

ივანე ჯავახიშვილის სახელობის
თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი

იურიდიული ფაკულტეტი

ალექსანდრე იოსელიანი

მონილი მეთოდის უპირატესობა
სისტ მეთოდთან შედარებით
სახელშეპრულებო საკოლიზიო სამართალში

ხელმძღვანელი: იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორი,
პროფესორი – დავით კერესელიძე

სადისერტაციო ნაშრომი წარდგენილია სამართლის
დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად



თბილისი
2010

ს ა რ ჩ ე ვ ი

შესავალი -----	გვ. 5
ნაწილი პირველი:	
მხარეთა მიერ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართლის არჩევა -----	გვ. 10
თავი I. ისტორიული მიმოხილვა -----	გვ. 10
თავი II. მხარეთა მიერ სამართლის არჩევა და უცხო ქვეყნის სამართლის ნორმების ინკორპორაცია -----	გვ. 12
თავი III. მხარეთა ნების ავტონომიის შესახებ არსებული თეორიები -----	გვ. 16
თავი IV. თეორეტიკოსები მხარეთა ნების ავტონომიის წინააღმდეგ -----	გვ. 19
§1. XIX საუკუნის ფრანგი თეორეტიკოსები ნების ავტონომიის წინააღმდეგ -----	გვ. 19
§2. XX საუკუნის ფრანგი და ამერიკელი ავტორები ნების ავტონომიის წინააღმდეგ -----	გვ. 20
თავი V. სასამართლოების მიერ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარება -----	გვ. 22
§1. ინგლისის სასამართლოების მიერ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარება -----	გვ. 22
§2. საფრანგეთის სასამართლოების მიერ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარება -----	გვ. 23
§3. გერმანიის და შვეიცარიის სასამართლოების მიერ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარება -----	გვ. 24
§4. აშშ-ს სასამართლოების მიერ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარება -----	გვ. 25
§5. საქართველოს სასამართლოების მიერ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარება -----	გვ. 25
§6. დასკვნის ნაცვლად -----	გვ. 30
თავი VI. მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარება თანამედროვე ეროვნული კანონმდებლობით და საერთაშორისო კონვენციებით -----	გვ. 31
§1. შესავალი -----	გვ. 31
§2. საერთაშორისო კონვენციები და მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარება -----	გვ. 32
§3. ეროვნული კანონმდებლობა და მხარეთა ნების	

ავტონომიის პრინციპის აღიარება -----	გვ. 34
§4. „საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ“ საქართველოს კანონი და მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარება -----	გვ. 37
§5. კონტრაქტთა მიერ ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად რამდენიმე სამართლებრივი სისტემის არჩევა -----	გვ. 40
§6. არჩეული სამართლის სხვა სამართლებრივი სისტემით შეცვლა -----	გვ. 41
ა) ზოგადად -----	გვ. 41
ბ) გერმანიის სასამართლო პრაქტიკა -----	გვ. 42
გ) საქართველოს სასამართლო პრაქტიკა -----	გვ. 43
დ) შვეიცარიის სასამართლო პრაქტიკა -----	გვ. 45
ე) გამონაკლისი საქართველოს სასამართლო პრაქტიკიდან -----	გვ. 47
ვ) დასკვნის სანაცვლოდ -----	გვ. 47
თავი VII. მხარეთა ნების ავტონომიის ფარგლები -----	გვ. 49
§1. მხარეთა ნების ავტონომიის საკითხი საერთაშორისო და შინახელშეკრულებებში -----	გვ. 49
§2. მხარეთა მიერ არჩეული სამართლის კავშირი ხელშეკრულებასთან -----	გვ. 53
§3. მხარეთა მიერ Lex mercatoria-ს არჩევა -----	გვ. 59
ა) შესავალი -----	გვ. 59
ბ) საერთაშორისო კონვენციები და lex mercatoria -----	გვ. 62
გ) საფრანგეთის საარბიტრაჟო კანონმდებლობა და lex mercatoria-ს აღიარება -----	გვ. 66
დ) შვეიცარიის საარბიტრაჟო კანონმდებლობა და lex mercatoria -----	გვ. 67
ე) გერმანიის საარბიტრაჟო კანონმდებლობა და lex mercatoria -----	გვ. 67
ვ) ინგლისის საარბიტრაჟო კანონმდებლობა და lex mercatoria -----	გვ. 68
ზ) „კერძო არბიტრაჟების შესახებ“ საქართველოს 1997 წლის 17 აპრილის კანონი და lex mercatoria -----	გვ. 68
თ) „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს 2009 წლის 19 ივნისის კანონი და lex mercatoria-ს აღიარება -----	გვ. 69
ი) „საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ“ საქართველოს კანონი და lex mercatoria -----	გვ. 69
კ) საქართველოს 1997 წლის სამოქალაქო კოდექსი და lex mercatoria-ს აღიარება -----	გვ. 70

ლ) დასკვნის ნაცვლად -----	გვ. 70
§4. კანონის გვერდის ავლა და თვალთმაქცური გარიგება -----	გვ. 71
§5. Lex fori-ს იმპერატიული ნორმები და მხარეთა ნების ავტონომია -----	გვ. 74
§6. მესამე ქვეყნის სამართლის იმპერატიული ნორმები და მხარეთა ნების ავტონომია -----	გვ. 84
§7. მესამე ქვეყნის სამართლის იმპერატიული ნორმები და მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპი საქართველოს საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ კანონით -----	გვ. 91
§8. Lex fori-ს საჯარო წესრიგის ნორმები და მხარეთა ნების ავტონომია -----	გვ. 95
§9. ტრანსნაციონალური საჯარო წესრიგის ნორმები და მხარეთა ნების ავტონომია -----	გვ. 99
§9. განსხვავება საჯარო წესრიგის და იმპერატიულ (პირდაპირი მოქმედების) ნორმებს შორის -----	გვ. 103
თავი VIII. „სუსტი მხარის“ ინტერესების დაცვა სამომხმარებლო და შრომის ხელშეკრულებებში -----	გვ. 104

ნაწილი მეორე:

ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართალი, როდესაც მხარეებს იგი არ აურჩევიათ -----	გვ. 112
თავი I. ხისტი მეთოდი -----	გვ. 113
§1. ხელშეკრულების დადების ადგილი -----	გვ. 113
§2. ხელშეკრულების შესრულების ადგილი -----	გვ. 117
§3. საკოლიზიო საბმელთა ნუსხა -----	გვ. 122
თავი II. ნახევრად მოქნილი მეთოდი -----	გვ. 123
თავი III. მოქნილი მეთოდი -----	გვ. 127
§ 1. მხარეთა ჰიპოთეზური განზრახვა -----	გვ. 127
ა) შესავალი -----	გვ. 127
ბ) ინგლისის სასამართლო პრაქტიკა -----	გვ. 129
გ) საფრანგეთის სასამართლო პრაქტიკა -----	გვ. 131
დ) გერმანიის სასამართლო პრაქტიკა -----	გვ. 132

ე) დასკვნის ნაცვლად -----	გვ. 133
§2. „ყველაზე მჭიდრო კავშირის“ კონცეფცია -----	გვ. 134
§3. „დამახასიათებელი შესრულების“ კონცეფცია -----	გვ. 141
§4. გამონაკლისები, „დამახასიათებელი შესრულების“ კონცეფციიდან -----	გვ. 147
§5. პირის ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი და ძირითადი რეზიდენციის ადგილი -----	გვ. 149
ა) ფიზიკური პირის ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი -----	გვ. 149
ბ) იურიდიული პირის რეზიდენციის ადგილი -----	გვ. 153
§6. უძრავ ქონებასთან დაკავშირებული ხელშეკრულებები -----	გვ. 156
§7. ტვირთის გადაზიდვის ხელშეკრულება -----	გვ. 158
§8. წარმომადგენლობა -----	გვ. 160
§9. უახლესი ტენდენციები -----	გვ. 160
დასკვნა -----	გვ. 173
გამოყენებული ლიტერატურა -----	გვ. 180

შ ე ს ა გ ა ლ ი

წინამდებარე ნაშრომში განხილულია საერთაშორისო კერძო სამართლის ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი ინსტიტუტი, სახელშეკრულებო ვალდებულებითი ურთიერთობები, რომლებიც დატვირთულია უცხოური ელემენტით.

საერთაშორისო კერძო სამართალი, პირველ რიგში, სამოქალაქო-სამართლებრივი ურთიერთობაა უცხოური ელემენტის მონაწილეობით, ხოლო კერძოსამართლებრივი ურთიერთობის წარმოშობის ყველაზე გავრცელებული ინსტიტუტი ხელშეკრულებაა. ამრიგად, საერთაშორისო კერძო სამართალშიც ერთ-ერთ ყველაზე უფრო გავრცელებულ ინსტიტუტს ხელშეკრულება წარმოადგენს, რომელიც დატვირთულია უცხოური ელემენტით.¹

მას შემდეგ, რაც საქართველომ აღიდგინა სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობა და ქართველმა ხალხმა დაიწყო საბაზრო ეკონომიკაზე, კერძო საკუთრებაზე და ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპებზე აგებული სამართლებრივი სახელმწიფოს მშენებლობა, მეწარმეებს საშუალება მიეცათ შესაბამისი ხელშეკრულებების დადებით საქმიანი კავშირები დაემყარებინათ უცხოელ პარტნიორებთან.

საქართველო და მისი კერძო სექტორი გლობალური ეკონომიკის ნაწილი ხდება. საერთაშორისო სამოქალაქო ბრუნვა კი, შესაბამისად, სამართლებრივ გაფორმებას პოულობს ხელშეკრულებებში. ზემოთქმულის გათვალისწინებით, უდავოა, რაოდენ დიდ ინტერესს იძენს უცხოური ელემენტით დატვირთული ხელშეკრულებების პრობლემური საკითხების სიღრმისეულად შესწავლა. მით უფრო, რომ ქართულ იურისპრუდენციაში ჯერ კიდევ სათანადო მოცულობით არ არის გამოკვლეული საერთაშორისო კერძო სამართლის საგნის ზემოთ აღნიშნული საკითხები.²

სწორედ სახელშეკრულებო ურთიერთობებში გვხვდება ყველაზე ხშირად უცხოური ელემენტი. აქ კი წარმოიშობა გარკვეული კოლიზია – თუ რომელი ქვეყნის სამართალი უნდა იქნეს გამოყენებული

¹ საბჭოთა (და შემდეგ ინერციით რუსულ) იურიდიულ ლიტერატურაში მას სხვაგვარად საგარეო-ეკონომიკურ ხელშეკრულებებად მოიხსენიებენ. იხ. *Богуславский, Международное частное право (Международные отношения)*, М., 1994, с. 199-230, ასევე, *Канашиевский, Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование (Волтерс Клувер)* М., 2010, с. 1-91.

² უკანასკნელ წლებში ქართველი მკითხველი, გარკვეულწილად, განებივრებულია წიგნებით, რომლებიც, ზოგადად, საერთაშორისო კერძო სამართლის საგანს მიეძღვნა, მაგრამ ჯერჯერობით არ მოიპოვება მონოგრაფიის სახის ნაშრომი, რომელიც დამოუკიდებლად მიეძღვნებოდა მხოლოდ წინამდებარე საკვლევ თემას – სახელშეკრულებო ვალდებულებითი ურთიერთობებს უცხოური ელემენტის მონაწილეობით, ცხადია თუ მხედველობაში არ მივიღებთ *ვახტანგ ზაალიშვილის* მიერ ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტში 2005 წელს დაცულ საკანდიდატო დისერტაციას: „სახელშეკრულებო კოლიზიური სამართალი ევროპული კავშირისა და ქართული კანონმდებლობის მიხედვით“. სამწუხაროდ, აღნიშნული ნაშრომი სრული სახით ჯერ გამოქვეყნებული არ არის. ამავე დროს უნდა აღინიშნოს, რომ ვერც ერთი დისერტაცია ცალკე აღებული, მათ შორის წინამდებარე ნაშრომიც, ვერ ამოწურავს და გადაწყვეტს სრულად იმ პრობლემურ საკითხებს, რაც სახელშეკრულებო საკოლიზიო სამართალს შეეხება.

სამართლებრივი ურთიერთობის მოსაწესრიგებლად. შემთხვევითი არაა, რომ საერთაშორისო კერძო სამართალს სხვაგვარად საკოლიზიო სამართალს (Conflict of Laws) უწოდებენ.³

ბოლო ათწლეულებში საერთაშორისო სავაჭრო პრაქტიკაში დიდი გავრცელება პოვა მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპმა. ამ უკანასკნელის მიხედვით, თვით კონტრაქტები ირჩევენ ხელშეკრულების მომწესრიგებელ სამართალს, მაგრამ პრობლემა ამით არ იწურება. თითოეული კონტრაქტის სურვილია თავისივე ქვეყნის სამართალი იქნეს გამოყენებული ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად. მხარეები ერთმანეთს კონკურენციას უწევენ არამარტო საქონლის მიწოდებასა და მომსახურების გაწევაში, არამედ სამართლებრივი სისტემის არჩევაშიც. თუ ისინი ვერ შეთანხმდებიან თავიანთი ქვეყნების სამართლის არჩევაში, მაშინ მათ შეუძლიათ ნეიტრალური – მესამე ქვეყნის სამართლის არჩევა. აქ კი სხვაგვარი პრობლემა წარმოიშობა. მხარეთა ნების ავტონომიის ფარგლები არის თუ არა რამენაირად შეზღუდული? რამდენად შეუზღუდავნი არიან კონტრაქტები აირჩიონ ნებისმიერი ქვეყნის სამართლებრივი სისტემა? თუკი ასეთს აქვს ადგილი, რა შემთხვევაში? აუცილებელია თუ არა არჩეული ქვეყნის სამართალსა და ხელშეკრულებას შორის არსებობდეს გარკვეული კავშირი? შეუძლიათ თუ არა კონტრაქტებს არა რომელიმე ქვეყნის სამართალი, არამედ სამართლის ზოგადი ნორმები აირჩიონ? როგორ უნდა მოწესრიგდეს ხელშეკრულება თუ მხარეები საერთოდ არ აირჩევენ ან, ერთმანეთში შეუთანხმებლობის გამო, ვერ აირჩევენ რომელიმე ქვეყნის სამართალს?

გარდა ზემოთ აღნიშნულისა, ფუნდამენტურ საკითხს განეკუთვნება იმის განსაზღვრა, ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად რომელ მეთოდს უნდა მიენიჭოს უპირატესობა: ხისტ მეთოდს, თუ მოქნილ მეთოდს. აღნიშნულის გარშემო ფოკუსირებულია მთელი ნაშრომი. გაანალიზებულია თუ რა არჩევანი გააკეთა ამ მხრივ ქართველმა კანონმდებელმა და რამდენად იქნა გაზიარებული მოწინავე ქვეყნების გამოცდილება.

³ ქართულ ენაზე ბოლო დროს გამოსული წიგნების უმრავლესობაში, რომლებიც საერთაშორისო კერძო სამართალს ეძღვნება, გამოყენებულია ტერმინი „კოლიზიური სამართალი“ (კოლიზიური ნორმა). იხ. *გამყრელიძე*, საერთაშორისო კერძო სამართლის შესავალი (პირველი წიგნი), თბ., 2000, გვ. 17; *ჩიქვანია*, საერთაშორისო კერძო სამართალი (ტსუ) თბ., 2000, გვ. 23; *გაბისონია*, საინვესტიციო დავის მონაწილე იურიდიულ პირთა იურისდიქცია, თბ., 2002, გვ. 129; *ჯანხთელი*, საერთაშორისო კერძო სამართალი, თბ., 2003, გვ. 50; *გაბისონია*, საერთაშორისო კერძო სამართალი, თბ., 2006, გვ. 222; მიუხედავად აღნიშნულისა, მოცემულ ნაშრომში უფრო მართებულად იქნა მიჩნეული ტერმინი „საკოლიზიო სამართალი“ (საკოლიზიო ნორმა) გამოყენება. ცნობილი ქართველი იურისტებისა და ენათმეცნიერებისგან შემდგარი ავტორთა კოლექტივის მიერ ქართული იურიდიული ტერმინები რუსულიდან ითარგმნა შემდეგნაირად: *Коллизионное право* – საკოლიზიო სამართალი; *Коллизионная норма* – საკოლიზიო ნორმა. იხ. იურიდიული ტერმინოლოგია (რუსულ-ქართული ნაწილი), შემდგ. *ჯანია/ფურცელაძე/ქავთარაძე/წერეთელი*, თბ., 1963, გვ. 113; ტერმინი „საკოლიზიო სამართალი“ და „საკოლიზიო ნორმა“ თავიანთ ნაშრომებში გამოყენებული აქვთ პროფესორებს ლილუაშვილს და ჯორბენაძეს. იხ. *ლილუაშვილი*, საერთაშორისო კერძო სამართალი (ჯანია) თბ., 2000, გვ. 15; *ჯორბენაძე*, საქართველოს მომავალი სამოქალაქო კოდექსის ძირითადი პრობლემები, სამართლის რეფორმა საქართველოში, თბ., 1994, გვ. 153.

საქართველოს პარლამენტმა 1998 წლის 29 აპრილს მიიღო „საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ“ კანონი №1362-II (შემდგომში საქართველოს სკსკ), რომელიც ძალაში შევიდა 1998 წლის 1 ოქტომბერს.⁴ აღნიშნული კანონის მიღებით საქართველო უფრო დაუახლოვდა დიდ საერთოევროპულ ოჯახს გაიზიარა რა მსოფლიოს მოწინავე ქვეყნების გამოცდილება საკოლიზიო სამართლის პრობლემატურ საკითხებში.

გაზიარებულ უნდა იქნეს რენე დავიდის მოსაზრება იმის შესახებ, რომ „როგორც ყველა სხვა მეცნიერებას, ეროვნული კარნაკეტილობა მუდამ ვნებდა იურიდიულ მეცნიერებასაც. იგი უაზრობად იქცა და ფაქტობრივად წარმოუდგენელი გახდა მსოფლიოში, სადაც მანძილი არ არსებობს და საზღვრებმა მნიშვნელოვანწილად აზრი დაკარგა“.⁵ აღნიშნული მით უფრო ითქმის საერთაშორისო კერძო სამართლის საგნის იმ ნაწილზე, რომელიც აწესრიგებს სახელშეკრულებო ვალდებულებითი ურთიერთობებიდან წარმოშობილ საკოლიზიო საკითხებს. დღესდღეობით, როდესაც საერთაშორისო თანამშრომლობამ ასეთ მაღალ დონეს მიაღწია, წარმოუდგენელია გამოყენებულ იქნეს საკოლიზიო სამართლის ნორმები, თუ მხედველობაში არ იქნება მიღებული შედარებითი სამართლის დასკვნები.⁶ ვინაიდან, შედარებითი სამართალი ქართული იურიდიული მეცნიერების განახლების აუცილებელი პირობაა, გამოყენებულ იქნა შედარებით-სამართლებრივი მეთოდი. იგი დაეხმარება ქართველ იურისტებს საკუთარი სამართლის უკეთ შეცნობაში და გამოსაკვლევი საკითხის არსის უკეთ დადგენაში. საზღვარგარეთის მოწინავე ქვეყნების საუკუნოვანი სასამართლო პრაქტიკის, მეცნიერული დოქტრინების, კანონმდებლობის, კონცეფციების, იდეების გაცნობა არის სწორედ საკუთარი სამართლის უკეთ განვითარების საწინდარი.

1997 წელს საქართველოსა და ევროკავშირს შორის დაიდო შეთანხმება „პარტნიორობისა და თანამშრომლობის შესახებ“,⁷ რომლის მიხედვითაც საქართველომ აიღო ვალდებულება მისი კანონმდებლობის ევროკავშირის კანონმდებლობასთან დაახლოების შესახებ (42-43-ე მუხლები).

როგორც ცნობილია, ევროკავშირის წევრმა ქვეყნებმა, რომში, 1980 წელს, მიიღეს კონვენცია: „სახელშეკრულებო ვალდებულებებისადმი გამოსაყენებადი სამართლის შესახებ“ (შემდგომში რომის კონვენცია).⁸ ამ კონვენციასთან შესაბამისობაში მოყვანილ იქნა ევროკავშირის ქვეყნების საკოლიზიო კანონმდებლობა, სახელშეკრულებო ვალდებულებით ურთიერთობებთან დაკავშირებით.

⁴ გამოქვეყნებულია საქართველოს პარლამენტის უწყებანი 1998 წელი – №19-20.

⁵ *დავიდა*, თანამედროვეობის ძირითადი სამართლებრივი სისტემები, თ. ნინიძის თარგმანი (განათლება) თბ., 1999, გვ. 22.

⁶ *Цвайгерт/Кёту*, Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I. (Международные отношения), М., 1998, с. 15.

⁷ ძალაშია 1991 წლის 1 ივლისიდან.

⁸ Convention on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980 (80/934/EEC) *Official Journal L 266, 09/10/1980 p. 0001 – 0019*. იხ. შემდეგ ვებგვერდზე: http://www.rome-convention.org /instruments/i_conv_orig_en.htm (03.03.2007).

2008 წლის 17 ივნისს ევროპის პარლამენტმა და საბჭომ მიიღეს რეგლამენტი: „სახელშეკრულებო ვალდებულებებისადმი გამოსაყენებელი სამართლის შესახებ“, რომელმაც 2009 წლის 17 ივნისს შევიდა ძალაში და შეცვალა რომის 1980 წლის კონვენცია (შემდგომში რომი I რეგლამენტი).⁹

ევროკავშირის ქვეყნების თანამედროვე კანონმდებლობის განხილვისას და მის საქართველოს სკსკ-თან შედარებისას, ნაშრომის ავტორი უმეტესწილად შემოიფარგლა საკუთრივ რომის კონვენციის, რომი I რეგლამენტის და ასევე საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ გერმანიის კანონის¹⁰ (შემდგომში: გერმანიის სკსკ-ი) ნორმების განხილვით.

ნაშრომის პირველი ნაწილი ეხება მხარეთა მიერ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართლის არჩევას, ამიტომ ნაშრომში განხილულია ისტორიული კუთხით თუ როგორ მკვიდრდებოდა მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპი; მხარეთა მიერ სამართლის არჩევა და უცხო ქვეყნის სამართლის ნორმების ინკორპორაციის საკითხები; მხარეთა ნების ავტონომიის შესახებ არსებული თეორიები; სასამართლოების მიერ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარება; მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარება თანამედროვე ეროვნული კანონმდებლობით და საერთაშორისო კონვენციებით; საქართველოს საერთაშორისო კერძო სამართლის კანონი და მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარება.

ასევე, პირველ ნაწილში განხილულია მხარეთა ნების ავტონომიის ფარგლები და მისგან გამომდინარე საკითხები, როგორცაა მხარეთა მიერ არჩეული სამართლის კავშირი ხელშეკრულებასთან; მხარეთა მიერ *Lex mercatoria*-ს არჩევა; *Lex fori*-ს იმპერატიული ნორმები და მხარეთა ნების ავტონომიის საკითხი; *Lex fori*-ს და ტრანსნაციონალური საჯარო წესრიგის ნორმები და მხარეთა ნების ავტონომიის საკითხი; „სუსტი მხარის“ ინტერესების დაცვა სამომხმარებლო და შრომის ხელშეკრულებებში.

ნაშრომის მეორე ნაწილში განხილულია თუ რომელი ქვეყნის სამართალი უნდა იქნეს გამოყენებული, როდესაც მხარეებს იგი არ აურჩევიათ. ხისტი მეთოდის მხარდაჭერის შემთხვევაში გამოყენებას ექვემდებარება: ხელშეკრულების დადების ადგილი, ან ხელშეკრულების შესრულების ადგილი, ან კონკრეტული ტიპის ხელშეკრულებიდან გამომდინარე საკოლიზიო საბმელთა ნუსხა; მოქნილი მეთოდის შემთხვევაში მხედველობაში შეიძლება იქნეს მიღებული მხარეთა პიპოთეზური განზრახვა; „ყველაზე მჭიდრო

⁹ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) (80/934/EEC) Official Journal of the European Union L 177, Volume 51 4 July 2008. იხ. შემდეგ ვებგვერდზე: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:EN:PDF> (03.06.2009).

¹⁰ გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის შესავალ ნაწილში, დანართის სახით, გათვალისწინებულია საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ კანონი – EGBGB (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch). მასში 1986 წელს შევიდა ცვლილებები და იგი შესაბამისობაში მოვიდა რომის კონვენციასთან. იხ. *Dickson, The Reform of Private International Law in the Federal Republic of Germany*, 34 ICLQ, 1985, pp. 231-266.

კავშირის“ და „დამახასიათებელი შესრულების“ კონცეფცია;
განხილულია უძრავ ქონებასთან დაკავშირებული, ტვირთის გადა-
ზიდვის და რწმუნებულებასთან დაკავშირებული თავისებურებანი.

ნ ა წ ი ლ ი პ ი რ გ ე ლ ი :

მხარეთა მიერ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართლის არჩევა

I თავი

ისტორიული მიმოხილვა

ბარბაროსების კანონებს არ შეუქმნიათ რაიმე ღირებული საფუძვლები საერთაშორისო კერძო სამართლის თეორიების განსავითარებლად. იმ ეპოქაში, პიროვნება სადაც არ უნდა წასულიყო, თან მიჰქონდა თავისი წარმოშობის ადგილის კანონი. ამრიგად, სალიკელი ექვემდებარებოდა სალიკურ კანონებს, საქსი – საქსონურ კანონებს და სხვ. იგი გახდა უნივერსალური პრინციპი. შერეული მოსახლეობის ქვეყნებში, მაგალითად, იტალიაში, ზემოაღნიშნული პრინციპი დამკვიდრდა როგორც ჩვეულება, რომელსაც ექვემდებარებოდნენ სახელშეკრულებო სამართალურთიერთობის მონაწილენი. ასე, მაგალითად, მითითებული იყო, რომ „გამყიდველი სარგებლობს სალიკური კანონის დაცვით“. სასამართლო განხილვის დროს, მოსამართლეს შეეძლო ეკითხა მოსარჩელისთვის ან მოპასუხისთვის: „რომელი კანონის ქვეშ ცხოვრობ“ (Qua legge vivis)? VIII საუკუნის ერთ-ერთი სამეფო კანონი რეკომენდაციას უწევს მოსამართლეებს, რათა მათ დასვან შეკითხვა მოდავე მხარეების მისამართით: „როგორია თქვენი მოქალაქეობის კანონი?“ (Quale gabeant legem ex natione). როგორც ეტყობა, ზოგიერთ შემთხვევაში, მხარეებს ეძლეოდათ საშუალება მიეთითებინათ არა მათი წარმოშობის კანონზე, არამედ იმ კანონზე, რომლის მიხედვითაც მათ სურდათ „ეცხოვრათ“ (გადაეწვიტათ დავა). იგი წარმოადგენდა პირველ გადახვევას ტრადიციული პიროვნული წარმოშობის კანონისგან (lex originis) და ასევე **მხარეთა მიერ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართლის არჩევის (ნების ავტონომიის) პირველ მაგალითს**.¹¹

იტალიური სტატუტური თეორიის შემდგომი განვითარება XVI საუკუნეში წილად ხვდა ფრანგ იურისტებს. მათ შორის ყველაზე გამორჩეული იყო შარლ დიუმულენი (1500-1566 წ.).¹² სწორედ მან გააკრიტიკა პირველად სამართალურთიერთობის მოსაწესრიგებლად **ხელშეკრულების დადების ადგილის (ქვეყნის) სამართლის გამოყენების პრინციპი**.

დიუმულენის სიტყვებით მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული ყველაფერი, იქნება ეს მხარეთა ქცევა თუ სავარაუდო განზრახვა (ჰიპოთეზური ნება). მოგვიანებით, ზოგიერთმა ავტორმა, დიუმულენის მიერ ზემოთ გამოთქმული აზრის გამო, მას „ნების ავტონომიის მამა“ უწოდა. თუმცა, როგორც ცნობილი დანიელი იურისტი ლანდო

¹¹ *Вольф*, Международное частное право, перевод с английского, М., 1948, с. 35-36.

¹² იქვე, გვ. 41.

აცხადებს: საეჭვოა, რომ იგი ნების ავტონომიის ინსტიტუტს თანამედროვე გაგებით გულისხმობდა.¹³

ხელშეკრულების დადების ადგილის კანონის (lex loci contractus) გამოყენება მხარდაჭერილი იქნა დიუმულენის შემდეგაც, კერძოდ XVIII-XIX საუკუნეებში ევროპაში განხორციელებული კერძო სამართლის პირველ კოდიფიკაციებში. აღნიშნული პირველ რიგში ეხებოდა ორმხრივ ხელშეკრულებებს, როგორცაა, მაგალითად, ნასყიდობის ხელშეკრულება, რომლის დადების და შესრულების ადგილი უმეტესწილად ერთმანეთს ემთხვეოდა. უფრო მეტიც, ხშირ შემთხვევაში, ნასყიდობის ხელშეკრულება დადებისთანავე სრულდებოდა. ადრინდელი კონტინენტური ევროპის იურიდიული ლიტერატურის გაცნობა უჩვენებს, რომ lex loci contractus პრინციპი დომინირებდა XIX საუკუნის პირველ ნახევრამდე. ავტორების უმეტესობა და სასამართლოები მხარს უჭერდნენ ხელშეკრულების დადების ადგილის სამართლის გამოყენებას და, იშვიათ შემთხვევაში, ხელშეკრულების შესრულების ადგილის სამართლის გამოყენებას, თუკი ჩათვლიდნენ, რომ ეს იყო მხარეთა ჰიპოთეზური ნების გამოვლინება.¹⁴

XIX საუკუნის მეორე ნახევრიდან lex loci contractus სამართლის გამოყენებამ დაკარგა თავისი პირველხარისხოვანი მნიშვნელობა, როგორც კონტინენტზე, ასევე ინგლისში. ეს გამოწვეული იყო საერთაშორისო ვაჭრობაში დანერგილი ჩვეულებების შეცვლით და გარკვეულწილად ტექნიკური რევოლუციით. XIX საუკუნის დასაწყისამდე ვაჭრები, რომელთაც გააჩნდათ თავიანთი სატვირთო გემები, თვითონვე ან სავაჭრო აგენტების მეშვეობით, პორტშივე ყიდულობდნენ ან ყიდდნენ საქონელს. ე.ი. უმეტეს შემთხვევაში ხელშეკრულების დადების და შესრულების ადგილი ემთხვეოდა ერთმანეთს. 1840 წლიდან საერთაშორისო სავაჭრო ბრუნვამ მკვეთრად იწყო ზრდა და უკვე ვაჭრები და მათი ნდობით აღჭურვილი პირები იშვიათად დაჰყვებოდნენ გემებს, ამიტომ ხშირად ხელშეკრულება არ იდებოდა იქ, სადაც იგი შემდგომში სრულდებოდა. გარდა ამისა, 1850 წლიდან მზარდად დაიწყო განვითარება ფოსტამ და ტელეგრაფმა, რომელმაც დიდად შეუწყო ხელი საერთაშორისო ვაჭრობის განვითარებას. ასევე გაიზარდა ბანკების აქტიურობაც, შემოდებულ იქნა ახალი საბანკო პროდუქტები, როგორცაა მაგ. აკრედიტივი. ყოველივე ამან განაპირობა ის, რომ უმეტეს შემთხვევაში, საერთაშორისო-სავაჭრო გარიგებების დადების და შესრულების ადგილი უკვე აღარ ემთხვეოდა ერთმანეთს. ისინი იდებოდა და სრულდებოდა სხვადასხვა ადგილას და სხვადასხვა დროს.¹⁵

ზემოთ აღნიშნულ გარემოებათა გამო lex loci contractus როლი თანდათან შემცირდა და მისი ადგილი სულ უფრო მეტად მხარეთა განზრახვამ (ნებამ) დაიკავა – თუ რომელი სამართლით სურდათ მათ ხელშეკრულების მოწესრიგება. **1865 წლიდან ინგლისის, გერმანიის და**

¹³ Lando, The Conflict of Laws of Contracts, General Principles, Recueil Des Cours VI, Dordrecht/Boston/London, 1988, pp. 242-243.

¹⁴ იქვე. 243-244.

¹⁵ იქვე. 244.

საფრანგეთის სასამართლო პრაქტიკაში მხარეთა ნების ავტონომიამ იწყო დამკვიდრება როგორც სახელმძღვანელო პრინციპმა.¹⁶ ხშირად, როდესაც მხარეთა განზრახვა პირდაპირ არ იყო გამოხატული, სასამართლოები ადგენდნენ მხარეთა ჰიპოთეზურ განზრახვას. იგი სხვადასხვა ქვეყანაში სხვადასხვა სამართლებრივ შედეგს იძლეოდა, მაგრამ უმეტეს შემთხვევაში, ამ ქვეყნების სასამართლოები მხარეთა ჰიპოთეზურ ნებაში გულისხმობდნენ lex fori-ს (სასამართლო ქვეყნის სამართლის) გამოყენებას.¹⁷

II თავი

მხარეთა მიერ სამართლის არჩევა და უცხო ქვეყნის სამართლის ნორმების ინკორპორაცია

იმისათვის, რათა საფუძვლიანად იქნეს ნამსჯელი საკოლიზიო სამართლის სახელშეკრულებო ურთიერთობებში მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის შესახებ, საჭიროა გარკვეულ იქნეს თუ რით განსხვავდება მხარეთა მიერ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართლის არჩევა უცხო ქვეყნის სამართლის ნორმების ინკორპორაციისგან (incorporation).

პირველ შემთხვევაში, ხელშეკრულება წესრიგდება მხარეთა მიერ არჩეული სამართლით, რაც იმას ნიშნავს, რომ ამ უკანასკნელის დისპოზიციური და იმპერატიული ნორმები უნდა იქნეს გამოყენებული ხელშეკრულების მიმართ. ვთქვათ, ქართველმა და ესპანელმა მეწარმეებმა დადეს ნასყიდობის ხელშეკრულება და, მიუხედავად იმისა, რომ ხელშეკრულება ობიექტურად ყველაზე მჭიდროდ საქართველოსთან იყო დაკავშირებული, მათ ფრანგული სამართალი აირჩიეს. ასეთ შემთხვევაში ხელშეკრულების მიმართ გამოყენებულ უნდა იქნეს ფრანგული სამართალი (იგულისხმება ფრანგული სამართლის როგორც დისპოზიციური ასევე იმპერატიული ნორმები).

მეორე შემთხვევას მაშინ აქვს ადგილი, როდესაც იგივე კონტრაქტებმა, ნასყიდობის ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად, ფრანგული სამართალი კი არ აირჩიეს, არამედ ხელშეკრულების გარკვეული პირობები დაუქვემდებარეს საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის ზოგიერთ ნორმას. ასეთ შემთხვევაში, ხელშეკრულების უმეტესი ნაწილი ქართული სამართლით მოწესრიგდება (ვინაიდან ობიექტურად იგი იყო ყველაზე მეტად დაკავშირებული გარიგებასთან), ხოლო მცირედი ნაწილი კი, მხარეთა ნების თანახმად, საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის რამდენიმე ნორმით (მუხლით).

ხელშეკრულებაში უცხო სამართლის ნორმების ინკორპორაციის შემთხვევას მაშინაც აქვს ადგილი, როდესაც მხარეები ხელშეკრუ-

¹⁶ იხ. *Lando*, დასახ. ნაშრ. გვ. 244.

¹⁷ მხარეთა ჰიპოთეზურ ნებასთან დაკავშირებული საკითხები ნაშრომის მეორე ნაწილში იქნება განხილული.

ლების თავისუფლების პრინციპიდან გამომდინარე,¹⁸ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის დისპოზიციური ნორმების მაგივრად, ხელშეკრულებაში გაითვალისწინებენ საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის ნორმებს (ეს შეიძლება გამოიხატოს ფრანგული ნორმების ხელშეკრულებაში სიტყვა-სიტყვითი ციტირებით ან საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის შესაბამისი მუხლების მითითებაში). მხარეებს ამის უფლება აქვთ, ვინაიდან მათ შეუძლიათ თვითონვე განსაზღვრონ ხელშეკრულების შინაარსი.

ამრიგად, როდესაც ადგილი აქვს უცხო სამართლის ნორმების ინკორპორაციას, მაშინ გამოიყენება ხელშეკრულებასთან ობიექტურად ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული ქვეყნის სამართლის იმპერატიული ნორმები (აღნიშნულ მაგალითში – საქართველოს კანონმდებლობის იმპერატიული ნორმები), ხოლო მოცემული ქვეყნის დისპოზიციური ნორმების მაგივრად გამოიყენებულ იქნება მხარეთა მიერ არჩეული უცხო ქვეყნის სამართლის ნორმები.

ზემოთ აღნიშნულის გარდა, მხარეთა მიერ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართლის არჩევასა და კონტრაქტთა მიერ ხელშეკრულებაში უცხო ქვეყნის ნორმების ინკორპორაციას შორის არის კიდევ ერთი მნიშვნელოვანი განსხვავება: ეს უკანასკნელი (ვთქვათ, მხარეებმა ხელშეკრულებაში ჰოლანდიის სამოქალაქო კოდექსის ნორმების ინკორპორაცია მოახდინეს) „დროში“ არანაირ ცვლილებას არ განიცდის, ანუ თუკი ხელშეკრულების დადების შემდეგ რამენაირი ცვლილება შევა ჰოლანდიის სამოქალაქო კოდექსში, იგი არანაირად არ იმოქმედებს ხელშეკრულებაზე. მეორეს მხრივ, თუ კონტრაქტები ხელშეკრულების მომწესრიგებელ სამართალს ირჩევენ, მაშინ იგი გამოიყენება როგორც „ცოცხალი და ცვალებადი სამართლებრივი ორგანიზმი“ – ყველა ცვლილებების გათვალისწინებით, რომელიც მასში შევა ხელშეკრულების მოქმედების განმავლობაში – მისი შესრულების ვადის დადგომამდე.

დასავლეთის ქვეყნების დოქტრინაში გაბატონებული მოსაზრების თანახმად, მხარეთა მიერ სამართლის არჩევა, რომელიც შეზღუდული იქნება დროის გარკვეული მონაკვეთით დაუშვებელია. კონტრაქტებს არ შეუძლიათ არჩეულ სამართალში შემდგომ განხორციელებული ცვლილებების გამორიცხვა.¹⁹

ზემოთ აღნიშნულის საილუსტრაციოდ, განხილულ უნდა იქნეს მაგალითი გერმანიის სასამართლო პრაქტიკიდან: საქმე ეხებოდა 1926 წელს ნიუ-იორკში აშშ-ს დოლარებში გამოშვებულ ობლიგაციებს. ხელშეკრულების მიხედვით, მხარეთა უფლება-მოვალეობა უნდა

¹⁸ იხ. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 319-ე I მუხლი: „კერძო სამართლის სუბიექტებს შეუძლიათ კანონის ფარგლებში თავისუფლად დადონ ხელშეკრულებები და განსაზღვრონ ამ ხელშეკრულებათა შინაარსი. მათ შეუძლიათ დადონ ისეთი ხელშეკრულებებიც, რომლებიც კანონით გათვალისწინებული არ არის, მაგრამ არ ეწინააღმდეგება მას“. იხ. აგრეთვე, *ჭანტურია*, შესავალი საქართველოს სამოქალაქო სამართლის ზოგად ნაწილში (სამართალი) თბ., 1997, გვ. 57-60.

¹⁹ *Mann*, The Time Element in the Conflict of Laws, *Brit. Yb. of Intern. Law*, 1954, vol. 31, p. 217; *Morris*, The Factor in the Conflict of Laws, *ICLQ*, 1966, vol. 15, p. 422; *Mayer*, *Droit International Privé*, 1993, P. 701(d), ციტირებულია: *Канашевский*, *Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование* (Волтерс Клувер) М., 2010, с. 108.

მოწესრიგებულები ნიუ-იორკის შტატის სამართლით.²⁰ გამოშვებული ობლიგაციები ითვალისწინებდა ასევე ოქროს დათქმას, რომლის მიხედვითაც აშშ-ს დოლარი „მიბმული“ იყო ოქროს განსაზღვრულ ერთეულზე, რომელიც არსებობდა ობლიგაციების გამოშვების დღისათვის, ანუ 1926 წლისათვის. როგორც ცნობილია აშშ-ს კონგრესმა 1933 წელს Joint Resolution აქტით გააუქმა ოქროს დათქმა, რომლის მიხედვითაც, დოლარი არ შეიძლება ყოფილიყო „მიბმული“ ოქროზე. თუ მხედველობაში მიღებულ იქნება ის ეკონომიკური კრიზისი და ინფლაცია, რომელიც 30-იანი წლების აშშ-ში სუფევდა, მაშინ ბუნებრივია, რომ კრედიტორებმა ანუ ობლიგაციების მფლობელებმა მოითხოვეს ვალის „ოქროს დოლარებში“ გასტუმრება. მათი არგუმენტი მდგომარეობდა შემდეგში: აქციები გამოშვებული იყო 1926 წელს, ხოლო ხსენებული კანონი მიღებულ იქნა 1933 წელს, შესაბამისად, გამოყენებულ უნდა ყოფილიყო ნიუ-იორკის შტატის სამართალი – სამართალურთიერთობის წარმოშობისას არსებული მდგომარეობის მიხედვით და არა შემდგომში განხორციელებული ცვლილებების გათვალისწინებით, რაც ახალი კანონის მიღებაში მდგომარეობდა. გერმანიის საიმპერიო სასამართლომ უარყო რა აღნიშნული არგუმენტი, განაცხადა: მხარეებმა თავიანთი სამართალურთიერთობა დაუქვემდებარეს გარკვეული ქვეყნის (შტატის) სამართალს, შესაბამისად, მათ უფლება არ ჰქონდათ გამოერიცხათ მოცემული სამართლებრივი სისტემის²¹ რომელიმე უკვე არსებული ან მომავალში მისაღები კანონი, რომელიც დაკავშირებული იყო სამართალურთიერთობასთან. გამონაკლისი დასაშვები იყო მხოლოდ

²⁰ საყოველთაოდ აღიარებული დოქტრინით, სამართალურთიერთობის მოსაწესრიგებლად შეიძლება გამოყენებულ იქნეს იმ ქვეყნის ნაწილის (შტატის, მიწის, ოლქის და ა.შ.) სამართლებრივი სისტემა – თუკი ასეთი არსებობს და გათვალისწინებულია თვით მოცემული ქვეყნის სამართლით. ამის დასტურია საქართველოს სკსკ-ის მე-7 მუხლში გათვალისწინებული ნორმა: „იმ ქვეყნის სამართლის გამოყენებისას, სადაც მოქმედებს რამდენიმე ტერიტორიული ან განსხვავებული **სამართლებრივი სისტემა, გამოიყენება ის სამართლებრივი სისტემა**, რომლის გამოყენებასაც მოცემულ შემთხვევაში ითვალისწინებს ამ ქვეყნის სამართალი. თუ ასეთი წესი არ არსებობს, გამოიყენება იმ ტერიტორიის სამართალი, რომელთანაც კონკრეტული სამართლებრივი ურთიერთობა ყველაზე მჭიდროდაა დაკავშირებული“.

²¹ ნაშრომში ხშირად გამოიყენება ცნება: „სამართლებრივი სისტემა“. ფაქტია, რომ საქართველოს საერთაშორისო კერძო სამართლის კანონში გამოყენებულია როგორც აღნიშნული ტერმინი, ასევე ტერმინი „სამართლებრივი წესრიგი“ (პირველი და მე-7 მუხლები). ორთავე ცნება და ასევე ტერმინი ქვეყნის „სამართალი“ მოცემულ შემთხვევაში სინონიმებს წარმოადგენს. როდესაც საუბარია რომელიმე ქვეყნის სამართლის გამოყენებაზე, მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული არა მხოლოდ მოცემული ქვეყნის კანონმდებლობა, არამედ ასევე აღნიშნული ქვეყნის სასამართლო პრაქტიკა და დოქტრინები. მაგალითად, თუ საქართველოს სასამართლო იყენებს ბელგიის სამოქალაქო კოდექსის ნორმებს, მაშინ მან იგი ისე უნდა განმარტოს, როგორც ეს მიღებულია ბელგიაში და როგორც ამას ბელგიის საკასაციო სასამართლო აკეთებს (და არა საფრანგეთის საკასაციო სასამართლო, მიუხედავად იმისა, რომ ორივე ქვეყანაში ნაპოლეონის კოდექსი მოქმედებს). აღნიშნული დოქტრინა, ასევე ასახულ იქნა საქართველოს სკსკ-ის მე-3 I მუხლში: „უცხო ქვეყნის სამართლის გამოყენებისას საქართველოს სასამართლო იღებს საჭირო ზომებს მისი ნორმების დასადგენად, შესაბამის ქვეყანაში მათი ოფიციალური განმარტების, გამოყენების პრაქტიკისა და დოქტრინის გათვალისწინებით“.

დისპოზიციურ ნორმებთან დაკავშირებით.²² მოცემულ შემთხვევაში კი აშშ-ს 1933 წ. Joint Resolution აქტი წარმოადგენდა არა დისპოზიციურ, არამედ იმპერატიული სახის ნორმების ერთობლიობას, რომლის იგნორირებაც მხარეებს არ შეეძლოთ, ვინაიდან იგი წარმოადგენდა ნიუ-იორკის შტატის სამართლებრივი სისტემის შემადგენელ ნაწილს. როდესაც მხარეები ხელშეკრულების მოსაწესრიგებელ სამართალს ირჩევენ, მაშინ იგი, როგორც ზემოთ აღინიშნა, განხილულ უნდა იქნეს როგორც „ცოცხალი და ცვალებადი სამართლებრივი ორგანიზმი“, ყველა იმ ცვლილებების გათვალისწინებით, რომელიც მასში ხდება ხელშეკრულების შესრულების ვადამდე. 1933 წლისათვის ვალდებულების შესრულების ბოლო ვადა ჯერ კიდევ არ იყო დამდგარი. ამიტომ სასამართლოს გადაწყვეტილება სრულიად მართებული იყო.

თუმცა რომის 1980 წლის კონვენცია დუმს აღნიშნულ საკითხზე, მაგრამ მისი ერთ-ერთი ავტორიტეტული კომენტატორი აღნიშნავს, რომ კონტრაქტის მცდელობა, არჩეული სამართალი ხელშეკრულების დადების დროით იქნეს გაყინული, ბათილია. ასეთ შემთხვევაში სასამართლო თავად დაადგენს ხელშეკრულების მომწესრიგებელ სამართალს.²³

საერთაშორისო სამართლის ინსტიტუტის მიერ 1992 წელს მიღებული ნების ავტონომიის შესახებ ბაზელის რეზოლუციის მე-8 მუხლის მიხედვით, „თუ მხარეები შეთანხმდნენ, რომ არჩეული სამართალი გამოყენებულ უნდა იქნეს იმ სახით, რაც ხელშეკრულების დადების დროს იყო, მაშინ არჩეული სამართლის ნორმები გამოყენებულ უნდა იქნეს, როგორც ხელშეკრულებაში ინკორპორირებული სახელშეკრულებო პირობები“.²⁴

და ბოლოს, დასკვნის სახით, უნდა აღინიშნოს, რომ ხელშეკრულებაში უცხო კანონის ინკორპორაცია – ეს არის მატერიალურსამართლებრივი სახის ნების ავტონომიის (იგივე კერძო ავტონომია) პრინციპის (Materiellrechtliche Verweisung)²⁵ განხორციელება. ეს საკითხი სამოქალაქო სამართლის მოწესრიგების სფეროს განეკუთვნება და სცილდება მოცემული თემის ფარგლებს. მხარეთა მიერ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართლის არჩევა კი არის საკოლიზიოსამართლებრივი (Internationalprivatrechtliche Verweisung; Kollisionsrechtliche Parteiverweisung)²⁶ ნების ავტონომიის პრინციპის განხორციელება. სწორედ ამ უკანასკნელი საკითხის კვლევა წარმოადგენს წინამდებარე ნაშრომის ერთ-ერთ მთავარ მიზანს.

²² Reichsgericht, 1936 წლის 28 მაისის გადაწყვეტილება. [1936] JW 2058, ციტირებულია: *Blom*, Choice of Law Methods in the Private International Law of Contract, The Canadian Yearbook of International Law 1978 Vol. XVI. pp. 260-262.

²³ *Lagarde*, Le nouveau droit international privé des contrats arpes l'entrée en vigueur de in Convention de Rome du 19 juin 1980, Rev. crit. de d.i.p. 80, 1991 287, P. 303, *Канаишевский-и* ნაშრომის მიხედვით, გვ. 108.

²⁴ იქვე. გვ. 108-109.

²⁵ *Pocar*, The Unification of Conflict of Laws Rules on Contracts in Europe, Essays on European and Israel, (ed). A.M. Rabello 1996, p. 873.

²⁶ იქვე. გვ. 873.

III თავი

მხარეთა ნების ავტონომიის ბუნების შესახებ არსებული თეორიები

საკოლიზიო სამართალში ნების ავტონომიის ბუნების შესახებ თეორიულ დისკუსიებს ძირითადად ადგილი ჰქონდა XIX საუკუნის ბოლოს და XX საუკუნის დასაწყისში კონტინენტური ევროპის ზოგიერთი ქვეყნის სამართლებრივ ლიტერატურაში.

ძირითადად გავრცელებულია სამი თეორია,²⁷ რომლებსაც განსხვავებული წარმოდგენა გააჩნიათ მხარეთა ნების ავტონომიის ბუნების შესახებ და განსხვავებულად ხსნიან მის სამართლებრივ რაობას.

ერთ-ერთი თეორიის თანახმად, კონტრაქტის მიერ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართლის არჩევას არ გააჩნია საკოლიზიო-სამართლებრივი ბუნება, არამედ მას დამოუკიდებელი (განსაკუთრებული) მდგომარეობა უკავია სამართლებრივ სისტემაში და იგი სამართლის წყაროს წარმოადგენს.²⁸

აღნიშნული შეხედულება არ უნდა იქნეს გაზიარებული, ვინაიდან თავისთავად ნების გამოვლინების ფაქტი ჯერ კიდევ არ ნიშნავს იმას, რომ იგი წარმოშობს გარკვეულ იურიდიულ შედეგს. ყოველი ნების გამოვლინება როდია იურიდიული ძალის მქონე, ანუ იგი როდი წარმოადგენს იურიდიულ ფაქტს, რომელსაც უკავშირდება გარკვეული სამართალურთიერთობის წარმოშობა, შეცვლა ან შეწყვეტა.

ამრიგად, მხარეთა მიერ სამართლის არჩევა არ წარმოადგენს სამართლის წყაროს და იგი არ წარმოშობს არანაირ იურიდიულ შედეგს, თუკი თვით სასამართლო ქვეყნის ეროვნული სამართლებრივი სისტემა (lex fori) არ ცნობს მას.

მაგალითი:

წარმოვიდგინოთ, რომ საქართველოს კანონმდებლობა არ ცნობს მხარეთა მიერ უცხო ქვეყნის სამართლის არჩევას. მიუხედავად ამისა, კონტრაქტების მიერ არჩეულ იქნა ინგლისის სამართალი. ცხადია, საქართველოს სასამართლო ამ შემთხვევაში მხარეთა მიერ გამოხატულ ნებას არ მიანიჭებს იურიდიულ ძალას და მის იგნორირებას მოახდენს. შუა საუკუნეების სინამდვილეში მხარეთა ნების ავტონომიის ინსტიტუტს, როგორც წესი, არანაირი იურიდიული ძალა არ გააჩნდა, ვინაიდან იმ დროს საერთაშორისო სავაჭრო ბრუნვა იმდენად განუვითარებელი იყო, რომ სახელმწიფოების წინაშე არ დამდგარა საკითხი მისი ცნობის აუცილებლობის შესახებ.

XIX საუკუნის ბოლოს და XX საუკუნის დასაწყისში, საერთაშორისო სავაჭრო ბრუნვის ინტერესებიდან გამომდინარე, მდგომარეობა კარდინალურად შეიცვალა. ყველა ცივილიზებული

²⁷ იხ. *ოსელიანი*, ნების ავტონომია საერთაშორისო კერძო სამართალში, „ცხოვრება და სამართალი“, №3, 1998, გვ. 78-82; აგრეთვე *გაბიხონია*, მხარეთა ნების ავტონომიის ცნება საერთაშორისო კერძო სამართალში, „სამართალი“, №8, გვ. 9-11.

²⁸ *Рубанов*, Автономия воли в международном частном праве как теоретическая проблема, Советский ежегодник международного права, М., 1985, с. 214-215.

ქვეყნის სამართლით (კანონმდებლობით თუ სასამართლო პრაქტიკით) მხარეთა მიერ სამართლის არჩევა აღიარებულ იქნა როგორც იურიდიული ძალის (შედგების) მქონე. ამიტომ, ვერ იქნება გაზიარებული რუბანოვის პოზიცია იმის შესახებ, რომ მხარეთა ნების ავტონომიას აქვს დამოუკიდებელი მდგომარეობა სამართლებრივ სისტემაში. **მას, როგორც წესი, იურიდიული ძალა არ გააჩნია, თუკი თვით კონკრეტული ქვეყნის სამართლებრივმა სისტემამ არ აღიარა იგი.**

მეორე თეორიის თანახმად, მხარეთა ნების ავტონომიის ინსტიტუტს მატერიალურსამართლებრივი ბუნება გააჩნია და იგი შემოიფარგლება მხოლოდ კონტრაქტთა მიერ ხელშეკრულების შინაარსის განსაზღვრის თავისუფლებაში (ანუ დისპოზიციური ნორმების შეცვლის თავისუფლებაში) და არა მთლიანად ხელშეკრულების დაქვემდებარებაში სხვა ქვეყნის სამართლებრივ სისტემაზე. ეს საკითხი განხილულ იქნა წინა თავში (ხელშეკრულებაში უცხო ქვეყნის სამართლის ნორმების ინკორპორაციასთან დაკავშირებით)²⁹ და ვინაიდან იგი სამოქალაქო სამართლის კვლევის საგანს წარმოადგენს აღნიშნულ საკითხზე აქ აღარ იქნება მსჯელობა.

ყველაზე მართებული უნდა იყოს ის თეორია, რომელიც მხარეთა მიერ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართლის არჩევას განიხილავს, როგორც საკოლიზიოსამართლებრივი ბუნების მქონე მოვლენას. პირველად ამის შესახებ განაცხადა სავინიმ.³⁰ ასეთივე პოზიცია ეკავა ლუნცს.³¹ საჭიროა ამ უკანასკნელ თეორიაზე მეტად იქნეს გამახვილებული ყურადღება.

პირველ რიგში უნდა იქნეს გარკვეული, რა არის საკოლიზიო ნორმა. ცნობილია, რომ ნებისმიერი ქვეყნის სამართლებრივი სისტემა შეიცავს მატერიალურსამართლებრივ (სამოქალაქოსამართლებრივ), საპროცესოსამართლებრივ, საკოლიზიოსამართლებრივ და სხვა სახის ნორმებს. საკოლიზიოსამართლებრივი ნორმები აწესრიგებს ისეთ სამართალურთიერთობებს, რომლებშიც უცხოური ელემენტი მონაწილეობს. ამ დროს წარმოიშობა გარკვეული სახის დილემა (კოლიზია), თუ კონკრეტულად რომელი ქვეყნის სამართალი უნდა იქნეს გამოყენებული. ამ საკითხის გადასაწყვეტად ნებისმიერი ცივილიზებული ქვეყნის სამართლებრივ სისტემაში არსებობს საკოლიზიო ნორმები, რომელთა მიზანია დაადგინოს ის სამართალი, რომელიც მოაწესრიგებს მოცემულ სამართალურთიერთობას, ანუ საკოლიზიო ნორმის მიზანია დაადგინოს თუ რომელი ქვეყნის მატერიალური სამართალი ექვემდებარება გამოყენებას. განა იგივე მიზანი არ გააჩნია მხარეთა ნების ავტონომიის ინსტიტუტს? კონტრაქტები, როდესაც ირჩევენ რომელიმე ქვეყნის სამართალს, ამით მათ სურთ თავიანთი ხელშეკრულება მოაწესრიგონ კონკრეტული ქვეყნის სამართლით. ნათელია, რომ მხარეთა ნების ავტონომიის

²⁹ ამ თეორიას თავის დროზე ემხრობოდა ბოგუსლავსკი, იხ. *Богуславский, Коллизийные вопросы обязательственных правоотношений во внешней торговле СССР. Правовое регулирование внешней торговли СССР*, М., 1960, с. 480.

³⁰ *Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Band VIII, Berlin, 1949*, ციტირებულია აღნიშნული წიგნის ინგლისურენოვანი თარგმანით: *Savigny, A Treatise on the Conflicts of Laws*, 2ed. trans. from German by Gutrie, Edinburgh, 1880, pp. 134-136.

³¹ *Лунцъ, Международное частное право, Общая часть*, М., 1960, с. 238.

ინსტიტუტს, მოცემულ შემთხვევაში, საკოლიზიო ნორმების მსგავსი ფუნქცია (თუ გინდ მიზანი) გააჩნიათ, რაც თვალნათლივ უჩვენებს, რომ იგი საკოლიზიოსამართლებრივი ბუნებისაა.

ცნობილია, რომ თუ მხარეები არ აირჩევენ სამართალს, მაშინ სამართალურთიერთობა შეიძლება მოწესრიგდეს სხვადასხვა სახის **საკოლიზიო საბმელებს**³² მეშვეობით, როგორცაა: ხელშეკრულების დადების ან შესრულების ადგილის სამართალი; ფიზიკური პირის საცხოვრებელი ადგილის ან იურიდიული პირის ადმინისტრაციის ადგილსამყოფელი ქვეყნის სამართალი; უძრავი ქონების ადგილსამყოფელი ქვეყნის სამართალი და სხვ.

ამდენად, ზემოაღნიშნული საკოლიზიო საბმელები ობიექტურ კრიტერიუმს ეფუძნება. მხარეთა ნების ავტონომიის ინსტიტუტი კი სუბიექტურ კრიტერიუმს, მაგრამ მას ისეთივე ფუნქციონალური დატვირთვა გააჩნია, როგორც ზემოთ განხილულ საკოლიზიო საბმელებს. სახელმწიფომ (კანონმდებელმა) თვით მხარეებს დართო ნება თვითონვე დაედგინათ იმ ქვეყნის სამართალი, რომელიც მოაწესრიგებდა მათ ხელშეკრულებას. აქედან გამომდინარე, გასაზიარებელია ფრანგი იურისტის ბატიფოლის მოსაზრება, რომ ნების ავტონომიის ინსტიტუტი ერთ დონეზე უნდა იქნეს დაყენებული ობიექტურ საკოლიზიო საბმელებთან ერთად. მისივე აზრით, მოსამართლემ თანაბარი მნიშვნელობა უნდა მიანიჭოს როგორც ობიექტურ, ასევე სუბიექტურ კრიტერიუმს.³³ უფრო მეტიც, როგორც ქვემოთ იქნება განხილული, მაღალგანვითარებულმა (როგორც ტექნოლოგიურად, ასევე სამართლებრივად) ქვეყნებმა „სუბიექტური სახის საკოლიზიო საბმელებს“, ანუ მხარეთა მიერ გამოვლენილ ნებას მიანიჭეს უპირატესობა ობიექტურ საკოლიზიო საბმელებთან შედარებით.

განა სამართლებრივი ნორმა ზოგადსაგადადებულო ქცევის წესს³⁴ არ წარმოადგენს, რომელსაც სახელმწიფო იურიდიულ ძალას ანიჭებს? საერთაშორისო კერძო სამართალში ხელშეკრულების დადების ადგილს, ანუ იმ ადგილს, სადაც მხარეებმა საბოლოოდ შეათანხმეს სახელშეკრულებო პირობები და ხელი მოაწერეს შესაბამის დოკუმენტს, შეიძლება მიენიჭოს გარკვეული სამართლებრივი მნიშვნელობა და იგი რომელიმე ქვეყნის კანონმდებლობაში ჩამოყალიბდეს როგორც საკოლიზიო საბმელი (სამართლის ნორმა). ასევე, მხარეთა მიერ სამართლის არჩევაც – გარკვეული ქცევა (ისევე როგორც მხარეთა მიერ რომელიმე ქვეყანაში ყოფნა და იქ ხელშეკრულებაზე ხელის მოწერა) და მას შეიძლება სახელმწიფომ

³² ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში ტერმინი *коллизийная привязка* ითარგმნა საკოლიზიო საბამის სახით, იხ. ლილუაშვილი, საერთაშორისო კერძო სამართალი (ჯისიაი) თბ., 2000, გვ. 32-40. მოცემული ნაშრომის ავტორის აზრით, უფრო ზუსტი იქნება ტერმინი – საკოლიზიო საბმელი.

³³ *Batiiffol*, Les conflits de lois en matière de contrats, 1938, no. 635, ციტირებულია: *Paane*, Международное частное право, перевод с немецкого, М., 1960, с. 426-427.

³⁴ *ინსტიტუტი*, სახელმწიფოსა და სამართლის თეორია, თბ., 2000, გვ. 114-116; *სავანელი*, სამართლის თეორია, თბ., 1997, გვ. 71-73; *ლობჯანიძე*, სახელმწიფოსა და სამართლის თეორია, ქუთაისი, 2002, გვ. 294-297.

გარკვეული სამართლებრივი შედეგი დაუკავშიროს, ანუ იგი ნორმის სახით ჩამოაყალიბოს და მას ზოგადსავალდებულო მნიშვნელობა მიანიჭოს.

ზემოთ ნათქვამის დასტურია საქართველოს სკსკ-ის 35-ე I მუხლით გათვალისწინებული ნორმა:

„სახელშეკრულებო ურთიერთობიდან გამომდინარე უფლება-მოვალეობების განსაზღვრა, კერძოდ, ხელშეკრულებათა განმარტება, შესრულება, შეწყვეტა, აგრეთვე ბათილობის შედეგები, ვალდებულებათა დარღვევა, წინასახელშეკრულებო და ხელშეკრულების შემდგომი ვალდებულებების დარღვევის ჩათვლით, წესრიგდება მხარეების მიერ არჩეული ქვეყნის სამართლით“.

დასასრულს, უნდა აღინიშნოს, რომ მხარეთა ნების ავტონომიის ინსტიტუტი არის განსაკუთრებული სახის საკოლიზიო საბმელი, რომელიც ხასიათდება სუბიექტური კრიტერიუმით და რომელსაც ახორციელებენ თვით მხარეები სახელმწიფოსგან (კანონმდებლისგან) დელეგირებული უფლებამოსილების ფარგლებში.

IV თავი

თეორეტიკოსები მხარეთა ნების ავტონომიის წინააღმდეგ

§1. XIX საუკუნის ფრანგი თეორეტიკოსები ნების ავტონომიის წინააღმდეგ

მეცნიერ-იურისტთა მხრიდან მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარებას საკმაოდ დიდი დრო დასჭირდა კონტინენტურ ევროპაში. მაგალითისთვის შეიძლება მოყვანილ იქნეს ზოგიერთი ფრანგი იურისტის გამონათქვამი მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის შესახებ.

ერთ-ერთი ფრანგი ავტორი 1841 წელს წერდა: „ამ თეორიის უდიდესი შეცდომა მდგომარეობს იმაში, რომ თქვენ აცლით სამართალს მის მთავარ მიზანს - მოაწესრიგოს ყველანაირი ინტერესი, როგორცაა სუვერენის მეუფება, საერთო კეთილდღეობა, რომელიც ყველა ინდივიდის სურვილია. ამის მაგივრად კერძო პირთა ნება წინაურდება სამართალზე (იგი თრგუნავს მას), მხარეთა ჰიპოთეზური ნება ქმნის სამართალს, იგი შთანთქავს სამართალს, მის ძალაუფლებას და დიდებულებას, საჯარო ინტერესები კი ფეხქვეშ ითელდება“.³⁵

მეორე ფრანგი ავტორი კი აცხადებდა: „სამართალმა უნდა დათრგუნოს კერძო ნება. ლოგიკური შეხედულებით მხარეები

³⁵ Mailher de Chassat, Traites des statuts (Paris, 1841), No.54. ციტირებულია: Lando, The Conflict of Laws of Contracts, General Principles, Recueil Des Cours VI, Dordrecht/Boston/London, 1988, p. 263.

უუნარონი არიან აირჩიონ სამართალი, ვინაიდან არ არსებობს ისეთი სამართლებრივი სისტემა, რომელიც მისცემდა იურიდიულ ძალას მხარეთა ასეთ განზრახვას. უფრო მეტიც, მატერიალურსამართლებრივი ნორმები არ შეიძლება მხარეთა მიერ გაფართოებულ ან შემცირებულ იქნეს. ეს, სამართლის მიზნებიდან გამომდინარე, სუვერენის გადასაწყვეტი საკითხია . . . ყოვლად მიუღებელია, როცა მხარეები ირჩევენ სახელმძღვანელო სამართალს და ამ სახით წყვეტენ სამართლის აზრის მოქმედების სფეროს, უფრო მეტიც, იქ არ არსებობს მართლწესრიგი, სადაც შეიძლება ძალა მიეცეს არჩეულ სამართალს“.³⁶

ის არგუმენტი, რომ სამართალი უნდა ბატონობდეს („პრევალირებდეს“) მხარეთა კერძო ნებაზე – გაზიარებულ იქნა იმდროინდელი კონტინენტური ევროპის ავტორთა აბსოლუტური უმრავლესობის მიერ.

§2. XX საუკუნის ფრანგი და ამერიკელი ავტორები ნების ავტონომიის წინააღმდეგ

ცნობილი ამერიკელი კოლიზიონისტი, ბილი მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის წინააღმდეგი იყო. მას მოჰყავდა ისეთივე არგუმენტები, როგორც კონტინენტური ევროპის იურისტებს და ყურადღებას ამახვილებდა ინგლისურ-ამერიკული „ტერიტორიულობის“ პრინციპის დოქტრინაზე. მისი აზრით, კონტრაქტებს ნების გამოვლენით შეუძლიათ მხოლოდ ხელშეკრულების შინაარსის დადგენა. ამ მოსაზრებიდან ჩანს, რომ ბილი მხარეთა ნების ავტონომიის ინსტიტუტს – მხოლოდ მატერიალურსამართლებრივ ჭრილში ხედავდა. იგი თავის ფუნდამენტალურ ნაშრომში, რომელიც საკოლიზიო სამართალს მიეძღვნა, წერდა: მხარეთა ნების ავტონომიის ინსტიტუტს არ აქვს საკოლიზიოსამართლებრივი ბუნება, წინააღმდეგ შემთხვევაში „ამის აღიარება გამოიწვევს მხარეთა მიერ საკანონმდებლო აქტის მიღებას“.³⁷

ბილი თვლიდა, რომ ხელშეკრულების მიმართ, ჩვეულებრივი და ბუნებრივი პრინციპებიდან გამომდინარე, უნდა გამოყენებულიყო ხელშეკრულების დადების ადგილის სამართალი (*lex loci contractus*). მხარეებს არ შეუძლიათ აირჩიონ სამართალი, ვინაიდან მათ არ გააჩნიათ საკანონმდებლო ძალაუფლება. გარდა ამისა, კონტრაქტთა მიერ სამართლებრივი სისტემის არჩევა ამწვავეებს დავას, ვინაიდან მხარეებმა არ იციან სასამართლო მხარს დაუჭერს თუ არა მათ ასეთ არჩევანს. მოსამართლის უფლებაა მიიღოს თუ არა მხედველობაში მხარეთა მიერ გაკეთებული არჩევანი. წინასწარ შეუძლებელია თქმა, თუ როგორ პოზიციას დაიკავებს მოსამართლე. ამიტომ, ადვოკატს არ შეუძლია მისცეს რჩევა თავის მარწმუნებელს, თუ როგორ შეუძლიათ მათ მიაღწიონ იურიდიული ძალის მქონე და მხარეთა შემბოჭავ შეთანხმებას.³⁸

³⁶ *Pillet/Niboyet*, Manuel de droit international prive (Paris, 1924). No.429, *Lando*-ს ნაშრომის მიხედვით. გვ. 263.

³⁷ *Beal*, A Treatise on the Conflicts of Laws, 3. vols., New York, 1935, pp. 1079-1086.

³⁸ იქვე, იხ. გვ. 1085.

1934 წლის აშშ-ს საკოლიზიო სამართლის კრებული,³⁹ რომელიც ძირითადად იზიარებდა ბილის იდეებს, საერთოდ არ მოიხსენიებდა მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპს.

ცნობილი ფრანგი იურისტის ბატიფოლის აზრით, სასამართლოები საუბრობენ რა ნების ავტონომიის პრინციპზე, მხარეებს თვითნებურად და ბუნდოვნად მიაწერენ იმას, რასაც სინამდვილეში ადგილი არ ჰქონია – ვითომც მათ აერჩიოთ ამა თუ იმ ქვეყნის სამართალი. ხოლო იქ კი, სადაც ასეთ ფაქტს მართლაც ჰქონდა ადგილი, სასამართლოები მხარეებს „სამართლის შემქმნელებად“ (Masters of the Law) აღიარებენ. ბატიფოლი უარყოფდა მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპს, როგორც „ხელშემკერველ“ ფაქტორს (საკოლიზიო საბმელს). მისი აზრით: ხელშეკრულების მონაწილენი არიან სამართლის ობიექტები და არა სამართლის შემქმნელები. კონტრაქტებს არ შეუძლიათ განსაზღვრონ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართალი.⁴⁰ ბატიფოლის აზრით, მხარეთა მიერ სამართლის არჩევა ეს არის „მატერიალური და არა სამართლებრივი აქტი“;⁴¹ რის გამოც მოსამართლე არ არის შეზღუდული მხარეთა გადაწყვეტილებით. სამართლებრივ პრობლემას სასამართლო წყვეტს და არა მხარეები.⁴²

როგორც ზემოაღნიშნულიდან ჩანს, თეორეტიკოსთა უმრავლესობა XX საუკუნის პირველი ნახევრის ჩათვლით საკმაოდ კრიტიკულად იყო განწყობილი მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის მიმართ. ისინი უკეთეს შემთხვევაში ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპს აღიარებდნენ, მაგრამ არამც და არამც კონტრაქტთა უფლებას თვითონვე გადაეწყვიტათ საკოლიზიო საკითხი – თავიანთი შეხედულებებისამებრ აერჩიათ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართალი. მხარეთათვის ამ უკანასკნელის უფლების მინიჭება, მათი აზრით, სხვა არაფერი იყო თუ არა იმის აღიარება რომ კონტრაქტები მოცემულ შემთხვევაში კანონმდებლის ფუნქციას ახორციელებდნენ.

ქვემოთ იქნება ნახევრები, რომ თეორეტიკოსებისგან განსხვავებით მოწინავე ქვეყნების სასამართლოებმა XIX ბოლოდან და განსაკუთრებით XX საუკუნის დასაწყისიდან რადიკალურად განსხვავებული პოზიცია დაიკავეს მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარების საკითხში და ეს ბევრწილად გამოწვეული იყო პრაგმატული მოსაზრებებით.

³⁹ ეს უკანასკნელი აშშ-ს სამართლის ინსტიტუტის მიერაა შემუშავებული და ემყარება აშშ სასამართლო პრაქტიკას და დოქტრინებს. იგი არ წარმოადგენს საკანონმდებლო აქტს, მაგრამ აშშ-ს სამართლის ინსტიტუტის მიერ შექმნილი კრებულები დიდი ავტორიტეტით სარგებლობენ აშშ-ს იურიდიულ საზოგადოებაში. უფრო დაწვრილებით იხ. *დავიდი, თანამედროვეობის ძირითადი სამართლებრივი სისტემები*, თ. ნინიძის თარგმანი (განათლება), თბ., 1999, გვ. 324-325.

⁴⁰ *Batifol, Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, 1938, No. 45. *Lando*-ს ნაშრომის მიხედვით, გვ. 264-265.

⁴¹ *Batifol, Droit international privé*, Paris, 1959, No. 218-219, ციტირებულია: *Рубанов, Международное частное право*, ред. Богуславский (Международные отношения) М., 1994, с. 172.

⁴² იხ. *Рубанов, დასახ. ნაშრომი*, გვ. 172-173.

V თავი

სასამართლოების მიერ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარება

§1. ინგლისის სასამართლოების მიერ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარება

პირველი ქვეყანა, სადაც ცნობილ იქნა მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპი, როგორც საკოლიზიოსამართლებრივი ბუნების მქონე ინსტიტუტისა, იყო ინგლისი.

ამ ქვეყნის სასამართლოებს ჰქონდათ რამდენიმე მნიშვნელოვანი საფუძველი, რათა ეღიარებინათ კონტრაქტთა ნება, როგორც გადამწყვეტი კრიტერიუმი. მხარეთა ნების ავტონომია მხარდაჭერილი იყო იმ ფილოსოფიური მიმდინარეობების მიერ, რომლებიც გავრცელებული იყო XIX საუკუნის ევროპაში. ამ უკანასკნელთა მიხედვით სახელმწიფო არ უნდა ჩარეულიყო კერძოსამართლებრივ ურთიერთობებში. ამ თეორიით ხელმძღვანელობდნენ ინგლისის სასამართლოები, როდესაც ისინი თვლიდნენ, რომ მხარეთა განზრახვას (ნებას) ჰქონდა უდიდესი მნიშვნელობა ინგლისის სახელმწიფოებრივ სამართალში.⁴³

ინგლისის სასამართლოები, აშშ-ს Harter act-ის (კანონი ტვირთის საზღვაო გადაზიდვებს შეეხებოდა) იმპერატიული ნორმების იგნორირებას ახდენდნენ, მაშინ, როდესაც კონტრაქტები, ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად, უფრო ლიბერალურ ინგლისის სამართალს ირჩევდნენ. ნების ავტონომიის ინსტიტუტის სასარგებლოდ მეტყველებდა ის გარემოებაც, რომ ხელშეკრულების მონაწილეებს მისი მეშვეობით შეეძლოთ გვერდი აეველოთ მოძველებული სამართლებრივი ნორმებისთვის.⁴⁴

ინგლისის სასამართლოები უყოყმანოდ ცნობდნენ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპს. ამის დამადასტურებელია აღნიშნული ქვეყნის რამდენიმე მოსამართლის გამონათქვამი:

„ხელშეკრულებაში გამოხატული განზრახვა ... არის გადამწყვეტი“ (ლორდი⁴⁵ ატკინი);⁴⁶

„მხარეთა განზრახვა, რომელიც ხელშეკრულებაშია ასახული წარმოადგენს ნამდვილ კრიტერიუმს, რომელიც განსაზღვრავს თუ რომელმა სამართალმა უნდა მოაწესრიგოს ხელშეკრულება. ეს

⁴³ *Graverson*, Conflict of Laws, Private International Law, ed. 7, London, 1974, p. 406.

