 апреля 2014 года, пункт 105.

<sup>66</sup> *Крылов против России (Krylov v. Russia)*, жалоба №36697/03, решение Европейского суда по правам человека от 14 марта 2013 года.

<sup>67</sup> Там же, пункт 32.

<sup>68</sup> Там же, пункт 37.

<sup>69</sup> Там же, пункт 38.

<sup>70</sup> *Крылов против России (Krylov v. Russia)*, жалоба №36697/03, решение Европейского суда по правам человека от 14 марта 2013 года, пункт 39.

<sup>71</sup> УПК Грузии, статья 239, часть 3.

возможности обеспечить справедливое и объективное разбирательство дела с учетом его интенсивного освещения средствами массовой информации, „суд, рассматривающий дело, вправе с согласия председателя Верховного суда Грузии постановить перенос суда присяжных заседателей в суд, территориально находящийся в другом месте“.<sup>72</sup>

## 5. Публичность процесса

### а) Европейская комиссия

По делу *Кремцова* Комиссия рассмотрела вопрос о том, соответствует ли инструктирование присяжных судей в отсутствие сторон, требованиям пункта 1 статьи 6 Конвенции. Комиссия учла то обстоятельство, что законодательство других стран Совета Европы, помимо Австрии, также предусматривает аналогичное ограничение публичности, и Австрия, предусмотрев подобную систему в своем законодательстве, гарантировала защиту пределов судебной усмотрения, обговоренных Конвенцией. При этом Комиссия сочла, что предоставление судье возможности напущения коллегии присяжных до голосования является неотъемлемой частью судебного совещания. Жалобы в этой части не были приняты к рассмотрению по существу.<sup>73</sup>

### б) Европейский суд

Европейский суд по правам человека в своей практике подтвердил подход Европейской комиссии в отношении предоставления инструкций присяжным со стороны судьи.<sup>74</sup>

### в) Грузия

Публичность суда присяжных по мере возможности предусмотрена уголовно-процессуальным законодательством Грузии. В частности, публичными являются разъяснения, которые дает присяжным председатель заседания до их удаления в совещательную комнату. Эти объяснения вручаются присяжным заседателям также в письменном виде, и стороны вправе обратиться к председательствующему на заседании с ходатайством о внесении в них изменений и дополнений.<sup>75</sup> Тем не менее, в компетенцию Европейского суда входит не оценка соответствия закона требованиям Конвенции, а защита прав человека в

результате применения закона на практике. Если в Европейский суд будет подана жалоба против Грузии о том, что судья не обеспечил публичность суда присяжных посредством публичных разъяснений в адрес присяжных заседателей, то, на основании практики Комиссии, такая жалоба не будет принята к рассмотрению по существу.

## 6. Неоднократное рассмотрение дела судом присяжных заседателей

### а) Европейский суд

В 2004 году Европейскому суду пришлось оценить соответствие троекратного рассмотрения судом присяжных одного и того же обвинения требованиям статьи 6 Конвенции. При этом юрисдикция *ratione materiae* Европейского суда ограничивалась оценкой разумности сроков судопроизводства<sup>76</sup>.

Европейский суд, в целом, оценил сроки рассмотрения дела двумя составами судов присяжных с точки зрения следующих критериев разумности сроков судопроизводства: сложность дела, поведение заявителя и органов судопроизводства, а также значение интересов заявителя.<sup>77</sup> Европейский суд согласился с безусловной важностью интереса лица в том, чтобы с него было снято обвинение в тяжком преступлении и в отношении него не было применено наказания в виде лишения свободы.<sup>78</sup> Что касается сложности судопроизводства, аргументы государства-ответчика, заключавшиеся в том, что по делу необходимо было допросить множество свидетелей, что дело было сложным, что жестокость убийства указывала на сложность дела, не убедили Европейский суд. Действительно, тяжесть обвинения в таком случае является заслуживающим внимание фактором, однако Суд счел, что дело не отличалось особой сложностью.<sup>79</sup>

Европейский суд не согласился и с аргументом о сложности дела в процессуальном плане. Государство-ответчик пыталось доказать, что присяжным заседателям, в отличие от профессиональных судей, было сложнее прийти к согласию. Европейский суд счел, что даже если государство сможет существенно обосновать этот аргумент, оно все равно не освобождается от обязанности организовать систему право-

<sup>72</sup> УПК Грузии, статья 226, часть 3.

<sup>73</sup> *Кремцов против Австрии (Kremzow v. Austria)*, жалоба № 12350/86, постановление Европейской комиссии по правам человека от 5 сентября 1990 года.

<sup>74</sup> *Крылов против России (Krylov v. Russia)*, жалоба №36697/03, решение Европейского суда по правам человека от 14 марта 2013 года, пункт 39.

<sup>75</sup> УПК Грузии, статья 231.

<sup>76</sup> *Хенворт против Соединенного Королевства (Henworth v. the United Kingdom)*, жалоба №515/02, постановление Европейского суда по правам человека от 16 сентября 2003 года, решение Европейского суда по правам человека от 2 ноября 2004 года, пункт 23.

<sup>77</sup> *Хенворт против Соединенного Королевства (Henworth v. the United Kingdom)*, жалоба №515/02, постановление Европейского суда по правам человека от 16 сентября 2003 года, решение Европейского суда по правам человека от 2 ноября 2004 года, пункт 24.

<sup>78</sup> Там же, пункт 25.

<sup>79</sup> Там же, пункт 26.



судия таким образом, чтобы обеспечить исполнение требований Конвенции.<sup>80</sup>

Европейский суд подчеркнул то обстоятельство, что, когда суд присяжных был назначен повторно, на государство уже возлагалась положительная обязанность свести к минимуму проволочки в судопроизводстве. Соответственно, было установлено нарушение требований пункта 1 статьи 6 Конвенции.<sup>81</sup>

Позицию, изложенную в решении 2004 года, десять лет спустя вновь подтвердила Большая палата Европейского суда. По делу *Свинаренко и Сляднев против России*, Большая палата рассмотрела претензию заявителя о рассмотрении его дела в неразумный срок.<sup>82</sup> А именно, дело заявителя было трижды рассмотрено судом присяжных и рассмотрение дела в двух инстанциях продолжалось приблизительно семь лет.<sup>83</sup> Большая палата подтвердила нарушение требований пункта 1 статьи 6 Конвенции.<sup>84</sup>

#### б) Грузия

За недолгую историю суда присяжных в Грузии уже имели место два случая, когда один состав суда присяжных не смог вынести вердикт и для рассмотрения дела был выбран новый состав.<sup>85</sup> Правда, в этом случае невозможно судить о разумности сроков, поскольку судопроизводство еще не завершено, однако, в целом, важно идентифицировать те проблемы, которые могут возникнуть в подобном случае с точки зрения справедливого рассмотрения дела в контексте статьи 6 Конвенции.

### III. Заключение

С точки зрения защиты прав человека, рассмотрение дела судом присяжных заседателей связано с целым рядом вызовов. Важнейшим, и при этом актуальным инструментом для выявления и решения трудностей, связанных с функционированием этого нового механизма в уголовно-процессуальном законодательстве и практике Грузии, является Европейская конвенция по правам человека.

В данной статье рассмотрены стандарты, разработанные Европейским судом по правам человека в отношении суда присяжных заседателей, в частно-

сти: право на суд присяжных; косвенные показания и использование решающих доказательств в суде присяжных; выбор присяжных заседателей; беспристрастность присяжных заседателей и влияние на них прессы; публичность процесса и разумные сроки рассмотрения дела судом присяжных заседателей.

Практика Европейского суда зачастую основана на суждениях, изложенных в постановлениях Европейской комиссии по правам человека. Соответственно, в статье рассмотрены и важные постановления Комиссии. В некоторых постановлениях ряд претензий в отношении рассмотрения дел судом присяжных не были приняты к рассмотрению по существу, а некоторые оказали существенное влияние на дальнейшую практику Европейского суда.

В статье проанализированы те процессуальные гарантии, которые могут быть нарушены при рассмотрении дела судом присяжных заседателей в Грузии, и соответственно, могут возникнуть вопросы о нарушении требований статьи 6 Европейской конвенции. В связи с этим, приведенный в статье критический анализ важен, с одной стороны, для обоснования претензий лиц, чьи права предположительно могут быть нарушены, а с другой – для лиц, применяющих нормы. Это особенно касается использования косвенных показаний в суде присяжных, сроков судопроизводства и гарантий беспристрастности присяжных заседателей. С другой стороны, в обзоре практики указаны и те вопросы, претензии на которые Европейский суд либо не примет к рассмотрению по существу, либо не установит факт нарушения. Это касается права на суд присяжных, выбора присяжных заседателей и публичности процесса.

Таким образом, с учетом объема, обзор, по возможности, предоставляет исчерпывающую информацию по всем тем вопросам, которые могут возникнуть при рассмотрении дел судом присяжных в Грузии в контексте Европейской конвенции. В статье сделаны заключения в отношении предполагаемых подходов Европейского суда, основанные на детальном анализе практики Страсбургского суда. С этой точки зрения обзор практики актуален как для юристов-практиков, так и для теоретиков, а также для субъектов процессуальных гарантий и органов судопроизводства.

<sup>80</sup> Там же, пункт 27.

<sup>81</sup> Там же, пункты 29 и 31.

<sup>82</sup> *Свинаренко и Сляднев против России (Svinarenko and Slyadnev v. Russia)*, жалобы №32541/08 и 43441/08, решение Большой палаты Европейского суда по правам человека от 17 июля 2014 года, пункт 140.

<sup>83</sup> Там же, пункт 142.

<sup>84</sup> *Свинаренко и Сляднев против России (Svinarenko and Slyadnev v. Russia)*, жалобы №32541/08 и 43441/08, решение Большой палаты Европейского суда по правам человека от 17 июля 2014 года, пункты 143 и 145.

<sup>85</sup> <http://www.tabula.ge/ge/story/97046-giorgi-ogropiridzis-saqmes-kvlav-nafici-msajulebi-ganixilaven> [дата последнего посещения 9 января 2016 года].

## Как Европейская Конвенция по защите прав человека обеспечивает соблюдение баланса между правами семей и правами детей?

### 1. Введение

В данной работе изучается вопрос о том, каким образом Европейская Конвенция по защите прав человека<sup>2</sup> обеспечивает соблюдение баланса между правами семей, с одной стороны, и правами детей, с другой. С этой целью в работе обсуждается практика и прецедентное право Европейского суда по правам человека.<sup>3</sup> Какие принципы использует Суд при принятии решений о том, имеет ли место нарушение статьи 8 Конвенции?<sup>4</sup> Как Суд подходит к решению непростого вопроса об обязанности соблюдать надлежащий баланс между интересами всех сторон? Какие критерии соразмерности применяет Суд в отношении вопросов опеки и попечительства/доступа? Все эти вопросы подробно рассмотрены ниже.

### 2. Принципы Конвенции

Статья 8 Конвенции касается вопроса о семейной жизни. В ее положениях сказано следующее:

„1. Каждый имеет право на уважение его... семейной жизни ... 2. Не допускается вмешательство со стороны публичных властей в осуществление этого права, за исключением случаев, когда такое вмешательство предусмотрено законом и необходимо в демократическом обществе в интересах национальной безопасности и общественного порядка, экономического благосостояния страны, в целях предотвращения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья или нравственности или защиты прав и свобод других лиц“.<sup>5</sup>

Чтобы понять, что именно подразумевается под понятием „семейная жизнь“, следует отметить, что Конвенция является „живым инструментом“, который допускает оценочное толкование<sup>6</sup> ее статей, применяющееся Судом. Так, Суд толкует Конвенцию с учетом всех социальных изменений.<sup>7</sup> Каждое решение, будь то решение в отношении семейной жизни или иного вопроса, принимается индивидуально в каждом отдельном случае, с учетом всех фактов, после изучения сути отношений и реалий, в которых находятся заинтересованные стороны.<sup>8</sup>

В соответствии с практикой Суда, есть несколько аспектов, которые подпадают под действие статьи 8 Конвенции. Вообще говоря, в большинстве случаев, в которых речь идет о ребенке, Суд считает возможным руководствоваться статьей 8. Дети, родившиеся у состоящих в браке родителей, являются *ipso jure* частью отношений между мужчиной и женщиной, и „таким образом, с момента рождения ребенка и ввиду самого факта его рождения между ним и его родителями существует связь, приравняемая к семейной жизни“.<sup>9</sup> При этом необязательно, чтобы эти мужчина и женщина проживали совместно.<sup>10</sup> В своем решении по делу *Маркс против Бельгии (Marckx v. Belgium)* Суд постановил, что отношения между ребенком и его матерью, не состоящей в браке, представляли собой семейную жизнь.<sup>11</sup> Вопреки этому положению, отношения между отцом, находящимся в аналогичной ситуации, и его ребенком автоматически не приравниваются к семейной жизни. Здесь требуется рассматривать все аспекты дела.<sup>12</sup> Иными словами, основным компонентом семейной жизни является право проживать совместно, чтобы семейные отношения могли „нормально развиваться“,<sup>13</sup> а все члены семьи могли наслаждаться „обществом друг друга“.<sup>14</sup> Однако вмешательство в это право допустимо при условии, что оно соответствует принципам, предусмотренным статьей 8(2) Конвенции.

Статья 8 обеспечивает защиту в ряде сфер после констатации наличия семейной жизни в понимании этой статьи. В упомянутом выше деле Маркса Суд заключил, что у государства имелось положительное обязательство обеспечить такую систему националь-

<sup>1</sup> Студент-докторант в сфере международного права, Тбилисский государственный университет им. Иванэ Джавахишвили; магистр права в сфере международного права прав человека, Университет Эссекса, Великобритания; магистр международного права, Тбилисский государственный университет им. Иванэ Джавахишвили; главный специалист департамента интернационализации и научных исследований юридического факультета, Тбилисский государственный университет.

<sup>2</sup> Европейская конвенция по защите прав человека и основных свобод (далее „ЕКПЧ“ или „Конвенция“).

<sup>3</sup> Европейский суд по правам человека (далее „ЕСПЧ“ или „Суд“).

<sup>4</sup> Статья 8 ЕКПЧ.

<sup>5</sup> См. выше.

<sup>6</sup> Дело *Тайрер против Соединенного Королевства (Tyrrer v. United Kingdom)*, жалоба №5856/72, постановление от 25 апреля 1978 г.

<sup>7</sup> Harris, O'Boyle and Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, (2<sup>nd</sup> edition, 2009), стр. 371.

<sup>8</sup> См. предыдущую сноску, стр. 372.

<sup>9</sup> Дело *Беррехаб против Нидерландов (Berrehab v. Netherlands)*, A 138 (1988); 11 EHRR 322, п. 21.

<sup>10</sup> Дело *Кроон против Нидерландов (Kroon v. Netherlands)*, A 297-C (1944); 19 EHRR 263, п. 30.

<sup>11</sup> Дело *Маркс против Бельгии (Marckx v. Belgium)*, A 31 (1979); 2 EHRR 330, п. 31 PC.

<sup>12</sup> Дело *Буганеми против Франции (Boughanemi v. France)*, 1996-II; 22 EHRR 228, п. 35.

<sup>13</sup> См. сноску 9 выше.

<sup>14</sup> Дело *Олссон против Швеции (Olsson v. Sweden)*, A 130 (1988); 11 EHRR 259, п. 59 PC.

ного законодательства, которая гарантировала бы интеграцию ребенка в семейную жизнь. Обязательство уважать семейную жизнь имеет огромное значение.<sup>15</sup> По словам Падрайка Кенны, „доктрина положительных обязательств требует, чтобы государства-члены защищали индивидуальных лиц от угрозы нарушения гарантируемых им Конвенцией прав или содействовали им в полноценном пользовании этими правами“.<sup>16</sup> В деле *Джонстон против Ирландии (Johnston v. Ireland)* Суд счел, что „нормальное развитие естественных семейных связей между неженатыми родителями и их детьми требовало, чтобы положение последних было в законном и социальном понимании приравнено к положению детей, чьи родители состоят в браке“.<sup>17</sup> Вышеупомянутые семейные связи особенно важны, поскольку Суд ссылается на них и принимает решения на основании изучения этих семейных связей.<sup>18</sup>

Не все связи между родителями и детьми могут считаться естественными семейными связями в понимании статьи 8, хотя любые „исключения должны быть обоснованы с учетом наилучших интересов ребенка согласно пункту 2“.<sup>19</sup> Принимая решение, Суд учитывает права и свободы всех заинтересованных лиц, а именно, „наилучшие интересы ребенка и его или ее права в соответствии со статьей 8 Конвенции..., а от национальных властей зависит соблюдение справедливого баланса между ними“.<sup>20</sup>

При принятии решения о вмешательстве в семейные отношения, такие как, например, усыновление детей или установление опеки над ними, обязанность уважать семейную жизнь налагает на государства процедурные обязательства. В деле *В. против Соединенного Королевства (W v. UK)* Суд постановил, что статья 8(1) требует, чтобы государства учредили процедуру, достаточную для защиты интересов членов семьи. Таким образом, родители должны быть актив-

но вовлечены в процессуальные действия, касающиеся их детей.<sup>21</sup>

Одна из основных характеристик положительного обязательства – уважать семейную жизнь – ущемляет положение тех членов семьи, которые являются гражданами других государств и не имеют права въезда и пребывания в государстве, являющемся участником Конвенции, и в котором вправе проживать другие члены их семьи. Сущность семейной жизни составляет право проживать совместно, хотя Конвенция не защищает право проживания в государстве-члене Конвенции.<sup>22</sup> Суд постановил, что государства „имеют широкие пределы свободы усмотрения при принятии решения о том, как определять рамки права на доступ к Суду“.<sup>23</sup>

### 3. Опека и попечительство /доступ – опыт в плане соблюдения баланса

Вопрос „законности“ вмешательства рассматривается с точки зрения совместимости вмешательства с требованиями статьи 8. Это касается помещения детей под опеку государства. Установлено, что подобное действие представляет собой однозначное вмешательство в право на уважение семейной жизни – вмешательство, которое должно быть обосновано в соответствии со статьей 8(2).<sup>24</sup> В таких случаях порог оценки риска нанесения вреда ребенку, который необходимо установить до того, как будет осуществлено вмешательство, слишком низок.<sup>25</sup> Необходимо существование соответствующих и достаточных причин, связанных с благополучием ребенка.<sup>26</sup> Помещение ребенка под опеку требует оценки последствий такого действия для родителя и ребенка до того, как эта мера будет осуществлена.<sup>27</sup> Поэтому, Суд редко констатирует нарушение требований статьи 8 и только в тех случаях, когда ребенок был отобран у матери сразу же после рождения.<sup>28</sup>

Рассматривая случаи, связанные с помещением ребенка под опеку государства, Суд обращает внимание на два основных аспекта: во-первых, на исполнение приказов о помещении под опеку, что включает в себя обеспечение таких прав, как право детей на общение

<sup>15</sup> См. сноску 9 выше.

<sup>16</sup> Padraic Kenna, "Housing Rights: Positive Duties and Enforceable Rights at the European Court of Human Rights" 13 *European Human Rights Law Review* 193 (2008).

<sup>17</sup> U. Kilkelly, *The Right to Respect for Family and Private Life*, Council of Europe, 2003, стр. 48, где цитируется дело *Джонсон против Ирландии (Johnston v. Ireland)*, постановление от 18 декабря 1986 г.

<sup>18</sup> Дело *Беррехаб против Нидерландов (Berrehab v. Netherlands)*, 1988 г., А 138; 11 EHRR 322, п. 29, касалось ранее состоявшего в браке иностранного гражданина, который после развода потерял право на пребывание в Нидерландах. В его отношении был вынесен приказ о депортации, несмотря на наличие его очень тесных отношений с дочерью. При принятии решения о нарушении статьи 8, Суду было чрезвычайно важно рассмотреть прочность связей Беррехаба с его дочерью. Эти связи оказались под угрозой, когда родителю отказали в выдаче вида на жительство – таким образом, государство не смогло соблюсти надлежащий баланс между интересами отца и дочери и интересами государства.

<sup>19</sup> Дело *Икс, Игрек и Зет против Соединенного Королевства (X, Y & Z v. the United Kingdom)*, постановление от 22 апреля 1997 г.

<sup>20</sup> Дело *Ингакколло-Зенид против Румынии (Ingaccollo-Zenide v. Romania)*, 2001-I; 31 EHRR 212, п. 94.

<sup>21</sup> Дело *В. против Соединенного Королевства (W v. UK)*, А 1987, 121, 10 EHRR 29, пп. 64, 77-9 РС.

<sup>22</sup> Дело *Абдулазиз, Кабалаз и Балкандали против Соединенного Королевства (Abdulaziz, Cabalaz and Balkandali v UK)*, А 94 (1985); 7 EHRR 471, п. 68 РС.

<sup>23</sup> Дело *Йохансен против Норвегии (Johansen v. Norway)*, 1996-III; 23 EHRR 33, пп. 62-4; см. также *Стаббингс против Соединенного Королевства (Stubbings v United Kingdom)*, 1996 г., 23 EHRR 213, п. 55.

<sup>24</sup> U. Kilkelly, *The Child and the European Convention of Human Rights*, 1999, pp. 263-94.

<sup>25</sup> См. сноску 13 выше.

<sup>26</sup> См. выше пп. 74, 77 РС.

<sup>27</sup> Дело *Венема против Нидерландов (Venema v Netherlands)*, 2003 г.; 1 FLR 552, п. 93.

<sup>28</sup> Дело *К. и Т. против Финляндии (K and T v Finland)* 2001-VII; 36 EHRR 255, пп. 164-70 GC.

с родителями и воссоединение с ними; а во-вторых, наработку судебной практики в отношении процедурных прав.<sup>29</sup> Как показывает прецедентное право, такие меры обычно считаются временными и „... должны быть прекращены, как только позволят обстоятельства, и что любые меры по осуществлению временной опеки должны согласовываться с конечной целью воссоединения фактического родителя и ребенка“.<sup>30</sup> В отношении воссоединения родителей с детьми, статья 8 обязывает все стороны Конвенции регулярно изучать и оценивать ситуацию с целью определить, сохраняются ли условия и обстоятельства, которые вызвали необходимость нахождения ребенка под опекой государства.<sup>31</sup> Если в будущем в жизни семьи произойдут положительные изменения, приказ об опеке должен быть немедленно отменен. В некоторых случаях Суд принимал решения о нарушении Статьи 8 в отношении обязанности государства обеспечить родителям доступ к находящемуся под опекой ребенку и общению с ним.<sup>32</sup> Невыполнение упомянутой обязанности „может быть оправдано только серьезными основаниями“.<sup>33</sup> Как позволяет установить анализ судебной практики Суда, несмотря на наличие у государства широких пределов усмотрения в ситуациях, когда дело касается защиты детей, случаи помещения детей под опеку и запрещения родителям общения с ними все же требуют большего контроля со стороны государства.<sup>34</sup> Оправданием в подобных обстоятельствах может быть только необходимость соблюдения наилучших интересов ребенка.<sup>35</sup> Одним из основных принципов в отношении опеки над ребенком является принцип, согласно которому, до того, как отправить ребенка под опеку, национальный суд обязан рассмотреть все альтернативные меры, которые более эффективно гарантируют наилучшие интересы ребенка.<sup>36</sup> В деле *Мозер против Австрии (Moser v Austria)*, Суд постановил, что в случае, когда обеспокоенность в отношении ребенка обусловлена материальными условиями, необходимо рассмотреть все альтернативы помещению ребенка под опеку. В других делах Суд заявлял о необходимости принимать соразмерные меры для удовлетворения потребности семей в соответствующей финансовой и терапевтической помощи.<sup>37</sup>

<sup>29</sup> См. сноску 6 выше, стр. 415.

<sup>30</sup> Дело *Олссон против Швеции (Olsson v. Sweden)*, A 130 (1988); 11 EHRR 259, п. 81 РС.

<sup>31</sup> См. сноску 25 выше, п. 170.

<sup>32</sup> Дело *Андерссон (М. и Р.) против Швеции (Andersson (M and R) v. Sweden)*, A 226-A (1992); 14 EHRR 615, п. 95.

<sup>33</sup> Дело *Кутцнер против Германии (Kutzner v. Germany)*, 2002-I; 35 EHRR 653, п. 79.

<sup>34</sup> Дело *Л. Против Финляндии (L. v. Finland)*, 2000 г., 31 EHRR 737, п. 118.

<sup>35</sup> См. сноску 20 выше, п. 78.

<sup>36</sup> Дело *Моссер против Австрии (Mosser v. Austria)*, жалоба №12643/02, 21 сентября 2006 г.

<sup>37</sup> Дело *Валлова и Валла против Чешской Республики (Wallová and Walla v. the Czech Republic)*, жалоба №23848/04, 26 ок-

Процедурные права также играют важную роль в судебной практике, касающейся споров по поводу общения с детьми и попечительства над ними. В деле *Сахин против Германии (Sahin v. Germany)*<sup>38</sup> национальный суд непосредственно не заслушал ребенка, что лишило ребенка возможности в достаточной степени участвовать в защите своих прав в соответствии с требованиями статьи 8.<sup>39</sup>

Тем не менее, Большая палата не согласилась с этим и отметила, что вопрос о заслушивании ребенка напрямую зависит от конкретных условий в каждом отдельном случае с учетом возраста и зрелости ребенка, однако также заключила, что национальные суды обязаны всегда выслушивать ребенка.<sup>40</sup> Помимо этого, в деле *Соммерфильд против Германии (Sommerfeld v. Germany)*<sup>41</sup> Суд постановил, что национальные суды обязаны всегда привлекать эксперта-психолога при решении вопроса о предоставлении возможности общения ребенка с родителем, не имеющим права опеки.<sup>42</sup> Несмотря на вышесказанное, пожелания ребенка были полностью учтены Судом при вынесении решения о передаче прав опеки от отца родителям матери ребенка. Суд также учел срок пребывания ребенка под фактическим попечительством бабушки и деда.<sup>43</sup> Интересы ребенка были поставлены выше интересов отца.

С учетом того значения, которое придают многие национальные и международные договоры в сфере прав человека<sup>44</sup> вопросу о том, чтобы „наилучшие интересы ребенка“ были учтены при принятии касающихся его решений, следовало ожидать, что при решении вопроса о законности акта вмешательства в соответствии со статьей 8(1) более законными будут считаться действия, которые государство обосновывает этими наилучшими интересами.<sup>45</sup> Действительно, в случаях, когда Суд рассматривал вопрос о необходимости заслушать ребенка, он применял положительный подход к мнению ребенка.<sup>46</sup>

тября 2006 г.; см. также дело *Гавелка и другие против Чешской Республики (Havelka and others v. the Czech Republic)*, жалоба №23499/06, 21 июня 2007 г. и *Савины против Украины (Saviny v. Ukraine)*, жалоба №39948/06, 18 декабря 2008 г., соответственно.

<sup>38</sup> Спор о праве неженатого отца общаться со своим ребенком.

<sup>39</sup> Дело *Сахин против Германии (Sahin v. Germany)*, 2001 г.; 36 EHRR 765, пп. 45-8; см. также дело *Хоффман против Германии (Hoffman v. Germany)*, 2001 г., 36 EHRR 565.

<sup>40</sup> См. выше п. 73.

<sup>41</sup> По сравнению с делом Сахина, здесь была несколько иная ситуация: был приведен аргумент о том, что власти не должны были заслушивать ребенка, поскольку не было предъявлено никаких подтверждающих психиатрических свидетельств.

<sup>42</sup> Дело *Соммерфильд против Германии (Sommerfeld v. Germany)*, 2001 г.; 36 EHRR 565, п. 43.

<sup>43</sup> Дело *Хокканен против Финляндии (Hokkanen v. Finland)*, 1994 г.; A 299-A; 19 EHRR 139, пп. 63-5.

<sup>44</sup> Конвенция о правах ребенка (КПР), статья 3(1).

<sup>45</sup> См. сноску 6 выше, стр. 418.

<sup>46</sup> Например, дело „*Н. против Финляндии*“ (*C. v Finland*), жалоба №18249/02, постановление от 9 мая 2006 г.

#### **4. Заключение**

В данной работе рассматривался вопрос о соблюдении баланса между правами семей и правами ребенка в рамках соблюдения требований статьи 8 Европейской конвенции. Была подробно рассмотрена судебная практика Европейского суда, согласно которой можно заключить следующее: при рассмотрении дел, касающихся, с одной стороны, прав родителей, а с другой стороны – прав их детей, Суд всегда придает особое значение благополучию ребенка и его наилучшим интересам.

Норберт Бэрнсдорфф<sup>1</sup>

## Обзор судебной практики Европейского суда по правам человека относительно индивидуальных жалоб против Азербайджана, Армении и Грузии за 2015г.

(Период подотчетности: 01.01.2015 – 31.12.2015)

Настоящий отчет является продолжением предыдущего отчета обзора судебной практики шестого издания периодического журнала SCLJ – Южно-Кавказского юридического журнала (N 06/2015; период подотчетности: с 01.01.2014 до 31.12.2014). Целью данного отчета является краткий обзор судебных решений Европейского суда по правам человека, принятых против государств-участников Договора, в частности, Азербайджана, Армении и Грузии в промежутке между 01.01.2015 по 31.12.2015 на основании Европейской Конвенции по защите прав человека и основных свобод. Рассматриваются только те судебные решения, в которых Европейский суд по правам человека допустил индивидуальную жалобу к рассмотрению и принял решение, придя к выводу, что нарушена конкретная норма Европейской Конвенции по защите прав человека и основных свобод или ее Дополнительных протоколов. Настоящий отчет не затрагивает те решения, в которых Европейский суд по правам человека счел недопустимыми индивидуальные жалобы граждан. Не рассматриваются также дела, которые были изъяты из Реестра Европейского суда по правам человека. Решения Европейского суда по правам человека доступны на сайте [www.echr.coe.int-case-law-hudoc](http://www.echr.coe.int-case-law-hudoc) на английском и французском языках.

Для сравнения: За этот же период подотчетности Европейским судом по правам человека было принято 32 решения против Германии, в том числе, по существу – 11 решений, против Франции – 35 решений, в том числе, по существу – 21 решение, против Великобритании – 37 решений, в том числе, по существу – 6 решений.

1. За период с 01.01.2015 до 31.12.2015 Европейский суд по правам человека установил, в общей сложности, в восьми случаях факты нарушения положений Конвенции со стороны **армянских компетентных органов**.

В упомянутых, рассмотренных по существу судебных решениях установлены, в основном, факты нарушения ст. 3 (Запрещение пыток и бесчеловечного и унижающего достоинство обращения или наказания – „prohibition of inhuman or degrading treatment“), ч. 1 ст. 6 (Право на справедливое судебное разбирательство – „right to a fair trial“) и ст. 1 Дополнительного протокола №1 (Защита собственности – „protection of property“) Конвенции.

### **Дело Давтяна против Армении (Решение от 31.03.2015, Дело № 29736/06)**

Рожденный в 1962г. жалобщик проживает в Ереване, является гражданином Армении. Будучи бывшим Директором банка, он был задержан в марте 2003г. и приговорен в ноябре 2005г. к шести годам лишения свободы по обвинению в присвоении имущества („large-scale embezzlement“). Опираясь на ст. 3 (запрещение пыток) Конвенции, жалобщик обжаловал во время его нахождения под стражей недостаточное лечение ввиду опухоли голосовых связок. Он был прооперирован лишь в 2006 г.

Европейский суд по правам человека обнаружил факт нарушения ст. 3 Конвенции (Запрещение пыток), обязав Армению к выплате в пользу жалобщика компенсации величиной в 9 000 евро в виде нематериального ущерба. Данное решение является коллегияльным решением палаты.

### **Дело Налбандяна против Армении (Решение от 31.03.2015, Дело № 9935/06 и 23339/06)**

Трое жалобщиков – супруги и их дочь – являются гражданами Армении. Супруги были приговорены в феврале 2005г. за убийство одноклассницы их дочери соответственно к девяти и четырнадцати годам лишения свободы. Жалобщики подали жалобу, в первую очередь, из-за бесчеловечного обращения во время их нахождения в полиции, в июне и июле 2004г. За это время супруга подвергалась неоднократному избиению палкой по подошвам с целью принуждения ее к даче признательных показаний. Дочери же грозили изнасилованием. Кроме этого, жалобщики ссылались на нарушение ч. 1 и ч. 3 ст. 6 – Право на справедливое судебное разбирательство – Конвенции.

Европейский суд по правам человека установил факт нарушения ст. 3 Конвенции (Запрещение пыток) ввиду бесчеловечного обращения в полицейском отделении и факт нарушения ч. 1 и ч. 3 ст. 6 Конвенции – Право на справедливое судебное разбирательство – из-за бесчеловечного обращения во время уголовного дела, обязав Армению к выплате в пользу жалобщиков компенсации величиной соответственно в 10 000, 27 000 и 25 000 евро.

<sup>1</sup> Является судьей Федерального суда Германии по социальным делам, находящегося в г. Кассель (суд третьей судебной инстанции); Профессор юридического факультета, Марбургский университет имени Филиппа Кассель/Марбург, Германия также главным редактором настоящего журнала.

Данное решение является коллегиальным решением палаты.

**Дело Хельсинкского Комитета Армении против Армении  
(Решение от 31.03.2015, дело № 59109/08)**

Жалобщица является Неправительственной Организацией (НПО), заботящейся о защите прав человека. Она намеревалась провести 12 мая 2008г. марш памяти в честь самоубийства свидетеля, выпрыгнувшего из окна во время полицейского ареста. Мэр г. Еревана запретил данное мероприятие. До этого он объявил чрезвычайное положение ввиду столкновений после президентских выборов. Жалобщица сетовала, опираясь на ст. 11 Конвенции – Свобода собраний и объединений – на несвоевременное получение информации о запрете демонстрации, не имея возможности на основании ст. 13 Конвенции – Право на эффективное средство правовой защиты – обжаловать решение запрета демонстрации, чем она могла бы воспользоваться.

Европейский суд по правам человека установил факты нарушения ст. 11 и 13 Конвенции. Данное решение является коллегиальным решением палаты („Chamber judgement“).

**Дело Чирагова и других против Армении  
(Решение от 16.06.2015, Дело № 13216/05)**

Нарушение ст. 1 Дополнительного Протокола №1 (Защита собственности), ст. 8 (Право на уважение частной и семейной жизни) и ст. 13 (Право на эффективное средство правовой защиты) Конвенции.

**Дело Шамоян против Армении  
(Решение от 07.07.2015, Дело № 18499/08)**

**Факт нарушения ч. 1 ст. 6 (Право на справедливое судебное разбирательство) Конвенции.**

**Дело Сагателян против Армении  
(Решение от 20.10.2015, дело № 7984/06)**

Рожденная в 1959г. жалобщица является гражданкой Армении, освобожденной в апреле 2004г. с должности судьи. Она обвинялась в тяжком нарушении в трех случаях действующих для уголовного судопроизводства предписаний. Жалобщица, обратившись в суд, обжаловала соответствующий указ президента, утверждая, что ходатайство Министерства Юстиции не содержало никакого основания. Кроме этого, она сетовала на то, что претензии, повлекшие за собой ее освобождение с судебной должности, должны были быть пересмотрены исключительно вышестоящим судом, а не несудебными инстанциями, такими как Министерство Юстиции.

Европейский суд по правам человека установил факт нарушения ч. 1 ст. 6 – Право на справедливое судебное разбирательство – Конвенции. Жалобщица получила компенсацию в виде нематериального ущерба в размере 3 600 евро. Решение является коллегиальным решением палаты.

**Дело Саакяна против Армении  
(Решение от 10.11.2015, Дело № 66256/11)**

**Факт нарушения ч. 5 ст. 5 (Право на свободу и личную неприкосновенность) Конвенции.**

**Дело Амирханяна против Армении  
(Решение от 03.12.2015, Дело № 5250/07 и 22343/08)**

Жалобщик, родившийся в 1941г., проживает в Ереване и является подданным Армении. Он пользовался в течение долгих лет частью не купленной им земли. В 2004г. бывшая собственница потребовала выдачу данного земельного участка. Апелляционный суд присвоил данный земельный участок жалобщику, обосновывая это тем, что бывшая собственница утратила ее право на собственность. Кассационный суд, первоначально не допустивший кассационную жалобу бывшей собственницы, тем не менее, вернул дело обратно Апелляционному суду для повторного пересмотра после внесения второй жалобы.

Европейский суд по правам человека установил ввиду отмены Кассационным судом вступившего в законную силу судебного решения факты нарушения ч. 1 ст. 6 – Право на справедливое судебное разбирательство – и ст. 1 Дополнительного протокола №1 – Защита собственности – Конвенции. Он обязал Армению к выплате жалобщику компенсации в виде нематериального ущерба в размере 3 000 евро. Данное решение является коллегиальным решением палаты.

2. За период с 01.01.2015 до 31.12.2015 Европейский суд по правам человека установил, в общей сложности, в шестнадцати случаях факты нарушения положений Конвенции со стороны **азербайджанских компетентных органов**. В трех случаях жалоба не была допущена (Дела № 28371/11, 186/11 и 51435/10), а еще в 25 случаях она была изъята из Реестра (Дела № 48413/13, 40063/11, 35834/11, 68672/11, 63069/11, 63068/11, 63067/11, 63066/11, 63065/11, 63064/11, 63063/11, 63062/11, 42922/12, 40413/12, 21718/12, 64029/11, 18849/10, 53094/13, 53072/13, 53064/13, 53046/13, 53031/13, 16505/12, 60659/08 и 61737/14).

В упомянутых рассмотренных по существу судебных решениях установлены, в основном, нарушения ст. 3 (Запрещение пыток – бесчеловечное или унижающее достоинство обращение или наказание), ст. 5 (Право на свободу и личную неприкосновенность), ст. 1 (Защита собственности) и ст. 3 (Право на свобод-

ные выборы) Дополнительного протокола №1 Конвенции.

**Дело Игбала Гасанова против Азербайджана**  
(Решение от 15.01.2015, Дело № 46505/08)

Факт нарушения ст. 3 (Запрещение пыток – бесчеловечное и унижающее достоинство обращение или наказание) Конвенции.

**Дело Узеира Джафарова против Азербайджана**  
(Решение от 29.01.2015, Дело № 54204/08)

Факт нарушения ст. 3 (Запрещение пыток – бесчеловечное и унижающее достоинство обращение или наказание) Конвенции.

**Дело Ахвердыева против Азербайджана**  
(Решение от 29.01.2015, Дело № 76254/11)

Факт нарушения ст. 1 Дополнительного протокола №1 (Защита собственности) Конвенции.

**Дело Нагиева против Азербайджана**  
(Решение от 23.04.2015, Дело № 16499/09)

Факт нарушения ч. 1 ст. 5 (Право на свободу и личную неприкосновенность) Конвенции.

**Дело Эмина Гусеинова против Азербайджана**  
(Решение от 07.05.2015, Дело № 59135/09)

Факты нарушения ст. 3 (Запрещение пыток – бесчеловечное или унижающее достоинство обращение или наказание), ч. 1 ст. 5 (Право на свободу и личную неприкосновенность) и ст. 11 (Свобода собраний и объединений) Конвенции.

**Дело Тагирова против Азербайджана**  
(Решение от 11.06.2015, Дело № 31953/11)

Факт нарушения ст. 3 Дополнительного протокола №1 (Право на свободные выборы) Конвенции.

**Дело Саргсяна против Азербайджана**  
(Решение от 16.06.2015, Дело № 40167/06)

Факты нарушения ст. 1 Дополнительного протокола №1 (Защита собственности), ст. 8 (Право на уважение частной и семейной жизни) и ст. 13 (Право на эффективное средство правовой защиты) Конвенции; Нагорно-Карабахский конфликт; Решение Большой Палаты.

**Дело Мехдиева против Азербайджана**  
(Решение от 18.06.2015, Дело №59075/09)

Факты нарушения ст. 3 (Запрещение пыток – бесчеловечное или унижающее достоинство обращение или наказание), ст. 5 (Право на свободу и личную неприкосновенность) и ст. 10 (Свобода выражения мнения) Конвенции.

**Дело Исаевой против Азербайджана**  
(Решение от 25.06.2015, Дело № 36229/11)

Факты нарушения ч.1 ст. 5 (Право на свободу и личную неприкосновенность) и ч. 3 ст. 5 (Право задержанного и арестованного на законного судью) Конвенции.

**Дело Керимлы против Азербайджана**  
(Решение от 16.07.2015, Дело № 3967/09)

Факт нарушения ч. 2 ст. 2 Дополнительного протокола №4 (Свобода передвижения) Конвенции.

**Дело Гараманлы против Азербайджана**  
(Решение от 08.10.2015, Дело № 36503/11)

Факт нарушения ст. 3 Дополнительного протокола №1 (Право на свободные выборы) Конвенции.

**Дело Гафгаза Мамадова против Азербайджана**  
(Решение от 15.10.2015, Дело № 60259/11)

Факты нарушения ст. 5 (Право на свободу и личную неприкосновенность), ст. 11 (Свобода собраний и объединений) и ч. 1 (Право на справедливое судебное разбирательство – право на судебное разбирательство в разумный срок) и ч. 3 (Минимальные права обвиняемого) ст. 6 Конвенции.

**Дело Халликовой против Азербайджана**  
(Решение от 22.10.2015, Дело № 42883/11)

Факты нарушения ст. 5 (Право на свободу и личную неприкосновенность), ст. 8 (Право на уважение частной и семейной жизни) и ст. 1 Дополнительного протокола №1 (Защита собственности) Конвенции.

**Дело Аннаги Хаджибейлы против Азербайджана**  
(Решение от 22.10.2015, Дело № 2204/11)

Факты нарушения ст. 3 Дополнительного протокола №1 (Право на свободные выборы) и ст. 34 (Право на индивидуальную жалобу) Конвенции.

**Дело Йагублу против Азербайджана**  
(Решение от 05.11.2015, Дело № 31709/13)



**Факт нарушения ч. 1, п. „с“ ст. 5 (Право на свободу и личную неприкосновенность).**

**Дело Сакита Загидова против Азербайджана (Решение от 12.11.2015, Дело № 51164/07)**

**Факт нарушения ст. 6 (Право на справедливое судебное разбирательство) Конвенции.**

3. За период с 01.01.2015 до 31.12.2015 Европейский суд по правам человека установил, в общей сложности в трех случаях, факт нарушения положений Конвенции со стороны **грузинских компетентных органов**. В пяти случаях жалоба не была допущена (Дела № 32220/07, 28199/12, 21004/02, 11182/10 и 21110/03), а еще в 36 случаях она была изъята из Регистра (Дела № 8177/12, 58228/09, 40207/05, 31197/06, 37701/08, 44851/09, 72874/01, 51247/10, 22958/11, 7130/11, 2274/10, 21785/10, 28987/08, 28103/11, 5609/08, 60864/10, 60814/10, 22318/10, 652/10, 2204/12, 75737/11, 61783/11, 56080/10, 18372/04, 12928/10, 4769/10, 29845/07, 312/10, 28297/10, 59835/12, 65969/09, 41504/06, 4731/10, 65128/10, 64987/14 и 40085/09).

В упомянутых, рассмотренных по существу судебных решениях, установлены, в основном, нарушения ст. 3 (Запрещение пыток – бесчеловечное или унижающее достоинство обращение или наказание), ст. 8 (Право на уважение частной и семейной жизни), ст. 11 (Свобода собраний и объединений) и ст. 1 Дополнительного протокола №1 (Защита собственности) Конвенции.

**Дело Сагинадзе против Грузии (Решение от 13.01.2015, Дело № 18768/05)**

**Ст. 41: Решение о материальной компенсации после принятия решения от 27.05.2010г. (Право на справедливое судебное разбирательство) Конвенции.**

**Дело Гогитидзе и других против Грузии (Решение от 12.05.2015, Дело № 36862/05)**

Жалобщики – Серго Гогитидзе, его брат и сыновья – являются гражданами Грузии, частично ныне проживающими в Москве. Серго Гогитидзе был, в том числе, Заместителем Министра внутренних дел Аджарской Автономной республики. В русле предъявленных ему обвинений по злоупотреблению должностными полномочиями и вымогательству, прокуратура изъяла и отобрала у него недвижимость. В сентябре 2004 г. Высший суд Аджарской Автономной республики подтвердил законность и правомерность данной конфискации. Жалобщики не явились на устное разбирательство. Была отклонена также и конституционная жалоба.

Европейский суд по правам человека не установил в данном случае факт нарушения ст. 1 Дополнительного протокола №1 Конвенции (Защита собственности). Данное решение является коллегиальным решением палаты.

**Дело „Идентоба“ и других против Грузии (Решение от 12.05.2015, Дело № 73235/12)**

В данном судопроизводстве жалобщики – „Идентоба“, созданная, в первую очередь, для защиты прав гомосексуалистов Неправительственная Организация и 14 граждан Грузии – сетовали на то, что полиция не защитила их от нападения противостоящих им демонстрантов. Жалобщики организовали по поводу международного Дня против гомофобии в мае 2012г. марш по улицам Тбилиси. Во время шествия их ругали участники противоположной группы демонстрантов, нападали на них и наносили им отчасти повреждения. Присутствующая там полиция вела себя пассивно, не вмешиваясь.

Европейский суд по правам человека установил в данном случае факт, что полиция должна была вмешаться, а, не вмешавшись, полиция нарушила положения ст. 3 (бесчеловечное или унижающее достоинство обращение или наказание) и ст. 11 (Свобода собраний и объединений) в общем контексте со ст. 14 (Запрещение дискриминации) Конвенции. Суд обязал Грузию к выплате компенсации в размере 1500 и 4000 евро. Данное решение является коллегиальным решением палаты.

**Дело Г.С. против Грузии (Решение от 21.07.2015, Дело № 2361/13)**

Жалобщица, которая родилась в 1981г., является гражданкой Украины и проживает в Харькове. Она является матерью родившегося в 2004г. сына, отцом которого является человек с украинским и грузинским гражданствами. Последний ушел от жалобщицы в 2005г., переехав жить в Россию. После летнего отпуска в Грузии отец не вернул сына матери обратно на Украину, а оставил его своей проживающей в Грузии семье. Грузинские суды отказали жалобщице в возвращении сына.

Европейский суд по правам человека установил факт нарушения ст. 8 (Право на уважение частной и семейной жизни) Конвенции, выявив нарушения со стороны грузинских судов при расследовании благополучия ребенка. Жалобщица получила компенсацию в размере 8000 евро за причиненный ей нематериальный ущерб. Данное решение является коллегиальным решением палаты.

Гиорги Сванадзе<sup>1</sup>

## Признание и исполнение решений иностранных судов в Грузии Пророгационная оговорка / выбор подсудности (Краткий комментарий по поводу последних тенденций в судебной практике Верховного суда Грузии)

### Вступление

26 октября 2015 г. Верховный суд Грузии вынес решение по делу № а-2135-sh-46-2015<sup>2</sup> и представил важные соображения по поводу коллизии правовых норм, включая международное частное право и международное гражданско-процессуальное право. Значительная часть решения суда и представленного им толкования касается международной компетенции суда (пророгационной оговорки) и правовой природы/характера и последствий выбора подсудности в плане признания и приведения в исполнение решений иностранных судов в Грузии.

Предметом настоящей статьи является обзор решения, вынесенного Верховным судом Грузии, и анализ представленного им толкования с точки зрения теории и практики. Цель обзора состоит в попытке сделать на основании вынесенного решения суда выводы о том, какое влияние оно может оказать на дальнейшее развитие практики признания и исполнения решений иностранных судов и применения норм международного частного и гражданско-процессуального права в Грузии. Объектом толкования и применения судом в данном решении стал Закон Грузии „О международном частном праве“<sup>3</sup>, а также двусторонние и многосторонние международные договоры.

В обосновании судебного решения затронуты следующие вопросы, представляющие интерес:

- Разница между исключительной и специальной международной компетенцией суда;
- Выбор подсудности;
- *Actor sequitur forum rei* (принцип обращения в суд по местонахождению ответчика);
- *Revision au fond* (принцип окончательности иностранного решения);
- Правило/принцип зеркального отражения („*Spiegelbildsprinzip*“);
- Правовая природа и последствия признания решений иностранного суда;
- Корреляция двусторонних и многосторонних договоров, действующих на территории Грузии.

### I. Дело

Украинская компания (здесь и далее „УКо“/“истец“) внесла в государственный суд Украины иск против грузинской компании (здесь и далее „ГКо“), требуя от нее выплаты суммы в размере 205000 долларов США за нарушение Контракта на предоставление строительных услуг (здесь и далее „Контракт“). УКо выиграла дело в Государственном суде г. Харькова и 6 августа 2013 г. представила решение этого суда в Верховный суд Грузии для его признания и приведения в исполнение на территории Грузии. ГКо потребовала устного слушания в Верховном суде Грузии и представила следующие аргументы против признания решения украинского суда:

Первый аргумент ГКо основан на статье 68 (2) (г) Закона Грузии „О международном частном праве“, согласно которой, решение иностранного суда не признается, если „...суд иностранного государства, вынесший решение, не считается компетентным в соответствии с законодательством Грузии“ („*Spiegelbildsprinzip*“<sup>4</sup>);

Второй аргумент, выдвинутый ГКо, основан на статье 9 (б) вышеуказанного закона, согласно которой, суды Грузии обладают международной компетенцией в случае, если „...местом исполнения обязательств, определенных договором, является Грузия“;

В своем третьем аргументе ГКо ссылается на участие украинского ответчика в судебном разбирательстве на Украине. Дело в том, что украинский суд привлек к разбирательству другую украинскую компанию в качестве ответчика, который якобы выступал поручителем ГКо в рамках вышеупомянутого Контракта. Однако ГКо заявила, что она не имела

<sup>1</sup> Юрист, глава грузинского бюро юридической фирмы Эрнст энд Янг, ассоциированный профессор и ассистент-профессор Тбилисского государственного университета (Грузия) и Тбилисского свободного университета (Грузия), проректор по учебной части Национального центра коммерческого права Грузии.

<sup>2</sup> См. Решение Верховного суда Грузии №а-2135-sh-46-201 от 26 октября 2015 г. на сайте: [www.supremecourt.ge](http://www.supremecourt.ge).

<sup>3</sup> Вопросы международного частного права и международного гражданско-процессуального права регулируются Законом Грузии „О международном частном праве“ от 29 апреля 1998 г.

<sup>4</sup> Дальнейшие ссылки на законодательство Грузии и Германии см. в: *Svanidze, Grundlagen des deutsch-georgischen Anerkennungsrechts*, 2014, 77, 85.

никаких отношений с представленным поручителем, и что единственной целью привлечения поручителя к разбирательству было искусственное установление международной компетенции украинского суда на основании постоянного местонахождения этого поручителя на Украине.

Четвертым аргументом, косвенно просматривающимся в спорном решении, была пророгационная оговорка, предусмотренная статьей 12 Контракта, согласно которой:

**„В случае, если стороны не достигли мирового соглашения путем переговоров, спор должен быть урегулирован судами государства по местонахождению ответчика (помимо общих судов) в соответствии с регламентом соответствующего суда и материальным и процессуальным правом страны ответчика“.**

Несмотря на вышеуказанные аргументы, Верховный суд Грузии признал решение украинского суда на основании нижеописанной аргументации.

## II. Комментарий к решению суда

### 1. Правовая природа пророгационной оговорки

Это единственное дело, в котором грузинский суд рассматривает правовую природу пророгационной оговорки, предусмотренной статьей 12 Контракта. В частности, Верховный суд Грузии поясняет, что **„соглашение о подсудности [пророгационная оговорка] – это независимое соглашение, отдельное от основного контракта, действительность и вступление в силу которого регулируется материальным правом, а допустимость, форма и правовые последствия регулируются соответствующим процессуальным правом. В Грузии вопросы формы регулируются статьей 12 Закона Грузии „О международном частном праве“<sup>5</sup>, а действительность и вступление в силу регулируются тем законом, который предусмотрен статьей 27 закона „О международном частном праве“ в зависимости от случая<sup>6</sup>“.**<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Статья 18 Закона Грузии „О международном частном праве“ гласит:

1. Стороны могут достичь соглашения о международной компетенции суда Грузии и в том случае, когда в соответствии со статьями 8, 9 и 10 настоящего Закона он некомпетентен. Такое соглашение должно быть заключено:
  - а) письменно или устно с письменным подтверждением;
  - б) при международных торговых отношениях – в форме, соответствующей нормам международной торговли, о чем сторонам известно или должно было быть известно.
2. Суды Грузии обладают международной компетенцией в случае, если ответчик без протеста в связи с компетенцией суда соглашается на участие в процессе:
  - а) даже если ответчик представлен адвокатом; и
  - б) судья известил ответчика о возможности заявления протеста и это извещение зафиксировано в протоколе производства по делу.
3. Стороны могут достичь соглашения по поводу международной компетенции суда иностранного государства, если одна из них имеет место жительства, резиденцию или обычное место нахождения в иностранном государстве.

**тьность и вступление в силу регулируются тем законом, который предусмотрен статьей 27 закона „О международном частном праве“ в зависимости от случая<sup>6</sup>“.**<sup>7</sup>

Такое толкование пророгационной оговорки соответствует толкованиям, принятым в законодательстве Германии.<sup>8</sup> Этот подход Верховного суда Грузии принесет больше ясности в вопрос толкования пророгационных оговорок. Кроме того, рассматриваемая оценка пророгационной оговорки сопоставима с развернутым толкованием арбитражных соглашений.<sup>9</sup> Если бы за данным толкованием последовали дальнейшие решения Верховного суда Грузии, направленные на создание единого подхода, это способствовало бы превращению Грузии в привлекательную площадку для решения международных споров. Это также помогло бы практикующим адвокатам, при составлении пророгационных оговорок, рассчитать и соответственно спланировать стратегию защиты для слушания дел в судах Грузии.

Важно подчеркнуть, что анализируемое судебное решение, в первую очередь, поднимет вопрос о том, какие законы применимы при выборе юрисдикции. Разделение этого вопроса на две части, с применением материального права на основе статьи 27 закона „О международном частном праве“<sup>10</sup> и процессуального права на основе статьи 12 того же закона, яв-

дарстве. На такое соглашение соответственно распространяется пункт 2 настоящей статьи.

4. Соглашения о компетенции, предусмотренные статьями 10-16 настоящего Закона, недействительны. В таком случае пункт 2 настоящей статьи не применяется.

<sup>6</sup> Статья 27 Закона Грузии „О международном частном праве“ гласит:

1. Вступление в силу и действительность сделки или ее отдельных положений определяются правом страны, которое должно было быть применено, если бы сделка или какое-либо из положений являлись действительными.
2. Если существуют обстоятельства, по которым определение последствий действия одной из сторон во время переговоров по договору, согласно праву, указанному в п. 1 настоящей статьи, могло бы быть необоснованным, для того, чтобы доказать, что лицо не давало согласия на заключение договора, оно может обратиться к праву страны своего обычного местонахождения.

<sup>7</sup> Сравн. с дальнейшими ссылками на дополнительные лит. источники: Svanidze, Drafting and Negotiating International Commercial Contracts in Light of International Sales Law, Georgian Business Law Review, 2015, 50 (Сванидзе, Составление и обсуждение международных коммерческих контрактов в свете международного торгового права) (<http://nccl.ge/ge/review>); Svanidze, Rechtsnatur der internationalen Gerichtsstandsvereinbarung im georgischen Recht: Kann die ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarung georgischen Gerichten als Abwehrmaßnahme gegen forum shopping im Ausland dienen? (Rechtsvergleichende Analyse) in: Beiträge und Informationen zum Recht im postsowjetischen Raum (www.mpipriv.de/gus), ([http://www.mpipriv.de/files/pdf3/2010\\_12\\_22\\_013.pdf](http://www.mpipriv.de/files/pdf3/2010_12_22_013.pdf)).

<sup>8</sup> Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., Rn. 495; HM, BGHZ 49, 384; 59, 23, 26.

<sup>9</sup> Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., Rn. 1319; B. Born, International Arbitration: Law and Practice, 2012, 43, 45; Graffi, The law applicable to the validity of the arbitration agreement: A practitioner's view in: Ferrari/Kröll, Conflict of Laws in International Arbitration, 2011, 19, 63.

<sup>10</sup> См. анализ статьи 27 закона „О международном частном праве“, Vashakidze, Das Internationale Privatrecht von Georgien, 2014, 140, 144.

ляется первым и исключительным случаем в грузинской судебной практике действительности. Это дает импульс для нового этапа развития и интернационализации грузинского коллизионного права в целом. Данное решение содержит пространное толкование и обоснование вопроса исключительной компетенции грузинских судов, который никогда прежде не рассматривался столь подробно.

*а. Исключительная международная компетенция суда*

Одна из основных частей обоснования, представленного Верховным судом Грузии, касается анализа системы международной компетенции грузинских судов. Впервые Верховный суд отмечает, что статья 10 Закона Грузии „О международном частном праве“<sup>11</sup> содержит ряд норм об исключительной международной компетенции грузинских судов, а не о специальной международной компетенции, как дословно следует из терминологии, использованной в оригинальной версии статьи на грузинском языке.<sup>12</sup> Это серьезный положительный шаг вперед, сделанный судом для того, чтобы заполнить технический пробел в законодательстве с целью предотвратить неверное понимание и толкование статьи 10 Закона в будущем.

Теперь можно сделать вывод о том, что статья 10 закона „О международном частном праве“ предусматривает правила исключительной международной компетенции грузинских судов, что влияет на их прямую и косвенную международную компетенцию („*Entscheidungszuständigkeit*“ и „*Anerkennungszuständigkeit*“).<sup>13</sup>

В частности, если дело подпадает под исключительную международную компетенцию грузинских

судов, согласно статье 10 закона „О международном частном праве“, то необходимо учесть следующие юридические последствия: (а) соглашения соответствующих сторон о международной компетенции других судов, кроме судов Грузии, утрачивают силу, согласно статье 18 (4) Закона; и (б) если одна из сторон подаст иск в иностранный суд, а затем представит решение этого суда в грузинский суд для признания и исполнения, то Верховный суд Грузии обязан отказать в признании на основании статьи 68 (2) (а) Закона Грузии „О международном частном праве“.<sup>14</sup>

Таким образом, как следует из представленного выше анализа, в случаях, когда соответствующее решение суда должно приводиться в исполнение на территории Грузии, а сценарий дела подпадает под действие статьи 10 Закона Грузии „О международном частном праве“, то разумно и целесообразно обратиться с иском в грузинский суд.

*б. Толкование пророгационной оговорки*

Как указывалось выше, в рассматриваемом Контакте оговорка о подсудности сформулирована следующим образом:

**„В случае если стороны не достигли мирового соглашения путем переговоров, спор должен быть урегулирован судами государства по местонахождению ответчика (помимо общих судов) в соответствии с регламентом соответствующего суда и материальным и процессуальным правом страны ответчика“.**

Необходимо подчеркнуть, что Верховному суду пришлось переводить вышеуказанную оговорку, так как контракт был составлен на русском языке, и основным спорным вопросом при переводе стала фраза в скобках: „... (помимо общих судов)“.

В частности, Верховный суд Грузии посвятил довольно обширные рассуждения следующим двум вопросам:

- Означает ли фраза в скобках, что договаривающиеся стороны исключают компетенцию обычных судов всех стран кроме тех стран, где они располагаются на постоянной основе; или
- Фразой в скобках стороны подчеркивают, что наряду с обычными судами, они могут обращаться с исками в суды страны по местонахождению соответствующего ответчика.

**Верховный суд Грузии сделал выбор в пользу второго варианта и заключил, что пророгационная оговорка не исключает подсудность спора обычным судам. Следовательно, УКо имела право обращения в суд Украины, а значит, решение украинского суда не может быть отменено на ос-**

<sup>11</sup> Согласно статье 10 Закона Грузии „О международном частном праве“ на груз. яз.:

Суды Грузии обладают специальной международной компетенцией лишь по искам, касающимся:

- а) недвижимого имущества, находящегося в Грузии;
- б) действительности или отмены решений юридического лица или его органа, когда резиденция этого юридического лица или его органа находится в Грузии;
- в) регистрации юридических лиц судами или иными органами Грузии;
- г) регистрации патента, товарного знака или иных прав, если эта регистрация осуществлена в Грузии или ходатайство об их регистрации подано на территории Грузии;
- д) мер по принудительному исполнению, если они применяются в Грузии или если ходатайство об их применении подано на территории Грузии.

<sup>12</sup> Согласно терминологии, использованной грузинскими законодателями, в оригинальном грузинском варианте статьи 10 закона „О международном частном праве“ говорится о „специальной международной компетенции“, однако суть статьи касается исключительной международной компетенции. См. анализ этого вопроса в труде Svanidze, Grundlagen des deutsch-georgischen Anerkennungsrechts, 2014, 83, 84; Сванидзе, Признание иностранных решений в Грузии: предсказуемо ли признание иностранных решений в Грузии (Recognition of foreign judgments in Georgia: Is the Recognition of foreign judgments in Georgia predictable?) in: Beiträge und Informationen zum Recht im postsowjetischen Raum (www.mpipriv.de/gus), ([http://www.mpipriv.de/files/pdf3/2009\\_12\\_09\\_023.pdf](http://www.mpipriv.de/files/pdf3/2009_12_09_023.pdf)).

<sup>13</sup> Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., Rn. 216.

<sup>14</sup> Svanidze, Grundlagen des deutsch-georgischen Anerkennungsrechts, 2014, 84.

новании статьи 68 Закона Грузии „О международном частном праве“.

### Замечания по поводу обоснования решения суда

Это заключение Верховного суда можно оспорить на основании следующих аргументов:

Важно подчеркнуть, что принцип „actor sequitur forum rei“ (обращение в суд по местонахождению ответчика)<sup>15</sup> действует почти во всех странах. Поэтому сторона имеет право на обращение в суд той страны, где располагается ответчик, на основании внутреннего законодательства своей страны, а также двусторонних и многосторонних договоров, даже если бы это право не было предусмотрено статьей 12 рассматриваемого здесь Контракта.<sup>16</sup> Следовательно, на основании доводов здравого смысла и целесообразности, сторонам не обязательно отдельно договариваться о международных компетенциях судов страны, где располагается ответчик. Кроме того, обе стороны Контракта являются юридическими лицами, участвующими в международных коммерческих сделках. Следовательно, от них можно ожидать более четкого понимания деловой обстановки и возможных юридических последствий коммерческого контракта, чем от менее опытных участников делового оборота. Поэтому трудно предположить, что юристы и другие представители таких коммерческих структур не знали о возможных юридических последствиях и о действующих внутригосударственных и международных правовых нормах.

На этом основании можно заключить, что намерение сторон Контракта состояло в том, чтобы исключить международную компетенцию всех обычных судов и договориться об исключительной международной компетенции судов того государства, где на постоянной основе располагается ответчик. Пророгационная оговорка, содержащаяся в Контракте, может рассматриваться как соглашение о подсудности судам страны ответчика с крайне ограниченным элементом „выбора подсудности“<sup>17</sup>, то есть, возможности

<sup>15</sup> Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., Rn. 222, 251.

<sup>16</sup> Это право потенциального истца и вид защиты ответчика гарантированы статьей 8 Закона Грузии „О международном частном праве“, статьей 76 (1) (2) Закона Украины „О международном частном праве“ от 23 июня 2005 г., №2709-IV, статьей 21 Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г. в исправленной редакции от 28 марта 1997 г. (здесь и далее „Минская конвенция“) и статьей 21 Договора между Украиной и Республикой Грузия о правовой помощи и правовых отношениях в гражданских и криминальных делах от 6 декабря 1996 г. (здесь и далее „Грузино-украинский договор“).

<sup>17</sup> См. дополнительные ссылки в: Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., Rn. 250; по грузинскому законодательству см.: Svanidze, Rechtsnatur der internationalen Gerichtsstandsvereinbarung im georgischen Recht: Kann die ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarung georgischen Gerichten als

обращения в суды государства по местонахождению ответчика. Следовательно, УКо могла внести иск против ГКо в грузинский суд и наоборот, ГКо могла обратиться с иском против УКо в украинский суд.

Таким образом, можно было бы заключить, что в рассматриваемой формулировке пророгационной оговорки слово „помимо“ означает, что стороны исключают международную компетенцию соответствующих обычных судов и договариваются об исключительной международной компетенции судов страны местонахождения ответчика.

Чтобы удостовериться в верности этого заключения, важно также проверить, предусматривают ли действующие законы возможность устанавливать исключительную международную компетенцию соответствующих судов путем особой комбинации пророгации и дерогации и взаимного соглашения сторон. Этот вопрос рассматривается в подразделе ниже.

Несмотря на то, что принципы обращения в суд по местонахождению ответчика и выбора подсудности были верно упомянуты и проанализированы Верховным судом Грузии в рассматриваемом здесь деле, они не нашли отражения в представленном судом обосновании. Следовательно, суд заключил, что стороны предусмотрели возможность выбора подсудности как в отношении судов страны ответчика, так и в отношении судов в соответствии с общими действующими правилами международной компетенции судов соответствующей страны.

### Соглашение об исключительной международной компетенции

Важно подчеркнуть, что ни Закон Грузии „О международном частном праве“, ни Минская конвенция и Грузино-украинский договор прямо не предусматривают нормы об исключительной международной компетенции соответствующих судов. Однако они также не запрещают договаривающимся сторонам согласовать положение о выборе суда на основе общеприменимого принципа частной автономии сторон.

Кроме того, статья 18 Закона Грузии „О международном частном праве“, а также статья 21 Минской конвенции<sup>18</sup> и статья 21 Грузино-украинского договора<sup>19</sup> прямо предусматривают право сторон на выбор

Abwehrmaßnahme gegen forum shopping im Ausland dienen? (Rechtsvergleichende Analyse) in: Beiträge und Informationen zum Recht im postsowjetischen Raum (www.mpipriv.de/gus), ([http://www.mpipriv.de/files/pdf3/2010\\_12\\_22\\_013.pdf](http://www.mpipriv.de/files/pdf3/2010_12_22_013.pdf)).

<sup>18</sup> Статья 21 (1) Минской конвенции: Суды Договаривающихся Сторон могут рассматривать дела и в других случаях, если имеется письменное соглашение сторон о передаче спора этим судам. [...] Исключительная компетенция не может быть изменена соглашением сторон.

<sup>19</sup> Статья 21 (2) Грузино-украинского договора: Суды Договаривающихся Сторон могут рассматривать дела и в других случаях, если имеется письменное соглашение сторон о передаче спора этим судам. [...] Исключительная компетенция не может быть изменена соглашением сторон.

подсудности. Однако если выбор подсудности осуществляется договаривающимися сторонами, тогда ее правовая природа и содержание подлежат толкованию. В случаях, когда вышеуказанные документы не предусматривают прямо применимые правила, как это делает Брюссельский регламент<sup>20</sup>, право толкования переходит к судье. В частности, судья обязан с предельной тщательностью изучить формулировку пророгационной оговорки, согласованной сторонами, и истолковать ее с использованием надлежащих методов толкования.<sup>21</sup>

Следует отметить, что Верховный суд Грузии очень тщательно изучил указанную оговорку, что крайне важно для развития судебной практики в Грузии, однако пришел к решению, отличному от того варианта, о котором говорится выше.

В рассматриваемом деле была возможность толкования в пользу того, что стороны договорились об эксклюзивной международной компетенции судов страны местонахождения ответчика, однако суд интерпретировал оговорку иначе. Кроме того, ГКО могла способствовать такому толкованию, представив соответствующую аргументацию, но не сделала этого, судя по доступным материалам решения суда.

На основании приведенных выше соображений можно заключить, что у сторон есть право сформулировать пророгационную оговорку таким образом, чтобы прямо продемонстрировать свое намерение закрепить исключительную международную компетенцию только за определенным судом (судами) соответствующей страны. Кроме того, стороны могут свободно выбирать подсудность, если это не меняет установленную законом исключительную компетенцию.<sup>22</sup> В рассматриваемом деле не было предусмотрено установленной законом исключительной компетенции какого-либо суда, следовательно, стороны могли свободно договориться об исключительной компетенции судов страны ответчика.

В качестве предварительного вывода можно сказать, что соглашение сторон о выборе подсудности можно трактовать как соглашение об исключительной международной компетенции суда страны ответчика. Следовательно, если бы Верховный суд Грузии применил этот подход, исход дела был бы иным; т.е., суд мог отказать в признании решения украинского суда на основании статьи 43 (3) Грузино-украинского

договора<sup>23</sup> или статьи 55 (г) Минской конвенции,<sup>24</sup> сочтя согласованную сторонами международную компетенцию суда исключительной. Тот же вывод можно сделать на основании статьи 68 (2) (а) Закона Грузии „О международном частном праве“, при условии отсутствия международного договора, имеющего преимущественную юридическую силу над нормами этого закона.<sup>25</sup>

#### *в. Корреляция внутреннего законодательства с двусторонними и многосторонними договорами*

Рассматриваемое дело имеет большое значение с точки зрения статусной коллизии источников конфликта внутрисударственных правовых норм и определения их преимущественной силы. В частности, в грузинской судебной практике нет единого подхода к применению двусторонних и многосторонних международных договоров в сфере признания и исполнения иностранных решений на территории Грузии.<sup>26</sup> Однако этот случай являет собой прекрасный пример попытки суда провести грань между внутренним законодательством и международными договорами.

Решение суда включает в себя обоснование использования Минской конвенции и Грузино-украинского договора. Однако в резолюционной части суд вновь параллельно ссылается на статью 68 Закона Грузии „О частном международном праве“ и на статьи 51 и 53 Минской конвенции без указания на преимущественную силу Минской конвенции как международного договора над внутренним Законом Грузии „О частном международном праве“.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Статья 43 (3) Грузино-украинского договора гласит: *В признании решения или приведении его в исполнение может быть отказано, если [...] согласно положениям настоящего Договора, а в случаях, не предусмотренных им, согласно законодательству договаривающейся стороны, на территории которой решение должно быть признано и исполнено, дело относится к исключительной компетенции её учреждения*.

<sup>24</sup> Статья 55 (г) Минской конвенции: *В признании решения или приведении его в исполнение может быть отказано, если [...] согласно положениям настоящей Конвенции, а в случаях, не предусмотренных ею, согласно законодательству договаривающейся стороны, на территории которой решение должно быть признано и исполнено, дело относится к исключительной компетенции ее учреждения*.

<sup>25</sup> По вопросу корреляции внутреннего законодательства с международными договорами см. подраздел с. ниже.

<sup>26</sup> См. анализ соответствующей судебной практики в Svanidze, Grundlagen des deutsch-georgischen Anerkennungsrechts, 2014, 12-16.

<sup>27</sup> См. статью 6 Конституции Грузии от 24 августа 1995 г., статью 7 (3) Закона Грузии „О нормативных актах“ от 22 октября 2009 г. и статью 2 закона „О международном частном праве“; согласно перечисленным статьям соответствующих законов, международные договоры и соглашения имеют преимущественную юридическую силу над Законом Грузии „О международном частном праве“. Следовательно, грузинские судьи обязаны применять имеющие преимущественную силу международные договоры/соглашения, если существо рассматриваемого дела подпадает по действие таких договоров/соглашений, ратифицированных Грузией.

<sup>20</sup> См.: статью 25 Регламента № 1215/2012 Европейского парламента и Совета от 12 декабря 2012 г. „О подсудности и признании и исполнении по гражданским и торговым делам“.

<sup>21</sup> Svanidze, Drafting and Negotiating International Commercial Contracts in Light of International Sales Law, Georgian Business Law Review (Сванидзе, Составление и обсуждение международных коммерческих контрактов в свете международного торгового права), 2015, 53, 54 (<http://nccl.ge/ge/review>).

<sup>22</sup> Сравн. аналогичные положения статьи 18 (4) Закона Грузии „О международном частном праве“, статью 21 (1) Грузино-украинского договора и статью 21 (2) Минской конвенции.

На основании того, что Верховный суд сослался на Минскую конвенцию, можно сделать вывод, что суд решил вопрос о верховенстве между Минской конвенцией и Грузино-украинским договором в пользу Минской конвенции, не пояснив, однако, на каких предположениях и оценках основано это решение.

В таких случаях ожидается, что суд четко обоснует свое решение в пользу первенства того или иного международного договора. В данном случае Верховному суду следовало пояснить, почему многосторонняя Минская конвенция преобладает над двусторонним Грузино-украинским договором. В целях развития грузинской судебной практики было бы желательно, чтобы Верховный суд представил свою аргументацию на основании принципа „*lex specialis derogate legi generali*“ (специальный закон отменяет (вытесняет) общий закон)<sup>28</sup> и так называемого принципа „благогосклонности“ („*Günstigkeitsprinzip*“).<sup>29</sup>

С другой стороны, следует признать, что ввиду идентичности соответствующих статей Минской конвенции и Грузино-украинского договора о признании и исполнении иностранных решений, неиспользование вышеуказанных методов и принципов не сказалось на окончательном исходе рассматриваемого дела. Однако, в целях ясности и предсказуемости исхода будущих дел, было бы полезно включить эти пояснения в последующие решения Верховного суда Грузии по признанию и исполнению решений иностранных судов.

Кроме того, неясно, зачем суд использовал в резолюционной части ссылку на статью 68 Закона Грузии „О международном частном праве“ параллельно со ссылкой на Минскую конвенцию. С точки зрения повышения предсказуемости исхода будущих дел было бы целесообразней указать на то, что международный договор – Минская конвенция – имеет преимущественную юридическую силу над внутренним законом „О международном частном праве“. Это помогло бы избежать неверного толкования подобных случаев практикующими юристами.

## 2. Revision au found

Это также был первый случай обращения Верховного суда Грузии к принципу „*revision au found*“ (принцип окончательности иностранного решения). Суд использовал этот принцип для того, чтобы объяснить, почему он не стал вдаваться в подробности аргументации ГКО о том, что украинский поручитель не был

надлежащей стороной дела. Верховный суд Грузии пояснил, что ГКО имела возможность подать ходатайство во время разбирательства дела в украинском суде, но не воспользовалась этой возможностью. Соответственно, согласно решению Верховного суда, ГКО утратила эту возможность, так как, согласно сути производства, по признанию иностранного решения, Верховный суд не может пересматривать подробности дела и инициировать повторный процесс или пересматривать дело по существу.<sup>30</sup>

Более того, ГКО не обжаловала решение суда на Украине, позволив ему вступить в законную силу (согласно принципу *res judicata*).

Вопрос о том, применим ли принцип окончательности иностранного решения к данному случаю, требует тщательного изучения. Однако аргументация Верховного суда заслуживает положительной оценки, так как она свидетельствует о серьезной попытке вынести решение в соответствии с общепризнанными международными принципами коллизионного права, и в частности, международного гражданского производства.

## 3. Последствия признания решений иностранных судов

В данном деле Верховный суд Грузии поставил вопрос о последствиях признания решения иностранного суда. Не совсем ясно, с какой целью была дана такая оценка в данном конкретном случае, так как в толковании не содержится явного указания на необходимость определения правовых последствий признания решения иностранного суда. Однако, несмотря на это, Верховный суд Грузии все же представил заключение по правовым последствиям такого признания.

Верховный суд аргументирует свое толкование так называемой теорией эквивалентности („*Gleichstellungstheorie*“).<sup>31</sup> В предыдущем решении Верховного суда Грузии<sup>32</sup> была использована теория „распространения последствий решения иностранного суда“ („*Wirkungserstreckungstheorie*“),<sup>33</sup> согласно которой, авторитет и последствия решения иностранного суда распространяются на территорию признающего государства.<sup>34</sup>

<sup>28</sup> Svanidze, Grundlagen des deutsch-georgischen Anerkennungsrechts, 2014, 16.

<sup>29</sup> Сравн.: Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, Aufl. 6., Rn. 68; Linke/Hau, IZPR, Rn. 433; Geimer, IZPR, Rn. 2766; MünchKommZPO/Gottwald, § 328, Rn. 14; Martiny, Hdb. IZVR, Bd. III/1, Kap. I, Rn. 223 ff. Сванидзе, Grundlagen des deutsch-georgischen Anerkennungsrechts, 2014, 17.

<sup>30</sup> Сравн.: Martiny, Recognition and Enforcement of Foreign Money Judgments in the Federal Republic of Germany, 35 Am. J. Comp. L. 1987, стр. 728.

<sup>31</sup> См. анализ грузинской судебной практики в сфере правовых последствий признания решений иностранных судов в: Svanidze, Grundlagen des deutsch-georgischen Anerkennungsrechts, 2014, 22-29.

<sup>32</sup> Решение Верховного суда Грузии Nea-1985-sh-68-09 от 26 марта 2010 г.

<sup>33</sup> См. анализ грузинской судебной практики в сфере правовых последствий признания решений иностранных судов в: Svanidze, Grundlagen des deutsch-georgischen Anerkennungsrechts, 2014, 22-29.

<sup>34</sup> См. дополнительные ссылки в: Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., Rn. 881-886.

При том, что предыдущее решение связано с признанием решения Лондонского арбитражного суда, использование в нем теории „распространения последствий“ может стать позитивным импульсом для ее применения при признании решений иностранных судов. Это позволит перейти к использованию более уравновешенной теории куммулятивности („Kumulationstheorie“), согласно которой, „... иностранное решение приводится в исполнение так, как оно было бы исполнено в выносящем решение государстве, за исключением случаев, когда его последствия превосходят последствия, предусмотренные немецким [грузинским] законодательством для решений немецких [грузинских] судов“.<sup>35</sup>

Для дальнейшего развития грузинской судебной практики по признанию и исполнению решений иностранных судов было бы желательно использовать теорию куммулятивности, особенно с учетом того, что принцип *res judicata* грузинских судов имеет довольно широкую сферу действия и распространяется не только на постановляющую часть, но и на обоснование судебного решения (см. статью 266 Гражданского процессуального кодекса Грузии от 14 ноября 1996 г.).<sup>36</sup>

### III. Заключение

Важно подчеркнуть, что толкование, содержащееся в рассматриваемом решении Верховного суда Грузии, имеет существенное значение для дальнейшего развития грузинской судебной практики по признанию и исполнению решений иностранных судов на территории Грузии. Это решение следует рассматривать как огромный шаг вперед на пути сближения судебной практики Грузии с общепризнанными международными подходами и принципами. Некоторые аспекты решения оставляют место для сомнения, но иногда это является неотъемлемой частью развития судебной практики отдельно взятой страны. Подход, продемонстрированный в данном решении, представляется многообещающим с точки зрения практики. Если бы за этим решением Верховного суда Грузии последовали дальнейшие решения, основанные на том же подходе, это повысило бы предсказуемость, эффективность и экономичность международного гражданского судопроизводства и применения правил коллизии правовых норм судами Грузии в глазах предпринимателей. Это также усилило бы привле-

кательность грузинской системы правосудия для международных компаний и предпринимателей, что могло бы привести к положительным юридическим и экономическим результатам для Грузии как страны с высоким скрытым потенциалом в сфере решения международных коммерческих споров, по крайней мере, в своем регионе.

<sup>35</sup> Сравн.: *Wurmnest*, Recognition and Enforcement of U.S. Money Judgments in Germany, 23 Berkeley J. Int'l L. 2005, стр. 182; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., Rn. 886.

<sup>36</sup> Статья 266 Последствия вступления решения в законную силу:

После вступления решения в законную силу стороны, а также их правопреемники не могут заново заявить в суде те же иски и требования на том же основании, а также оспаривать в другом процессе факты и правовые отношения, установленные решением; Svanidze, Grundlagen des deutsch-georgischen Anerkennungsrechts, 2014, 42-43.



## «Анализ постановления Кассационного суда РА №ԿՂ/11193/05/13 от 27.11.2015 года по толкованию части 4 статьи 68 Закона РА «О правовых актах»

### I. Введение

*Часть 4 статьи 68 Закона РА «О правовых актах» устанавливает, что если выполнение требования предусмотренной правовым актом нормы может быть осуществлено только по принятии иного правового акта, предусмотренного этим правовым актом, либо его выполнение непосредственно обусловлено изданием иного правового акта, то правовой акт, в части этой нормы, действует с момента вступления в силу соответствующего иного правового акта.*

*До последнего времени, относительно этой нормы не имелось какой-либо судебной практики или какого-либо судебного толкования. Рассматриваемая правовая норма получила свое прямое толкование только в постановлении Кассационного суда РА по административному делу №ԿՂ/11193/05/13 от 27.11.2015 года. Этим постановлением Кассационного суда РА, однако, указанной правовой норме дано настолько широкое толкование, что была искажена сама цель, заложенная в ней законодателем, а именно – защищать частных субъектов от бездействия публичной власти. В настоящей статье будет представлен теоретико-практический анализ вышеуказанного постановления Кассационного суда РА для обоснования нашего утверждения относительно несоразмерного толкования, данного рассматриваемой правовой норме этим постановлением.*

### II. Краткое описание фактов по делу и постановления Кассационного суда РА

Дело, по которому вынесено рассматриваемое постановление Кассационного суда,<sup>2</sup> рассматривалось между Министерством финансов РА (далее – Министерство) и ООО «Вардани Зартонк» (далее – Общество). Факты дела следующие:

Общество 03.12.2010 года получило специальную лицензию на горнопромышленную добычу. Лицен-

зионный договор не был заключен. На момент выдачи лицензии, Общество, согласно действующему законодательству и сформировавшейся судебной практике, могло бы иметь обязательство по уплате государственной пошлины за лицензию только в том случае, если бы был заключен лицензионный договор (о недропользовании). Общество заключило договор недропользования только 27.09.2012 года и только с этого момента возникло обязательство Общества по уплате государственной пошлины.

Между тем, Общество, не имея обязательства по уплате государственной пошлины, 31.01.2011 года произвело уплату государственной пошлины.

Министерство, обратившись в суд, потребовало взыскания с Общества государственной пошлины за период после 27.09.2012 года. Общество возразило против выдвинутого требования, отметив, что Общество произвело уплату государственной пошлины 31.01.2011 года без наличия у него такого обязательства, из чего следует, что этот платеж следовало считать произведенной Обществом переплатой и должен был быть направлен (зачтен) на погашение обязательств Общества по государственной пошлине за период, следующий после 27.09.2012 года.

Административный и Апелляционный административный суды РА сочли позицию Общества обоснованной и отклонили иск. Между тем, Кассационный суд РА удовлетворил иск Министерства по нижеуказанным основаниям.

Кассационный суд РА установил, что:

- а. Законом РА «О государственной пошлине» не предусмотрен какой-либо порядок зачета излишне уплаченной государственной пошлины в счет других обязательств;
- б. Хотя законодатель использовал термин «зачет» в части 2 статьи 36.1 Закона РА «О государственной пошлине», тем не менее, из этого непосредственно не следует правовая возможность зачета излишне уплаченной государственной пошлины в счет других обязательств;
- в. обстоятельство использования термина «зачет» в части 2 статьи 36.1 Закона РА «О государственной пошлине» не является достаточным основанием для совершения действия по зачету излишне уплаченной государственной пошлины в счет других обязательств;
- г. такая правовая позиция созвучна также регулированию части 4 статьи 68 Закона РА «О правовых актах», согласно которой, если выполнение требования, предусмотренного нормой правового акта может быть осуществлено только принятием иного акта, предусмотренного этим правовым актом, **либо его выполнение непосредственным образом обусловлено принятием другого право-**

<sup>1</sup> Ассистент Кафедры конституционного права юридического факультета Ереванского государственного университета, к.ю.н.

<sup>2</sup> ОВРА 2016.01.22/3(1183).1 стр. 28.45.

**вого акта**, то правовой акт действует в части этой нормы с момента вступления в силу соответствующего правового акта;

- д. в данном случае, по смыслу правового регулирования части 2 статьи 36.1 Закона РА «О государственной пошлине», в качестве погашений обязательств по государственной пошлине рассматриваются как уплата, так и зачет. Однако, выполнение требования указанной нормы в части зачета непосредственным образом обусловлено принятием другого правового акта, устанавливающего порядок и сроки произведения зачета, следовательно, часть 2 статьи 36.1 Закона РА «О государственной пошлине» в части произведения зачета может действовать только с момента вступления в силу другого правового акта, устанавливающего порядок и сроки произведения зачета.

### III. Теоретико-практический анализ решения Кассационного суда РА

Как было указано, часть 4 статьи 68 Закона РА «О правовых актах»<sup>3</sup> устанавливает, что если выполнение требования, предусмотренного нормой правового акта, может быть осуществлено только принятием иного акта, предусмотренного этим правовым актом, либо его выполнение непосредственным образом обусловлено принятием другого правового акта, то правовой акт в части этой нормы действует с момента вступления в силу соответствующего правового акта.

Приведенная выше норма с момента вступления закона в силу (31.05.2002 года) воспринималась в правоприменительной практике как правило в качестве дополнительной гарантии для частных субъектов от негативных правовых последствий, вытекающих из бездействия публичной власти. То есть, если орган публичной власти устраняется в вопросе принятия какого-либо правового акта, которым обусловлено выполнение нормы, закрепленной в другом правовом акте, то эта вторая норма не может применяться в отношении субъектов, действующих в сфере ее действия и не может вызывать **нежелательные** правовые последствия для этих субъектов. В качестве примера можно привести Закон РА «Об иностранных лицах»<sup>4</sup>, согласно статье 24 которого – выдача и отказ в выдаче разрешения на работу осуществляет уполномоченный орган в порядке и сроки, установленные Правительством Республики Армения. После принятия указанного закона прошло около десяти лет, однако, по сей день постановление Правительства об установлении порядка и сроков выдачи разрешения на работу иностранным лицам не принято. А это, в свою очередь, означает, что государство не может

потребовать разрешения на работу от иностранных граждан, осуществляющих трудовую деятельность в РА, до принятия соответствующего постановления Правительством РА. Таким образом, выделение в настоящем абзаце слова «нежелательные» не является случайным, так как бездействие публичной власти в вопросе принятия правового акта должно не ухудшать правовое положение частных субъектов, а, наоборот, должно освобождать последних от определенных правовых требований, заставляя тем самым публичные власти надлежащим образом и своевременно осуществлять свои функции по принятию правовых актов.

Наряду с приведенным выше общим восприятием содержания рассматриваемой правовой нормы, как уже было отмечено, до последнего времени не имелось какой-либо судебной практики или толкования в отношении этой нормы. В вопросе осуществления подзаконной деятельности на основании законов и их исполнения, проблема упущений публичной власти, в частности Правительства, определенным образом отражена в постановлении Конституционного Суда РА от 14.09.2010 года № ՄՂՈ-913<sup>5</sup>, когда рассматривался вопрос конституционности статьи 7 Закона РА «О трансплантации органов и (или) тканей человека». В этом постановлении Конституционный Суд РА зафиксировал, что Правительство РА, не выполнив требования части 2 статьи 85 Конституции РА, Закона РА «О трансплантации органов и (или) тканей человека», а также постановления Правительства РА от 8 апреля 2004 года № 541-Ն «О мерах, обеспечивающих применение закона Республики Армения, постановления Национального Собрания Республики Армения, международных договоров Республики Армения», с 16 апреля 2002 года до дня вынесения постановления КС не приняло для обеспечения применения закона все постановления, принятие которых были делегированы ему законом, являющимся предметом рассмотрения. Учитывая, что положение, предусмотренное статьей 16 Закона РА «О трансплантации органов и (или) тканей человека», о вступлении Закона в силу через сто восемьдесят дней после его официального опубликования, на практике не имело какого-либо правового последствия и не гарантировало для действия Закона необходимое регулирование. Конституционный Суд РА, исходя из основополагающих принципов правового государства, закрепленных статьей 1 Конституции РА, счел, что этот Закон не может быть применен без разработки полного пакета подзаконных актов, предусмотренных им самим, в соответствии с требованиями Закона РА «О правовых актах» и позицией, выраженной Конституционным Судом РА, которая заключается в

<sup>3</sup> ОВРА 2002.05.21/15(190) стр.344.

<sup>4</sup> ОВРА 2007.01.24/6(530), стр.109.

<sup>5</sup> ОВРА 2010.09.22/45(779) стр.1040.

пересмотре ранее принятых постановлений и введении их в действие.

Таким образом, хотя и вышеуказанное постановление Конституционного Суда РА обращается к рассматриваемой в настоящей статье проблеме опосредованно, однако оно не содержало прямое толкование части 4 статьи 68 Закона РА «О правовых актах». Рассматриваемая правовая норма получила прямое толкование только в постановлении Кассационного суда РА по административному делу № ՎՂ/11193/05/13 от 27.11.2015 года.

В рассматриваемом постановлении Кассационного суда РА, как уже отмечалось, дано чрезмерно широкое толкование части 4 статьи 68 Закона РА «О правовых актах» (была искажена сама суть этой правовой нормы). Так, как уже отмечалось, данную правовую норму, в первую очередь, следует рассматривать в качестве гарантии защиты частных субъектов от бездействия публичной власти. Указанное обосновывается следующим:

После принятия Закона, от своевременного принятия обеспечивающих его выполнение подзаконных актов, в значительной мере, зависит наличие эффективных механизмов применения Закона. Мы согласны с мнением, что «В конечном счете, реализация законодательства в значительной мере зависит от исполнительной власти. В зависимости от того, насколько удачно организована деятельность последней, начиная с разработки законопроекта и до его выполнения, можно составить представление об эффективности системы права вообще».<sup>6</sup> Между тем, в этой сфере в Республике Армения имеются серьезные проблемы в связи с непринятием продолжительное время после вступления законов в силу подзаконных актов, обеспечивающих их выполнение, вследствие чего, отдельные положения законов остаются фактически невыполненными. В связи с указанной проблемой, статья 28 Закона «О правовых актах» и статья 47 Закона РА «Регламент Национального Собрания»<sup>7</sup> устанавливают, что если выполнение требования нормы, предусмотренной проектом закона, может быть осуществлено только по принятии Правительством Республики Армения постановления или иного правового акта либо ее выполнение непосредственным образом связано с принятием иного правового акта, то при внесении проекта закона на рассмотрение Национального Собрания должны быть указаны сроки, предусмотренные для принятия Правительством Республики Армения постановления или иного правового акта. Указанное регулирование, однако, не решает

эту проблему полностью, так как эти сроки обычно не соблюдаются. Именно в качестве разрешения этой ситуации часть 4 статьи 68 Закона РА «О правовых актах» устанавливает, что если выполнение требования нормы, предусмотренной в правовом акте, может быть осуществлено только по принятии иного правового акта, предусмотренного этим актом, либо его выполнение непосредственным образом связано с принятием иного правового акта, то правовой акт, в части этой нормы, действует с момента вступления в силу соответствующего правового акта. Именно из этого контекста видно, что рассматриваемая правовая норма не применима в случае, когда нормой закона, для выполнения которой необходимо принятие соответствующего подзаконного акта, физическим и юридическим лицам предоставляются определенные права, или иным образом улучшается правовое положение последних. При ином толковании получится, что вследствие непринятия Правительством или другим государственным органом подзаконного акта, норма благоприятная для физических или юридических лиц не действует. Кроме этого, зачастую, предусмотренные законом подзаконные акты касаются установления порядка предоставления физическим и юридическим лицам разрешения на осуществление определенных действий. Например, согласно статье 24 Закона РА «О растительном мире»,<sup>8</sup> использование растений, занесенных в Красную книгу Республики Армения, разрешается в исключительных случаях, по заключению уполномоченного Государственного органа в области охраны, защиты, использования и воспроизводства растительного мира, в порядке, установленном Правительством Республики Армения, в научно-исследовательских целях, в целях культивации и их воспроизводства в естественных условиях. Долгое время Правительством РА указанный порядок установлен не был. При таких обстоятельствах получается, что физические и юридические лица не могут получить предусмотренное законом разрешение и осуществлять соответствующую деятельность из-за бездействия Правительства. То есть, ставится под сомнение принцип прямого действия закона.

В подобных условиях, для Кассационного суда РА по административному делу № ՎՂ/11193/05/13, была создана реальная возможность дать, наконец, правомерное толкование рассматриваемой правовой нормы, содействовать развитию права путем повышения ответственности публичной власти в правотворческой сфере. Между тем, Кассационный суд РА не только не использовал эту возможность, но и еще больше углубил правовую неопределенность в этом вопросе своим толкованием. В частности, из приведенных выше заключений Кассационного суда РА следует,

<sup>6</sup> Касаткина Н.М., Крысенкова К.Б., Лещенков Ф.А., Пилипенко А.Н., Законодательный процесс в зарубежных странах // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – М.: Nota Bene, 2013, № 4 (41), стр. 697.

<sup>7</sup> ОВРА 2002.04.12/12(187) стр.230.

<sup>8</sup> ОВРА 1999.12.27/31(97).

что если законом частным субъектам предоставлено какое-либо право, то последние не могут его реализовать, если нет иного правового акта, устанавливающего порядок реализации этого права, даже если возможность принятия этого второго правового акта не установлена правовым актом, имеющим более высокую юридическую силу. Для внесения в сказанное большей ясности, рассмотрим пример именно этого судебного дела: Кассационный суд РА отметил, что хотя и Закон РА «О государственной пошлине» предусматривает возможность зачета излишне уплаченной государственной пошлины в счет другого обязательства, однако, такая возможность не может быть реализована, так как не установлен порядок зачета. Кассационный суд РА, однако, не учел, что каким-либо правовым актом какому-либо органу не было дано право на установление такого порядка зачета. Это же, в свою очередь, означает, что объективно такой порядок не может быть установлен, так как, согласно части 2 статьи 6 Конституции РА, полномочие на принятие подзаконных актов для установленных Конституцией органов **должно быть прямо предусмотрено законом**. Толкованием Кассационного суда РА фактически создан правовой вакуум, так как:

- а. с одной стороны, Кассационный суд РА отмечает, что зачет излишне уплаченной государственной пошлины не может производиться, если не имеется правовой акт, устанавливающий порядок зачета;
- б. с другой стороны, правовой акт, устанавливающий такой порядок зачета, не может быть принят, так как, по закону, какой-либо из органов не уполномочен на установление такого порядка.

Такой правовой вакуум также свидетельствует о несоразмерности толкования, данного постановлением Кассационного суда РА рассматриваемой правовой норме.

Кроме этого, толкование, данное Кассационным судом РА рассматриваемой правовой норме, привело к нарушению основного права частных субъектов, предусмотренного Главой 2 Конституции РА. Так, статья 18 Конституции РА (в редакции, действующей до 22.12.2015 года) устанавливала, что каждый имеет право на эффективные средства правовой защиты своих прав и свобод в судебных, а также иных государственных органах. Эта правовая норма в настоящей редакции Конституции РА по сути заменена статьей 50 (Право на надлежащее администрирование), согласно которой каждый имеет право на беспристрастное, справедливое рассмотрение касающихся его дел административными органами в разумные сроки.

Элементами права на надлежащее администрирование, в первую очередь, являются основополага-

ющие принципы администрирования, установленные Законом РА «Об основах администрирования и административном производстве».<sup>9</sup> Иначе говоря, нарушение этих принципов в каждом случае будет приводить к нарушению основного права на надлежащее администрирование. Толкование, данное Кассационным судом РА части 4 статьи 68 Закона РА «О правовых актах», в первую очередь, привело к нарушению двух принципов администрирования, каковыми являются запрет на злоупотребление формальными требованиями и принцип максимальности. Согласно первому принципу, при осуществлении администрирования, административным органам запрещается обременять лиц обязанностями только в целях соблюдения формальных требований, либо отказывать в предоставлении им какого-либо права, если возложенные на них обязанности выполнены в смысловом аспекте. А из принципа максимальности следует, что административные органы не имеют права требовать от лиц выполнения таких действий, которые уже выполнены этими лицами в рамках других действий, или по своему содержанию включаются или могут быть включены в эти рамки. В пособии «Вопросы и ответы по Закону РА «Об основах администрирования и административном производстве»<sup>10</sup> отмечается, что административный орган не должен строго придерживаться формы, если это не оправдано обстоятельствами дела и недопустимым образом усложняет возможности лица по осуществлению собственных прав. Относительно принципа максимальности в том же пособии отмечается, что он призван гарантировать лицу, что административный орган не потребует от него совершения определенных действий, если они по своему объему включены в уже совершенные действия.

Кассационный суд РА своим толкованием части 4 статьи 68 Закона РА «О правовых актах» нарушил два вышеуказанных принципа. Проблема заключается в том, что Кассационный суд РА признал, что Общество произвело уплату, не имея такой обязанности, то есть, имеет место произведенная Обществом переплата. Кассационный суд РА даже не отрицал, что Закон РА «О государственной пошлине» предусматривает возможность зачета излишне уплаченной государственной пошлины в счет другого обязательства. Однако, наряду с этим Кассационный суд РА счел, что Общество не может произвести зачет переплаты в счет другого обязательства, так как отсутствует порядок, который установил бы формальные процедуры для произведения зачета. При этом, подчеркнем вновь, что такой порядок объективно и не мог быть

<sup>9</sup> ОВРА2004.03.31/18(317), стр.413.

<sup>10</sup> Товмасян Г., Мурадян Г., Торосян Г., Григорян В., Погосян В., Вопросы и ответы по Закону РА «Об основах администрирования и административном производстве», Ереван, Изд. Тигран Мец, 2015, стр. 31.

установлен, так как полномочие на принятие такого порядка не было законом отведено какому либо правотворческому органу. Таким толкованием, как уже отмечалось, нарушаются принцип запрета на злоупотребление формальными требованиями и принцип максимальности, что и, в свою очередь, приводит к нарушению права на надлежащее администрирование, закрепленное в статье 50 Конституции РА.

#### IV. Заключение

Таким образом, подытоживая вышеизложенное, можем установить те критерии, при соблюдении которых применение и толкование части 4 статьи 68 Закона РА «О правовых актах» может считаться правомерным. Такими критериями являются:

- а. если выполнение требования нормы, предусмотренной правовым актом, может осуществляться только по принятии иного правового акта, предусмотренного этим правовым актом, либо ее выполнение непосредственно обусловлено принятием иного правового акта, правовой акт в части этой нормы действует с момента вступления в силу соответствующего правового акта, *за исключением случая, если эта норма предоставляет физическим и юридическим лицам какое-либо право или иным образом улучшает правовое положение последних;*
- б. если подзаконным актом, упомянутым в норме закона, должен быть установлен порядок предоставления какого-либо разрешения физическим или юридическим лицам, то до принятия данного подзаконного акта физические и юридические лица могут осуществлять соответствующую деятельность без указанного разрешения,
- в. из выражения *«по принятии иного правового акта, предусмотренного этим правовым актом, либо его выполнение непосредственно обусловлено принятием иного правового акта»* следует, что эта правовая норма применима только в том случае, когда какой-либо предусмотренный Конституцией орган нормой закона, соответствующей принципу правовой определенности, уполномочен на принятие подзаконного акта в целях обеспечения выполнения другого правового акта. Без наличия такой уполномочивающей нормы часть 4 статьи 68 Закона РА «О правовых актах» вообще не может быть применена;
- г. часть 4 статьи 68 Закона РА «О правовых актах» не может быть истолкована и применена таким образом, чтобы она могла приводить к нарушению основных прав, закрепленных в Главе 2 Конституции РА, в частности права на надлежащее администрирование.

Sergi Jorbenadze<sup>1</sup>

## Duress to be a Contracting Party in the Context of Freedom of Contract Pursuant to the Civil Code of Georgia

### I. Introduction

*Duress to be a contracting party represents one of the most significant concepts of the Civil Code of Georgia (hereinafter referred to as – “CCG”) adopted in 1997.<sup>2</sup> Duress to be a contracting party has developed in modern Georgia together with the development of the country. The objective of this paper is to clarify the notion of duress to be a contracting party, purposes of its regulation in the CCG and differences from other legal concepts. For the most part of the paper, general academic, dogmatic and comparative methods are used. In the conclusion, the main aspects of duress to be a contracting party pursuant to the legislation of Georgia will be summed up.*

### II. The Notion of Duress to be a Contracting Party

Duress to be a contracting party is the most significant concept of private law. It is mainly regulated in the paragraphs 2 and 3 of Article 319 of the Civil Code of Georgia (part of law of obligations/contract law). Despite not having a long history, duress to be a contracting party takes an important place in modern civil transactions. “Duress to be a contracting party represents the ‘corrective of market economy’,<sup>3</sup> in the existence of which, the person that takes dominant position on the basis of its activities is obliged to accept the offer in the form of conclusion of a contract.<sup>4</sup>” Such consideration should not be perceived as a violation of the principle of freedom of contract by the obligation to conclude a

contract. Duress to be a contracting party should exist only when it is required by a civil transaction interest<sup>5</sup> and it should be implemented in such a way not to violate the balance between it (duress to be a contracting party) and freedom of contract.<sup>6</sup> Therefore, examination of duress to be a contracting party in the context of the freedom of contract is essential, primarily, to establish the area of defined freedom in terms of contractual relationships. This paper also considers the relationship between duress to be a contracting party and the freedom of contract.

In the course of discussion on the issue of duress to be a contracting party, it is important that its main basis is examined and the discussion is conducted on the definition of duress to be a contracting party and its regulation in the CCG. Both of them have similar basis to define what kind of role duress to be a contracting party plays at the legislative level in Georgia.

#### 1. Definition of Duress to be a Contracting Party

Hans Carl Nipperdey, a European lawyer, formulated interesting opinions on the issue of duress to be a contracting party in the legislation.<sup>7/8</sup> He formulates this concept as follows: “concluding a contract<sup>9</sup> with the person defined or undefined based on the legal provision<sup>10</sup>, which formulates the will of the party.” Moreover, this legal provision, for its part, implies the obligation of the person with dominant market position to conclude a contract.<sup>11</sup>

<sup>1</sup> Master of Law (MA (TSU)); LL.M. (University of Bremen); Doctor of Law (TSU); Assistant at TSU (Private Law); Senior Lawyer at Rödl & Partner (Tbilisi, Georgia); Attorney; Deputy Director of Davit Batonishvili Institute of Law.

<sup>2</sup> This fact is confirmed by those circumstances, which characterise special laws by duress to be a contracting party.

<sup>3</sup> Larenz, Schuldrecht, AT, 14. Auflage, S. 43 – cited: Chantuaia, Chanturia/Zoidze/Ninidze/Shengelia/Khetsuriani (Ed.), Commentary of the Civil Code of Georgia, Volume III, Publisher “Law”, Tbilisi, 2001, Article 319, 63.

<sup>4</sup> See, for example, Opinion of the Supreme Court of Germany – BGH, Urteil vom 24.01.2013 – VII ZR 121/12.

<sup>5</sup> Zoidze B. Reception of European Private Law in Georgia, Training Centre of Publishing, Tbilisi, 2005, 275.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> His opinions are shared in various literatures. See, for example, Wolff S., Der Kontrahierungszwang im deutschen Telekommunikationsrecht, Verlag D. Kovac, Hamburg, 2002, 8.

<sup>8</sup> PhD Thesis of Nipperdey (Hans Carl Nipperdey) “Duress to be a Contracting Party and Dictated Contract” (“Kontrahierungszwang und diktiert Vertrag”, dated on 1920) is considered as a very influential paper in legal academic circles in foreign countries (especially in Germany). See, for example, Kilian W., Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP, Heft 1/2 (April 1980), Verlag Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen, 1980, 47 – The author beforehand indicates Nipperdey’s (side by side Justus Wilhelm Hedmann, which developed a discussion on so called “dictated contracts” in a book “Das bürgerliche Recht und die neue Zeit” published in 1919) paper’s influence on civil law of Germany.

<sup>9</sup> Nipperdey, Kontrahierungszwang, S. 7; ihm folgend u.a.: Bork in: Staudinger, Vorbem zu §§ 145 ff. Rz, 15; Bydliński, AcP 180 (1980), S. 3f, Greiner, Kontrahierungszwang, S. 7; Hermann, Anwendungsprobleme, S. 103; Klaue, ZHR 129 (1967), S/ 160; Medicus, SR AT § 11, Rz. 79, Salje, § StromEinspG, Rz. 18; Vykydal, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, S. 28 – Indicated: Wolff S., Der Kontrahierungszwang im deutschen Telekommunikationsrecht, Verlag D. Kovac, Hamburg, 2002, 8.

<sup>10</sup> This means for a person, with whom a contract is concluded.

<sup>11</sup> Zweigert K., Kötz H., Einführung in die Rechtsvergleichung, auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Auflage, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, 1996, 323.

The term “duress to be a contracting party” is not present in the Civil Code of Georgia.<sup>12</sup> Moreover, such a term is not defined in most of the legal dictionaries.<sup>13</sup> Therefore, it is significant to define what this term itself means. Duress to be a contracting party, on one hand, implies the obligation of a person to conduct certain activities, and, on the other hand, clarifies the circle of those persons on whom this obligation may be imposed. In the academic papers of the 20<sup>th</sup> century, there are academic opinions that connect the term “duress” to a person, hence a contracting party, and on the basis of which, they mentioned an obligation as “duress to be a contracting party”.<sup>14</sup> Such a position can be justified based on the fact that an obligation to conclude a contract is imposed on a person on the basis of legal provisions. If we draw a parallel with the academic literature existing in Georgia, we will notice that “duress to be a contracting party” is mentioned as “so called” in the commentary of the Civil Code of Georgia<sup>15</sup>; that proves that this term is not directly mentioned in the legal provisions.

## 2. Regulation of Duress to be a Contracting Party in the CCG

The main value of the legal concept under consideration is that in case of duress to be a contracting party, there is the interest of parties to realise their own desire (will) by way of concluding a contract, as in a case of concluding any type of contract.<sup>16</sup> The difference in such a case is that in a case of duress to be a contracting party, desire (will) of the person with dominant market position towards the undefined circle of persons is exposed from the commencement of its activities, which binds it with an obligation to conclude a contract.

In case of duress to be a contracting party, both parties implement the freedom of contract and binding with an obligation to conclude a contract serves the aforementioned purpose. Paragraph 2 of Article 319 of the CCG is based exactly on the main principle of private autonomy, viz., equality. Furthermore, it strengthens this principle and forbids the person with dominant position to conclude a contract with such contractual conditions, which

will place the contracting party in unequal situation with respect to it.<sup>17/18</sup>

Moreover, pursuant to paragraph 3 of Article 319 of the CCG, within the scope of entrepreneurial activity, refusal of a particular person to conclude a contract requires the necessity of substantiation, which can be perceived as one of the manifestations of duress to be a contracting party. This requirement aims to balance the rights of the parties.<sup>19</sup> More precisely, obligation to conclude a contract is enshrined in law, and only one precondition – substantiated refusal – should exist in terms of its exception. The definition of what can be considered as a refusal and/or when the refusal will be substantiated can be given only based on the examination of a particular issue.

## III. Restrictions on the Freedom of Contract in Terms of Duress to be a Contracting Party

The freedom of contract, as well as private law and *inter alia* duress to be a contracting party, is based on private autonomy and equality of arms,<sup>20</sup> where the latter can be found somewhat in limited forms<sup>21</sup>. However, it should be clarified whether the main principle of the freedom of contract is violated in this case, when concluding a contract against own will legally forms the basis of invalidity?<sup>22</sup> The answer to this question can be given, on the basis of the definition of legal relationship based on private autonomy, as invitation to an offer (which is made by the person bound by duress to be a contracting party) based on the principle of private autonomy. Therefore, the person with dominant position is aware of his/her rights and obligations from the very beginning, which allows him/her to choose to commence or refuse the activity of dominant position.

In relevant literature, there is an opinion that duress to be a contracting party is an exception of the fundamental principle of private autonomy.<sup>23</sup> Regarding this issue, an interesting opinion was expressed by Franc Bydlinski, a lawyer, who thinks, “duress to be a contracting party not only restricts the freedom of contract, but also rejects it”.<sup>24</sup>

<sup>12</sup> Paragraph 2 of Article 319 of the CCG.

<sup>13</sup> See, for example, Explanatory Legal Dictionary (Juristisches Fachlexikon), Authors: Paata Turava, Levan Totladze, Gaga Gabrichidze, Giorgi Tumanishvili and Eter Chachanidze, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2012 – page 259 is ended with the definition of the term “Continental Shelf”, and the first term on page 260 is “Contribution”. Therefore, “duress to be a contracting party” is not defined in this dictionary.

<sup>14</sup> Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag (1920) – cited: Bydlinski F., Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, Vortraege, gehalten auf der Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung am 18. September 1979 in Bern, ACP 180 (1980), Verlag Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen, 1980, 3.

<sup>15</sup> Chanturia, Chanturia/Zoidze/Nnidze/Shengelia/Khetsuriani (Ed.), Commentary of the Civil Code of Georgia, Volume III, Publisher “Law”, Tbilisi, 2001, Article 319, 63.

<sup>16</sup> See Rehm G., Aufklärungspflichten im Vertragsrecht, Verlag C.H. Beck, München, 2003, 107.

<sup>17</sup> Chanturia, Chanturia/Zoidze/Nnidze/Shengelia/Khetsuriani (Ed.), Commentary of the Civil Code of Georgia, Volume III, Publisher “Law”, Tbilisi, 2001, Article 319, 65.

<sup>18</sup> It is important to draw a parallel with standard conditions of a contract – legal provision on content control concerns exactly this issue and legal preconditions of its regulations derive from the principle of private autonomy.

<sup>19</sup> Chachava S., Competition Between Requests and the Basis of Requests, Publisher of European and Comparative Law Institute, Tbilisi, 2011, 116.

<sup>20</sup> See Kötz H., Vertragsrecht, 2. Auflage, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, 11.

<sup>21</sup> Busche J., Privatautonomie und Kontrahierungszwang, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, 110.

<sup>22</sup> See Kötz H., Vertragsrecht, 2. Auflage, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, 14.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Bydlinski F., Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, Vortraege, gehalten auf der Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung am 18. September 1979 in Bern, ACP 180 (1980), Verlag Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen, 1980, 4 – “Der Kontrahierungszwang beschränkt aber nicht bloss die Vertragsfreiheit; er negiert sie dazu”.

The author substantiates such an opinion with the notion of the freedom of contract and necessity of its inviolability<sup>25</sup> that is placed within the scope of special regulation.<sup>26</sup>

In order to analyse the present issue, it is important that those main legal preconditions pertaining to duress to be a contracting party are examined.

### 1. The Basic Features of Restrictions on the Freedom of Contract in Terms of Duress to be a Contracting Party

#### a) *The Legal Reservation of Restrictions on the Freedom of Contract*

As it was already mentioned, the best example of restrictions on the freedom of contract is duress to be a contracting party, which is the basis of exceptional legal regulation of the freedom of contract.<sup>27</sup> On the basis of such an exception, a person bound by duress to be a contracting party not only acquires an obligation to commit an action, but an additional requirement is imposed on him/her to commit this action only in accordance with certain conditions.<sup>28/29</sup> Otherwise, this may lead to non-legal results (unethical / immoral).<sup>30</sup>

On the other side, it is necessary to mention that duress to be a contracting party is a very important legal concept due to some fields and provision of relevant services, for instance, in the field of energy, which “is a part of natural monopolies”.<sup>31</sup> Therefore, absence of duress to be a contracting party will cause problems in terms of establishment of a farm market in the country. The aforementioned definition reveals certain characteristics of duress to be a contracting party. The latter implies an obligation of a party to conclude an agreement with any person that has a will to do so.<sup>32</sup> We should consider the legal reservation as one of the main legal preconditions of duress to be a contracting party, taking into account imperative nature of legal regulation of duress to be a contracting party.<sup>33</sup>

#### b) *Direct Restrictions on the Freedom to Choose a Contracting Party*

A party to duress to be a contracting party is a subject of private law relations, as any party of a contract that is granted rights recognised by private law. The aforementioned also includes realisation of rights recognised by the Civil Code. However, due to general principles of equality and protection of consumer, as well as a contracting party, paragraph 2 of Article 319 provides direct restrictions on the freedom to choose a contracting party for a person bound by duress to be a contracting party. The aforementioned restriction should be recognised as a so-called positive restriction, which aims, on one hand, to protect the so-called “weak party” in contractual relations and, on the other hand, determines the non-absoluteness of freedom of contract. Due to the aforementioned, the purpose of a restriction should be justified, in the scope of which duress to be a contracting party is permissible only when the law prescribes it.

#### c) *General Restrictions on the Freedom of Content*

Regulation of content control in terms of duress to be a contracting party has a general nature. However, an imperative provision is outlined there, which imposes obligation on a party that has an obligation to conclude a contract to fix conditions acceptable by a contracting party. This means that restrictions on the freedom of contract in the scope of law are conferred on the basis of principle of private autonomy to a party bound by duress to be a contracting party. Such a regulation is directed not towards giving privilege to one of the parties, but to equal private law rights of the parties and protect the principle of equality.

Content control is possible only in exceptional cases and when it is enshrined in law.<sup>34</sup> Even in terms of duress to be a contracting party, content control, even if it is of general nature, is permissible only pursuant to non-reasonable conditions,<sup>35</sup> which may be primarily prescribed by a country in some cases.<sup>36</sup> Therefore, content control is justified in terms of duress to be a contracting party and is even necessary in some cases (e.g., in a case prescribed by paragraph 2 of Article 319) to strike a balance in legal relationships.<sup>37</sup>

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> *Bydlinski F.*, Kontrahierungszwang und Anwendung allgemeinen Zivilrechts, JZ, Nr. 11/12, 35. Jahrgang, Verlag Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen, 1980, 378.

<sup>27</sup> *Kramer* in MüKo zum BGB, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2012, vor §145, Rn. 9.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> It is important to note that a party bound by duress to be a contracting party may determine the conditions with which it will be bound. Single condition that cannot be determined by it is the following – who will be a contracting party.

<sup>30</sup> See *Flume W.*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II, Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage, Springer-Verlag Berlin, Heidelberg, 1979, 612.

<sup>31</sup> See decision no. 1/2/411 of the Constitutional Court of Georgia dated 19 December 2008, LLC “Resursenergoservisi”, LLC “Patarakakhi”, Joint Stock Company “Gorgota”, Individual Enterprise of Givi Abalaki “Permeri” and LLC “Energia” against the Parliament of Georgia and the Ministry of Energy of Georgia – Opinion of the Expert.

<sup>32</sup> *Akhvlediani Z.*, Law of Obligations, Volume II, Publisher “Law”, 1999, 11.

<sup>33</sup> See *Rüthers B., Stadler A.*, Allgemeiner Teil des BGB, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2002, 31.

<sup>34</sup> See *Busche J.*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, 95.

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> *Zweigert K., Kötz H.*, Einführung in die Rechtsvergleichung, auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Auflage, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, 1996, 323.

<sup>37</sup> On Balance Between the Parties in Case of Duress to be a Contracting Party, see *Nagel B., Eger T.*, Wirtschaftsrecht II, Eigentum, Delikt und Vertrag: mit einer Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts, 4. Auflage, R. Oldenbourg Verlag München Wien, 2003, 149 and following.



#### d) *Interim Conclusion*

While discussing duress to be a contracting party, when discussion concerns its preconditions, the issue should not be perceived as if a party bound by the present concept enjoys restricted rights than another contracting party, which concludes a contract with it. Protection of private autonomy, one of the most important principles of the Civil Code of Georgia, represents the result of modern economic development and, especially, sharing European experience in Georgian legislation. It takes into account that, on one hand, entrepreneurs that are in dominant position in market frequently violate the rights of consumers, and, on the other hand, the legislature has an obligation to regulate legal relations on a general level. Therefore, the CCG regulated duress to be a contracting party, which restricted only the freedom to choose a contracting party for a person bound by an obligation to conclude a contract. In all other cases, a company, that freely conducts activities in a particular field, has (even before making first offer) the powers to determine the content of contract that will be concluded in future, establish the form (other than exceptions), etc.

### 2. Basic Principles that are Used in Terms of Duress to be a Contracting Party

It is true that duress to be a contracting party is obligatory for one of the parties. However, it is characterised by the two most important principles of private law relations, viz., principles of good faith and equality of arms. Duress to be a contracting party is represented as one of the legal concepts of the freedom of contract by manifestation of each of those principles. More precisely, duress to be a contracting party is placed within the scope of private autonomy by both of them.

#### a) *The Principle of Good Faith in Terms of Duress to be a Contracting Party*

Actuality of protection of the principle of good faith in terms of duress to be a contracting party is conditioned by the factor that the company that has dominant position in a market concludes multiple types of agreements. On the basis of an agreement, one of the parties has particular trust with respect to the party that has an obligation to conclude a contract pursuant to law.

The violation of the principle of good faith may become the precondition for questioning the validity of an agreement in terms of duress to be a contracting party, as in terms of other concepts of law.<sup>38</sup> The principle of good faith in this respect is used with regard to content control. It was mentioned above that, with respect to content con-

trol, the CCG recognises preconditions of restrictions for person with dominant position on market, which also may be assessed as a provision directed towards the protection of the principle of good faith in terms of duress to be a contracting party.

Good faith has a direct link towards fairness. This issue may be examined as a rising point with regard to companies that have dominant position in the market. For instance, in providing electricity, conditions that place customers in a helpless situation should not be offered. This opinion is based on the position of the Constitutional Court of Georgia, which states that existence of fair tariff is the guarantee of stability of a civil transaction.<sup>39</sup> In this case, a person who has dominant position in the market is obliged to help and support the population in order not to disarrange the balance between them.<sup>40</sup> Therefore, it is important that tariffs are distributed in a way not to violate the interests of customers and not to leave them out of availing the service.<sup>41</sup> If we observe this issue from the other side, the producer / provider company of electricity should not reject the customer to conclude a contract due to the following factors: a) it works in vitally important field; and b) it has the dominant position in market.

On the basis of the aforementioned two instances, it is possible to examine the principle of good faith in terms of duress to be a contracting party, based on which Article 319 of the CCG establishes the precondition for strengthening equality of arms.

#### b) *Equality of Arms in Terms of Duress to be a Contracting Party*

Equality of arms is the primary basis for the determination of the legitimacy of legal relations in terms of duress to be a contracting party, as in terms of other contractual relations. It is true that one of the parties may be granted the permission by a country to conduct activities related to duress to be a contracting party; however, in this case public law rules are not used.<sup>42/43</sup> In particular, in such a case, the party within the framework given by the country acts as a subject of private law and its relationship with another contracting party is based on private autonomy, which is manifested by equality of arms. This issue represents

<sup>38</sup> For example, in case of possession. On the aforementioned, see Kochashvili K., *Possession and Ownership – Fact and Right in Civil Law*, Publisher “Bona Causa”, Tbilisi, 2013, 178.

<sup>39</sup> See the decision no. 1/3/136 of the Constitutional Court of Georgia dated 30 December 2012, Citizen of Georgia Shalva Natelashvili against the Parliament of Georgia, the President of Georgia and Georgian National Energy and Water Supply Regulatory Commission (GNERC).

<sup>40</sup> See Zoidze B., *Constitutional Control and Order of Values in Georgia*, Publication of GTZ, Tbilisi, 2007, 17.

<sup>41</sup> See the decision no. 1/3/136 of the Constitutional Court of Georgia dated 30 December 2012, Citizen of Georgia Shalva Natelashvili against the Parliament of Georgia, the President of Georgia and Georgian National Energy and Water Supply Regulatory Commission (GNERC).

<sup>42</sup> See *Arbmüster* in Erman BGB, Westermann (Hrsg.), 12. Auflage, Band I, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, Vor §145 Rz. 29.

<sup>43</sup> The consideration developed in the paper does not mean that a state does not have a right to interfere in particular relationships. For instance, case of issuing a license etc.

the most important principle of the freedom of contract.<sup>44</sup> More precisely, private autonomy is a kind of freedom to enter into contractual relations upon its own will or reject it,<sup>45</sup> which is the same for duress to be a contracting party.

### c) *Interim Conclusion*

Duress to be a contracting party is characterised by some principles, out of which principles of good faith and equality of arms should be outlined. Such a differentiation is prescribed by the notion and practical importance of duress to be a contracting party as a legal concept. It is one of the forms of private law relations. For its part, private autonomy has an important place in private law relations, which is almost absent in other cases.<sup>46</sup> The reason for the aforementioned is those regulatory norms that differentiate private law relationships from other public law relationships.<sup>47</sup>

Because private autonomy plays a significant role in terms of duress to be a contracting party, it is important that equality of arms is based on trust and good faith. This is important from the other side also – any case of duress to conclude a contract may correspond to substantive law. However, its realisation in a particular case may be unfair.<sup>48</sup> For instance, if a salesperson wishes to sell victuals only to the representatives of a particular sex, this action would not be in accordance with the general provisions of the Civil Code<sup>49</sup>, etc.

## IV. Difference Between the Obligation to Conclude a Contract and the Right to Conclude a Contract

Duress to be a contracting party includes both the notions of a right and an obligation, since it is the basis of development of obligation. This should not be understood as a determinative legal concept of contract content obligation such as contractual, additional or behavioural obligations.<sup>50</sup>

In general, a right differs from all those objects, which are protected by it. For instance, the right to life differs from life, the right to property differs from property, the right to

dignity differs from dignity, etc.<sup>51</sup>. The right to conclude a contract differs from the contract. The right to a contract derives from law. Therefore, concluding a contract has legal nature in the classical sense, however such right cannot be absolutely attributed to a person. Paragraph 2 of Article 30 of the Constitution of Georgia makes direct indication on prohibition of monopolistic activity, which underlines the necessity of duress to be a contracting party. The margin between the right and the obligation to conclude a contract lies precisely here. In this case, an obligatory provision should not be examined as a separate phenomenon.<sup>52</sup>

### 1. Difference Between Duress to be a Contracting Party and Duress to Conclude a Contract

One more issue that should be noted concerns the difference between duress to be a contracting party and duress to conclude a contract. Duress to be a contracting party includes the obligation to conclude a contract; however, the obligation to conclude a contract or duress cannot always be duress to be a contracting party.<sup>53</sup>

The Supreme Court of Georgia discusses this issue from the perspective of an agreement made without observance of the form. The Court states that an example of duress to be a contracting party may be considered under Article 604 of the CCG.<sup>54</sup> The said article concerns the demand for extension of the lease relationship, which represents the concrete case of duress to be a contracting party. By its notion, extension of the contract also means re-signing a contract. Therefore, when the law concretises this issue, it should be examined from the perspective of duress to be a contracting party. If we follow the examination of Article 604 of the CCG from the perspective of duress to be a contracting party, we will note that its legal basis represents Article 319 of the CCG. In the case of discussion from the perspective of duress to be a contracting party, it is important to note that this example should not be qualified as duress to conclude a contract. Such a provision concerns the obligation to conclude a contract.

If we thematically follow this issue, we will notice the problem, which can be found in the case law of the court and concerns the term of duress to conclude a contract. Such a term necessitates an explanation. “Duress” by its notion is not attributable to the principle of private autonomy. Therefore, such an action cannot become the precondition of validity of will. Regarding the definition of the term “duress”, the Supreme Court of Georgia expressed

<sup>44</sup> See *Chanturia L.*, General Part of Civil law, Publisher “Law”, Tbilisi, 2011, 90-91.

<sup>45</sup> *Rüthers B., Stadler A.*, Allgemeiner Teil des BGB, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2002, 26.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> See *Schwab D., Löhring M.*, Einführung in das Zivilrecht, Einschliesslich BGB – Allgemeiner Teil, 17. Auflage, Verlag C.F. Müller, Heidelberg, 2007, 39.

<sup>48</sup> See *Kereselidze D.*, General Systemic Terms of Private Law, Publisher of European and Comparative Law Institute, Tbilisi, 2009, 84.

<sup>49</sup> *Reisenhuber K.*, Die Inhaltskontrolle im *Common Frame of Reference* (CFR) für ein Europäisches Privatrecht, Inhaltskontrolle im nationalen und europäischen Privatrecht, Schriften zum europäischen und internationalen Privat, Bank- und Wirtschaftsrecht, Band 33, Reisenhuber K. und Karakostas I.K. (Hrsg.), De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, Berlin, 2009, 53-54.

<sup>50</sup> See *Vashakidze G.*, The System of Complicated Obligations of the Civil Code (Leistungstörungsrecht), 2010, 56 and following.

<sup>51</sup> *Gelashvili N.*, Relationship Between Rights and Duties, Journal “Justice and Law”, Tbilisi, 2010, 2(25)10, 20.

<sup>52</sup> On this issue, see *Bydlinski F.*, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, Vorträge, gehalten auf der Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung am 18. September 1979 in Bern, ACP 180 (1980), Verlag Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen, 1980, 5.

<sup>53</sup> See the judgment no. 2b/1312-11 of Tbilisi Court of Appeals dated 30 November 2011.

<sup>54</sup> The judgment no. as-221-213-2012 of the Supreme Court of Georgia dated 24 July 2012.

an interesting opinion in the decision of 2003. The Court opined in terms of gift contract, that the obligation to conclude such type of contract is a type of duress to conclude a contract, and the Court noted the precondition of validity of contract – mutual agreement between the parties as the reason for aforementioned.<sup>55</sup>

If we logically follow the issue, we will notice the following problem: in nature, a contract, which is not concluded by the mutual agreement of the parties, cannot exist. Hence, the reasoning of the Court may be subjected to criticism. More precisely, the contract concluded under duress will not have legal power and the term “duress” in duress to be a contracting party only defines the obligation of a person having dominant position in market.

Hence, it may be said that duress to be a contracting party is not analogous to duress to conclude a contract. It only includes the legal precondition that has a binding nature, in the scope of which the party has relevant obligations.

## 2. Example of Duress to be a Contracting Party Based on Issuing Bank Credit and Opening Bank Account

Bank credit is a type of loan relationship, which represents a consensual relationship,<sup>56</sup> which is characterised by its specificity of difference from other agreements.<sup>57</sup> It has prerequisites that characterise the loan.<sup>58</sup> Issuing credit is the commercial purpose of a bank, in the scope of which the obligations arise based on the contract<sup>59</sup>. An agreement should be concluded in order to give rise to rights and duties between the parties. However, the discussion may be directed at one point: may the bank be bound by duress to be a contracting party in terms of concluding credit agreement? In order to answer this question, it is important to clarify whether a person having dominant position in market, in this case the bank or relevant organisation (which issues credit), is subjected to the rule of duress to be a contracting party. In order to answer this question, it is necessary to establish the following prerequisites, which are considered the basis for the rejection of establishment of such relationships in practice: a) if a borrower does not have good reputation with the lender or bank; and b) if a borrower does not have enough income to fully pay back a loan taken on the basis of an agreement. Taking into consideration that the law that does not concretely provide for a reasoned refusal, such fact will always be the subject of assessment. The said opinion

may be considered as reasoned refusal in terms of issuing bank credit. Bank risk in terms of the will of a particular person may not become a non-relevant issue. Therefore, a bank is not bound by the obligation of concluding loan agreement / issuing credit.

Second example for the examination of this issue is interesting. The most common type of bank relationship with individuals and legal entities is opening a bank account. A Bank, as a joint stock company having special functions with dominant position in market, may be bound by duress to be a contracting party. If we paraphrase from foreign language literature, a bank neither has an obligation to let one open a bank account,<sup>60</sup> where only exceptions may exist.<sup>61</sup> As per the legislation of Georgia, a bank has an obligation towards a client in opening a bank account. Hence, it is bound by duress to be a contracting party.<sup>62</sup> Exceptions may exist only in particular cases.<sup>63</sup>

Duress to be a contracting party does not mean that a person having a dominant position in market will have problems in terms of a particular issue. Issuing credit in banking is the biggest risk. A clear example of the said risk is the issue of secured loan, which mostly occurs in cases of lien and mortgage.<sup>64</sup> Paragraph 2 of Article 319 of the CCG should not be perceived as if dominant position automatically means the obligation to conclude a contract. There are important prerequisites, on the basis of which a person who has a dominant position and also is a contracting party will act in the scope of private autonomy.

The reason, on one hand, is the possibility of reasoned refusal of a lender to a borrower, and, on the other hand, if the lender has the possibility to issue credit to all interested parties, this may place the lender in a hopeless situation. When a party (from the example – lender) is not sure whether it desires to establish contractual relationships, imposing an obligation on the latter would not be justified.<sup>65</sup>

Nevertheless, it should not be perceived as if duress to be a contracting party binds the party to make reasoned refusal of service. Regarding this aspect, there is an interesting opinion expressed in Georgian case-law with respect to paragraph 2 of Article 329 of the CCG. In the decision of 18 September 2012 of Tbilisi Court of Appeals<sup>66</sup>, it is noted

<sup>55</sup> The decision no. as-25-728-03 of the Supreme Court of Georgia dated 27 May 2003.

<sup>56</sup> Brox H., Walker W.-D., *Besonderes Schuldrecht*, 33. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2008, 222.

<sup>57</sup> See Schwab D., Löhring M., *Einführung in das Zivilrecht*, Einschliesslich BGB – Allgemeiner Teil, 17. Auflage, Verlag C.F. Müller, Heidelberg, 2007, 182.

<sup>58</sup> See Brox H., Walker W.-D., *Besonderes Schuldrecht*, 33. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2008, 219.

<sup>59</sup> Ibid, 132.

<sup>60</sup> Lücke F., *Das P-Konto im Lichte der ZKA-Empfehlung zum Girokonto für jedermann*, BKR, Heft 11, Verlag C.H. Beck, München, 2009, 457.

<sup>61</sup> Ibid, 457-458.

<sup>62</sup> For taking into consideration the opinions on this issue expressed in foreign literature, see *Geschwandtner M., Bornemann R., Girokonto für jedermann – Vertragsabschlussfreiheit, Selbstregulierung oder gesetzlicher Zwang?* NJW, Heft 18, Verlag C.H. Beck, München, 2007, 1253-1256.

<sup>63</sup> Even in the case when an obligation of a bank in terms of duress to be a contracting party confronts an obligation, imposed by a contract, not to make particular type of contact with other parties due to one of the clients.

<sup>64</sup> See *Chanturia L., Credit Security Law*, Publisher “Law”, Tbilisi, 2012, 15.

<sup>65</sup> See *Arbmüster in Erman BGB*, Westermann (Hrsg.), 12. Auflage, Band I, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, Vor §145 Rz. 12.

<sup>66</sup> See the judgment no. as-1385-1307-2012 of the Supreme Court of Georgia dated 7 February 2013 – descriptive part.

that striking negotiating balance between bank and client<sup>67</sup> is necessary. It is because the bank is a strong contracting party and the client is a weak contracting party. This factor forms the basis for the former to impose contractual conditions on the latter contracting party, which may place the parties in an unequal situation.

### 3. Example of Duress to be a Contracting Party on Concluding an Agreement on Broadcasting Advertising Service<sup>68</sup>

Broadcasting an advertisement always has a particular reason. One of its parties is always a person with dominant position in market – media or company that broadcasts the advertisement. In examining this issue from the perspective of duress to be a contracting party, it is necessary to discuss media, in particular the framework of a broadcaster's activities and the status that this broadcaster has in advertising relationship.

It is significant for this issue to examine the conditions of broadcasting commercial advertisement on broadcasting medium. Such relationships have the greatest importance for a particular entrepreneur (person, who is willing to make profit this way) who is bound by the freedom to choose and conclude a contract only with those broadcasters who have such power in accordance with law. On one hand, here is the issue of dominant position in market, and, on the other hand, the necessity of giving reasoned refusal by the broadcasters. Formally, this situation looks like duress to be a contracting party.<sup>69</sup> The reason is that the broadcaster made the invitation to offer in general way (or it is meant that because a broadcaster airs the advertisement in its airtime, it has an opportunity to broadcast an advertisement). Therefore, if it broadcasted one advertisement in its airtime, the broadcaster should not have the right to refuse another person unreasonably.

In the context of the above example, the following question arises: how would the obligation to conclude a contract be, if the broadcaster's invitation to treat was concrete? Making a concrete statement means primarily defined conditions, protection of which would be required by the broadcaster towards the party ordering an advertisement. In contrast to the prior case, here only scope of activities would be narrowed; otherwise, obligation of the broadcaster towards the party ordering an advertisement would be analogous (if the party ordering an advertisement would meet relevant criteria<sup>70</sup>).

<sup>67</sup> Due to the content of the case – individual.

<sup>68</sup> In the present chapter, only cases of commercial and political/pre-election advertisements are discussed. Due to legal regulation of social advertising, discussion on this issue is out of the scope of present issue.

<sup>69</sup> See Jorbenadze S., *Broadcasting an Advertisement on the Broadcaster*, Publication of Davit Batonishvili Institute of Law, Tbilisi, 2013, 184-185.

<sup>70</sup> *Ibid*, 185.

Therefore, in terms of commercial advertisement, if a party ordering an advertisement meets the conditions and relevant requirements of an offer stated by the broadcaster, there will exist duress to be a contracting party and the obligation to conclude a contract will be imposed on the broadcaster.<sup>71</sup>

The second issue, which is very important in terms of the topic being discussed, is the issue of duress to be a contracting party in terms of political/pre-election advertisement. In such a case, in contrast to commercial advertisement, legislation regulates broadcasting such advertisements by the broadcaster.<sup>72</sup> Therefore, the broadcaster is additionally bound by such freedom, which it could have in terms of other commercial activities.

Hence, it may be said that taking into consideration the notion of commercial advertisement, in the framework of power and entrepreneurial freedom allocated to the broadcaster (which will be in accordance with existing legislation), the broadcaster have duress to be a contracting party and is bound in terms of choosing a contracting party. However, in broadcasting political/pre-election advertisement, the broadcaster is not bound by such an obligation by law, in the scope of which, in some cases, its freedom of content is much more restricted.<sup>73</sup>

### 4. Interim Conclusion

As the previous examples demonstrate, in particular cases duress to be a contracting party is imposed on a party directly by the law. The freedom of individual in this case is defined only towards the clients to choose best option for him/her from various opportunities.

For existing duress to be a contracting party, except for the issue of dominant position in market, importance is given to the kind of interest the issue of establishment of this type of relationship serves. If a bank found itself in a financially unprofitable situation due to taking into consideration duress to be a contracting party, in that situation the notion of freedom of contract will be violated against the latter. Regarding this issue, a parallel may be drawn to the example of a hospital; its role and importance, caring for and patients, and helping them significantly restricts its freedom of contract<sup>74</sup>. However, whether duress to be a contracting party always applies to it is a matter of discussion.<sup>75</sup> For instance, in case of preserving human life or health emergencies, duress to be a contracting party may be imposed on the hospital;<sup>76</sup>

<sup>71</sup> It should be noted here that in case of refraining to conclude a contract, a party ordering an advertisement might be damaged by the results, also for lost profit.

<sup>72</sup> *Jorbenadze s.*, *Broadcasting an Advertisement on the Broadcaster*, Publication of Davit Batonishvili Institute of Law, Tbilisi, 2013, 187.

<sup>73</sup> *Ibid*, 83 and following.

<sup>74</sup> *Kutlu A.*, *AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2006, 27.

<sup>75</sup> *Ibid*, 27-28.

<sup>76</sup> *Ibid*, note №34.

the same may apply in case of insurance to patient services<sup>77</sup>, etc.

Therefore, the notion of duress to be a contracting party may be named as achievement of contractual equality. It should not place one of the parties to the contract in a hopeless or worse situation. The aforementioned term “place” primarily means the result, which the particular subject may get by this kind of unjustified interference by the law. A similar principle also applies when the law directly indicates on concluding a contract.

## V. Difference Between Duress to be a Contracting Party and Other Legal Concepts Related to Law of Obligations

The obligation to conclude a contract was discussed above, which includes admissibility of positive interference. In other words, the obligation to conclude a contract does not mean that a party should be coerced to conclude a contract, etc. As the notion of duress to be a contracting party is the prerequisite of protection of contractual equality, in the framework of which main principles should be shared. Hence, it is important to note what kind of place does duress to be a contracting party holds in law of obligations/contract law.

Since duress to be a contracting party in itself means an obligation, it would be better if its comparison was presented with those concepts of law of obligations and contract law, which determine the most significant prerequisites at such stage. In particular, in terms of comparison, in order to establish the notion of duress to be a contracting party (and in order to define the scope of restriction on the freedom of contract), the difference should be showed between it and a) contract; b) pre-contractual relations; and c) delict.

### 1. Difference Between Duress to be a Contracting Party and Other Contracts, Primarily with Respect to Preliminary Contracts

An obligation to conclude a contract exists when a party is authorised to require another party to conclude a contract.<sup>78</sup> Such definition includes provisions that characterise preliminary contract. However, whether preliminary contract is a type of duress to be a contracting party is a matter of another discussion. Due to their nature, identification of these two legal concepts would not have legal basis.<sup>79</sup> Hence, this issue may be separated into the following aspects:

- a) Notion of duress to be a contracting party is an obligation of a party to conclude a contract before concluding a contract. More precisely, a party should perceive preliminarily that responsibility would be imposed on it due to refraining from concluding a contract. In contrast, in terms of preliminary contract, a party perceives that it will be bound by the obligation to conclude a contract on the basis of bilateral declaration of intent. Concluding preliminary contract means entering into contractual relationships;
- b) While repudiation of a preliminary contract is permissible<sup>80</sup>, repudiation of duress to be a contracting party is not permissible. There is no provision in legal space that could repudiate or declare duress to conclude a contract as void. Even in a case, when a contract is declared void based on final result, a contract will be considered as not having a precondition and not duress to conclude a contract;
- c) Duress to be a contracting party is not a type of contract. The basis of its creation is defined by law, after making an offer (towards a wide circle of subjects); and preliminary contract is a type of contract;
- d) In terms of duress to be a contracting party, restriction on the freedom of contract is imposed based on law before commencement of activities. For instance, when an entrepreneur commences activities, he/she knows that he/she will be obliged to conclude a contract with all the clients without a reasoned refusal. In terms of preliminary contract, in this case restriction on the freedom of contract (mainly with respect to choosing a contracting party and defining content) depends on the will of the parties;
- e) In terms of duress to conclude a contract, there is no requirement under law on the obligation to observe particular form; validity of preliminary contract may depend on such a reservation;<sup>81/82</sup>
- f) The notion of separation of duress to be a contracting party and preliminary contract may be marked in particular aspects of declaration of intent. For instance, when a party signs a preliminary contract, it does not mean that it executes an obligation, but it enters into contractual relationships. In terms of duress to be a contracting party, a party executes an obligation imposed on it together with concluding a contract;<sup>83</sup>
- g) In case of violation of duress to conclude a contract, a party has a right to require compensation for damages,

<sup>77</sup> Ibid, 28.

<sup>78</sup> Chanturia, Chanturia/Zoidze/Ninidze/Shengelia/Khetsuriani (Ed.), Commentary of the Civil Code of Georgia, Volume III, Publisher “Law”, Tbilisi, 2001, Article 319, 63.

<sup>79</sup> Compare, for example, the decision no. bs-135-126(k-07) of the Supreme Court of Georgia dated 23 October 2007 – descriptive part.

<sup>80</sup> See *Ulmer/Schäfer* in MüKo zum BGB, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2013, vor §705, Rn. 178.

<sup>81</sup> See the judgment no. as-1373-1390-2011 of the Supreme Court of Georgia dated 21 May 2012.

<sup>82</sup> For more information see, for example: *Ritzinger H.*, Der Vorvertrag in der notariellen Praxis, NJW, Heft 19, Verlag C.H. Beck, München, 1990, 1203.

<sup>83</sup> An interesting opinion is expressed with respect to duress to be a contracting party based on silence, what kind of characteristics it has and whether the will can be considered as expressed: *Busche J.*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, 246.

under certain conditions, lost profit, etc. In case of preliminary contract, a party may require to pay penalty in addition to compensation (if it was prescribed by the contract); and

- h) Different from duress to be a contracting party, right to demand under preliminary contract represents contractual obligation for a party. In case of duress to be a contracting party, making a demand is a type of obligation prescribed by law.

Therefore, examination of preliminary contract as a type of duress to be a contracting party, more precisely, examination of obligation, which is to conclude the main contract prescribed by preliminary contract in the context of duress to be a contracting party, is not correct and diverges the legal notion of duress to be a contracting party.<sup>84</sup> In case of preliminary contract, parties themselves may determine the framework of restriction on the freedom of contract, and in case of duress to be a contracting party such framework is defined by law.

## 2. Difference Between Duress to be a Contracting Party and Pre-Contractual Relationships

Pre-contractual relationship and duress to be a contracting party are implemented before the conclusion of a contract. However, this does not mean that both of them are analogous legal concepts and/or one of them derives from the other, etc.

Pre-contractual relationship, as a term, is not defined by the CCG. Its arrangement is regulated by paragraph 2 of Article 317 pursuant to *culpa in contrahendo*.<sup>85</sup> The said article concerns the obligation derived from preparatory stage of conclusion a contract, which gives the basis to say that only preparatory stage of conclusion of a contract may be considered as pre-contractual relationship. At this stage, none of the obligations is imposed on a contracting party (primarily, obligation of tactfulness. This issue will be examined in the present paper), in the scope of which a contracting party would have an obligation to act. If we draw a parallel with the Civil Code of Germany, we will notice that the Code regulated pre-contractual relations differently from the delicts based on existing shortcomings and necessity seen from practice<sup>86</sup> & <sup>87</sup>, which once

more underlines its different nature. Some of them are the following:<sup>88</sup>

- a) An obligation to prepare a contract / to conclude a contract on pre-contractual stage is not imposed on a party in direct way. Such an obligation is directly prescribed by duress to be a contracting party, which makes its regulatory provision a so-called “relatively imperative provision”<sup>89</sup>. In paragraph 2 of Article 317 of the CCG, there is a word “may” for establishing an obligation, which also means exclusion from such a precondition. Duress to be a contracting party is differently regulated in paragraph 2 of Article 319, according to which a party “has an obligation to conclude a contract”. Moreover, pursuant to the second sentence of the same paragraph, “this party may not [...]”, that identifies its mandatory nature. Its regulation on legislative level by preconditions of dispositions and imperative provisions would be impossible in a single regulation;
- b) Preparatory stage of a contract does not include all the actions implemented before all contractual relationships. Hence, the parties do not have an obligation to prepare; they have power to prepare and implement relevant actions for the aforementioned. However in case of duress to be a contracting party, the obligation of a party is obvious;
- c) The purposes prescribed in Article 317 and paragraph 2 of Article 319 of the CCG can be considered as one of the bases for difference: on one hand, preparation for the conclusion of a contract, and, on the other hand, an obligation to conclude a contract. In case of duress to be a contracting party, it is implied that a preparatory stage is already passed through by a party and it is bound by such condition; and
- d) An obligation to provide with information on particular issues may be a feature of pre-contractual relationships,<sup>90</sup> which is reflected in various private law relationships.<sup>91</sup> In case of duress to be a contracting party, necessity of exchanging information is not as obvious, since a party, which desires to conclude a contract with a party with dominant position in market, is informed of the activities of the latter.<sup>92</sup> To be more persuasive, examination of an example is interesting: a party may have been informed; however, in the scope of obtained information, the principle of good faith was violated towards it (real

<sup>84</sup> See the decision no. as-661-628-2014 of the Supreme Court of Georgia dated 30 September 2015.

<sup>85</sup> Svanadze, Dzierishvili/Tsertsvadze G./Robakidze/Svanadze/Tsertsvadze L./Janashia, Contract Law, Publisher “Meridiani”, Tbilisi, 2014, 109.

<sup>86</sup> See the existing situation: Civil Code of Germany – §311 (2) 2 – “Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach §241 Abs. 2 entsteht auch durch [...] die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut [...]”.

<sup>87</sup> See Gatsrelia A., Analysis of Regulatory Provisions Which Regulate Relations Arisen on Preparatory Stage of a Contract, in Terms of Issues Prescribed by Case Law, Students Law Journal, ELSA, Tbilisi, 2012, 12.

<sup>88</sup> Due to the purposes of the paper, some necessary preconditions are listed, since they may be determined in a new way together with development of practice. Therefore, making an exhaustive list would be impossible.

<sup>89</sup> See *Chanturia L.*, General Part of Civil Law, Publisher “Law”, Tbilisi, 2011, 52.

<sup>90</sup> Primarily, pursuant to Article 318 of the CCG. If an issue concerns frameworks of special regulation, aforementioned article will be considered as a precondition of using special provision.

<sup>91</sup> See, for example in case of labour relationships – *Sturua N.*, Compensation for violation Pre-Contractual Obligation in Labor Law, Labor Law I (Collection of Articles), Publisher “Meridiani”, Tbilisi, 2011, 240 and following.

<sup>92</sup> Most likely, it has information on its reputation, etc. This represents the precondition that the issue of being informed is satisfied.

point of view was not attributable to the result, etc.). If such an example appears, it should be regulated based on main principles of private law. In other words, protection of the principle of good faith should not present the basis for discussion about distinctive or common elements of particular legal concepts. It applies to all relationships regulated by private law.

Therefore, duress to be a contracting party is not pre-contractual relationship. Only law is the basis of its creation, which may have different content in all particular cases.

### 3. Interim Conclusion

Due to abovementioned considerations, attention can be drawn to the fact that duress to be a contracting party represents the concept, which is attributable to the general principles in private law. However, its regulation is different from all other concepts. It derives from the law; however, it is not a type of preliminary contract or pre-contractual relationship. In terms of its examination with regard to obligations, we should observe paragraph 1 of Article 317 of the CCG, according to which an obligation may arise “from other basis prescribed by law”, which in this case is duress to be a contracting party.

## VI. Impossibility of Differentiation of Types of Duress to be a Contracting Party Pursuant to Georgian Legislation

Differentiation of duress to be a contracting party cannot be found in Georgian legal literature or case-law. Moreover, Georgian legislation does not recognise the differentiation of types of duress to be a contracting party. In terms of comparison, the example of Germany can be discussed where we can find out interesting notes on general type of duress to be a contracting party<sup>93</sup> in legal literature.<sup>94</sup> One of the abovementioned is general manifestation of duress to be a contracting party, which concerns all legal relationships. From the outset, it is important to note that differentiation is possible only on the basis of reconciling the principles of particular legal concepts,<sup>95</sup> which in every law leads to different results.

Georgian legislation does not recognise differentiation of duress to be a contracting party into particular types. If we delve deep into this issue, there is a possibility to differentiate this concept into general and special types. However, even in this case, it would only be possible from particular examples. For instance, differentiation

into particular types would depend on the specificity of jobs of employees (organisations) in particular fields. Some of the fields may be indicated here: cases of broadcasting advertisement, (which is discussed in this paper), transit broadcasting service, providing electricity, sale of petroleum, etc. In these fields, the law imposes an obligation to conclude a contract with a person with dominant position in market. Restriction on the freedom of contract with an obligation to conclude a contract is implemented pursuant to paragraphs 2 and 3 of Article 319 of the CCG, which is concretised in particular (special) provisions. Furthermore, if we differentiate duress to be a contracting party according to particular fields, it would go beyond the scope of the CCG and there would be as many types of duress to be a contracting party as the cases. Therefore, such differentiation would lead to the existence of innumerable types of duress to be a contracting party.

## VII. Conclusion

In case of duress to be a contracting party, an obligation to conclude a contract is imposed on one of the parties. In Georgia, there was a case when an obligation to conclude a contract was imposed on both the parties, which was defined by the Constitutional Court of Georgia as a legal precondition required by risk for the society.<sup>96</sup>

Based on the consideration developed in the present chapter, several theses may be separated:

- a) Duress to be a contracting party in particular cases is preconditioned by the necessity of concluding a contract. Here, it is important to analyse that purpose of duress to be a contracting party represents not only an obligation to conclude a contract, but also protection of the main principles of private law, when one of the parties is bound by an obligation to conclude a contract based on the principles of private autonomy and equality of arms;
- b) Necessity of duress to be a contracting party, for its part, is in direct connection with regulation prescribed by the Constitution, according to which monopolistic activity is forbidden. Such a provision may also be examined in the scope of policy implemented by a state, according to which, it determines law and order for the development of competitiveness of market;
- c) Differentiation of duress to be a contracting party into types is conditional in nature, which would not be reasonable due to Georgian legislation; and
- d) Duress to be a contracting party concerns all the companies that have a dominant position in market; however, saying this so strictly would not be justified. Duress to be a contracting party, in its part, is a manifestation

<sup>93</sup> In German – der “allgemeine” Kontrahierungszwang.

<sup>94</sup> See *Bydlinski F.*, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, Vorträge, gehalten auf der Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung am 18. September 1979 in Bern, ACP 180 (1980), Verlag Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen, 1980, 29 and following.

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> See the judgment no. 1/2/106 of the Constitutional Court of Georgia dated 31 October 2001, Citizens of Georgia – Irakli Beriashvili and Viktor Inashvili against the Parliament of Georgia.

of contractual restriction of freedom.<sup>97</sup> Therefore, from the example of issuing credit, we can conclude that each of such contracting parties has an obligation to conclude a contract with another party. Hence, in particular cases, the problem should be solved with the discussion on the following issues: the type of activity performed by the company; and the kind of role it has for the prosperity of population and the cases in which it has an obligation to conclude a contract. In case of the aforementioned three preconditions being met, it will not face any kind of obstacles. It means that it is obliged to conclude a contract with a contracting party. It is necessary to note that if a restriction on obligation to conclude a contract with a particular group of contracting parties is mentioned in drawing up the content of the contract by the party, such a restriction may not apply to a party with dominant position in market and it may be declared void. The purpose for the said condition is the fact that duress to be a contracting party is a concept with preferential legal power with respect to the freedom of content, restriction of which is impossible based on the freedom of contract.

Therefore, it may be said that the notion of duress to be a contracting party is not only that a party should conclude a contract inevitably, but also define, in case of refusal to conclude a contract, to what results this may lead for a relevant party. This is very significant for the protection of private autonomy and in general for the protection of the principle of private law.

As the above discussion shows, duress to be a contracting party developed simultaneously with the development of particular provisions of the CCG, and, primarily, with the freedom of contract. As a result, paragraphs 2 and 3 of Article 319 of the CCG, which prescribe an obligation to conclude a contract in particular cases, strengthened the protection of contractual equality and private law principles for the establishment of contractual equity.

<sup>97</sup> See, for example, *Schramm H.-J.* in Knieper/Chanturia/Schramm., *Das Privatrecht im Kaukasus und in Zentralasien, Bestandsaufnahme und Entwicklung*, BMV, Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, Berlin, 2010, 67.



## Realisation of the Principle of Freedom of Contract According to Mixed Contracts

*Mixed contracts represent one of the ways to concretise the principle of freedom of contract. Any common contract, which is already an indivisible part of codified civil law today, has a long history. It has been evolving based on the manifestations of man's free will, improving through its long-term usage. The modern world is presented with its refined form. Any type of contract is a direct result of realisation of the principle of freedom of contract. Such a result may determine a mixed contract today taking a form of classical/common contract and its reflection in civil legislation. The cases of realisation of the principle of freedom of contract, with the example of mixed contracts, are discussed in this article. The article consists of three main parts: Part-1 reviews the historic development of normative content of the principle of freedom of contract and its modern understanding; Part-II groups mixed contracts according to particular signs; and Part-III analyses the importance of mixed contracts in terms of future development, improvement and perfection of civil legislation.*

### I. The Principle of Freedom of Contract as the Main Basis for Giving Rise to an Obligation in Private Law

Private law relationships have characteristics of the compulsory element of legal binding based on internal will of a private law subject. The constitutional principle of free development, free action of a person<sup>2</sup>, is integrated to the greatest extent in the principle of freedom of contract in private law. "Ensuring freedom of contract is a constitutional obligation of a modern country."<sup>3</sup> The Civil Code of Germany<sup>4</sup> (hereinafter referred to as – "CCoG") does not include any indication regarding the principle of freedom of contract. It is considered in the definition/construction of constitutional right of free development of a person recognised by Article 2(1)<sup>5</sup> of Basic Law of Germany<sup>6</sup>. The

principle of freedom of contract is not defined either in the new Civil Code of the Netherlands<sup>7</sup> (hereinafter – CCN). "It was considered so clear that the legislature did not deem it necessary to incorporate it in the Code."<sup>8</sup> Article 1 of Protocol 1 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms<sup>9</sup> recognises the right that every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions<sup>10</sup>. The said article is considered as a mechanism for the protection of the principle of freedom of contract<sup>11</sup>. Despite the common approaches of international and national regulations, the legislative definition of the principle of freedom of contract was not rejected in the Civil Code of Georgia<sup>12</sup> (hereinafter – CCG). Paragraph 1 of Article 319 of the CCG defines this principle. The definition of the principle of freedom of contract can also be found in the Civil Code of Italy<sup>13</sup>, Article 1322 of which speaks about the possibility of free determination of contract within a legal framework<sup>14</sup>.

A large percentage of the elements that give rise to obligations concern the contract, which is a legal construction created by full compliance with the principle of freedom of contract. The obligation arises on the basis of a contract, in determination of which, the parties are not confined by legal provisions that determine the types of contract. In other words, "the types of contract enshrined in the CCG are neither exhaustive nor compulsory for the parties"<sup>15</sup>.

The principle of freedom of contract is not a new concept in private law. It has been in existence since Roman law<sup>16</sup>. However, classical understanding of this principle is greatly detached from its modern definition. Due to enlargement of various corporate providers of goods and services and the intensity of their participation in civil transactions, it became necessary to correct classical idea of freedom of contract because of the necessity of recognising the existence the "weak party" of a contract, as well as increasing amount of standard contracts. In this part of

<sup>1</sup> PhD Candidate at the Law Faculty at TSU; Invited Teacher; Head of the Office for the Analysis of Draft Legislative Acts of the Department of Legal Affairs of the Government Administration of Georgia.

<sup>2</sup> The Constitution of Georgia, Gazettes of the Parliament of Georgia, 31-33, 24/08/1995, Registration Code 010.010.000.01.001.000.116, Article 16.

<sup>3</sup> Chanturia, Commentary to the Civil Code of Georgia, V. III, publisher "Law", Tbilisi, 2001, 57.

<sup>4</sup> Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz vom 18/08/1896, RGBl. no. 21, 195.

<sup>5</sup> Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige oder das Sittengesetz verstösst.

<sup>6</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 23/05/1949, Bundesgesetzblatt.

<sup>7</sup> Burgerlijk Wetboek, 1992.

<sup>8</sup> Todua/Willems, Law of Obligations, Georgian Young Lawyers' Association, Tbilisi, 2006, 87

<sup>9</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, drafted in 1950 by Council of Europe, entered into force on 3/09/1953

<sup>10</sup> Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

<sup>11</sup> Putman, The Horizontal Application Theory and its Influence on the Freedom of Contract – a French Point of View, Law, Democracy and Development, Vol.2. I issue 2 (1998), [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/laacydev2&div=18&collection=journals&set\\_as\\_cursor=2&men\\_tab=srchresults&terms=\(emmanuel%20putman\)&type=matchall](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/laacydev2&div=18&collection=journals&set_as_cursor=2&men_tab=srchresults&terms=(emmanuel%20putman)&type=matchall), 6/12/2013

<sup>12</sup> The Civil Code of Georgia, Gazettes of the Parliament of Georgia, 31, 24/07/1997, Registration Code 040.000.000.05.001.000.223

<sup>13</sup> Codice Civile, R.D. 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile

<sup>14</sup> Art. 1322 (1) C.C. – the parties can freely determine the content of the contract within the limits imposed by law

<sup>15</sup> Chanturia, Commentary of the Civil Code of Georgia, V. III, publisher "Law", Tbilisi, 2001, 61.

<sup>16</sup> See. Zimmermann, The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1992, 451 and the following.

the present article, classical as well as modern definitions of freedom of contract will be discussed.

### 1. Classical Definition

Initial definition of the principle of freedom of contract is based on the supposition that private law subjects are in an equal situation in their rights, from economic point of view, from the moment they are legally bound. This two-way equality leads to giving them equal opportunities to take those responsibilities, of which they are aware, and in the moment of concluding a contract, they feel its severity or simplicity. Classical definition consists of two parts. The first part defines procedural notion of the principle of freedom of contract, which means the right of a party to become party to a contract by free and non-compelling choice. The second part defines the substantive criteria of the principle of freedom of contract, which gives the right to the private law subject not only to conclude the type of contract, which is enshrined in law, but also to conclude the type of contract, which is not enshrined in law. Paragraph 1 of Article 319 of the CCG includes both the components; however, it also indicates the necessity of compliance with law in terms of using this possibility.

a)

Freedom to conclude a contract is a direct result of autonomy of will, due to constant and invariable value construction of natural right<sup>17</sup>. It determines that a party may be bound only in case of its consent, which is free from others' coercion<sup>18</sup>. Freedom to conclude a contract may also have a negative definition. Therefore, it is defined as a right of a person not to conclude a contract. Usually, the principle of freedom to conclude a contract provides an opportunity to conclude a contract, as well as to reject to conclude a contract in case of the will of the parties<sup>19</sup>. The principles of European Law of Treaties<sup>20</sup> (hereinafter – principles), similar to national legal systems of European Union member states, recognise the right of citizens and their enterprises to decide with whom they want to con-

clude a contract<sup>21</sup>. Even though the Civil Code of Italy does not include the right to conclude a contract and to choose a contracting party, this is generally recognised as a part of autonomy of the parties<sup>22</sup>.

b)

The freedom to determine the contents of a contract fully ensures the satisfaction of interests of a private law subject. To give the contracting party only possibility to conclude, or to reject, a contract would be procedural provision of an idea of freedom of contract. The primary motive of legal binding is not so much the identity or status of other participant subject of this binding, but to understand what kind of concessions it makes in exchange of reactive performance. The types of contract offered by the law may not satisfy the requirements of contracting parties. By establishing types of contract, private law codification creates the framework, from which derogation is freely acceptable if a party desires. The types of contract regulated by the CCoG may be considered only as an attempt of the legislature to regulate the types of contract types that are widely used. This list is neither exhaustive nor attempts to be exhaustive<sup>23</sup>. Freedom to determine the content of a contract includes the right to choose the contract precisely regulated by the law, and the right to conclude a contract by derogating from non-binding norms to choose atypical or mixed contracts.

b.a)

Realisation of the principle of freedom of contract is possible in case of choosing a contract type enshrined in the CCG. It should be noted that contract types offered by civil law codifications were regulated based on their long-term usage. Classical contracts such as sale, contract for work, renting, etc., were established as a result of dynamics of private law relations. If a private law subject chooses the contract type enshrined in the law, its hypothetical will is supposed that, at the time of declaration of intent, it considers that the contract type regulated by legislature, without any correction, offers the best possibility of the realisation of its will.

b.b)

Law of contracts mainly includes non-binding norms<sup>24</sup>. A non-binding norm "gives a sample of regulation of rel-

<sup>17</sup> See. George, The Principle of Contractual Freedom, AGORA International Journal of Juridical Sciences, Vol. 2010, Issue 2 (2010), [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/agoraijs2010&div=51&collection=journals&set\\_as\\_cursor=3&men\\_tab=srchresults&terms=\(the%20Principle%20of%20contractual%20freedom\)&type=matchall](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/agoraijs2010&div=51&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=srchresults&terms=(the%20Principle%20of%20contractual%20freedom)&type=matchall), 9/12/2013

<sup>18</sup> Bush/Hondius/Kooten/Schelhaas/Schrama, The Principles of European Contract Law and Dutch Law, A Commentary, 2002, 32

<sup>19</sup> Oleteanu, Autonomia de vointa in dreptul privat, Craiova, Universitaria, 2001, p.49., Indicated: George, The Principle of Contractual Freedom, AGORA International Journal of Juridical Sciences, Vol. 2010, Issue 2 (2010), pp. [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/agoraijs2010&div=51&collection=journals&set\\_as\\_cursor=3&men\\_tab=srchresults&terms=\(the%20Principle%20of%20contractual%20freedom\)&type=matchall](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/agoraijs2010&div=51&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=srchresults&terms=(the%20Principle%20of%20contractual%20freedom)&type=matchall), 9/12/2013

<sup>20</sup> Principles of European Contract Law, [http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/PECL%20engelsk/engelsk\\_part1\\_og\\_ii.htm](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_part1_og_ii.htm), 16.12.2012

<sup>21</sup> Lando/Beale, Principles of European Contract Law, Parts I and II, London/Boston, 2000, 99

<sup>22</sup> Antonioli/Veneziano, Principles of European Contract Law and Italian Law, A Commentary, Kluwer Law International, 2005, 31.

<sup>23</sup> Markesinis/Unberath/Johnston, The German Law of Contract, A Comparative Treatise, Second Edition, Entirely Revised and Updated, Oxford and Portland, Oregon, 2006, 162.

<sup>24</sup> The default rules governing particular types of contracts are *ius dispositivum*, see Markesinis/Unberath/Johnston, The German Law of Contract, A Comparative Treatise, Second Edition, Entirely Revised and Updated, Oxford and Portland, Oregon, 2006, 163.

evant relations, and parties can change it on the basis of their own intent<sup>25</sup>. Intervention by the parties in the content of a contract regulated by the law, on the basis of a non-binding norm, does not change the type of this contract; as such, change is permitted by the law. Ignoring non-imperative norms by the parties does not transform the essential conditions of a contract and does not make attributing that contract to a chosen type.

*b.c)*

In case of using an atypical contract, there is a full realisation of the principle of freedom of contract. Private law subjects fully disregard the possibility of using characteristics of particular types of contract offered by the law and determine rights and duties between them on the basis of their interests alone. Such freedom is guaranteed until it threatens law and order. It is clear that in such a case, the provisions that regulate voidance and rescinding that contract, which will ensure public order, will be implemented. In legal literature<sup>26</sup>, there is a tendency of referring to atypical contracts as unnamed contracts. However, in such a case, unnamed contracts may be interpreted more broadly and include mixed contracts together with atypical contracts.

*b.d)*

The CCG does not include the legislative definition of mixed contracts. Article 340 of the CCG encompasses the rule of interpretation of the mixed contracts. "This norm is a sort of instruction of using legal norms and indicates which norms will be used in terms of certain contract or its particular part<sup>27</sup>." Mixed contract is sometimes referred to as hybrid contract<sup>28</sup>. The notion of a mixed contract is reflected in the determination of implementation and reactive implementation by the parties, which cannot fall under any type of contract regulated by the CCoG; however, characteristics of certain contracts are used<sup>29</sup>. By using rights and obligations attributable to two or more contracts, a single contract is drawn-up instead of a set of contracts. Mixed contract is a simple contract with characteristics or

elements of more than one type of contract<sup>30</sup>. If there is an unambiguous intent of the parties to conclude a single contract, then we can talk about a mixed contract made up by merging various types of contracts<sup>31</sup>. Therefore, recognition of consumer credit as a mixed contract is impossible due to a set of contracts<sup>32</sup>. Article 370 of the CCG defines contract of sale and credit agreement included in consumer credit as economic unity and, therefore, excludes the possibility of their attribution to mixed contract<sup>33</sup>. "Both of them are legally independent, however they are united economically"<sup>34</sup>. There are some options of classification of mixed contracts and a detailed discussion will be provided in the following part of the Paper.

## 2. Modern Definition

Development of entrepreneurial relations, resultant creation of large corporations and their increasing influence on the market of providing goods and services leads to the expediency of reviewing classical idea of freedom of contract. The latter is created with the aspiration that parties of a contract to be concluded are equal in terms of their rights in equal situations, which is the precondition of equal possibilities in the self-binding mechanism. Hence, it is up to the free will of one, as well as of the other party of a contract, to conclude or not to conclude a contract.

In modern world, a great percentage of private law transactions are those contracts where one of the parties enters into a contract only because it is able to satisfy its requirements.<sup>35</sup> Such unilateral composition of a contract includes the risk of imbalance in rights and duties. Hence, the task of the legislature of 21<sup>st</sup> century is to make a correction to the idea of freedom of contract by taking into consideration real situation to maintain its main characteristics that existed in the classical epoch. In such a case, the legislature has two types of challenges, viz., on one hand, by leaving classical understanding of the idea of freedom of contract unchanged, not to hamper mobility of transactions and not to create artificial barriers for economic progress, and, on the other hand, not to limit this idea in such a way that undermines the basis of existence

<sup>25</sup> Kereselidze, *The Most General Systemic Notions of Private Law*, Publisher of European and Comparative Law Institute, Tbilisi, 2009, 55.

<sup>26</sup> See. Todua/Willems, *Law of Obligations*, Georgian Young Lawyers' Association, Tbilisi, 2006, 105.

<sup>27</sup> Kereselidze, *The Most General Systemic Notions of Private Law*, Publisher of European and Comparative Law Institute, Tbilisi, 2009, 260.

<sup>28</sup> Mixed transactions have also been referred to as "hybrid transactions". E.g., Note, *Products and the Professional: Strict Liability in the Sale-Service Hybrid Transaction*, 24 *HASTINGS L.J.* 111 (1972)., Indicated: Brush, *Mixed Contracts and the U.C.C.: A Proposal for a Uniform Penalty Default to Protect Consumers*, Student Scholarship Paper 47, 2007, [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1047&context=student\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1047&context=student_papers), 12/12/2013

<sup>29</sup> Markesinis/Unberath/Johnston, *The German Law of Contract, A Comparative Treatise*, Second Edition, Entirely Revised and Updated, Oxford and Portland, Oregon, 2006, 163.

<sup>30</sup> Cf Larenz II 422; Glomb 82; Erni 42., Indicated: Joubert, *The Legal Nature of the Factoring Contract*, *South African Law Journal*, Vol. 104, Issue 1, 1987, pp. 88-103, [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/soaf104&div=18&collection=journals&set\\_as\\_cursor=1&men\\_tab=srchresults&terms=\(\(legal%20nature%20of%20the%20factoring%20contract\)\)&type=matchall](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/soaf104&div=18&collection=journals&set_as_cursor=1&men_tab=srchresults&terms=((legal%20nature%20of%20the%20factoring%20contract))&type=matchall), 12/12/2013.

<sup>31</sup> Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 278.

<sup>32</sup> Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 278.

<sup>33</sup> Regarding alternative interpretation of legal nature of consumer credit, see Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, II Band, Besonderer Teil*, Verlag C. H. Beck, München, 1972, 341 and the followings, including, with indication that the bank (which issues the credit) buys the right to require to transfer object of sale in case of non-payment of money by the buyer.

<sup>34</sup> Zoidze, *Commentary of the Civil Code of Georgia*, V. III, publisher "Law", Tbilisi, 2001, 301.

<sup>35</sup> Contract of adhesion.

of foundation of private law, autonomy of will, and to make the principle of duress to be a contracting party similar to duress legitimated by administrative act existed in public law.

a)

Modern concept of the principle of freedom of contract, in terms of concluding a contract and in terms of determination of its content, offers particular changes. An opportunity to make a decision on concluding a contract based on free will and that content is agreed in detail by the parties is not excluded. However, the existence of subjects with monopolistic positions in market and increase of standard contracts lead to, on one hand, duress of particular subjects to conclude a contract, and, on the other hand, recognition of the validity of a concluded contract without detailed examination of content.

b)

The issue of necessity of establishing additional mechanisms for reviewing the obligation to conclude a contract, as well as the contract that includes imbalance of rights and obligations, was raised after the recognition of the existence of “weak party” of a contract. The latter means a private law subject, mainly an individual, who does not have sufficient economical power or legal knowledge, with which he/she competes with another party of a contract. The consumers<sup>36</sup> and employees<sup>37</sup> are considered to fall in such a category. This mechanism is reflected in establishing additional basis of voidance or rescinding, by which the legislature does not undermine the principle of freedom of contract. If the main idea of this principle is to give equal opportunities to the subjects having equal status, it is clear that its modification is an inevitable necessity in case of relations between subjects with non-unequal status. The contract concluded with the participation of a consumer or employee falls under exactly this category, where the “weakness” of the latter is so clear that the main function of the additional mechanism is only to strike balance between them. “In contractual relations, where equality of the parties is violated to some extent, implementation of the principle of freedom of contract may be confined in such a way that equalisation of interests and opportunities of the parties is possible<sup>38</sup>.”

<sup>36</sup> With regard to the requirements connected with content of contract, which is concluded with the participation of consumers, see. COUNCIL DIRECTIVE 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:EN:NOT, 17/04/2013>.

<sup>37</sup> With regard to necessity of additional mechanisms for protection of employee, as “weak party” of a contract, see. With relevant argumentation: Chachava, *Competition of Requirements and Basics of Requirements*, (Publisher of European and Comparative Law Institute), Tbilisi, 2011, 199 and the following.

<sup>38</sup> Chachava, *Competition of Requirements and Basics of Requirements*, (Publisher of European and Comparative Law Institute), Tbilisi, 2011, 100.

c)

Standard contracts promote implementation of private law transactions in an accelerated manner. Nevertheless, the issue of using standard provisions of a contract creates a clear problem towards the traditional contractual principle; according to which, autonomy of the parties and their intent or consent create the basis for the legitimation of binding force of a contract<sup>39</sup>. In such a case, internal will is replaced by formally internal will<sup>40</sup> due to the fact that every contractual condition and procedure is created by one party and the other party only maintains the right to conclude or not to conclude this contract<sup>41</sup>.

Giving the possibility to the creator of a standard contract of unilaterally determining contractual provisions carries the risk of acting in bad faith from him/her. Since those companies, which operate in market economy, nowadays offer such types of contracts, the task of the legislature is to establish effective mechanisms for preventing abuse of power as it does in terms of protection of a “weak party”. The obligatory nature of implementation of procedural and substantive aspects necessary for the incorporation of standard provisions of a contract, which is not provided in terms of ordinary contract, serves this purpose. By establishing a relatively flexible mechanism for the revision of a standard provision of a contract drawn up by formally disregarding the principle of freedom of contract, the legislature pays a sort of compensation to this significant principle of private law. This compensation is reflected in establishing additional bases for voiding the standard provisions of a contract, which is not the case of individually agreed contractual relations.

## II. Classification of Mixed Contracts

Classification of mixed contracts is one of the complicated tasks, which may appear in the scope of research on this significant concept of the law of obligations. Complication is reflected not in terms of attributing some mixed contracts to particular groups due to certain characteristics. It is reflected in terms of understanding that this classification will not be complete, since a non-exhaustive list of types of contract makes the probability that some mixed contract that exists may be missed, and private law

<sup>39</sup> Wilhelmsson, *Standard Form Conditions, Towards a European Civil Code*, Third Edition, Kluwer Law International, 2004, 432.

<sup>40</sup> Ioan Albu, *op. cit.*, p. 30., indicated: George, *The Principle of Contractual Freedom*, AGORA International Journal of Juridical Sciences, Vol. 2010, Issue 2 (2010), [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/agoraijs2010&div=51&collection=journals&set\\_as\\_cursor=3&men\\_tab=srchresults&terms=\(the%20Principle%20of%20contractual%20freedom\)&type=matchall, 9/12/2013](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/agoraijs2010&div=51&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=srchresults&terms=(the%20Principle%20of%20contractual%20freedom)&type=matchall, 9/12/2013).

<sup>41</sup> George, *The Principle of Contractual Freedom*, AGORA International Journal of Juridical Sciences, Vol. 2010, Issue. 2 (2010), [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/agoraijs2010&div=51&collection=journals&set\\_as\\_cursor=3&men\\_tab=srchresults&terms=\(the%20Principle%20of%20contractual%20freedom\)&type=matchall, 9/12/2013](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/agoraijs2010&div=51&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=srchresults&terms=(the%20Principle%20of%20contractual%20freedom)&type=matchall, 9/12/2013).

subjects use it or there is a prospect of to using it in the future.

This paper will provide the classification with the example of one of the classifications and not with the example of the single classification from German law<sup>42</sup>. This classification takes as a criterion those characteristics of the main rights and duties typical for particular contracts regulated by the CCoG by the extent they are presented in a mixed contract. In this regards, there are three groups of mixed contracts, viz., combined mixed contract, dominant type mixed contract and mixed contract with different reactive performance.

Classification of mixed contracts can also be found in Anglo-Saxon law. Despite the clear regulation field<sup>43</sup> of Uniform Commercial Code of US<sup>44</sup>, the issue of using it towards such types of contracts, where motivation of self-binding is conditioned with service together with goods, is raised frequently. In such a case, a dilemma arises in the courts of the states, viz., should they use statutory law, therefore Uniform Commercial Code, which regulates sale of goods, or should they use case law, which regulates everything except the sale of goods<sup>45</sup>. For the argumentation of using Uniform Commercial Code in terms of mixed contract, there are several approaches, which are largely based on their classification. In particular, such mixed contracts are examined where the main motivation of concluding a contract is the sale of goods and, therefore, the law of sale prevails or separating the component of sale from the component of service is possible, etc.

### 1. Combined Mixed Contract

In case of combined mixed contract, the obligations of one of the parties of a contract belong to the main obligations typical for two or more contracts. In such a case, there is a single contract, not a set of contracts, since taking each responsibility is conditioned by a common aim. For establishing the existence of a combined mixed contract, whether it was agreed to pay united remuneration for each action or remuneration should be paid separately for each action is not decisive<sup>46</sup>. In such a case, the issue of

differentiated or united determination of compensation, as a responsive performance, is not taken into consideration, since compensation is only equivalent to those obligations, which condition the existence mixed contracts.

In case of combined mixed contract, legislative norms pertinent to a relevant contract may be used towards each part of an obligation. "If the content of relations determined by the parties includes provisions which are typical for various types of contracts prescribed by law, decisive importance is given to separation of those elements of the contract. If their separation is possible, relevant provisions in force are used towards each part<sup>47</sup>." Complication may arise in a case when relevant provisions in force towards one particular type of contract also influence another part of a contract. In such a case, the purpose of concluding a contract will be the decisive factor<sup>48</sup>.

a)

In case of a contract concluded with a sanatorium, or a hotel, there are reflected rights and obligations typical to at least three contracts. In this case, a creditor, in exchange for payment, receives such an action, which includes main obligations typical for contracts of renting, service (hereinafter – contract for work) and sale. Therefore, when separation is possible, provisions of the CCG regulating renting should be used in terms of renting a room; in case of providing service – provisions of the CCG regulating sale; in case of food – law of sale, etc. If a debtor violates an obligation, relevant provisions aimed to protect a creditor will be implemented.

b)

Contracts concluded with restaurant, cinema and theatre are unified in so-called "Spectacular agreements". In terms of a restaurant, there is a determination of rights and obligations typical for three contracts. In this case, rental contract (ordering a table in a restaurant), contract for work (performing arts) and contract of sale (food) are concluded. In case of theatre and cinema, there is a combination of obligations typical for renting (reserving a particular chair in a hall) and contract for work (offering particular film

<sup>42</sup> See. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 279 and the following, including, with indication, that there is no common opinion in legal literature on this issue, which is not regulated by the CCoG.

<sup>43</sup> The purpose of Uniform Commercial Code is harmonisation of regulatory law of sale of movable items, which is considered as a recommendation for every court of every state of US. See. §2-105 (1): "Goods" means all things (including specially manufactured goods) which are movable at the time of identification to the contract for sale..

<sup>44</sup> Uniform Commercial Code (UCC), 1952, <http://www.law.cornell.edu/ucc>, 14/12/2013.

<sup>45</sup> Henry D. Gabriel & Linda J. Rusch, *The ABCs of the UCC: (Revised) Article 2: Sales 6* (Amelia H. Boss, ed., 2004), Indicated: Brush, *Mixed Contracts and the U.C.C.: A Proposal for a Uniform Penalty Default to Protect Consumers*, Student Scholarship Paper 47, 2007, [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1047&context=student\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1047&context=student_papers), 12/12/2013.

<sup>46</sup> Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 280.

<sup>47</sup> Kereselidze, *The Most General Systemic Notions of Private Law*, Publisher of European and Comparative Law Institute, Tbilisi, 2009, 260.

<sup>48</sup> See. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 280, where the example of rental contract of residential and commercial property is examined. In case of renting a residential property, a lessee is protected with the provision on termination of contract based on valid reason, according to which the lessor is entitled to terminate the contract only in case of particular preconditions (valid reason). When residential property is isolated from commercial property, the contract may be terminated in the part of commercial property. However, if they are connected with each other in such a manner that their separation is impossible, the purpose of a contract should be clarified. If the main purpose of rental was commercial activity, the protection provision will not be applied for a lessee and the provisions which are used towards ordinary rental will be used.

or play)<sup>49</sup>. Buying a soft drink or another product during a cinema show should not be deemed as a part of mixed contract, if a person additionally pays for it and it is not reflected in the cost of a ticket. In this case, independent contract of sale is concluded, towards which, as towards an autonomous agreement, law of sale will be applied.

## 2. Dominant Type Mixed Contract

Dominant type mixed contract includes obligations typical to various types of contract, however, differently from combined mixed contract. Their inequality is so unambiguous that they cannot be examined with equal importance. In this case, intent of the parties of a contract is unambiguous that they desire to get the result, which is typical for that type of contract, which is in dominant position in the present situation. Unlike in case of combined mixed contracts, the rule that provisions pertaining to a relevant contract will be used towards each relevant action/performance does not apply in this situation. In this case, it is recommended that provisions existing with respect to the contract that has dominant position in this particular situation be used<sup>50</sup>. Furthermore, the provisions existing with respect to dominant type contract should be used regardless of the fact whether separation of a particular element from unified contract and its regulation by the law existing with respect to relevant contract is possible. In terms of establishing the criteria of separation, objective criteria for the interpretation of a contract will prevail, which may become the circumstance to disregard common intent of the parties. Out of the categories of dominant type mixed contracts, sale of property for symbolic price and leasing of commercial property in exchange for paying identified percent from profit will be examined below.

a)

Sale of property for symbolic price includes elements of two contracts, viz., sale and gift. Nevertheless, due to the fact that performance and responsive performance are not equivalent, characteristics typical for contract of gift may prevail. Sale of property for symbolic price is also named as mixed gift. In addition, in this case, the parties agree to transfer property and the right of property in exchange for paying a particular price, which is also the case of typical contract of sale. However, differently from the latter, the price is so low that it may only partially compensate the cost of property<sup>51</sup>. In case when real market value of

property is much greater than the agreed and paid fee, it is fully possible to separate the performance and apply law of sale on paid part, and law of gift on unpaid part. In addition, in the case when the price of property is completely symbolic, provisions regulating contract of gift should be used unequivocally. In this case, practice in Georgia is in the opposite direction, particularly in terms of sale of state property for symbolic price. Due to special regulations with regard to sale of state property, we often encounter various situations in practice in case of sale of state property for symbolic price; agreement of direct sale is concluded between the buyer and owner<sup>52</sup>. Such a practice does not protect the owner properly, since additional means and secondary requirements of protection of buyer regulated by law of sale is used in such a manner that their counter-performance is not made by the latter. It would be reasonable in this case that in the draft of a contract<sup>53</sup> to be concluded between buyer and owner of state property, a special article is incorporated, which in aforementioned cases awards owners the rights prescribed by law of gift, which in case of ingratitude and severe insult includes the possibility to abolish the contract<sup>54</sup>.

b)

Leasing of commercial property in exchange for paying an identified percent from profit is described in German law<sup>55</sup>. In that case, the lessee gets the commercial property for using it, and the fee is not determined primarily. It is calculated from the profit and consists of a primarily agreed percent out of this profit. According to common opinion<sup>56</sup>, in such a case, elements of enterprise contract are incorporated in the lease agreement in a form of partnership, in the scope of which joint activity is reflected in lessee's activities with commercial purposes, and the lessor ensures achieving this common purpose by targeted transmission of property owned by him. Regardless of unambiguous existence of elements of these two contracts, obligations typical for lease contract undoubtedly prevail. In case of transferring property under a lease contract, the aim of the owner is to get profit, which is determined by firmly established calculated criteria, and the lessee plans the relevant activities with the motive of getting a particular result. Therefore, using provisions of lease contract

<sup>52</sup> See. Order №20 of 29 January 2007 of the President of Georgia on "Privatisation of State-Owned Vehicles by Direct Sale Contract for Symbolic Price".

<sup>53</sup> See. Order no. 1-1/1537 of 16 September 2010 of the Minister of Economics and Sustainable Development of Georgia on "Approval of Statute on Privatisation of State-owned Property by Direct Sale Contract", Legislative Herald of Georgia, 120, 21/09/2010, Registration Code, 040110030.22.024.016001, Art.1779.

<sup>54</sup> See. The Civil Code of Georgia, Article 529 (l), according to which, a gift may be abolished, if a party which took the gift, severely insults or displays ingratitude towards the party which gave him the gift, or towards the latter's relative.

<sup>55</sup> see Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 281.

<sup>56</sup> Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 281.

<sup>49</sup> Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 279.

<sup>50</sup> Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 282 (Man kann aber versuchen, auf diese Leistung eine Mischung aus dem Recht der verschmolzenen Typen anzuwenden), as well as, Kereselidze, *The Most General Systemic Notions of Private Law*, Publisher of European and Comparative Law Institute, Tbilisi, 2009, 260.

<sup>51</sup> Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 281.

towards this type of mixed contract should be deemed without alternative.

### 3. Mixed Contract with Different Responsive Performance

Of the types of mixed contract with different responsive performance, alienation of property in exchange of making an investment and rental of residential property with the aim of taking care of it will be examined here. In this case, characteristics typical for various contracts are mixed. However, these elements are reflected not in the obligations imposed on one party but distributed to another party also. This case can also be considered as a type of so-called barter when substitute obligation of performance is not an equivalent reflected in currency, but reflected in cases of offering another service or goods. Agreed performance and responsive performance of the parties cover each other in such a way that bilateral obligation of payment fully or partially offsets each other<sup>57</sup>. This concept is different from the concept of offsetting counterclaims enshrined in the law of obligations by the following sign: existence of a unified contract where performance and responsive performance is primarily determined as one of the necessary components of a content of a contract. In case of offsetting counterclaims, requirements are connected in such a way, according to two or more contracts between the same parties, to determine account balance and the responsible party for that.

In case of a mixed contract, towards each performance, provisions of those contracts that correspond to this content of performance should be used. Nevertheless, some complication may appear in a case when the obligation of one of the parties is not fulfilled. In this case, the issue of full or partial withdrawal from contract should be examined<sup>58</sup>.

a)

Alienation of property in exchange of making an investment includes an obligation of a party, which is regulated by law of gift and responsive performance of another party, which may be considered as an object of contract for work. Here, alienator of a property takes the responsibility to transfer property and property right without payment, and the buyer of the property makes an investment on the transferred property, which is equivalent or exceeds its real market value.

In this case, transferring the property right will be implemented with provisions regulating contract of gift, making an investment and the following requirements. In particular, in case of making an investment with defects, the right

<sup>57</sup> Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 283.

<sup>58</sup> See. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 283.

should be awarded to the owner of property based on law of contract for work.

In case of disposition of state property for symbolic price, the symbolic price of property together with the privatisation obligation to be implemented is determined by the administrative act issued by the relevant authorities<sup>59</sup>. In this case, unambiguous attribution to one of the groups separated as a result of classification of mixed contracts is impossible, since, on one hand, there is a mixed contract with different responsive performance and, on the other hand, there is a dominant type mixed contract. The said example makes clear the conventionality of classification of mixed contracts.

b)

Renting out a residential property may not only serve the purpose of getting a monetary reward, but also ensure the property being taken care of<sup>60</sup>. In this case, the bilateral interest is satisfied in the following way: owner of a residential property gets service without payment, and the carer also uses the property without payment. In this example, the elements typical for rental contract and contract for work are mixed. If the motivation of self-binding is equally determined, then provisions of relevant contracts should be used towards each part of performance. In case where intent of concluding a particular type of contract prevails, it should be possible to use legal provisions regulating that particular contract alone. The elements of other contract should be attributed with subsidiary importance only since they only serve that main purpose, which is possible in concluding this “prevailing” contract.

### III. Perspective of Establishing New Types of Contracts

Mixed contract is a remarkable example of the necessity of adapting legislative regulations in tune with the rates of humankind's development. Some of them are used so frequently that it becomes necessary to incorporate them in civil law codification. The mixed contract ceases to exist and becomes an ordinary contract after its incorporation in the Civil Code. Even though it still includes elements of two or more contracts, it is not considered as the mixed contract. Special provisions in civil legislation regulate this contract and determine content of performance and responsive performance, and, in case of violation of the responsibility, specific preconditions of using secondary requirements by a creditor. Therefore, objective interest

<sup>59</sup> See. Order №82 of 5 February 2010 of the President of Georgia on “Privatisation of State-Owned Property to Non-Entrepreneurial (Non-Commercial) Legal Entity – Rugby Union of Georgia by Direct Sale Contract.”

<sup>60</sup> Such cases occur frequently in, so-called, abandoned apartments, when owner of the property lives in another city or country and leaves the apartment to his/her neighbour or relative to take care.

of separating the contract into components and applying provisions of particular contracts towards them does not exist.

Any mixed contract creates the possibility of improving contractual relations, improving their regulation and establishing such regulations on exchange of performance of obligation, which despite complete regulation of ready contracts offered by the legislature reflect the subjective interests of the parties in the best way.

### 1. Short Historic Preview

Private law relations of leasing and franchise clearly demonstrate the importance of mixed contract for establishing new types of contract. Earlier, these relations existing in the form of mixed contract were reflected in numerous modern codifications as one of the types of contract. Such a decision is made by Georgian legislature<sup>61</sup>. Nevertheless, leasing and franchise are not regulated by civil codification, in particular, by the CCoG. It is recommended that legal nature of these two concepts is analysed with taking trends existed in German law into consideration.

a)

Two types of lease are given by German legal literature<sup>62</sup>, viz., a finance lease and an operating lease. Operating lease is considered as a long-term rental, which is mainly used in case of vehicles and provisions regulating renting are used towards it. In case of finance lease, the lessee takes the object of lease from the lessor, which is produced by the third party – the provider. In this case, the so-called triangular legal relationship arises<sup>63</sup> among the owner of property, lessor and lessee<sup>64</sup>. This type of lease is reflected in Georgian legislation. There are diverse opinions on this type of lease in the legal literature on German law. It is considered as atypical<sup>65</sup>, mixed<sup>66</sup> or sale of right<sup>67</sup> contract. Such theoretical discussions are needless in the context of the Georgian experience. It is considered as an independent contract by the Georgian legislature and its every regulatory provision is incorporated in the relevant chapter of the CCG.

b)

Similar to lease, franchise is not regulated by the CCoG<sup>68</sup>. It is defined as an agreement between two independent entrepreneurs, on the basis of which a franchiser transfers the right to use trade name and trademark along with know-how to a franchisee in exchange for agreed payment. The relevant articles of the CCG recognise franchise as a typical contract exactly in this form<sup>69</sup>. There are various opinions with regard to its legal nature. Franchise is considered as lease of the rights, type of trade representation or, due to particular relations of franchisee towards franchiser, a labour relationship<sup>70</sup>.

It should be taken into consideration that in case of Georgia, due to clear regulation of this issue by the legislature, doctrinal discussions on the attribution of franchise to some type of contract or recognising elements of particular contracts in it is not necessary. However, if an opinion is formed that elements of lease contract are dominant in a franchise, adaptation of its regulatory provisions may be recommended in conjunction with the latter.

### 2. Future Tendencies

The examples of lease and franchise discussed above unambiguously confirm the significant contribution of the principle of freedom of contract in terms of improvement and development of the issue of regulation of contracts. Mixed contracts, on one hand, ensure satisfaction of interests of private law subjects in a manner that is favourable and acceptable for them, and, on the other hand, push the legislature to make relevant changes if contracts are concluded in this manner massively. Any innovation promotes new discoveries and the latter is in direct connection with the development of humankind. Mixed contracts should be considered as the main source of this innovation, one of the bases of expanding capacities and advancement of knowledge as a result of improvisation.

<sup>61</sup> Article 576 of the Civil Code of Georgia and the following.

<sup>62</sup> Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, II Band, Besonderer Teil*, Verlag C. H. Beck, München, 1972, 350.

<sup>63</sup> Dreiecksverhältnis.

<sup>64</sup> Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 286.

<sup>65</sup> Markesinis/Unberath/Johnston, *The German Law of Contract, A Comparative Treatise, Second Edition, Entirely Revised and Updated*, Oxford and Portland, Oregon, 2006, 163.

<sup>66</sup> Schmidt Reimer., *Indicated: Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, II Band, Besonderer Teil*, Verlag C. H. Beck, München, 1972, 352, including, with interpretation that leasing includes elements of lease, credit and sale

<sup>67</sup> Lwowski und Plathe., *Indicated: Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, II Band, Besonderer Teil*, Verlag C. H. Beck, München, 1972, 352.