⁴⁴ *Guest* (ed), Chitty on Contracts, London, 1989, p. 2166.

⁴⁵ ლორდთა პალატა (House of Lords) წარმოადგენს დიდი ბრიტანეთის პარლამენტის ზედა პალატას, რომლის 11-კაციანი სასამართლო კომიტეტი იხილავს სამოქალაქო საქმეთა უმეტესობას, როგორც საბოლოო სააპელაციო ინსტანცია, *Black's Law Dictionary*, ed. 7. (St. Paul, Minn.,) 1999, p. 774; იხ. აგრეთვე *მელქაძე/დვალი*, სასამართლო ხელისუფლება საზღვარგარეთის ქვეყნებში, თბ., 2000, გვ. 82-83.

⁴⁶ (1937) A. C. 500, 529 (R.v. International Trustee), ციტირებულია: *Вольф*, Международное частное право, перевод с английского (Иностранное литературa) М., 1948. с. 447.

დებულება იმდენად ნათელია, რომ იგი არ ექვემდებარება შეცვლას“ (ლორდი ლონდლი);⁴⁷

„ერთადერთი საკითხი, რომელიც ითხოვს გადაწყვეტას, მდგომარეობს იმაში, რომ სასამართლომ უნდა დაადგინოს რომელ სამართალს გულისხმობდნენ მხარეები თავიანთი ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად“ (ლორდი ხასბერი).⁴⁸

ვოლფი, თავის ფუნდამენტურ მონოგრაფიაში, რომელიც საერთაშორისო კერძო სამართალს ეძღვნება, ნების ავტონომიის ინსტიტუტის შესახებ აღნიშნავდა: „ინგლისის საერთაშორისო კერძო სამართლის არცერთი საკითხი არ იყო ასე მკაფიოდ და ხშირად ფორმულირებული“.⁴⁹

§2. საფრანგეთის სასამართლოების მიერ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარება

საფრანგეთში მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპი აშკარად იქნა ცნობილი საკასაციო სასამართლოს მიერ 1910 წელს, სადაც განცხადებულ იქნა: „ხელშეკრულების დადების, მისი ნამდვილობის და შინაარსის მომწესრიგებელი სამართალი არის ის სამართალი, რომელიც მხარეებმა აირჩიეს“.⁵⁰ აღნიშნულიდან გამომდინარე, სასამართლოს აზრით, მხარეთა მიერ კონოსამენტის ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად ფრანგული სამართლის არჩევა სრულიად მისაღები იყო. სასამართლომ უარყო აშშ-ს Harter Act-ის იმპერატიული ნორმების გამოყენება, მიუხედავად იმისა, რომ გემის დატვირთვის ადგილი იყო ნიუ-იორკის პორტი, ხოლო კონოსამენტში არსებული დათქმით, ფრანგი კონტრაქტენტი (გადამზიდველი), საფრანგეთის კანონმდებლობის თანახმად, თავისუფლდებოდა პასუხისმგებლობისგან.⁵¹

საფრანგეთის სასამართლოები, დროთა განმავლობაში სულ უფრო ნაკლებ ყურადღებას აქცევდნენ თეორეტიკოსთა მოსაზრებებს. 1930-1931 წლებში საფრანგეთის საკასაციო სასამართლომ მიიღო ორი გადაწყვეტილება, რომლითაც დასაშვებად ცნო მხარეთა მიერ სამართლის არჩევა, **თუკი ამას მოითხოვს საერთაშორისო სავაჭრო ბრუნვის ინტერესები**.⁵² საფრანგეთის საკასაციო სასამართლოს მიერ გამოთქმულმა აღნიშნულმა ფრაზამ დიდი გავრცელება პოვა ევროპის სხვა ქვეყნებშიც.⁵³

⁴⁷ (1902) A. C. 446, 450 (spurrer v. La Celoché), *Boisf*-ის ნაშრომის მიხედვით გვ. 447.

⁴⁸ (1889) 42 Ch. D. 321, 336: (In re Missouri Steamship Co), იხ. *Boisf*-ის დასახ. ნაშრ. გვ. 447.

⁴⁹ იქვე. გვ. 447.

⁵⁰ Cass. Civ., 1910 წლის 5 დეკემბრის გადაწყვეტილება, S. 1911. 1. 129. ციტირებულია: *Lando, The Conflict of Laws of Contracts, General Principles, Recueil Des Cours VI, Dordrecht/Boston/London, 1988, p. 262.*

⁵¹ იქვე. გვ. 262.

⁵² Cass. Civ., 1930 წლის 19 თებერვლისა და 1931 წლის 27 იანვრის გადაწყვეტილებანი, S. 1931. 1. 41, *Lando*-ს ნაშრომის მიხედვით, გვ. 263.

⁵³ გერმანია: *Raape, Internationales Privatrecht, 5 Auf., Berlin und Frankfurt, 1961, S. 461*; შვეიცარია: *Moser, Vertragsabschluss, Vertragsgültigkeit und Parteiwille im internationalen Obligationenrecht, St. Gallen, 1948, S. 195, Lando*-ს ნაშრომის მიხედვით, გვ. 263.

§3. გერმანიის და შვეიცარიის სასამართლოების მიერ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარება

როგორც ცნობილია, სავინი მხარს უჭერდა მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპს,⁵⁴ მაგრამ ბარმა და ციტელმანმა, იმდროინდელი ფრანგი ავტორების მსგავსად, იერიში მიიტანეს მხარეთა მიერ სამართლის არჩევის პრინციპზე.⁵⁵ ასეთივე პოზიციაზე იდგა სასამართლო პრაქტიკა 1880 წლამდე. ამ დროიდან მოყოლებული კი, მხარეთა ნების ავტონომიის საკითხში, შეინიშნება განსხვავებული მიდგომა სასამართლოებსა და თეორეტიკოსებს შორის. საფრანგეთის სასამართლოების მსგავსად გერმანიის სასამართლოები სულ უფრო მეტ ყურადღებას უთმობდნენ მხარეთა ნებას ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართლის დადგენის საკითხში.⁵⁶

XIX საუკუნის განმავლობაში შვეიცარიის ფედერალური უმაღლესი სასამართლო ცნობდა მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპს,⁵⁷ მაგრამ შემდეგ მერყევი პოზიცია დაიკავა. შესაძლებელია ეს გამოწვეული იყო იმდროინდელი შვეიცარიელი და გერმანელი ავტორების პოზიციით, რომლებიც ეწინააღმდეგებოდნენ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის განხორციელებას. 1906 წლიდან სასამართლომ ერთმანეთისაგან გამიჯნა ხელშეკრულების დადების და ნამდვილობის საკითხები ხელშეკრულების შესრულების საკითხისგან.⁵⁸ ამ უკანასკნელის მიმართ ძალაში დარჩა მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის გამოყენება, ხოლო ხელშეკრულების დადებისა და ნამდვილობის საკითხის მიმართ კი მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის მაგივრად, ხელშეკრულების დადების ადგილის სამართალი გამოიყენებოდა. 1952 წელს კი შვეიცარიის ფედერალურმა სასამართლომ უარყო ხელშეკრულების დანაწევრების (ფრ. *Depeçage*) მეთოდი და კვლავ მხარი დაუჭირა ხელშეკრულების მიმართ ერთი სამართლებრივი სისტემის გამოყენებას.⁵⁹ აქედან გამომდინარე, მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპი კვლავ აღიარებული იქნა ხელშეკრულების დადების და მისი ნამდვილობის საკითხის მიმართაც.

⁵⁴ Savigny, A Treatise on the Conflicts of Laws, 2ed. trans. from German by Gutrie, Edinburgh, 1880, pp. 134-136.

⁵⁵ Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, Band II, Hannover, 1889, S. 4-5; Zitelmann, Internationales Privatrecht. Band II, Leipzig, 1912, S. 373-374; Frankenstein, Internationales Privatrecht, Band II, Berlin, 1928, S. 123. *Lando*-ს ნაშრომის მიხედვით, გვ. 268.

⁵⁶ ROHG, 1895 წლის 9 დეკემბრის გადაწყვეტილება, ROHG, 19, 132; RG, 1881 წლის 22 თებერვლის გადაწყვეტილება, RGZ, 242, *Lando*-ს ნაშრომის მიხედვით, გვ. 268. აგრეთვე: Paane, Международное частное право, перевод с немецкого, М., (Иностранное литература) 1960, с. 434.

⁵⁷ იხ. Moser, დასახ. ნაშრ. გვ. II, *Lando*-ს ნაშრომის მიხედვით, გვ. 270-271.

⁵⁸ BG, 1906 წლის 9 ივნისის გადაწყვეტილება. BGE, 32 II, 415, *Lando*-ს ნაშრომის მიხედვით, გვ. 271.

⁵⁹ BG, 1952 წლის 12 თებერვლის გადაწყვეტილება. BGE, 78 II 74, 79 (Chevalley v. Genimportex S.A.), *Lando*-ს ნაშრომის მიხედვით, გვ. 271.

§4. აშშ-ს სასამართლოების მიერ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარება

დროთა განმავლობაში, აშშ-ს სასამართლოებმაც მხარი დაუჭირეს ნების ავტონომიის პრინციპს. ბილის არგუმენტი მხარეთა ნების ავტონომიის ინსტიტუტის წინააღმდეგ გაზიარებულ არ იქნა მოსამართლე ჰარლანის (Harlan) მიერ Siegelman v. Cunard White Star, Ltd, საქმეში, სადაც მან განაცხადა: „იმის მაგივრად, რომ მხარეებში ვხედავდეთ საკანონმდებლო ფუნქციის უზურპაციას, უკეთესია უფრო რეალურად შევხედოთ საკითხს და გავათავისუფლოთ სასამართლოები საკოლიზიო საკითხების გადაწყვეტის ტვირთისგან. ასეთი კურსის აღებით, შეიძლება ველოდოთ დავების შემცირებას და მათი (მხარეთა) რეკომენდაცია, წარმოდგენილ საუკეთესო კანონპროექტის მსგავსად, გაათავისუფლებს სასამართლოებს ბუნდოვანი პრობლემების გადაწყვეტისგან ... *კომერციულ ხელშეკრულებებში გარკვეულობის (სიცხადის) შეტანის ტენდენცია, მხარდაჭერილ უნდა იქნეს სასამართლოების მიერ*“.⁶⁰ XX საუკუნის დასაწყისში აშშ-ს სასამართლოებმა და განსაკუთრებით აშშ-ს უმაღლესმა სასამართლომ ცნეს კონტრაქენტთა უფლება სამართლის არჩევის შესახებ.⁶¹

§5. საქართველოს სასამართლოების მიერ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარება

საკოლიზიო სახელშეკრულებო სამართალთან მიმართებით, საქართველოს მწირი სასამართლო პრაქტიკა აქვს. ეს განპირობებული უნდა იყოს შემდეგი მიზეზებით:

ა) საქართველო არ არის დიდი ქვეყანა და, შესაბამისად, ბუნებრივიცაა, რომ მას არ აქვს ისეთი მდიდარი სასამართლო პრაქტიკა, როგორც გააჩნია მაგალითად გერმანიას ან ინგლისს;

ბ) განვლილ წლებში, რაც ქვეყანამ აღიდგინა დამოუკიდებლობა, ცნობილ მოვლენათა გამო, სახელმწიფოში არ იყო შექმნილი შესაბამისი საინვესტიციო გარემო. საქართველო განვითარებად სახელმწიფოთა რიგს განეკუთვნება, რის გამოც ქვეყანაში საერთაშორისო სავაჭრო ბრუნვა დიდი არ არის.

გ) უცხოელ კონტრაქტებს, რომლებიც მნიშვნელოვან ინვესტიციებს ახორციელებენ საქართველოში, ნაკლები ნდობა აქვთ საქართველოს სასამართლო სისტემის მიმართ და მათი დაუინებელი მოთხოვნით, უმეტეს შემთხვევაში, ადგილი აქვს ხელშეკრულებაში საარბიტრაჟო დათქმის შეტანას, რომლის თანახმადაც სადავო საკითხები საერთაშორისო არბიტრაჟებმა უნდა განიხილოს.

⁶⁰ 221 F.2d 189, 195 (2 Cir. 1955), *Lando*-ს ნაშრომის მიხედვით, გვ. 273.

⁶¹ *London Assurance v. Companhia de Moagens do Barreir*, 167 U.S. 149, 17 S.Ct.785, 790 (1897); *Mutual Life Insurance Company of New York v. Tine Cohen*, 179 U.S. 262, 21 S.Ct. 106, 109 (1900); *Pinney v. Nelson*, 183 U.S. 144, 22 S.Ct. 52, 54 (1901); *Mutual Life Insurance Company of New York v. Hill*, 193 U.S. 551, 24 S. Ct. 538, 540 (1904), ციტირებულია: *Rühl*, Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Coverage and Economic Efficiency, CLPE Research Paper 4/2007 Vol. 03 No. 01 (2007), p. 6.

მაგალითი პირველი:

2000 წლის 18 ოქტომბერს საქართველოს მთავრობას, აზერბაიჯანის რესპუბლიკის საერთაშორისო ნავთობკომპანიას, ბპ ექსპლორეიშნ (კასპიან სი) ლტდ-ს, სტატოილ ბტს კასპიან ას-ს, რამკო ჰაზარ ენერჯი ლიმიტედ-ს, ტურკიე პეტროლლერი-ს, უნოკალ ბტს პაიპლაინ ლტდ-ს, იტოჩუ ოილ ექსპლორეიშენ (აზერბაიჯან) ინკ-ს, დელტა ჰესს (ბტს) ლიმიტედ კომპანიებს შორის დაიდო მრავალმხრივი ხელშეკრულება საექსპორტო მილსადენის აშენების შესახებ, რომლის შესაბამისადაც მოხდებოდა ნავთობის ტრანსპორტირება აზერბაიჯანის, საქართველოსა და თურქეთის გავლით საერთაშორისო ბაზრებზე. ხსენებული ხელშეკრულების 17.13. პუნქტის მიხედვით ხელშეკრულება დაექვემდებარა ინგლისის კანონმდებლობას, ხოლო სადავო საკითხების წარმოშობის შემთხვევაში იგი განხილულ უნდა იქნეს ICSID კონვენციისა და ICSID-ის საარბიტრაჟო წესების შესაბამისად სამი არბიტრის მიერ.

მაგალითი მეორე:

1999 წლის 11 ივნისს საქართველოს ინვალიდთა სპორტის ფედერაციას და შვეიცარიულ კომპანია „მეისფილდ“ ა.გ-ს შორის დაიდო ხელშეკრულება, რომლის ძალითაც ამ უკანასკნელს ქართული მხარისთვის უნდა მიეწოდებინა ბენზინი – CIF პირობებით – ფოთის პორტში. მხარეებმა ხელშეკრულების მე-15 მუხლში გააკეთეს დათქმა, რომლის ძალითაც *გარიგებიდან წარმოშობილი სადავო საკითხები უნდა გადაწყვეტილიყო ინგლისის სამართლის მიხედვით ლონდონის არბიტრაჟში.*

2000 წლის 6 იანვარს არბიტრ მაკენზის მიერ ერთპიროვნულად, ინგლისის კანონმდებლობაზე დაყრდნობით, მიღებულ იქნა გადაწყვეტილება, რომლის ძალითაც მოპასუხე (ქართულ) მხარეს დაეკისრა მოსარჩელეს (შვეიცარიული კომპანიის) სასარგებლოდ 201540 (აქ ძირითადი დავალიანების და სარგებლის თანხასთან ერთად შედის ასევე საარბიტრაჟო ხარჯები) აშშ დოლარის გადახდა.⁶²

მაგალითი მესამე:

1996 წლის 4 ნოემბერს ირლანდიურ შპს „სოვტურსა“ და სს რუსთავის მეტალურგიულ კომბინატს (შემდგომში „რმკ“) შორის დაიდო ხელშეკრულება. გარიგების პირობების თანახმად, „სოვტური“ ვალდებული იყო გამოეყო რმკ-ისათვის კრედიტი 3 000 000 აშშ

⁶² აღნიშნული გადაწყვეტილება ნიუ-იორკის 1958 წლის კონვენციის: „უცხოეთის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობისა და აღსრულების კონვენციის“ მე-3 მუხლის, „საქართველოს საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ“ კანონის 68-ე II მუხლის, 68-ე V მუხლის, 70-ე II მუხლის, 70-ე III მუხლის, „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონის 91-ე მუხლის თანახმად ცნობისა და აღსრულების მიზნით გადაეცა საქართველოს უზენაეს სასამართლოს. ყოველივე ზემოთ აღნიშნულის გათვალისწინებით, საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ 2000 წლის 28 აპრილს გამოსცა სააღსრულებო ფურცელი (№01-გ/123), რომლის ძალითაც მოვალეს კრედიტორის სასარგებლოდ დაეკისრა ზემოთ მითითებული თანხის დაუყოვნებელი გადახდა.

დოლარის ოდენობით, მიეწოდებინა ცეცხლგამძლე ავურები და სხვა საჭირო მასალები, შეესრულებინა გარკვეული სამუშაოები, რომელთა საერთო ღირებულება მხარეთა მიერ შეფასებული იყო 9 000 000 აშშ დოლარად. „სოვეტურის“ მიერ მისაწოდებელი მესამე ელემენტი შედგებოდა ტექნიკური, იურიდიული და კომერციული მომსახურების გაწევაში, რომელთა ღირებულებაც, მხარეთა შეთანხმებისამებრ, შეადგენდა 750 000 აშშ დოლარს. მაშასადამე, „სოვეტურის“ სახელშეკრულებო ვალდებულების მთლიანი ღირებულება შეადგენდა 12 750 000 აშშ დოლარს. ირლანდიური კომპანიის მიერ მისი ვალდებულებების შესრულების შემთხვევაში, რმკ-ს მთლიანობაში დაეკისრებოდა ზემოაღნიშნული თანხის გადახდა „სოვეტურისათვის“ თერთმეტ ნაწილად, გადახდის განრიგის შესაბამისად. გადახდა უნდა დაწყებულიყო 1997 წლის 1 აპრილიდან.

მხარეებმა ხელშეკრულების მე-15.4 პუნქტით მოახდინეს საარბიტრაჟო დათქმა, რომლის მიხედვითაც სადავო საკითხების წარმოშობის შემთხვევაში საქმე უნდა განეხილა სტოკჰოლმის (შვეცია) არბიტრაჟს, რომელიც იხელმძღვანელებდა საერთაშორისო სავაჭრო პალატის საარბიტრაჟო წესებით. გარდა ამისა, მხარეებმა ხელშეკრულების იმავე პუნქტში ასევე დათქვეს, რომ *„წინამდებარე ხელშეკრულება წესრიგდება საქართველოს კანონმდებლობის შესაბამისად და იმ შემთხვევაში, თუ საქართველოს კანონმდებლობა თვალნათლივ და დაზუსტებით არ განიხილავს დავის საკითხს, მაშინ ამ ხელშეკრულების განმარტება განხორციელდება შვეციის კანონმდებლობის შესაბამისად“*.

როგორც ზემოაღნიშნულდან ნათლად ჩანს, მოცემულ შემთხვევაში კონტრაქტებმა მოახდინეს ნების ავტონომიის პრინციპის რეალიზაცია. მხარეებმა სამართალურიერობის მოსაწესრიგებლად აირჩიეს ორი სამართლებრივი სისტემა – ქართული და შვედური. ამ უკანასკნელს, შეიძლება ითქვას „სარეზერვო“ ფუნქცია დაეკისრა და გამოყენებულ იქნებოდა მხოლოდ ქართულ სამართალში არსებული ხარვეზების შესავსებად, თუკი, ცხადია, ამის საჭიროება წარმოიშობოდა.

როგორც საარბიტრაჟო საქმის მასალებიდან ირკვევა, ქართული მხარე ობიექტური თუ სუბიექტური მიზეზების გამო უხეზად არღვევდა ხელშეკრულების პირობებს, რის გამოც ირლანდიურმა კომპანიამ რმკ-ს წინააღმდეგ სარჩელი შეიტანა სტოკჰოლმის არბიტრაჟში. 1999 წლის 30 აგვისტოს ამ უკანასკნელის მიერ გამოტანილ იქნა გადაწყვეტილება (№10097/OL), რომლითაც მოპასუხეს, მოსარჩელეს სასარგებლოდ, მთლიანობაში დაეკისრა 11 250 000 აშშ დოლარის გადახდა.

თემის მიზნებიდან გამომდინარე საინტერესოა, ცნო თუ არა საერთაშორისო არბიტრაჟმა მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპი. როგორც საარბიტრაჟო ტრიბუნალის მასალებიდან ირკვევა „არც ერთ მხარეს არ წამოუჭრია ქართული ან შვედური კანონმდებლობის გამოყენების საკითხი, არც მათ მიერ წარდგენილ წერილობით დოკუმენტებში და არც საქმის მოსმენის დროს. საარბიტრაჟო ტრიბუნალი თვლის, რომ მხარეთა ვალდებულებები, მათ შორის მოპასუხის მიერ მთლიანი დავალიანების წინასწარ გადახდის ვალდებულება მის მიერ ხელშეკრულების დარღვევის შემთხვევაში,

ნათლად განსაზღვრულია ხელშეკრულებაში. შესაბამისად, საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა, სსპ-ს წესების მე-17 II მუხლის დაცვით, მხედველობაში მიიღო ხელშეკრულების პირობები და გადაწყვეტილება გამოიტანა მხოლოდ და მხოლოდ ხელშეკრულებაში მოცემული ტექსტის საფუძველზე“.

ამრიგად, საერთაშორისო არბიტრაჟმა „სიტყვით“ ცნო მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპი, ხოლო ის ფაქტი, რომ პრაქტიკულად არ იქნა გამოყენებული არცერთი ქვეყნის (საქართველოს, შვეციის) სამართალი მან ახსნა იმით, რომ ხელშეკრულების პირობები იმდენად ამომწურავად განსაზღვრავდა მხარეთა უფლება-მოვალეობებს, რომ სრულიად საკმარისი იყო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება მხოლოდ ამ უკანასკნელზე დაყრდნობით გამოტანილიყო. ზემოაღნიშნული მოსაზრება გარკვეულწილად გასაგები იქნება, დამატებით ის გარემოებაც თუ იქნება მხედველობაში მიღებული, რომ არაერთი შეტყობინების მიუხედავად, ქართული მხარე არ გამოცხადდა პროცესზე და, შესაბამისად, უცხოელ არბიტრს არანაირი სურვილი არ უნდა გასჩენოდა გამოეკვლია მისთვის ძნელად ხელმისაწვდომი ქართული სამართალი, მით უფრო, რომ ამას არცერთი მხარე არ მოითხოვდა.⁶³

იმ შემთხვევაში თუკი ადგილი არ აქვს საარბიტრაჟო დათქმას და საქმეზე საქართველოს სასამართლოების საერთაშორისო კომპეტენცია ვრცელდება, მაშინ, როგორც წესი, უცხოელი კონტრაქტები წინააღმდეგი არ არიან ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად გამოყენებულ იქნეს ქართული სამართალი. უმეტეს შემთხვევაში მხარეები პირდაპირ არ უთითებენ ხელშეკრულებაში თუ რომელი ქვეყნის სამართალს ირჩევენ, თუმცა არსებობს შემთხვევები, როდესაც კონტრაქტები მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის რეალიზაციას ახდენენ და გარკვევით უთითებენ, რომ მათ ქართული მატერიალური სამართლის გამოყენება სურთ.

მაგალითი პირველი:

მოსარჩელე - საქართველოს მოქალაქე თამაზ ბიძინაშვილს და მოპასუხე - თურქულ კომპანია „რუმელი ტელეკომს“ შორის 2001 წლის 31 მაისს დაიდო ხელშეკრულება, რომლის შესაბამისადაც მოსარჩელეს, სხვა ფიზიკურ პირებთან ერთად, უნდა მიეყიდა თავისი წილი, რომელიც მას ჰქონდა შპს „ნეოკომში“, ხოლო მოპასუხე იღებდა ვალდებულებას გადაეცა მოსარჩელისთვის და სხვა ფიზიკური

⁶³ აღნიშნული გადაწყვეტილებაზე საქართველოს უზენაესი სასამართლოს მიერ 2000 წლის 31 მარტს გამოცა სააღსრულებო ფურცელი (№01-გ/101), რომლის ძალითაც მოვალეს კრედიტორის სასარგებლოდ დაეკისრა ზემოთ მითითებული თანხის დაუყოვნებელი გადახდა.

აქ აუცილებელია აღინიშნოს ერთი სამწუხარო ტენდენცია, ზემოთ განხილულ ორივე შემთხვევაში, როცა საქმეს საერთაშორისო არბიტრაჟები იხილავდა, პროცესზე არ გამოცხადებულა ქართული მხარე, არადა მათ მიღებული ჰქონდათ უწყებები. გამოკვლევა იმ საკითხისა, თუ რით აიხსნებოდა ქართველი კონტრაქტების ასეთი უდარდელი დამოკიდებულება საარბიტრაჟო პროცესების მიმართ – სცილდება მოცემული თემის მიზნებს.

პირებისთვის 3 000 000 აშშ დოლარის ღირებულების მობილური ტელეფონები.

ხელშეკრულების მე-9.5 პუნქტის მიხედვით, დავის წარმოშობის შემთხვევაში მის მიმართ გამოყენებულ უნდა ყოფილიყო საქართველოს კანონმდებლობა.

თურქულმა კომპანიამ დაარღვია ხელშეკრულების პირობები და სრულად არ შეასრულა ნაკისრი ვალდებულებები. ასევე არ შეასრულა თავისი ვალდებულება საწარმოს საქმიანობის წარმართვის შესახებ (ხელშეკრულების 5.2. პუნქტი), რის გამოც შპს „ნეოკომმა“ დაკარგა ლიცენზია კავშირგაბმულობის სფეროში, რაც მის ყველაზე ფასეულ აქტივს წარმოადგენდა.

2003 წლის 11 თებერვალს მოსარჩელემ აღძრა სარჩელი მოპასუხის მიმართ თბილისის საოლქო სასამართლოს სამოქალაქო და სამეწარმეო საქმეთა კოლეგიაში. მოსარჩელემ მოითხოვა მოპასუხე - თურქულ კომპანია „რუმელი ტელეკომს“ მის სასარგებლოდ დაკისრებოდა განცდილი ზიანის - 1 157 082 აშშ დოლარის ანაზღაურება.

თბილისის საოლქო სასამართლოს სამოქალაქო და სამეწარმეო საქმეთა კოლეგიის 2003 წლის 31 ივლისის დაუსწრებელი გადაწყვეტილებით (საქმე №2/ა-66-03) თამაზ ბიძინაშვილის სარჩელი სრულად დაკმაყოფილდა.

მოცემულ გადაწყვეტილებაში, სასამართლომ სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 230-ე II მუხლის მიხედვით შეამოწმა სარჩელში მითითებული გარემოებები იურიდიულად ამართლებდა თუ არა სასარჩელო მოთხოვნას, რის შემდეგაც საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის ნორმებზე დაყრდნობით მიღებულ იქნა გადაწყვეტილება სარჩელის დაკმაყოფილების შესახებ.

ცხადია, მოცემულ შემთხვევაში ადგილი ჰქონდა მხარეთა ნების ავტონომიის რეალიზაციას, რადგან მხარეებმა ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად აირჩიეს ქართული სამართალი და სასამართლომაც გამოიყენა ქართული კანონმდებლობა. თუმცა, უნდა აღინიშნოს, რომ სასამართლო გადაწყვეტილებაში არსადაა მითითებული, რომ სასამართლომ ქართული მატერიალური კანონმდებლობა გამოიყენა იმ მიზეზის გამო, რომ ასეთი იყო მხარეთა თანხვედრი ნება და აღნიშნული, იმპერატიულად გამომდინარეობდა საქართველოს სსკ-ის 35-ე I მუხლის დანაწესიდან.

მაგალითი მეორე:

სააქციო საზოგადოება „საქართველოს შაქრის კომბინატის“ 1996 წლის ივნისის აქციონერთა საერთო კრების გადაწყვეტილებით მოხდა სააქციო საზოგადოების კაპიტალის გაზრდა აქციების ემისიის გზით. ხსენებულ სააქციო საზოგადოებასა და კვიპროსის კომპანია „სტარფოკუს“ შორის 1996 წლის 10 ნოემბერს დაიდო ხელშეკრულება, რომლის მიხედვითაც ამ უკანასკნელმა შეიძინა 355 452 აქცია და დამატებით აიღო ვალდებულება შეეწყო ხელი საწარმოსათვის ყოველწლიურად 100 000 (ასი ათასი) ტონა ნედლი შაქრის მოწოდებასა და დაფინანსებაში.

ხელშეკრულების 3.2. პუნქტის მიხედვით განისაზღვრა, რომ **„დავების განხილვისას გამოყენებული იქნება საქართველოს მატერიალური და პროცესუალური სამართალი“**.

სააქციო საზოგადოება „საქართველოს შაქრის კომბინატმა“ აღძრა სარჩელი მოპასუხე – კვიპროსის კომპანია „სტარფოკუს“ მიმართ, ხელშეკრულების დარღვევის გამო მიყენებული ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნით.

თბილისის საოლქო სასამართლოს სამოქალაქო და სამეწარმეო საქმეთა კოლეგიის 2000 წლის 10 თებერვლის გადაწყვეტილებით სარჩელი არ დაკმაყოფილდა, ხოლო მოპასუხის შეგებებული სარჩელი ნაწილობრივ დაკმაყოფილდა. აღნიშნული გადაწყვეტილება საკასაციო წესით გაასაჩივრა სააქციო საზოგადოება „საქართველოს შაქრის კომბინატმა“. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამეწარმეო და გაკოტრების საქმეთა პალატის 2000 წლის 24 მაისის განჩინებით (საქმე №3კ-189) საკასაციო საჩივარი ნაწილობრივ დაკმაყოფილდა.

მოცემულ შემთხვევაში, ასევე რეალიზებულ იქნა მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპი და როგორც პირველი ინსტანციის სასამართლომ, ასევე საკასაციო სასამართლომ (ამ უკანასკნელმა ყურადღება გაამახვილა კონტრაპენტთა მიერ ქართული სამართლის არჩევის შესახებ, თუმცა არ მიუთითებია საქართველოს სკსკ-ის 35-ე I მუხლზე), ხელშეკრულებიდან წარმოშობილი სადავო საკითხების გადასაწყვეტად გამოიყენეს ქართული მატერიალური სამართალი.

§6. დასკვნის ნაცვლად

როგორც ზემოაღნიშნულიდან ჩანს, მაშინ, როდესაც დასავლეთის მოწინავე ქვეყნების თეორეტიკოსები წინააღმდეგი იყვნენ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარების და ისინი ამას ასაბუთებდნენ სამართლის არსის და დანიშნულების პრინციპებიდან გამომდინარე, იმავე მოწინავე ქვეყნების სასამართლოებმა რადიკალურად განსხვავებული პოზიცია დაიკავეს და ცნეს კონტრაპენტთა უფლება ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად აერჩიათ მათთვის ხელსაყრელი სამართლებრივი სისტემა.

უმთავრესი არგუმენტი, რითაც ხელმძღვანელობდნენ სასამართლოები ეფუძნებოდა სუფთა წყლის პრაგმატულ მოსაზრებას, რომელიც ერთი ფრაზით შემდეგნაირად გამოითქმის: **„საერთაშორისო სავაჭრო ბრუნვის ინტერესები“**. ეს უკანასკნელი წარმოადგენდა იმ პირველად საფუძველს, რომელზე დაყრდნობითაც სასამართლოები ცნობდნენ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპს. სხვა დანარჩენი მოსაზრებები, რომლებიც ზემოთ იქნა განხილული, მათ შორის სიცხადის შეტანა სახელშეკრულებო ურთიერთობებში, რათა კონტრაპენტებს წინასწარ სცოდნოდათ თუ რომელი ქვეყნის სამართლით უნდა მოწესრიგებულიყო მათი ხელშეკრულება, წარმოადგენდა მეორად საფუძველს, რომელიც პირველიდან გამომდინარეობდა.

თავი VI

მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარება თანამედროვე ეროვნული კანონმდებლობით და საერთაშორისო კონვენციებით

§ 1. შესავალი

თავიდანვე აღინიშნა, რომ მხარეთა ნების ავტონომიას, როგორც საკოლიზიოსამართლებრივ ინსტიტუტად განხილვას, ეწინააღმდეგებოდა თეორეტიკოსთა უმეტესობა, სულ მცირე XX საუკუნის დასაწყისამდე. მათი არგუმენტი სრულიად ლოგიკური იყო: კონტრაქტებს არ ჰქონდათ უფლება კანონმდებლის ფუნქცია მიეთვისებინათ და თვითონვე გადაეწყვიტათ თუ რომელი სამართლებრივი სისტემა უნდა გამოყენებულიყო სამართლებრივი ურთიერთობის მოსაწესრიგებლად. მართალია, მოწინავე ქვეყნების სასამართლო პრაქტიკა XIX საუკუნის ბოლოდან, ხშირ შემთხვევაში, არ იზიარებდა ასეთ მიდგომას, მაგრამ აქ აღნიშვნის ღირსია ის გარემოება, რომ ეს პირველ რიგში ინგლისის სასამართლო პრაქტიკაზე ითქმის, რომელსაც კონტინენტური ევროპის სასამართლოებისგან განსხვავებით სამართალშემოქმედებითი ფუნქციაც აკისრია.

ის, რაც ითქვა ინგლისის სასამართლოს მიმართ, ვერ გავრცელდება კონტინენტური ევროპის ქვეყნების სასამართლოებზე. უდავოა, რომ საფრანგეთის საკასაციო სასამართლოს განცხადება იმის თაობაზე, რომ მხარეთა მიერ სამართლებრივი სისტემის არჩევა ცნობილ უნდა ყოფილიყო, ვინაიდან იგი ხელს უწყობდა საერთაშორისო სავაჭრო ბრუნვის სტაბილურობას – სრულიად მართებული იყო, მაგრამ არა საკმარისი.

ამრიგად, მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარება საკოლიზიო სამართლის ინსტიტუტად, კონტინენტური ევროპის ქვეყნებში უნდა მომხდარიყო საკანონმდებლო აქტების და საერთაშორისო კონვენციების მიღების სახით, წინააღმდეგ შემთხვევაში, საუბარი მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარების შესახებ ნაადრევი იქნებოდა. ევროპის ქვეყნების სასამართლოებს ზოგიერთ შემთხვევაში შეეძლოთ ეცნოთ იგი, განსაკუთრებით, როდესაც საკითხი შეეხებოდა *lex fori*-ს გამოყენებას და არ ეცნოთ იგი – უცხო ქვეყნის სამართლის არჩევის შემთხვევაში.

თუკი მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარება ხელს უწყობს საერთაშორისო სავაჭრო ბრუნვის ინტერესებს, მაშინ ეს გარემოება, სასამართლოების გარდა, ადრე თუ გვიან არც საკანონმდებლო და აღმასრულებელი ხელისუფლებისთვის დარჩებოდა შეუმჩნეველი და მართლაც XX საუკუნეში მიღებულ იქნა მრავალი ეროვნული კანონი და საერთაშორისო კონვენცია, რომლებიც

ცნობდნენ და აღიარებდნენ მხარეთა ნების ავტონომიის საკოლიზიო-სამართლებრივ ბუნებას.

§ 2. საერთაშორისო კონვენციები და მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარება

ჰააგის 1955 წლის კონვენციაზე „საქონლის საერთაშორისო ნასყიდობის ხელშეკრულებებისადმი გამოსაყენებადი სამართლის შესახებ“ - მუშაობა ჯერ კიდევ 20-იან წლებში დაიწყო. 1928 წელს ჰააგის მე-6 კონფერენციაზე კონვენცია არ იქნა მიღებული. კანონპროექტზე მუშაობის გაგრძელება დაევალა სპეციალურ კომისიას, რომელსაც ხელმძღვანელობდა ცნობილი ფრანგი პროფესორი ჟულიო დე ლა მორანდიერი. კომისიამ წარადგინა ახალი პროექტი, რომელიც მეორე მსოფლიო ომის შემდეგ, 1951 წელს ჰააგის მე-7 კონფერენციაზე უმნიშვნელოდ იქნა შესწორებული, ხოლო 1955 წელს კი მიღებული.⁶⁴

1931 წლის მოხსენებაში ნათქვამი იყო, რომ ზოგიერთი დელეგატის აზრით, მხარეთა ნების ავტონომია უნდა შეზღუდულიყო მხოლოდ კონვენციაში მონაწილე ქვეყნების სამართლით. სხვა დელეგატებს სურდათ მხარეთა მიერ არჩეულ სამართალს ჰქონოდა კავშირი სამართალურთიერთობასთან და შესაბამისად გამოყენებულიყო ხელშეკრულების შესრულების ადგილის, ხელშეკრულების დადების ადგილის ან მხარეთა ჩვეულებრივი ადგილისამყოფელი ქვეყნის სამართალი. ყველა სხენებული წინადადება უარყოფილ იქნა. პროფესორმა მორანდიერმა განაცხადა, რომ მხარეებს უნდა მიეცეთ უფლება აირჩიონ ნებისმიერი სამართალი, თუნდაც იგი არ იყოს დაკავშირებული ხელშეკრულებასთან. მისი გამოსვლის მთავარ ლაიტმოტის წარმოდგენდა შემდეგი წინადადება: **„მხარეთა ნების ავტონომიის შეზღუდვას, საერთაშორისო სავაჭრო ბრუნვის შეზღუდვისაკენ მიყვავართ“**.⁶⁵

დელეგატთა უმრავლესობამ მხარი დაუჭირა მოსაზრებას, რომლის მიხედვითაც ხელშეკრულების მიმართ გამოყენებულ უნდა ყოფილიყო მხარეთა მიერ არჩეული სამართალი და შესაბამისად ამავე სამართლის იმპერატიული ნორმებიც. სხვა ქვეყნის სამართლებრივი სისტემის იმპერატიული ნორმები კი, რომელიც მხარეებს არ აურჩევიათ, არ უნდა ყოფილიყო გამოყენებული. დელეგატებმა, რომლებიც 1931 წელს, წინააღმდეგნი იყვნენ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის განხორციელების, 1951 წლის კონფერენციაზე დუმილი ამჯობინეს. ეს ნაწილობრივ გამოწვეული იყო თავიანთი მთავრობების საწინააღმდეგო პოზიციის და ნაწილობრივ მორანდიერის დამაჯერებელი არგუმენტის

⁶⁴ კონვენცია რატიფიცირებული იქნა კონტინენტური ევროპის რვა ქვეყნის: საფრანგეთის, ბელგიის, იტალიის, შვეიცარიის, დანიის, შვეციის, ნორვეგიის და ფინეთის და ერთი აფრიკული ქვეყნის - ნიგერიის მიერ. *Lando, The 1955 and 1985 Hague Convention on The Law Applicable to the International Sale of Goods //1993 Vol. 57 RabelsZ, p. 161.*

⁶⁵ იქვე. გვ. 161.

გამო. ჰააგის 1985 წლის ანალოგიური კონვენციის⁶⁶ მიღებისას კამათი მხარეთა ნების ავტონომიის შეზღუდვის კუთხით არ განახლებულა.⁶⁷

ევროპის 1961 წლის საერთაშორისო საარბიტრაჟო კონვენცია (მე-7 I მუხლი) ცნობს მხარეთა უფლებას აირჩიონ ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად ის სამართალი, რომელსაც ისინი მოისურვებენ.⁶⁸

„სახელმწიფოსა და სხვა სახელმწიფოთა ქვეშევრდომებს შორის საინვესტიციო დავის საერთაშორისო გადაწყვეტის შესახებ“ კონვენცია რომელიც დადებულ იქნა ვაშინგტონში 1965 წელს⁶⁹ (შემდგომში ვაშინგტონის კონვენცია), ცნობს მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპს. კერძოდ, 42-ე მუხლით საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა მხარეთა მიერ არჩეული სამართლით უნდა იხელმძღვანელოს.

1994 წლის 17 მარტს მეხიკოში (მექსიკა), საერთაშორისო კერძო სამართლის მე-5 ინტერ-ამერიკულ საგანგებო კონფერენციაზე (CIDIP-V), ამერიკის სახელმწიფოთა ორგანიზაციის (OAS) წევრმა ქვეყნებმა ხელი მოაწერეს კონვენციას: მეხიკოს 1994 წლის კონვენციას „ამერიკათაშორისო კონვენცია საერთაშორისო ხელშეკრულებისადმი გამოსაყენებადი სამართლის შესახებ“ (შემდგომში მეხიკოს 1994 წლის კონვენცია).⁷⁰

მეხიკოს 1994 წლის კონვენცია უყოყმანოდ ცნობს მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპს, კერძოდ მე-7 I მუხლი ითვალისწინებს შემდეგს: „ხელშეკრულება უნდა მოწესრიგდეს მხარეთა მიერ არჩეული სამართლით“.⁷¹

ევროგაერთიანებაში შემავალი ქვეყნების მიერ 1980 წელს „სახელშეკრულებო ვალდებულებებისადმი გამოსაყენებადი სამართლის შესახებ“ რომის კონვენციის⁷² მიღებით მოხდა ევროპის სახელშეკრუ-

⁶⁶ კონვენციის ტექსტი გამოქვეყნებულია შემდეგ ვებგვერდზე: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=61 (23.12.06.).

⁶⁷ იხ. *Lando*-ს დასახ. ნაშრ. გვ. 161.

⁶⁸ იხ. European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961 United Nations, Treaty Series, vol. 484, p. 364 No. 7041 (1963-1964), იხ. <http://www.jus.uio.no/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.geneva.1961> (24. 12. 2006). ხსენებული კონვენციის არაოფიციალური რუსული თარგმანი იხ. *Международная торговля, Международный гражданский процесс*, ред. Фисенко, Минск, 1999, с. 272.

⁶⁹ იგი 1966 წლის 14 ოქტომბერს შევიდა ძალაში. კონვენციის ტექსტი “Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States” იხ. შემდეგ ვებგვერდზე: http://www.Asser.nl/ica/wash_en.htm (25.12.2006.).

⁷⁰ ხსენებული კონვენცია Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts იხ. შემდეგ ვებგვერდზე: <http://www.oas.org/juridico/English/Treaties/b-56.html> (03.04.2007.). დღეისათვის ეს კონვენცია რატიფიცირებულია მექსიკის და ვენესუელას მიერ და შესაბამისად მას მხოლოდ ამ ორ ქვეყანაში აქვს იურიდიული ძალა.

⁷¹ უფრო დაწვრილებით: *Burman*, *International Conflict of Laws, The 1994 Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, and Trends for the 1990s*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 28 1995, p. 380.

⁷² იხ. *ოსკელიანი*, „რომის კონვენცია: სამართალი, რომელიც გამოიყენება სახელშეკრულებო ვალდებულებების მიმართ,“ *მაცნე*, 1998 წ. № 1. გვ. 49-57. რომის კონვენციის მიღების პერიპეტეიებზე, ავრეთვე თუ რა წინარე სამუშაოები მიმდინარეობდა ევროკავშირში იხ. *ზაალიშვილის* საკანდიდატო დისერტაცია: „სახელშეკრულებო კოლიზიური სამართალი ევროპული კავშირისა და ქართული

ლებო საკოლიზიო სამართლის დაახლოება,⁷³ რაზეც ჯერ კიდევ საინი ოცნებობდა, რომელმაც 1849 წელს განაცხადა: „მიზან-შეწონილია საქმეებში, რომლებიც უცხო ელემენტს შეიცავს, ერთი და იგივე სამართალურთიერთობა წყდებოდეს ერთნაირად, მიუხედავად იმისა, თუ რომელ ქვეყანაში იქნება გამოტანილი გადაწყვეტილება . . . ამას მოითხოვს საერთო ქრისტიანული მორალი და ის საერთო სიკეთე, რომელსაც ყველა რეალურად მიიღებს, ვისაც ეს ეხება.“⁷⁴

რომის 1980 წლის კონვენციის მე-3 მუხლით, ხელშეკრულების მიმართ, გამოყენებულ უნდა იქნეს მხარეთა მიერ არჩეული სამართალი.

შინაარსობრივად ანალოგიურ ნორმას შეიცავს რომი I რეგლამენტის მე-3 მუხლი.⁷⁵

§ 3. ეროვნული კანონმდებლობა და მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარება

რომის კონვენციის მიღების შემდეგ ევროკავშირის წევრმა ქვეყნებმა თავიანთი კანონმდებლობა მოიყვანეს მასთან შესაბამისობაში. ამრიგად, ის რაც რომის კონვენციის მე-3 მუხლში იყო გათვალისწინებული, მხარეთა მიერ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართლის არჩევის უფლების აღიარება – ასახულ იქნა ასევე ზემოაღნიშნული ქვეყნების კანონმდებლობაშიც. სამართლიანობისათვის უნდა აღინიშნოს, რომ რომის კონვენციის მიღებამდეც, ევროპის სახელმწიფოთა უმრავლესობა ცნობდა მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპს. ეს გამოიხატებოდა შესაბამისი ნორმების არსებობით ეროვნულ კანონმდებლობებში, ან რომელიმე საერთაშორისო კონვენციის, მაგალითად ჰააგის 1955 წლის კონვენციის, რატიფიკაციაში.

მაგალითად, ავსტრიის 1978 წლის კანონის 35-ე I მუხლის შესაბამისად: ვალდებულებითი ურთიერთობა წესრიგდება იმ სამართლის მიხედვით, რომელიც მხარეებმა პირდაპირი სახით ან კონკლიუდენტურად მიუთითეს.⁷⁶

კანონმდებლობის მიხედვით“ (ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი) 2005 წელი, გვ. 4-40.

⁷³ იხ. *იოსელიანი*, საერთაშორისო კერძო სამართლის ევროპეიზაცია, სამართლის აქტუალური საკითხები, 1999 №1 გვ. 41-47.

⁷⁴ *Savigny, A Treatise on the Conflicts of Laws*, 2ed. trans. from German by Gutrie, Edinburgh, 1880, 68-69.

⁷⁵ *Heiss, Party Autonomy*, (eds) Franco Ferrari, Stefan Leible, *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, 2009, pp. 1-16; ასევე, *Bonomi, The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations, Yearbook of Private International Law*, Vol. X 2008, pp. 169-170.

⁷⁶ სსენებული კანონის არაოფიციალური რუსული თარგმანი იხ. *Международное частное право. Иностранное законодательство*, Предисл. Маковского; сост. и науч. ред. Жильцов/Муранов (Статут) М., 2001, с. 158-167.

ევროკავშირში არშემაჯავალი ქვეყნებიდან აღნიშვნის ღირსია შვეიცარიის 1987 წლის ფედერალური კანონი „საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ“, რომელიც უყოყმანოდ ცნობს მხარეთა მიერ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართლის არჩევას, კერძოდ 116-ე I მუხლის მიხედვით: „ხელშეკრულება ექვემდებარება მხარეთა მიერ არჩეულ სამართალს“.⁷⁷

აშშ-ს ერთგვაროვანი სავაჭრო კოდექსი (UCC),⁷⁸ რომელიც მიღებულ იქნა აშშ-ს ყველა შტატის მიერ, მხარს უჭერს მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპს. UCC 1-105 პარაგრაფის თანახმად, მხარეებს შეეძლოთ აერჩიათ იმ ქვეყნის (შტატის) სამართალი, რომელსაც ჰქონდა გონივრული კავშირი ხელშეკრულებასთან. კოდექსის ოფიციალური კომენტარების თანახმად, ეს ნიშნავდა იმას, რომ ნასყიდობის ხელშეკრულებაში – სამართლის არჩევის შესახებ გაკეთებული დათქმა გულისხმობდა ხელშეკრულების დადების ადგილის, ან ხელშეკრულების შესრულების ადგილის, სამართლის გამოყენებას. თუმცა, იქვე დამატებული იყო, რომ მხარეთა მიერ სამართლის არჩევას შეიძლება ასევე მინიჭებოდა იურიდიული ძალა, თუნდაც მას არ ჰქონოდა მნიშვნელოვანი კავშირი ხელშეკრულებასთან.⁷⁹

2001 წლის თებერვალში ცვლილება შევიდა ხსენებულ კოდექსში და 1-301 პარაგრაფის თანახმად (მან 1-105 პარაგრაფი შეცვალა), საერთაშორისო ხასიათის კომერციულ ხელშეკრულებების დადებისას კონტრაქტებს სრული თავისუფლება მიენიჭათ შეუზღუდავად აირჩიონ იმ ქვეყნის სამართალი რომელსაც ისინი მოისურვებენ, თუნდაც მას კავშირი არ ჰქონდეს ხელშეკრულებასთან.⁸⁰ აღსანიშნავია, რომ შტატების უმეტესობას ზემოაღნიშნული ცვლილებები არ განუხორციელებია თავის კანონმდებლობაში და იქ დღემდე მოქმედებს 1-105 პარაგრაფი.⁸¹ ამავე დროს ტენასის, ლუიზიანას, ორეგონის, ვირჯინიის და მერილენდის შტატების სამართლით მხარეებს სრული თავისუფლება გააჩნიათ საერთაშორისო ხასიათის კომერციულ ხელშეკრულებებში შეუზღუდავად აირჩიონ გარიგების მომწესრიგებელი სამართალი, თუნდაც მას კავშირი არ ჰქონდეს ხელშეკრულებასთან.⁸²

⁷⁷ ხსენებული კანონის არაოფიციალური რუსული თარგმანი იხ. Международное частное право. Иностранное законодательство, Предисл. Маковского; сост. и науч. ред. Жильцов/Муранов (Статут) М., 2001, с. 629-674.

⁷⁸ იხ. *ლილუაშვილი*, ნასყიდობა აშშ-ს ერთგვაროვანი სავაჭრო კოდექსის მიხედვით. *ეურ. სამართალი* №11-12, 1997წ. გვ. 31-37. ხსენებული კოდექსის არაოფიციალური რუსული თარგმანი იხ. *Единый торговый кодекс США*, перевод с английского, Международный центр финансово – экономического развития, Москва, 1996.

⁷⁹ Uniform Commercial Code. 1962 Official Text with Comments (Philadelphia and Chicago 1962), s. 1-105, comment i.

⁸⁰ იხ. <http://www.law.cornell.edu/ucc/1/article1.htm#s1-301> (25.01.2007); აგრეთვე <http://www.lawrev.state.nj.us/ucc1/ucc1M021004.pdf> (25.01.2007).

⁸¹ *Rühl*, Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Coverage and Economic Efficiency, CLPE Research Paper 4/2007 Vol. 03 No. 01 (2007), p. 4.

⁸² *Graver*, Party Autonomy in Choice of Commercial Law: The Failure of Revised U.C.C. § 1-301 and a Proposal for Broader Reform, *Seton Hall Law Review*, Vol. 36:59 (2005), p. 95-99.

ჩინეთში მხარეთა ნების ავტონომიის საკითხი წესრიგდება სხვადასხვა საკანონმდებლო აქტით. სამოქალაქო სამართლის ზოგადი პრინციპების შესახებ კანონის 145-ე I მუხლით: „მხარეებს ხელშეკრულების მიხედვით, რომელიც აწესრიგებს საზღვარგარეთთან დაკავშირებულ სამართალურთიერთობას, შეუძლიათ თავად აირჩიონ სამართალი, რომელიც გამოყენებულ იქნება დავების გადასაწყვეტად, თუ კანონით სხვა რამ არ არის გათვალისწინებული“.⁸³

ზემოთ ნათქვამის შემდეგ შეიძლება ისეთი შთაბეჭდილება შეიქმნას, რომ მოცემულ საკითხში, ჩინეთი მაქსიმალურად მიუახლოვდა დასავლეთის მოწინავე ქვეყნების საკოლიზო სამართალს. სინამდვილეში მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპი შეზღუდულია ზოგიერთი სახის კომერციულ ხელშეკრულებებში, სადაც უცხოური ელემენტი მონაწილეობს. ესენია: 1) ხელშეკრულებები, რომლებიც ერთობლივ საწარმოს შეეხება; 2) ერთობლივი წარმოება, რომელიც ჩინეთის ტერიტორიაზე წიაღისეულის მოპოვებას და გადამუშავებას ეხება. ამ და სხვა ზოგიერთ შემთხვევებში, მხარეთა მიერ უცხო ქვეყნის სამართლის არჩევა ბათილად იქნება ცნობილი და ნებისმიერ შემთხვევაში გამოყენებულ იქნება ჩინეთის სამართალი.⁸⁴

ბელუკუდმართობის გამო, შვიდი ათეული წლის განმავლობაში საქართველო იყო სხვა ქვეყნის - საბჭოთა კავშირის შემადგენელი ნაწილი, რის გამოც მისი კანონმდებლობა თითქმის მთლიანად საბჭოთა კავშირის კანონმდებლობის კალკირებას წარმოადგენდა. გამონაკლისი არც განსახილველი პრობლემური საკითხი გახლდათ. კერძოდ, საქართველოს სსრ 1964 წლის სამოქალაქო კოდექსის⁸⁵ 575-ე მუხლით, რომელიც საბჭოთა კავშირის სამოქალაქო კანონმდებლობის საფუძვლების 126-ე მუხლის კოპირება იყო, გათვალისწინებული იყო შემდეგი: „მხარეთა უფლება-მოვალეობები საგარეო-სავაჭრო გარიგებაში განისაზღვრება გარიგების დადების ადგილის კანონით, **თუ მხარეთა შეთანხმებით სხვა რამ არ არის დადგენილი**“.

ზემოაღნიშნულიდან ჩანს, საქართველოს სსრ კანონმდებლობა, თუმცა ნეგატიური სახის დეფინიციით, მაგრამ მაინც ცნობდა მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპს საგარეო-ეკონომიკურ ხელშეკრულებებში.

როგორც აღინიშნა, ერთ-ერთი მთავარი მოტივი, რის გამოც მოწინავე ქვეყნების სასამართლო პრაქტიკა და თანამედროვე მეცნიერული დოქტრინები, მხარს უჭერენ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპს, მდგომარეობს იმაში, რომ იგი მოწოდებულია ხელი შეუწყოს საერთაშორისო სავაჭრო ბრუნვის ინტერესებს. ცნობილია, რომ

⁸³ სხვებული კანონის არაოფიციალური რუსული თარგმანი იხ. Международное частное право. Иностранное законодательство, Предисл. Маковского; сост. и науч. ред. Жильцов/Муранов (Статут) М., 2001. с. 369.

⁸⁴ „ხელშეკრულებების შესახებ“ ჩინეთის სახალხო რესპუბლიკის კანონის 126-ე მუხლი, იხ. არაოფიციალური რუსული თარგმანი: Международное частное право. Иностранное законодательство, Предисл. Маковского; сост. и науч. ред. Жильцов/Муранов (Статут) М., 2001, с. 373; იხ. აგრეთვე Zhang, Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law, Emory International Law Review, Vol. 20 2006, p. 526.

⁸⁵ მიღებული საქართველოს სსრ მეექვსე მოწვევის უმაღლესი საბჭოს მეოთხე სესიაზე 1964 წლის 26 დეკემბერს (საქართველოს სსრ უმაღლესი საბჭოს უწყებები, 1964წ., №36, მუხ. 662).

საბჭოთა კავშირში მონოპოლიზებული იყო საგარეო ვაჭრობა. გარდა ამისა, არ არსებობდა კერძო სამართლის იურიდიული პირები და რაც მთავარია ზემოაღნიშნული ქვეყანა კარჩაკეტილობის პოლიტიკას აწარმოებდა. მიუხედავად იმისა, რომ საბჭოთა კანონმდებლობაც და საარბიტრაჟო პრაქტიკაც, ასე თუ ისე, ცნობდა მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპს, ყოველივე ზემოთ აღნიშნულის გამო, მას მაინც ნაკლები პრაქტიკული დატვირთვა ჰქონდა.

§4. „საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ“ საქართველოს კანონი და მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის აღიარება

საქართველოს 1998 წლის 1 ოქტომბრის საერთაშორისო კერძო სამართლის კანონის 35-ე I მუხლით აღიარებულია მხარეთა უფლება აირჩიონ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართალი:

„1. სახელშეკრულებო ურთიერთობებიდან გამომდინარე უფლება-მოვალეობების განსაზღვრება, კერძოდ, ხელშეკრულებათა განმარტება, შესრულება, შეწყვეტა, აგრეთვე ბათილობის შედეგები, ვალდებულებათა დარღვევა, წინასახელშეკრულებო და ხელშეკრულების შემდგომი ვალდებულებების დარღვევის ჩათვლით, წესრიგდება მხარეების მიერ არჩეული ქვეყნის სამართალი“.

ზემოაღნიშნული ნორმის გაცნობისას იბადება კითხვა: როდესაც საუბარია ხელშეკრულების მომწესრიგებელ სამართლის არჩევაზე, აუცილებელია თუ არა ამისათვის რაიმე ფორმის დაცვა?

აღნიშნულ კითხვასთან დაკავშირებით უნდა აღინიშნოს შემდეგი: მხარეთა მიერ სამართლის არჩევა სხვა არაფერია თუ არა გარიგება,⁸⁶ ეს უკანასკნელი კი როგორც ცნობილია, პირველ რიგში ნების გამოვლინებას წარმოადგენს.⁸⁷ იგი შეიძლება ვლინდებოდეს აშკარა (პირდაპირი) სახით, დუმილით ან კონკლიუდენტური ქცევით.⁸⁸

სწორედ საკითხის ამდაგვარ გადაწყვეტას ითვალისწინებს გერმანიის სკს-ის 27-ე I მუხლი: „ხელშეკრულების მიმართ გამოიყენება მხარეთა მიერ არჩეული სამართალი. სამართლის არჩევა პირდაპირ უნდა იყოს გამოხატული ან საკმაოდ ნათლად უნდა გამომდინარეობდეს ხელშეკრულების პირობებიდან, ან საქმის გარემოებებიდან“.⁸⁹

როდესაც საუბარია მხარეთა მიერ სამართლის პირდაპირ არჩევაზე, ნათელია, რომ აქ პირველ რიგში იგულისხმება მხარეთა ნების გამოვლენის წერილობითი ფორმის დაცვა, რომელიც შეიძლება ვლინდებოდეს სახელშეკრულებო დათქმაში ან ცალკე დოკუმენტის შედგენაში.

⁸⁶ ლილუაშვილი, საერთაშორისო კერძო სამართალი (ჯისიანი), თბ., 2000, გვ. 79.

⁸⁷ ჭანტურია, შესავალი საქართველოს სამოქალაქო სამართლის ზოგად ნაწილში (სამართალი), თბ., 1997, გვ. 321-315, 329-332.

⁸⁸ იქვე, გვ. 342-346.

⁸⁹ ზუსტად ანალოგიური შინაარსის ნორმა გათვალისწინებულია რომის კონვენციის მე-3 I მუხლით.

გაცილებით რთულადაა საქმე, როდესაც მხარეებს პირდაპირ არ გამოუხატავთ თავიანთი ნება. ასეთ შემთხვევაში არსებობს იმის საშიშროება, რომ სასამართლოები ძალზე შორს წავლენ მხარეთა განზრახვის ძიებაში და მათ მიაწერენ იმას, რასაც შესაძლოა სინამდვილეში სულაც არ ჰქონდა ადგილი. ცნობილია დასავლეთის ქვეყნების ადრინდელი სასამართლო პრაქტიკა, როდესაც ისინი მხარეთა ჰიპოთეზურ ნებაზე დაყრდნობით, ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად იყენებდნენ *lex fori*-ს.⁹⁰

ზემოაღნიშნულის გათვალისწინებით, ჰააგის 1955 წლის კონვენციის მე-2 მუხლით გათვალისწინებულ იქნა შემდეგი: „ნასყიდობის ხელშეკრულება წესრიგდება მხარეთა მიერ მითითებული ქვეყნის შინასამართლით. ასეთი მითითება პირდაპირ უნდა იყოს გამოხატული ან არაორაზროვნად გამომდინარეობდეს ხელშეკრულების პირობებიდან“.⁹¹ როგორც ეტყობა, კონვენციის ავტორების მიზანი იყო გაეთავისუფლებინათ ეროვნული სასამართლოები „*lex fori*-ზმის სენისგან“, წინააღმდეგ შემთხვევაში შეუძლებელი იქნებოდა სხვადასხვა ქვეყნების კანონმდებლობის დაახლოება და უნიფიცირება სახელშეკრულებო საკოლიზიო სამართალში, რაც საბოლოო ჯამში ხელს ვერ შეუწყობდა საერთაშორისო სავაჭრო ბრუნვის ინტერესებს.

რომის 1980 წლის კონვენცია და გერმანიის სკსკ-ი უფრო მოქნილ პოზიციაზე დგანან. ერთის მხრივ, ისინი არ აძლევენ სასამართლოს უფლებას მხარეთა ჰიპოთეზურ განზრახვაზე დაყრდნობით გამოიტანონ გადაწყვეტილება, როდესაც სინამდვილეში მხარეებს არანაირი განზრახვა სამართლის არჩევის შესახებ არ გააჩნიათ. მეორეს მხრივ, სასამართლომ შეიძლება დაადგინოს მხარეთა ნება სამართლის არჩევის საკითხში, მაშინაც, როდესაც ხელშეკრულება არ შეიცავს ამის შესახებ პირდაპირ დათქმას და არც ხელშეკრულების პირობებიდან იგი ნათლად არ გამომდინარეობს.

ისმება კითხვა, რა ფაქტობრივი გარემოებანი შეიძლება იქნეს განხილული მხარეთა ნამდვილი ნების გამოვლინებად, როდესაც მათ პირდაპირ არ აურჩევიათ რომელიმე ქვეყნის სამართალი? პასუხის გაცემა ამ კითხვაზე ერთმნიშვნელოვნად შეუძლებელია. როგორც იტყვიან, ეს კონკრეტული ფაქტის საკითხია. იურიდიულ ლიტერატურაში გავრცელებული მოსაზრებით, ასეთს შეიძლება წარმოადგენდეს:

ა) მხარეთა მიერ რომელიმე ქვეყნის არბიტრაჟის ან სასამართლო იურისდიქციის არჩევა. არსებობს გამოთქმა: ვინც სასამართლოს ირჩევს იგი სამართალსაც ირჩევს. ამა თუ იმ ქვეყნის სასამართლოს ან არბიტრაჟის არჩევა თავისთავად წარმოადგენს ძალზედ მნიშვნელოვან პრეზუმფციას შესაბამისი ქვეყნის სამართლის არჩევის სასარგებლოდ. ამავე დროს უნდა აღინიშნოს, რომ მხოლოდ საარბიტრაჟო ან საიურისდიქციო დათქმა არ კმარა იმისათვის, რათა მიჩნეულ იქნეს,

⁹⁰ ვინაიდან მხარეთა ჰიპოთეზური ნების საკითხი არ წარმოადგენს მხარეთა ნამდვილი ნების გამოვლინებას, ამიტომ იგი ცალკე, წინამდებარე ნაშრომის მეორე ნაწილში იქნება განხილული.

⁹¹ კონვენციის არაოფიციალური რუსული თარგმანი იხ. *Дмитриева/Филимонова, Международное частное право, действующие нормативные акты*, М., 1999, с. 246-253.

რომ მხარეებმა შესაბამისი ქვეყნის სამართალი აირჩიეს. რომის კონვენციის კომენტატორები აღნიშნავენ, რომ დამატებით მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული საქმის სხვა გარემოებებიც.⁹²

თუმცა ხშირია მაგალითები იმისა, როდესაც ევროპის ქვეყნების (განსაკუთრებით ეს ითქმის ინგლისზე) სასამართლოები და არბიტრაჟები იყენებდნენ Lex fori-ს, მხოლოდ იმის გამო, რომ არსებობდა შესაბამისი საიურისდიქციო ან საარბიტრაჟო დათქმები.

მაგალითი:

Egon oldendooff v Liberia Corpn [1995] საქმეში მოსარჩელე იყო გერმანული კომპანია, ხოლო მოპასუხე იაპონური კომპანია. ხელშეკრულება ითვალისწინებდა სადავო საკითხების განხილვას ლონდონის არბიტრაჟში. იაპონური მხარე ამტკიცებდა, რომ საარბიტრაჟო დათქმა ნაკლებად მნიშვნელოვანი იყო სხვა გარემოებებთან შედარებით, რომლებიც ობიექტურად უთითებდნენ იაპონური სამართლის გამოყენებაზე. ხელშეკრულება დადებული იყო იაპონელი ბროკერის მეშვეობით და ტვირთის გემით გადაზიდვის ადგილი ასევე იყო იაპონია. მიუხედავად აღნიშნულისა, არბიტრმა უარყო სხენებული მოსაზრებები და განაცხადა, რომ ნაკლებად სავარაუდოა, რომ მხარეები ხელშეკრულების დადებისას თანახმა იყვნენ წარემართათ დავა ლონდონის არბიტრაჟში იაპონური სამართლის გამოყენებით. იმ ფაქტიდან, რომ კონტრაქტებმა აირჩიეს ნეიტრალური „ფორუმი“, გამომდინარეობს ის მოსაზრება, რომ გამოყენებულ უნდა იქნეს ნეიტრალური, კონკრეტულად კი, ინგლისური სამართალი.⁹³

ერთ-ერთ საქმეში ინგლისის სააპელაციო სასამართლომ განაცხადა, რომ მხარეთა მიერ არბიტრაჟის განხილვის ადგილის არჩევა წარმოადგენს იმ უდავო მტკიცებულებას, რომელიც გადაწონის ნებისმიერ სხვა გარემოებას. რადგანაც მხარეებმა არბიტრაჟის განხილვის ადგილად ლონდონი აირჩიეს, შესაბამისად, იგულისხმება, რომ მათ ხელშეკრულების მომწესრიგებელ სამართლად ინგლისის სამართალი აირჩიეს.⁹⁴

ბ) ფრიად მნიშვნელოვან გარემოებას წარმოადგენს თუ რომელი ქვეყნისთვის დამახასიათებელი სამართლებრივი ინსტიტუტია გათვალისწინებული ხელშეკრულებაში. მაგალითად, ინგლისელმა და გერმანელმა დადეს ტრასტის ხელშეკრულება. არსებობს ძლიერი პრეზუმფცია იმისა, რომ მხარეებმა ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად ინგლისის სამართალი იგულისხმეს;⁹⁵

გ) აღნიშვნის ღირსია ასევე ისეთი გარემოებანი, თუ რომელი ქვეყნის სამართლის ნორმაა გათვალისწინებული ხელშეკრულებაში. მაგალითად თუ კონტრაქტები ხელშეკრულებაში უთითებენ საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის რომელიმე ნორმაზე – ეს

⁹² *Giuliano/Lagarde*, Report on the Convention on the Applicable to Contractual Obligations. Official Journal No L 266 of 9 1980. A5.24, 3.

⁹³ [1995] 2 LLOYD's Rep. 64, ციტირებულია: *Канаишевский*, Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование (Волтерс Клувер) М., 2010, с. 105.

⁹⁴ [1968] W.L.R. 406, ციტირებულია: *Канаишевский-ის ნაშრომის მიხედვით*, ვკ. 106.

⁹⁵ *Dicey and Morris (- Collins)*, Conflict of Laws, ed. 10. London, 1980, p. 763.

შეიძლება განხილულ იქნეს მათი მხრიდან ფრანგული სამართლის არჩევად.⁹⁶ ცხადია აქაც, სასამართლოს მხრიდან მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული ხელშეკრულების სხვა პირობები და მთლიანად საქმის გარემოებანი;

დ) მნიშვნელოვან გარემოებას წარმოადგენს ასევე თუ რა ფორმით არის შედგენილი ხელშეკრულება. თუ ხელშეკრულება სტანდარტული პირობებისგან შედგება, რომელიც კონკრეტულად რომელიმე ქვეყნის სამართლებრივ სისტემას უკავშირდება, მაშინ არსებობს ძლიერი პრეზუმფცია იმისა, რომ მხარეებმა სწორედ მოცემული ქვეყნის სამართალი აირჩიეს. მაგალითად, თუ საზღვაო დაზღვევის ხელშეკრულებას საფუძვლად დაედო ინგლისის სადაზღვევო კომპანიის – ლოიდსის (Lloyds's) მიერ შემუშავებული ხელშეკრულების სტანდარტული პირობები – ეს უკანასკნელი განხილულ უნდა იქნეს, როგორც პრეზუმფცია ინგლისის სამართლის არჩევის სასარგებლოდ.

§5. კონტრაქენტთა მიერ ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად რამდენიმე სამართლებრივი სისტემის არჩევა

შესაძლოა კონტრაქტებმა ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად ერთზე მეტი სამართლებრივი სისტემა აირჩიონ. ისინი შეიძლება შეთანხმდნენ იმაზე, რომ ხელშეკრულების ძირითადი ნაწილის მოსაწესრიგებლად გამოყენებულ იქნეს „ა“ ქვეყნის სამართალი, ხოლო დანარჩენი ნაწილის მოსაწესრიგებლად კი გამოყენებულ იქნეს „ბ“ ქვეყნის სამართლის ნორმები.

რომის კონვენციით (მე-3 I მუხლი), რომი I რეგლამენტით (მე-3 I მუხლი) და გერმანიის სკსკ-ით (27-ე I მუხლი) გათვალისწინებულია ასეთი შესაძლებლობა: „მხარეებს შეუძლიათ აირჩიონ სამართალი როგორც მთლიანად ხელშეკრულების მიმართ, ასევე მისი ნაწილის მიმართ“.

ამ ნორმით კონტრაქტებს შეუძლიათ ხელშეკრულების ნაწილის მიმართ აირჩიონ მოსაწესრიგებელი სამართალი, ხოლო გარიგების დანარჩენი ნაწილის მიმართ კი გამოყენებულ იქნება ის სამართალი, რომელიც მთელი ხელშეკრულების მიმართ იმოქმედებდა – მხარეთა არჩევანს ადგილი რომ არ ჰქონოდა. კონტრაქტებს შეუძლიათ აგრეთვე აირჩიონ ორი ან მეტი ქვეყნის სამართალი ხელშეკრულების ცალკეული ნაწილების მოსაწესრიგებლად.

საქართველოს საერთაშორისო კერძო სამართლის კანონში ასეთი ნორმა არ არის გათვალისწინებული. ცხადია, სასურველი სულაც არაა ერთი ხელშეკრულება ორი ქვეყნის სამართლებრივი სისტემით წესრიგდებოდეს, მაგრამ თუ სახელმწიფო ცნობს მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპს, მაშინ მან უნდა ცნოს კონტრაქტთა მიერ ორი ან მეტი ქვეყნის მართლწესრიგის არჩევის შესაძლებლობაც.

მიუხედავად ზემოაღნიშნულისა, საქართველოს სკსკ 35-ე მუხლი (ხსენებული მუხლის პირველი და მეორე ნაწილები) უნდა განიმარტოს

⁹⁶ იხ. *Giuliano/Lagarde* დასხ. ნაშრ. A5.24, 3.

იმგვარად, რომ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპიდან გამომდინარე, მათ შეუძლიათ ხელშეკრულების ცალკეული ნაწილების მოსაწესრიგებლად აირჩიონ სხვადასხვა ქვეყნების სამართალი.

როგორც ზემოთ აღინიშნა, ამავე დროს, სრულიადაც არაა სასურველი კონტრაქტებმა ერთზე მეტი მართლწესრიგი აირჩიონ, ვინაიდან იგი იწვევს ხელშეკრულების „გახლეჩას“ (ფრ. *dépeçage*). ეს უკანასკნელი გამოყენებულ უნდა იქნეს მხოლოდ გამონაკლისის სახით. როგორც რომის კონვენციის კომენტატორები აცხადებენ: ხელშეკრულების „დანაწევრების“ მეთოდს სასამართლომ, რამდენადაც ეს შესაძლებელია, იშვიათად უნდა მიმართოს.⁹⁷

§6. არჩეული სამართლის სხვა სამართლებრივი სისტემით შეცვლა

ა) ზოგადად

პრაქტიკაში შესაძლოა წარმოიშვას დილემა: დასაშვებია თუ არა კონტრაქტებმა, ხელშეკრულების დადების შემდეგ, ერთხელ უკვე არჩეული სამართალი შეცვალონ სხვა ქვეყნის სამართლით? ასეთი საკითხი უმეტესწილად მაშინ წარმოიშობა, როდესაც მხარეები სასამართლოში დავის განხილვის დროს თანხმდებიან *lex fori*-ს გამოყენებას.