<sup>68</sup> See. Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 291, including, with interpretation that title comes from French word and means buying exclusive privilege on the right of implementation of particular action in exchange for fee.

<sup>69</sup> Article 607 of the Civil Code of Georgia and the followings.

<sup>70</sup> Medicus, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, 12. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004, 292.



# On the Public Legal Consequences of Unilateral Refusal to Perform a Contract of Immovable Property

## I. Introduction

*The present article, using comprehensive analysis of legislative regulation and case-law, encompasses the following issues within its framework. The article discusses the issue of unilateral refusal to perform the contract of lease of immovable property (hereinafter referred to also as the Contract) in the light of invalidation of state registration of the right to property, and hindering the powers of the owner of the property to possess, use and dispose of the property under his ownership.*

*Before indicating clear guidelines for the solution of the problem, it is important to identify the concrete problem and the reasons for its existence, which, in our opinion, are conditioned by both inadequate legal regulation and imperfect law enforcement.*

## II. Comparative Analysis of Private Legal and Public Legal Regulations

In practice, there might be cases when according to contract regulations a party to a contract, including the contract of lease of immovable property, may have the right to refuse to perform the contract. In case of a partial or full refusal to perform the contract, the lawmaker has foreseen that some legal consequences may arise. In particular, in that case, if it is allowed by a law or an agreement of the parties, the contract shall be considered rescinded or changed.

Paragraph 3 of Article 466 of the Republic of Armenia's (hereafter referred to as 'RA') Civil Code stipulates that in case of unilateral refusal to perform a contract in whole or in part, when such a refusal is allowed by a law or agreement of the parties, the contract shall be considered respectively rescinded or changed.

In our opinion, such legal regulation has a clear logic, i.e., it is directed at ensuring stability and continuity of a civil legal transaction, unimpeded exercise of civil rights and restoration of violated rights. In particular, the lawmaker has foreseen the termination of the obligations of parties as a consequence of rescission of a contract.

Under the provision of paragraph 2 of Article 469 of the RA Civil Code<sup>2</sup>, upon rescission of a contract, the obligations of the parties shall be terminated.

Termination of an obligation means that a legal relation that formerly existed between the parties is now terminated, including the rights and obligations that comprise the substance of that legal relation.

Therefore, a conclusion can be drawn that, prima-facie, there are probably all the preconditions in the domain of private legal regulations that, in case of violation of a right of a person, ensure the exercise of the right of that person on the basis of partial or full refusal to perform the contract.

Nevertheless, in practice, we conclude that the private legal regulations foreseen by the RA Civil Code are not sufficient for the solution of the above-mentioned problems.

In practice, we face a situation when the owner of a property is not able to exercise his right to ownership (The owner is not able to give for lease or dispose of the property in any other way) because the RA State Committee of Real Estate Cadastre does not invalidate the registered right to the property, which arises as a result of legal relations with respect to obligations, and which exists no more. (In case when the right to a certain property has not been invalidated, it is not possible to sign a new transaction with respect to that property. Notaries refuse to certify the transaction and in case it is certified, the RA State Committee of Real Estate Cadastre does not register the right that came to exist as a result of the transaction).

In particular, the lessor of an immovable property refuses to perform the contract on the basis of regulations of leasing contract. The lessee submits no objection with respect to refusal and as a result of that, the leasing relations are considered to be terminated on the basis of private legal regulations. Nevertheless, the RA State Committee of Real Estate Cadastre, on the basis of certain provisions of the RA Law "on State Registration of Rights to Property", does not perform state registration of cessation of the right of use to immovable property of the registered lessee on the basis of the application of the lessee or lessor. (The provisions mentioned in this paragraph will be presented in more detail below.)

In our opinion, the reason for this situation is the absence of harmony of legal regulations with respect to the mentioned problem in private and public legal regulations. Moreover, the bodies, that are granted with public power competencies and apply the positive law, do not properly perform their law enforcement activity.

In such case, a question might arise as to the need to have harmony of public and private legal regulations with respect to the above-mentioned problem. The answer is very clear. Public legal relations with respect to registration of rights to a property are directed at registration of the rights that derive from private legal transactions for guar-

<sup>1</sup> Tsoghik Muradyan – Member of the RA Chamber of Advocates, advocate license no. 1756, PhD in law; Gnel Mughnetsyan – Associate Professor at the Chair of Constitutional Law of Yerevan State University.

<sup>2</sup> Official Newsletter of the Republic of Armenia 1998.08.10/17(50).

anteeing and protecting the rights of the holders of those rights. In other words, if the right, which was established as a result of private transactions, does not exist anymore, then the application of public legal instruments that were stipulated by the state for the protection of that right becomes purposeless. This can lead to a situation in practice where the rights and lawful interests of others are violated.

We come to this conclusion as a result of literal interpretation and systematic analysis of a number of provisions of the RA Constitution, RA Civil Code and RA Law on State Registration of Rights to Property.

Under the provision of paragraph 1 of Article 10 of the Constitution<sup>3</sup>, all forms of property shall be recognised and equally protected in the Republic of Armenia.

Article 60 of the RA Constitution stipulates that everyone shall have the right to own, use, and dispose at his discretion his legally acquired property.

2. The right to inheritance shall be guaranteed.

3. The exercise of the right to property of a person may be restricted only by law with the aim of protecting the interests of the public and the fundamental rights and freedoms of others.

As a result of literal interpretation, we come to a conclusion that the right to property, which is an absolute real right, is under the protection of the state. However, at the same time, it is allowed in the Republic of Armenia to restrict the exercise of that right with the following conditions:

- ✓ The grounds for such restriction can be stipulated only by law; and
- ✓ The restrictions stipulated by law must be directed solely for the protection of public interests or the fundamental rights and freedoms of others.

The above-mentioned general constitutional legal provisions are regulated in detail in a number of normative legal acts, including the RA Civil Code and the RA Law “on Registration of Rights to Property”.

Under Article 301 of the RA Civil Code:

1. Rights arising from transactions on immovable property are subject to state registration.
2. Rights arising from transactions on movable property are subject to state registration in cases provided by the present Code and other laws.
3. The procedure for state registration and the grounds for refusal of registration shall be stipulated by law.

The systematic analysis of Article 301 of the RA Civil Code, as well as other provisions (Articles 10<sup>4</sup>, 135<sup>5</sup> and

302 of the RA Civil Code), brings us to a conclusion that the Republic of Armenia has adopted the “Title system” from among two types of registration of rights to immovable property that are known in jurisprudence.

The main feature for the differentiation of the systems of registration of rights to immovable property in the countries of European civilisation, including the countries of the American continent, some countries of the African continent, South-West Africa and Australia, is the role of the state in the protection of the rights to property, whether it undertakes the protection of those rights or leaves it to the holders of those rights. In particular, this is the feature for the differentiation of systems of registration of rights to property (and more precisely – the only system in the countries where there are systems of registration of rights to an immovable property); in particular:

- system of registration of acts on real estate transactions (Act system); and
- system of registration of rights to immovable property (Title system).

The main centre for dissemination of the Act system are the states of the USA, and the main centre for the Title system are the European states and Australia.

1. The substance of the Act system implies that if in case of transactions with respect to real estate the state undertakes any function with respect to possible responsibility, then the latter is the registration of the fact of performance of a certain transaction between certain persons. The registrar is not interested to know whether the parties had the right to perform that transaction, whether they have anything to do with the object of the transaction or whether that object exists [1.] His duty is just to make sure that he sees those persons in person whose names are indicated in the contract that is submitted to him for the registration and to properly fix the date and time of the registration. In case the transaction was signed with the help of a notary, there is not even the need to identify the parties. The special importance of fixing the date and time of the registration lies in the circumstance that if the former owner successfully sells or mortgages the same object several times and the transactions with respect to the same object will be registered. As a result, competing rights and interests will arise with respect to the same object; in such case, satisfaction will be granted to the candidate whose contract was registered first.
2. Classic version of the “Title System” of registration implies the recognition of the function of the state to protect the rights of its citizens and other persons, whose rights it recognises, to immovable properties located

<sup>3</sup> Official Newsletter of the Republic of Armenia 2015.12.21/Special edition, Article 1118.

<sup>4</sup> Paragraph 2 of Article 10 of the RA Civil Code stipulates that property rights subject to state registration arise from the time of their registration.

<sup>5</sup> Article 135 of the RA Civil Code stipulates that the right of ownership and other property rights to immovable property, limitations

on these rights, origin of these rights, transfer, and termination are subject to state registration. Subject to registration are: the right to ownership, the right to use, mortgage, servitudes, and also other rights to immovable property in cases provided by the present Code and other laws.

within its jurisdiction. The mechanism of protection is that certain administrative bodies (bureaus) or government agencies register a person's right to immovable property (a registry is often called the "Land registry", and rarely, for instance, in France, "Mortgage Book;" and in RA, "USRR" [Unified State Registry of Registration of Rights to Immovable Property]). The law stipulates that the registered right is indisputable (indisputable even by the court), except in the case when it is acquired by a mala fide acquirer, revealed during court proceedings. No events related to the history of ownership of the given property prior to the transaction on its acquisition by the current owner have further impact on his right.<sup>6</sup>

Article 3 of the RA Law on State Registration of Rights to Property<sup>7</sup> stipulates the main principles and objectives of the state registration as follows:

- 1) recognition, protection and guarantying the rights to property registered by the state, and the rights' restrictions;
- 2) creation and administration of an information system of data on the rights to property, their restrictions, cadastre assessment, and registry of the property;
- 3) ensuring consistency and continuity, objectiveness and accessibility of the data on the property and the rights registered to it, as well as the restrictions; and
- 4) support for the development of the real estate market.

The literal interpretation of the given norm shows the fact that the Republic of Armenia has adopted the "Title system" of the registration of rights to immovable property. As a result of the consideration of the afore-mentioned, we came to a conclusion that, within the framework of the legal relations arising with respect to immovable property, the current legal regulations in the Republic of Armenia define mechanisms of legal protection not only for owners but also for those people who have obligatory legal relations therewith, who have a certain "title" with respect to the property belonging to the owners based on the right to ownership.

However, in order to avoid the extremes, it is necessary to define such a legal regulation, and, based on it, form a law enforcement practice that will ensure that the rights of the owner will not be restricted unduly.

Within this context, we find it necessary to study the concept of invalidation of registered rights, including the legal regulation and law enforcement practice.

The provisions foreseen by Article 35 of the RA Law "on State Registration of Rights to Property" regulate the legal

relations with respect to the state registration of the cessation of the right and the invalidation of the state registration of the registered right.

One may conclude from the literal interpretation of the norm stipulated by the paragraph 1 of the above-mentioned article that the lawmaker has defined the invalidation of the state registration of the right as state registration of the cessation of the right.

In particular, in accordance with the norm stipulated by paragraph 1 of Article 35 of the RA Law "on State Registration of Rights to Property", state registration of the cessation of the right is carried out through invalidation, via making relevant notes in the register on the cessation of the right.

It should be mentioned that the lawmaker also included the state registration of the cessation of the right within "state registration" concept in the positive legal regulation field. Meanwhile, the lawmaker justly separated from each other the concepts "cessation of right," "termination of right" and "state registration of the termination of right".

Such a conclusion is based on the comprehensive analysis of a number of provisions of the RA Law "on State Registration of Rights to Property".

The positive legal definition of the concept of "state registration" is given through the legal norm stipulated by Article 2 of the RA Law "on State Registration of Rights to Property". Under the said provision, state registration, as an obligatory function subject to implementation by the body carrying out state registration, aims at ensuring the origin, change, transfer, cessation or recognition of restrictions of the rights to property by the state. It also aims at the protection of the registered rights, the collection, accessibility, objectivity, continuity and consistency of the data of the RA State Committee of Real Estate Cadastre.

The real meaning underlying the given norm reveals the role and importance of the RA Law on State Registration of Rights to Property" in the state administration, as it reflects the main direction of its activities. In other words, registration by the state is considered as the main function of the RA State Committee of Real Estate Cadastre.

In Article 5 of the RA Law "on State Registration of Rights to Property", the lawmaker has defined the substance of state registration as follows:

- 1) the state registration of the origin, cessation, transfer, change of the right of ownership, the right of use, mortgage, land development, servitude, as well as other property rights; and
- 2) the state registration of the restrictions of the powers to dispose, use or possess property as well as the application, change and cessation of the restrictions of exercise of property rights.

One may directly conclude from the comprehensive analysis of the aforementioned norms that the regulation

<sup>6</sup> See Никонов П.Н. Журавский Н.Н. Недвижимость, кадастр и мировые системы регистрации прав на недвижимое имущество. Аналитический обзор. 2006., стр. 32-33 (Nikonov P. N., Djuravskiy N. N., Real Estate, Cadastre and World Systems of Registration of Rights to Immovable Property: Analytical Review, 2006, pages 32-33).

<sup>7</sup> Official Newsletter of the Republic of Armenia 1999.05.06/11(77).

of the issues related to the termination of the private legal relation or the termination of its underlying rights are beyond the regulations foreseen by the RA Law “on State Registration of Rights to Property”.

The main function of the RA State Committee of Real Estate Cadastre implies that state registration as an administration activity must aim at assessing the legal facts within the private legal relations and finding out whether on a basis of those legal facts a property right has arisen, changed or ceased to exist, and carrying out relevant registration.

The issues related to the origin, change and cessation of private legal relation are included in the subject matter of the RA civil legal regulations.

Article 35 of the RA Law “on State Registration of Rights to Property” foresees regulations for the invalidation of right to property and other property rights. However, taking into account the issues studied within the framework of this article, the subject matter will be the invalidation of the property rights of those persons who are not owners.

Paragraph 3 of Article 35 of the RA Law “on State Registration of Rights to Property” envisages that invalidation of the state registration of the other property rights of persons who are not the owners is based on the documents proving the circumstances envisaged for the cessation of such a right. These circumstances are as follows:

- 1) State registration of the right acquired on the basis of a contract, except for the state registration of mortgage, shall be invalidated after the expiration of the validity period of the contract based on the application of one of the parties, if the law or contract envisages that the obligations of the parties cease upon the expiration of the validity period of the contract. If no condition on the cessation of the obligations of the parties on the basis of the expiration of the validity period of the contract is stipulated by the contract underlying the acquisition of the property right or a law, then after the expiration of the validity period of such a contract, the state registration of the right based on the contract may be invalidated on the basis of a joint application by the parties or an agreement or judicial act on the rescission of the contract.
- 2) State registration of the right acquired based on the contract, except for the state registration of the mortgage, during the validity period of the contract may be invalidated:
  - a. based on the agreement or judicial act on the rescission of the contract on the basis of the application of one of the parties, and in case of judicial act, also by the stakeholder or Judicial Acts Compulsory Enforcement Service; and
  - b. based on the joint application of the parties.
- 3) The state registration of the right acquired based on the law, judicial or other legal act may be invalidated on the

grounds of the cessation of such a right foreseen by law, based on the documents confirming those grounds.

As a result of the literal interpretation of the aforementioned provisions, we came to a conclusion that the lawmaker has fully foreseen the cases of the invalidation of the state registration of the other property rights of the person who has no right to ownership. In particular, the invalidation may be carried out based on the expiration of the validity period of the contract, within the validity period of the contract, as well as based on the grounds for the cessation of the right foreseen by the law, based on the documents asserting those grounds.

*A) Invalidation of State Registration of Other Property Rights of a Person who is not the Owner of the Property upon the Termination of the Contract.*

The questions with respect to the validity period of effectiveness of the contract are regulated by the norms of paragraphs 3 and 4 of Article 441 of the RA Civil Code, which stipulates as follows:

Paragraph 3: A law or contract may provide that the ending of the validity period of effectiveness of the contract shall entail the termination of the obligations of the parties under the contract.

A contract in which such a period is absent shall be recognised to be in effect until the time defined for the termination of performance of the obligation.

Paragraph 4: Ending of the validity period of effectiveness of a contract shall not free the parties from liability for a violation that occurred before the validity of this period.

As a result of comprehensive analysis of the provisions envisaged by the aforementioned norm and subparagraph 1 of paragraph 3 of Article 35 of the RA Law “on State Registration of Rights to Property”, we came to the following conclusion. On the basis of the application of one of the parties of the transaction, in case of termination of the period of validity of the contract, the RA State Committee of Real Estate Cadastre shall invalidate the registered right, if the parties have stipulated a clause in the contract on the termination of the obligations in case of validity of the contract.

Otherwise, the lawmaker has stipulated that in order to invalidate the right, one must submit:

- ✓ a joint application by the parties of the contract; or
- ✓ an agreement on the rescission of the contract; or
- ✓ a judicial act.

The given legal regulation causes unnecessary difficulties for the party of the contract, the owner of the property, as well as for the party of the contract who is not the owner of the property but has property rights. In particular, there were cases when one of the parties refused to submit a joint application or an agreement on the rescission of the

transaction. In this case, it turns out that the lawmaker unnecessarily forces the party of the transaction to get involved in the judicial process, which may last quite long.

We strongly believe that the expiration of the validity period of the contract, as a legal fact, results in the termination of the contract as a legal fact of the establishment of legal relation. In other words, the validity period of the contract is a period of termination of rights, and in case of its termination the contract does not establish any further rights and obligations for the parties, i.e., it does not have a legal power with respect to the regulation of further relations of the parties.

However, within the validity period of the contract, the provisions of the contract continue to be in force with respect to contractual relations. In case of disputable private legal relation, the body resolving the dispute must take also into account the provisions of the contracts signed by the parties with respect to the lawfulness of their conduct. Nevertheless, in our opinion, all this may not serve as basis for the competent body to invalidate the rights within the framework of public legal relations as there exist no contractual relations between the parties after the expiration of the validity period of the contract, unless anything else is envisaged by the RA legislation.

In this case, we find that the provision foreseen by sub-paragraph 1 of paragraph 3 of Article 35 of the RA Law “on State Registration of Rights to Property” is subject to change, as a result of which, in case of the expiration of the validity period of the contract, the RA State Committee of Real Estate Cadastre shall bear the obligation to register the cessation of the right through invalidation on the basis of an application of at least one of the parties.

*B) Invalidation of the State Registration of Other Property Rights of the Person who is not the Owner of the Property During the Validity Period of the Contract.*

A joint application of the parties of the transaction must be submitted for the state registration of the cessation of the right through invalidation during the validity period of the contract according to the regulations stipulated by sub-paragraph 2 of paragraph 3 of Article 35 of the RA Law “on State Registration of Rights to Property”. It is possible to carry out a state registration of the cessation of the right upon the submission of an agreement or judicial act on the rescission of the contract.

In such cases, in accordance with the regulations of paragraph 3 of Article 466 of the RA Civil Code, on the basis of unilateral refusal to perform a contract in whole or in part, in case of rescission of contract or termination of legal relationship (in case of cessation of the rights underlying it), the parties do not have an opportunity to apply to the RA State Committee of Real Estate Cadastre request-

ing a state registration of the cessation of the right through invalidation.

In this case, as well, the lawmaker has unnecessarily required the submission of a judicial act. In order to obtain this judicial act, a person has to waste many recourses (money, time, etc.), whereas in case of private legal regulations and relevant factual circumstances, the private legal relation, the registered right, has ceased to exist.

In this case, too, we find that the provision specified by sub-paragraph 2 of paragraph 3 of Article 35 of the RA Law “on State Registration of Rights to Property” is subject to change. As a result, in case of validity of the contract, the RA State Committee of Real Estate Cadastre shall bear the obligation to register the cessation of the right through invalidation based on an application of at least one of the parties.

In case of such an amendment, we find that certain obligations must be placed on the applicant with respect to evidence, which will substantiate the existence of the right to unilateral refusal to perform the contract as well as the grounds for the exercise of that right.

We strongly believe that the current legal regulation does not ensure the constitutional principle of proportionality as well as the practical exercise of a number of the fundamental principles of administration.

### III. Analysis of Judicial Practice

In our opinion, the judicial practice has also had some “negative” impact on legal regulation. In particular, the RA Administrative Court with its decision VD/4004/05/10 of 11 July 2011, and the RA Administrative Court of Appeal with its decision VD/4004/05/10 of 21 February 2012, have reflected on the application of Article 33<sup>8</sup> of the RA Law on State Registration of Rights to Property – 2010 edition, and Articles 466, 467, 468, 620 and 623 of the RA Civil Code. The Courts have stated, “...if there is no agreement between the parties on cessation of contract of leasing / sub-leasing, i.e., in a given case, if there is no joint application of the parties to the authority of registration on cessation of the contract, and also if there is no provision on cessation of the contract in the contract itself, then the cessation of the contract, consequently the cessation of the state registration, shall be performed solely by means

<sup>8</sup> Article 33 of the RA Law “on State Registration of Rights to Property” – 2010 edition, stipulated that state registration of the rights of lease to the real property and the certificate of registration of the right of lease to real property shall be deemed invalid:

- a. by the joint application of the lessee and lesser;
- b. by the court decision on the premature rescission of the real property lease contract;
- c. upon the expiration of the validity period of lease contract; and
- d. in other cases stipulated by the Civil Code of the Republic of Armenia.

Based on the above-mentioned documents, a note is made in the appropriate section of the real property’s state registration unified register, deeming the state registration of the rights of lease to the real property and the certificate of registration of the right of lease to real property null and void.

of judicial procedure. However, in the given case, there has been no cessation of the contract by means of judicial procedure”.

Reflecting on Article 33 of the RA Law “on State Registration of Rights to Property”-2010 edition, and Articles 135, 437, 466, 467, 468, 620, 623 and 625 of the RA Civil Code, the civil Court of Appeal of the Republic of Armenia has stated in its decision ԵԱԿԴ/0172/02/10 (EAKD/0172/02/10), “...that is, in any case the lawmaker, having also envisaged other grounds for the premature rescission of the contract by the demand of the lessee in case of rescission of lease contract by the demand of the lessee. The lawmaker has clearly stipulated that those grounds are subject to examination in the court, and the contract is subject to rescission only in case of respective court verdict.”

#### **IV. Conclusion**

Based on the reflection over the issues discussed above, we find that the provisions stipulated by sub-paragraphs 1 and 2 of paragraph 3 of Article 35 of the RA Law “on State Registration of Rights to Property” are subject to amendment. As a result, in case of expiration of the validity period of the contract, the RA State Committee of Real Estate Cadastre shall bear the obligation to register the cessation of the right through invalidation on the basis of an application of at least one of the parties.

## Freedom and its Restriction in Determining the Substance of a Contract

### (Social and Private Legal Nature of a Contract)

#### I. Relation Between the Obligation and the Contract

Any contract is aimed at the establishment of an obligation as a civil relation. The contract and the obligation have causal connection between each other.<sup>2</sup> In addition, other legal facts may also give rise to an obligation. The content of an obligation is the unity of rights and duties, which is created based on the will expressed by the parties to the contract upon their mutual agreement or legal requirements.<sup>3</sup> Permitted action, which is consistent with the obligation (freedom is not bound by any imperative), is called a right, while the action, implementation of which is compulsory, is called a duty.<sup>4</sup> A contract means the obligations to perform a certain action arising as a result of the mutual agreement of the parties to this contract (*Potie*).<sup>5</sup> An obligation limits the freedom of action of a debtor, making him/her dependent upon the will of another person – the creditor- and establishing the necessity to perform the contract (*Savin*).<sup>6</sup> According to this limitation, the debtor is obliged to perform the action or refrain from performing the action. Thus, in the event of the existence of a contract, the intent of the parties is directed towards the creation of obligations, i.e., towards the imposition of the duty to fulfil the contract on the debtor and granting the right to demand the performance of a contract to the creditor (*Ансон*).<sup>7</sup>

Doctrinal position is also outlined in the positive law. Under the French Civil Code, which conveys the essence of an obligation through the definition of contract, by virtue of a contract, one or more persons commit themselves to an obligation to one or more other persons to perform

or refrain from performing some action.<sup>8</sup> Under the Civil Code of Georgia, an obligation is seen in light of the right to demand.<sup>9</sup> By virtue of an obligation, the creditor is entitled to demand the performance of some action from the debtor. Performance may also refer to the obligation to refrain from a certain action (Article 316 [1] of the Civil Code of Georgia). In addition, the Civil Code of Georgia does not provide a definition of what is a contract. However, it may be established on the basis of the existing definition of a transaction; a transaction is a unilateral, bilateral or multilateral letter of intent aimed at creating, changing or terminating a legal relation (Article 50 of the Civil Code of Georgia). Bilateral or multilateral letter of intent, which is directed at a certain legal consequence, is indeed refers to the essence of the contract.

#### II. Agreement – the Cornerstone of the Concept of Contract

This concept is the unity of essential signs of some event; it determines the substance of a subject.<sup>10</sup> According to the position existing in the civil law doctrine, a contract represents the act by a mutual agreement of the parties, mutually agreed will of two or more persons, which is aimed at creating, changing or terminating a legal relation.<sup>11</sup> Thus, the contract goes beyond the scope of one person's will, since the coincidence of free wills of two or more persons is essential.<sup>12</sup>

European classical lawyers also refer to the necessity of the existence of an agreement, i.e., consensus while concluding a contract. According to Doma, a French lawyer, the contract is concluded by the mutual agreement of parties. As Dernburg explains, a legal relation may be established, changed or terminated by the consent of two or more persons<sup>13</sup>. In Savini's view, a contract is an agreement between several people, which regulates the legal relation between them.<sup>14</sup> Plume indicates that the idea of a contract is that mutually agreed conditions are obligatory for partners, since each of them voluntarily confirmed their validity. The same idea is shared by the representatives of the school of natural law; consensual agreement is the main cause of the existence of a contract (*Pupendorph, Thomazius*).<sup>15</sup>

<sup>1</sup> Ketevan Kochashvili, Doctor of Law; Assistant Professor (Private Law) at Tbilisi State University, Faculty of Law.

<sup>2</sup> Шершеневич Г.Ф., Учебник русского гражданского права, СПб, 1909, 442-443.

<sup>3</sup> Т. Chitoshvili, Types and Content of Obligations in Terms of the Obligatory Legal Relation (General Description), Unjust Enrichment (main issues), Tbilisi, 2015, p. 22.

<sup>4</sup> Кант И., Критика практического разума, СПб, 1995, 278.

<sup>5</sup> The foregoing opinion is stated here: Полдников Д.Ю., Раста sunt servanda: проблема преемственности в европейском частном праве, ж. "Государство и право" no. 3, 2011, 74.

<sup>6</sup> The foregoing opinion is stated here: Книпер Р., Закон и история, Баден-баден, Алматы, 2005, 178.

<sup>7</sup> The foregoing opinion is stated here: К. Japaridze, New Institutions for Ensuring Implementation of the Alimony Obligation, Journal – "Journal of Law", no. 2, 2013, 152.

<sup>8</sup> M. Garishvili, M. Khoperia, History of Foreign laws, Tbilisi, 2014, p. 702.

<sup>9</sup> B. Zoidze, Reception of European Private Law on Georgia, Tbilisi, 2005, p. 262.

<sup>10</sup> B. Zoidze, Constitutional Control and the Order of Values in Georgia, Tbilisi, 2007, p. 73.

<sup>11</sup> Сергеев А.П., Толстой Ю.К. (ред.), Гражданское право, СПб, 1996, 428.

<sup>12</sup> R. Marten, A Person and the Subject of Law, translated by E. Sumbatashvili, edited by T. Ninidze, Prof. R. Shengelia's 70th anniversary collection: Problems of Law, edited by L. Chanturia, E. Shengelia, Tbilisi, 2013, p. 175.

<sup>13</sup> H. Dernburg, Pandect, V. I, Translated by K. Japaridze, Tbilisi, 2014, 235.

<sup>14</sup> The foregoing opinion is stated here: Вольф, Международное частное право. Пер. с англ. С.М. Рапопорт; Под. ред. Л.А. Лунца, М., 1948, 50.

<sup>15</sup> The foregoing opinion is stated here: Полдников Д.Ю., Договорные теории глоссаторов, М., 2008, 303.

Roman law distinguished between the concepts of a contract and a pact; however, agreement was a key element for both of them.<sup>16</sup> History of law shows that the term “contractus” was first used by the lawyer Labeon (45-10 years B.C.), which meant a transaction giving rise to a mutual obligation. As for a pact, unlike a contract, it has moral power but not legal. Natural obligation originating from a pact would establish an exception, i.e., passive protection through the rejection of a claim, and not the right to a claim (*actio*).<sup>17</sup>

In the Middle Ages, glossators deemed that there was a generic connection between a contract and a pact and the difference between these two was the existence/non-existence of the possibility to settle disputes arising out of these contracts/pacts through contentious proceeding. According to the canon law of the same period, starting point of a contractual relation is the one-sided promise made by the debtor, which strengthens the moral obligation to act honestly. This rule is also reflected in the first systematic collection of Canon Law, viz., decree of Gratian (1140). By making a promise, the debtor would establish that a certain action was obligatory, by which he would bound himself/herself by the self-made law.<sup>18</sup>

Even under modern private law, existence of a contract indicates that the parties have agreed upon the type of relation that is acceptable for both of them.<sup>19</sup> Despite the fact that the Civil Code of Georgia does not provide the definition of a contract, its content, as well as the constitutive meaning of the elements of an agreement, derive from other provisions of the Code. For example, according to Article 327 (1) of the Code, a contract shall be considered concluded, if the parties have agreed on all of its essential terms in the form provided for such agreement.

Essential terms are those terms, which are necessary and sufficient for the conclusion of a contract and, accordingly, giving rise to the rights and duties of the parties.<sup>20</sup> Until the parties reach the agreement upon these terms, obligations deriving thereof are not binding for them.<sup>21</sup> The Civil Code of Georgia provides that essential terms of a contract are those on which an agreement is to be reached at the request of one of the parties, or those considered essential by law (Article 327 [2] of the Civil Code of Georgia). Thus, with relation to essential terms, either parties

should request the agreement upon specific terms, which would make such terms essential, or the law should indicate imperatively that an agreement upon specific terms on the validity of a contract is obligatory.<sup>22</sup>

As for the form of the letter of intent, which is the means for the declaration of intent, i.e., external expression of the will, it may have different forms. The form is the guarantee for the genuineness and proof of the letter of intent. The form is the means for ascertaining the validity of the letter of intent, as well as the basis for the orderly, safe and guaranteed civil transaction. At the same time, according to European case-law, in case the form is defective, if the court finds that the intent had indeed been declared, existence of the letter of intent will be ascertained, i.e., existence of the letter of intent beyond the form is allowed.<sup>23</sup> It is noteworthy that international acts regarding the contracts establish a liberal attitude towards a contract. For example, according to the Vienna Convention on the International Sale of Goods, no written agreement or any requirement as to form is necessary for the conclusion of a contract of sale. Accordingly, existence of a contract may be proved by any means.<sup>24</sup>

### III. Social Function of a Contract

Human being, on one hand, is an intelligent, cognitive creation, while on the other hand, is born for action and thus a public being. Humans are dedicated to work and have concerns. Nature points to the mixed lives of people as the most appropriate rule of the human race.<sup>25</sup> All people seek happiness as it represents the purpose of human life (Aristotle).<sup>26</sup> From Doma's point of view, people try to reach their goals mostly through concluding contracts.<sup>27</sup> When a person places his/her will into a thing, thus making it his/her possession, this will may only be released and the thing may become someone else's possession through the expression of intent; this process is called a contract.<sup>28</sup> Political society may not exist without the exchange of goods and services among people (Aristotle).<sup>29</sup>

<sup>16</sup> Полдников Д.Ю., Договорные теории глоссаторов М., 2008, 70.

<sup>17</sup> Полдников Д.Ю., Договорные теории глоссаторов М., 2008, 172. Under contemporary private law, natural obligation are characterised by the following features. Its performance is not guaranteed by the claim, while the request for the restitution of voluntary performance is impermissible. I. Gelashvili, Natural Obligations, Prof. V. Zoidze 60th anniversary collection. Edited by L. Tchanturia, I. Burduli, Tbilisi, 2014, p. 354.

<sup>18</sup> Полдников Д.Ю., Договорные теории глоссаторов М., 2008, 72.

<sup>19</sup> M. Dumbadze, The Contract for Work, as the Means to Avoid Conclusion of a Labour Contract; Labour Law, Collection of Articles, V. 3, edited by S. Chachava, V. Zaalishvili, Coordinator G. Amirashvili, Tbilisi, 2014, p. 307.

<sup>20</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В., Договорное право, Книга первая, Общие положения, М., 2002, 295.

<sup>21</sup> Ансон В., Договорное право, М., 1947, 10.

<sup>22</sup> G. Tsertsvadze, Contract Law, team of authors: Z. Dzlierishvili, G. Tsertsvadze, I. Robakidze, G. Svanidze, L. Tsertsvadze, L. Janashia; Edited by G. Jugeli, Tbilisi, 2014, p. 52.

<sup>23</sup> B. Zoidze, Constitutional Control and the Control of Values in Georgia, Tbilisi, 2007, p. 26.

<sup>24</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В., Договорное право, Книга первая, Общие положения, М., 2002, 340.

<sup>25</sup> D. Hume, The Study of the Human Mind, translated by N. Diasamidze, Tbilisi, 2014, 11.

<sup>26</sup> The foregoing opinion is stated here: U. Guthrie, The Greek Philosophers, translated from English by G. Nodia, preface and editing of the translation by G. Tevzadze, Tbilisi, 1983, 163.

<sup>27</sup> Полдников Д.Ю., Договорные теории глоссаторов М., 2008, 72.

<sup>28</sup> Hegel, Philosophy of Mind; Translated from German by N. Natadze; edited by N. Chavchavadze, T. Buachidze and G. Tsintsadze, Tbilisi, 1984, 287. Appropriation and Transfer are the Two Sides of the Same Coin. B. Waldenfels, Ways of Phenomenology, that Provides Answers; translated from French by D. Labuchidze, Tbilisi, 2013, 22.

<sup>29</sup> The foregoing opinion is stated here: Полдников Д.Ю., Договорные теории глоссаторов М., 2008, 111.



The function of a contract is to establish and ensure legal peace; it is the expression of a human being's social function.<sup>30</sup> Aspiration for relation with others, which may be controlled by one's mind, is the human quality<sup>31</sup>; a person tries to avoid loneliness and looks for society; and he/she has a mind and a tongue for communication.<sup>32</sup> Such a human being feels the necessity to live with the society, because, he/she will contradict his/her own being if he/she lives in isolation (*Fikhte*).<sup>33</sup> Selfishness loathes anything universal; it detaches a person from the humankind and places him/her in an alienated position.<sup>34</sup>

Based on the said nature of human beings, conclusion of a social contract becomes necessary. This contract establishes such equality among citizens that everyone undertakes the obligation to exercise same rights. By virtue of the social contract, humans have replaced natural dependence with freedom, the possibility to harm someone with their own security, and their own strength that could be overcome by others with the right that is made invincible by the public.<sup>35</sup>

Existence of a social contract refers to the establishment of a state. The state is a social phenomenon, which is based upon voluntary organisation.<sup>36</sup> It is the union of free (self-governing) people, created in order to protect individual rights and common interests.<sup>37</sup> People have transferred certain rights to the state in order for the latter to protect them; being a part of the state is not just an obligation for each one of them, but also the reality of freedom (Hegel).<sup>38</sup> The state is not a stranger to a person; since an individual, thanks to his/her social instincts, lives among creatures alike to him/her from time immemorial, e.g., family, community and later the state, thus the latter is the result of the natural development of co-existence (Aristotle).<sup>39</sup>

In Plato's view, the state may only commence its existence when people are no longer able to meet their own

needs, which is why thousands of people become united for the purpose of co-existence.<sup>40</sup> For Aristotle and Plato, the two notions "to be a human being" and "to live in a state" are inseparable<sup>41</sup>; a human being, as a political animal, is born for citizenship.<sup>42</sup> By transferring their own rights to the society, parties to the social contract subordinate their personality to the common will (Rousseau),<sup>43</sup> which includes wills of separate individuals. Thus, each one of them is subjected to themselves and when each of them is the part of a common will, it becomes an integral part of the whole; he/she becomes a citizen (Rousseau).<sup>44</sup> A person begins with the individual ethnically and ends with the citizen personally. There is a full cycle of upbringing and development between the individual and the person. The individual is essentially every human being who has genetically obtained such individuality from birth; origin and ethnicity or nationality fall under individuality. A person, on the other hand, is an individual, who goes through the full cycle of upbringing and development, and stands out for his/her outstanding citizenship in the matrix of given culture and civilisation.<sup>45</sup>

Thus, the person having personal rights is the member of the society, recognised as a person by the state and not the abstract individual who is isolated from any social relation.<sup>46</sup> Recognition of an individual as a member of a state would be demonstrated through granting him/her the right to make public law demands.<sup>47</sup>

Under the term state, we mean the union of people that occupies a specific territory and obeys one government.<sup>48</sup> The government means to possess the ability to make others unconditionally realise your will.<sup>49</sup> The state is an actual given and not an abstraction, i.e., the fruit of a thought. By form, it is a public institution, and by reason – a self-governing corporation.<sup>50</sup> The function of the state, on one hand, is protecting individuals and promotion of their interests, while on the other hand, it is the management and protection of civil society; it should maintain both the individual and the society in a substantial immanence.<sup>51</sup>

The state is the harmonious combination of private and public interests;<sup>52</sup> it is the means in favour of the highest

<sup>30</sup> G. Vashakidze, *The System of Complicated Obligations Under Civil Code of Georgia*, Tbilisi, 2010, 23.

<sup>31</sup> Гроций Г., *О праве войны и мира*, Под.ред.Крылова С.Б., М., 1956, 13.

<sup>32</sup> D. Patariaia, John Locke's Two Treatise on Governance, Emeritus Mzia Iekveishvili's 85th anniversary collection, edited by M. Ivanidze, Tbilisi, 2014, 101. Society – this is a space for joint actions for the common interests of human beings; A place where everyone acts for themselves and others at the same time (*Iering*). The foregoing opinion is stated here: *История политических учений*, Под.ред. Нерсисянца В.С., www.read.virmk.ru/History 4.25.2014.

<sup>33</sup> The foregoing opinion is stated here: Забоев Н.И., *Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора*, М., 2003, 15.

<sup>34</sup> A. I. Gertsen, *Selected philosophical Stories*, V. 1, Tbilisi, 1953, 23.

<sup>35</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Social Contract*; translated from French and commented by D. Labuchidze-Khoperia, Tbilisi, 1997, 36.

<sup>36</sup> Еллинек Г., *Общее учение о государстве*, СПб, 2004, 42.

<sup>37</sup> Гроций Г., *О праве войны и мира*, Под. ред. Крылова С.Б., М., 1956, 19.

<sup>38</sup> The foregoing opinion is stated here: Книпер Р., *Государство в гражданском праве*, ж. "Государство и право" no. 9, 2009, 101.

<sup>39</sup> The foregoing opinion is stated here: Алексеев Н.Н., *Очерки по общей теории государства, Основные предпосылки и гипотезы государственной науки*, М., 1919, 71.

<sup>40</sup> Plato, *The State*; translated by B. Bregvadze, Tbilisi, 2013, 68.

<sup>41</sup> Еллинек Г., *Общее учение о государстве*, СПб, 2004, 81.

<sup>42</sup> U. Guthrie, *Greek Philosophers*; translated from English by G. Nodia, preface and editing by G. Tevzadze, Tbilisi, 1983, 163.

<sup>43</sup> The foregoing opinion is stated here: Al. Vacheishvili, *General Theory of the Law*, Tbilisi, 2010, 45.

<sup>44</sup> The foregoing opinion is stated here: Еллинек Г., *Общее учение о государстве*, СПб, 2004, 219.

<sup>45</sup> J. Kashia, *Freedom and Federalism (Political philosophy)*; Tbilisi, 2013, pp. 136-137.

<sup>46</sup> Еллинек Г., *Общее учение о государстве*, СПб, 2004, 374.

<sup>47</sup> Еллинек Г., *Общее учение о государстве*, СПб, 2004, 407.

<sup>48</sup> Шершеневич Г.Ф., *Общее учение о праве и государстве*, М., 1911, 18.

<sup>49</sup> Еллинек Г., *Общее учение о государстве*, СПб, 2004, 191.

<sup>50</sup> Фатянов А.А., *Воля как правовая категория*, ж. "Государство и право" no. 4, 2008, 8.

<sup>51</sup> Hegel, *Philosophy of Mind*; Translated from German by N. Natadze; edited by N. Chavchavadze, T. Buachidze and G. Tsintsadze, Tbilisi, 1984, p. 308.

<sup>52</sup> B. Zoidze, *Constitutional Control and the Order of Values in Georgia*; Tbilisi, 2007, p. 134.

ethical value of a person, i.e., the purpose.<sup>53</sup> The state sees the whole society in each individual and perceives his/her voice as the voice of the entire community.<sup>54</sup> State interest is inseparable from individual interest;<sup>55</sup> any public activity in the end serves the individual good.<sup>56</sup>

The state was created by people for their own well-being. It exists to create an arena for people to reveal their humanity. It teaches them the rules of collective, as well as individual co-existence; in particular, how to combine their own "I" with "we".<sup>57</sup> "Every system, by virtue of which the humanity acts, is introduced in order for the people to be as happy as possible. A person, separately, is a feeble and weak creation; he has such physical and mental characteristics that he may never achieve happiness while being alone. That is why he is forced to act with similar creations as him. This is the reason why the society, and later the state, is made up of people."<sup>58</sup>

In the former Soviet Union, there existed the alienated attitude towards state institutions, which is caused by lack of social solidarity. In a society which is characterised by the dominant egocentric aspirations (in addition, the idea of narrow egotism should not be confused with idea of freedom and individuality)<sup>59</sup>, categories of social compassion and responsibility go backwards.<sup>60</sup> The reason behind this is the totalitarian past where the state was mainly identified with the repressive institution, and if it was overpowered, freedom and individual autonomy could be acquired.<sup>61</sup>

At the same time, a society in which people's goals are artificially limited, collective mediocrity overpowers originality and individual inclinations; uniformity reigns and diversity of human life and character vanishes (each society

demands from human beings to get used to each other and cede). Such society should never be created in the name of democracy and equality.<sup>62</sup> This can be avoided under the conditions of mild social pressure put by separate individuals upon each other.<sup>63</sup>

#### IV. Law as an Expression of the Common Will

The state is bound by law, which is caused by its own nature. Legal basis for a state being bound by law is the act of free will, while its function is related to the idea of protection of individual freedom. It is essential that an individual is protected by the state as well as from the state.<sup>64</sup> One of the main objectives of the state is to ensure legal security, which includes social security. Social security in turn includes two concepts, viz., security of an individual and his/her rights, and legal security, as well as value, which unite different types of securities.<sup>65</sup> "Legal security represents a value, without which fundamental human rights are being questioned (*B. Zoidze*).<sup>66</sup>" Existence of a legal state is revealed, primarily, through the protection of human dignity, which is a universal, immutable principle, and through the realisation of the rights to freedom and equality, as well as the fulfilment of state obligations to protect people.<sup>67</sup> Existence of a democratic (the responsibility to govern lies with each and every citizen – *Montesquieu*) legal state is dependent upon the circumstance that values prescribed under constitution are brought to life by a society, which gives rise to people's adherence to law.<sup>68</sup> The main purpose of the law is to create a social order, which would ensure best conditions for the expression of individual's freedom.<sup>69</sup> The law should be directed to its true goal, viz., establishment of solidarity among free individuals.<sup>70</sup> Laws created based on social contracts are the expressions of the principle of social solidarity, which do not derive from the nature of

<sup>53</sup> The mentioned opinion is the demonstration of the concept of personalism regarding the relation between the state and the individual. According to the transpersonal approach, a state does not consider an individual as the origin of valuable goods, but rather as the individualistic prime, and in this process, a person is simply the means to fulfil the interests of a whole, i.e., the society. *Покровский И.А.*, Основные проблемы гражданского права, М., 1998, 78.

<sup>54</sup> *B. Zoidze*, An Attempt to Understand the Practical Existence of the Law (Predominantly from a Human Rights' Perspective), Essays, Tbilisi, 2013, p. 10.

<sup>55</sup> None of the individuals is an island; accordingly, any action of them may concern others. That is why it is often impossible to draw a line between individual and social spheres. *J. S. Mili*, On the Freedom, Utilitarianism, Translated by *T. Tskhadadze*, Tbilisi, 2010, p. 25.

<sup>56</sup> *Еллинек Г.*, Общее учение о государстве, СПб, 2004, 374.

<sup>57</sup> *B. Zoidze*, An Attempt to Understand the Practical Existence of the Law (Predominantly from a Human Rights' Perspective), Essays, Tbilisi, 2013, p. 31.

<sup>58</sup> *I. Chavchavadze*, Publicistic letters, V. 4, Tbilisi, 1987, p. 286.

<sup>59</sup> *A. I. Gertsen*, Selected Philosophical Stories, V. 1, Tbilisi, 1953, p. 466.

<sup>60</sup> *G. Khubua*, Modernization of State Administration: Experiences and Perspectives, collection: Transformation of State Administration in the South Caucasus: Experiences and Perspectives, conference materials, 2013, 16-17 September, edited by *K. P. Zomeran*, *G. Khubua*, Tbilisi, 2015, pp. 24-25.

<sup>61</sup> *G. Khubua*, Modernization of State Administration: Experiences and Perspectives, collection: Transformation of State Administration in the South Caucasus: Experiences and Perspectives, conference materials, 2013, 16-17 September, edited by *K. P. Zomeran*, *G. Khubua*, Tbilisi, 2015, p. 23.

<sup>62</sup> *A. Schopenhauer*, Aphorisms of Life Wisdom; Translated and commented by *Z. Khasaia*, Tbilisi, 2012, 29.

<sup>63</sup> *J. S. Mili*, On the Freedom, Utilitarianism, Translated by *T. Tskhadadze*, Tbilisi, 2010, 16.

<sup>64</sup> *G. Khubua*, for the content of one constitutional term (restriction or binding), Journal – "A Person and the Constitution" no. 1, 2000, p. 64.

<sup>65</sup> *L. Janashvili*, Legal Security, as a Main Function of Law and the Most Important Principle of a Legal State, Journal – "Law Journal", no. 1, 2014, 51.

<sup>66</sup> Citation from Prof. *B. Zoidze's* conference report: Evolution of the Right to Ownership Under Georgian Law; conference materials: Ownership and Legal Stability: Transformation of the Concept of Ownership, Tbilisi, 2015, 5-6 November.

<sup>67</sup> *K. Kokhi*, Legal Grounds of Public Service; collection: Transformation of State Administration in the South Caucasus: Experiences and Perspectives, conference materials, 2013, 16-17 September, edited by *K. P. Zomeran*, *G. Khubua*, Tbilisi, 2015, pp. 54-55.

<sup>68</sup> *K. P. Zomeran*, Europeanization of National Administrative Cultures; collection: Transformation of State Administration in the South Caucasus: Experiences and Perspectives, conference materials, 2013, 16-17 September, edited by *K. P. Zomeran*, *G. Khubua*, Tbilisi, 2015, 216-217.

<sup>69</sup> *Покровский И.А.*, Основные проблемы гражданского права, М., 1998, 78.

<sup>70</sup> *Покровский И.А.*, Основные проблемы гражданского права, М., 1998, 87.

positive law, but rather fall within the field of intuitive law (*petrazhitski*).<sup>71</sup>

A human being is a creature that can act or do things. When referring to action, we mean that the individual acts deliberately, knowingly and with his/her own will.<sup>72</sup> Prior determination of will, i.e., infringement of the freedom of choice would indeed mean the deprivation of will, which in turn deprives a person of his/her dignity and independence. If a person did not have free will, he/she would not be created in god's image. Creation in god's image means that an individual has the ability to understand and choose between good and evil. If god, by virtue of his absolute wisdom, only chooses good, the human only then chooses the good when he manages to subject all his abilities to the mind (*Anthimus of Iberia*).<sup>73</sup>

Under private law, the obligation is based upon fairness and freedom to be one's own master (*Kant*). Freedom is meant to be the voluntary behaviour, which is in conformity with the universal law of freedom. My freedom becomes the guarantee of others' freedoms and vice versa, which leads to the formation of our individual wills as one unified will.<sup>74</sup> Freedom, on one hand, is considered, in a negative sense, as the restriction of someone else's arbitrariness and ill-treatment. On the other hand, it is considered in the sense of subjective freedom, which means that a person with his/her own will aspires private things, and with his/her mind seeks goals, which is the inner freedom, under which the subjects has certain principles, opinions and convictions.<sup>75</sup> Freedom is the quest for our own well-being in our own way, until we try to deprive others of their well-being and prevent them from attempting to acquire the same.<sup>76</sup>

## V. Self-Limitation – as the Element of Freedom

Civil Law, as the substantive branch of private law, has represented the sphere of individual human personality, its freedom and self-determination from the very beginning. Under civil law, a person was for the first time deemed to be a subject of law, a legally independent entity, including with respect to the state.<sup>77</sup> This branch ensures the freedom of choice of an individual, by which it creates its own

character. People would not have been able to develop if they had not been free from the interference from other people in a particular sphere of their lives.<sup>78</sup>

Freedom of contract is a particular manifestation of Freedom. It is defined as the state guarantee to the participant of a civil transaction to exercise his/her civil rights by entering into contractual relations so that this does not infringe upon the rights of other persons and the interests of the state. A person may limit himself/herself in this process, but he/she should tolerate this in order to gain freedom.<sup>79</sup> While concluding a contract, parties to the contract voluntarily oblige themselves to fulfil certain obligations, by which they determine the scope of their freedom, which in turn represents the contractual self-limitation.<sup>80</sup> Based on the freedom granted to a person by law, a party to the contract limits itself based on a contract with the belief of security. Limitation based upon one's own will is the result of a person's freedom of action. Limitation means that a person imposes a responsibility upon himself/herself to perform a certain action.<sup>81</sup>

According to one of the significant provisions of French law, a contract concluded in accordance with the law has the power of law. This provision is important in terms of the authority and binding force of a contract. Because, the emphasis is placed upon the fact that the contract should be fulfilled in the same way as the law, despite the fact that it is just a transaction and not a normative act. This provision is the cornerstone of public order and reminds the participants of a civil transaction of the responsibility they undertook when concluding a contract.<sup>82</sup>

<sup>71</sup> The foregoing opinion is stated here: *I. Surguladze*, Legal Nature of the Law; Journal "Law" no. 5, 1992, 19.

<sup>72</sup> *G. Gurjiev*, In the World of the Truth Conversations with Disciples: 1917-1931), Tbilisi, 2006, 82.

<sup>73</sup> *A. Zakariadze*, The Moral and Ethical Issues: 18th European Context and Their Georgian Paradigms; collection: Georgia and the European World (Philosophical-cultural dialogue) V. 1. Dedicated to the memory of Anthimos Iberian, Tbilisi, 2009, 76.

<sup>74</sup> *B. Zoidze*, An Attempt to Understand the Practical Existence of the Law (Predominantly from a Human Rights' Perspective), Essays, Tbilisi, 2013, p. 58.

<sup>75</sup> *Hegel*, Philosophy of Mind; Translated from German by *N. Natadze*; edited by *N. Chavchavadze*, *T. Buachidze* and *G. Tsintsadze*, Tbilisi, 1984, p. 311.

<sup>76</sup> *J. S. Mili*, On the Freedom, Utilitarianism, Translated by *T. Tskhadadze*, Tbilisi, 2010, 58.

<sup>77</sup> *Покровский И.А.*, Основные проблемы гражданского права, М.,1998, 19.

<sup>78</sup> *J. S. Mili*, On the Freedom, Utilitarianism, Translated by *T. Tskhadadze*, Tbilisi, 2010, 24.

<sup>79</sup> *B. Zoidze*, An Attempt to Understand the Practical Existence of the Law (Predominantly from a Human Rights' Perspective), Essays, Tbilisi, 2013, p. 58.

<sup>80</sup> *L. Chanturia*, General Part of the Civil Law, Tbilisi, 2011, p. 91.

<sup>81</sup> *S. Jorbenadze*, Notion of the Freedom of Contract, Journal "Law Journal", no. 1, 2014, pp. 274-275.

<sup>82</sup> *B. Zoidze*, Reception of European Private Law in Georgia, Tbilisi, 2005, p. 127.

## Do We Need a Statutory Interest in Georgian Civil Transaction?

### Introduction

*Do we need a statutory interest in Georgian civil transaction? This question had been relevant during the period when statutory interest was imposed by the Civil Code of Georgia (hereinafter referred to as – “CCoG”), as well as after its subsequent abolition. During the period when the statutory interest was stipulated under the CCoG, there was no normative act that would fix rate of statutory interest. On 29 June 2007, CCoG was amended<sup>2</sup> and the legislature removed the norm that provided the possibility to determine the interest from the Code; thus, all hope was gone for statutory interest.*

*The aim of the present article is to determine the definition of interest, understand the essence of statutory interest, review statutory interest in the context of 2000/35/EC European Directive and Civil Codes of European and Caucasus countries, review statutory interest in light of the CCoG and judicial practice, and eventually to come to a conclusion as to how much do we need statutory interest in Georgian civil law and civil transaction. This article consists of an introduction, four chapters, which are divided into sub-chapters, and a conclusion.*

### I. Definition and Importance of Interest

Interest is a payment for the use of capital (BGH NJW 79, 541, 806, NJW-RR 92, 592, Koeln ZIP 92, 1480), which is calculated according to the duration of the use of capital.<sup>3</sup> This also applies to loan interest, which likewise represents interest due to its legal nature (BGH NJW 79, 541, 806, 2090, 80, 446, Rn 7).<sup>4</sup>

Interest plays an important role in a civil transaction. It may be a fee for the use of capital, interest on capital or interest on delay – damage due to the delayed fulfilment.

There are contractual and statutory interests. In the following chapter, we will focus upon statutory interest.

Existence of statutory interest in a country’s legislation is of great importance, as, firstly, it applies to cases of delay in fulfilling a monetary obligation, regardless of whether the parties had agreed upon the interest; and secondly, determination of statutory interest is usually followed by

the determination of statutory interest rate. The latter is especially important in light of the protection of consumers from excessive interest rates. However, there are some people, who oppose the existence of statutory interest and statutory interest rate. These are the so-called “libertarians”, who believe that determination of statutory interest and rate may even be hampering the development of the economy of Georgia.

### II. Statutory Interest According to the 2000/35/EC European Directive, and the Civil Codes of European and Caucasian States

This chapter addresses the 2000/35/EC European Directive of 29 June 2000, regarding statutory interest, as well as the peculiarities of statutory interest/statutory interest rate and their place within the Civil Codes of the European and Caucasian states.

#### 1. Statutory Interest According to the 2000/35/EC European Directive<sup>5</sup>

In the introduction of 2000/35/EC European Directive, it is pointed out that despite the fact that on 12 May 1995 a recommendation was adopted on payment periods in commercial transactions, the most recent statistics indicate that there has been no improvement in late payments in many Member States of the European Union.<sup>6</sup> The legislature further states that this is the exact reason for the adoption of 2000/35/EC European Directive, aiming to combat late payments in the European internal market.<sup>7</sup>

The directive states that it applies only to late payments made as remuneration for commercial transactions and does not regulate transactions with consumers, payments under the laws on cheques and bills of exchange, or payments made as compensation for damages, including payments from insurance companies.<sup>8</sup>

Article 3 of the Directive provides that Member States shall ensure that interest is payable by the due date.<sup>9</sup> In addition, the directive defines a statutory interest, which the debtor is obliged to pay, unless otherwise specified in the contract. The level of statutory interest is the sum of the interest rate applied by the European Central Bank to its most recent main refinancing operation plus at least seven percentage points.<sup>10</sup>

<sup>1</sup> Doctoral student in private law at Tbilisi State University, Faculty of Law; Master of Private Law at Tbilisi State University, Faculty of Law; University of Cologne, LL.M. in German law; lawyer.

<sup>2</sup> 29 June 2007 (no. 5127-RS).

<sup>3</sup> BGB Kommentar, Palandt, S. 260, Z.2.

<sup>4</sup> BGB Kommentar, Palandt, S. 260, Z.2;

<sup>5</sup> On combating late payment in commercial transactions;

<sup>6</sup> DIRECTIVE 2000/35/EC (11);

<sup>7</sup> DIRECTIVE 2000/35/EC (12); Introduction of the Directive also states that as it turns out Member States were not able to individually cope with the default payments, it was decided that this problem would be solved by the Union;

<sup>8</sup> DIRECTIVE 2000/35/EC (13);

<sup>9</sup> DIRECTIVE 2000/35/EC (13) “a”;

<sup>10</sup> DIRECTIVE 2000/35/EC (13) “d”;

## 2. Statutory Interest According to the Civil Codes of European and Caucasian States

### a) Germany

In the German Civil Code, statutory interest is placed under the second book, chapter on the Law of Obligation, § 246 (statutory interest rate), which states that, “if interest is payable on a debt by law or under a legal transaction, the rate of interest is four per cent per year, unless otherwise provided”<sup>11</sup>. We should also mention § 288 (default interest) of the German Civil Code, which provides that: (1) any money debt must bear interest during the time of default; the default rate of interest per year is five percentage points above the basic rate of interest (§ 288 [1]). In the case of legal transactions to which a consumer is not a party, the rate of interest for claims for payment is eight percentage points above the basic rate of interest (§ 288 [2]). Moreover, the demand for interest does not exclude the demand on a different legal basis (§ 288 [3]).<sup>12</sup>

### b) France

Article 1905 of the French Civil Code states that it is lawful to stipulate interest for a simple loan of money, commodities, or other movable things. In the French Civil Code, we come across statutory interest under the loan section.<sup>13</sup> Article 1907 provides that interest is legal or conventional. Legal interest is fixed by statute, such as the Monetary and Financial Code.<sup>14</sup> Conventional interest may exceed legal interest, unless it is prohibited by the Code of Consumers (Article 1907). It is noteworthy that the French Civil Code provides in the same article that the rate of conventional interest must be fixed in writing.

### c) Belgium

In the Belgian Civil Code, we meet statutory interest under the loan chapter. Article 1907, §7 of the Belgian Civil Code stipulates that in case of a loan, if the parties have not agreed upon the interest, statutory interest is applied, which amounts to 7%.<sup>15</sup>

### d) Austria

The issue of statutory interest is regulated under § 1000 (interest and compound interest) of Chapter 21 on the loan contracts, Austrian Civil Code. “Interest, which was agreed upon without determining its rate or is stipulated under the law, shall amount to 4%, unless otherwise provided by the statute (§ 1000 [1] of the Austrian Civil Code).<sup>16</sup>”

### e) Poland

It is interesting to review the statutory interest with the example of Polish Civil Code. Firstly, it is due to the fact that it is regulated under the chapter of Law of Obligations (Księga trzy – obowiązek), as it is under the Civil Code of Georgia; and, secondly, it is interesting as far as on 9 October 2015, legislative amendments were made to the Polish Civil Code, which came into effect from 1 January 2016.<sup>17</sup>

Article 359 §2 of the Polish Civil Code provides that if the rate of interest is not otherwise specified, statutory interest is due. At the same time, statutory interest is also addressed by Article 481 – delayed monetary performance; Part 2 – effects of non-performance of obligations; and Chapter 7 (performance of Obligations and Effects of Non-performance). According to § 1 of this article, if a debtor is late with a monetary performance, the creditor may demand interest for the period of delay even if he has

<sup>11</sup> § 247. **Basic rate of interest**

(1) The basic rate of interest is 3.62%. It changes on 1 January and 1 July of each year by the percentage points by which the reference rate has risen or fallen since the last change in the basic rate of interest. The reference rate is the rate of interest for the most recent main refinancing operation of the European Central Bank before the first calendar day of the relevant six-month period.

(2) The Deutsche Bundesbank announces the effective basic rate of interest in the Federal Gazette without undue delay after the dates referred to in subsection (1) sentence 2 above.

§ 248. **Compound interest**

(1) An agreement reached in advance that interest due should in turn bear interest is void.

(2) Savings banks, credit institutions and owners of banking businesses may agree in advance that interest not collected on deposits should be held to be fresh interest-bearing deposits. Credit institutions entitled to issue interest-bearing bonds for the loans granted by them may, for such loans, have commitments made to them in advance to pay interest on interest in arrears.

<sup>12</sup> § 288 Of the German Civil Code additionally provides for the notes for consumers that were implemented with the influence of 2000/35/EC European Directive.

<sup>13</sup> Title X – Loan, Section III – Obligations of the Borrower;

<sup>14</sup> Monetary and Financial Code Art. L. 313-2;

<sup>15</sup> Business Law Guide to Belgium, By Van Bael & Bellis, 2003, z. 1159, p. 288, Source: [https://books.google.ge/books?id=oiX1O5Ss3HcC&pg=PA288&lpg=PA288&dq=Statutory+interest+rate+as+per+civil+codes&source=bl&ots=4XSqQLise&sig=kq6bH0ko7Yfe8KYHA9dkQ02R5y8&hl=en&sa=X&ved=0ahUKEwjL8trsj6\\_MAhXKB5oKHwBaDQ8Q6AEINjAF#v=onepage&q=Statutory%20interest%20rate%20as%20per%20civil%20codes&f=false](https://books.google.ge/books?id=oiX1O5Ss3HcC&pg=PA288&lpg=PA288&dq=Statutory+interest+rate+as+per+civil+codes&source=bl&ots=4XSqQLise&sig=kq6bH0ko7Yfe8KYHA9dkQ02R5y8&hl=en&sa=X&ved=0ahUKEwjL8trsj6_MAhXKB5oKHwBaDQ8Q6AEINjAF#v=onepage&q=Statutory%20interest%20rate%20as%20per%20civil%20codes&f=false)

<sup>16</sup> ABGB (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie), Chapter 21, Loan Contract, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>

<sup>17</sup> <http://www.codozasady.pl/en/changes-in-maximum-and-statutory-interest-rates/http://uclp.eu/odsetki-ustawowe-i-terminy-platnosci-w-polskim-prawie/>

Before amendments, if the parties did not agree upon the interest rate, statutory interest that was fixed by the Regulation of the Council of Ministers would be due. It was vague whether this highest rate of interest was also applicable to the interest rate determined by the parties for the delay in fulfilling the monetary obligation. In addition, after the amendments, the highest rate of interest was fixed by the statute and the Council of Ministers is no longer allowed to change it as it wishes. It is also interesting that before the amendments, the Civil Code used the pawnshop interest rate for the calculation of interest instead of the basic interest rate. According to the old regulation of Article 359, §21, the maximum level of interest cannot be more in one year than four times the pawn loan rate of the National Bank of Poland.

not suffered any damage and even if the delay was due to circumstances for which the debtor is not liable. §2 of the same article provides that if interest rate for delay is not fixed in advance, statutory interest is due, except for those cases when the creditor may demand interest for the delay at the higher rate. §3 of the same article states that if the debtor is in default, the creditor may also demand that the damage be remedied on general terms.

It should also be noted that the above-mentioned amendments determine the formula for statutory interest, its highest rate for the calculation of capital interest, and the late payment interest.<sup>18</sup>

A formula for the calculation of capital interest:

$$\begin{aligned} \text{Statutory interest} &= \text{NBP's}^{19} \text{ basic interest rate} + 3.5\% \\ \text{Highest interest rate} &= 2 X \\ &(\text{NBP's basic interest rate} + 3.5\%) \end{aligned}$$

A formula for the calculation of late payment interest:

$$\begin{aligned} \text{Statutory interest for late payment interest} &= \text{NBP's basic} \\ &\text{interest rate} + 5.5\% \\ \text{Highest interest rate for late payment interest} &= 2 X \\ &(\text{NBP's basic interest rate} + 5.5\%) \end{aligned}$$

According to the given formula, late payment interest rate will always exceed the capital interest rate in Poland. This is because late payment interest is applicable when the debtor violates his/her obligations and in this case, late payment interest also serves as a penalty.<sup>20</sup>

#### f) Estonia

Estonian Civil Code Act provides for statutory as well as contractual interest.<sup>21</sup> Statutory interest rate represents 6%, while the parties may agree upon a higher interest rate.

#### g) Armenia

The issue of liability for the violation of monetary obligation is regulated under the chapter on the Law of Obligations of the Civil Code of Armenia (Article 411). The foregoing article also envisages both statutory and contractual interests. Moreover, it is interesting that instead of a contractual interest rate, creditor may demand the court to use the statutory interest rate (411 [1]).

#### h) Azerbaijan

Similarly, liability for the violation of monetary obligation is regulated under the chapter on the Law of Obligations of the Civil Code of Azerbaijan Republic; in particular, Chapter 21 – Performance of Obligations, and Chapter 23 – Liability for non-performance of the obligations. Here also, Article 439 (3) of the Civil Code provides for the statutory as well as contractual interest. In addition, the Civil Code of Azerbaijan Republic states that statutory interest amounts to the rate as stipulated by the National Bank of Azerbaijan Republic, plus two percent, but not less than five percent annual, if nothing otherwise is set forth by the law or the contract. Likewise, Article 445 (7) of the Civil Code states that in the event of the violation of monetary obligation, if the creditor cannot demand a higher amount, the debtor shall be obliged to pay five percent for the time of delay annually.

### III. Statutory Interest According to the CCoG and Judicial Practice

From the adoption of the Civil Code of Georgia<sup>22</sup> to the legislative amendments<sup>23</sup> of 29 June 2007, the CCoG only recognised statutory interest. In particular, CCoG provided for statutory interest for the delay in payment as well as the capital.

After the legislative amendments of 29 June 2007, statutory interest disappears from the CCoG. The amendment applies to Articles 384, 403 and 625 of the CCoG, in particular, for more clarity amendments will be shown in the below table:

Before 29 June 2007
<p>Article 384 of the CCoG. <b>Procedure for Fixing an Annual Rate of Interest</b></p> <p>“If by law or by contract the obligation is an interest-bearing one, then the maximum amount of the annual rate of interest shall be fixed by a special normative act.”</p>
<p>Article 403 of the CCoG. <b>Impermissibility Payment of Interest on Interest</b></p> <p>1. An obligor who has exceeded the time for payment of a sum of money shall be obliged to pay for the period of delay a rate of interest prescribed by law, provided that the obligee, proceeding from other grounds, may not claim more.</p>
<p>Article 625 of the CCoG. <b>Loan Interest</b></p> <p>The parties may predetermine that the loan is to be made for interest, the rate of which shall reasonably correspond to the ceiling interest rate fixed by the National Bank or by the Interbank Credit Auction. An agreement made in violation of this rule shall be void.</p>

<sup>18</sup> <http://www.codozasady.pl/en/changes-in-maximum-and-statutory-interest-rates/>

<sup>19</sup> National Bank of Poland (hereinafter referred to as – “NBP”).

<sup>20</sup> This was also stated in the explanatory note of the package of amendments: <http://www.codozasady.pl/en/changes-in-maximum-and-statutory-interest-rates/>

<sup>21</sup> Latvian Contract Law and the EU, Kalvis Torgans, Prof. Dr. Habil. Iur., University of Latvia, p. 40, JURIDICA INTERNATIONAL VI/2001, [http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji\\_2001\\_1\\_38.pdf](http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2001_1_38.pdf)

<sup>22</sup> hereinafter referred to as – “CCoG”;

<sup>23</sup> the Law of June 29, 2007 (no. 5127–rs);

After 29 June 2007
Deleted
<p><b>Article 403 of the CCoG. Payment of Interest when Delaying the payment of Funds</b></p> <p>1. An obligor who has delayed payment of a sum of money shall pay, for the period of delay, the interest determined by agreement of the parties, provided that the obligee may not claim more on any other grounds.</p>
<p><b>Article 625 of the CCoG. Loan interest</b></p> <p>The parties may agree on interest for the loan.</p>

Commentary to the Article 384 of the CCoG stated that this article was applicable to the cases of statutory as well as contractual interest<sup>24</sup> and the only subject of this article was the interest deriving from the obligation such as “loan and credit relations”<sup>25</sup>. The author of the comment states that the “Civil Code supports a normal, fair interest rate”. Despite the fact that at the time of the adoption of the Code, as well as during the preparation of commentaries, there was no act establishing a statutory interest and the rate of the general interest,<sup>26</sup> the foregoing article still was a glimmer of hope that one day National Bank of Georgia would establish both statutory interest and its rate. Commentary to the above-mentioned article conveys the author’s opinion as follows: “unbridled interest may threaten equality and economic freedom. That is why in an interest-bearing obligations ‘the principle of freedom of contract’ is replaced with ‘the principle of equity of contract’.”<sup>27</sup>

Commentary to Article 403 of the CCoG is similarly interesting. The author differentiates between capital interest and default interest, and states that the interest provided by the foregoing article applies to all kinds of monetary obligations.<sup>28</sup> The author also refers to interest as a “minimal damage” (*Mindestschaden*), which implies that the demand of interest is not dependent upon the occurrence of damage, but rather the mere fact of delay is enough.<sup>29</sup>

We should also note the reasoning of the Court of Cassation made before the legislative amendments on the case where the applicant demanded not a delivery of a specific good, but compensation for damages caused as a result of non-delivery of this good. In particular, the applicant demanded the return of the sum of money paid by him/her and the interest envisaged under Article 403 of the CCoG because of the failure to return the money.<sup>30</sup> The

Court explained that, “the provision in question applied to all monetary liabilities that were originated due to the default in payment. It is noteworthy that the concerned provision encompasses both primary and secondary demands. In this particular case, the applicant does not demand that he/she is supplied with fuel, but rather demands compensation for damages caused because of failure to supply him/her with the fuel, which is reflected, above all, in the failure to return the sum of money paid by the applicant for the fuel. Thus, the plaintiff demands the return of the mentioned sum of money and the payment of interest, as regulated according to the legal mechanism stipulated under Article 403 (1) of the CCoG.”<sup>31</sup>

#### IV. A Vacuum Caused by the Non-existence of Statutory Interest and Statutory Interest Rate and its Impact on Georgian Legislation

The present chapter addresses the judicial practice developed in the absence of statutory interest regarding the cases of delay to perform monetary obligations. It also addresses the consequences caused by the non-existence of a fixed interest rate.

After the refusal of the legislature to include a statutory interest in the Civil Code, parties tried to fill this gap, on one hand, with the penalty established by the CCoG, which should be agreed for by the parties in written form, after which a court may reduce the “disproportionately” high penalty, and, on the other hand, with the interrelation between Articles 403 (interest rate fixed by the parties by mutual agreement) and 411 (compensation for damages for the lost profit) of the CCoG.

This chapter will focus upon the qualification of demand as lost profit according to the judicial practice until 2015 and thereafter in the absence of statutory interest.

##### 1. Judicial Practice Before 2015

According to the judicial practice existing until 2015, in case of delay in fulfilling a monetary obligation, both natural and legal persons were entitled to claim annual profit – interest, which they would have received as a result of a deposit.

The court practice is as follows:

- 1) Money has the greatest capability to get into transaction – “money is considered to have the greatest capability of getting into transaction. Possession of money by financial institutions creates an unconditional assumption that the benefit will be received as a result of carrying out ordinary activity. Regardless of refund, reference to the impossibility to receive the income is

<sup>24</sup> Commentary to the Civil Code of Georgia, Article 384, Tbilisi, 2011, pp. 332-333;

<sup>25</sup> Ibid;

<sup>26</sup> Ibid, p. 335;

<sup>27</sup> Commentary to the Civil Code of Georgia, Article 384, Tbilisi, 2011, pp. 335-336;

<sup>28</sup> Ibid, p. 427;

<sup>29</sup> Ibid, pp. 428-429; Also, BGB Kommentar, Palandt, S. 389-390, Z.4

<sup>30</sup> Decision as-788-1112-07 of the Supreme Court of Georgia, dated 23 April 2008; p. 7.

<sup>31</sup> A monthly payment of 3% of 24.944 GEL from 24 August 2003 until the day of enforcement of court decision. Decision of the Supreme Court of Georgia, p. 3.

unjustifiable from the factual as well as legal point of view.<sup>32</sup>

- 2) In the event of failure to fulfil the due monetary obligation, “presumption of lost profit” is applicable. The chamber “considers it appropriate to clarify on the basis of joint analysis of Articles 403 and 411 of the CCoG that it is absolutely logical to consider as lost income such benefit that was envisaged under the contract and that had to be received by the financial institution, since the main function and purpose of the financial institution is to give a certain amount of money for the non-gratuitous use. Accordingly, there is a presumption with respect to financial institutions that in case of the non-performance of the obligation derived from the credit agreement, financial institutions cannot receive the benefit, which they were supposed to receive from the mentioned amount. Therefore, with respect to financial institutions, it is justifiable to consider the benefit that could be received by the financial institution as an accrued interest on a loan, as lost benefit.<sup>33</sup>
- 3) It is noteworthy that the “presumption of lost profit” was extended not only to financial institutions, but also to any natural or legal person, and was used in both City and Appellate Courts.<sup>34</sup> The judicial practice clarified that “the lost profit is the amount of money that a person would have received under the usual conditions of a civil transaction if his/her rights were not violated, for example, if the contract was fulfilled in an appropriate manner. In this particular case, lost profit is the established deposit interest rates, which could be received by the creditor as a result of placement of money – the object having capability to get into transaction, on deposit.<sup>35</sup>
- 4) Finally, the Court distinguished between interest and benefit.<sup>36</sup> Correspondingly, it also distinguished between the terms for their demand and explained that the “obligation to pay benefit (interest) may only exist until the term of contract validity, while the obligation to pay

interest – until the principal monetary obligation is fulfilled and the interest is paid.<sup>37</sup>

## 2. Judicial Practice After 2015

On 7 October 2015, the Civil Cases Chamber of the Supreme Court of Georgia rendered a decision, which changed the previously existing practice with regard to lost profit.<sup>38</sup>

The applicant claimed compensation for lost profit at a specific annual interest rate for a specific amount of money, stating that he/she would have received a benefit in the form of annual interest equal to the interest he/she would receive from a deposit with a financial institution.<sup>39</sup> The Court of Cassation did not consider that the applicant’s claim had sufficient ground for imposing the obligation upon the respondent to compensate damages and stated the following: “Articles 408 (1), 411, 412 of the CCoG provide that lost profit, i.e., the loss of expected gain (*lucrum cessans*) shall be subjected to compensation.” According to Article 411 of the CCoG, profit shall be deemed to be lost if the person did not receive it, but would have received it if the obligation had been duly performed. Lost profit is the estimated profit. Attention should be paid to the extent in which the receipt of the profit was expected. Lost profit by its nature means “pure economic loss”, which was suffered by the party to the contract and which would not have taken place if the agreement were fulfilled duly. In order to deem a profit as lost, it must have a direct and immediate connection to the debtor’s failure to fulfil the obligation. By direct connection we mean the logical linkage between the events, actions and consequences, which leaves no doubt as to the real possibility of earning a benefit.<sup>40</sup>

Since the applicant demanded the return of the payment of the sale price and the interest of this price, the Court of Cassation deemed that, in the given case, the applicant had no wish of placing the money in a deposit and gaining profit this way.<sup>41</sup> Accordingly, the Court of Cassation deemed that there was no confirmation of the “existence of the legal ground for attributing the alleged damage to the debtor.<sup>42</sup>” Moreover, the Court emphasized that while compensating the lost profit, payment for damages should be made only according to the objective criteria in such a way that this payment does not entail unjust enrichment of another person. With respect to this case, the Court referred to the relevant judicial practice (Ruling of the Supreme Court of Georgia on the case Nas-307-291-2011, dated 24 October 2011).<sup>43</sup>

<sup>32</sup> Decision of the Appellate Court of Georgia on the case no. 2b/1938-11, dated 28 February 2012, p. 11.

<sup>33</sup> Decision of the Appellate Court of Georgia on the case no. 2b/1938-11, dated 28 February 2012, p. 10.

<sup>34</sup> Decision of the Court of Appeal of Georgia on the case no. 2b/5106-13, dated 19 September 2013, p. 10; Decision of the Tbilisi City Court on the case #2/16824-12, dated 25 June 2013.

<sup>35</sup> Ruling as-1164-1093-2012 of the Supreme Court of Georgia, dated 27 December 2012; Ruling as-828-786-2013 of the Supreme Court of Georgia, dated, 24 January 2014.

<sup>36</sup> Decision as-1701-1685-2011 of the Supreme Court of Georgia, dated 22 October 2012, p. 7. “According to the reasoning of the Supreme Court: analysis of the mentioned norms clarify that the interest provided by Article 625 of the CCoG, which represents a benefit by its essence, differs from the interest provided by Article 403 of the CCoG, which represents the damage that was suffered by the creditor because of not fulfilling the monetary obligation. Moreover, for the satisfaction of claim on the grounds of Article 403 of the CCoG, following conditions should exist: the monetary obligation should be fulfilled by the debtor; due term for the performance of mentioned obligations should be violated; and there should be an agreement between the parties regarding the imposition of interest in case of the delay in performing”.

<sup>37</sup> Decision as-1701-1685-2011 of the Supreme Court of Georgia, dated 22 October 2012, p. 6.

<sup>38</sup> Decision of the Supreme Court of Georgia on the case no. as-459-438-2015, dated 07 October 2015.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 33-34.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> *Ibid.*



### 3. “Unbridled” Interest<sup>44</sup>

The refusal of the legislature to include and fix statutory interest and its rate under the Code had the following economic effects:

Pawnshop’s weighted average annual interest rate on loans<sup>45</sup> amounted to 54.1% in foreign currencies and 61.7% in national currency, according to the statistics of 2013 compiled by the National Statistics Service.<sup>46</sup>

Disproportionately high weighted average annual interest rates were observed on bank loans, but of course, not as high as in pawnshops.

It is a fact that in the absence of statutory restrictions, usury increased, as there is no provision regulating “usury” in the CCoG.<sup>47</sup>

All of this has a bad influence upon consumers, who are the primary buyers/consumers of goods and services and their welfare is the guarantee for the welfare of the entire country.

## V. Conclusion

This article clearly shows that the civil codes of European and neighbouring countries, as well as the Regulation of the European Union, provide for the rules on statutory interest. Some of the European countries envisage statutory interest for the utilisation of capital, while some others determine statutory interest for default and utilisation of capital. In any case, the lawmaker does not shun the issue of statutory interest. It should also be noted that the delay in fulfilling monetary obligation is discussed at the level of the European Union and the relevant regulation of the EU obliges Member States to stipulate statutory interest under their legislations. Moreover, it also provides the formula for the calculation of statutory interest rate. The latest amendments made to the Polish Civil Code should be mentioned separately as it addressed the issue of statutory interest imposed for the delay of performance and the utilisation of capital. In addition, the formula for calculating the relevant interest rate was also determined.

As for the Georgian system, the legal gap caused by the absence of statutory interest in the Civil Code is clearly

visible. The latest judicial practice, which deems that in case of delay in fulfilling monetary obligation imposition of interest on the grounds of lost profit is unacceptable, makes the mentioned gap look even worse. As it turns out, if a person has not determined a penalty for the non-fulfilment of monetary obligation, he/she may not be able to demand compensation or impose relevant “sanctions” upon the debtor in case the payment is not made in due time. While money has the greatest capability to get into transaction, there is no doubt that the lost profit is the bank deposit interest rate, which would be received by a creditor as a result of placing the money in deposit.<sup>48</sup>

Considering the above-mentioned, to answer the question – do we need a statutory interest in Georgian civil transaction – we may conclude that we do. This is not a retrospective view; this is more of a prospective view, since European regulations and approximation to them is the future of Georgia.

<sup>44</sup> Commentary to the Civil Code of Georgia, Article 384, Tbilisi, 2001, p. 335-336.

<sup>45</sup> Represents weighted average annual interest rates on pawnshop loans according to years and quarters; also at the end of each quarter with indications of terms (short-term and long-term) of loans.

<sup>46</sup> Pawnshops’ examination of 2012 by the National Statistics Service; available at: [http://www.geostat.ge/cms/site\\_images/\\_files/georgian/fuladi/Lombardebis%20statistikuri%20gamokvleva.pdf](http://www.geostat.ge/cms/site_images/_files/georgian/fuladi/Lombardebis%20statistikuri%20gamokvleva.pdf)

<sup>47</sup> **Article 55 of the CCoG: Voidness of a Transaction by Reason of Abuse of Power.** “1. A transaction may be deemed void if the performance stipulated by the transaction is clearly disproportionate to the consideration in exchange for this performance, and the transaction has been made solely because one of the parties to the contract maliciously abused his market power or exploited the hardship or inexperience (naiveté) of the other party.” This part of the article was deleted from the Code by the Law #6151 of 8 May 2012.

<sup>48</sup> Ruling as-1164-1093-2012 of the Supreme Court of Georgia, dated 27 December 2012; Ruling as-828-786-2013 of the Supreme Court of Georgia, dated 24 January 2014.

# The Characteristics of Subject Composition of the Relations that Arise with Respect to Commercial Secret and the Specifics of the Powers of Those Subjects

## I. Introduction

*The determination of the nature of a commercial secret and the liability for its disclosure are related to the subject of that commercial secret. In the market relations in the Republic of Armenia (hereafter "RA"), when the number of the subjects involved in different and diverse property relations grows gradually, and these relations get complicated, more importance is given to the description of the persons who have the right to be holders of commercial secrets, the powers granted to these persons by virtue of law, and their classification.*

*Deriving from the above-mentioned considerations, the subject of the study of the present article is the subjects who hold the right to a commercial secret, as well as the theoretical issues with respect to their definition and classification, and the gaps and contradictions in legislative regulations.*

*In our opinion, a holder of commercial secret information should be a person, who lawfully possesses the commercial secret information, can limit access to that information to others and define a regime of commercial secret for that information. This article provides a detailed applicable classification of the subjects of a commercial secret.*

*This article also substantiates that it is necessary to stipulate the rights of the subjects of the commercial secret exhaustively in the legislation. The introduction of a legal norm, which regulates the monopoly of the holder of information that contains a commercial secret, in the RA civil legislation will bring some clarity in the sphere of protection of commercial secret, which is the most unregulated part of the field with respect to undisclosed information. This to some extent will prevent the infringements of the rights of subjects.*

*For the resolution of issues that were revealed as a result of this study, respective legislative amendments and supplementations in the relevant articles of the RA Civil Code have been proposed.*

## II. The Subject Composition of the Relations Arising with Respect to Commercial Secret

### 1. Who can be a Subject of a Commercial Secret?

Based on the analysis of modern legislation, it can be concluded that possessors /holders of a commercial secret can be individual entrepreneurs (including the agricultural economies /farms), commercial legal entities, and non-commercial legal entities with respect to their entrepreneurship and the realisation of their respective objectives. It is worth noting that the possessors /holders of a commercial secret are entitled to delegate the power to use the commercial secret to third parties, i.e., the users of the commercial secret. The latter can also be natural persons that are not entrepreneurs.

In the opinion of some researchers, non-commercial organisations cannot be subjects of commercial secret<sup>2</sup>. Nevertheless, we might not share this opinion.

This view is confirmed also by the RA case-law. In particular, the NGO "Freedom of Information Center" (hereafter: the NGO) submitted an appeal to the RA Court of Cassation against the verdict of 07.12.2009 by the RA Administrative Court, which was rendered in the claim of the NGO against "Office of Constructions and Investments of Yerevan", a state non-commercial organisation (hereafter: the Organisation). The NGO requested the Administrative Court to declare the activities of the Organisation as unlawful and compel the latter to provide information. The Court of Cassation, in its opening session of 27 May 2010 on administrative case no. VD/1696/05/09, having examined the afore-mentioned claim, stated that it was proved that the Organisation was a state non-commercial organisation and pursued no commercial interest. However, other organisations, with which the Organisation had signed contracts, had commercial interests. The Court of Cassation concluded that if the Organisation had provided the plaintiff with the requested information, the commercial secret of other organisations would have been disclosed. Hence, the Organisation had acted within the requirements of law, and thus there were no grounds to declare the actions of the Organisation unlawful<sup>3</sup>. Thus, the court, while addressing the case on qualification of information as a commercial secret, has taken into consideration not only the interests of the respondent party, which was a non-commercial organisation ("Office of Constructions and Investments of Yerevan" state non-commercial organisation), but also the commercial interests of the partners of the Organisation. By doing so, the court prevented the violation of the rights

<sup>1</sup> Expertise-Analytic Division, Legal-Advisory Department.

<sup>2</sup> See Северин Р. В. Механизм защиты прав на коммерческую тайну// Дисс. канд. юрид. наук. М., 2011 (Severin Roman Vitalievich, The Mechanism of Protection of the Right to Commercial Secret, Specialisation 12.00.03; Dissertation for the Degree of the Candidate of Legal Science, Moscow-2011).

<sup>3</sup> See on the following website: <http://www.arlis.am/DocumentView.aspx?DocID=59779>

and the infliction of damages to these organisations with the possible consequence of publication of the commercial information related to these organisations. The court has herewith classified the non-commercial organisations as subjects of the right to commercial secrets.

Taking into consideration that, in case of a violation of the right to access to information, the determination of the legal position of a person is important for the choice of means of protection of the information, we propose to stipulate the legal position of the RA Court of Cassation in the legislation and define that both commercial and non-commercial organisations can be subjects of commercial secret.

Nevertheless, this is not a complete approach<sup>4</sup> as it does not take into account that commercial secret information can be received, including from the state authority, as a result of work contract, contracts for the performance of scientific research, experimental design, and technological work (RA Civil Code, Chapters 37 and 38)<sup>5</sup>. In this case, according to general rules, if not stipulated otherwise by the contract, the contractor /performer will be the holder of the commercial secret information.

Thus, a contract partner, as well as any person who has fulfilled a work contract, contracts on scientific research, experimental design, and technological work and acquired results<sup>6</sup> that have features of commercial secret, as a holder of commercial secret, can be regarded as a subject of entrepreneurial activity.

On the basis of the “Concept on Amendments in Section 10 of the Civil Code,”<sup>7</sup> we propose to clearly stipulate in the RA Civil Code who can be a lawful possessor (holder) of undisclosed information and what rights (powers) the person, who by himself created, revealed or disclosed the undisclosed information without violating the right of

the lawful owner or possessor (holder) of the information prior to him, has. We also propose to include the following definition:

The following are the holders of a commercial secret: a person who lawfully possesses the information, including the licensee, contractor (performer), non-commercial organisations, subjects of entrepreneurial activity, their contract partners, as well as the person who has acquired results that have features of commercial secret, during the performance of work contract, contracts for the performance of scientific research, experimental design, and technological work.

The holders of commercial secret are entitled to delegate the power to use the commercial secret to third parties, viz., the users of commercial secret. The latter can also be natural persons that are not entrepreneurs.

## 2. Classification of the Subjects

As to the classification of the subjects, we agree with some authors, and, in our opinion, the classification could include:

1. Subject of entrepreneurial activity-holder of a commercial secret that can act as
  - a. right-holder: person who lawfully possesses the information, including the licensee;
  - b. bona fide acquirer: person who does not have a right to disseminate the information; and
  - c. person who by himself lawfully acquired data that contains the content of the information; also as a result of a work contract, contracts for the performance of scientific research, experimental design, and technological work.
2. The staff of the subject of the entrepreneurial activity: the employees of the commercial secret holder.
3. Officials of state organisations and bodies that conduct audit of the economic activity of the subject of entrepreneurial activity.
4. Other subjects of entrepreneurial activity and their employees who are interested in receiving the commercial secret information of other subjects of entrepreneurship with the purpose to cause damage to the subject of the entrepreneurial activity (person who has illegally acquired, spread or used the information)<sup>8</sup>.
5. Third parties.

**Subjects of entrepreneurial activity** –possessors of commercial secret information can be both legal entities and natural persons who are individual entrepreneurs (businesspersons)<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> See Яковлева Ирина Александровна, Информация с ограниченным доступом в предпринимательской деятельности: правовой аспект, Специальность: 12.00.03, Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук; Москва – 2014, С. 131 (Yakovleva Irina Aleksandrovna, Information with Limited Access in the Entrepreneurial Activities: The Legal Aspect, Specialisation: 12.00.03, Dissertation for the scientific degree of candidate of juridical science, Moscow-2014, page 131).

<sup>5</sup> It is worth noting that this is directly stipulated by Article 1471 of the Civil Code of Russian Federation, which defines: “a production secret (type of commercial secret information) can be received as a result of work contract, contracts for the performance of scientific research, experimental design, and technological work inter alia by state authority.” In case of this approach, the law enforcement practice will become simplified. When concluding such contracts, the parties will not have to reflect on the question of whether to envisage a norm on the protection of possible production secret, as this issue will already have been solved in the legislation.

<sup>6</sup> See Яковлева Ирина Александровна, Информация с ограниченным доступом в предпринимательской деятельности: правовой аспект, Специальность: 12.00.03, Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук; Москва – 2014, С. 132 (Yakovleva Irina Aleksandrovna, Information with Limited Access in the Entrepreneurial Activities: The Legal Aspect, Specialisation: 12.00.03, Dissertation for the scientific degree of candidate of juridical science, Moscow-2014, page 132).

<sup>7</sup> See on the website of the RA Ministry of Justice: [http://www.moj.am/storage/files/legal\\_acts/legal\\_acts\\_1656450483731\\_tasnerord.pdf](http://www.moj.am/storage/files/legal_acts/legal_acts_1656450483731_tasnerord.pdf)

<sup>8</sup> See Хлевицкая Т.Б., Коммерческая тайна предприятия, конспект лекций для студентов дневной формы обучения специальности 7.050107 “Экономика предприятия”, Донецк – 2004, С. 29 (Khlevitskaya T. B., The Commercial Secret of Undertaking, summary of lectures for the full-time education students, Specialisation 7.050107 “Economy of the Undertaking”, Donetsk-2004, page 29).

<sup>9</sup> Ibid.

**Employees of an entrepreneur** have the right to use commercial secret information for the fulfilment of their official work obligations. Access to such information by employees is determined by the entrepreneur, and the conditions of the use are defined by the documents and work contract or by the supplementary agreement developed by the entrepreneur and annexed to them<sup>10</sup>.

Paragraph 2 of Article 43 titled “Receipt of Information” of the RA Labour Code<sup>11</sup> stipulates the following: “The employer shall provide the information on employment relations to employees’ representatives. The volume of the information being provided shall be conditioned by the level of social partnership.”

Paragraph 3 of the same article stipulates the following: “The information shall include ... other information on employment relations, unless such information is deemed to be a state, official or commercial secret.”

The officials of state organisations and bodies that conduct audits with respect to the entrepreneur get access to commercial secret information based on respective acts of the state organisations and bodies. They get the information about the commercial secret of an entrepreneur in the framework of administrative legal regulations. The volume of access to such information is determined by the content of the audit, which must be indicated in the audit documents. Servants of state organs and organisations bear liability as defined by law for the disclosure of commercial secrets. In particular, paragraph 1 of Article 8 of the RA Law “on Organising and Conducting Audits in the Republic of Armenia”<sup>12</sup> stipulates the following: “Official[s]<sup>13</sup> carrying out audit ... must not divulge without the written consent of a business entity, any information revealed to him (them) during the audit, concerning activities, any project or blueprint of activities, discovery, model, industrial sample and any other information that the business entity had intended to keep as a secret, and the official[s] knew or could have known about that intention, as well as information that has been a commercial secret.”<sup>14</sup>

Besides the citizens and legal entities of the Republic of Armenia, foreign citizens and legal entities also have the right to commercial secret. All the rules for the protection

of commercial secret stipulated by the RA legislation apply to the latter without any exception<sup>15</sup>.

Persons who are interested in acquiring the commercial secret information of other subjects of entrepreneurial activity for competitive advantage by using that information are to be regarded as a separate category. The activities of these persons can be regarded as competition surveillance or industrial espionage<sup>16</sup>.

It is worth mentioning that according to Sub-Paragraph “a” of paragraph 4 of Article 16 of the RA Law “on Economic Competition”, industrial and commercial espionage, as well as compelling others to conduct industrial and commercial espionage, is defined as a type of mala fide competition with respect to the undisclosed information. This type of mala fide competition has been enshrined in international legal acts as well.

In our opinion, for defining the regime of commercial secret and the proper protection of commercial secret information, the RA legislation must follow the rules of the legislation of the Russian Federation. The RA legislation should define additional requirements for taking additional measures by the holder of the commercial secret, i.e., placing the commercial secret on hard copies that contain secret information. Moreover, taking into consideration the security issues, we propose creating a registry of persons who have access to commercial secret information; persons that have been given or transferred that information.

### III. The Powers/Rights that Comprise the Content of a Commercial Secret

#### 1. The Issues of Classification of the Powers

T. K. Barseghyan and A. A. Hovhannisyan define the powers as follows: the right to consider the information as secret; the right to take any measure or means not forbidden by the law for ensuring the protection of confidentiality of the information; the right to demand from third parties to refrain from actions leading to unlawful possession of commercial secret information; and the right to demand compensation for the damages inflicted as the result of unlawful use and the right to freely and on one’s own discretion dispose of the commercial secret<sup>17</sup>. Other authors

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> See Official Bulletin of the Republic of Armenia 2004.12.21/69(368) Article 1385 of the RA Labour Code

<sup>12</sup> See Official Bulletin of the Republic of Armenia 2000.06.23/14(112) RA Law on Organising and Conducting Audits in the Republic of Armenia

<sup>13</sup> Paragraph 1 of Article 2 of this Law enumerates the bodies that are entitled to conduct audits within the framework of their powers in the territory of the Republic of Armenia.

<sup>14</sup> See Хлевицкая Т.Б., Коммерческая тайна предприятия, конспект лекций для студентов дневной формы обучения специальности 7.050107 “Экономика предприятия”, Донецк – 2004, С. 30 (Khlevitskaya T. B., The Commercial Secret of Undertaking, summary of lectures for the full-time education students, Specialisation 7.050107 “Economy of the Undertaking”, Donetsk-2004, page 30).

<sup>15</sup> See Բարսեղյան Տ. Կ., Հովհաննիսյան Ա. Ա., Մտավոր սեփականության իրավունք /ուսումնական ձեռնարկ/ Երևան 2012թ., Ս. 248 (Barseghyan T. ., Hovhannissyan A. A., Right to Intellectual Property /course book/, Yerevan 2012, page 248).

<sup>16</sup> See Хлевицкая Т.Б., Коммерческая тайна предприятия, конспект лекций для студентов дневной формы обучения специальности 7.050107 “Экономика предприятия”, Донецк – 2004, С. 30 (Khlevitskaya T. B., The Commercial Secret of Undertaking, summary of lectures for the full-time education students, Specialisation 7.050107 “Economy of the Undertaking”, Donetsk-2004, page 30).

<sup>17</sup> See Բարսեղյան Տ. Կ., Հովհաննիսյան Ա. Ա., Մտավոր սեփականության իրավունք /ուսումնական ձեռնարկ/ Երևան 2012թ., էջ 248 (Barseghyan T. ., Hovhannissyan A. A., Right to Intellectual Property /course book/, Yerevan 2012, page 248).

present other classifications of the powers, narrower or broader, and define as powers comprising the content of commercial secret, for example, power to require, power of own action and power of protection<sup>18</sup>.

Other authors consider the opportunity of a holder to perform own active actions of factual nature that are directed at acquiring income by means of using the information, as well as the determination of the legal destiny of that information, as the main power of the framework of a commercial secret.<sup>19</sup> The power to perform own actions by the holder of commercial secret is considered as the main power that has a quite developed content. This power is traditionally formulated as “using and disposing of.”<sup>20</sup> It includes the following types: opportunity to take measures for the protection of confidentiality of the information; the right to consider the information as secret; right to develop corporative acts /rules of internal work order, provision on the protection of the confidentiality of information, rules of working with the documents that contain the classified “commercial secret”, etc.; and the possibility to impose the duty of not disclosing the information on the persons that possess that information as a part of their work.

In our opinion, T. K. Barseghyan and A. A. Hovhannisyanyan have given a rational classification of the powers. Let us try to describe the separate types of rights (powers) with logic provided by them.

## 2. The Right to Consider Information as Secret

The first and the main one is the right to consider particular information as secret. This right belongs to the holder of the information with a condition that he has acquired it lawfully and does not violate any restriction prescribed by law.

As already mentioned, the subject of a commercial secret has the right to consider any information, save for those forbidden by law, pertaining to his activities, the organisation's, technological processes and techniques of

production as commercial secret and protect the information from disclosure. The possessor of the information himself decides what information should be a commercial secret and defines rules for the protection of that information<sup>21</sup>.

In our opinion, as a constitutive part of this power, importance should be granted to the development of corporative acts that may include rules of internal work order, provision on the protection of the confidentiality of the information, rules of working with the documents that contain the classified “commercial secret,” etc. As a necessary measure of protection of a commercial secret, the legislation should stipulate it as the duty of persons not to disclose the information that they possess as a part of their work.

Article 122 of the RA Labour Code stipulates that the employer shall have the right to rescind the employment contract with the employee in whom the employer has lost confidence on the ground that the employee has released state, official, commercial or technological secrets or divulged that information to a competing organisation. In the light of this, provisions on confidentiality and liability for the violation thereof can be stipulated in the employment contracts of the employees. The holder of the commercial secret can use all the lawful technical means for the protection of the workplace, protection from wiretapping of negotiations through telephone and other possible ways of information leakage.

Nevertheless, this power is not unlimited. Every state is entitled to conduct oversight over the activities of entrepreneurs for the protection of state and public interests, state and military security, as well as for the prevention of mala fide competition and ensuring the protection of the rights of consumers. Moreover, the state has the right to define those types of information, which cannot be official, commercial or banking secrets<sup>22</sup>.

## 3. The Right to Take Measures or Means not Forbidden by the Law for Ensuring the Protection of Confidentiality of Information.

Secondly, the holder of a commercial secret has the right to take measures or means not forbidden by the law for ensuring the protection of confidentiality of the information. Only the holder of the secret has the right of choice of those measures. He can use technical means, develop organisational measures, instructions for maintaining confidentiality, instructions on work with documents, rules of conduct for employees regarding secrets, means of liability

<sup>18</sup> St'ц, Гуляева Наталья Сергеевна; Коммерческая тайна в предпринимательской деятельности: Сравнительно-правовое исследование законодательства РФ, зарубежных государств и международно-правового регулирования; Специальность 12.00; Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук; Москва – 2002; էջ 20 (Gulyaeva Natalia Sergeevna; Commercial Secret in Entrepreneurial Activity: Comparative Legal Study of the Legislation of the Russian Federation, Foreign Countries and International Legal Regulation, Specialisation 12.00, Resume of Dissertation for the Degree of the Candidate of Legal Science, Moscow 2002, page 20).

<sup>19</sup> See Северин Роман Витальевич; Механизм защиты прав на коммерческую тайну; Специальность 12.00.03; Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук; Москва-2011; էջ 62 (Severin Roman Vitalievich; The Mechanism of Protection of the Right to Commercial Secret, Specialisation 12.00.03; Dissertation for the Degree of the Candidate of Legal Science, Moscow-2011, page 62).

<sup>20</sup> See Дозорцев В.А. Понятие секрета промьсла (ноу-хау) // Вестн. Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. No8. 2001. ст. 111 (Dozortsev V. A. The Notion of a Secret of Production (know-how) // Bulletin of the Supreme Arbitrage Court of the Russian Federation. No8. 2001, page 111).

<sup>21</sup> See Բարսեղյան Տ. Կ., Հովհաննիսյան Ա. Ա., Մտավոր սեփականության իրավունք /ուսուժական ձեռնարկ/ Երևան 2012թ., էջ 249 (Barseghyan T. ., Hovhannissyan A. A., Right to Intellectual Property /course book/, Yerevan 2012, page 249).

<sup>22</sup> See Բարսեղյան Տ. Կ., Հովհաննիսյան Ա. Ա., Մտավոր սեփականության իրավունք /ուսուժական ձեռնարկ/ Երևան 2012թ., էջ 249 (Barseghyan T. ., Hovhannissyan A. A., Right to Intellectual Property /course book/, Yerevan 2012, page 249).

ty for the disclosure of the secret, etc.<sup>23</sup> These also include measures taken regarding the choice of staff, organisation of document circulation, defining permit and intra-object regimes, etc.

It is worth mentioning that in the given case, the Court of Cassation stated that it was proved that the Organisation was a state non-commercial organisation and pursued no commercial interest; but other organisations, with which the Organisation had signed contracts, had commercial interests. The Court of Cassation concluded that if the Organisation had provided the plaintiff with the requested information, the commercial secret of the other organisations would have been disclosed. Hence, the Organisation had acted within the requirements of law, and thus there were no grounds to declare the actions of the Organisation as unlawful<sup>24</sup>. Thus, the Court, while adjudicating this case on the qualification of information as a commercial secret, has taken into consideration not only the interests of the respondent party that was a non-commercial organisation but also the commercial interests of its partner organisations. By doing so, the Court prevented the violation of rights and infliction of damages to these organisations with the consequence of possible disclosure of the commercial information related to these organisations.

#### 4. The Right to Demand Third Parties to Refrain from Actions with Respect to Unlawful Possession of Commercial Secret Information

Thirdly, the possessor (holder) of the commercial secret has the right to demand third parties to refrain from actions leading to unlawful possession of a commercial secret<sup>25</sup>.

It is worth mentioning in this context that this right of the holder does not refer to the lawful means of obtaining a commercial secret. In the law enforcement practice, traditionally lawful means included independent invention, retrospective engineering and bona fide acquisition<sup>26</sup>. The powers of this kind are typical for the contractual relations with respect to alienation of the exclusive right over a commercial secret or the termination of the right to its use. It is about the prohibition of the use of the information by

third parties without the permission of the possessor of the right. If the information has been obtained without the permission of the possessor but obtained independently, in the course of own activity, the obtainer of the information is not a violator of the right.

According to V. P. Gribanov, this power is expressed in the possibilities of the application by the holder of the right of his own enforcement measures against the violator; protection of his right by means of own actions of factual nature (protection of civil rights); conducting operative measures of legal nature directly by the holder of the right against the violator; and applying to the competent state and non-governmental bodies with a claim to compel the debtor to demonstrate appropriate. Nevertheless, these possibilities are inseparably interconnected and, with different combinations, included in the right to the protection of subjective right<sup>27</sup>.

As to the content of the right to protection, it is worth mentioning that the right to protection can be exercised by means of self-defence, operative enforcement measures against the violator, as well as forms of administrative and judicial procedures. At the same time, self-defence in the form of preventive measures for the protection of the right to commercial secret has great importance<sup>28</sup>.

The given case does not deal with the prohibition of the use of the information by third parties. It is about the unlawful use of a commercial secret that belongs to someone else. The holder of a commercial secret has monopoly of the factual and not the legal use of a commercial secret. Hence, despite the permission of the holder of a commercial secret, a person who has lawfully acquired such information by himself has the right to use that information despite the rights of the holder of that information and the duties with respect to the holder. The acquirer is not liable before the holder for the use of that information (RA Civil Code<sup>29</sup>, Article 1165, sub-paragraph 4)<sup>30</sup>.

From the above-mentioned information, it can be concluded that the existence of the right to protect secret information from illegal use depends on the maintenance of

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> See on website <http://www.arlis.am/DocumentView.aspx?DocID=59779>

<sup>25</sup> See Բարսեղյան Ս. Վ., Հովհաննիսյան Ա. Ա., Մտավոր սեփականության իրավունք /ուսումնական ձեռնարկ/ Երևան 2012թ., էջ 249 (Barseghyan T. ., Hovhannissyan A. A., Right to Intellectual Property /course book/, Yerevan 2012, page 249).

<sup>26</sup> See Гуляева Наталья Сергеевна; Коммерческая тайна в предпринимательской деятельности: Сравнительно-правовое исследование законодательства РФ, зарубежных государств и международно-правового регулирования; Специальность 12.00; Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук; Москва – 2002; էջ 21 (Gulyaeva Natalia Sergeevna; Commercial Secret in Entrepreneurial Activity: Comparative Legal Study of the Legislation of the Russian Federation, Foreign Countries and International Legal Regulation, Specialisation 12.00, Resume of Dissertation for the Degree of the Candidate of Legal Science, Moscow 2002, page 21).

<sup>27</sup> See Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. Изд. 2-е. М., 2001. ст. 107 (Gribanov V. P., The Exercise and Protection of Civil Rights. 2-nd edit. Moscow, 2001, page 107).

<sup>28</sup> See Гуляева Наталья Сергеевна; Коммерческая тайна в предпринимательской деятельности: Сравнительно-правовое исследование законодательства РФ, зарубежных государств и международно-правового регулирования; Специальность 12.00; Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук; Москва – 2002; էջ 21 (Gulyaeva Natalia Sergeevna; Commercial Secret in Entrepreneurial Activity: Comparative Legal Study of the Legislation of the Russian Federation, Foreign Countries and International Legal Regulation, Specialisation 12.00, Resume of Dissertation for the Degree of the Candidate of Legal Science, Moscow 2002, page 21).

<sup>29</sup> See Official Bulletin of the Republic of Armenia 1998.08.10/17(50) Civil Code of the Republic of Armenia

<sup>30</sup> See Բարսեղյան Ս. Վ., Հովհաննիսյան Ա. Ա., Մտավոր սեփականության իրավունք /ուսումնական ձեռնարկ/ Երևան 2012թ., էջ 250 (Barseghyan T. ., Hovhannissyan A. A., Right to Intellectual Property /course book/, Yerevan 2012, page 250).

confidentiality. If the information somehow became known to third parties, it ceases to be a secret. This does not mean that a secret can be the information that is known only to one person. The same information can be known and used by different subjects who act independently from each other at the same time. Moreover, the information will be considered as secret if each of them has taken respective measures to ensure the confidentiality of that information<sup>31</sup>.

Despite the fact that the RA Civil Code does not contain any regulation on the illegal methods of obtaining information, this is not a complicated issue. Industrial espionage, obtaining information by means of bribing employees of the holder of a commercial secret, wiretapping, opening sealed correspondence, theft of information, etc., are some of the illegal methods. Some of these illegal methods are enumerated in the RA Law “on Economic Competition”<sup>32</sup>, in particular in paragraph 4<sup>33</sup> of Article 16 of this law where they are stipulated as means of obtaining, using and disclosing information that contradict customs of commerce. Such actions are also constituent part of administrative infringements or *corpus delicti* of the crime (e.g., Article 199 of the RA Criminal Code<sup>34</sup>).

Section VII, titled “the Mechanisms of Ensuring the Information Security of the Republic of Armenia,” of the “Concept of the Information Security of the Republic of Armenia” stipulates the mechanisms for ensuring information security of the Republic of Armenia. These mechanisms include drafting and adoption of normative acts of the Republic of Armenia that stipulate liability of natural persons and legal entities for obtaining information without permission, illegal copying, distortion and illegal use of that information, intentional spreading of false information, illegal disclosure of the secret information, and use of official or commercial secret information for criminal and mercenary purposes. The adoption of this system of official approaches with respect to the objectives, issues, principles and main directions of ensuring information security of the Republic of Armenia can be regarded as a step conditioned by modern challenges directed at the development and implementation of the state policy of ensuring information security of the Republic of Armenia. The reflection on illegal use of commercial secret information in this document is a basis for the conclusion that a commercial secret together with state, official and banking secrets is under the state care. Nevertheless, the state

should not be satisfied only by underlining the necessity of drafting and adopting legal acts in the mentioned field. The issues of this field can only be solved by drafting and implementation of operating mechanisms for the protection of commercial secret information<sup>35</sup>.

Taking into consideration that the right to demand third parties to refrain from illegally obtaining a commercial secret has not been fully regulated in the RA Civil Code, it is proposed in the “Concept on Amendments in Section 10 of the Civil Code” to stipulate in the RA Civil Code that a person who lawfully possesses a commercial secret must have the right to forbid third parties from using the undisclosed information or a part of it, if it was disclosed or became known to third parties without the knowledge or written permission or consent of the lawful holder of that commercial secret (illegal disclosure). Moreover, this type of protection must be applicable also in cases where the illegal user of the information is a *bona fide* acquirer<sup>36</sup>.

For that purpose, it is proposed in the “Concept on Amendments in Section 10 of the Civil Code” to stipulate in paragraph 2 of Article 1165 of the RA Civil Code that the holder of undisclosed information has the right to demand from a *bona fide* acquirer of information to immediately stop using, disclosing or spreading the information. Moreover, the authors of the concept propose to repeal the provision of Article 1165 that stipulates that “a court, taking into account the funds expended by a *bona fide* acquirer of undisclosed information toward its use, may permit its further use on the condition of a compensated non-exclusive license.”<sup>37</sup>

### 5. The Right to Demand Compensation for Damages Caused by Unlawful Use

Fourthly, a lawful holder has the right to demand compensation for the damages, caused by unlawful use, from the persons that have illegally obtained, used or disseminated secret information.

If the person who illegally used the secret information has obtained that information from a person who is not entitled to disseminate it, and the first person did not know or was not obliged to know about that, then the lawful holder of the secret information has the right to demand compensation from the *bona fide* acquirer for the damages caused by the illegal use of that information starting from the mo-

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> See Official Bulletin of the Republic of Armenia, 2000.12.15/30(128) RA Law on Protection of Economic Competition

<sup>33</sup> Paragraph 4 of Article 16 stipulates the following such means: industrial and commercial espionage or compelling to conduct espionage; violation, termination of the contract related to undisclosed information or compelling to do so; acquirement of undisclosed information by a third party, who knew or could have known that this acquirement implied performance of actions foreseen in above-mentioned paragraphs.

<sup>34</sup> See Official Bulletin of the Republic of Armenia, 2003.05.02/25(260) Criminal Code of the Republic of Armenia

<sup>35</sup> It is worth noting that as compared to Armenia, according to the information security concept of the Russian Federation in the field of industrial espionage, the intensification of the activities of foreign state and commercial undertakings, institutions and organisations, with the involvement of intelligence and special services, is one of the external threats to the information security of the Russian Federation in the field of science and technology.

<sup>36</sup> See on the website of the RA Ministry of Justice: [http://www.moj.am/storage/files/legal\\_acts/legal\\_acts\\_1656450483731\\_tasner-ord.pdf](http://www.moj.am/storage/files/legal_acts/legal_acts_1656450483731_tasner-ord.pdf)

<sup>37</sup> See on the website of the RA Ministry of Justice: [http://www.moj.am/storage/files/legal\\_acts/legal\\_acts\\_1656450483731\\_tasner-ord.pdf](http://www.moj.am/storage/files/legal_acts/legal_acts_1656450483731_tasner-ord.pdf)

ment when the bona fide acquirer found out that the use of information was illegal (Civil Code, Article 1165)<sup>38</sup>.

The lawful holder of secret information has the right to demand from an illegal user to stop its use immediately. Nevertheless, a court, taking into account the funds expended by a bona fide acquirer of undisclosed information toward its use, may permit its further use on the condition of a compensated non-exclusive license<sup>39</sup>.

According to the “Concept on Amendments in Section 10 of the Civil Code,” the RA Civil Code does not foresee the right of the holder of the undisclosed information to demand the bona fide acquirer to stop the use of the undisclosed information. Moreover, paragraph 3 of Article 1165 now entitles the court to permit further use of undisclosed information by the bona fide acquirer who illegally uses it, taking into account the funds expended by him towards its use. International practice shows a different approach and does not regard the expenses (irrespective of the amounts spent) incurred by the violator as a precondition for permitting the further use of the information as it might cause abuse. Hence, it is proposed to make some amendments to the RA Law “on Economic Competition”. In particular, Article 16 of this law regulates the relations connected to mala fide competition concerning undisclosed information. According to the “Concept on Amendments in Section 10 of the Civil Code,” these relations are not in line with the regulations of the RA Civil Code. Hence, the authors of this concept have proposed to clarify that if the undisclosed information or a part of it that was disclosed by the lawful holder or with his knowledge, consent or permission (lawful disclosure), then it will lose its force as a commercial secret and will become information that is accessible to everyone<sup>40</sup>.

## 6. Possible Solutions to Legislative Issues

Taking into account the analysis and the issues that were reflected in the “Concept on Amendments in Section 10 of the Civil Code,” we propose to supplement the RA Civil Code with Article 1165 titled “Liability for Illegal Use of Commercial Secret” with the following formulation:

- “1. The person who has illegally obtained, disseminated or used a commercial secret shall compensate the damages that he has caused to the lawful holder.
2. If the user of the commercial secret has obtained it from a person that did not have the right to disclose it, then the holder of the commercial secret or with his consent other lawful possessor of that information shall be enti-

tled to demand compensation from the obtainer (including the bona fide acquirer)

- a) to immediately stop the use, disclosure and (or) dissemination of that information; and
- b) to compensate damages caused by the use, and in case of bona fide acquirer – starting from the moment when he found out that the use was illegal but continued the use.”

Fifthly, the holder of a commercial secret has the right to freely and of own discretion dispose of the commercial secret<sup>41</sup>.

This right can be expressed in alienating the exclusive right over a commercial secret, disclosing that information and terminating its regime of confidentiality. The holder of a commercial secret has the right to transfer his exclusive right to the acquirer at any moment or publicly disclose the commercial secret information, if it does not violate the rights of the contract partners, or he has the right to give the right to use the secret to third parties to the extent stipulated by the licensing contract. At the same time, the parties are obliged to keep the confidentiality until the termination of the exclusive right concerning the production secret.

The holder of a commercial secret at any time can disclose the commercial secret information if that will not lead to the violation of the rights of his partners. He can transfer that information to other persons, sell it, and transfer the entire content of the information or a part of it to other persons under a licensing contract (Article 1166 of the Civil Code). If the secret information is transferred to another person under a licensing contract, this person (the licensee) shall take proper measures to ensure the maintenance of the confidentiality of the information and, like the licensor, has the right to protection of that information from its illegal use by third parties. If not stipulated otherwise, the licensee will bear the obligation to keep the confidentiality of the information even after the termination of the licensing contract if the respective information continues to be undisclosed information<sup>42</sup>.

According to the “Concept on Amendments in Section 10 of the Civil Code,” it is not clear from the content of Article 1166 of the RA Civil Code whether rights concerning undisclosed information can be transferred to another person. There are no requirements defined about the form and content of such contract, in particular the requirement of preserving confidentiality, etc.<sup>43</sup> Hence, the authors of the concept have proposed to clarify in the RA Civil Code that undisclosed information can be both alienated and

<sup>38</sup> See Բարսեղյան Ս. Կ., Հովհաննիսյան Ա. Ա., Մտավոր սեփականության իրավունք /ուսումնական ձեռնարկ/ Երևան 2012թ., էջ 251 (Barseghyan T. ., Hovhannissyan A. A., Right to Intellectual Property /course book/, Yerevan 2012, page 251).

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> See on the website of the RA Ministry of Justice: [http://www.moj.am/storage/files/legal\\_acts/legal\\_acts\\_1656450483731\\_tasner-ord.pdf](http://www.moj.am/storage/files/legal_acts/legal_acts_1656450483731_tasner-ord.pdf)

<sup>41</sup> See Բարսեղյան Ս. Կ., Հովհաննիսյան Ա. Ա., Մտավոր սեփականության իրավունք /ուսումնական ձեռնարկ/ Երևան 2012թ., էջ 251 (Barseghyan T. ., Hovhannissyan A. A., Right to Intellectual Property /course book/, Yerevan 2012, page 251).

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> See on the website of the RA Ministry of Justice: [http://www.moj.am/storage/files/legal\\_acts/legal\\_acts\\_1656450483731\\_tasner-ord.pdf](http://www.moj.am/storage/files/legal_acts/legal_acts_1656450483731_tasner-ord.pdf)



transferred to other persons for the use and definition of those rights, which can be transferred to other persons and to define the volume of the latter, define requirements for the form and content of such contract (e.g., the requirement of preserving confidentiality). In their opinion, it must be defined that the contract of transfer of a right concerning undisclosed information shall be concluded in written form, and its content shall be confidential and not subject to disclosure. This aids in clarifying that both the provider and the receiver of the information must keep it confidential if not stipulated otherwise by the contract<sup>44</sup>.

Taking into account the analysis from above and the issues that were reflected in the “Concept on Amendments in Section 10 of the Civil Code”, we propose to supplement the RA Civil Code with Article 1166 titled “Transfer of a Right Over Secret Information” that can have the following wording:

- “1. The holder of a commercial secret can fully or partially alienate the right over the commercial secret with a written contract or grant it to third parties for their use.
2. If no other agreement has been made between the parties of the contract defined in paragraph 1 of this Article, then the parties shall keep the commercial secret confidential both in the course of the term of contract and after the end of the term or the termination of the contract.”

It is worth noting that it is accepted in legal literature to include the right to freely and independently dispose information and the right of use of commercial secret information (right to use) through own actions. The latter is the inseparable element of the right to commercial secret. At the same time, it is worth mentioning that the right to dispose can exist in the forms of alienating and transferring the right to use. In the second case, the right to use is also fully available to the holder of the right. In civil law theory, there are different opportunities for the exercise of the right to own actions in entrepreneurial activity. These opportunities include transfer of commercial secret information by contract, in particular by a contract on transfer of commercial secret, “mixed license”, “contract on commercial concession”, as well as a number of other contracts regulating the relations of the parties in entrepreneurial activity, inclusion of the right to use commercial secret (know-how) in the charter capital, and investment of the commercial secret (know-how) in a partnership contract as a deposit<sup>45</sup>.

Some of these opportunities have been stipulated in the RA Civil Code. In particular, paragraph 1 of Article 1166 stipulates that a person possessing undisclosed information may transfer all or a part of the data constituting the content of this information to another person under a licensing contract.

In our opinion, the right to use a commercial secret under one’s own discretion has unfairly not been included in the list of the rights of the subject of a commercial secret. The opportunity of actions, which include the processing and obtaining of analytical information, use of information during the development of business plans or in contract work, etc., must be perceived under the right to use. The use of technical drafts that contain a production secret can be performed during preparing a new production and replacing the old technologies. Thus, the possibility of all actions for the use and application of commercial secret information by the holder of that information in his entrepreneurial activities can be understood under the light of right to use.

Taking into account the performed analysis, in our opinion, in addition to the above-mentioned legislative amendments, a new article should be added to the RA Civil Code that will exhaustively regulate the above-discussed rights of the subjects of a commercial secret.

<sup>44</sup> See on the website of the RA Ministry of Justice [http://www.moj.am/storage/files/legal\\_acts/legal\\_acts\\_1656450483731\\_tasnerord.pdf](http://www.moj.am/storage/files/legal_acts/legal_acts_1656450483731_tasnerord.pdf)

<sup>45</sup> See Гуляева Наталья Сергеевна; Коммерческая тайна в предпринимательской деятельности: Сравнительно-правовое исследование законодательства РФ, зарубежных государств и международно-правового регулирования; Специальность 12.00; Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук; Москва – 2002; ст. 21 (Gulyaeva Natalia Sergeevna; Commercial Secret in Entrepreneurial Activity: Comparative Legal Study of the Legislation of the Russian Federation, Foreign Countries and International Legal Regulation, Specialisation 12.00, Resume of Dissertation for the Degree of the Candidate of Legal Science, Moscow 2002, page 21).

# Georgian Law of Unjust Enrichment and Koenig's Draft Law

## I. The System of Condition Under the Civil Code of Georgia and Koenig's Draft Law

Under Georgian law, transfer of ownership without a valid obligatory ground is considered invalid due to the principle of causality. According to Article 186 of the Civil Code of Georgia, a precondition for the transfer of ownership is a valid right, which implicates the obligatory legal right to claim, i.e., a causa.

Although one of the articles<sup>2</sup> published shortly after the adoption of the Civil Code of Georgia emphasises that the Georgian law is familiar not only with the principle of separation, but also with the principle of abstraction, this emphasis is most likely the result of a misunderstanding judging from the text of the relevant law.<sup>3</sup> Therefore, since both obligatory and real agreements are invalid, the owner may only claim owned property back through vindications. Therefore, it seems reasonable to compare Georgian law and Austrian- Swiss law with each other, since both these systems recognise the principle of causality.

The system of condition under Georgian law is akin to the German model, which, of course, is not accidental. The Georgian law on unjust enrichment is mainly based upon the project elaborated in 1981 by Detlef Koenig, a Heidelberg University professor, whose work was supposed to replace the existing norms of the German Civil Code. Koenig developed this project by an order of the German Federal Ministry of Justice. However, it has not been enforced in Germany; nevertheless, it had a significant response from the modern academic community.

## II. Koenig's Draft Law

In Koenig's project, the law of unjust enrichment is divided into four parts. The first part is dedicated to the condition of performance; the second part – the condition of infringement; the third part – the condition of expenses (condition of expenses represents the generic term for the condition of expenses and recourse)<sup>4</sup>; and the fourth

part regulates the three person relationships related to conditions.<sup>5</sup> Thus, the draft law repeats the typology of conditional claims<sup>6</sup> developed by *Fon kemereris*, Koenig's teacher, which has already gained international recognition.<sup>7</sup> Condition of performance represents the supplement of the Contract Law; condition of infringement represents the supplement of the Tort Law, while the condition of expenses represents the supplement of the Agency without Specific Authorisation. These principles were already recognised by judicial practice and the field of law<sup>8</sup>. However, paragraph 812 of the German Civil Code, which entered into force much earlier, only differentiated between the conditions of performance and non-performance, thus creating an unstable ground for such a division. Koenig, however, dedicated special provisions to each type of condition in the draft law. The last provision of the draft law provides for a general reservation, which is used in those exceptional cases when no other provision is applicable.

Koenig's<sup>9</sup> goal was to elaborate easily perceivable provisions related to conditional claims by rephrasing paragraph 812 and the following paragraphs of the German Civil Code, which would facilitate their quick and problem free solution in practice. However, he himself admits that the comprehensive topic of unjust enrichment not always makes it possible for the relevant provisions to be easily perceptible. This circumstance became the main target of criticism after the promulgation of draft law. For comparison, the author used French, British and US law and order.

## III. Differences Between German Civil Code and Koenig's Draft Law

The following are the specific provisions and their differences from the German Law: in reference to the condition of performance, Koenig criticised the fact that the dogmatism of this condition does not envisage material basis that have resulted in the disruption of the goal of the performance. The concept of performance does not separately provide enough regulation to solve the disputes arising between the performing person and the recipient regarding the grounds/basis of performance. One of the problems derived from the abovementioned issue is the scope of application of paragraph 814 of the German Civil Code. The paragraph only applies to the cases when mistakes are made during a performance (i.e., *condictio idebiti* – a party

<sup>1</sup> Doctor of Law; Assistant Professor (Private Law) at Tbilisi State University, Faculty of Law.

<sup>2</sup> LANG/LOMIDZE/SCHIEFFLER, WiRO 2003, 371 and following pages.

<sup>3</sup> *Kereselidze*, Review of Georgian Law 6 no. 4 (2003), 600, 604.

<sup>4</sup> Thus, it is incorrect to divide conditions into two groups only, viz., conditions of performance and conditions of infringement (for comparison see: *Kochashvili*, Roman Shengelia's 70th anniversary

collection, p. 286), as there are two more types of conditional claims, namely – conditions of expenses and conditions of recourse.

<sup>5</sup> For comparison see: with respect to the system of condition under Civil Code of Georgia see *Rusiashvili*, Tort Law Cases, p. 86 and following.

<sup>6</sup> *E. V. Caemmerer*, FS Rabel I (1954), 333 and following pages.

<sup>7</sup> Restatement of the Law of Restitution (1937); Dobbs, Handbook on the Law of Remedies; Palmer, the Law of Restitution; Goff/Jones, the Law of Restitution.

<sup>8</sup> For comparison see: Bartels, *RabelsZ* 78 (2014), 479 and following pages.

<sup>9</sup> König, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechtes, 1519.

does not perform the non-existent obligation) and not to the cases when the grounds for the performance between parties is invalid (*condictio sine causa* – a party performs an invalid obligation). Before the German Civil Code entered into force, according to *ius commune*, a mistake only represented the precondition for *condictio idebiti* – payment of a debt that has already been paid by mistake, payment to another person instead of a creditor by mistake, etc., and not the precondition for the recovery of a payment made on the basis of an invalid agreement. Paragraph 814 of the German Civil Code refers to the mistake as a negative precondition for all types of condictions of performance. According to Koenig<sup>10</sup>, the foregoing paragraph, on one hand, is too broad, and includes cases that should not have been included, and on the other hand, it incompletely regulates cases, which should have been regulated. This provision shall not apply to the performance of an invalid agreement. If the performing person does not confirm/acknowledge the invalid agreement, thus making it valid, then it is irrelevant whether this performing person was misled regarding the grounds of the performance.

In terms of an invalid agreement, the demand to return the performance is impermissible not in case of awareness of the performing person of this invalidity, but rather in case of a contradiction between such claim for return and the grounds of invalidity. However, after enforcement of law, the court practice outlined the cases of conclusive refusal to claim the return of property. If, for example, an insurer pays the insurance compensation despite doubts regarding the occurrence of an insured event, return of the property may not be claimed since such payment indicates conclusive refusal to claim the return.<sup>11</sup> The crucial factor is how the recipient was supposed to understand the intention of the performing person. Therefore, Koenig's draft law, as well as Georgian Civil Code, provides the following provision instead of paragraph 814: "Return of the property may not be claimed if the recipient could presume that the performing person was willing to transfer the benefit irrespective of whether or not the conditions of the first paragraph of this article exist" (Article 976 [2] "c" of the Civil Code of Georgia).

Second sentence of paragraph 817 of the German Civil Code most clearly demonstrates to what extent the conditional claim for return of property is dependent upon the cause of the invalidity of obligatory agreement. German court practice has long considered the grounds for invalidity as the decisive factor while applying this provision. Civil and legal consequences of the violation of prohibiting norm should be determined in consideration of the foregoing provision's aims. According to Koenig<sup>12</sup>,

such an attitude towards the grounds of invalidity and conditional demand should have been more explicit. This would clearly be a more elegant solution than the causal approach still existing in Germany in relation to paragraph 817 (2) of the German Civil Code, when the application of the concerned provision is determined according to the court practice. Therefore, concerned provision of the German Civil Code was given a more unambiguous wording in Article 976 (2) "d" of the Civil Code of Georgia.

#### German Civil Code

**§817. Breach of law or public policy.** If the purpose of performance was determined in such a way that the recipient, in accepting it, was violating a statutory prohibition or public policy, . . . , if the person who rendered performance was likewise guilty of such a breach, unless the performance consisted in entering into an obligation; restitution may not be demanded of any performance rendered in fulfillment of such an obligation.

#### Civil Code of Georgia

**Article 976. Grounds for claims against pseudo creditors.**

2. Return of the property may not be claimed if: d) the claim for return of property in the case of performing a void debt contract contradicts the protective function of the provisions governing invalidity.

This example demonstrates how a German professor's thought was turned into Georgian law.

#### IV. Criticism of the Draft Law

The draft law was subjected to criticism that eventually concerned significant points. These points are of utmost importance for us since the draft law was incorporated into Georgian legislation, which is why I shall try to provide detailed information regarding them.

After its publication, Koenig's draft law caused sharp discussions and it was mostly criticised.<sup>13</sup> The draft was condemned because it did not contain any new essence and only contained reception and editing of judicial practice.<sup>14</sup> Although the author tried to "elaborate simple and unambiguous rules, which would allow the court practice to quickly and painlessly overcome the daily problems related to the law of unjust enrichment,"<sup>15</sup> this possibility was deemed suspicious due to the existing condition of the law of condictions.<sup>16</sup>

<sup>10</sup> König, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechtes, 1542.

<sup>11</sup> RG 3.7.1899 (1); RGZ 44. 136 (141).

<sup>12</sup> König, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechtes, 1542.

<sup>13</sup> Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 3 IV 2; Lieb, Das Bereicherungsrecht de lege ferenda, NJW 1982, p. 2034 and following; Grunsky, AcP 182 (1982), 462 and following pages.

<sup>14</sup> Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 3 IV 2; Lieb, Das Bereicherungsrecht de lege ferenda, NJW 1982, 2040.

<sup>15</sup> König, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechtes, 1519.

<sup>16</sup> Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 3 IV 2.

## 1. Criticism of Condition of Performance

In case of Condition of performance, parties to the concerned relation are performer and the pseudo creditor, i.e., the recipient, who does not have appropriate legal grounds to accept the performance. Perceptive augmentation of the other person's property is essential for the performance; however, it is not enough. A performing person should have a specific aim with this augmentation, such as payment of debt or giving rise to a new obligation (an actual gift contract). Determination of this so-called aim of debt payment is a similar action<sup>17</sup> to transaction<sup>18</sup> and according to the prevailing view existent in court practice<sup>19</sup> and in literature<sup>20</sup>. In case of suspicion, it should be defined from the recipient's perspective, however, Koenig does not agree with this idea.<sup>21</sup> This kind of "revolution of the law of will,"<sup>22</sup> which becomes especially actual with respect to three-person relations, can hardly be justified.<sup>23</sup> For instance, in case of a conditional triangle<sup>24</sup>, when the instruction is imperfect, it is crucial to determine whether this instruction is attributable to the instructor. If, for example, a bank pays a twice the original sum to its client's creditor by mistake, the client has nothing to do with the error of the bank. Such payment cannot be attributed to the client towards the creditor. Therefore, restitution of this extra payment should be claimed not by the client through the condition of performance, but rather directly by the bank through the condition of non-performance. The same rule applies to those cases when the recipient is aware of the recall of instruction, or its non-existence<sup>25</sup>, and hence is in no position to assume that the debtor is willing to perform through such an indirect payment. Regardless of recipient's<sup>26</sup> awareness, instruction will not be

attributable to the person who gave the instruction, if this sham legal fact<sup>27</sup> cannot be imputed to him/her, i.e., it was not caused by him/her<sup>28</sup>.

Koenig incorporated the foregoing principle of decisiveness of attribution<sup>29</sup> in his draft law. Relevant article of the draft law is formulated as follows:<sup>30</sup>

Koenig's draft law
<p><b>4.1.</b> (1) A person who according to paragraph 1 (1)<sup>30</sup> has transferred something to another person by a creditor's instruction may claim it back from the pseudo creditor (recipient) if the performance had been rendered to the pseudo creditor. If the pseudo creditor has not given any instructions, then the claim may be used only against the third party.</p>
Civil Code of Georgia
<p><b>Article 988. Effects of performance by instruction of pseudo creditor.</b></p> <p>1. A person who under Article 976 transfers something to a third party by a pseudo creditor's instruction may reclaim the performance from the pseudo creditor as if the performance had been rendered to the pseudo creditor. If the pseudo creditor's instruction is suspicious, then the claim may be used only against the third party.</p>

Georgian text is not exactly in line with Koenig's draft law. However, in the end, despite the inaccuracy of the two wordings, Georgian provision conveys the exact meaning of the concerned norm of the draft law. Yet, the criticism of German legal literature is indeed directed against the norm elaborated by Koenig. Even though Koenig used the principle of attribution, he refused to define the purpose of performance from the recipient's perspective and share the idea of performance as provided by paragraph 362 and the first sentence of paragraph 812 (1) of the German Civil Code.<sup>31</sup> Hence, in this case, the author's goal to simplify the law of conditions remains ultimately futile, because the law does not contain the criteria for the attribution of the performance rendered to a third party. In contrast, recognition of the parallel connection between the payment of debt and the baseless performance, regulated by the law of obligations, would open the path towards the criteria of attribution elaborated within the scope of the doctrine of transactions.<sup>32</sup>

Koenig decided to regulate these issues with the principle of equity envisaged by his draft law; however, this does not always lead to a fair result. For example, it is im-

<sup>17</sup> BGHZ 106, 166; BGHZ 111, 386.

<sup>18</sup> In German Rechtsgeschäftsähnliche Handlung (in Georgian presumably "the action similar to a transaction") means a legal act, which, even though does not represent a transaction, entails legal consequences alone or together with other actions.

<sup>19</sup> BGHZ 40, 274; BGHZ 72, 249; BGHZ 105, 365, 369; BGHZ 122, 46, 50 and following pages; BGH ZIP 1999, 435, 437; BGH NJW 2005, 60.

<sup>20</sup> Beuthien V., Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, 292; Hagmann-Lauterbach, Der Zusammenhang zwischen dem finalen Leistungsbegriff im Bereicherungsrecht und den Erfüllungslehren, 156 and following pages; 174; Hassold, Zur Leistung im Dreipersonenverhältnis – Anweisung und Vertrag zugunsten Dritter als Modell –, 14; Seibert, JZ 1981, 384; Bülow, JuS 1991, 531; Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, § 5 III 4; Muscheler/Bloch, JuS 2000, 734; for comparison see the additional literature: G. K. Beckhaus, Die Rechtsnatur der Erfüllung, 64 sk. 423.

<sup>21</sup> König, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechtes, 1541.

<sup>22</sup> Thomale, Leistung als Freiheit Erfüllungsautonomie im Bereicherungsrecht, 24.

<sup>23</sup> Thomale, Leistung als Freiheit, 24.

<sup>24</sup> The most common type of a conditional relation, in which three persons are participating, is the so-called "the case of instruction", when the debtor does not pay the creditor directly, but rather his/her creditor.

<sup>25</sup> BGH ZIP 2003, 69, 71; BGH NJW 2001, 2880, 2881; BGHZ 88, 232, 236.

<sup>26</sup> Anweisungsbegünstigte – "instructed recipient", i.e., a person, who receives the indirect performance as a result of a third person's instruction.

<sup>27</sup> Scheintatbestand – illusion of the existence of a legal fact caused by certain circumstances, which should be presumably translated into Georgian as the sham legal fact.

<sup>28</sup> BGH NJW 2001, 2880, 2881; BGH NJW 2004, 1315, 1316; BGH NJW 2005, 3213, 3214.

<sup>29</sup> The so-called Zurechnungsgedanke – when it is decisive to what extent does the instruction is attributable to its alleged giver.

<sup>30</sup> Paragraph 1 (1) of the Draft Law is in line with Article 976 (1) of the Civil Code of Georgia.

<sup>31</sup> THOMALE, Leistung als Freiheit, p. 24, as well as 163 and following pages.

<sup>32</sup> REUTER/MARTINEK, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 3 IV 2.

possible to resolve the issue of performance rendered to a pseudo creditor by a pseudo debtor only on the basis of the principle of equity. Moreover, the second issue, which should be decisive in the conditional triangle, performer's perspective, or the recipient's perspective, cannot be solved only by applying the principle of equity either, without any dogmatic grounds.

According to Koenig, in this case performer's perspective should be decisive, since the recipient is already protected under paragraph 818 (3) of the German Civil Code, according to which, recipient's liability to undertake restitution is excluded to the extent that he/she is no longer enriched. However, the fact that the protection of recipient's interests merely by paragraph 818 (3) of the German Civil Code is not sufficient<sup>33</sup> has long been recognised by the German law, particularly since the prominent decision of the Reich court "on postal instruction"<sup>34</sup>. The case was as follows: one of the staff members at a post office gave an instruction to the relevant post unit to transfer some money to his creditor by abusing his/her official status. He personally had not paid anything to the post office. Later, the subject matter of the dispute concerned the question whether or not the post office could claim the restitution of the payment from the addressee or from the staff member who forged the instruction. The above argument that the recipient's interests are sufficiently protected under paragraph 818 (3) of the German Civil Code was still applicable in this case. However, the court considered that the recipient "received no more than he was entitled to and therefore was not unduly enriched."<sup>35</sup> In other words, the recipient was not made to return the money, since the post office was by deceit made to pay to its pseudo creditor's creditor, but was perceived as the payment made to the creditor by his/her debtor. Thus, according to the court decision, it is clear that in order to ensure the protection of a recipient's interests, merely the so-called "protection of a specific trust"<sup>36</sup> is not enough.<sup>37</sup>

## 2. Criticism of the Condition of Encroachment

As for the condition of encroachment under the draft law, here as well the Georgian law does not repeat the original German text word for word:

Relevant norm of the draft law is formulated as follows:

### Koenig's Draft Law

**2.1. (1)** A person who encroaches on the ownership, other relevant right or the property of another without the consent of that person by disposing, using, joining, mixing, processing or by other means, shall be obliged to pay the total cost to the authorised person.

<sup>33</sup> REUTER/MARTINEK, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 3 IV 2.

<sup>34</sup> RGZ 60, 24.

<sup>35</sup> RGZ 60, 29.

<sup>36</sup> The term herein means the protection of the trust that the received performance will be maintained according to paragraph 818 (3) of the German Civil Code.

<sup>37</sup> REUTER/MARTINEK, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 3 IV 2.

### Civil Code of Georgia

#### Article 982. Effects of encroachment upon the legal goods of others.

A person who encroaches on the legal goods of another without the consent of that person by disposing, using, joining, mixing, processing or by other means, shall be obliged to pay the damages so incurred to the authorised person.

First of all, what attracts our attention as we compare these two provisions is the obligation to pay the damages, as provided by the Georgian text, unlike German original<sup>38</sup>, which is not correct, and is most likely to be attributed to the translator's mistake. The law of unjust enrichment is not the law of damages, but rather the law of restitution of unjustly rendered performance. Conditional claim may arise even if the authorised person suffered no damages. On the other hand, it may arise regardless of the damage suffered by the other person, if the person, who encroaches on the property of another, did not gain anything in return.

Wording chosen by Koenig was also criticised at the time as he used the concept of "property,"<sup>39</sup> which is too general for the characterisation of the encroached legal position.<sup>40</sup> This concept ultimately tells us nothing, and leaves the main problems arising in practice unresolved. According to the idea expressed in relevant legal literature, it would have been better for Koenig to use the concept having the essence of "the monopoly of transfer, as established by the court practice"<sup>41</sup>. In that case, it would be unambiguous due to the rules of competition law, and object of encroachment may not be the right to demand another person to refrain from action.<sup>42</sup> This criticism should also be taken into consideration with relation to the Georgian law, where the notion of the object of encroachment is similarly broad and where there is no ongoing discussion as to what may or may not become the object of encroachment.

Koenig's decision to include *condictio ex iniusta causa* (condiction deriving from unfair grounds) in his draft law is not unambiguous, and it was even rejected by the authors of the German Civil Code at that time. This condiction is envisaged by Article 978 of the Civil Code of Georgia and refers to the case when a person transfers something to another person not for performing an obligation but under duress or threats. The transferred property/money can be reclaimed if the recipient had no legal right to what had been transferred to him/her, while the burden of proof that such right exists rests with the recipient. Placing the

<sup>38</sup> The damage is wrongly emphasised by Kochashvili (Roman Shengelia's 70th anniversary collection, p. 291) and Kandashvili, Constitutional and International Mechanisms for the Protection of Human Rights, p. 193.

<sup>39</sup> KÖNIG, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechtes, 1554.

<sup>40</sup> REUTER/MARTINEK, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 3 IV 2.

<sup>41</sup> ESSER/WEYERS, Schuldrecht BT II/2, § 50 I 1.

<sup>42</sup> Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 3 IV 2.

foregoing condition on par with the conditions of performance and recognition of its liability scale to be the same as the scale of conditions of performance does not seem justifiable. *Condictio ex iniusta causa*, which comes from the Roman law, was recognised to be the condition of encroachment and not the condition of performance. Koenig himself admits this when he says that the payment under duress or threat is not *solvendi causa*, i.e., there is no conscious and deliberate augmentation of another person's property.<sup>43</sup> This is compounded by the fact that the author refuses to define the purpose of the payment made by the debtor from the perspective of the recipient. In a reverse scenario, it would still be possible to deem the payment as under duress or threats to represent a performance. For example, according to the teachings on transactions, a will expressed under duress or threat is not considered to be void, unlike the duress of action with the use of *vis absoluta* (absolute physical force), when the person's freedom of choice is fully absent. In the first case, it is considered that the autonomy of testator's will is not completely neglected. Thus, if we defined the purpose of payment from the recipient's perspective, we could still talk about the performance to represent the conscious and deliberate augmentation of another person's property. If we defined such purpose from the payer's perspective, payment under duress could not be considered as performance. The justification offered by Koenig for this demand is as follows: in case of payment under duress or threat, the payer normally has the right to file a tort claim and demand the restitution of the payment under Paragraphs 826 and 823 (2) of the German Civil Code and relevant norms of German Criminal Code. However, according to *condictio ex iniusta causa*, advantage of the restitution is that the claimant is not obliged to prove the preconditions of the tort claim. As for the superiority of the *condictio ex iniusta causa* over the condition of performance, in the former case, there is no burden of proving the groundlessness of the payment; the defendant should prove the existence of such ground. Eventually, this condition is only applicable to marginal cases, since, usually, in case of a performance under duress or threat, the payer will only be able to prove the preconditions of the tort claim or lack of legal basis for performance. For these reasons, the foregoing condition was not included in the German Civil Code.<sup>44</sup>

### 3. Scope of Conditional Liability

The solution proposed by Koenig – differentiation between conditional liabilities according to the types of conditions – is certainly advantageous and allows avoiding a number of doctrinal questions, solution of which

was handed over to the judges by the legislature of the German Civil Code. As mentioned above, the draft law distinguishes between four types of conditions and regulates the scope of restitution for each type of condition separately. This is entirely justifiable since it would be wrong to impose similar liabilities upon the person who encroaches on the property of another and the recipient of performance rendered on the grounds of a void agreement. The theory of balance can be brought as an example. Codification of this theory is one of the main merits of Koenig's draft law. This theory shall be discussed in detail below. However, it should be noted that the scope of liability in relation to the void bilateral agreement is described in detail in the draft law and the German Civil Code, which illustrates the primacy of the Georgian law over German Civil Code. The latter does not provide which theory should be used to regulate restitution with respect to void bilateral agreement, viz., initial or modified balance theory, Flume's<sup>45</sup> theory of "property decision", or Canaris'<sup>46</sup> theory of "opposite conditions".<sup>47</sup>

However, separate regulation of the scope of liability with respect to each condition had its fair share of criticism.<sup>48</sup> Its main flaw is the lack of order. For example, in a three person relation, when the instruction is not attributable to the pseudo creditor, Koenig's draft law provides that the recipient can be directly held liable towards the payer (Second sentence of article 988 [1] of the Civil Code of Georgia). The scope of his/her liability is determined in accordance with the scope of liability of the debtor of the performance; however, such a solution cannot be justified with the consideration of the two parties' interests, since the pseudo creditor will deem the payment to be in accordance to his/her interests. He wants to be released from responsibility towards the pseudo creditor through the payment to the instructed recipient. Thus, such distribution of interests is in line with the condition of restitution, rather than the condition of performance, i.e., when a person pays another person's debt as his own by mistake.

Another issue that was subjected to criticism is the different liability scale of the debtor under paragraph 822 of the German Civil Code (Article 989 of the Civil Code of Georgia) and the debtor under paragraph 816 (1) of the German Civil Code (Article 990 of the Civil Code of Georgia). The former shall be held liable as the debtor of the condition of performance (Article 989 [2] of the Civil Code of Georgia), and the latter as the debtor of the condition of encroachment (Article 990 [2] of the Civil Code of Georgia), despite the fact that both of these conditions are closest to the condition of expenses in terms

<sup>43</sup> KÖNIG, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechtes, 1543.

<sup>44</sup> Schelchieriem, Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa II, 88; for comparison see: König, ungerechtfertigte Bereicherung, 157 and following pages.

<sup>45</sup> Flume, AcP 194 (1994), 439; Flume, 152.

<sup>46</sup> Canaris, FS W. Lorenz (1991), 20 and the following pages; Larenz/Canaris, Schuldrecht BT II/2, § 73 III 2.

<sup>47</sup> Each of the theories is discussed in detail below.

<sup>48</sup> REUTER/MARTINEK, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 3 IV 2.

of their liability scale. In both cases, it is important that the thing is not received free of charge at the expense of a third person. However, the acquirer should have the right to give an instruction on the received thing. This principle is mostly outlined in cases of the conditions of expenses.

## V. Summary

In Germany, Koenig's draft law never saw the light of the day in the sense that it was never adopted. Reform of the law of obligations, initiated in 1984 by the Ministry of Justice, only addressed the general liability arising from defective performance, liability in case of a sale-contract for work as well as terms of limitation.<sup>49</sup> German law of unjust enrichment remains the same since the adoption of the German Civil Code. However, this cannot be a ground for rejecting the value of Koenig's draft law.<sup>50</sup> Two decades later, the foregoing draft is still referred as the most successful summary of conditional provisions of the previous century.<sup>51</sup> It is considered that Koenig managed to find the golden mean between detailed classification of each issue and their excessive regulation.<sup>52</sup>

The law of unjust enrichment can never be exhaustively regulated based on the norms of law alone. Existence of harmony between these norms and the ways of their interpretation in practice or in the legal doctrine is essential for its proper functioning.<sup>53</sup> Because of these circumstances, Georgian legislature did not share the provisions of German Civil Code that remained unchanged for more than a century, but rather drew its attention to Koenig's draft law. Despite the criticism expressed towards the draft, it was still a right decision to share its provisions. It is possible that the only value of the draft law is the systematisation and editing of the principles recognised by court practice. It does not contain the author's original solutions, but even mere systematisation and editing represents a difficult task.

For Georgian law, this was the only option to concentrate upon such a draft law and to invoke the whole concept of the German law of unjust enrichment and not just its separate provisions. If the Georgian legislature had only elaborated the provisions similar to paragraph 812 and other provisions of the German Civil Code, this would have meant the partial invocation of the German law on unjust enrichment. For more than a century, German court

practice and legal doctrine have been trying to specify and develop the content of these provisions, and often give such meanings to these provisions that do not directly derive from their literal interpretation. Accordingly, Koenig's draft law was the only way to invoke the German law of unjust enrichment fully.

<sup>49</sup> Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 15.

<sup>50</sup> Bartels, Zum Rückgriff nach eigennütziger Zahlung auf fremde Schuld, 4.

<sup>51</sup> R. Zimmermann, Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach, OJLS 15 (1995), 424; W. Grunsky, „Vorschläge zu einer Reform des Schuldrechts“ (1982), AcP 182, 462 and following pages.

<sup>52</sup> Zimmermann, Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach, p. 425.

<sup>53</sup> Zimmermann, Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach, 425.

# Analysis of Loan Agreements from the Perspective of the Improvement of the Civil Code of the Republic of Azerbaijan

## I. Introduction

*In recent years, the types of loans offered to and used by borrowers have evolved considerably. New loan instruments have appeared, and their use continues to develop. It is, therefore, necessary to amend existing legal provisions in the Civil Code of the Republic of Azerbaijan (hereinafter "AR") related to loan agreements and to extend their scope considering the modern socio-economic requirements and the de facto and de jure situation in the country.*

*The de facto and de jure situation resulting from the inappropriate regulation may negatively affect lenders in Azerbaijan and create obstacles within the market. Those factors, in turn, may have negative consequences or may have a negative impact on the aggregate consumer demand for goods and services. It is important that the law offers the lenders and borrowers a sufficient degree of protection in order to let them be secure, and minimises uncertainty. Thus, loan agreement should be concluded under optimum conditions for those who undertake to transfer money or other substitutive items, and for those who undertake to return them. Sufficient degree of protection is necessary to ensure that all lenders and borrowers enjoy a high and equivalent level of protection of their interests, and to create a genuine market.*

*The necessities to improve certain legal provisions in the AR Civil Code, which define the legal basis of loan agreements is provided in this article. In this context, loan agreements, under the AR Civil Code in force, and the general description and characteristics of their separate types are presented. Furthermore, the necessity to amend and concretise certain legal provisions is substantiated in the article. The conclusion summarises the main proposals on loan agreements from the perspective of the improvement of the AR Civil Code in force.*

## 1. Definition and Moment of Conclusion of Loan Agreements

Under Azerbaijan law, most agreements exist as soon as both parties have expressed their will to be bound. Pursuant to this general principle, no further formalities are required to conclude an agreement. Nevertheless, certain types of agreements do not work on this principle. Their existence and validity are subject to additional formalities. Loan agreements belong to this category of agreements. In general terms, a loan agreement is the legal document purporting to rule the debt relation between a debtor and creditors.<sup>2</sup>

Under Article 739.1 of the AR Civil Code, under a loan agreement, the lender undertakes to transfer ownership of the borrowed money or other substitutive items, and the borrower undertakes to return the same amount of money or similar quantity of items of the same sort and quality.

Like deposit agreements, loan agreements are regarded as agreements over things (*in rem*).<sup>3</sup> Therefore, Article 739.1 of the AR Civil Code has been interpreted as demanding the transfer of the subject matter of the agreement as a condition for its existence and validity. In general, the transfer of the subject matter of the agreement by the lender to the borrower does not generate a contractual undertaking. Since the subject matter of the agreement has not been transferred, the formal undertaking of a lender to lend money or other substitutive items to a borrower merely constitutes a promise to enter into a loan agreement. If the lender defaults on the transfer of the subject matter of the agreement, he/she cannot be held responsible since no loan agreement exists.

Article 739.1 of the AR Civil Code has been challenged many times. An agreement does not come into existence as long as the parties agree to be bound but require further formalities. Consequently, the borrower has no obligation to repay the lender, since he has not received anything from the latter. One may simply approve that the lender's obligation to transfer money or other substitutive items and the borrower's obligation to give back them to the lender are organic. An agreement should exist since both parties have declared their will to be bound because it is described that the borrower executes his undertakings only when the lender has carried out his obligation.

Therefore, it is important to emphasise the moment of conclusion of loan agreements through legislative amendments in terms of revealing the true meaning of such contracts.

<sup>1</sup> PhD student at the Azerbaijan National Academy of Sciences.

<sup>2</sup> Northwestern Journal of International Law & Business, Volume 8, Issue 3 Winter 1998, Relational Contract Theory and Sovereign Debt, page 738.

<sup>3</sup> UNSW Law Journal, volume 34(2), 2011, page 677.



## 2. Money Loan (Credits)

Credit serves an essential attribute of commodity production and it arises from the need to buy goods in the absence of money. The need to buy goods can be solved in two ways, viz., either by applying the commodity form of credit (the goods are given to the buyer on credit with deferred payment); or by getting extra money in debt from those who have temporarily free money in terms of maturity, interest payment, and return.

The concept of “credit” (*mutuum*) was used first by the Romans in history. Roman jurists used the term “credit” not only for the transfer of things in debt, defined by generic characteristics – wine, oil, money (e.g., loan), but also for the transfer of individual specific things (i.e., bailment). In this way, the concept of “credit” covered the Roman concepts of “loan” and “bailment”.<sup>4</sup>

As to the study of the relevant civil legislations of different states, it should be mentioned that the credit agreements are almost identically stipulated in the civil codes of Lithuania, Ukraine, Belarus and other countries as follows: “Under a credit agreement, the bank or other financial institution (e.g., lender/creditor) shall be obliged to lend the borrower money (i.e., credit) to the amount and on the conditions stipulated by the agreement, and the borrower shall be obliged to repay the credit and pay the interest.” It should be noted that the category of “credit” in the Civil Code of the Russian Federation is defined more widely and includes three concepts, viz., banks credit, goods credit and commercial credit.<sup>5</sup>

In Azerbaijan, credit relations are regulated by the AR Civil Code, as well as instructions approved by the AR Central Bank on how to provide funds in the form of credit by banks. The AR laws on banks, non-banking credit institutions and post offices also have provisions related to credit. Although these laws do not regulate the relations arising from the creditors and borrowers interests, they authorise the mentioned institutions to perform functions related to credit.

Foreign currency and currency valuables may be the subject of a loan agreement on the AR territory with the observance of the special rules. The special rules enacted by the first and second wordings of Article 739.2 of the AR Civil Code are the specific norms that envisage possibilities for a money loan.

The first wording of Article 739.2 of the AR Civil Code reads as follows: “Where the subject of a loan agreement is a monetary amount, it is called a credit agreement.”

The meaning of the given definition in the AR Civil Code is interpreted broadly today and therefore evokes contradictions with other laws of Azerbaijan.

Article 739.2 of the AR Civil Code practically identifies a loan agreement with a credit agreement. When the subject of a loan agreement is any item other than money, it is called a loan agreement. Nevertheless, if the subject of a loan agreement is a monetary amount, then we are dealing with a credit agreement. Based upon this definition, only the subject matter distinguishes credit agreements from the loan agreements.

As for the vagueness of the definition given in the first wording of Article 739.2 of the AR Civil Code, it can be concluded that any natural and legal entity has the right to provide money (i.e., credit) to the borrower and to get back money with interest on it without any permission (i.e., license). However, under the relevant AR laws, the AR Central Bank, the national postal operator, the specialised state entity, credit institutions (e.g., banks and non-banking credit institutions) and pawnshops have authorities or permissions related to credit.

The second wording of Article 739.2 of the AR Civil Code is defined as follows: “Persons engaged in lending of money loan in the form of independent professional activity must follow the provisions on lending loans additionally in a professional manner.”

Taking together the first and second wordings of Article 739.2, one can make a conclusion that there are three types of persons that could engage in lending money, namely:

- Persons engaged in lending money as independent professionals;
- Persons engaged in lending money as dependent professionals; and
- Persons engaged in lending money as non-professionals.

Considering the facts that are revealed in this part of the present article, Article 739.2 of the AR Civil Code should be repealed and the definition, parties and civil legal relationships of the credit agreements should be determined by considering international/European standards.

## III. Form of Loan Agreements

A loan agreement consists of voluntary promises between lenders and borrowers to transfer and return money or other substitutive items, which the law enforces. These are binding promises, which might be oral or written. As with a written loan agreement, the presence of an oral loan agreement must be proved before the courts enforce it. However, as we can imagine, an oral loan agreement might be very hard to prove. The oral loan agreement is usually proved by showing that external circumstances would lead a reasonable observer to conclude that an agreement most likely existed. Even then, there is always the problem of what the terms of the oral loan agreement were. The courts usually look only to uncontested testimony.

<sup>4</sup> Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана (Памятники римского права). – М.: Зерцало, 1997. Ст. 98.

<sup>5</sup> Алексеева Д.Г., Пыхтин С.В., Фальковская Я.М. “Комментарий к ФЗ „О кредитных историях“, „Волтерс Клувер“, 2006. Ст. 37-38.

ny and are hesitant to add words or terms to any written document.

When dealing with a written loan agreement, a court will almost always treat the agreement's terms as the final, complete contract. The court usually will not even consider oral promises that are not in the written loan agreement. The main exception to this is when oral promises are used manipulatively to motivate one party into signing the loan agreement in the first place. The general rule prohibiting evidence of oral promises in all other cases protects both lenders and borrowers since they know that once they sign the loan agreement, they have set the terms clearly and finally.

Although few countries recognise and enforce oral loan agreements<sup>6</sup>, the safest and prudent practice is to put them in writing. Writing down the terms of a bona fide agreement is the best way to ensure that both lenders and borrowers are aware of their rights and duties even if no party intends to deceive about the terms of the agreement.

Under Article 740 of the AR Civil Code, the loan agreement is concluded verbally. The written form of agreement may also be used with the consent of the parties.

As described in Article 739.2, the legislation associates credit agreements closely with loan agreements. In that case, the possibility to conclude credit agreements verbally is not excluded from the scope of Article 740. For avoiding practical problems in the courts and in the credit institutions arising from the form of the loan agreements determined in the AR Civil Code, legislative amendments should be made to Article 740 by considering foreign countries' experience.

Pursuant to the general practice, the legislature should define the circumstances when the parties are allowed to conclude oral loan agreements, or when the parties are obliged to conclude written oral agreements. In the case when one of the parties, the lender or borrower, is a legal person, loan agreement must be concluded in a written form regardless of the amount of the loan agreement. If both parties are natural (physical) persons, loan agreement might be concluded verbally, provided that its amount must not be over the certain limit established by law.

#### **IV. Credit Agreements for Consumers**

In recent years, extremely high number of credit agreements for consumers have been concluded in Azerbaijan. Despite the fact that Azerbaijan has an immature credit market, the economic analysis carried out by experts has identified that certain individual, economic, social and institutional factors influence the development of the consumer credit sector. Therefore, responsible lending and borrowing solutions need to be determined; solutions ca-

pable of preventing unstable levels of indebtedness and resolving repayment difficulties faced by consumers.

The AR Civil Code does not regulate the civil legal relationships on credit agreements for consumers. Because of the below-mentioned points, it is very important to define the general and special articles on credit agreements for consumers in the AR Civil Code.

Firstly, consumers must be defended from unfair or misleading proceedings (i.e., predatory lending), particularly with regard to the announcement of information by the creditors. In order to enable consumers to evaluate the offers of credit institutions, as borrowers, they must be provided with comprehensive information directly or indirectly by creditors, or through television, radio and other mass media means. Such information should be simple, short and prominent.

Secondly, the consumer should receive adequate pre-contractual information in a clear and concise manner before he concludes a credit agreement in order to be able to make decisions with full knowledge of the facts. Generally, it is appropriate to burden creditors with the legal obligation to provide the pre-contractual information. Sufficient level of consumer protection is achieved when the creditor is responsible for ensuring that the consumer receives the full pre-contractual information. Prior to the conclusion of the credit agreement, in order to enable the consumer to know his rights and obligations under the credit agreement, consumers should be able take certain information with them for the consideration of the conditions and cost of the credit agreement and their obligations therein. Particularly, for the fullest transparency and comparison of offers, creditors should provide consumers with information about the annual percentage rate of the charge applicable to the credit and the calculation method of it. Moreover, for market transparency and stability, at a pre-contractual phase and when the credit agreement is concluded, the consumer should be informed about the borrowing rate.

Thirdly, creditors should be responsible in lending and should not distribute credit without prior evaluation of the creditworthiness of consumers. Therefore, it is very important for the legislature to define the relevant instruments to appraise creditors in the event of their doing so, and to authorise certain government agencies that will execute the necessary control to avoid such doings. Creditors are responsible for checking individually the creditworthiness of the consumer. For this purpose, they can use information provided by the consumer not only during the pre-contractual phase of the credit agreement that is under consideration but also during a lingering business relationship.

Fourthly, although the consumer provides the pre-contractual information, he might still need further assistance by creditors in order to make his final decision on the credit agreement. When the consumer explains his eco-

<sup>6</sup> The Civil Code of the Republic of Georgia, Article 624.

conomic situation and provides the relevant documents to prove his financial status, the creditors are responsible for explaining to the consumer in a personalised manner so that the consumer can understand the effects of the credit agreement. The legislature should determine when and to what extent such explanations are to be given to the consumers, taking into account the particular circumstances in which the credit is offered, the consumer's need for assistance and the nature of individual credit products.

In order to ensure market stability and development of the consumer credit sector, the legislature must determine appropriate provisions for the regulation of civil legal relationships between creditors and consumers by considering the relevant international/European standards.

## V. Conclusion

In conclusion, it should be mentioned that the provisions prescribed by the AR Civil Code do not guarantee the lenders (creditors) and borrowers a sufficient degree of protection to exercise the complete right. Summarising the issues discussed in this article, the following important propositions for the improvement of the loan agreements determined in the AR Civil Code in force are suggested:

1. to add a second sentence (which will define the moment of conclusion of loan agreement) to Article 739.1 of the AR Civil Code as follows:  
"Loan agreement shall be considered concluded from the time of transfer of money or other substitutive items;
2. to repeal Article 739.2 of the AR Civil Code, and add a new chapter about credit agreements which will set comprehensive rules about money loan;
3. to define Article 740 of the AR Civil Code as follows:  
"Loan agreement shall be concluded in written form. The loan agreement between natural (physical) persons might be concluded verbally if it amounts to not over ten times (for example) the minimum monthly wage established by law."; and
4. to add a new chapter about credit agreements for consumers by taking relevant international practices, for example, the EU Consumer Credit Directive into account.

## Liberalisation of Pledge and the Procedure of Levy of Execution on the Pledged Property in the Context of the Amendments to the RA Civil Code

*In modern era, extensive amendments are made to the Republic of Armenia (hereafter: RA) legislation, and in the field of civil legislation. This article is devoted to the amendments foreseen in the provisions that regulate the right of pledge in Chapter 15 of the RA Civil Code in force. The article attempts to reveal the problems that arose during the application of the existing norms as well as the possible problems that will arise as a result of the implementation of the suggested amendments. Possible solutions to these problems are recommended as well. This article focuses on the institutions of liberalisation of pledge as well as the right of the pledgee to levy execution on the pledged property, the suggested amendments in those institutions, the current issues and their possible solutions.*

*The article aims at presenting the concept of the liberalisation of the pledge, as well as the current legislative gaps on the levy of execution and presenting effective means for the regulation of the mentioned institutions taking into consideration the best practices of foreign countries.*

### I. Introduction

Under Annex 2 of the Executive Order of the President of the Republic of Armenia no. NK-96-A on Approving 2012-2016 Strategic Programme for Legal and Judicial Reforms in the Republic of Armenia and the List of Measures Deriving from the Strategic Programme, one of the measures foreseen is adjusting the RA Civil Code (hereinafter referred to as the Code) to the modern approaches for regulating private law relations. For the realisation of the requirements of the mentioned strategic program, different concepts on making amendments in the Code have been published since 2014. One such concept refers to the provisions on right of pledge of the Code, which was published by the RA Ministry of Justice on 27 November 2014. Since the adoption of the Code in 1998, total 21 amendments have been made to Chapter 15 that regulates the right of pledge. Nevertheless, in parallel with the developments of public relations, there are currently a number of problematic issues pertaining to the right of pledge that require resolution. For resolving the mentioned problematic issues, a new concept has been developed with the aim of

bringing the regulation of the relations with respect to the right of pledge to a new level.

### II. The Right to Subsequent Pledge in the Context of the Amendments to the RA Civil Code

The right of pledge is a property right of the pledgee over the property of the pledger, which at the same time is a measure for securing the fulfilment of the monetary or other obligation of the debtor towards the pledgee. At the same time, it is a supplementary (accessory) obligation for securing the fulfilment of the main obligation of the pledger (debtor) towards the pledgee (creditor)<sup>2</sup>.

Under paragraphs 1 and 2 of Article 236 of the Code in force, a property may become an object of subsequent pledge if it is not forbidden by the contract of pledge. The concept suggests removing the regulation of the Code on conditioning the possibility of subsequent pledge by the will of the primary pledgee. It is worth mentioning that the existing regulation significantly restricts the right of the owner to freely dispose of the property in his ownership, including the right of pledge for securing the fulfilment of different obligations. This circumstance justifies the necessity to amend this regulation of the Code as prescribed by the concept on the provisions of the right of pledge.

Currently, problems with respect to the afore-mentioned regulation on subsequent pledge of the Code arise especially in those cases where the pledgees prescribe a provision in the contract of pledge, which stipulates that for the purpose of securing the fulfilment of the obligations of the debtor towards them, the pledged property may become an object of subsequent pledge only with their written consent. At the same time, the pledgees of the property, in case of non-fulfilment or improper fulfilment of the obligations undertaken by the pledger, and, with the purpose of preventing obstacles to the exercise of their rights, usually give consent for the registration of the property under the rules of subsequent pledge that was pledged to them for securing the proper fulfilment of other obligations. In those cases when the financial means that were acquired as a result of pledging the property to other pledgee under the rules of subsequent pledge, they will be directed at covering the obligations of the debtor towards them or the property will be registered under the rules of subsequent pledge to them as a means of securing the fulfilment of other obligations.

In this case, taking into account the current practice developed in Armenia and in light of the necessity to bring to life the provisions on subsequent pledge, in our opinion, with respect to the provisions of the right of pledge of the Code, the suggested amendment by the concept on the necessity of the consent of the primary pledgee to

<sup>1</sup> Legal consultant at "ARMBUSINESSBANK" CJSC; participant of the RA School of Advocates.

<sup>2</sup> RA Civil Code (1998), Article 226.

pledge the property under the rules of subsequent pledge is a progressive step. This will enable the owner of a property to pledge the property in his ownership to a pledgee under the rules of subsequent pledge for securing the fulfilment of another obligation without the consent of the primary pledgee. This kind of regulation will ensure the comprehensive protection of the rights of a pledgee and at the same time, it will not infringe the rights of the primary pledgee, retaining the opportunity of the latter to acquire satisfaction from the value of the pledged property with priority. The success of such a regulation can be justified also by the experience of foreign countries (for example, the Russian Federation).

As already mentioned, reflections are made in this article also on the gaps in the existing legislation of the Republic of Armenia on the right to subsequent pledge, which in practice give rise to many problems. In particular, the current legislation does not have any legal regulation on the question of fulfilment of rights of pledgee when there is more than one pledgee. There can be cases when the pledger properly and promptly fulfils the obligation that he has undertaken towards the primary pledgee in accordance with the contract. At the same time, he fails to fulfil his obligation towards the subsequent pledgee in accordance with the timeframe of the contract.

Currently, the only norm that regulates similar legal relations is Article 50 of the RA Law “on Compulsory Enforcement of the Judicial Acts”, which stipulates the procedure of levy of execution on the pledged property of the debtor for other obligations. In such case, the compulsory executor notifies the pledgee about the court verdict, enforcement act, decision on levy of execution on the pledged property and the amount of obligations of the pledger that have not been fulfilled. In case of levy of execution on the pledged property of the debtor, the pledgee has a right to demand premature fulfilment of the obligation secured by the pledge. In case of satisfaction of the requirement on premature fulfilment of the obligation in the stipulated manner, the pledgee will acquire satisfaction from the value of the pledged property with priority. If in case of levy of execution on the pledged property of the debtor, the pledgee does not demand premature fulfilment of the obligation secured by the pledge. After the compulsory auction of the property, the obligations of the former pledger are transferred to the new owner of the property, and the property is considered to be pledged to the pledgee.

It derives from the substance of the above-mentioned norm that the compulsory executor notifies the creditor of the obligation that is secured by the pledge about the levy of execution on the pledged property. This makes it possible for the pledgee to demand premature fulfilment of the obligation of the debtor towards him despite the fact that no delay of the fulfilment of the obligation was made.

In such case, taking into consideration the provisions of Article 88 of the RA Law “on Legal Acts” and applying the analogy of law, we can draw a conclusion that in practice if in case of non-fulfilment of the obligation secured by the subsequent pledge, execution is levied on the object of the subsequent pledge, then the primary pledgee must have the possibility to demand premature fulfilment of the obligation and have priority in receiving satisfaction from the sold property. In case if he does not exercise his right, the object of the subsequent pledge may be sold and the demand of the subsequent pledgee will be satisfied. In which case, the initial pledgee shall retain his right of the pledge on the object of the pledge, and the rights and obligations of the pledger shall be transferred to the new owner. Nevertheless, such regulation is applicable in case when the execution on the property is levied by the service of compulsory enforcement of court acts.

Article 249 of the Code prescribes that for the purpose of satisfaction of his demands the pledgee has the right to levy execution on the pledged property without applying to court. He also has the right to sell it, including the right in accordance with the amount of the obligation to pass the pledged property to the ownership of the pledgee or to a third person indicated by the pledgee if

- 1) it is prescribed by the contract of pledge; or
- 2) there is a written agreement signed between the pledgee and pledger.

In such case, if the property is pledged to the primary pledgee and if the creditor of the obligation that is secured by subsequent pledge, wishes to levy execution on the pledged property, then the law prescribes no subject that bears obligation to send notice on premature fulfilment of the obligation, which may in practice give rise to problems. In such cases, we suggest that the law should prescribe the obligation of the subsequent pledgee to immediately notify both the pledger and the primary pledger after taking the decision to levy execution in an extrajudicial way so that the latter gets the opportunity to demand premature fulfilment of the obligation from pledger-debtor and the opportunity of priority of satisfaction of his demands from the means that were acquired as a result of selling the object of the pledge. At the same time, we suggest to enshrine in the legislation a provision that if the creditor of the obligation, which is secured by a subsequent pledge, exercises his right stipulated by Article 249 of the Code accepting the object of the pledge in his ownership in accordance with the respective amount of the obligation, if the primary pledgee does not use the opportunity of demanding premature fulfilment of the obligation and exercising his rights, then the object of the pledge must be transferred to the creditor together with the right to the pledge of the primary pledgee.

The next problem arising in practice with respect to the right of the subsequent pledge refers to the case, when the

subsequent pledgee, acting in good faith, does not know and/or does not have opportunity to find out that the property offered to him as a pledge (in case of movable property) is already an object of another pledge. On 1 October 2015, the RA Law “on Registration of the Secured Rights on a Movable Property” entered into force, which stipulates the possibility of the registration of secured rights on a movable property, including the registration of the right of pledge in a joint public electronic registry designated especially for that purpose. Nevertheless, in most cases the pledgees of a movable property are not able to ensure the identification of the objects of the pledge through electronic registry especially in cases when the object of the pledge does not have unique features (win code); features by which it is separated from similar properties. Moreover, under paragraph 3 of Article 225.2 of the Code, in case when a movable property that is to be acquired in future or a movable property which is an object of the secured right, have general description, the right of priority on the movable property shall belong to the person whose financial means were used for acquiring the movable property. That means, in this case, regardless of the state registration, the financing person has the right of priority. In case the subsequent pledgee does not know about it, he will be in a less favourable condition because he does not know and/or does not have the opportunity to know that if he accepts the given property as a pledge, then he will be a subsequent pledgee. Taking into account the mentioned circumstances, in our opinion, it is recommended to stipulate by the Code the obligation of the pledger to notify every subsequent pledgee that the property is already an object of a pledge. Moreover, non-fulfilment of such an obligation must not lead to the invalidation of the contract of pledge that has been already signed (taking into account the interests of the good faith pledgee). Instead, it must lead to full compensation of the damages inflicted by the pledger to the primary and/or subsequent pledgee, if it is not proven that the subsequent pledgee had the opportunity or duty to know the fact that the property was already pledged. Moreover, a similar regulation can be found in the Civil Code of Belorussia<sup>3</sup>.

Nevertheless, in the context of the given question, it is worth reflecting on the case where the subsequent pledgee knew or must have known that the property offered as a pledge was already an object of a different pledge. In case of immovable property, a joint letter of rights and restrictions pertaining to the property given by the RA State Committee of Real Property Cadastre, without which no transaction can be performed with respect to the immovable property, form the basis to learn about the property in question. In case of movable property, registration in the electronic registry as stipulated by the RA Law “on Registration of Secured Rights on Movable Property” (in case of

certain description of the property) is used. In such cases, the demands of the subsequent pledgee must be satisfied in general procedure, after the primary pledgee has received satisfaction of his demands.

In case of removing the possibility of forbidding subsequent pledge by the initial pledger as prescribed by the concept, there will be a need to regulate in detail the relations of initial and subsequent pledgees, the sequence and procedure of receiving satisfaction from the pledged property.

It is advisable that a principle, under which if a property has become an object of a pledge, then the demands of the subsequent pledgee will be satisfied only after the satisfaction of the demands of the initial pledgee, should be adopted as a general policy.

As a rule, the possibility to receive primary satisfaction from the object of a pledge shall be given to the pledgee, whose right of pledge has arisen earlier. At the same time, we propose to stipulate an obligation with respect to each pledgee to notify, in written form two weeks earlier, all the other pledgees about the execution of the levy, if the pledgee is aware of other pledgees having rights to the pledged property. Regardless of the fact of foreseeing such an obligation for the pledgee, we suggest foreseeing the pledger’s obligation to inform the other pledgees about the notification of the levy, within a two-week period after the receipt of the notification, which will enable the latter to exercise their rights granted by the legislation. At the same time, it should be noted that if the primary and subsequent pledgees coincide, the rules concerning the right to demand premature repayment shall not be applied and each obligation shall be satisfied in sequence, depending on the priority of their origin. We suggest stipulating an exception from the above-mentioned rules with respect to changing the sequence of receiving satisfaction by the pledgees from the value of the pledged property.

Moreover, under Article 342 of the Civil Code of the Russian Federation, the sequence stipulated by law for receiving financial satisfaction from the value of the pledged property may be changed by the agreement signed between the primary and subsequent pledgees or with the consent given by one or more pledgees and pledgers. Moreover, the Civil Code of the Russian Federation has also removed the requirement of the consent of the primary pledgee for the registration of a subsequent pledge and the possibility to forbid the subsequent pledge by the contract of pledge. Nevertheless, it has stipulated an opportunity to foresee certain requirements in the formulation of a subsequent pledge agreement in the primary pledge agreement. Furthermore, failure to meet such requirements in the subsequent pledge agreement entails the pledger’s obligation to compensate the damages caused to the primary pledgee. In this case, if it is substantiated that the subsequent pledgee could or had to be aware

<sup>3</sup> Civil Code of the Republic of Belorussia (1998), Article 323.

of the existence of those requirements, the demands of the latter shall be satisfied in compliance with the requirements foreseen by the primary pledge agreement. Meanwhile, in cases when the given requirements are stipulated by the primary pledgee, after the signing of the contract on a subsequent pledge, those requirements may not be applied to the latter if they worsen his condition without his written consent.<sup>4</sup> We consider that from the point of view of the protection of the primary pledgee's rights and lawful interests, it is necessary to introduce this regulation in the RA civil legislation too.

### III. The Procedure of Levying Execution on the Pledged Property in the Context of Amendments of the RA Civil Code

Articles 249 and 249<sup>1</sup> refer to the procedure and peculiarities of levying execution, through a judicial procedure or without, on the pledged property in case of non-fulfilment or improper fulfilment of the obligations by the pledgee.

The concept of the Code, in terms of the provisions related to the right of pledge, suggests abolishing the possibility of handing a pledged property to the ownership of the pledgee or the third party involved by the pledgee. The concept substantiates this suggestion by bringing forward those problems that might arise as a result of ownership of the property in accordance with the size of the obligation such as conflicts of interest, difficulty in determining a fair price, and lengthy legal disputes. The concept suggests selling the property exclusively through an auction in case if the sale of the pledged property is made by the pledgee, except in certain cases such as perishable goods or property with a certain price. Despite the fact that the aforementioned suggestion aims at the protection of the pledgers' rights and lawful interests, nevertheless, we believe that it does not always protect their interests. In particular, currently, in case if the obligation secured by the pledge exceeds the value of the pledged property, the pledgees have the right to receive it with a right of ownership, thus exempting the pledger from the obligation to bear the costs of holding the auction. After the implementation of the amendments suggested by the concept, in all similar cases, the pledgees shall sell the property through an auction, as a result of which the pledger (pledgers) shall bear the additional expenses. Taking into account the aforementioned facts, we think that this suggestion foreseen by the concept must be reviewed.

In accordance with paragraph 2 of Article 249 of the Code, in case of non-fulfilment or improper fulfilment of the obligation secured by the pledge, the pledgee shall, without applying to the court, duly notify the pledger in written form about the levy of execution on the pledged

property (notification on levy of execution). Sub-paragraph 3 of the same paragraph of the same article defines that, two months after the notification on the levy of execution to the debtor, the pledgee, by the virtue of the Code, has a right, in compliance with Article 195 of the Code, to sell the object of the pledge through a direct sale or a public auction, if the pledger or pledgee have foreseen no other procedure for the sale. The concept, in terms of the right of pledge, suggests foreseeing a possibility of enacting the right of the pledgee to levy execution and sell the object of the pledge earlier than the two-month period. In this respect, we find it necessary to mention that it is possible to agree with the given suggestion only in case of a written agreement by the pledger as well as persons having given their consent to use the property on the execution of the levy on the pledged property or its sale within a shorter period. Otherwise, we do not agree with the suggestion to reduce the two-month period, as the two-month period is not too long a period to consider it as a violation of the creditor's rights, who in any event has a possibility to satisfy his demands. However, the same two-month period provides the debtors with an additional opportunity to fulfil their overdue obligation within that period, reach an agreement with the creditor and retain their rights with respect to the pledged property, which in many cases is the debtors' sole shelter or their only or main source of income. We find that the two-month period foreseen by the Code fully complies with people's average level of living and aims at protecting their rights.

Finally, the concept with respect to the provisions of the pledge of the Code suggests removing Article 249<sup>1</sup> from the Code, leaving only the procedure of levy of execution on the pledged property without applying to the court. In addition, in case of disagreement by the pledger to sell the object of the pledge according to this procedure, the pledger, after having been duly notified, will be able to challenge the selling of the object of the pledge in the court. The court, as a safeguard of the claim, may suspend the levying of execution. In this respect, we find it necessary to disagree with this suggestion as the levy of execution on the pledged property is a means of protection of the pledgee's rights and lawful interests. If, by removing the given provision, the authors of the concept suggest completely eliminating the levy of execution on the pledged property, we find it necessary to mention that it will lead to the restriction of the right to judicial defence stipulated by international legal acts and RA Constitution. In fact, the pledgees will be deprived of the opportunity to have their rights protected by the RA judicial authorities. It should be noted that the Civil Code of the Russian Federation foresees that even in case of agreement on the levy of execution on a pledged property, the pledgee may exercise his right to judicial protection., thus bearing all the costs arising from the exercise of the right to judi-

<sup>4</sup> Civil Code of the Russian Federation (1994), Article 342.

cial protection, except for cases when it is proved that the pledgee has not exercised his rights through an extrajudicial procedure as a result of the pledger's fault or other circumstances associated with him.<sup>5</sup>

Therefore, we not only think that the provision concerning the levy of execution on a pledged property should be maintained in the RA Civil Code, but we also consider that, together with the given amendments, it would be just to foresee such cases when the levy of execution on the pledged property may be done exclusively through judicial procedure. Similar regulations can be found in the civil codes of the Russian Federation and the Republic of Belorussia.

For example, Article 349 of the Civil Code of the Russian Federation stipulates that execution on the object of pledge may be only levied on the basis of a court decision, if:

- the object of the pledge is the only place of residence of the pledger;
- the object of pledge is of historical, cultural, artistic value (stipulated also by the RA legislation);
- the pledger is declared missing;
- pledged property is at the same time the object of subsequent pledge and the contracts of pledge prescribe various procedures for levying execution on the object of pledge and the primary and subsequent pledgees do not come to an agreement on the method of levying execution on the object of the pledge; and
- in other cases stipulated by law.

Taking into consideration the mentioned provisions, as well as the similar provisions of the Civil Code of the Republic of Belorussia<sup>6</sup>, it is suggested to stipulate a similar regulation in the RA Civil Code too, which will ensure comprehensive protection of the pledgers' rights and lawful interests.

Within the framework of this article, we find it necessary to reflect also on the practice that has spread in the RA, which particularly leads to certain situations. In some situations, the pledgees, for securing the obligation undertaken towards them, levy an execution on the pledged property even when the delay in meeting the obligation is incomparably smaller than the value of the property or if the delay of the obligation is only a few days. In such cases, Article 348 of the Civil Code of the Russian Federation stipulates an operative mechanism for the protection of the pledgers' interests. In particular, under that article, it is forbidden to levy execution on a pledged property if the delayed part of the obligation is incomparably smaller than the value of the pledged property. Meanwhile, the delayed part of the obligation is considered to be incomparably smaller than the value of the pledged property if the unfulfilled part of the obligation is smaller than 5 percent of

the value of the pledged property and the obligation was delayed not more than 3 months. Paragraph 3 of the same article stipulates that if not stipulated otherwise by the contract of the pledge, in case the debtor fulfils his obligation in parts, then it is allowed to levy execution on the pledged property, if there have been multiple violations of the timeframe for the fulfilment of the obligation. It means that the debtor, after receiving the notification on levying execution or during the 12 months before the day of applying to the court, has thrice violated the timeframe of the fulfilment of the obligation; in this case, the amount of the violation of the obligation is not relevant.

Taking into account the above-written, in our opinion stipulating such regulation in our legislation will be an additional measure of protection for the interests of the pledgers of the property.

#### IV. Conclusion

To sum up, it is worth mentioning that the provisions of the RA Civil Code on the institutions of subsequent pledge and levying execution on the pledged property are not perfect and are in need of improvement.

In our opinion, the concept on the provisions of the right of pledge of the RA Civil Code, within the framework of the proposals and substantiations of this article, could be a basis for drafting a law on amendments to the RA Civil Code and enshrining those amendments in the legislation.

<sup>5</sup> Civil Code of the Russian Federation (1994), Article 349.

<sup>6</sup> Civil Code of the Republic of Belorussia (1998), Article 330.



## Legal Entities in the Context of Amendments of Civil Legislation

*Currently the amendments foreseen in different spheres of civil legislation are the largest and most important directions of the fundamental and extensive legislative reforms in the Republic of Armenia (hereafter: "RA"). In this article, an attempt is made to analyse, in particular, the amendments foreseen in the sphere of legal entities, as well as a number of problematic issues that were revealed during the practical application, and, in the author's opinion, are in need of changes and new regulations.*

*The article aims to discuss the gaps in the regulation and deficiencies in the sphere of legal entities, thus trying to find effective means for their solution to the possible extent. The article has reflected on a number of issues with respect to public and private, corporate and non-corporate legal entities, legal entities that have no practical use and importance, liquidation of a legal entity, the registration of changes, and the bodies of management of a legal entity.*

### I. Introduction

Under Annex 2 of the Executive Order of the President of the Republic of Armenia no. NK-96-A on Approving 2012-2016 Strategic Programme for Legal and Judicial Reforms in the Republic of Armenia and the List of Measures Deriving from the Strategic Programme, one of the measures envisaged therein is adjusting the RA Civil Code to modern approaches for regulating private legal relations. After the approval of the afore-mentioned Strategic Programme and the List of Measures Deriving from it, the RA Ministry of Justice has initiated the process of revealing the fundamental problems in this sphere and developing means for their solution. Taking into consideration the diversity of civil legal relations, concepts justifying the necessity of amendments to different chapters of the RA Civil Code and specifying different directions of those amendments have been published in 2014. The concept on the chapter of legal entities was one among them.

### II. Problematic Issues with Respect to Legal Entities

#### 1. Public and Private Legal Entities

A large group of the amendments that have been proposed to be made to the Concept refer to the regulation of legal entities of public law and private law on one hand,

and corporate and non-corporate legal entities on the other hand. This will be an important novelty in our legislation. The classification of public and private legal entities is based on the fact that the founders of some legal entities are not private subjects but the Republic of Armenia. For example, the Central Bank is a legal entity according to the RA Law on Central Bank. Moreover, the only founder of the latter is the Republic of Armenia. The organisational legal forms of legal entities are exhaustively defined in the RA Civil Code. The Central Bank, that is also a legal entity, must presumably have one of those organisational legal forms, whereas neither the Civil Code, nor the RA Law on Central Bank or any other legal act give us a hint which organisational legal form of legal entities the Central Bank has. It is worth mentioning that as a result of constitutional reforms of 2015, the notion of "public legal entity" has been introduced at constitutional level and such entities are defined as communities (Paragraph 2 of Article 180 of the Constitution) and the inter-community unions (Paragraph 3 of Article 189 of the Constitution). This also proves that there is an actual need for legislative distinction between public and private legal entities.

In order to solve this issue, it is proposed to differentiate the two categories of legal entities based on the fact whether they have been founded by public power or by private subjects. The logic of the Concept implies that all the organisational legal forms of legal entities that are currently regulated in the RA Civil Code will become private law legal entities as a result of the amendments. Those bodies that will acquire the status of legal entities by law will become consequently public legal entities with a public body being their founder. Respective normative legal acts will define the peculiarities deriving from their status. The legislative distinction of public and private legal entities will make it possible to have individual approaches towards each of these categories and define rules typical for each category. This will contribute to a more effective regulation of this sphere and will gradually reduce the probability of conflicts. For example, in case of public legal entities, the founder of the entity is the public power represented by a certain public body, and in case of private legal entities, founders are natural persons or private legal entities. In the given case, they cannot be granted the same rights and bear the same responsibilities.

#### 2. Corporate and Non-Corporate Legal Entities

The Concept also envisages a distinction between corporate and non-corporate legal entities. Moreover, this distinction is foreseen in parallel with the classification of commercial and non-commercial legal entities. The basis for this differentiation will be the availability or the absence of the right to participate in the management of the legal entity by the founders or participants of the legal entity as well as having membership or the absence thereof. More-

<sup>1</sup> "Avenue Consulting Group" LLC, legal adviser and advocate

over, as corporate legal entities are mentioned as business companies and partnerships, production and consumer cooperatives, NGOs, unions, and non-corporate legal entities are mentioned as foundations and religious organisations. In this respect, at least in the framework of the formulations of the Concept, the difference between the criteria of the classifications of commercial and non-commercial legal entities, on one hand, and corporate and non-corporate legal entities, on the other hand, is not clear.

### 3. Legal Entities That Have no Practical Use and Importance

The Concept reflects on the necessity of removing those legal entities from the Civil Code that are regulated in the Code but have no practical use and importance, i.e., companies with supplementary liability and business partnerships, full partnerships and limited partnerships. Moreover, the Concept contemplates on the lack of necessity for having two types of joint-stock companies. The logic underlying this consideration is that of the existence of another type of legal entity, viz., limited liability companies, makes it senseless to burden the Civil Code with artificial types of legal entities, having in mind the fact that closed joint-stock companies and limited liability companies are very similar to each other in their features. As to those features of closed joint-stock companies, which differentiate from limited liability companies, these features can easily be left to the regulation of the charter of a joint-stock company.

Thus, one of the differences between limited liability companies and closed joint-stock companies is the possibility to alienate the ownership share or share of stock of a participant or a stockholder to third parties. In case of a limited liability company, a participant of the company may alienate his ownership share to third parties, if not regulated otherwise by the charter of the company. The charter may directly forbid alienating the ownership share to a third party or stipulate that the consent of other participants or the company in general is required. In case of closed joint-stock companies, it is not possible to exclude fully the access of third parties to the company. There is only one rule on priority right of the stockholders for buying the shares of stock in case the latter are being sold to third parties. The charter of the company may not stipulate any other regulation.

Another example is that a participant of a limited liability company has the right to leave the company any time without the consent of other participants and get the value of his ownership share in the charter capital. This can be seen as both a positive and negative phenomenon<sup>2</sup>. On one hand, the rights of the participants of the company are

under maximum protection because when a participant invests in general business and in future finds his participation in the company inexpedient, he may fully receive back his investments in the company, as well as making significant profit. On the other hand, the right of a participant to leave the company does not serve the best interests of the company because when a participant that has a large ownership share in the company leaves, it may prove fatal for the company as it is deprived of a large part of its property. In case of closed joint-stock company, there might not be such a situation because the stockholder may not leave the company by his own wish and receive the market value of his stock share.

Moreover, when speaking about limited liability companies, it is worth mentioning that different positions have been expressed in relevant literature with respect to limited liability companies. Some authors have expressed the opinion that these commercial organisations should not be given this name. This conclusion is conditioned by the fact that the participants of a company do not bear liability for the obligations of the company, but bear the risks with respect to the activity of the company to the extent of their investments. In such situation, it is not clear why this company should be called limited liability company<sup>3</sup>. Having in mind that the limited liability of the participants is only the risk of loss of investments, some authors find it preferable to call these companies as companies with limited risks for the damages of participants. Moreover, this name may imply that the company bears limited liability for its obligations, whereas it is not so, i.e., the company bears liability with all its property for all the obligations of the company.

### 4. Questions with Respect to the Liquidation of Legal Entities as Well as the Registration of Changes

After the adoption of the Civil Code in line with the developments of public relations, different questions with respect to legal entities have acquired new regulations in both the Civil Code and other laws deriving from it. In particular, the procedure of registration of legal entities has been facilitated. The legislation shall not make the process of entrepreneurial activity or its termination complicated or decelerated. In practice, there are cases when an entrepreneur, considering the time consuming process of liquidation of a commercial organisation and relevant tax obligations, prefers to suspend the activity of the organisation. The real purpose of this is the final termination of its activity. For that reason, it is necessary to regulate this process clearly by taking into consideration the interests of potential creditors of the legal entity. In case of obvious absence of creditors, unnecessary requirements must be removed. At the same time, it is desirable to introduce the

<sup>2</sup> See Lermontov Yu. M. *Commentary on Articles on no. 14 – F3*, p. 23.

<sup>3</sup> See Anokhin V. S., *Business Law, course book for universities*, 2003, p. 33.

single-window system in the process of liquidation of a legal entity thus relieving the legal entities of the obligation to apply to different bodies for performing different actions and thus leaving the obligation to perform these actions to a single administrative body.