კონტინენტური ევროპის სამართლებრივი სისტემის უმეტესი ქვეყნები ცნობენ მხარეთა უფლებას აირჩიონ *lex fori* მას შემდეგაც, რაც მათ უკვე გაკეთებული აქვთ არჩევანი სხვა ქვეყნის სამართლის სასარგებლოდ. ამ მხრივ ერთგვარ გამონაკლის წარმოადგენდა იტალია, რომელსაც რომის 1980 წლის კონვენციის მიღებამდე, სხვაგვარი პოზიცია ეკავა. ერთ-ერთ ცნობილ გადაწყვეტილებაში, იტალიის საკასაციო სასამართლომ განაცხადა, რომ მხარეთა მიერ ერთხელ არჩეული კომპეტენტური სამართალი შეუძლებელია მოგვიანებით შეცვლილ იქნეს სხვა სამართლით.⁹⁸ იტალიის სასამართლოების მიერ მსგავსი პოზიციის მხარდაჭერის გამო, როგორც ეტყობა, მხარეებს არ ჰქონდათ უფლება ხელშეკრულების დადების შემდეგ შეთანხმებულიყვნენ სხვა ქვეყნის სამართლის გამოყენებაზე და, შესაბამისად, სასამართლოები ვალდებულნი იყვნენ ეხელმძღვანელათ მხარეთა მიერ ერთხელ უკვე არჩეული სამართლებრივი სისტემით.⁹⁹

უსაფუძვლოა მოსაზრება იმის შესახებ, რომ რადგანაც სახელშეკრულებო-ვალდებულებითი ურთიერთობა უკვე განსაზღვრულია რომელიმე სამართლებრივი სისტემით, ამიტომ მხარეთა ახალ შეთანხმებას – სხვა სამართლებრივი სისტემის არჩევის შესახებ,

⁹⁷ *Dutoit*, The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts, European Private Law, (ed.) Hoffmann Bernd von. 1998, p. 47.

⁹⁸ იხ. Cass. 1966 წლის 28 ივნისის გადაწყვეტილება: No. 1680, *Giust.civ.*, 1966, I, 1909. ციტირებულია: *Lando*, The Conflict of Laws of Contracts, General Principles, *Recueil Des Cours* VI. Dordrecht/Boston/London, 1988, p. 316.

⁹⁹ იქვე. გვ. 316.

იმდენად ექნება იურიდიული ძალა, რამდენადაც ამას დაუშვებს სამართალი, რომელიც წინათ იყო არჩეული კონტრაქტის მიერ. როგორც სამართლიანად აღნიშნა გერმანელმა კოლიზიონისტმა რააპემ, ასეთ მოსაზრება იმის მტკიცებამდე მიდის, რომ ნების ავტონომიის პრინციპი არის პირველადი მხოლოდ მაშინ, როცა მხარეები ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად პირველად ირჩევენ სამართალს. მეორე კი მაშინაა, როცა მხარეები ხელშეკრულების დადების შემდეგ ირჩევენ ხელშეკრულების მომწესრიგებელ სამართალს. პრაქტიკული მოსაზრებები მოითხოვს, რომ პირველ და მეორე შემთხვევაშიც, მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპი იყოს პირველადი, ვინაიდან კონტრაქტებს, ზოგიერთ შემთხვევაში, სწორედ ვალდებულებით ურთიერთობაში შესვლის შემდეგ შეიძლება წარმოეშვათ მიზეზი, რათა აირჩიონ მისი მომწესრიგებელი სამართალი ან შეცვალონ იგი სხვა სამართლით. შესაბამისად, რააპეს ადრინდელი მოსაზრება, რომ ვალდებულებითი სტატუსი ანუ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართალი შეუცვლელია, როგორც თვითონვე მოგვიანებით აღიარა – ზედმეტად კატეგორიული იყო.¹⁰⁰

როგორც ჩანს, დღესდღეობით, თანამედროვე მსოფლიოში, კონტრაქტის უფლებას ხელშეკრულების დადების შემდეგ, შეცვალონ ერთხელ უკვე არჩეული კომპეტენტური სამართალი სხვა ქვეყნის სამართლით არ გააჩნია რეალური ოპონენტი. აღნიშნული პოზიცია გაზიარებულ იქნა საქართველოს საერთაშორისო კერძო სამართლის კანონითაც. კერძოდ, 35-ე II მუხლით გათვალისწინებულია შემდეგი: **„არჩეული ქვეყნის სამართალი მხარეთა შეთანხმებით შეიძლება შეიცვალოს სხვა ქვეყნის სამართლით ხელშეკრულების დადების შემდეგაც“**.

გერმანიის კანონი კიდევ უფრო შორს მიდის, კერძოდ 27-ე II მუხლის თანახმად: „მხარეებს შეუძლიათ **ნებისმიერ დროს** შეთანხმდნენ, რათა ხელშეკრულების მიმართ გამოყენებულ იქნეს სხვა სამართალი, ვიდრე ის, რომელიც გამოყენებულ იქნებოდა ადრე არსებული სამართლის არჩევის ძალით ან წინამდებარე მუხლის სხვა ნორმებით“.¹⁰¹

ბ) გერმანიის სასამართლო პრაქტიკა

კანონში ცვლილებების განხორციელებამდეც, გერმანიის სასამართლო პრაქტიკა ცნობდა მხარეთა უფლებას შეეცვალოთ არჩეული სამართალი სხვა ქვეყნის სამართლით – საქმის სასამართლო განხილვის პროცესშიც (როგორც წესი ეს გერმანიის მატერიალური სამართალი იყო).¹⁰² გერმანიის სასამართლოები ასევე აღიარებენ კონტრაქტის მიერ ხელშეკრულების დადების შემდეგ lex fori-ს

¹⁰⁰ Raane, *Международное частное право*, перевод с немецкого (Иностранная литература) М., 1960, с. 437-439.

¹⁰¹ ანალოგიური შინაარსის ნორმებია გათვალისწინებული რომის კონვენციით (მე-3 II მუხლი) და რომი I რეგლამენტით (მე-3 II მუხლი).

¹⁰² BGH, 16 თებერვალი 1967 წ., WM, 1967, 419, IPRspr., 1966/67, Nr.16; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetz, Band 7, Internationales Privatrecht, München, 1983. Nr. 18-19. Lando-ს წიგნის მიხედვით, გვ. 315.

არაპირდაპირი სახით არჩევასაც. თუ მხარეები სასამართლოში, თავიანთი უფლებების დაცვისას, ეყრდნობოდნენ სასამართლო ქვეყნის მატერიალური სამართლის ნორმებს (მაგ. გერმანიის სამოქალაქო კოდექსს), მაშინ ეს განიხილებოდა, როგორც მხარეთა „უსიტყვო“ შეთანხმება *lex fori*-ს არჩევის სასარგებლოდ. უფრო მეტიც, თუკი ერთ-ერთი მხარე გერმანული მატერიალური სამართლის გამოყენების მოსურნე იყო, ხოლო მეორე მხარე კი არ გამოხატავდა ამის საწინააღმდეგო პოზიციას, მაშინ სასამართლოები მხარეთა საერთო ჰიპოთეზურ ნებაზე (განზრახვაზე) დაყრდნობით, ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად, ხშირად იყენებდნენ გერმანიის მატერიალურ სამართალს.¹⁰³

გ) საქართველოს სასამართლო პრაქტიკა

თავდაპირველად შეიძლება შეიქმნას ისეთი შთაბეჭდილება, რომ რაღაც მსგავს მდგომას უნდა ჰქონდეს ადგილი საქართველოს სასამართლო პრაქტიკაშიც. ეჭვს არ იწვევს ის გარემოება, რომ საქართველოს საერთო სასამართლოების მიერ უნდა ყოფილიყო განხილული არა ერთი და ორი საქმე უცხოური ელემენტის მონაწილეობით, სადაც კონტრაქტთა მიერ არჩეულ იქნა უცხო ქვეყნის სამართალი. აღნიშნულის დასტურად განხილულ უნდა იქნეს მაგალითი საქართველოს სასამართლო პრაქტიკიდან:

2000 წლის 7 აგვისტოს ერთის მხრივ სს „საქართველოს საფოსტო ბანკს“¹⁰⁴ და Imperial Wine Company Limited-სა¹⁰⁵ (კრედიტორები) და მეორეს მხრივ შპს „კარდენახი XXI“¹⁰⁶ შორის (მსესხებელი) დაიდო საკრედიტო ხელშეკრულება, რომლის 22-ე პუნქტის მიხედვითაც გათვალისწინებული იყო შემდეგი: **„წინამდებარე საკრედიტო ხელშეკრულება რეგულირდება და მისი ინტერპრეტაცია უნდა მოხდეს ინგლისის კანონმდებლობის შესაბამისად“**.

მოსარჩელემ „Imperial Wine Company Limited-მა“ სარჩელით მიმართა თბილისის კრწანისი-მთაწმინდის რაიონულ სასამართლოს, რომლითაც მოითხოვა ზემოთ აღნიშნული ხელშეკრულების ბათილად ცნობა. სასამართლომ, დაეყრდნო რა ქართული მატერიალური სამართლის ნორმებს, უსაფუძვლობის გამო არ დააკმაყოფილა აღნიშნული სარჩელი.¹⁰⁷ საქმის მასალებიდან ნათლად ჩანს, რომ კონტრაქტებმა თავდაპირველად აირჩიეს ინგლისის მატერიალური სამართალი. თუმცა,

¹⁰³ BGH, 7 მარტი 1962 წ., IPRspr., 1962/63, Nr.18, *Lando*-ს წიგნის მიხედვით, გვ. 315.

¹⁰⁴ სს „საქართველოს საფოსტო ბანკი“, რეგისტრირებულია საქართველოში. იურიდიული მისამართი: საქართველო, თბილისი, 380064. მ. წინამძღვრიშვილის ქ. №95.

¹⁰⁵ აღნიშნული ორგანიზაცია რეგისტრირებულია ვანუატუს რესპუბლიკაში (The Republic of Vanuatu). რეგ. № 26220, რომლის რეგისტრირებული ოფისის მისამართია: Moore Stephens House, Kumul Highway, Port Vila, Vanuatu. იხ. 2000 წლის 7 აგვისტოს საკრედიტო ხელშეკრულების პირველი პუნქტი.

¹⁰⁶ შპს „კარდენახი“ XXI რეგისტრირებულია საქართველოში. იურიდიული მისამართი: საქართველო, თბილისი, 380064. მ. წინამძღვრიშვილის ქ. №95.

¹⁰⁷ იხ. თბილისის კრწანისი-მთაწმინდის რაიონული სასამართლოს 2002 წლის 22 ნოემბრის გადაწყვეტილება – საქმე №2/158-02.

საქმის მასალებიდან ასევე ირკვევა, რომ სასამართლომ იხელმძღვანელა საქართველოს სამოქალაქო კოდექსით და არა ინგლისის სამართლით. მოსამართლემ ავტომატურად გამოიყენა ქართული მატერიალური სამართალი, ისე რომ თავის გადაწყვეტილებაში (სამოტივაციო ნაწილში) არც კი უხსენებია თუ რა მოსაზრებათა გამო მივიდა იგი ამგვარ დასკვნამდე, მაშინ როდესაც, სადაო ხელშეკრულებაში ნათლად იყო მითითებული მხარეთა სურვილი – ინგლისის სამართლის გამოყენების სასარგებლოდ.

როგორ უცნაურადაც არ უნდა უღერდეს, სასამართლო მართებულად მოიქცა, როდესაც მან გამოიყენა არა მხარეთა მიერ არჩეული უცხო ქვეყნის სამართალი, არამედ ქართული მატერიალური სამართალი, ვინაიდან საქმის მასალებიდან ირკვევა, რომ ორივე მხარე თავიანთ მოთხოვნებს სამართლებრივი კუთხით ამყარებდა საქართველოს სამოქალაქო კოდექსისა და „მეწარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონის ნორმებზე. მათ არც სარჩელში, არც შესაგებებელში და არც საქმის მთავარ სხდომაზე განხილვისას სიტყვაც არ დაუძრავთ ინგლისის მატერიალურ სამართალზე, არათუ მისი გამოყენების აუცილებლობაზე. ყოველივე აღნიშნული განხილულ უნდა იქნეს როგორც მხარეთა მიერ ქართული სამართლის არაპირდაპირ არჩევის ფაქტად. კონტრაქტებმა მართალია არაპირდაპირი სახით, მაგრამ მაინც გამოხატეს თავიანთ შეთანხმებული ნება და ფაქტიურად აირჩიეს ახალი სამართალი ანუ *lex fori*. სხვა საკითხია, თუ რა მოსაზრებით ხელმძღვანელობდა მოსამართლე, ინგლისის სამართლის ნაცვლად, *lex fori*-ის რომ იყენებდა. ამის შესახებ გადაწყვეტილებაში (მის სამოტივაციო ნაწილში) არაფერია ნათქვამი. გამოდის, რომ სასამართლომ ავტომატურად გამოიყენა ქართული სამართლის მატერიალური ნორმები და საერთოდ ყურადღების მიღმა დატოვა ის ფაქტი, რომ აღნიშნული სამართალურთიერთობა დატვირთული იყო უცხოური ელემენტით და მხარეებს ხელშეკრულების დადებისას არჩეული ჰქონდათ ინგლისის სამართალი.

ისმება კითხვა: თუ მხარეებს უკვე არჩეული აქვთ უცხო ქვეყნის სამართალი, მაგრამ ამავე დროს არსებობს საფუძვლიანი ეჭვი იმისა, რომ მათ სურთ ხელშეკრულება *lex fori*-თ მოწესრიგდეს, უნდა მიმართოს თუ არა სასამართლომ მათ კითხვით: სურთ თუ არა მათ ქართული მატერიალური სამართლის გამოყენება?

საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი და არც „საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ“ საქართველოს კანონი არც ავალდებულებს და არც უკრძალავს მოსამართლეს ასე მოიქცეს. დღეის მდგომარეობით არსებული მწირი სასამართლო პრაქტიკიდან გამომდინარე შეიძლება ერთმნიშვნელოვნად განცხადებულ იქნეს, რომ ქართველი მოსამართლეები, მსგავსად გერმანელი მოსამართლეებისა (თუმცა, მთლიანობაში, გერმანიის სასამართლო პრაქტიკა ჩვენთვის ბოლომდე ხელმისაწვდომი არ არის და მის შემფასებლად ვერ გამოვლდებით) ასეთ კითხვას არ უსვამენ მხარეებს. ისინი უბრალოდ თავიანთი ქვეყნის მატერიალურ სამართალს იყენებენ. თუკი ქართველი მოსამართლეები ამას ყოველგვარი დაფიქრების გარეშე – ავტომატურად აკეთებენ, ვითომც მხარეებს უცხო ქვეყნის სამართლის

არჩევს შესახებ დათქმა სულაც არ გაეკეთებინოთ, გერმანელი მოსამართლეები თავიანთ გადაწყვეტილებას lex fori-ს გამოყენების სასარგებლოდ ასაბუთებენ მხარეთა ჰიპოთეზურ ნებაზე დაყრდნობით. მათი აზრით, ნების გამოვლენა არა მხოლოდ აშკარად, პირდაპირი სახით შეიძლება გამოვლინდეს, არამედ არაპირდაპირაც შესაძლებელია და ხშირ შემთხვევაში მხარეები ასეც იქცევიან – გერმანიის სასამართლოს წინაშე სადავო საქმის განხილვისას.

დ) შვეიცარიის სასამართლო პრაქტიკა

შვეიცარიის სასამართლოები უფლებას აძლევენ მხარეებს შეცვალონ მათ მიერ არჩეული სამართალი სხვა ქვეყნის სამართლით, მაგრამ ამავე დროს მოითხოვენ, რომ ეს ყოველივე გაკეთებულ იქნეს „შეგნებულად“ – ორივე მხარის მიერ. მხარეებმა პირდაპირი სახით, აშკარად, უნდა გამოხატონ თავიანთი სურვილი შვეიცარიის ან უცხო ქვეყნის სამართლის გამოყენების სასარგებლოდ. თუ კონტრაქტები ამას არ მოიძქმედებენ, მაშინ სასამართლო გამოიყენებს იმ სამართალს, რომელიც მხარეთა მიერ თავდაპირველად იქნა არჩეული, ან თუ ასეთი არჩევანი გაბათილდა, მაშინ გამოიყენებულ იქნება ის სამართალი, რომელიც ჩვეულებრივ გამოიყენებოდა, მხარეებს ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართალი რომ არ აერჩიათ.¹⁰⁸

შვეიცარული სამართლის მოთხოვნა, იმის შესახებ, რომ სასამართლო პროცესზე მხარეთა მიერ lex fori-ს არჩევა დასაშვებია, თუკი ისინი შეგნებულად გააკეთებენ ამას – გააჩნია ლოგიკური საფუძველი.

მაგალითი:

ბელგიელმა და ავსტრიელმა კომერსანტებმა აირჩიეს ინგლისის სამართალი, მაგრამ საქმეს იხილავს გერმანიის სასამართლო. მთავარ სხდომაზე, მოსარჩელემ თავისი არგუმენტების უკეთ წარმოჩენის მიზნით, ზოგიერთი ნორმის ციტირება მოახდინა გერმანიის სამოქალაქო კოდექსიდან და ინგლისის პრეცედენტული სამართლიდან, ამის საწინააღმდეგოდ, მოპასუხემ, თავისი არგუმენტები მოიყვანა და ასევე მოახდინა გსკ-დან ზოგიერთი ნორმის ციტირება. მიუხედავად იმისა, რომ ნათელი არ არის კონტრაქტებს ინგლისის სამართლით სურთ ხელშეკრულების მოწესრიგება, რომელიც ხელშეკრულების დადების დროს აირჩიეს მხარეებმა, თუ lex fori-ს სამართლით, დიდია ალბათობა იმისა, რომ გერმანიის სასამართლო, ადრე გავრცელებული პრაქტიკის თანახმად¹⁰⁹, მხარეთა ჰიპოთეზურ ნებაზე დაყრდნობით, სწორედ საკუთარ – ეროვნულ სამართალს გამოიყენებს.

როგორც უცხოეთის იურიდიულ ლიტერატურაშია აღნიშნული, გერმანიის სასამართლოები ხშირ შემთხვევაში ძალზედ შორს მიდიოდნენ თავიანთ ძიებაში, რათა დაედგინათ მხარეთა ისეთი ჰიპოთეზური განზრახვა, რომელიც მათ შესაძლებლობას მისცემდა, ხელშეკრულების მიმართ მხოლოდ lex fori ანუ გერმანული სამართალი

¹⁰⁸ იხ. *Delaware, Transnational Contracts // Applicable Law and Settlement of Disputes* (1989), vol. II, at p. 14.

¹⁰⁹ იხ. მოცემული ნაშრომის II ნაწილის III თავის § 1.

გამოყენებინათ.¹¹⁰ თვით გერმანიის იურიდიულ ლიტერატურაში გაკრიტიკებულია სასამართლოების ასეთი პრაქტიკა. გერმანელი კოლიზიონისტი შაკი აღნიშნავს, რომ მხარეებს შემდგომში შეუძლიათ შეცვალონ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართალი, მათ შორის სასამართლო პროცესზეც, მაგრამ უბრალო მოქმედება გერმანიის სამართლის ფარგლებში ჯერ კიდევ არ ნიშნავს მხარეთა უსიტყვო შეთანხმებას გერმანიის სამართლის გამოყენების შესახებ, როგორც ამის ხალისით წარმოდგენას ცდილობს სასამართლო პრაქტიკა. მოსამართლე ვალდებულია შესაბამისი კითხვის დასმით დარწმუნდეს, რომ მხარეთა ნამდვილი, შეთანხმებული, ნება სწორედ გერმანიის სამართლის არჩევაში მდგომარეობს და მხოლოდ ამის შემდეგ უნდა იქნეს იგი გამოყენებული.¹¹¹

შვეიცარიის სასამართლო პრაქტიკა მოცემულ შემთხვევაში უფრო მართებული უნდა იყოს. შვეიცარიელი მოსამართლე კითხვით მიმართავს მხარეებს, სურთ თუ არა მათ ადრე არჩეული უცხო ქვეყნის სამართლით თუ *lex fori*-თ მოაწესრიგონ ხელშეკრულება, ამით იგი ცდილობს დაადგინოს მხარეთა ნამდვილი ნება, რაც ფრიად მნიშვნელოვანი საკითხია. სამართლიანად აღნიშნავს პროფ. თ. ლილუაშვილი „არჩეული ქვეყნის სამართალი მხოლოდ ისევე მხარეთა შეთანხმებით შეიძლება შეიცვალოს“.¹¹² აღნიშნულიდან გამომდინარე მოსამართლემ არ უნდა იჩქაროს (მიუხედავად შესაძლო დიდი სურვილისა) სამამულო სამართლის გამოყენება, თუკი იგი არაა დარწმუნებული, რომ აღნიშნული სწორედ მხარეთა საერთო, შეთანხმებული ნებაა. ამრიგად, საექსპოზიციას, მოსამართლე ვალდებულია, დაადგინოს მხარეთა ნამდვილი ნება, სურთ თუ არა მათ თავდაპირველად არჩეული სამართლით მოაწესრიგონ ხელშეკრულება თუ ისინი თანახმანი არიან შეცვალონ ადრე არჩეული სამართალი *lex fori*-თ.

ეს ყოველივე სულაც არ ნიშნავს იმას, რომ ამით ირღვევა მხარეთა შეჯიბრებითობის პრინციპი. მოსამართლე არჩევანის თავისუფლებას მხარეებს უტოვებს, იგი მხოლოდ კითხვით მიმართავს მათ, რათა დადგენილ იქნეს კონტრაჰენტთა ნამდვილი ნება. მოსამართლის ასეთი „აქტიურობა“ სრულიად თავსდება სამოქალაქო სამართლის სისტემის ქვეყნების ტრადიციებში.¹¹³

საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის თანახმად, მოსამართლეებს გააჩნიათ საკმაო უფლებები, რათა აქტიურად

¹¹⁰ იხ. *Lando*, დასახ. ნაშრ. გვ. 318.

¹¹¹ იხ. *Шак*, Международное гражданское процессуальное право (БЕК), М., 2001, с. 305; ანალოგიური მოსაზრება გააჩნია სხვა გერმანელ ავტორებსაც: *Кох/Магнус/Винклер фон Моренфельс*, Международное частное право и сравнительное правоведение (международные отношения), М., 2001, с. 144.

¹¹² *ლილუაშვილი*, საერთაშორისო კერძო სამართალი (ჯისიაი) თბ., 2000, გვ. 81.

¹¹³ ცნობილია, რომ რომაულ-გერმანული სამართლებრივი სისტემის ქვეყნებში მოსამართლეებს აქტიური როლი უკავიათ, საფრანგეთში და ავსტრიაში უფრო მეტად, გერმანიაში შედარებით ნაკლებად და სხვა. საერთო სამართლის სისტემის ქვეყნებში კი მოსამართლეს პასიური პოზიცია უკავია, რაც უფრო არბიტრის როლს შეესაბამება. იხ. *ხოფერია*, საქართველოს ახალ სამოქალაქო საპროცესო კანონმდებლობაში შეჯიბრებითობისა და დისპოზიციურობის პრინციპთა თანაფარდობის პრობლემები, სერგო ჯორბენაძე, საიუბილეო კრებული, თბ., 1996, გვ. 261-262.

იმოქმედონ საქმის ზეპირი განხილვის დროს. სხვა საკითხია, რომ ხშირად ქართველი მოსამართლეები იმის შიშით, რომ მხარეები მათი აცილების საკითხს დააყენებენ, არ სარგებლობენ ამ უფლებებით. ისინი, საქმის ზეპირი განხილვის დროს, მკაცრ ფორმალიზმს იცავენ და ზედმეტად ფრთხილობენ მხარეებთან კონტაქტში შესვლას, რაც, ცხადია, მართლმსაჯულების ხარისხს აკნინებს და პროცესის ეკონომიურობას ვერ უზრუნველყოფს.¹¹⁴

ე) გამოჩაღების საქართველოს სასამართლო პრაქტიკიდან

ამავე დროს უნდა აღინიშნოს, რომ საქართველოს სასამართლო პრაქტიკაში არსებობს ერთი პრეცედენტი, როდესაც სასამართლო კოლეგიამ შეეცადარის სასამართლო პრაქტიკის მსგავსად დააზუსტებინა მხარეებს თუ რომელი ქვეყნის მატერიალური სამართლით სურდათ მათ ხელშეკრულების მოწესრიგება. საქმის არსი მდგომარეობდა შემდეგში:

2003 წლის 25 აპრილს მოსარჩელე „ბი-ჯეი სერვისი კომპანი მიდლ ისტ ლიმიტედსა“ და მოპასუხე შპს „ფრონტერა ისთერნ ჯორჯიას“ შორის დაიდო ხელშეკრულება, რომლის მე-18 პუნქტის თანახმად, ხელშეკრულების მომწესრიგებელ სამართლად არჩეულ იქნა ინგლისის სამართალი.

მხარეთა შორის დავის წარმოშობის შემდეგ, სარჩელი აღძრულ იქნა თბილისის საოლქო სასამართლოს სამოქალაქო და სამეწარმეო საქმეთა კოლეგიაში. 2005 წლის 25 იანვრის სასამართლო სხდომაზე მოსამართლემ კითხვით მიმართა მხარეებს: რომელი ქვეყნის სამართლით სურდათ მათ ხელშეკრულების მოწესრიგება – ინგლისის მატერიალური სამართლის მიხედვით, რომელიც მათ ხელშეკრულების მე-18 პუნქტის მიხედვით აირჩიეს თუ ქართული სამართლით. მხარეთა წარმომადგენლებმა ერთმნიშვნელოვნად განაცხადეს, რომ რადგან საქმეს იხილავს საქართველოს სასამართლო, საქმის განხილვის დაჩქარების ინტერესებიდან გამომდინარე ისინი მოსურნენი იყვნენ სადაო საკითხების გადასაწყვეტად გამოყენებულიყო საქართველოს კანონმდებლობა. მხარეთა აღნიშნული სურვილი სასამართლოს მხრიდან დაკმაყოფილებულ იქნა და თბილისის საოლქო სასამართლოს სამოქალაქო და სამეწარმეო საქმეთა კოლეგიის 2005 წლის 14 თებერვლის გადაწყვეტილებით (საქმე №2/ა-47-2005), სახელშეკრულებო ურთიერთობებიდან წარმოშობილი სადაო საკითხების გადასაწყვეტად გამოყენებულ იქნა საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი.

ვ) დასკვნის ნაცვლად

აქ ყურადღება უნდა მიექცეს კიდევ ერთ გარემოებას: მხარეთა ნება, ამა თუ იმ სამართლის არჩევის სასარგებლოდ, არაა

¹¹⁴ იხ. *Беллинг*, Судейское независимость и приемлемость судебных решений сторонами – ведение заседания суда, переговоры о мировом соглашении и мирное урегулирование спора, Законная сила судебных решений и их пересмотр, Тбилиси, 2003, с. 111-114.

აუცილებელი წერილობითი სახით იყოს დადასტურებული. ამისათვის სრულიად საკმარისია ზეპირი განცხადებაც (მით უფრო, როდესაც საქმე ეხება სასამართლოს მთავარ სხდომაზე გაკეთებულ განცხადებას, რომელიც ამავე დროს სხდომის ოქმშიც ფიქსირდება), ვინაიდან „საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ“ საქართველოს კანონის 35-ე მუხლი არ ითვალისწინებს სამართლის არჩევის შესახებ მხარეთა შეთანხმებული ნების რაიმე განსაკუთრებული ფორმის დაცვას.¹¹⁵

ამრიგად, თანამედროვე ეროვნული კანონმდებლობით და საერთაშორისო კონვენციით, კონტრაქტებს შეუძლიათ ხელშეკრულების დადების შემდეგაც, ნებისმიერ დროს, თვით საქმის სასამართლოს მთავარ სხდომაზე განხილვის სტადიაზეც, აირჩიონ სხვა ქვეყნის სამართალი. ამავე დროს უნდა ითქვას ისიც, რომ ამ ზოგადი წესიდან არსებობს გამონაკლისი, როდესაც კონტრაქტებს არ შეუძლიათ ისარგებლონ აღნიშნული უფლებით. ნათქვამის საილუსტრაციოდ, კვლავ განხილულ უნდა იქნეს შვეიცარიის და გერმანიის საკოლიზიო კანონმდებლობა:

შვეიცარიის სკსკ-ის 116-ე III მუხლის მიხედვით: მხარეთა მიერ *„სამართლის არჩევა ან მისი შეცვლა დასაშვებია ნებისმიერ დროს. თუ სამართლის არჩევა განხორციელდა ხელშეკრულების დადების შემდეგ, მაშინ მას გააჩნია უაუქცევითი ძალა და იგი მოქმედებს ხელშეკრულების დადების მომენტიდან, თუ ამით არ ხდება მესამე პირების უფლებათა ხელყოფა“*.

გერმანიის სკსკ-ის 27-ე II მუხლის მიხედვით: *„ხელშეკრულების სათანადო ფორმა, მე-11 მუხლის თანახმად და მესამე პირთა უფლებები არ შეიძლება ხელშეხებულ იქნეს ხელშეკრულების დადების შემდეგ, გამოსაყენებელი სამართლის ნორმების შეცვლის შედეგად“*.¹¹⁶

ამ ნორმათა მიზანი მდგომარეობს იმაში, რომ დაცულ იქნეს ხელშეკრულების ფორმალური ნამდვილობის საკითხი, ვინაიდან მხარეთა მიერ მოგვიანებით არჩეული სამართალი შესაძლოა ითვალისწინებდეს ისეთ ფორმალურ მოთხოვნებს, რაც უცნობი იყო წინა კომპეტენტური სამართლისათვის და რამაც შესაძლოა ხელშეკრულების ნამდვილობა კითხვის ნიშნის ქვეშ დააყენოს (მაგალითად, ზოგიერთი ქვეყნის სამართლით, ამა თუ იმ სახის ხელშეკრულების ნამდვილობისათვის სავალდებულოა მისი სანოტარო წესით დამოწმება, ხოლო ზოგიერთი ქვეყნის სამართლის მიხედვით ამის აუცილებლობა არ წარმოიშვება). გარდა ამისა, ზემოთ აღნიშნულ ნორმაში ხასგასმულია მესამე პირთა უფლებების დაცვაც, რომლებიც შესაძლოა შელახულ იქნეს სხვა ქვეყნის სამართლის არჩევის შედეგად.

სამწუხაროდ, საქართველოს სკსკ-ი არ შეიცავს მსგავს ნორმას. თუმცა, სანამ შესაბამისი ცვლილებები და დამატებები შევა ხსენებულ კანონში, საქართველოს საერთო სასამართლოებმა უნდა შეავსონ აღნიშნული ხარვეზი და არ უნდა ცნონ მხარეთა მიერ ერთხელ

¹¹⁵ იხ. *ლილუაშვილი*, დასახ. ნაშრომი, გვ. 80.

¹¹⁶ ანალოგიური შინაარსის ნორმებს ითვალისწინებს რომის კონვენცია (მე-3 II მუხლი) და რომი I-ის რეგლამენტი (მე-3 II მუხლი).

არჩეული სამართლის შეცვლა სხვა ქვეყნის სამართლით თუკი ამით ზიანი მიაღება მესამე პირთა კანონიერ ინტერესებს, ან ეჭვქვეშ დადგება ხელშეკრულების ფორმალური ნამდვილობის საკითხი. ამ უკანასკნელ შემთხვევაში, სასამართლომ კანონის ანალოგიის წესის მოშველიებით უნდა მიმართოს სკსკ-ის 29-ე I მუხლს¹¹⁷ და შესაბამისად, არ დაუშვას ხელშეკრულების გაბათილება.

VII თავი

მხარეთა ნების ავტონომიის ფარგლები

§1. მხარეთა ნების ავტონომიის საკითხი საერთაშორისო და შინახელშეკრულებებში

საერთაშორისო კონვენციებით, ეროვნული კანონმდებლობით და სხვადასხვა ქვეყნების სასამართლო პრაქტიკით ფართოდ არის აღიარებული, რომ მხარეთა ნების ავტონომია არ უნდა იყოს შეზღუდული საერთაშორისო ხასიათის ხელშეკრულებებში. ისმება კითხვა, რა იგულისხმება საერთაშორისო კერძოსამართლებრივი ხასიათის ხელშეკრულებებში?¹¹⁸

¹¹⁷ „გარიგების ფორმა განისაზღვრება იმ ქვეყნის სამართლით, სადაც დაიღო გარიგება ან იმ ქვეყნის სამართლით, რომელიც გამოიყენება გარიგების საგნის მიმართ. გარიგების ფორმა დაცულად ითვლება, თუ ხელშეკრულება დაიღო სხვადასხვა ქვეყანაში მყოფ პირებს შორის და იგი შეესაბამება ერთ-ერთი ქვეყნის სამართლის მოთხოვნებს გარიგების ფორმის შესახებ“.

¹¹⁸ აღნიშნული სამართალურიერთობის აღრევა არ უნდა მოხდეს საერთაშორისო სამართლის ისეთ ინსტიტუტთან, როგორცაა საერთაშორისო ხელშეკრულება, რომელსაც საჯაროსამართლებრივი ბუნება გააჩნია და როგორც წესი ხელშეკრულების კონტრაქტებს წარმოადგენს ორივე მხრიდან სახელმწიფოები ან სახელმწიფო ერთის მხრივ და საერთაშორისო სამართლის სუბიექტი (ორგანიზაცია) მეორეს მხრივ. უფრო დაწვრილებით იხ. *კორკელია*, საერთაშორისო ხელშეკრულება საერთაშორისო და შიდასახელმწიფოებრივ სამართალში, თბ., 1998 წ. გვ. 20-44.

საქართველოს მიერ დადებული საერთაშორისო ხელშეკრულება წესრიგდება 1997 წლის 15 სექტემბრის „საქართველოს საერთაშორისო ხელშეკრულებების შესახებ“ საქართველოს კანონისა (გამოქვეყნებულია საქართველოს პარლამენტის უწყებანი 1997 წელი – №44) და „საერთაშორისო სახელშეკრულებო სამართლის შესახებ“ ვენის 1969 წლის კონვენციის მიერ.

საერთაშორისო ხელშეკრულება წესრიგდება საერთაშორისო სამართლით და არა რომელიმე ქვეყნის კერძო სამართლით. ამის ნათელი მაგალითია რეკონსტრუქციის საკრედიტო ბანკსა (რსბ) და საქართველოს შორის 1996 წლის 26 ივლისს ხელმოწერილი ხელშეკრულება, რომელიც საქართველოს პარლამენტის მიერ 1996 წლის 25 დეკემბერს იქნა რატიფიცირებული. იგი წარმოადგენს არა საერთაშორისო ხელშეკრულებას, არამედ საერთაშორისო კერძოსამართლებრივი ხასიათის ხელშეკრულებას, ვინაიდან აღნიშნული გარიგების მე-5 II მუხლის მიხედვით „ეს ხელშეკრულება ექვემდებარება გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკაში მოქმედ სამართალს . . .“ ის ხელშეკრულება კი, რომელიც ექვემდებარება რომელიმე ქვეყნის სამართალს, არ შეიძლება იმავდროულად იყოს საერთაშორისო ხელშეკრულება,

ამ საკითხში რაიმე ზუსტი დეფინიციის განსაზღვრა თითქმის შეუძლებელია. იგი უფრო კონკრეტული ფაქტის საკითხია და თვით მოსამართლემ უნდა განსაზღვროს ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში საქმე საერთაშორისო ხასიათის ხელშეკრულებასთან აქვს თუ არა. აქ კი რამდენიმე გარემოებაზე უნდა იქნეს გამახვილებული ყურადღება, რაც შესაძლოა საყურადღებო აღმოჩნდეს სასამართლო პრაქტიკისთვის.

საერთაშორისო ხასიათის ხელშეკრულებას მაშინ აქვს ადგილი, როდესაც სახეზეა ერთდროულად ორი გარემოება: 1) მხარეთა საქმიანობის ადგილი სხვადასხვა ქვეყანაშია; 2) საქონლის მიწოდება, მომსახურების გაწევა ან თანხის გადახდა ხდება სხვა ქვეყანაში, ანუ ხელშეკრულების შესრულებისთვის საჭიროა ერთ-ერთი ქვეყნის საზღვრის გადაკვეთა. თუკი ადგილი არ აქვს ამ ორი გარემოებიდან ერთ-ერთს, მაშინ პასუხის გაცემა გაძნელებულია.

საბჭოთა კავშირში გაბატონებული თეორიის მიხედვით, ხელშეკრულება საერთაშორისოდ ითვლებოდა, თუკი სავაჭრო გარიგების ერთ-ერთი მხარე უცხოელი იყო.¹¹⁹ საინტერესოა, თუ რუსეთის მოქალაქე თბილისში – გასტრონომში პურს იყიდის, ჩაითვლება თუ არა ასეთი გარიგება საერთაშორისო ხასიათის ხელშეკრულებად? როგორი პარადოქსიც არ უნდა იყოს, საბჭოური თეორიის მიხედვით – კი. შესაძლოა, საბჭოთა კავშირისთვის, რომელიც კარჩაკეტილობის პოლიტიკას აწარმოებდა, ეს საკითხი არ იყო აქტუალური და ამიტომ მარტივად „წყვეტდა“ საბჭოური დოქტრინა ამ პრობლემურ საკითხს. როგორც ქვემოთ იქნება ნაჩვენები, სამართალურიერთობაში უცხო ელემენტის მონაწილეობა ყოველთვის არაა საკმარისი პირობა, რათა ხელშეკრულება საერთაშორისოდ იქნეს ცნობილი.

ადრეული ფრანგული სასამართლო პრაქტიკის თანახმად, „ღირებულების (ძვირფასეულობის) საზღვარგარეთ გადინება“ (flow of values), საკმარისი და აუცილებელი ელემენტია ხელშეკრულების საერთაშორისოდ ცნობისათვის.¹²⁰ ეს დეფინიცია მოგვიანებით უარყოფილ იქნა იმავე საკასაციო სასამართლოს მიერ „მოუქნელობის და სწორ-საზოვნების“ გამო.¹²¹

ისმება კითხვა: როგორ აწესრიგებს ამ პრობლემურ საკითხს საქართველოს სკსკ-ი? პასუხი მოძიებულ უნდა იქნეს ამავე კანონის პირველ მუხლში, რომლითაც გათვალისწინებულია შემდეგი:

„ეს კანონი განსაზღვრავს, თუ რომელი სამართლებრივი წესრიგი გამოიყენება **უცხო ქვეყნის სამართალთან დაკავშირებული საქმის ფაქტობრივი გარემოებების არსებობისას**“. ამრიგად საქართველოს კანონით, საერთაშორისო ხასიათის ხელშეკრულებად უნდა იქნეს მიჩნეული ისეთი გარიგება, რომლის ფაქტობრივი გარემოებებიც დაკავშირებულია უცხო ქვეყანასთან. ამ შემთხვევაშიც გადამწყვეტი

მართებულად იქნა აღნიშნული იურიდიულ ლიტერატურაში იხ. *კორკელია*, დასახ. ნაშრომი, გვ. 27.

¹¹⁹ *Лунцъ*, *Международное частное право, Особенная часть*, 1975. М., с. 186-206.

¹²⁰ *Cass. req.*, 1928 წლის 31 ივლისის გადაწყვეტილება, *Clunet*, 1929, 113, D.H; *Cass.civ.*, 1927 წლის 17 მაისის გადაწყვეტილება, ციტირებულია: *Delaume*, *What is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 28 1979, pp. 264-266.

¹²¹ *Cass. Civ.*, 1934 14 თებერვალი, *Clunet*, 373, ციტირებულია: *Delaume* გვ. 264-266.

სიტყვა სასამართლოზეა, მან უნდა შეაფასოს საქმის ფაქტობრივი გარემოებანი და გამოიტანოს დასკვნა: არის თუ არა ხელშეკრულება საკმარისად დაკავშირებული უცხო ქვეყანასთან, რათა იგი ცნობილ იქნეს საერთაშორისო ხასიათის ხელშეკრულებად და დღის წესრიგში დადგეს საკოლიზიო სამართლის ნორმების გამოყენების საკითხი.

მაგალითი:

რუსეთში, წლების განმავლობაში მცხოვრებმა საქართველოს ორმა მოქალაქემ მოსკოვში დადო კომერციული სახის ხელშეკრულება. მოგვიანებით კონტრაქტის შორის წარმოიშვა დავა და ერთ-ერთმა მათგანმა სარჩელი აღძრა საქართველოს სასამართლოში მეორის მიმართ. ცხადია, ამ შემთხვევაში არ შეიძლება ითქვას, რომ ვინაიდან ორივე კონტრაქტი ერთი ქვეყნის – საქართველოს მოქალაქეა, ამიტომ ადგილი აქვს შინახელშეკრულებას. საქართველოს სკსკ პირველი მუხლის მიხედვით, აღნიშნულ ხელშეკრულებას საკმარისი კავშირი აქვს უცხო ქვეყანასთან – რუსეთთან, რათა ხელშეკრულება საერთაშორისო ხასიათის მქონედ იქნეს მიჩნეული (სხვა საქმეა რომელი ქვეყნის მატერიალური სამართლით მოწესრიგდება ხელშეკრულება – ქართულით თუ რუსულით). ამავე დროს, რუსეთის მოქალაქის მიერ თბილისში პურის (თუნდაც ტელევიზორის) ყიდვა არ უნდა იქნეს მიჩნეული საერთაშორისო ხასიათის ხელშეკრულებად, რადგან საქმის ფაქტობრივი გარემოებანი საკმარისად არ არის დაკავშირებული სხვა ქვეყანასთან რათა გარიგება საერთაშორისოდ იქნეს აღიარებული.

ჰააგის 1955 წლის კონვენციის პროექტზე მუშაობისას იყო მცდელობა განესაზღვრათ თუ რა მოიაზრება ტერმინში „საერთაშორისო ნასყიდობის ხელშეკრულება“. კონვენციაში ასახული დეფინიცია არაა პოზიტიური სახის, კერძოდ, კონვენციის 1.3. მუხლით გათვლისწინებულია შემდეგი: მხარეთა უბრალო განცხადება ხელშეკრულების მიმართ სამართლებრივი სისტემის არჩევის შესახებ და, ამასთან ერთად, სასამართლო იურისდიქციის ან არბიტრაჟის არჩევა, ხელშეკრულებას თავისთავად არ აქცევს საერთაშორისოდ.¹²²

ერთ-ერთ საქმეში გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ განაცხადა: მხარეთა მიერ ერთდროულად უცხო ქვეყნის სამართლის და სასამართლო იურისდიქციის არჩევის შემთხვევაშიც კი მისი (სახელშეკრულებო დათქმის) ცნობა საეჭვოა, როცა ხელშეკრულების ორივე მხარის ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ადგილი (domicile) გერმანიაშია და ამავე დროს, თუ ხელშეკრულებას საკმარისი კავშირი არ აქვს უცხო ქვეყანასთან, რომლის სამართალიც აირჩიეს კონტრაქტებმა.¹²³

რომის 1980 წლის კონვენცია განსხვავებულად უდგება საკითხს. კერძოდ, ამავე კონვენციის 1.1. მუხლის მიხედვით – იგი გამოიყენება ყველა იმ სახელშეკრულებო ვალდებულებითი ურთიერთობების მიმართ, რომელიც შეიცავს არჩევანს სხვადასხვა ქვეყნის სამართალს შორის. აქედან გამომდინარე, შინახელშეკრულებების მიმართ შეიძლება გამოყენებულ იქნეს კონვენციის დებულებები თუ, მაგალითად,

¹²² Lando, The 1955 and 1985 Hague Conventions on the Law Applicable to the International Sale of Goods // *RabelZ* 57, 1993, p. 162.

¹²³ 1961 წლის 30 იანვრის გადაწყვეტილება. *IPRspr.*, 1960/61, Nr. 39b.

მხარეები ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად აირჩევენ უცხო ქვეყნის სამართალს, რადგან ამ შემთხვევაში წარმოდგენილია ორი განსხვავებული მართლწესრიგი – კონტრაქტთა ეროვნული სამართალი და მათ მიერ არჩეულ უცხო ქვეყნის სამართალი.¹²⁴

ამავე დროს, აღნიშვნის ღირსია კონვენციის მე-3 III მუხლი, რომლის მიხედვითაც, მხარეთა მიერ უცხო სამართლის არჩევის ფაქტი, თუნდაც მას თან ახლდეს სასამართლოს ან არბიტრაჟის არჩევაც, მაშინ, როდესაც ხელშეკრულების ყველა სხვა ელემენტი დაკავშირებულია მხოლოდ ერთ ქვეყანასთან, არ გამოორიცხავს ამ უკანასკნელის იმპერატიული ნორმების გამოყენებას.¹²⁵

მაგალითი:

ავსტრიაში მცხოვრებმა ორმა კომერსანტმა თავიანთი ხელშეკრულება დაუქვემდებარა ფრანგულ სამართალს და პარიზის არბიტრაჟს. სხვა მხრივ გარიგება მთლიანად ავსტრიასთან იყო დაკავშირებული. ასეთ შემთხვევაში, რომის 1980 წლის კონვენციის თანახმად, ვინაიდან ადგილი აქვს შინახელშეკრულებას, აუცილებლად გამოყენებულ უნდა იქნეს ავსტრიის სამართლის იმპერატიული ნორმები, ანუ რეალურად (შედგენიდან გამომდინარე) მოხდა არა ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართლის არჩევა, არამედ ხელშეკრულებაში უცხო სამართლის მატერიალური ნორმების (ე.ი. ფრანგული ნორმების) ინკორპორაცია.

ქვემოთ იქნება განხილული, რომ კომერციულ, ანუ ე.წ. „თავისუფალ ხელშეკრულებებში“, მხარეებს შეუძლიათ აირჩიონ სამართალი, რომელიც შესაძლოა სულაც არ იყოს დაკავშირებული ხელშეკრულებასთან. აღნიშნული არ ითქმის ისეთ გარიგებებზე, სადაც ერთ-ერთ მხარეს მომხმარებელი („სუსტი მხარე“) წარმოადგენს. საინტერესოა ამ კუთხით თუ რა პოზიცია უკავია, არა ცალკე აღებულ ქვეყანას, არამედ საკუთრივ ევროკავშირს.

პრობლემა მჭიდროდ არის დაკავშირებული კითხვასთან, რომის კონვენციის შესაბამისად, როგორ უნდა იქნეს გამოყენებული (ან უნდა იქნეს გამოყენებული თუ არა საერთოდ) ევროკავშირის იმპერატიული ნორმები, როცა ხელშეკრულება დაკავშირებულია მხოლოდ ევროგაერთიანებაში შემავალ ქვეყნებთან. ევროკავშირში დღითიდღე მატულობს ისეთი იმპერატიული ნორმები, რომელთაც სოციალურ-დამცავი ფუნქციები აკისრია. ასეთი ნორმები ორგვარი სახისაა, პირველნი პირდაპირ მოქმედებს ევროგაერთიანების ქვეყნებში (მათ რეგლამენტები ეწოდება), მეორენი კი ჩამოყალიბებულია დირექტივების სახით, რომლებიც ინკორპორირებულ უნდა იქნენ ევროგაერთიანების წევრ სახელმწიფოების კანონმდებლობაში (ეს შეიძლება გამოიხატოს ახალი კანონის მიღებაში, ძველ კანონში ცვლილებების შეტანაში და სხვ. თუ რა საკანონმდებლო ტექნიკას მიმართავს კონკრეტული სახელმწიფო ეს მისი სუვერენული უფლებაა).

¹²⁴ Kaye, *The New Private International Law of Contract of the European Community*, Aldeshot/Brookfield-USA/Hong Kong/ Singapore/Sydney/ 1993, p. 97.

¹²⁵ ანალოგიური ნორმაა გათვალისწინებული გერმანიის სკსკ-ით (27-ე III მუხლი) და რომი I-ის რეგლამენტით (მე-3 III მუხლი).

რომის კონვენციის მე-3 III მუხლთან დაკავშირებით იბადება კითხვა, მიიჩნევა თუ არა იგი ევროგაერთიანებას ერთ ქვეყნად. პასუხი როგორც ეტყობა დადებითი უნდა იყოს.

იტალიელ გამყიდველს და გერმანელ მყიდველს არ შეუძლიათ გვერდი აუარონ ევროგაერთიანების დირექტივის¹²⁶ მე-12 მუხლს და გამყიდველის (მწარმოებლის) მიერ უხარისხო პროდუქციის დამზადებიდან წარმოშობილი პასუხისმგებლობის საკითხი დაუქვემდებარონ ევროგაერთიანების არაწევრი ქვეყნის სამართალს. ხელშეკრულებებს, რომელთა მხარეებიც მხოლოდ ევროკავშირის წარმომადგენლები არიან, არ შეიძლება იგნორირებული იქნეს ევროგაერთიანების იმპერატიული ნორმები. იურიდიული ფიქციით ისინი შინაგარიგებებად მიიჩნევა, მიუხედავად იმისა, რომ აშკარაა დღესდღეობით ევროგაერთიანება ერთიან სახელმწიფოს არ წარმოადგენს.¹²⁷

1993 წლის 5 აპრილს ევროგაერთიანებამ მიიღო ახალი დირექტივა „სამომხმარებლო ხელშეკრულებებში არაკეთილსინდისიერი სახელშეკრულებო პირობების შესახებ“.¹²⁸ დირექტივის მე-6 II მუხლით გათვალისწინებული ნორმა მოუწოდებს წევრ სახელმწიფოებს მიიღონ ყველა შესაძლო ზომა, რათა დაცულ იქნეს მათი მოქალაქეების (მომხმარებლის) ინტერესები, რომლებიც შესაძლოა იგნორირებულ იქნეს ევროგაერთიანების არაწევრი ქვეყნის სამართლის არჩევის შემთხვევაში, თუკი ასეთ სახელშეკრულებო დათქმას იურიდიული ძალა მიენიჭება.

როგორც ჩანს ევროგაერთიანების ქვეყნების წარმომადგენლებს შორის დადებული ხელშეკრულება შინაგანად მიიჩნევა და ამიტომ მხარეებს არ შეუძლიათ აირჩიონ უცხო ქვეყნის, ანუ ევროგაერთიანებაში არშემავალი ქვეყნის სამართალი, რათა გვერდი აუარონ ევროგაერთიანების იმ იმპერატიულ ნორმებს, რომლებიც მომხმარებლის ინტერესების დაცვას უზრუნველყოფს.¹²⁹

§2. მხარეთა მიერ არჩეული სამართლის კავშირი ხელშეკრულებასთან

მრავალი დისკუსია გაიმართა იმ საკითხთან დაკავშირებით, ცნობილ იქნეს თუ არა მხარეთა უფლება, აირჩიონ ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად ნებისმიერი ქვეყნის სამართალი. ზოგიერთი მოსაზრებით, მხარეთა თავისუფლება, აირჩიონ კომპეტენტური სამართალი, შემოფარგლულ უნდა იქნეს მხოლოდ იმ მართლწესრიგით, რომელთანაც ხელშეკრულებაა დაკავშირებული.

¹²⁶ 1985 წლის 25 ივლისს ევროგაერთიანების მიერ მიღებულ იქნა დირექტივა უხარისხო პროდუქტის დამზადებისთვის პასუხისმგებლობის შესახებ.

¹²⁷ Lasok & Stone, Conflict of Laws in the European Community (Professional Books) Abingdon, 1987, p. 8

¹²⁸ Council Directive 93/13/ EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts.

¹²⁹ Lando, The Conflict of Laws of Contracts, General Principles, Recueil Des Cours VI, Dordrecht/Boston/London, 1988, pp. 288-289.

პოლონეთის ადრეული 1926 წლის სკსკ-ის მე-7 მუხლი ზღუდავდა მხარეთა თავისუფლებას აერჩიათ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი ნებისმიერი ქვეყნის სამართალი. მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის განხორციელება შემოიფარგლებოდა მხოლოდ შემდეგი სამართლებრივი სისტემების არჩევის შესაძლებლობაში: 1) მხარეთა მოქალაქეობის (*lex nationalis*) ან ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ადგილის სამართლის (*lex domicilii*), ხელშეკრულების შესრულების ადგილის სამართლის (*lex loci solutionis*), ხელშეკრულების დადების ადგილის სამართლის (*lex loci contractus*) და უძრავი ქონების ადგილსამყოფელი ქვეყნის სამართლის (*lex rei sitae*) არჩევაში.

ასეთი მოთხოვნების მიზანშეწონილობას იმით ხსნიდნენ, რომ მხარეთათვის ძნელი იქნებოდა გვერდი აეგლოთ იმ ქვეყნის იმპერატიული ნორმებისათვის, რომელთაც ხელშეკრულებასთან მჭიდრო კავშირი ჰქონდათ. ამ კანონის (ნორმის) გაუქმების ერთ-ერთი მიზეზი იყო ის, რომ იგი ზედმეტად ზღუდავდა მხარეებს.¹³⁰

ზოგიერთი ქვეყნის კანონმდებლობა ითხოვდა, რომ მხარეთა მიერ არჩეულ სამართალს ჰქონოდა გარკვეული კავშირი ხელშეკრულებასთან, მაგრამ ამომწურავად არ განსაზღვრავდა თუ რა სახის უნდა ყოფილიყო იგი. სწორედ ასეთ შემთხვევას ჰქონდა ადგილი პოლონეთის 1965 წლის 12 დეკემბრის სკსკ-ის 25-ე I მუხლით, რომლითაც გათვალისწინებული იყო შემდეგი: არჩეულ სამართალს გარკვეული კავშირი უნდა ჰქონდეს ხელშეკრულებასთან. სიტყვა „კავშირი“ უნდა ნიშნავდეს იმ სახის საკოლიზიო საბმელებს, რომლებიც ჩამოთვლილი იყო 1926 წლის კანონში, მაგრამ იგი წინანდელი კანონისგან განსხვავებით არ იზღუდებოდა შესაძლო საკოლიზიო საბმელების ამომწურავი ჩამონათვალით (*numerus clausus*). ცხადია, 1965 წლის კანონს უფრო მოქნილი პოზიცია ეკავა მხარეთა ნების ავტონომიის საკითხის მიმართ, ვიდრე 1926 წლის კანონს.

როგორც ეტყობა პოლონეთის კანონზე დიდი გავლენა მოახდინა ბატიფოლის პოზიციამ, რომელიც თვლიდა, რომ მხარეთა ნება თუმცა კი უნდა იყოს გათვალისწინებული ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართლის დასადგენად, მაგრამ იგი არ წარმოადგენს უდავოდ გადამწყვეტ ფაქტორს. ფრანგი პროფესორი თვლიდა, რომ გარდა მხარეთა ნებისა, მხედველობაში უნდა ყოფილიყო მიღებული აგრეთვე ობიექტური გარემოებანიც, რომლებიც დაკავშირებული იყო გარიგებასთან, როგორცაა: ხელშეკრულების შესრულების ადგილი, ხელშეკრულების დადების ადგილი, კონტრაჰენტთა საცხოვრებელი ადგილი, მხარეთა მოქალაქეობა და ა.შ.¹³¹

თუ ხსენებული თეორია იქნება გაზიარებული, მაშინ გამოდის, რომ მხარეთა მიერ სამართლის არჩევა დაუშვებელია, თუ მას არ აქვს კავშირი გარიგებასთან. ბატიფოლის „ხელშეკრულების ლოკალიზაციის“ თეორიით: მხარეთა მიერ გაკეთებული არჩევანი ეხმარება

¹³⁰ აღსანიშნავია, რომ 1965 წელს სოციალისტურმა პოლონეთმა მიიღო უფრო ლიბერალური კანონი, ვიდრე 1926 წლის ბურჟუაზიულმა პარლამენტმა. იხ. *Lando*, გვ. 289-290.

¹³¹ *Batiffol*, *Les conflits de lois en matière de contrats*, 1938, no. 635, ციტირებულია: *Paane*, *Международное частное право*, перевод с немецкого, М., 1960, с. 426-427.

მოსამართლეს დაადგინოს ერთ-ერთი სამართლებრივი სისტემა, რომელსაც უკვე აქვს კავშირი ხელშეკრულებასთან. ამრიგად, შეიძლება მოხდეს ისე, რომ მოსამართლემ გამოიყენოს არა ის სამართალი, რომელიც მხარეებს სურთ, არამედ ის, რომელსაც მისი აზრით, ობიექტური გარემოებების ძალით, აქვს უფრო მეტი ფაქტური კავშირი ხელშეკრულებასთან. თუნდაც მოსამართლე თვლიდეს, რომ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართალი უნდა იყოს ის რომელიც მხარეებს სურდათ, მიუხედავად ამისა, მოსამართლე ამ შემთხვევაშიც არ გამოდის მხარეთა ნებისგან, არამედ იგი არის მხოლოდ ობიექტური საკოლიზიო საბმელის (როგორცაა, მაგალითად, მხარეთა საცხოვრებელი ადგილი ან ხელშეკრულების დადების ადგილი) დადგენის საშუალება.

გასაგებია, რომ საკითხისადმი ასეთი მიდგომის მიზანია დაძლეულ იქნეს ის წინააღმდეგობა, რომელიც დაკავშირებულია ისეთ მოვლენასთან, როცა მხარეებს ნების ავტონომიის პრინციპის გამოყენებით სურთ გვერდი აუარონ იმ ქვეყნის იმპერატიულ (ამკრძალავ) ნორმებს, რომელთანაც ხელშეკრულება ობიექტურად ყველაზე მჭიდროდაა დაკავშირებული. ცხადია, ამით პრობლემა ვერ გადაწყდება.

მაგალითი:

ხელშეკრულება დაიდო ფრანგ და გერმანელ კომერსანტებს შორის პარიზში. ამრიგად, სამართალურთიერთობა დაკავშირებულია ორივე ქვეყანასთან, მაგრამ საფრანგეთთან – განსაკუთრებულად მჭიდროდ. მხარეებმა აირჩიეს გერმანიის სამართალი. რაც წესით, ზემოთ განხილული თეორიის მიხედვით, სავსებით დასაშვებია. მაგრამ თუ იგი იქნება გამოყენებული, ამით ხომ მხარეები უარს ამბობენ ფრანგული სამართლის, როგორც ხელშეკრულებასთან ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული სამართლის, იმპერატიული ნორმების გამოყენებაზე? ამრიგად, ბატიფოლის მიერ წამოყენებული თეორიით, მხარეებს მაინც ეძლევათ შესაძლებლობა გვერდი აუარონ იმ ქვეყნის იმპერატიულ ნორმებს, რომლებთანაც გარიგება ყველაზე მჭიდროდ არის დაკავშირებული.

ცხადია, ზემოთ აღნიშნული თეორიით პრობლემაური საკითხი ვერ გადაწყდება. სამართლიანად აღნიშნავს გერმანელი კოლიზიონისტი რააპე, რომ „ასეთი მიდგომის შემთხვევაში მნიშვნელოვანია ის, აქვთ თუ არა მხარეებს გარანტია, რომ გარკვეული მართლწესრიგი და კერძოდ ის, რომელიც მათ აირჩიეს ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად, მოსამართლე ნამდვილად ჩათვლის გადამწყვეტად. ამ კითხვაზე ჩვენ უარყოფითად უნდა ვუპასუხოთ, ამიტომ, ვერ გავიზიარებთ ბატიფოლის აზრს. *მისი თეორიული შეხედულებანი ეწინააღმდეგება თანამედროვე საერთაშორისო სავაჭრო ბრუნვის ინტერესებს.* მხარეებს თავიანთი საქმის წარმოების დროს სურთ იცოდნენ, რას აკეთებდნენ ისინი, რომელი სამართალი იქნება მიღებული მოსამართლის მიერ მათი ურთიერთობის მოსაწესრიგებლად. ეს მათი სამართლიანი სურვილი შესრულდება მხოლოდ მაშინ, თუ მხარეთა მიერ არჩეული სამართალი, როგორც არ უნდა იყოს იგი, „შეხოჭავს“ მოსამართლეს. ბატიფოლი კი იურიდიულ ძალას ართმევს

მხარეთა მიერ გამოვლენილ ნებას და წარმოადგენს მათ როგორც ტექნიკურ საშუალებას¹³².

ბატიფოლის თეორიის საწინააღმდეგოდ, დამატებით უნდა აღინიშნოს, იმის შესახებაც, რომ მხარეთა ნების ავტონომიის, როგორც ტექნიკური საშუალების გამოყენება, სრულიადაც არ არის აუცილებელი. თუ მოსამართლეს სურს ობიექტური კრიტერიუმის დადგენა, ეს მას შეუძლია მხარეთა ნების ავტონომიის ინსტიტუტის დახმარების გარეშეც, უფრო მარტივად და უკეთესადაც. ამისათვის საკმარისია ყურადღებით იქნეს წაკითხული სარჩელი, სადაც მითითებული უნდა იყოს მოსარჩელეს და მოპასუხეს საცხოვრებელი ადგილი (ან რეზიდენციის ადგილსამყოფელი), ხოლო ეს უკანასკნელი კი, ზემოაღნიშნული თეორიის მიხედვით ერთ-ერთი ობიექტური ფაქტორია. ამგვარი ჩამონათვალის გაგრძელება ობიექტური კრიტერიუმების დასადგენად მრავლად შეიძლება (მაგ. სად დაიღო ხელშეკრულება და სად უნდა შესრულებულიყო – ამისთვის საკმარისია ხელშეკრულების შინაარსის გაცნობა და სხვა).

ინგლისის სასამართლო პრაქტიკაში დავას იწვევდა საკითხი, რამდენად თავისუფალნი იყვნენ მხარეები, ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად აერჩიათ ნებისმიერი ქვეყნის სამართალი.

Vita Food-ის ცნობილ საქმეში, ხელშეკრულება შეიცავდა დათქმას – ინგლისის სამართლის არჩევის შესახებ. ლორდთა პალატამ მხარი დაუჭირა მხარეთა არჩევანს, თუმცა ხელშეკრულება არ იყო დაკავშირებული ინგლისთან (კონოსამენტის ხელშეკრულებით, ტვირთი კანადიდან ნიუ-იორკში, საზღვაო გზით, უნდა გადაზიდულიყო). ლორდმა რაითმა (Write) განმარტა, რომ მხარეთა არჩევანს ინგლისის სამართლის არჩევის შესახებ იმიტომ დაუჭირა მხარი, რომ იგი იყო კეთილსინდისიერი (bona fide) და კანონიერი (legal). ამავე დროს მან აღიარა, რომ „ხელშეკრულება ინგლისის სამართალთან დაკავშირებულია თუ არა – ამას არ აქვს პრინციპული მნიშვნელობა“¹³³.

ლონდონის არბიტრაჟი ძალიან ხშირად იყენებს ინგლისის სამართალს საერთაშორისო ხასიათის ხელშეკრულებების მოსაწესრიგებლად „ეს ჩვეულება დამკვიდრებულია საერთაშორისო ბიზნესში, რომელიც საკმაოდ ხშირად უზრუნველყოფს მხარეთა მიერ ინგლისის სამართლის არჩევას, მაშინ როდესაც ხელშეკრულებას არანაირი კავშირი მასთან არ აქვს“¹³⁴.

მოგვიანებით ინგლისის სასამართლოებმა უარყვეს პრინციპი, რომელიც ჩამოყალიბებული იყო Vita Food საქმეში. ისინი აღარ ცნობდნენ მხარეთა მიერ სამართლის არჩევას, თუკი მას არ ექნებოდა რაიმე კავშირი ხელშეკრულებასთან.¹³⁵ ეს შეიძლება გამოწვეული ყოფილიყო ჩეშაირის და მორისის გავლენით, რომლებიც, იმდროინდელი კონტინენტური ევროპის ავტორების მსგავსად, წინააღმდეგი იყვნენ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის. მათ

¹³² იქვე, გვ. 427.

¹³³ Vita Food Products. Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd. (1939) A.C. 277 (P.C.).

¹³⁴ (1939) A.C. 277 (P.C.).

¹³⁵ Dicey and Morris (-Collins) "Dicey and Morris on the Conflict of Laws", ed. 10, London, 1980, p. 755.

უნდოდან იგი შეეცვალათ, როგორც თვითონ უწოდებდნენ, „ობიექტური კრიტერიუმით“. ამ ცნებაში ისინი გულისხმობდნენ, უესტლეის გამონათქვამს – იმ სამართლებრივი სისტემის გამოყენებას, რომელსაც „ხელშეკრულებასთან ყველაზე რეალური კავშირი ჰქონდა“.¹³⁶

თუმცა, ეს თეორია დღეს არ არის გაზიარებული ინგლისის სასამართლოების მიერ. დაისის და მორისის წიგნის მეათე გამოცემაში კოლინსი ფრთხილად მიუთითებდა, რომ ყოველთვის არაა საჭირო ხელშეკრულებას ინგლისის სამართალთან ჰქონდეს კავშირი.¹³⁷

ერთ-ერთ საქმეში სასამართლომ განაცხადა: „ამოცანა იმაში კი არ მდგომარეობს, რათა დადგინდეს რომელ ქვეყანასთან აქვს ხელშეკრულებას უმჭიდროესი და ყველაზე რეალური კავშირი, არამედ იმაში, რომ დადგინდეს მხარეთა განზრახვა, თუ რომელი მართლწესრიგი მიაჩნიათ მათ როგორც უმჭიდროესი და ხელშეკრულებასთან ყველაზე რეალურად დაკავშირებული“.¹³⁸ ზემოთქმულიდან გამომდინარე ხელშეკრულება, რომელიც დადებული იყო ეგვიპტეში და ჰქონდა მის სამართალთან ყველაზე მჭიდრო კავშირი – არ იქნა მხედველობაში მიღებული, ვინაიდან მხარეებმა აირჩიეს კანადის სამართალი და ეს უკანასკნელი იქნა ცნობილი მოსამართლის მიერ, ხოლო ეგვიპტის სამართლის იმპერატიული სავალუტო ნორმები არ იქნა მხედველობაში მიღებული.¹³⁹

კოლინსი, ნების ავტონომიის ინსტიტუტის საკითხთან დაკავშირებით, უფრო შორს მიდის, ვიდრე ეს განცხადებული იყო Vita Food საქმეში. კერძოდ, მან განმარტა: „მხარეებს ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად შეუძლიათ პირდაპირ ან „გონივრული“ გზით აირჩიონ უცხო (არა ინგლისური) სამართალი, რომელსაც შეიძლება არ ჰქონდეს მნიშვნელოვანი კავშირი ამ უცხო ქვეყანასთან“.¹⁴⁰

1930 წელს, გერმანელმა იურისტმა ჰაუდეკმა აღნიშნა, რომ მხარეთა ნების ავტონომიის ინსტიტუტის ცნობა ემყარება სასამართლოს ქვეყნის საკოლიზიო ნორმებს. მისი აზრით, მხარეთა მიერ სამართლის არჩევა თავისთავად არის „დაკავშირებული“ ფაქტორი (საკოლიზიო საბმელი).¹⁴¹ ზემოთქმულიდან გამომდინარე მან მხარი დაუჭირა მხარეთა უფლებას აირჩიონ ნებისმიერი სამართლებრივი სისტემა.

თავიანთ ადრინდელ ნაშრომებში, როგორც ვოლფი, ასევე რააპე, აღნიშნავდნენ, რომ მხარეთა მიერ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართალი შეიძლება არჩეულ იქნეს მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუკი მას აქვს კავშირი ხელშეკრულებასთან.¹⁴² მოგვიანებით მათი პოზიცია

¹³⁶ Westlake, Private International Law, ed. 5, London, 1912, p. 305.

¹³⁷ იხ. Dicey/Morris (-Collins) დასხ. ნაშრ. გვ. 755, 757.

¹³⁸ In Rossano v Manufacturers' life Insurance Co., (1963) 2.Q.B. 352, McNair.

¹³⁹ In Rossano v Manufacturers' life Insurance Co., (1963) 2.Q.B. 352, McNair.

¹⁴⁰ იხ. Dicey/Morris (-Collins) დასხ. ნაშრ. გვ. 757.

¹⁴¹ Haudek, Die Bedeutung des Parteiwillens im international Privatrecht, Berlin, 1931, S. 5. ციტირებულია: Lando, The Conflict of Laws of Contracts, General Principles, Recueil Des Cours VI, Dordrecht/Boston/London, 1988, p. 268.

¹⁴² Wolff, International Privatrecht, Berlin, 1933, S. 86; Raape, Internationales Privatrecht, Bd. II. Berlin und Frankfurt, 1939, S. 252, Lando-ს ნაშრ. მიხედვით, გვ. 268.

შეიცვალა. ვოლფი თავის ორთავე, გერმანულ და ინგლისურ ენაზე, გამოცემულ წიგნებში აღიარებს, რომ მხარეთა მიერ არჩეული სამართლებრივი სისტემა აუცილებელი არაა დაკავშირებული იყოს ხელშეკრულებასთან. საკმარისია, თუკი მხარეთა არჩევანი აკმაყოფილებს სადი აზრის და საერთაშორისო ბიზნესის მოთხოვნილებებს.¹⁴³

რააპე თავისი წიგნის მეხუთე გამოცემაში აღნიშნავდა, რომ მხარეთა მიერ სამართლის არჩევა ყოველთვის უნდა იქნეს მხარდაჭერილი, თუკი იგი კანონიერ ინტერესებს ეფუძნება.¹⁴⁴

თანამედროვე გერმანელი ავტორები, მხარს უჭერენ რა მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპს, არ მოითხოვენ, რომ მხარეთა მიერ არჩეულ სამართალს ჰქონდეს კავშირი ხელშეკრულებასთან.¹⁴⁵

Chevalley-ს საქმეში შვეიცარიის ფედერალურმა სასამართლომ განაცხადა, რომ მხარეთა მიერ სამართლის არჩევის სახელშეკრულებო დათქმას ჰქონდა იურიდიული ძალა მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუკი ხელშეკრულებას „ბუნებრივი და რამენაირი“ მნიშვნელოვანი კავშირი ჰქონდა მათ მიერ ნაგულისხმევ სამართლებრივ სისტემასთან,¹⁴⁶ მაგრამ აღნიშნული მოსაზრება არ იქნა გაზიარებული შემდგომი წლების სასამართლო გადაწყვეტილებებში.

1965 წლის Ades v. Internationale Fimvertriebsanstalt საქმეში შვეიცარიის ფედერალურმა უმაღლესმა სასამართლომ განსხვავებული პოზიცია დაიკავა. ამ საქმეში სასამართლომ განაცხადა, რომ მიუღებელია მხარეთა ნების ავტონომია შეზღუდულ იქნეს იმ მართლწესრიგით, რომელთანაც ხელშეკრულებას აქვს კავშირი. სამართლის არჩევას, თუკი მას საფუძვლად გონივრული ინტერესი უდევს საფუძვლად – სრულიად მისაღებია.¹⁴⁷

ასეთ „გონივრულ ინტერესში“ იგულისხმება მხარეთა მიერ ისეთი სამართლებრივი სისტემის არჩევა, რომელსაც მხარეები კარგად იცნობენ (მაგ. თუ ხელშეკრულება დადებულია შვეიცარიულ და გერმანულ კომერსანტებს შორის, რომელიც შეეხება ტვირთის საზღვაო გადაზიდვას, ცხადია, ინგლისის სამართლის არჩევა ჩაითვლება „გონივრულ“ გადაწყვეტილებად, რადგან აღნიშნულ ქვეყანას მსოფლიოში ერთ-ერთი ყველაზე კარგად დამუშავებული „საზღვაო სამართალი“ გააჩნია). ასევე, „გონივრულ ინტერეს“ მაშინ აქვს ადგილი, როცა ხელშეკრულება დაკავშირებულია სხვა ხელშეკრულებასთან და მხარეებმა აირჩიეს ამ უკანასკნელის მომწესრიგებელი სამართალი. იგივე შეიძლება ითქვას, როცა მხარეები ირჩევენ სასამართლო ადგილსამყოფელი ქვეყნის სამართალს (lex fori-ის).

¹⁴³ Wolff, Das internationale Privatrecht Deutschlands, Berlin, 1954, S. 139; Wolff, Private International Law, ed. 2, Oxford, 1950, pp. 417-420, Lando-ს ნაშრ. მიხედვით, გვ. 268-269.

¹⁴⁴ Raape, Internationales Privatrecht, Berlin und Frankfurt, 1961, S. 249, Lando-ს ნაშრომის მიხედვით, გვ. 269.

¹⁴⁵ Drobniig, American-German Private International Law, Bilateral Studies in Private International Law, No.4, ed. 2, Dobbs Ferry, N.Y., 1972, p. 226;

¹⁴⁶ BG, 1952 წლის 12 თებერვლის გადაწყვეტილება. BGE, 78 II 74. ვუთითებ Lando-ს დასახ. ნაშრომის მიხედვით გვ. 271.

¹⁴⁷ BG, 1965 წლის 23 მარტის გადაწყვეტილება: BGE, 91 II 44, ციტირებულია Lando-ს ნაშრომის მიხედვით. გვ. 271.

შევიცარიის 1987 წლის სკკ-ის 113-ე I მუხლის შესაბამისად, ხელშეკრულება წესრიგდება მხარეთა მიერ არჩეული სამართლით. ეს მუხლი არ მოითხოვს, რომ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპი ემყარებოდეს „ლეგიტიმურ ინტერესს“ ან ხელშეკრულებას ჰქონდეს რაიმენაირი კავშირი არჩეულ სამართლებრივ სისტემასთან. 113-ე მუხლი გამოიყენება მხოლოდ საერთაშორისო ხელშეკრულებების მიმართ და არა შინასახელშეკრულებო ურთიერთობების მიმართ.

1960 წელს იტალიის საკასაციო სასამართლომ თავის ერთ-ერთ სახელმძღვანელო გადაწყვეტილებაში აღნიშნა, რომ არ არის აუცილებელი მხარეთა მიერ არჩეულ სამართალს ჰქონდეს კავშირი ხელშეკრულებასთან. იტალიის საკასაციო სასამართლო შევიცარიის სასამართლოებზე უფრო შორს წავიდა და განაცხადა: „ულოგიკო იქნება თუკი სასამართლო იტყვის, რომ მხარეების მიერ სამართლის არჩევას არ აქვს გონივრული საფუძველი“.¹⁴⁸

როგორც ზემოთ იქნა ნაჩვენები, თანამედროვე კონვენციებით და ეროვნული კანონმდებლობით, კონტრაქტებს სრული თავისუფლება გააჩნიათ კომერციული ხასიათის ხელშეკრულებების მოსაწესრიგებლად აირჩიონ იმ ქვეყნის სამართალი, რომელიც მათ მოესურვებათ და ამისათვის საჭირო არ არის არჩეულ სამართალს კავშირი ჰქონდეს ხელშეკრულებასთან.

§3. მხარეთა მიერ *Lex Mercatoria*-ს არჩევა

ა) შესავალი

მეწარმეები ერთმანეთს კონკურენციას უწევენ არა მარტო საქონლის მიწოდებასა და მომსახურების გაწევაში, არამედ, ასევე, სამართლებრივი სისტემის არჩევაში. თუ კონტრაქტები თავიანთი ქვეყნების სამართლის არჩევაში ვერ შეთანხმდებიან, მაშინ მათ შეუძლიათ ნეიტრალური – მესამე ქვეყნის სამართლის არჩევა. ისმება კითხვა – შეუძლიათ თუ არა მხარეებს აირჩიონ არა რომელიმე კონკრეტული ქვეყნის სამართალი, არამედ, სამართლის ზოგადი პრინციპები? წინამდებარე პარაგრაფი სწორედ ამ საკითხების განხილვას შეეხება.

XX საუკუნის 60-იანი წლებიდან მოყოლებული, სხვადასხვა ქვეყნის იურიდიულ ლიტერატურაში ფართოდ გავრცელდა თეორია, რომლის მიხედვითაც, მსოფლიოში წარმოიშვა სამართლებრივ ნორმათა ახალი ერთობლიობა, რომელიც გამოყოფილია ეროვნული სამართლებრივი სისტემებისგან და გამიზნულია საერთაშორისო ხელშეკრულებების მოსაწესრიგებლად. საუბარია „არანაციონალურ სამართალზე“, რომელსაც სამართლებრივ ლიტერატურაში *lex mercatoria*-ს¹⁴⁹ უწოდებენ.

¹⁴⁸ Cass., 1960 წლის 2 დეკემბრის გადაწყვეტილება. Riv.dir.int., 1961, 677.

¹⁴⁹ Lex mercatoria ლათინური ტერმინია და იგი ქართულად ითარგმნება როგორც „ვაჭართა სამართალი“. თანამედროვე გაგებით, ზოგიერთი ავტორი მას უწოდებს ახალ ტრანსნაციონალურ სავაჭრო სამართალს. ჯერ კიდევ რომის სამართლისთვის

Lex mercatoria-ს მოქმედების სფეროდ ითვლება საერთაშორისო კომერციული გარიგებები, როგორცაა: ნასყიდობის, იჯარის, ნარდობის, გადაზიდვის, საბანკო და სხვა სახის ხელშეკრულებები. lex mercatoria-ს მომხრეები მისი წარმოშობის წყაროებად მიიხსენებენ სხვადასხვა საერთაშორისო კონვენციებს და მოდელურ კანონებს, საერთაშორისო სავაჭრო ჩვეულებებს, საერთაშორისო ორგანიზაციების მიერ შექმნილ ტიპურ სახელშეკრულებო ფორმებს, ტრანსნაციონალურ კოდიფიკაციებს (მაგალითად, საერთაშორისო სავაჭრო ხელშეკრულებათა პრინციპები, შემდგომში - „უნიდროას“ პრინციპები),¹⁵⁰ „ევროპული სახელშეკრულებო სამართლის პრინციპები“¹⁵¹ (შემდგომში – ევროპული პრინციპები) და სხვა, საერთაშორისო ორგანიზაციების (განსაკუთრებით საერთაშორისო სავაჭრო პალატის) სარეკომენდაციო დოკუმენტებსა და საერთაშორისო საარბიტრაჟო სასამართლოების მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებებს.¹⁵²

ზოგიერთი ავტორი გამოყოფს რამდენიმე პრინციპს, რომლებიც დამახასიათებელია lex mercatoria-ს კონცეფციისთვის. აქედან ყველაზე მეტად აღსანიშნავია შემდეგი პრინციპები: 1) ხელშეკრულება უნდა შესრულდეს (pacta sunt servanda); 2) ხელშეკრულება კეთილსინდისიერად (good faith)¹⁵³ უნდა შესრულდეს; 3) ფორსმაჟორული გარემოებების დადგომა შეიძლება იყოს ვალდებულების შეუსრულებლობის საფუძველი; 4) ექსპროპრიაციას თან უნდა ახლდეს სათანადო კომპენსაცია.¹⁵⁴

ნაშრომის მიზანს არ წარმოადგენს lex mercatoria-ს კონცეფციის ანალიზი, მაგრამ ვერც ზოგიერთი საკითხის განუხილველობა იქნა,

ცნობილი იყო ტრანსნაციონალური ნორმების არსებობა, რომელიც გამოიყენებოდა საერთაშორისო სავაჭრო ურთიერთობებში. შუა საუკუნეებში კი მას უფრო დიდი პრაქტიკული გამოყენება ჰქონდა. XX საუკუნეში ახალი lex mercatoria-ს იდეის ერთ-ერთი ყველაზე გამოჩენილი მხარდამჭერი იყო ფრანგი იურისტი გოლდმანი. იხ. Goldmann, The Applicable Law: General Principles of Law - The Lex Mercatoria, Chapter 10, Contemporary Problems in International Arbitration, 1985, pp. 113-125.

¹⁵⁰ კერძო სამართლის უნიფიცირების საერთაშორისო ინსტიტუტმა (International Institute for the Unification of Private Law, შემოკლებით - UNIDROIT) შეიმუშავა საერთაშორისო სავაჭრო ხელშეკრულებების პრინციპები (Principles of International Commercial Contracts).

¹⁵¹ ერთიანი ევროპული სამოქალაქო კოდექსის პროექტის შეიმუშავება დაიწყო ევროპის პარლამენტის დადგენილებით, თავდაპირველად 1989 წელს და შემდგომში – 1994 წელს. ერთდროულად შეიქმნა და მუშაობას შეუდგა კომისია, რომელიც რამდენიმე ჯგუფისგან შედგებოდა. ერთ-ერთი ჯგუფის მიერ, რომელსაც ლანდოს ჯგუფი (Lando-group) ეწოდა, მომზადდა „ევროპის სახელშეკრულებო სამართლის პრინციპები“ (The Principles of European Contract Law). აღნიშნული პრინციპების არაოფიციალური ქართული თარგმანი იხ. ჟურნალი „ნოტარიტი“, 2003, №1. თარგ. ზურაბ ჭეჭელაშვილის, გვ. 132-191. იხ. აგრეთვე Lando/Beal, The Principles of European Contract Law. Part I, Dordrecht/Boston/London, 1995, p. 18.

¹⁵² Lando, The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration, Intern. and Comp. Law Quart. 1985 Vol. 34, pp. 749-751.

¹⁵³ სახელშეკრულებო ურთიერთობებში კეთილსინდისიერების ინსტიტუტის შესახებ, როგორც ევროპული სახელშეკრულებო სამართლის ერთ-ერთი ფუნდამენტალური პრინციპის შესახებ იხ. *ოსკელიანი*, „კეთილსინდისიერების პრინციპი სახელშეკრულებო სამართალში, შედარებით – სამართლებრივი გამოკვლევა“, ქართული სამართლის მიმოხილვა, სპეციალური გამოშვება 2007, გვ. 13-72.

¹⁵⁴ Weise, Lex Mercatoria: Materielles Recht vor der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Frankfurt, Bern, 1990. S. 123, ციტირებულია: *Мосс*, Автономия воли в практике международного арбитража (Норск гидро) М., 1996, с. 52-53.

რადგან ზემოთ აღნიშნული ინსტიტუტი მჭიდრო კავშირშია სახელმწიფოებო საკოლიზიო სამართალთან. რამდენიმე ათეული წელია, რაც მიმდინარეობს კამათი იმის შესახებ, *არის თუ არა lex mercatoria სამართალი (ავტონომიური სამართლებრივი ნორმების ერთობლიობა)* და თუ ეს ასეა, შეიძლება თუ არა ასეთი სახის სამართლებრივ ნორმათა ერთობლიობა, რომლებიც გამომდინარეობს განსხვავებული, ზოგჯერ არაკონკრეტიზებული წყაროებიდან, განისაზღვროს როგორც ტრანსნაციონალური სამართალი?

lex mercatoria-ს მოწინააღმდეგეები ნებისმიერი სამართლებრივი ნორმის შექმნას (ან ცნობას) სუვერენული ქვეყნის პრეროგატივად მიიჩნევენ. კერძოდ, ისინი აღნიშნავენ, რომ საერთაშორისო სავაჭრო ჩვეულებები შეიძლება მიჩნეულ იქნეს სამართლის წყაროდ, თუ იგი ცნობილი იქნება ასეთად ეროვნული სამართლებრივი სისტემის მიერ. ისინი უარყოფენ იმას, რომ lex mercatoria-ს ავტონომიური სამართლებრივი სისტემაა, რომელიც არსებობს დამოუკიდებლად, ეროვნული და საერთაშორისო სამართლის გარეშე.¹⁵⁵

lex mercatoria-ს მომხრეები აღნიშნავენ, რომ ტრადიციული შეხედულებები ვეღარ პასუხობს თანამედროვე ეკონომიკური ურთიერთობების მოთხოვნილებებს, რომლებიც სულ უფრო ინტერნაციონალური ხდება და lex mercatoria-ს განიხილავენ როგორც ტრანსნაციონალურ – ავტონომიურ სამართლებრივ ნორმათა ერთობლიობად. ისინი მიიჩნევენ, რომ საერთაშორისო ბიზნესი სწორედ ტრანსნაციონალურ სამართალს ეყრდნობა. ამ უკანასკნელთა შეხედულებით lex mercatoria-ს იურიდიული ძალმოსილება არაა დამოკიდებული იმაზე იგი სახელმწიფოს კომპეტენტური ორგანოების (მაგალითად პარლამენტის) მიერაა ცნობილი თუ არა, არამედ იმაზე ცნობს თუ არა მას ბიზნეს-საზოგადოება და სახელმწიფო ხელისუფლება.¹⁵⁶ ამ უკანასკნელში იგულისხმება აღიარებს თუ არა სახელმწიფო (მაგალითად, ეროვნული სასამართლოები) უცხოურ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებს, რომლებიც სამართლებრივად ეფუძნებოდა არა რომელიმე ქვეყნის ნაციონალურ სამართალს, არამედ lex mercatoria-ს.

ხშირად კონტრაქტები იმიტომ ამჯობინებენ lex mercatoria-ს არჩევას, ხოლო საერთაშორისო არბიტრაჟები მის გამოყენებას, რომ კონკრეტული ქვეყნის ეროვნული სამართლებრივი სისტემები ხშირად გათვლილია შინა სამართალურთიერთობების მოსაწესრიგებლად და მათ ნაკლებად დამუშავებული ნორმატიული ბაზა გააჩნიათ საერთაშორისო ხასიათის სახელმწიფოებო ურთიერთობების (მაგალითად როგორცაა საერთაშორისო საბანკო ოპერაციები, საზღვაო გადაზიდვები და სხვა) მოსაწესრიგებლად.

საინტერესოა ამ მხრივ თუ რა პოზიცია უკავია სხვადასხვა საერთაშორისო კონვენციებს და ეროვნულ კანონმდებლობებს.

¹⁵⁵ Dasser, Internationale Schiedsgerichte und lex mercatoria: Rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion über ein nichtstaatliches Handelsrecht. Zürich, 1989. S. 385, მოც-ის ნაშრომის მიხედვით, გვ. 53.

¹⁵⁶ Lando, The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration, Intern. and Comp. Law Quart., 1985 Vol. 34, pp. 752-755.

ბ) საერთაშორისო კონვენციები და *lex mercatoria*

უნისტრალის¹⁵⁷ 1986 წლის მოდელურ კანონს „საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის შესახებ“, არაერთგვაროვანი პოზიცია უკავია *lex mercatoria*-ს გამოყენების მიმართ. ხსენებული კანონის 28-ე I მუხლი ითვალისწინებს არბიტრაჟის მიერ დავის იმ **სამართლებრივი ნორმების** შესაბამისად გადაწყვეტას, რომელიც მხარეებმა აირჩიეს. ამავე დროს 28-ე II მუხლი აცხადებს, რომ მხარეთა მიერ რაიმე მითითების არარსებობის შემთხვევაში, არბიტრაჟმა, საკოლიზიო ნორმების შესაბამისად, უნდა გამოიყენოს ის სამართალი, რომელსაც ის საჭიროდ მიიჩნევს. როგორც აღნიშნულიდან ჩანს, ერთ შემთხვევაში საუბარია მხარეთა მიერ **სამართლის ნორმების** არჩევაზე, მეორე შემთხვევაში კი, როდესაც ადგილი არა აქვს მხარეთა მიერ სამართლის არჩევას, საუბარია არბიტრაჟის მიერ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი **სამართლის** დადგენაზე. ამრიგად, მთავარი პრობლემა მდგომარეობს იმაში, თუ როგორ განიმარტება სიტყვები „სამართლის ნორმები“. ამ უკანასკნელში იურისტთა ნაწილი არა მხოლოდ კონკრეტული ქვეყნის ეროვნული სამართლის ნორმებს გულისხმობს, არამედ ასევე არანაციონალურ სამართლის ზოგადი ნორმებსაც ანუ *lex mercatoria*-ს.

მოდელური კანონის მოსამზადებელი დოკუმენტებიდან ჩანს, რომ სამუშაო ჯგუფის უმეტესობამ უარყო წარმოდგენილი წინადადება – მიეცათ მხარეთათვის უფლება აერჩიათ სამართლის ზოგადი პრინციპები. იქ მითითებულ იქნა, რომ ზემოაღნიშნული წინადადება „ძალიან შორს მიდის, რათა სულ ცოტა დღევანდელი დღისათვის იგი გაზიარებულ იქნეს მრავალი ქვეყნის მიერ“. მიუხედავად დოკუმენტზე მომუშავე დელეგატთა უმრავლესობის წინააღმდეგობისა, მოდელური კანონის განმარტებით ბარათში განცხადებულ იქნა, რომ მხარეთა უფლება აუცილებელი არაა შეზღუდულ იქნეს მხოლოდ ეროვნული სამართლებრივი სისტემის არჩევით, არამედ იგი ასევე შესაძლოა ითვალისწინებდეს საერთაშორისო კონვენციის ნორმების არჩევასაც, რომელიც ჯერ არ შესულა ძალაში.¹⁵⁸

„საქონლის საერთაშორისო ნასყიდობის ხელშეკრულებების მიმართ გამოსაყენებადი სამართლის შესახებ“ ჰააგის 1985 წლის კონვენციის¹⁵⁹ მე-7 მუხლის მიხედვით, ნასყიდობის ხელშეკრულება წესრიგდება მხარეთა მიერ არჩეული სამართლით. შვედი დელეგატების ძალისხმევა მიეცათ მხარეთათვის უფლება ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად *lex mercatoria*-ც აერჩიათ – არ იქნა დაკმაყოფილებული. ზოგიერთმა დელეგატმა *lex mercatoria*-ს „მიკიმაუსის სამართალი“ უწოდა.¹⁶⁰ თუმცა, კონვენციის მიხედვით, პირდაპირ აკრძალული არ არის *lex mercatoria*-ს გამოყენება. ზოგიერთი დელეგატი მე-15 მუხლს

¹⁵⁷ UNCITRAL (უნისტრალი) გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის კომისია, რომელიც გენერალური ასამბლეის მიერ დაფუძნდა 1966 წელს. იხ. შემდეგი ვებგვერდი: <http://www.jus.uio.no/lm/uncitral/doc.html#1> (24.12.06).

¹⁵⁸ იხ. *Mocc*, გვ. 53.

¹⁵⁹ http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=61 (24.12.06).

¹⁶⁰ *Lando*, The 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Sales // *RabelsZ* 51 (1987) p. 66.

განმარტავს ისეთნაირად, რომ იგი გამორიცხავს lex mercatoria-ს არჩევას, ვინაიდან მასში საუბარია რომელიმე ქვეყნის სამართალზე, რომელიც მხარეებს არ აურჩევიათ.¹⁶¹ ჰარვარდის უნივერსიტეტის პროფესორი ფონ მეერენი (von Mehren), რომელიც მოცემული კონვენციის ერთ-ერთი ავტორია, წინააღმდეგია კონვენციის ამდაგვარი ინტერპრეტაციისა და აღნიშნავს, რომ lex mercatoria-ს გამოყენება-არგამოყენების საკითხი ღიად რჩება.¹⁶² თუ რა პოზიციას დაიკავებენ მომავალში კონვენციის კომენტატორები, უცნობია, მაგრამ არსებობს იმის საფუძვლიანი ეჭვი, რომ სასამართლოები მე-15 მუხლს განმარტავენ ისეთნაირად, რომ კონვენციის მიხედვით აკრძალულია lex mercatoria-ს არჩევა.¹⁶³

რომის 1980 წლის კონვენციით ასევე არაა გათვალისწინებული lex mercatoria-ს გამოყენება. ეს დასტურდება კონვენციაში გამოყენებული შემდეგი ფრაზებით: „დაკავშირებული ქვეყნის სამართალი“ (მე-2 მუხლი); „უცხო სამართალი“ (მე-3 III მუხლი); „იმ ქვეყნის სამართალი, რომელთანაც ხელშეკრულება ყველაზე მჭიდროდაა დაკავშირებული“ (მე-4 I მუხლი); „იმ ქვეყნის სამართალი, სადაც (მომხმარებელს) აქვს თავისი ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი“ (მე-5 II მუხლი) და სხვ. ყველგან საუბარია რომელიმე არსებული ქვეყნის სამართალზე.

იმ შემთხვევაში თუკი ევროგაერთიანების ქვეყნების წარმომადგენლები ხელშეკრულების მომწესრიგებელ სამართლად მაინც აირჩევენ lex mercatoria-ს, მაგალითად „უნიდროას პრინციპებს“, ან „ევროპულ პრინციპებს“, მაშინ რომის კონვენციის შესაბამისად რეალურად ადგილი ექნება არა ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართლის არჩევას, არამედ კონტრაქტთა მიერ სახელშეკრულებო თავისუფლების პრინციპიდან გამომდინარე ეროვნული სამართლის დისპოზიციური ნორმების შეცვლას „არანაციონალური“ ნორმებით (incorporation).¹⁶⁴

რომი I რეგლამენტის მე-3 II მუხლის პროექტის თანახმად, „მხარეებს ასევე შეუძლიათ ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად აირჩიონ, საერთაშორისოდ აღიარებული ან ევროგაერთიანების მიერ ცნობილი, სახელშეკრულებო პრინციპები და წესები“. ამრიგად, ევროკომისიამ პროექტის სახით ევროგაერთიანების ქვეყნებს შესთავაზა კომპრომისული ვარიანტი, რომლის მიხედვითაც კონტრაქტებს შეეძლოთ აერჩიათ lex mercatoria-ს მხოლოდ გარკვეული ნაწილი, როგორცაა უნიდროას პრინციპები, ევროპის სახელშეკრულებო

¹⁶¹ იქვე, გვ. 67.

¹⁶² იხ. Mehren, Explanatory Report on the 1986 Hague Sales Convention. იხ. შემდეგი ვებგვერდი: <http://hcch.e-vision.nl/upload/exp131.pdf> (03.03.2007).

¹⁶³ იხ. Lando, გვ. 67.

¹⁶⁴ Lando, The Principles of European Contract Law and the Lex mercatoria // Basedow et al., eds., Private Law in the International Arena – Liber Amicorum Kurt Sehr (T.M.C. Asser Press, The Hague, The Netherlands, 2000) p. 402. აღსანიშნავია, რომ ჰოლანდიელმა პროფესორმა ბოელე-ვოელკიმ (Boele-Woelki) წამოაყენა წინადადება, რათა რომის კონვენციის მე-3 I მუხლში შესულიყო ცვლილება და კონტრაქტებს ნება დართვოდათ მოეხდინათ „უნიდროას“ და „ევროპული“ პრინციპების არა მხოლოდ „ინკორპორირება“ ხელშეკრულებაში, არამედ მათი არჩევა როგორც ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართლისა, იქვე, გვ. 402-403.

სამართლის პრინციპები და ევროგაერთიანების ეგიდით მომავალში მიღებული ინსტრუმენტები (პრინციპები).¹⁶⁵

მოლაპარაკების პროცესში ევროგაერთიანების ყველა წევრმა ქვეყანამ უარყო lex mercatoria-ს ნაწილობრივ გამოყენების კომპრომისული ვარიანტიც იმ მოსაზრებიდან გამომდინარე, რომ საერთაშორისოდ აღიარებული სახელშეკრულებო სამართლის ზოგად პრინციპებს დემოკრატიული ლეგიტიმურობა აკლია.¹⁶⁶ სხვა სიტყვებით, რომ ითქვას, თუ ხალხის მიერ არჩეული საკანონმდებლო ხელისუფლების მიერ არ იქნა მიღებული კანონი, მაშინ ნებისმიერი სხვა პირების და ორგანიზაციების მიერ შემუშავებული სამართლის ზოგადი ნორმების აღიარება სახელმწიფოების მხრიდან, წინააღმდეგობაში მოვა დემოკრატიის პრინციპებთან.

საბოლოოდ, ევროგაერთიანების კომისიამ უარყო კონტრაქენტთა მიერ lex mercatoria-ს არჩევის შესაძლებლობა და რომის 1980 წლის კონვენციის მსგავსად, რომი I რეგლამენტის მე-3 მუხლის მიხედვითაც, ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად, მხარეებს შეუძლიათ აირჩიონ მხოლოდ რომელიმე ქვეყნის სამართალი.¹⁶⁷

პირველი კონვენცია, სადაც არაორაზროვნად გაცხადებულ იქნა lex mercatoria-ს გამოყენების შესაძლებლობა, იყო „სახელმწიფოსა და სხვა სახელმწიფოთა ქვეშევრდომებს შორის საინვესტიციო დავის საერთაშორისო გადაწყვეტის შესახებ“ კონვენცია რომელიც დადებულ იქნა ვაშინგტონში (შემდგომში ვაშინგტონის კონვენცია).¹⁶⁸ როგორც ცნობილია სწორედ ამ ორ სუბიექტებს შორის ურთიერთობაში ჩამოყალიბდა იდეა „არანაციონალური“ სამართლებრივი ნორმების ერთობლიობის გამოყენების შესახებ.¹⁶⁹ ამისათვის არსებობდა საკმაო საფუძველი, მაგალითად, აშშ-ს და ინგლისის ნავთობკომპანიებს, რომლებმაც მილიარდობით დოლარის ინვესტირება მოახდინეს სპარსეთის ყურის ქვეყნებში, არ სურდათ ადგილობრივი სამართლით მოწესრიგებულიყო ის ხელშეკრულებები, რომლებიც მათ შესაბამისი ქვეყნის სახელმწიფო სააგენტოებთან დადეს. ამ უკანასკნელებს კი კონტრაქენტის სამართლის არჩევა არ სურდათ.

კონვენციის 42-ე მუხლი აცხადებს, რომ „არბიტრაჟი წყვეტს დავას იმ სამართლებრივი ნორმების შესაბამისად, რომელთა მიმართაც თანხმობა გამოხატეს მხარეებმა“. ამავე მუხლის მეორე წინადადება ასეთივე შესაძლებლობას ანიჭებს არა მხოლოდ მხარეებს, არამედ თვით არბიტრებსაც. საუბარია შემთხვევაზე, თუ მხარეებმა არ აირჩიეს სამართალი, მაშინ გამოყენებულ უნდა იქნეს გარიგებაში ერთ-ერთ კონტრაქენტად მონაწილე ქვეყნის სამართალი და „საერთაშორისო

¹⁶⁵ Lando, Nielsen, The Rome I Proposal, Journal of Private International Law, Vol. 3 No. 1, 2007, pp. 31-32.

¹⁶⁶ იქვე, გვ. 34. ასევე იხ. Heiss, Helmut, Party Autonomy, (eds) Franco Ferrari, Stefan Leible, Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, 2009, p. 11.

¹⁶⁷ იხ. Heiss-ის დასახ. ნაშრ. გვ. 9-12. ასევე, Bonomi, The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations, Yearbook of Private International Law, Vol. X 2008, p. 170.

¹⁶⁸ იხ. “Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States”. იხ. შემდეგი ვებგვერდი: http://www.Asser.nl/ica/wash_en.htm (25.12.2006), იგი 1966 წლის 14 ოქტომბერს შევიდა ძალაში.

¹⁶⁹ იხ. Mocc, გვ. 55.

სამართლის ისეთი ნორმები, რომლებიც შეიძლება იყოს გამოსაყენებელი¹⁷⁰

მსოფლიოს ინტელექტუალური საკუთრების ორგანიზაციის (WIPO) საარბიტრაჟო წესები, რომლებიც 1994 წელს მიღებულ იქნა WIPO-ს საარბიტრაჟო საბჭოს მიერ, ითვალისწინებს შემდეგს (59-ე მუხლის „ა“ პუნქტი): „საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა სადავო საკითხი უნდა გადაწყვიტოს **სამართლით** ან **სამართლებრივი ნორმებით**, რომლებიც მხარეებმა აირჩიეს“.¹⁷¹ როგორც აღნიშნულიდან ჩანს, მოცემულ შემთხვევაში არბიტრაჟს შეუძლია გამოიყენოს *lex mercatoria*, ანუ სამართლის ზოგადი პრინციპები.

რომის 1980 წლის კონვენციისგან განსხვავებული პოზიცია უკავია მეხიკოს 1994 წლის კონვენციას „ამერიკათაშორისო კონვენცია საერთაშორისო ხელშეკრულებისადმი გამოსაყენებადი სამართლის შესახებ“. ზემოხსენებული კონვენციის მე-7 მუხლი, რომის კონვენციის მე-3 მუხლის მსგავსად, ითვალისწინებს მხარეთა მიერ „სამართლის არჩევას“. საყოველთაოდ გავრცელებული აზრით აქ იგულისხმება რომელიმე ქვეყნის ეროვნული სამართალი. ასევე ემთხვევა ერთმანეთს რომის კონვენციის მე-4 და მეხიკოს კონვენციის მე-9 მუხლის პირველი აბზაცები, სადაც საუბარია მხარეთა მიერ მომწესრიგებელი სამართლის არარჩევის შემთხვევაში – „ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული **ქვეყნის სამართლის** გამოყენებაზე“. მე-9 მუხლის მეორე აბზაცით, სასამართლომ მხედველობაში უნდა მიიღოს ხელშეკრულების ყველა ობიექტური და სუბიექტური ელემენტები, რათა დაადგინოს, თუ რომელ ქვეყანასთან არის იგი ყველაზე მეტად დაკავშირებული. ამის შემდეგ კი მეხიკოს კონვენცია განსხვავებულად აწესრიგებს სახელშეკრულებო საკოლიზიო ურთიერთობებს. მე-9 მუხლის მესამე აბზაცით: სასამართლომ მხედველობაში უნდა მიიღოს **საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის ზოგადი (საერთო) პრინციპები**, რომლებიც აღიარებულია საერთაშორისო ორგანიზაციების მიერ. ამ უკანასკნელში კონვენციის კომენტატორები,¹⁷² პირველ რიგში გულისხმობენ „უნიდროას პრინციპებს“. გარდა ამისა, კონვენციის მე-10 მუხლში დამატებით განმარტებულია, რომ საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის პრინციპები ისევე, როგორც ზოგადად აღიარებული სავაჭრო ჩვეულებები, გამოყენებულ უნდა იქნეს თითოეულ კონკრეტულ საქმეში „სამართლიანობისა“ და კანონიერების მოთხოვნების უზრუნველსაყოფად.

აქ თვალში საცემია მთლიანად მე-9 მუხლში არსებული წინააღმდეგობები. ერთის მხრივ, საუბარია არსებული სახელმწიფოს სამართლის გამოყენებაზე, ხოლო, მეორეს მხრივ, სასამართლოსგან ითხოვენ მხედველობაში მიიღოს *lex mercatoria*. კონვენციის ასეთი ორაზროვანი პოზიცია გამოწვეულია სხვადასხვა დელეგატთა შორის არსებულ აზრთა სხვადასხვაობით. აშშ-ს დელეგაციამ წამოაყენა

¹⁷⁰ იქვე გვ. 55.

¹⁷¹ WIPO Arbitration Rules. იხ. <http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/index.html#awa2> (03.04.2007).

¹⁷² Juenger, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons, Am. Jo. of Comp. Law, 1994 Vol. 42, p. 381.

წინადადება იმის შესახებ, რომ, თუ მხარეები ხელშეკრულების მოსაწესრიგებელ სამართალს არ აირჩევენ, მაშინ სამართალურთიერთობა უნდა მოწესრიგებულიყო საერთაშორისო სავაჭრო ჩვეულებების თანახმად, რომლებიც მიღებული იქნებოდა საერთაშორისო ორგანიზაციების მიერ. ცხადია, ასეთი რეკოლუციური წინადადების მიღებას სხვა ქვეყნის დელეგატები არ დათანხმდნენ და, საბოლოოდ, მიღებულ იქნა კომპრომისული ვარიანტი.¹⁷³

საერთოდ, გაკვირვებას იწვევს ერთი გარემოება - კონვენცია ასე თუ ისე ითვალისწინებს *lex mercatoria* გამოყენებას, მაგრამ მხოლოდ იმ შემთხვევაში, როდესაც მხარეებს სამართალი არ აურჩევიათ. ცხადია, ელემენტარული ლოგიკიდან გამომდინარე, პირიქით უნდა ყოფილიყო, წინააღმდეგ შემთხვევაში გამოდის, რომ კონტრაქტებს, როგორც სურვილიც არ უნდა ჰქონდეთ, არ შეუძლიათ აირჩიონ *lex mercatoria*, ხოლო, თუ ისინი ამ საკითხზე საერთოდ დუმან, სასამართლოს შეუძლია გამოიყენოს „არანაციონალური“ (არაპოზიტიური) სამართლის ნორმები. ასეთი გაუგებრობა შეიძლება აიხსნას მხოლოდ ერთი მიზეზით, პრობლემების გადასაწყვეტად კომპრომისი ყოველთვის საუკეთესო გზა როდია.

არ შეიძლება არ იქნეს აღიარებული, რომ რომის 1980 წლის კონვენციისაგან განსხვავებით, მეხიკოს 1994 წლის კონვენციამ უფრო მეტად გაითვალისწინა უკანასკნელ ათწლეულებში საერთაშორისო სავაჭრო ბრუნვაში არსებული ტენდენციები და მხარი დაუჭირა *lex mercatoria*-ს გამოყენების შესაძლებლობას. ამ უკანასკნელის აუცილებლობა გარკვეულწილად უნიდროას პრინციპების მიღებითაც იქნა განპირობებული, რომლებიც ხშირად უკეთ პასუხობს საერთაშორისო სავაჭრო გარიგებების ინტერესებს, ვიდრე რომელიმე ცალკე აღებული ქვეყნის ეროვნული სამართალი.

სახელმწიფოთა ეროვნული საკოლიზიო სამართლის კანონმდებლობათა უმრავლესობა საერთოდ არ განიხილავს *lex mercatoria*-ს გამოყენების შესაძლებლობას. ამავე დროს, უნდა აღინიშნოს, რომ ზოგიერთი ქვეყნის საარბიტრაჟო კანონმდებლობა უშვებს *lex mercatoria*-ს გამოყენების შესაძლებლობას.

გ) საფრანგეთის საარბიტრაჟო კანონმდებლობა და *lex mercatoria*-ს აღიარება

ამ მხრივ მოწინავე ქვეყნად ითვლება საფრანგეთი, საიდანაც, როგორც ცნობილია, მომდინარეობდა ახალი *lex mercatoria*-ს მხარდაჭერის იდეები. საფრანგეთის იურიდიულ ლიტერატურაში გაბატონებულმა შეხედულებამ 1981 წელს ასახვა პოვა სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის იმ ნაწილში, რომელიც საერთაშორისო კომერციულ არბიტრაჟს ეხება. კერძოდ, საფრანგეთის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 1496-ე მუხლი ითვალისწინებს შემდეგს:

¹⁷³ Juenger, *The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts and Inter-American Contract Choice of Law // Contratación internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidriot*, Universidad Nacional Autónoma de México - Universidad Panamericana (1998) pp. 234-236.

„არბიტრი წყვეტს სადაო საკითხს მხარეთა მიერ არჩეული *სამართლებრივი ნორმების* შესაბამისად, ხოლო ასეთი არჩევანის არარსებობის შემთხვევაში – იმ *სამართლებრივი ნორმებით*, რომელსაც იგი მოცემულ საქმეში შესაფერისად მიიჩნევს“.¹⁷⁴ აღნიშნულიდან გამომდინარე, ფრანგული სასამართლოები არბიტრაჟის მიერ Lex mercatoria-ს გამოყენებას მხარეთა შეთანხმების არსებობის გარეშეც შესაძლებლად მიიჩნევენ.¹⁷⁵

დ) შვეიცარიის საარბიტრაჟო კანონმდებლობა და lex mercatoria

საფრანგეთისგან განსხვავებით, არცთუ ერთგვაროვანი მდგომარეობაა შვეიცარიაში. შვეიცარიის სკსკ-ის ფრანგულენოვან ტექსტში (187-ე I მუხლი) საუბარია regles de droit-ის (სამართლებრივი ნორმების) შესახებ. გაბატონებული თეორიის მიხედვით, მასში lex mercatoria მოიაზრება. კანონის გერმანულ და იტალიურ ტექსტებში, პირიქით, საუბარია სამართალზე – Recht და diritto. ზემოაღნიშნულ ტერმინებს შორის განსხვავება აიხსნება იმით, რომ იურიდიულ დოქტრინაში განსახილველი პრობლემის მიმართ ერთგვაროვანი პოზიცია ჩამოყალიბებული არ არის. უნდა აღინიშნოს, რომ შვეიცარიის ფრანგულენოვან ნაწილში lex mercatoria-ს მომხრე უფრო მეტია, ვიდრე ქვეყნის დანარჩენ კანტონებში.¹⁷⁶

ე) გერმანიის საარბიტრაჟო კანონმდებლობა და lex mercatoria

გერმანიამ 1998 წლის 1 იანვარს მოახდინა უნიტრალის „საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის შესახებ“ 1986 წლის მოდელური კანონის 28-ე I მუხლის ინკორპორირება გერმანიის ახალ საარბიტრაჟო კანონში, რომელიც მათე წიგნადაა შესული გერმანიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსში. გერმანელმა კანონმდებელმა გაითვალისწინა მსოფლიოში არსებული ტენდენციები და დაუშვა რათა საერთაშორისო არბიტრაჟებს კომერციული ხელშეკრულებების მოსაწესრიგებლად გამოეყენებინათ ტრასნაციონალური სამართლებრივი პრინციპები.¹⁷⁷ კონკრეტულად ხსენებული კანონის 1051-ე III მუხლით გათვალისწინებულია შემდეგი: არბიტრაჟს შეუძლია გამოიტანოს გადაწყვეტილება არა მხოლოდ სამართალზე, არამედ ასევე „სამართლიანობაზე“ დაყრდნობით მხოლოდ იმ შემთხვევაში თუ მხარეები პირდაპირ გამოხატავენ თავიანთ ნებას ამის შესახებ.¹⁷⁸ 1051-ე IV მუხლში კი

¹⁷⁴ იხ. *Мосс*, გვ. 56.

¹⁷⁵ *Gessner*, Judith *Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen in den USA und in Deutschland* PETER LANG Europäischer Verlag der Wissenschaften, 2001, s. 90, ციტირებულია: *ცერცვაძე*, საერთაშორისო არბიტრაჟი (შედარებითი ანალიზი) (ბონა კაუზა), თბ., 2008, გვ. 389.

¹⁷⁶ იქვე, გვ. 56.

¹⁷⁷ *Berger*, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria* (Kluwer Law International) Hague, 1999, p. 80.

¹⁷⁸ აღნიშნული კანონის არაოფიციალური რუსული თარგმანი იხ: Гражданское процессуальное уложение Германии // Книга 3, перевод с немецкого, Бергманн, введ., сост. (Волтерс Клувер) М., 2006. с. 363.

მითითებულია იმის შესახებ, რომ არბიტრაჟის ყოველი გადაწყვეტილება გამოტანილი უნდა იყოს ხელშეკრულების პირობების შესაბამისად და მხედველობაში უნდა იყოს მიღებული არსებული **საეაჯრო ჩვეულებები**.¹⁷⁹

კანონში საერთოდ არაა ნახსენები *lex mercatoria*, არამედ საუბარია „სამართლიანობის“ პრინციპზე, რომელიც არც სამართლებრივ ნორმას და არც სამართალს არ წარმოადგენს. ცხადია, მართლები არიან ის ავტორები, რომლებსაც მიაჩნიათ, რომ თუ არბიტრაჟს შეუძლია გამოიტანოს თავისი გადაწყვეტილება „სამართლიანობის“ პრინციპიდან გამომდინარე, მით უფრო, მას შეუძლია გამოიტანოს თავისი გადაწყვეტილება *lex mercatoria*-ზე დაყრდნობით, რომელიც ასე თუ ისე რაღაც სამართლებრივ ბაზას მაინც წარმოადგენს.¹⁸⁰

მიუხედავად გერმანულ იურიდიულ ლიტერატურაში არსებული დიამეტრულად განსხვავებული პოზიციისა, მრავალი ავტორის პოზიცია ემთხვევა იმ საკითხში, რომ გერმანიის სასამართლო, როგორც წესი, ცნობს და აღასრულებს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებას, რომელიც *lex mercatoria*-ს ემყარება, თუ იგი დაფუძნებული იყო მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპზე.¹⁸¹

ე) ინგლისის საარბიტრაჟო კანონმდებლობა და *lex mercatoria*

ინგლისის ახალმა 1996 წლის საარბიტრაჟო კანონმა აღიარა *lex mercatoria*-ს გამოყენების შესაძლებლობა (46-ე I „ბ“ მუხლი), თუ ამის შესახებ მხარეები გამოხატავენ თავიანთ ნებას, ან თუ თვით საარბიტრაჟო ტრიბუნალი ჩათვლის საჭიროდ მის გამოყენებას.¹⁸²

ზ) „კერძო არბიტრაჟების შესახებ“ საქართველოს 1997 წლის 17 აპრილის კანონი და *lex mercatoria*

როგორც მოწინავე ქვეყნების კანონმდებლობის მიმოხილვამ უჩვენა, *lex mercatoria*-ს მიმართ განსაკუთრებით კეთილგანწყობა შეინიშნება იმ საკანონმდებლო აქტებში რომლებიც არბიტრაჟების საქმიანობას აწესრიგებს. „კერძო არბიტრაჟების შესახებ“ საქართველოს 1997 წლის 17 აპრილის კანონი №656-III¹⁸³ მრავალ ნაკლს შეიცავდა. აქ ყურადღება მხოლოდ განსახილველ საკითხზე იქნება გამახვილებული. მოცემულ კანონში საერთოდ არაფერი იყო ნათქვამი, თუ როგორ უნდა განეხილა არბიტრაჟს საერთაშორისო სახელშეკრულებო ურთიერთობიდან წარმოშობილი დავა. მას, ეროვნული სასამართლოების მსგავსად, მხოლოდ ტრადიციული

¹⁷⁹ იქვე გვ. 363.

¹⁸⁰ იხ. *Мосс*, გვ. 56.

¹⁸¹ *Berger*, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria* (Kluwer Law International) Hague, 1999, p. 70.

¹⁸² Arbitration Act 1996 იხ. <http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1996/1996023.htm>; აგრეთვე მისი არაოფიციალური რუსული თარგმანი: *Воробьев/Воробьев*, *Арбитражный суд в Лондоне - Сравнительно-правовое исследование*, М., 2000, с. 249.

¹⁸³ გამოქვეყნებულია საქართველოს პარლამენტის უწყებანი, 1997 წელი – №17-18.

საკოლიზიო სამართლის ნორმებით უნდა ეხელმძღვანელა, თუ საქმის გარემოებებიდან გამომდინარე შეეძლო ასევე სადავო საკითხი lex mercatoria-ს მეშვეობით მოეწესრიგებინა? უფრო მეტიც, ხსენებულ კანონში არა მხოლოდ იმის შესახებ არაფერი იყო ნათქვამი შეეძლოთ თუ არა მხარეებს lex mercatoria-ს არჩევა, არამედ თუ რა კრიტერიუმებზე დაყრდნობით უნდა მოეწესრიგებინა ხელშეკრულება არბიტრაჟს (საკოლიზიო საბაძეების გამოყენებით, მხარეთა მიერ რომელიმე არჩეული ქვეყნის სამართლით თუ სხვა). როგორც ეტყობა, კანონის ავტორთა მოსაზრებით, აღნიშნული საკითხები უნდა გადაწყვეტილიყო „საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ“ საქართველოს კანონით.

თ) „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს 2009 წლის 19 ივნისის კანონი და lex mercatoria-ს აღიარება

„არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის 36-ე II მუხლის მიხედვით „მხარეთა შეთანხმების არარსებობის შემთხვევაში საარბიტრაჟო განხილვისას გამოიყენება არბიტრაჟის მიერ განსაზღვრული სამართლის ნორმები“. როგორც ზემოთ აღინიშნა, ევროპის ქვეყნების საერთაშორისო კერძო სამართლის დოქტრინაში ცნება „სამართლის ნორმები“ განიმარტება როგორც არა მხოლოდ რომელიმე ქვეყნის სამართლის ნორმებად, არამედ ასევე არანაციონალური სამართლის ნორმებად, ანუ lex mercatoria-დ.

„არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონი, რომ უდაოდ აღიარებს lex mercatoria-ს გამოყენების შესაძლებლობას დასტურდება ამავე კანონის 36-ე IV მუხლით, სადაც პირდაპირაა მითითებული, რომ არბიტრაჟმა გადაწყვეტილების გამოტანისას უნდა გაითვალისწინოს ის საგაჭრო ჩვეულებები და ტრადიციები, რომლებიც ასეთი ხელშეკრულების მიმართ გამოიყენება.

ი) „საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ“ საქართველოს კანონი და lex mercatoria

„საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ“ საქართველოს კანონი არ ითვალისწინებს lex mercatoria-ს გამოყენებას. 35-ე და 36-ე მუხლებით გათვალისწინებულია მხოლოდ რომელიმე ნაციონალური მართწესრიგის გამოყენება: „ხელშეკრულება . . . წესრიგდება მხარეების მიერ არჩეული ქვეყნის სამართლით“ (35-ე I მუხლი); „*არჩეული ქვეყნის სამართალი* მხარეთა შეთანხმებით შეიძლება შეიცვალოს სხვა ქვეყნის სამართლით“ (35-ე II მუხლი); „*სამართლის არჩევა* ჩაითვლება ბათილად, თუ იგი უგულებელყოფს ხელშეკრულებასთან ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული ქვეყნის სამართლის იმპერატიულ ნორმებს“ (35-ე III მუხლი); „თუ მხარეებს არ აურჩევიათ რომელიმე ქვეყნის სამართალი, ხელშეკრულება დაექვემდებარება მასთან ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული ქვეყნის სამართალს . . .“ (36-ე I მუხლი).

კ) საქართველოს 1997 წლის სამოქალაქო კოდექსი და lex mercatoria-ს

უნდა აღინიშნოს, რომ საქართველოს 1997 წლის 26 ივნისის სამოქალაქო კოდექსმა¹⁸⁴ გაითვალისწინა მოწინავე ევროპული ქვეყნების გამოცდილება. კოდექსში, ზოგიერთ შემთხვევაში, საუბარია ჩვეულებების გამოყენების შესაძლებლობაზე (საერთაშორისო სავაჭრო ჩვეულებები ხომ lex mercatoria-ს შემადგენელ ნაწილად განიხილება), კერძოდ, მე-2 IV მუხლი ითვალისწინებს შემდეგს: „ჩვეულებანი გამოიყენება მხოლოდ მაშინ, თუ ისინი არ ეწინააღმდეგება სამართლისა და ზნეობის საყოველთაოდ აღიარებულ ნორმებს ან საჯარო წესრიგს“. 878-ე მუხლში კი პირდაპირ მითითებულია lex mercatoria-ს გამოყენების შესაძლებლობაზე, კერძოდ: „თუ სხვა რამ არ არის შეთანხმებული, მხარეთა უფლებები და მოვალეობები განისაზღვრება *საერთაშორისო მიმოქცევაში დოკუმენტური აკრედიტივის ან დოკუმენტური ინკასოს დამკვიდრებული ჩვეულებების მიხედვით*“.

იგივე ითქმის სსკ-ის მე-5 II მუხლზე, რომლის მიხედვითაც: „თუ კანონის ანალოგიის გამოყენება შეუძლებელია, ურთიერთობა უნდა მოწესრიგდეს *სამართლის ზოგადი პრინციპების საფუძველზე*, აგრეთვე სამართლიანობის, კეთილსინდისიერებისა და ზნეობის მოთხოვნების შესაბამისად (სამართლის ანალოგია)“. ნათელია, რომ სამართლის ზოგად პრინციპებში lex mercatoria მოიაზრება.

უფრო მეტიც, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი მრავლად ითვალისწინებს სასამართლოების მხრიდან ზოგადი ნორმების გამოყენებით, როგორცაა მაგალითად კეთილსინდისიერების, სამართლიანობის, გონივრულობის პრინციპები და სხვა, სამართალ-ურთიერთობის მოწესრიგებას. აღნიშნული კი არაორაზროვნად შეიძლება განხილულ იქნეს როგორც კანონმდებლის სურვილი სამართალურთიერთობები ზოგიერთ შემთხვევაში მოწესრიგდეს სწორედ „საყოველთაოდ აღიარებული სამართლებრივი პრინციპებით“.¹⁸⁵

ლ) დასკვნის ნაცვლად

გაზიარებულ უნდა იქნეს იმ ავტორთა პოზიცია, რომლებიც lex mercatoria-ს არ მიიჩნევენ ავტონომიურ სამართლებრივ სისტემად, თუ იგი, ასეთად, თვით ეროვნული კანონმდებლობის მიერ ან საერთაშორისო სამართლით არ იქნება ცნობილი.¹⁸⁶ თუმცა, ისიც უნდა

¹⁸⁴ გამოქვეყნებულია საქართველოს პარლამენტის უწყებანი, 1997 წელი - №31.

¹⁸⁵ აღსანიშნავია, რომ ევროპის ქვეყნებიდან ერთ-ერთი უახლესი პოლანდიის სამოქალაქო კოდექსიც ცნობს lex mercatoria-ს პრინციპს, კერძოდ, ამავე კოდექსის მე-3 წიგნის (სანივთო სამართლის ზოგადი ნაწილი) მე-12 მუხლში პირდაპირაა მითითებული, რომ „საყოველთაოდ აღიარებული სამართლის პრინციპების“ მეშვეობით განისაზღვრება ისეთი ცნებები, როგორებიცაა: „გონივრულობა“ და „სამართლიანობა“.

¹⁸⁶ იხ. Mann, „Lex Facit arbitrum“, in International Arbitration//Liber Amicorum for Martin Domke, 1967, p. 157.

აღინიშნოს, რომ სულ უფრო მეტი ქვეყნის თანამედროვე კანონმდებლობა აღიარებს მისი გამოყენების შესაძლებლობას, ეს ეხება არა მარტო ზემოთ განხილულ მსოფლიოს მოწინავე ქვეყნების საარბიტრაჟო კანონმდებლობას, არამედ, ასევე, სხვა სახის ნორმატიულ აქტებსაც (მაგალითად, ჰოლანდიის და საქართველოს სამოქალაქო კოდექსები). აღსანიშნავია ასევე საერთაშორისო კონვენციები, რომლებიც ბოლო დროს სულ უფრო მეტად აღიარებენ „არანაციონალური სამართლის“ გამოყენების შესაძლებლობას. მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული აგრეთვე ის გარემოებაც, რომ თანამედროვე მსოფლიოში საერთაშორისო სახელშეკრულებო დავათა უმრავლესობას წყვეტენ არა ეროვნული სასამართლოები, არამედ საერთაშორისო არბიტრაჟები, რომლებიც არათუ ცნობენ მხარეთა მიერ არჩეულ *lex mercatoria*-ს, არამედ ზოგიერთ შემთხვევაში, თავიანთი ინიციატივითაც იყენებენ მას.

lex mercatoria-სთან დაკავშირებით არ შეიძლება არ დაიბადოს ერთი კითხვა: – განა ნების ავტონომიის პრინციპი, თავიდან, თუნდაც ამ საუკუნის დასაწყისში, წარმოადგენდა საყოველთაოდ აღიარებულ ინსტიტუტს? მას შემდეგ, რაც იგი ცნო მსოფლიოს უმეტესმა ქვეყანამ და აღიარებულ იქნა საერთაშორისო კონვენციებით, უკვე აღარავინ აპროტესტებს იმ მოსაზრებას, რომ იგი მსოფლიოს სამართლებრივი სისტემებისათვის საერთო პრინციპს წარმოადგენს. ზედმეტად კატეგორიული არ იქნება იმის განცხადება, რომ *lex mercatoria*-ს მომავალში დიდი პერსპექტივა აქვს. სამართლის განვითარების ამჟამინდელი მდგომარეობა კი საშუალებას იძლევა მოცემულ საკითხთან დაკავშირებით გამოტანილ იქნეს შემდეგი დასკვნა:

lex mercatoria არ არის ზეეროვნული სამართალი. იგი, უკეთეს შემთხვევაში, შეიძლება განხილულ იქნეს როგორც სამართლებრივ ნორმათა ერთობლიობა, რომელსაც არანაირი პრიმატი ეროვნულ სამართალთან მიმართებაში არ გააჩნია; *lex mercatoria* შესაძლოა გამოყენებულ იქნეს საერთაშორისო არბიტრაჟების (გამონაკლის შემთხვევაში ეროვნული სასამართლოების) მიერ მხოლოდ მაშინ, როდესაც მხარეებმა ამის შესახებ აშკარად გამოხატეს თავიანთი ნება, ან ამ საკითხის გადაწყვეტის უფლებამოსილება გადაეცა საერთაშორისო არბიტრაჟებს შესაბამისი ეროვნული კანონმდებლობით ან საერთაშორისო კონვენციებით.

§4. კანონის გვერდის ავლა და თვალთმაქცური გარიგება

როგორც წინა პარაგრაფში იქნა აღნიშნული, მოწინავე ქვეყნების კანონმდებლობა, სასამართლო პრაქტიკა და დოქტრინა, ასევე საერთაშორისო კონვენციები ცნობენ მხარეთა უფლებას აირჩიონ ნებისმიერი ქვეყნის სამართალი, რომელიც მათ მოესურვებათ. არაა აუცილებელი

ხელშეკრულება დაკავშირებული იყოს მხარეთა მიერ არჩეულ სამართლებრივ სისტემასთან.

ზოგიერთი ადრინდელი კანონით და დოქტრინით, მიუღებლად იყო მიჩნეული მხარეთა ნების ავტონომიის ასეთი დიდი ხარისხით ცნობა. მათი ძირითადი არგუმენტი მდგომარეობდა იმაში, რომ მხარეებს შეუძლიათ ბოროტად ისარგებლონ თავიანთი უფლებით და, შესაბამისად, გვერდი აუარონ იმ სამართლებრივი სისტემის იმპერატიულ ნორმებს, რომლებიც დაკავშირებულია ხელშეკრულებასთან და რომლებიც უთუოდ იქნებოდა გამოყენებული, თუკი ადგილი არ ექნებოდა მხარეთა მიერ სხვა სამართლის არჩევას. მიუხედავად იმისა, რომ აღნიშნული საკითხი ნაწილობრივ იქნა განხილული წინა პარაგრაფში, საჭიროა ამ საკითხს აქ უფრო მეტი ყურადღება დაეთმოს.

ლორდმა რაითმა Vita Food საქმეში განაცხადა, რომ მხარეთა არჩევანი უნდა იყოს კეთილსინდისიერი (bona fide) და კანონიერი (legal), ხოლო ხელშეკრულების კავშირი არჩეულ სამართალთან აუცილებელი არ არის.¹⁸⁷ სხვა სიტყვებით, მხარეთა მიერ სამართლის არჩევა უარყოფილ იქნება თუკი მისი მიზანია კანონის გვერდი ავლა.

მიმდინარეობდა დისკუსია იმის შესახებ, უჭერს თუ არა მხარს რომის კონვენცია მხარეთა მიერ სხვა სამართლებრივი სისტემის არჩევას, რომლის მეშვეობითაც გვერდი ექნება ავლილი იმ სამართალს, რომელიც სხვა შემთხვევაში უნდა ყოფილიყო გამოყენებული. კონვენცია და ოფიციალური კომენტარი (Official Report)¹⁸⁸ გვერდს უვლის ამ საკითხს.

რომანული სამართლის სისტემის ქვეყნებში არის სამართლის ზოგადი პრინციპი „თვალთმაქცობა (ტყუილი) გამორიცხავს ყველა ნორმას“ (fraud makes an exception to all rules). ფრანგი და ბელგიელი ავტორები აღნიშნავენ, რომ ეს პრინციპი ასევე გათვალისწინებულია რომის 1980 წლის კონვენციაში. ამავე დროს, ზემოაღნიშნულმა ავტორებმა ფრთხილად, მაგრამ მაინც აღნიშნეს, რომ კონვენცია აძლევს მხარეებს თავისუფლებას აირჩიონ იმ ქვეყნის სამართლებრივი სისტემა, რომელსაც კავშირი არ აქვს ხელშეკრულებასთან.¹⁸⁹

არსებობს საწინააღმდეგო მოსაზრება, რომ პროექტის ავტორებს სურდათ frause legis პრინციპი ასახულიყო კონვენციაში, მაგრამ საბოლოოდ ეს ასე არ მოხდა. როგორც კონვენციის ტექსტი, ასევე ოფიციალური კომენტარები გამორიცხავს „საჯარო წესრიგის“ (Order Public) ნორმების გამოყენებას frause legis საქმეებში. ის რამდენიმე ნორმა, რომლებიც ბათილად ცნობს მხარეთა მიერ სამართლის „თვალთმაქცურად“ არჩევას, ხასიათდება ობიექტური კრიტერიუმით:

1) კონვენციის მე-3 III მუხლი ფაქტიურად უარყოფს მხარეთა არჩევანს შინახელშეკრულებებში, როცა მათ სურთ გვერდი აუარონ

¹⁸⁷ Vita Food Products v. Unus Shipping Co. Ltd, 1939.

¹⁸⁸ Giuliano/Lagarde, Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, იხ. შემდეგი ვებგვერდი: www.rome-convention.org/instruments/i_rep-lagarde-en.htm (05.01.2006).

¹⁸⁹ Lando, The Conflict of Laws of Contracts, General Principles, Recueil Des Cours VI, Dordrecht/Boston/London, 1988, p. 292.

ხელშეკრულებასთან ობიექტურად დაკავშირებული ქვეყნების სამართლის იმპერატიულ ნორმებს;¹⁹⁰

2) კონვენციის მე-5 და მე-6 მუხლები, რომლებიც სამომხმარებლო და შრომის ხელშეკრულებებს შეეხება – პრევენტულ ღონისძიებას მიმართავს, რათა კონტრაქტებმა გვერდი არ აუარონ შესაბამისი ქვეყნის იმპერატიულ ნორმებს სხვა სამართლებრივი სისტემის არჩევის გზით;¹⁹¹

3) მე-7 მუხლის პირველი ნაწილით გათვალისწინებულია მესამე ქვეყნის სამართლის იმპერატიული ნორმების გამოყენების შესაძლებლობა, თუ იგი მჭიდროდაა დაკავშირებული ხელშეკრულებასთან.¹⁹²

როგორც ჩანს, რომის 1980 წლის კონვენცია ყურადღებას ამახვილებს არა სუბიექტურ ფაქტორზე – მართლაც ჰქონდათ თუ არა მხარეებს სუბიექტური განზრახვა თვალთმაქცური გარიგებით, ანუ სამართლის არჩევის მეთოდის გამოყენებით, გვერდი აევლოთ ხელშეკრულებასთან ყველაზე ობიექტურად დაკავშირებული სამართლისთვის, არამედ, ობიექტური კრიტერიუმიდან, რომელიც ემყარება კონკრეტული სახის ხელშეკრულების ბუნებას. როგორც ადრე აღინიშნა: შრომის, სამომხმარებლო და შინახელშეკრულებებში, სხვა, „არასათანადო სამართლის“ არჩევა, პრეზუმფციით სწორედ როგორც *frause legis* უნდა იქნეს აღქმული. მნიშვნელობა არა აქვს სინამდვილეში მხარეებს რა მოტივი ამოძრავებდათ, როცა მათ „არასათანადო სამართლებრივი სისტემა“ აირჩიეს. აქ საერთოდ მეორე პლანზეა გადასული საკითხი – მართლაც ჰქონდა თუ არა ადგილი თვალთმაქცურ გარიგებას. სინამდვილეში მთავარი ყურადღება გამახვილებულია შესაბამისი ქვეყნის ფუნდამენტური სახის სოციალური პოლიტიკის დაცვაზე, რაც მის იმპერატიულ ნორმებში ვლინდება. ფაქტიურად საერთაშორისო კომერციული ანუ, ე.წ. თავისუფალი ხელშეკრულებების მიმართ, *frause legis* პრინციპი არ ვრცელდება, წინააღმდეგ შემთხვევაში, მხარეთა მიერ მესამე – ნეიტრალური ქვეყნის – სამართლის არჩევის ყოველი ფაქტი, შესაძლოა სასამართლოს მხრიდან აღქმულიყო, როგორც თვალთმაქცური გარიგება. მხოლოდ მხარეთა განზრახვა, გვერდი აუარონ შესაბამისი ქვეყნის იმპერატიულ ნორმებს, არაა საკმარისი პირობა, რათა ბათილად იქნეს ცნობილი მათ მიერ გაკეთებული არჩევანი.¹⁹³

შემდგომში ფრანგმა ავტორებმა დაიკავეს უფრო ელასტიური პოზიცია. მათ მიერ მიღებული შედეგები ფაქტიურად არაფრით განსხვავდება იმ თეორიების შედეგებისგან, რომლებიც აღიარებენ

¹⁹⁰ იხ. ნაწილი I, თავი VII §1.

¹⁹¹ სუსტი მხარის ინტერესების დაცვა და მხარეთა ნების ავტონომიის საკითხი განხილულია ნაშრომის პირველი ნაწილის VIII თავში.

¹⁹² მესამე ქვეყნის იმპერატიული ნორმების გამოყენების საკითხი განხილულია ნაშრომის VII თავის მე-6 პარაგრაფში.

¹⁹³ იურიდიულ ლიტერატურაში გამოთქმულია მოსაზრება იმის თაობაზე, რომ რომის 1980 წლის კონვენცია, გვერდს არ უნდა უელიდეს აღნიშნულ საკითხებს, რადგან მხოლოდ კონვენციით გათვალისწინებული იმპერატიული ნორმებით და საჯარო წესრიგის დათქმით აღნიშნული საკითხები ვერ მოწესრიგდება. იხ. *Ebrahimi, Mandatory Rules and other Party Autonomy Limitations* (Athena Press), London, 2005, p. 244-245.

მხარეთა უფლებას – პირდაპირ აირჩიონ ნებისმიერი ქვეყნის სამართლებრივი სისტემა. ზოგადად, ფრანგი ავტორების არგუმენტაცია შეიცავს მტკიცებას, რომ კავშირი ხელშეკრულებასა და სამართლებრივ სისტემას შორის აუცილებელი არ არის იყოს მხოლოდ „სიერციით“, არამედ შესაძლოა არსებობდეს ასევე სხვაგვარი კავშირიც. ასე, მაგალითად, საკმარისად ითვლება კავშირი ხელშეკრულებასა და სამართლებრივ სისტემას შორის, თუკი ეს უკანასკნელი შეიცავს განსაკუთრებულად დამუშავებულ ნორმატიულ ბაზას (მაგალითად ინგლისის სამართლის არჩევა საზღვაო გადაზიდვის ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად). ასევე, ფრანგული დოქტრინით, საკმარის „კავშირად“ მიიჩნევა, თუკი კონტრაქტთა მიერ არჩეული სამართლებრივი სისტემა „ნეიტრალურია“ ორთავე მხარეთათვის, მართალია იმ პირობით, თუ ისინი იმავე ქვეყნის სასამართლო იურისდიქციას ექვემდებარებიან.¹⁹⁴ როგორც ეტყობა, ასეთ მიდგომას იზიარებს საფრანგეთის სასამართლო პრაქტიკაც. ჯერჯერობით, ფრანგი მოსამართლეები არ წაწყდომიან ისეთ საქმეებს, სადაც მხარეთა მიერ არჩეულ სამართალს არ ჰქონოდა კავშირი ხელშეკრულებასთან. უფრო მეტიც, საფრანგეთის მოსამართლეთა ბევრი პრინციპული გადაწყვეტილება ადასტურებს მხარეთა უფლებას - აირჩიონ ნებისმიერი ქვეყნის სამართლებრივი სისტემა ყოველგვარი შეზღუდვის გარეშე.¹⁹⁵

§5. Lex fori-ს იმპერატიული ნორმები და მხარეთა ნების ავტონომია

ზემოთ აღინიშნა, რომ კონტრაქტები ირჩევენ რა უცხო ქვეყნის სამართალს, ამით ისინი თავიანთ ხელშეკრულებას უქვემდებარებენ შესაბამისი ქვეყნის იმპერატიულ და დისპოზიციურ ნორმებს. შესაძლებელია მხარეთა მიერ არჩეული სამართალი არ ემთხვეოდეს lex fori-ს. ამასთან დაკავშირებით ისმება კითხვა დასაშვებია თუ არა ისეთი მდგომარეობა, როცა გარიგების უცხო სამართალზე დაქვემდებარება ათავისუფლებს მხარეებს სასამართლო ქვეყნის იმპერატიული ნორმების დაცვისგან?

ევროპის კონტინენტზე გავრცელებული ტრადიციული დოქტრინით სამართლებრივი სისტემა შეიცავს როგორც დისპოზიციურ (jus dispositivum), ასევე იმპერატიულ ნორმებს (jus cogens). ეს უკანასკნელი წარმოადგენენ სამართლებრივ ნორმებს, რომელთა იგნორირება მხარეებს არ შეუძლიათ *შინახელ შეკრულებებში*, ვინაიდან მისი მიზანია დაიცვას გარკვეული საზოგადოების ფუნდამენტური ინტერესები.

სულ სხვაგვარად არის საქმე, როცა სამართალურთიერთობაში მონაწილეობს უცხოური ელემენტი. მსოფლიოს ცივილიზებული

¹⁹⁴ *Jacquet*, Principe d'autonomie et contrats internationaux, Paris, 1983, No. 227, ციტირებულია: *Мосс*, Автономия воли в практике международного арбитража (Норск гидро) М., 1996, с. 43.

¹⁹⁵ *Jacquet*, გვ. 232, *Мосс*-ის წიგნის მიხედვით გვ. 43-44.

ქვეყნების საკოლიზიო კანონმდებლობები უფლებას აძლევს მხარეებს გვერდი აუარონ იმპერატიულ ნორმებს, როცა ისინი ირჩევენ კომპეტენტურ სამართალს. lex fori-ს იმპერატიული ნორმები ასევე არ მიიღება მხედველობაში, როცა სასამართლო ქვეყნის საკოლიზიო სამართალი მიუთითებს, რომ მოცემული ხელშეკრულება უნდა მოწესრიგდეს უცხო ქვეყნის სამართლით. ეს არის საერთაშორისო კერძო სამართალში დამკვიდრებული პრინციპი. შეიძლება თამამად ითქვას, რომ მხარეთა მიერ უცხო ქვეყნის კომპეტენტური სამართლის არჩევა, ან თვით საკოლიზიო სამართლის მიერ უცხო ქვეყნის სამართალზე მითითება¹⁹⁶ ნიშნავს, რომ ამით **გამოირიცხება სასამართლო ქვეყნის არა მხოლოდ დისპოზიციური, არამედ შინაიმპერატიული ნორმების გამოყენებაც**. ამის საპირისპიროდ, უცხო ქვეყნის სამართლის არჩევაში იგულისხმება როგორც დისპოზიციური, ასევე იმპერატიული ნორმების გამოყენება.

თუ მიხნეულ იქნება, რომ იმპერატიული ნორმები განსაზღვრავს მხარეთა ნების ავტონომიის ფარგლებს და ეს უკანასკნელი დასაშვებია მხოლოდ დისპოზიციური ნორმების მიმართ, მაშინ აღნიშნული სხვა არაფერს ნიშნავს თუ არა, მითითებას სასამართლოსადმი, რათა მან საერთაშორისო ხასიათის ხელშეკრულებების მიმართ, ყოველთვის მხოლოდ თავისი სამამულო სამართალი გამოიყენოს.¹⁹⁷ ასეთი მითითების შესრულება, როგორც სამართლიანად აღნიშნავს ლუნცი, გამოიწვევდა იმას, რომ საერთაშორისო სახელშეკრულებო ურთიერთობებში წარმოიშობოდა ისეთი შეზღუდვები უცხო სამართლის გამოყენების კუთხით, რომლებსაც არ აქვს ადგილი სხვა სახის კერძოსამართლებრივი ურთიერთობების მიმართ. ასე, მაგალითად, სასამართლო ქვეყნის კანონი, რომელიც ადგენს კანონით და ანდერძით მემკვიდრეთა წრეს, ცხადია იმპერატიული ხასიათისაა. მიუხედავად ამისა ისინი გათვალისწინებული არ იქნება, როცა lex fori მემკვიდრეობის საკითხს (მაგალითად, სამკვიდროს საკითხს უცხოელი მამკვიდრებლის გარდაცვალების შემდეგ) უქვემდებარებს უცხო ქვეყნის სამართალს (ამ შემთხვევაში მემკვიდრეთა წრე დადგენილ იქნება ამ უკანასკნელის მიხედვით).¹⁹⁸ მით უფრო, ასეთივე მიდგომა უნდა იყოს გაგრძელებული სახელშეკრულებო ურთიერთობების მიმართ.

გლობალიზაციის ხანაში, როდესაც მსოფლიო ეკონომიკა დიდად არის ინტეგრირებული, როდესაც არსებობს მრავალი ტრანსნაციონალური კორპორაცია და ადგილი აქვს სხვადასხვა ქვეყნის კომპანიების მიერ სხვადასხვა ქვეყანაში განხორციელებულ უზარმაზარ კაპიტალდაბანდებებს, არარეალურია საუბარი იმაზე, რომ მხოლოდ ეროვნული სამართლით (მისი დისპოზიციური და იმპერატიული ნორმებით) უნდა მოწესრიგდეს საერთაშორისო ხასიათის სახელშეკრულებო ურთიერთობები.

¹⁹⁶ მაგალითად, ასეთი საკოლიზიო ნორმა გათვალისწინებულია საქართველოს სსკ 36-ე I მუხლით: „თუ მხარეებს არ აურჩევიათ რომელიმე ქვეყნის სამართალი, ხელშეკრულება დაექვემდებარება მასთან ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული ქვეყნის სამართალს“.

¹⁹⁷ *Луны*, *Международное частное право, особенная часть*, 1975, М., с. 200.

¹⁹⁸ იქვე, გვ. 200.

საყურადღებოა ამ მხრივ მსოფლიოში ყველაზე ძველამოსილი ქვეყნის – აშშ-ს უმაღლესი სასამართლოს განცხადება – 1974 წლის 17 იანვრის Scherc v. Alberto Culver საქმესთან დაკავშირებით: „ჩვენ არ შეგვიძლია ვაწარმოთ სავაჭრო და კომერციული ოპერაციები მსოფლიოს ბაზარზე, ხმელეთზე და ზღვაზე, ექსკლუზიურად მხოლოდ ჩვენი პირობებით, ჩვენი სამართლის გამოყენებით და ჩვენი სასამართლო იურისდიქციით“.¹⁹⁹

თუ lex fori-თ ნებადართულია მხარეთა მიერ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართლის არჩევა, მაშინ კონტრაქტები თავისუფლდებიან ვალდებულებისგან გაითვალისწინონ არა მარტო lex fori-ს დისპოზიციური ნორმები, არამედ ასევე იმპერატიული ნორმებიც.

აღნიშნული ნათლად ჩანს ისეთი საკოლიზიო საკითხის გადაწყვეტისას, რომელიც სასარჩელო ხანდაზმულობას შეეხება. ამ ნორმებს, საბჭოთა (და არა მხოლოდ საბჭოთა) სამართლის მიხედვით, იმპერატიული ხასიათი ჰქონდა. ისინი არ შეიძლება შეცვლილიყო რამენაირი სახელშეკრულებო პირობებით. თუმცა, თუ მხარეებს აქვთ უფლება დაუქვემდებარონ ნასყიდობის ხელშეკრულება უცხო ქვეყნის სამართალს, ამით მათ შეუძლიათ შექმნან მდგომარეობა, როცა მათი ხელშეკრულების მიმართ გამოყენებულ იქნება არა სასამართლო ქვეყნის (საბჭოთა კავშირის ან შესაბამისი მოკავშირე რესპუბლიკის) სასარჩელო ხანდაზმულობის ნორმები, არამედ იმ ქვეყნის, რომელსაც მხარეებმა დაუქვემდებარეს თავიანთი გარიგება. ამ მოსაზრების დასტურია საბჭოთა საარბიტრაჟო პრაქტიკა: საბჭოთა საგარეო-ეკონომიკურმა არბიტრაჟმა მოსარჩელე – თურქული კომპანია „Микрооптик Муессесиси“ მოპასუხე საბჭოთა საწარმო „Машприбор-инторг“ მიმართ საქმეში (№96/1968), გამოიყენა თურქეთის სამოქალაქო კოდექსის 566-ე მუხლი, რომლის მიხედვითაც სასარჩელო ხანდაზმულობის ვადა 10 წელს შეადგენდა, ვინაიდან ხელშეკრულება დადებული იყო თურქეთში და საბჭოთა საკოლიზიო კანონმდებლობის მიხედვით თურქული სამართალი წარმოადგენდა ხელშეკრულების მომწესრიგებელ სამართალს.²⁰⁰

როცა საქმე შეეხება საერთაშორისო ხელშეკრულებებს, იქ მხარეებს უფლება აქვთ გვერდი აუარონ „ადგილობრივი მნიშვნელობის“ იმპერატიულ ნორმებს, რისი უფლებაც მათ არ აქვთ შინა ხელშეკრულებებში. ამის დასტურად განხილულ უნდა იქნეს ცნობილი საქმე გერმანიის სასამართლო პრაქტიკიდან.

საქმე ეხებოდა ჰოლანდიური შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოების გერმანელ და ჰოლანდიელ პარტნიორებს შორის დავას. მოსარჩელეს წარმოადგენდა გერმანელი პარტნიორი, რომელმაც მას შემდეგ რაც უშედეგოდ მოითხოვა ვალის დაბრუნება, ზემოთ აღნიშნული შპს-გან (ეს უკანასკნელი გაკოტრებულად იქნა გამოცხადებული), ვალის გადახდის მოთხოვნა წაუყენა ჰოლანდიელ პარტნიორს, რომელსაც მის მიმართ გაცემული ჰქონდა საგარანტიო წერილი. ეს უკანასკნელი შეიცავდა პირობას იმის შესახებ, რომ სადავო საკითხი დიუსელდორფის (გფრ) სასამართლოში განხილულიყო და საგარანტიო

¹⁹⁹ Луни/Марышева, Курс международно частного права, Т., 3, 1973, М., с. 223-224.

²⁰⁰ Рамзайцев, Внешнеторговый арбитраж СССР, 1957, М., с. 64-65.

წერილთან დაკავშირებული საკითხები ასევე გერმანული სამართლით მოწესრიგებულიყო. პრობლემა მდგომარეობდა იმაში, რომ ჰოლანდიის სამართლით გაცემული გარანტია ბათილი იყო, ვინაიდან არ არსებობდა მოპასუხის ცოლის თანხმობა. ერთის მხრივ ცხადია, რომ გასათვალისწინებელი იყო ჰოლანდიის საოჯახო სამართლის იმპერატიული ნორმები, მეორეს მხრივ ისიც ფაქტია, რომ საქმე არა შინაჰოლანდიურ, არამედ საერთაშორისო ხელშეკრულებას შეეხებოდა. აქედან გამომდინარე, მოპასუხის თავდაპირველი სურვილი – გარიგება გერმანულ სამართალს დაქვემდებარებოდა – სრულიად ნორმალური იყო, თუნდაც სინამდვილეში მისი მიზანი ჰოლანდიის იმპერატიული ნორმების გვერდის ავლა ყოფილიყო. ეს უკანასკნელი მოსაზრება გაიზიარა გერმანიის სასამართლომ და სადავო საქმის მიმართ გერმანიის მატერიალური სამართალი გამოიყენა. შესაბამისად ჰოლანდიის სამართლის იმპერატიული ნორმები მხედველობაში არ იქნა მიღებული.²⁰¹

ზემოთ აღინიშნა, რომ შინა ხელშეკრულებებში მხარეებს არ შეუძლიათ გვერდი აუარონ შესაბამისი ქვეყნის სამართლის იმპერატიულ ნორმებს, განსხვავებით საერთაშორისო ხასიათის ხელშეკრულებებისგან. ისმება კითხვა: როგორ შეიძლება ნორმა იმპერატიულად იწოდებოდეს თუკი იგი სავალდებულო სულაც არაა შესასრულებლად მხარეთათვის?