There is a shortcoming in the process of state registration of changes in legal entities and their separate sub-divisions, including the changes with respect to their reorganisation. This shortcoming could prima facie seem to have minor significance. However, it can cause irrevocable consequences and lead to final failure of entrepreneurial activity. Among other requirements foreseen for the documents requested for state registration of changes to legal entities and their separate subdivisions, which include the changes to their reorganisation and submitted to the Agency of State Register of Legal Entities of the Staff of the RA Ministry of Justice, any requirement to affix those documents with the seal of the legal entity is not stipulated. It is sufficient just to have the signature of a respective person(s) on the documents required by law. It turns out that any person may easily falsify signatures and make changes to legal entities and their separate subdivisions, including the changes to their reorganisation, and even change the director; being empowered by the powers of a director means to be able to manage the company fully.

There have been cases in judicial practice when during a dispute over the authenticity of the signature that was affixed on a document, the graphology expert assigned by a court could not give a definite answer to the question whether the signature was falsified. At this stage, the process comes to a dead end. The litigation may last for years and yet may not yield any results. According to the principle of presumption of reliability prescribed by the RA Law on Fundamentals of Administration and Administrative Procedure, all the information, including the documents presented by the individual to the administrative body shall be deemed reliable. In case of doubts, the latter shall be obliged to take measures for ascertaining their authenticity at its own expense. Moreover, according to the law, the Agency of State Register of Legal Entities of the Staff of the RA Ministry of Justice does not verify the legality of the documents. In order to prevent this situation, it is advisable to define a requirement for documents to be affixed the seal of the respective legal entity. In this case, when there is no seal on documents, the agency refuses to register the respective change.

### **5. Issues with Respect to the Bodies of Management of a Legal Entity**

In the Concept, there are proposals for new regulations on the powers of the managing bodies of legal entities, grounds for termination of those powers, as well as the relations with respect to ensuring normal activity of the legal entity in “emergency situations”. Under “emergency

situations,” the Concept understands those cases when the members of the meeting, the council or the executive body of a legal entity, do not fulfil the obligations imposed on them for subjective or objective reasons. For example, according to the RA Law on Limited Liability Companies, only the director of a company shall be entitled to hold a general meeting. In case when the director dies, it is not clear who shall have the right to hold a general meeting to elect a new director, who is appointed by the general meeting. Another situation can arise wherein if a director refuses to hold a general meeting, the participants of the company will have to remove the director through judicial procedure, which leads to loss of time and resources. The provisions enshrined in the law must take into account the results of both positive and negative experiences gained over the years. For the solution of this issue, it is proposed to define legal mechanisms for individuals involved in the managing bodies of legal entities, so that they could replace each other, which would ensure the normal activity of a legal entity in “emergency situations”.

Only the director of a company can sign an employment contract with the director of the company or make an executive order. This is an illogical situation when the director of the company must sign an employment contract with himself or terminate it, or make an executive order appointing himself to a job or dismissing himself. In such case, he must empower another individual to sign the employment contract with the director of the company on behalf of the company. In this case, the process will be unnecessarily delayed. Hence, it is proposed to create a mechanism, which will make that process easier and more logical.

Therefore, realising and giving importance to the necessity of changes in the sphere of legal entities by the state is a progressive step. The Concept envisages those main changes, which are urgently needed. In our opinion, these changes, as well as the solution of the issues that are not mentioned in the Concept but have been raised by the author of this article, will be significant in improving legal entities further by ensuring their normal activity.

# Civil-Legal Reforms in the Sphere of Intellectual Property in the Republic of Armenia

## I. Introduction

*In the light of present development of information technologies and globalisation of the economy, the increasing role of intellectual property has led to the development of legal protection mechanisms as the latter directly or indirectly determines the development of technologies.*

*In the light of the development of electronic commerce, the role of intellectual property is increasing, as it is impossible to avoid the intersection with the objects of intellectual property. There is a need for introducing such mechanisms of legal protection of intellectual property that will promote creative work and the development of economy.*

*As the right to intellectual property is quite politicised and left to the discretion of each state, one must understand the position of the state with respect to this aspect.*

*In our opinion, in current conditions, protection of intellectual property has a great role to play in the economic development of every state as the latter and the well-being of the society depend on the level of protection given to intellectual property rights.*

*This article reflects on the need to protect intellectual property rights and, in this respect, on the essence of the proposed amendments to the RA Civil Code in this sphere.*

## II. Theories on the Protection of Intellectual Property Right

In order to understand the need and purpose of the reforms in the sphere of intellectual property, we need to understand the origins of intellectual property rights.

Intellectual property can be described as a non-stabile legal doctrine that regulates the use of different ideas and signs. For example, the law of copyright regulates the right of authors connected to creative activity; patent law regulates the rights of authors over inventions; trademarks are used to regulate the signs that are aimed to aid consumers to identify the goods of one brand from the others, etc.

The economic and cultural importance and the role of the mentioned relations grow rapidly<sup>2</sup> and it is not a coincidence that the legislative bodies of different states foresee making amendments to the relations regulating the sphere of intellectual property.

The term “intellectual property” up to this day is not perceived unambiguously, and its relation with the notion of “property, perceived by everyone, has not been fully revealed in our experience<sup>3</sup>. A clear example of this is the fact that violation of the right to property is unacceptable and a person will immediately take action to protect his/her rights but the sale of fake goods or plagiarism are not perceived as a breach of law from a moral point of view.

In this respect, there is a need to reflect on the existing theories of intellectual property and to understand what the objective of protection of intellectual property rights was originally.

One of the first theories related to intellectual property is the “utilitarian” theory, which implies that the right to property is granted to promote the growth of general welfare<sup>4</sup>. In the context of intellectual property, this theory implies that the law, on one hand, must establish a balance to promote the creation of compositions, scientific works, and, on the other hand, secure access to those creations for the society without violations of the rights of right-holders<sup>5</sup>. The descriptive feature of the objects of intellectual property is that those objects can be easily copied, and besides the right-holder of the object of intellectual property, others too can make use of it. These features are in fact dangerous as the authors will not be able to get reward for their work (for example, in case of the copyright holder, the time that the author has to spend to compose a work, negotiations with a publisher, etc.). Those who make unauthorised copies can make profit without spending big amounts of money as they can offer their goods at a cheaper price to consumers. Such a situation can hinder the creation of valuable works for the society<sup>6</sup>. It can be assumed that for the sake of solving this issue, authors are granted with the exclusive right to use (reproduce) their creations<sup>7</sup>.

Another important theory in this field is John Locke’s “property theory”. According to Locke’s theory, the person who cultivates the resources that are “not owned” or “held in common” has a natural right over the fruits and income acquired as a result of that work. This theory is also applicable to intellectual property<sup>8</sup> where ideas are “held in common” and the creation is the result of the performed work. According to Locke, a person can acquire property by means of combining his labour with resources “held in

<sup>1</sup> The Deputy Head of the Department of Legal Support at the Ministry of Justice, PhD researcher at the Chair of Civil Law, Law faculty in YSU.

<sup>2</sup> [http://www.law.harvard.edu/faculty/tfisher/iptheory.html#\\_ftnref2](http://www.law.harvard.edu/faculty/tfisher/iptheory.html#_ftnref2)

<sup>3</sup> Adam D. Moore, Lockean Foundations of Intellectual Property, The WIPO journal: Analysis of Intellectual Property Issues, 2015, Volume 7, Issue 1, pg. 29

<sup>4</sup> See William Fischer, Theories of Intellectual Property.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> See William Landes and Richard Posner, “An Economic Analysis of Copyright Law,” *Journal of Legal Studies*, 18 (1989).

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> The European Court of Human Rights in the case of Anheuser-Busch Inc. v. Portugal, App. No. 73049/01, 44 Eur. H.R. Rep. 42 [836], 856 (Chamber 2007) (judgment of Oct. 11, 2005) has made the conclusion that the right to intellectual property is protected by Article 1 Protocol N 1 of the European Convention on Human rights as a fundamental human right.

common” only in case when there is enough left for others, i.e., for the members of society<sup>9</sup>. Renowned American philosopher Robert Nozick in his book called “Anarchy, State, and Utopia”<sup>10</sup> has given an interpretation to Locke’s theory. According to his interpretation, acquiring property as a result of work would be possible only in case when others do not suffer any pecuniary damage, e.g., they do not get into a situation which is more unfavourable or poorer than the one in which the law did not allow the acquisition of property as a result of labour. In this respect, Nozick thinks that Locke’s theory is applicable to patents for the simple reason that despite the fact that others have limited right of use in case of existence of a patent, the invention would not have existed at all in the first place without the inventor. That means that the consumers benefit from the patent and do not suffer damages<sup>11</sup>. Nevertheless, according to Locke, some restrictions must be applied against the rights of the inventors, in particular, if the inventors have subsequently invented a device, they must have the opportunity to use or sell it and the patents must be given only for a certain timeframe<sup>12</sup>. In this respect, there would have been a need to make amendments to the patent law, because according to the regulations in force, if different people separately from each other make the same invention, the person who applies for the patent earlier than others has the right to get the patent<sup>13</sup>.

According to the approach derived from the works of Kant and Hegel<sup>14</sup>, private property has an important role in the satisfaction of the fundamental needs of the human being, and the policy makers must create such an environment, in which people can satisfy their needs. In this respect, the right to intellectual property can be justified because it protects the rights of authors against possible distortions or copies of their works and it creates cultural and economic conditions that are important for securing the development of the human being<sup>15</sup>.

Summarising the aforementioned theories, we can state that protection of the right to intellectual property is necessary for both authors, right-holders, society and the state because it promotes the creation of new technologies and historical, cultural values, development of the interstate cooperation, and the economy.

Nevertheless, though these theories do not fully reveal the essence and peculiarities of the right to intellectual property, they form the basis for the legislative and law enforcement bodies to interpret and justify the existing

regulations and future changes in the sphere of intellectual property.

### III. The Essence of the Proposed Amendments to the Section on Intellectual Property Right of the RA Civil Code

Intellectual property rights are national or territorial in their scope, i.e., they apply only in the territory of the state where they are registered or given protection<sup>16</sup>. Nevertheless, in recent years the national mechanisms of protection of intellectual property rights have become inconsistent in the light of globalisation of market relations. This has led to the conclusion of a number of international treaties in the sphere of intellectual property.<sup>17</sup>The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) is one such treaty in which the minimum requirements are defined, which must be complied with by every member state.

As already mentioned, the reforms in the sphere of intellectual property require development of policy by the state. In this respect, the Republic of Armenia has adopted the policy of having a legal system that is in line with the standards of modern rule-of-law state, which is expressed in the Executive Order NK-96-A of the President of the Republic of Armenia on Approving 2012-2016 Strategic Programme for Legal and Judicial Reforms in the Republic of Armenia and List of Measures Deriving from the Strategic Programme. Paragraph 6.1 of the Executive Order stipulates that the Civil Code of the Republic of Armenia must be adjusted to the modern approaches for regulating private law relations; in this respect, the right to intellectual property is not an exception.

Furthermore, the following is envisaged in the concept of amendments to Section 10 of the RA Civil Code:

1. The notion of intellectual property, as it is not clear from the existing regulations what is considered as intellectual property, is to be defined by the amendments. A possible solution could be the following definition: “Intellectual property is the result of intellectual activity, which includes the objects of a copyright and other related rights, trade secrets, objects of industrial property (inventions, utility models, industrial designs, selection achievements, topology of integrated microcircuits, means of individualisation of commercial organisations, goods, work, and/or services).”
2. One of the amendments envisaged is the expansion of the rights of the right-holder of intellectual property. In particular, it is suggested stipulating the right-holder’s right to demand from any person to stop the alienation or the use in any way of goods (fake or counterfeit and

<sup>9</sup> See Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 *Geo. L.J.* 287 (1988)

<sup>10</sup> See Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (New York: Basic Books, 1974), pages 178-182.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> See RA Law on Inventions, Utility Models and Industrial Designs, Article 15.1, European Patent Convention, Article 60

<sup>14</sup> Margaret Jane Radin, *Reinterpreting Property* (Chicago: University of Chicago Press, 1993);

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> See Lionel Bently, Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, third edition, Oxford, 2009, page 5.

<sup>17</sup> RA is a member to a number of international treaties that can be found by the following link <http://www.aipa.am/hy/international-treaties/>

pirated goods) that were created in violation of intellectual property in the Republic of Armenia. Moreover, this right should apply despite the fact that the goods were acquired in good faith. The right-holder must also have an opportunity to demand stopping any other action that violates his intellectual property right or entails danger for the violation of that right. There is a need to stipulate that instead of confiscating the material objects that served as basis for the violation, one should confiscate the material objects that were created in violation of the right (fake or counterfeit goods). Taking into consideration that according to the existing regulation only movable property can be an object of confiscation, there is a need to stipulate that material objects that are immovable properties must be demolished. As an alternative, it could be stipulated that adequate compensation must be paid for the violation of the right with the condition that no harm has been done to the honour and good name of the author (creator).

Besides the confiscation of the movable property that was created in violation of rights, it is suggested stipulating the liquidation of the confiscated material objects as a means of protection of rights if it is proven, or there is a reasonable doubt, that these objects are harmful or dangerous for the health of the society. Confiscation and liquidation of the goods must be stipulated also in cases when it is impossible to distinguish a trademark or a trademark confusingly similar to it from the goods or packaging.

It must be enshrined that the court must take into consideration all the circumstances of the given case when applying any measure of protection of a right. The court, in particular, should consider the severity of the violation and consider whether the applied measure is proportionate, effective, necessary and relevant in case of the given violation, and in the prevention of such violations in future. The court must also take into consideration the question of adequate monetary compensation for the claim of the plaintiff.

It is envisaged by the proposed amendments to expand the rights of the right-holders of intellectual property. Such amendments can be perceived to be inadequate by business organisations and they, the amendments, can be seen as instruments for restricting competition<sup>18</sup>. Nevertheless, taking into consideration the state policy and the purpose of the protection of intellectual property rights, such amendments are justified and can both serve as incentives for people to create new works, creations, and inventions, and promote economic development thus securing import and export of goods by the right-holders.

We find it necessary to reflect on the measures applied by the court in the context of the proposed amendments. In particular, it must be stipulated that the court

can without applying the aforementioned measures (liquidation, demolishing, etc.) assign only monetary compensation from the offender, if the offender acted without intent or negligence. The court can award monetary compensation also in case if other measures would do disproportionate harm to the latter and with a condition that such monetary compensation claim would satisfy the intellectual property right holder. Such a formulation could be a balanced solution in the relationship between the protection of intellectual property right holders and the use of creations and inventions that are valuable for the society.

3. The following amendments are proposed to be made with respect to undisclosed information:

- to clarify the notion of undisclosed information, defining in detail those conditions that are regarded as trade secret and form the basis for the legal protection thereof;
- to use the phrases “undisclosed information” or “trade secret” instead of the phrase “official, commercial or banking secret”;
- the scope of the undisclosed information must not be limited only to the technical, organisational and commercial spheres. It can also refer to official (employment), innovative, production, financial, banking, economic and other spheres; and
- to enumerate clearly in Article 1164 of the RA Civil Code the requirements for undisclosed information. In particular such information
  - must not be disclosed to the third parties lawfully;
  - must have (or can have) some economic (commercial) value (significance) and/or give the lawful possessor, user, owner (the right-holder) some commercial advantage over his present or future competitors;
  - reasonable measures (means) must be taken by the owner to keep it a secret; and
  - there must be no opportunity to get the information freely on lawful basis.

The following must be the preconditions for undisclosed information:

- the undisclosed information or its clear (unambiguous) description must be recorded in any way on any material carrier;
- that material carrier must contain the earliest date of the possession of that information by the owner and identification data of the owner of the information;
- the undisclosed information must be originally under the lawful possession of the owner and (or) must not be acquired in violation of law;
- the undisclosed information is kept for unlimited term;
- to clarify that if the undisclosed information or a part of it has been disclosed by its lawful owner or upon his knowledge, consent or permit (lawful disclosure), it will lose its force as a commercial secret and will become accessible for everyone;

<sup>18</sup> See Lehmann IIC 1 and J.Holyoak and P.Torremans, Intellectual Property Law, Butterworths (1995), էջեր 13-19.

- to stipulate that the lawful owner of the commercial secret must have a right to forbid third parties from using undisclosed information or a part of it if it was disclosed or became known to third parties without the knowledge of the lawful owner of the commercial secret or written permit or consent (illegal disclosure). Moreover, this measure of protection must be accessible also in case when the illegal information is acquired in good faith. For that purpose, paragraph 2 of Article 1165 must stipulate that the owner of the undisclosed information shall have the right to demand from the good faith acquirer to stop using, disclosing or spreading the information forthwith;
- to invalidate the provision of Article 1165 of the Civil Code, which states that the court, taking into consideration the expenses incurred by a person for the use of undisclosed information in good faith, may permit its further use by the latter on the condition of a compensated non-exclusive license;
- to define who can be a lawful owner of undisclosed information and the rights of the person who himself has created, invented or disclosed the undisclosed information without violating any right of the lawful possessor or owner of the information before him, and to clarify that the undisclosed information can be alienated or given for use to other person; and
- to define that the transfer of the right over the undisclosed information must be done in written form, the content of which must be confidential and not subject to publication. To clarify that both the provider of the information and the receiver thereof must keep it confidential if not provided otherwise by the contract.

The necessity of the proposed amendments with respect to undisclosed information is drawn from Article 39 of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, where the minimum requirements for the undisclosed information or trade secret are defined. At the same time, we are of the opinion that banking secret is out of the scope of the regulation of trade secret and it must be regulated exclusively by the banking legislation. Besides, there is a need for supplementary substantiation of fixing the trade secret on material carrier as a precondition for the protection of a trade secret. Such approach may restrict the rights of the holder of the trade secret and create practical obstacles. In this respect, there is no need to define supplementary preconditions for the right-holder when defining the criteria for the trade secret. The possibility of choice must be left only to the discretion of the right-holder.

There is a need for the amendments to the regulations on trade secret because the existing regulations are insufficient and do not reveal the real essence of trade secret as per international standards. Defining such struc-

tures is another incentive for the creation of innovative technologies.

#### IV. Conclusion

Summarising the above ideas, a conclusion can be drawn that intellectual property rights have universal nature and their role and importance grow more and more. Hence, there is a need to understand the real essence of intellectual property rights so that, when making amendments, it will not give rise to violations.

The proposed amendments to the RA Civil Code are in general a positive step and in line with modern approaches. Defining broad guarantees for intellectual property rights can promote the expansion of creative activities in the Republic of Armenia as the authors and inventors will feel safe and will have opportunity to exercise their rights fully. Besides, it will promote the development of the economy as, because these reforms, the holders of industrial properties will also get an opportunity to apply proportionate measures of enforcement and receive compensation.

Nevertheless, during any reform, the legislative bodies must adopt a balanced approach where the expansion of intellectual property rights will not be self-oriented and lead to restriction of other rights.

**Tamar Lakerbaia<sup>1</sup>**

*I would like to express my gratitude  
to the Max Planck Institute  
for Foreign and International Private Law for  
their cooperation.  
Most of the present article was written using  
the unique library of Max Planck Institute.*

## **Refinement of the Right to Reject a Contract Under Civil Code of Georgia**

### **Introduction**

*According to the unified European Contract Law, the right to reject the contract is considered one of the important instruments for the protection of consumers' rights, which, in its essence, significantly differs from the other forms of terminating a contract. According to the European legislation, the right to reject the contract, on one hand, protects the contractual freedom of the consumer and on the other hand, represents an easy way to get out of a contract. It is noteworthy that Article 336 of the Civil Code of Georgia (hereinafter referred to as – "CCoG"), which envisages the right to reject a contract concluded in the street, is incomplete and does not comply with its European counterpart.*

*The present article addresses the issue of regulation of the right to reject a contract under CCoG (I); definition of the contract concluded in the street (II); scope of application of the right to reject a contract (III); European model of the contract concluded in the street (3.1.); critical analysis of the Georgian model (3.2.); obligation to provide necessary information with respect to the right to reject (IV); the term of realisation of the right to conclude a contract (V); and final provisions (VI).*

### **I. Regulation of the Right to Reject a Contract Under CCoG**

Legal norms regulating consumer rights, including the right to reject the contract, are grouped under CCoG as a result of adoption of German norms regulating the same field.<sup>2</sup> However, at the time of the adoption of the CCoG, consumer rights were not duly regulated under the German Civil Code. Only after the reform of 2002, norms regu-

lating consumer rights and the means of their special protection<sup>3</sup>, including the right to reject the contract, were included in the Code. Moreover, after this exact period, the Code established the concept of "consumer" as the term indicating the subject participating in private relations.<sup>4</sup> This is probably the reason why the Georgian counterpart of this concept is not duly included in the CCoG.

We should also point out that a contract concluded in the street, rejection of which is envisaged by the legislature, exists in the Code not as a separate contractual relation, but rather it is included in the general part of the Law of Obligations under the chapter on Entering into a Contract. We should assume that the legislature wanted to accentuate the specificity of the contract through highlighting the fact that it was concluded under extraordinary circumstances. Indeed, due to the fact that the contract was concluded under extraordinary circumstances, this kind of relation is paid particular attention, while its participant, the consumer, is granted the right to special protection. At the same time, it should also be noted that the right to reject a contract, as an important instrument for the protection of consumers, was established in the EU Member States by the EU directives, majority of which have the horizontal effect. Controversial issues related to this right are mostly defined under the practice of the European states and the European Court of Justice.<sup>5</sup>

The effect of unexpectedness, which is typical for the contracts concluded in the street, and from the results of which the consumer is protected under the European Consumer Law<sup>6</sup>, is less relevant under Georgian legislation. The majority of contracts, that may be considered as the contracts concluded in the street, are mostly related to minor household goods and nutritional products. Their value and purpose does not often represent the ground for a dispute. However, on the other hand, because this trade area is left unregulated, persons offering goods and services under unofficial circumstances do not comply with the European standards regarding the provision of information and its transparency. Nowadays, it is hard to imagine that the unexpected trader will initially inform the consumer about his/her right to reject the contract, especially in writing, then will explain to him/her the rules of its realisation and only after this will enter into a contract with this consumer.

<sup>1</sup> Judge at Tbilisi City Court, Civil Cases Panel; Doctoral student at Tbilisi State University, Faculty of Law.

<sup>2</sup> T. Diodidze, Rejection of a Contract Concluded in the Street according to Georgian and German Law, Student Law Journal, Tbilisi, 2014, p. 67.

<sup>3</sup> Z. Dzlierishvili, G. Tsertsvadze, I. Robakidze, G. Svanidze, L. Tsertsvadze, L. Janashia, Contract Law, publishing house "Meridian", Tbilisi, 2014, p. 28.

<sup>4</sup> Georgian translation of the German Civil Code (1 May 2010), Publishing house Ltd. "Siesta", Tbilisi 2010; I. Kropholler, German Civil Code, Educational Comments, GlZ-funded Legal Education Assistance Foundation of the Georgian Young lawyers' Association, Tbilisi, 2014, pp. 249-252.

<sup>5</sup> European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules, Sellier, ELP, Munich, 2008, 346.

<sup>6</sup> Schulze R., The Right of Withdrawal, Perspectives for European Consumer Law, Towards a Directive on Consumer Rights and Beyond, Sellier, European Law Publishers, 2010, pp. 13-22.



Moreover, considering the latest tendencies in definitions of contracts concluded under unofficial circumstances made under the European Consumer Law,<sup>7</sup> it becomes clear that nowadays these types of contracts do not include the contracts concluded unexpectedly at the place of residence of the consumer or at his/her place of work. Accordingly, factual nonexistence of the right to reject a contract under Georgian consumer contracts, or, rather, not paying proper attention to it, indicates the low level of protection of consumer rights in our country. It is noteworthy that to date there is not a single decision in Georgian judicial practice that addresses the dispute arising out of a contract concluded in the street.

## II. Definition of the Contract Concluded in the Street

The right of the consumer to reject a contract unilaterally is stipulated under Article 336 of the CCoG. According to the mentioned article, a contract concluded in the street, at the doorstep or in like places, between a consumer and a person conducting sales within his/her trade shall be valid only if the consumer has not rejected the contract in writing within a week, unless the contract is performed upon its conclusion.<sup>8</sup>

Article 336 of the CCoG deserves our attention because of several reasons: firstly, it is noteworthy that the scope of activities of the trader mentioned in the disposition of the article should be considered as the analogy of the reasoning developed under European acts. In particular, the wording, “a person conducting sales within his/her trade,” also includes the activities beyond the scope of regular activities of the trader. “Trade,” is defined as “hunting or earning something”, i.e., small handicraft production, as the additional source of subsistence. In this respect, definition made by Article 336 of the CCoG, as the activity carried out under unusual, extraordinary circumstances, is in compliance with the aim of European directives, which is confirmed by the terms “in the street, at the doorstep or in like places”, used in this article.<sup>9</sup>

However, the concerned norm does not indicate the function of consumer protection. First, let us suppose that the consumer has to realise his/her right to reject the contract within the due term, but Article 336 of the CCoG does not provide for the mechanism for the realisation

of such right – at least whom the consumer should address, or where to send the written rejection. Moreover, Article 336 does not outline the obligation of the trader to provide the consumer with the necessary information. Furthermore, disposition of the relevant article excludes the possibility to reject the contract in case the contract is performed upon its conclusion. It should be noted that the majority of contracts concluded in the street are mostly performed upon conclusion. This, according to the Georgian version of this kind of relation, leaves the consumer practically unprotected, especially considering that the article in question does not oblige the trader, entering into such relations, to provide the consumer with the relevant information. Such formulation of the norm does not provide a strong guarantee for the protection of consumers in case a contract is concluded in the street.<sup>10</sup>

In addition, Georgian version of the norm in question does not include the reference to the essence of the contractual relation. It only emphasises the fact that the contract is concluded in the street, which should be considered as a shortcoming of the regulation. Simultaneously, the latest European act regulating the right to reject the contract – Directive of 2011 “on the Protection of Consumer Rights” – directly indicates that in case of contracts concluded under unofficial circumstances or concluded remotely, the right to reject the contract, which has an imperative power, only applies to the contracts of sale and service. Accordingly, it is recommended that a similar reservation is added to Article 336 of the CCoG.

## III. Scope of Application of the Right to Reject a Contract

The peculiarity of the protection of consumer rights is that the special mechanisms of protection are directed towards specific threats and are related to the relevant contractual relation.<sup>11</sup> In this respect, the right to reject the contract is not an exception either. Under the European Contractual Law, its effect covers two types of contractual relations, viz., the contract concluded under unofficial circumstances and the remotely concluded contract.<sup>12</sup>

With respect to contracts concluded under unofficial circumstances, contractual laws of certain European countries granted consumers the right to reject such contracts much earlier than this was regulated under EU Di-

<sup>7</sup> Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, Official Journal of the European Union, L 304/64, 22.11.2011.

<sup>8</sup> Civil Code of Georgia, Parliament Gazette, 31, 24/07/1997.

<sup>9</sup> V. Zaalishvili, Systemic Peculiarities of the Regulation of Private Consumer Relations under Georgian Legislation; “Law Journal” no. 1-2, Tbilisi 2010, p. 70; E. Bzekalava, Consumer Rights under the Civil Code of Georgia; Anniversary Edition, David Batonishvili Law Institute; editor D. Gegenaava, Tbilisi 2013, 73.

<sup>10</sup> Z. Chechelashvili, Contract Law, Tbilisi, 2008, p. 103.

<sup>11</sup> Z. Dzlierishvili, G. Tsertsvadze, I. Robakidze, G. Svanidze, L. Tsertsvadze, L. Janashia, Contract Law, publishing house “Meridiani”, Tbilisi, 2014, p. 29.

<sup>12</sup> Rezek M., Contracts Concluded Away from Business Premises and Contracts Concluded Through Distance Communication in the Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights, Perspectives for European Consumer Law, Towards a Directive on Consumer Rights and Beyond, Sellier, European Law Publishers, 2010, 109-117.

rectives.<sup>13</sup> In addition, initially the unofficial circumstances mostly referred to the contracts concluded unexpectedly at the place of residence of the consumer or his/her place of work.<sup>14</sup> It is noteworthy that the aim of the EU Directive of 1985 was indeed the protection of consumers from the contracts concluded at the doorstep.<sup>15</sup> However, over time, definition of contracts concluded under unofficial circumstances was extended and encompassed other instances as well, instead of merely the contracts concluded at the place of residence or at the place of work. In this regard, several circumstances have to be paid attention and should be analysed separately.

### 1. European Model of the Contract Concluded in the Street

The unified European contract law brings attention to many cases of contracts concluded in the street:

a) Firstly, in order to consider a contract as concluded under unofficial circumstances and in order for the consumer to be able to exercise the right of rejection, negotiations between the parties regarding the conclusion of a contract should be held away from the trader's regular or permanent business premises.<sup>16</sup> In other words, an offer should be made under such conditions, which are not usual for the activity of a particular trader. Therefore, contracts concluded in open trading places, such as trade fairs or like places, should not be deemed as contracts concluded under unofficial circumstances, if the traders use these places for regular and permanent

trading activities.<sup>17</sup> When the trader offers the consumer to conclude a contract at his/her place of residence, place of work or in transport, it is hard to imagine that these places represent the place of regular trading activity for the concerned trader. Persuading the consumer to enter into a contract under the mentioned or similar conditions is related to a number of risks, and to the rough influence upon the formation of consumer's will. That is why the law pays particular attention to these types of contracts, and at the same time protects the consumer with a mechanism to overcome the binding power of the contract easily.<sup>18</sup>

b) When talking about the contracts concluded under unofficial circumstances, we should also point out such cases when the trader's activity may formally leave an impression that the trading place organised in a public area represents the trader's regular business premises. These are the instances when the traders use places other than their permanent business premises in order to promote and offer their products. In those cases, special attention should be paid to the duration and purpose of the usage of the trading point. If it is ascertained that the trading area is used for a single and specific purpose, such as the discount on certain goods, promotion or offering of a new product, or any other activity, which intends to attract consumers and enter into contractual relation with them, contracts concluded in these places shall be deemed concluded under unofficial circumstances.<sup>19</sup>

c) At the same time, a public area may as well be used for temporary trading activity. However, a contract concluded therein shall not be considered to be concluded under unofficial circumstances. This is mostly related to the seasonal trading; however, it should have a regular character. If a trader regularly uses a public area, even for the seasonal trading activity, this place shall be considered the trader's usual business premises, while a contract concluded therein shall not be deemed to be concluded under unofficial circumstances. Contrary to this, when a trader offers the consumer a service or a good that is a one-time offer, or the offer is made at a place organised for a specific occasion during a short period of time (e.g., in a shopping mall, park or at a special counter arranged temporarily on a shore), such temporary trading points are not considered as places of the trader's permanent or regular trading activity. Accordingly, the consumer is given the opportunity to reject such contracts. Besides, the burden of proof that

<sup>13</sup> For instance, since 1931, in Austria, the consumer had the right to reject, accept or withdraw from the credit contract concluded at the doorstep within three days from its conclusion. In 1962, Swiss legislation provided the same regulation. The right to reject a contract unilaterally was also envisaged under the German Civil Code. Since 1960, the consumer was granted the right to reject a contract concluded at the doorstep. It is noteworthy that under the laws of Belgium, France, Holland and the UK, the right to reject a contract was directed towards the protection of consumer with respect to contracts concluded at the doorstep. In addition, in France, the right to reject a contract became popular from 1970. In 1973, a separate act on the conclusion of contracts at the doorstep was adopted in Holland. In 1962, the Committee of the consumer protection in the UK noted for the first time that it was mandatory to review the results of a contract concluded at the doorstep. On its part, Belgian legislation also allowed for the rejection of a contract with respect to sale contracts concluded at the doorstep. *Terryn E.*, The Right of Withdrawal, The Acquis Principles and The DCFR, CFR and Existing EC Contract Law, Sellier, ELP, Munich, 2008, 146; *Zimmermann R.*, The New German Law of Obligations, Historical and Comparative Perspectives, Oxford University Press, 2005, 172.

<sup>14</sup> *Loos M.*, Right of Withdrawal, Modernizing and Harmonizing Consumer Contract Law, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2009, 258.

<sup>15</sup> Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises.

<sup>16</sup> Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32011L0083>>, [26.04.2014]; Working Document of the Commission, Responses to the Consultation on the Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to Protect the Consumer in Respect of Contracts Negotiated Away from Business Premises Summary of Responses, <[http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/doorstepselling\\_responses.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/doorstepselling_responses.pdf)>, [27.04.2014];

<sup>17</sup> *L. Chanturia*, Commentary to the Civil Code of Georgia, Book Three, Article 336, publishing house "Law", Tbilisi, 2001.

<sup>18</sup> DG Justice Guidance Document, European Commission, DG Justice, June 2014, <[http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd\\_guidance\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_en.pdf)>, 14.

<sup>19</sup> *Twigg-Flesner Ch., Metcalfe D.*, The Proposed Consumer Rights Directive – Less Haste, More Thought? European Review of Contract Law, 2009, 8, SSRN, <<http://ssrn.com/abstract=1345783>>, [20.01.2015].

the used trading area represents the regular business premises of the trader lies upon the trader himself.<sup>20</sup>

- d) Cases where the consumer is persuaded to conclude a contract by directly addressing him/her are discussed separately. If a consumer enters into a contract after he/she is personally addressed, the contract shall be deemed concluded under unofficial circumstances. In addition, it does not matter whether a contract is concluded directly in the street or the consumer signs it in a trader's office. It is essential that the contract is concluded immediately after the consumer was addressed personally.<sup>21</sup>
- e) An agreement reached during a trip organised by the trader shall also be deemed as a contract concluded under unofficial circumstances.<sup>22</sup> In addition, it does not matter whether the purpose of the trip was to persuade the consumer to conclude a contract or simply to offer him/her goods and services. The important thing is that the formation of the consumer's will to conclude a contract took place at the pre-planned and specially arranged trading area,<sup>23</sup> which only required the consumer's participation in a pre-organised journey and at the same time did not represent traders regular business premises.<sup>24</sup>
- f) The EU Directive of 2011 "on Consumer Rights" also considers cases when the conclusion of a contract takes place directly at the consumer's place of residence or the place of work as contracts concluded under unofficial circumstances.<sup>25</sup> In addition to this, it does not matter if the consumer initiates the traders visit.<sup>26</sup> For example, even when the consumer summons (calls) the representative of the trader to his/her home or work, or when the trader comes to the consumer himself/herself in order to offer goods and services in an inhabited area, a contract concluded in such a situation shall be considered to have been concluded under unofficial circumstances. As a result, the consumer shall have the right to reject such a contract in accordance with the relevant rules.<sup>27</sup> Moreover, if the trader's visit is initiated by the consumer with the intent to purchase

a specific item or to receive a certain service, the subject of the contract suddenly becomes another item or a service, about which the consumer was not informed beforehand and had no information regarding the item/service in question or their current market prices. A contract concluded in such a situation shall also be considered to have been concluded under unofficial circumstances.<sup>28</sup>

Thus, the European doctrine on the protection of consumer rights includes different cases of contracts concluded in the street and does not limit itself only to the contracts concluded at the consumer's place of residence. It encompasses a wide range of unusual contractual relations, and the one thing all of them have in common is the fact that the negotiation with the consumer takes place beyond the trader's regular business premises.

## 2. Critical Analysis of the Georgian Model

Definition of a contract concluded in the street under the CCoG is comparatively narrow, or we may even say slightly vague. Two aspects of the disposition of the concerned norm should be discussed. Firstly, the wording, "a consumer and a person conducting sales within his/her trade," should be paid particular attention. In this respect, "conducting sales within his/her trade" can be considered as trading activity; however, it does not fully reflect the essence of trading. Accordingly, Article 336 of the CCoG needs further clarification. It is recommended to amend the disposition of the norm in question by adopting the following wording: "between a consumer and a person, who carries out trading or commercial activity within the scope of his/her profession or handicraft."

Another significant flaw, which is noticeable with respect to Article 336 of the CCoG, is the scope of application of the norm in question; in particular, the following wording – "...a contract concluded in the street, at the doorstep or in like places...". Study of the right to reject the contract clarifies that the protective function of the right of rejection is only effective if the consumer is persuaded to enter into a contract at the place, which is not the business premises of the trader. On its part, the mere fact of conclusion of a contract in the street does not indicate that the contract was concluded under extraordinary circumstances. As already mentioned above, trading points arranged at the open public areas, including streets, usually represent the trader's usual business premises, and the consumer who went to that place has a preliminary intention to purchase something.<sup>29</sup>

Furthermore, the wording – "...at the doorstep or in like places..." is also vague. A place similar to the doorstep

<sup>20</sup> DG Justice Guidance Document, European Commission, DG Justice, June 2014, <[http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd\\_guidance\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_en.pdf)>, 14.

<sup>21</sup> DG Justice Guidance Document, European Commission, DG Justice, June 2014, <[http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd\\_guidance\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_en.pdf)>, 14.

<sup>22</sup> Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011.

<sup>23</sup> Case C-423/97, *Travel Vac SL v Manuel Jose Antelm Sanchis*, [1999] ECR I-2195; Terry, E., Straetmans G., Colaert V., (eds.), *Landmark Cases of EU Consumer Law – In Honour of Jules Stuyck*, intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2013, 545-558.

<sup>24</sup> Consultation on the Implementation of Consumer Rights Directive 2011/83/EU, May, 2013, 18; DG Justice Guidance Document, European Commission, DG Justice, June 2014, 15.

<sup>25</sup> Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011.

<sup>26</sup> *Micklitz H-W., Stuyck J., Terry E.*, Cases, Materials and Text on Consumer Law, Oxford and Portland, Oregon, 2010, 239.

<sup>27</sup> DG Justice Guidance Document, European Commission, DG Justice, June 2014, 13.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *L. Chanturia*, Commentary to the Civil Code of Georgia, Book Three, Article 336, publishing house "Law", Tbilisi, 2001.

may only be another dwelling that is used by people for permanent or temporary habitation. A literal definition of this part of the norm does not provide that the right to reject a contract protects a consumer in those cases when the offer is accepted at places such as the consumer's place of work, means of public transportation, a park or at any other place that does not represent the trader's usual business premises.

In addition to this, the right to reject a contract also protects the consumer in those cases when he/she is persuaded to conclude a contract while being on a trip organised by the trader or a person acting in accordance with his interests. Moreover, we should consider any event where the consumer may spend his/her leisure time as a trip. It is noteworthy that Article 336 of the CCoG does not envisage such cases at all.

Accordingly, with the aim to refine and approximate Article 336 with EU standards, it is recommended that it comprehensively covers the cases of conclusion of contracts under unofficial circumstances. In this regard, wording provided by the EU Directive of 2011 "on Consumer Rights" should be shared. In particular, according to the mentioned Directive, a contract concluded under unofficial circumstances, i.e., the off-premises contract, may be any of the following contracts: 1) A contract that is concluded with the simultaneous physical presence of the trader and the consumer, in a place which is not the business premises or the legal seat of the trader; however, the trader and his/her representative act in accordance with their professional aims; 2) for which an offer was made by the consumer in the same circumstances referred to in point 1; 3) concluded on the business premises of the trader or through any means of distance communication immediately after the consumer was personally and individually addressed in a place which is not the business premises of the trader; or 4) concluded during a trip organised by the trader with the aim or effect of promoting and selling goods or services to the consumer.<sup>30</sup>

In addition, it is possible to clarify the definition of off-premises contracts by adding to the list the instances when the consumer is persuaded to enter into a contract at his/her place of residence or work, in a public transport or any other public area, which is not the business premise of the trader (German model).<sup>31</sup>

#### IV. Obligation to Provide Necessary Information with Respect to the Right to Reject

Protective effect of the right of withdrawal from the contract only then reaches its goal when the consumer is duly informed about his/her rights and the rules of their realisation.<sup>32</sup> Moreover, in case of the off-premises contract, information should be provided in writing, while in case of a distance contract, it should be provided in a way appropriate to the means of distance communication. In both the cases, the consumer should be informed about the right of withdrawal from the contract before its conclusion. The information should also include the identity of the trader as well as the term for the realisation of the concerned right.<sup>33</sup>

In this regard, the content of Article 336 of the CCoG is incomplete. In order to refine it, provisions regarding the trader's obligation to inform the consumer duly about his/her rights should be added to the article. Content and form of the information, with which the consumer should be provided, need to be described in greater details. According to the current formulation, consumer's obligation with respect to the realisation of his/her rights is vague; in particular, whom should the consumer address or by what means should he/she reach the addressee is left unaddressed. Besides, Article 336 of the CCoG refers to the consumer's obligation to declare his/her will about withdrawal from a contract in writing. Even though European acts protecting consumer rights do not limit traders in defining the form of withdrawal from the contract,<sup>34</sup> at the same time, they allow for the existence of the implied notification.<sup>35</sup> It is desired that a similar reservation is added to the new formulation of the concerned article.

#### V. The Term of Realisation of the Right to Conclude a Contract

The right to withdraw from the contract gives the consumer the possibility to get rid quickly and painlessly of the binding power of the contract. Within the term set for the realisation of the concerned right, the consumer is authorised to review the results of the concluded contract and without any reasoning turn the valid agreement into an in-

<sup>30</sup> Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011.

<sup>31</sup> For comparison see: Georgian Translation of the German Civil Code (1 March 2010), publishing house Ltd "Siesta", 2010, Article 312.

<sup>32</sup> Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32011L0083>>, [26.04.2014];

<sup>33</sup> Rezek M., Contracts Concluded Away from Business Premises and Contracts Concluded Through Distance Communication in the Light of the Proposal for a Directive on Consumer rights, Perspectives for European Consumer Law, Towards a Directive on Consumer Rights and Beyond, Sellier, European Law Publishers, 2010, 109-117.

<sup>34</sup> Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011.

<sup>35</sup> Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis principles), Contract I, Pre-Contractual Obligations, Conclusion of Contracts, Unfair Terms, prepared by Research Group on the Existing EC Private Law, European Law Publishers, 2007, 165.

valid one with the concomitant restitution.<sup>36</sup> Under the unified European Contract Law, the term for the rejection of a contract is 14 days,<sup>37</sup> while under Article 336 of the CCoG, the term in question is only a week. In order to integrate fully with the European internal market, it is recommended that the mentioned term is extended up to 14 days and approximated with European standards. Same rules should apply to the rejection of distance contracts.

We should also point out the following formulation of Article 336 of the CCoG: "...concluded contract shall be valid only if the consumer has not rejected the contract in writing within a week, unless the contract is performed upon its conclusion." The mentioned provision attracts attention because of two aspects. 1) "...concluded contract shall be valid only if the consumer has not rejected the contract in writing within a week..." Definition of this part of the norm leads us to the conclusion that the validity of a contract is dependent upon its rejection or non-rejection by the consumer. This is in fact so. However, on the other hand, it is unclear what the legislature meant under the words – "contract is valid". The whole essence of the right of rejection is that it annuls the valid and mostly bilaterally performed contract. Regardless of the right of rejection, off-premises and distance contracts are deemed to be valid and having legal force upon conclusion, while the consumer is granted an authorising right to reject the outcome of the contract by expressing unilateral will, return the purchased good and demand the return of the payment made for this good.<sup>38</sup>

In this respect, the norm needs to be specified. Namely, it is recommended that the current wording, "...concluded contract shall be valid only if the consumer has not rejected the contract in writing within a week..." is replaced with the following wording: "the consumer is authorised to reject the off-premises contract in the event of its conclusion..." As already mentioned above, the list of contracts concluded under such circumstances should be simultaneously specified and formulated.

The second issue, which also deserves our attention and indicates the ineffectiveness of Article 336 of the CCoG, is the limited scope of application of the right to reject. In particular, Article 336 of the CCoG provides that "...concluded contract shall be valid only if the consumer has not rejected the contract in writing within a week, unless the contract is performed upon its conclusion." According to the given formulation, if a contract is performed upon its conclusion, the consumer loses the right to withdraw from it. Such regulation of this right, in the first place, con-

tradicts its protective function. Namely, the effectiveness of the right of rejection means that the consumer is given additional time for the reconsideration of the contract after its conclusion and after the transfer of a thing into actual possession. Moreover, contracts of sale are mostly performed bilaterally upon conclusion. If we assume that the performance nullifies the right to reject, then the general concept of this right shall become meaningless.

On the other hand, European model of the right to reject allows for the limitation of its scope of application, if the contract is performed upon its conclusion. However, unlike its Georgian alternative, the above model specifies the instances of such limitation and connects them only with the service contracts. In particular, due to the peculiarities of the nullification of the received service, European doctrine directly obliges the trader to inform the consumer beforehand and in writing that he/she shall lose the right to reject the concluded contract from the moment of the provision of service. Only consumer's informed consent may become the basis for the limitation of the right of rejection under service contracts.<sup>39</sup>

Considering the abovementioned, Article 336 of the CCoG needs further specification. Firstly, the instances, when the performance of a contract nullifies the right of its rejection, should be directly defined. Moreover, European tendencies should be shared. Namely, it is desirable to limit the scope of application of the concerned right only with respect to service contracts. In addition, preconditions of limitation should be met, i.e., the consumer should be provided with the due information regarding the foregoing limitation.

## VI. Final Provisions

Thus, considering the fact that under the unified European Contract Law, the right to reject protects consumers from the negative consequences of the off-premises contracts, the mentioned right should be duly reflected in Georgian legislation. Due amendments and additions should be made to Article 336 of the CCoG. The special provision regarding the right to reject a contract concluded in the street should include the general concept of this right and the mechanism for its effective realisation.

<sup>36</sup> *Loos M.*, Right of Withdrawal, Modernizing and Harmonizing Consumer Contract Law, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2009, 246-250; *Micklitz H-W.*, *Stuyck J.*, *Terryn E.*, Cases, Materials and Text on Consumer Law, Oxford and Portland, Oregon, 2010, 239.

<sup>37</sup> Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011.

<sup>38</sup> *Kropholler*, German Civil Code, Educational Comments, Legal Education Assistance Foundation of the Georgian Young lawyers' Association, Tbilisi, 2014, p. 250.

<sup>39</sup> Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011.

## **Inheritance Right in German and Azerbaijani Civil Laws**

### **Abbreviations:**

CCRA = Civil Code of the Republic of Azerbaijan

GCC = German Civil Code

HRC = Higher Regional Court

### **Introduction**

Inheritance right is one of the rights guaranteed by both the German Constitution (*Grundgesetz*, Article 14) and the Constitution of the Republic of Azerbaijan (Article 29, paragraph 5). This right is reflected in the latest, i.e., the fifth book of the German Civil Code (hereafter – GCC) and in the tenth section of the Civil Code (CC) of the Republic of Azerbaijan (hereafter – RA).

Inheritance right is a subjective right that reflects the opportunity of a person to take a decision on his/her property or other transferable rights after his/her death and, furthermore, be a beneficiary (heir) benefiting this opportunity. In terms of objectivity, inheritance right can be understood as a collection of the regulatory acts defining the transfer of a property to one or several persons from the moment of death.

#### **Casus 1:**

Can A., with his two brothers appeal to the Constitutional Court against a judicial act concerning the wrong partition of property after their father's death?

#### **Answer:**

A's inheritance right is included in the Constitution of both the countries (constitutional right), both the citizens of the Republic of Azerbaijan and German Federal Republic (GFR) have the right to appeal to their respective Constitutional Court (CC) regarding the violations of the law. Everyone in the RA has the right to make claims to the Constitutional Court against regulatory acts, and municipal and juridical acts of the legislative and executive bodies that violate his/her rights and freedom in the manner prescribed by law.

Hence, A., may appeal in this regard to the CC.

Article 1133 of the Civil Code of the Republic of Azerbaijan (CCRA) and Article 1922 of GCC envisage the opportunity of transferring the property of a deceased person as per the law or will. It is necessary to commence transferring the inheritance to the defined persons, and it is regulated in the same manner in the CCs of both the countries. Therefore, pursuant to Article 1922 of the GCC and Articles 1145 and 1146 of the CCRA, inheritance is commenced upon the death of a physical person or upon the declaration of him/her as deceased by a court.

### **The Capacity to be an Heir**

The following persons can be heirs in inheritance cases pursuant to the law and will:

- persons who were alive at the time of inheritance commencement (paragraph 1 of Article 1923 of the GCC; and Article 1134 of the CCRA); and
- also persons who were conceived during the life of the testator (testatrix) and born after his (her) death (paragraph 2 of Article 1923 of GCC; and Article 1134 of CCRA).

#### **Casus 2:**

A., is informed that he will die soon. He wants to know if he can state in his will that his child who is not born yet as an heir?

#### **Answer:**

Can the child who is conceived but not born yet be an heir?

The capacity to be an heir is detailed in paragraph 2 of Article 1923 of the GCC and Article 1134 of the CCRA.

Accordingly, the will to be written shall substitute the legal inheritance.

Thus, A., can state that his unborn child to be his heir in his will.

### **The Capacity to Make a Will**

One of the most important questions that arise in the course of disputes pertaining to inheritance right is whether the testator (testatrix) is capable of making a will at the time preparing it?

As we mentioned above, the freedom of making a will is one of the constitutional rights. As it is stated in the decision adopted in 1996 by the Higher Regional Court, Frankfurt am Main, the testator (testatrix) is entitled freely to define a person as an heir, and he/she is not obliged to provide any reasonable or understandable reasons to third persons.

<sup>1</sup> After graduating from law faculty of Baku State University, *Elvin Jabrailov* acquired master's degree in European law in Kirchberg, Germany and bachelor's degree in economic law in Cologne, Germany. He is currently working as a scientific worker in the law firm, Cologne, and is the head of the German and Azerbaijani Lawyers' Association – GALA- which was founded in 2015.

**Casus 3:**

Fifteen years old A., is informed that he will die soon. Despite being 15 years old, he possesses a number of properties and wants to write a will and appoint his newborn child as an heir. Can he do it?

**Answer:**

According to paragraph 1 of Article 2229 of the GCC, a minor may make a will only once he/she has attained sixteen years of age. According to paragraph 4 of the said article, he/she should not suffer from a pathological mental disturbance, and mental deficiency or derangement of the senses. The minor does not need the consent of his legal representatives to make a will (paragraph 2, Article 2229 of the GCC).

According to the CCRA, only people who have attained majority have such ability. Article 1167: A capable person having the capacity for sober discourse of his (her) actions, able to express clearly his (her) will and who has come of age at the moment of making the testament, i.e., a person who has reached the age of 18, can make a will.

**The capacity of A., to make a will:**

As per paragraph 1 of Article 2229 of the GCC (16 years old) and Article 1167 of the CCRA (18 years old), A., cannot make a will but his child to be born will be his heir within the framework of intestacy. Legal inheritance will be highlighted later.

The capacity of the child who is not born yet to be an heir:

(+), paragraph 2, Article 1923, GCC

(+), Article 1134 CCRA

Therefore, A., cannot make a will according to CCRA and GCC.

**Intestate Succession**

Intestate succession applies in cases when the deceased did not make a will or the will made by him/her is considered null and void. A person may not know when he/she will die or would not foresee the progress of the legal relations pertaining to his/her property after his/her death. In case of unexpected and sudden death, absence of a will can result in his/her property being lost or destroyed or cause disputes among his/her relatives. Another goal is to prevent the deprivation of the family members and close relatives of the deceased from their inheritance. For this reason, legislative authority considers intestate succession in the CCs of the both countries to prevent such cases.

Intestacy is implemented in succession. Succession is defined depending on the close relative ties of the people living at the time of inheritance commencement. There are

minor differences in legislation of both the countries concerning this succession.

Both in GCC and in CCRA, intestacy is implemented based on five successions. Therefore, according to Article 1924 of the GCC, heirs on intestacy of the first degree are the descendants of the deceased, i.e., his/her children. A descendant living at the time of the devolution of an inheritance excludes the descendants related to the deceased through himself from the succession, e.g., if the child is alive, the child of that child, i.e., a grandson/daughter of the deceased is not an heir (paragraph 2, Article 1924, GCC). On the other part, if a descendant is no longer living at the time of the devolution of an inheritance, the descendants related to the deceased through him/her take his/her place (paragraph 3, Article 1924, GCC). Children inherit in equal shares (paragraph 4, Article 1924, GCC).

The circle of the people included in the first degree is given in detail. Thus, according to paragraph 1 of Article 1159, this group includes the parents, besides the children, of the testator (testatrix). Moreover, husband or wife of the testator (testatrix) has equal share as his/her children, father-in-law and mother-in-law. According to the GCC, spouse of the testator (testatrix) possesses half of the inheritance (except for some cases). Other issues are regulated as in the GCC.

Adopted persons are considered equal to the native children in the CCs of both the countries and have the same share of inheritance.

**Casus 4:**

A., has suddenly passed away and left two children, C1 and C2. In what form intestate succession is implemented?

**Answer 4:**

In this case, intestate succession is applied, as the will was not made.

According to Article 1924.4 of the GCC and Article 1159.1 of the CCRA, children inherit equal share. It means that both C1 and C2 will have 1/2 of the inheritance. If there are few heirs, then the property, before it is shared between heirs, pertains to all of the heirs in the form of indivisible property and managed equally by them (Article 2032 of the GCC; and Articles 1157 and 115-7 of the CCRA).

**Casus 5:**

A., has three children (C1, C2 and C3); they each have 3 children, who in turn have three children each. In what form intestate succession is implemented in this case?

**Answer 5:**

Intestate succession also applies in this case, because there are no wills.

The question is, can 9 grandchildren and 27 great-grandchildren be A's heirs?

Article 1924.2 of the GCC;

Article 1159.1.3 of the CCRA:

Grandchildren and great-grandchildren are not considered heirs because their parents live during inheritance commencement and they exclude their children from inheritance as A's heirs. Therefore, as it has been mentioned above, the children inherit equal 1/3 shares and are considered as the persons having joint inheritance.

Casus 6:

Same as Case 5 with C2 passing away.

Answer 6:

As in the previous answer, since C2 passed away, his/her three children, i.e., A's 3 grandchildren (N1, N2 and N3), equally share the share of their deceased father according to Article 1924.3 of the GCC and Article 1159.1.1 of the CCRA.

Thus, the share distribution is as follows:

C1 = 1/3

C2 = passed away; his/her share is distributed between N1, N2 and N3 who each will have 1/9 share of the total inheritance.

C3 = 1/3

Those 5 people being heirs are considered the joint owners of the inheritance and they manage the inheritance at the time of the division.

A group of people relating to the second succession differ as in the first succession in the CCs of both the countries. Therefore, according to Article 1159.2 of the CCRA, sisters and brothers of the decedent, and in case of their death, their nephews and nieces are considered heirs. However, Article 1925.1 of the GCC states the deceased's parents besides the sisters and brothers of the deceased in this succession. Furthermore, the parents first have the right to possess the inheritance in the course of inheritance commencement. Sisters and brothers of the deceased divide the share of the parents in case of death of their father or mother or one of them. In order to understand it more deeply, let us study the following Case.

Casus 7:

A. , has no children and his wife died before his death. He had only a father, A.T., and a brother – Q. His brother had two children, QU1 and QU2 (A's nephews). Who would be the heir after his death according to the law?

Answer 7:

There are differences in the laws of both the countries concerning the people included in the first and second successions and their share rights. Therefore, as stated

in Article 1159.1 of the CCRA, father and mother of the deceased are the people included in the first succession and therefore, according to the Azerbaijani legislation, in case of his death, merely his father becomes his heir as the deceased has no children and his spouse and mother died before him. As A's brother and nephews are included in the second succession, they are excluded by the people included in the first one, according to Article 1160 of the CCRA.

Share distribution according to the CCRA:

AT = 100%

Q and QU1 and QU2 = 0%

According to Article 1925.1 of the GCC, A's father is his heir who is included in the second succession. As stated above, there are no persons to be included in the first succession as A had no children and his wife died before his death. Since, A's mother who was included in the second succession had also died, his father A.T., and brother Q become heirs as per Articles 1925.1 and 1925.3 of the GCC. A's brother Q possesses his mother's share. It shows the main difference existing in the CCRA.

Share distribution according to the GCC:

A.T = 1/2 part

A's brother Q = 1/2 (share of their deceased mother in the inheritance)

QU1 and QU2 = 0%, because their father is alive and excludes them from inheritance.

While looking through the people in the third succession, we can see differences as well. According to Article 1159.3 of the CCRA, people included in the third succession are the following:

1. Grandmother and grandfather on both mother's and father's sides; and
2. Mother and father of grandmother, mother and father of grandfather on both mother's and father's sides. Grandmother's mother and father, grandfather's mother and father are considered heirs at law if grandmother and grandfather are deceased at the time of inheritance commencement.

People belonging to this group are stated as follows in GCC:

1. Grandmother and grandfather on both mother's and father's sides; and
2. Their children (uncles and aunts).

As is obvious, in the CCRA, in case of non-existence of grandparents of the testator (testatrix), inheritance rights of their children, i.e., aunts (mother's sisters and father's sisters) and uncles (mother's brothers and father's brothers) of the testator (testatrix) are not first recognised. In case of death of the grandparents, their fathers and moth-



ers, i.e., great-grandparents of the testator (testatrix) will prevail.

According to Article 1159.4 of the CCRA, aunts (mother's sisters and father's sisters) and uncles (mother's brothers and father's brothers) are included in the fourth succession. Similar to the provision of both CCRA and GCC, which state that after the death of mother and father, their children are entitled to be heirs, this provision should state that in case of death of the grandfather and grandmother, not their father and mother but their children, i.e., A's aunts (mother's sisters and father's sisters) and uncles (mother's brothers and father's brothers) are to be recognised as heirs. Therefore, it is expedient to transfer the circle of the heirs stated in the third succession of the GCC to CCRA.

Compared to the GCC, Article 1928 of the GCC included great-grandmother and great-grandfather of the testator (testatrix) in the fourth succession. The following case will assist to understand these differences in detail.

Casus 8:

A. , does not have children and his parents and grandparents passed away. Father (UB) of his grandfather from the father's side is alive (124 years old). He has an uncle (D1) from the mother's side. He also has two aunts (B1 and B2) from the father's side. Who will be the legal heirs in case of A's death?

Answer:

According to Article 1159.3, grandmother and grandfather become primary heirs and in case of their death, their parents become heirs. As per this case, A's great-grandfather (UB) from his father's side becomes the only heir. A's uncles and aunts are excluded from the inheritance, and they have an opportunity to be an heir only after the death of UB as they are included in the fourth succession.

Share distribution according to the CCRA:

UB = 100%

D1, B1 and B2 = 0%

According to the GCC, after the death of grandfather and grandmother, their children, i.e., aunts (mother's sisters and father's sisters) and uncles (mother's brothers and father's brothers) of the testator (testatrix) have the right to be heirs. As great-grandmother and great-grandfather are included in the fourth succession, they are entitled to have inheritance in case of the death of the people included in the third succession. Thus, according to GCC, share distribution will be conducted as follows:

D1 = 1/3

B1 = 1/3

B2 = 1/3

UB = 0%

## Inheritance Under a Will

Inheritance under a will is a form of inheritance, which is commonly used. One of the reasons is that the testator (testatrix) wants to prevent any problems among the family members and relatives concerning the distribution of the inheritance (unfortunately, this does not happen in rare cases) and to ensure continued amicable relations between them.

### I. The Inherited Property, Persons and Shares Distribution

#### 1. General Provisions

The testator (testatrix) is free to select the persons who will possess his/her property after the death of the testator (testatrix). He/she can give the inheritance besides his/her legal heirs to persons who are not included in this group. It is not mandatory to bequeath the property fully or it can be bequeathed partially (Article 1166 of the CCRA<sup>2</sup>; and Article 2087 of the GCC and following articles). The remaining part of the inheritance property is applied through intestacy (Article 1172 and Article 2088.1 of the GCC).

The testator (testatrix) may determine inheritance shares of the heirs designated in testament or may indicate concrete property given to each heir. In absence of such instructions in testament, the inheritance is shared among heirs in equal proportion (Article 1170 of the CCRA; Article 2066 of the GCC and following articles). If the testator (testatrix) has defined the property for each person separately, but those properties do not wholly cover all the inheritance, then the remaining property is applied through inheritance on intestacy.

For example:

The testator (testatrix) has two children. The testator's (testatrix) inheritance includes one house, one country cottage and a bank account with 5000 *manats* in it. If the testator (testatrix) bequeathed the house to his/her sister, country cottage to his brother, and did not bequeath the funds in the bank account, that amount will be equally distributed between his/her two children who are his/her heirs on intestacy (each of them will have 2500 *manats*); (Article 1159.1.1 of the CCRA, and Article 1924.1 of the GCC).

The testator (testatrix), according to Article 2065 of the GCC, may not make a testamentary disposition in such a way that another person has to determine whether it should be effective. For example, the father making a will is not entitled to make a will and show therein that its validity will be defined or may be defined by his elder son. Such a provision is not provided in the CCRA. As per the sec-

<sup>2</sup> It would be correct to write "heirs on intestacy" than "heirs." As the persons appointed as per the will are considered heirs of the testator (testatrix) as well.

ond paragraph of this article, the testator (testatrix) may not entrust a third person to determine who inherits the inheritance in what proportion. The provision with the same content is reflected in Article 1174 of the CCRA as well.

If there are a few heirs designated in the testament but share of only one of them is determined, then the other heirs inherit the rest of the property in equal proportion (Article 1170.2 of the CCRA). If a few heirs were designated in the will but the share due to one of them includes all the inheritance, then all heirs designated in the will inherit in equal proportion (Article 1171 of the CCRA).

In such case, it is very difficult or impossible to define the person who has been appointed by the testator (testatrix) as an heir. E.g., the testator (testatrix) defined the personality of an heir with characteristics applicable to different persons and it is impossible to specify who was meant in the will. The solution to such issues is provided in the legislations of both the countries. According to Article 1175 of the CCRA and Article 2073 of the GCC, if the testator (testatrix) has designated the person to be provided for in a way that applies to more than one person, and if it cannot be determined which of them was to be provided for, they are regarded as provided for in equal shares.

## 2. Increase and Decrease of Shares

Another problematic question is that sometimes the testator (testatrix) wrongly bequeaths the property in the will more or less than the one included in the inheritance property. In such case, one can encounter the problem of losing the extra property and the problem of adding the additionally bequeathed property to the inheritance property of the person.

For avoiding such issues, in accordance with Article 1173 of the CCRA and Article 2089 of the GCC, if the bequeathed shares do not cover the whole inheritance, then the heirs' shares are proportionally increased. The CCRA allows it only in the presence of testamentary heirs, but not in the presence of heirs at law at that time. The GCC regulates it in such a way not depending on the existence of the heirs at law.

Balanced share decreasing is given in Article 2090 of the GCC directly after Article 2089, proportionally regulating share increasing. This issue is addressed in the section of inheritance distribution in Article 1290 of the CCRA. There are no explanations for such disconnected placement of these two regulatory standards, which are closely related to each other, and it is not seen expedient as well. Pursuant to these articles, if it becomes clear that the aggregate of shares specified by a testament is more than the whole inheritance, then each heir's share is decreased accordingly.

## II. A Valid Will

Inheritance under a will is applied in case of drawing up a valid will by the person. For the validity of a will, certain (or the same) conditions should be prescribed in the legislations of both the countries. Let us explain those conditions:

### 1. The Right to Draw Up a Will

According to Article 1167 of the CCRA, a capable person having the capacity for sober discourse of his (her) actions, able to clearly express his (her) will and who has come of age at the moment of making of testament, i.e., according to Article 28.2, a person who has reached the age of 18 can make a will.

A legal standard with the same content is reflected in Article 2229 of the GCC. According to that article, it is not required to be of the age of maturity compared to Azerbaijan. It is enough to be of the age of 16 to exercise this right and the person is not required to obtain the consent of legal representatives (see Casus 3 in part 1).

### 2. Making a Will Personally by Testator (Testatrix)

The right of making a will is one of the highest personal rights granted to people. It means that a will should be made only by a testator (testatrix). It is inadmissible to make a will through a representative (Article 1168 of the CCRA; and paragraph 2 of Articles 2247 and 2231 of the GCC).

For example, when registering a marriage, the personal participation and signatures of the bridegroom and the bride are mandatory, and, for example, the bridegroom may not ask his friend to sign a marriage certificate as his representative. Furthermore, a testator (testatrix) is not entitled to instruct or oblige another person to draw up a will. There are some exceptions in the inheritance right compared to marriage right. It will be described below in detail.

Article 1182 of the CCRA can be provided as an example in this context. Pursuant to the said article, if for any reason a testator (testatrix) cannot sign a testament himself/herself, then another natural person may sign it on the testator (testatrix)'s request. In this case, the reason for which the testator (testatrix) cannot sign his (her) testament himself/herself must be indicated. This legal standard could cause some problems. Those problems will be highlighted below.

### 3. Forms of Will

The CCRA envisages several forms of will, which mainly include:

- will in the notary form;
- will made at home; and
- will drawn up through technical means.

Will in the notary form is reflected in Article 1179 of the CCRA. According to the second paragraph of that article, will in the notary form is considered valid in cases when the testator (testatrix) personally draws up and signs it, and the will is approved by a notary (in the absence of the latter, by a local self-government authority). I think that the inclusion of the first paragraph in that article is irrelevant. The first paragraph of Article 1179 merely defines the forms of will: "A will should be made in written form. A written will is allowed in the notary form as well as without it." I think that it would be expedient to retain only this paragraph in Article 1179 with the heading "General Form of the Will" and include the second paragraph in a new Article 1180 with the heading "Notary Form".

It is admissible for a notary to make a will from a testator (testatrix)'s words and sign it in the presence of the testator (testatrix) and two witnesses (Article 1180.1 of the CCRA). The testator (testatrix) should read (loudly) and sign the will in the presence of the notary and witnesses. It is not required for the witnesses to sign the will. The list of persons equal to notary is provided in Article 1181 of the CCRA.

Article 1186 considers home will. According to this article, a testator (testatrix) can make a testament written in his (her) own hand and sign it. The word "can" may be understood wrongly, and understood as the opportunity of the testator (testatrix) to draw up the home will without fulfilment of the conditions stated in the legal standard. However, I think that the legislative authority showed several forms of wills in the law and wanted to state that the testator (testatrix) has the right to choose only the form of the will. He/she is obliged to fulfil the conditions provided in the form chosen by him/her.

The testator (testatrix) should draw up the full text of the will him/herself. The phrases "with his/her hand" in case of drawing up the will may cause confusion and be understood as the necessity of writing the will by the testator (testatrix) only with his/her hand. I think that it is necessary to teleologically (*telos* – purpose) analyse this legal standard and investigate what the legislative authority means by providing this legal standard. The first factor that proves that the will is drawn up by the testator (testatrix) is the will being handwritten by the testator (testatrix). Every person has his/her own unique handwriting (as fingerprint) and it plays an important role in identifying the testator (testatrix). Therefore, writing the will with feet, mouth or artificial body parts should be considered equal to handwriting and does not result in the invalidation of the will. Because, in such case, it would not cause any problem in identifying the writer of the will as the testator (testatrix).

A will should be signed by the testator (testatrix). Striking out or making changes in the will is mandatorily not allowed. Signing a will is a factor that confirms that the information provided in the will is the last desire of the testa-

tor (testatrix). As a rule, signature is affixed at the end of the text. It prevents making additions prior to or after the signature. If upon signing the will, the testator (testatrix) strikes out some sentences, I think that it may not prejudice the validity of the will in such cases when the remaining part of the will has a legal meaning. In case of making additions and changes to the will after signing it, every added or changed part of the will should be signed again by the testator (testatrix). Otherwise, it may cause the invalidation of the will (such cases renders the will null and void in Germany). Signing the final page of the will, which consists of several pages, should be considered valid, if there are no doubts concerning the completeness of all the pages. For this purpose, it may be considered sufficient and advisable to number or paste/pin/file the pages together.

Drawing up the will by using technical facilities is described in Article 1188 of the CCRA. According to this article, content of a testament can be expressed using generally accepted technical facilities but only the testator (testatrix) should sign it. In this case, a testament must be made and signed by the testator (testatrix) in the presence of two witnesses; however, generally accepted technical facilities are not stated. I think that this group includes classic printing devices (with cartridges) and computers. While using these facilities and drawing up a will, the testator (testatrix) should sign it personally in the presence of two witnesses. As soon as the testator (testatrix) signs a will, the witnesses should confirm the will by indicating their details. Underage persons, persons considered as disabled, close relatives and testamentary heirs may not be testament witnesses (Article 1184 of the CCRA). Although the circle of the witnesses is sufficiently narrowed, drawing up a will by using technical facilities can lead to abusing this institution. First, it should be understood that the testator (testatrix) should only sign it compared to the home will. It is easy to falsify the signature of the testator (testatrix), but it is difficult to falsify whole text of the will. It would not be so difficult to find two witnesses stated in Article 1184 (against a large amount of remuneration paid to them) to possess the property of the person who had wealth and died without using the right of bequeathing a will. For example, the person who wants to appropriate the wealth can involve his two friends as witnesses. Those persons are stated in Article 1184.

Taking into account the foregoing, the will drawn up with the help of technical facilities seems doubtful in terms of accuracy and efficiency. I think that it is not expedient to draw up a will by using technical facilities of the person (which could threaten its integrity) if there exist other forms such as notary form and home will.

As we have already shown above, it is expedient to analyse Article 1182 of the CCRA. This article reflects the opposite form of drawing up a will by using technical fa-

cilities. Therefore, it shows the opportunity to sign the will by another person instead of the testator (testatrix). The question is who should draw up the will? If the testator (testatrix) is able to draw up the will himself/herself, normally there should not be any restrictions to sign it. If the testator (testatrix) is a deaf, mute or blind, then such cases are regulated by Article 1183 of the CCRA. It is impossible to consider a person who does not have both hands, because in such case he/she would be able to write the text of the will. The person who writes his/her will with his/her mouth, feet and artificial body parts should be able to sign the will as well. I think that in order to resolve this inaccuracy, Article 1182 should be considered as a continuation of Article 1180 (maybe, the legislative authority also considers it). Only in such case, Article 1182 becomes understandable. For this reason, the legislative authority should make changes to the title of Article 1182, e.g., "Signing the Notary Will by Another Person." It is expedient to make changes in the text "...at his/her request, in presence of the notary, another physical person can sign it." "Another physical person" means one of the two witnesses stated in Article 1180 or another third person. In case of third person, the restrictions considered for the witnesses in Article 1184 should be taken into account, i.e., heir of the person or his/her child should not sign the will instead of the testator (testatrix); in such case, that will is considered null and void.

There are not so many differences in the German civil law system. According to Article 2231 of the GCC, a will drawn up in the notary form (Article 2232) and the will written by a person him/herself (Article 2247) are distinguished, and the latter complies with the home will stated in Article 1186 of the CCRA.

A will made by declaration to a notary is made by the testator (testatrix) by declaring his/her last will to the notary or handing the notary a document with the statement that the document contains his/her last will. Presence of two witnesses is not required in the course of signing the will by the notary compared to Article 1180 of the CCRA.

Pursuant to Article 2233 of the GCC, deaf-mute or blind persons, and minors are not entitled to use the will written personally by the person in his/her own hand. That is, people between 16-18 years old may have a notary draw up the will (see: Casus 3 in the 1st part and the first paragraph of this part). Furthermore, the GCC does not allow drawing up a will by using technical facilities (computer, fax, email, etc.) and considers it invalid even if signed by the testator (testatrix).

The German civil law system also considers emergency will form (Articles 2249-2252). According to Article 2249 of the GCC, if it is feared that the testator (testatrix) will die sooner than it is possible to make a will before a notary, he may make the will by means of a record drawn up by the mayor of the municipality (executive power) where he/she

resides. The mayor of that municipality (executive power) must call in two witnesses for authentication. Close relatives, heirs and other persons cannot participate as witnesses (similar to Article 1184 of CCRA).

The testator (testatrix) making a will first should express his/her last desire orally and the mayor of the municipality (executive power) makes a record or the testator (testatrix) submits the will made by him/her to the mayor of municipality (executive power) and emphasises his/her final desire. The written will is read aloud before everybody and the testator (testatrix) expresses his/her agreement. Afterwards, the will is signed by the mayor of the municipality (executive power), two witnesses and the testator (testatrix). If the testator (testatrix) is not able to sign the will, this case is recorded in the will and he/she is not required to sign it.

Emergency will before three witnesses is reflected in Article 2250. The execution of such a will is allowed only in cases when the testator (testatrix) is staying in a place, which, as a result of extraordinary circumstances, is blocked off in such a way that making a will before a notary is not possible or extremely difficult. As seen from its name, in such cases the will is drawn up by expressing his/her final desire before three witnesses and read aloud (is shown to the deaf-mute person) and, finally, signed by three witnesses and the testator (testatrix). A person who during a sea voyage is on board a German ship beyond a domestic port may make a will by oral declaration before three witnesses. Sea voyage does not include short-term sports and entertainment travels. All the three forms of emergency wills are deemed not to have been made if three months have passed since it was made and the testator (testatrix) is still alive (Article 2252 of the GCC). It is necessary to ensure that such persons do not abuse the provisions prescribed in the law. Every person has sufficient opportunity and time to use common forms of will provided in the law.

The opportunity to draw up a will similar to the emergency will allowed in Germany is described in Article 1181 of the CCRA. According to this article, the captain of a ship and an aircraft, if the testator (testatrix) is on board the ship or aircraft, chief of the place of imprisonment, if the testator (testatrix) is at a place of imprisonment, and other persons are considered equal to a notary as a witness to the will. It means that in such cases, according to the CCRA, the presence of the witnesses is not required; naturally, by excluding the cases stipulated (Articles 1180 and 1183).

#### 4. Date and Venue of the Will

According to Article 1190 of the CCRA, the testator (testatrix) normally should indicate the date of making the will. If the testator (testatrix) has forgotten it, or it is difficult to read, the will is not considered invalid at all. Invalidity of the will is allowed only in cases when the date of execution

is of great importance. As per Article 1190, date is of great importance in two cases:

- there are doubts relating to the testator's (testatrix) capability during making, alteration or cancellation of the will; or
- the testator (testatrix) has drawn up not one but several wills (and did not indicate the date of execution or indicated only in some wills).

I think that the date includes days, month and year. Otherwise, the indication of merely the day or day and month will not exclude doubts.

In the second paragraph of Article 2247 of the GCC, the testator (testatrix) is required to state the time and place where he/she drew up the will. However, failure to state them does not result in the invalidation of the will as in the CCRA.

Pursuant to Article 1190 of the CCRA, non-indication of date causes invalidity of will only when there are doubts relating to the testator's (testatrix) capability during making the will, alteration or cancellation as well as when there are several wills. In general, it is particularly advisable to indicate date and place in wills to prevent such cases. If several dates are indicated in wills, then the date that has been signed or covered by a part of the signature shall prevail. In case of illegible date, the date in the will is considered as not existing.<sup>3</sup>

### 5. Other Cases Causing Problems

No legislation of any country requires the provision of the will in a foreign language, except in Germany.<sup>4</sup> There should be no problem if it is permitted in Azerbaijan. A will written in a foreign language can be translated by an interpreter appointed by the court and it does not require much cost and time.

Another question is should the testator (testatrix) state his/her will only in this document or does he/she have the right to draw up several wills, and can he/she write all these documents at the same time or with intervals? In Germany, it is permitted to write a will separately in several documents and sign them after a long time. It is not so important to do it at the same time. In case of drawing up several wills, it is important to identify that the testator (testatrix) did it as a single package and the information provided in those documents is his /her final desire. In such case, all the wills are considered valid if they do not contradict each other.

For example, the testator (testatrix) is not entitled to appoint his/her daughter in one will, and his brother in another will as an heir. The possibility of drawing up several wills is reflected in Article 1222 of the CCRA. This Code

prefers the will executed in the notary form as compared to the German legislation (Article 1223 of the CCRA).

Karlsruhe HRC<sup>5</sup> recognised that signing and making additions to the copy of a previous will and drawing up a will by the testator (testatrix) as a reliable one.

According to the decision of Bavaria HRC, dated 7 April 1989, the testator (testatrix) is not obligated to name the will drawn up by him/her as the "will" or "final desire". In addition, not providing a title to the will, i.e., to begin the will from the text does not prejudice the validity of the will.

As a rule, it is prohibited to draw up a will together (the first sentence of Article 1169 of the CCRA; and Article 2265 of the GCC). Drawing up a will jointly by the husband and the wife is included in the legislations of both the countries (the second sentence of Article 1169 of the CCRA; and Article 2265 of the GCC). This will may be terminated at the request of either spouse but both of them should be alive when the request for termination is made. In case of dissolution of the marriage or declaring it null and void, a joint will is considered invalid (Article 2268.1 of the GCC; and Article 1163 of the CCRA).

The will order covering property or funds not included in the inheritance is also considered null and void (Article 1226 of the CCRA; and Article 2169 of the GCC). The will order requires accuracy and legal analysis. Therefore, the testator (testatrix) may make testamentary disposition by this will order and the property considered in the testamentary disposition should not be mandatorily included in the inheritance property. By testamentary disposition, it is possible to transfer that property (not included in the inheritance property) to the legatee by acquiring it from another place on account of the inheritance property (Article 1206 of CCRA; and Article 2170 of GCC).

### III. Changing or Revocation of the (Reliable) Will

Besides being a reliable one, a will should not be revoked by the testator (testatrix). If a testator (testatrix) revokes his/her will drawn up by him/her previously, taking it as a basis would result in not considering the last desire of the testator (testatrix), and violation of inheritance right which is secured by the constitutions of both the countries (Article 29.5 of Constitution of the RA; and Article 14.1 of Constitution of FRG).

A will may be changed revoked or considered invalid in the following cases:

- drawing a new will (Article 1220.0.1 of CCRA; and Article 2254 of GCC);
- destruction of the will (Article 1220.0.3 of CCRA; and Article 2255 of GCC);
- if the (only) heir dies before the testator (testatrix), (Article 1224.0. of CCRA); and

<sup>3</sup> Palandt, German Civil Code Commentary, Article 2247, page 13, issue 74, 2015.

<sup>4</sup> Higher Regional Court (hereinafter – HRC) of Zweibrücken (Chvaybrücken), Germany, dated 28.10.1991, dated 3 W 34/91.

<sup>5</sup> Decision dated 15.01.2002, No. 14 Wx 114/01.

- or in other cases (Articles 1224 and 1225 of CCRA).

The revoked or invalid will is recognised as the one not written at all.

#### IV. Dispute About the Reliability of the Will

In case of any doubt about the reliability of the will, it can be disputed (Article 1230 of CCRA; and Article 2078 of GCC). Legal persons who are entitled to make a claim also include the persons (heirs at law or other persons) who will receive a share from the inheritance (Article 1230 of CCRA; and Article 2080.1 of GCC).

Claim on disputes should be referred to the competent court of the jurisdiction where the testator (testatrix) resides. The period of making a claim is two years from the day of inheritance commencement according to Article 1231.1 of the CCRA and one year from the day of receiving the information on the invalidity of the inheritance by the person who makes a claim, according to Article 2082 of the GCC.

#### V. Reserve Heir

A testator (testatrix) can indicate another heir (reserve heir) in a will in cases where an heir defined by him/her dies before inheritance commencement, relinquishes succession, or is disinherited. That replacement heir is called a reserve heir (Article 1192 of CCRA; and Article 2096 of GCC).

#### VI. Deprivation from the Inheritance Right

##### 1. Deprivation from the Will

By the will, the testator with his/her volition is free to appoint as his/her heirs those persons who are not legal heirs. At the same time he/she is free to deprive one or all his/her legal heirs from inheritance and he/she is not obliged to substantiate it (Article 1176 of CCRA; and Article 1938 of GCC). In such case, the testator (testatrix) is not obliged to appoint any other person as his/her heir. That is, he/she may draw up a will to deprive some persons from the right to be his/her heirs at law. In particular, this institution is used in case of any disrespectful behaviour and irresponsibility against the testator (testatrix) by the heirs at law.

##### 2. Deprivation from the Inheritance as per the Law

In some cases, the legislative authority fairly prohibits some persons to be heirs of a testator (testatrix). Such cases are governed by Article 1137 of the CCRA and the person who is deprived of the inheritance is called an unworthy heir. This measure is taken in those cases when the person (unworthy heir):

- purposely hinders the realisation of a testator (testatrix)'s last desire and thus assists to call himself (herself) or his (her) relatives to inheritance or increase share in inheritance, or committed intentional crime; or
- commits other immoral acts against a testator's (testatrix) last desire, provided that such circumstances are judicially confirmed.

The scope of the cases resulting in considering a person as an unworthy heir is described in detail in Article 2339 of the GCC. It also includes the following:

- deliberate killing of the testator (testatrix) or making an effort to kill ;
- causing damage to the testator (testatrix) so that he/she is unable to draw up the will (e.g. his/her paralysis);
- making the testator (testatrix) to write a will or revoke a will by abasing and threatening him/her; and
- committing some crimes prescribed in the German Civil Code, e.g., preparation of a false certificate, falsification of the drawn up will, etc.

The actions of an unworthy heir should be proved in a court. The unworthy heir can be neither heir at law nor heir under a will. Forgiving the unworthy heir by the testator (testatrix) for the criminal actions committed by him and stating this fact in the will make the unworthy into a worthy one.

If unworthy inheritance is proven in a court, as defined by the court, an unworthy heir, who possesses the inheritance prior to the judicial process, is bound to return everything acquired by inheritance (Article 1142 of CCRA, and Article 2344 of GCC).

The person interested in inheritance shall claim for adjudication on unworthy heir within five years from the date of coming into possession of the property according to Article 1143 of the CCRA; within one year according to Articles 2340.3 and 2082 of the GCC. The time flow differs in the legislations of both the countries. Therefore, pursuant to Article 2082.2.2 of the GCC, the claim period is calculated only from the moment of informing the person about unworthy inheritance. Pursuant to Article 1143 of the CCRA, the claim period starts from the moment of possessing the inheritance by the unworthy heir. It is not good for the person making a claim, compared to the German legislation. So, if he/she knows about this case after five years, his / her claim would not be accepted as the period of making a claim has expired. As the claim period in the Germany is calculated from the moment of its disclosure, the claim will be accepted. Note that, the claim in Germany should be made within 30 years from the day of inheritance commencement.

## Conclusion

It is possible to conclude from the above analyses and comparison of legal systems of both the countries that inheritance right is reflected in the same form in the legislations of both the countries with very little difference. Mainly, the principle of priority of the heirs defined as per the legislation is shown slightly different. Although there are not many important differences in the form of will and the conditions of reliability, it was identified that if the ability to make will is possible at 18 years of age as per the Azerbaijani legislation, it is possible to do so at the age of 16 as per the German legislation. Nevertheless, the expected heirs and unworthy heirs institutions of both the countries are regulated in a similar manner in the civil legislations.

It is a fact that inheritance right is paid very little attention in the education systems of both the countries. However, inheritance right is considered the most interesting legal sphere in the legal systems, and I think that it is important to study the present and future of this sphere and judicial practice; there is a great need to do it.

# Legal Status of the Bona Fide Acquirer

## (In a Comparative Legal Context)

### I. Introduction

*The present article is dedicated to the research on the legal status of the bona fide acquirer of the ownership of movable property, the main objective of which is the overview and analysis of the legal status of the mentioned subject in a comparative legal context. In order to reveal the best approach, the article compares the normative regulations of countries that are at a higher stage of legal development. In addition, the article discusses the issue of compensating the bona fide acquirer and the draft of the first international act regarding the bona fide acquisition. The last chapter of the article is fully dedicated to the overview of the bona fide acquirer in Georgian legal context. The present study allows the reader to understand the issue in greater depth, as well as becoming acquainted with the normative regulation of this issue in foreign countries and make corresponding conclusions.*

### II. Legal Status of the Bona Fide Acquirer in the Civil Law Countries

#### 1. Relationship Between the Laws of Italy, Czech Republic and Slovakia

According to Article 1153 of the Italian Civil Code, he, to whom a movable property is transferred by one who is not the owner, acquires ownership of the property through possession, provided that he acted in good faith at the moment of transfer and there is an instrument or transaction capable of transferring ownership. Ownership is acquired free of rights of others to the object, if they do not appear in the instrument or transaction.<sup>2</sup>

The *Winkworth case*<sup>3</sup> is particularly interesting with respect to the bona fide acquisition as it clearly illustrates the approach of the Italian legislature towards the acquisition of ownership in the manner explained above. In the *Winkworth case*, Japanese works of art stolen from a private collection in England were bought in good faith by an Ital-

ian collector (in Italy). The Italian collector later sent them to Christie's in London for sale. After a while, the British collector, from whom the works of art was stolen, brought an action to have the works declared his property. In the given case, the British court held that the legal effects of the sale in Italy were clearly determined by Italian law, according to which the good faith acquirer became the owner of the disputed thing. Based on this, the court delivered a decision in favour of the Italian collector.<sup>4</sup>

The Italian statute was also applied in *Stato francese v. Ministero per i beni culturali ed ambientali e De Contessini*<sup>5</sup>, concerning two tapestries that were stolen from a French state museum, which were later bought in good faith by the defendant De Contessini. The French government brought a civil action against the purchaser and demanded the recovery of the stolen objects. Just like the British court, the court of first instance of Rome held that the bona fide purchaser became the owner despite the fact that under French law the tapestries were classified as objects of artistic importance and were "inalienable".<sup>6</sup>

Under the Italian Civil Code, as far as movable property is concerned, possession is equal to title. This principle aims to protect the interests of the purchaser with respect to the transaction of a movable property, since it is nearly impossible for a person to determine if the transferor of the good is in fact its owner. Another argument in support of the foregoing principle is the speed with which transactions occur, not allowing the transferee to keep a complete record of the transfers. As already mentioned above, possessor of the movable property creates a legitimising appearance of ownership.<sup>7</sup>

Pursuant to Article 1153 of the Italian Civil Code, the owner cannot bring a civil action against the bona fide acquirer, not even if the goods were lost or stolen from him. Thus, the Italian legislation, namely the Civil Code of 1942, does not distinguish between involuntary and voluntary loss of ownership and protects the bona fide acquirer in either cases. Furthermore, there are no additional requirements concerning the title except its validity, which means that even in case of a gratuitous acquisition the original owner's right will be extinguished and the bona fide acquirer shall become the new owner.<sup>8</sup>

As we can see, Italian legislation provides solid guarantees for the protection of the bona fide acquirer. In this respect, policy of the good faith acquisition adopted in the Czech and Slovakian legislations is also particularly inter-

<sup>1</sup> Invited lecturer at the Ivane Javakhishvili Tbilisi State University; Lawyer at the BDO LLC.

<sup>2</sup> Merryman Henry J., *The Good Faith Acquisition of Stolen Art*, Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Research Paper No. 1025515, 5. Cited from: Mario Beltramo, Giovanni Longo & John Henry Merryman, *The Italian Civil Code*, Art. 1153 (1969--).

<sup>3</sup> *Winkworth v. Christie Manson and Woods Ltd.*, [1980] All ER 1121.

<sup>4</sup> Merryman Henry J., *The Good Faith Acquisition of Stolen Art*, Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Research Paper No. 1025515, 5.

<sup>5</sup> *Ibid.*, cited from: LXI *Diritto di autore* 263 (April-June 1990).

<sup>6</sup> Merryman Henry J., *The Good Faith Acquisition of Stolen Art*, Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Research Paper No. 1025515, 5-6.

<sup>7</sup> Stoyanov D., *The Conflict Between the Legal Interests of the Original Owner and the Good Faith Acquirer of Movables – A Comparative Overview of the Solutions*, Challenges of the Knowledge Society, Private Law, 2011, 297.

<sup>8</sup> *Ibid.*



esting, insofar as both of their civil codes do not provide any rules on good faith acquisition. It is not possible to acquire ownership from a transferor who lacks the right to dispose regarding the transferred property. The absence of the right of disposition of the property always results in the nullification of such a contract.<sup>9</sup> It is clear that Czech and Slovakian legislations have adopted the so-called *nemo plus iuris* principle. On the other hand, Commercial codes of these countries have codified a set of very liberal rules on bona fide acquisition, applicable to merchants only. The main purpose of this is to promote the security of commercial transactions. Article 409 of the Slovakian Commercial Code explicitly provides an exception for the *nemo plus iuris* principle if the good faith acquisition is based on a commercial relationship.<sup>10</sup>

## 2. Approach of the French Law

In order to acquire ownership under Articles 2276 and 1141 of the French Civil Code, it is required that the third party acquires the real possession of a property, the so-called *possession réelle*. Similarly, German legislation, namely Article 933 of the German Civil Code, provides that if an object that has been transferred by way of *constitutum possessorium* does not belong to the transferor, the transferee will become owner when the object has been handed over to him, unless he did not act in good faith at that moment.<sup>11</sup>

The basic rule that has become the founding stone in a number of national legislations when it comes to bona fide acquisition is the presumption of ownership – “possession is considered equivalent to title”.<sup>12</sup> Article 2279 (now – 2276) of the French Civil Code of 1804 was the first legislative norm which adopted the foregoing principle.<sup>13</sup>

In order to comprehend fully the essence of the concept of bona fide acquisition in French private law, we should be familiar with the principle provided by Article 711 of the

French Civil Code, pursuant to which ownership is acquired by succession, by gift and by the effect of an obligation. The conclusion that the French transfer system is consensual can also be derived from Article 1138. In particular, a person becomes the owner of an object from the moment of reaching an agreement on the transfer of the mentioned object.<sup>14</sup> In reality, case law completes the requirements that are not directly specified under the French Civil Code. Nowadays, it is unambiguous that the transferee of a movable property that was transferred to him by a non-owner can acquire ownership if he received actual possession and he did not know or should not have known that his transferor lacked ownership over the property in question.<sup>15</sup>

Unlike Italy’s liberal approach that protects the interest of the good faith purchaser irrespective of the origin of the good, the French Civil Code excludes the acquisition of such things by the good faith acquirer from the material protection. The reason for this exception can be the fact that loss and theft lead to involuntary loss of possession. Therefore, the owner has the right to bring a civil action against any possessor of the concerned object. Such radicalism of French legislation is somewhat restricted by the limitation period for such claims. In particular, in order to demand the recovery of an object, the legislature gives the owner three years from the moment the property in question got lost or was stolen (Article 2276 of the French Civil Code).<sup>16</sup> However, the good faith acquirer is not always left empty-handed. Pursuant to Article 2277 of the French Civil Code, when the present possessor of a thing, lost or stolen, has bought it at a fair or market, or at a public sale, or from a merchant selling similar things, the original owner may have it returned to him only by reimbursing the possessor for the price paid by the present possessor. This remarkable provision of medieval origin is called the “market overt” rule. It serves a primary function of creating a counter-exception in favour of the transferee who acquired in good faith lost or stolen movable property under normal, unsuspecting circumstances.<sup>17</sup> Almost every time when the original owner demands the recovery of an object, the good faith acquirer faces a problem to find the seller and return the purchase price. The French Civil Code has found an optimal solution to this problem as it adopted the rule on compensating the good faith acquirer, which entitles the purchaser to exercise the retention right over the concerned object until the original owner returns him the purchase price.<sup>18</sup>

<sup>9</sup> Ibid, cited from: Ivan Petkov, National Report on the Transfer of Movables in Slovakia, in vol. 6 of *National Report on the Transfer of Movables in Europe* (Munich: Sellier European Law Publishers, 2011), 421.

<sup>10</sup> Stoyanov D., The Conflict Between the Legal Interests of the Original Owner and the Good Faith Acquirer of Movables – A Comparative Overview of the Solutions, Challenges of the Knowledge Society, Private Law, 2011, 297.

<sup>11</sup> Lars van Vliet, Acquisition and Loss of Ownership of Goods – Book VIII of the Draft Common Frame of Reference, Maastricht European Private Law Institute, Working PAPER No. 2011/25, 2011, 315.

<sup>12</sup> Stoyanov D., The Conflict Between the Legal Interests of the Original Owner and the Good Faith Acquirer of Movables – A Comparative Overview of the Solutions, Challenges of the Knowledge Society, Private Law, 2011, 298. Cited from: Francois Bourjon, *Le commun droit de la France et la Coutume de Paris réduits en principes*. (Paris, 1770) p. 1094., Also: Arthur Salomons, “The Purpose and Coherence of the Rules on Good Faith Acquisition and Acquisitive Prescription in the European Draft Common Frame of Reference. A Tale of Two Gatekeepers.” *European Review of Private Law* vol. 3 (2013): 843.

<sup>13</sup> Stoyanov D., The Conflict Between the Legal Interests of the Original Owner and the Good Faith Acquirer of Movables – A Comparative Overview of the Solutions, Challenges of the Knowledge Society, Private Law, 2011, 298.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> Stoyanov D., The Conflict Between the Legal Interests of the Original Owner and the Good Faith Acquirer of Movables – A Comparative Overview of the Solutions, Challenges of the Knowledge Society, Private Law, 2011, 299.

<sup>17</sup> Ibid., cited from: Arthur Salomons, “Good Faith Acquisition of Movables”, in *Towards a European Civil Code, 4th revised and expanded edition*, ed. M. Hesselink et al. (Wolters Kluwer Law International, 2011), 1065-1082.

<sup>18</sup> Ibid.

It is noteworthy that unlike the French Civil Code, where case law defined good faith as the lack of knowledge that the transferor is not the owner of the movable property, other modern civil codes define good faith as a lack of knowledge that the transferor is not entitled to dispose of the goods.<sup>19</sup>

### 3. Approach of German Law

Pursuant to German private law, the transfer of title finds its basis in a real agreement.<sup>20</sup> Under Article 929 of the German Civil Code, for the transfer of the ownership of a movable object, it is necessary that the owner delivers the object to the acquirer and both agree that ownership is to pass. If the acquirer is in possession of the object, agreement on the transfer of the ownership suffices. As far as these requirements are fulfilled, all powers embraced in the right of ownership pass to the transferee. To put this in a simple way, the ownership shall not be passed to the purchaser until the object in question is in fact transferred to him. The transfer of title is a consequence of the real agreement, and not of the underlying agreement creating just a mere obligation to transfer.<sup>21</sup>

German law doctrine explicitly indicates two reasons for requiring actual possession. According to the first reason, Article 933 of the German Civil Code protects the owner of the object against deprivation of his ownership without noticing it. According to the second reason, a third party, who does not insist on acquiring actual power over the object and leaves it with the transferor, does not deserve third party protection (this foregoing rule is not unfamiliar to the law of the Netherlands either). Furthermore, according to another view, it would be unjust to give primacy to the new acquirer over the original owner when the owner and the third party (acquirer) grant the transferor the equal level of trust mandate.<sup>22</sup> However, it should be noted that the trust between the bona fide acquirer and the transferor differs from the trust between the latter and the original owner. The belief of the third party is based upon the impression that is created and strengthened by the physical control of the seller over the object.<sup>23</sup>

Pursuant to Article 932 (1) of the German Civil Code,

as a result of a disposal carried out under section 929, the acquirer becomes the owner even if the object does not belong to the alienor, unless the acquirer did not act in good faith at the time when under these provisions he would acquire ownership. The bona fide acquirer has the interest worthy of protection, only if he acted in good faith at the time of the transfer of the concerned object. Paragraph 2 of Article 932 stipulates that the acquirer did not act in good faith if he is aware, or as a result of gross negligence he is not aware, that the object does not belong to the alienor.