პასუხი მდგომარეობს შემდეგში: რადგან ზემოაღნიშნული ნორმები მხოლოდ შინასახელშეკრულებო ურთიერთობებში ვლინდება როგორც იმპერატიული ბუნების მქონედ, შესაბამისად მათ **შინაიმპერატიული ნორმები** ეწოდებათ. აქამდე სწორედ ამ შინაიმპერატიულ ნორმებზე იყო მსჯელობა.

ცხადია, თუკი არსებობს შინაიმპერატიული ნორმები, უნდა არსებობდეს ასევე **საერთაშორისო იმპერატიული ნორმებიც**, რომლებიც გამოყენებულ უნდა იქნენ ნებისმიერ შემთხვევაში, მიუხედავად იმისა, თუ რა სახის ხელშეკრულებას (შინა თუ საერთაშორისოს) აქვს ადგილი.

საერთაშორისო კერძო სამართალში ზემოაღნიშნული იმპერატიული ნორმების შესახებ თეორია, რამდენიმე ათეული წლის წინ, კონცეპტუალურად ფრანჩესკაკისმა ჩამოაყალიბა.²⁰²

ჯერ კიდევ სავინი, როდესაც იგი საუბრობდა სხვადასხვა ქვეყნის საკოლიზიო სამართლის უნფიცირებაზე, რათა ერთგვაროვანი სახის დავები ერთნაირად გადაწყვეტილიყო, მიუხედავად იმისა, თუ რომელ ქვეყანაში იქნებოდა ისინი განხილული – უთითებდა, რომ ზოგიერთ შემთხვევაში, როცა საქმე სასამართლო ქვეყნის სამართლის ფუნდამენტალურ პოლიტიკას შეეხებოდა, გამონაკლისის სახით, გამოყენებულ

²⁰¹ BGH, მე-8 სამოქალაქო სენატი, 1976 წ. 15 ნომბერი.

²⁰² *Francescakis*, Quelques precisions sur les "lois d'application immediate" et leurs rapports avec les regles de conflits de lois', 55 RCDIP 1966, No. 1. ციტირებულია: *Zhislov*, Mandatory and public policy rules in international commercial arbitration, *Netherlands International Law Review*, 1995, XLII, p. 88.

უნდა ყოფილიყო ადგილობრივი – იმპერატიული ბუნების მქონე ნორმები.²⁰³

1876 წელს ფრანგმა იურისტმა ჩარლ ბროჩერმა (Charles Brocher) განავითარა სავინის იდეა და აღნიშნა, რომ ერთმანეთისაგან გამიჯნულ უნდა იქნეს საჯარო წესრიგის შინა ნორმები (lois d'ordre public interne) – საჯარო წესრიგის საერთაშორისო ნორმებისგან (lois d'ordre public international).²⁰⁴ მოგვიანებით, ასევე ფრანგმა იურისტებმა პაილეტმა (Pillet) და ვალერიმ (Valery) იმპერატიული ნორმების კლასიფიკაცია მოახდინეს მათი ტერიტორიალური (სივრცითი) და პერსონალური ნორმების მიხედვით.²⁰⁵

ცნობილი იტალიელი იურისტი მანჩინი მხარს უჭერდა ისეთი ნორმების არსებობას, რომლებიც გამოხატავდა lex fori-ს ფუნდამენტურ პრინციპებს და რომელიც უნდა გამოყენებულიყო მიუხედავად იმისა, მონაწილეობდა თუ არა სამართალურთიერთობაში უცხო ელემენტი. შემდგომში, ფრანგულ იურიდიულ ლიტერატურაში მანჩინის მიერ ნაგულისხმევ ნორმებს – *პირდაპირი მოქმედების ნორმები უწოდეს (lois d'application immediate)*. მას *სხვაგვარად ასევე საჯარო წესრიგის პოზიტიური ფუნქციის მატარებელ ნორმებსაც (lois d'ordre public) უწოდებენ.*²⁰⁶

ამ ნორმების შემდგომი განვითარება, პირველ რიგში, ფრანგულ-იტალიური სკოლის და სასამართლო პრაქტიკის დამსახურებაა. საჭიროა უფრო დაწვრილებით იქნეს განხილული ზემოაღნიშნული ნორმები და გარკვეულ იქნეს თუ რა გავლენის მოხდენა შეუძლია მათ სახელშეკრულებო ურთიერთობებზე:

ა) პირდაპირი მოქმედების ნორმები (lois d'application immédiate) – არის სასამართლო ქვეყნის მატერიალური სამართლის ნორმები, რომლებიც გამოყენებულ უნდა იქნეს სამართალურთიერთობის მიმართ, მიუხედავად იმისა, თუ რომელი სამართლებრივი სისტემით უნდა მოწესრიგდეს ხელშეკრულება იმავე ქვეყნის საკოლიზიო სამართლის ნორმების მიხედვით.²⁰⁷

მაგალითი პირველი:

პირდაპირი მოქმედების ნორმას წარმოადგენდა ყოფილი სსრკ 1961 წლის სამოქალაქო სამართლის საფუძვლების 125-ე II მუხლი.²⁰⁸ იგი სავალდებულოდ თვლიდა წერილობითი ფორმის დაცვას საგარეო-ეკონომიკური გარიგებების დადებისას, თუკი ერთ-ერთ კონტრაქტს საბჭოთა საწარმო წარმოადგენდა. ამ საბჭოურ ნორმას სავალდებულო მოქმედების ძალა ჰქონდა მიუხედავად იმ ფაქტისა თუ რომელ ქვეყანაში დაიდო ხელშეკრულება და შესაბამისად რომელი სამართლით უნდა მოწესრიგებულიყო იგი. მოცემულ ნორმაში

²⁰³ Juenger, American and European Conflicts Law, 30 American Journal of Comparative Law 1982, p. 123.

²⁰⁴ იხ. Zhislov, დასახ. ნაშრომი, გვ. 88.

²⁰⁵ Parra-Aranguren, General Course on Private International Law, 210 Hague Recueil, 1988-III, pp. 124-125.

²⁰⁶ იხ. Zhislov, დასახ. ნაშრომი, გვ. 100.

²⁰⁷ იხ. Zhislov, დასახ. ნაშრომი, გვ. 89.

²⁰⁸ იხ. აგრეთვე საქართველოს სსრ 1964 წლის სამოქალაქო კოდექსის 574-ე II მუხლი.

ვლინდებოდა საბჭოთა კავშირის ერთ-ერთი ფუნდამენტური პრინციპი – საგარეო ვაჭრობის მონოპოლია. ეს უკანასკნელი კი, საბჭოთა კავშირის საჯარო წესრიგის შემადგენელი ნაწილი იყო.

მაგალითი მეორე:

ქართველმა და ავსტრიელმა კომერსანტებმა დადეს ხელშეკრულება ვენაში, რომლის მიხედვითაც გათვალისწინებული იყო ავსტრიული წარმოების საქონლის იმპორტი საქართველოში. სახელშეკრულებო დათქმით მხარეებმა ავსტრიის სამართალი აირჩიეს. საქართველოს სკსკ-ის 35-ე I მუხლის მიხედვით ხელშეკრულების მომწესრიგებელ სამართალს ავსტრიის სამართალი წარმოადგენს და შესაბამისად მისი დისპოზიციური და იმპერატიული ნორმები უნდა იქნეს გამოყენებული. მიუხედავად ამ ფაქტისა, საქართველოს სასამართლომ ზემოაღნიშნული ქვეყნის სამართალთან ერთად, გამოიყენა ქართული სამართლის სავალუტო წესები ანუ პირდაპირი მოქმედების ნორმები, ვინაიდან მხარეთა შორის ანგარიშსწორება ქართულ ფულად ერთეულში – ლარებში უნდა განხორციელებულიყო.

ბ) პირდაპირი მოქმედების ნორმები თვითონვე განსაზღვრავს თავისი გამოყენების სფეროს. თუ ნორმაში პირდაპირ არ არის გამოხატული მისი სამოქმედო სივრცე, მაშინ ამის დადგენა ევალება სასამართლოს, რომელმაც უნდა მიმართოს ნორმის ახსნა-განმარტების მეთოდს.²⁰⁹

მაგალითი პირველი:

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 669-ე III მუხლით გათვალისწინებულია შემდეგი: **„გადამზიდველის პასუხისმგებლობა არ შეიძლება გამოირიცხოს ან შეიზღუდოს ხელშეკრულებით“.**

ზემოაღნიშნულ ნორმაში პირდაპირ არ არის მითითებული, რომ იგი გავრცელებულ უნდა იქნეს ასევე საერთაშორისო ხასიათის ხელშეკრულებაზეც, მაგრამ ნორმის ახსნა-განმარტების მეთოდის გამოყენების შედეგად სწორედ ასეთი დასკვნა გამომდინარეობს. სასამართლომ მხედველობაში უნდა მიიღოს აგრეთვე საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 54-ე მუხლი, რომლის შესაბამისადაც „ბათილია გარიგება, რომელიც არღვევს კანონით დადგენილ წესს და აკრძალავს, ეწინააღმდეგება საჯარო წესრიგს და ზნეობის ნორმებს“.

აღსანიშნავია, რომ საქართველომ 1997 წლის 1 ივლისს მიიღო კანონი „საზღვაო კოდექსის შესახებ“, რომლის მიხედვითაც იგი შეუერთდა ჰააგა-ვიზბის (Hague-Visby)²¹⁰ წესებს (114-ე III მუხლი). ამ უკანასკნელის მე-4 VIII მუხლის მიხედვით კი გადამზიდველის პასუხისმგებლობა ტვირთის დაკარგვის ან დაზიანების გამო არ შეიძლება შეცვლილ ან გამორიცხულ იქნეს.

ამრიგად, მიუხედავად იმისა თუ რომელი ქვეყნის მატერიალური სამართალს გამოიყენებს საქართველოს სასამართლო სკსკ-ის მიხედვით, იგი ვალდებულია აგრეთვე გამოიყენოს სამოქალაქო

²⁰⁹ იხ. Zhislov, დასახ. ნაშრომი, გვ. 89.

²¹⁰ The Hague-Visby Rules, The Hague Rules as Amended by the Brussels Protocol 1968, იხ. შემდეგ ვებგვერდზე: <http://www.jus.uio.no/lm/sea.carriage.hague.visby.rules.1968/doc.html>

კოდექსის 669-ე III მუხლი, რადგან ის საერთაშორისო ხასიათის იმპერატიულ ნორმას წარმოადგენს.

მაგალითი მეორე:

ფრანგულ და ქართულ კომპანიებს შორის დაიდო ხელშეკრულება, რომელიც ამ უკანასკნელის მიერ იქნა დარღვეული. სადავო საქმე განიხილა ლონდონის არბიტრაჟმა, რომელმაც ძირითადი თანხის გარდა, ქართულ მხარეს *რთული პროცენტის*²¹¹ გადახდაც დააკისრა.

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 403-ე II მუხლით კი (ძველი რედაქცია) *„დაუშვებელია პროცენტის პროცენტის გადახდა“*. ნათელია, რომ ეს ნორმა წარმოადგენს ქართული სამართლის ფუნდამენტურ პრინციპს. იგი ქართული სამართლის საჯარო წესრიგის შემადგენელი ნაწილია. ეს უკანასკნელი ხომ ქართული საზოგადოების მორალურ ღირებულებებს უნდა ეყრდნობოდეს. მევახშეობას კი ქართული საზოგადოება მკვეთრად უარყოფითად აფასებს.²¹²

ზემოაღნიშნულ ნორმაში პირდაპირ არაა მითითებული, რომ იგი საერთაშორისო ხასიათის ურთიერთობების მიმართაც უნდა იქნეს გამოყენებული, მაგრამ ნორმის ახსნა-განმარტების მეთოდის გამოყენების შედეგად სასამართლო სწორედ ასეთ დასკვნამდე უნდა მივიდეს.

ყოველივე ზემოთქმულის შემდეგ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 403-ე II მუხლით გათვალისწინებული ნორმა ქართული პოზიტიური საჯარო წესრიგის ნორმად ანუ პირდაპირი მოქმედების ნორმად უნდა იქნეს მიჩნეული და იგი გამოყენებულ უნდა იქნეს ნებისმიერ შემთხვევაში, მათ შორის საერთაშორისო ხასიათის ხელშეკრულებების მიმართაც.²¹³

კ) პირდაპირი მოქმედების ნორმები გამოხატავს იმ უმნიშვნელოვანეს ღირებულებებს, რომლებიც შესაბამისი ქვეყნის

²¹¹ „რთული პროცენტი“ ნიშნავს პროცენტის-პროცენტის გამოთვლას, იხ. *Уотшем/Парратоу*, Количественные методы в финансах, Перевод с английского, 1992, М., с. 12-17.

²¹² აქ შეიძლება დაიბადოს კითხვა, საზოგადოება მრავალფეროვანია. მისი ნაწილი თვითონაა დაკავებული მევახშეობით და შესაბამისად, რამდენად მართებულია მთლიანად ქართულ საზოგადოებაზე აპელირება? პასუხი მდგომარეობს შემდეგში: ქართულ საზოგადოებაში პირველ რიგში იგულისხმება ერის გამოჩენილ შვილთა ზნეობრივი შეხედულებანი (იხ. *Покровский*, Основные проблемы гражданского права, Серия “Классика Российской Цивилистики”, М., 1998, с. 89-105), მევახშეობის საკითხთან დაკავშირებით ცნობილია ილია ჭავჭავაძის და სხვა გამოჩენილ ქართველ საზოგადო მოღვაწეთა მკვეთრად უარყოფითი დამოკიდებულება.

²¹³ სამწუხაროდ, საქართველოს 2007 წლის 29 ივნისის კანონით – „საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე“ I, 2007, №27, მუხლი 260, ცვლილება განიცადა სხენებულმა ნორმამ და საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 403-ე II მუხლი ჩამოყალიბდა შემდეგი სახით: „ფულადი თანხის გადახდის ვადის გადაცილებისას პროცენტიდან პროცენტის გადახდევინება დასაშვებია მხოლოდ ხელშეკრულებით პირდაპირ გათვალისწინებულ შემთხვევაში“. არაა გამორიცხული, რომ სხენებული ცვლილება წინააღმდეგობაში მოდიოდეს საქართველოს კონსტიტუციასთან, რომლის პრეამბულის მიხედვითაც საქართველო წარმოადგენს *სოციალური* საბაზრო ეკონომიკის მქონე სამართლებრივ სახელმწიფოს. ამ შემთხვევაში აშკარადაა დარღვეული მოვალესა და კრედიტორს შორის არსებულ ინტერესთა ბალანსი ამ უკანასკნელის სასარგებლოდ. აღსანიშნავია, რომ გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 289-ე პარაგრაფს ცვლილებები არ განუცდია და ამჟამადაც სხენებული ნორმის მიხედვით აკრძალულია პროცენტიდან პროცენტის მოთხოვნა.

სამართლის პოლიტიკის უკან დგას. აღნიშნულს კი უფრო მეტი წონა გააჩნია, ვიდრე იმ ზოგად პოლიტიკას, რომლის მიზანიცაა ქვეყანათა შორის ჰარმონიული ურთიერთობის მიღწევა და საერთაშორისო თანამშრომლობის გაღრმავება საკოლიზიო სამართლის უნიფიცირებული ნორმების გამოყენების შედეგად.²¹⁴

დ) პირდაპირი მოქმედების ნორმები შეიძლება იყოს, როგორც კერძოსამართლებრივი, ასევე საჯაროსამართლებრივი ბუნების.²¹⁵ ამ უკანასკნელს წარმოადგენს მაგალითად საქართველოს კანონმდებლობის სავალუტო წესები, ხოლო კერძოსამართლებრივ ნორმებს კი მაგალითად საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 669-ე III მუხლი.

ე) პირდაპირი მოქმედების ნორმები მთლიანობაში არასოდეს არ აწესრიგებენ სამართალურთიერთობას, არამედ მხოლოდ მის გარკვეულ ნაწილს. ამიტომ, სრულიად ნათელია, რომ ზემოაღნიშნული ნორმების გამოყენება გამოიწვევს ხელშეკრულების „გახლეჩას“ და მისი სხვადასხვა სამართლებრივი სისტემით მოწესრიგებას.

მაგალითი:

ქართულმა და ფრანგულმა საწარმოებმა დადეს ხელშეკრულება. გარიგების შეუსრულებლობის გამო სარჩელი აღიძრა საქართველოს სასამართლოში. მოსამართლემ დაადგინა, რომ საქართველოს სესკ-ის მიხედვით ხელშეკრულება უნდა მოწესრიგდეს ფრანგული სამართლით. მიუხედავად აღნიშნულისა, სასამართლომ ხელშეკრულების მიმართ ქართული სამართლის პირდაპირი მოქმედების ნორმებიც გამოიყენა. ამის შედეგად ხელშეკრულების გარკვეული ნაწილი ქართული სამართლის ნორმებით მოწესრიგდება, ხოლო დანარჩენი ნაწილი კი – ფრანგული სამართლით.

მიუხედავად ზემოთ აღნიშნულისა, მაინც არ არსებობს მკაფიო კრიტერიუმები, რომლის მიხედვითაც შესაძლებელი იქნება გამიჯნულ იქნეს პირდაპირი მოქმედების ნორმები ჩვეულებრივი იმპერატიული სახის ნორმებისაგან. *ეს ამოცანა ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში სასამართლომ უნდა გადაწყვიტოს.*

ზემოთ განხილულ ნორმებს ხან პირდაპირი მოქმედების ნორმები (lois d'application immédiate), ხან კი საერთაშორისო ხასიათის იმპერატიული ნორმები ეწოდება. სწორედ საკითხის სირთულის გამო სხვადასხვა ქვეყნის იურიდიულ ლიტერატურაში ეს ნორმები განსხვავებულად მოიხსენიება: lois de police;²¹⁶ regles d'application immédiate²¹⁷ (პირდაპირი მოქმედების ნორმები); les regles d'application nécessaire²¹⁸ (აუცილებლად გამოსაყენებელი ნორმები); directly applicable rules²¹⁹

²¹⁴ იხ. Zhislov, დასახ. ნაშრომი, გვ. 89.

²¹⁵ იქვე. გვ. 89.

²¹⁶ საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის მე-3 I მუხლი; რომის 1980 წლის კონვენციის ფრანგულენოვანი ტექსტის მე-7 მუხლი.

²¹⁷ Derains, Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration, in P. Sanders, ed., Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress series, n.3, 1987, pp. 29-46.

²¹⁸ Mayer, Mandatory Rules of Law in International Arbitration, 2 Arb. Int. 1986, no. 4 pp. 274-293.

²¹⁹ Lando, The ECC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, 24 CMLR, 1987, pp. 174, 180.

(პირდაპირი მოქმედების ნორმები); self-applicating rules²²⁰ (თავისთავად მოქმედი ნორმები); absolute rules²²¹ (აბსოლუტური ნორმები); priority rules²²² (პრიორიტეტული ნორმები); peremptory norms²²³ (იმპერატიული, აბსოლუტური ნორმები); mandatory rules²²⁴ (სავალდებულო, იმპერატიული ნორმები. ეს უკანასკნელი ტერმინი ყველაზე მეტად გავრცელებულია ინგლისურენოვან იურიდიულ ლიტერატურაში); lois d'ordre public (საჯარო წესრიგის პოზიტიური ფუნქციის მქონე ნორმები);²²⁵ imperative norms²²⁶ (იმპერატიული ნორმები); overriding statutes²²⁷ (უპირატესი იურიდიული ძალის მქონე ნორმები).

სხვადასხვა ქვეყნის ავტორთა მიერ განსხვავებული ტერმინების გამოყენება კიდევ ერთხელ ხაზს უსვამს პრობლემური საკითხის სირთულეს. ასე, მაგალითად, ტერმინებს: „lois d'application immédiate“ და „lois de police“ ერთნაირი მნიშვნელობა აქვს, მაგრამ პირველი გამოხატავს იმ მექანიზმს თუ როგორ უნდა იყოს იგი გამოყენებული, ხოლო მეორე კი ყურადღებას ამახვილებს მის ფუნქციაზე.²²⁸

გამოთქმა „règles d'application nécessaire“ ყურადღებას ამახვილებს იმ ფაქტზე, რომ მოცემული ნორმები აუცილებლად საჭიროებს ხელშეკრულების მიმართ გამოყენებას. ტერმინი: „lois d'application immédiate“ - ყურადღებას ამახვილებს იმ საკითხზე, რომ იგი პირდაპირ უნდა იქნეს გამოყენებული, გარკვეული სახის სამართალურთიერთობის მიმართ, სადაც უცხოური ელემენტი მონაწილეობს, საკოლიზიო სამართლის ნორმების შინაარსის მიუხედავად. გამოთქმა „self-applicating rules“ (თავისთავად მოქმედი ნორმები) – ხაზს უსვამს იმ ფაქტს, რომ თვით მოცემული მატერიალური ნორმები უთითებს თავიანთი გამოყენების სფეროს.

რაც შეეხება ცნებას: „mandatory rules“ (იმპერატიული ნორმები), იგი საერთაშორისო კონვენციებში და იურიდიულ ლიტერატურაში ორი განსხვავებული მნიშვნელობით გამოიყენება, რამაც შეიძლება გარკვეული გაუგებრობა გამოიწვიოს.

რომის 1980 წლის კონვენციის მე-3 III მუხლში, სადაც საუბარია mandatory rules - იგულისხმება შინა იმპერატიული ნორმები. ეს ადვილად დგინდება ზემოაღნიშნული ნორმის შინაარსიდან, რომლის მიხედვითაც, ერთი ქვეყნის წარმომადგენელთა მიერ უცხო ქვეყნის სამართლის

²²⁰ *Grigera Naon*, International Contract Law, "Lois de Police" and Self-applicating Rules: An Argentinian Outlook, 19 Vortage, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, 1983, pp. 7, 16-17.

²²¹ *Eek*, The Swedish Conflict of Laws, 1965, p. 224.

²²² *De Boer*, The ECC Contracts Convention and the Dutch Courts. A Methodological Perspective, 54 *RabelsZ*, 1990, p. 59.

²²³ *Mosconi*, Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules, 217 *Hague Recueil*, 1989-V, p. 140.

²²⁴ *Schultsz*, Dutch Antecedents and Parallels to Article 7 of EEC Contracts Convention of 1980, 47 *RabelsZ*, 1983, p. 265.

²²⁵ *Kokkini-Iatridou*, Contracts for the Transfer of Technology, 6 *Hague-Zagreb Essays on Law of International Trade*, 1987, p. 288.

²²⁶ *Heke*, International Contracts and Domestic Legislative Policies, in *Festschrift für F.A. Mann*, 1977, p. 188.

²²⁷ *North*, Reform, but not Revolution, *General Course on Private International Law*, 220 *Hague Recueil*, 1990-I, p. 164.

²²⁸ *Philip*, Resent Provisions on Mandatory Laws in Private International Law, in *Festschrift K. Lipstein*, 1980, p. 242.

არჩევა, არ გაათავისუფლებს მათ თავიანთი ქვეყნის იმპერატიული ნორმების დაცვისგან. ცხადია, როდესაც საქმე შეეხება შინახელშეკრულებას, იქ მხარეებს არ აქვთ უფლება გვერდი აუარონ თავიანთი ქვეყნის შინაიმპერატიულ ნორმებს.

მეორეს მხრივ, რომის 1980 წლის კონვენციის მე-7 I მუხლი, რომელიც მესამე ქვეყნის იმპერატიულ ნორმებს შეეხება – აშკარად პირდაპირი მოქმედების ნორმებს ანუ საერთაშორისო ხასიათის იმპერატიულ ნორმებს გულისხმობს.²²⁹

ცნებათა შორის აღრევა, რომ არ მომხდარიყო, რომი I რეგლამენტის ავტორებმა გაითვალისწინეს აღნიშნული და შინა იმპერატიული ნორმები და საერთაშორისო ხასიათის იმპერატიული ნორმები სხვადასხვა ტერმინებით აღნიშნეს.

რომი I რეგლამენტის მე-3 III მუხლის მიხედვით provisions of the law . . . which cannot be derogated from by agreement (სამართლის ნორმები, რომლებიც მხარეთა შეთანხმებით არ შეიძლება გამორიცხულ იქნენ), აქ შინა იმპერატიული ნორმები იგულისხმება, რადგან საუბარია ისეთ შემთხვევაზე, როდესაც ყველა მნიშვნელოვანი ფაქტობრივი გარემოება დაკავშირებულია ერთ ქვეყანასთან, ხოლო მხარეთა მიერ ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად არჩეულ იქნა სხვა ქვეყნის სამართალი. ასეთ შემთხვევაში კონტრაქტებს არ შეუძლიათ შეთანხმებით იგნორირება მოახდინონ იმ ქვეყნის სამართლის ნორმების გამოყენების, რომელთანაც ხელშეკრულება ყოველმხრივ არის დაკავშირებული.

რომი I რეგლამენტის მე-9 მუხლის მიხედვით საერთაშორისო ხასიათის იმპერატიული ნორმების გამოსახატავად გამოყენებულია ტერმინი Overriding mandatory provisions (უპირატესი ძალის მქონე იმპერატიული ნორმები). აღნიშნული მუხლის შინაარსიდან აშკარად გამომდინარეობს, რომ აქ პირდაპირი მოქმედების ნორმები ანუ საერთაშორისო ხასიათის იმპერატიულ ნორმები იგულისხმება.

ყოველივე ზემოთქმულიდან გამომდინარე, დასკვნის სახით შეიძლება ითქვას შემდეგი: როცა სასამართლო იხილავს სახელშეკრულებო ურთიერთობებიდან წარმოშობილ დავას, რომელშიც უცხოური ელემენტი მონაწილეობს და იგი „წააწყდება“ თავისი ქვეყნის პირდაპირი მოქმედების ნორმებს, მაშინ მან ისინი დაუყოვნებლივ უნდა გამოიყენოს, მიუხედავად იმისა, თუ მისივე ქვეყნის საკოლიზიო სამართლით, რომელი მართლწესრიგია კომპეტენტური.

ყოველივე განხილულის შემდეგ ნათელია თუ რა სახის იმპერატიული ნორმები იგულისხმება საქართველოს საერთაშორისო კერძო სამართლის კანონის მე-6 მუხლში:

„ამ კანონის დებულებები არ ვრცელდება საქართველოს იმპერატიული ნორმების მოქმედებაზე, მიუხედავად იმისა, თუ რომელი ქვეყნის სამართალი გამოიყენება ურთიერთობათა მოწესრიგებისას“.

²²⁹ აღნიშნული საკითხი უფრო დაწვრილებით მომდევნო პარაგრაფში იქნება განხილული.

ცხადია აქ საუბარია საქართველოს კანონმდებლობის პირდაპირი მოქმედების ნორმებზე ანუ საერთაშორისო ხასიათის იმპერატიულ ნორმებზე.²³⁰

§6. მესამე ქვეყნის სამართლის იმპერატიული ნორმები და მხარეთა ნების ავტონომია

აქამდე იყო მსჯელობა lex fori-ს და ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართლის (კონტრაქტთა მიერ არჩეული სამართლის) იმპერატიული ნორმების ბუნებაზე და მათი გამოყენების წესზე.

საქმე გაცილებით უფრო რთულადაა, როდესაც საუბარია მესამე ქვეყნის პირდაპირი მოქმედების ნორმების lois d'application immédiate გამოყენებაზე. თვითონ გამოთქმა „მესამე ქვეყნის სამართლის იმპერატიული ნორმები“ მიუთითებს, რომ საუბარია არა lex fori-ს ან მხარეთა მიერ არჩეული ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართლის იმპერატიული ნორმებზე, არამედ ხელშეკრულებასთან დაკავშირებული სხვა ქვეყნის პირდაპირი მოქმედების ნორმების (ანუ საერთაშორისო ხასიათის იმპერატიული ნორმების) გამოყენებაზე.

როდესაც საქმე შეეხება lex fori-ს და ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართლის პირდაპირი მოქმედების ნორმების გამოყენების საკითხს – იქ ყველაფერი ნათელია, ისინი აუცილებლად უნდა იქნენ გამოყენებულნი. გაცილებით რთულია პასუხის გაცემა კითხვაზე: გამოყენებულ უნდა იქნეს თუ არა ხელშეკრულებასთან დაკავშირებული მესამე ქვეყნის იმპერატიული ნორმები. ამ საკითხზე აზრთა სხვადასხვაობაა როგორც დოქტრინაში ასევე სხვადასხვა ქვეყნის სასამართლო პრაქტიკაში და კანონმდებლობაში.

რომის 1980 წლის კონვენციის მე-7 I მუხლის მიხედვით: შესაძლებელია გამოყენებულ იქნეს მესამე ქვეყნის იმპერატიული ნორმები, თუკი ისინი მჭიდროდ არის დაკავშირებული ხელშეკრულებასთან. მოცემული ნორმების გამოყენების საკითხი დამოკიდებულია მესამე ქვეყნის პირდაპირი მოქმედების ნორმების „ბუნებაზე“ და „მიზნებზე“, აგრეთვე იმ შედეგზე, რაც მათ გამოყენება – არგამოყენებას მოჰყვება.²³¹

²³⁰ გერმანიის სკსკ-ის 34-ე მუხლი შეიცავს ანალოგიური შინაარსის ნორმას: „მოცემული ქვეთავი არ ეხება გერმანული სამართლის იმ ნორმებს, რომლებიც იმპერატიულად აწესრიგებენ სამართალურთიერთობას იმ სამართლის მხედველობაში მიუღებლად, რომელიც გამოიყენება ხელშეკრულების მიმართ“.

²³¹ ანალოგიური ნორმა გათვალისწინებულ იქნა სხვა კონვენციებშიც: ჰააგის 1971 წლის კონვენცია: „საგზაო შემთხვევების მიმართ გამოსაყენებადი სამართლის შესახებ“ (მე-7 მუხლი); ჰააგის 1973 წლის კონვენცია: „უხარისხო საქონლის დამზადების მიმართ გამოსაყენებელი სამართლის შესახებ“ (მე-9 მუხლი); ჰააგის 1978 წლის კონვენცია: „წარმომადგენლობის (აგენტის) ხელშეკრულების მიმართ გამოსაყენებადი სამართლის შესახებ“ (მე-16 მუხლი); ბენილუქსის ქვეყნების 1969 წლის ერთგვაროვანი კანონი „საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ“ (მე-13 II მუხლი).

რომის კონვენციის მიხედვით, მესამე ქვეყნის იმპერატიული ნორმების გამოყენების საკითხი ბევრწილად სასამართლოს შეხედულებაზეა დამოკიდებული. არ არის საკმარისი ის გარემოება, რომ ხელშეკრულება მჭიდროდ იყოს დაკავშირებული სხვა ქვეყანასთან რათა ამ უკანასკნელის პირდაპირი მოქმედების ნორმები იქნეს გამოყენებული. საჭიროა ასევე იმ *შედეგის განსაზღვრა და შეფასება*, რაც ასეთი ნორმების გამოყენებას მოყვება. ამრიგად, სასამართლოსთვის საკმაოდ დიდი მოქმედების ასპარეზი რჩება.

როდესაც ხელშეკრულება ერთ ქვეყანასთანაა დაკავშირებული, მაგრამ მხარეებმა სხვა ქვეყნის სამართალი აირჩიეს, მაშინ კონტინენტური ევროპის ქვეყნებში გავრცელებული ტენდენციის მიხედვით, სასამართლოები ცნობენ ასეთ არჩევანს და არ იყენებენ პირველი ქვეყნის იმპერატიულ ნორმებს, თუ მათ კერძოსამართლებრივი ბუნება გააჩნიათ.²³² მეორეს მხრივ, თუ იმპერატიულ ნორმებს საჯაროსამართლებრივი ბუნება გააჩნიათ, როგორცაა, მაგალითად, კონკრეტული ქვეყნის სავალუტო წესები, მაშინ მხარეთა სურვილის მიუხედავად, სასამართლოები გამოიყენებენ მათ ნებისმიერ შემთხვევაში. როგორც ეტყობა რომის კონვენციის ავტორებს სწორედ ზემოაღნიშნული სასამართლო პრაქტიკა ჰქონდათ მხედველობაში, როდესაც მათ განსაზღვრეს, რომ მესამე ქვეყნის იმპერატიული ნორმების გამოყენება – არგამოყენების ერთ-ერთ პირობას, სწორედ მათი სამართლებრივი ბუნება წარმოადგენს.

ცნობილია, რომ პირდაპირი მოქმედების ნორმები უმეტესწილად საჯაროსამართლებრივი ან ნახევრად საჯაროსამართლებრივი ბუნებისაა, რომელთა გამოყენება ემყარება ტერიტორიულობის პრინციპს და გამოხატავს მოცემული ქვეყნის ინტერესებს.²³³ აქედან გამომდინარე, ის მოსამართლეები (იგივე შეიძლება ითქვას საერთაშორისო არბიტრებზე), რომლებიც ეწინააღმდეგებიან მესამე ქვეყნის იმპერატიული ნორმების გამოყენებას – მხარს უჭერენ ტრადიციულ მიდგომას, რომლის მიხედვითაც სასურველი არაა სახელმწიფოს (მით უფრო უცხო სახელმწიფოს) ჩარევის ტენდენციის ზრდა კერძოსამართლებრივ ურთიერთობებში, რაც ბუნებრივად გამოიწვევს მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის შეზღუდვას.²³⁴

გარდა ზემოაღნიშნულისა, მესამე ქვეყნის იმპერატიული ნორმების გამოყენების შემთხვევაში მცირდება მხარეთა წინასწარი მოლოდინი თუ რა კანონმდებლობას გამოიყენებს სასამართლო გადაწყვეტილების მიღებისას, რაც საკმაოდ უარყოფით მოვლენადაა მიჩნეული დასავლეთის ქვეყნების იურიდიულ ლიტერატურაში, ვინაიდან საქმე შეხება საერთაშორისო კომერციულ გარიგებებს. საერთაშორისო სავაჭრო ბრუნვის განვითარების ერთ-ერთ უმნიშვნელოვანეს მომენტს წარმოადგენს მხარეთა სტაბილურობის განცდის უზრუნველყოფა შესაძლო სასამართლო გადაწყვეტილების მიმართ. ეს უკანასკნელი კი

²³² Kalensky, Jus Cogens and the Law of International Trade, in Essays on the Law of International Trade, Hague-Zagreb Colloquium, 1976, p. 62.

²³³ Kegel, The Role of Public Law in Private International Law: German Report, ed. Klein Frederic-Edouard. Basle Symposium on the Role of Public Law in Private International Law, 1991, pp. 29-63.

²³⁴ Hochstrasser, Choice of Law and “Foreign” Mandatory Rules in International Arbitration, 11 Jo. Int. Arb., 1994, no. 3, p. 58.

მხარეთათვის უცნობი იქნება, რადგან მოსამართლის სურვილზეა დამოკიდებული გამოყენებულ იქნება თუ არა მესამე ქვეყნის სამართლის იმპერატიული ნორმები. სწორედ ამ მოსაზრების გამო გერმანიის სკსკ-ში, რომის კონვენციისაგან განსხვავებით, არ იქნა გათვალისწინებული ზემოაღნიშნული ნორმა, თუმცა ამ გადაწყვეტილებას, გერმანიაში წინ უსწრებდა დიდი დებატები.

რომის კონვენციის მე-7 I მუხლის მსგავსი ნორმა წარმოდგენილი იყო გერმანიის სკსკ-ის ახალ კანონპროექტში, მაგრამ იგი უარყოფილ იქნა გფრ ბუნდესტაგის მიერ. იქ გამოითქვა მოსაზრება, რომ მიუღებელი იყო სასამართლოებისთვის ამგვარი დიდი უფლებებით აღჭურვა. გარდა ამისა, ძალიან ძნელი იქნებოდა საკოლიზიო სამართლის წინაშე მდგარი პრობლემების გადაწყვეტა, როდესაც სასამართლოს უფლება ექნებოდა გამოეკვლია ნებისმიერი უცხო ქვეყნის სამართლის ნორმები, რომელთა გამოყენებაც მათ მოესურვებოდა.²³⁵

1983 წელს გერმანიის ცნობილმა კოლიზონისტებმა²³⁶ მაქს-პლანკის საზღვარგარეთის და საერთაშორისო კერძო სამართლის ინსტიტუტის სახელით მოამზადეს დოკუმენტი, რომლის მიხედვითაც გერმანიის სასამართლოებს უფლება უნდა ჰქონოდათ გამოეყენებინათ მესამე ქვეყნის იმპერატიული ნორმები, თუკი იგი მჭიდროდ იქნებოდა დაკავშირებული ხელშეკრულებასთან და თუკი ზემოაღნიშნული ქვეყნის სასამართლოები ანალოგიურ სიტუაციაში ასევე გამოიყენებდნენ გერმანიის სამართლის იმპერატიულ ნორმებს.²³⁷

მიუხედავად იმისა, რომ ზემოაღნიშნული ნორმა ასახულ არ იქნა გერმანიის კანონმდებლობაში, იგი ზოგიერთ შემთხვევაში, მაინც გამოიყენებოდა გერმანიის სასამართლო პრაქტიკაში:

ერთ-ერთი საქმის არსი მდგომარეობდა შემდეგში: ხელშეკრულებით გათვალისწინებული იყო ნიგერიდან გერმანიაში ხელოვნების ექსპონატების იმპორტი. მიუხედავად იმისა, რომ გარიგება გერმანული სამართლით უნდა მოწესრიგებულიყო, გერმანიის სასამართლომ ასევე გამოიყენა ნიგერიის იმპერატიული ნორმები, რომლებიც კრძალავდა ფერწერული ტილოების საზღვარგარეთ ექსპორტს. ამასთან დაკავშირებით, სასამართლომ მიუთითა გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 138-ე მუხლზე, რომლის მიხედვითაც გარიგება ბათილია, თუ იგი ეწინააღმდეგება კეთილ ზნეს (gute Sitten). გერმანიის სასამართლომ მხარი დაუჭირა ნიგერიის იმპერატიულ ნორმების გამოყენებას, რომელთა მიხედვითაც საექსპორტო კონტროლის წესების დარღვევა ხელშეკრულების ბათილობას იწვევდა. სასამართლომ მიიჩნია, რომ 138-ე მუხლით გათვალისწინებული ნორმა შეესაბამება მორალის საერთაშორისო სტანდარტებს, რომლის მიხედვითაც სასამართლოს მხედველობაში უნდა მიეღო ნიგერიის იმპერატიული ნორმები,

²³⁵ Parra-Aranguren, General Course of Private International Law: Selected Problems, Recueil des Cours, n.3. 1989, p. 138.

²³⁶ Ulrich Drobnig, Jürgen Basadow, Peter Dopffel, Christa Jessel-Holst, Dieter Martiny, Jürgen Samtleben, Kurt Siehr.

²³⁷ იხ. Parra-Aranguren, გვ. 138-139.

რომლებიც მოწოდებული იყო დაეცვა ეროვნული კულტურული მემკვიდრეობა.²³⁸

ამავე დროს, გერმანიის სასამართლო პრაქტიკაში ხშირია შემთხვევები, როდესაც გათვალისწინებული არ იქნა მესამე ქვეყნის იმპერატიული ნორმები, მიუხედავად იმისა, რომ ისინი დაკავშირებული იყვნენ ხელშეკრულებასთან.

წამყვან სასამართლო საქმეს ამ მხრივ წარმოადგენს „რუბლის“ საქმე.²³⁹ ფიზიკურმა პირებმა, რომლებიც აპირებდნენ საბჭოთა რუსეთიდან ემიგრირებას, 1920 წელს დადეს სესხის ხელშეკრულება, რომლის მიხედვითაც ვალის გადახდა ნიუ-იორკის ბანკში უნდა მომხდარიყო აშშ-ს დოლარებში. მხარეებმა დათქვეს, რომ მომწესრიგებელი სამართალი იქნებოდა იმ ქვეყნის სამართალი, სადაც მოვალე დასახლდებოდა. საბჭოთა სამართლით ასეთი გარიგება ბათილად ჩაითვლებოდა, ვინაიდან იგი არღვევდა მის სავალუტო წესებს. ისიც ფაქტია, რომ მხარეების მიზანი იყო საბჭოთა სავალუტო წესების (იმპერატიული ნორმების) გვერდის ავლა. მას შემდეგ რაც მოვალე გერმანიაში დასახლდა, 1923 წელს კრედიტორის მიერ ამავე ქვეყნის სასამართლოში შეტანილ იქნა სარჩელი ვალის გადახდის მოთხოვნით.

ამ საქმეში მხედველობაშია მისაღები შემდეგი გარემოებანი: 1) მხარეებმა კონკრეტულად არ მიუთითეს, თუ რომელი ქვეყნის სამართლის გამოყენება სურდათ, მაგრამ მიუთითეს თუ როგორ უნდა დადგენილიყო იგი; 2) ხელშეკრულების დადების დროს, მხარეებს არ ჰქონიათ არანაირი კავშირი სახელმწიფოსთან, რომლის სამართალიც იქნებოდა გამოყენებული; 3) მხარეებმა შეგნებულად გვერდი აუარეს საბჭოთა რუსეთში მოქმედ იმპერატიულ სავალუტო წესებს, მიუხედავად იმისა, რომ ისინი სწორედ ამ ქვეყნის მოქალაქეები იყვნენ, ანუ ყველანაირად ხელშეკრულება დაკავშირებული იყო საბჭოთა რუსეთთან (თუ მხედველობაში არ მივიღებთ მხარეთა მიერ ვალის გადახდის საშუალებად აშშ-ს ვალუტის არჩევას და თანხის ნიუ-იორკის ბანკში შეტანას).

აქ ისმება კითხვა: იმის გამო, რომ მხარეებმა შეგნებულად გვერდი აუარეს საბჭოთა რუსეთის კანონს, ამით მათ ბოროტად ხომ არ ისარგებლეს ნების ავტონომიის პრინციპის განხორციელებისას? და თუ ეს ასეა, გერმანიის სასამართლომ ხომ არ უნდა გამოიყენოს საბჭოთა რუსეთის იმპერატიული ნორმები?

გერმანიის საიმპერიო სასამართლომ არ გამოიყენა რუსეთის სავალუტო წესები, პირიქით, მხარი დაუჭირა მხარეთა საერთო განზრახვას გერმანიის სამართლის გამოყენების შესახებ შემდეგ მოსაზრებათა გამო:

მხარეთა მიერ გვერდავლილი უცხო ქვეყნის იმპერატიული ნორმები მხოლოდ იმ შემთხვევაში იქნებოდა მიღებული მხედველობაში, თუკი ისინი გამოხატავდა ყველა ცივილიზებული ქვეყნისათვის საერთო სამართლებრივ და მორალურ პრინციპებს და

²³⁸ BGH 1972 წლის 22 ივნისი, BGHZ 59, S. 82. pp. 46-47, ციტირებულია: *Ehrenzweig/Jayme*, Private International law, Vol. III, Leiden 1977, p. 26.

²³⁹ RG, მე-5 სამოქ. სენატი. 1923 წლის 3 ოქტომბერი. 108 ERGZ 241.

არა მხოლოდ კონკრეტული სოციალისტური ქვეყნის სოციალურ-პოლიტიკურ მიზნებს, რომლებიც მნიშვნელოვნად განსხვავდებოდა გერმანიის სამართლის პრინციპებისგან.²⁴⁰

მესამე ქვეყნების იმპერატიული ნორმების გამოყენების საკითხში არა მხოლოდ გერმანიის სასამართლო პრაქტიკაა არაერთგვაროვანი, არამედ ჰოლანდიის სასამართლო პრაქტიკაც.

Altanti საქმეში,²⁴¹ ჰოლანდიური გემით კარტოფილი გადაზიდულ იქნა ანტვერპენის პორტიდან (ბელგია) რიოდეჟანეიროს პორტში (ბრაზილია). ტვირთმა დაზიანებული სახით ჩააღწია დანიშნულების ადგილას. კონოსამენტში აღნიშნული იყო, რომ გადაზიდვის ხელშეკრულება უნდა მოწესრიგებულიყო ჰოლანდიის სამართლის მიხედვით. ბელგიის სამართლის მიხედვით, ყოველი კონოსამენტის მიმართ, რომელიც გაცემული ან მიღებული იყო ბელგიის პორტში, უნდა გამოყენებულიყო ბელგიის სამართალი. პრობლემა მდგომარეობდა შემდეგში, გადამზიდველის პასუხისმგებლობის საკითხი, რომელი სამართლით – ბელგიის „ჰააგის წესებით“ (Hague Rules) თუ გადამზიდველისათვის უფრო ლიბერალური, ჰოლანდიური ნორმებით უნდა მოწესრიგებულიყო. იმ დროისათვის ბელგიამ უკვე მოახდინა 1924 წლის ჰააგა-ვეზბის წესების ინკორპორირება თავის კანონმდებლობაში, რომელიც კონოსამენტის ხელშეკრულებების საერთაშორისო უნიფიცირებას შეეხებოდა, ხოლო ჰოლანდია კი იმ დროისათვის არ იყო შეერთებული ამ კონვენციას. „ჰააგის წესების“ მიხედვით, გადამზიდველს არ შეეძლო სახელშეკრულებო დათქმით, ტვირთის დაზიანების შემთხვევაში, თავი აერიდებინა ზიანის ანაზღაურების პასუხისმგებლობისგან. ჰოლანდიის სააპელაციო სასამართლომ გამოიყენა ბელგიის სამართალი. სასამართლოს გადაწყვეტილება ემყარებოდა იმ მოსაზრებას, რომ მიუხედავად მხარეთა მიერ ჰოლანდიის სამართლის არჩევისა, ხელშეკრულება აგრეთვე ექვემდებარებოდა იმ ქვეყნის სამართლის იმპერატიულ ნორმებს, რომელიც მხარეთა მიერ არ იყო გათვალისწინებული.²⁴²

ჰოლანდიის უმაღლესმა სასამართლომ (Hoge Raad) გააუქმა აღნიშნული გადაწყვეტილება. მისი აზრით, ზემოთ აღნიშნული კონცეფცია არ შეესატყვისებოდა ჰოლანდიის საერთაშორისო კერძო სამართლის პრინციპებს: „თუ გავითვალისწინებთ იმ ფაქტს, რომ ხელშეკრულებას საერთაშორისო ხასიათი ჰქონდა, სრულიად დასაშვებია იყო მხარეებს აერჩიათ სხვა სამართლებრივი სისტემა და არა ის, რომელიც გამოყენებულ უნდა ყოფილიყო საკოლიზიო საბმელების შესაბამისად, თუკი ადგილი არ ექნებოდა სამართლის არჩევის ფაქტს. ამრიგად, სამართლის არჩევა ნიშნავს იმას, რომ მხოლოდ არჩეული სამართალი აწესრიგებს მთლიანად ხელშეკრულებას. გამონაკლისი არ დაიშვება არა მხოლოდ დისპოზიციურ, არამედ ასევე იმპერატიული ნორმებისთვისაც – რომელი ქვეყნის

²⁴⁰ Blom, Choice of Law Methods in the Private International Law of Contract, The Canadian Yearbook of International Law 1978 Vol. XVI, p. 258.

²⁴¹ Hoge Raad, 1966 წლის 13 მაისის გადაწყვეტილება. N.J. 1967, No. 3. ციტირებულია: Schultsz, Dutch Antecedents and Parallels to Article 7 of the EEC Contracts Convention of 1980, 1983 Vol. 47 RabelsZ, p. 273.

²⁴² იქვე, გვ. 273.

სამართალსაც არ უნდა განეკუთვნებოდნენ ისინი, თუნდაც იმ სამართლებრივ სისტემას, რომლითაც უნდა მოწესრიგებულიყო ხელშეკრულება – მხარეებს სხვა სამართალი რომ არ აერჩიათ. აქედან გამომდინარე, ზემოხსენებული გადაზიდვის ხელშეკრულება ბუნებრივად დაკავშირებული იყო ბელგიის სამართალთან და იგი იქნებოდა გამოყენებული თუკი მხარეები არ აირჩევდნენ ხელშეკრულების მომწესრიგებელ სამართალს. ახლა კი, როცა მხარეებმა აირჩიეს ჰოლანდიის სამართალი, სწორედ იგი უნდა იყოს გამოყენებული ხელშეკრულების მიმართ . . . ჰოლანდიის სასამართლომ მხოლოდ იმ შემთხვევაში უნდა მიიღოს მხედველობაში უცხო ქვეყნის იმპერატიული ნორმები და მხოლოდ იმ შემთხვევაში უნდა დააყენოს ისინი მხარეთა მიერ არჩეულ ჰოლანდიის სამართალზე უფრო წინ, თუკი მოცემულ (უცხო) ქვეყანას კონკრეტული ხელშეკრულების მიმართ გააჩნია უმნიშვნელოვანესი ინტერესები“.²⁴³ მოცემულ კონკრეტულ შემთხვევაში კი ჰოლანდიის უმაღლესმა სასამართლომ ვერ პოვა, რომ ბელგიის სახელმწიფოს ინტერესები იმდენად მნიშვნელოვნად იყო შეხებული, რომ მისი სამართლის იმპერატიული ნორმები უნდა ყოფილიყო გამოყენებული.

ის რაც ითქვა ეროვნულ სასამართლოებზე – ვრცელდება აგრეთვე საერთაშორისო არბიტრაჟებზეც. ასეთი ვალდებულება ასახულია მრავალ საერთაშორისო კონვენციაში.²⁴⁴

ბოლო დროს, ზოგიერთი ქვეყნის სასამართლო პრაქტიკა უფრო მეტ ყურადღებას უთმობს მესამე ქვეყნის იმპერატიული ნორმების გამოყენებას. ძირითადად ეს გამოწვეულია პრაქტიკული მოსაზრებით. თუ საქმე შეეხება იმ ქვეყნის იმპერატიული ნორმების გამოყენებას, სადაც სასამართლო გადაწყვეტილება უნდა აღსრულდეს, მაშინ მოსამართლეს ფაქტიურად არ გააჩნია არჩევანი. იგი იძულებულია გამოიყენოს ზემოაღნიშნული ქვეყნის იმპერატიული ნორმები.

პრაქტიკული მოსაზრებიდან გამომდინარე სასამართლომ მხარი უნდა დაუჭიროს იმ ქვეყნის პირდაპირი მოქმედების ნორმების გამოყენებას, რომელიც de facto აკონტროლებს ხელშეკრულების შესრულებას. არა მხოლოდ მორალური, არამედ პრაქტიკული თვალსაზრისითაც მიუღებელია მხარდაჭერილ იქნეს კონტრაქტთა ისეთი განზრახვა, რომელიც იმ ქვეყნის იმპერატიული ნორმების იგნორირებას ახდენს, სადაც ხელშეკრულება უნდა შესრულდეს.

ამის თაობაზე პირდაპირაა მითითებული რომი I რეგლამენტით, რომლის მე-9 III მუხლის მიხედვითაც შესაძლოა გამოყენებულ იქნეს იმ ქვეყნის იმპერატიული ნორმები (overriding mandatory provisions), სადაც ხელშეკრულება უნდა შესრულდეს ან უკვე შესრულდა, იმდენად რამდენადაც ეს იმპერატიული ნორმები უთითებენ ხელშეკრულების უკანონობაზე. გამოყენებულ უნდა იქნეს თუ არა ხსენებული

²⁴³ იქვე, გვ. 273-274.

²⁴⁴ ქუენვის 1927 წლის კონვენცია: „უცხო არბიტრაჟის გადაწყვეტილებების აღსრულების შესახებ“ (პირველი მუხლი); ნიუ-იორკის 1958 წლის კონვენცია: „უცხო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობის და აღსრულების შესახებ“ (მე-5 V მუხლი); UNCITRAL-ის მოდელური კანონი „საერთაშორისო არბიტრაჟების შესახებ“ (36-ე I მუხლი).

იმპერატიული ნორმები, დამოკიდებულია მათ ბუნებაზე, მიზანზე და მათი გამოყენება-არგამოყენების შედეგზე.²⁴⁵

მიუხედავად ზემოთ მოყვანილი არგუმენტებისა, რომლებიც მხარს უჭერს პრაქტიკულ მიდგომას და, შესაბამისად, სასამართლოს აქტიურ როლს მესამე ქვეყნის პირდაპირი მოქმედების ნორმების დადგენის და გამოყენების საკითხში, მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული აგრეთვე მხარეთა კანონიერი მოლოდინი, რომელიც შესაძლოა სულაც არ ითვალისწინებს მესამე ქვეყნის იმპერატიული ნორმების გამოყენებას. ცნობილი გერმანელი კოლიზიონისტი კეგელი, აკრიტიკებდა რა რომის კონვენციის მე-7 I მუხლს, ამბობდა: ეს ნორმა არ აკმაყოფილებს იმ მოთხოვნებს, რაც სამართლებრივ ნორმას მოეთხოვება. ამ ნორმის გამო იურისტებს არ შეუძლიათ რჩევა მისცენ თავიანთ კლიენტებს.²⁴⁶

არგენტინელმა იურისტმა გრიგერა ნაონმა²⁴⁷ მართებულად განაცხადა, რომ როდესაც საუბარია მხარეთა კანონიერ მოლოდინზე, იგულისხმება ობიექტური კრიტერიუმი, ანუ რომელი ქვეყნის იმპერატიული ნორმების გამოყენება უნდა ყოფილიყო მხარეთათვის წინასწარ მოსალოდნელი და არა ის – თუ სინამდვილეში რომელი ქვეყნის იმპერატიული ნორმების გამოყენებას ელოდნენ მხარეები (სუბიექტური კრიტერიუმი). ფაქტია, რომ მხარეთათვის ობიექტურად მოულოდნელი არ უნდა იყოს საერთაშორისო არბიტრაჟის (იგივე ეროვნული სასამართლოს) მიერ ხელშეკრულების შესრულების ადგილის იმპერატიული ნორმების გამოყენება, თუმცა სინამდვილეში (სუბიექტური კრიტერიუმით) ეს შესაძლოა ასე სულაც არ იყოს. ასეა თუ ისე, ფაქტია რომ სასურველი არაა იმ ქვეყნის იმპერატიული ნორმების გამოყენება, რომელსაც მხარეები წინასწარ არ ელოდნენ, თუმცა ეს უკანასკნელი პრობლემა გაცილებით მცირდება, როდესაც საუბარია იმ ქვეყნის იმპერატიული ნორმების გამოყენებაზე, რომელიც მნიშვნელოვნადაა დაკავშირებული ხელშეკრულებასთან.²⁴⁸

ამავე დროს უნდა აღინიშნოს, რომ პრაქტიკაში ყველაფერი ისე მარტივად არ არის, როგორც ერთი შეხედვით შეიძლება ჩანდეს. ჯერ ერთი – სასამართლომ, საქმის განხილვის დროს, შეიძლება სულაც არ იცოდეს, თუ რომელ ქვეყანაში იქნება აღსასრულებელი მის მიერ შემდგომში გამოტანილი გადაწყვეტილება. ამისთვის საჭიროა სასამართლომ წინასწარ იცოდეს, თუ რომელი მხარე გაიმარჯვებს, ხოლო ეს კი ხშირ შემთხვევაში დამოკიდებულია ამა თუ იმ ქვეყნის იმპერატიული ნორმების გამოყენება – არგამოყენების საკითხზე.

ზემოთ ითქვა, რომ სასამართლომ უნდა გამოიყენოს იმ ქვეყნის იმპერატიული ნორმები, სადაც მის მიერ გამოტანილი გადაწყვეტილება უნდა იქნეს აღსრულებული. შესაძლოა ადგილი ჰქონდეს შეკრულ წრეს. წარმოუდგენელია რა უნდა მოიმოქმედოს მოსამართლემ (არბიტრმა), როდესაც მის მიერ მიღებული გადაწყვეტილება

²⁴⁵ *Bonomi*, *Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts*, Yearbook of Private International Law, Vol. X 2008, p. 286.

²⁴⁶ *Kegel*, *The Role of Public Law in Private International Law: German Report*, ed. Klein Frederic-Edouard. Basle Symposium on the Role of Public Law in Private International Law, 1991, p. 60.

²⁴⁷ *Grigera Naon*, *International Contract Law, "Lois de Police" and Self-appicating Rules: An Argentine Outlook*, 19 Vortrage, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, 1983, pp. 5-19.

²⁴⁸ იქვე. გვ. 18.

ერთდროულად რამდენიმე ქვეყანაში უნდა აღსრულდეს? რომელი ქვეყნის იმპერატიულ ნორმებს უნდა დაუჭიროს მან მხარი, როდესაც ისინი განსხვავებულად აწესრიგებენ სამართალურთიერთობას?

ასევე უნდა აღინიშნოს იმის შესახებაც, რომ მესამე ქვეყნის იმპერატიული ნორმების გამოყენებას შეიძლება მოყვეს განსახილველი საქმის უფრო გართულება (პროცესის გაძვირება) და გარკვეული სახის გაურკვეველობის ელემენტების შეტანაც.

ძნელია პანაცეა იქნეს ნაპოვნი ზემოთ განხილული პრობლემების გადასაწყვეტად: არც მესამე ქვეყნების იმპერატიული ნორმების სრული იგნორირებაა შესაძლებელი (თუნდაც პრაქტიკული თვალსაზრისით) და არც მისი გამოყენებაა უპრიანი – სტაბილურობის და მხარეთა კანონიერი მოლოდინის განცდის შესაძლო ხელყოფის გამო.

უპრიანი იქნება თუ საქართველოს სასამართლოები ამ საკითხთან დაკავშირებით გერმანიის სასამართლოების მსგავს პოზიციას დაიკავენ. თუ ისინი საჭიროდ ჩათვლიან მესამე ქვეყნის იმპერატიული ნორმების გამოყენებას, მაშინ მათ უნდა იმოქმედონ, ანუ გაითვალისწინონ უცხო ქვეყნის ნორმის სამართლებრივი ბუნება (იგი საჯარო-სამართლებრივია თუ კერძოსამართლებრივი); დაადგინონ მესამე ქვეყნის იმპერატიული ნორმების მიზანი (მაგალითად, მოწოდებულია იგი თუ არა დაიცვას შესაბამისი ქვეყნის კულტურული მემკვიდრეობა); მათი გამოყენება – არგამოყენების შედეგი (მაგალითად, საქართველოს სასამართლოს გადაწყვეტილება უნდა აღსრულდეს თუ არა იმ ქვეყანაში, რომლის იმპერატიულ ნორმების გამოყენებაზეცაა მსჯელობა და სხვა), ანუ როგორც ეს გათვალისწინებულია რომი I რეგლამენტის მე-9 III მუხლით.²⁴⁹

§ 7. მესამე ქვეყნის სამართლის იმპერატიული ნორმები და მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპი საქართველოს საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ კანონით

ისმება კითხვა, საქართველოს სკსკ 35-ე III მუხლით გათვალისწინებულ ნორმაში მესამე ქვეყნის სამართლის იმპერატიული ნორმები ხომ არ იგულისხმება? შესაძლებელია კანონის ავტორებს სწორედ ეს ჰქონდათ მხედველობაში, მაგრამ ფაქტია, რომ ტექნიკური თუ სხვა, უცნობი მიზეზის გამო, ეს მათ არ გამოუვიდათ. აღნიშნული ნორმით გათვალისწინებულია შემდეგი:

„სამართლის არჩევა ჩაითვლება ბათილად, თუ იგი უგულვებელყოფს ხელშეკრულებასთან ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული ქვეყნის სამართლის იმპერატიულ ნორმებს“.

²⁴⁹ აღსანიშნავია, რომ რომი I რეგლამენტის მე-9 III მუხლი კომპრომისული ვარიანტი იყო იმ ქვეყნების წარმომადგენლებს შორის, რომლებიც მხარს უჭერდნენ რომის 1980 წლის კონვენციის მე-7 I მუხლის ანალოგიური ნორმის არსებობასა და გაერთიანებული სამეფოს (ბრიტანეთის) წარმომადგენლებს შორის, რომლებიც სამართალურთიერთობაში უფრო მეტი სიცხადის შეტანის მომხრეები იყვნენ, რათა არ შეზღუდულიყო მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპი. იხ. *Harris, Jonathan, Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation*, (eds) Franco Ferrari, Stefan Leible, *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, 2009, pp. 341.

თავიდანვე უნდა ითქვას, მსგავსი ნორმა არათუ გერმანიის სკსკ-ში, არამედ არცერთ სხვა მოწინავე ქვეყნის კანონმდებლობაში და საერთაშორისო კონვენციაში არ მოიპოვება. მიზეზი მარტივია: ის შედეგი, რაც ამ ნორმის გამოყენებას შეიძლება მოჰყვეს, სხვა არაფერია თუ არა მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის სრული უარყოფა.

მაგალითი:

ქართულმა და ფრანგულმა საწარმომ დადეს ხელშეკრულება პარიზში, რომლის მოსაწესრიგებლადაც აირჩიეს ავსტრიის „ნიეტრალური“ სამართალი. ამრიგად, გარიგებას არანაირი კავშირი ავსტრიასთან არ აქვს (თუმცა რომც ჰქონოდა, ესეც საკმარისი არ იქნებოდა. ზემოაღნიშნული ნორმის მიხედვით საჭირო იყო „ყველაზე მჭიდრო კავშირის“ არსებობა). აქედან გამომდინარე, საქართველოს სკსკ 35-ე III მუხლის მიხედვით კონტრაქტთა შეთანხმება სამართლის არჩევის საკითხში ბათილად უნდა იქნეს ცნობილი, რადგან ფაქტია, რომ ხელშეკრულება ყველაზე მეტად საფრანგეთის, ან საქართველოს მართლწესრიგთან არის დაკავშირებული. აქედან გამომდინარე, მხარეებმა უარყვეს რა ზემოთ ნახსენები სამართლებრივი სისტემების გამოყენება, მათ ამით **უგულაბელყვეს** ხელშეკრულებასთან ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული ქვეყნის სამართლის იმპერატიულ ნორმების გამოყენებაც, რითაც დარღვეულ იქნა საქართველოს სკსკ 35-ე III მუხლის იმპერატიული მოთხოვნა.

უფრო მეტიც, მხარეებს ნეიტრალური – ავსტრიული სამართალი კი არა, არამედ ფრანგული სამართალიც რომ აერჩიათ, საქართველოს სკსკ 35-ე III მუხლის მიხედვით საქართველოს სასამართლოებს მაინც ბათილად უნდა ეცნოთ ხსენებული დათქმა, რადგან ხელშეკრულება არა მხოლოდ საფრანგეთთან, არამედ საქართველოსთანაც მჭიდროდ იყო დაკავშირებული. ფრანგული სამართლის არჩევით კი **უგულაბელყოფილი** იქნებოდა ქართული სამართლის იმპერატიული ნორმების გამოყენება.

ცხადია, პრობლემა მარტივად გადაწყდებოდა, თუ არ იარსებებდა ხსენებული ნორმა, ასეთ შემთხვევაში სასამართლო დაეყრდნობოდა საქართველოს სკსკ მე-6 მუხლს, რომლის შესაბამისადაც **„ამ კანონის დებულებები არ ვრცელდება საქართველოს იმპერატიული ნორმების მოქმედებაზე, მიუხედავად იმისა, თუ რომელი ქვეყნის სამართალი გამოიყენება ურთიერთობათა მოწესრიგებისას“**.

ამრიგად, სკსკ მე-6 მუხლზე დაყრდნობით, სასამართლო ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად გამოიყენებდა იმ ქვეყნის სამართალს რომელიც მხარეებმა აირჩიეს და დამატებით საქართველოს საერთაშორისო ხასიათის იმ იმპერატიულ ნორმებს (პირდაპირი მოქმედების ნორმებს), რომლის გამოყენებაც მოცემული სამართალურთიერთობის მიმართ საქართველოს კანონმდებლობით სავალდებულოა.

საუკუნის დასაწყისში კონტინენტური ევროპის ქვეყნებში გაავრცელებული იყო დოქტრინა, რომლის მიხედვითაც მხარეებს არ შეეძლოთ ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად უცხო ქვეყნის სამართლის არჩევა და თუკი ასეთს მაინც ექნებოდა ადგილი, მაშინ

ასეთი დათქმა კი არ გაუქმდებოდა (საქართველოს სკსკ-ის 35-ე III მუხლისგან განსხვავებით), არამედ იგი განხილულ იქნებოდა როგორც მხარეთა სურვილი – ხელშეკრულებაში მოხდენილიყო უცხო ქვეყნის სამართლის ნორმების ინკორპორაცია. ეს მოსაზრება, რომელიც XX საუკუნის დასაწყისში იყო გამოთქმული, ითვალისწინებდა მხოლოდ მატერიალურ-სამართლებრივი სახის ნების ავტონომიის პრინციპის განხორციელებას, რასაც ასევე ხელშეკრულების შინაარსის თავისუფლების პრინციპი ეწოდება. როგორც ნაშრომის დასაწყისში აღინიშნა, ზემოაღნიშნული მოსაზრებები, რომლებიც ნაწილობრივ მაინც ზღუდავდა მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპს საერთაშორისო კომერციულ ხელშეკრულებებში, უარყოფილ იქნა.

სამწუხაროდ, საქართველოს სკსკ-ის 35-ე III მუხლით, არათუ მხარეთა მიერ ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად რომელიმე ქვეყნის სამართლის არჩევაა შეზღუდული, არამედ ასევე კითხვის ნიშნის ქვეშ დგება ხელშეკრულებაში უცხო ქვეყნის სამართლის ნორმების ინკორპორაციის შესაძლებლობაც. ასეთს კი ადგილი არცერთი ქვეყნის კანონმდებლობაში არ ჰქონდა (მათ შორის არც საბჭოთა კავშირში).

ხსენებული ნორმის „წარუმატებლობა“ კიდევ იქიდან ჩანს, რომ საუბარია არა მაინცდამაინც საქართველოს იმპერატიული ნორმების გათვალისწინებაზე, არამედ ხელშეკრულებასთან ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული ქვეყნის სამართლის იმპერატიულ ნორმებზე.

მაგალითი:

უზბეკმა და აზერბაიჯანელმა კომერსანტებმა დადეს ხელშეკრულება ბაქოში, ხოლო გარიგება კი საქართველოს სამართალს და სასამართლო იურისდიქციას დაუქვემდებარეს. საქართველოს სასამართლომ ასეთ შემთხვევაში მსოფლიოში უპრეცედენტოდ კურიოზული გადაწყვეტილება უნდა მიიღოს და იმის მაგივრად, რომ ქართული სამართლით მოაწესრიგოს სამართალ-ურთიერთობა (არადა ყველა ქვეყნის სასამართლო მიდრეკილია იქითკენ, რომ საერთაშორისო ხელშეკრულებების მიმართ, თუკი ამის შესაძლებლობა აქვთ, თავიანთი სამართალი გამოიყენონ), პირიქით უნდა „დატუქსოს“ მხარეები ქართული სამართლის არჩევისთვის და უნდა გააუქმოს ასეთი დათქმა, ვინაიდან მხარეებმა გვერდი აუარეს ხელშეკრულებასთან ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული აზერბაიჯანის სამართლის იმპერატიულ ნორმებს.

ისმება კითხვა, საიდან გაჩნდა სსკსკ-ში ასეთი, ცოტა არ იყოს უცნაური სახის ნორმა, თუკი მას არცერთი მოწინავე (თუ არამოწინავე) ქვეყნის თანამედროვე კანონმდებლობა არ ითვალისწინებს? შესაძლოა პასუხი უნდა ვეძიოთ სოციალისტური ჩეხოსლოვაკიის 1948 წლის, მრავალი წლის წინ შეცვლილ, საერთაშორისო კერძო სამართლის კანონში. კერძოდ, აღნიშნული კანონის მე-9 მუხლის მიხედვით, მხარეთა შეთანხმება სამართლის არჩევის საკითხში იქნებოდა ნამდვილი თუ ამით არ ხდებოდა იმ ქვეყნის სამართლის იმპერატიული ნორმების იგნორირება, რომელზეც იქნებოდა დაქვემდებარებული მოცემული ხელშეკრულება თუ მხარეები კომპეტენტური სამართლის არჩევისგან შეიკავებდნენ თავს. ეს იყო იმ დოქტრინის გამოძახილი,

რომელიც მხარეთა მიერ სამართლის არჩევას განიხილავდა როგორც მატერიალურსამართლებრივი ხასიათის მქონე მოვლენას. ამ დოქტრინის თანახმად, მხარეთა მიერ სამართლის არჩევის წინაპირობა უნდა იყოს ის მართლწესრიგი, რომელიც ობიექტური კრიტერიუმით უნდა იქნეს დადგენილი. ჩეხოსლოვაკიის კანონის მე-9 მუხლიდან გამომდინარეობდა, რომ მოსამართლეს ჯერ უნდა დაედგინა თუ რომელი ქვეყნის სამართალი ექვემდებარება გამოყენებას და შემდეგ ემსჯელა მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის რეალიზაციაზე. სხვა სიტყვებით, მოსამართლეს უნდა ეხელმძღვანელა ობიექტური საკოლიზიო კრიტერიუმით, რათა დაედგინა ე.წ. პირველადი სტატუსი, რომელიც დამოუკიდებელი იყო მხარეთა ნებისგან. მხოლოდ ამის შემდეგ მოსამართლეს შეეძლო გადაეწყვიტა საკითხი იმის შესახებ, ხომ არ ეწინააღმდეგებოდა მხარეთა მიერ არჩეული სამართალი მის მიერ დადგენილი პირველადი სტატუსის (სამართლებრივი სისტემის) იმპერატიულ ნორმებს.²⁵⁰

ეს თეორია პირველად ასახული იყო ავსტრიის 1913 წლის საერთაშორისო კერძო სამართლის კანონპროექტში.²⁵¹ მან გავლენა მოახდინა ზოგიერთი ქვეყნის პრაქტიკაზე და მას დასავლეთის ქვეყნების ზოგიერთი ავტორი ემხრობოდა, თუმცა საბოლოო ჯამში ეს პოზიცია იქ გაზიარებულ არ იქნა. ეს შეხედულება თვით ჩეხოსლოვაკიის იურიდიულ ლიტერატურაში იქნა გაკრიტიკებული, სადაც სამართლიანად აღინიშნა, რომ იგი მოსამართლეს აკისრებდა იმდენად დიდ ტვირთს, რომ ამით შეუძლებელი იყო ხელი შეწყობოდა სასამართლო პრაქტიკის სტაბილურობას და ჩეხოსლოვაკიის საგარეო-საგაჭრო ინტერესებს. ჩეხოსლოვაკიის 1963 წლის საერთაშორისო კერძო სამართლის კანონით ხსენებული დოქტრინა არ იქნა გათვალისწინებული. მხარეთა მიერ კომპეტენტური სამართლის არჩევა დასაშვები გახდა ყოველგვარი შეზღუდვის გარეშე, თუკი ამით არ ირღვეოდა lex fori-ს საჯარო წესრიგი.²⁵²

ნათელია, რომ არც ქართველი კანონმდებლის და არც კანონპროექტის ავტორების ნამდვილი მიზანი არ იყო მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის შეზღუდვა. ფაქტია, რომ აქ აღვილი აქვს აშკარა ხარვეზს, რომლის გამოსწორებაც აუცილებელია. ამ პრობლემის გამოსასწორებლად კი როგორც ზემოთ აღინიშნა სრულიად საკმარისია საქართველოს სკსკ 35-ე III მუხლის გაუქმება, რადგან ამავე კანონის მე-6 მუხლით წესრიგდება ყველა ის საკითხი რაზეც ზემოთ იყო მითითებული.

²⁵⁰ Луиц, Международное частное право, Особенная часть, 1975 М., с. 201-202.

²⁵¹ იქვე, 202.

²⁵² იქვე, 202-203.

§8. Lex fori-ს საჯარო წესრიგის ნორმები და მხარეთა ნების ავტონომია

საჯარო წესრიგის შესახებ მრავალი თეორია არსებობს და იგი ცალკე კვლევის საგანს წარმოადგენს. მოცემულ ნაშრომში განხილულ იქნება მხოლოდ ის საკითხები, რა უშუალოდ სახელშეკრულებო ურთიერთობების მიმართ საჯარო წესრიგის ნორმების გამოყენებას შეეხება.

პროფესორი ზოიძე საჯარო წესრიგის ცნებას შემდეგნაირად განმარტავს: „მასში იგულისხმება სამოქალაქო ბრუნვის ფუნდამენტალური პრინციპები, როგორცაა საკუთრების, ხელშეკრულებისა და მეწარმეობის თავისუფლებანი და ა.შ. საჯარო წესრიგის დარღვევით ილახება არა მხოლოდ ურთიერთობის კონკრეტული მონაწილის უფლებები, არამედ იგი ვნებას აყენებს, პირველ რიგში, სახელმწიფოსა და საზოგადოების ინტერესებს“.²⁵³

ცხადია, ავტორი აქ გულისხმობს სამოქალაქო კოდექსის მე-2 IV მუხლით და 54-ე მუხლით გათვალისწინებულ ნორმებს.²⁵⁴ თუმცა, საქართველოს სსკ-ით გათვალისწინებული საჯარო წესრიგის ნორმები მოქმედების სფერო არ შემოიფარგლება მხოლოდ სამოქალაქო ბრუნვის ფუნდამენტალური პრინციპების დაცვაში, არამედ ასევე საჯარო სამართლის (მაგალითად ადამიანის ძირითადი უფლებების, მათ შორის პოლიტიკური უფლებების) დაცვაში.