Article 932 does not provide a mandatory requirement for the value of the transfer, which may create a false impression that gratuitous transfers can lead to a good faith acquisition. However, Article 816 provides that the person, who acquires a movable property without a counter-performance, may be under a duty to return it to the owner under the rules of unjustified enrichment. This means that the good faith acquisition under the German Civil Code can occur only if it is for a counter-performance.

German private law is positioned among the countries having the balanced approach, which can easily be seen when it comes to the scope of protection of the original owner. Article 935 of the German Civil Code provides that the acquisition of ownership is impermissible if the object was stolen from the owner, missing or “has left the owner’s possession some other way”. The foregoing provision extends the number of occasions where the original owner can reclaim the movable property in question. Furthermore, since there is no requirement for the compensation of the bona fide acquirer, we may conclude that the German Civil Code stands much closer to the standard of protecting the original owner than most of the other national legislations from the balanced approach group.<sup>24</sup>

It is noteworthy that the German approach has influenced a number of national legislations<sup>25</sup>, including the Greek Civil Code. Articles 1034 and 1038 of the Greek Civil Code are almost identical to the Articles 929-932 of the German Civil Code concerning the bona fide acquisition of movable property. However, the Greek legislation also shares the French “market overt” principle on lost and stolen goods, bought at a public auction, or at a fair or in the market, providing a better protection of the legal interests of the bona fide acquirer in comparison to the German Civil Code.<sup>26</sup>

<sup>19</sup> Stoyanov D., *The Conflict Between the Legal Interests of the Original Owner and the Good Faith Acquirer of Movables – A Comparative Overview of the Solutions, Challenges of the Knowledge Society*, Private Law, 2011, 300.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> Stoyanov D., *The Conflict Between the Legal Interests of the Original Owner and the Good Faith Acquirer of Movables – A Comparative Overview of the Solutions Challenges of the Knowledge Society*, Private Law, 2011, 301. Cited from: Manfred Wolf, *Sachenrecht* (München: Verlag C.H. Beck, 2006), 198-200.

<sup>22</sup> The author probably refers to those cases when the owner voluntarily entrusts the concerned object to the alienor. Existence of trust between the original owner and the alienor may be explained with this particular situation.

<sup>23</sup> Lars van Vliet, *Acquisition and Loss of Ownership of Goods – Book VIII of the Draft Common Frame of Reference*, Maastricht European Private Law Institute, Working Paper No. 2011/25, 2011, 318-319.

<sup>24</sup> Stoyanov D., *The Conflict Between the Legal Interests of the Original Owner and the Good Faith Acquirer of Movables – A Comparative Overview of the Solutions, Challenges of the Knowledge Society*, Private Law, 2011, 301.

<sup>25</sup> Georgia, and specifically Article 187 of the CCoG, was listed among those countries that adopted the system of German Civil Code.

<sup>26</sup> Stoyanov D., *The Conflict Between the Legal Interests of the Original Owner and the Good Faith Acquirer of Movables – A Comparative Overview of the Solutions, Challenges of the Knowledge Society*, Private Law, 2011, 301.

## II. The Issue of Compensating Bona Fide Acquirer and the Idea of Creating the First International Act

Part of the civil law nations deal separately with the owner's right to recover the object and the right of the good faith acquirer to compensation. For instance, under the Swiss legislation, the owner has the right to recover an object on reimbursing the good faith purchaser. Similarly to Sweden, the French law entitles the owner to recover the stolen object but requires him to compensate the bona fide acquirer (similar rule applies in Belgium as well).<sup>27</sup>

Article 890 of the Chilean Civil Code stipulates that the owner may not recover the object from one who bought it at a fair, a shop, a store or other business establishment in which such things are sold unless he reimburses the possessor for the price he paid for it and for his expenses in repairing and improving it.<sup>28</sup>

It is noteworthy that the two international conventions that regulate the art market adopt the civil law position with respect to the good faith acquisition. Article 7 (b) of the 1970 UNESCO Convention<sup>29</sup> requires the state party requesting the return of stolen property to pay a just compensation to a good faith purchaser. Article 4 of the "1995 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported cultural Objects"<sup>30</sup> provides as follows:

"The possessor of a stolen object required to return it shall be entitled, at the time of its restitution, to payment of fair and reasonable compensation, provided that the possessor neither knew nor ought reasonably to have known that the object was stolen and can prove that it exercised due diligence when acquiring the object."<sup>31</sup>

In 1961, UNIDROIT established a Working Committee to elaborate a uniform law on "The Protection of the Bona Fide Purchaser of Corporeal Movables" in international trade. As the title suggests, the purpose of the law was to protect the good faith purchaser. Professor Sauveplanne pointed out the following three reasons, which had created a basis for optimism with respect to the mentioned attempt: 1) a general rule protecting the good faith purchaser was consistent with the majority of existing laws and "not contrary to trends in systems that are not based on such a general rule"; 2) the majority of countries stating the foregoing general rule contained an exception allowing recovery from the good faith purchaser if the goods were stolen from the owner; and 3) there was an exception from the foregoing exception, in particular, if the good faith

purchaser had acquired the object at a public auction or from a dealer, compensation was required at the time of the return of the object in question.<sup>32</sup>

In 1968, the Working Committee produced a "Draft Uniform Law on the Protection of the Bona Fide Purchaser of Corporeal Movables,"<sup>33</sup> incorporating all the above-mentioned principles. When the draft was submitted to member states for their observations, some of them (including the USA), strongly objected to it. Later UNIDROIT convened a Committee of Governmental Experts to consider and elaborate appropriate changes in the draft. The edited version of the draft was published in 1975 with the significantly altered title: "A Unified Law on the Acquisition in Good Faith of Corporeal Movables".<sup>34</sup> Article 11 of the above law provided that the transferee of stolen movable property cannot invoke his good faith, thus totally reversing the position taken in the original draft.<sup>35</sup>

## III. Legal Status of the Bona Fide Acquirer Under Georgian Legislation

### 4. Bona Fide Acquisition Pursuant to the Civil Code of Georgia

Under Georgian legislation, the issue of good faith acquisition is regulated by Article 187 of the Civil Code of Georgia (hereinafter referred to as – "CCoG"), first paragraph of which provides that an acquirer shall become the owner of an object if he/she acted in good faith with respect to the acquisition.

The second sentence of the same paragraph provides the standard of good faith. Namely, the acquirer shall be deemed to have acted in good faith if he/she did not know or should not have known that the transferor was not the owner. Unlike the CCoG, German Civil Code provides the term "gross negligence" under its Article 932 (2). In particular, the foregoing article stipulates as follows: "the acquirer is not in good faith if he is aware, or as a result of gross negligence he is not aware, that the thing does not belong to the alienor" (we may assume that the words "should have known", stipulated under article 187 of the CCoG, bear the same meaning). Since under the German Civil Code petty negligence does not affect bona fide acquisition, the problem of distinction between petty and gross negligence arises. Pursuant to the definition made by the German Federal Court, gross negligence takes place when, considering the given circumstances,

<sup>27</sup> Merryman Henry J., *The Good Faith Acquisition of Stolen Art*, Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Research Paper No. 1025515, 6.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Ibid.*, cited from: *Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property of 14 November 1970*.

<sup>30</sup> UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Property, Rome, 24 June 1995.

<sup>31</sup> UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Property, Rome, 24 June 1995, Art. 4.

<sup>32</sup> Merryman Henry J., *The Good Faith Acquisition of Stolen Art*, Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Research Paper No. 1025515, 7-8.

<sup>33</sup> *Draft Uniform Law on the Protection of the Bona Fide Purchaser of Corporeal Movables*, 1968.

<sup>34</sup> *A Uniform Law on the Acquisition in Good Faith of Corporeal Movables*, 1975.

<sup>35</sup> Merryman Henry J., *The Good Faith Acquisition of Stolen Art*, Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Research Paper No. 1025515, 8.

the actions of the transferor may be qualified as gross negligence by any person. The latter takes place even when the transferor's title of disposition is doubtful, and the purchaser does not investigate further and deems that the information with which he/she was provided initially is sufficient.<sup>36</sup>

Based on the abovementioned, under Georgian legislation, if, at the time of conducting the transaction, factual circumstances give rise to a reasonable doubt regarding the origin of the object in question, neglecting these doubts (gross negligence) by the purchaser may become the ground for the confiscation of the purchased object. Position of the Supreme Court of Georgia concerning the bona-fide acquisition of movable property is interesting with respect to this issue. The court defined that, for his/her own interests, the purchaser has to take a minimum level of precaution at least by visually inspecting the concerned thing.<sup>37</sup>

Article 187 of the CCoG says nothing about the burden of proof. However, as the relevant doctrine indicates, a person who purchased a thing from the unauthorised alienor must prove that he/she acted in good faith, as one of the preconditions for the acquisition of ownership.<sup>38</sup> There is an interesting view with respect to the foregoing issue, according to which it is easier for the owner to prove that the purchaser did not act in good faith than it is for the purchaser to revoke the foregoing statement, which worsens the purchaser's legal situation.<sup>39</sup>

Article 187 of the CCoG was amended significantly in 2011, which clearly was a step forward in light of the substantial refinement of the concept. The provision existing before the amendment of the said article partially contradicted the very idea of this concept by stating, "the purchaser of an object may not act in good faith..." under certain conditions. The essence of the provision implied that the way of purchasing an object represented a particular barometer of the acquirer's good faith and not the personal attitude of the purchaser with respect to the fact of acquisition.<sup>40</sup>

Pursuant to the German law, the fact that the owner was dispossessed of the object against his/her will, excludes the possibility for bona fide acquisition. Under the Georgian legislation, the fact that the owner was dispossessed of the object against his/her will excludes good faith acqui-

sition due to the formulation of the norm.<sup>41</sup> Except for the cases when the owner has lost an object, or it has been stolen, the owner may as well be dispossessed of the object thing against his/her will through threat or coercion. In order to qualify that the owner was dispossessed of the object against his/her will, the owner's will is decisive, while in case of a co-ownership, will of each owner is decisive.<sup>42</sup>

The Grand Chamber of the Supreme Court of Georgia stated in one of its decisions concerning bona fide acquisition that good faith acquisition may not take place if the actual transfer of an object by the owner to a third person does not intend its subsequent alienation.<sup>43</sup> Some of the lawyers do not agree with this foregoing statement as they deem that the norm of bona fide acquisition applies exactly to those cases when the owner transfers the object into the possession of another person, while the latter alienates the object. The fact that the transfer of an object was a voluntary action is decisive and not the intent of the owner; otherwise the concept of bona fide acquisition would become meaningless. The owner's will should imply not the legally important letter of intent, but rather the consent of the owner to lose the direct possession of an object.<sup>44</sup>

Pursuant to Article 187 of the CCoG, a bona fide acquirer cannot become the owner of an object if the acquirer has received the object free of charge. In this case, legal effect of the relation is determined by the character of the acquisition of an object.<sup>45</sup> The logic is simple; through the confiscation of an object acquired free of charge, the acquirer does not suffer direct damages unlike the original owner. If the unauthorised person disposes of the property free of charge, then the owner may demand the recovery of a disputed object from the possession of the bona fide acquirer through a civil action. It should be noted that it is not as easy to draw a line between the gratuitous purchase from the one that is not, as it appears. Here we have in mind a case when the counter-performance only has a symbolic meaning. This does not represent the ground for considering a transaction to be gratuitous. However, there is no necessity that the counter-performance is always equivalent to the value of a good. Moreover, whether the price of the good was paid is not important either. The

<sup>36</sup> E. Marshania, Protection of the Interests of the Bona Fide Acquirer of a Movable Thing (Comparative Legal Analysis); I. Javakhishvili Tbilisi State University; 2012, p. 28. Cited from: McGuire, M., (fn. 17), p. 149.

<sup>37</sup> Supreme Court of Georgia, Chamber of Civil Cases, no. as-567-535-2012, 01.08.2012.

<sup>38</sup> H. Biolling, P. Luthringhouse, Systemic Analysis of the Grounds of Certain Requirements Under Civil Code of Georgia, "Siesta", 2009, p. 68.

<sup>39</sup> E. Marshania, Protection of the Interests of the Bona Fide Acquirer of a Movable Thing (Comparative Legal Analysis); I. Javakhishvili Tbilisi State University; 2012, p. 32.

<sup>40</sup> B. Zoidze, Georgian Law of Things, The second revised and comprehensive edition 2003, pp. 150-151.

<sup>41</sup> E. Marshania, Protection of the Interests of the Bona Fide Acquirer of a Movable Thing (Comparative Legal Analysis); I. Javakhishvili Tbilisi State University; 2012, p. 32. Cited from: *Курзински-Сингер, Е, Зарандия, Т.*, (fn. 4), 247.

<sup>42</sup> E. Marshania, Protection of the Interests of the Bona Fide Acquirer of a Movable Thing (Comparative Legal Analysis); I. Javakhishvili Tbilisi State University; 2012, p. 40. Cited from: Z. Chechelashvili, (fn.) the Law of Things, p. 203.

<sup>43</sup> Grand Chamber of the Supreme Court of Georgia, 3k/624-02, 09.09.2002.

<sup>44</sup> E. Marshania, Protection of the Interests of the Bona Fide Acquirer of a Movable Thing (Comparative Legal Analysis); I. Javakhishvili Tbilisi State University; 2012, p. 34. Cited from: *Курзински-Сингер, Е, Зарандия, Т.*, (fn. 4), 248.

<sup>45</sup> N. Dzeladze, Legal Problems of the Demand for Restoring a Property from Defective Possession and the Protection of Property Rights; "Justice", no. 2, 2007, p. 85.

important thing is that the other party has the right to claim the recovery of the concerned good.<sup>46</sup>

Unlike German, French and Italian Civil Codes, the CCoG says nothing about the cases where an object encumbered with the right of a third party is purchased by the bona fide acquirer. Article 936 of the German Civil Code and Article 2279 of the French Civil Code envisage such cases when the good faith acquirer purchases an object without knowing that the alienated object is encumbered with the right of a third party. Accordingly, he/she is deemed the good faith purchaser and thus he/she acquires the non-encumbered property.<sup>47</sup>

Pursuant to Article 933 of the German Civil Code, where an object alienated under section 930 (*Constitutum possessorium*) “does not belong to the alienor, the acquirer becomes the owner if the object is delivered to him by the alienor, unless he does not act in good faith at this time”. Thus, in order for the good faith acquirer to become the owner, in addition to the property agreement and the transfer of the concerned good, it is necessary that the acquirer acts in good faith even at the moment of the late transfer of the possession. In this regard, Georgian legislation shares the enthusiasm of the German Civil Code. Otherwise, considering the essence of the principle of good faith, Article 187 of the CCoG would lose its legal value.

#### IV. Conclusion

Due to the aim to ensure secure civil transaction, it is hard to find a legal system that does not contain rules regulating good faith acquisition and the mechanisms for the protection of the original owner’s rights. Analysis of the international paradigm of the protection of bona fide acquirer makes it clear that there are no identical models. In general, interests of commercial transactions and the tendency of market liberalisation work in favour of the bona fide acquirer. The idea that the owner of a movable property may be deprived of the ownership against his/her will overshadows even the main principle of equity.<sup>48</sup> However, as Professor Besarion Zoidze points out, it is impossible for the legally correct decision to be simultaneously fair always.<sup>49</sup> In separate cases, by prioritising the bona fide acquisition, the legislature protects the civil

transaction as a value and through this the interests of its participants.<sup>50</sup>

The CCoG provides a detailed regulation of the rights of the bona fide acquirer. In this respect, it is distinguished for its overall harmonisation with modern European private law. The main issue in this case is to balance fairly the interests of the owner of the concerned property and its bona fide acquirer. The CCoG regulates this issue not only by considering the interests of a specific participant of the civil transaction, but also by considering the interests of steadiness and stability of this transaction.<sup>51</sup>

The present study has demonstrated that there is a uniform approach towards the bona fide acquirer, while dissimilar approaches and the non-uniform practice introduced under the national legislations of different countries hinder successful legal protection of the original owner and the bona fide acquirer, and the harmonious enforcement of law. The majority of the countries’ national laws are concentrated upon finding a golden mean between the interests of the original owner and the bona fide acquirer and their balancing, especially when it comes to lost or stolen goods, or goods dispossessed against the will of the owner. “Diversity” of the status of bona fide acquirer often gives rise to a protest within the international society; this is especially painful for those parties that are protected under their national legislations, however, not under the applicable laws.

One of the ways to eliminate the diversity of the concept of bona fide acquirer within the EU Member States is the unification of regulating norms, which is achievable even through the adoption of DCFR (Draft Common Frame of Reference) mandatory acts. Pursuant to the DCFR, when a movable property is acquired from an unauthorised transferor, the transfer is valid, provided that all other transfer requirements are met and the transferee neither knew nor could reasonably be expected to have known that the transferor was not entitled to transfer. The transferee has to prove that he/she could not have known about the legal defect of an object. Placing the burden of proof on the transferee was considered as odd and harmful to commercial transactions. A person who wants to benefit from a special provision has to provide facts and evidence that support his statement.<sup>52</sup> A similar approach is adopted by the CCoG, namely, according to the wording of Article 187, burden of proof is placed on the transferee, which naturally worsens his/her legal condition.

<sup>46</sup> Salomons, S., National Report on the Transfer of Ownership of Movables in The Netherlands, Reports on the Transfer of Movables in Europe, *Faber, W, Lurger, B* (eds.), Volume 6: The Netherlands, Switzerland, Czech Republic, Slovakia, Malta, Latvia Munich, 2011, 108.

<sup>47</sup> E. Marshania, Protection of the Interests of the Bona Fide Acquirer of a Movable Thing (Comparative Legal Analysis); I. Javakhishvili Tbilisi State University; 2012, p. 36.

<sup>48</sup> Stoyanov D., The Conflict Between the Legal Interests of the Original Owner and the Good Faith Acquirer of Movables – A Comparative Overview of the Solutions, Challenges of the Knowledge Society, Private Law, 2011, 302.

<sup>49</sup> B. Zoidze, Evolution of the Right of Ownership Under Georgian Legislation; A Joint Conference of the I. Javakhishvili Tbilisi State University and the Max Planck Institute for Foreign and International Private Law, 2015, 20.

<sup>50</sup> Supreme Court of Georgia, Recommendations elaborated in the sphere of Civil and Administrative Law as a result of systematic meetings of judges and the uniform practice of the Supreme Court of Georgia on the Civil Law issues, 2011, 69.

<sup>51</sup> Analysis of the practice of the Supreme Court of Georgia with respect to the rights of the bona fide acquirer of immovable property; “Justice”, no. 3, 2007, p. 220.

<sup>52</sup> Stoyanov D., The Conflict Between the Legal Interests of the Original Owner and the Good Faith Acquirer of Movables – A Comparative Overview of the Solutions, Challenges of the Knowledge Society, Private Law, 2011, 303.

Furthermore, according to the DCFR, good faith acquisition does not take place with regard to stolen goods, unless the transferee acquired them from a transferor acting in the ordinary course of business (commercial activity). The requirement for value, the strict standard on good faith and the exclusion of lost or stolen goods from its scope of application are aimed at granting better protection to the dispossessed original owner. On the other hands, the “market overt rule” and the wider content of good faith (especially compared to the provisions of the French Civil Code) put the transferee in a favourable position.<sup>53</sup> If we discuss the foregoing issue with respect to the Georgian legislation and compare it to Article 187 (2) of the CCoG, we shall see that it partially shares the so-called “market overt rule;” however, unlike the French law, with a comparatively narrow scope.

When discussing Georgian legislation, we should also address those two significant issues regarding which the CCoG does not provide explicit formulations. In particular, the issue of the transfer of a thing encumbered with the right of a third party to a bona fide acquirer and purchase of an object through *constitutum possessorium* in case of a bona fide acquisition. Regulation of the mentioned issues is relevant due to the security of the civil transaction, as well as the legal protection of its participants. It is desired for the Georgian legislation to adopt a similar approach to the German and French legislations with respect to the above issue and more precisely define the legal condition of the purchased object, as well as the moment of acting in good faith. It would be reasonable for the legislature to address the issue of compensating the bona fide acquirer also. In this respect, we may discuss the legal regulation of this issue provided by the French legislation. Furthermore, it is not mandatory for compensation to equal the price paid for the object by the purchaser, but rather it is possible that a reasonable minimum or maximum amount of payment is fixed within the scope of which the bona fide acquirer will be compensated. This will improve the situation of the bona fide acquirer, as he/she may quite often find himself/herself in an unjustifiably severe situation when he/she is unable to recover the payment from the unauthorised alienor. The legislature may even introduce the exceptional norm, which would provide an exception from the abovementioned rule. Exception would only concern those goods, of which the owner was dispossessed against his/her will and the investigating authority was informed about this fact. Such regulation of the issue will promote the demonstration of the owner’s interest towards the good in question, which will eventually lead to a more fair regulation of the concept of bona fide acquisition.

To conclude, we may say that since there is no common standard of conduct, which would be shared by the national legislations of different countries, each of them is made to individually make an effort and adopt a correct legal approach from their own perspective. This process is greatly facilitated by sharing international practice, which allows for adapting well-approved legal regulations within national systems. It is hard to state with precision which country’s legislative regulation is better. This is not because of the difficulty in determining which one protects the bona fide acquirer better, but rather because of the difficulty in finding a fair balance between the interests. Based on the aforementioned, every country’s task, in the first place, should be to adopt a correct approach and then introduce it in its legislation.

<sup>53</sup> Stoyanov D., *The Conflict Between the Legal Interests of the Original Owner and the Good Faith Acquirer of Movables – A Comparative Overview of the Solutions, Challenges of the Knowledge Society*, Private Law, 2011, 302.

# Common European Sales Law (CESL) – Development and Functions

## I. Introduction

Despite the fact that the common European integration process is somewhat delayed due to the refugee crisis and the financial crisis, there is a growing need for businesses and consumers to have legal concepts for transnational transactions. Whereas the legal activities of the European Union initially covered some special fields, such as corporate law, labour law, cartel law, and competition law, recently the European legislators have been frequently focusing on common law. The EU has issued a lot of private law directives and regulations, especially in the field of consumer rights protection. Despite all these measures for harmonisation of the law that always regulate only some individual aspects of very limited legal matter, there are still serious differences between laws and regulations of the EU member states, which is having an adverse impact on the domestic EU market. At the same time, the EU's legislative acts pose a threat to the integrity of separate European legislations, since the EU regulations are not always smoothly integrated in the national legal systems.

## II. The Idea of the European Civil Code

Unnoticed by the public industry, a draft proposal for the ultimate development of a common European Civil Code was developed in 2004-2005 in Brussels. As it seems, one day this European Civil Code would substitute for the national civil codes in Europe.

Inspired by the idea of the European Civil Code, study groups were established in 1980s to elaborate common principles of common European private law. Though the efforts mainly concentrated on contractual law, some research was also conducted in some other fields such as tort law, property law, enrichment law, inheritance law, and family law.

The *Study Group on a European Civil Code*, established in 1998 and led by Christian von Bar, was intended to unite professors of European property law. About 50 professors from all EU Member States, supported by a network of hundreds of scholars, were inspired by the intention to create a kind of Fundamental Law regulating the property

rights for all EU Member States. Now the fundamental law has been finalised, supported by legal proposals and covering different spheres, such as sales law, services, long-term contracts, insurance contracts, credit guarantee and securities, financial services, relations of obligation, and transfer of movable property rights.

Based on the work carried out by the European legal scholars, in 2005, the European Commission initiated a package of instruments with the purpose of elaborating a draft of a Common Frame of Reference (DCFR), a model law of some kind, whose significance and accessibility had not been defined yet. At the beginning of 2008, the first draft was presented and an improved version was prepared by the beginning of 2009. The DCFR is a compilation of proposals made by the academic community that is read as a code. However, it is not a code as such taking into consideration the history of its development. The actual purpose of the DCFR, i.e., its actual legal status and goals, is still unclear<sup>2</sup>. The European Commission called it a toolbox reflecting the future legislation in the field of contract law.

## III. Initiation: Draft Common European Sales Law (CESL)

On 11 October 2011, the European Commission published a draft regulation on a Common European Sales Law<sup>3</sup>. Thereby the European Commission made a comparatively small codification step presenting this draft instead of the initially planned European Civil Code<sup>4</sup>.

### 1. CESL Goal and Contents

The goal of the Draft Common European Sales Law (CESL) is to improve the functioning of the common European domestic market, primarily for deals and transactions between enterprises and consumers. A so-called optional instrument in the form of the Convention may reach this goal only if a balance is maintained between the rights and obligations of both parties.

The Common European Sales Law should function as a separate regulation substituting for the domestic sales law. The European Commission asserts it would benefit both the consumers and enterprises (by saving costs for legal transactions) by making it possible for the enterprises to operate in European markets without having to handle national sales laws. In addition, that would increase the demand, as more enterprises would make steps to enter into transnational deals and transactions, which would de-

<sup>1</sup> Judge of the Federal Social Court that is the German Federal Court of Appeals located in the city of Kassel; Professor of the Faculty of Law, Philipps-Universität, Kassel/Marburg, Germany; Editor-in-Chief of this journal.

<sup>2</sup> Vgl. Meyer, Betriebs-Berater 2004, 1285.

<sup>3</sup> KOM (2011) 635 endg.

<sup>4</sup> Hierzu allgemein Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann, JZ 2012, 269; Konency, Der Verordnungsentwurf über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – Meilenstein der europäischen Integration oder Irrlicht der europäischen Politik?, 2014; Schmidt-Kessel, Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, München 2014; Tamm, VuR 2012, 1.

crease prices for consumers. The quality of the new common European Sales Law has a decisive importance in the achievement of the political goals.

More specifically, it is necessary to fill the gaps and harmonise non-unified national regulations for the sales of goods and their guarantee provisions, unfair contract provisions, provisions regulating cancellation and revocation of contracts, and information obligations. The CESL should, as a minimum, offer a choice of harmonised regulations. For instance, a German enterprise could offer its products to any of the 28 EU Member States on equal conditions. The idea is that the enterprise would harmonise its contractual provisions only once and would provide the information to the CESL and draft pro forma contracts when necessary. Afterwards, the enterprise would get a chance to cover a bigger market than today, going beyond the domestic market to the markets of the other 27 EU Member States. This would create a situation in which the European consumers would have a greater choice (and potentially lower prices). A long-term consequence would be a better promotion of the European internal market.

The purpose of this project of the European Commission is to harmonise the Contract Law of the EU Member States not by amending the existing national contract law but by creating an alternative optional national contract regulation. This alternative regulation should have a uniform application in the EU, in parallel to the national law. The regulation is explicitly limited to transnational contracts, but the EU Member States are free to apply the Common European Sales Law to their domestic contracts also.

## 2. Scope

The Common European Sales Law should be substantially applicable to at least transnational goods sales contracts. The material scope of application includes sales of goods and digital services, and after sales services offered by the seller (primarily mounting, installation, maintenance and repairs in case these directly and closely relate to respective goods or digital services) acquired on the CESL basis. Therefore, the scope of application specifically includes contracts for sales of goods and contracts for digital services, such as music, films, software, or smart phone applications.

In terms of personal relations, the Common European Sales Law should be applied to the regulation of relations between big and small enterprises, and also to the relations between entrepreneurs and consumers. This model is different from the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) that is applied solely to relations between entrepreneurs. Contrary to the CISG, the Common European Sales Law should be applied solely as the opt-in model, rather than automatically as the CISG, except for the opt-out model. Thus, the UN

sales law, i.e., the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)<sup>5</sup>, is nowadays the most important convention for the unification of private law. Issues of competition between the national law and the UN sales law may rise if the CISG's scope of application is obvious. Pursuant to Article 1 of the Convention, the CISG applies to contracts of sale of goods and covers all kinds of sales. Other aspects of the scope are set out in Article 3 (1) (Contracts for the supply of goods to be manufactured or produced); and Article 4 (1) (formation of the contract of sale, obligations of the seller and the buyer) of the Convention. Areas beyond the scope of the Convention are set out in Articles 2 (2) and 3 (mixed contracts where the sales part of contract is of lower priority), and Articles 4 (1) and 5 (liability for personal injury). The UN sales law has the priority as a special regulation and prevails over general provisions of the national law.

## 3. Functionality: The So-Called Optional Instrument

It is in the interest of the EU Member States that the Common European Sales Law would be only valid when parties to the contract decide so voluntarily and explicitly. In these terms, it is regulated in detail how a party to the contract of sale should be notified and what are the consequences in case of the failure to comply. It is also important that the vision of the European Commission envisages transactions between entrepreneurs and consumers, and between enterprises. This applies to cases when one of the parties is located in an EU Member State. Enterprises may apply the same contract provisions when entering into transactions with enterprises within or beyond the EU. Thus, this law also applies to international trade. On the other hand, it is impossible to apply the European subsidiarity principle to regulate representation, illegality of contracts, regulations pertaining to most debtors and creditors, assignment of claims, etc. These areas are still regulated by the existing EU Contract Law.

Drafting of other regulations has the benefit of revoking many unstable legal requirements that arise from transnational transactions. This permits decreasing the costs of many transactions and provides better motivation for implementation of transnational transactions.

The new optional instrument has the benefit of only insignificantly limiting regulations of the EU Member States. There will be still a possibility to address specific factual circumstances based on the national legal systems. Yet the optional instrument widens the possibilities for parties to contracts of sale, thus offering them a chance to choose solutions that meet their needs better. Thereby interests of all parties are met, which accordingly increases chances for similar solutions at the political level as well.

<sup>5</sup> BGBl. 1980 II, 588.



Application of the optional instrument contains a high risk for parties to contracts of sale until there is a regular case-law in place for interpretation. However, this temporary disadvantage may be acceptable because parties of the contract make their own decision on the application of the optional instrument. In addition, by the discretion of the European Commission, the optional instrument will be a certain guarantee of balance resulting in fair outcomes.

In terms of the intensity of interference into national laws, the so-called opt-in model is a softer tool. The EU Contract Law could apply instead of national regulations only if the parties agree. In case of the so-called opt-out model, the European Contract Law would apply to all contracts except for cases when the parties would agree otherwise.

Undoubtedly, the practical meaning of the opt-out model would significantly exceed that of the opt-in model. Application of the opt-out model would make application of the EU Contract Law mandatory; exceptions would become deviations. In case of the opt-in solution, the EU Contract Law would apply in the opposite manner. Yet the opt-in model is the first step towards introduction of the new EU standards. Wider application of the opt-in model and increased case-law in this field would also increase the preparedness to start application of the opt-out model.

#### 4. Challenges of the Draft CESL: Advantages and Disadvantages

The CESL proposals of the European Commission are still actively disputed with the identification of serious faults in many fields. Most of the criticism ranges from doubts in the applicability of the CESL provisions and requirements for minimum harmonisation of some aspects of the European directive to the restricted scope of material application. CESL's advantages include foreseeability of the material law for consumers, reduction of transactional costs, higher level of consumer protection, and strengthening of the Common European internal market. Disadvantages include gaps in regulation of representation and property rights, lack of unification of the law, inexpediency compared to the UN CISG, and lack of the preventive function for consumers.

On 20 February 2013, the European Parliament's Committee on Legal Affairs presented a report<sup>6</sup> proposing limitation of the scope of material application of the CESL. Regardless of the limitation of the scope of application, there should be a higher degree of consumer protection. Otherwise, no consumer would buy anything in the conditions of this legal system, and the so-called optional instrument would be ineffective. On the other side, the degree of consumer protection should not be too high to prevent enterprises from applying the instrument. In this context, it is very important that the Common European Sales Law

<sup>6</sup> 2011/0284 (COD).

would be optional, i.e., it would exist in parallel with the Contract Law of the EU Member States. It should be solely up to the businessperson or the seller to decide which sales law should be applied in each case, and it should be up to them to choose between the Common European Sales Law and the acting national sales legislation. He/she might prefer the sales regulation that is accompanied by a lower level of consumer protection.

In February 2014, the European Parliament approved, in the first reading, the draft proposals for the Common European Sales Law presented by the European Commission<sup>7</sup>.

#### 5. Evaluation

The proposal of the draft Common European Sales Law marks a brand new step in the decades old discussion about the formation of a common European civil law. For the first time, a text has been proposed that may help the EU become a platform for sales contracts. Of course, it is very difficult to unite the 28 national legal systems that are very different in some aspects. Yet the Common European Sales Law as an optional tool could make it a reality. It is actually an optional instrument rather than interference in the national Civil Codes. If the EU creates a harmonised regulatory framework without excessive regulation, no complications would generally be expected.

#### IV. Future Prospects: A Path Towards European Harmonisation of Private Law?

The experience of recent years has shown that there is a strong overlapping between the common European private law and the national legal systems of the EU Member States,<sup>8</sup> which causes many restrictions that might result in numerous practical problems in the application of the law. In addition, there are some drawbacks in the law-making system, and individual measures are not implemented uniformly. Despite voluminous measures for harmonisation, there are still strong differences between the legislations of the EU Member States, which hinders the functioning of the internal market. The idea of comprehensive harmonisation of the European private law is very close. There is an active political and jurisprudential discussion around the issue whether the process of harmonisation of the laws would result in the adoption of the European Civil Code<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Vgl. vzbv vom 26.2.2014.

<sup>8</sup> Hierzu *Schmidt*, JZ 2001, 674 (678); *Rittner*, JZ 1995, 849 (853).

<sup>9</sup> Vgl. *Blüm*, Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht als wesentlicher Zwischenschritt zu einem kodifizierten Europäischen Vertragsrecht?, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2015.

Ani Chilingaryan<sup>1</sup>

## Judicial Practice on the Resumption of Suspended Proceedings in Administrative and Civil Trials

*Currently, the possibility to suspend the proceedings of a case is prescribed by the Republic of Armenia's (hereafter: RA) Administrative, Civil and Criminal Procedure Codes. Moreover, these three codes prescribe the same regulation, which provides that the proceedings be resumed after the circumstances that served as a ground for the suspension have ceased.*

*The article aims at analysing a number of judicial acts related to the afore-mentioned issue, trying to reveal the problems that may arise in judicial practice, in particular, in case of resumption of suspended case proceedings.*

### I. Introduction

Article 94 of the RA Administrative Procedure Code provides the possibility of resumption of suspended case proceedings. In case of certain grounds for suspension, the court is obliged to suspend the case proceedings, whereas in other cases the court obtains the right to suspend the case proceedings. In case of the latter, the court has the discretion to suspend the case proceedings. In accordance with paragraph 1 of Article 95 of the same code, case proceedings are resumed after the circumstances underlying the suspension have ceased. Articles 105-107 of the RA Civil Procedure Code prescribe a similar regulation. The regulation, which seems very clear at first sight, has raised specifically the following question in the judicial practice: What do we mean by “the circumstances underlying the suspension have ceased?” Does it mean the circumstance mentioned in the judicial act suspending the case proceedings or does that notion include also other circumstances making the suspension meaningless and useless?

### II. Analysis of Judicial Acts

In administrative case no. VD/5803/05/12, the company acting as a plaintiff was challenging the inspection act rendered by the tax authority. Meanwhile, the tax authority had submitted a claim in the RA Administrative Court

against the given company to levy the sum mentioned in the inspection act from the latter. The case proceedings of the claim on the levy of the sum were suspended on the basis of the motion filed by the company on the ground prescribed by sub-paragraph 1 of paragraph 1 of Article 94 of the RA Administrative Procedure Code. The said article provides that the hearing of the given case is impossible before taking a decision, judgement or verdict with respect to another case being heard in a constitutional, civil, criminal or administrative procedure. As the issue of lawfulness of the same inspection act is being examined in another administrative case, and the issue of approval or rejection of the claim on the levy of the sum was directly dependent on the lawfulness of that act, the Administrative Court found that the examination of the claim on the levy of the sum was impossible until the decision was taken with respect to the other administrative case.

However, until the completion of the case examination with respect to the lawfulness of the inspection act, the company has fulfilled its obligation prescribed by the investigation act, thus in essence exhausting the claim on the levy of the sum and making it meaningless. Taking that circumstance into consideration, the company had filed a motion with the court on the resumption and discontinuation of the case proceedings, as it had already fulfilled its obligation, and objectively that claim became pointless. The court had rejected that motion with reasoning that the circumstance underlying the suspension had not ceased, and the case proceedings could be resumed only after a verdict has been rendered with respect to the administrative case no. VD/5803/05/12 that served as ground for the suspension of the proceedings. The given decision on the rejection of the motion was appealed in the appellate and cassation procedures; however, both appeals were ineffective.

The Cassation Court has in a number of its decisions referred to the interpretation of Article 105 of the RA Civil Procedure Code. The Court mentioned that from the given article it can be concluded that, as prescribed by paragraph 1 of Article 105 of the RA Civil Procedure Code, the court's obligation on the suspension of the case proceedings rises in case of simultaneous presence of two prerequisites. The two prerequisites are the existence of a case being examined in the constitutional, civil, criminal or administrative procedures, and the impossibility to examine the given case until a decision has been rendered with respect to the other case or issue being examined in the afore-mentioned procedures. It is conditioned by the circumstances that the other facts with respect to the case or matter being examined in the constitutional, civil, criminal

<sup>1</sup> GIZ “Legal Approximation Towards European Standards in the South Caucasus” Program Expert; advocate.

and administrative procedures have significance for the given case and the specific legal relation or fact may be proven during the examination of the given case<sup>2</sup>.

It stems from the position of the RA Cassation Court that one of the prerequisites of suspension is the impossibility to examine the case, until there has been a decision rendered with respect to other relevant cases. Whereas in the afore-mentioned example, it is true that the case proceedings were suspended as another administrative case, related to the given case, was being examined in the court. Nevertheless, the respondent had fulfilled the plaintiff's claim with respect to the case, which was suspended after that. It means that regardless of the decision that the Court would take with respect to another administrative case, the outcome of the given administrative case was predetermined, as the respondent had already fulfilled the claim. This, in its turn, means the circumstance underlying the suspension, i.e., in this case the impossibility of the examination of the given case without the other administrative case being resolved, has ceased.

The aforementioned company, being a plaintiff in the administrative case, has applied to the RA Constitutional Court claiming that paragraph 1 of Article 95 of the RA Administrative Procedure Code does not conform to Articles 61 and 63 of the RA Constitution. Referring to several positions mentioned in the decisions of the RA Constitutional Court, the applicant presented the following argument: "in case of suspended or interrupted proceedings... there must be a possibility of an appeal against the decisions and actions taken by the court, in case of which the judicial acts and actions on non-resumption of the case or on the rejection of the resumption of the case within a reasonable time period must be subject to an appeal, ... until rendering a final judicial act with respect to the other case within the context of the given case implies that the case must be resumed regardless of rendering a final decision with respect to the other case, if, based on the factual circumstances of the case, the examination of the case became again possible without the judicial act with respect to the other case, as the causal connection between the suspended case and other examined cases ceases." According to the applicant, the general rule about resumption of the case, stipulated in paragraph 1 of Article 95 of the RA Administrative Procedure Code, had gained such a narrow formal and normative meaning in the judicial practice that the wording "the circumstances underlying the suspension have ceased" means the circumstance indicated in judicial act on the suspension of the case, and the resumption of the case, was excluded in case of other circumstances that make the suspension of the case meaningless and unnecessary due to change of the situation. The RA Constitutional Court stated in its decision

no. 1251 of 19 January 2016 that the possible violations of the applicant's rights are not conditioned by the constitutional legal content of the norm underlying the dispute or any specific interpretation given to them. The Court further stated that the matter raised in the application does not contain a problem of constitutionality. However, it rather relates to the application of the legal norm that has led to inadequate perception of the scope of judicial discretion.

At the same time, the RA Constitutional Court indicated that it lies within the competence of the court whether it is possible to examine the given case until rendering a decision, judgment or verdict with respect to another case or matter being examined in constitutional, civil, criminal or administrative procedure. However, when studying the issue of the ceasing of the circumstance underlying the suspension of the case proceedings, the courts of all instances, within their competences, must verify whether a decision has been rendered with respect to another case or matter being examined in a constitutional, civil, criminal or administrative procedure. They must also verify, in case of absence of such a decision, the possibility of the resumption of the proceedings, which will contribute to ensuring a person's constitutional rights to effective judicial protection and the case examination within a reasonable time.

### III. Conclusion

In conclusion, the RA Constitutional Court showed indirectly by its decision that in case of suspending the case proceedings on the given ground, it is possible to resume the proceedings also without a decision with respect to another case being examined. The further development of the judicial practice will show to which extent the legal positions indicated in the decision of the RA Constitutional Court will be applied.

<sup>2</sup> Decision rendered with respect to civil case no. ԵԱԿԴ/0169/02/09 on 11 May 2011 by the Civil and Administrative Chamber of the RA Cassation Court.

## Electoral Rights and Transitional Democracy – Significance of Judgments of the Constitutional Court of Georgia for Consolidated Democracy

### 1. Introduction

The Constitutional Court of Georgia underwent significant developments since its establishment to date and highly contributed to the protection of supremacy of the constitution, human rights and freedoms, balance of powers, and consolidating democratic values.

In transitional democracies, without achieving prompt and real outcomes, democracy itself may be endangered. Long-term, prolonged motion/action leads to disappearance/abolishment of democracy.<sup>2</sup> It should be noted that in transitional democracies it is not only important whether the Constitutional Court is active. However, it is also significant how efficient the judgments of the Court are for the purposes of strengthening and consolidating democracy.

The concept of consolidated democracy has a very broad content. However, the key issue implied within it is the sufficient strength of democratic institutions, which prevents their abolishment/demolition.<sup>3</sup> The Constitutional Court of Georgia could be proud of the effectiveness of its judgments. The judgments of the Court have performed an important role to consolidate democratic institutions, and their viability.

In the context of transitional democracy, experience of the East European countries demonstrates that independence and courage are their particular signs.<sup>4</sup> By its judgments, the Constitutional Court of Georgia proved that it remains an independent and courageous body in the process of consolidating democracy.

In transitional democracies, the important issue is that resolution of disputes by the court should support true democratic reforms. By its progressive judgments, the Constitutional Court plays an important role in the process of developing a stable and consolidated democracy. However, it should be noted that unlike developed democracies, in transitional democracies, trust in the institution of court, as well as legitimation of judgments is a comprehensive process and causes severe criticism from politicians.

In this regard, electoral disputes, which have been resolved by the Constitutional Court of Georgia, should be noted. This issue became especially intense in the context of parliamentary elections of 2016 in Georgia. The Constitutional Court is obliged to review electoral disputes, which naturally cause political conflicts. However, this does not completely imply that the Court is making political decisions.<sup>5</sup> The Constitutional Court has managed to convert public political disputes into the issue of constitutional interpretation by virtue of those principles, procedures and rules, which are publicly recognised as legal, not political.<sup>6</sup> By de-politicising a dispute, the court gives a constitutional, legal character to the impugned issue.<sup>7</sup> However, it should be noted that legal argumentation mostly on a certain level depends on the values of a judge and legally established publicly recognised principles, as well as on the court traditions.

Democracy always implies universal and free elections.<sup>8</sup> “People shall govern the authority” – this is the ideal of democracy.<sup>9</sup> “Elections are... the mechanism, which enacts democracy.<sup>10</sup>” However, simultaneously, “Election is an indispensable condition of state democracy and not its guarantee.” Conducting elections, if it does not comply with democratic principles, is not a sign of democratic authority.<sup>11</sup> Therefore, the topic of elections is important for the practice of the constitutional courts of transitional democracies. Every issue that refers to the constitutionality of a legal provision with regard to elections always causes political debates as towards the court as well as towards its judgments. Those debates should be framed with reasonable and legal criticism of consequences and judgments.

<sup>1</sup> Professor at Ivane Javakishvili Tbilisi State University, Faculty of Law; Member of the Constitutional Court of Georgia.

<sup>2</sup> Philippe C. Schmitter, “Dangers and Dilemmas of Democracy” (sub-chapter: Study of Danger), *Journal Solidarity*, 2008 #2(23), <http://www.nplg.gov.ge/gsdll/cgi-bin/library.exe?e=d-01000-00--off-0period--00-1----0-10-0---0---0direct-10---4-----0-1--11-ka-50---20-about---00-3-1-00-0-0-11-1-0utfZz-8-00&cl=CL2.22&d=HASHbcb227ac1a765e858e2ecb.3&gt=1>

<sup>3</sup> Civil Encyclopaedic Dictionary, <http://www.nplg.gov.ge/gwdict/index.php?a=term&d=5&t=3603>

<sup>4</sup> Herman Schwartz, *Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, Tbilisi, 2003, p. 366

<sup>5</sup> Herman Schwartz, *Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, Tbilisi, 2003, p. 39-40.

<sup>6</sup> Herman Schwartz, *Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, Tbilisi, 2003, p. 40.

<sup>7</sup> András Sajó “Limiting Government”, 2003, p. 296.

<sup>8</sup> Pierre Pactet, Ferdinand Mélin-Soucramanien, *Constitutional Law*, the 28th edition, Tbilisi, 2012, p. 125.

<sup>9</sup> Kenneth Janda, Jeffrey M. Berry, Jerry Goldman, *Challenge of Democracy*, shorter edition, Tbilisi, 1995, p. 155.

<sup>10</sup> Judgment of the Constitutional Court of Georgia N1/1/493, dated 27 December 2010, Case: “Citizens’ Political Union New Rights Party” and “Georgia’s Conservative Party” against the Parliament of Georgia” II-8.

<sup>11</sup> Kenneth Janda, Jeffrey M. Berry, Jerry Goldman, *Challenge of Democracy*, shorter edition, Tbilisi, 1995, p. 155.

Whenever the Court recognises electoral provisions as unconstitutional, it has naturally realised that frequent amendments to the electoral regulations contain particular threats. However, it may be stipulated by necessity as long as the issue is to conduct the electoral processes in line with democratic principles.

Article 28 of the Constitution of Georgia recognises electoral rights and establishes that, “Every citizen of Georgia who has attained the age of 18 shall have the right to participate in referendum or elections of state and self-government bodies. Free expression of the will of electors shall be guaranteed.”

The Constitutional Court of Georgia has reviewed such significant cases as the issue of equal “value” of the votes of citizens in the majoritarian electoral districts, possible abuse of electoral geography known as gerrymandering, and the matter of existence of foreseeable criteria in the course of defining majoritarian electoral districts by the highest electoral administrative authority of Georgia – the Central Election Commission. As a consequence of the review of electoral disputes, the Constitutional Court of Georgia established a number of principles and indicated that the Court itself would be guided by those principles in the process of reviewing electoral disputes.

### 3. Electoral Geography and the Principle of Equality of Votes – Judgment of the Constitutional Court of Georgia

On the basis of the constitutional claim of the citizens, dated 28 May 2015, the impugned norm of the Election Code of Georgia, which excluded the provision of equal “value” of electors’ votes in majoritarian electoral districts, was declared unconstitutional by the Constitutional Court of Georgia.

The Court stated that a fair and effective election process is the fundamental element of democratic governance. Obviously, only a functional electoral system is not sufficient for the existence of a democratic state. However, elections are vitally valuable for the functioning of a democratic state and represent the significant precondition for the existence thereof. A number of factors, including the electoral system, determine the fairness of the electoral process. Formation of an electoral system is a part of political process, however, this process should not move beyond the limitations defined by the constitution. “The way how the elections are conducted is of utmost importance. First of all, what kind of electoral legislation is in force; whether it comprises sufficient and necessary guarantees in order to ensure ‘governance of people’ as a consequence of elections for the country as well as for the citizens. This outcome is achievable, if participation in elections is equally accessible for every citizen” (judgment of the Constitutional Court of Georgia no. 1/1/493 dated 27 December 2010, Case: “Citizens’ Political Union

New Rights Party” and “Georgia’s Conservative Party” against “the Parliament of Georgia” II-8). Article 28 of the Constitution of Georgia establishes the electoral right; it defines constitutional and legal standards of this right and demands the creation of guarantees necessary for the realisation thereof. Electoral right itself does not require establishment of any particular electoral model. The Constitution requires that the present electoral model provides free and equal observation of people’s will in the process of formation of the state authority.<sup>12</sup>

In particular cases, in majoritarian electoral districts disproportion had been so high, that the number of registered voters in a number of districts exceeded by 22 times. The Court noted that “electoral geography and identification of electoral districts have significant influence on the course of entire election process as well as on the realisation of electoral rights. Equality of votes and provision of equal capabilities for citizens shall be... the key principle of defining electoral geography. ... In electoral districts number of electors shall be as equal as possible, in order to maximally ensure the equal ‘value’ of votes.<sup>13</sup> ... Particular deviation from equality of votes may be justified in case of presence of particular circumstances, under the relevant constitutional and legal grounds.<sup>14</sup>”

Provision of absolutely equal “value” of electors’ votes in majoritarian elections is practically impossible as long as relatively small and big electoral districts, which elect equal number of deputies, exist. An election system, where the vote of registered electors in one district has more “value” than in the second district, does not provide equal capabilities to ensure equal influence of voters on the election results, therefore, causing significant deviation from the principle of equality of electors’ votes.<sup>15</sup>

The Court stated that, “in the process of defining electoral districts, as the administrative boundaries, geographic specifications and other socially significant criteria may be envisaged. In particular cases, due to specifications of particular regions, acceptance of moderate disproportion may become necessary. However, any such regulation will be subordinated to constitutional and legal review with regard to electoral and equality rights. Inclusion of the element of territorial representation should not cause obvious and unjustified inequality of electoral votes and the influence of registered voters in territorial units should not be reduced to a level that will cause substantial limitation of citizens’ participation in the process of government formation. According to the Constitutional Court of Georgia, with respect to the idea of sovereignty of people, demand of the Constitution of Georgia is to provide equal opportuni-

<sup>12</sup> Id. II-4.

<sup>13</sup> Judgment of the Constitutional Court of Georgia no. 1/1/493, dated 27 December 2010, Case: “Citizens’ Political Union New Rights Party” and “Georgia’s Conservative Party” against the Parliament of Georgia” II-22.

<sup>14</sup> Id. II-4.

<sup>15</sup> Id. II-13.

ties for all voters to ensure their participation (influence) in the decision-making process of the government. A particular level of deviation may be justified in case of existence of significant circumstances, relevant constitutional and legal grounds, and not in any occasion, to ensure the representation of any territorial unit.”<sup>16</sup>

According to the Constitutional Court of Georgia, “in general, in the process of election administration, there are risks that any of the political powers can create self-desired electoral geography and define boundaries of the electoral districts that is beneficial for a particular political subject... on one hand the legislature is obliged to ensure prevention of manipulation by electoral boundaries and, on the other hand, provide equal opportunities to the voters to influence final results of the elections.”<sup>17</sup>

On the basis of the aforementioned judgment, the Parliament of Georgia and the Central Election Commission initiated amendments to the electoral legislation, and, accordingly, re-established majoritarian electoral districts. However, new regulatory provisions defining majoritarian electoral districts became the subject of dispute in the Constitutional Court, which is reviewed below. With regard to the changes to the boundaries of majoritarian electoral districts, the Constitutional Court shared the position of the respondent party, stating that the need for amendments had been stipulated due to the judgment of the Constitutional Court of Georgia №1/3/547, dated 28 May 2015. As mentioned, the Constitutional Court of Georgia recognised the disputable provisions as unconstitutional for violating the principle of equality of votes. Accordingly, in order to implement the standards determined by the Constitutional Court, changes to the boundaries of majoritarian electoral districts was necessary. However, in its judgment on 20 July 2016<sup>18</sup>, the Constitutional Court reviewed whether the newly defined majoritarian electoral districts had complied with the Constitutional Standards.

#### 4. Abuse of Electoral Geography – Issue of Potential Existence of Gerrymandering

On 20 July 2016, the Constitutional Court of Georgia delivered its judgement on the constitutional claim of a group of the members of the Parliament of Georgia (opposition parties in Parliament). The provisions of the Election Code, which defined majoritarian electoral districts anew, were the subject of dispute. The Constitutional Court did not satisfy the claim under various grounds, which are discussed below.

The claimants indicated that under the organic law the boundaries of the majoritarian electoral districts are defined to enable the government to abuse the electoral geography. The impugned provisions enable the government to manipulate the election results by virtue of so-called “gerrymandering”, which does not ensure free expression of voters’ will.

The Constitutional Court stated that abuse of electoral geography causes doubt in democracy. Therefore, to leave the electoral geography beyond constitutional review will create a substantial threat to a number of values recognised by the Constitution of Georgia. Accordingly, in particular cases, specific distribution of boundaries of majoritarian electoral districts may be assessed within the frame of constitutional review.<sup>19</sup>

As long as you are aware, the issue of gerrymandering is not the subject of pure legal review. The Constitutional Court could not assess the litigation based either on political expedience or on another type of subjective criteria. The Court interpreted that in order to prove gerrymandering; the claimant should present convincing evidences, which should be subjected to legal assessment and examination. In the process of identifying/assessing the issue of abuse of electoral geography, the Constitutional Court may consider various criteria, including changing electoral geography for discriminative purposes and the potential of achieving such a result. In order to identify the said criteria, the Constitutional Court may consider the following circumstances such as examination of boundaries of majoritarian electoral districts, compliance with the basic principles of defining electoral geography (equality of votes, adjacency, inviolability of administrative boundaries, geographical identity, presence of infrastructural link and other principles), strongly established statistics of results of elections, etc.<sup>20</sup>

The Constitutional Court of Georgia reviewed the threat of violation of the principle of adjacency and noted that “violation of the principle of adjacency, in particular cases, may indicate abuse of the power of defining electoral geography. In the abovementioned case, principle of adjacency is violated only with regard to one majoritarian electoral district. Therefore necessity of the mentioned deviation is justified due to the legitimate goal of preserving the unity of administrative boundaries. In case if those exclusions have multiple characters (multiple violation of principle of adjacency, in case of various majoritarian electoral districts), i.e., if the violation of criteria of adjacency is not an exception but the rule, it would cause suspicion about manipulation and for the objective observer would create the ground that there is a threat of abuse of electoral geography.”<sup>21</sup>

<sup>16</sup> Id. II-24.

<sup>17</sup> Id. II-28.

<sup>18</sup> Judgment of the Constitutional Court of Georgia no. 3/3/763, dated 20 July 2016, Case: “Group of Members of the Parliament (Davit Bakradze, Sergo Ratiani, Roland Akhalaia, Giorgi Baramidze and others, total of 42 deputies) against the Parliament of Georgia”.

<sup>19</sup> Judgment of the Constitutional Court of Georgia no. 3/3/763 dated 20 July 2016, Case: “Group of Members of the Parliament (Davit Bakradze, Sergo Ratiani, Roland Akhalaia, Giorgi Baramidze and others, total of 42 deputies) against the Parliament of Georgia”. II-15.

<sup>20</sup> Id. II-17-18.

<sup>21</sup> Id. II-35.

Consequently, the Constitutional Court of Georgia did not satisfy the claim unanimously and interpreted that “argumentation of the claimant are mostly addressed to subjective doubts as well as to the issue of political expedience, therefore, may not be considered as the convincing evidence of abuse of electoral geography.”<sup>22</sup>

##### **5. Issue of Existence of Foreseeable Criteria in the Process of Identifying Geography of Majoritarian Electoral Districts Under the Competences of the Highest Body of Georgian Election Administration – the Central Election Commission**

With regard to the same case, the Constitutional Court reviewed whether the impugned provision envisages the foreseeable criteria necessary to identify the geography of districts by the Central Election Commission and whether the threat of abuse of authority by the Central Election Commission is excluded. It should be noted that in this part of the judgment, votes of the judges were equally divided and the claim was not satisfied. Accordingly, as a consequence of equally divided votes, the contested provision is considered to be in conformity with the Constitution under the presumption of constitutionality of law. Reasoning of both the opinions of the judges is indicated in the judgment.

In one of the dissenting opinions, supporting the recognition of the impugned provisions as unconstitutional, it is stated, “in accordance with paragraph 1 of Article 5 of the Constitution of Georgia ... State authority shall be exercised within the framework established by the Constitution.” Therefore, the opinion according to which the Central Election Commission owns absolute discretionary power to define the boundaries of electoral districts is unreasonable, as long as human rights and constitutional principles shall be the circumstances, which define the goals and the scope of discretionary authority. Not considering the abovementioned creates the threat of either exaggeration or unreasonable application of discretionary power. Discretionary power implies choosing the most acceptable legal consequence out of several options defined by the legislature in order to regulate a particular situation. Discretionary power is a legally limited freedom. Application of discretionary power always implies argumentation of a consequence of a decision, according to which whether the correct decision is made could be identified. Accordingly, a legal consequence achieved by applying discretionary power should be based on particular legal grounds.”<sup>23</sup>

In the same dissenting opinion the following is stated: “As demonstrated, the organic law does not provide the

normative information either on the purpose and periodicity of specifying boundaries of electoral districts, or the related terms binding the Central Election Commission, i.e., whether the risk of unhealthy manipulation performed by the Central Election Commission for identifying boundaries of electoral districts exists. Considering the abovementioned, the following question arises: For what purpose may an objective observer exclude the possibility of political expedience from a change/specification of electoral districts for 4-5 months before each subsequent election, or how could he/she believe in the necessity of change, if executed? In order to exclude all the possible legitimate doubts as to whether the Central Election Commission applies its authority for the manipulations, it is necessary that the legislature clearly defines what concrete criteria should the Central Election Commission apply in the process of defining electoral geography. The law should not empower electoral administration with the authority to identify/change boundaries within a very short period before the elections, except for particular cases, when change of boundaries is stipulated by the need of filling the technical gaps or/and is indispensable to ensure the expression of voters’ will. It should be considered here that under the organic law only the definition of equality of votes and adjacency do not provide the opportunity to exclude risks of manipulations, when definition/change of boundaries of electoral districts is performed shortly before the elections. Considering the aforementioned, the normative content of paragraph 5 of Article 110, which empowers the Central Election Commission to create/change geography/boundaries of majoritarian electoral districts under the unforeseeable criteria, creates the possibility of unconstitutional application of discretionary power assigned thereto; therefore, it is unconstitutional. Hence, we would like to indicate repeatedly that presumption of constitutionality of electoral districts established by the Central Election Commission does not become suspicious due to the abovementioned. It is true that there is a presumption that the Central Election Commission will not abuse broad discretionary authority provided under the organic law. However, the fact that the organic law does not explicitly indicate the criteria that are significant for the Central Election Commission in the process of identification of districts creates the threat of unconstitutional action. Simultaneously, considering that indication of the mentioned issue in the organic law requires legislative amendments, in our opinion, definition of reasonably sufficient timeframe for the execution of the judgment is necessary. The period before 31 January 2017 is considered as the objectively sufficient timeframe.”<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Id, II-38.

<sup>23</sup> Judgment of the Constitutional Court of Georgia no. 3/3/763, dated 20 July 2016, reasoning of the opinion of judges – Giorgi Papuashvili, Konstantine Vardzelashvili, Ketevan Eremadze, Maia Kopaleishvili, II-59.

<sup>24</sup> Judgment of the Constitutional Court of Georgia no. 3/3/763, dated 20 July 2016, reasoning of the opinion of judges – Giorgi Papuashvili, Konstantine Vardzelashvili, Ketevan Eremadze, Maia Kopaleishvili, II-69-72.

In another dissenting opinion, which supported the recognition of the constitutionality of the provision in this part, it is stated that “limitations on the discretionary power of the Central Election Commission, placed by the Parliament of Georgia by defining various criteria, may not be the factor that stipulates the constitutionality or unconstitutionality of the act adopted by the Central Election Commission or/ and may not be the relevant argument in order to prove the mentioned. The normative act adopted by any of the state agencies are subordinated to constitutional review of the Constitutional Court despite the fact whether it is in compliance with the law or not. As already mentioned, the impugned provision defines the obligation of the Central Election Commission to protect the principles of equality of votes, not to create electoral district in non-adjacent local electoral districts and protect international standards. The claimant does not indicate that defending any of the mentioned demands will naturally cause violation of the Constitution by the Central Election Commission. Obviously, by protecting the said three requirements, there is a possibility for the Central Election Commission to define electoral geography within the constitutional framework. Accordingly, the law does not stipulate the obligation of the Central Election Commission to act against the Constitution. Therefore, under these conditions, when there is no doubt about the compliance of delegation of authority to the Central Election Commission on the basis of the impugned provision, the mentioned provisions do not violate the Constitution. If any of the decisions of the Central Election Commission becomes a source of violation of the Constitution, made either beyond the framework of the obligation defined by the law, or with the violation of authority, the issue should be assessed within the framework of the dispute with regard to the constitutionality of the act issued by the Central Election Commission.<sup>25</sup>”

## 6. Conclusion

As the case law of the Constitutional Court of Georgia demonstrates, in the process of review of the issue of constitutionality of electoral provisions, the Court will be guided by internationally recognised standards as well as by the standards established by the Court itself. The Constitutional Court of Georgia continues to make judgments, which will support democracy, sustainability of democratic institutions and establishment of consolidated democracy.

<sup>25</sup> Judgment of the Constitutional Court of Georgia no. 3/3/763, dated 20 July 2016, reasoning of the opinion of judges – Zaza Tavadze, Otar Sitchinava, Lali Papiashvili, Tamaz Tsabutashvili, II-86.



# The Supreme Court's Practice on Deciding upon the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards since 2003

## I. Introduction

*The present article reviews the scope of court intervention in deciding upon the recognition and enforcement of foreign arbitral awards. The article also reviews which standards of intervention are given preference by the Supreme Court of Georgia, based on the tendency revealed in its rulings. Furthermore, the article provides the analysis of the legislation applied when rendering a decision and the appropriateness and accuracy of their application with the examples of important rulings rendered since 2003. The article consists of an introduction, three chapters and a conclusion. The first chapter discusses the standards of the scope of court intervention in arbitration proceedings. The second chapter addresses a brief overview of Georgian arbitral legislation, while the third chapter analyses the Supreme Court's practice.*

## II. The Standards of the Scope of Court Intervention in Arbitration Proceedings

International arbitration has long been used as a means of alternative dispute resolution. The role and importance of arbitration, as an alternative means of dispute settlement between the parties, is gradually increasing. "It will not be an exaggeration to say that today the primacy of alternative arbitral awards regulating the disputes and disagreements arising out of private international relations (and not only from those relations) over national court decisions is widely recognised. It is especially noticed in the sphere of international economic relations, when one party does not trust the other party's proceeding."<sup>2</sup> Participants of private law relations always come to the agreement that state's involvement in their relation, even if this involvement is most favourable, may not entail such a result as the alternative means of regulation, in light of the resolution of a dispute existing between them.

We may name a number of advantages of arbitration over court proceedings. Some of the advantages are as follows: the ability of the parties to maximally adjust dispute settlement procedure to their needs and interests; selection of arbitrators based on the parties' free will, arbitrator's qualification, and the peculiarities of the subject of

a dispute; flexibility, efficiency and speed of the process; impermissibility to appeal arbitral awards, and so on.<sup>3</sup> The latter is supported by the principle of finality of the arbitral decisions, which represents the cornerstone and the most important value of the concept of arbitration, making the procedure of dispute settlement even more attractive and favourable.<sup>4</sup>

However, under certain circumstances, the principle of finality may not be fully ensured, which may give rise to a risk of setting aside an arbitral award or denial to recognise or enforce the mentioned award. The risk may arise when the recognition or enforcement of an arbitral award threatens public order. Inadmissibility of violation of the latter, on its part, protects a country's legitimate interests and strengthening of law and order.<sup>5</sup> Accordingly, while settling arbitral disputes, in many cases the two most important principles can be at stake; ignoring either may result in the infringement of fundamental interests of a private person or the state.

Therefore, the issue as to which one of them should be prioritised in certain cases, in order to keep the balance between the protection of these two fundamental interests and not infringe the interest of either the disputing party or the recognising-enforcing state, or not to negatively affect the credibility and effectiveness of the institution of arbitration, remains urgent and problematic. Due to the complexity and intricacy of the issue, it is logical that different countries' legislations and even the courts within the same jurisdiction have different approaches towards this issue, which causes non-uniformity and distinctiveness of judicial practice.<sup>6</sup> The scope of reviewing arbitral awards by the court is as follows: a) a minimum standard; b) the maximum standard; and c) contextual (substantial) standard.<sup>7</sup> The courts that follow the minimum standard of intervention examine and explore the facts, with the influence of which the arbitral award was rendered.<sup>8</sup>

The use of the maximum standard of intervention with respect to arbitration proceedings can be defined as the overall review of the factual circumstances of evidences examined by the arbitral tribunals as well as the review of the laws applied.<sup>9</sup> The main reason for the use of this

<sup>1</sup> Lawyer specialising in administrative and civil law.

<sup>2</sup> Tengiz Liluashvili, "Private International law", Tbilisi, 2012, p. 167.

<sup>3</sup> Giorgi Tsertsvadze, "International Arbitration", Tbilisi, 2012, p. 23.

<sup>4</sup> Auf'mkolk, Hendrick, US Punitive Damages Award before German Courts – Time for a New Approach in: *Freilaw* 2010, Vol. 3, Issue 6, p. 4

<sup>5</sup> International arbitration rules and the national legislation provide that a person may be denied recognition and execution of an arbitral award, if the concerned award contradicts the public order of the recognising and executing state. New York Convention 1958, Article V(2)(b); UNCITRAL Model Law 2006, Article 36(1).

<sup>6</sup> William W. Park, *Why Courts Review Arbitral Awards*, 2001, p. 595.

<sup>7</sup> Sayed, Abdulhay, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Hague, p. 391-421.

<sup>8</sup> Harbst Ragnar, *Korruption und Andere Ordre Public-Verstöße als Einwände im Schiedsverfahren – Inwieweit Sind Staatliche Gerichte an Sachverhaltsfeststellungen des Schiedsgerichts Gebunden*, *Zeitschrift für Schiedsverfahren* 2007, Vol. 17, Issue 1, p. 26.

<sup>9</sup> Sayed, Abdulhay, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Hague, p. 24.

approach by the courts is the protection of core national interests and values, which are reflected in the public order. The first main approach with regard to the intervention in arbitration proceedings in light of maximum standard is that the evidences may be examined for the second time. The court has the freedom to re-examine the factual circumstances of evidences and re-evaluate not only the correctness of the application of a certain law, but also the correctness of its interpretation.<sup>10</sup> Secondly, the court may deem that the evidence that was available at the time of arbitration proceeding was not presented before the tribunal by the party to the dispute.<sup>11</sup> Thirdly, the court has the “full control” over the review of all the factual circumstances related to the application, even if they were rejected by the Tribunal.<sup>12</sup>

In order to keep the balance with respect to public order – for maintaining international arbitral awards, on one hand, and preventing corruption in international trade, on the other hand, the courts should be guided by the contextual standard when deciding upon the recognition/enforcement of arbitral awards. Contextual standard implies a two-stage method of reviewing arbitral awards.<sup>13</sup> The following factors should be considered at the first stage in order to determine whether it is necessary to apply the requirements of the second stage (the issue of legality or illegality of a decision is established at the second stage). Judge Sayed names the following factors:

- 1) Evidence for determining the legality or illegality of a decision;
- 2) How did the arbitrator reach the illegal decision;
- 3) Arbitrators’ level of competence; and
- 4) What did the arbitrators follow. Taking into account the caution, it will be determined if the award is rendered through deception of court or fraud, or with legally unjustified faith.<sup>14</sup>

### III. Brief Overview of Georgian Arbitration Legislation

The growing popularity of arbitration led to its regulation by the states not only at the international level, but also at the national level. The National legislation defines the level of importance and efficiency of the arbitration. In Georgia, Soviet-style arbitration system ceased to exist in 1997 as the Tbilisi Arbitration Court stopped functioning after the Law of Georgia “on Private Arbitration” entered into force on 17 April 1997. The foregoing law represented

an innovation in the country’s material legal sphere and also provided new opportunities for settling civil disputes through alternative methods, thus limiting the authority of the Court; the only civil dispute resolution organ until then. However, it contained many obscure and ambiguous provisions. It only regulated the arbitrations existing at the national level, and it was quite difficult to apply its norms with respect to international arbitration institutions. Development of this institution was not uniform in the country. The hardest period for the law was when it was used for settling tax-related disputes, which was later suspended causing great controversy, as it was associated with corruption and sectoral bias. Even though resolution of civil disputes through arbitral proceedings became quite popular, this process became very vicious and unprofessional, which is well known to everyone, and developed only at the national level. It could not be established as a neutral institution for dispute resolution, which could have been interesting in light of dispute settlement through this process, e.g., in the Caucasus region. Based on the above-mentioned, better regulation of this sphere became essential, because of which, on 1 January 2010, a new law of Georgia “on Arbitration” was enacted. For instance, recognition, enforcement and appealing of an arbitral award only becomes possible through filing a motion to the Appellate Court (in case of international arbitral awards – the Supreme Court of Georgia), only when the specific conditions prescribed by the law are met.<sup>15</sup>

### IV. Review of the Practice of the Supreme Court of Georgia on Deciding upon the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

Practice of the Supreme Court of Georgia on deciding upon the recognition and enforcement of foreign arbitral awards starts from 2003. The first such ruling in the practice of the Supreme Court of Georgia was rendered on 4 July 2003.<sup>16</sup> According to this case, an arbitral award was rendered by the court of arbitration under the Chamber of Commerce of Russian Federation. The Chamber of Civil, Industrial and Bankruptcy Cases of the Supreme Court of Georgia invoked Articles 62-63 of the law of Georgia “on Private International Law”, concerning the petition for legal assistance and granting of such petition; and Article 51 “b” of the Minsk Convention “on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters”, concerning the recognition and enforcement of awards. According to this article, on the terms and conditions contained in the Convention, each of the contracting states shall recognise and enforce judgements rendered in other contract-

<sup>10</sup> Ibid, pp. 407-408.

<sup>11</sup> Enonchong Nelson, *The Enforcement of Foreign Arbitral Awards Based on Illegal Contracts*, in: *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly* 2000, Vol.20, Issue 4, p. 514.

<sup>12</sup> Sayed, Abdulhay, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Hague, p. 408-409.

<sup>13</sup> Leong, Chong Yee, *Commentary on AJT v AJU*, Singapore International Arbitration Centre, p. 4.

<sup>14</sup> Sayed, Abdulhay, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Hague, p. 15.

<sup>15</sup> Nikoloz Pirskhelauri, *Dissertation: “The Problem of Harmonization of Georgian Arbitration Legislation with the EU Countries’ and International Legislation”*, 2015, pp. 47-51.

<sup>16</sup> Supreme Court of Georgia, no. 3a-102, 4 July 2003, *Collection of Civil Cases* no. 8, 2003, p. 213.

ing states: a) judgments rendered by institutions of justice in civil and family cases, including amicable settlements approved by the courts in such cases and notarial documents relating monetary obligations; and b) judgments rendered by the courts in criminal cases ordering compensation for damages. This provision clearly provides that the Court incorrectly cited paragraph “b” of the mentioned article, as the case concerns the arbitral proceeding on a civil dispute. Furthermore, the ruling states that the motion had to be granted on the basis of Article 69 of the Law “on Private International Law”, concerning decisions on marriage issues. The ruling clearly indicates that the disputed parties were two legal persons, which means that the foregoing ground is also used incorrectly, which is presumably a technical inaccuracy. The Court had to apply Article 68 of the same law, according to which it had to assess the issue of recognition of decisions of foreign countries.

It is noteworthy that Georgia joined the 1958 New York Convention “on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards” in 1994. Contracting states to the New York Convention should apply the rules of the convention when deciding upon the issue of recognition and enforcement of arbitral awards rendered in foreign states. However, the Supreme Court of Georgia for the first time referred to the convention in its ruling of 16 September 2005.<sup>17</sup> The motivational part of the ruling states that Article 5 (1) of the New York Convention contains the list of grounds, upon which an arbitral award is not recognised or enforced. The foregoing motion should be granted, since in this case there is not a single ground listed in the concerned article, which could be the basis for the refusal to recognise or enforce the arbitral award. In addition, as the resolute part of the ruling reveals, the Grand Chamber only applied Article 68 of the law on the “Private International Law” concerning the recognition of foreign arbitral awards. However, preference should be given to the New York Convention, as it is an international act, while the law on “Private International Law” is the law of Georgia. Pursuant to Article 7 of the Law of Georgia “on Normative Acts”, regulating the interrelation of normative acts, international agreements and treaties are placed above the laws of Georgia in the hierarchy of legislative acts of Georgia.

It is noteworthy that the Chamber of Civil, Industrial and Bankruptcy Cases of the Supreme Court of Georgia did not refer to the New York Convention in its consecutive rulings until the ruling of 15 May 2009<sup>18</sup>. In its rulings rendered until this period, the Grand Chamber only applied the law of Georgia on “Private International Law” and the Minsk Convention “on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters”, which is a significant flaw. The New York Convention should have been used, con-

sidering that it represents an international act, which directly regulates the issue of recognition and enforcement of foreign arbitral awards. Accordingly, the Minsk Convention is used incorrectly when deciding upon the matters of recognition or enforcement of foreign arbitral awards. The summary of the last mentioned case is as follows: in its decision of 24 May 2007, the International Commercial Arbitration Court of the Chamber of Commerce of Russian Federation charged the Batumi City Hall with the payment of 61020 US dollars in favour of Ltd “Industrial-commercial Firm Megalux”. The Court further ordered the payment of 7592 US dollars to compensate the arbitration costs paid by the claimant. The representative of the Batumi City Hall thought that the motion filed by the Ltd “Industrial-commercial Firm Megalux” should not have been granted on the basis of subparagraphs “b” and “d” of Article 68 (2) of the Law of Georgia on “Private International Law”, and subparagraph “a” of Article 5 (2) of the New York Convention “on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”. Pursuant to subparagraphs “b” of Article 68 (2) of the Law of Georgia on “Private International Law”, a decision shall not be recognised if a party was not notified of the summons by way of delivering the writ of summons under the law of a country adopting the decision or other procedural violations have occurred. While pursuant to subparagraphs “d” of the same article, a decision shall not be recognised if the foreign court that adopted the decision is not considered as competent under the legislation of Georgia. The above-mentioned ruling is important inasmuch as it is the first of its kind in which the Supreme Court of Georgia specifies the scope of court intervention in deciding upon the recognition and enforcement of foreign arbitral awards. Therein, the Court points out, “the Supreme Court of Georgia is not authorised to examine the legality and validity of foreign arbitral awards”. The Grand Chamber also notes that pursuant to Article 3 of the New York Convention “on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, each Contracting State shall recognise arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon. According to subparagraph “b” of Article 5 (1) of the same Convention, “recognition and enforcement of the award may be refused if the party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case.” Reasoning presented in the ruling makes it clear that the Supreme Court of Georgia does not re-examine the possible mistakes made during the arbitral proceedings. The Grand Chamber appears to only rely upon the existing factual circumstances (evidences in a material form) and not examine any additional circumstances that may affect the grounds of the rendered arbitral award. The practice of the Supreme Court of Georgia clearly demonstrates that the

<sup>17</sup> Supreme Court of Georgia, no. a-2156-sh-63-05, 16 September 2005, Collection of “Civil Process” no. 6, 2005, p. 74.

<sup>18</sup> Supreme Court of Georgia, no. a-471-sh-21-09, 15 May 2009, Collection of “Foreign Court Decisions”, no. 8, 2009, p. 74.

Grand Chamber applies the minimum standard of court intervention when deciding upon the issue of recognition and enforcement of foreign arbitral awards.

The ruling of 6 May 2009<sup>19</sup> is also interesting as it is the first ruling of the Chamber of Cassation of the Supreme Court, according to which the motion on similar cases was not granted. The mentioned chamber did not recognise the decision rendered by the International Commercial Arbitration Court of the Ukrainian Chamber of Commerce, stating that the decision indicated in the motion contradicted the fundamental legal principles of Georgia. In particular, the applicant demanded the enforcement of the decision rendered against the director of a legal person and not the legal person itself. Pursuant to Article 24 (1) of the Civil Code of Georgia, a legal person is an organised entity created to accomplish a certain purpose that owns property, independently liable with its own property, acquires rights and duties in its own name, enters into transactions, and can sue or be sued. Thus, according to the mentioned norm, a legal person enters into transactions in its own name and liable with its own property for the obligations created as a result of this transaction before the creditor in such a way that the personal liability before this creditor is not imposed upon the representative of the concerned entity. The resolute part states that the Supreme Court relied upon Article 64 of the "Private International Law", which provides that legal assistance shall not be provided if granting of a petition contradicts the basic legal principles of Georgia. However, in this case it is noteworthy as to why the concerned chamber considers the issue of deciding upon the recognition and enforcement of an award to represent legal assistance. Recognition/enforcement should not be considered as legal assistance, because it does not represent any circumstance assisting in decision-making. In this case, the Chamber of Cassation should have applied subparagraph "b" of Article 68 (2) of the Law of Georgia on "Private International Law", according to which arbitral award shall not be recognised if it contradicts the basic legal principles of Georgia.

The ruling of 31 January 2011, rendered by the Chamber of Civil Cases of the Supreme Court of Georgia, should also be discussed.<sup>20</sup> This is the first ruling which refers to the Law of Georgia "on Arbitration", which was enacted on 1 January 2010. In its prior rulings, the Chamber of Cassation only referred to the Law of Georgia on "Private International Law" and the Minsk Convention. It is surprising that when the Law "on Arbitration" is in place precisely regulating the issue of recognition or enforcement of foreign arbitral awards, and when Georgia is a party to the New York Convention since 1994, the Court of Cassation invokes the law "on Private International Law" and the Minsk

Convention. This, of course, indicates a huge shortcoming of the judicial practice. In the motivational part of the foregoing ruling, the Chamber of Cassation also refers to the New York Convention, but the resolute part states that the Supreme Court of Georgia relied upon Article 68 of the Law on "Private International Law" while making a decision. The fact that the motivational part of the ruling provides the reasoning on the basis of the New York Convention and the law of Georgia "on Arbitration", while the resolute part of the ruling incorrectly states that the Court was guided by the Law on "Private International Law". This will clearly lead to the vicious practice of the Court with respect to the recognition or enforcement of foreign arbitral awards. Only two rulings of the Supreme Court of Georgia, viz., the ruling of 24 February 2012<sup>21</sup> and the ruling of 14 February 2012<sup>22</sup>, refer to Article 73<sup>1</sup> of the Law of Georgia on "Private International Law", pursuant to which arbitration decisions adopted outside the territory of Georgia shall be recognised and executed under the procedure established by the Law of Georgia on Arbitration. Even though the mentioned provision has been in force from 1 January 2010, the Chamber of Cassation had been invoking the Law of Georgia on "Private International Law" in its decisions adopted before and after the above-mentioned rulings, which clearly indicates the great inexperience and the lack of professionalism with respect to this field. The Ruling of 24 February 2012 is also noteworthy due to the fact that the Court of Cassation specifies the scope of court intervention in arbitral proceedings and indicates that "the court may not address the merits of the case". This once again proves that the Supreme Court of Georgia applies the minimal standard of court intervention when deciding upon the issues of recognition and enforcement of foreign arbitral awards. The latter is to be highly respected for the protection of the principle of finality of international arbitration awards. Although many aspects of the principle of finality of arbitral award are respected, and therefore the foregoing principle has many advantages, it is not disputed that the minimum standard of intervention denies other fundamental principles of public order, for instance, contracts concluded as a result of corrupt deals contradict public order.

## V. Conclusion

Overview and study of the practice of the Supreme Court of Georgia with respect to the decisions on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards demonstrated that the Court of Cassation applies the minimum standard of court intervention, i.e., studies and examines only the facts that have influenced the award, which is less

<sup>19</sup> Supreme Court of Georgia, no. a-309-sh-17-09, 6 April 2009, Collection of "Foreign Court Decisions", no. 8, 2009, p. 91.

<sup>20</sup> Supreme Court of Georgia, no. a-2652-sh-72-2010, 31 January 2011, Collection of "Foreign Court Decisions", no. 3, 2012, p. 85.

<sup>21</sup> Supreme Court of Georgia, no. v-56-sh-5-2012, 24 February 2012, Collection of "Foreign Court Decisions", no. 3, 2012, p. 89.

<sup>22</sup> Supreme Court of Georgia, no. a-562-sh-13-2012, 14 February 2012, Collection of "Foreign Court Decisions", no. 3, 2012, p. 108.

effective even for the reduction of obstacles caused by corruption in international arbitration.

Another problematic issue is the fact that despite the accession of Georgia to the New York Convention of 1994, the Chamber of Cassation only uses the Law on "Private International Law" and the Minsk Convention. The New York Convention, which precisely regulates the issue of recognition or enforcement of foreign arbitral awards, was only invoked in several rulings. Furthermore, another problematic issue is the fact that even though the Law of Georgia "on Arbitration" entered into force on 1 January, 2010, the Chamber of Cassation had only invoked the mentioned law in two of its rulings since its adoption, while still applying the law on "Private International Law" and the Minsk Convention in its other rulings.

After studying the practice of the Supreme Court of Georgia on the foregoing topic, it became clear that the judicial practice is not uniform in this respect. Even though the Georgian arbitration legislation is being improved and trying to adopt the approaches of arbitration law existing at the international and national level, it is a fact that there still are many problems with respect to the recognition or enforcement of foreign arbitral awards.

There is no question that the role and importance of arbitration, as the alternative mechanism for the resolution of private disputes, is increasing in contemporary trade and economic relations. That is why it is essential to adopt a uniform and reliable judicial practice, so that a party, when requesting recognition or enforcement of a foreign arbitral award, has a guarantee that the issue of recognition or enforcement of an arbitral decision is reviewed in accordance with international arbitration rules and standards.

# Analysis of Georgian Judicial Practice on the Grounds and Scope of Compensation of Damages Incurred by the Death of a Breadwinner

## I. Introduction

The present paper provides an overview of the uniform Georgian judicial practice, from 2001 to date, on liability for damages in the event of a victim's death, as envisaged by Article 1006 of the Civil Code of Georgia (hereinafter referred to as – "CCoG"). Since the issue concerns the law applicable to non-contractual obligations in general, it is reasonable to outline the relation between the general torts established under Article 992 of the CCoG and the torts arising as a result of victim's death, as established under Article 1006 of the same Code, in order to demonstrate specific peculiarities of Article 1006.

In addition, in terms of teleological interpretation of Article 1006 of the CCoG, it is important to establish the legal effects of infringement of tort liabilities arising as a result of the death of a breadwinner as it determines the scope of specific requirements. Therefore, we have to study the uniform tendencies of Georgian judicial practice, which emphasises that compensation for non-pecuniary damages incurred after death is impermissible. However, in 2015, judicial practice revealed a radically different approach when non-pecuniary damages incurred as a result of a relative's death was compensated. Thus, on one hand, it is interesting to analyse preventive court decisions concerning the grounds for compensation of damages incurred as a result of death and, on the other hand, to study the Supreme Court decision of 2015, which was based upon a position different from the uniform judicial practice.

## II. General Grounds for Tort Liabilities

Tort liabilities arise due to violation of absolute (tangible or intangible) rights. Therefore, torts have a non-contractual character.<sup>2</sup> A relation arising as a result of damage is a protective obligation<sup>3</sup>, which is ensured with the

prohibitive norms to prevent damage to another person's property (property damages).<sup>4</sup> The law is the ground that gives rise to this obligation. Accordingly, instances of violating absolute rights (tort liabilities) are considered statutory obligations.<sup>5</sup> That is why a sanction is considered as a response to the violation of an absolute right in a non-contractual relation, which aims to restore impaired relation, i.e., implements the function stimulating liability.<sup>6</sup>

Thus, in this case, the law provides a *clausula* instead of the general provisions of tort, which turns the infringement of absolute rights into a ground for a tort claim for damages.<sup>7</sup> Generally, in order to impose a civil liability upon a person for the incurred damages, as stipulated under Article 992 of the CCoG, cumulative existence of the damage, unlawful action, causation and guilt is essential.<sup>8</sup> A combination of given conditions creates a legal composition in the form of "general torts".<sup>9</sup>

## III. Structure of Article 1006 of the CCoG

The legislature picked out the special case of liability for damages in the event of the breadwinner's death because of its peculiarities and dedicated Article 1006 of the CCoG to it. Article 1006 consists of two paragraphs. Under paragraph one, if a breadwinner dies, the tortfeasor shall compensate the harm by paying an annuity to the breadwinner's dependents to the extent the breadwinner would have been obligated to provide maintenance. While under paragraph two of the same article, the victim may demand lump-sum compensation instead of an annuity if there is a valid reason for doing so.

After becoming familiar with the uniform judicial practice of Georgia, it has been determined that cumulative existence of certain preconditions is essential for the application of paragraph 1 of Article 1006. These preconditions are as follows: a) deprivation of life of the victim (death); B) illegal and culpable action of the offender; C) a causal link between the damage and the offender's actions; D) existence of the dependent who was provided with main-

экономических системах" Секция 3-1. Актуальные проблемы в сфере международного, конституционного и гражданского права, Минск, 2008, 336.

<sup>4</sup> Е. В. Рузанова, Понятие обязательства вследствие причинения вреда, Вестник СамГУ, no. 5.2 (45), 2006, p. 112.

<sup>5</sup> See J. Joussen, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, Stuttgart, W. Kohlhammer GmbH Stuttgart, 2008, 17, 50; See also E. Schmidt, *Das Schuldverhältnis, Eine systematische Darstellung des Allgemeinen Schuldrechts*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2004, 23-24.

<sup>6</sup> See B. Zoidze, *Property Liability for the Breach of Obligations*, Tbilisi, 1989, pp. 38-39.

<sup>7</sup> H. Koenig, History of the Notion of "Right", preface by Prof. T. Ninidze, "Law Journal", no. 1, 2011, pp. 242-243.

<sup>8</sup> See K. Iaichkov, *Obligations Arising from the Damage Caused* (Translated by G. Dolidze), Tbilisi, 1947, 7; See R. Schmidt, *Schuldrecht Besonderer Teil II – Gesetzliche Schuldverhältnis*, 4. Auflage, Grasberg bei Bremen, 2006, 203.

<sup>9</sup> See Sh. Chikvashvili, *Torts under Civil Law*, a jubilee collection dedicated to the 80th anniversary of the TSU Faculty of Law: "Actual Problems of State and Law", Tbilisi, 2003, p. 184.

<sup>1</sup> Doctor of Law; guest lecturer at Tbilisi State University; Associate Professor at the European University, and David Agmashenebeli University of Georgia (DAUG).

<sup>2</sup> See Sh. Chikvashvili, *Torts under Civil Law*, a jubilee collection dedicated to the 80th anniversary of the TSU Faculty of Law: "Actual Problems of State and Law", Tbilisi, 2003, pp. 181-183.

<sup>3</sup> Ж. В. Маркушевская, Деликтная ответственность и деликтные обязательства, В кн: „Управление в социальных и экономических системах“, XVII Международная научно-практическая конференция „Управление в социальных и

tenance by the victim; and E) determination of whether the obligation to pay an annuity is still applicable.<sup>10</sup>

### 1. Infringement of Victim's Right to Life, i.e., the Absolute Right

Life is the ultimate legal good.<sup>11</sup> The right to life is an absolute right, since it is opposed to the obligation of not one particular person, but all the third parties to refrain from infringing the said right.<sup>12</sup> Violation of this right gives rise to the tort liabilities as provided under Article 1006 of the CCoG.<sup>13</sup>

Under Article 992 of the CCoG, protection of life is highly important, since the requirements existing under Article 1006 of the CCoG also include preconditions envisaged by Article 992 of the CCoG.<sup>14</sup> In fact, intentional murder or negligent manslaughter<sup>15</sup> of another person might be punishable under Criminal Law. If it becomes clear that the damage incurred also contains elements of a crime, cumulative sanctions may be imposed, i.e., the wrongdoer may be subjected to civil as well as criminal liability. Life begins from the moment of the person's birth (first sentence of Article 11 [1] of the CCoG). Accordingly, under Article 11 (2) of the CCoG, the life and health of an embryo, if it is in the mother's womb<sup>16</sup>, may be infringed as a protected good, for instance, through an infectious disease.<sup>17</sup>

As regards death, under the law, the moment of death shall be the moment the brain ceases to function, while the death of a victim represents the ground for the termination of a natural person's capacity of rights (Article 11 [3] of the CCoG).

### 2. Unlawful and Culpable Act of the Wrongdoer

With respect to one of the cases,<sup>18</sup> the Supreme Court of Georgia emphasised that one of the essential preconditions for the application of Article 1006 of the CCoG is the wrongfulness and culpability of an action. Evaluation of wrongfulness of an action is carried out according to the general rule used for its determination (Article 992 of the CCoG). The action is deemed wrongful if a person, on one hand, infringes upon another person's rights, while not having the authority to do so, and, on the other hand, violates legal norms.<sup>19</sup> In legal sense, omission may also be regarded as performance. Accordingly, a positive performance (an action) as well as an omission may give rise to an obligation.<sup>20</sup>

As for the fault, common grounds for tort liabilities also apply to the fault defined under Article 1006 of the CCoG. According to the theory in place, consideration of requirements existing with relation to a civil transaction is the starting point of the notion of guilt. Currently, the Civil Code of Georgia is still based upon the principle of fault-based liability.<sup>21</sup> Thus, the definition of fault should include the reference to the existence of unlawfulness.<sup>22</sup> A person acts unlawfully, when he/she is aware of the unlawfulness of the act and either wants or does not want to cause damages to someone but still violates the obligations prescribed by law or by a contract, while neglecting the requirement for diligence and caution, that is essential for the participant of a civil transaction.<sup>23</sup> Thus, in the given case the person causing the damage may be acting intentionally or negligently.

Unfortunately, there was an occasion when determination of the wrongdoer's fault was not paid any attention, though it is impossible to oblige a person to pay annuity without the foregoing element. If the factual circumstances proving the culpability of the wrongdoer are not determined, a decision, made in relation to such a case, will be considered legally unfounded. Accordingly, when the decision is not sufficiently substantiated, it is one of the absolute grounds for the cancellation of such a decision (paragraph "e" of Article 394 of the CPCoG).<sup>24</sup>

<sup>10</sup> See Decision no. 3k/242 of the Supreme Court of Georgia, Chamber of Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases, dated 6 April 2001; Decision no. 3k-1218-01, dated 24 April 2002; Decision no. as-1333-1454-04, dated 18 January 2005; Decision no. as-14-466-05, dated 9 November 2006; Decision no. as-1337-1177-2010 of the Supreme Court of Georgia, Chamber of Civil Cases, dated 14 February 2011; Decision no. as-1156-1176-2011, dated 20 January 2012 and others.

<sup>11</sup> With reference to the legally recognised special human rights, see S. Werthwein, *Das Persönlichkeitsrecht im Privatrecht der VR China*, Berlin, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, 2009, 65-68, 165.

<sup>12</sup> Regarding the absolute rights, see O. Иоффе, *Советское гражданское право, общая часть; право собственности; общее учение об обязательствах*, Л., Изд. Ленинградского Ун-та, 1958, p. 75.

<sup>13</sup> With reference to tort liabilities arising as a result of infringement of absolute rights, see: E. Schmidt, *Das Schuldverhältnis, Eine Systematische Darstellung des Allgemeinen Schuldrechts*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2004, pp. 23-24.

<sup>14</sup> With reference to the claim for damages, see: H. Kötz, G. Wagner, *Deliktsrecht*, München, 2013, p. 146.

<sup>15</sup> See M. Fuchs, W. Pauker, *Delikts- und Schadenersatzrecht*, 8. Auflage, Heidelberg, 2012, p. 12.

<sup>16</sup> Article 992 of the CCoG should also be applicable in cases of damages incurred to the embryo, according to its extensive interpretation. I. Gelashvili, *Legal Status of Embryo*, Tbilisi, 2012, p. 38.

<sup>17</sup> See H. Ehmann, *Deliktsrecht mit Gefährdungshaftungsrecht*, Lehrbuch, München, 2013, pp. 52-53.

<sup>18</sup> Decision no. as-1156-1176-2011 of the Supreme Court of Georgia, Chamber of Civil Cases, dated 20 January 2012.

<sup>19</sup> With respect to the foregoing two aspects, see M. Hampel, *Das private Bauvertragsrecht im russischen Recht, Ein bewertender Vergleich zum deutschen Recht*, Frankfurt am Main, 2009, pp. 411-412.

<sup>20</sup> R. Schmidt, *Das Schuldrecht Besonderer Teil II – Gesetzliche Schuldverhältnis*, 1. Auflage, Grasberg bei Bremen, 2003, pp. 190-191.

<sup>21</sup> B. Zoidze, *Commentary to the Civil Code of Georgia* (edited by L. Chanturia) Tbilisi, 2001, pp. 370-371.

<sup>22</sup> Н. А. Романова, К вопросу о дефинициях вины в гражданском праве, в *Научный журнал КубГАУ*, no. 41 (7), 2008, 22.

<sup>23</sup> See K. Kochashvili, Fault, as the Precondition for Civil Liability, *"Law Journal"*, no. 1, 2009, pp. 88-89.

<sup>24</sup> Ruling no. as-1317-1549-05 of the Supreme Court of Georgia, Chamber of Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases, dated 25 April 2006.