ამრიგად, საჯარო წესრიგის ნორმები მოწოდებულია დაიცვას სასამართლოს ქვეყნის მართლწესრიგი უცხო ქვეყნის სამართლებრივი ნორმების მოქმედებისგან, რომლებიც ფუნდამენტურად შეუთავსებელია მასთან – ეკონომიკური, მორალური თუ პოლიტიკური ფაქტორებიდან გამომდინარე. სასამართლო მოწოდებულია უზრუნველყოს თავისი ქვეყნის ზემოთ აღნიშნული ფუნდამენტური სამართლებრივი პრინციპების ხელშეუხებლობა – ყოველგვარი გამონაკლისის გარეშე. სწორედ ასეთი მიდგომაა გათვალისწინებული საქართველოს სსკ-ის მე-5 მუხლით:

„საქართველოში უცხო ქვეყნის სამართლის ნორმები არ გამოიყენება, თუ ეს ეწინააღმდეგება საქართველოს ძირითად სამართლებრივ პრინციპებს“²⁵⁵

ზემოაღნიშნული ნორმა მოწოდებულია დაიცვას საქართველოს ფუნდამენტური (ძირითადი) სამართლებრივი პრინციპები,²⁵⁶ რომლებიც შეიძლება ხელყოფილ იქნეს უცხო ქვეყნის სამართლის ნორმების გამოყენების შედეგად. მთავარი აქცენტი აქ გამახვილებულია არა რომელიმე უცხო ქვეყნის ნორმის წინააღმდეგ, არამედ იმ შედეგის დადგომის თავიდან ასაცილებლად, რომელიც ასეთი ნორმის გამოყენებას მოჰყვება.

²⁵³ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი პირველი (სამართალი), თბ., 1999, გვ. 178.

²⁵⁴ სხვა საკითხია, კონცეპტუალურად საერთოდ რამდენად მართებულია საჯარო წესრიგის პრინციპის ასახვა სამოქალაქო კოდექსში, როდესაც იგი აშკარად საკოლიზიო სამართლის ინსტიტუტს წარმოადგენს.

²⁵⁵ იხ. აგრეთვე სსკ-ის 68-ე II მუხლი.

²⁵⁶ იხ. ლილუაშვილი, საერთაშორისო კერძო სამართალი (ჯისიაი) თბ., 2001, გვ. 42.

ზემოთ აღნიშნულმა მოსაზრებამ პირდაპირი ასახვა პოვა გერმანიის სკსკ-ის მე-6 მუხლში, რომლის მიხედვითაც:

„უცხო სამართლის ნორმა არ გამოიყენება, *თუ მისი გამოყენება გამოიწვევს ისეთ შედეგს*, რომელიც შეუთავსებელია გერმანული სამართლის ძირითად პრინციპებთან. განსაკუთრებით იგი არ შეიძლება გამოყენებულ იქნეს, თუ მისი გამოყენება *შეუთავსებელია ძირითად უფლებებთან*“.²⁵⁷

ამრიგად, ქართული და გერმანული ნორმები შინაარსობრივად მსგავსია. ამავე დროს გერმანული ნორმა „ძირითად სამართლებრივ პრინციპებზე“ უფრო მეტად ყურადღებას ამახვილებს „ძირითადი უფლებების“ ხელშეუხებლობაზე. ეს განპირობებულია იმით, რომ საერთაშორისო თანამშრომლობის ინტერესები მოითხოვს, რათა ეროვნულმა სასამართლოებმა რაც შეიძლება ნაკლებად გამოიყენონ საჯარო წესრიგის პრინციპი, თუკი, ცხადია, ამისთვის ძალიან მნიშვნელოვანი საფუძველი არ არსებობს.

უნდა აღინიშნოს, რომ გერმანული კანონმდებლობა აღნიშნულ საკითხს წარსულში სხვაგვარად აწესრიგებდა. იგი ვრცლად განმარტავდა საჯარო წესრიგის პრინციპს. ზემოაღნიშნულმა ნორმამ 1986 წელს შეცვალა ძველი „სავინისეული“ ნორმა, რომლის მიხედვითაც უცხო ქვეყნის სამართლებრივი ნორმები არ გამოიყენება თუკი ისინი *„ეწინააღმდეგებიან კეთილ ზნეს და გერმანიის სამართლის მიზნებს“*. ადრინდელი ნორმა ძალზედ ფართო უფლებამოსილებას ანიჭებდა სასამართლოებს, რათა მათ საჭიროების შემთხვევაში გამოეყენებინათ საჯარო წესრიგის დათქმა, თუკი ჩათვლიდნენ, რომ საფრთხე ემუქრებოდა „გერმანიის სამართლის მიზნებს“.

ყველაზე ხშირად გერმანიის სასამართლოები საჯარო წესრიგის პრინციპს იყენებდნენ პირველი მსოფლიო ომის შემდეგ ე. წ. სავალუტო დაკავშირებით. საინტერესოა, რომ დროთა განმავლობაში გერმანიის სასამართლოები სულ უფრო იშვიათად იყენებდნენ საჯარო წესრიგის პრინციპს, ვინაიდან მათ ცხადად გააცნობიერეს, რომ ამას მოითხოვდა საერთაშორისო სავაჭრო ბრუნვის ინტერესები. ჯერ კიდევ 1918 წელს გერმანიის საიმპერიო სასამართლომ განაცხადა, რომ საჯარო წესრიგის დათქმა არ უნდა ყოფილიყო გამოყენებული ყველა შემთხვევაში, როდესაც უცხო ქვეყნის ნორმები ეწინააღმდეგებოდა გერმანიის იმპერატიულ ნორმებს, არამედ იგი გამოყენებულ უნდა ყოფილიყო მხოლოდ მაშინ, როდესაც პოლიტიკურ და საზოგადოებრივ შეხედულებებს შორის, რომლებსაც შესაბამისად ემყარებოდა გერმანიის და უცხო ქვეყნის სამართალი, იმდენად დიამეტრალურად შეუთავსებელი პოზიცია ჰქონდათ ერთმანეთთან, რომ უცხო ქვეყნის ნორმების გამოყენებას შეეძლო შეერყია გერმანიის პოლიტიკური და სოციალური ცხოვრების საფუძვლები.²⁵⁸

ამრიგად, გერმანიის სასამართლო პრაქტიკამ დროთა განმავლობაში ვიწროდ განმარტა საჯარო წესრიგის დათქმა, ხოლო

²⁵⁷ Международное частное право, Иностранное законодательство, Предисл. Маковского; сост. и науч. ред. Жильцов, Муранов (Статут) М., 2001, с. 271.

²⁵⁸ 1918 წლის 28 ივნისის გადაწყვეტილება, 93 ERGZ 182, ციტირებულია: *Мосс*, Автономия воли в практике международного арбитража (Норск гидро), М., 1996, с. 29-30.

მოგვიანებით კი, როგორც ზემოთ ითქვა, შესაბამისი ცვლილებები განხორციელდა გერმანულ კანონმდებლობაშიც.

საერთაშორისო კონვენციებით და ეროვნული კანონმდებლობით, საჯარო წესრიგის დათქმა რაც შეიძლება იშვიათად უნდა იქნეს გამოყენებული და ისიც, მხოლოდ განსაკუთრებულ შემთხვევებში, როდესაც უცხო ქვეყნის სამართლის ნორმების გამოყენება ეწინააღმდეგება lex fori-ს ფუნდამენტალურ სამართლის პრინციპებს. სწორედ ამგვარადაა ეს საკითხი გადაწყვეტილი რომის კონვენციით და რომი I-ის რეგლამენტით.

რომის კონვენციის მე-16 მუხლით გათვალისწინებულია შემდეგი: „რომელიმე ქვეყნის სამართლის ნორმების გამოყენებაზე უარის თქმა, გათვალისწინებული წინამდებარე კონვენციით, დასაშვებია მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუკი მისი გამოყენება *აშკარად შეუთავსებელი* იქნება სასამართლოს ადგილსამყოფელი ქვეყნის საჯარო წესრიგთან“.²⁵⁹

პრაქტიკაში საჯარო წესრიგის დათქმის გამოყენება შეიძლება შემდეგნაირად იქნეს წარმოდგენილი: საქართველოს სასამართლო, მას შემდეგ რაც სახელშეკრულებო სამართალურთიერთობაში უცხოურ ელემენტს აღმოაჩენს, დახმარებისთვის მიმართავს საქართველოს სკსკ-ს. თუ ამ უკანასკნელმა მიუთითა, რომ ხელშეკრულების მიმართ გამოყენებულ უნდა იქნეს უცხო ქვეყნის მატერიალური სამართალი და არა lex fori, მაშინ სასამართლო მხედველობაში მიიღებს იმ შედეგს, რომელიც შეიძლება მოჰყვეს უცხო ქვეყნის სამართლის ნორმების გამოყენებას. თუ შედეგი შეუთავსებელი იქნება საქართველოს ძირითად სამართლებრივ პრინციპებთან, მაშინ სასამართლო მათ არ გამოიყენებს.

ისმება კითხვა, თუ სასამართლო არ გამოიყენებს უცხო ქვეყნის სამართლის ნორმებს, მაშინ როგორ უნდა გადაწყდეს აღნიშნული საკითხი?

გერმანიის იურიდიულ ლიტერატურაში გაბატონებული შეხედულებების თანახმად, თუ უცხო ქვეყნის სამართლის ნორმების გამოყენება გამოიწვევს ისეთ შედეგს, რომელიც შეუთავსებელია გერმანიის სამართლის ძირითად პრინციპებთან, მაშინ არსებული ხარვეზი უნდა შეივსოს იმავე უცხო ქვეყნის სხვა ანალოგიური ნორმების გამოყენებით, რომლებიც უკვე აღარ იქნებიან შეუთავსებელი გერმანული სამართლის ფუნდამენტური პრინციპებისადმი და მხოლოდ იმ შემთხვევაში თუ ასეთი ნორმების დადგენაც შეუძლებელია, გამოყენებულ უნდა იქნეს გერმანული სამართალი.²⁶⁰

გერმანიის სასამართლო პრაქტიკა ამ მხრივ არაერთგვაროვანია. ზოგიერთ საქმეში გამოიყენება უცხო ქვეყნის სამართლის სხვა „მოდიფიცირებული“ ნორმები, ზოგ შემთხვევაში კი lex fori.²⁶¹

უმეტესი ქვეყნები ზღუდავენ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპს თუკი უცხო ქვეყნის ნორმების გამოყენებას მოყვება lex fori-ს საჯარო

²⁵⁹ შინაარსობრივად ანალოგიური ნორმაა გათვალისწინებული რომი I რეგლამენტით (21-ე მუხლი).

²⁶⁰ Dickson, The Reform of Private International Law in the Federal Republic of Germany, 34 ICLQ (1985) p. 242.

²⁶¹ იხ. Кётуц/Лорман, Международное договорное и хозяйственное право, Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии (БЕК), М., 2001 с. 233.

წესრიგის ხელყოფა. თუმცა, არსებობს გამონაკლისებიც, კერძოდ: პორტუგალია საკანონმდებლო წესით განსხვავებულად წყვეტს აღნიშნულ საკითხს. ამ უკანასკნელის 1966 წლის სამოქალაქო კოდექსის 22-ე მუხლის მიხედვით:

„1. არ გამოიყენება საკოლიზიო ნორმის მიერ მითითებული უცხო ქვეყნის სამართლის ნორმები თუკი მათი გამოყენება დაარღვევს პორტუგალიის სახელმწიფოს საერთაშორისო საჯარო წესრიგის ფუძემდებლურ პრინციპებს.

2. ასეთ შემთხვევაში გამოიყენება კომპეტენტური უცხო ქვეყნის სამართლის *სხვა შესაფერისი ნორმები*, ან სუბსიდიულურად, პორტუგალიის შინა სამართლის ნორმები“.²⁶²

ანალოგიურ ნორმას შეიცავს იტალიის 1995 წლის საერთაშორისო კერძო სამართლის კანონის მე-16 II მუხლი.²⁶³

ისმება კითხვა, როგორ წყდება ან როგორ უნდა გადაწყდეს აღნიშნული საკითხი ქართული სამართლის მიხედვით?

პორტუგალიის სამოქალაქო კოდექსის 22-ე მუხლისგან განსხვავებით საქართველოს სკსკ-ის მე-5 მუხლით აღნიშნული საკითხი არაა დაკონკრეტებული. ამავე დროს, ჯერჯერობით არც სასამართლო პრაქტიკა არსებობს.²⁶⁴

სკსკ მე-5 მუხლში კონკრეტულად ნათქვამია შემდეგი: „ . . . საქართველოში უცხო ქვეყნის სამართლის ნორმები არ გამოიყენება“. ცხადია, სასამართლო ვალდებულია აღნიშნული ნორმის შეფარდებისას მიმართოს ახსნა-განმარტების მეთოდს.²⁶⁵ საკითხისადმი აკადემიური მიდგომის შემთხვევაში იგი უნდა გადაწყდეს შემდეგნაირად: თუკი მხარეთა მიერ ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად არჩეული უცხო ქვეყნის სამართლის ესა თუ ის მატერიალური ნორმა წინააღმდეგობაში მოვა საქართველოს „ძირითად სამართლებრივ პრინციპებთან“ ეს სრულიადაც არ ნიშნავს იმას, რომ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპი იგნორირებულ იქნეს და სასამართლომ ავტომატურად თავისი სამამულო სამართალი გამოიყენოს. ცხადია, უცხო ქვეყნის სამართალში შეიძლება არსებობდეს ისეთი ნორმებიც, რომლებიც ადეკვატურად მოაწესრიგებენ ხელშეკრუ-

²⁶² პორტუგალიის სამოქალაქო კოდექსით გათვალისწინებული საკოლიზიო სამართლის ნორმების ამონარიდების არაოფიციალური რუსული თარგმანი იხ. Международное частное право. Иностранное законодательство, Предисл. Маковского; сост. и науч. ред. Жильцов, Муранов (Статут) М., 2001, с. 479-490.

²⁶³ იხ. *Mosconi*, Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules, Hague Recueil (1989-V) p. 109.

²⁶⁴ საქართველოს უზენაეს სასამართლოს გააჩნია პრაქტიკა უცხო ქვეყნის სასამართლო გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულების საქმეების მიმართ საჯარო წესრიგის დათქმის გამოყენებასთან დაკავშირებით, მაგრამ აღნიშნული საკითხების განხილვა სცილდება მოცემული ნაშრომის ფარგლებს.

²⁶⁵ იხ. *სავანელი*, სამართლის თეორია, თბ., 1997, გვ. 188-191; *ჭანტურია*, შესავალი საქართველოს სამოქალაქო სამართლის ზოგად ნაწილში, თბ., 1997, გვ. 104-124; *კნიავერი*, კანონის ინტერპრეტაცია როგორც მოსამართლეების მიერ გადაწყვეტილების მიღების საფუძველი // ქართული სამართლის მიმოხილვა, 1999 – მესამე კვარტალი, გვ. 69-74; *ინწკირველი*, სახელმწიფოსა და სამართლის თეორია, თბ., 2000, გვ. 131-137; *ლობჯანიძე*, სახელმწიფოსა და სამართლის თეორია, ქუთაისი, 2002, გვ. 378-384. *ხუბუა*, სამართლის თეორია (მერიდიანი), თბ., 2004, გვ. 148-164.

ლებას და ამავე დროს წინააღმდეგობაში არ მოვლენ ქართული სამართლის საჯარო წესრიგთან.²⁶⁶

უპირველეს ყოვლისა სასამართლო ex officio ვალდებულია მიიღოს ყველა საჭირო ზომა უცხო ქვეყნის სამართლის ნორმების არსის დასადგენად, შესაბამის ქვეყანაში მათი ოფიციალური განმარტების, გამოყენების პრაქტიკისა და დოქტრინის გათვალისწინებით. სასამართლოს აღნიშნული ვალდებულება იმპერატიულადაა განსაზღვრული საქართველოს სკსკ-ის მე-3 I მუხლით. იმ შემთხვევაში თუკი იგი ვერ მოიძიებს უცხო ქვეყნის სამართლის ისეთ ნორმებს რომლებიც მოწოდებულია მსგავსი სამართალურთიერთობის მოსაწესრიგებლად და რომლებიც ამავე დროს წინააღმდეგობაში არ მოვლენ საქართველოს „ძირითად სამართალებრივ პრინციპებთან“, სასამართლომ მხოლოდ მაშინ არ უნდა მიიღოს მხედველობაში მხარეთა მიერ გაკეთებული არჩევანი და უნდა გამოიყენოს lex fori-ს მატერიალური ნორმებიც.²⁶⁷

ცხადია, საბოლოო სიტყვა სასამართლო პრაქტიკაზეა. მოსამართლის გადასაწყვეტია: იგნორირება მოახდინოს მხარეთა ნების და შესაბამისად გამოიყენოს lex fori, თუ ჯერ ეცადოს დაადგინოს უცხო ქვეყნის სამართლის სხვა ნორმების არსებობა რომლებიც ადეკვატურად მოაწესრიგებენ ხელშეკრულებით გათვალისწინებულ ფაქტობრივ გარემოებებს და თუკი ისინი კვლავ წარმატებით ვერ ჩააბარებენ ქართული საჯარო წესრიგის მიერ „მოწყობილ გამოცდას“, ანუ ისევ წინააღმდეგობაში მოვლენ ქართული სამართლის ფუნდამენტალურ პრინციპებთან, მაშინ იქნეს გამოყენებული lex fori.

§9. ტრანსნაციონალური საჯარო წესრიგის ნორმები და მხარეთა ნების ავტონომია

ზემოთ განხილულ იქნა საჯარო წესრიგის შესახებ კონცეფცია მისი ტრადიციული გაგებით, რომელსაც სხვაგვარად ეროვნულ საჯარო წესრიგს უწოდებენ.

²⁶⁶ ანალოგიური მოსაზრება იყო გამოთქმული საბჭოთა იურიდიულ ლიტერატურაშიც, კერძოდ, ლევიტინი თვლიდა, რომ უცხო ქვეყნის სამართლის ნორმის უარყოფა უცილობლად არ იწვევს lex fori-ს გამოყენებას. სასამართლოს ასეთ შემთხვევაში შეუძლია გამოიყენოს იმავე უცხო ქვეყნის სხვა მატერიალურ-სამართლებრივი ნორმა. სასამართლო ვალდებულია არსებული მდგომარეობიდან გამონახოს საუკეთესო გამოსავალი და უპირველეს ყოვლისა შეძლებისდაგვარად იმოქმედოს იმავე უცხო ქვეყნის სამართლის ფარგლებში. იხ. *Левитин*, Вопросы публичного порядка в международном частном праве // Проблемы международного частного права, М., 1960, с. 228. ციტირებულია: *Кудашкин*, Актуальные вопросы международного частного права (Волтерс Клувер) М., 2004. с. 22. აღსანიშნავია, რომ აღნიშნულმა მოსაზრებამ ვერ პოვა ასახვა საბჭოთა კანონმდებლობაში. იქვე, გვ. 22.

²⁶⁷ Lex fori-ს საპროცესო სამართლებრივი ნებისმიერ შემთხვევაში იყენებენ, მიუხედავად იმისა საკოლიზიო კანონმდებლობის მიხედვით თუ რომელი ქვეყნის მატერიალური სამართალი ექვემდებარება გამოყენებას.

გარდა ზემოაღნიშნულისა ასევე არსებობს ტრანსნაციონალური საჯარო წესრიგის ნორმები, რომელთაც სხვაგვარად – „ჭეშმარიტად საერთაშორისო“ საჯარო წესრიგის ნორმებსაც უწოდებენ.

ეს უკანასკნელი თავიანთ წარმოშობას და შემდგომ განვითარებას საერთაშორისო კომერციულ არბიტრაჟებს უნდა უმაღლოდეს. მას არავითარი კავშირი არ აქვს ეროვნულ საჯარო წესრიგის ნორმებთან. ამ დოქტრინის მომხრეები²⁶⁸ აცხადებენ, რომ ტრანსნაციონალური საერთაშორისო საჯარო წესრიგი ეს არის საერთაშორისო თანამეგობრობის ფუნდამენტალური სტანდარტები, რომელიც მოიცავს „უნივერსალურ სამართლიანობას“, საერთაშორისო საჯარო სამართლის *jus cogens* (იმპერატიულ ნორმებს) და ცივილიზირებული ერების მიერ ცნობილ ზოგად პრინციპებს – მორალის და საჯარო წესრიგის შესახებ.²⁶⁹ ერთ-ერთი ძირითადი მოსაზრება ამ პრინციპის არსებობის სასარგებლოდ, მდგომარეობს იმაში, რომ იგი ეწინააღმდეგება მხარეთა მცდელობას, გვერდი აუარონ სუვერენული ქვეყნის იმპერატიულ ნორმებს. ტრანსნაციონალური საჯარო წესრიგის პრინციპის სარგებლიანობა გამოიხატება იმაში, რომ იგი მოითხოვს ნებისმიერი სასამართლოსაგან, პატივი სცეს უცხო ქვეყნის ეროვნულ (ფართო გაგებით) საჯარო წესრიგს. სხვაგვარად, რომ ითქვას, იგი მოითხოვს ქვეყნების ურთიერთ-თანამშრომლობას, რათა დაცულ იქნეს მათი საერთო ღირებულებები და შესაბამისად არ მიეცეს იურიდიული ძალა ისეთ გარიგებებს, რომლებიც ეწინააღმდეგებიან კონკრეტული ქვეყნის სამართლის ფუნდამენტალურ პრინციპებს.

ზემოთ ითქვა, რომ ტრანსეროვნული საჯარო წესრიგის კონცეფციას ფართოდ იყენებს საერთაშორისო არბიტრაჟები. ეს არც არის გასაკვირი, რადგან ისინი, სასამართლოებისაგან განსხვავებით, არ არიან შეზღუდული რომელიმე ეროვნული სამართლის (მაგალითად *lex fori*) გამოყენებით. ამიტომ, იქ ნოყიერი ნიადაგი არსებობს ასეთი კოსმოპოლიტური კონცეფციის არსებობისა და განვითარებისათვის.

მთავარი განსხვავება ეროვნულ (ტრადიციულ) და ტრანსნაციონალურ საჯარო წესრიგს შორის არის ის, რომ პირველის მიზანია დაიცვას სასამართლო ქვეყნის სამართლის (*lex fori*) ფუნდამენტალური პრინციპები, ხოლო მეორე მოწოდებულია დაიცვას ის ღირებულებები, რაც საერთოა მოწინავე კაცობრიობისათვის (ანუ ცივილიზირებული ერებისათვის). როდესაც საქმეს იხილავს ეროვნული სასამართლო, მაშინ არანაირი თეორიული პრობლემა – *lex fori*-ს საჯარო წესრიგის ნორმების გამოყენების საკითხში (თუკი ამის საჭიროება დადგება) არ წარმოიშობა. სხვაგვარადაა საქმე, როდესაც საქმეს იხილავს საერთაშორისო არბიტრაჟი. ამ უკანასკნელს არ გააჩნია „სამშობლო“ – არც *lex fori* და არც *lex loci arbitri*.²⁷⁰ საერთაშორისო საარბიტრაჟო

²⁶⁸ *Lalive*, Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration, in Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, p. 257-318; *Dolinger*, World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws, 17 Texas ILJ, 1982, no.2, pp. 167-193.

²⁶⁹ *Berger*, The Modern Trend Towards Exclusion of Recourse Against Transnational Arbitral Awards: A European Perspective, 12 Fordham ILJ, 1989, no. p. 642.

²⁷⁰ *Мосс*, Автономия воли в практике международного арбитража (Норск гидро) М., 1996, с. 32.

პრაქტიკაში იშვიათად თუ მიიღება ისეთი გადაწყვეტილება, როდესაც ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართლის გამოყენება შეზღუდულ ან გამორიცხულ იქნა მხოლოდ იმის გამო, რომ იგი ეწინააღმდეგებოდა იმ ქვეყნის საჯარო წესრიგს, სადაც დავის საარბიტრაჟო განხილვა მიმდინარეობდა.²⁷¹

ბოლო დროს, საერთაშორისო საარბიტრაჟო პრაქტიკაში სულ უფრო მეტი ყურადღება ეთმობა არა რომელიმე ერთი კონკრეტული ქვეყნის საჯარო წესრიგის ნორმების გამოყენებას, არამედ, ე.წ. ტრანსნაციონალური საჯარო წესრიგის პრინციპის გამოყენებას. როგორც ზემოთ აღინიშნა, ამ უკანასკნელის მიზანია დაიცვას საერთაშორისო თანამეგობრობის ინტერესები. შეიძლება ითქვას, რომ ტრანსნაციონალურ საჯარო წესრიგს უკავია სულ ცოტა ისეთივე მნიშვნელოვანი ადგილი საერთაშორისო საარბიტრაჟო სასამართლოების პრაქტიკაში, როგორც *lex fori*-ს ეროვნული სასამართლოების პრაქტიკაში. იგი ავალდებულებს არბიტრებს გამოიყენოს მხარეთა მიერ უარყოფილი (გვერდ ავლილი) იმპერატიული ნორმები, რომლებიც იცავენ არა მარტო კონკრეტული ქვეყნის ინტერესებს, არამედ მთლიანად საერთაშორისო თანამეგობრობის ინტერესებს.

ერთ-ერთ საქმეში საერთაშორისო არბიტრაჟმა მიიჩნია, რომ სახელშეკრულებო ურთიერთობაში მხარეთა ყოფილი იუგოსლავიის სავალუტო წესების გვერდის ავლა ეწინააღმდეგება არა მარტო მოცემული ქვეყნის ინტერესებს, არამედ – ასევე ნებისმიერი სამართლებრივი სისტემის ფუნდამენტალურ პრინციპებს. საერთაშორისო არბიტრაჟმა თავისი გადაწყვეტილება დაასაბუთა არა კონკრეტული ქვეყნის საჯარო წესრიგის დარღვევის ფაქტის გამო, არამედ იმ საჯარო წესრიგის დარღვევის გამო, რომელიც საერთოა ყველა ქვეყნის და სამართლებრივი სისტემისთვის.²⁷²

ICC²⁷³ ერთ-ერთ საქმეში: ინდოელ მოსარჩელესა და პაკისტანელ მოპასუხეს შორის, შევიცარიელმა პროფესორმა ლალიმმა (საქმის განმხილველმა ერთადერთმა არბიტრმა) უარყო პაკისტანის საჯარო წესრიგის ნორმების გამოყენება. მან განაცხადა: მიუხედავად იმ ფაქტისა, რომ ამჟამად ინდოეთსა და პაკისტანს შორის საომარი მდგომარეობაა, მას არანაირი კავშირი არა აქვს პაკისტანური ბანკის მიერ საგარანტიო თანხის გადაუხდელობაში – ინდური კომპანიის სასარგებლოდ. მართალია, თუ საქმეს განიხილავდა თვით პაკისტანის სასამართლო, მაშინ იგი თავისი ქვეყნის სპეციალურ კანონმდებლობაზე (რომელიც მტრულ სახელმწიფოსთან ურთიერთობას კრძალავს და აქედან გამომდინარე მხარეთა მიერ ინდური სამართლის არჩევასაც ბათილად მიიჩნევდა) დაყრდნობით გამოიყენებდა პაკისტანის საჯარო წესრიგის ნორმებს, მაგრამ „თვით არბიტრაჟის ბუნება და საქმის საარბიტრაჟო განხილვის ნეიტრალურობა, გარდაუვალად აიძულებს არბიტრს არ გაითვალისწინოს ზოგიერთი ფაქტორი, რომელიც

²⁷¹ იქვე. 32-33.

²⁷² ICC Award 2930/1982; *Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration*, 1978. N. Y., p. 120.

²⁷³ საერთაშორისო სავაჭრო პალატის საარბიტრაჟო სასამართლო, იხ. *წკრიალა შეილი*, უნისტრალის მოდელური კანონის როლი საერთაშორისო კერძო არბიტრაჟის განვითარების საქმეში, ქართული სამართლის მიმოხილვა, №1 1999, გვ. 53.

წარმოადგენს ან შეიძლება წარმოადგენდეს სავალდებულო კრიტერიუმს მხოლოდ კონკრეტული ეროვნული მართლწესრიგისთვის“.²⁷⁴

ამრიგად, არბიტრმა არ გამოიყენა პაკისტანის სამართლის საჯარო წესრიგის ნორმები, ვინაიდან იგი არ იყო ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართლის ნაწილი (მხარეებმა ინდური სამართალი აირჩიეს) და ისინი თავიანთი ბუნებით არ წარმოადგენდა ტრანსნაციონალურ საჯარო წესრიგის ნორმებს.

ICC მიერ განხილულ ერთ-ერთ საქმეში, შევედმა არბიტრმა ლაგერგრენმა ე.წ. ტრანსნაციონალური საჯარო წესრიგის პრინციპების დარღვევის გამო არ ცნო მხარეთა განზრახვა – არა მხოლოდ სამართლის არჩევის საკითხში, არამედ თვით სადავო საქმის არბიტრაჟისთვის გადაცემის საკითხშიც. საქმე მდგომარეობდა შემდეგში: ბრიტანულმა კომპანიამ, რომელმაც მიიღო არგენტინის მთავრობის მიერ მოწოდებულ საერთაშორისო ტენდერში მონაწილეობა, რომლის მიზანიც იყო ბუენოს-აირესისათვის ელექტროენერჯის მიწოდების გაფართოება – დადო გარიგება ადგილობრივ კერძო პირთან, რომელმაც თავის თავზე აიღო გარკვეული ვალდებულება, რაც სატენდერო პროცედურულ საკითხებს შეეხებოდა. საქმის საარბიტრაჟო განხილვის დროს, წარმოდგენილი მტკიცებულებების გამოკვლევის შედეგად გაირკვა, რომ ხელშეკრულების ერთ-ერთი პუნქტი ითვალისწინებდა ქრთამის მიცემას არგენტინის თანამდებობის პირებისადმი, რაც საწინდარი იქნებოდა ბრიტანული კომპანიის „გამარჯვებისა“ მოსალოდნელ ტენდერში. არბიტრმა თავის გადაწყვეტილებაში განაცხადა: „არ შეიძლება უარყოთ სამართლის საერთო პრინციპების არსებობა, რომელიც აღიარებულ არის ცივილიზირებული ერების მიერ, რომლის მიხედვითაც ხელშეკრულებები, რომლებიც მნიშვნელოვნად არღვევენ კეთილ ზნეს და ტრანსნაციონალურ საჯარო წესრიგს – მიიჩნევა უკანონოდ ან სულ მცირე არ ექვემდებარება სავალდებულო შესრულებას, რის გამოც ისინი არ შეიძლება სანქციონირებულ იქნეს სასამართლოების ან არბიტრაჟების მიერ“.²⁷⁵ კორუფციასთან დაკავშირებით არბიტრმა აღნიშნა, რომ იგი „წარმოადგენს საერთაშორისო ბოროტებას, რომელიც ეწინააღმდეგება კეთილ ზნეს და საერთაშორისო (ტრანსნაციონალურ) საჯარო წესრიგს, რომელსაც იზიარებს მსოფლიოს თანამეგობრობა“.²⁷⁶

უნდა აღინიშნოს, რომ ზემოთ განხილულ კონცეფციას უფრო დოქტრინალური დატვირთვა აქვს, პრაქტიკაში კი საკმაოდ რთულია განისაზღვროს რომელი ქვეყნის საჯარო წესრიგის ნორმებშია ასახული არა მხოლოდ მოცემული ქვეყნის, არამედ ასევე საერთაშორისო თანამეგობრობის ინტერესები. საერთოდ ტრანსნაციონალური საჯარო წესრიგის ნორმების დადგენა არცთუ ისე ადვილი საქმეა, ეს უფრო შეფასების საკითხია, რის გამოც ერთი და იგივე

²⁷⁴ ICC № 1110 1963 წ.; იხ. *Mocc*, დასახ. ნაშრ. გვ. 34.

²⁷⁵ იქვე გვ. 34.

²⁷⁶ იქვე გვ. 35; აგრეთვე იხ. *Baniassadi*, Do mandatory rules of public law limit choice of law in international commercial arbitration? *International Tax & business lawyer* 1992, vol. 10:59. p. 80-81.

საქმიდან შესაძლოა სხვადასხვა არბიტრმა განსხვავებული დასკვნა გამოიტანოს.

§9. განსხვავება საჯარო წესრიგის და იმპერატიულ (პირდაპირი მოქმედების) ნორმებს შორის

ყოველივე ზემოთქმულის შემდეგ, შეიძლება დაისვას შეკითხვა – რა განსხვავებაა ტრადიციულ (ნეგატიურ) საჯარო წესრიგის პრინციპსა და პირდაპირი მოქმედების ნორმებს (ანუ პოზიტიური საჯარო წესრიგის ნორმებს) შორის? განსხვავება მდგომარეობს შემდეგში:

1. პირდაპირი მოქმედების ნორმები გამოიყენება, მიუხედავად იმ ფაქტისა თუ რაა გათვალისწინებული *lex fori*-ს საკოლიზიო სამართლით. მისი გამოყენების საკითხი მანამდეა უკვე გადაწყვეტილი, სანამ სასამართლოს წინაშე დადგება საკოლიზიო სამართლის ნორმების გამოყენების საკითხი.

პირდაპირი მოქმედების ნორმები გამოყენებულ უნდა იქნეს მიუხედავად იმისა შეიცავს თუ არა სამართალურთიერთობა უცხოურ ელემენტს, ვინაიდან იგი მხოლოდ „საკუთარი თავის გამოყენებას“ ითვალისწინებს. ამის საპირისპიროდ საჯარო წესრიგის კონცეფცია მტრულადაა განწყობილი უცხო სამართლის ნორმის გამოყენების მიმართ (უფრო სწორად იმ შედეგის მიმართ, რაც მის გამოყენებას შეიძლება მოჰყვეს) და მოწოდებულია „დაბლოკოს“ მისი გამოყენება. პირდაპირი მოქმედების ნორმები კი „ნეიტრალური“ არიან უცხო ქვეყნის სამართლის ნორმების გამოყენების მიმართ.

2) საჯარო წესრიგის კონცეფცია გამოხატავს მოცემული ქვეყნის ფუნდამენტალურ სამართლებრივ (მათ შორის მორალურ) პრინციპებს, მაშინ როდესაც პირდაპირი მოქმედების ნორმები შესაძლოა არ გამოხატავდეს ასეთ ინტერესებს, არამედ მხოლოდ კონკრეტული (მაგ. სოციალური, დაზღვევის, ეკონომიკური) სახის ინტერესებს. სიმართლისათვის უნდა აღინიშნოს, რომ ხშირად ძნელია ზღვარის გავლენა თუ სად მთავრდება კონკრეტული ინტერესები და სად იწყება მოცემული ქვეყნის ფუნდამენტალური ინტერესები.

3) პირდაპირი მოქმედების ნორმების გამოყენებას მოჰყვება ხელშეკრულების „გახლეჩა“. ერთის მხრივ, სამართალურთიერთობის ნაწილის მიმართ უნდა იქნეს გამოყენებული სასამართლო ქვეყნის ან სხვა „დაკავშირებული“ ქვეყნის სამართლის იმპერატიული ნორმები, ხოლო ხელშეკრულების დანარჩენი, უმეტესი ნაწილის მიმართ კი მხარეთა მიერ არჩეული სამართალი.

ამის საწინააღმდეგოდ, როდესაც გამოიყენება საჯარო წესრიგის კონცეფცია, ხელშეკრულების „გახლეჩა“ გამორიცხებულია, ვინაიდან იგი ან მთლიანად უარყოფს უცხო სამართლის გამოყენებას და მის მაგივრად მხოლოდ *lex fori* გამოიყენება ან როგორც ეს გერმანული დოქტრინით (ასევე პორტუგალიის და იტალიის კანონმდებლობით) არის გათვალისწინებული – გამოსაყენებლად მიუღებელი უცხო ქვეყნის მატერიალური სამართლის ნორმები იცვლება იმავე ქვეყნის

სხვა ანალოგიური ნორმებით, რომლებიც წარმატებით ჩააბარებენ გერმანიის საჯარო წესრიგის მიერ „მოწობილ გამოცდას“. ამ შემთხვევაშიც, ხელშეკრულების მიმართ მხოლოდ ერთი სამართლებრივი სისტემა იქნება გამოყენებული.

როგორც სამართლიანად აღნიშნა ჯექსონმა იმპერატიული ნორმები – „სელექციური“ პროცესის ნაწილია, ხოლო საჯარო წესრიგის ნორმები კი – „გამორიცხვის“ პროცესი²⁷⁷.

საჯარო წესრიგის პრინციპი უფრო ძლიერია ვიდრე პირდაპირი მოქმედების ნორმები. პირველს შეუძლია უცხო სამართლის იმპერატიულ ნორმებსაც „გადაძალოს“ – მეორეს კი არა.

VIII თავი

„სუსტი მხარის“ ინტერესების დაცვა სამომხმარებლო და შრომის ხელშეკრულებებში

პირველ რიგში, უნდა განიმარტოს თუ რას ნიშნავს ცნება „სუსტი მხარე“. მასში იგულისხმება კონტრაქტის „უთანაბრობა სახელშეკრულებო მოლაპარაკებათა შესაძლებლობაში“ (inequality of bargaining power). როგორც ცნობილია, ხშირ შემთხვევაში საქმე არ მიდის იქამდე, რომ კონტრაქტებმა, რთული მოლაპარაკებების შედეგად, განსაზღვრონ ხელშეკრულების პირობები, როდესაც ისინი იძულებულნი არიან ორმხრივ დათმობაზე წავიდნენ და მიაღწიონ გარკვეულ კონსენსუსს. ზოგჯერ ერთ-ერთი კონტრაქტის, თავისი ეკონომიკური შესაძლებლობებით, იმდენად აღემატება მეორე კონტრაქტს, რომ მას შეუძლია თავს მოახვიოს ამ უკანასკნელს თავისი პირობები. ზოგიერთ შემთხვევაში, ბაზარზე მოთხოვნა მნიშვნელოვნად აღემატება შემოთავაზებას. ამრიგად მხარეს, რომელიც დამოკიდებულია კონტრაქტის მომსახურებაზე, პრაქტიკულად არ აქვს არანაირი შესაძლებლობა ისარგებლოს ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპით და გავლენა მოახდინოს გარიგების პირობების შედგენაზე. ზოგიერთ სხვა შემთხვევაში საქმე არ მიდის მოლაპარაკებამდე, ვინაიდან ერთ-ერთი მხარე ნაკლებად გამოცდილია კომერციულ საქმიანობაში, ვიდრე მეორე მხარე და ამიტომ „თვალდახუჭული“ თანხმდება შემოთავაზებულ სახელშეკრულებო პირობებს.²⁷⁸

დღესდღეობით მსოფლიოს მოწინავე ქვეყნების დოქტრინით, კანონმდებლობით და განსაკუთრებით სასამართლო პრაქტიკით შეინიშნება ტენდენცია იმისა, რომ მაქსიმალურად იქნეს დაცული „სუსტი მხარის“ ინტერესები სახელშეკრულებო სამართალში, თუნდაც საამისოდ საჭირო გახდეს ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპის

²⁷⁷ Jackson, Mandatory Rules, Rules of “Orde Public”, P.North, (ed). Contract Conflicts, The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, A comparative Study, 1982, p.62.

²⁷⁸ Цвайгерт/Кёти, Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права, Т. II. 1998, М., с. 16.

შეზღუდავს.²⁷⁹ განსაკუთრებით თვალნათლივ მხარეთა უთანასწორობას აქვს ადგილი სამომხმარებლო და შრომის ხელშეკრულებებში.

1973 წლამდე არც ინგლისის სასამართლოები და არც ინგლისის პარლამენტი არ განასხვავებდნენ კომერციულ ე.წ. „თავისუფალ“ ხელშეკრულებებს სამომხმარებლო ხელშეკრულებებისგან. თუმცა, 1973 წელს მიღებული იქნა კანონი „საქონლის მიწოდების შესახებ“ (Supply of Goods (implied Terms) Act 1973) და 1974 წელს კანონი „სამომხმარებლო კრედიტის შესახებ“ (Consumer Credit Act 1974), რომელიც ზღუდავს მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპს საქონლის განვადებით ნასყიდობის ხელშეკრულებებში. კერძოდ, იქ ნათქვამია, რომ თუ მხარეები თავიანთ ხელშეკრულებას დაუქვემდებარებდნენ უცხო ქვეყნის სამართალს, ამით ისინი გვერდს ვერ აუვლიდნენ მოცემული კანონის იმპერატიულ ნორმებს.²⁸⁰ აქ საუბარია იმ იმპერატიულ ნორმებზე, რომლებიც იცავენ „სუსტი“ მხარის (მომხმარებლის) ინტერესებს.

1990 წელს დიდ ბრიტანეთში ძალაში შევიდა რომის 1980 წლის კონვენცია,²⁸¹ რომლის მე-5 და მე-6 მუხლები ზღუდავს მხარეთა ნების ავტონომიას, როცა საქმე ეხება სამომხმარებლო და ინდივიდუალურ შრომით ხელშეკრულებებს.

დასაველეთ გერმანიის სასამართლოებმა მეორე მსოფლიო ომის შემდეგ, როგორც ჩანს, მცირე ხნით „განდევნეს“ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპი შრომის ხელშეკრულებებიდან, მაგრამ შემდეგ კვლავ ცნეს იგი. შესაძლებელია მათზე გავლენა მოახდინა გამილშეგის პოზიციამ. იგი თვლიდა, რომ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპი უნდა ვრცელდებოდეს, როგორც კომერციული ხელშეკრულებების (როგორცაა, მაგალითად მოძრავი ნივთის ნასყიდობის ხელშეკრულება), ასევე შრომის ხელშეკრულებების მიმართ. გამილშეგის აზრით, მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპი გამოყენებულ უნდა იქნეს ისეთი სახის შრომის ხელშეკრულებების მიმართ, რომლებიც კერძო სამართლის ნორმებით წესრიგდება. ამავე დროს, იგი დასძენდა, რომ შრომითი ურთიერთობების მრავალი ასპექტი წესრიგდება ნორმებით, რომლებიც საჯარო სამართლის განეკუთვნება და, აქედან გამომდინარე, მათზე არ ვრცელდება საკოლიზიო სამართლის ნორმები. ისინი ტრადიციულად ტერიტორიულობის პრინციპს ექვემდებარებიან.²⁸²

როგორც ჩანს, გერმანიის სასამართლოები ასევე არ ზღუდავდნენ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპს სამომხმარებლო და სხვა სახის ხელშეკრულებებში, სადაც ერთ-ერთ კონტრაქტს „სუსტი მხარე“ წარმოადგენდა. ეს ტენდენცია 70-იანი წლების ბოლომდე გაგრძელდა, სანამ მიღებულ არ იქნა ახალი საკანონმდებლო აქტები.²⁸³

²⁷⁹ იქვე. გვ. 5-39.

²⁸⁰ *Morse*, Consumer Contracts, Employment Contracts and The Rome Convention, International and Comparative Law Quarterly, 1992 Vol. 41, pp. 1-21.

²⁸¹ *Jaffey*, The English Proper Law Doctrine and EEC Convention, International and Comparative Law Quarterly, 1984 Vol. 33, p. 531.

²⁸² *Gamillscheg*, Rules of Public Order in Private International Labour Law, Recueil des Cours, Tome 181, 1983, The Hague/Boston/London, pp. 306-308.

²⁸³ იხ. *Lando*, გვ. 269.

გერმანიის 1976 წლის 9 დეკემბრის კანონი – სტანდარტული ხელშეკრულებო პირობების შესახებ,²⁸⁴ გამოიყენებოდა ნებისმიერ შემთხვევაში – აირჩიეს მხარეებმა უცხო სამართალი თუ არა, თუკი ხელშეკრულება დაკავშირებული იყო გერმანიასთან. მაგალითად, თუ მომხმარებლის ჩვეულებრივი საცხოვრებელი გერმანიაში იყო, ან თვით ხელშეკრულება დადებული იყო გერმანიაში (მე-12 და მე-14 პარაგრაფები). უფრო მეტიც, მხარეთა მიერ სტანდარტულ ხელშეკრულებაში უცხო ქვეყნის სამართლის არჩევა შეიძლებოდა იურიდიული ძალის არმქონედ ცნობილიყო, თუკი იგი არ ემყარებოდა „კანონიერ ანუ გონივრულ ინტერესებს“ (მე-10 პარაგრაფი). 24-ე პარაგრაფის თანახმად ეს წესი გამოიყენებოდა სამომხმარებლო ხელშეკრულებების მიმართ, მაგრამ მხარეთა მიერ უცხო ქვეყნის სამართლის არჩევა ასევე შეიძლებოდა უარყოფილიყო სხვა სახის ხელშეკრულებებშიც. იმავე კანონის მე-9 პარაგრაფის ზოგადი ნაწილის მიხედვით – სხვა სახის სტანდარტული ფორმის ხელშეკრულებები, რომლებშიც მოხდენილია ისეთი სახის დათქმა, რომელიც მძიმე მდგომარეობაში აყენებდა ერთ-ერთ მხარეს – ასევე ბათილად მიიჩნეოდა.²⁸⁵

გერმანიის ფედერაციულმა რესპუბლიკამ 1986 წლის 25 ივლისს ცვლილება შეიტანა თავის საერთაშორისო კერძო სამართლის კანონში, რომლითაც იგი შესაბამისობაში მოვიდა რომის 1980 წლის კონვენციასთან. აღნიშნულის გამო, 1976 წლის კანონში, კერძოდ იმ ნაწილში, სადაც საუბარი იყო სამომხმარებლო ხელშეკრულებებზე, შევიდა ცვლილებები და იგი მოყვანილ იქნა რომის კონვენციასთან შესაბამისობაში (გერმანიის სკსკ-ის 29-ე მუხლი იმეორებს რომის კონვენციის მე-5 მუხლის დებულებებს).²⁸⁶

გერმანიის სკსკ-ის 29-ე I მუხლით: სამომხმარებლო ხელშეკრულებებში მხარეთა მიერ სამართლის არჩევამ, არ უნდა გამოიწვიოს მომხმარებლის დარჩენა იმ ქვეყნის იმპერატიული ნორმების დაცვის გარეშე, სადაც მას აქვს ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი, თუ ამ ხელშეკრულების დადებას წინ უსწრებდა აშკარად გამოხატული ნება ან რეკლამა იმ ქვეყნის ტერიტორიაზე სადაც მომხმარებელი ცხოვრობს და სადაც ხელშეკრულების დასადებად შესრულებულ იქნა აუცილებელი სამართლებრივი მოქმედება.

მომხმარებლის ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი ქვეყნის იმპერატიული ნორმები მაშინაც უნდა იქნეს გამოყენებული, როდესაც გამყიდველი დაიყოლიებს მომხმარებელს, რათა ეს უკანასკნელი,

²⁸⁴ Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz). ამაჟამად აღნიშნული კანონი გაუქმებულია და სხენებულ კანონში არსებულმა ნორმებმა ასახვა პოვეს გერმანიის სამოქალაქო კოდექსში, მას შემდეგ რაც განხორციელდა გსკ-ის ვალდებულებითი ნაწილის რეფორმა, კერძოდ გერმანიაში 2002 წლის 1 იანვარს მიიღეს კანონი „ვალდებულებითი სამართლის მოდერნიზების შესახებ“ (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November, 2001, BGBl I, 3138).

²⁸⁵ Munz, Getting around the Strict German Provisions regarding Standardized Contracts, Comparative Law Yearbook of International Business, Vol. 19, 1997, pp. 297-299.

²⁸⁶ იქვე, გვ. 300-301.

ნასყიდობის ხელშეკრულების დასადავად გაემგზავროს თავისი ქვეყნიდან სხვა ქვეყანაში.²⁸⁷

30-ე მუხლით: შრომის ხელშეკრულებებში მხარეთა მიერ სამართლის არჩევა არ უნდა ართმევდეს დაქირავებულ მუშაკს იმ უფლებებს, რომლებიც გათვალისწინებულია იმ ქვეყნის იმპერატიული ნორმებით, რომლებიც ექვემდებარებოდა გამოყენებას თუკი კონტრაქტები არ აირჩევდნენ სხვა ქვეყნის სამართალს. საუბარია იმ ქვეყნის იმპერატიულ ნორმებზე სადაც: ა) დაქირავებულ მუშაკი ჩვეულებრივ ასრულებს თავის სამუშაოს, თუნდაც იგი დროებით, მივლინებით გაგზავნილ იქნეს სხვა ქვეყანაში; ბ) იმყოფება საწარმო (ორგანიზაცია), რომელმაც მიიღო მუშაკი სამუშაოდ, თუკი იგი თავის სამუშაოს ჩვეულებრივ ასრულებს რამდენიმე ქვეყანაში, იმ შემთხვევების გარდა, როდესაც საქმის ფაქტიური გარემოებების ერთობლიობიდან, შრომის ხელშეკრულება ან შრომითი ურთიერთობა უფრო მჭიდროდ დაკავშირებულია სხვა ქვეყანასთან. ამ შემთხვევაში გამოიყენება ამ უკანასკნელის სამართალი.²⁸⁸

მსოფლიოს მოწინავე ქვეყნების კანონმდებლობის და სასამართლო პრაქტიკის გაცნობიდან გამომდინარეობს ის დასკვნა, რომ მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპი მნიშვნელოვნადაა შეზღუდული, როდესაც საქმე ეხება სამომხმარებლო, შრომის და სხვა სახის ხელშეკრულებებს, სადაც ერთ-ერთ კონტრაქტს „სუსტი მხარე“ წარმოადგენს. ანალოგიურ პოზიციაზე დგას საქართველოს სკსკ-ი. ამავე დროს, იგი უფრო შორს მიდის, ვიდრე ამას აქვს ადგილი რომის კონვენციით, რომი I რეგლამენტით თუ გერმანიის კანონით. ქართული კანონით საერთოდ ბათილად მიიჩნევა მხარეთა მიერ სამართლის არჩევის შესახებ შეთანხმება თუკი ამით უგულებელყოფილი იქნება მომხმარებელთა და მუშა-მოსამსახურეთა საცხოვრებელი ადგილის სამართლის ის იმპერატიული ნორმები, რომლებიც მოწოდებულია დაიცვას მათი ინტერესები. კერძოდ, 38-ე მუხლით, გათვალისწინებულია შემდეგი:

„სამართლის არჩევა ჩაითვლება ბათილად, თუ იგი უგულებელყოფს იმ იმპერატიულ ნორმებს, რომლებიც მიღებულია მომხმარებელთა და მუშა-მოსამსახურეთა დისკრიმინაციისაგან დასაცავად. ეს წესი აგრეთვე გამოიყენება მოძრავი ნივთების მიწოდების, დაფინანსების, შრომის ან მომსახურების ხელშეკრულებების მიმართ, თუ ისინი იმ ქვეყანაში იქნა შეთანხმებული ან დადებული, სადაც მომხმარებლებსა და მუშა-მოსამსახურეებს აქვთ საცხოვრებელი ადგილი და სადაც ასეთი დამცავი ნორმები მოქმედებს“.

²⁸⁷ აღნიშნული კანონის არაოფიციალური რუსული თარგმანი იხ: Гражданское уложение Германии // Книга 1, перевод с немецкого, Бергманн введ., сост., науч. редактор Маковский (Волтерс Клувер) М., 2006. с. 603. შინაარსობრივად ანალოგიური ნორმაა გათვალისწინებული რომის 1980 წლის კონვენციით (მე-5 II მუხლი). რომი I რეგლამენტით (მე-6 II მუხლი), გაზიარებულ იქნა რომის 1980 წლის კონვენციის პოზიცია სამომხმარებლო ხელშეკრულებებთან დაკავშირებით. იხ. *Lein, The New Rome I / Rome II / Brussels I Synergy, Yearbook of Private International Law, Vol. X 2008, pp. 186-187.*

²⁸⁸ იქვე, გვ. 604-605. შინაარსობრივად ანალოგიური ნორმაა გათვალისწინებული რომის კონვენციით (მე-6 I მუხლი) და რომი I რეგლამენტით (მე-8 I მუხლი).

ამრიგად, საქართველოს კანონით სრულიად სამართლიანად გამახვილებულია ყურადღება „სუსტი მხარის“ ინტერესების დაცვაზე. ამ მუხლს ქართული სინამდვილისათვის საკმაოდ დიდი პრაქტიკული დატვირთვა გააჩნია, ვინაიდან ქვეყანა ახლა დგება ფეხზე. ბევრი ეკონომიური და სოციალური პრობლემაა გადასაწყვეტი, რაც, ცხადია, უცხოური ინვესტიციების მოზიდვის გარეშე თითქმის შეუძლებელია. ამის გათვალისწინებით, საკმაოდ ხშირად, სასამართალური თეორიებში „სუსტი მხარის“ როლში სწორედ ქართველი მუშა-მოსამსახურეები და მომხმარებლები აღმოჩნდებიან.

ზემოთ აღნიშნული 38-ე მუხლი ორი ნაწილისგან შედგება, პირველი ნორმის გაგება არანაირ სირთულეს არ წარმოადგენს და, ნათელია, თუ რისი თქმა სურდა კანონმდებელს. რაც შეეხება მეორე ნორმას, საჭიროა კონკრეტულ მაგალითებზე დაყრდნობით საკითხში სიციხადის შეტანა.

მაგალითი პირველი:

ქართველმა მომხმარებელმა გერმანიაში შეიძინა ავტომანქანა. სახელშეკრულებო დათქმით გარიგება გერმანული სამართლით უნდა მოწესრიგებულიყო.

მაგალითი მეორე:

ქართველმა მუშამ ინდივიდუალური შრომითი ხელშეკრულება დადო ინგლისურ კომპანიასთან – ლონდონში. მხარეებმა გარიგების მოსაწესრიგებლად ინგლისის სამართალი აირჩიეს.

მაგალითი მესამე:

გერმანულმა ავტომშენებელმა საწარმომ საქართველოში გახსნა თავისი წარმომადგენლობა, რომლის მეშვეობითაც იგი ავტომობილების რეალიზაციას ახდენდა ადგილობრივ მომხმარებლებზე. ეს ყველაფერი ხდებოდა ტიპური სახელშეკრულებო ფორმის გამოყენებით, სადაც აღნიშნული იყო, რომ გარიგება გერმანული სამართლით უნდა მოწესრიგებულიყო.

მაგალითი მეოთხე:

ინგლისურმა ნავთობკომპანიამ საძიებო სამუშაოების ჩატარების მიზნით დაიქირავა ქართველი მუშა-მოსამსახურეები. შრომის ხელშეკრულებების სახით წარმოდგენილი იყო ინგლისური კომპანიის მიერ შემუშავებული ტიპური სახელშეკრულებო ფორმები, რომლებიც ითვალისწინებდა ინგლისის სამართლის არჩევას.

ისმება კითხვა: საქართველოს სასამართლოების მიერ ხსენებული საქმეების განხილვისას რომელ შემთხვევაში უნდა იქნეს ცნობილი და რომელ შემთხვევაში არა – მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპი?

მესამე და მეოთხე მაგალითებში, მხარეთა მიერ გერმანიის და ინგლისის სამართლის არჩევა შეიძლება ბათილად იქნეს ცნობილი, რადგან გერმანულმა და ინგლისურმა საწარმოებმა საქართველოშივე „მიაგნეს“ ადგილობრივ მომხმარებლებს და მუშა-მოსამსახურეებს. ამიტომ, უცხო ქვეყნის სამართლის არჩევა ჩაითვლება ბათილად, თუ იგი უგულებელყოფს სოციალური სახის იმ იმპერატიულ ნორმებს,

რომლებიც მიღებულია საქართველოში მომხმარებელთა და მუშა-
მოსამსახურეთა ინტერესების დასაცავად.

რაც შეეხება პირველ და მეორე მაგალითებს, აქ პირიქით, მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპი არ უნდა იქნეს შეზღუდული, რადგან თვით ქართველმა მუშამ და მომხმარებელმა „მიაგნო“ საზღვარგარეთ თავიანთ კონტრაქტებს და, აქედან გამომდინარე, სრულიად ბუნებრივია, რომ მათ აირჩიეს შესაბამისი ქვეყნის სამართალი. სწორედ ამ უკანასკნელის (ე.ი. ინგლისის და გერმანიის) სამართლის სოციალური დაცვის იმპერატიული ნორმები უნდა იქნეს გამოყენებული „სუსტი მხარის“ ინტერესების დასაცავად.

მაგალითი საქართველოს სასამართლო პრაქტიკიდან:

2003 წლის 7 ივნისს საქართველოში (თბილისში) დაიდო შრომის ხელშეკრულება ერთის მხრივ მოსარჩელე, რომელიც რუსეთის ფედერაციის მოქალაქეს წარმოადგენდა და მეორეს მხრივ „Petrofac International“ LTD-ს შორის. ეს უკანასკნელიც, ასევე საქართველოს არარეზიდენტ პირს წარმოადგენდა. ხელშეკრულების მიხედვით მხარეებმა მომწესრიგებელ სამართლად აირჩიეს ჯერსის (Jersey) სამართალი.

მოსარჩელის წარმომადგენელმა სასარჩელო განცხადებაში მართებულად მიუთითა, რომ საქართველოს სასამართლოს, მიუხედავად იმისა, რომ მხარეებმა აირჩიეს ჯერსის (Jersey) სამართალი, იგი არ უნდა გამოეყენებინა, არამედ უნდა გამოეყენებინა საქართველოს სამართალი, შემდეგ მოსაზრებათა გამო:

ჯერსის კანონმდებლობით, დაქირავებული მუშაკის 2 კვირიანი წინასწარი გაფრთხილების შემდეგ, დამსაქმებელს შეეძლო ყოველგვარი მიზეზის გარეშე გაეთავისუფლებინა სამსახურიდან დაქირავებული მუშაკი, რასაც კონკრეტულ შემთხვევაში ჰქონდა კიდევაც ადგილი. აღნიშნული წინააღმდეგობაში მოდიოდა იმ დროს მოქმედ საქართველოს შრომის კანონთა კოდექსის²⁸⁹ 34-ე მუხლის იმპერატიულ დანაწესებთან. ხსენებული კანონი გაცილებით უფრო მაღალ სტანდარტს ითვალისწინებდა მუშა-მოსამსახურეთა დაცვის მიზნით, ვიდრე მხარეთა მიერ არჩეული ჯერსის სამართალი, კერძოდ: საქართველოს შრომის კანონთა კოდექსის 34-ე მუხლით გათვალისწინებული იყო ამომწურავი ჩამონათვალი, თუ რა შემთხვევაში იყო უფლებამოსილი დამსაქმებელი გაეთავისუფლებინა მუშაკი სამსახურიდან. ხსენებულ ჩამონათვალთა კი გათვალისწინებული არ იყო ადმინისტრაციის ინიციატივით დაქირავებული მუშაკის სამსახურიდან გათავისუფლება ყოველგვარი მიზეზის გარეშე.

ამრიგად, საქართველოს სსკ-ის 38-ე მუხლის პირველი წინადადების შესაბამისად, კონტრაქტთა მიერ ჯერსის სამართლის არჩევა ბათილად უნდა ყოფილიყო მიჩნეული სასამართლოს მიერ, თუმცა ამის აუცილებლობა არ დადგა, რადგან მხარეებმა მორიგების აქტი წარადგინეს სასამართლოში, რომელიც თბილისის ვაკე-საბურთალოს რაიონული სასამართლოს 2005 წლის 25 მარტის

²⁸⁹ მიღებული იყო საქართველოს სსრ უმაღლესი საბჭოს მიერ 1973 წლის 28 ივნისს. ძალადაკარგულია საქართველოს 05/25/2006 №3182 კანონით (ახალი შრომის კოდექსის მიღებასთან დაკავშირებით).

განჩინებით (საქმე №2/625-05) დამტკიცებულ იქნა, ხოლო ხსენებულ სარჩელზე შეწყდა საქმის წარმოება.

როგორც ზემოთ ითქვა, საქართველოს სკსკ „სუსტი მხარის“ ინტერესების დაცვის საკითხში უფრო რადიკალურია და მას უფრო ხისტი პოზიცია უკავია, ვიდრე რომის კონვენციას, რომი I რეგლამენტს და გერმანიის სკსკ-ს. ფაქტია, რომ, იგი ამ საკითხში უფრო შევიცარიის და ავსტრიის საერთაშორისო კერძო სამართლის კანონთა გავლენას განიცდის.

შვეიცარიის სკსკ-ის 120-ე მუხლის მიხედვით, მხარეებს არ აქვთ უფლება თავის შეხედულებისამებრ განსაზღვრონ სამომხმარებლო ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართალი, როდესაც მომხმარებელი „მიგნებულ“ იქნა გამყიდველის (მწარმოებლის) მიერ. ასეთ შემთხვევაში ხელშეკრულება წესრიგდება მომხმარებლის (სუსტი მხარის) ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ადგილის სამართლით.²⁹⁰

ავსტრიის სკსკ-ით მხარეთა ნების ავტონომია იზღუდება შემდეგ შემთხვევებში: 1) როცა საქონლის მწარმოებელი „მიაგნებს“ მომხმარებელს, მაშინ გამოყენებულ იქნება ამ უკანასკნელის ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი (habitual residence) ქვეყნის სამართალი; 2) რამდენადაც შეხებულია მომხმარებლის ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი ქვეყნის სამართლის იმპერატიული ნორმები, სამართლის არჩევა მომხმარებლის ინტერესების საზიანოდ მხედველობაში არ მიიღება (41-ე მუხლი).²⁹¹

შვეიცარიის სკსკ-ის მიხედვით, შრომის ხელშეკრულებებში, რომლებიც ჩვეულებრივ წესრიგდება სამუშაოს შესრულების ადგილის სამართლით, მხარეებს შეუძლიათ აირჩიონ სხვა სამართლებრივი სისტემა, მაგრამ მხარეთა ნების ავტონომია შეზღუდულ იქნება დამქირავებლის (მეწარმის) საქმიანობის ადგილის სამართლით. მისი საცხოვრებელი ადგილის ან ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი ადგილის სამართლით, ასევე დაქირავებული მუშაკის სამართლით (118-ე მუხლი).²⁹²

ავსტრიის სკსკ-ით, შრომის ხელშეკრულებაში, მხარეებს არ შეუძლიათ გვერდი აუარონ იმ სამართლის იმპერატიულ ნორმებს, რომლებიც ხელშეკრულების მიმართ ობიექტურად უნდა იქნეს გამოყენებული. ჩვეულებრივ ეს არის სამუშაო ადგილის სამართალი (44-ე მუხლი).²⁹³

ბოლოს, უნდა აღინიშნოს, რომ საქართველოს სკსკ 38-ე მუხლი საქართველოს სასამართლოების მხრიდან რაც შეიძლება უფრო ფართოდ უნდა იქნეს განმარტებული, თუკი საკითხი შეეხება სუსტი მხარის ინტერესების დაცვას. ასეთი პოზიციის დაცვა ზნეობრივად არათუ გამართლებულია, არამედ სავალდებულოც კი უნდა იყოს ყველასათვის. სუსტი მხარის დაცვის ინტერესების კუთხით მზარდი

²⁹⁰ *Samuel*, The New Swiss Private International Law, International and Comparative Law Quarterly, 1988 Vol. 37, pp. 687-688.

²⁹¹ *Kofler*, Austrian Conflict of laws in International Business Transactions, Comparative Law Yearbook of International Business, 1994 Vol. 16, p. 295.

²⁹² იქვე, გვ. 295-296.

²⁹³ იხ. *Samuel*, დასახ. ნაშრ. გვ. 687-688.

ტენდენცია შეინიშნება მსოფლიოს მოწინავე ქვეყნების სასამართლო პრაქტიკაში და კანონმდებლობაში.²⁹⁴

²⁹⁴ უფრო დაწვრილებით იხ. Цвайгерт/Кётц, Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. II. М., 1998, с. 16-39.

ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართალი, როდესაც მხარეებს იგი არ აურჩევიათ

თანამედროვე მსოფლიოში საერთაშორისო ხასიათის კომერციულ ხელშეკრულებებთან დაკავშირებით სულ უფრო მეტად შეინიშნება ტენდენცია, რომ კონტრაქტები გარიგების მოსაწესრიგებლად თვითონვე ირჩევენ მათთვის სასურველ სამართლებრივ სისტემას, თუმცა უმეტეს შემთხვევაში მხარეები არ უთითებენ, რომელი ქვეყნის სამართლით სურთ მათ ხელშეკრულების მოწესრიგება. სწორედ აღნიშნული საკითხების კვლევას ეძღვნება წინამდებარე ნაშრომის მეორე ნაწილი.

მხარეთა პასიურობა, როდესაც ისინი არ სარგებლობენ კანონით მინიჭებული უფლებით და არ ირჩევენ მათთვის სასურველ სამართლებრივ სისტემას, შესაძლოა გამოწვეული იყოს რომელიმე ან რამდენიმე მიზეზით:

1) კონტრაქტთა აზრით, გარიგებას კეთილსინდისიერად ორივე მხარე შეასრულებს და, შესაბამისად, მომავალში ხელშეკრულებასთან დაკავშირებით მათ შორის არანაირი სადავო საკითხი არ წარმოიშობა. აღნიშნულიდან გამომდინარე, კონტრაქტებს სრულიად ზედმეტად მიაჩნიათ საკოლიზიო საკითხებზე ყურადღების გამახვილება. ისინი ხომ საქმის სასამართლო განხილვამდე მისვლას არ ვარაუდობენ;

2) კონტრაქტები ხელშეკრულების დადებაზე ამახვილებენ ყურადღებას და არა ისეთ საკითხზე, რომელმაც შეიძლება მათ შორის მკვეთრი აზრთა სხვადასხვაობა გამოიწვიოს;

3) ზოგჯერ კონტრაქტები, უბრალოდ, კარგად არ იცნობენ სამართლებრივ საკითხებს და არ ითვალისწინებენ იმ გარემოებას, რომ მათ თვითონვე შეუძლიათ, წინასწარ განსაზღვრონ, თუ რომელი ქვეყნის სამართლით მოაწესრიგონ ხელშეკრულება;

4) კონტრაქტები კი არ ირჩევენ ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად რომელიმე სამართლებრივ სისტემას, არამედ ახდენენ მხოლოდ საარბიტრაჟო დათქმას, იმ იმედით, რომ ეს უკანასკნელი სამართლიანობის პრინციპზე დაყრდნობით გადაწყვეტს მხარეთა შორის წარმოშობილ დავას.

იურიდიულ ლიტერატურაში გავრცელებული მოსაზრებით²⁹⁵, მსოფლიოში ძირითადად გავრცელებულია ორი სახის მეთოდი, რომლებიც გამოიყენება ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად, იმ შემთხვევისათვის, როდესაც კონტრაქტებს არ აურჩევიათ კომპეტენტური სამართალი.

პირველს პირობითად ხისტი მეთოდი ეწოდება, მეორეს – მოქნილი, არსებობის უფლება აქვს მესამე მეთოდსაც, რომელსაც პირობითად ნახევრად მოქნილი მეთოდი (ან ნახევრად ხისტი)²⁹⁶

²⁹⁵ Lando, The Conflict of Laws Contracts, General Principles, Recueil Des Cours VI-1988, Dordrecht/Boston/London, pp. 318-394.

²⁹⁶ იქვე, გვ. 328.

შეიძლება ეწოდოს. თითოეული მათგანი, თავის მხრივ, შეიცავს განსხვავებულ პრინციპებსა და ქვეპრინციპებს.

თავი I. ხისტი მეთოდი

§1. ხელშეკრულების დადების ადგილი

ევროპის ქვეყნებისა და აშშ-ის სასამართლოები XVIII საუკუნის განმავლობაში და XIX საუკუნის პირველ ნახევარში ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად, როგორც წესი, ხელშეკრულების დადების ადგილის სამართალს (*Lex loci contractus*) იყენებდნენ.²⁹⁷

XIX საუკუნის დასაწყისამდე ვაჭრები, რომელთაც საკუთარი სატვირთო გემები ჰქონდათ, თვითონვე ან სავაჭრო აგენტების მეშვეობით პორტშივე ყიდულობდნენ ან ყიდდნენ საქონელს. ე.ი., უმეტეს შემთხვევაში ხელშეკრულების დადებისა და შესრულების ადგილი ერთმანეთს. 1850 წლიდან აქტიურად დაიწყო განვითარება ფოსტამ და ტელეგრაფმა, რამაც დიდად შეუწყო ხელი საერთაშორისო ვაჭრობის განვითარებას. ასევე გაიზარდა ბანკების აქტიურობაც, შემოდებულ იქნა ახალი საბანკო პროდუქტები, როგორცაა, მაგალითად, აკრედიტივი. ყოველივე ამან განაპირობა ის, რომ უმეტეს შემთხვევაში საერთაშორისო სავაჭრო გარიგებების დადებისა და შესრულების ადგილი უკვე აღარ ემთხვეოდა ერთმანეთს. ისინი იდებოდა და სრულდებოდა სხვადასხვა ადგილას და სხვადასხვა დროს.²⁹⁸

მოგვიანებით, XIX საუკუნის მეორე ნახევრიდან, ზოგიერთ ქვეყანაში აღნიშნული პრაქტიკა ნაწილობრივ შეიცვალა და სასამართლოები ასევე იყენებდნენ ხელშეკრულების შესრულების ადგილის სამართალსაც (*Lex loci solution*). *Lex loci contractus*-მა ამ ქვეყნებში დაკარგა ექსკლუზიური უფლება და თუკი მას მაინც იყენებდნენ, მხოლოდ მაშინ, როცა სხვაგვარად ვერ ხერხდებოდა ხელშეკრულების „ლოკალიზაცია“.²⁹⁹

მიუხედავად საერთაშორისო კომერციულ პრაქტიკაში მომხდარი ცვლილებებისა, ეს წესი ზოგიერთ ქვეყანაში შენარჩუნდა XX საუკუნის 80-იანი წლების ბოლომდე. ამ ქვეყნებს განეკუთვნებოდა: იტალია³⁰⁰ (რომის კონვენციის მიღების შემდეგ, ცხადია, იგი აღარ იზიარებდა ასეთ პოზიციას), საბჭოთა კავშირი (მისი სამართალმემკვიდრე რუსეთის ფედერაცია განსხვავებულად აწესრიგებს აღნიშნულ საკითხს).³⁰¹

²⁹⁷ *Вольф*, Международное частное право, перевод с английского, М., 1948, с. 459-460.

²⁹⁸ *Lando*, p. 244.

²⁹⁹ იქვე, გვ. 321.

³⁰⁰ *Giuliano/Legarde*, Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Official Journal N L 266 of October, 1980, A5,33.

³⁰¹ *Розенберг*, Международный договор и иностранное право, М., 2000, с. 42-92. *Badikov*, The Russian Civil Code and the Rome Convention: applicable law in the absence of choice by the parties, Journal of Private International Law, 2005, Vol. 1 No. 2, pp. 269-289.

რუსეთის იმპერიის 1864 წლის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი შესაძლებლობას იძლეოდა, ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად გამოყენებულიყო *Lex loci contractus*-ი (707-ე მუხლი). ზემოაღნიშნული ნორმა განიმარტებოდა როგორც პრეზუმფცია ხელშეკრულების დადების ადგილის სამართლის გამოყენების სასარგებლოდ, რაც იმას ნიშნავდა, რომ მისი ყოველი კონკრეტული შემთხვევისათვის გამოყენება სულაც არ იყო აუცილებელი. მაგალითად, რუსეთის იმპერიის უმაღლესმა სასამართლომ რამდენიმე საქმეში ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად უპირატესობა მიანიჭა ხელშეკრულების შესრულების ადგილის სამართლის გამოყენებას, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც გარიგების შესრულების ადგილი რუსეთში იყო.³⁰²

აღნიშნული პრაქტიკა რადიკალურად არ შეცვლილა ბოლშევიკური გადატრიალების შემდგომ პირველ წლებშიც. საბჭოთა რუსეთის 1920 წლის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის მე-7 მუხლის მიხედვით, სასამართლომ „მხედველობაში უნდა მიიღოს უცხო ქვეყნის სამართალი, სადაც ხელშეკრულება დაიდო“. ამ ნორმის განმარტებიდან გამომდინარეობს, რომ სასამართლოებსა და სახელმწიფო არბიტრაჟს (საგარეო საეაჭრო საარბიტრაჟო კომისია) ჰქონდათ თავისუფალი მოქმედებისათვის სივრცე, ანუ, თუ ისინი საჭიროდ ჩათვლიდნენ, მაშინ შეეძლოთ, გამოეყენებინათ იმ ქვეყნის სამართალი, სადაც ხელშეკრულება იყო დადებული.³⁰³

XX საუკუნის ორმოცდაათიანი წლებიდან მოყოლებული, მდგომარეობა მნიშვნელოვნად შეიცვალა. სახელშეკრულებო საკოლიზიო სამართალი მოქნილი მეთოდიდან გადავიდა ხისტ მეთოდზე. შემდგომში დასაბუთებულ იქნება, რომ ეს უკან გადადგმული ნაბიჯი იყო. საბჭოთა კავშირის სახელმწიფო არბიტრაჟმა ერთმნიშვნელოვნად მხარი დაუჭირა ხელშეკრულების დადების ადგილის სამართლის გამოყენებას. აღნიშნულის დასტურია შემდეგი ორი საქმე:

1957 წლის საარბიტრაჟო საქმის – *ინგლისური კომპანია „Холлис“-ი საბჭოთა საწარმო „Экспортлес“-ის წინააღმდეგ – მიხედვით*, ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად გამოყენებულ იქნა ინგლისის სამართალი, ვინაიდან გარიგება დადებული იყო ინგლისში;³⁰⁴

1959 წლის საქმის – *დანიური კომპანია „Корн Фодершотф Компаниен“-ი საბჭოთა საწარმო „Экспортхлеб“-ის წინააღმდეგ – მიხედვით*, ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად საბჭოთა საგარეო ეკონომიკურმა არბიტრაჟმა გამოიყენა დანიური სამართალი, ვინაიდან გარიგება კოპენჰაგენში იყო დადებული.³⁰⁵

მოგვიანებით საბჭოთა კავშირის კანონმდებლობით მთლიანად იქნა გაზიარებული სახელმწიფო საარბიტრაჟო პრაქტიკა და 1961 წლის სამოქალაქო სამართლის საფუძვლების 126-ე I მუხლით

³⁰² Makarov, Das interregionale Privatrecht des vorrevolutionären Russlands, ZvgIRW, 54, 1941, S. 249-286; Lando-ს ნაშრომის მიხედვით, გვ. 322.