### 3. Causation

Judicial practice of Georgia clearly shows that in order to subject a person to the liability envisaged by Article 1006 of the CCoG, existence of a causal connection between the unlawful action of the wrongdoer and the victim is essential.<sup>25</sup> Accordingly, in order for Article 1006 of the CCoG to be applicable, unlawful and culpable action of the wrongdoer should result in the victim's death. That is to say, precondition for bringing the claim for damages "in the form of death" exists when the breadwinner's death represents the adequate result of an unauthorised action.<sup>26</sup>

### 4. A Person Entitled to Receive the Payment of Damages

Recent<sup>27</sup>, as well as ten-year old<sup>28</sup>, Georgian court decisions provide that in order to satisfy the claim for damages, as prescribed under Article 1006 of the CCoG, it is essential to check who is entitled to receive such compensation.

Unlike Article 1006 of the CCoG, Articles 1121-1122 of the Civil Code are dedicated to the concerned issue in Azerbaijan. The abovementioned articles, on one hand, provide a list of persons authorised to receive compensation for damages, and, on the other hand, determine the amount of damages incurred as a result of a breadwinner's death.<sup>29</sup> Civil codes of Russian Federation and the Republic of Armenia regulate the concerned matter in almost the same manner.<sup>30</sup> As for Article 1006 of the CCoG, it has a general character since it does not list the persons entitled to receive compensation for damages. These persons are scattered across different norms of family and inheritance law. In this case, the right to receive the compensation for damages suffered by the breadwinner may be exercised, in the first place, by his/her heirs as well as persons who were the deceased person's dependents. Under the Civil Code of Georgia, this right may be exercised by individuals specifically entitled to do so by relevant articles of the family law; in particular:

- A) spouses and children (including adopted children/ illegitimate children), as well as lineal relatives<sup>31</sup>, and parents of the deceased;
- B) disabled persons, who were the victim's dependents;
- C) persons who, even though were not victim's dependents, had the right to receive the maintenance payments from him/her until his/her death; and
- D) victim's child who is born after the victim's death.<sup>32</sup>

Thus, Article 1006 of the CCoG is the exception from the general principle, under which only the victim is entitled to claim for damages, since the foregoing article confers the right to claim for damages upon persons close to the victim who have lost their breadwinner.<sup>33</sup> Annuity may include not only cash for expenses, but also management of common household, as well as care for children and guardianship.<sup>34</sup>

In the given case, the criterion for determining the amount of compensation for damages, as a monthly allowance, is the amount of salary, which was received by the victim before the injury to his/her health and which he/she would have received, if the circumstances giving rise to the duty to pay damages had not occurred. Article 408 (1) of the CCoG provides that a person who is liable to pay damages shall restore the state of affairs that would have existed if the circumstances giving rise to the duty to pay damages had not occurred. Under paragraph two of the same article, if, as a result of bodily injury or harm inflicted to the health of a person, his/her ability to work is lost or diminished, or if his/her needs increase, then the injured person shall be compensated for such damage by paying him/her a monthly allowance.

Accordingly, Article 1006 of the CCoG defines the right to receive annuity, while the person liable to pay the aforementioned annuity is the person who caused the damages or the person whose actions and resulting consequences are causally related to each other.<sup>35</sup> Thus, the judicial practice of Georgia clearly provides that the claim, which does not meet the abovementioned conditions stipulated under Article 1006 of the CCoG, is considered to be unfounded. This is even more clear if the victim did not have to provide maintenance to the claimant, since the latter was not dependent upon the victim at the time of his/her death, and, therefore, had no right to receive the allowance from him/her.<sup>36</sup>

<sup>25</sup> Decision no. as-1156-1176-2011 of the Supreme Court of Georgia, Chamber of Civil Cases, dated 20 January 2012; Decision no. as-100-96-2012, dated 12 March 2012; Decision no. as-1695-1589-2012, dated 4 February 2013; Decision no. as-113-108-2014, dated 1 May 2015; Decision no. as-889-839-2015, dated 26 November 2015, and so on.

<sup>26</sup> See Michael E. Zeising, *Der Nasciturus im Zivilverfahren*, Göttingen, 2004, p. 86.

<sup>27</sup> Decision no. as-no. as-942-900-2013 of the Supreme Court of Georgia, Chamber of Civil Cases, dated 16 December 2013; Decision no. as-889-839-2015, dated 26 November 2015.

<sup>28</sup> Decision no. as-1333-1454-04 of the Supreme Court of Georgia, Chamber of Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases, dated 18 January 2005; Decision no. as-14-466-05, dated 9 November 2006.

<sup>29</sup> Гражданский кодекс Азербайджанской Республики (утвержден Законом Азербайджанской Республики от 28 декабря 1999 года no. 779-IQ).

<sup>30</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (ГК РФ), ст. 1088-1089 и Гражданский кодекс республики Армения, ст. 1081-1082, 28 июля 1998, ЗР-239.

<sup>31</sup> See Jost-Detlef Drees, *Schadensberechnung bei Unfällen mit Todesfolge*, 2. Auflage, Karlsruhe, 1994, 7, 16.

<sup>32</sup> O. Macharashvili, *Torts under Private International Law*, Journal "Almanakhi", no. 15, 2000, 24.

<sup>33</sup> See Michael E. Zeising, *Der Nasciturus im Zivilverfahren*, Göttingen, 2004, 86.

<sup>34</sup> See Jost-Detlef Drees, *Schadensberechnung bei Unfällen mit Todesfolge*, 2. Auflage, Karlsruhe, 1994, 18.

<sup>35</sup> Decision (no. as-942-900-2013) of the Supreme Court of Georgia, Chamber of Civil Cases, dated 16 December 2013.

<sup>36</sup> Decision (no. as-as-469-783-05) of the Supreme Court of Georgia, Chamber of Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases, dated 25 May 2005.



## 5. Duration of Annuity Obligations

Overview of the Georgian Judicial practice revealed that according to the general rule regarding torts, the obligation to compensate the damages continues to exist even after the victim's death, as stipulated under Article 1006 of the CCoG. The question as to what is meant under the continuation of the existence of the foregoing obligation after the victim's death has a practical significance. Is it associated with the retirement age or does it have a permanent effect? Under the foregoing provision, in the event of the victim's death, the wrongdoer should compensate the damages incurred to the persons, who were provided with maintenance by the victim through payment of annuity. This obligation remains valid for the period during which the victim was supposed to pay annuity. Under Article 2 of Ordinance no. 53 of the Government of Georgia, dated 24 March 2007, on the "Compensation for Damages Incurred to the Health of an Employee While Performing Labour Duty", annuity, established in accordance with the requirements stipulated under Edict no. 48 of the President of Georgia, dated 9 February 1999, shall be paid by the employer or his successor, except for the case provided under paragraph 3 of this article. Under paragraph 3 of the said article, the annuity payment liability shall be terminated in the event of an employer's bankruptcy or liquidation.<sup>37</sup>

One of the cases from the Georgian judicial practice clearly provides that "the legislature does not indicate that the annuity payment liability is connected to the victim's retirement age, while reference to the appellant's disability is a matter of assessment." The invoked norm, "which protects the annuitant's interests, further stipulates that the liability to pay annuity should not be linked to the breadwinner's retirement age since, due to the state of health, a person's ability to earn an income is not lost upon reaching the retirement age, provided that he/she still has the capacity for it."<sup>38</sup>

At the same time, it is appropriate to emphasise that the establishment of an annuity for an indefinite period does not necessarily refer to the lifetime liability to pay annuity. If the court has not determined a specific period, during which the respondent is obliged to pay annuity to the entitled person, it has to be determined whether the plaintiff's conditions have changed in a way that the grounds for terminating the payment of annuity have emerged. The fact that the children of the relevant party have attained the

age of majority may not be deemed as one of the aforementioned grounds. Thus, when the plaintiff's conditions change, as he/she begins to work or gets married, this will be the ground for terminating the established annuity. Here, the respondent bears the burden of proof that there is a ground for terminating the payment of annuity. Accordingly, until proving the change in relevant grounds, the presumption of the annuity payment liability should stay operative.<sup>39</sup>

## 6. Legal Effects of Infringement

Under Article 1006 (1) of the CCoG, in the event of the victim's death, the wrongdoer should compensate the damages to those persons, who were the victim's dependents, through paying the annuity. Article 19 of the CCoG stipulates that it is not allowed to claim material compensation for moral damages for defamation of the name, honour, dignity or business reputation of a person after his/her death.<sup>40</sup> Accordingly, satisfaction of a claim on the payment for damages on the grounds of protection of victim's personal rights is excluded. In fact, as the Georgian judicial practice has shown, Article 1006 of the CCoG echoes the same idea since it only applies to the compensation for property damages.<sup>41</sup> In this case, compensation for damages was made through the payment of annuity. Accordingly, it includes the right to receive annuity, which is used in exchange for financial assistance.<sup>42</sup> The victim may request lump-sum compensation instead of an annuity, if there is a substantial basis for this (Article 1006 [2] of the CCoG). Such a basis could be the increased needs, which justifies lump-sum compensation, e.g., the purchase of a wheelchair or reconstruction of the house.<sup>43</sup>

## IV. The Teleological Interpretation of Article 1006 of the CCoG

### 1. The Purpose of Article 413 (1) of the CCoG

The foregoing research is closely related to Article 413 of the CCoG, which establishes the basis for compensation for non-pecuniary damages. Accordingly, Article 1006 of the CCoG may not go beyond the limits defined under Article 413 of the CCoG.

In 2001, the Supreme Court of Georgia, while reviewing one of the cases, paid attention to Article 413 of the

<sup>37</sup> See Decision no. as-1333-1454-04 of the Supreme Court of Georgia, Chamber of Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases, dated 18 January 2005; Decision as-14-466-05, dated 9 November 2006; Decision no. as-1525-1439-2012 of the Supreme Court of Georgia, Chamber of Civil Cases, dated 10 December 2012; Decision no. as-363-342-2014, dated 16 May 2014; Decision no. as-620-588-2014, dated 7 July 2014; Decision no. as-619-587-2014, dated 13 March 2015.

<sup>38</sup> Decision (no. as-942-900-2013) of the Supreme Court of Georgia, Chamber of Civil Cases, dated 16 December 2013.

<sup>39</sup> See Decision no. as-889-839-2015 of the Supreme Court of Georgia, Chamber of Civil Cases, dated 26 November 2015.

<sup>40</sup> See M. Bichia, Protection of Personal Life under Civil Law of Georgia, Tbilisi, "Bona Causa", 2012, 250.

<sup>41</sup> See Decision no. 3k-1218-01 of the Supreme Court of Georgia, Chamber of Civil Cases, dated 24 April 2002; Decision no. as-14-466-05, dated 9 November 2006; Decision no. as-100-96-2012, dated 12 March 2012 and others.

<sup>42</sup> See Michael E. Zeising, *Der Nasciturus im Zivilverfahren*, Göttingen, 2004, p. 86.

<sup>43</sup> R. Greger, *Haftungsrecht des Straßenverkehrs*, Handbuch und Kommentar, 4. Auflage, Berlin, 2007, 796.

CCoG and formulated few important positions. Some of those positions are as follows: with Article 413 of the CCoG, one may avoid the expansion of the scope of its application. Full compensation for damages undoubtedly refers to property damages only. In certain cases, non-property damages may indeed occur, however, if the law does not provide for its compensation, such damage will not be compensated. Under Article 413 (1) of the CCoG, monetary compensation for non-property damages may be claimed only in the cases precisely prescribed by law.<sup>44</sup> The aforementioned law may refer to the Civil Code of Georgia as well as normative acts having private or public nature, i.e., the foregoing provision excludes the possibility for the satisfaction of a claim regarding the compensation for non-property damages, if this is not directly prescribed by the law. Thus, if a relevant law refers to the payment for damages and does not directly mention the compensation for non-property damages, this means that it only considers the property damage.<sup>45</sup>

Since then, the judicial practice had further developed and, in 2002, the Supreme Court of Georgia, while reviewing one of the cases, stressed that the Civil Code of Georgia provides for compensation for non-property (moral) damages for a variety of cases, including bodily injury or harm inflicted to a person's health, but not in cases of deprivation of life. In addition, in case of tort or contractual relations (especially in case of the death of a person), non-property damage may actually occur. However, if the law does not provide for the compensation of such damage, it will not be compensated. In case of the victim's death, only material damages should be compensated (Article 1006 of the CCoG). In addition, it was defined that non-property damage is the damage caused as a result of the violation of personal rights, and, accordingly, the right to claim compensation for such damages may only be exercised by the person having such rights and not by any other person. Demand for the material compensation for non-property damages is impermissible after death. This concept is based upon the rule established by Article 19 of the CCoG, under which personal non-property rights may also be exercised by a person who, although is not the bearer of the name or the right to personal dignity himself/herself, nevertheless has an interest deserving protection. He/she may exercise the right to demand such protection of his/her name and dignity, which determines the essence of the person and survives his/her death. However, after death, demand of material compensation for moral damages for the protection of personal rights is not allowed. In the given case,

<sup>44</sup> Decision (no. 3k/242) of the Supreme Court of Georgia, Chamber of Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases, dated 6 April 2001.

<sup>45</sup> See M. Tsiskadze, *The Problem of Compensation for Non-Property Damages Resulted from the Bodily Injury Under Georgian Legislation*, Journal "Justice and Law", no. 2, 2008, 17.

compensation for material damages may as well include funeral costs.<sup>46</sup>

There were cases when the courts of first and following instances satisfied the demand for the compensation for non-property damages after the death of a victim. However, the court of cassation changed such a decision and stressed that only material damages could be compensated in those cases.<sup>47</sup>

Thus, non-property damages resulting from the deprivation of life of a spouse, child or other relative, will not be compensated, since it is not directly envisaged by the legislation in force. However, if the victim applied to the court and demanded the compensation for non-pecuniary damages, but he/she died before the court could make a decision, in this case, monetary compensation for the non-property damages will be considered as a part of the inheritance.<sup>48</sup> After the death of a victim, exclusion of non-property damages somehow opposes the principle that the protection of human dignity extends to the body as well as the memory of the deceased.<sup>49</sup> It should also be determined which forms of protection can be used under private law in order to ensure the protection of the personal rights of a person after his/her death.

If a relative was present when the damage, which caused physical and moral suffering, was inflicted on the victim, the former should have the right to demand compensation for non-property damages independently from the victim. The degree of the relative's moral suffering is often much higher than the victim's.<sup>50</sup> In the given case, the interested person himself/herself becomes the independent subject of the right to demand compensation for non-property damages. Interested persons may be the heirs of the deceased, because upon receiving the inheritance, property rights and obligations are also transferred to them, implementation of which is partially dependent upon the circumstances that existed at the time of death. Furthermore, such interested persons

<sup>46</sup> Decision (no. 3k-1218-01) of the Supreme Court of Georgia, Chamber of Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases, dated 24 April 2002.

<sup>47</sup> See Decision no. 3k-1218-01 of the Supreme Court of Georgia, Chamber of Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases, dated 24 April 2002; Decision no. as-850-1064-08, dated 27 April 2009; decision (no. as-113-108-2014) of the Supreme Court of Georgia, Chamber of Civil Cases, dated 1 May 2015.

<sup>48</sup> See Commentary to Article 19 of the CCoG by Ninidze, Commentary to the Civil Code of Georgia, Book 2, Tbilisi, 2002, 81; Decision (no. as-14-1466-05) of the Supreme Court of Georgia, Chamber of Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases, dated 9 November 2006; Decision (no. 3k-1218-01) of the Supreme Court of Georgia, Chamber of Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases, dated 24 April 2002. See also M. Tsiskaridze, *The Problem of Compensation for Non-Property Damages Resulted from the Bodily Injury Under Georgian Legislation*, Journal "Justice and Law", no. 2, 2008, pp. 19-20.

<sup>49</sup> St. Schweers, *Die vermögenswerten und ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod des Trägers* (Dissertation), Köln, 2006, 172-174.

<sup>50</sup> See N. Barabadze, *Persons Entitled to Pay Compensation for Non-Property (Moral) Damages*, Journal "An Individual and Constitution", no. 2, 2006, p. 101.

should also be considered to be the first and second-degree relatives of the deceased, who are entitled to independently apply to the court and claim compensation for moral damages suffered personally by them. However, if the deceased person does not have any relatives, family members or heirs, his/her friend may protect his/her dignity.<sup>51</sup>

As for the protection of personal non-property rights of the deceased person, it is recommended to apply forms of protection of rights under private law, such as retraction, demand to cease or refrain from an action, etc.<sup>52</sup>

As the overviewed judicial practice has demonstrated, the legislature aims to limit the substantiated expansion of Article 413 of the CCoG in order to ensure stability and order of civil transactions.<sup>53</sup>

## 2. The Latest Non-Uniform Court Decision and Correct Understanding of Article 413 (2) of the CCoG

The latest unprecedented decision of the Supreme Court of Georgia is important. On one hand, it determines the possibility for a relative to claim compensation for non-property damages after the victim's death because of the bodily injury suffered by the deceased person. On the other hand, it demonstrates an approach that is different from the judicial practice existed until 2015. Thus, it is interesting to underline the fundamental basis of this case.

**Summary of the case:** On 12 July 2013, at 10:20 am, the airline T was supposed to transport the body of K.A.'s child – M.N., from the Russian Federation to Georgia, through the connecting flight to Istanbul. However, on 13 July, at 10:20 pm, the airline T's plane did not bring M.N.'s body from Istanbul to Tbilisi, as the body was mistakenly sent to South Korea. The respondent transported M.N.'s body to Georgia on 14 July 2013, at 17:20 am, because of which, the plaintiff was deprived of the opportunity to give a proper burial to his/her child even on 14 July 2013.

The disputed legal relation went beyond the scope of a typical civil relation regarding transportation, and, due to its specificity, required particular diligence from the parties, which, in the given case, was violated by the respondent. It was determined that mother of the deceased suffered severe mental stress as her child's body was not transported by the agreed time, and she was not provided with the relevant information on time. These circumstances deeply affected her mental and emotional state. The body of the deceased person was in a bad condition be-

cause of its transportation over a long-distance, because of which his/her mother was not given the opportunity to see him/her, or to give him/her a proper burial, all of which greatly damaged her health. The case does not contain any evidence that would prove that the airlines provided the plaintiff with psychological and moral assistance because of the incident that occurred.

**Court assessments:** In the Court of Cassation's view, under Article 413 (2) of the CCoG, negative impact upon a person's mental and spiritual state is a characteristic of moral damages caused by the harm inflicted to a person's health, which is reflected in the physical and moral suffering.

The Court took into account the views established in Georgia regarding the proper burial of a deceased, as well as the spiritual pain suffered by the mother upon seeing her deceased child's body for the first time. Thus, the Court concluded that the failure to promptly notify the relative about the whereabouts of the deceased person's body, as well as the reasons for the absence of the concerned body on a specific flight, allows for the possibility to make the presumption that, due to the negative factors resulted from the breach of obligation on the part of the airlines in question, the plaintiff's health was harmed in such a way that it caused her mental anguish and strong emotional stress. The Court further explained that because of the plaintiff's severe mental and spiritual suffering, it had made a presumption of a fact, which does not need proving, while the burden to extinguish the presumption lies upon the party against whom the foregoing presumption was made (for whom it has an unfavourable effect). The respondent had not presented such evidence. Correspondingly, it is assumed that this presumption is correct. Thus, the facts that are deemed to be established (breach of obligation on the part of the respondent, the damage caused, and a causal connection between the respondent's actions and the damage caused) provide for the possibility to claim compensation for non-property damages, as envisaged under Article 413 of the CCoG.<sup>54</sup>

**Analysis of the decision:** A person's health is the complete state of his/her physical and mental wellbeing and its infringement may cause the violation of the wellbeing of a person. The right to health is an absolute right, which entails the obligation of others to refrain from its violation.<sup>55</sup> The infliction of harm to health is a legal fact, which gives rise to legal consequences, including the obligation to compensate damages.<sup>56</sup> In the event of a bodily injury or harm inflicted to the health of a person, the injured person shall have the right to claim

<sup>51</sup> See Sh. Chikvashvili, Liability for Non-Property (Moral) Damages, Tbilisi, 2003, 132-133, 161.

<sup>52</sup> See M. Bichia, Protection of Private Life under Civil law of Georgia, Tbilisi, 2012, pp. 254-255.

<sup>53</sup> With reference to this statement, see decision (no. as-1156-1176-2011) of the Supreme Court of Georgia, Chamber of Civil Cases, dated 20 January 2012.

<sup>54</sup> Decision no. as-979-940-2014 of the Supreme Court of Georgia, Chamber of Civil Cases, dated 10 September 2015.

<sup>55</sup> See Sh. Chikvashvili, Liability for Non-Property (Moral) Damages, Tbilisi, 2003, pp. 125-126.

<sup>56</sup> В. Т. Смирнов, Гражданская ответственность государственных предприятий за причинение увечья или смерти работникам, М., 1957, 111.

compensation for property (Article 408 of the CCoG) as well as non-property damages (Article 413 of the CCoG). However, if, as a result of harm inflicted to the health of a person, his/her ability to work is lost or diminished, or his/her needs increase, then the injured person may claim compensation for property damages as provided by Article 408 (2) of the CCoG. In addition, an individual, whose actions entailed injury to the body, as well as the spirit of another individual, leading to psychological trauma, neurosis and other negative results, should be held responsible for the harm inflicted to the health of the person.<sup>57</sup> Thus, any harm inflicted to health does not necessarily entail compensation for non-property damages. Non-property damages may be compensated if the harm inflicted to the health of a person resulted in a spiritual, mental suffering; these preconditions should exist cumulatively. Non-property damages should not be compensated if the mental suffering caused by property damages entailed the deterioration of health (disorder). Harm inflicted to the health of a person is the essential precondition of the result envisaged under Article 413 of the CCoG, as a result of which the injured person also suffered mental anguish and mental stress. It should be emphasised that, in accordance with the purpose of Article 413 of the CCoG, non-property damages should be compensated because of the spiritual, mental suffering caused by the harm inflicted to the health of a person. It does not apply to health disorders caused by mental suffering resulting from property damages. Otherwise, this provision would be invoked in every case of deterioration of health resulting from the mental suffering caused by the breach of property obligation.<sup>58</sup>

In fact, this somehow echoes the deterioration of health resulting from the breach of property obligation by the abovementioned airlines. Perhaps, in this case it would be better to determine if the initial damage was caused by an unlawful and culpable action, as a result of which the harm was inflicted to the health (and not property) of a person, since this would create a legal basis for the compensation for non-property damages.<sup>59</sup> In this case, the relative's severe mental suffering, caused by the death of her son, entitles her to claim compensation for non-property damages. Accordingly, since the subject's personal right (health) was violated<sup>60</sup>, he/she may claim compensation for non-property damages on the general grounds (Articles 413 or 992 of the CCoG).

## V. Conclusion

As the overview of the judicial practice has shown, preconditions for compensation for damages in the event of victim's death are distinctive. Among these are: a) deprivation of victim's life; B) unlawful and culpable action of the wrongdoer; C) causal connection between the actions of the wrongdoer and the result; D) existence of a person, who was the victim's dependent; and E) determination of whether the obligation to pay annuity was still valid. Accordingly, a dependant of a victim's claim regarding the payment of annuity under Article 1006 of the CCoG shall only be satisfied if the abovementioned grounds exist cumulatively, otherwise, application of Article 1006 is excluded.

Analysis of Georgian judicial practice shows that application of Article 1006 of the CCoG is restricted by Articles 413 and 19 of the CCoG. Under Article 19 of the CCoG, a person who, although not the bearer of the name or the right to personal dignity himself/herself, nevertheless has an interest deserving protection may exercise personal non-property rights. It is not allowed to claim material compensation for moral damages for defamation of the name, honour, dignity or business reputation of a person after his/her death. Accordingly, compensation for non-material damages in accordance with Article 1006 of the CCoG is excluded. This idea is further strengthened by Article 413 (1) of the CCoG, which allows compensation for non-property damages "only in the cases precisely prescribed by law", since Article 1006 of the CCoG only stresses "compensation". In addition, compensation for damages, as prescribed under the abovementioned article, is manifested through the payment of annuity, which also represents one of its distinctive features. However, if the important ground exists, payment of annuity may be changed with lump-sum compensation.

Thus, claim for compensation for non-property damages under Article 1006 of the CCoG shall not be satisfied. In addition, we should also give due consideration to the latest decision from the Georgian judicial practice, which determined that the failure to fulfil several obligations may inflict harm to the health of a deceased person's relative with the resulting negative psychological outcomes, which causally establishes the ground for the claim for compensation for non-property damages by the relative. Accordingly, in this case, a deceased person's relative becomes entitled to claim compensation for damages because of the violation of his/her personal rights and his/her demand should also be based upon the general grounds of civil liability.

<sup>57</sup> See K. Schnellhammer, *Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, samt BGB Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, 2014, 706.

<sup>58</sup> See decision (no. as-1156-1176-2011) of the Supreme Court of Georgia, Chamber of Civil Cases, dated 20 January 2012.

<sup>59</sup> Decision no. as-1001-962-2014 of the Supreme Court of Georgia, Chamber of Civil Cases, dated 18 May 2015.

<sup>60</sup> See M. Bichia, *Protection of Private Life under Civil Law of Georgia*, Tbilisi, 2012, pp. 252-253.

## Peculiarities of Reviewing Cases on Declaring a Person Missing or Dead

### I. Aim of the Legal Regulation

Article 21 of the Civil Code of Georgia (hereinafter referred to as – “CCoG”) establishes the rules, conditions and legal consequences of the declaration of an individual missing, while Article 22 of the CCoG provides the regulations for declaring a person dead. On one hand, the aim of the legal norms enshrined in the said articles is to ensure the exercise and protection of the ownership right of a person, who is to be declared missing, even if he/she cannot exercise his/her property rights and obligations either personally or with the help of a representative, and to protect the rights of his/her creditors and dependents. On the other hand, these articles aim to determine the necessary conditions for declaring a person dead, the time of death and exceptions from the general rule of declaring a person dead. If the missing person’s property is transferred to his/her legal heirs as the property held in trust, then all the contractual (real as well as obligatory) and non-contractual relations in which the person was involved or was going to be involved may emerge, change or terminate. Thus, this provision ensures that in the event of declaring a person missing, market-economic relations are not dissolved or paralysed. Hence, it should be considered as one of the guarantees of the stability of civil transaction.

### II. Relation to Other Legal Institutions

Legal norms enshrined in Article 21 of the CCoG are related to the trust agreements (724-728), which represent the statutory basis for the origination of the entrusted property. They are also related to the contract of mandate (709-722; and 729) and some norms of family law (1135; 1275 I; 1279 v; and 1254 a). The norms enshrined in Article 22 of the CCoG may be considered in relation with the following articles of the same Code: termination of the capacity for rights (Art. 11); protection of personal rights after death (Art. 19); unilateral letter of intent (Art. 51); grounds for termination of power of agency (Art. 109); cancellation of usufruct (Art. 244); grounds for termination of obligations (Art. 453); some norms regarding the contracts of lease (Art. 590); rental (Art. 571); lending (Art. 622); mandate (Art. 721, 722); partnership (Art. 939); life

annuity (Art. 950); as well as certain norms of co-ownership rights (Art. 962); torts (Art. 1006); norms of the family law (Articles 1122, 1122<sup>1</sup>, 1135, 1149, 1188, 1238, 1240, 1241, 1254 “a”, 1275 I, 1279 “c”, 1281 IV); and norms of inheritance law.

Even though Article 21 of the CCoG does not directly indicate the impacts of declaring a person missing upon his/her personal non-property rights, and especially upon his/her marriage-related and family rights and obligations, answers to these questions can be found in some of the norms under book five. Although Article 1122 of the CCoG does not specifically provide that declaring a person missing is one of the grounds for terminating a marriage, Article 1135 states that a marriage can be restored in the event of reappearance of a spouse who is declared dead or missing. First paragraph of this article states that if a spouse reappears who was declared dead or missing according to the procedure prescribed by law, with whom the marriage was terminated on such grounds, and the court decision declaring the person dead or missing is repealed, a territorial office of the relevant agency may restore the marriage based on a joint application of the spouses. However, if the divorce was granted in a court proceeding, then the court shall repeal the divorce decision based on their application. The second paragraph of the same article imperatively states that the marriage may not be restored if the spouse of the person declared dead or missing has already married another person.

Guardianship and custodianship are established for the upbringing of those minors or for the protection of the personal and property rights and interests of minors who are left without parental care because their parents have been declared dead or missing (Art. 1275 I; 1279 “f”). Such a child can also be subject to adoption (Art. 1254, “a”).

Upon the entry into force of the court’s decision on declaring a person missing, in all those cases where a party to the proceedings was supposed to be a person declared missing according to law, the person who has been charged with the administration of the property of that person may act as his/her representative in the proceedings (Art. 101 of the Civil Procedure Code of Georgia). Transfer of property rights of a person, who was declared dead, to his/her heirs may lead to the emergence, changing or termination of all the contractual (real as well as obligatory) and non-contractual relations in which the person was involved or was going to be involved, except for those cases when the fulfilment of an obligation was directly connected to the deceased person.

Declaration of the death of a person entails the same legal consequences as a physical death of that person would entail. According to the legislation, declaration of death of a person entails significant legal consequences. In particular, after the declaration of death of a person, his/her estate is opened; the marriage is terminated; an-

<sup>1</sup> Doctor of Law; Associate Professor at Ivane Javakishvili Tbilisi State University, Faculty of Law; former judge of the Supreme Court of Georgia.

nuitant's rights to receive pension arise, etc.<sup>2</sup> Therefore, a request for the declaration of death of a person may be related to a variety of interests.

Rules and conditions of fulfilment of a decedent's tax liabilities are specifically regulated under Article 57 of the Tax Code of Georgia, while such liabilities of a missing individual are regulated under Article 58 of the same Code. First paragraph of this article lists those persons who must fulfil the missing person's tax liability. The heir of a decedent shall pay the decedent's tax arrears proportionately with his/her share in the inherited property from the day of receipt of the inheritance.

### III. An Individual Entitled to Demand that a Person is Declared Missing or Dead

Even though Articles 21-22 of the CCoG do not specify who has the right to apply to a court to demand that a person be declared missing or dead, content of these articles indicates that such an interested person may be any natural or legal person (entrepreneurial and non-entrepreneurial/non-commercial legal entities, as well as legal entities under public law [LEPL]; Art. 1509 of the CCoG). The state can also demand the same if it has a substantiated legal interest in the property of such person, his rights and duties.

For example, if the person, who is to be declared missing, is a member of a homeowners' association, in the event of existence of conditions envisaged by this provision, other members of the said association may apply to a court, since the immediate administration of his/her individual or common property might be required for the capital reconstruction of a residential building, as well as fulfilment of the association's obligations or decision-making for the sake of the association's interests.

### IV. Preconditions for Declaring a Person Missing or Dead

Article 21 of the CCoG stipulates that two mandatory conditions should simultaneously exist in order for a person to be declared missing, viz., in particular, his/her whereabouts should be unknown and he/she should not have appeared at his/her place of residence for two years (Art. 21 {1}). "These conditions for declaring a person missing are cumulative, i.e., simultaneous existence of both conditions is mandatory."<sup>3</sup> Article 22 of the CCoG, on the other hand, defines a number of alternative conditions for declaring a person dead; in particular, there should be no information at his/her place of residence on his/her whereabouts for five years, or he/she should have been gone missing under circumstances threatening his/her life. Ac-

ording to this article, in order to declare a person dead on the grounds of an unfortunate accident, existence of two cumulative conditions is necessary; in particular, his/her death should be presumed because of some unfortunate accident, and there should be no information obtained about him/her for six months after the accident.

A person may move to another city or even to another country for studying or working purposes and may not appear at his/her place of residence, or it is even possible for an elderly person to move to a nursing home without informing his/her relatives, friends or neighbours. However, these conditions are not enough for the court to declare such a person as missing or dead, since the applicant is obliged to submit the evidence that this person's whereabouts are unknown. The Civil Code of Georgia sets a two-year term, unlike a general five-year term, for the declaration of death of a member of the armed services or any other person who went missing in connection with wartime operations. Accordingly, Article 22 (2) of the CCoG envisages special occasions for a person to be missing and sets reduced terms for the declaration of death of a person.<sup>4</sup>

The law does not provide the definition of wartime operations. However, the Law of Georgia on "the State of War" of 1997 states that the President of Georgia declares the state of war (state of war means declaring extraordinary rules, in the interests of defence, on the territory of the entire country in case of armed attack on Georgia. State of war shall be declared in accordance with the Georgian Constitution and this law is aimed at protecting the territorial integrity of the country, state security and public order<sup>5</sup>) on the entire territory of Georgia.<sup>6</sup> An ordinance of the President of Georgia on declaring a state of war shall stipulate the term of validity of such decision.<sup>7</sup> Thus, a member of the armed services or any other person, who went missing in connection with wartime operations, may be declared dead by a decision of a court after the expiration of a two-year term from the day on which the wartime operations ended.<sup>8</sup> It is not mandatory that wartime operations are only carried out on the territory of Georgia.

Determination of the day of death is made according to Article 22 (3) of the CCoG. As a rule, the day of entry into legal force of a court decision declaring a person dead is considered to be the day of his/her death.<sup>9</sup>

The said article does not specify if a person, who is to be declared missing or dead, should be of full legal age or a minor. For example, paragraph 1911 (1) of the Ger-

<sup>2</sup> N. Papanashvili, *Commentary to the Civil Code of Georgia*, Tbilisi, 2014, 208.

<sup>3</sup> L. Tchanturia, *General Part of the Civil Law*, 2011, p. 193.

<sup>4</sup> D. Kereselidze, *The Most General Systemic Notions of Private Law*, Tbilisi, 2009, 112.

<sup>5</sup> N. Papanashvili, *Commentary to the Civil Code of Georgia*, Tbilisi, 2014, 209; the Law of Georgia on "the State of War", Article 1.

<sup>6</sup> N. Papanashvili, *Commentary to the Civil Code of Georgia*, Tbilisi, 2014, 208; the Law of Georgia on "the State of War", Article 2 (1).

<sup>7</sup> N. Papanashvili, *Commentary to the Civil Code of Georgia*, Tbilisi, 2014, 208; the Law of Georgia on "the State of War", Article 3 (1).

<sup>8</sup> N. Papanashvili, *Commentary to the Civil Code of Georgia*, Tbilisi, 2014, 208.

<sup>9</sup> D. Kereselidze, *The Most General Systemic Notions of Private Law*, Tbilisi, 2009, 113;

man Civil Code envisages the possibility of appointing a curator of absentees for property matters only if the absent person is of full legal age. Currently, the matters related to the declaration of a person missing are regulated by a special law “on announcing a person missing”.<sup>10</sup> Although the Civil Code of Georgia considers parents as legal representatives of their minor children, without a power of attorney, and entitles them to act for the protection of their rights and interests in relation to third persons, including in a court (Art. 1198 VI), according to the essence and legal consequences of Article 21 (1) of the CCoG, any natural person (Art. 8(1)), either adult, a minor, supported adult or a person with limited legal capacity (Articles 12, 13 and 14) may be declared missing or dead. An interested person may submit an application to the court of Georgia and demand the latter to declare either a Georgian citizen, foreign citizen or a stateless person missing or dead.

#### **V. International Competence as the Precondition for Reviewing the Admissibility of an Application on Declaring a Person Missing or Dead**

In practice, there are many cases when a Georgian citizen renounces his/her citizenship and obtains the nationality of another country after going abroad. However, if such a natural person’s whereabouts are unknown and he/she has not appeared at his/her place of residence (here it is meant that the person has not appeared at his known place of residence either in Georgia or abroad), if any natural or legal person, based in Georgia, has a reasonable interest in demanding the court to declare such person as missing or dead, the court, while reviewing the matter, should, in the first place, find out whether the person who is to be declared missing/dead is a Georgian national. In case he/she has lost Georgian citizenship, according to the law, after acquiring foreign citizenship, then, in case of a demand to declare a person missing/dead, the court should examine primarily whether it has international jurisdiction over the concerned case. Even though, according to Article 11(4) of the Civil Procedure Code of Georgia, courts may consider cases involving aliens or stateless persons, cases pertaining to international jurisdiction, as well as their exclusive international jurisdiction, are regulated under the law of Georgia on “Private International Law”. This law provides that the courts of Georgia have international jurisdiction over cases of declaration of absence or death of a person, if a party filing a petition for the declaration of absence or death has a substantiated interest (Art. 11 {}). If the conditions provided by the said article are in place, then the court must hear the case according to the rules envisaged by the Civil Procedure Code of Georgia.

<sup>10</sup> D. Kereselidze, *the Most General Systemic Notions of Private Law*, Tbilisi, 2009, 109.

It is noteworthy that international jurisdiction of courts is different from the bilateral rules on collision that are designed to determine which country’s substantive law is to be applied. International jurisdiction unilaterally determines Georgian courts’ jurisdictions, i.e., which category of cases fall within their jurisdiction.<sup>11</sup> Since in the given case a foreign element is in place, the court, while reviewing the matter on declaring a person missing or dead, should also determine which country’s law, i.e., which country’s substantive legal norm should be applied (Articles 21-22 of the CCoG), or the substantive law of a country whose nationality was acquired by the person in question. Answer to this question is provided by Article 25 of the Law on “Private International Law”, according to which declaration of absence or death shall be regulated by the law of a country to which a person declared missing or dead belonged according to the latest information available with regard to his/her life. As for a stateless person, the law of a country of habitual residence shall be applied; and if there is no such country, the law of Georgia shall apply. The second paragraph of the same article, on the other hand, states that if a person declared missing or dead is a citizen of a foreign country during a hearing, he/she may also be declared absent or dead under the law of Georgia if there is a substantiated interest in this regard. This article defines the cases in which the court should apply articles 21-22 of the CCoG, when reviewing such matters. However, if, according to this collision norm, the court is supposed to apply the law of a country to which a person declared missing or dead belonged according to the latest information available with regard to his/her life, then it should apply Article 3 of the law on “Private International Law” in order to determine the essence of the relevant legal norm of the foreign country. Paragraph 1 of Article 3 provides as follows: “when applying a foreign law, the court of Georgia shall take necessary measures to determine the essence of the rules of the foreign law taking into consideration their official interpretation, application practice and doctrine in the respective country.” Second paragraph of the same article states the following: “if, despite the measures taken under paragraph 1 of this article, the essence of the rules of a foreign law cannot be determined, or unreasonable expenses are required to do it, and neither of the parties to the proceedings can determine the essence of the rules and justify their application, the court shall apply the law of Georgia.”

#### **VI. Other Precondition for Reviewing the Admissibility of an Application on Declaring a Person Missing or Dead**

Article 21 (1) of the CCoG has a procedural content that the applicant has to submit the evidence proving that the missing person’s whereabouts are unknown and he/

<sup>11</sup> T. Liluashvili, *Private International Law*, 2000, p.126.

she has not appeared at his/her place of residence for two years. It is also noteworthy that under Anglo-American law, legal relations regarding the declaration of a person missing are regulated under procedural law, unlike the continental legal system, where such matters are regulated under civil (material) law.<sup>12</sup>

If three years have passed after the entry into force of a court decision on declaring a natural person missing, and his/her whereabouts are still unknown, based on the application of an interested person, the court may declare such a person dead, which entails entirely different legal consequences. However, the law does not provide that it is mandatory to declare a person missing before declaring him/her dead.<sup>13</sup> The content of Article 22 of the CCoG should not be understood that it is mandatory that three years should pass after the entry into force of a final court decision declaring a person missing and that the court may declare a person dead only if this person's whereabouts should still be unknown. In practice, there are many cases when a person's whereabouts are unknown for five years and an interested individual directly applies to the court and demands the latter to declare such a person dead.

Application of an interested person regarding declaring an individual missing or dead shall be heard as a non-contentious matter by the judge or an appropriate court official in compliance with Article 310 ("B") of the civil Procedure Code of Georgia (hereinafter referred to as – "CPCoG"), (Article 321<sup>1</sup> (1) of CPCoG).

One of the most significant peculiarities of legal proceedings related to declaring a person missing or deceased in Georgia is that in the court of first instance such cases may be heard either by a judge or an appropriate court official, i.e., an adjudicator, who is not a magistrate judge (Article 321<sup>1</sup> of the CPCoG). After hearing a case of such category, the adjudicator renders a ruling, instead of a court decision, which, according to the second paragraph of the abovementioned article, may be appealed by filing an appeal with the same court within 10 days after a substantiated decision has been served on the party. If, after reviewing the appeal filed against the adjudicator's ruling, if the Civil Chamber of the Tbilisi City Court deems that the application is unfounded, the court shall make a judgment on dismissing the appeal and confirmation of the appealed decision. However, if the appeal is substantiated, then the judge of the same court satisfies the appeal, cancels the adjudicator's ruling and satisfies the application on the declaration of a person missing or deceased with a new decision.

Since the application on declaring a person missing or dead is reviewed by a court as a non-contentious proceeding, judicial proceedings in such cases, unlike

contentious proceedings, are simplified and accelerated. However, before hearing such a case on its merits, the court should make a decision upon the admissibility and admittance of a claim. Article 318 of the CPCoG refers to those circumstances that should be mandatorily included in the content of such an application. In particular, the application should indicate the purpose, as well as circumstances that confirm that the citizen is missing, for which the applicant requires a decision that a citizen needs to be declared missing or deceased. However, it should also be taken into consideration that the purpose indicated in the application should not contradict Georgian legislation and public order, and it should not "aim at terminating a criminal prosecution initiated against this person".<sup>14</sup>

According to the court practice, one of the grounds for dismissing an application on declaring a person missing or dead is the failure of the applicant to submit the evidence proving the purpose for which he/she wishes to have the concerned person declared missing or dead. In one of the cases, the applicant's aim was the privatisation of an apartment. Hence the court pointed out that, along with the application, the applicant had to submit the evidence proving that without declaring the person in question missing or dead, achievement of his/her goals would be impossible. In particular, the applicant had to submit the evidence proving that his/her application to the relevant district administration demanding the privatisation of apartment was dismissed. In the same case, the court explained to the applicant that the dismissal of the application on the foregoing grounds would not prevent the applicant to re-apply to the court with the same application, in case former violations are removed.<sup>15</sup>

While examining the admissibility of such applications, the court should pay attention to whether these applications are submitted in compliance with the rules of jurisdiction. An application to declare a citizen missing or deceased should be filed with a court by an interested person according to the applicant's place of residence (Article 317 "a" of the CPCoG).

The court also checks if the interested person submitted the original receipt for the payment of state tax of 50 GEL along with the application (CCP 39 [1] "k" of the CCoG).

## VII. Stages of Advance First Hearing and Hearing of a Case on Declaring a Person Missing or Dead on its Merits

After the admission of an application on declaring a person missing or deceased, actions performed at the preparation stage are different from contentious proceedings. When preparing a case for hearing, a court must determine persons that can provide information on the missing

<sup>12</sup> Гражданское и торговое право зарубежных государств, I том, 2004, с.122.

<sup>13</sup> L. Tchanturia, *General Part of the Civil Law*, 2011, p. 193.

<sup>14</sup> T. Liluashvili, *Civil Procedure Law*, 2005, p. 439.

<sup>15</sup> Judgment no. 2/ 5846-13 of Civil Chamber of the Tbilisi City Court, dated 30 April 2013.



person. The court must also request information from appropriate authorities about the missing person according to the person's last place of residence or work (Article 319 of the CPCoG).

An application on declaring a person missing or deceased is reviewed by a court at the main hearing starting with the hearing of the applicant's explanation. The court may examine witnesses and all those persons whose explanation it may deem appropriate. The court examines evidences and takes all the procedural actions envisaged by Articles 210-228 of the CPCoG at the same hearing.

While reviewing the application on declaring a person missing or deceased, a dispute may arise on rights that concern other people. Under these circumstances, the court dismisses the application and explains to the interested persons that they may file a claim on general basis (Art. 311 of the CPCoG).

If the judge checks the admissibility of such an application and dismisses it, such a judgement shall be appealed with a complaint subject to a time limit. A court decision on declaring a person missing or deceased shall be appealed in a court of appeals,<sup>16</sup> since the court hears non-contentious matters in compliance with the procedures laid down under CPCoG, taking into account the modifications and additions, which are specifically established by the legislation for reviewing the application in question (Article 311 {1}).

Non-contentious proceedings differ from contentious proceedings in such a way that the plaintiff and the defendant do not participate in the former and the court starts the review of the case on the basis of an interested person's application and not the claim. As already mentioned above, a family member, relative, neighbour, co-worker, friend, or any other person who has a well-founded interest towards a person's property rights and obligations may demand for the declaration of a person as missing or deceased. Such a person may also be an organisation of the state, such as the Revenue Services of the Ministry of Finance.

In one civil case, the Civil Chamber of the Tbilisi City Court decided to dismiss the application on the grounds that it did not disclose information about the interested person. Disclosure of such information was necessary since the first part of Article 311 of the CPCoG states that when hearing non-contentious matters, a court invites persons interested in the hearing. The Court explained that legal analysis of this provision reveals that if the court establishes during the hearing that the decision may affect another person's rights and lawful interests, it is obliged to invite that person to participate in the hearing as an interested party. According to this provision, if there are such interested individuals, the applicant is obliged to provide

information about them to the court in order for the latter to invite these individuals to participate in the hearing.<sup>17</sup>

Under Article 22 (3) of the CCoG, the day of entry into legal force of a court decision declaring a person dead shall be considered to be the day of his/her death. However, according to part 4 of the same article, "a court may declare that the day of a person's death is the day of his/her presumed death".<sup>18</sup>

The foregoing article sets an exception that death of a person during wartime operations enables the court to declare that the day of his/her presumed death is the day of that person's death.<sup>19</sup>

Accordingly, if the investigation reveals the "most probable time" of a specific fact related to, for example, air, sea or rail disaster, or wartime operations, it is recommended that the court uses this very moment as the starting point for the calculation of the term. It is also recommended that the court determines this exact period of time as the time of a person's death.<sup>20</sup>

While reviewing a civil case, the court stated that since the Second World War ended in 1945, Mamia's time of death had to be determined not earlier than two years after the end of hostilities, i.e., 1947. In such a case, according to Article 123 of the CCoG, last day of the year, i.e., 31 December 1947 is considered to be the day of death of Mamia.<sup>21</sup>

In another case, the Court considered that the applicant had failed to provide evidence that Niko indeed participated in the Great Patriotic War and went missing there. The certificate, issued by the Personnel Department of the Georgian Armed Forces' United Headquarters J-1 and the district administration of Chugureti, Tbilisi, indicated that there was no information about Niko's participation in the Great Patriotic War and his loss therein. In the given case, while reviewing the matter, the adjudicator relied upon the testimonies of witnesses (witnesses live at the same address where Niko was registered), in which they asserted that Niko did not live at the address in question, instead, family of Marshania lived there and that they had never seen Niko at this address. Taking into account the above-mentioned factual circumstances, the Court satisfied the application on declaring Niko dead. The Court considered the demand of the applicant to indicate 1945 as the year of Niko's alleged death, deemed it unfounded and dismissed the demand. The Court pointed out that Niko, registered according to the certificate prepared on 21 November

<sup>16</sup> Decision no. 2/7056-12 of Civil Chamber of the Tbilisi City Court, dated 4 June 2012.

<sup>17</sup> Judgment no.2/497-12 of Civil Chamber of the Tbilisi City Court, dated 24 January 2012.

<sup>18</sup> Judgment no. as-870-1084-08 of the Chamber of Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases of the Supreme Court of Georgia, dated 10 March 2009.

<sup>19</sup> Judgment no. as-870-1084-08 of the Chamber of Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases of the Supreme Court of Georgia, dated 10 March 2009.

<sup>20</sup> D. Kereselidze, *the Most General Systemic Notions of Private Law*, Tbilisi, 2009, 114.

<sup>21</sup> Judgment no. as-681-637-2010 of the Chamber of Civil Cases of the Supreme Court of Georgia, dated 25 January 2011.

2013 by the LEPL National Agency of Public Registry, was declared dead. Therefore, the day the court ruling on Niko's death entered into force should have been considered as the day of Niko's death. The court ruling, by which Niko was declared dead, is the basis for the civil registration authority to register the death of Niko.<sup>22</sup>

In the same case, the applicant appealed the adjudicator's ruling, dated 02 December 2013. The applicant noted that the part of the ruling being appealed was baseless and unfounded. The following circumstances that would threaten missing Niko's life are very important: Niko went missing during World War II while participating in wartime operations, which ended in 1945; since then more than 67 years have passed. According to the complainant's opinion, paragraph 4 of Article 22 of the CCoG provided that in the cases referred to in first and second paragraphs of this article, the court may declare that the day of his/her presumed death is the day of a person's death. Which meant that Niko could be (and should be) declared dead from 1945, i.e., from the last day of wartime operations. The day of his presumed death would also be the time of opening his estate (the place of opening of estate is known, which is the place of his last residence, i.e., the applicant's address). From that day, Niko's wife Marie was his only heir on intestacy (he had no other heirs) and in fact received, i.e., took possession of his house and yard. After this, she got married for the second time in 1961. Presently, her heir is the applicant along with her brother. The applicant was refused to indicate 1945 as the time of Niko's presumed death, without taking into consideration the foregoing circumstances, on the grounds that the claims were unsubstantiated (when it was not indicated why the claim was unsubstantiated). Author of the complaint defined that part of the appealed ruling had to be cancelled and 1945 had to be considered as the time of Niko's presumed death, especially since pages 3 and 4 of the judgment of the Court of Appeal of 16 September 2013 indicated the above-mentioned. Moreover, the ruling already stated that Niko was declared dead on the grounds that he was lost during the war, which ended in 1945. Said ruling also referred to paragraph 4 of Article 22, which represents the legal ground for declaring Niko dead from 1945. This article is applicable due to paragraph 1 of Article 22 and witness statements, which were given at the court hearing. Based on the aforementioned, the complainant demanded the cancellation of the part of adjudicator's ruling of 2 December 2013, by which he/she was not allowed to declare Niko as dead from 1945.

By its judgment of 10 June 2014, the Civil Chamber of Tbilisi City Court did not satisfy the applicant's complaint. The Court took into consideration paragraph 2 of Article 22 of the CCoG, which provides that a member of the

armed services or any other person who went missing in wartime operations may be declared dead by a decision of a court not earlier than two years after the day on which the wartime operations ended. Based on the foregoing article, the Court deemed that the law sets a specified time, after which the person may be declared dead. The capacity of rights of a person may only be terminated by one legal fact, which is death. A person's death does not only entail termination of his/her capacity of rights, but also may become a ground for significant legal consequences. The Civil Code strengthens the presumption of the declaration of death, assumption that the person is dead, specifically for such instances. According to paragraph 2 of Article 320 of the CPCoG, a court decision declaring a citizen deceased shall be grounds for the civil registration authority to register the death and respectively issue a death certificate. Based on the essence of paragraphs 3 and 4 of Article 22 of the same Code, the Court deemed that the author of the complaint failed to present evidences proving that Niko indeed went to the Great Patriotic War and went missing there. The certificate, issued by the Personnel Department of the Georgian Armed Forces' United Headquarters J-1 and the district administration of Chugureti, Tbilisi, indicated that there was no information about Niko's participation in the Great Patriotic War and the loss of his life therein. Accordingly, the applicant's request to indicate 1945 as the year of Niko's alleged death was considered unfounded by the Court.<sup>23</sup>

In one civil case, Inga applied to the Tbilisi City Court with an application demanding that Giuli be declared dead. By the ruling of an adjudicator of the Civil Chamber of Tbilisi City Court, dated 13 July 2012, the application was dismissed on the following grounds: The submitted application did not comply with the requirements of CPCoG, since it did not list those circumstances, which would prove the citizen's disappearance or threaten the life of a missing person, or which would lead to the presumption of his/her death because of some unfortunate accident. Even though the applicant noted that declaration of Giuli's death was needed for the privatisation of an apartment, she did not provide the evidence proving the aforementioned circumstance. Neither did she enclose with the application the evidence proving that she applied to the Civil Registry Agency with the request to provide her with the records of Giuli's death.

Inga appealed the ruling of the adjudicator of the Civil Chamber of Tbilisi City Court, dated 13 July 2012, and noted that the ruling was incorrect and had to be reversed on the following grounds: The adjudicator considered that the applicant should have indicated the circumstances proving that the person in question went miss-

<sup>22</sup> Ruling of Tbilisi City Court, dated 2 December 2013 (case no. 2/14465-13).

<sup>23</sup> Judgment of Civil Chamber of the Tbilisi City Court, dated 10 January 2014 (case no. 2/14465-13).

ing, or that those circumstances threatened the life of a missing person, or that the applicant presumed his/her death because of some unfortunate accident. According to the author of the complaint, this reference would be correct if Inga requested declaring Giuli dead on the grounds that there were circumstances that threatened Guli's life, or her death was presumed because of some unfortunate accident. However, Inga did not request the court to declare Giuli deceased on said grounds. Her request was rather based upon the first ground indicated under Article 22 of the CCoG (there had been no information at his/her place of residence on his/her whereabouts for five years), and she submitted evidences proving the aforementioned circumstances, viz., information cards and witness testimonies. Inga indicated in her complaint that the ground for dismissing her application was that she did not enclose with the application the evidence proving that she applied to the Civil Registry Agency requesting the records of Giuli's death. In her complaint, Inga stressed that Articles 317-321 of the CCoG are special norms and they do not contain such a requirement. In addition, she requested the declaration of death of a person who moved to another country many years ago and there had been no information on her whereabouts for five years. Inga did not insist that Giuli was dead and did not require the establishment of her death, but rather requested the court to declare Guli merely as deceased. In the applicant's opinion, Articles 317-321 of the CCoG allowed for the possibility that a person declared dead might still be alive and subsequently may even reappear, yet the grounds for declaring him/her dead might exist prior to that occasion. Accordingly, Inga could not apply to the National agency of Civil Registry and request the records of her death.

By its judgement of 2 August 2012, the Civil Chamber of Tbilisi City Court did not satisfy Inga's complaint on the following grounds: An application, by which the applicant requests the court to declare a person deceased, should contain the applicant's aim, as well as circumstances, which confirm a person's disappearance or death, term of his/her disappearance and measures taken by the applicant in search of the missing person. In addition, the applicant should enclose with the application evidences proving the mentioned circumstances as provided by subparagraph "f" of Article 178 (1) of CPCoG. The Court noted that in the given case, Inga's application did not meet the requirements set by the abovementioned article; therefore, her complaint on cancellation of the appealed ruling was unfounded.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Judgment of Civil Chamber of the Tbilisi City Court, dated 2 August 2012 (case no. 2/9015-12).

## VIII. Burden of Proof

The applicant, i.e., an interested person, should prove with relevant evidences that a natural person's whereabouts are unknown and he/she has not appeared at his/her place of residence for two or five years. Thus, the burden of proof of the abovementioned lies with this person. In one of the cases, the court focused upon the fact that the application did not disclose the circumstances proving the disappearance of a citizen; neither did it include the evidences proving the circumstances recognised to be the grounds for such a request. There were no identification documents, for identifying the missing person, containing the missing person's date and place of birth, etc., (e.g. birth records, birth certificate, archival birth certificate, a passport, a form no. 1 and others). In the same case, the Court found it necessary that the applicant presented the certificate from the Civil Registration Agency providing information on when the missing person's passport was last issued (identity card of a citizen), the certificate on criminal records from the Service Agency of the Ministry of Internal Affairs of Georgia, and the information on border-crossing. The applicant also had to indicate the identity of witnesses and their contact information.<sup>25</sup>

We should share the idea that declaring a citizen missing or dead entails serious legal consequences. Therefore, the court's assumption regarding the declaration of a person as missing or deceased should be based on the circumstances that create a high-quality assumption.<sup>26</sup> It is not easy to collect all those incontrovertible evidences that would prove that it is impossible to locate this person. However, according to the established court practice, one may present such significant evidences proving the foregoing, as the certificate, issued by the Social Security Agency, that the person has reached the retirement age and that he/she has not received the pension for the last two or five years. The applicant may also present a notice, issued by the Georgian Border Guard Department, that this person has not crossed the State Border of Georgia. However, if such a person has gone abroad and the information about his/her whereabouts is no longer available, then the competent authority of that country should issue a certificate indicating that it is impossible to ascertain the whereabouts of the person in question. The certificate of a person's criminal records, which would prove that the person in question had no criminal records for the past two (when declaring him/her missing) or five (when declaring him/her deceased) years and had not been convicted can be one of the evidences. Another important evidence can be the certificates, (obtained from the tax authorities, financial institutions— particularly commercial banks, micro-finance institutions and insurance companies) stating that

<sup>25</sup> Judgment no. 2/497-12 of Civil Chamber of the Tbilisi City Court, dated 23 January 2012.

<sup>26</sup> T. Liluashvili, *Civil Procedure Law*, 2005, p. 439.

the person in question has not used a bank or insurance services for the past two or five years and he/she did not have any new tax liabilities during this period. As already noted above, the foregoing evidences may not certainly prove that a person's whereabouts cannot be determined. However, in each case, while reviewing such a matter, the judge should only declare a person missing or dead, based on the documents enclosed with the application, if he/she assumes that the person's whereabouts are really unknown.

The fact that declaration of a person missing is based upon an assumption is additionally strengthened by Article 112 of the French Civil Code, according to which recognition of a person missing is a two-step procedure. This means that the court should initially make a decision upon the establishment of a presumption of absence. Within ten (10) years after making such a decision, an interested person may apply to the court for the recognition of that person as missing. French legislation considers it mandatory that such a court decision is published publicly; otherwise it shall be deemed invalid.<sup>27</sup>

It is noteworthy that paragraph 1 of Article 320 of the CPCoG repeats the essence of paragraph 1 of Article 21 of the CCoG. According to the procedural provision, a court decision declaring a person missing shall serve as grounds for transferring the missing person's property for management as property held in trust to his/her legal successors (Article 320 (1) of the CPCoG). Therefore, the operative part of the decision must contain the reference regarding the foregoing.

Unlike a court decision on declaring a person deceased, the legislature, as well as the Law of Georgia "On Civil Status Acts", does not consider it necessary for the Civil Status Registration Authorities to make a record on declaring a person missing.

## **IX. Effects of Reappearance of a Person Declared Missing or Dead**

Article 321 (1) of the CPCoG has the similar essence as Articles 21 (2) and 23 (1) of the CCoG, according to which, if a person declared missing or deceased reappears or his/her whereabouts become known, a court/adjudicator shall, by a new decision/ruling, cancel the previous decision/ruling. For example, Sergo was declared deceased by a decision of Tbilisi City Court, dated 10 October 2014. However, after Sergo's reappearance, he himself applied to the same court requesting the cancellation of its decision declaring him dead. By the ruling of Tbilisi City Court, dated 30 September 2015, Sergo's application was satisfied.

Ruling (2/9723-14 civil case) of Tbilisi City Court, dated 10 October 2014, on declaring Sergo (date of birth – ....

year, ID no. ....) deceased, was cancelled. The adjudicator indicated in the same ruling that the foregoing ruling represented the grounds for the cancellation of death records made at the Civil Status Registration Authority. The same ruling provided information on the procedures for its appeal, in particular, by filing a complaint in Civil Chamber of the Tbilisi City Court, within 10 days after duly served with a substantiated ruling. The adjudicator also noted in the operative part of the ruling that after its entry into force, interested persons could appeal the foregoing ruling at the Civil Chamber of the Tbilisi City Court within one month after the notification about the decision.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Гражданское и торговое право зарубежных государств, I том, 2004, сеп.119.

<sup>28</sup> Ruling of Tbilisi City Court, dated 30 September 2015 (case no. 2/9723-14).

# Development of the Case-Law of the European Court of Human Rights on the Jury Trial

## I. Introduction

*A jury is a new institution in Georgia. It is natural that introduction of a substantially new legal remedy in criminal procedure might give rise to legislative as well as practical challenges that are gradually revealing themselves. Those challenges, which are related to the protection of human rights while considering a case by the jury, are particularly noteworthy.*

*This article aims at analysing the jury related problematic issues in the context of the right to a fair trial, as guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereafter referred to as – “the Convention” or “the ECHR”), in order to identify the possible challenges arising in the field of human rights because of the operation of this institution in Georgia. In particular, the article highlights those aspects of the jury trial, which, according to the interpretation by the European Court of Human Rights (hereafter referred to as – “ECtHR”), fall within the scope of Article 6 of the Convention guarantying the right to a fair trial. The article studies the fair trial standards that are similar or different from those applicable to the consideration of the case by the jury or without the jury. After discussing the standard established by the ECtHR, this article outlines the meaning of this standard for Georgian legislation and relevant practice. Due to the space limitations of the article, it does not contain the reasoning standards.*

*The case-law of the ECtHR regarding the jury trial is clearly based upon the practice developed by the European Commission of Human Rights (hereafter referred to as – “the European Commission”), which is why the latter is not neglected in this article. This article also discusses the decisions on admissibility of the case and judgments rendered after the consideration of merits.*

## II. Case-Law of the Commission and the ECtHR on the Jury Trial and Possible Challenges in Georgia

While discussing the standards established by the Convention, as a rule, special attention is paid to the judgments of the ECtHR. This is natural, since the main information regarding the content and volume of human

rights are clearly provided by the judgments on the merits. However, statistics of those decisions by which the applications were not admitted for the consideration of merits demonstrate the substantiality and significance of admissibility decisions<sup>2</sup> for the purposes of this review.

In particular, the Interlaken Declaration, adopted at the High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, mentions the necessity to reduce the number of inadmissible applications.<sup>3</sup> The Conference called upon the States Parties and the ECtHR “to ensure that comprehensive and objective information is provided to potential applicants on the Convention and the Court’s case-law, in particular on the application procedures and admissibility criteria”.<sup>4</sup> Inadmissible applications impede the working of the ECtHR and endanger the efficiency of examination of serious allegations of human rights violations.<sup>5</sup>

Statistics of applications filed against Georgia clearly indicate the disturbing imbalance between the numbers of rendered decisions and judgments; the Interlaken Declaration refers to the necessity to improve such imbalance.<sup>6</sup> In 2014, out of individual applications lodged against Georgia, 120 were transferred to the Court; 273 applications were not admitted or were struck out of the list, and only three applications were examined.<sup>7</sup>

Admissibility of applications on and general standards regarding jury trial were initially developed in the case-law of the European Commission. The ECtHR expanded and reinforced some of those standards in its further practice. Some of the opinions of the European Commission regarding the standards of jury trial were later rejected by the ECtHR and new standards were introduced. Some of the claims regarding jury trial, which were examined by the European Commission, have not been brought before the ECtHR. Based on the aforementioned, while overviewing the practice of the European Commission, it is essential to outline whether a certain standard was elaborated in the case-law of the ECtHR and what the essence of this development was.

The first decision of the European Commission, which mentions jury trial, concerned the application of a citizen of Norway demanding a retrial of his criminal case.<sup>8</sup> In 1951, he was convicted for his cooperation with the Nazi regime during the occupation of Norway. The applicant stated that

<sup>1</sup> Consultant at the Council of Europe on the European law on Human Rights; doctoral student at the Tbilisi State University, Faculty of Law.

<sup>2</sup> These and other terms are taken from the Georgian version of the European Convention on Human Rights, issued by the Office of the Council of Europe in Georgia (with Protocols No. 11 and No. 14).

<sup>3</sup> High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Interlaken Declaration, 19 February 2010, Conference, (6).

<sup>4</sup> *Ibid.*, Action Plan, C-6.

<sup>5</sup> Practical Guide on Admissibility Criteria, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2014, p. 7.

<sup>6</sup> High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Interlaken Declaration, 19 February 2010, PP 9-i.

<sup>7</sup> The European Court of Human Rights in Facts & Figures, European Court of Human Rights, 2014, p. 8.

<sup>8</sup> *X v. Norway*, Application no. 2369/64, Decision of 3 April 1967, rendered by the European Commission of Human Rights.

the jury trial was not authorised to examine the case of that particular category.

However, the European Commission did not make any explanation regarding jury trial in the foregoing decision since it stated that the application was rejected on the grounds of *ratione personae* (the Convention had not yet entered into force for Norway at the time of the alleged violation of right) and *ratione materiae* (Article 6 of the Convention does not provide for the possibility of retrial of criminal cases).<sup>9</sup>

## 1. The Right to Jury Trial

### a) European Commission

The Commission made a significant explanation as to whether Article 6 of the Convention is violated if a person is refused a trial by jury. The Commission declared the application inadmissible in the case of *X and Y v. Ireland*, stating that Article 6 of the Convention does not “specify trial by jury as one of the elements of a fair hearing in the determination of a criminal charge.”<sup>10</sup>

### b) ECtHR

The approach of the European Commission was further reinforced by the ECtHR in its case-law. The ECtHR has rejected those applications as manifestly ill founded, in which the applicants stated that they were refused trial by jury; or the chairperson of the jury trial decided upon the admissibility of evidence therefore usurping the functions of the jury trial, as the fact-finding trial; or the appellate court found a fact instead of the jury trial.<sup>11</sup> In this regard, the ECtHR stressed that the request for a fair trial does not necessarily mean the examination of a case by jury trial.<sup>12</sup> Later in its practice, the ECtHR further explained that even though in some of the High Contracting Parties to the Convention examination of a case by the jury trial ensures the equity of the judicial system, it is neither the determinant of the fairness of a trial nor the essential element for the purposes of Article 6 of the Convention.<sup>13</sup>

### c) Georgia

Under the Criminal Procedure Code of Georgia (hereinafter referred to as – “CPCoG”), not every criminal case

falls under the jurisdiction of a jury.<sup>14</sup> Moreover, under certain circumstances, even those cases that are subjects to jury trial may be reviewed without the participation of a jury.<sup>15</sup> Therefore, it is possible that the application filed against Georgia in ECtHR stated that the criminal case not being reviewed by jury trial contradicts Article 6 of the Convention. According to the practice discussed above, ECtHR will reject such claims on the grounds that they are unsubstantiated.

## 2. Hearsay

### a) European Commission

In the case of *Blastland v. the United Kingdom*, the European Commission made an important explanation regarding the admissibility of hearsay as evidence before the jury trial.<sup>16</sup> According to the applicant, incorrect classification of testimonies either as direct or indirect and, accordingly, selective admission of evidence by the jury trial violated the principle of equality. In relation to this, the European Commission noted that in the context of the jury trial, the purpose of hearsay is to ensure that the jury was provided with the best evidence in order for it to be able to evaluate the reliability and actions of the witness, and to ensure that the evidence that was not verified during the cross-examination is not given any significance. Consequently, the European Commission rejected the application stating that the principle of equality was not violated in the given case.<sup>17</sup>

Later, the European Commission was once again made to discuss the issue of hearsay, namely, whether producing a report in a jury trial, without questioning the police officer who completed the report, violates the right to a fair trial as guaranteed under Article 6 of the Convention.<sup>18</sup> A criminal case against the applicant regarding a drug-related crime committed in Norway was reviewed by jury trial. The report was prepared by the Interpol of Denmark and concerned the similar crimes committed by the applicant outside Norway. The report was produced in the jury trial. The accused stated that he/she had not testified before Interpol. The applicant stated that Article 6.1<sup>19</sup> and Article 6.3.d)<sup>20</sup> of the Convention were violated.

The European Commission emphasised that the Interpol report was not the only evidence in the criminal case

<sup>14</sup> Article 226 of the Criminal Procedure Code of Georgia.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> *Blastland v. the United Kingdom*, Application no. 12045/86, the Decision of 7 May 1987, rendered by the European Commission of Human Rights.

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> *M. v. Norway*, Application no. 14483/88, the Decision of 10 February 1992, rendered by the European Commission of Human Rights.

<sup>19</sup> “Every person ... has the right to a fair trial while examining the grounds of criminal charges”.

<sup>20</sup> “3. Every accused person has at least these following rights: ...

d) Interrogate the witnesses of his/her accusation personally or by someone else ...”

<sup>9</sup> *Idem*.

<sup>10</sup> *X and Y v. Ireland*, Application no. 8299/78, the Decision of 10 October 1980, rendered by the European Commission of Human Rights.

<sup>11</sup> *A.J.D. v. the United Kingdom*, Application no. 46290/99, Decision of 23 November 1999, rendered by the European Court of Human Rights.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> *Klimentyev v. Russia*, Application no. 46503/99, paragraph 4 of the Decision of 17 September 2002, rendered by the European Court of Human Rights.

against the applicant. It is true that it was impossible to determine to what degree did the jury rely upon this evidence in rendering a verdict, but the Commission stated that its function was not to assess the culpability of a person. The European Commission only paid attention to the admissibility of the report as evidence and stated that nothing indicated that the evidence was obtained unlawfully, hence Article 6 of the Convention was not violated and therefore the application was rejected.<sup>21</sup>

#### b) ECtHR

The issue of hearsay was further developed in the practice of the ECtHR. In particular, the Court paid particular attention to producing a deposition testimony and the impossibility to conduct cross-examination in the context of a fair trial. The ECtHR expanded the practice of the European Commission and established the following three rules.

The ECtHR checks if there was a justifiable cause for not questioning a witness.

After this, the ECtHR checks if the testimony of a witness was the only and decisive evidence for the conviction of a person. In this context, “decisive” means more than the words, viz., “power to prove”. In other words, if there is insufficient evidence, the accused will most likely be acquitted than convicted. This term should be defined restrictively and used with relation to the significant evidence upon which the result of the case depends. When the testimony of the absent witness is strengthened with another substantial evidence, evaluation of to what extent the evidence is decisive is dependent upon the power of the relevant evidence to prove a certain fact. If relevant evidence is sufficiently reliable, testimony of the absent witness will not be considered as “decisive”.<sup>22</sup>

If the testimony of the absent witness is the only evidence, or decisive for conviction, this might mean that the limitation of the defence rights is inconsistent with the guarantees prescribed under Article 6 of the Convention. Therefore, in this case (when the testimony of the absent witness is the only or the decisive ground for the conviction) sufficient counterbalancing factors should exist, including strong procedural guarantees, which would ensure fair and adequate examination of evidence.<sup>23</sup>

The ECtHR provides that the guarantee stipulated under Article 6.3.d) of the Convention is a specific aspect of the right to a fair trial as prescribed under Article 6.1 of the Convention, which should be taken into account while

assessing the equity of the legal proceeding as a whole.<sup>24</sup> Accordingly, the ECtHR considers those cases, when the accused was not able to interrogate a witness for the prosecution, as the latter passed away or did not appear at the trial while the court admitted his/her testimony as evidence, in relation with these two norms.<sup>25</sup> In this context, while evaluating the equity of the legal proceeding in general, the ECtHR takes into account the interests of the society and the victim that the offender should be subjected to the criminal punishment.<sup>26</sup>

### 2.1. Decisive Evidence at the Jury Trial

#### a) ECtHR

With regard to hearsay, ECtHR’s practice became even more concrete with respect to the admissibility of decisive evidence at the jury trial. The ECtHR has stressed many times that even though Article 6 of the Convention guarantees a person’s right to a fair trial, the foregoing article does not provide the rules of admissibility of evidence. This is the prerogative of the internal legislation, while the function of the ECtHR is to evaluate the equity of the legal proceeding in general.<sup>27</sup> Moreover, ECtHR deems that the intrastate courts are in a better position than the ECtHR itself as they are able to evaluate evidence, establish facts, or interpret internal legislation.<sup>28</sup>

In the case of *Horncastle and others v. The United Kingdom*, there was a deposition testimony during the investigation against the applicant. Because of the death of a victim, the accused persons could not interrogate him/her during the court hearing. In addition, the victim was a registered alcoholic. During the alleged attack by the applicants, he was drunk and according to his/her own testimony “vaguely remembered details of the attack”.<sup>29</sup>

While assessing whether the victim’s testimony was decisive for the jury to convict the applicant, the ECtHR paid more attention to the procedural guarantees and their use, since, even if the evidence was decisive for the conviction, this would not represent a violation of Article 6 of the Convention. The ECtHR paid attention to the fact that the

<sup>21</sup> *M. v. Norway*, Application no. 14483/88, the Decision of 10 February 1992, rendered by the European Commission of Human Rights.

<sup>22</sup> *Horncastle and others v. the United Kingdom*, Application no. 4184/10, paragraph 131 of the Decision of 16 December 2014, rendered by the European Court of Human Rights.

<sup>23</sup> *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, Application no. 26766/05, 22228/06, paragraph 119 of the Decision of 15 December 2011, rendered by the European Court of Human Rights.

<sup>24</sup> *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, Application no. 26766/05 and 22228/06, paragraph 118 of the Decision of 15 December 2011, rendered by the European Commission of Human Rights.

<sup>25</sup> *Bonev v. Bulgaria*, Application no. 60018/00, paragraph 40 of the Decision of 8 June 2006, rendered by the European Court of Human Rights.

<sup>26</sup> *Horncastle and others v. the United Kingdom*, Application no. 4184/10, paragraph 130 of the Decision of 16 December 2014, rendered by the European Court of Human Rights.

<sup>27</sup> *Frumkin v. Russia*, Application no. 74568/12, paragraph 159 of the Decision of 5 January 2016, rendered by the European Court of Human Rights.

<sup>28</sup> *Bulychev v. Russia*, Application no. 24086/04, paragraph 32 of the Decision of 8 April 2010, rendered by the European Court of Human Rights.

<sup>29</sup> *Horncastle and others v. the United Kingdom*, Application no. 4184/10, Decision of 16 December 2014, rendered by the European Court of Human Rights.

court of first instance reviewed a motion for rejecting the victim's testimony as evidence before it was produced in the trial; the court substantiated its denial of the motion. The judge explained to the jury the importance of the victim's testimony and gave them an instruction to pay attention to the information; he explained how the right of the defence was restricted due to the victim's death, as it prevented the accused persons to interrogate him/her at the trial. The accused persons could question the credibility of the victim's testimony. They were informed about the details of the victim's health condition and could challenge the credibility of the testimony based on his/her alcoholism and vague memory. Eventually, the ECtHR became certain that the jury could assess equitably and properly the victim's testimony based on other evidence and with the use of the procedural guarantees provided by internal legislation. Accordingly, it was concluded that Article 6.1 and Article 6.3.d) of the Convention were not violated.<sup>30</sup>

In the case of *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, the first applicant, Mr. Al-Khawaja, was charged with a sexual offense committed against two of his female patients. One of the patients died before the court hearing; however, she had already given a statement to the police before her death. Her testimony was later produced in the jury trial. The judge explained to the jury that the essence of the testimony was of substantial importance with relation to one of the episodes of the alleged crime, since there was no other evidence available in relation to this episode. The defence agreed on the fact that since the evidence was produced in the jury trial, the latter could revoke it by cross-examination of other witnesses. During the trial, the jury listened to other witnesses as well, including the other plaintiff and the deceased witness's two friends who were told about the incident by the victim. The defence had the opportunity to cross-examine every witness, who had given oral testimonies. While summarising, the judge of the first instance reminded the jury that they had not heard the testimony from the deceased victim and had not witnessed her cross-examination and that the suppositions were rejected. The first applicant was charged with sexual offense in both episodes.

The second applicant, Mr. Tahery, was convicted for wounding with intent to commit grievous bodily harm. At the crime scene, no one who was interrogated declared that they saw how the applicant wounded the victim. However, after two days, the victim made a statement to the police in which he/she incriminated the applicant. At the trial, the prosecutor filed a motion with the court for reading the victim's testimony to the jury, as he/she was intimidated. The testimony was read out to the jury without the presence of the witness. As the second applicant testified, he rejected the victim's testimony. The judge, while summarising, warned the jury about the threats that the victim's testimony

could have caused considering the fact that the witness was not cross-examined. The applicant was found guilty and the conviction was upheld by the Court of Appeal.

The applicants lodged complaints with the ECtHR claiming that their conviction was mostly based upon the testimonies of those witnesses, who were not cross-examined during the trial and, accordingly, their rights to a fair trial was violated. The judgment of 20 January 2009, rendered by the Grand Chamber, stated that there were indeed violations of Article 6.1 and Article 6.3.d) of the Convention in both of the cases on the following ground: inability to cross-examine the witnesses was not efficiently balanced during the proceeding.<sup>31</sup>

In the first applicant's case, the Grand Chamber deemed without doubt that the death of a victim made it necessary to admit her testimony as evidence. The judge clearly explained to the jury the importance of the mentioned testimony (without this testimony, commission of the sexual assault in the first episode by Mr. Al-Khawaja could not have been proved with other evidence). In such a case, the evidence is decisive. Credibility of the testimony read at the trial was further strengthened by the fact that there were only insignificant differences between the foregoing testimony and the story that the accused told his friend who testified in court. In addition, actions described by the deceased victim and the actions described by the other victim were significantly similar. When a doctor behaves indecently with a patient during a private consultation, where only the doctor and the victim are present, it is hard to imagine what could be more credible evidence than the testimony of the victim, especially, if we take into account that all of the other witnesses testified in the court and their credibility was double-checked by the cross-examination at the trial. Despite the fact that the judge's explanation to the jury was deemed insufficient in the appeal hearing of a case, the Court of Appeal noted that this explanation should have been clear for the jury. Hence, the testimony of the victim should have been given less importance, because the jury had not seen her or listened to her statement. Taking into account the foregoing statement and the evidence presented to strengthen the victim's testimony, the Grand Chamber deemed that the jury had the possibility to assess properly and equitably the claim made against the first applicant. Based on the circumstances and the assumption that the proceeding was equitable in general, there were enough factors for admitting the deceased victim's testimony as evidence and balancing its usage. Accordingly, Article 6.1 and Article 6.3.d) of the Convention were not violated.

In the second applicant's case, there was only one witness, who claimed that he/she saw how the defendant wounded the victim. This statement was clearly decisive

<sup>30</sup> *Ibid.* Paragraphs 142 and 143.

<sup>31</sup> *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, Application nos. 26766/05 and 22228/06, Decision of 20 January 2009, rendered by the European Court of Human Rights.



evidence, without which the accusation would be annulled. The fact that the judge warned the jury to assess carefully the testimony of the witness was deemed insufficient. The applicant was unable to annul the validity and credibility of the witness testimony during the cross-examination. The applicant was unable to call another witness, who would confront the above witness. According to the Grand Chamber, it is irrelevant how clearly and convincingly the judge's warning was expressed to the jury regarding the threat of relying upon the unverified evidence. A warning cannot be deemed a sufficient balancing factor when the unverified testimony of the eyewitness of the alleged crime is the only decisive evidence. The jury was unable to assess equitably and properly the testimony of the witness.

The Grand chamber concluded that Article 6.3.d) of the Convention was violated.

#### b) Georgia

With its Decision of 22 January 2015, the Constitutional Court of Georgia declared unconstitutional the second sentence of Article 13.2 of the CPCoG, the normative content of which stipulates the possibility to render a judgment of conviction based upon hearsay; and article 169.1 of the CPCoG, the normative content of which stipulates the possibility of indictment based upon hearsay.<sup>32</sup>

When a normative content of a norm is declared unconstitutional by the Constitutional Court of Georgia, it is not declared invalid. Instead, the organ (authorised official) or any other interested person applying the norm, should be guided by the arguments provided under the reasoning of the decision of the Constitutional Court and accordingly determine the extent and content of the norm that remained valid. The Constitutional Court noted in its judgment that use of hearsay does not always entail the violation of Article 6 of the Convention. The above-discussed practice of the European Commission and ECtHR, along with the judgments of the Constitutional Court of Georgia, represents a guiding standard, which should be used while determining the constitutionality of the use of hearsay in the jury trial and its compatibility with Article 6 of the Convention.

### 3. Selection of Jurors

#### a) European Commission

In the case *Kremzow v. Austria*, the European Commission stated that the fact that the parties could not participate in the selection process of the jurors does not contradict Article 6. 1 of the Convention.<sup>33</sup> The European Com-

mission considered it sufficient that the ruling regarding the selection of jurors was made by the authorised organ; in this case, the presiding judge of the District Court. The Application was rejected in this part.<sup>34</sup>

#### b) ECtHR

The European Commission's approach towards the selection of jurors was also verified by the practice of the ECtHR. In the *Kremzow* case, the ECtHR made a reference to its latest judgment in *Pichugin v. Russia*<sup>35</sup> and restated that Article 6 of the Convention does not oblige the lawmaker to ensure the right of the parties to participate in the selection of jurors. The ECtHR noted that national legislation allowed the applicant to put questions to the candidate jurors, with a view to identifying any reasons that might disqualify them from examining his case, and file reasoned and unreasoned objections to the candidates or to the entire jury.

#### c) Georgia

Under the CPCoG, the defendant may participate in the selection process of jurors in such a way that he/she may ask the prospective jurors questions and file a motion to challenge them.<sup>36</sup> However, in the end, jurors are appointed by the presiding judge.<sup>37</sup>

Based on the analysis of the practice of the European Commission and the ECtHR, we may say that in case the issue of participation of the defendant in the formation of the jury trial is appealed in the ECtHR, violation of Article 6 of the Convention will not be established.

### 4. Impartiality of the Jury

#### a) The European Commission

In its practice, the European Commission had to discuss the question regarding the impartiality of a judge, who is a presiding judge of the jury and, at the same time, has decided upon applying the measure of restraint against the defendant.<sup>38</sup> The Commission deemed that consideration of the issue of applying the measure of restraint would not hinder the judge from impartially exercising his/her functions as the presiding judge of the jury trial. The application was subsequently rejected.<sup>39</sup>

In the *Kremzow* case, the Commission noted that the right to an independent and impartial tribunal, as guar-

<sup>32</sup> Citizen of Georgia – Zurab Mikadze v. Parliament of Georgia; Judgment no. 1/1/548, III-2 of the Constitutional Court of Georgia, dated 22 January 2015.

<sup>33</sup> *Kremzow v. Austria*, Application no. 12350/86, Decision of 5 September 1990, rendered by the European Commission of Human Rights.

<sup>34</sup> *Idem*.

<sup>35</sup> *Pichugin v. Russia*, Application no. 38623/03, paragraphs 180 and 181 of the Judgment of 22 October 2012, rendered by the European Court of Human Rights.

<sup>36</sup> Article 225 of the CPCoG.

<sup>37</sup> Article 224 of the CPCoG.

<sup>38</sup> *Schmid v. Austria*, Application no. 13783/88, Decision of 14 December 1989, rendered by the European Commission of Human Rights.

<sup>39</sup> *Idem*.

anteed under Article 6.1 of the Convention, was not violated due to the selection and composition of the jury. However, it is noteworthy that the Commission emphasised that the question regarding the impartiality of the jurors was not raised.<sup>40</sup> Therefore, it is logical to conclude that even though the Commission deemed that selection of jurors by the ruling of the presiding judge does not violate Article 6.1 of the Convention, if, during the selection process, the presiding judge does not take into consideration the alleged bias of jurors due to their opinions and attitude, Article 6 of the Convention may be violated.

In the *Kremzow* case, Article 61 of the Convention was not violated because of the discretion of the presiding judge to agree or reject the requests of the persons, being on the list of jurors, to exempt them from jury duty. Reserve jurors who were present at the trials could, in case of necessity, replace those who could no longer perform the jury duties. The application was rejected under this head.<sup>41</sup>

#### b) ECtHR

The practice of the ECtHR was more concrete regarding the issue of impartiality. In particular, the Court defined that, in the context of Article 6 of the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, impartiality normally denotes the absence of prejudice or bias.<sup>42</sup> The ECtHR has adopted two tests in order to examine whether a judge is impartial. The first test provides for the determination of whether a particular judge had a personal opinion or an interest regarding the given case, while the second test provides for the examination of whether the court ensured sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect. While determining if the fear that these requirements were not met is substantiated, the parties' position is important but not decisive. The fact, whether this fear is objectively substantiated, is decisive.<sup>43</sup>

While discussing the impartiality of domestic courts, the ECtHR determined that there is a presumption regarding the personal impartiality of a judge, until proven otherwise.<sup>44</sup> The ECtHR determines the same with regard to the jury trial.<sup>45</sup>

In the 2014 case of *Peter Armstrong v. the United Kingdom*, the applicant claimed that there were two police officers, one former and one active, among the jurors reviewing the murder case against him, which violated his right to a fair trial.<sup>46</sup> According to the factual circumstances established in the given case, the retired police officer had been separated from police activity for many years and was not familiar with the applicant's case.<sup>47</sup> As for the active police officer, he knew a police officer from the courtroom. The prosecution proved to the court that the person who was at the courtroom and knew the juror was indeed a police officer; however, he was not a witness in the given case.<sup>48</sup>

The applicant took the case to the ECtHR claiming that the presiding judge did not provide a written explanation as to why the active police officer was allowed to be a juror. The applicant made assumption that the selection of jurors was manipulated and the police officers, retired and active, were not selected by chance.<sup>49</sup>

In a democratic society, it is of fundamental importance that the court enjoys the trust of both the society and accused. Therefore, the court, including the jury trial, should be objectively and subjectively impartial.<sup>50</sup> The necessity to ensure the legitimacy of a trial might imply the obligation of the presiding judge to dismiss a certain juror or the entire panel of jurors. However, it is also possible that certain guarantees are deemed sufficient and the mentioned measures are no longer necessary.<sup>51</sup>

The mere fact that a juror is familiar with the witness who is to be questioned in the case does not necessarily mean that he/she will certainly be partial in favour or against the testimony of the above witness. In every individual case, the nature of an acquaintance and the extent to which it indicates the partiality of the court should be determined. The ECtHR deems that if a juror is a police officer and personally knows the police officers who are going to give a testimony, mere instruction and warning of the presiding judge are insufficient to avoid the risk of a police officer's inclination to favour a police officer's testimony, even subconsciously.<sup>52</sup>

Another significant factor is whether the defendant has filed a motion for the recusal of a juror or not.<sup>53</sup> In this re-

<sup>40</sup> *Idem*.

<sup>41</sup> *Kremzow v. Austria*, Application no. 12350/86, Decision of 5 September 1990, rendered by the European Commission of Human Rights.

<sup>42</sup> *Micallef v. Malta*, Application no. 17056/06, paragraph 93 of the Decision of 15 October 2009, rendered by the Grand Chamber of the European Court of Human Rights.

<sup>43</sup> *Khoniakina v. Georgia*, Application no. 17767/08, paragraph 52 of the Judgment of 19 June 2012, rendered by the European Court of Human Rights.

<sup>44</sup> *A.K. v. Liechtenstein*, Application no. 38191/12, paragraph 66 of the Judgment of 9 June 2015, rendered by the European Court of Human Rights.

<sup>45</sup> *Hanif and Khan v. the United Kingdom*, Application no. 52999/08, 61779/08, paragraph 144 of the Judgment of 20 December 2011, rendered by the European Court of Human Rights.

<sup>46</sup> *Peter Armstrong v. the United Kingdom*, Application no. 65282/09, Judgment of 9 December 2014, rendered by the European Court of Human Rights.

<sup>47</sup> *Ibid.*, paragraph 8.

<sup>48</sup> *Ibid.*, paragraph 12.

<sup>49</sup> *Ibid.*, paragraphs 27 and 28.

<sup>50</sup> *Ibid.*, paragraph 35.

<sup>51</sup> *Peter Armstrong v. the United Kingdom*, Application no. 65282/09, paragraph 36 of the Judgment of 9 December 2014, rendered by the European Court of Human Rights; *Hanif and Khan v. the United Kingdom*, Application no. 52999/08, 61779/08, paragraphs 139 and 140 of the Judgment of 20 December 2011, rendered by the European Court of Human Rights.

<sup>52</sup> *Hanif and Khan v. the United Kingdom*, Applications no. 52999/08, 61779/08, paragraph 148 of the Judgment of 20 December 2011, rendered by the European Court of Human Rights.

<sup>53</sup> *Adetoro v. the United Kingdom*, Application no. 46834/06, paragraph 55 of the Judgment of 20 April 2010, rendered by the European Court of Human Rights.

gard, the ECtHR takes into account if the solution offered by the judge was discussed beforehand between the judge and the lawyer.<sup>54</sup>

The ECtHR deemed that there was no evidence proving that the retired and active police officers were partial during the trial. Accordingly, it had to determine if, during the review of the case by the jury, enough guarantees were provided to exclude any objectively substantiated doubt regarding the partiality of the jury.<sup>55</sup>

Jurors (retired and active police officers, as well as 10 remaining jurors) in the given case were randomly selected from the local population and the applicant's claim regarding the manipulation of the formation of the jury trial was absolutely impermissible. Before starting to exercise their duties, some of the jurors took an oath and solemnly affirmed that they would review the case fairly and render a verdict based on the evidence provided. In addition, they were advised to inform the presiding judge about any problem and not to discuss the case outside the court. The presiding judge gave an instruction to them on how to deal with the case and the presented evidence.<sup>56</sup>

The ECtHR paid attention to the fact that both the jurors informed the presiding judge about their connection to the police officer at the very early stage of the legal proceeding. Moreover, the active police officer did not even hide the fact that he was familiar with his colleague from the courtroom. The presiding judge immediately demanded motions from the parties. The active police officer was asked questions in order to find out to what extent he knew the police officer from the courtroom and the police officer who was going to be questioned during the trial. The applicant was completely included in these processes and was kept informed about the prepared questions.<sup>57</sup>

In addition, the applicant was given the opportunity to determine the connection of the retired and active police officers to the case in question. The defence had the opportunity to challenge the fact that these two police officers were in the panel of jurors.<sup>58</sup>

The ECtHR also paid attention to the nature of the relation between the concerned jurors and other participants of the proceeding. There was no evidence proving that the retired police officer knew any of the persons participating in the proceeding. The active police officer recognised a person from the courtroom; however, he did not know the

reason for his presence at the proceeding. The active police officer was shown the list of police officers who were going to be questioned as witnesses and he confirmed that he did not know any of them.<sup>59</sup> This case differs from the *Hanif and Khan* case, in which an active police officer, who was also a juror, was familiar with the police officer who was going to be questioned.<sup>60</sup>

Finally, it is important to mention that the defendant's strategy did not aim at nullifying the testimony of the police. The applicant confessed to killing the victim, therefore the only issue that the jury had to decide upon was whether the defendant acted in self-defence.<sup>61</sup> The court determined that during the review of the case by jury trial, there were enough guarantees to ensure the impartiality of the jury. Accordingly, Article 6.1 of the Convention was not violated.<sup>62</sup>

### c) Georgia

Detailed standards regarding the impartiality of the jury, as provided under the case law of the European Commission and the ECtHR, are not reflected in the procedural legislation of Georgia. This may become the ground for the violation of Article 6 of the Convention during the review of relevant application by the ECtHR, if the aforementioned gaps are not filled either by practice or legislative amendments.

## 4.1. Influence of the Press

### a) ECtHR

Under the well-established case-law of the ECtHR, virulent media campaign may have a negative impact upon the fairness of the trial in a way that it can influence the public opinion and the opinion of jurors who have to decide upon the culpability of the accused person.<sup>63</sup> In this case, the fairness criteria of the proceeding may be violated in the context of impartiality of the court as well as the presumption of innocence, since these two guarantees are interrelated.<sup>64</sup> At the same time, the court stresses that promulgation of ongoing events in the press represents the exercise of the right to freedom of expression guaranteed under Article 10 of the Convention. If during a trial there is a virulent media campaign, a defendant's subjective fear regarding the partiality of the court is not decisive. Whether the fear is objectively reasoned, based on the

<sup>54</sup> *Peter Armstrong v. the United Kingdom*, Application no. 65282/09, paragraph 38 of the Judgment of 9 December 2014, rendered by the European Court of Human Rights; *Boyle and Ford v. the United Kingdom*, Application no. 29949/07, 33213/07, paragraph 41 of the Judgment of 22 June 2010, rendered by the European Court of Human Rights.

<sup>55</sup> *Peter Armstrong v. the United Kingdom*, Application no. 65282/09, paragraph 39 of the Judgment of 9 December 2014, rendered by the European Court of Human Rights.

<sup>56</sup> *Ibid.*, paragraph 40.

<sup>57</sup> *Ibid.*, paragraph 41.

<sup>58</sup> *Ibid.*, paragraph 42.

<sup>59</sup> *Ibid.*, paragraph 43.

<sup>60</sup> *Hanif and Khan v. the United Kingdom*, Applications no. 52999/08, 61779/08, Judgment of 20 December 2011, rendered by the European Court of Human Rights.

<sup>61</sup> *Ibid.*, paragraph 44.

<sup>62</sup> *Ibid.*, paragraph 45.

<sup>63</sup> *Craxi v. Italy*, Case no. 1, Application no. 34896/97, paragraph 98 of the Judgment of 5 December 2002, rendered by the European Court of Human Rights.