³⁰³ Lando, გვ. 244.

³⁰⁴ Луни, Международное частное право, Особенная часть, М., 1975, с. 189.

³⁰⁵ იქვე, გვ. 189.

გათვალისწინებულ იქნა შემდეგი სახის ხისტი ნორმა: „საგარეო სავაჭრო გარიგებაში მხარეთა უფლება-მოვალეობანი უნდა განისაზღვროს ხელშეკრულების დადების ადგილის სამართლით, გარდა იმ შემთხვევისა, თუ სხვა რამე არ არის გათვალისწინებული მხარეთა შეთანხმებით“.

თეორიულად ეს ნორმა ერთ სიბრტყეზე განიხილავდა როგორც საბჭოთა კავშირის, ასევე უცხო ქვეყნის სამართალს. ამრიგად, საგარეო ეკონომიკურ საარბიტრაჟო კომისიას საშუალება ეძლეოდა, დაემტკიცებინა, რომ იგი მიუკერძოებელი იყო საგარეო სავაჭრო გარიგებიდან წარმოშობილი დავების გადაწყვეტისას და უცხო ქვეყნის სამართალს გამოყენების ზუსტად იმდენივე შანსი ჰქონდა, რამდენიც საბჭოთა სამართალს. ასეთი ხისტი საკოლიზიო ნორმის გამოყენების ახსნა შეიძლებოდა იმის შიშით, რომ საარბიტრაჟო სასამართლოს ხელშეკრულებიდან გამომდინარე უფლება-მოვალეობათა მოსაწესრიგებლად ტენდენციურად არ გამოეყენებინა მხოლოდ თავისი ქვეყნის სამართალი.³⁰⁶

საქართველოს სსრ-ის 1964 წლის სამოქალაქო სამართლის კოდექსის³⁰⁷ 575-ე მუხლი ფაქტობრივად ზემოაღნიშნული ნორმის გამეორება იყო: „მხარეთა უფლება-მოვალეობები საგარეო-სავაჭრო გარიგებაში განისაზღვრება *გარიგების დადების ადგილის კანონით*, თუ მხარეთა შეთანხმებით სხვა რამ არ არის დადგენილი“.

დღეს, როდესაც საერთაშორისო ხელშეკრულებათა უმეტესობა მხარეთა თანდასწრებით არ იდება, *Lex loci contractus*-ი, როგორც ხისტი საკოლიზიო ნორმის გამოყენება, ანაქრონიზმია. წინა საუკუნეებში ამ პრინციპის გამოყენება ბუნებრივი მოვლენა იყო, ვინაიდან ხელშეკრულება უმეტეს შემთხვევაში ერთსა და იმავე დროს და ადგილას იდებოდა და სრულდებოდა.

საბჭოთა კავშირის სახელმწიფო საარბიტრაჟო პრაქტიკისა და დოქტრინის მიერ აღიარებული *Lex loci contractus*-ის პრინციპის გამოყენების მიმართ დასავლეთის იურიდიულ ლიტერატურაში სრულიად სამართლიანად გამოითქვა მძაფრი კრიტიკა. მაგალითად, ცნობილი შვეიცარიელი კოლიზიონისტი შნიტცერი აღნიშნავდა: კომერციული ხასიათის ხელშეკრულებები დღეს უმეტესწილად ხორციელდება მხარეთა დაუსწრებლად, ის არ იდება, სივრცეში: „იგი სულიერი კავშირია პირთა შორის, კავშირი, რომლისთვისაც არ არსებობს ადგილსამყოფელი, ნივთისაგან განსხვავებით“.³⁰⁸

ზემოთქმულის პასუხად ლუნცმა განაცხადა: „ყოველი ხელშეკრულება არის იურიდიული ფაქტი, რაც მხარეთა ნებიდან მომდინარეობს. ეს იურიდიული ფაქტები ხორციელდება სივრცეში და არაფერია ხელოვნური იმაში, რომ მათი განხორციელების ადგილს გარკვეული იურიდიული მნიშვნელობა ენიჭება“.³⁰⁹

³⁰⁶ *Lando*, გვ. 323.

³⁰⁷ მიღებულია საქართველოს სსრ-ის მეექვსე მოწვევის უმაღლესი საბჭოს მეოთხე სესიაზე 1964 წლის 26 დეკემბერს.

³⁰⁸ *Schnitzer*, *Rabels Z.*, 1969, H.I. S. 305; ციტირებულია: *Луны*, *Международное частное право/Особенная часть*, М., 1975, с. 186.

³⁰⁹ *Луны*-ის ნაშრომის მიხედვით, გვ. 186. აღსანიშნავია, რომ ამჟამად რუსეთის ფედერაციის სამოქალაქო კოდექსის 1211-ე I მუხლის შესაბამისად, ხელშეკრულების

ლუნცის ხსენებული მოსაზრება არ უნდა იქნეს გაზიარებული შემდეგ გარემოებათა გამო: ცხადია, ის მართალია იმ საკითხში, როდესაც საუბრობს, რომ სუვერენული სახელმწიფოს ნებაა, მიანიჭოს ამა თუ იმ ფაქტობრივ გარემოებას, როგორცაა, მაგალითად, ხელშეკრულების დადების ადგილი, გარკვეული იურიდიული მნიშვნელობა. ამაში მიუღებელი არაფერია, მაგრამ სხვა საკითხია, რამდენად გამართლებულია იგი პრაქტიკული თვალსაზრისით, საერთაშორისო სავაჭრო ბრუნვის ინტერესებით და, საერთოდ, რამდენად პასუხობს თანამედროვე ცხოვრების მოთხოვნებს? ქვემოთ იქნება ნახვენები, რომ *Lex loci contractus*-ის პრინციპი არ პასუხობს ზემოთ აღნიშნულ მოთხოვნებს.

პირველ რიგში, უნდა აღინიშნოს, რომ *Lex loci contractus*-ი სხვადასხვა ქვეყნის კანონმდებლობით განსხვავებულად განიმარტება: ბრაზილიაში, ტაივანსა და იაპონიაში ხელშეკრულების დადების ადგილად მიიჩნევა ტერიტორია, საიდანაც ოფერტი გაიგზავნა;³¹⁰ იტალიისა³¹¹ და საბჭოთა კავშირის³¹² სამართლის მიხედვით კი, ხელშეკრულების დადების ადგილად მიიჩნევა (საბჭოთა კავშირის შემთხვევაში მიიჩნეოდა) ოფერენტის მიერ აქცეპტის მიღების ადგილი; ინგლისის სასამართლო პრაქტიკის მიერ შემუშავებული „საფოსტო ყუთის“ (mail-box) თეორიის მიხედვით კი, ხელშეკრულების დადების ადგილად მიიჩნევა აქცეპტის გაგზავნის ადგილი.³¹³ თვით ის ფაქტი, რომ *Lex loci contractus*-ი სხვადასხვა ქვეყნის კანონმდებლობით განსხვავებულად განიმარტება, ცხადია, არ მეტყველებს მისი გამოყენების სასარგებლოდ. იგი ეწინააღმდეგება მსოფლიო თუ რეგიონალური მასშტაბით სხვადასხვა ქვეყნის საკოლიზიო კანონმდებლობის დაახლოებისა და უნიფიცირების პროცესს, რაც ესოდენ აუცილებელია საერთაშორისო სავაჭრო ბრუნვის ინტერესებისათვის.

მთავარი არგუმენტი *Lex loci contractus*-ის, როგორც ხისტი საკოლიზიო ნორმის, გამოყენების წინააღმდეგ, ისაა, რომ ***მხარეთა მიერ ხელშეკრულების დადების ადგილს შეიძლება სრულიად შემთხვევითი ხასიათი ჰქონდეს.***³¹⁴ აქედან გამომდინარე, არაგონივრული

მოსაწესრიგებლად არ გამოიყენება *Lex loci contractus*-ი, თუმცა მისი ურყოფა ისე მოხდა, რომ რუსულ იურიდიულ ლიტერატურაში არასოდეს გამართულა დისკუსიები ხსენებულ თემაზე.

³¹⁰ *Lando-ს* ნაშრომის მიხედვით, გვ. 322.

³¹¹ იტალიის სამოქალაქო კოდექსის 1326-ე მუხლი; *Lando-ს* ნაშრომის მიხედვით, გვ. 322.

³¹² რუსეთის სსრ-ის 1964 წლის სამოქალაქო კოდექსის 162-ე-163-ე მუხლები; საქართველოს სსრ-ის 1964 წლის სამოქალაქო კოდექსის 158-ე მუხლი.

³¹³ Zweigert, Kötz, Introduction to Comparative Law (Clarendon press, Oxford, translated from the German by Tony Weir), Third revised edition, 1998, pp. 358-359.

³¹⁴ *Paane*, Международное частное право, Перевод с немецкого, М., 1960, с. 451. აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ ლუნცმა შეგნებულად გვერდი აუარა ამ საკითხის განხილვას, თუმცა იგი კარგად იცნობდა რააპეს ნაშრომს, რომელიც 1960 წელს გერმანულიდან რუსულად ითარგმნა და რომლის რედაქტორიც თავად იყო. მართალია, რააპემ მხოლოდ ერთი წინადადება დაუთმო *Lex loci contractus*-ის კონცეფციის კრიტიკას: „ასეთი სახის (საკოლიზიო, ა.ი.) საბმელი მეტ-ნაკლები ხარისხით შემთხვევით

იქნება ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად იმ ქვეყნის სამართლის გამოყენება, რომელსაც მასთან არანაირი კავშირი არ გააჩნია.

მაგალითი:

ქართველმა და უკრაინელმა კომერსანტებმა მაღაიზიაში გამართულ აზიის განვითარების ბიზნესფორუმზე ყოფნისას დადეს ხელშეკრულება საქართველოდან უკრაინაში ღვინის ექსპორტის შესახებ, მაგრამ არ დაუთქვამთ, რომელი სამართლებრივი სისტემით უნდა მოწესრიგებულიყო გარიგება. საბჭოთა კავშირში გაბატონებული დოქტრინისა და საარბიტრაჟო პრაქტიკის თანახმად, მხარეთა შორის წარმოშობილი დავის შემთხვევაში ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად უნდა გამოყენებულიყო მაღაიზიური სამართალი, რაც, ცხადია, საკითხისადმი მეტად არაგონივრული მიდგომა იქნებოდა.

ალბათ, ამ მოსაზრებების გამო, დღესდღეობით, არცერთი მოწინავე ქვეყანა არ იყენებს ცალსახად, ხისტი ნორმის სახით, *Lex loci contractus*-ს, როგორც ძირითად ინსტრუმენტს, საკოლიზიო საკითხების გადასაწყვეტად.

§2. ხელშეკრულების შესრულების ადგილი

ხელშეკრულების შესრულების ადგილის სამართლის (*Lex loci solutionis*) გამოყენება გარიგების მოსაწესრიგებლად დიდი წარმატებით სარგებლობდა გერმანიაში, რაც, პირველ რიგში, გამოწვეული იყო *სავინის* ავტორიტეტით. მისი აზრით, ყოველი ხელშეკრულება საკოლიზიო საკითხების გადაწყვეტის დროს განიცდის „ბუნებრივ ლოკალიზაციას“ რომელიმე ქვეყნის სამართლით;³¹⁵ „თითოეული სამართალურთიერთობის მიმართ უნდა დადგინდეს ის კანონი, რომელსაც იგი თავისი ბუნების მიხედვით განეკუთვნება, ან რომლის მოქმედებაც მასზე ვრცელდება“ და, ამრიგად, უნდა გამოირკვეს, სადა აქვს მოცემულ სამართალ-ურთიერთობას, როგორც მან უწოდა, „თავისი ადგილი“ (*Sitz*). სახელშეკრულებო ვალდებულებითი ურთიერთობების მიმართ მას ასეთ „ადგილად“ გარიგების შესრულების ადგილი მიაჩნდა. *სავინის* აზრით: ვალდებულება ისეთი რამაა, რომ იგი ზღუდავს პიროვნების არჩევანს (დისკრეციას) და წარმოიშობა რაღაც აუცილებლობა. ეს უკანასკნელი კი სწორედ ხელშეკრულების შესრულებაა.³¹⁶

Lex loci solutionis-ი გათვალისწინებული იყო 1863 წლის საქსონიის კოდექსით, რომელიც სავინის მოძღვრებას მიიხნევდა მეცნიერების უკანასკნელ სიტყვად; ასევე, იგი ფართოდ გამოიყენებოდა გერმანიის სასამართლო პრაქტიკაში.³¹⁷ როგორც ეტყობა, ეს გამოიწვია იმ გარემოებამაც, რომ სარჩელი გერმანიის სამოქალაქო საპროცესო კანონმდებლობით შეტანილი უნდა ყოფილიყო მოვალის საცხოვრებელი

ხასიათს ატარებს და, გარდა ამისა, ხშირად მისი განსაზღვრა რთულია“, მაგრამ იგი იმდენად დამაჯერებელია, რომ არცერთ საბჭოთა ავტორს არ უცდია მისი უარყოფა.

³¹⁵ Savigny, A Treatise on the Conflicts of Laws, 2ed. trans. by Gutrie, Edinburgh, 1880, p. 137.

³¹⁶ Вольф, Международное частное право, Перевод с английского, М., 1948, с. 50.

³¹⁷ Макаров, Международное частное право, М., 1924, с. 92.

ადგილის მიხედვით. ეს უკანასკნელი კი, როგორც ცნობილია, ხშირად ემთხვეოდა ხელშეკრულების შესრულების ადგილს.

აღსანიშნავია, რომ საქართველოს კანონმდებლობითაც ანალოგიური ნორმებია გათვალისწინებული, კერძოდ, საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის მე-15 მუხლით: „სარჩელი წარედგინება მოპასუხის საცხოვრებელი ადგილის მიხედვით“. მე-16 II მუხლით კი: „ხელშეკრულებიდან გამომდინარე სარჩელები სასამართლოს წარედგინება ხელშეკრულების შესრულების ადგილის ან იმ ადგილის მიხედვით, სადაც ხელშეკრულება უნდა შესრულებულიყო“.

საქართველოს საერთაშორისო კერძო სამართლის კანონის მე-9 მუხლის „ა“ ქვეპუნქტით: საქართველოს სასამართლოებს საერთაშორისო კომპეტენცია აქვთ იმ შემთხვევაში, თუ „მოპასუხე რამდენიმე პირია და ერთ-ერთ მათგანს საცხოვრებელი ადგილი, რეზიდენცია ან ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი საქართველოში აქვს“. მე-9 მუხლის „ბ“ ქვეპუნქტით კი: საქართველოს სასამართლოებს საერთაშორისო კომპეტენცია აქვთ იმ შემთხვევაში, თუ „ხელშეკრულებით განსაზღვრული ვალდებულებების შესრულების ადგილი საქართველოშია“.

ყოველივე ზემოთ თქმულის შემდეგ შეიძლება შეიქმნას ისეთი შთაბეჭდილება, რომ ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად *Lex loci solutionis*-ის პრინციპის გამოყენება უეჭველად უნდა იქნეს მხარდაჭერილი. აქ აუცილებელია, ერთმანეთისგან გაიმიჯნოს საპროცესო და საკოლიზიო კანონმდებლობის მიზნები. როგორც ცნობილია, კრედიტორისათვის გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვს სასამართლო გადაწყვეტილების აღსრულებას, რომელიც მოვალის წინააღმდეგ არის მიმართული. ეს კი შესაძლოა, პრობლემატური გახდეს, თუ სასამართლო გადაწყვეტილების აღსრულება სხვა ქვეყანაში უნდა განხორციელდეს. ამიტომაც, პრაქტიკული მოსაზრებებიდან გამომდინარე, უპრიანია, თუკი გადაწყვეტილებას გამოიტანს ის სასამართლო, რომლის სამოქმედო ტერიტორიაზეც უნდა მოხდეს სასამართლო გადაწყვეტილების აღსრულება. უმეტეს შემთხვევაში კი მოვალის საცხოვრებელი ადგილი (*Residences*) ემთხვევა მისი უძრავ-მოძრავი ქონების ადგილსამყოფელსა და ხელშეკრულების შესრულების ადგილს. ამ პოზიციიდან გამომდინარე, ბუნებრივია და მიზანშეწონილიც, სარჩელი ხელშეკრულების შესრულების ადგილას არსებულ სასამართლოში იქნეს შეტანილი. ამავე დროს, ერთმანეთისაგან უნდა გაიმიჯნოს სასამართლოების საერთაშორისო კომპეტენციისა თუ სასამართლო განსჯადობის საკითხები კონკრეტული ქვეყნის სამართლის გამოყენების საკითხისგან. შესაძლოა, საქმე ერთი ქვეყნის სასამართლომ (ამ შემთხვევაში ხელშეკრულების შესრულების ადგილის სასამართლომ) განიხილოს, ხელშეკრულების მიმართ კი სხვა ქვეყნის სამართალი იქნეს გამოყენებული. ცხადია, ამ შემთხვევაშიც არანაირი პრობლემა სასამართლო გადაწყვეტილების აღსრულების კუთხით არ არსებობს.

მაგალითი:

ესპანელ და იტალიელ მეწარმეებს შორის დადებული იყო ხელშეკრულება, რომელიც ამ უკანასკნელმა დაარღვია. სარჩელი შეტანილ იქნა მოვალის საცხოვრებელი ადგილის მიხედვით, ანუ იტალიის სასამართლოში, ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად კი მოსამართლემ გამოიყენა ესპანური სამართალი. იტალიის სასამართლოს გადაწყვეტილება მოვალის (იტალიელი მეწარმის) მიმართ იძულების წესით აღსრულდა იტალიაში. ცხადია, აღსრულებისათვის ხელი არ შეუშლია იმ გარემოებას, რომ სასამართლომ ესპანეთის მატერიალური სამართალი გამოიყენა.

ამრიგად, *Lex loci solutionis*-ის გამოყენების სასარგებლოდ სამოქალაქო საპროცესო სამართალსა და საერთაშორისო კერძო სამართლის პროცესში დამკვიდრებული ნორმების მოშველიება უადგილოა.

Lex loci solutionis-ის პრინციპის უპირატესობა *Lex loci contractus*-თან ისაა, რომ შესრულება ხელშეკრულების მთავარი მიზანია. ამრიგად, სავსებით გასაგებია, რომ ადგილი, სადაც უნდა მოხდეს გარიგების შესრულება, ის ადგილია, საითკენაცაა მიმართული ხელშეკრულების „მიზიდულობის ძალა“ (*Center of gravity*). როგორც ზემოთ აღინიშნა, ხელშეკრულების დადების ადგილი შეიძლება შემთხვევით ხასიათს ატარებდეს, რაც ხელშეკრულების შესრულების ადგილზე ვერ ითქმის.

დადებით მომენტებთან ერთად, ასევე უნდა აღინიშნოს ის უარყოფითი მოვლენაც, რაც *Lex loci solutionis*-ის გამოყენებას ახლავს თან. მაგალითად, თუ მხარეებმა გარიგების დადებისას არ მიუთითეს ხელშეკრულების შესრულების ადგილი, მაშინ მისი განსაზღვრა შესაძლოა პრობლემატური გახდეს. ასეთ შემთხვევაში *Lex loci solutionis*-ი უნდა დადგინდეს *Lex fori*-ს მიხედვით.

ხელშეკრულების შესრულების ადგილი, *Lex loci contractus*-ის მსგავსად, განსხვავებულად განიმარტება სხვადასხვა ქვეყნის სამართალში.

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 362-ე მუხლის მიხედვით, „თუ შესრულების ადგილი არ არის განსაზღვრული და არც ვალდებულებითი ურთიერთობის არსიდან გამომდინარეობს, მაშინ საგნის მიწოდება შემდეგნაირად უნდა მოხდეს:

ა. ინდივიდუალურად განსაზღვრული საგნის შემთხვევაში – **იმ ადგილას, სადაც იგი ვალდებულების წარმოშობის მომენტისთვის იმყოფებოდა;**

ბ. გვარობით განსაზღვრული საგნის შემთხვევაში – **იმ ადგილას, სადაც იმყოფებოდა მოვალის საწარმო; თუ ასეთი არ არის, მაშინ – მისი საცხოვრებელი ადგილის (იურიდიული მისამართის) მიხედვით“.**

იმავე კოდექსის 386-ე მუხლის მიხედვით: „შესრულების საექსპოზიციოს ფულადი ვალდებულება უნდა შესრულდეს **კრედიტორის ადგილსამყოფლის (საცხოვრებელი ადგილის ან იურიდიული მისამართის) მიხედვით“.**

როგორც ჩანს, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსით გათვალისწინებულია ხელშეკრულების შესრულების სამი განსხვავებული ადგილი სხვადასხვა სახის ხელშეკრულების მიმართ.³¹⁸

მთავარი არგუმენტი *Lex loci solutionis*-ის გამოყენების წინააღმდეგ ისაა, რომ შესაძლებელია, ხელშეკრულების შესრულების ადგილი იყოს არა ერთ ცალკე ადგილზე ქვეყანაში, არამედ რამდენიმეში ერთდროულად. განსაკუთრებით ეს შეიძლება ითქვას გარიგებებიდან ყველაზე მეტად გავრცელებულ ნასყიდობის ხელშეკრულებაზე, რომელიც, როგორც ცნობილია, ორმხრივ ხელშეკრულებათა რიცხვს განეკუთვნება.³¹⁹

მაგალითი:

გერმანელმა და ქართველმა კომერსანტებმა დადეს საქონლის ნასყიდობის ხელშეკრულება. *Lex loci solutionis*-ის პრინციპით ხელმძღვანელობის შემთხვევაში ხელშეკრულების მიმართ გამოყენებულ უნდა იქნეს ორი ქვეყნის სამართალი; ერთი მხრივ, გერმანული სამართალი, ვინაიდან ქართულმა მხარემ ღვინო გაგზავნა გერმანიაში, სადაც ხელშეკრულებით საქონლის მიწოდების ადგილი იყო გათვალისწინებული და, მეორე მხრივ, ქართული სამართალი, ვინაიდან სყიდვის ფასის გადახდა (თანხის გადმორიცხვა), გარიგების პირობების თანახმად, საქართველოში უნდა მომხდარიყო. პირველ შემთხვევაში, საქონლის ხარისხის, ნაკლულობისა თუ დანაკლისის, მისი დაგვიანებით მიწოდების საკითხები უნდა განხილულ იქნეს გერმანული სამართლით, ხოლო თანხის არადროულად გადმორიცხვის, პროცენტების დარიცხვის, საურავის დაკისრების საკითხების მიმართ გამოყენებულ უნდა იქნეს ქართული სამართალი.

საკოლიზიო საკითხის ამდაგვარად გადაწყვეტის შემთხვევაში მივიღებთ ხელშეკრულების „გახლეჩას“ (ფრ. *dépeçage*), ვინაიდან ერთი ხელშეკრულების მიმართ გამოყენებულ უნდა იქნეს ორი ქვეყნის სამართალი.

ხელშეკრულების დანაწევრების იდეას ემხრობოდნენ ბარო³²⁰ და შემდგომი დროის ზოგიერთი სხვა გერმანელი იურისტი, რომლებიც შესაძლებლად თვლიდნენ ერთი ხელშეკრულების მიმართ თითოეული კონტრაქტის ეროვნული სამართლის გამოყენებას. მათი მოსაზრებით, თითოეულ მხარეს უნდა ჰქონოდა კანონიერი მოლოდინი, რომ მისი სახელშეკრულებო ვალდებულება მოწესრიგდებოდა მისივე ეროვნული სამართლით. 1860 წელს გერმანიის სასამართლომ ამ მიმართულებით გადადგა პირველი ნაბიჯი და ხელშეკრულების მიმართ გამოიყენა ხელშეკრულების შესრულების ადგილის სამართალი, რამაც შემდგომში ხელი შეუწყო ხელშეკრულების „დანაწევრების“ მეთოდის დანერგვას.³²¹

³¹⁸ უფრო დაწვრილებით იხ. ზარანდია, სახელშეკრულებო ვალდებულებების შესრულების ადგილი და ვადები, თბ., (ჯისიანი), 2005, გვ. 3-27.

³¹⁹ *ახელედიანი*, ვალდებულებითი სამართალი, თბ., 1998, გვ. 24.

³²⁰ *Bar*, The theory and practice of private international law, 2d ed., rev. and enl. Tr. by G. R. Gillespie. Edinburgh : W. Green & Sons, 1892, p. 315.

³²¹ იხ. *Lando*, დასახ. ნაშრ., გვ. 253.

1959 წლიდან გერმანიის სასამართლოები სულ უფრო და უფრო ნაკლებად იყენებდნენ ხელშეკრულების „გახლეჩის“ მეთოდს.³²² ამრიგად, აღნიშნული გაცილებით უფრო ადრე მოხდა, ვიდრე გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკა შესაბამისობაში მოიყვანდა თავის კანონმდებლობას რომის კონვენციასთან, რაც 1986 წელს განხორციელდა;

შვეიცარიის სასამართლოებმა ასევე გაიზიარეს *სავინისა* და *ბარის* შეხედულებანი და ისინიც ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად იყენებდნენ ხელშეკრულების შესრულების ადგილის სამართალს. ამ თეორიის მიღებას კი ხელშეკრულების „დანა-წვევების“ პრინციპის აღიარება მოჰყვა.³²³

შვეიცარიის სასამართლოებმა 1952 წლიდან უარყვეს ხელშეკრულების „დანაწვევების“ მეთოდის გამოყენება.³²⁴

დღესდღეობით ევროპული ქვეყნების არც სასამართლო პრაქტიკა და არც თეორეტიკოსები არ ემსრობიან ხელშეკრულების „დანაწვევების“ კონცეფციას. მართალია, თითოეული მხარე ელის, რომ მისი სახელშეკრულებო ვალდებულება მისავე ეროვნულ სამართალს დაექვემდებარება, მაგრამ აუცილებელია, მხარეთა მოლოდინი ასევე ითვალისწინებდეს, რომ მხოლოდ ერთი მართლწესრიგი უნდა იქნეს გამოყენებული მთლიანად ხელშეკრულების მიმართ და არა ერთ-ერთი კონტრაქტის ვალდებულების მიმართ. საერთაშორისო ხელშეკრულებაში, რომელიც დადებულია სხვადასხვა ქვეყნის წარმომადგენლებს შორის, მხარეთა მოლოდინი იმისა, რომ თავიანთი ვალდებულების მიმართ მხოლოდ საკუთარი ეროვნული სამართალი იქნეს გამოყენებული, პრაქტიკულად განუხორციელებელია.³²⁵ ხელშეკრულება – ეს ხომ კონტრაქტთა ორმხრივი ნების თანხვედრაა და იგი არ შეიძლება ხელოვნურად გაიხლიჩოს. ***ერთმა მართლწესრიგმა უნდა მოაწესრიგოს ხელშეკრულება.***

დღესდღეობით არც ერთი ქვეყანა არ იყენებს „სუფთა სახით“ *Lex loci solutionis*-ის პრინციპს. ეს უკანასკნელი უკვე აღარ გამოიყენება ხისტად, როგორც წამყვანი საკოლიზიო საბმელი. იგი გამოიყენება არა ყველა სახის სახელშეკრულებო ურთიერთობის მიმართ, არამედ კონკრეტული სახის ხელშეკრულებების მიმართ, ან კონკრეტული გარემოებებიდან გამომდინარე, სხვა საკოლიზიო საბმელებთან ერთად. აღნიშნულის დამადასტურებელია თურქეთის მიერ XX საუკუნის ბოლოს მიღებული კანონი.

თურქეთის 1982 წლის 20 მაისის საერთაშორისო კერძო სამართლის კანონის (№2675) 24-ე მუხლი ითვალისწინებს, რომ, თუ მხარეთა მიერ პირდაპირ არ არის არჩეული სამართალი, მაშინ ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად გამოიყენება *Lex loci solutionis*, ხოლო თუ ხელშეკრულება უნდა შესრულდეს რამდენიმე ქვეყანაში,

³²² *Drobnig*, American-German Private International Law, Bilateral Studies in Private International Law, No.4. ed.2, Dobbs Ferry, N.Y., 1972, pp. 240-241.

³²³ *Vischer*, Internationales Vertragsrecht, Berne, 1962, 95; *Lando-b* ნაშრომის მიხედვით, გვ. 253.

³²⁴ *Vischer*, The concept of the characteristic performance reviewed, A. Borràs et al. (eds.), E pluribus Unum, 1996, p. 501.

³²⁵ *Paane*, Международное частное право, М., 1960, с. 486-492.

მაშინ გამოიყენება „პრინციპული“ შესრულების ადგილის სამართალი. იმ შემთხვევაში კი, თუ შეუძლებელია დადგინდეს გარიგების შესრულების ადგილი, მაშინ ხელშეკრულება უნდა მოწესრიგდეს იმ ქვეყნის სამართლით, რომელთანაც მას ყველაზე მჭიდრო კავშირი აქვს.³²⁶

ამრიგად, ის ქვეყნები, რომლებიც სიმპატიით არიან განწყობილნი *Lex loci solutionis*-ის მიმართ, მაინც ბოლომდე მისი ერთგულნი არ არიან და სხვადასხვა სახის ხელშეკრულებათა მოსაწესრიგებლად, მასთან ერთად, დამატებით სხვა სახის საკოლიზიო საბმელებსაც უხმობენ.

§3. საკოლიზიო საბმელთა ნუსხა

როგორც ზემოთ აღინიშნა, ზოგიერთი ქვეყნის მიერ მხარდაჭერილმა ხისტმა მიდგომამ, რომელიც ნებისმიერი ხელშეკრულების მიმართ მხოლოდ *Lex loci contractus*-ის ან *Lex loci solutionis*-ის გამოყენებას გულისხმობს, პრაქტიკაში ვერ გაამართლა.

აღნიშნულიდან გამომდინარე, გარკვეულმა ქვეყნებმა მხარი დაუჭირეს არა ერთი რომელიმე საკოლიზიო საბმელის, არამედ სხვადასხვა სახის საკოლიზიო საბმელის გამოყენებას ამა თუ იმ სახის ხელშეკრულების მიმართ.

1974 წელს, ესპანეთის სამოქალაქო კოდექსში შეტანილი ცვლილებების შედეგად, მე-10 V მუხლით გათვალისწინებული იყო შემდეგი: თუ მხარეთა მიერ არ იყო არჩეული კომპეტენტური სამართალი, მაშინ ხელშეკრულება უნდა მოწესრიგებულიყო მხარეთა საერთო მოქალაქეობის ქვეყნის სამართლით. ასეთის არარსებობის შემთხვევაში – მხარეთა საერთო დომიცილით,³²⁷ ხოლო ამ უკანასკნელის არარსებობის შემთხვევაშიც – ხელშეკრულების დადების ადგილით.

უძრავი ნივთის ნასყიდობის ხელშეკრულების მიმართ გამოიყენებოდა მისი ადგილსამყოფელი ქვეყნის სამართალი, ხოლო მოძრავი ნივთების ნასყიდობის ხელშეკრულების მიმართ კი გამყიდველის საწარმოს რეზიდენციის ადგილის სამართალი (მე-5 V მუხლი).³²⁸

ჩუქების ხელშეკრულების მიმართ გამოიყენებოდა მჩუქებლის მოქალაქეობის კანონი (მე-7 VII მუხლი). შრომის ხელშეკრულებების მიმართ კი სამუშაოს შესრულების ადგილის სამართალი (მე-10 VI მუხლი).³²⁹

³²⁶ Ansay/Scheider, *The Private International Law of Turkey*, NILR 1990, pp. 200-210.

³²⁷ დომიცილი (domicilii) – ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ადგილი. იხ. *კანტურია*, შესავალი საქართველოს სამოქალაქო სამართლის ზოგად ნაწილში (სამართალი) თბ. 1997, გვ. 172-176.

³²⁸ ესპანეთის სამოქალაქო კოდექსის ამონარიდების არაოფიციალური რუსული თარგმანი, რომელიც უშუალოდ საკოლიზიო საკითხებს შეეხება იხ. *Международное частное право. Иностранное законодательство // Предисл. Маковского; сост. и науч. ред. Жильцов/Муранов* (Статут) М., 2001, с. 308-319.

³²⁹ იქვე. გვ. 312. მოგვიანებით ესპანეთმა თავის კანონმდებლობა შესაბამისობაში მოიყვანა რომის 1980 წლის კონვენციასთან.

მსგავსი პოზიცია იყო გათვალისწინებული იტალიის სამოქალაქო კოდექსით, კერძოდ: შესავალი ნაწილის 25-ე III მუხლით, ხელშეკრულება უნდა მოწესრიგებულიყო საერთო მოქალაქეობის კანონით, ან, ასეთის არარსებობის შემთხვევაში, ხელშეკრულების დადების ადგილის სამართლით. ხელშეკრულებები, რომლებიც უძრავი ქონების გასხვისებას შეეხებოდა, წესრიგდებოდა მისი ადგილმდებარეობის ქვეყნის სამართლით.³³⁰

1984 წლის 18 დეკემბრის №975 კანონით იტალიამ მთლიანად მოახდინა რომის 1980 წლის კონვენციის ინკორპორირება თავის კანონმდებლობაში, კერძოდ, იტალიის სკსკ-ის 57-ე მუხლში განხორციელებული ცვლილებებით, რითაც ფაქტობრივად უარი განაცხადა ხისტი მეთოდის მხარდაჭერაზე.³³¹

თავის დროზე პროფესორმა სერგო ჯორბენაძემ, სრულიად მართებულად, კრიტიკული აზრი გამოთქვა ხისტი მეთოდის (კერძოდ, საქართველოს სსრ სამოქალაქო კოდექსში ჩამოყალიბებულ ნორმაზე, რომელიც მხარს უჭერდა ხელშეკრულების დადების ადგილის სამართლის გამოყენებას) მიმართ: „ამჟამინდელი სამოქალაქო კოდექსის ყველაზე სუსტი კარი მე-8 კარია . . . ეს ეხება მის მიერ ცივილისტური ურთიერთობის მოწესრიგების ხარვეზებსაც და იმას, რომ ყველაფერი წინასწარვე მკაცრად განსაზღვრულია საკოლიზო ნორმებით, რომლებიც სხვადასხვა სადაო შემთხვევებს ისე განიხილავენ, რომ არ ითვალისწინებენ საქმის კონკრეტულ გარემოებებს და გამორიცხავენ საქმისადმი სწორედ იმ სამართლებრივი სისტემის ნორმების გამოყენებას, რომელთანაც იგი ყველაზე მჭიდროდაა დაკავშირებული. ამ უკანასკნელი პრინციპების გათვალისწინება თავიდან აგვაშორებდა საკოლიზო მეთოდის გამოყენების უკიდურესობებს“.³³²

თავი II. ნახევრად მოქნილი მეთოდი

ავსტრიის 1978 წლის „საერთაშორისო კერძო სამართლის“ ფედერალური კანონის პირველი I მუხლით გათვალისწინებულია შემდეგი: კერძო სამართლებრივი ხასიათის ურთიერთობები, რომელშიც უცხოური ელემენტი მონაწილეობს, უნდა მოწესრიგდეს იმ ქვეყნის სამართლით, რომელთანაც სამართალური ურთიერთობას ყველაზე მჭიდრო კავშირი აქვს.

ზემოთ აღნიშნული პრინციპიდან გამომდინარე, ყოველი კონკრეტული შემთხვევის მიმართ სასამართლომ შეიძლება მიზანშეწონილად ჩათვალოს ხელშეკრულების დადების ადგილის,

³³⁰ *Giuliano/Lagarde*, Report on the convention on the law applicable to contractual obligations No L 266 of 9 October 1980, A5,33.

³³¹ იტალიის სკსკ-ის არაოფიციალური რუსული თარგმანი იხ. *Международное частное право. Иностранное законодательство, Предисл. Маковского*; сост. и науч. ред. Жильцов/Муранов (Статут) М., 2001, с. 323-340.

³³² *ჯორბენაძე*, საქართველოს მომავალი სამოქალაქო კოდექსის ძირითადი პრობლემები //სამართლის რეფორმა საქართველოში, თბ., 1994, გვ. 153.

ხელშეკრულების შესრულების ადგილის, მხარეთა მოქალაქეობისა თუ ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ადგილის სამართლის გამოყენება. ზემოთ აღნიშნული ნორმით კანონმდებელმა მხარი დაუჭირა მოქნილ მეთოდს და სასამართლოებს მოქმედების გარკვეული თავისუფლება მიანიჭა.³³³

აღსანიშნავია, რომ ავსტრიის 1978 წლის სკსკ-ით პირველად მსოფლიოში საკანონმდებლო დონეზე მოხდა „ყველაზე მჭიდრო კავშირის“ კონცეფციის აღიარება,³³⁴ რამაც შემდგომში ხელი შეუწყო (საფუძველი ჩაუყარა) სხვა ევროპული და არაევროპული ქვეყნების, მათ შორის საქართველოს, კანონმდებლობაში ანალოგიური მოქნილი საკოლიზიო ნორმის ასახვას.³³⁵

1998 წლის 1 დეკემბრამდე არსებული რედაქციით ავსტრიის სკსკ-ით გათვალისწინებული იყო შემდეგი:

36-ე მუხლით ორმხრივი ხელშეკრულების მიმართ გამოიყენებოდა იმ კონტრაქტის ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ადგილის სამართალი, რომელსაც უნდა შეესრულებინა ფულადი ვალდებულება, ხოლო თუ ამ უკანასკნელს იურიდიული პირი (საწარმო) წარმოადგენდა, მაშინ – მისი საქმიანობის ადგილის სამართალი.³³⁶

ხსენებული კანონის 27-ე-45-ე მუხლებით გათვალისწინებული იყო შემდეგი სახის ხისტი საკოლიზიო საბმელები (*Fixed connection points*): ნასყიდობის ხელშეკრულება ექვემდებარებოდა გამყიდველის სამართალს; გადაზიდვის ხელშეკრულება – გადამზიდველის სამართალს; ნარდობის ხელშეკრულება – სამუშაოს შემსრულებლის სამართალს; დავალების ხელშეკრულება – წარმომადგენლის სამართალს; საბანკო გარიგებები (იგულისხმება საკრედიტო ხელშეკრულებები, აკრედიტივი თუ სხვა) – ბანკის (ან მისი ფილიალის) საქმიანობის ადგილის სამართალს; სასაქონლო თუ საფონდო ბირჟაზე დადებული ხელშეკრულებები – მათი ადგილსამყოფელი ადგილის სამართალს და სხვ. ის ხელშეკრულებები კი, რომლებიც არ იყო გათვალისწინებული კანონის 27-ე-45-ე მუხლებით, უნდა მოწესრიგებულიყო კანონის პირველი მუხლით –

³³³ *Kofler*, Austrian Conflict of Laws in International Business Transactions, Comparative Law Yearbook of International Business, vol. 16, 1994, p. 290.

³³⁴ Международное частное право. Иностранное законодательство, Предисл. *Маковского*; сост. и науч. ред. *Жильцов/Муранов* (М., Статут 2001), с. 156;

³³⁵ ამავე დროს, უნდა აღინიშნოს, რომ კანონის პირველ მუხლში ჩამოყალიბებული ნორმა ვრცელდება ყველა სახის სამართალურთიერთობაზე, რაც გამართლებული არ უნდა იყოს. თანამედროვე დოქტრინული და პრაქტიკული მოსაზრებებიდან გამომდინარე, საჭიროა განსხვავებული მიდგომა – ერთი მხრივ, სანივთო, სამემკვიდრო, საოჯახო სამართლებრივ ურთიერთობებსა და, მეორე მხრივ, სახელშეკრულებო ვალდებულებით ურთიერთობებთან. პირველთა მიმართ საჭიროა უფრო მეტად ხისტი ნორმების დადგენა, ვინაიდან ისინი, უმეტესწილად, მატერიალური სამართლის იმპერატიული ნორმებით წესრიგდებიან, ხოლო სახელშეკრულებო სამართალი, ძირითადად, დისპოზიციური ნორმებით წესრიგდება და, თუნდაც აქედან გამომდინარე, სასურველია მათ მიმართ, როგორც წესი, მოქნილი საკოლიზიო ნორმებით ხელმძღვანელობა.

³³⁶ *Palmer*, The Austrian Codification of Conflicts Law, The American Journal of Comparative Law. Vol. 28. 1980, pp. 219-220;

„ყველაზე მჭიდრო კავშირის“ კონცეფციით ანუ მოქნილი მეთოდით.³³⁷

შესაბამისად, ავსტრიის სკსკ-ი სახელშეკრულებო საკოლიზიო ურთიერთობების მოსაწესრიგებლად იყენებდა როგორც მოქნილ, ასევე ხისტი ნორმათა ერთობლიობას, ამიტომაც ასეთ მიდგომას ნახევრად მოქნილი (ან ნახევრად ხისტი) მეთოდი უნდა ეწოდოს.

აქამდე განხილულ მეთოდებს შორის ეს უკანასკნელი ყველაზე გონივრულია. ამავე დროს, იგი მაინც ბოლომდე თანმიმდევრული არ არის და მასთან დაკავშირებით გარკვეულწილად შეიძლება იმავს თქმა, რაც ხისტი ნორმების მიმართ აღინიშნა. ავსტრიის სკსკ-ის მიხედვით, მოქნილი მეთოდისათვის, ფაქტობრივად, ძალიან მცირე ადგილი რჩებოდა, ვინაიდან ყველა ძირითადი ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად უნდა გამოყენებულიყო ხისტი ხასიათის ნორმები, რომლებიც კანონის 27-ე-45-ე მუხლებით იყო გათვალისწინებული. წარმოუდგენელია, რომ ნასყიდობის ხელშეკრულების მიმართ ყოველთვის გამყიდველის დომიცილიის (საცხოვრებელი ადგილის) ან საქმიანობის ადგილის სამართლის გამოყენება ყოფილიყო მიზანშეწონილი, არადა კანონი სწორედ ამას მოითხოვდა.

1998 წლის I დეკემბერს ავსტრიის სკსკ-ში შესული ცვლილებებით იგი რომის 1980 წლის კონვენციის შესაბამისი გახდა და, ამდენად, მთლიანად გაიზიარა მოქნილი მეთოდი.³³⁸

ჰააგის 1985 წლის კონვენცია „მოდრავი ნივთების საერთაშორისო ნასყიდობის ხელშეკრულებისადმი გამოსაყენებადი სამართლის შესახებ“³³⁹ ასევე მხარს უჭერს ნახევრად მოქნილ მეთოდს. კონვენციის მე-8 I მუხლით, ნასყიდობის ხელშეკრულება უნდა მოწესრიგდეს იმ ქვეყნის სამართლით, სადაც ხელშეკრულების დადების დროს გამყიდველს კომერციული საწარმო ჰქონდა.

ამ ზოგადი ხისტი ნორმის გარდა, კონვენცია ითვალისწინებს ზოგიერთი სახის გამონაკლისს, კერძოდ, მე-9 მუხლით, ის ხელშეკრულებები, რომლებიც სასაქონლო (ან სხვა სახის) ბირჟებსა და საჯარო აუქციონზე დაიდო, უნდა მოწესრიგდეს გარიგების დადების ადგილის სამართლით. გარდა ამისა, მე-8 II მუხლით, ხელშეკრულება უნდა მოწესრიგდეს მყიდველის ქვეყნის სამართლით:

ა) თუ მხარეებმა მოლაპარაკება გამართეს და გარიგება დადეს მყიდველის ქვეყანაში (მყიდველის კომერციული საწარმოს ადგილას), ან,

ბ) თუ ხელშეკრულება პირდაპირ ითვალისწინებს, რომ გამყიდველმა თავისი ვალდებულება საქონლის მიწოდების შესახებ უნდა შეასრულოს მყიდველის ქვეყანაში, ან,

გ) თუ ხელშეკრულება ძირითადად დაიდო მყიდველის მიერ დადგენილი პირობების შესაბამისად და იმ მოწვევის საპასუხოდ,

³³⁷ იქვე, გვ. 219-220; ავსტრიის სკსკ-ის არაოფიციალური რუსული თარგმანი, იხ. Международное частное право. Иностранное законодательство, Предисл. Маковского; сост. и науч. ред. Жильцов/Муранов (Статут) М., 2001, с. 158-167.

³³⁸ იქვე, გვ. 156.

³³⁹ იხ. კონვენციის ტექსტი შემდეგ ვებგვერდზე:

http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=61 (2006. 10.08).

რომელიც მან გაუგზავნა სხვა პირთ, რომელთაც მონაწილეობა მიიღეს აუქციონში.

ამრიგად, ზემოთ ჩამოთვლილი გამონაკლისი ნორმებიც ასევე ხისტი ხასიათისაა. ისინი ზუსტად განსაზღვრავენ, რა შემთხვევაში რომელი ქვეყნის სამართალი უნდა იქნეს გამოყენებული.

ამავე დროს, უნდა აღინიშნოს, რომ 1985 წლის კონვენცია შეიცავს კიდევ ერთ გამონაკლისს, რომელიც თავისი ბუნებით მოქნილი ნორმაა, კერძოდ, მე-8 III მუხლით, ყველა გარემოების გათვალისწინებით, მხარეთა შორის არსებული სამართლებრივი ურთიერთობა (საუბარია მხოლოდ ნასყიდობის ხელშეკრულებებზე), გარდა მე-8 მუხლის 1-ლი და მე-2 პუნქტებით გათვალისწინებული შემთხვევებისა, უნდა მოწესრიგდეს იმ ქვეყნის სამართლით, რომელთანაც ხელშეკრულებას ყველაზე მჭიდრო კავშირი აქვს. თუმცა კონვენციის მონაწილე ქვეყნებს შეუძლიათ გააკეთონ დათქმა ამ ნორმის არგამოყენების შესახებ (მე-8 IV მუხლი და 21-ე ბ/1 მუხლი). უფრო მეტიც, იგი არ გამოიყენება იმ საკითხების მიმართ, რომელთაც აწესრიგებს ვენის 1980 წლის „მოძრავი ნივთების საერთაშორისო ნასყიდობის ხელშეკრულება“, ცხადია, თუ ნასყიდობის ხელშეკრულება დადებულია იმ პირებს (იგულისხმებიან როგორც ფიზიკური, ასევე იურიდიული პირები) შორის, რომელთა საქმიანობის ადგილი სხვადასხვა ქვეყანაშია და რომლებიც 1980 წლის ვენის კონვენციის მონაწილენი არიან. ეს უკანასკნელი პირობა სავსებით გასაზიარებელია, ვინაიდან, როცა არის იმის შესაძლებლობა, რომ ხელშეკრულება მოწესრიგდეს საერთაშორისო უნიფიცირებული მატერიალური ნორმებით, მაშინ უნიფიცირებული საკოლიზიო ნორმებისათვის ადგილი არ რჩება, რადგან ამ უკანასკნელთა მიზანიც სწორედ შესაბამისი მატერიალური სამართლის დადგენაა.

როგორც ჰააგის 1985 წლის კონვენციის კომენტატორები სამართლიანად აღნიშნავენ, მე-8 II „ბ“ მუხლი წარუმატებელი აღმოჩნდა. ფაქტია, რომ გამყიდველი, რომელიც აწარმოებს პროდუქციას, ახდენს მის ტრანსპორტირებას, თავის თავზე იღებს მასთან დაკავშირებულ რისკს, შესაბამისად, ყველა ამ საქმიანობასთან დაკავშირებულ ხარჯებს აფასებს თავისი ქვეყნის სამართლებრივი ნორმების პოზიციიდან. აქედან ჩანს, რომ ხელშეკრულება უფრო მეტად დაკავშირებული უნდა იყოს გამყიდველის ქვეყნის სამართალთან, მიუხედავად იმისა, რომ საქონლის მიწოდება ხდება მყიდველის ქვეყანაში, მაგრამ საკითხი ზემოაღნიშნული ნორმის მიხედვით წყდება სწორედ მყიდველის სამართლის სასარგებლოდ.³⁴⁰

მეორე მხრივ, კონვენციის მე-8 I მუხლის განმარტებიდან შეიძლება დავასკვნათ, რომ ხელშეკრულებები, რომელთა მიხედვითაც მყიდველი იძენს საქონელს თავისივე ქვეყნის ტერიტორიაზე განლაგებული გამყიდველის საცავიდან, წესრიგდება ამ უკანასკნელის ქვეყნის სამართლით. ეს ხდება ნებისმიერ შემთხვევაში, თუნდაც, ზემოთ აღნიშნულის გარდა, დამატებით არსებობდეს ისეთი ფაქტობრივი გარემოება, როგორიცაა გასაყიდი საქონლის ტარაზე მყიდველის ქვეყნის ენაზე აღნიშნული წარწერები, საიდანაც აშკარად

³⁴⁰ Lando, The 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Sales, RebersZ 51 1997, pp. 72-73.

გამომდინარეობს, რომ საქონელი სწორედ ამ ქვეყანაში გასაყიდად იყო გამიზნული.³⁴¹ ამ უკანასკნელი მაგალითიდან ნათლად ჩანს, რომ ნასყიდობის ხელშეკრულება ყველაზე მეტად დაკავშირებული იყო მყიდველის ქვეყანასთან, მაგრამ რატომღაც, კონვენციის მიხედვით, იგი უნდა მოწესრიგდეს გამყიდველის ქვეყნის სამართლით.

ამრიგად, კონვენციის ავტორთა დიდი მცდელობის მიუხედავად, მათ მაინც ვერ დაადგინეს ისეთი სახის ხისტი საკოლიზიო ნორმები, რომლებიც სათანადოდ მოაწესრიგებდა თუნდაც მხოლოდ ნასყიდობის ხელშეკრულებას. ეს არცაა გასაკვირი, ვინაიდან, როგორც კაცობრიობის მიერ განვლილმა გზამ აჩვენა, ხისტი ნორმების ბუნებისათვის უცხოა (მიუხედავად იმ ცნობილი დადებითი მომენტებისა, რაც მათ ახასიათებთ), ადეკვატურად მოაწესრიგოს ყოველი კონკრეტული სამართალურთიერთობა, რომელნიც შესაძლოა წარმოიშვას საერთაშორისო სავაჭრო პრაქტიკაში.

თავი III. მოქნილი მეთოდი

§1. მხარეთა ჰიპოთეზური განზრახვა

ა) შესავალი

XIX საუკუნის ბოლოსა და XX დასაწყისში ევროპაში ძალზე პოპულარული იყო მოქნილი მეთოდის გამოყენება, რომელიც მხარეთა ჰიპოთეზური განზრახვის დადგენას გულისხმობდა.

აღნიშნული თეორიის მიხედვით: ხელშეკრულების მიმართ უნდა გამოყენებულიყო იმ ქვეყნის სამართალი რომელიც მხარეებმა სავარაუდოდ იგულისხმეს. ასეთი მიდგომა მოსამართლეებს თავისუფლებას ანიჭებდა რათა მათ თავი დაეღწიათ ხისტი ნორმების „ტირანიისგან“. საერთაშორისო ხასიათის ხელშეკრულებები შეიძლება უთვალავი ფაქტობრივი გარემოებების კომბინაციებისგან შედგებოდეს, რის გამოც მათი ადეკვატურად მოწესრიგება „ხისტი“ ნორმების მეშვეობით ყოველთვის როდია შესაძლებელი. მას შემდეგ რაც სასამართლოები შეიარაღდნენ მხარეთა ჰიპოთეზური ნებით, მათ საშუალება მიეცათ ყოველი კონკრეტული ხელშეკრულების მიმართ გამოეყენებინათ ის სამართლებრივი სისტემა, რომელიც მათი აზრით საუკეთესო იქნებოდა მოცემულ შემთხვევაში.

გერმანიაში XX საუკუნის პირველი ნახევრის განმავლობაში ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართლის დადგენა ხდებოდა სამწვერიანი იერარქიული სისტემის დაცვით: 1) მოსამართლეს უნდა დაედგინა, აირჩიეს თუ არა მხარეებმა პირდაპირ ან ირიბად ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართალი; 2) პირველ კითხვაზე უარყოფითი პასუხის შემთხვევაში, მოსამართლეს უნდა დაედგინა

³⁴¹ იქვე, გვ. 73.

მხარეთა ჰიპოთეზური ნება; 3) საქმის გარემოებებიდან გამომდინარე, სასამართლო ყოველთვის არ ადგენდა მხარეთა ჰიპოთეზურ ნებას, არამედ ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად იყენებდა მისი შესრულების ადგილის სამართალს (*Lex loci solutionis*).³⁴²

ისეთ საქმეებში, რომლებშიც ხელშეკრულება ობიექტურად თანაბრად იყო დაკავშირებული როგორც გერმანიასთან, ასევე სხვა ქვეყანასთან, გერმანიის სასამართლოები, მხარეთა ჰიპოთეზურ ნებაზე დაყრდნობით, ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად თავისი ქვეყნის სამართალს იყენებდნენ. თუ ხელშეკრულება გერმანიაში უნდა შესრულებულიყო, მაშინ, უბრალოდ, გამოიყენებოდა *Lex loci solutionis*. იმ შემთხვევაში კი, თუ გარიგება სხვა ქვეყანაში უნდა შესრულებულიყო, მაშინ *Lex loci solutionis* მაგივრად გერმანიის სასამართლოები, უმეტესწილად, მხარეთა ჰიპოთეზურ განზრახვას ეყრდნობოდნენ და კვლავ თავიანთი ქვეყნის მატერიალურ სამართალს იყენებდნენ.³⁴³

როგორც ბილი აღნიშნავს თავის კომენტარებში, ინგლისის სასამართლოები, ძალიან ხშირად, სხვადასხვა მეთოდის გამოყენებით მიდიოდნენ იმ დასკვნამდე, რომ მხარეთა ჰიპოთეზური განზრახვა იყო ინგლისის სამართლის არჩევა.³⁴⁴

როგორც ჩანს, გერმანიასა და ინგლისში სასამართლოები მხარეთა ჰიპოთეზური განზრახვის კონცეფციას იყენებდნენ, რათა ხელშეკრულება თავიანთი ქვეყნების მატერიალური სამართლით (*Lex fori*-თ) მოეწესრიგებინათ.

ყოველივე ზემოაღნიშნულთან დაკავშირებით უნდა ითქვას შემდეგი: ბუნებრივია, ყოველი ქვეყნის მოსამართლეს ურჩევნია საკუთარი ეროვნული სამართლის გამოყენება, ვინაიდან ის სწორედ „მასზე აღიზარდა“. მას ესმის თავისი ქვეყნის „სამართლის სული“, ხოლო უცხო სამართლის გამოყენება ცნობილ პრობლემებთანაა დაკავშირებული (როგორებიცაა: მისი დადგენა, თარგმნა, ისე ინტერპრეტაცია, როგორც ეს მიღებულია მის ქვეყანაში და ა.შ.).³⁴⁵ მოკლედ, მოსამართლეს მოუწევს, გარკვეულწილად, უცხო ქვეყნის სამართლის შესწავლა, რაც მარტივი საქმე არაა; მეორე მხრივ, საკითხის ყოველთვის ამგვარად, აშკარა მიკერძოებით, *Lex fori*-ს სასარგებლოდ გადაწყვეტა სამართლიანი არ იქნება და იგი უთუოდ შეაფერხებს საერთაშორისო სავაჭრო ბრუნვას.³⁴⁶

³⁴² Drobniġ, American-German Private International Law, Bilateral Studies in Private International Law, No.4. (Ed.2, Dobbs Ferry, N.Y., 1972) pp. 239-240.

³⁴³ იხ. Drobniġ. გვ. 225, 232, 239-240.

³⁴⁴ Beal, A Treatise on the Conflicts of Laws. II Vol. New York, 1935, p. 1102.

³⁴⁵ იხ. საქართველოს სესკ-ის მე-3 I მუხლი: „უცხო ქვეყნის სამართლის გამოყენებისას საქართველოს სასამართლო იღებს საჭირო ზომებს მისი ნორმების არსის დასადგენად, შესაბამის ქვეყანაში მათი ოფიციალური განმარტების, გამოყენების პრაქტიკისა და დოქტრინის გათვალისწინებით“.

³⁴⁶ აქ მართებული იქნება გავისხენოთ აშშ-ის უმაღლესი სასამართლოს განცხადება Alberto-Culver-ის (1974 წ.) საქმესთან დაკავშირებით: „ჩვენ არ შეგვიძლია ვაწარმოოთ სავაჭრო და კომერციული ოპერაციები მსოფლიოს ბაზარზე, ექსკლუზიურად მხოლოდ ჩვენი პირობებით, ჩვენი სამართლის გამოყენებით და ჩვენი სასამართლო იურისდიქციით“ Луиц/Марышева, Курс международного частного права, Т. 3, М., 1973, с. 223-224.

ევროპაში ისეთი იურისტები, როგორებიც იყვნენ: ნიბუაი³⁴⁷ საფრანგეთში, ფონ ბარი³⁴⁸ და ციტელმანი³⁴⁹ გერმანიაში, უესთლეიკი - ინგლისში,³⁵⁰ სრულიად სამართლიანად მკაცრად აკრიტიკებდნენ მხარეთა ჰიპოთეზური ნების თეორიას. ისინი ამბობდნენ, რომ **ჰიპოთეზური განზრახვა ფიქციაა და უმეტეს საქმეებში მხარეთა განზრახვა სინამდვილეში საერთოდ არ არსებობს, ან, სულ მცირე, არ არსებობს მხარეთა საერთო, შეთანხმებული განზრახვა.**³⁵¹

მხარეთა ჰიპოთეზურ განზრახვაზე მითითება – ეს მხოლოდ სამართლებრივი ფიქციაა. *დენინგმა* აღნიშნა: ასეთი რამ არ არის მხარეთა ნებაზე დამოკიდებული. მათ არასოდეს ამის შესახებ არ უფიქრიათ. კონტრაქტებს ამ მხრივ არანაირი განზრახვა არ ჰქონიათ. სასამართლო ვალდებულია, შეისწავლოს ყველა გარემოება, რომლებიც დაკავშირებულია ხელშეკრულებასთან და ამის შემდეგ მივიღეს ამა თუ იმ გადაწყვეტილებამდე.³⁵²

მხარეთა ჰიპოთეზური განზრახვა ძირეულად განსხვავდება მხარეთა ნამდვილი ნებისაგან. ეს უკანასკნელი ფაქტია, ჰიპოთეზური ნება კი მტკიცება.³⁵³

მხარეთა ჰიპოთეზური ნება, არსებითად, მხოლოდ ხატოვანი გამოთქმაა და მან შეცდომაში არ უნდა შეიყვანოს მკითხველი. მხარეთა ჰიპოთეზური ნების თეორიას სასამართლოები მაშინ მიმართავდნენ, როდესაც კონტრაქტებს არც პირდაპირ და არც ირიბად არ აურჩევიათ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართალი. მოსამართლე ზემოაღნიშნული თეორიის გამოყენებით მხარეებს მიაწერს იმას, რაც მათ სინამდვილეში არ უგულისხმიათ, ამიტომ მხარეთა ჰიპოთეზური ნების დადგენა – ეს სუფთა წყლის იურიდიული ფიქციაა. ერთმანეთისაგან უნდა გაიმიჯნოს მხარეთა ჰიპოთეზური ნების დადგენა და კონტრაქტთა მიერ სამართლებრივი სისტემის არაპირდაპირი არჩევა. ამ უკანასკნელ შემთხვევაში მხარეთა მიერ თუმცა აშკარად არა, მაგრამ მაინც არის გამოვლენილი მათი საერთო, თანმხვედრი, ნება, მაგ., კონტრაქტთა მიერ რომელიმე ქვეყნის სასამართლო იურისდიქციის არჩევა, ხელშეკრულებაში შესაბამისი დათქმით.

ბ) ინგლისის სასამართლო პრაქტიკა

XX საუკუნის შუა ხანებში ინგლისის სასამართლოებმა მხარეთა ჰიპოთეზური განზრახვის „დადგენაზე“ უარი განაცხადეს. საკითხისადმი ასეთი მიდგომის ერთ-ერთი ინიციატორი იყო

³⁴⁷ *Niboyet*, Cours de droit international privé français, Ed. 2, Paris 1948, N 36. ციტირებულია: *Lando*, The Conflict of Laws of Contracts, General Principles, Recueil Des Cours VI, 1984 (Kluwer Law International) Dordrecht/Boston/London, 1988, p. 330.

³⁴⁸ *Bar*, The theory and practice of private international law, Vol. II Edinburgh, 1892, p. 4.

³⁴⁹ *Zitelmann*, Internationales Privatrecht (1897, Bd. II), S. 373, *Lando*-ს ნაშრომის მიხედვით, გვ. 330.

³⁵⁰ *Westlake*, A treatise on private international law, with principal reference to its practice in England (1992), p. 278, *Lando*-ს ნაშრომის მიხედვით, გვ. 330.

³⁵¹ იქვე, გვ. 331.

³⁵² *Coast Lines Ltd. v. Huding and Veder Chatering N.V.*, [1972] 2 Q.B. 34.

³⁵³ *Paane*, Международное частное право, М., 1960, с. 443.

პროფესორი *გრავესონი*, რომელიც ამბობდა: „სასამართლო პროცესზე ხშირად ცდილობენ, მოძებნონ განზრახვა, რომელიც, შესაძლოა, არც არსებობდა ხელშეკრულების დადებისას“.³⁵⁴

ძირითადად ამ მოსაზრებების გამო ინგლისის სასამართლოებმა შეიცვალეს პოზიცია და მხარეთა ჰიპოთეზურ განზრახვაში ისინი უკვე გულისხმობდნენ არა მხარეთა ემპირიული ნების დადგენას, არამედ გამოდიოდნენ ობიექტური კრიტერიუმიდან, თუ რომელი სამართლებრივი სისტემის გამოყენებას იგულისხმებდა გონიერი ადამიანი მსგავს სიტუაციაში.

სასამართლომ კონტრაქტთა მაგივრად უნდა დაადგინოს, თუ როგორი იქნებოდა მათი განზრახვა, თუკი ისინი წინასწარ იფიქრებდნენ ამაზე.³⁵⁵

მოსამართლე *ეტკინმა* საქმესთან – *R. v. international Trustee* – დაკავშირებით განაცხადა: „თუ მხარეთა ნება გამოსატყუელი არაა, მაშინ სასამართლოს მიერ იგი ხელშეკრულების პირობებიდან და მასთან დაკავშირებული გარემოებებიდან გამომდინარე დგინდება“.³⁵⁶

ჩეშირი სამართლიანად აღნიშნავს, რომ სრულიად არარეალურია მოსამართლის საბოლოო გადაწყვეტილების განხილვა მხარეთა საერთო ნების შესრულებად. როგორც ეს, ჩვეულებრივ, პრაქტიკაში ხდება, მოსარჩელის ადვოკატი ცდილობს დაამტკიცოს, რომ მისი დაცვის ქვეშ მყოფ პირს ყოველთვის მხედველობაში ჰქონდა „ა“ ქვეყნის სამართალი და არასოდეს დათანხმდებოდა „ბ“ ქვეყნის სამართლის გამოყენებაზე, მოწინააღმდეგე მხარის ადვოკატი კი არანაკლებ დამაჯერებლად ამტკიცებს, რომ მოპასუხე არასოდეს მიიღებდა „ა“ ქვეყნის სამართალს.³⁵⁷ ისმება კითხვა, მაშინ როგორღა შეიძლება ლაპარაკი მხარეთა საერთო ნებაზე?

იმის მაგივრად, რომ მოსამართლე იკვლევდეს მოდავე მხარეთა საერთო ჰიპოთეზურ ნებას, უკეთესი იქნება თუ იგი დაადგენს: რა განზრახვა უნდა ჰქონოდა ორ გონიერ პიროვნებას ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართლის მიმართ, თუ ეს უკანასკნელნი მხედველობაში მიიღებდნენ ხელშეკრულებასთან დაკავშირებულ ყველა ფაქტიურ გარემოებას. ყოველ შემთხვევაში, მოსამართლე იდგება გაცილებით უფრო მყარ პოზიციაზე, თუკი იგი მოწოდებული იქნება იმისთვის, რათა მხარეებს თავს მოახვიოს საკითხის გონივრული გადაწყვეტა, რომელსაც გაიზიარებენ საქმიანი ადამიანები.³⁵⁸

სხვა სიტყვებით, თუ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართალი პირდაპირ გამოსატყუელი ფორმით არ არის არჩეული მხარეების მიერ, მაშინ სასამართლო მხარეებს მიაწერს იმას, რომ თითქოს მათი სურვილი იყო იმ სამართლებრივი სისტემის გამოყენება, რომელთანაც ხელშეკრულებას აქვს ყველაზე მჭიდრო კავშირი.

³⁵⁴ *Graveson, Conflict of Laws. Private International Law*, ed. 7, London, 1974, p. 195.

³⁵⁵ *Bonython v. Commonwealth of Australia* (1951); *Чешир/Норт*, Международное частное право, Перевод с английского, М., 1982, p. 259.

³⁵⁶ იქვე, გვ. 259.

³⁵⁷ იქვე, გვ. 260.

³⁵⁸ *Mount Albert Borough Council v. Australian Temperance and General Mutual Life Assurance Society*, [1938] A.C. 224, 240; *The Assunzione*, [1954] pp. 150, 176, 179, 186.

გ) საფრანგეთის სასამართლო პრაქტიკა

1960 წლამდე საფრანგეთის სასამართლოები, ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად, უმეტესწილად მხარს უჭერდნენ მხარეთა განზრახვის დადგენას ანუ სუბიექტურ მეთოდს. საფრანგეთის საკასაციო სასამართლოს არ დაუდგენია რაიმე წესები (პრეზუმფციები). იგი მხოლოდ ადასტურებდა ქვემდგომი ინსტანციის სასამართლოების გადაწყვეტილებებს, ვინაიდან მხარეთა განზრახვა ფაქტის საკითხს განეკუთვნებოდა და არა სამართლის საკითხს. ამიტომ საკასაციო სასამართლოს არ ჰქონდა უფლება რევიზია მოეხდინა ქვემდგომი ინსტანციის სასამართლოების გადაწყვეტილებისა იმ ნაწილში, რომელიც ფაქტის საკითხს ეხებოდა.³⁵⁹

1950-80 წლებში საფრანგეთის სასამართლოებმა, რამდენიმე საქმეში მხარი დაუჭირეს ბატიფოლის ხელშეკრულების „ლოკალიზაციის“ თეორიას. ამ თეორიის მიხედვით კონტრაქტები ხელშეკრულების დადების ადგილის, ხელშეკრულების შესრულების ადგილის, თუ სხვა ფაქტიური გარემოებების „არჩევით“ თვითონვე ახდენდნენ ხელშეკრულების „ლოკალიზაციას“ რომელიმე ქვეყნის სამართლით.³⁶⁰

აღნიშნული პოზიციიდან გამომდინარე, საფრანგეთის საკასაციო სასამართლო უფრო მნიშვნელოვნად მიიჩნევს მხარეთა მიერ ხელშეკრულების ლოკალიზაციას და მათ მიერ შეთანხმებულ „ეკონომიკურ მიზანს“, ვიდრე მხარეთა ჰიპოთეზურ (სავარაუდო) განზრახვას. ეს ახალი დოქტრინა შესაძლებლობას აძლევს სასამართლოს უფრო მეტი ყურადღება დაუთმოს ხელშეკრულებასთან დაკავშირებულ ობიექტურ გარემოებებს. მხარეთა ჰიპოთეზური განზრახვა ცვალებადია სხვადასხვა სასამართლო საქმეში, ხოლო ხელშეკრულების ეკონომიკური მიზანი კი საერთოა თითოეული სახის ხელშეკრულების მიმართ. როგორც საფრანგეთის სასამართლო პრაქტიკის განვითარებამ უჩვენა, ხელშეკრულების „ლოკალიზაციის“ თეორია სულ უფრო და უფრო „გაობიექტურდა“ და ფაქტიურად ზღვარი წაიშალა მასა და ისეთი სახის „ობიექტურ“ თეორიას შორის, როგორცაა ხელშეკრულებასთან ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული ქვეყნის სამართლის გამოყენების კონცეფცია.³⁶¹

ზემოთ აღნიშნულის დასტურია პარიზის სააპელაციო სასამართლოს 1955 წლის 27 იანვრის განცხადება *Jansen v. Stè. Heurtey* საქმეში: თუ მხარეთა ნების დადგენა ვერ ხერხდება, მაშინ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართალი უნდა დადგინდეს ობიექტური გზით, იმ ფაქტიდან გამომდინარე, რომ ხელშეკრულება, მისი შინაარსი და მასში განცხადებული ეკონომიკური მიზანი ლოკალიზებულია რომელიმე ცალკე აღებულ ქვეყანაში – ადგილას

³⁵⁹ იხ. *Lando*-ს დასახ. ნაშრ, გვ. 333.

³⁶⁰ იქვე, 334.

³⁶¹ *Blom*, Choice of Law Methods in the Private International Law of Contract, The Canadian Yearbook of International Law 1978 Vol. XVI, pp. 243-246.

რომელთანაც ხელშეკრულება ყველაზე მჭიდროდ არის დაკავშირებული.³⁶²

დ) გერმანიის სასამართლო პრაქტიკა

გერმანიის სასამართლო პრაქტიკა, ინგლისის და საფრანგეთის სასამართლო პრაქტიკის მსგავსად, სუბიექტური მეთოდიდან ობიექტურ მეთოდზე გადავიდა და მხარეთა ჰიპოთეზურ განზრახვაში კონტრაჰენტთა ემპირიული ნების დადგენას აღარ ცდილობდა. ჯერ კიდევ გერმანიის საიმპერიო სასამართლომ განაცხადა შემდეგი: მთავარი ის კი არაა, დადგინდეს მხარეთა ნამდვილი ნება, არამედ ის, თუ რას გადაწყვეტდნენ მხარეები ყველა გარემოების გონივრულად და მიუკერძოებლად გათვალისწინებით, თუკი ისინი ყურადღებას გაამახვილებდნენ ამ საკითხზე.³⁶³

1952 წელს ერთ-ერთი საქმის განხილვასთან დაკავშირებით გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ მკაფიოდ ჩამოაყალიბა თავისი ხედვა მხარეთა ჰიპოთეზური ნების კონცეფციის მიმართ: „მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული არა გარიგებასთან დაკავშირებული კონტრაჰენტთა სუბიექტური წარმოდგენები, არამედ საგულდაგულოდ დადგენილი გარემოებების საფუძველზე გათვალისწინებულ უნდა იქნეს როგორც მათი, ასევე საზოგადო (სოციალური) ინტერესები“.³⁶⁴

ამ უკანასკნელი მოსაზრების გაზიარებამ გამოიწვია როგორც ფედერალური უმაღლესი სასამართლოს, ასევე ქვემდგომი სასამართლოების მხრიდან რამდენიმე სახის პრეზუმფციის დადგენა. პრეზუმფციებით დადგინდა, რომ საბანკო კრედიტის ხელშეკრულება უნდა მოწესრიგდეს იმ ქვეყნის სამართლით, სადაც ბანკია განთავსებული; ტვირთის გადაზიდვის ხელშეკრულება – გადამზიდველის საქმიანობის ადგილის სამართლით; კომერციული აგენტის (წარმომადგენლობის) ხელშეკრულება – რწმუნებულის საქმიანობის ადგილის სამართლით და სხვ.³⁶⁵

გერმანიის ფედერალური სასამართლოს მიერ დადგენილი ზემოაღნიშნული პრეზუმფციები ეწინააღმდეგებოდა მის მიერვე დაკავებულ პოზიციას, კერძოდ, იგი მხარეთა ჰიპოთეზურ განზრახვას განიხილავდა როგორც ფაქტს და არა როგორც სამართლის საკითხს და ამიტომ საბოლოო გადაწყვეტილებას ქვემდგომ სასამართლოებს „ანდობდა“. 1965 წელს გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ დაგმო ასეთი პრაქტიკა და აღნიშნა, რომ იგი „მოძველებულია“. სასამართლოს აზრით, მხარეთა ჰიპოთეზური ნების დადგენა აღარ უნდა ნიშნავდეს

³⁶² Cour d'Appel de Paris, 27 იანვარი 1955, [1955] Rev: Crit: 330, ციტირებულია: *Blom*-ის ნაშრ. მიხედვით. გვ. 243.

³⁶³ RG. April 4, 1908, 68 ERGZ 203, 205-08. ციტირებულია: *Drobnig*, American-German Private International Law, Bilateral Studies in Private International Law, No.4, ed.2, (Dobbs Ferry) N.Y., 1972, pp. 226, 232-233.

³⁶⁴ BGH, IzRspr., Februar 1, 1952, NJW 540. 5 ERGZ 35; *Энке Вернер*, Международное валютное право, перевод с немецкого, М., 1997, с. 254.

³⁶⁵ *Drobnig*, American-German Private International Law, Bilateral Studies in Private International Law (No.4. Ed.2, Dobbs Ferry, N.Y., 1972) pp. 232-240.