<sup>64</sup> *Ninn-Hansen v. Denmark*, Application no. 28972/95, Decision of 18 May 1999, rendered by the European Court of Human Rights.

concrete factual circumstances of the case, is a decisive factor.<sup>65</sup>

As for the issue of whether it is possible that a state can be held liable for violating the right to a fair trial guaranteed under Article 6 of the Convention due to media campaign, the ECtHR deems that violation shall be attributed to the state, if the virulent media campaign is initiated by the state and infringes the fairness of the proceeding (principles of impartiality of the court and the presumption of innocence). In addition, it is recognised that a professional judge, unlike a non-lawyer juror, has a better ability to form an impartial and independent opinion.<sup>66</sup>

In the case of *Krylov v. Russia*, the applicant was charged with murder under aggravating circumstances.<sup>67</sup> His case was reviewed by a jury, after which the conviction was appealed in the Court of Appeals. During the appeal proceeding, an article was published about the applicant, in which he/she was shown as guilty. In the applicant's opinion, the article had an influence on the judges of the Court of Appeal.<sup>68</sup>

The ECtHR noticed that the article regarding the criminal case against the applicant was published in the local press after the review of the case by the jury. One publication (copy of which was not submitted to the ECtHR by the applicant) was not deemed as virulent media campaign by the ECtHR. In addition, the applicant could not prove that the media campaign was initiated by the state government.<sup>69</sup>

The ECtHR gave more significance to the time of the publication of an article. By that time, the jury had already rendered a verdict, and, considering their experience and preparedness, professional judges, unlike the jurors, could not be affected by the materials published in the press. These factors help a judge to neglect outside influences. The applicant could not persuade the ECtHR that judges of the Court of Appeal were under the influence of the publication at the time of decision-making.<sup>70</sup>

The ECtHR rejected the application deeming that it was manifestly-ill founded in this context.<sup>71</sup>

#### b) Georgia

The CPCoG also shares the opinion, that unlike jurors, professional judges are less likely to be influenced by information, contained in any kind of object or a document that was not admitted as evidence. In particular, according to

the CPCoG, during jury trials, the admissibility of evidence is decided without the participation of the jury.<sup>72</sup> Also, if a fair and objective review of a case cannot be ensured, taking into account its intensive coverage by mass media, "the court hearing the case may, with the consent of the Chairperson of the Supreme Court of Georgia, transfer the jury trial to a court located in another territory."<sup>73</sup>

### 5. Publicity of a Hearing

#### a) the European Commission

In the *Kremzow* case, the European Commission discussed the compatibility of the instruction given to the jury by the judge, in the absence of the parties, with Article 6.1 of the Convention. The Commission took into account the fact that besides Austria, legislations of other countries of the Council of Europe also provide for the restriction on publicity. Austria, by integrating this system into its legislation, remained within the scope established by the Convention. In addition, the Commission deemed that the judge giving an instruction to the jury before voting was part of the court deliberations. The application was rejected in this context.<sup>74</sup>

#### b) ECtHR

In its practice, the ECtHR confirmed the approach of the European Commission regarding the judge's instruction to the jury in the absence of the parties.<sup>75</sup>

#### c) Georgia

Publicity of the jury trial is envisaged under the CPCoG to the possible extent. In particular, before retiring to the deliberation chamber, instructions of the presiding judge are public. These instructions are given to the jurors in writing as well and parties may file a motion with the presiding judge for making amendments and additions to the instructions.<sup>76</sup> However, the protection of human rights in terms of application of relevant law in practice is the competence of the ECtHR and not the determination of the compliance of the law with the Convention. If an application, stating that a judge did not ensure the publicity of the jury trial through instructing them publicly, is lodged with the ECtHR against Georgia, the application will most likely be rejected based on the case-law of the Commission.

<sup>65</sup> *Beggs v. the United Kingdom*, Application no. 15499/10, paragraph 123 of the Decision of 16 October 2012, rendered by the European Court of Human Rights.

<sup>66</sup> *Natsvlshvili and Togonidze v. Georgia*, Application no. 9043/05, paragraph 105 of the Judgment of 29 April 2014, rendered by the European Court of Human Rights.

<sup>67</sup> *Krylov v. Russia*, Application no. 36697/03, Judgment of 14 March 2013, rendered by the European Court of Human Rights.

<sup>68</sup> *Ibid.*, paragraph 32.

<sup>69</sup> *Ibid.*, paragraph 37.

<sup>70</sup> *Ibid.*, paragraph 38.

<sup>71</sup> *Ibid.*, paragraph 39.

<sup>72</sup> Article 239.3 of the CPCoG.

<sup>73</sup> Article 226.3 of the CPCoG.

<sup>74</sup> *Kremzow v. Austria*, Application no. 12350/86, Decision of 5 September 1990, rendered by the European Commission of Human Rights.

<sup>75</sup> *Krylov v. Russia*, Application no. 36697/03, paragraph 39 of the Judgment of 14 March 2013, rendered by the European Court of Human Rights.

<sup>76</sup> Article 231 of the CPCoG.

## 6. Review of the Case by the Jury Trial More than Once

### a) ECtHR

In 2014, the ECtHR assessed the compliance of the review of the same charges by jury trial for three times with Article 6 of the Convention. This time, the ECtHR's jurisdiction *ratione materiae* only extended to the assessment of the reasonable terms<sup>77</sup> of the proceeding.

The ECtHR assessed the terms of proceedings by the two consecutive compositions of jury in the context of the following general criteria: complexity of the case, actions of the applicant and the diligence of the organs implementing the process, as well as the importance of the applicant's interests.<sup>78</sup> The ECtHR agrees that a person's interest to be acquitted on all counts and not to be subjected to a sentence of imprisonment is undoubtedly important.<sup>79</sup> As for the complexity of the proceeding, arguments presented by the respondent state that the case was complex because many witnesses had to be questioned during a trial, and the brutal nature of the murder, was not deemed persuasive by the ECtHR. Even though the gravity of the accusation is a factor that should be taken into account in this situation, the ECtHR deemed that the case was not of particular complexity.<sup>80</sup>

The ECtHR also did not agree with the argument regarding the complexity of the case in the context of procedural requirements. The respondent state tried to prove that the jurors, unlike the professional judges, would find it more difficult to come to an agreement. The ECtHR deemed that even if the state is able to essentially substantiate this argument, it still is not released from the duty to establish the criminal justice system in such a way that the implementation of the Convention is ensured.<sup>81</sup>

The ECtHR emphasised that when the jury trial was appointed for the second time, a positive obligation was imposed upon the state to reduce procrastination of the proceeding to a minimum. Accordingly, the ECtHR established that Article 6.1 of the Convention was indeed violated.<sup>82</sup>

Ten years later, the Grand Chamber of the ECtHR once again reaffirmed the approach given in the Judgment of 2014. In the *Svinarenko and Slyadnev v. Russia* case, the applicants complained before the Grand Chamber that the

length of the criminal proceedings against them had been incompatible with the "reasonable time" requirement.<sup>83</sup> In particular, the jury reviewed the applicant's case three times and the review of the case in two instances took approximately two years.<sup>84</sup> The Grand Chamber affirmed the violation of Article 6. 1 of the Convention.<sup>85</sup>

### b) Georgia

In the short history of jury trial in Georgia, there were cases where if one composition of the jury was not able to reach a verdict another composition of jury was selected in order to examine the same case.<sup>86</sup> It is true that in this case it is impossible to discuss the issue of reasonable terms of proceedings since the trial is not yet over. However, in general, it is important to identify those problems that may arise in similar cases in light of the right to a fair trial guaranteed under Article 6 of the Convention.

## III. Conclusion

In terms of human rights protection, examination of a case by a jury is open to a number of challenges. For the identification and solving of the problems caused by the introduction of a new mechanism in the CPCoG and practice, the European Convention on Human Rights is the most important and effective instrument.

The present article provided a review of the standards established by the ECtHR with regard to the jury trial. The article discussed in particular the right to a jury trial; use of hearsay and decisive evidence in a jury trial; selection of jurors; impartiality of jurors and the influence of media upon them; and publicity of the process and reasonable terms for the review of the case by the jury.

Practice of the ECtHR is often based upon the reasoning developed in the decisions of the European Commission of Human Rights. Accordingly, some of the important decisions of the Commission were also studied in this article. In some of the decisions, a number of claims regarding the review of the case by jury were rejected, while some other decisions made an important impact on the further practice of the ECtHR.

The article provided the analysis of those procedural guarantees that could have been violated during a review of a case by jury trial in Georgia and, accordingly, could have caused the violation of Article 6 of the Convention. In relation to this, critical analysis provided in the article is

<sup>77</sup> *Henworth v. the United Kingdom*, Application no. 515/02, Decision of 16 September 2003, rendered by the European Court of Human Rights.

*Henworth v. the United Kingdom*, Application no. 515/02, paragraph 23 of the Judgment of 2 November 2004, rendered by the European Court of Human Rights.

<sup>78</sup> *Henworth v. the United Kingdom*, Application no. 515/02, paragraph 24 of the Judgment of 2 November 2004, rendered by the European Court of Human Rights.

<sup>79</sup> *Ibid.* paragraph 25.

<sup>80</sup> *Ibid.* paragraph 26.

<sup>81</sup> *Ibid.* paragraph 27.

<sup>82</sup> *Ibid.* paragraphs 29 and 31.

<sup>83</sup> *Svinarenko and Slyadnev v. Russia*, Applications nos. 32541/08 and 43441/08, paragraph 140 of the Judgment of 17 July 2014, rendered by the Grand Chamber of the European Court of Human Rights.

<sup>84</sup> *Ibid.* paragraph 142.

<sup>85</sup> *Svinarenko and Slyadnev v. Russia*, Applications nos. 32541/08 and 43441/08, paragraphs 143 and 145 of the Judgment of 17 July 2014, rendered by the Grand Chamber of the European Court of Human Rights.

<sup>86</sup> <http://www.tabula.ge/ge/story/97046-giorgi-oqropiridzis-saqmes-kvlav-nafici-msajulebi-ganixilaven> [visited on 9 January 2016].

important, on one hand, for substantiating the claims of alleged violations, and, on the other hand, so that the persons assessing the norms can take it into account. This especially concerns the use of hearsay in the jury trial, terms of the proceeding and the guarantees for the impartiality of the jury. As a result of the review of the practice, those issues were identified, which are to be rejected by the ECtHR, or which are not to be considered as violations, in case an application is filed. This concerns the right to a jury trial, selection of jurors and publicity of the process.

Thus, considering the size of the article, the present review provides as comprehensive information as possible regarding all those issues that may arise in Georgia in relation to the review of the case by the jury trial in the context of the Convention. Based on the detailed analysis of the practice of the ECtHR, some conclusions are made regarding the presumable approaches of the Court. In this light, review of the practice is equally important for legal theorists, practicing lawyers, subjects of the procedural guarantees and the organs implementing criminal proceeding.

# How does the European Convention on Human Rights Balance the Right of Families on One Hand and Those of Children Specifically on the Other?

## I. Introduction

The following work will examine the question of how the European Convention on Human Rights<sup>2</sup> manages to maintain a balance between the rights of families on one hand and those of children specifically on the other. For that reason, the practice and the case-law of the European Court of Human Rights<sup>3</sup> will be properly discussed. Which principles the Court mainly operates on when deciding whether a violation of Article 8<sup>4</sup> took place? How does it deal with the problematic question of the duty to ensure appropriate balance between all parties? By which proportionality tests does it operate with regard to care and custody/access issues? All the above-mentioned questions will be carefully examined below.

## II. Principles of the Convention

Article 8 of the Convention is related to the issue of family life. In the provisions of Article 8, it is stated:

“1. Everyone has the right to respect for his ... family life ... 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of the right except such as in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”<sup>5</sup>

To discuss what exactly is meant by the concept of “family life”, we have to point out that the Convention is a “living instrument”, which gives rise to dynamic or evolutive interpretation<sup>6</sup> by the Court implementing it. Thus, the Court has read it taking into the consideration all the social

changes.<sup>7</sup> Each decision, whether there is a family life or not, will be determined case by case, considering all the facts, looking at the substance of the relationship and the implications for the parties involved.<sup>8</sup>

Under the Court’s practice, there are several aspects, which can fall within Article 8 of the Convention. Generally speaking, in most cases, where the existence of a child is in question, the Court deems that Article 8 can be followed. Children who are born to married parents are *ipso jure* part of the relationship between a man and woman and “hence, from the moment of the child’s birth and by the very fact of it, there exists between him and his parents a bond amounting to “family life””.<sup>9</sup> However, it is not always essential that the man and woman live together.<sup>10</sup> In its finding in *Mackx v. Belgium* case, the Court established that the relationship between child and his mother, who is not married, constituted family life.<sup>11</sup> Contrary to this provision, relationship between father, in the same situation, and his child does not automatically mean that such relationship forms family life. Here, all aspects of the case should be considered.<sup>12</sup> In short, the main component of family life is the right to live together, so that family relationships may “develop normally”<sup>13</sup> and that all members of the family may “enjoy each other’s company”.<sup>14</sup> However, interference with this right is permissible providing that it is in accordance with the principles envisaged by Article 8(2) of the Convention.

When established within the ambit of Article 8, protection for family life stems from the provision in a number of areas. In *Marckx* case, the Court disposed that the state had a positive obligation to provide a system of domestic law, which safeguarded the integration of the child into family life. Duty to respect family life is extremely important.<sup>15</sup> As Padraic Kenna argues, “[t]he doctrine of positive obligations requires member states to protect individual persons from threats to their Convention rights or to assist them to achieve full enjoyment of those rights.”<sup>16</sup> In *Johnston v. Ireland*, the Court found that “the normal development of natural family ties between unmarried parents and their children required that the latter be placed legally and socially in a position akin to that of a child whose parents were married.”<sup>17</sup> Family ties are particularly significant as

<sup>1</sup> Doctoral student in International Law, Ivane Javakishvili Tbilisi State University; Master of Law in International Human Rights Law, University of Essex, UK; Master of International Law, Ivane Javakishvili Tbilisi State University; Chief Specialist at the Department of Internationalization and Scientific Research, Faculty of Law, Tbilisi State University.

<sup>2</sup> European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR, hereinafter, the Convention).

<sup>3</sup> European Court of Human Rights (hereinafter, the Court).

<sup>4</sup> Article 8, ECHR.

<sup>5</sup> See above.

<sup>6</sup> *Tyrer v. the United Kingdom*, Appl. no. 5856/72, judgment of 25 April 1978.

<sup>7</sup> Harris, O’Boyle and Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, (2<sup>nd</sup> Edition, 2009), pg. 371.

<sup>8</sup> See above, at pg. 372.

<sup>9</sup> *Berrehab v. the Netherlands* A 138 (1988); 11 EHRR 322, para. 21.

<sup>10</sup> *Kroon and Others v. the Netherlands* A 297-C (1944); 19 EHRR 263, para. 30.

<sup>11</sup> *Marckx v. Belgium* A 31 (1979); 2 EHRR 330, para. 31 PC.

<sup>12</sup> *Boughanemi v. France* 1996-II; 22 EHRR 228, para 35.

<sup>13</sup> See above, note 9.

<sup>14</sup> *Olsson v. Sweden* A 130 (1988); 11 EHRR 259, para. 59 PC.

<sup>15</sup> See above, note 9.

<sup>16</sup> Padraic Kenna, “Housing Rights: Positive Duties and Enforceable Rights at the European Court of Human Rights” 13 *European Human Rights Law Review* 193 (2008).

<sup>17</sup> U. Kilkelly, *The Right to Respect for Family and Private Life*, Council of Europe, 2003, pg. 48. citing, *Johnston v. Ireland*, judgment of 18 Dec. 1986.

the Court refers to them and takes decisions following the examination of these family ties.<sup>18</sup>

Not all parents and their children are in a position to have their natural family ties accepted under Article 8, although any “exceptions must be justified with reference to the best interests of the child under paragraph 2”.<sup>19</sup> While taking the decision, the Court takes into account the rights and freedoms of all concerned, and more particularly, the “best interest of the child and his or her rights under Article 8 of the Convention ... it is for the national authorities to strike a fair balance between them.”<sup>20</sup>

When decisions on interfering with family relationships, such as engaging children for adoption or taking children into care, the obligation to respect family life imposes procedural obligations on the state. In *W v. UK*, the Court ruled that Article 8(1) requires all states to have the procedure adequate to protect the interests of family members. Thus, parents should be actively involved in proceedings concerning their children.<sup>21</sup>

One of the main features of the state’s positive obligation to respect family life distresses the position of alien family members, those who do not have the right to enter or to stay in the Convention state where other family members have the right to live. The essence of family life is the right to live together, although the Convention does not protect the right to live in a contracting state.<sup>22</sup> The Court has held that states “enjoy a wide margin of appreciation in deciding how the right of access to the Court should be circumscribed.”<sup>23</sup>

### III. Care and Custody/Access – Balancing Exercise

The issue of “legality” was raised by the area in which the compatibility of an interference with Article 8 has to be considered. Such area concerns children who are taken into public care. It is well established that such an action will constitute clear interference with respect for family life that requires justification under Article 8(2).<sup>24</sup> In such cases, the threshold for establishing risk of harm to the

child before intervention takes place is too low.<sup>25</sup> Relevant and sufficient reasons related to the welfare of the child must exist.<sup>26</sup> Taking a child into care requires that the impact of the action on the parent and the child is assessed sensibly before implementing a care order.<sup>27</sup> Being so, the Court hardly ever found the violation of Article 8, except in cases where the child has been removed from his mother at birth.<sup>28</sup>

Considering the cases related to taking children into public care, the Court directs its attention to two main aspects of the issue. The first aspect is the implementation of the care order, which includes rights such as access and reunification of children with their parents; and the second one is the development of strong jurisprudence on procedural rights.<sup>29</sup> As the case-law clearly shows, normally, such measures are regarded as temporary measures “... to be discontinued as soon as circumstances permit and that any measures of implementation of temporary care should be consistent with the ultimate aim of reuniting the natural parent and the child.”<sup>30</sup> With regard to reuniting parents with their children, Article 8 obliges all parties of the Convention to undertake regular examinations and overviews in order to consider if the conditions and circumstances for keeping the child in public care continue to be met.<sup>31</sup> If in future there is improvement in the family’s life, the care order must immediately be brought to an end. In some cases, the Court made a decision on a violation of Article 8 with regard to the state’s obligation to let parents have access and communicate with their child held in care.<sup>32</sup> The necessity, for not complying with the mentioned obligation “had to be supported by strong argument”.<sup>33</sup> Considering the case-law of the Court, it is established that though states have wide margin of appreciation with regard to children protection, in cases of taking them into care and prohibiting parents from contacting their children, it still requires greater level of scrutiny.<sup>34</sup> Justification in such circumstances will only be a paramount requirement affecting the best interests of the child.<sup>35</sup> One of the main principles with regard to children’s care is the principle that, before sending the child into care, national courts have to consider all alternative measures that can more effectively tend to the child’s best interest.<sup>36</sup> In the case of *Moser v Austria*, the Court held that alternatives to taking a child into care must be considered where there are concerns about material conditions. In other cases,

<sup>18</sup> *Berrehab v. the Netherlands* 1988, A 138; 11 EHRR 322, para 29. The case concerning previously married alien, who, after divorcing, had lost his right to stay in the Netherlands. He was under deportation order, in spite of the fact that he had very close relationship with his daughter. For the Court in deciding that there was a violation of the Article 8, it was extremely important to consider the strength of Berrehab’s ties with his child. Ties, which were under threat when the parent was refused a residence permit. Thus, the state failed to balance properly between their interests and those of the state.

<sup>19</sup> *X, Y & Z v. the United Kingdom*, judgment of 22 April 1997.

<sup>20</sup> *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, 2001-I; 31 EHRR 212, para. 94.

<sup>21</sup> *W v. the United Kingdom*, A 1987, 121, 10 EHRR 29, para. 64, 77-9 PC.

<sup>22</sup> *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, A 94 (1985); 7 EHRR 471, para. 68 PC.

<sup>23</sup> *Johansen v. Norway* 1996-III; 23 EHRR 33, paras. 62-4; see also, *Stubbings and Others v. the United Kingdom* 1996, 23 EHRR 213, para. 55.

<sup>24</sup> U. Kilkelly, *The Child and the European Convention of Human Rights*, 1999, pp. 263-94.

<sup>25</sup> See above, note 13.

<sup>26</sup> See above, at paras. 74, 77 PC.

<sup>27</sup> *Venema v. the Netherlands*, 2003; 1 FLR 552, para. 93.

<sup>28</sup> *K and T v. Finland* 2001-VII; 36 EHRR 255, paras. 164-70 GC.

<sup>29</sup> See above, note 6, pg. 415.

<sup>30</sup> *Olsson v. Sweden* A 130 (1988); 11 EHRR 259, para. 81 PC.

<sup>31</sup> See above, note 25, para. 170.

<sup>32</sup> *Andersson (M and R) v. Sweden* A 226-A (1992); 14 EHRR 615, para. 95.

<sup>33</sup> *Kutzner v. Germany* 2002-I; 35 EHRR 653, para. 79.

<sup>34</sup> *L. v. Finland*, 2000, 31 EHRR 737, para 118.

<sup>35</sup> See above, note 20, para. 78.

<sup>36</sup> *Moser v. Austria*, Application No. 12643/02, 21 Sep 2006.



the Court ruled that there have to be a proportionate response to the need for adequate provision of financial and therapeutic assistance to families.<sup>37</sup>

Procedural rights have also played a significant role in the case-law regarding contact and custody disputes. In *Sahin v. Germany*,<sup>38</sup> the national court did not hear the child directly; he was not appropriately involved to protect his interests under the Article 8.<sup>39</sup> Nevertheless, the Grand Chamber disagreed and noted that the issue of hearing the child directly depended on specific conditions in each case, considering the age and maturity of the child concerned. However, it was also envisaged that domestic courts are always required to hear a child.<sup>40</sup> Additionally, in *Sommerfeld v. Germany*,<sup>41</sup> the Court held that domestic courts are always required to involve a psychology expert with regard to the issue of access to a parent not having custody.<sup>42</sup> Contrary to the abovementioned, the child's wishes were fully taken into account by the Court when deciding to transfer custody rights from the father to the maternal grandparents of the child. The length of time she had been in the *de facto* custody of her grandparents was also considered by the Court.<sup>43</sup> The interests of the child were superior to those of her father.

Given the importance to many national and international human rights treaties on the "best interests of the child"<sup>44</sup> in reaching decisions, it was to be expected that action justified by the state on this ground would weigh particularly deeply in favour of the legitimacy of an act of interference with an Article 8(1) right.<sup>45</sup> Indeed, where the matter of hearing children has come before the Court, it has generally taken a positive approach to children's views.<sup>46</sup>

#### IV. Conclusion

To summarise, the question of the existing balance between the rights of families and those of children specifically within the Article 8 of the European Convention was discussed above. The case-law of the European Court was considered in detail, according to which, one thing may be concluded, viz., when dealing with the cases concerning rights of parents on one hand and those of

their children on the other hand, the Court always gives special importance to the well being of a child and its best interest.

<sup>37</sup> *Wallová and Walla v. the Czech Republic*, App. 23848/04, 26 October 2006; see also, *Havelka and Others v. the Czech Republic*, App. 23499/06, 21 June 2007 and *Saviny v. Ukraine*, App. 39948/06, 18 December 2008 respectively.

<sup>38</sup> Dispute was about an unmarried father's right to contact with his child.

<sup>39</sup> *Sahin v. Germany* 2001; 36 EHRR 765, para. 45-8; see also, *Hoffman v. Germany* 2001, 36 EHRR 565.

<sup>40</sup> See above, at para. 73.

<sup>41</sup> Comparing to *Sahin* case, here the situation was slightly different: there was an argument that authorities should not have listened to the child, as no supporting psychiatric evidence could be shown.

<sup>42</sup> *Sommerfeld v. Germany* 2001; 36 EHRR 565, para. 43.

<sup>43</sup> *Hokkanen v. Finland* 1994; A 299-A; 19 EHRR 139, paras. 63-5.

<sup>44</sup> The Convention on the Rights of the Child (CRC), Article 3(1).

<sup>45</sup> See above, note 6, pg. 418.

<sup>46</sup> For example, *C. v. Finland*, Appl. No. 18249/02, judgment of 9 May 2006.

Norbert Bernsdorff<sup>1</sup>

## **Review of the Case-Law of the European Court of Human Rights on Individual Complaints versus Armenia, Azerbaijan and Georgia, 2015**

(Reporting period: 01.01.2015 – 31.12.2015)

This report follows the previous case-law review, published in the Issue No. 6 of the South Caucasus Law Journal (N 06/2015; reporting period: from 01.01.2014 to 31.12.2014). The report contains a brief review of judgments passed by the European Court of Human Rights (ECtHR) against the three states-members of the European Convention of Human Rights, particularly, Armenia, Azerbaijan and Georgia, in the period from 01.01.2015 to 31.12.2015, based on the above Convention. The review analyses only the judgments on individual applications on which the Court held that a concrete norm of the European Convention or one of its Protocols has been violated. The report omits the cases in which the Court ruled on the inadmissibility of individual applications as well as cases that have been removed from the ECtHR Registry. The ECtHR judgments are available in English and French at [www.echr.coe.int.-case-law-hudoc](http://www.echr.coe.int.-case-law-hudoc).

For reference: During the given period, the ECtHR passed 32 judgments against Germany, including 11 judgments on the merits; 35 judgments against France, including 21 judgments on the merits; and 37 judgments against the UK, including 6 judgments on the merits.

1. For the reporting period of 01.01.2015 to 31.12.2015, the ECtHR established eight violations of the Convention by **Armenian authorities**.

In the mentioned judgments on the merits, the Court mainly established violations of Article 3 (prohibition of inhuman or degrading treatment), Article 6 (1) (right to a fair trial) and Article 1 of Protocol No. 1 (protection of property) to the Convention.

### **Davtyan v. Armenia**

**(Judgment of 31.03.2015, Application no. 29736/06)**

The applicant is an Armenian national who was born in 1962 and lives in Yerevan. The former director of a bank, the applicant was arrested in March 2003 and charged

with large-scale embezzlement. He was found guilty in 2005 and sentenced to six years' imprisonment. Relying in particular on Article 3 (prohibition of inhuman or degrading treatment) of the European Convention of Human Rights, he complained about inadequate medical treatment of tumour on his vocal chords while in detention over a prolonged period. He was operated for tumour only in 2006.

In its Chamber judgment, the European Court of Human Rights held that there has been a violation of Article 3 (inhuman and degrading treatment) and that Armenia was to pay to the applicant a just satisfaction of EUR 9,000 towards non-pecuniary damage.

### **Nalbandyan v. Armenia (Judgment of 31.03.2015, Applications nos. 9935/06 and 23339/06)**

The three applicants, husband and wife, and their daughter, are Armenian nationals. In February 2005, the spouses were found guilty of murdering their daughter's classmate and were sentenced to nine and fourteen years' imprisonment respectively. The case concerned the family's allegations of their ill-treatment in police custody in June and July 2004. The wife had reportedly been beaten on the soles of her feet with a baton for refusing to testify against her husband. On the same occasion, the police threatened to rape her daughter. The applicants also relied on violation of Article 6 §§ 1 and 3 (c) (right to a fair trial / right to legal assistance of own choosing / right of access to court).

In its Chamber judgment, the European Court of Human Rights held that there has been a violation of Article 3 (inhuman and degrading treatment) due to the ill-treatment in police custody and violation of Articles 6 §§ 1 and 3 of the Convention. The Court ordered that Armenia was to pay to the applicants EUR 10,000, EUR 27,000 and EUR 25,000 respectively towards non-pecuniary damage.

### **Helsinki Committee of Armenia v. Armenia (Judgment of 31.03.2015, Application no. 59109/08)**

The applicant organisation, the Helsinki Committee of Armenia, is a non-governmental human rights organisation based in Yerevan. The case concerned a ban on the organisation holding a march on 12 May 2008 in mourning the death of a man, who was a witness in a murder investigation and jumped out of a police station window. The Mayor of Yerevan banned the march for national security and public order reasons following post-election clashes, which had caused casualties and had resulted in the President of Armenia declaring a state of emergency. Relying on Article 11 (freedom of assembly and association) of the Convention, the applicant NGO complained about the ban on them holding their march of mourning. Further relying on Article 13 (right to an effective remedy),

<sup>1</sup> Judge of the Federal Social Court that is the German Federal Court of Appeals located in the city of Kassel; Professor of the Faculty of Law, Philipps-Universität, Kassel/Marburg, Germany Editor-in-Chief of this journal.

the NGO also complained that any appeal against the decision banning their march, received after the date of the planned event, had not only been ineffective but meaningless.

In its Chamber judgment, the European Court of Human Rights held that there has been a violation of Articles 11 and 13 of the Convention.

**Chiragov and Others v. Armenia**  
(Judgment of 16.06.2015, Application no. 13216/05)

Violation of Article 1 of Protocol No. 1 (protection of property) to the European Convention of Human Rights, violation of Article 8 (right to respect for private and family life) and violation of Article 13 (right to an effective remedy) of the Convention.

**Shamoyan v. Armenia**  
(Judgment of 07.07.2015, Application no. 18499/08)

Violation of Article 6 § 1 (right to a fair trial – access to court) of the European Convention of Human Rights.

**Saghatelyan v. Armenia**  
(Judgment of 20.10.2015, Application no. 7984/06)

The applicant is an Armenian national who was born in 1959 and lives in Armenia. The case concerned her complaint that she had been unable to obtain judicial review of her dismissal from the post of judge on charges of gross violations of the rules of criminal procedure. She was dismissed from her post by a decree issued by the President of Armenia following a motion filed by the Minister of Justice and approved by the Council of Justice. She argued that the motion for her dismissal did not contain any reasoning and not accompanied by any supporting documentation. She further argued that the commission of gross violations of the law could only have been found by a higher court and not by non-judicial bodies and officials, such as the Council of Justice or the Minister of Justice.

In its Chamber judgment the European Court of Human Rights held that there has been a violation of Article 6 § 1 (access to court) and that Armenia was to pay to the applicant just satisfaction of EUR 3,600 towards non-pecuniary damage.

**Sahakyan v. Armenia**  
(Judgment of 10.11.2015, Application no. 66256/11)

Violation of Article 5 § 5 (Right to liberty and security) of the European Convention of Human Rights.

**Amirkhanyan v. Armenia**  
(Judgment of 03.12.2015, Applications nos. 5250/07 and 22343/08)

The applicant is an Armenian national who was born in 1941 and lives in Yerevan. In 1994, he had bought a plot of land from another person and subsequently he also used an adjacent strip of land, which the seller had been using but to which he did not hold any ownership rights. In 2004, the owner of the adjacent strip of land brought proceedings against the applicant claiming her ownership rights. In December 2006, a district court granted her claim and ordered the applicant to release the strip of land to her. Later, the appeal court granted the applicant's appeal, finding that the former owner had relinquished her ownership rights of the strip of land. An appeal on points of law, lodged by the former owner, was declared inadmissible by the Court of Cassation. However, the Court subsequently examined her second appeal on points of law and remitted the case for a fresh examination to the district court, which granted her claim and recognised her ownership rights of the strip of land.

Mr. Amirkhanyan complained that the decision to quash the final judgment in his favour had been in breach of Article 6 § 1 (right to a fair trial) and of Article 1 of Protocol No. 1 (protection of property) to the Convention.

In its Chamber judgment, the European Court of Human Rights held that there has been a violation of Article 6 § 1, Article 1 of Protocol No. 1 and that Armenia was to pay to the applicant just satisfaction of EUR 3,000 towards non-pecuniary damage.

2. For the reporting period of 01.01.2015 to 31.12.2015, the ECtHR established sixteen violations of the Convention by **Azerbaijani authorities**. Three applications have been rejected (Applications nos. 28371/11, 186/11 and 51435/10), and 25 have been removed from the Registry (Applications nos. 48413/13, 40063/11, 35834/11, 68672/11, 63069/11, 63068/11, 63067/11, 63066/11, 63065/11, 63064/11, 63063/11, 63062/11, 42922/12, 40413/12, 21718/12, 64029/11, 18849/10, 53094/13, 53072/13, 53064/13, 53046/13, 53031/13, 16505/12, 60659/08 and 61737/14).

In the mentioned judgments on the merits, the Court mainly established violations of Article 3 (prohibition of inhuman or degrading treatment), Article 5 (right to liberty and security) and Article 3 of Protocol No. 1 (right to free elections) to the Convention.

**Igbal Hasanov v. Azerbaijan**  
(Judgment of 15.01.2015, Application no. 46505/08)

Violation of Article 3 (prohibition of torture) of the Convention.

**Uzeyir Jafarov v. Azerbaijan**  
(Judgment of 29.01.2015, Application no. 54204/08)

Violation of Article 3 (prohibition of torture) of the Convention.

**Akhverdiyev v. Azerbaijan**  
(Judgment of 29.01.2015, Application no. 76254/11)

Violation of Article 1 of Protocol No. 1 (protection of property) of the Convention.

**Nagiyev v. Azerbaijan**  
(Judgment of 23.04.2015, Application no. 16499/09) of the Convention.

Violation of Article 5 (right to liberty and security) of the Convention.

**Emin Huseynov v. Azerbaijan**  
(Judgment of 07.05.2015, Application no. 59135/09)

Violation of Article 3 (prohibition of torture), Article 5 (right to liberty and security), and Article 11 (freedom of assembly and association) of the Convention.

**Tahirov v. Azerbaijan**  
(Judgment of 11.06.2015, Application no. 31953/11)

Violation of Article 3 of Protocol No. 1 (right to free elections) to the Convention.

**Sargsyan v. Azerbaijan**  
(Judgment of 16.06.2015, Application no. 40167/06)

Violation of Article 1 of Protocol No. 1 (protection of property), Article 8 (right to respect for private and family life), and Article 13 (right to an effective remedy) of the Convention.

**Mehdiyev v. Azerbaijan**  
(Judgment of 18.06.2015, Application no. 59075/09)

Violation of Article 3 (prohibition of torture), Article 5 (right to liberty and security) and Article 10 (freedom of expression) of the Convention.

**Isayeva v. Azerbaijan**  
(Judgment of 25.06.2015, Application no. 36229/11)

Violation of Article 5 (1) (right to liberty and security) and Article 5 (3) (right of an arrested or detained person to be brought before judge) of the Convention.

**Kerimli v. Azerbaijan**  
(Judgment of 16.07.2015, Application no. 3967/09)

Violation of Article 2 (2) of Protocol No. 4 (free movement) to the Convention.

**Gahramanli v. Azerbaijan**  
(Judgment of 08.10.2015, Application no. 36503/11)

Violation of Article 3 of Protocol No. 1 (right to free elections) to the Convention.

**Gafgaz Mammadov v. Azerbaijan**  
(Judgment of 15.10.2015, Application no. 60259/11)

Violations of Article 5 (right to liberty and security), Article 11 (freedom of assembly and association), Article 6(1) (right to a fair trial) and Article 6 (3) (minimum rights) of the Convention.

**Khalikova v. Azerbaijan**  
(Judgment of 22.10.2015, Application no. 42883/11)

Violations of Article 5 (right to liberty and security), Article 8 (right to respect for private and family life and the home) and Article 1 of Protocol No. 1 (protection of property) to the Convention.

**Annagi Hajibeyli v. Azerbaijan**  
(Judgment of 22.10.2015, Application no. 2204/11)

Violation of Article 3 of Protocol No. 1 (right to free elections) to the European Convention on Human Rights and Article 34 (right of individual petition) of the Convention.

**Yagublu v. Azerbaijan**  
(Judgment of 05.11.2015, Application no. 31709/13)

Violation of Article 5 § 1 "c" (right to liberty and security) of the Convention.

**Sakit Zagidova v. Azerbaijan**  
(Judgment of 12.11.2015, Application no. 51164/07)

Violation of Article 6 of the Convention (right to a fair trial).

3. For the reporting period of 01.01.2015 to 31.12.2015, the ECtHR established three violations of the Convention by **Georgian authorities**. Five applications have been rejected (Applications nos. 32220/07, 28199/12, 21004/02, 11182/10 and 21110/03), and 36 applications have been removed from the Registry (Applications nos. 8177/12, 58228/09, 40207/05, 31197/06, 37701/08, 44851/09, 72874/01, 51247/10, 22958/11, 7130/11, 2274/10, 21785/10, 28987/08, 28103/11, 5609/08, 60864/10, 60814/10, 22318/10, 652/10, 2204/12, 75737/11, 61783/11, 56080/10, 18372/04, 12928/10, 4769/10, 29845/07, 312/10, 28297/10, 59835/12, 65969/09, 41504/06, 4731/10, 65128/10, 64987/14 and 40085/09).

In the mentioned judgments on the merits, the Court mainly established violations of Article 3 (prohibition of inhuman or degrading treatment), Article 8 (right to respect for private and family life), Article 11 (freedom of assembly and association) and Article 1 of Protocol No. 1 (protection of property) to the Convention.

**Saghinadze v. Georgia**  
**(Judgment of 13.01.2015, Application no. 18768/05)**

Judgment on payment of pecuniary damage following the judgment of 27.05.2010 (Article 41 of the Convention: Just Satisfaction).

**Gogitidze and Others v. Georgia**  
**(Judgment of 12.05.2015, Application no. 36862/05)**

The applicants – Sergo Gogitidze, his brother and sons – are citizens of Georgia currently residing in Moscow. The case concerned the court-imposed measure of confiscation of property belonging – in particular – to Sergo Gogitidze, the former Adjarian Deputy Minister of the Interior, on charges of abuse of authority and extortion. In September 2004, the Supreme Court of Adjara held that the forfeiture of the applicants' property was lawful. The applicants failed to appear before court. Their constitutional complaint was dismissed later as well.

In its Chamber judgment, the European Court of Human Rights held that there have been no violations of Article 1 (protection of property) of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights.

**Identoba and Others v. Georgia**  
**(Judgment of 12.05.2015, Application no. 73235/12)**

The applicants were non-governmental organisation Identoba, set up to promote and protect the rights of LGBT people in Georgia, and 14 other individuals – all citizens of Georgia. The case concerned a peaceful demonstration held in Tbilisi in May 2012 to mark the International Day against Homophobia. The demonstration was violently disrupted by counter-demonstrators outnumbering the marchers. According to the applicants, the police remained relatively passive in the face of the violence.

The Court's findings, under Article 3 (prohibition of inhuman or degrading treatment) in conjunction with Article 14 (prohibition of discrimination), that the authorities had failed to protect the applicants' freedom to participate in the march from the violence motivated by bias was equally pertinent concerning the complaints under Article 11 (freedom of assembly and association).

The Chamber of the European Court of Human Rights held that Georgia was to pay to the 13 applicants, who had

participated in the march, between EUR 2,000 and 4,000 each, and to the NGO Identoba EUR 1,500 towards non-pecuniary damage.

**G.S. v. Georgia**  
**(Judgment of 21.07.2015, Application no. 2361/13)**

The applicant, G.S., is a Ukrainian national who was born in 1981 and lives in Kharkiv (Ukraine). She had a son in 2004 with G. Ch., a dual Georgian-Ukrainian national, who moved to Russia in 2005. Her former partner decided to keep their son in Georgia with his family at the end of the summer holidays in 2010, while himself living in Russia and occasionally visiting his son in Georgia. Georgian courts rejected her requests to return her son to Ukraine.

In its Chamber judgment, the European Court of Human Rights held that there has been a violation of Article 8 (right to respect for private and family life) of the European Convention on Human Rights and that Georgia was to pay to the applicant EUR 8,000 towards non-pecuniary damage.

George Svanadze<sup>1</sup>

## Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Georgia and Forum Selection Clause/Choice of Jurisdiction

(A Brief Comment on the Recent Development of Case-Law of the Supreme Court of Georgia)

### Introduction

On 26 October 2015, the Supreme Court of Georgia ruled on case no. a-2135-sh-46-2015<sup>2</sup>, setting forth important interpretations and constructions on conflict of laws, including international private law and international civil procedural law. An essential part of the courts' decision and interpretations concerned the choice of international jurisdiction of courts (forum selection clause) and the legal nature/character and implications of the choice of jurisdiction in the context of recognition and enforcement of foreign judgments in Georgia.

The objective of this article is to review the judgment rendered by the Supreme Court of Georgia and to analyse respective interpretations from practical as well as theoretical standpoint. This review is an attempt to make conclusions based on the judgment in question that might have considerable implications for further development of practice of recognition and enforcement of foreign judgments in Georgia, and application of the rules of international private law and international civil procedural law of Georgia. Georgian law on international private law (the IPR-Georgia)<sup>3</sup> and bilateral and multilateral international agreements become subject to interpretation and application of the Court.

Interesting issues covered by the reasoning of the Court are as follows:

- distinction between the exclusive and specific international jurisdiction of courts;
- forum-Shopping;

- *actor sequitur forum rei*;
- *revision au fond*;
- mirror-image rule/principle (*Spiegelbildsprinzip*);
- legal nature and effects of the recognition of foreign court decisions; and
- correlation of the bilateral and multilateral treaties effective in Georgia.

### I. The Case

A Ukrainian company (hereafter the "UCo" / the "claimant") filed a suit against a Georgian company (hereafter the "GeoCo") in a state court of Kharkov, Ukraine, claiming USD 205,000 for the breach of construction service contract (hereafter the "Contract"). The "UCo" won the case in the Ukrainian state court of Kharkov and submitted the judgment rendered as of 06.08.2013 to the Supreme Court of Georgia for the recognition and enforcement of the Ukrainian court's verdict on the territory of Georgia. The "GeoCo" requested for the oral hearing of the recognition process in the Supreme Court of Georgia and submitted respective arguments against recognising the Ukrainian judgment. The arguments of the "GeoCo" are as follows:

First argument of the "GeoCo" is based on Art. 68 (2) (d) IPR-Georgia which sets forth that the recognition of a foreign judgments is to be denied if "[...] the foreign court that adopted the decision is not considered as competent under the legislation of Georgia" (*Spiegelbildsprinzip*<sup>4</sup>);

Second argument of the "GeoCo" is based on Art. 9 (b) IPR-Georgia which provides that Georgian courts shall have international jurisdiction if "[...] the obligations under an agreement must be fulfilled in Georgia";

Third argument of the "GeoCo" refers to the involvement of Ukrainian co-defendant in the proceedings in the Ukrainian court. In particular, the Ukrainian court involved another Ukrainian company as co-defendant in the proceedings. This co-defendant was considered as a guarantor of the "GeoCo" for the contract in question. The "GeoCo" alleged that it had no relationship with any guarantor and that only reason to have the guarantor involved in the proceedings was to artificially establish international jurisdiction of the Ukrainian court based on its domicile in Ukraine.

Fourth argument, to be seen as implied in the judgment in question is the forum selection clause as stipulated in Art. 12 of the Contract as follows:

"In case the parties do not reach an amicable agreement by negotiations, then the dispute should be subject to the courts of the state (except the jurisdiction of ordinary

<sup>1</sup> Attorney-at-law, Head of EY Law Practice Georgia; Associate Professor and Assistant Professor at Tbilisi State University (Georgia) and Tbilisi Free University (Georgia); academic co-director of National Center for Commercial Law, Georgia.

<sup>2</sup> Decision of Supreme Court of Georgia no. a-2135-sh-46-201 as of 26 October 2015, available at [www.supremecourt.ge](http://www.supremecourt.ge).

<sup>3</sup> Matters of international private law and international civil procedural law are covered by the Georgian law on international private law as of 29.04/1998.

<sup>4</sup> With further references for Georgian and German law see: Svanadze, *Grundlagen des deutsch-georgischen Anerkennungsrechts*, 2014, 77, 85.

courts) where the defendant has its seat, in accordance with the regulations of the respective court and substantive and procedural laws of the state of defendant.”

Irrespective of the above arguments, the Supreme Court of Georgia recognised the Ukrainian judgment based on the reasoning discussed below.

## II. Commentary to the Judgment

### 1. Legal Nature of the Forum Selection Clause

It is the only case in question where the Supreme Court of Georgia addressed the issue of legal nature of the forum selection clause as set forth in Art. 12 of the contract. In particular, the Supreme Court of Georgia construed that the “Agreement on choice of jurisdiction (forum selection clause) is an agreement of independent nature and separate from the main contract. The validity and enactment of such an agreement is subject to substantive law and its admissibility, form and legal effects are subject to respective procedural law. In Georgian reality, the issue of form is subject to Article 18 of IPR-Georgia<sup>5</sup> and the validity and enactment should be governed by the law determined as applicable in accordance with Article 27 of IPR-Georgia<sup>6,7</sup>”

<sup>5</sup> Art. 18 IPR-Georgia sets forth:

1. Parties may agree on international jurisdiction of a court of Georgia even if it is not competent under Articles 8, 9 and 10 of this Law. The agreement must be concluded:
  - a) in writing or verbally followed by a written confirmation; and
  - b) in international trade relations in the form that corresponds with international trade practices and which is or must have been known to the parties.
2. Courts of Georgia shall have international jurisdiction if a respondent party agrees to participate in a proceeding without lodging an objection to the jurisdiction of the court despite:
  - a) the respondent is represented by a lawyer; and
  - b) the judge notified the respondent of the possibility of lodging an objection and the notification is recorded in a protocol of the proceeding.
3. The parties may come to an agreement on international jurisdiction of a foreign court if one party has a place of residence, residence or habitual residence in a foreign country. Accordingly, paragraph 2 of this article shall apply to the agreement.
4. Agreements on jurisdiction defined in Articles 10-16 of this Law shall be void. In this case, paragraph 2 of this article shall not apply.

<sup>6</sup> Art. 27 IPR-Georgia sets forth:

1. Entry into force and authenticity of a transaction or of its individual provision shall be determined by the law of a country, which ought to have been applied to determine the authenticity of the transaction or any of its provisions.
2. If there are circumstances according to which determination of the activity of one party under the law referred to in paragraph 1 of this article during contract negotiations may have been unjustified, a person may apply the law of his/her country of habitual residence to prove that he/she has not given consent to concluding the contract.
- <sup>7</sup> Compare with further references to the additional literature: Svanadze, Drafting and Negotiating International Commercial Contracts in Light of International Sales Law, Georgian Business Law Review, 2015, 50 (<http://nccl.ge/ge/review/>); Svanadze, Rechtsnatur der internationalen Gerichtsstandsvereinbarung im georgischen Recht: Kann die ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarung georgischen Gerichten als Abwehrmaßnahme gegen forum shopping im Ausland dienen? (Rechtsvergleichende Analyse) in: Beiträge und Informationen zum Recht im postsowjetischen Raum ([www.mpipriv.de/gus/](http://www.mpipriv.de/gus/)), ([http://www.mpipriv.de/files/pdf3/2010\\_12\\_22\\_013.pdf](http://www.mpipriv.de/files/pdf3/2010_12_22_013.pdf)).

This interpretation of the forum selection clause complies with the constructions found with respect to German law.<sup>8</sup> This approach of the Supreme Court of Georgia will bring more clarity to the matters of construction of the forum selection clauses. Moreover, the discussed assessment of the forum selection clause compares with the developed interpretation of arbitration agreements.<sup>9</sup> If the interpretation in question is followed by the future coming judgments of the Supreme Court of Georgia, to establish a unified approach, then it would contribute to the establishment of Georgia as an attractive forum for international disputes. This would make easier for respective practicing lawyers drafting forum selection clauses to foresee and appropriately plan the litigation strategy related to Georgian courts.

It is very important to underline that the judgments in question firstly raised the issue of applicable law to the forum selection clause. Splitting of the issue into two parts leading to applicable substantive law based on Art. 27 IPR-Georgia<sup>10</sup> and procedural law in accordance with Art. 18 of IPR-Georgia is the very first and exceptional approach for Georgian case law and practice. This ushers in a new era and impulse for further development and internationalisation of Georgian conflict of laws in general. The judgment in question contains extensive interpretation and reasoning on the issue of exclusive jurisdiction of Georgian courts, which has not been dealt in such details before.

#### a. Exclusive International Jurisdiction

One of the main parts of the reasoning of the Supreme Court of Georgia is devoted to the analysis of the system of international jurisdiction of Georgian courts. It is the very first time when the Supreme Court impliedly construed Art. 10 IPR-Georgia<sup>11</sup> as providing a set of rules of exclusive international jurisdiction of Georgian courts and not a specific international jurisdiction as it reads word-by-word from the legislature’s terminology.<sup>12</sup> This is a huge positive

<sup>8</sup> Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., Rn. 495; HM, BGHZ 49, 384; 59, 23, 26.

<sup>9</sup> Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., Rn. 1319; B. Born, International Arbitration: Law and Practice, 2012, 43, 45; Graffi, The law Applicable to the Validity of the Arbitration Agreement: A practitioner’s View in: Ferrari/Kröll, Conflict of Laws in International Arbitration, 2011, 19, 63.

<sup>10</sup> Please see analysis of Art. 27 IPR-Georgia by Vashakidze, Das Internationale Privatrecht von Georgien, 2014, 140, 144.

<sup>11</sup> Art. 10 IPR-Georgia sets forth:  
*Courts of Georgia shall have specific [exclusive] international jurisdiction only over claims that refer to:*  
 a) immovable property, if the property is in Georgia;  
 b) the authenticity or termination of decisions of a legal person or its body, if the residence of the legal person or its body in Georgia;  
 c) registration of legal persons by the courts of Georgia or other bodies;  
 d) registration of a patent, a trademark or other rights, if the rights were registered or requested for in Georgia; and  
 e) enforcement actions that were requested for or implemented in Georgia.

<sup>12</sup> According to terminology used by the Georgian legislature, Art.

step by the judiciary to fill the technical gap of the legislation, which would avoid misleading understanding and misinterpretations of Art. 10 IPR-Georgia in the future.

It now became possible to infer that Art. 10 IPR-Georgia, which has implications for the direct as well as indirect international jurisdiction of Georgian courts, sets forth the rules of exclusive international jurisdiction of Georgian courts (*Entscheidungszuständigkeit* and *Anerkennungszuständigkeit*)<sup>13</sup>.

In particular, if a case falls under the exclusive international jurisdiction of Georgian courts according to Art. 10 IPR-Georgia, then the following main legal outcomes are to be taken into consideration: (a) respective parties' agreement on international jurisdiction of the courts other than Georgian would be declared as void under Art. 18 (4) IPR-Georgia; and (b) if the respective party still files a suit in a foreign court outside Georgia and then brings the judgment back to Georgia for recognition and enforcement of that judgment in Georgia, then the Supreme Court of Georgia should reject the recognition based on Art. 68 (2) (a) IPR-Georgia.<sup>14</sup>

Hence, based on the above-developed analysis, it would be reasonable and practicable to bring the claim in Georgian courts in such cases where the final enforcement of respective judgment is sought in Georgia and a case scenario falls under Art. 10 IPR-Georgia.

#### *b. Interpretation of the Forum Selection Clause*

As already prescribed above, the wording of forum selection clause in question was as follows:

"In case parties do not reach an amicable agreement by negotiations, then the dispute should be subject to the courts of the state (except jurisdiction of ordinary courts) where the defendant has its seat, in accordance with the regulations of the respective court and substantive and procedural laws of the state of defendant."

It is important to underline that the Supreme Court of Georgia dealt with the Georgian translation of the above clause that was originally drafted in Russian. The main subject to interpretation was the following part of the clause in brackets: "[...] (*except jurisdiction of ordinary courts*)".

In particular, the Supreme Court of Georgia devoted extensive reasoning to the following two issues:

- Whether the part in the brackets means that the parties to the contract have excluded jurisdiction of ordinary

courts of all countries other than the countries where they have their seats; or

- The parties have underlined with the wording in the brackets that in addition to jurisdiction of ordinary courts, the parties can bring the claim to the courts of that state where respective defendant has its seat.

The Supreme Court of Georgia concluded in favour of the second option of the above interpretations and inferred that the forum selection clause does not derogate jurisdiction of ordinary courts. Therefore, the "UCo" was not deprived of the right to claim in the court of Ukraine and consequently recognition of the judgment of the Ukrainian court should not be denied based on Art. 68 IPR-Georgia.

### Thoughts on Reasoning

This conclusion of the Supreme Court of Georgia might become subject to challenges based on the following arguments:

It is relevant to stress that the principle of "actor sequitur forum rei"<sup>15</sup> applies almost in all jurisdictions. Hence, the parties' right to bring the claim to the court of state where the defendant has its seat would have been given based on the applicable domestic law and international bilateral and multilateral treaties even without any wording of Art. 12 of the contract in question.<sup>16</sup> Hence, based on the common sense of a reasonable and prudent person, there should not be any need for the parties to agree specially on the international jurisdiction of the courts of the country where the respective defendant has its seat. Moreover, both parties in question are legal entities engaged in international commercial transactions. Hence, their understanding of respective business environment and potential legal outcomes deriving from commercial contracts as such are foreseeable in contrast to less experienced individuals. Hence, it is hard to assume and presume that the lawyers and respective representatives of such business entities should not be expected to be aware of the above legal outcomes and applicable domestic and international regulations.

Based on the above analysis, one could infer that the parties' intention was to exclude international jurisdiction of all ordinary courts and agree on the exclusive international jurisdiction of the courts of state where the respective defendant would have its seat. The forum selection clause could be considered as prorogation of the courts of respective defendants with very limited element of "forum

<sup>10</sup> IPR-Georgia reads as "specific international jurisdiction"; however, the content of Art. 10 is exclusive international jurisdiction. For this issue, see further analysis by: Svanadze, Grundlagen des deutsch-georgischen Anerkennungsrechts, 2014, 83, 84; Svanadze, Recognition of foreign judgments in Georgia: Is the Recognition of foreign judgments in Georgia predictable? in: Beiträge und Informationen zum Recht im postsowjetischen Raum (www.mpipriv.de/gus), ([http://www.mpipriv.de/files/pdf3/2009\\_12\\_09\\_023.pdf](http://www.mpipriv.de/files/pdf3/2009_12_09_023.pdf)).

<sup>13</sup> Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., Rn. 216.

<sup>14</sup> Svanadze, Grundlagen des deutsch-georgischen Anerkennungsrechts, 2014, 84.

<sup>15</sup> Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., Rn. 222, 251.

<sup>16</sup> This right of potential claimant and therefore sort of defence of the defendant is guaranteed under Art. 8 IPR-Georgia; Art. 76 (1) (2) of the Ukrainian Law on International Private Law as of 23.06.2005, N2709-IV (the "IPR-Ukraine"); Art. 21 of The Convention on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters as of 22 January 1993, Minsk, as amended on 28 March 1997 (the "MinskC"); and Art. 21 of the Agreement between Ukraine and the Georgia on legal assistance and legal relations in civil and criminal cases as of 06.12.1996 (the "Georgian-Ukrainian Agreement").



shopping”<sup>17</sup> in it, i.e., to claim to the respective courts of state of the defendants. Hence, the “UCo” could bring the claim against “GeoCo” in a Georgian court and the “GeoCo” could file the claim against “UCo” in the court of Ukraine.

Consequently, one could infer that the word “except” included in the wording in the brackets of the forum selection clause could be construed as the word with the meaning of exclusion of the international jurisdiction of respective ordinary courts and solely agreeing on the exclusive international jurisdiction of the courts of respective defendants.

In order to proceed with the above conclusion that the parties have excluded international jurisdiction of ordinary courts, it is also important to check whether respective applicable laws find it admissible to designate exclusive international jurisdiction of respective courts by way of particular combination of prorogation-derogation and mutual agreement of the parties. This issue is analysed in the sub-section below.

Notwithstanding the fact that the above principles of “actor sequitur forum rei” and “forum shopping” have been correctly mentioned and analysed by the Supreme Court of Georgia in the case in question, the above provided application of the principles did not find their place in the reasoning of the Court. Respectively, the Court concluded that the parties set forth the possibility of “forum shopping” in the courts of defendant as well as in the respective country’s courts according to the ordinary applicable general rules of international jurisdiction.

### Agreement on International Exclusive Jurisdiction

It is important to stress that neither IPR-Georgia nor the MinskC and Georgian-Ukrainian Agreement expressly set forth the rules applicable to agreements on exclusive international jurisdiction of respective courts. However, the mentioned laws do not stipulate any rule prohibiting the parties to agree on exclusive forum selection clause based on generally applicable parties’ private autonomy principle.

Furthermore, Art. 18 IPR-Georgia as well as Art. 21 MinskC<sup>18</sup> and Art. 21 Georgian-Ukrainian Agreement<sup>19</sup> expressly stipulate parties’ right on choice of jurisdiction.

<sup>17</sup> Please see with additional references: Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., Rn. 250; and for Georgian law see: Svanadze, Rechtsnatur der internationalen Gerichtsstandsvereinbarung im georgischen Recht: Kann die ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarung georgischen Gerichten als Abwehrmaßnahme gegen forum shopping im Ausland dienen? (Rechtsvergleichende Analyse) in: Beiträge und Informationen zum Recht im postsowjetischen Raum (www.mpipriv.de/gus), ([http://www.mpipriv.de/files/pdf3/2010\\_12\\_22\\_013.pdf](http://www.mpipriv.de/files/pdf3/2010_12_22_013.pdf)).

<sup>18</sup> Art. 21 (1) MinskC:  
The courts of contracting states shall have jurisdiction also in cases, where there is written agreement between the parties on choice of jurisdiction. [...] The exclusive jurisdictions of the courts should not be changed based on such agreement.

<sup>19</sup> Art. 21 (2) Georgian-Ukrainian Agreement:  
The courts of contracting states shall have jurisdiction also in cases where there is written agreement between the parties on choice of jurisdiction. [...] The exclusive jurisdictions of the courts should not be changed based on such agreement.

Hence, if there is a choice of jurisdiction made between respective parties, then the legal nature and its content is subject to interpretation. In such cases, where the applicable laws such as IPR-Georgia, MinskC or Georgian-Ukrainian Agreement does not precisely provide directly applicable rules, as it is the case for Brussels regime<sup>20</sup>, the turn goes to judge-made law through interpretation. In particular, respective judges should very carefully and closely study the wording of the parties’ choice of jurisdiction clause and interpret it based on the methods of interpretation<sup>21</sup>.

It is worth mentioning that the Supreme Court of Georgia has really very carefully studied the clause in question, which is very important for the development of Georgian case law. However, the Court concluded differently.

In the case in question, there was room for the development of interpretation to conclude that the parties have agreed on exclusive international jurisdictions of the courts of respective defendants’ seat. However, it was not an outcome of the judgment. Furthermore, the “GeoCo” could contribute to it by way of providing respective argumentation; however, based on publicly available judgment materials, it was not the case.

According to the above considerations, one could conclude that parties generally are not deprived of the right to draft such wording of forum selection clause that expressly would show the parties’ intention to designate exclusive international jurisdiction of respective state court(s). Moreover, the parties can freely choose the jurisdiction, if it does not change statutory exclusive jurisdiction.<sup>22</sup> In the case in question, there was no statutory exclusive jurisdiction of any court. Hence, the parties could freely agree on the exclusive jurisdiction of the courts of respective defendant.

As an interim conclusion, it is possible to infer that the parties’ agreement on forum selection could be interpreted as the agreement on exclusive international jurisdiction of the defendants’ court. Consequently, if the Supreme Court of Georgia had applied the above-developed approach, then the outcome of the case could be another; i.e., the Court could have rejected to recognise the Ukrainian judgment in Georgia based on Art. 43 (3) Georgian-Ukrainian Agreement<sup>23</sup> or Art. 55 (d) MinskC<sup>24</sup>, considering the

<sup>20</sup> See: Art. 25 of the Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

<sup>21</sup> Svanadze, Drafting and Negotiating International Commercial Contracts in Light of International Sales Law, Georgian Business Law Review, 2015, 53, 54 (<http://nccl.ge/ge/review>).

<sup>22</sup> Compare same regulations of Art. 18 (4) IPR-Georgia, Art. 21 (1) Georgian-Ukrainian Agreement and Art. 21 (2) MinskC.

<sup>23</sup> Art. 43 (3) Georgian-Ukrainian Agreement:  
*The judgment should not be recognised or enforced, if: [...] where the recognition and enforcement is sought, the case falls under exclusive jurisdiction of courts of such contracting state.) In accordance with this agreement or in cases not foreseen by this agreement but in accordance with the laws of contracting state.*

<sup>24</sup> Art. 55 (d) MinskC:  
*The judgment should not be recognised or enforced, if: [...] where the recognition and enforcement is sought, the case falls under exclusive jurisdiction of courts of such contracting state.) In accordance with this agreement or in cases not foreseen by this agreement but in accordance with the laws of contracting state.*

agreed international jurisdiction as an exclusive one. The same conclusion could be made based on the application of Art. 68 (2) (a) IPR-Georgia<sup>25</sup>, provided that there is no applicable international agreement prevailing over the domestic rules of IPR-Georgia.<sup>26</sup>

### c. Correlation of Domestic Law, Bilateral and Multilateral Conventions

The case in question is very important from the perspective of status-conflict between the sources of conflict of laws of Georgia and determination of the primacy between them. In particular, Georgian case law showed non-unified approach and application of international bilateral and multilateral agreements so far when dealing with recognising and enforcing foreign judgments on the territory of Georgia.<sup>27</sup> However, this case is a very good example where the Court attempted to draw the line between domestic law and international treaties.

The judgment includes reasoning and application of MinskC and Georgian-Ukrainian Agreement. However, in the resolution part of the judgment, it still refers simultaneously to Art. 68 IPR-Georgia and Art. 51, 53 of MinskC, without declaring the primacy of MinskC, as an international treaty, over IPR-Georgia.<sup>28</sup>

From this approach of the Supreme Court of Georgia, one could conclude that the Court solved the issue of primacy of application between MinskC and Georgian-Ukrainian Agreement in favour of MinskC. However, the Court did not provide any clarification on the assumptions and assessments it based its ruling on.

In such cases, it should be expected that the respective court sets forth clear reasoning about why one international agreement prevails over another. In this case, the Supreme Court of Georgia should have declared why the multilateral convention – MinskC – prevails over the bilateral Georgian-Ukrainian Agreement. In particular, it would be helpful for the development of Georgian case-law if the Supreme Court of Georgia had developed reasoning with respect to the principle “lex specialis derogate legi generali”<sup>29</sup> and the so-called principle of “favourability” (*Günstigkeitsprinzip*)<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Svanadze, Drafting and Negotiating International Commercial Contracts in Light of International Sales Law, Georgian Business Law Review, 2015, 53, 54 (<http://nccl.ge/ge/review>).

<sup>26</sup> With respect to correlation of domestic law to international treaties, see respective sub-section c. below.

<sup>27</sup> See with analysis of respective case-law Svanadze, Grundlagen des deutsch-georgischen Anerkennungsrechts, 2014, 12-16.

<sup>28</sup> Please see Art. 6 of Constitution of Georgia as of 24.08.1995; Art. 7 (3) of Georgian Law on Normative Acts as of 22.10.2009; and Art. 2 IPR-Georgia; according to the cited articles of respective laws international agreements and treaties enjoy primacy towards IPR-Georgia. Hence, Georgian judges are obliged to apply primary applicable international agreements/treaties, if the subject matter of respective case falls under the scope of international agreement/treaty ratified by Georgia.

<sup>29</sup> Svanadze, Grundlagen des deutsch-georgischen Anerkennungsrechts, 2014, 16.

<sup>30</sup> Compare: Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, Aufl. 6., Rn. 68; Linke/Hau, IZPR, Rn. 433; Geimer, IZPR, Rn. 2766; Mün-

On one hand, one should also admit that the respective articles of MinskC and Georgian-Ukrainian Agreement on recognition and enforcement of the judgments are same. The non-application of the above methods and principles would not have essential implication for the outcome of the case in question. However, for the clarity and predictability of future cases, it would be reasonable to have the above clarifications demonstrated in coming rulings on the recognition and enforcement of foreign judgments by the Supreme Court of Georgia.

On the other hand, it remains unclear why Art. 68 IPR-Georgia, simultaneously with MinskC, is applied in the resolution part of the judgment. It would be more desired from the perspective of increase of degree of foreseeability of the case outcome to define clearly that the international multilateral treaty – MinskC – prevails over domestic IPR-Georgia. This would avoid further misleading and misunderstandings for practicing lawyers when dealing with such cases.

## 2. Revision au Found

It is also the very first case where the Supreme Court of Georgia referred to the principle of *revision au found*. This principle was applied by the Supreme Court of Georgia to explain why it did not go into further details with respect to “GeoCo’s” allegation that the Ukrainian guarantor was not an appropriate party to the case. The reasoning of the Supreme Court of Georgia was that the “GeoCo” had an opportunity to submit its motion regarding this issue during the proceedings in the Ukrainian court. However, the “GeoCo” has not made use of this opportunity. Consequently, according to the judgment, the “GeoCo” lost the opportunity, as, according to the essence of recognition proceedings, the Supreme Court cannot revise the details of the case and re-litigate or re-examine the merits of the case.<sup>31</sup>

Furthermore, the “GeoCo” did not even appeal the judgment in Ukraine and let the Ukrainian court’s decision to enter into force (to enjoy *res judicata*).

It is subject to scrutinised interpretation whether the principle of “revision au found” primarily applies to these circumstances. However, the Supreme Court’s reasoning deserves positive assessment as it shows huge attempt to render judgment in compliance with, and based on, internationally recognised principles of conflict of laws and, in particular, international civil litigation.

## 3. Effect of Recognition

The Supreme Court of Georgia raised the issue of effect of recognition. It is not clear for what purposes the

chKommZPO/Gottwald, § 328, Rn. 14; Martiny, Hdb. IZVR, Bd. III/1, Kap. I, Rn. 223 ff. Svanadze, Grundlagen des deutsch-georgischen Anerkennungsrechts, 2014, 17.

<sup>31</sup> Compare: Martiny, Recognition and Enforcement of Foreign Money Judgments in the Federal Republic of Germany, 35 Am. J. Comp. L. 1987, p. 728.

assessment was made regarding this particular case, as there is no clear reference in the reasoning to the need of determining the legal effects of the recognition. However, irrespective of this fact, the Supreme Court of Georgia provided conclusions on the effects of recognition.

The Supreme Court of Georgia based its reasoning on the so-called theory of equivalence (*Gleichstellungstheorie*).<sup>32</sup> In the previous judgment of the Supreme Court of Georgia<sup>33</sup>, the so-called theory of “extension of effect” (*Wirkungserstreckungstheorie*)<sup>34</sup> was applied. According to this theory, the authority and effect of the foreign judgment recognised in the recognising country is equal to the authority and effect of the judgment in the rendering state.<sup>35</sup>

It is worth mentioning that the previous judgment relates to the recognition of arbitration award rendered by the London Court of Arbitration. However, the application of the *Wirkungserstreckungstheorie* could become a positive impulse for its application on the recognition of foreign state courts’ judgments. This would finally allow achieving the application of a more balanced theory of accumulation (*Kumulationstheorie*), which provides that “... a foreign judgment should be enforced as it would be in the rendering state, except insofar as its effects exceed those that German [Georgian] law allows for German [Georgian] judgments”.<sup>36</sup>

It would be preferable for the further development of Georgian case-law on recognition and enforcement of foreign judgments to apply *Kumulationstheorie*, especially in light of the fact that the scope of *res judicata* of Georgian court decisions is quite broad. It extends not only to the operative provision of the judgment but also to the reasoning of the judgment (see Art. 266 of the Civil Procedural Code of Georgia as of 14.11.1996).<sup>37</sup>

### III. Conclusion

It is very important to underline and conclude that the judgment of the Supreme Court of Georgia in question includes the most significant interpretations for further development of Georgian case-law on recognition and

enforcement of foreign judgments on the territory of Georgia. This judgment is to be considered as a huge step forward bringing Georgian case-law in compliance with the internationally recognised approaches and principles. The judgment leaves some parts open for challenges. However, it is in some cases an indispensable part of the development of law of a particular country. The approach demonstrated by this judgment is very promising from a practical standpoint. If this approach is followed by the judgments to be rendered by the Supreme Court of Georgia, then the international civil litigation and application of conflict of laws rules by the Georgian courts would become more predictable, effective and cost-efficient for businesses. This would contribute to increasing the attractiveness of the Georgian forum on the international level for internationally engaged businesses that could have a very positive legal and economic effect on Georgia as a country and as a seat with high but still hidden potential in the field of international commercial disputes at least for its region.

<sup>32</sup> See the analyses of Georgian case-law with respect to legal effects of recognition in: Svanadze, Grundlagen des deutsch-georgischen Anerkennungsrechts, 2014, 22-29.

<sup>33</sup> Judgment of Supreme Court of Georgia no. a-1985-sh-68-09 as of 26.03.2010.

<sup>34</sup> See the analyses of Georgian case-law with respect to legal effects of recognition in: Svanadze, Grundlagen des deutsch-georgischen Anerkennungsrechts, 2014, 22-29.

<sup>35</sup> Instead of others, please see with further references: Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., Rn. 881-886.

<sup>36</sup> Compare: Wurmnest, Recognition and Enforcement of U.S. Money Judgments in Germany, 23 Berkeley J. Int'l L. 2005, p. 182; Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., Rn. 886.

<sup>37</sup> Art 266 – Effects of entry into force of a judgment: *After a judgment enters into force, the parties or their successors may not apply again to a court with the same claims on the same grounds, or dispute the facts and legal relationships established under a judgment in other proceedings*; Svanadze, Grundlagen des deutsch-georgischen Anerkennungsrechts, 2014, 42-43.

## Analysis of the Decision no. VD/11193/05/13 of the RA Court of Cassation on Interpretation of Paragraph 4 of Article 68 of the RA Law on Legal Acts

### I. Introduction

*Paragraph 4 of Article 68 of the Republic of Armenia's (hereafter-RA) Law "on Legal Acts" stipulates that if the fulfilment of a requirement of a norm provided for in a legal act may be achieved only by the adoption of another legal act provided for by that legal act, or its fulfilment is directly conditional upon the adoption of another legal act, the legal act shall be operative with respect to that norm upon the entry into force of the other appropriate legal act.*

*Until recently, there was no case law or interpretation of that norm. This norm acquired direct interpretation only in the decision, dated 27.11.2015, of the RA Court of Cassation on administrative case no. VD/11193/05/13. Nevertheless, this legal norm was given such a broad interpretation in the given decision of the RA Court of Cassation that it distorted the real objective enshrined in that norm by the legislature, viz., to protect the private subjects from the inactivity of public authorities. In this article, theoretical and practical analysis of the abovementioned decision of the RA Court of Cassation will be presented in order to substantiate our statement that disproportionate interpretation has been given to that norm.*

### II. Brief Description of the Facts of the Case and the Decision of the RA Court of Cassation

The case, in which the given decision<sup>2</sup> of the Court of Cassation was rendered, was initiated between the RA Ministry of Finance (hereinafter: Ministry) and "Vardani Zartok" LLC (hereafter: Company). The facts of the case are presented below.

The Company was granted a special license for mining on 03.12.2010 but no licensing contract was signed. Under the legislation and the law in force when the license was granted, the Company would be obliged to pay state duties if a licensing (on the use of subsoil) contract were signed. The Company signed a contract on the use of sub-

soil only on 27.09.2012 and the obligation to pay state duties came into effect only from that moment. However, the Company paid state duty on 31.01.2011 without such an obligation being in place.

The Ministry applied to the court with a claim to levy state duty on the Company for the period after the 27 October 2012. The Company objected to the submitted claim by noting that the Company had paid the state duty on 31.01.2011 even though it was not obligated, which implies that this payment should have been considered as overpayment by the Company and should have been directed (set-off) at covering the obligations of the Company towards state duty for the period after 27 October 2012.

The RA Administrative Court and the RA Administrative Court of Appeal have found the position of the Company reasonable and rejected the claim, whereas the RA Court of Cassation satisfied the claim of the Ministry with the substantiations presented below.

The RA Court of Cassation stated:

- a. No procedure to set-off the state duty for other obligations is stipulated by the RA Law on State Duty.
- b. Despite the fact that in paragraph 2 of Article 36.1 of the RA Law on State Duty, the legislature has used the term "set off", it does not directly derive from this that there is a legal possibility to set-off the overpaid duty for other obligations.
- c. The fact of application of the term "set-off" in paragraph 2 of Article 36.1 of the RA Law "on State Duty" is not a satisfactory legal ground to set-off the overpaid duty for other obligations.
- d. This legal position is also in line with the legal regulation of paragraph 4 of Article 68 of the RA Law "on legal Acts", which stipulates that if the fulfilment of a requirement of a norm provided for in a legal act may be achieved only by the adoption of another legal act provided for by that legal act, or its fulfilment is directly conditional upon the adoption of another legal act, the legal act shall be operative with respect to that norm upon the entry into force of the other appropriate legal act.
- e. In the given case, both the payment and set-off were considered to cover the obligations in the sense of legal regulation of paragraph 2 of Article 36.1 of RA Law "on State Duty". Nevertheless, the fulfilment of the requirement of the mentioned legal norm with respect to set-off is directly conditional upon the adoption of another legal act, which will define the procedure and time limits of set-off. Consequently, paragraph 2 of Article 36.1 of RA Law "on State Duty" shall act with respect to performing set-off only upon the adoption of another legal act, which will define the procedure and time limits of set-off.

<sup>1</sup> Assistant at the Chair of Constitutional Law of the Law Faculty of Yerevan State University; PhD.

<sup>2</sup> Official Bulletin of the Republic of Armenia, 2016.01.22/3(1183).1 Article 28.45.

### III. Theoretical and Practical Analysis of the Decision of the RA Court of Cassation

As already mentioned, paragraph 4 of Article 68<sup>3</sup> of the RA Law “on Legal Acts” stipulates that if the fulfilment of a requirement of a norm provided for in a legal act may be achieved only by the adoption of another legal act provided for by that legal act, or its fulfilment is directly conditional upon the adoption of another legal act, the legal act shall be operative with respect to that norm upon the entry into force of the other appropriate legal act.

The above-given legal norm, after the entry into force of the law, as a rule, since 31.05.2002, has been perceived in law enforcement practice as a supplementary guarantee for private subjects against the negative consequences deriving from the inactivity of public authorities. It means, if a public authority fails to adopt a legal act upon which the implementation of a legal norm of another legal act is conditioned, then the second norm cannot be applied with respect to subjects within the scope of its action and cannot entail undesirable legal consequences for those subjects; e.g., the RA Law “on Foreigners”<sup>4</sup>. Article 24 of that law stipulates that the issuance and refusal of work permits shall be carried out by the authorised body in the manner and time limits prescribed by the Government of the Republic of Armenia. Ten years have passed since the adoption of this law but until today, no government decision has been adopted on the procedure and time limits of issuance of work permits. This means that the state cannot demand work permits from foreigners working in the Republic of Armenia unless the relevant government decision has been adopted. Thus, the underlining of the word “undesirable” in this paragraph is not purposeless, as the inactivity of the public authorities with respect to adoption of legal acts must not worsen the legal condition of the private subjects. On the contrary, it must exempt the latter from some requirements, thus making the public authorities to perform their function of adopting legal acts in due form and in time.

Having in mind the general perception with respect to the content of the discussed legal norm, as already mentioned, there was no case law or interpretation on that norm until recently. In its decision<sup>5</sup> no. ՄՂՈ-913 (SDO-913), rendered on 14.09.2010, the RA Constitutional Court made some reflections on the failure of public authorities and in particular the government with respect to the question of performing sub-legislative activities on the basis of laws and their implementation. The decision referred to the case on the conformity of Article 7 of the RA Law “on Transplantation of Human Organs and Tissues”.

In that decision, the Constitutional Court stated that the RA Government did not comply with the requirements of paragraph 2 of Article 85 of the RA Constitution; the RA Law “on Transplantation of Human Organs and Tissues”, as well as the Decision no. 541-N of the RA Government on the Measures of Securing the Implementation of a Law; National Assembly Decision; and International Treaty of the Republic of Armenia adopted on 8 April 2004. Since 16 April 2002, until the day of the decision of the Constitutional Court, the Government failed to adopt decisions delegated by the aforementioned Law under the discussion of the Constitutional Court for securing the implementation of that law. The stipulation of Article 16 of the RA Law “on Transplantation of Human Organs and Tissues” on the official entry into force of the law in one hundred and eighty days after its publication had no legal consequences and did not guarantee the legal regulation necessary for the enforcement of the law. Keeping this in mind, the Constitutional Court, deriving from the fundamental principles of rule-of-law state enshrined in Article 1 of the RA Constitution, found that the given law could not be implemented without revising the previous decisions, drafting and entry into force of the whole package of sub-legislative acts in accordance with the requirements of the RA Law “on Legal Acts” and the legal positions expressed by the Constitutional Court.

Thus, despite the fact that the aforementioned decision of the Constitutional Court indirectly referred to the issue discussed in this article, nevertheless that decision did not provide for direct interpretation of paragraph 4 of Article 68 of the RA Law “on Legal Acts”. This norm acquired direct interpretation only in the decision of 27.11.2015 of the RA Court of Cassation in administrative case no. VD/11193/05/13.

As already mentioned, this legal norm was given too broad an interpretation in the given decision of the RA Court of Cassation, which distorted the real essence of that norm. Thus, as already mentioned, the given norm must be regarded firstly as a guarantee for the protection of private subjects from the inactivity of the public authorities with the substantiations presented below.

The existence of effective structures for the application of a law depends mostly on timely adoption of sub-legislation acts securing its enforcement. We agree with the opinion that “eventually the enforceability of the legislation mostly depends on executive power. One can get an insight on the effectiveness of a legal system, in general, depending on the fact how well organised is the activity of the executive power, beginning with the drafting of a bill and ending with its enforcement.”<sup>6</sup> Whereas, in the Republic of Armenia, there are serious problems in this sphere with

<sup>3</sup> Official Bulletin of the Republic of Armenia 2002.05.21/15(190), Article 344.

<sup>4</sup> Official Bulletin of the Republic of Armenia 2007.01.24/6(530), Article 109.

<sup>5</sup> Official Bulletin of the Republic of Armenia 2010.09.22/45(779) Article 1040.

<sup>6</sup> Kasatkina N. M., Krisenkova K. B., Leshenkov F. A., Pilipenko A. N. “The Legislative Process in the Foreign Countries”// Journal on Foreign Legislation and Comparative Jurisprudence. – Moscow: Nota Bene, 2013, № 4 (41), page 697.

respect to the failure to adopt such sub-legislative acts for a significant period that secure the enforcement of the laws after their entry into force as a result of which some provisions of the law remain without enforcement. With respect to this issue, Article 28 of the RA Law “on Legal Acts” and Article 47 of RA Law “on the Rules of Procedure of the National Assembly”<sup>7</sup> stipulate that where the fulfilment of a requirement of a norm provided for in a draft law may be achieved only through the adoption of a decision of the Government of the Republic of Armenia or another legal act, or its implementation is directly conditional upon the adoption of another legal act, then, when submitting a draft law to the discussion of the National Assembly, there must be an indication on the envisaged time limit for the adoption of the decision or another legal act of the Government of the Republic of Armenia.

This regulation does not fully solve the problem, because these time limits are usually not observed. For solving this problem, Paragraph 4 of Article 68 of the RA Law “on Legal Acts” stipulates that if the fulfilment of a requirement of a norm provided for in a legal act may be achieved only by the adoption of another legal act provided for by that legal act, or its fulfilment is directly conditional upon the adoption of another legal act, the legal act shall be operative with respect to that norm upon the entry into force of the other appropriate legal act.

From this context, a conclusion can be drawn that the given legal norm is not applicable in cases where natural persons or legal entities were granted some rights or their legal position has been improved by a norm of the law, the fulfilment of which is conditional upon the adoption of another legal act. Otherwise, there will be a situation where the legal norm that is in favour of a natural person or a legal entity, will not be applicable because of the failure of the government or other state body to adopt a sub-legislative act. Besides that, the sub-legislative acts stipulated by laws most often refer to the defining procedures of granting permits for the performance of some activities by natural persons or legal entities. For example, under Article 24 of the RA Law “on Flora”<sup>8</sup>, the use of plant species registered in the Red Book of the Republic of Armenia is allowed in exceptional cases, such as in scientific investigative, artificial and natural conditions, and for reproductive purposes, with the permit of the authorised body responsible for protection, maintenance, use and reproduction of the flora according to the procedure prescribed by the decision of the Government of the Republic of Armenia. This procedure had not been stipulated by the RA Government for a long period. Thus, as a result of the inactivity of the government, natural persons and legal entities will not be able to get permits envisaged by the law and to perform

required activities, i.e., the direct application of law becomes questionable.

In these conditions, in the administrative case no. VD/11193/05/13, the RA Court of Cassation had a real opportunity to finally provide a lawful interpretation to the given legal norm and increase the responsibility of public authorities in the field of law making, thus promoting the development of the law. The Cassation Court did not use that opportunity and with this interpretation created more uncertainty on this issue. In particular, from the aforementioned conclusions of the Court of Cassation, it can be concluded that if private subjects are given any right by the law, then they will not be able to exercise that right if there is no other legal act that stipulates the procedure of exercise of that right even if the possibility of the adoption of a second legal act is not prescribed by the legal act with higher legal force. To make it clearer, let us discuss this judicial case. The Court of Cassation noted that the RA Law “on State Duty” provides the opportunity for set-off of the overpaid state duty with another obligation but that opportunity cannot be realised because no procedure for set-off is prescribed. Nevertheless, the Court of Cassation did not take into account that no legal act granted any authority to define the procedure for set-off. This means that, objectively, such procedure cannot be defined because, under paragraph 2 of Article 6, the bodies prescribed by the Constitution may be authorised directly by the law to adopt sub-legislative normative legal acts. In fact, legal vacuum has arisen as a result of the interpretation of the Court of Cassation because:

a. on one hand, the court noted that set-off of the overpaid state duty cannot be performed if there is no legal act that defines the procedure for set-off ; and

b. on the other hand, no legal act can be adopted on the procedure of set-off, because the law does not authorise anybody to define such procedure.

This legal vacuum also proves that the Court of Cassation disproportionately interpreted this legal norm.

Moreover, the interpretation of that legal norm by the Court of Cassation has led to the violation of a fundamental right of private subjects prescribed by Chapter 2 of the RA Constitution.

Article 18 of the RA Constitution (with the edition in force before 22.12.2015) stipulated that everyone shall be entitled to effective legal remedies to protect his/her rights and freedoms before judicial as well as other public bodies. This legal norm in essence was replaced by Article 50 (The Right to Proper Administration), which stipulates that everyone shall have the right to impartial and fair examination of cases concerning him by administrative authorities, within a reasonable period.

The consistent part of the right to proper administration is, primarily, the fundamental principles of administration stipulated by the RA Law “on the Fundamentals of Admin-

<sup>7</sup> Official Bulletin of the Republic of Armenia 2002.04.12/12(187), Article 230.

<sup>8</sup> Official Bulletin of the Republic of Armenia 1999.12.27/31(97).

istration and Administrative Procedure”<sup>9</sup>. In other words, the violation of these principles will always lead to violation of the right to proper administration. The interpretation of paragraph 4 of Article 68 of the RA Law “on Legal Acts” has led to the violation of two principles of administration, viz., prohibition of the abuse of formal requirements and the principle of prior fulfilment (the principle of *a maiore ad minus*). According to the first principle, if the obligations of persons are fulfilled in substance, then administrative bodies shall be prohibited from burdening persons with obligations or refusing to honour the person’s rights on purely formal grounds. The second principle implies that administrative bodies do not have the right to compel persons to carry out actions that these persons have already carried out in the contexts of other activities or whose substance has been included or could be included in those other contexts. In the handbook “Questions and Answers on the RA Law on the Fundamentals of Administration and Administrative Procedure,”<sup>10</sup> it is noted that the administrative body must not strictly comply with the form, if it is unjustified in the circumstances of the case and complicates the opportunities of a person to exercise his rights. As to the principle of *a maiore ad minus*, it is noted in the same handbook that this principle is meant to guarantee a person that the administrative body will not compel him to carry out actions that he has already carried out in other contexts.

The Court of Cassation has violated the abovementioned two principles with its interpretation of paragraph 4 of Article 68 of the RA Law “on Legal Acts”. Thus, the Court of Cassation has admitted that the Company has made payment without having such obligation, i.e., there has been an overpayment by the Company. The Court of Cassation did not even deny that the RA Law “on the State Duty” provides the possibility of set-off of the overpaid duty for another obligation. Nevertheless, the Court of Cassation found that the Company could not set-off that overpayment with other obligations of the Company because no procedure for the set-off was defined. Moreover, let us point out again that such procedure cannot be objectively defined because the law did not authorise anybody to define such procedure. As already mentioned, this interpretation violates the principles of administration on prohibition of the abuse of formal requirements and the principle of prior fulfilment, which in turn leads to violation of the right to proper administration enshrined in Article 50 of the RA Constitution.

#### IV. Conclusion

Thus, in summary, we can define those criteria, the fulfilment of which will make the application and interpretation of paragraph 4 of Article 68 of the RA Law “on Legal Acts” lawful. Those criteria are:

- a. if the fulfilment of a requirement of a norm provided for in a legal act may be achieved only by the adoption of another legal act provided for by that legal act, or its fulfilment is directly conditional upon the adoption of another legal act, the legal act shall be operative with respect to that norm upon the entry into force of the other appropriate legal act save for cases when that norm grants rights or in other way improves the legal position of natural persons or legal entities;
- b. if the sub-legislative act that is mentioned in the law must define the procedure of granting permits to natural persons and legal entities, then the natural persons and legal entities shall have the right to carry out the relevant activities without the mentioned permit;
- c. from the phrase “by the adoption of another legal act provided for by that legal act, or its fulfilment is directly conditional upon the adoption of another legal act,” a conclusion can be drawn that this legal norm is applicable only in case when a norm of a law confirms to the principle of legal certainty, a body is authorised to adopt a sub-legislative act for the purpose of implementation of another legal act. Without such an authorising norm, paragraph 4 of Article 68 of the RA Law “on Legal Acts” simply cannot be applicable; and
- d. Paragraph 4 of Article 68 of the RA Law “on Legal Acts” cannot be interpreted and applied in a way that will lead to a violation of the fundamental right to proper administration, enshrined in Chapter 2 of the RA Constitution.

<sup>9</sup> Official Bulletin of the Republic of Armenia 2004.03.31/18(317), Article 413.

<sup>10</sup> Tovmasyan H., Muradyan G., Torosyan H. Grigoryan V., Poghosyan V.: “Questions and Answers on the RA Law on the Fundamentals of Administration and Administrative Procedure”, Yerevan, Tigran Mets ed., 2015, page 31.

## РЕЦЕНЗИЯ

Андреа Боррони<sup>1</sup>

### Грузиноязычный перевод “Комментария к трудовому кодексу Грузии”

Тбилиси, издательство «Меридиани», 2016 г.  
ISBN 978-9941-25-204-4

Перевод всегда является ценным рабочим инструментом для юриста сравнительного права, исследователя права и, вообще, для научного общества.

Перевод “Комментария кодекса труда Грузии” особенно важен: с учётом объёма книги, происхождения авторов, корней их профессионального образования и различных социальных подтекстов рассмотренных вопросов.

Предлежащий перевод важен лично для того редактора, кто более двух лет посвятил работе над этим проектом.

Шанс, чтобы я координировал этот комментарий, был амбициозным вызовом. Теперь же, мы можем сказать, что задача выполнена, он издан на английском языке (следовательно, он уже распространён за границей). Он был переведён на Картули (родной язык Кодекса). Он представлен политикам (например, парламенту Италии) и, в конечном счёте, он оказался в библиотеке хорошо известного Гарвардского университета и, также, в коллекции института Макса Планка.

Мы горды тем, что всё это было достигнуто взаимосотрудничеством всех участников.

Однако, теперь я надеюсь, что эта книга станет вспомогательным средством для всех лиц, осуществляющих деятельность в области права.

Эволюция теории и практики, возросшая взаимосвязь между системами права и комплексность среды требуют высокого качества специализации.

То, что теперь необходимо – это глубокий, междисциплинарный, критический и постмодернистский подход.

С учётом этого, сравнительноправовое мышление свидетельствует, что не существует сравнительного исследования без анализа различий и сходств между различными правовыми системами.

<sup>1</sup> Тенуированный профессор сравнительного частного права департамента политических наук им. Жана Монэ второго университета Неаполя (Италия), профессор права международного университета Чёрного моря (Тбилиси), приглашённый лектор юридического факультета Тбилисского государственного университета им. Ивана Джавахишвили и член института современного частного права, доктор права университета Тренто и магистр права государственного университета Луизианы.

## BOOK RECOMMENDATION

Andrea Borroni<sup>1</sup>

### Georgian Translation of “Commentary on the Labour Code of Georgia”

Tbilisi, “Meridiani” Publishers, 2016  
ISBN 978-9941-25-204-4

A work of translation is always a precious tool for the comparative lawyer, the legal interpreter, and the academic world.

The translation of the “Commentary on the Labor Code of Georgia” is particularly relevant for the huge dimension of the book, the different origin of the authors, the diverse background of the writers, and for the social breadth of the subject analyzed.

This translation is, personally, extremely relevant for this editor who tribute to this project more than two years of work.

The chance which I have been given to coordinate this commentary was an ambitious challenge; now, we can say that the task has been accomplished: it has been published in English (so, it has been spread also abroad), it has been translated in Kartuli (the mother tongue of the Code), it has been presented in political seats (the Italian Parliament, for instance), and finally, it is in the collection of the well-known Harvard University Library and Max Planck Institute.

We are all proud of this reached through the cooperation of all the participants.

But, I hope that now this book can become an operational tool for all the legal operators.

The evolution in the legal theory and practice, the increasing interactions among legal systems and legal players and the complexity arising from this environment requires a high degree of specialization.

What is needed is a deep, interdisciplinary, critical, or even post-modern approach.

In this regard, Comparative Law legal thinking affirms that there is no comparative science without measurement of the differences and similarities found among different legal systems.

Meaningful comparison requires understanding the historical, social, economic, political, cultural, religious, and

<sup>1</sup> Tenured Professor of Private Comparative Law at the Political Science Department “Jean Monnet” of the Second University of Naples, Italy. Professor of Law at the International Black Sea University (Tbilisi) and Visiting Professor and Member of Contemporary Private Law Institute of the Faculty of Law at the Ivane Javakhishvili Tbilisi State University. Ph.D. at the University of Trento, LL.M. with all the Honors at the Louisiana State University.



Сравнение требует, – осмысления исторического, социального, экономического, культурного, религиозного и психологического контекстов. Особенно, нужно принять во внимание различия ментальностей.

Постольку, специалист сравнительного права должен разбираться в структуре и основах изучения права. В результате сравнения выявляются глубокие онтологические различия между системами права. Сравнение систем права подобно сопоставлению различных мировоззрений. Каждая правовая система отлична. Сходства только поверхностные и люди из различных правовых систем трудно понимают друг друга из – за их различных ментальностей.

Более того, специализация оказала основательное влияние на законодательную ментальность, организацию профессии юриста и на изучение права. Современная специализация дала большой толчок сравнительноправовому мышлению.

Существуют различные типы и степень специализации. Рост юридических профессий обусловил идентифицированное распределение труда.

Юридическая профессия традиционно разделяет поднаправления (функция консультации и составления документов и другое такое ограниченное направление, которое монополизировано).

Однако, с другой стороны, ограниченное количество юристов, имеющих длительный опыт, обуславливает широкий ареал их образованности. Приблизительно в девятнадцатом веке рост детализации и специализации национального права, внесение элементов других правовых систем, влияние сверхнациональных и международных организаций изменило правовое мышление.

Методология сравнительного права (которая была использована для этого комментария), воспринятая как наука, ставит себе целью лучше понять правовые данные. По этой причине иностранцы могут сыграть полезную роль при комментировании правовых материалов различных и далёких стран. Сравнительные знания в правовых системах имеют особую честь проверить сходство между элементами, существующими в ней. Особенно же, предметом обсуждения является соответствие неорганизованно представленных в правовой системе норм, теоретических начал, что превращает их в эффективные инструменты.

Иначе говоря, адекватное восприятие правовых систем не есть монополия юристов этой же системы, наоборот, у юриста, который принадлежит к данной системе, с одной стороны, есть преимущество с точки зрения доступности информации, хотя, с другой стороны, он находится в менее выгодной позиции по сравнению с любым другим специалистом, так

psychological context of legal rules. In particular, different mentalities have to be taken into account.

Thus, the comparative lawyer has to understand the cognitive structure of the law as well as the epistemological foundations of that cognitive structure. The result of this comparative exercise is that there are deep ontological differences between legal systems. Comparing legal systems is like comparing different “world versions.” Every legal system is singular. Similarities are only superficial and people from different legal systems understand each other with difficulties because of differences in mentalities.

Furthermore, specialization has profoundly affected the legislative mentality, the organization of the legal profession, the teaching of law, and comparative legal thinking has been greatly stimulated by contemporary specialization.

There are types and degrees of specialization. In today’s legal world the increase in the size of the legal professions has led to identifiable division of labour.

The legal profession has traditionally been specialized bodies (for the function of advising or solemnizing documents and for their limited number that make them a sort of monopoly).

But on the other side, maybe also because of the limited number, for a long time lawyers were characterized by a broad and general legal knowledge. Around the 19th century, the growing detail and specialization of national law, the contamination coming from foreign legal systems and the rules of supranational and international bodies caused a deep impact on legal thinking.

Comparative law methodology (the one adopted for this commentary), understood as a science, necessarily aims at the better understanding of legal data. It is for this reason that foreigners can play a valid role in commenting the legal data of a different and far Country. Comparative knowledge of legal systems has the specific merit of checking the coherence of the various elements present in each system after having identified and understood these elements. In particular, it checks whether the unrationalized rules present in each system are compatible with the theoretical propositions elaborated to make the operational rules intelligible.

In other words, understanding a legal system is not a monopoly of the jurists who belong to that system. On the contrary, the jurist belonging to a given system, though, on the one hand, advantaged by an abundance of information, is, on the other hand, disadvantaged more than any other jurist by the assumption that the theoretical formulations present in his system are completely coherent with the operational rules of that system.

Comparative law could contribute to the specialized world of the future in thus contributing to an autonomous concept of law and to an autonomous concept of the legal profession. The two are very much related to one another.

There is some exchange of knowledge where there are rules shared with other countries.

как правила, действующие в системе, основываются только на местные теоретические начала.

Сравнительное право в состоянии способствовать будущему специализированному мирозданию и, соответственно, автономной концепции права. А эти две вещи очень тесно связаны.

При обмене нормами между странами мы имеем дело с подобием обмена знаниями.

Процесс сравнения постоянный корректор специализации и поток информации защищает нас от формирования права, как чисто эмпирического, статистического и контролируемого понятия.

Экономические отношения различных типов порождают разнообразные экономические проблемы для потенциальных сторон договора. Этот вопрос требует справедливого решения.

Сравнением различных правовых систем и данных в них путей правовых решений, становится возможным установление качества сходств, различий и эффективности, в результате чего открываются пути лучшего восприятия данной системы и адекватного решения конкретного правового вопроса.

Успешность данного комментария, благодаря сравнительному праву, может оказаться путеводителем для других подобных трудов.

The process of comparison is thus a constant corrective to the specialization itself, and the flow of information prevents the development of a purely empirical, static, and controlled concept of law.

Different types of economic relationships present different kinds of economic problems to the potential contract partners. These issues require a fair answer.

And, by comparing the diverse legal systems and their legal solutions, it is possible to determine similarities, differences, shortcomings and efficiencies, enhancing in so doing the overall knowledge of such systems, while providing feasible solutions to concrete legal issues.

The commentary's successful accomplishment, thanks to the comparative methodology, paved the way to similar works.