მხარეთა „აზრების“, მათი „მიზნების“ დადგენას, ანუ იგი აღარ უნდა იყოს ფაქტის დადგენის საკითხი. ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართლის დადგენა უნდა ეყრდნობოდეს ობიექტურ საფუძველს. აქედან გამომდინარე, ცხადია, რომ, თუ სასამართლო არ ადგენს კონტრაქტის „სუბიექტურ აზრებს“, მაშასადამე, იგი არ ადგენს „ფაქტებსაც“ და, შესაბამისად, მხარეთა ჰიპოთეზური ნების პრინციპის გაობიექტურება ნიშნავს იმას, რომ სასამართლო ფაქტობრივი გარემოებების სამართლებრივი შეფასების შედეგად ადგენს კომპეტენტურ სამართალს, რაც „სამართლის შეფარდებას“ ნიშნავს. ამიტომ, თანამედროვე დოქტრინით, გერმანიის ფედერალური უმაღლესი სასამართლოს კომპეტენციაშიც შედის ასეთი საკითხების განხილვა.³⁶⁶ შემდგომში ფედერალურმა უმაღლესმა სასამართლომ მთლიანად გაიზიარა აღნიშნული პოზიცია.³⁶⁷

ე) დასკვნის ნაცვლად

ამრიგად, ინგლისის, გერმანიის და საფრანგეთის სასამართლოები პარალელურად მოძრაობდნენ ერთი მიმართულებით და ისინი ერთმანეთისგან დამოუკიდებლად მივიდნენ იმ დასკვნამდე, რომ მხარეთა ჰიპოთეზური განზრახვის „დადგენა“ არ უნდა გულისხმობდეს მხარეთა ემპირიული ნების დადგენას, იგი უნდა იყოს „ხელშეკრულების ეკონომიკური მიზნის“ დადგენა. სხვა სიტყვებით რომ ითქვას, ყურადღება უნდა მიექცეს იმ გარემოებას, თუ რას მოიძიებდნენ სათანადოდ ინფორმირებული კონტრაქტები, როგორც ტიპური ბიზნესმენები, თუკი მხედველობაში მიიღებდნენ ხელშეკრულების ბუნებას. მოკლედ, სუბიექტური თეორიის „გაობიექტურება“ იწვევს ხელშეკრულებასთან ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული ქვეყნის სამართლის გამოყენების კონცეფციის აღიარებას.

აქვე უნდა ითქვას, რომ ორივე ზემოაღნიშნულმა ქვეყანამ, როგორც ევროგაერთიანების წევრებმა, რომის 1980 წლის კონვენციაზე ხელმოწერით თავიანთი კანონმდებლობა მასთან შესაბამისობაში მოიყვანეს.³⁶⁸ ამ კონვენციის მე-4 მუხლით კი ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად გათვალისწინებულია სწორედ ობიექტური მეთოდი, კერძოდ, „ხელშეკრულებასთან ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული ქვეყნის სამართლის გამოყენების“ კონცეფცია. უნდა აღინიშნოს, რომ საქართველოს სკსკ-ითაც სწორედ ეს უკანასკნელი კონცეფციაა გაზიარებული, რაც ქვემოთ დაწვრილებით იქნება განხილული.

³⁶⁶ BGH, 1965 წლის 28 ოქტომბრის გადაწყვეტილება, IPRspr., 1964/65, Nr. 49.

³⁶⁷ იხ. *Drobnig-ob* დასახ. ნაშრ., გვ. 235; აგრეთვე: *Rabel*, *The Conflict of Laws - A Comparative Study*, II ed. 2 by Drobnig (Ann Arbor) vol. II, 1960. p. 439.

³⁶⁸ *Kay*, *The New Private International Law of Contract of the European Community* (Dartmouth), Aldershot/Brookfield USA/Hong Kong/Singapore/Sydney/ 1993, pp. 460-491.

§2. „ყველაზე მჭიდრო კავშირის“ კონცეფცია

თანამედროვე მსოფლიოში მეტად გავრცელებული და აღიარებული კონცეფციაა „ყველაზე მჭიდრო კავშირის“ ფორმულა.³⁶⁹ იგი მოქნილი მეთოდია რომლის მიხედვითაც ხელშეკრულება უნდა მოწესრიგდეს იმ მართლწესრიგით, რომელთანაც იგი ყველაზე მჭიდროდაა დაკავშირებული. ამ კონცეფციის მიხედვით, სასამართლომ მხედველობაში უნდა მიიღოს ხელშეკრულებასთან დაკავშირებული არა მხოლოდ ერთი რომელიმე ფაქტობრივი ვითარება, არამედ ყველა გარემოება ერთობლიობაში და მხოლოდ ამის შემდეგ გადაწყვიტოს, თუ რომელი ქვეყნის სამართლით მოაწესრიგოს ხელშეკრულება.

აღნიშნული თეორიის მთავარი ღირსება ისაა, რომ იგი უპირატესობას არ ანიჭებს რომელიმე ფაქტობრივ გარემოებას – იქნება ეს ხელშეკრულების დადების ადგილი, მხარეთა მოქალაქეობა, ხელშეკრულების შესრულების ადგილი თუ სხვ., ყველაფერი დამოკიდებულია კონკრეტულ საქმეზე. სასამართლომ უნდა გადაწყვიტოს, თუ რომელ **დაკავშირებულ ფაქტობრივ გარემოებას** მიანიჭოს უპირატესობა.

ამრიგად, სხვა მოქნილი კონცეფციისაგან განსხვავებით, რომელიც სუბიექტურ კრიტერიუმს ემყარება (იგულისხმება ჰიპოთეზური განზრახვის თეორია), იგი ობიექტურ კრიტერიუმს ემყარება და ამიტომ უფრო ნაკლებია იმის ალბათობა, რომ სასამართლო ტენდენციურად *Lex fori*-ს გამოიყენებს. ამრიგად, „მჭიდრო კავშირის“ ფორმულას შეიძლება მოქნილი და, ამავე დროს, ობიექტური“ თეორიაც ეწოდოს.

სწორედ ეს უკანასკნელი კონცეფცია აისახა „საქართველოს სსკ-ის 36-ე მუხლში, სადაც ნათქვამია:

„თუ მხარეებს არ აურჩევიათ რომელიმე ქვეყნის სამართალი, ხელშეკრულება დაექვემდებარება მასთან ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული ქვეყნის სამართალს“.

საქართველოს სსკ-ში მითითებულია ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული **ქვეყნის სამართლის**, და არა ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული **სამართლებრივი სისტემის**, გამოყენებაზე. ამ უკანასკნელ კონცეფციას ემხრობოდა ინგლისის სასამართლო პრაქტიკა, სანამ 1990 წელს დიდი ბრიტანეთის გაერთიანებულმა სამეფომ არ მიიღო კანონი *Contracts (Applicable Law) Act*, რომლის მე-4 I მუხლში უკვე საუბარია არა სამართლებრივი სისტემის, არამედ ქვეყნის სამართლის გამოყენებაზე.³⁷⁰

³⁶⁹ ფორმულა – ლათინური წარმოშობის სიტყვაა (formula) და ნიშნავს პრეტორის ბრძანებას მოსამართლის მისამართით, თუ როგორ წარმართოს მან სასამართლო საქმე. იხ. *Санфилиро*, Курс римского частного права, Перевод с итальянского, М., 2000. с. 348. თანამედროვე დასავლეთის ლიტერატურაში სიტყვა Formula გამოიყენება კონცეფციის, თეორიის სინონიმად. თუმცა მოცემული სიტყვის ლათინურ მნიშვნელობას გარკვეული სიმბოლური დატვირთვაც აქვს, ვინაიდან „ყველაზე მჭიდრო კავშირის“ ფორმულა, ხომ სწორედ მოსამართლის „გასაგონადაა“ შექმნილი, თუ რა კრიტერიუმებით უნდა იხელმძღვანელოს მან (როგორ წარმართოს საქმე) როდესაც იგი ადგენს ხელშეკრულების მომწესრიგებელ სამართალს.

³⁷⁰ აღნიშნული კანონი გაერთიანებულმა სამეფომ რომის კონვენციის გავლენით მიიღო და ერთი-ორი გამონაკლისის გარდა მთლიანად გაიზიარა მისი დებულებები. იხ. *Kay*-ს დასახ. ნაშრ., გვ. 460-476.

ერთი შეხედვით, განსხვავება ამ ორ ნორმას შორის სრულიად უმნიშვნელოა, თუმცა სინამდვილეში მას მაინც შეიძლება ჰქონდეს პრაქტიკული დატვირთვა. საქმის – *Rossano v. Manufacturers Life Insurance Company*³⁷¹ – მიხედვით, ეგვიპტის რეზიდენტმა და, ამავე დროს, ეგვიპტის მოქალაქემ იყიდა სადაზღვევო პოლისი ეგვიპტის სადაზღვევო კომპანიის ონტარიოს (კანადა) ფილიალიდან. ინგლისის სასამართლომ მიიჩნია, რომ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართალი უნდა იყოს კანადის პროვინცია ონტარიოს სამართალი, რომელიც ხელშეკრულებასთან ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული სამართლებრივი სისტემა იყო. მოსამართლეს „ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული ქვეყნის სამართლის“ კონცეფციით რომ ეხელმძღვანელა, მაშინ უნდა გამოეყენებინა ეგვიპტის სამართალი, ვინაიდან ხელშეკრულება ყველაზე მჭიდროდ მასთან იყო დაკავშირებული.³⁷²

საქართველოს სკსკ-ით, გარდა *საერთო სახის „მჭიდრო კავშირის“ ფორმულისა*, დამატებით დადგენილია ასევე *სოციალური სახის პრეზუმფციები*, რომლებიც ადგენენ, ამა თუ იმ სახის ხელშეკრულებაში რომელ დაკავშირებულ ფაქტობრივ გარემოებას უნდა მიენიჭოს უპირატესობა. ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართალი უნდა დადგინდეს არა დაკავშირებულ ფაქტობრივ გარემოებათა უბრალო ჯამითა და სიმრავლით, არამედ მათი მნიშვნელობით (წონადობით).

მთავარი ის კი არაა, რომ ხელშეკრულება ამა თუ იმ ქვეყანასთან იყოს დაკავშირებული, არამედ მთავარია, ხელშეკრულება *ყველაზე* მნიშვნელოვნად (ყველაზე მჭიდროდ) იყოს დაკავშირებული რომელიმე ქვეყანასთან. აქ იგულისხმება ისეთი „დაკავშირებული“ ფაქტობრივი გარემოება, რომლის უკანაც დგას იმ ქვეყნის მატერიალური სამართლის სოციალური პოლიტიკა, რომლის ინტერესებსაც ყველაზე მეტად ეხება ხელშეკრულება. მაგალითად, გარიგებები, რომლებიც ეხება უძრავ ქონებაზე უფლების გადაცემას, პრეზუმფციით უნდა მოწესრიგდეს იმ ქვეყნის სამართლით, სადაც უძრავი ქონების ადგილსამყოფელია. მიუხედავად იმისა, რომ ხელშეკრულება შესაძლოა, სხვა ქვეყანასთანაც იყოს დაკავშირებული (მაგალითად, თუ ერთ-ერთი კონტრაქტის ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ადგილი სხვა ქვეყანაშია). ასეთი პრეზუმფცია გამომდინარეობს იქიდან, რომ სწორედ უძრავი ქონების ადგილსამყოფელი ქვეყნის სოციალური პოლიტიკაა ყველაზე მეტად გამსჭვალული ხელშეკრულებით და, ამდენად, მისი სამართლის გამოყენება იქნება ყველაზე უპრიანი.

სწორედ აღნიშნული პრინციპია ასახული საქართველოს სკსკ-ის 36-ე II მუხლში:

„თუ ხელშეკრულების საგანია მიწის ნაკვეთზე უფლება ან მიწის ნაკვეთით სარგებლობის უფლება, ივარაუდება, რომ ხელშეკრულება ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული იმ ქვეყანასთან, სადაც არის მიწის ნაკვეთი“.

³⁷¹ [1962] 2 All E.R. 214 at 218.

³⁷² *Plender*, The European Contracts Convention, London, 1991, p. 104.

ასეთი სახის პრეზუმფციის არსებობა სასამართლოს გზას „უკვალავს“, ადვილად დაადგინოს ის სამართლებრივი სისტემა, რომელიც გარიგებასთან ყველაზე მეტად არის დაკავშირებული. ანალოგიური პრეზუმფციები არის დადგენილი ასევე სხვა ქვეყნების კანონმდებლობით და სასამართლო პრაქტიკით. მათი უპირატესობა ისაა, რომ გარკვეულობა შეაქვთ მხარეთა მოლოდინში, სავარაუდოდ, თუ რომელი სამართლებრივი სისტემით მოწესრიგდება მათი ხელშეკრულება.

ამავე დროს, უნდა აღინიშნოს, რომ ეს მეთოდი გააკრიტიკა ზოგიერთმა ავტორმა. მათი აზრით, როცა არ არის დადგენილი ხისტი ნორმები, არ შეიძლება საუბარი რაიმე გარკვეულობასა და მხარეთა წინასწარი მოლოდინის გამართლებაზე. ისინი აცხადებენ: როგორ შეიძლება ლაპარაკი ხელშეკრულებასთან დაკავშირებული ფაქტობრივი გარემოებების აწონ-დაწონაზე, როცა „მათი აწონა საერთოდ არ შეიძლება“.³⁷³

აღნიშნული მოსაზრება არაზუსტია. ზემოთ უკვე იყო მსჯელობა იმის შესახებ, რომ ხისტი მეთოდი არ გაამართლა, ამავე დროს, როგორც სასამართლო პრაქტიკამ დაადასტურა, უმეტეს შემთხვევაში მოსამართლეები სწორედ ზემოაღნიშნული პრეზუმფციების გათვალისწინებით მოქმედებენ და, აქედან გამომდინარე, მხარეთა წინასწარი მოლოდინი ამა თუ იმ სახის ხელშეკრულების მიმართ გარკვეული სამართლებრივი სისტემის გამოყენების შესახებ, უმეტესწილად, მართლდება. სასამართლოებმა მხოლოდ მაშინ უნდა უარყონ სპეციალური პრეზუმფციის გამოყენება, როცა კონკრეტული სახის ხელშეკრულება უფრო მეტად დაკავშირებულია სხვა (და არა პრეზუმფციით გათვალისწინებულ) ქვეყნის სამართალთან.³⁷⁴

ასეთი აზრი გამომდინარეობს საქართველოს სკსკ-ის 36-ე მუხლიდან, რომლითაც გათვალისწინებულია შემდეგი: „*ივარაუდება*, რომ ხელშეკრულება ყველაზე მჭიდროდაა დაკავშირებული...“ სიტყვა „*ივარაუდება*“ მიანიშნებს მოქნილ, და არა ხისტ, მიდგომაზე. პრეზუმფციით გამოყენებულ უნდა იქნეს იმ ქვეყნის სამართალი:

ა) სადაც მხარეს, რომელსაც დამახასიათებელი სახელშეკრულებო ვალდებულება უნდა შეესრულებინა, ხელშეკრულების დადებისას ჰქონდა ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი ან ადმინისტრაციის რეზიდენცია (36-ე I მუხლი);

ბ) სადაც მიწის ნაკვეთი იმყოფება (36-ე II მუხლი);

გ) სადაც გადამზიდველს აქვს ძირითადი ადმინისტრაციის ადგილსამყოფელი (36-ე III მუხლი);

დ) სადაც დასაზღვევი რისკის ძირითადი ნაწილი არსებობს (36-ე IV მუხლი);

„*ივარაუდება*, რომ გამოყენებულ იქნეს“, არ ნიშნავს, ზემოაღნიშნული საკოლიზიო საბმელები აუცილებლად იქნეს გამოყენებული. კანონმდებელს რომ ეს ნდომოდა, მაშინ იგი

³⁷³ Ehrenzweig, A Treatise on the Conflict of Laws, St. Paul, Minn., 1962, p. 463.

³⁷⁴ აღნიშნულის დასადასტურებლად ქვემოთ იქნება განხილული მაგალითები სასამართლო პრაქტიკიდან.

„ტექსტიდან ამოიღებდა“ სიტყვას „ივარაუდება“ და დარჩებოდა ჩვეულებრივი სახის ხისტ საბმელთა ნუსხა.

საქართველოს სკსკ-ისაგან განსხვავებით, რომის კონვენციასა და გერმანიის სკსკ-ში ამის შესახებ უფრო მკაფიოდ არის ნათქვამი:

„პრეზუმფციები, რომლებიც წინამდებარე მუხლის მე-2, მე-3 და მე-4 აბზაცებში არის მითითებული, არ მოქმედებს, თუ ხელშეკრულებას აქვს უფრო მჭიდრო კავშირი რომელიმე სხვა ქვეყანასთან“.³⁷⁵ როგორც ზემოთ აღინიშნა, ასე მკაფიოდ ეს ნორმა არ არის ჩამოყალიბებული საქართველოს სკსკ-ში, თუმცა იგულისხმება, რომ სასამართლოს უფლება აქვს, განსაკუთრებულ შემთხვევაში, უარი თქვას კანონის 36-ე მუხლში ჩამოყალიბებულ სპეციალურ პრეზუმფციებზე, თუკი ხელშეკრულებასთან დაკავშირებული ყველა გარემოების მხედველობაში მიღების შემდეგ დაადგენს, რომ გარიგება უფრო მჭიდროდ სხვა ქვეყანასთან არის დაკავშირებული.

სწორედ ზემოთ აღნიშნული პრინციპია ასახული საქართველოს სკსკ-ის 36-ე III მუხლში, სადაც საუბარია გადაზიდვის ხელშეკრულებაზე. აღნიშნული ნორმის ბოლო წინადადებაში ნათქვამია: **„სხვა შემთხვევებში მოქმედებს ამ მუხლის პირველი პუნქტით გათვალისწინებული პირობები“**, ე.ი. ყველაზე მჭიდრო კავშირის კონცეფცია.

სამწუხაროა, რომ 36-ე მუხლთან დაკავშირებით ხსენებულ კანონში აშკარა ხარვეზია დაშვებული. როგორც ზემოთ აღინიშნა, ზოგიერთი სახის ხელშეკრულების მიმართ გამოიყენება სპეციალური პრეზუმფციები (ვარაუდები), რომელთა გაქარწყლებაც შესაძლებელია, თუკი სასამართლო მივა იმ დასკვნამდე, რომ ხელშეკრულება უფრო მჭიდროდ დაკავშირებულია სხვა ქვეყანასთან. ამავე დროს, იგივე აზრი უფრო მკაფიოდაა გადმოცემული 36-ე III მუხლში, რომელიც ვრცელდება მხოლოდ გადაზიდვის ხელშეკრულებაზე. სრულიად გაუგებარია, იურიდიული ტექნიკის თვალსაზრისით, კანონმდებელმა ასეთივე დათქმა რატომ არ გააკეთა 36-ე მუხლის მე-2 და მე-4 პუნქტებთან მიმართებით, სადაც საუბარია დაზღვევისა და უძრავი ქონების გასხვისების ხელშეკრულებებზე.

ცხადია, კანონმდებელს ან ყოველი სპეციალური პრეზუმფციის მიმართ უნდა დაედგინა მათი გაქარწყლების შესაძლებლობის თაობაზე, თუკი საქმის გარემოებებით აღმოჩნდებოდა, რომ ხელშეკრულება უფრო მჭიდროდ სხვა ქვეყნის სამართლებრივ სისტემასთან იყო დაკავშირებული, როგორც ეს გადაზიდვის ხელშეკრულების მიმართ გააკეთა, ან, რაც უფრო მართებული იქნებოდა, დამატებით გაეთვალისწინებინა კიდევ ერთი ნორმა, ანუ 36-ე მუხლს დამატებოდა მე-5 პუნქტი, რომელიც უნდა ჩამოყალიბებულიყო შემდეგი სახით:

„პრეზუმფციები, რომლებიც წინამდებარე მუხლის პირველი პუნქტის მეორე წინადადებასა და ასევე მეორე, მესამე და მეოთხე პუნქტებში არის მითითებული, არ მოქმედებს, თუ ხელშეკრულებას უფრო მჭიდრო კავშირი აქვს რომელიმე სხვა ქვეყანასთან“.

³⁷⁵ იხ. გერმანიის სკსკ-ის 28-ე V მუხლი; რომის კონვენციის მე-4 V მუხლი.

ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში სრულიად სამართლიანად გამოთქმული იყო მოსაზრება, რომ სიტყვა „*ვარაუდი*“ განსხვავდება მტკიცებულებითი ვარაუდისაგან. მაგალითად, სამოქალაქო სამართლის კოდექსის 158-ე მუხლის თანახმად, „*ვარაუდებ*, რომ ნივთის მფლობელი არის მისი მესაკუთრე“. ეს არის მტკიცებულებითი ვარაუდი, რაც ნიშნავს: თუ ვინმე აღძრავს ვინდიკაციურ სარჩელს ნივთის მფლობელის წინააღმდეგ ამ ნივთის გამოთხოვის შესახებ, მან უნდა დაამტკიცოს, რომ არის ამ ნივთის მესაკუთრე.³⁷⁶

ამავე დროს, ვერ იქნება გაზიარებული ის მოსაზრება, რომ საქართველოს სსკ-ს 36-ე მუხლში ნახსენები „*ვარაუდის*“ გაქარწყლება არ შეიძლება.³⁷⁷ ამ მოსაზრების დასტურად მოყვანილია შემდეგი ორი მაგალითი:

პირველი:

„თუ მიწის ნაკვეთი, რომელიც ხელშეკრულების საგანია, მდებარეობს გერმანიაში, ივარაუდება, რომ ხელშეკრულება მჭიდროდაა დაკავშირებული გერმანიასთან და ამის საწინააღმდეგოს დამტკიცება, ე.ი. ამ ვარაუდის გაქარწყლება, არ შეიძლება“.³⁷⁸

მეორე:

„თუ, მაგალითად, მხარე დაადასტურებს, რომ მისი ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი ხელშეკრულების დადებისას იყო ჰოლანდია,³⁷⁹ ივარაუდება, რომ ხელშეკრულება ყველაზე მჭიდროდ არის დაკავშირებული ჰოლანდიასთან და ვარაუდის გაქარწყლება (საწინააღმდეგოს დამტკიცება) არ შეიძლება“.³⁸⁰

ქვემოთ კონკრეტულ მაგალითებზე მითითებით იქნება ნახსენები, რომ ამ ვარაუდების გაქარწყლება სწორედაც რომ შესაძლებელია. სპეციალური სახის პრეზუმფცია შეიძლება უარყოფილ იქნეს, თუკი აღმოჩნდება, რომ ხელშეკრულება ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებულია არა იმ ქვეყანასთან, სადაც მიწის ნაკვეთი იმყოფება, არამედ სხვა ქვეყანასთან.

36-ე I მუხლში ჩამოყალიბებული ნორმის სწორი ინტერპრეტაციის შემთხვევაში სასამართლომ უარი უნდა თქვას სპეციალური პრეზუმფციების, ანუ „*ვარაუდების*“, გამოყენებაზე, ზოგადი სახის – „*ყველაზე მჭიდრო კავშირის*“ პრეზუმფციის სასარგებლოდ. **არცერთ კერძო სახის პრეზუმფციას არ გააჩნია „იმუნიტეტი“ ზემოთ აღნიშნული ყველაზე მჭიდრო კავშირის ნორმის ჩარევისაგან.**

თავისთავად პირის ადგილსამყოფელის ჰოლანდიაში ყოფნა ჯერ კიდევ არ ნიშნავს, რომ საკოლიზიო საკითხი გადაწყვეტილია და გამოყენებულ უნდა იქნეს ჰოლანდიის სამართალი. ამ შემთხვევაში მხოლოდ ივარაუდება, რომ ხელშეკრულება ყველაზე მჭიდროდ ჰოლანდიასთან არის დაკავშირებული, მაგრამ ***ვარაუდი მაინც ვარაუდად რჩება***: თუ აღმოჩნდება, რომ ხელშეკრულება მთლიანობაში სხვა ქვეყანასთან, მაგალითად საქართველოსთან, არის უფრო მეტად

³⁷⁶ იხ. *ლილუაშვილი*, საერთაშორისო კერძო სამართალი, თბ., 2000, გვ. 86-87.

³⁷⁷ იქვე, გვ. 87.

³⁷⁸ იქვე, გვ. 87.

³⁷⁹ აქ, როგორც ეტყობა, იმ პირზეა საუბარი, ვინც ხელშეკრულების დამახასიათებელ შესრულებას ახორციელებს, იხ. საქართველოს სსკ-ის 36-ე I მუხლი.

³⁸⁰ იხ. *ლილუაშვილი*, დასახ. ნაშრ., გვ. 87.

დაკავშირებული, მაშინ ვარაუდი ჰოლანდიის სამართლის გამოყენების სასარგებლოდ გაქარწყლება.

ამრიგად, დასკვნის სახით უნდა ითქვას, რომ 36-ე მუხლით გათვალისწინებულია არა მტკიცებულებითი ან მატერიალურ-სამართლებრივი ვარაუდები (პრეზუმფციები), არამედ საკოლიზიო-სამართლებრივი ვარაუდები, რომელთა გაქარწყლებაც ისევე შესაძლებელია, როგორც საერთოდ ნებისმიერი სახის ვარაუდებისა.

მაგალითი:

ხელშეკრულების დადების დროს გამყიდველის ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი ავსტრიაში იყო. 36-ე I მუხლის ბოლო წინადადებით ივარაუდება, რომ ხელშეკრულება ყველაზე მჭიდროდ ავსტრიასთან არის დაკავშირებული. ამავე დროს ხელშეკრულების სხვა ფაქტობრივი გარემოებანი ნათლად უთითებს, რომ გარიგება, მიუხედავად კანონით წინასწარ დადგენილი პრეზუმფციისა, უფრო მჭიდროდ საქართველოსთანაა დაკავშირებული. კერძოდ: ხელშეკრულების დადებისა და მისი შესრულების ადგილს საქართველო წარმოადგენს. ხელშეკრულება ასევე ქართულ ენაზე არის შედგენილი და გადახდის ფულად ერთეულსაც ლარი წარმოადგენს. ცხადია, რომ ასეთ შემთხვევაში სასამართლო იმ დასკვნამდე უნდა მივიდეს, რომ ვარაუდი ავსტრიული სამართლის გამოყენების სასარგებლოდ უნდა გაქარწყლდეს და მის მაგივრად გამოყენებულ უნდა იქნეს ქართული მატერიალური სამართალი, როგორც ხელშეკრულებასთან ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული ქვეყნის სამართალი.

აქ ერთ გარემოებას უნდა მიექცეს ყურადღება: განსხვავებით მტკიცებულებითი ვარაუდისა, საკოლიზიო-სამართლებრივი ვარაუდების გაქარწყლება, თუკი ამის საფუძველი არსებობს, სასამართლოს უშუალო ვალდებულებაა და იგი არ არის დამოკიდებული მხარეთა აქტიურობაზე (შეჯიბრებითობის პრინციპზე).

აქვე შეიძლება დაიბადოს კითხვა: განა ზემოაღნიშნული პრეზუმფციების დანიშნულება მხოლოდ იმით არ ამოიწურება, რომ მოსამართლეს მიმართულება მისცეს, ანუ „მეგზურობა“ გაუწიოს იმ საკითხის დადგენისას, თუ რომელ ქვეყანასთან არის ესა თუ ის ხელშეკრულება ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული? მაშ, რა ღირებულება აქვს პრეზუმფციების დადგენას, თუ სასამართლოსათვის მათი შესრულება, საქმის კონკრეტული გარემოებებიდან გამომდინარე, სავალდებულო სულაც არ იქნება? ხომ არ ჯობდა, საერთოდ უარყოფილიყო წინასწარ დადგენილი პრეზუმფციები და, უბრალოდ, აღიარებულიყო, რომ მოსამართლეთა მოვალეობაა და, ამავე დროს, პრივილეგია, თვითონვე, ყოველგვარი კარნახის გარეშე, გადაწყვიტონ, თუ რომელ ქვეყანასთან არის ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული კონკრეტული ხელშეკრულება?

სწორედ მსგავს პოზიციას იზიარებდნენ ცნობილი ინგლისელი ავტორები: *ჩეშირი* და *მორისი*.³⁸¹ ისინი პრეზუმფციების არსებობაში მცირე „ღირებულებას“ ხედავდნენ; *ჩეშირისა* და *ნორზის* აზრით კი, პრეზუმფციებით ხელმძღვანელობამ შეიძლება მოსამართლე „მცდარ კვალზე“ დააყენოს. ასევე, მათი აზრით, პრეზუმფციების არსებობამ,

³⁸¹ *Morris, Conflict of Laws, London, 1971, p. 226.*

შესაძლოა, მოსამართლის ყურადღება „გაფანტოს“ და მან სათანადოდ ვერ შეაფასოს შექმნილი კონკრეტული ვითარება, ანუ ზუსტად ვერ დაადგინოს, მოცემული ხელშეკრულება თუ რომელ სამართლებრივ სისტემასთან არის ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული.³⁸²

ასეთი უკიდურესად მოქნილი მეთოდი (რომელიც პრეზუმფციათა არსებობას არ ითვალისწინებდა), პირველ რიგში აღიარებული იყო საერთო სამართლის სისტემის ქვეყნებში: ინგლისსა და ამერიკის შეერთებულ შტატებში.³⁸³

მას შემდეგაც კი, რაც ევროპის ქვეყნების სასამართლოებმა უპირატესობა ობიექტურ მეთოდს მიანიჭეს, მდგომარეობა უკეთესობისაკენ საგრძნობლად არ შეცვლილა. ინგლისური თეორია „ყველაზე მჭიდრო კავშირის“ შესახებ და შინაარსობრივად ანალოგიური ფრანგული დოქტრინა ხელშეკრულების „ლოკალიზაციის“ შესახებ, თავისი უკიდურესად მოქნილი ბუნების გამო, შესაძლებლობას იძლეოდა, აღნიშნული ქვეყნების სასამართლოებს კვლავ უმეტესწილად და ტენდენციურად *Lex fori* გამოეყენებინათ.

ინგლისელ ავტორთა უმეტესობა წინააღმდეგი იყო რომის 1980 წლის კონვენციაში გათვალისწინებული პრეზუმფციებისა, მათი აზრით, ეს ეწინააღმდეგებოდა ინგლისის სასამართლო პრაქტიკას.³⁸⁴

ზემოაღნიშნული პრეზუმფციები ჯერ დაადგინა შვეიცარიისა და გერმანიის სასამართლო პრაქტიკამ,³⁸⁵ ხოლო შემდეგ ისინი ნორმების სახით ჩამოყალიბდნენ შვეიცარიის 1987 წლის სკკ-ში (117-ე მუხლი). მოგვიანებით რომის 1980 წლის კონვენციაში ასევე გათვალისწინებულ იქნა ზემოაღნიშნული პრეზუმფციები.

ისეთი ძლიერი სასამართლო სისტემის მქონე ქვეყანაში, როგორც ინგლისია, ცხადია, პრეზუმფციების დადგენას არანაირი გადამწყვეტი მნიშვნელობა არ ექნებოდა იმისათვის, რომ ინგლისელ მოსამართლეებს ყოველგვარი „რჩევა-დარიგების“ გარეშე დაედგინათ ის სამართლებრივი სისტემა, რომელთანაც ხელშეკრულება ყველაზე მჭიდროდ იყო დაკავშირებული; მეორე მხრივ, ფაქტია ისიც, რომ პრეზუმფციების დადგენა სულაც არ ვნებს საქმეს. მოსამართლეს ყოველთვის შეუძლია, მათზე უარი თქვას, თუ შესაბამისი გარემოება ამას მოითხოვს. თავის მხრივ იგი, გარკვეულწილად, დადებით როლს ასრულებს. უმეტესად მხარეებს წინასწარ შეუძლიათ გათვალონ, თუ

³⁸² *Cheshire/North, Cheshire's Private International Law*, ed. 10, London, 1979, p. 210.

³⁸³ აშშ-ის 1971 წლის მეორე საკოლიზიო კრებულის 188-ე პარაგრაფით გათვალისწინებულია შემდეგი: მხარეთა უფლებები და მოვალეობები, რომლებიც დაკავშირებულია ხელშეკრულებასთან, განისაზღვრება იმ ქვეყნის შიდა სამართლით, რომელიც **ყველაზე მნიშვნელოვნად დაკავშირებულია სამართალურიერთობასთან და მხარეებთან**. იხ. RESTATEMENT (SECOND) OF CONFLICT OF LAWS § 188 (1971). <http://www.kentlaw.iit.edu/perritt/conflicts/rest188.html>

³⁸⁴ *Kaye, The New Private International Law of Contract of the European Community* (Dartmouth), Aldeshot/Brookfield USA/Hong Kong/Singapore/ Sydney/ 1993, pp. 187-191.

³⁸⁵ იხ. *Drobnig*-ის დასახ. ნაშრ., გვ. 233-240; *Lipsten*, Characteristic Performance, A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the EEC, 3 *Northwestern Jo. of Int. Law & Business*, 1981, pp. 405-409; *Vischer*, The Concept of the Characteristic Performance Reviewed, "E Pluribus Unum", (ed). Borrás, 1996, pp. 500-504.

რომელი სამართლებრივი სისტემით უნდა მოწესრიგდეს ხელშეკრულება.

პრეზუმფციების არსებობა ნამდვილად ხელსაყრელი უნდა იყოს საქართველოს სასამართლოებისათვის: ჯერ ერთი, ქვეყანას არ ჰქონია არანაირი სასამართლო პრაქტიკა საკოლიზიო სამართლის სფეროში; თუკი ამას ისიც დაემატება, რომ ჯერ კიდევ სათანადოდ მომზადებული საკმაოდ მწირი სასამართლო კადრები ჰყავს ქვეყანას, მაშინ, ბუნებრივია, მოცემულ პირობებში უპრიანი იქნება, სახელშეკრულებო ურთიერთობებში საკოლიზიო საკითხების გადაწყვეტა მთლიანად მხოლოდ „ყველაზე მჭიდრო კავშირის“ ზოგადი სახის ფორმულას და, ამავე დროს, უკიდურესად მოქნილ მეთოდს არ დაეყრდნოს.

აღნიშნულიდან გამომდინარე, სრულიად მართებულია საქართველოს სკსკ-ის ავტორთა პოზიცია, როცა მათ მხარი დაუჭირეს გარკვეული სახის პრეზუმფციების არსებობას. მით უფრო, რომ იგი გერმანული სამართლებრივი ოჯახის ქვეყნების სასამართლო პრაქტიკის ნაყოფია.³⁸⁶ საკითხის ასეთნაირად გადაწყვეტა, გარკვეულწილად, დაეხმარება საქართველოს მოსამართლეებს, თუ როგორ გადაწყვიტონ საკოლიზიო საკითხები სხვადასხვა სახის (ტიპის) ხელშეკრულებების მოწესრიგებისას, რომელ დაკავშირებულ ფაქტობრივ გარემოებებს მიანიჭონ გადამწყვეტი მნიშვნელობა.

§3. „დამახასიათებელი შესრულების“ კონცეფცია

ზემოთ აღინიშნა, რომ საქართველოს სკსკ-ით გათვალისწინებულ იქნა ზოგადი სახის ნორმა, რომელსაც „ყველაზე მჭიდრო კავშირის“ ფორმულა ეწოდება. გარდა ამისა, მოცემული კანონი ითვალისწინებს ზოგადი სახის პრეზუმფციას, რომელსაც ქართული იურიდიული ტერმინოლოგიისათვის მანამდე უცნობი „დამახასიათებელი შესრულების“ კონცეფცია ეწოდა. აღნიშნული ხსენებული კანონის 36-ე I მუხლითაა გათვალისწინებული:

„ივარაუდება, რომ ხელშეკრულება ყველაზე მჭიდროდაა დაკავშირებული იმ ქვეყანასთან, სადაც მხარეს, რომელსაც **დამახასიათებელი სახელშეკრულებო ვალდებულება უნდა შესრულებინა**, ხელშეკრულების დადებისას ჰქონდა ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი ან ადმინისტრაციის რეზიდენცია“.

მაგალითი:

კონტრაქტებმა, რომელთაც სხვადასხვა ქვეყანაში აქვთ ძირითადი საქმიანობის ადგილი, დადეს ნასყიდობის ხელშეკრულება. ვინაიდან აღნიშნული გარიგება ორმხრივ ხელშეკრულებათა რიცხვს განეკუთვნება, კონკრეტულ შემთხვევაში შესრულების ადგილიც ორ სხვადასხვა ქვეყანაში მდებარეობს. თავიდან რომ იქნეს აცილებული ერთი ხელშეკრულების მიმართ ორი სამართლებრივი სისტემის

³⁸⁶ საზღვარგარეთის ქვეყნებიდან გერმანიის სამართალს ყველაზე დიდი გავლენა აქვს ქართულ სამართალზე, იხ. *ზოიძე, ევროპული კერძო სამართლის რეცეპცია საქართველოში*, თბ., 2005, გვ. 81-91.

გამოყენება და, შესაბამისად, ხელშეკრულების „გახლეჩა“, არჩევანი უნდა შეჩერდეს ერთ-ერთი კონტრაქტის ქვეყნის სამართლის გამოყენებაზე. ისმება კითხვა, რომელი კონტრაქტის ქვეყნის სამართალი უნდა იქნეს გამოყენებული?

იურიდიულ ლიტერატურაში გაბატონებული აზრის თანახმად, ვინაიდან ხელშეკრულების მიმართ მხოლოდ ერთი ქვეყნის სამართალი უნდა იქნეს გამოყენებული, უპრიანია, ეს იყოს იმ კონტრაქტის ქვეყნის სამართალი, რომლის სახელშეკრულებო ვალდებულების შესრულებაც უფრო ფუნდამენტურია, უფრო კომპლექსურია, უფრო რთულია, უფრო პრინციპულია, უფრო მნიშვნელოვანია.³⁸⁷

როგორ უნდა განისაზღვროს, რომელი კონტრაქტის ვალდებულება არის უფრო კომპლექსური?

უფრო კომპლექსურია იმ კონტრაქტის ვალდებულება, რომლის შესრულებაც „ახასიათებს“ ხელშეკრულებას.

კვლავ შეიძლება დაისვას კითხვა: რომელი ვალდებულების შესრულება „ახასიათებს“ ხელშეკრულებას?

ის შესრულება, რომელიც გამოხატავს ხელშეკრულების **სოციალურ-ეკონომიკურ მიზანს**. უფრო კონკრეტულად: ნასყიდობის ხელშეკრულებაში – გამყიდველის ვალდებულება, ქირავნობის ხელშეკრულებაში – მოქირავნის ვალდებულება, გადაზიდვის ხელშეკრულებაში – გადამზიდველის ვალდებულება და სხვა.

შეიძლება ისევ დაისვას შეკითხვა: რატომაა გამყიდველი, გამქირავებელი და გადამზიდველი მიჩნეული ხელშეკრულების დამახასიათებელი ვალდებულების მქონედ და რატომ არ შეიძლება იმავეს თქმა მყიდველზე, დამქირავებელზე, ტვირთის გამგზავნზე?

აქ პასუხი მარტივია: ყველა ზემოაღნიშნულ შემთხვევაში მყიდველის, დამქირავებლის, ტვირთის გამგზავნის ვალდებულება საერთოა – მათ აქვთ ფულადი ვალდებულება თავიანთი კონტრაქტის მიმართ. ამიტომ მათს სახელშეკრულებო ვალდებულებაზე არ შეიძლება საუბარი ისე, თითქოს იგი „ახასიათებს“ ხელშეკრულებას.

ამავე დროს, გამყიდველის, გამქირავებლის, გადამზიდველის ვალდებულება მიანიშნებს იმაზე, თუ რა სახისაა ხელშეკრულება, ანუ განსაზღვრავს ხელშეკრულების **სოციალურ-ეკონომიკურ მიზანს**. ვინც გადასცემს საკუთრებაში ნივთს, ახდენს ტვირთის ტრანსპორტირებას, წევს მომსახურებას, შესაბამისად ახდენს შესრულებას, რომელიც „ახასიათებს“ ხელშეკრულებას.

კვლავ შეიძლება დაისვას კითხვა: მაინც რატომ უნდა მიენიჭოს უპირატესობა გამყიდველის ქვეყნის სამართალს და არა მყიდველისას? რატომ არის გამყიდველის ვალდებულება მიჩნეული უფრო მნიშვნელოვანად?

³⁸⁷ D'Oliveria, Characteristic Obligation in the Draft EC Obligation Convention, 25 Am. Jo. Com. L. 1977, pp. 303-317; Lipsten, Characteristic Performance, A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the EEC, 3 Northwestern Jo. of Int. Law & Business, 1981, pp. 402-412; Patocchi, Characteristic Performance: A New Myth in the Conflict of Laws Some Comments on a Resent Concept in the Swiss and European Private International Law of Contract?, Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Bale/Frnacfort-sur-le Main, 1993, pp. 113-131; Vischer, The Concept of the Characteristic Performance Reviewed, "E Pluribus Unum", (ed). Borrás, 1996, pp. 499-519.

პასუხი ასეთია: საყოველთაოდ აღიარებულია,³⁸⁸ რომ გამყიდველის ვალდებულება უფრო კომპლექსურია.³⁸⁹ ხშირ შემთხვევაში იგი თავად აწარმოებს პროდუქციას, ახდენს ხარჯებისა და ფასის კალკულაციას, წევს ნივთის შემთხვევით დაღუპვის რისკს, ასრულებს სამუშაოს. შესაბამისად, მისი სახელშეკრულებო ვალდებულება უფრო დაწვრილებითაა მოწესრიგებული მისივე ქვეყნის ნორმებით. ნათქვამიდან გამომდინარე, უფრო ბუნებრივი და სამართლიანი იქნება, თუკი გამყიდველის ქვეყნის სამართალი იქნება გამოყენებული.

ზემოთ აღინიშნა, რომ საქართველოს სსკ-ის 36-ე მუხლით გათვალისწინებული დამახასიათებელი შესრულების კონცეფცია ზოგადი ხასიათის პრეზუმფციაა. იგი ვრცელდება არა მხოლოდ ნასყიდობის ხელშეკრულებაზე, არამედ ყველა იმ ხელშეკრულებაზე, რომელთა მიმართაც კანონით არაა დადგენილი სპეციალური პრეზუმფციები.

დამახასიათებელი შესრულების კონცეფცია განხილულ უნდა იქნეს როგორც კომპრომისი ევროგაერთიანებაში შემავალ ქვეყნებს შორის. ინგლისისა და საფრანგეთის საკოლიზიო სამართალი ტრადიციულად უარყოფდა პრეზუმფციებს უფრო მოქნილი მეთოდის სასარგებლოდ, რასაც ნაკლები სიცხადე შეჰქონდა კომპეტენტური სამართლის გამოყენების საკითხში. ევროპის სხვა ქვეყნების, მაგალითად იტალიის, საკოლიზიო სამართალი კი უპირატესობას ანიჭებდა ხისტ მეთოდს, რომელსაც მნიშვნელოვანი სიცხადე შეჰქონდა ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართლის დადგენის საკითხში. დამახასიათებელი შესრულების კონცეფცია გარკვეულწილად „გაზავებულია“ ამ ორ მიდგომას შორის, თუმცა ფაქტია, იგი მაინც მოქნილი მეთოდია.

აღბათ, ამით უნდა აიხსნას ის გარემოება, რომ ზოგიერთი ინგლისელი ავტორი დიდი პესიმიზმით არ შეხვედრია ინგლისისათვის მანამდე უცნობი პრეზუმფციების³⁹⁰ დადგენას. მათი აზრით, ინგლისის სასამართლო პრაქტიკაში ფუნდამენტურად არაფერი შეიცვლება.³⁹¹ ერთ-ერთმა ინგლისელმა ავტორმა კი განაცხადა: ეს პრეზუმფციები

³⁸⁸ იგულისხმება ჰააგის 1955 და 1986 წლების კონვენციები, სადაც ერთმნიშვნელოვნად, ზოგიერთი გამონაკლისის გარდა, საუბარია გამყიდველის სამართლის გამოყენებაზე, ასევე ზოგიერთი ქვეყნის, თუნდაც იმავე შვეიცარიის სსკ-ის 117-ე III „ა“ მუხლისა და ავსტრიის სსკ-ის 27-ე მუხლის, სადაც ასევე მითითებულია გამყიდველის სამართლის გამოყენებაზე. ზემოთ აღნიშნულ კონვენციებსა და ეროვნულ კანონებს მხოლოდ სხვადასხვა მეთოდის გამოყენება განასხვავებს. ზოგი კანონი (კონვენცია) გამყიდველის სამართლის გამოყენების სასარგებლოდ მხარს უჭერს მოქნილ, ზოგი ნახევრად მოქნილ, ხოლო ზოგი იმპერატიულად ხისტ მეთოდს.

³⁸⁹ იხ. *Drobnig*, დასახ. ნაშრომი, გვ. 233.

³⁹⁰ იგულისხმება როგორც ზოგად პრეზუმფცია „დამახასიათებელი შესრულების“ შესახებ, ასევე სპეციალური პრეზუმფციები (ვარაუდები), რომლებიც ქვემოთ იქნება განხილული.

³⁹¹ *North*, Reform, but not Revolution, General Course on Private International Law, 220 RCADI, 1990, p. 186.

მხოლოდ „რეალურად რთული საქმეების მიმართ უნდა იქნეს გამოყენებული“.³⁹²

როგორც ზემოთ ითქვა, პრეზუმფციების არსებობა ჯერ კიდევ რომის კონვენციის მიღებამდე დამახასიათებელი იყო გერმანული სამართლის ოჯახში შემავალი ქვეყნებისათვის.

1952 წელს შვეიცარიის უმაღლესმა სასამართლომ უარყო ხელშეკრულების „გახლეჩის“ (Dèpeçage) მეთოდი, ამავე დროს, მხარი „მიზიდულობის ცენტრის“ (Centre of gravity) თეორიას დაუჭირა. ეს თეორია თავისი შინაარსით იდენტურია „ყველაზე მჭიდრო კავშირის“ თეორიისა. მოგვიანებით სასამართლო პრაქტიკამ განავითარა ეს კონცეფცია და შეიმუშავა პრეზუმფციათა ნუსხა (კატალოგი) სხვადასხვა სახის ხელშეკრულებისთვის:

ნასყიდობის ხელშეკრულებისათვის – გამყიდველის სამართალი; მოძრავი ნივთების ქირავნობისათვის – გამქირავებლის სამართალი; წარმომადგენლობის ხელშეკრულებისათვის – წარმომადგენლის (აგენტის) სამართალი; დაზღვევის ხელშეკრულებისათვის – დამზღვევის (სადაზღვევო კომპანიის) სამართალი და სხვ., თუმცა ხელშეკრულებები, რომლებიც უძრავი ქონების გასხვისებას, დატვირთვას ან იჯარით გაცემას შეეხებოდა, პრეზუმფციით წესრიგდებოდა უძრავი ქონების ადგილსამყოფელი ქვეყნის სამართლით, შრომის ხელშეკრულებები კი სამუშაოს შესრულების ადგილის სამართლით.³⁹³

ყველაზე პირველად და მკაფიოდ საკანონმდებლო დონეზე დამახასიათებელი შესრულების კონცეფცია აისახა შვეიცარიის საერთაშორისო კერძო სამართლის კანონში. კერძოდ, 117-ე მუხლის მესამე პუნქტში ნათქვამია:

დამახასიათებელი შესრულების სახით მოქმედებს:

- ა) ნასყიდობის ხელშეკრულებაში – გამყიდველი;
- ბ) ქირავნობის ხელშეკრულებაში – გამქირავებელი;
- გ) წარმომადგენლობის, ნარდობისა და სხვა მომსახურების გაწევის ხელშეკრულებებში, შესაბამისად, – წარმომადგენელი, მენარდე და მომსახურების გამწვევი;
- დ) შენახვის ხელშეკრულებაში – შემნახველი (დეპოზიტარი);
- ე) საგარანტიო ან თავდებობის ხელშეკრულებაში – გარანტი ან თავდები.³⁹⁴

მაგალითი საქართველოს სასამართლო პრაქტიკიდან:

1993 წლის 7 დეკემბერს მინსკის სამოქალაქო ავიაციის 407-ე ქარხანასა და საქართველოს ავიაკომპანია – „ორბს“ შორის გაფორმდა №33 ხელშეკრულება, რომლის ძალითაც ქარხანამ ივალდებულა საავიაციო ტექნიკის გარემონტება ანგარიშების უწყისებში

³⁹² *Diamond*, Conflict of laws in EEC, 32 Current Leg. Probs., 1979, p. 155.

³⁹³ იხ. *Drobnig*, დასახ. ნაშრ., გვ. 233-240; *Lipsten*, Characteristic Performance, A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the EEC, 3 Northwestern Jo. of Int. Law & Business, 1981, pp. 405-409; *Vischer*, The Concept of the Characteristic Performance Reviewed, "E Pluribus Unum", (ed). Borrás, 1996, pp. 500-504.

³⁹⁴ *Patocchi*, Characteristic Performance: A New Myth in the Conflict of Laws Some Comments on a Resent Concept in the Swiss and European Private International Law of Contract?, Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Bale/Fnacfort-sur-le Main, 1993, pp. 113-131.

მითითებული ტექნიკის რაოდენობით, ფასებითა და ვადებით, ხოლო ავიაკომპანია ივალდებულა გასარემონტებელი ტექნიკის მიწოდება, გარემონტებულის ჩაბარება და რემონტის ღირებულების გადახდა.

შემდგომში უნიტარული საწარმო „მინსკის ავიასარემონტო ქარხანაში“ თბილისის საოლქო სასამართლოში აღძრა სარჩელი მოპასუხე ავიაკომპანია „საქართველოს ავიახაზების“ მიმართ (ამ უკანასკნელმა თავის თავზე აიღო შპს „ორბის“ დავალიანება), ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნით სახელშეკრულებო ვალდებულებების დარღვევის გამო.

სასამართლომ მოცემული საქმის გადაწყვეტისას გამოიყენა როგორც „ყველაზე მჭიდრო კავშირის“ ფორმულა, ასევე „დამახასიათებელი“ შესრულების კონცეფციაც, კონკრეტულად კი მან განაცხადა შემდეგი:

„კოლეგია აღნიშნავს, რომ აღნიშნული დავა გამოძვინარეობს ნარდობის სახელშეკრულებო ურთიერთობიდან, რომ სასამართლო საქმეს იხილავს უცხო ელემენტთან მიმართებაში. მოსარჩელე „მინსკის ავიასარემონტო ქარხანა“ არის ბელორუსიის რესპუბლიკის იურიდიული პირი, მხარეებს კი არ აქვთ არჩეული რომელიმე ქვეყნის სამართალი. „საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ“ საქართველოს კანონის 36.1 მუხლის შესაბამისად, თუ მხარეებს არ აურჩევიათ რომელიმე ქვეყნის სამართალი, ხელშეკრულება დაექვემდებარება მასთან ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული ქვეყნის სამართალს. ივარაუდება, რომ ხელშეკრულება ყველაზე მჭიდროდაა დაკავშირებული იმ ქვეყანასთან, სადაც მხარეს, რომელსაც დამახასიათებელი სახელშეკრულებო ვალდებულება უნდა შეესრულებინა, ხელშეკრულების დადებისას ჰქონდა ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი ან ადმინისტრაციის რეზიდენცია. ნარდობის ხელშეკრულება დაიღო მინსკში რუსულ ენაზე, რომელიც არის ბელორუსიის რესპუბლიკის ოფიციალური ენა, გადახდა უნდა მომხდარიყო რუსულ რუბლებში ან აშშ დოლარებში. ხელშეკრულება უნდა შესრულებულიყო ბელორუსიის რესპუბლიკის დედაქალაქ მინსკში. ასეთ პირობებში კოლეგიას მიაჩნია, რომ მოცემული დავის გადაწყვეტისას უნდა იხელმძღვანელოს ბელორუსიის სამოქალაქო კოდექსით.

ბელორუსიის სამოქალაქო კოდექსის 288.3 მუხლის შესაბამისად, ვალდებულების წარმოშობის ერთ-ერთი საფუძველია ხელშეკრულება. იმავე მუხლის 1-ლი პუნქტის შესაბამისად, ვალდებულების ძალით ერთი პირი (მოვალე) ვალდებულია მეორე პირის (კრედიტორი) სასარგებლოდ შეასრულოს გარკვეული მოქმედება. კონკრეტულ შემთხვევაში გადაუხადოს ხელშეკრულებით გათვალისწინებული მომსახურების საფასური. იმავე კოდექსის 290-ე მუხლის შესაბამისად კი, ვალდებულება უნდა შესრულდეს ჯეროვნად ვალდებულების პირობებისა და კანონის შესაბამისად.

მიუხედავად იმისა, რომ ხელშეკრულებები დადებულია 1993 წლის 7 დეკემბერსა და 1996 წლის 11 ნოემბერს, კოლეგიის აზრით, მოთხოვნა ხანდაზმული არ არის. 1996 წლის 11 დეკემბრისა და 1993 წლის 7 დეკემბრის ხელშეკრულებების თანახმად, ხელშეკრულების

მოქმედების ვადა განისაზღვრება ხელშეკრულების ხელმოწერიდან თანხის გადახდამდე.

ასევე, ხელშეკრულებების მოქმედების ვადა და გადახდის გრაფიკი „მინსკის ავიასარემონტო ქარხანასა“ და „საქართველოს ავიახაზების“ მიერ რამოდენიმეჯერ იქნა გაგრძელებული, რასაც არ უარყოფს მოპასუხე მხარე და ბოლო შეთანხმება დავალიანების დაფარვაზე მიღწეულ იქნა 2002 წელს. ასეთ პირობებში ბელორუსიის სამოქალაქო კოდექსის 204-ე მუხლის თანახმად, ხანდაზმულობის ვადა წყდება. აღნიშნულ მუხლში ნათქვამია, რომ „ხანდაზმულობის ვადის დენა წყდება, თუ ვალდებული პირი უფლებამოსილი პირის წინაშე ვალის არსებობის შესახებ აღიარების დამადასტურებელ მოქმედებას შეასრულებს.“

კოლეგია იზიარებს მოსარჩელის მოსაზრებას იმის თაობაზე, რომ ავიაკომპანია „საქართველოს ავიახაზებმა“ ხელშეკრულებების დადებით და სამთავრობო შეხვედრების ოქმებზე ხელისმოწერით აღიარა ვალის არსებობა. მოპასუხე ორგანიზაციის წარმომადგენელმა განაცხადა, რომ ისინი იძულებულნი იყვნენ ელიარებინათ ვალი და მცირე ოდენობით პერიოდულად ფარავდნენ კიდევ ვალის ნაწილს.³⁹⁵

იურიდიულ ლიტერატურაში არსებობს აზრთა სხვადასხვაობა, თუ როდის უნდა იქნეს გამოყენებული დამახასიათებელი შესრულების თეორია. საქართველოს სსკ-ის 36-ე მუხლის შინაარსიდან გამომდინარე, დამახასიათებელი შესრულების კონცეფციისთვის ადგილი არ რჩება, როდესაც ორთავე კონტრაქტს ერთმანეთის მიმართ ფულადი ვალდებულება გააჩნიათ ან როდესაც არცერთ მათგანს ერთმანეთის წინაშე არანაირი ფულადი ვალდებულება არ გააჩნიათ (მაგ. გაცვლის ხელშეკრულება). ასეთი სახის ხელშეკრულებებზე, ვინაიდან მათთვის არ არის დადგენილი სპეციალური პრეზუმფციები, როგორც ესაა გაკეთებული გადაზიდვის (36-ე III მუხლი) და დაზღვევის (36-ე IV მუხლი) ხელშეკრულებების მიმართ, უნდა გავრცელდეს ყველაზე მჭიდრო კავშირის ფორმულა. ამ უკანასკნელის მიხედვით, მოსამართლემ, ხელშეკრულების ყველა ფაქტობრივი გარემოება უნდა აწონ-დაწონოს და მხოლოდ ამის შემდეგ დაასკვნის თუ რომელ ქვეყანასთან არის ყველაზე მეტად დაკავშირებული გაცვლის (საბარტერო) ხელშეკრულება.

დამახასიათებელი შესრულების კონცეფციის გამოყენებასთან დაკავშირებით, რომის 1980 წლის კონვენციის ავტორებმა, განსხვავებულ პოზიციას დაუჭირეს მხარი. კერძოდ, ორმხრივი ხელშეკრულებების მიმართ „მოსხენებაში“ ნათქვამია შემდეგი: თანამედროვე ეკონომიკაში, შესრულების სანაცვლოდ ჩვეულებრივ გამოიყენება საპასუხო ფულადი შესრულება, მაგრამ ამით როდი განისაზღვრება დამახასიათებელი შესრულების ცნება, იგი დამოკიდებულია ხელშეკრულების ტიპზე: საქონლის მიწოდება, ნივთის

³⁹⁵ იხ. თბილისის საოლქო სასამართლოს სამოქალაქო და სამეწარმეო საქმეთა კოლეგიის 2004 წლის 8 ნოემბრის (საქმე 2/ა-25-2004) გადაწყვეტილება. აღსანიშნავია, რომ აღნიშნული საქმე ერთადერთი გამონაკლისი შემთხვევაა, როდესაც საქართველოს სასამართლომ სსკ-ის ნორმებზე დაყრდნობით გამოიყენა დამახასიათებელი ვალდებულების შესრულების კონცეფცია და ამასთან ერთად უცხო ქვეყნის მატერიალური სამართალიც.

გადაცემა თუ მასზე უფლების გადაცემა, საბანკო ოპერაციები, ტრანსპორტის დაზღვევა და ა.შ. ჩვეულებრივ გამოხატავს ხელშეკრულების სოციალურ-ეკონომიკურ ფუნქციას.³⁹⁶ სწორედ ეს უკანასკნელი ფაქტორი, ანუ ხელშეკრულების სოციალურ-ეკონომიკური ფუნქცია, განსაზღვრავს დამახასიათებელ შესრულებას. ხელშეკრულების ეკონომიკური მიზანი მიიღწევა კონტრაქტის მიერ მეორე კონტრაქტის „შესრულების ყიდვით“. მყიდველი ჩვეულებრივ იხდის ფულს. ამავე დროს აღსანიშნავია, რომ პირი, რომელიც ახორციელებს დამახასიათებელ შესრულებას ასევე შეიძლება „იხდიდეს“. ეს მართალია დამზღვევის, მოგივრავნის, ბანკის (საბანკო კრედიტის) შემთხვევაში.³⁹⁷ ისმება კითხვა ასეთ შემთხვევაში შეიძლება დამახასიათებელი შესრულების კონცეფციის გამოყენება?

„მოხსენების“ ავტორთა მოსაზრებით კი. მათი აზრით სადაზღვევო, საბანკო და გირავნობის ხელშეკრულებების მიმართ ვრცელდება დამახასიათებელი შესრულების კონცეფცია. თუმცა, მასში არაფერია ნათქვამი, ვრცელდება თუ არა ზემოაღნიშნული ნორმა იმ ხელშეკრულებაზე, როცა „მყიდველი“ გაწეული მომსახურების სანაცვლოდ არ იხდის ფულს. აღნიშნულთან დაკავშირებით ლანდო დადებით პასუხს იძლევა და მოჰყავს შემდეგი მაგალითი:

წიგნის საგამომცემლო ფირმამ ავტორის წინაშე აიღო ვალდებულება, ჩაატაროს მარკეტინგული გამოკვლევა, გამოსცეს წიგნი და მოახდინოს მისი რეალიზაცია. ხელშეკრულებით არაა გათვალისწინებული, რომ ავტორმა გაწეული სამუშაოსათვის თვითონ უნდა გადაუხადოს ფული გამომცემელს. ეს უკანასკნელი, წიგნის რეალიზაციიდან შესული მთლიანი თანხის გარკვეული ნაწილით ნახულობს თავის სარგებელს. ამრიგად, წიგნის ავტორი არ იხდის ფულს (მის მაგივრად ამას მომხმარებელი აკეთებს), მაგრამ აშკარაა, რომ დამახასიათებელ შესრულებას აქ მაინც აქვს ადგილი და მას გამომცემელი ახორციელებს.³⁹⁸ ეს უკანასკნელი კი ვლინდება ხელშეკრულების სოციალურ-ეკონომიკურ მიზანში.

§4. გამონაკლისები „დამახასიათებელი შესრულების“ კონცეფციიდან

ზემოთ უკვე აღინიშნა, რომ არცერთი სახის სპეციალურ პრეზუმფციას არ გააჩნია „იმუნიტეტი“ საერთო სახის – „ყველაზე მჭიდრო კავშირის“ ნორმის ჩარევისაგან. ზემოთქმული შეეხება აგრეთვე „დამახასიათებელი ვალდებულების შესრულების“ პრეზუმფციასაც. თვალსაჩინოებისათვის უპრიანი იქნება შვეიცარიისა და გერმანიის სასამართლო პრაქტიკის მაგალითების განხილვა:

საქმის – *Müller v. Kistler* – მიხედვით, სესხის ხელშეკრულება შვეიცარიულ კრედიტორსა და უცხოელ მოვალეს შორის დაიდო გერმანიაში. მხარეები შეთანხმდნენ, რომ ვალი გადახდილი იქნებოდა

³⁹⁶ *Giuliano/Lagarde*, Report. RC. 282/20.

³⁹⁷ იქვე. Report. RC. 282/20.

³⁹⁸ იხ. *Lando*-ს დასახ. ნაშრომი, გვ. 387.

შევიცარიაში, შევიცარიული ფრანკებით. ხელშეკრულების შესრულების დროისათვის ორივე კონტრაქტი შევიცარიაში გაემგზავრა. გერმანია იყო მათი დროებითი საცხოვრებელი ადგილი. დამახასიათებელი შესრულების კონცეფციის თანახმად, გამოყენებას ექვემდებარებოდა გერმანიის სამართალი, ვინაიდან იქ იყო დაფუძნებული კრედიტორის ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ადგილი, თუმცა შევიცარიის ფედერალურმა უმაღლესმა სასამართლომ სრულიად მართებულად უარყო ხსენებული კონცეფციის გამოყენება, ვინაიდან დაადგინა, რომ ხელშეკრულება ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული იყო შევიცარიასთან და, შესაბამისად, ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად, ამ უკანასკნელის სამართალი გამოიყენა.³⁹⁹

„დამახასიათებელი შესრულების“ კონცეფცია ასევე არ გამოიყენება, როდესაც შეუძლებელია, დადგინდეს, თუ რომელი კონტრაქტი ასრულებს მას. როგორც ზემოთ ითქვა, ასეთად შეიძლება მიჩნეულ იქნეს გაცვლის ხელშეკრულება.

საქმის არსი ასეთი იყო: გერმანელმა და ბრაზილიელმა მეწარმეებმა დადეს გაცვლის ხელშეკრულება თავიანთ მფლობელობაში არსებული მიწის ნაკვეთების ნაწილზე. ხელშეკრულება სანოტარო წესით გერმანიაში დამოწმდა. მოგვიანებით გერმანელმა მეწარმემ, როცა საკუთარი თვალით ნახა ბრაზილიაში თავის მიერ შეძენილი მიწის ნაკვეთი, შეიცვალა აზრი და მოითხოვა გაცვლის ხელშეკრულების გაუქმება. გერმანიის სასამართლომ ვერ „პოვა“ საფუძველი, რათა გამოეყენებინა „დამახასიათებელი შესრულების“ კონცეფცია, რადგან ერთ ხელშეკრულებაში აღინიშნა ორი დამახასიათებელი შესრულება. სასამართლოს, ამავე დროს, არ სურდა ხელშეკრულების „გახლეჩა“ და მის მიმართ ორი ქვეყნის – გერმანიისა და ბრაზილიის სამართლის გამოყენება. აღნიშნულიდან გამომდინარე, სასამართლომ, სრულიად მართებულად, დახმარებისათვის მიმართა „ყველაზე მჭიდრო კავშირის“ ფორმულას, რომლის მიხედვითაც დაადგინა, რომ ხელშეკრულების მიმართ გერმანიის სამართალი უნდა გამოყენებულიყო. სასამართლოს ასეთი გადაწყვეტილება ემყარებოდა იმ ფაქტობრივ გარემოებათა ერთობლიობას, რომლის მიხედვითაც ხელშეკრულება გერმანიაში იყო დადებული (სანოტარო წესით დამოწმებული) და გერმანულ ენაზე შედგენილი.⁴⁰⁰ საფიქრებელია, არანაკლებ მნიშვნელოვანი გარემოება იყო ის ფაქტიც, რომ სადავო საქმის განხილვა გერმანიის სასამართლოში ხორციელდებოდა.

³⁹⁹ ATF/BGE 78 (1952) II 45, 190, ციტირებულია: *Patocchi*, Characteristic Performance: A New Myth in the Conflict of Laws Some Comments on a Resent Concept in the Swiss and European Private International Law of Contract?, *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bale/Frnacfort-sur-le Main, 1993, pp. 126-127.

⁴⁰⁰ L.G. Amberg 1980 წლის 17 მარტის გადაწყვეტილება, [1982] *IPRax* 29, ციტირებულია: *Jayme*, Rome Convention on the Applicable to Contractual Obligations (1980), ed. Petar Sarcevic, *International Contracts and Conflicts of Laws* (Graham & Trotman/Martinus Nijhoff) 1990, p. 43.

**§5. პირის ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი და
ძირითადი რეზიდენციის ადგილი**

ა) ფიზიკური პირის ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი

სასამართლოს მიერ იმ ფაქტის დადგენა, თუ რომელ კონტრაქტს გააჩნია დამახასიათებელი სახელშეკრულებო ვალდებულება, არ კმარა საკოლიზიო საკითხის გადასაწყვეტად. სასამართლომ ასევე უნდა დაადგინოს ის ქვეყანა სადაც, დამახასიათებელი ვალდებულების მქონე კონტრაქტს გააჩნია **ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი ან ადმინისტრაციის რეზიდენცია**. სწორედ ასეთი მოთხოვნაა გათვალისწინებული საქართველოს სსკ-ის 36-ე I მუხლით:

„ივარაუდება, რომ ხელშეკრულება ყველაზე მჭიდროდაა დაკავშირებული იმ ქვეყანასთან, სადაც მხარეს, რომელსაც დამახასიათებელი სახელშეკრულებო ვალდებულება უნდა შეესრულებინა, ხელშეკრულების დადებისას ჰქონდა **ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი ან ადმინისტრაციის რეზიდენცია**“.

ცხადია, ცნება „ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი“ ფიზიკურ პირს ეხება, ხოლო ტერმინი „ადმინისტრაციის რეზიდენცია“ კი იურიდიულ პირს.⁴⁰¹

ისმება კითხვა, რატომ მოხდა ისე, რომ კანონმდებელმა სწორედ ასეთი სახის საკოლიზიო საბმელს დაუჭირა მხარი და არა მაგალითისთვის პირის მოქალაქეობის კანონს ან დომიცილიას?

უნდა აღინიშნოს, რომ ტრადიციულად კონტინენტური ევროპის ქვეყნები დაკავშირებული ფაქტიური გარემოებებიდან უპირატესობას მოქალაქეობის პრინციპს ანიჭებდნენ. ცხადია, აქ მთლიანობაში იგულისხმება საკოლიზიო სამართალი და არა მხოლოდ მისი სახელშეკრულებო ვალდებულებითი ნაწილი. ამის დასტურია ის ნორმაც, რაც ასახულია საქართველოს სსკ-ში პიროვნული სტატუსის დასადგენად. კერძოდ, 22-ე II მუხლი ითვალისწინებს შემდეგს: „თუ ფიზიკური პირი **მოქალაქეობის არმქონეა ან შეუძლებელია მისი მოქალაქეობის დადგენა**, მის მიმართ გამოიყენება იმ ქვეყნის სამართალი, სადაც მას აქვს ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი ან ეწევა ძირითად საქმიანობას, ხოლო თუ ასეთი არ არსებობს – საქართველოს სამართალი“.

ამ ნორმის „პოზიტიურად“ წაკითხვისას გამოდის, რომ თუ დადგენილ იქნება, რომ პირი რომელიმე ქვეყნის მოქალაქეა, მაშინ პრობლემატად გადაწყვეტილია, ანუ დადგენილია მისი პიროვნული

⁴⁰¹ საქართველოს სსკ-ის კონტექსტიდან აშკარად გამომდინარეობს, რომ სიტყვა რეზიდენცია იურიდიულ პირთან მიმართებაშია გამოყენებული. ამავე დროს უნდა აღინიშნოს, რომ ტერმინი „რეზიდენცია“ (recidence; recidency; resident) საზღვარგარეთის იურიდიულ ლიტერატურაში არა მხოლოდ იურიდიული პირის მიმართ გამოიყენება, არამედ ფიზიკური პირის მიმართაც. ამ უკანასკნელსაც შეიძლება ჰქონდეს რეზიდენცია და ეს უკანასკნელი სწორედ ფიზიკური პირის ადგილსამყოფელს ნიშნავს. იხ. Black's Law Dictionary, ed. 7. (St. Paul, Minn.) 1999, pp. 1310-1311.

სტატუსი. ამრიგად, აქ მთავარი აქცენტი პირის მოქალაქეობაზეა გაკეთებული.

ცნობილია, რომ პიროვნული სტატუსი ანუ პირადი კანონი (lex personalis) თავის მხრივ იყოფა მოქალაქეობის კანონად (lex nationalis) და საცხოვრებელი ადგილის კანონად (lex domicilii).⁴⁰² როგორც ზემოთ ითქვა, ზოგადად მოქალაქეობის კანონს უპირატესობას კონტინენტური ევროპის ქვეყნები და, მათ შორის, საქართველო ანიჭებს, ხოლო საცხოვრებელი ადგილის კანონს კი – საერთო სამართლის სისტემის ქვეყნები.⁴⁰³

ორივე კონცეფციას აქვს თავის პლუსები და მინუსები. მოცემული ნაშრომის მიზანს არ წარმოადგენს ამ საკითხების კვლევა. მხოლოდ ის უნდა გაირკვეს, თუ რა შეიძლება ყოფილიყო მიზეზი იმისა, რომ საქართველოს სკსკ-ის 36-ე მუხლში, მოქალაქეობის პრინციპის მაგივრად კანონმდებელმა სხვა პრინციპს – პირის ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელის კრიტერიუმს დაუჭირა მხარი და რას წარმოადგენს ეს უკანასკნელი.

მოქალაქეობის პრინციპის უარსაყოფად შეიძლება არსებობდეს შემდეგი მიზეზები:

მაგალითი:

რუსეთის მოქალაქე 20 წლის წინ გაემგზავრა შეერთებულ შტატებში საცხოვრებლად. მას სხვა ყოველგვარი კავშირი გაწყვეტილი აქვს რუსეთთან, მაგრამ ამავე დროს ნატურალიზაცია არ გაუვლია აშშ და, შესაბამისად, არ მიუღია მისი მოქალაქეობა. ცხადია, ასეთ შემთხვევაში სრულიად უადგილო იქნებოდა საკოლიზიო მიბმა პირის მოქალაქეობის კანონის მიხედვით მომხდარიყო. განსაკუთრებით ასეთი რამ მიუღებელი იქნებოდა თუკი საქმე საერთაშორისო კომერციული ხელშეკრულების მოწესრიგებას შეეხებოდა.

პირის დომიცილიის სასარგებლოდ მეტყველებს შემდეგი არგუმენტები:

ა) ჩვეულებრივ კონტრაქტისთვის უკეთესადაა ცნობილი იმ ქვეყნის სამართალი, სადაც მას საცხოვრებელი ადგილი გააჩნია, ვიდრე იმ ქვეყნის სამართალი, რომლის მოქალაქესაც იგი წარმოადგენს, მაგრამ ნაკლები, ან თითქმის არანაირი, შეხება მასთან არ გააჩნია. პირისათვის უფრო ხელმისაწვდომი და იაფია იმ ქვეყნის სამართლის შესახებ მიიღოს ინფორმაცია, სადაც იგი ცხოვრობს, ვიდრე თავისი ეროვნული, მაგრამ ამავე დროს შორეული და დავიწყებული ქვეყნის სამართლის შესახებ.

ბ) მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული ასევე საქმის განმხილველი სასამართლოს ინტერესები. პირის საცხოვრებელი ადგილი უმეტეს ქვეყნებში ემთხვევა lex fori-ს. ეს პირველ რიგში განპირობებულია სამოქალაქო საპროცესო სამართლის ნორმებით,

⁴⁰² ლილუა შვილი, საერთაშორისო კერძო სამართალი (ჯისიაი) თბ., 2000. გვ. 32.

⁴⁰³ 1968 წლის მონაცემებით დელამიწის 1 მილიარდ 450 მილიონ კაცზე განსაზღვრავ კრიტერიუმად მიიჩნეოდა lex domicilii, ხოლო 1 მილიარდ 600 მილიონი ადამიანის მიმართ კი lex patriae. იხ. Nadelmann, Mancini's Nationality Rule and Non-Unified Legal Systems: Nationality versus Domicile, American Journal of Comparative Law, 1969, Vol. 17, p. 418-451.

რომლებიც უმეტეს შემთხვევაში სარჩელის შეტანას მოვალის საცხოვრებელი ადგილის მიხედვით მოითხოვს.⁴⁰⁴ სასამართლო კი ყოველთვის უფრო მოსურნეა *lex fori* და არა სხვა ქვეყნის სამართალი გამოიყენოს.

გ) დომიცილიის პრინციპისათვის უპირატესობის მინიჭება ხელს უწყობს უცხოელების მხრიდან „მასპინძელი“ ქვეყნის სამართლებრივი სისტემის უკეთ შესისხლხორცებას და გათავისებას.⁴⁰⁵

დ) წამოყენებული იყო წინადადება, რომ კოსმოპოლიტურ ხანაში სახელმწიფოს და, შესაბამისად, მოქალაქეობის ინსტიტუტს უკვე დიდი მნიშვნელობა აღარ უნდა ენიჭებოდეს. ამასთან დაკავშირებით, რააპე გააკვირვებით აცხადებდა, რომ თვით ფრანკენშტეინი (Frankenstein) და ციტელმანი (Zitelmann) კი, რომლებიც ითვლებოდნენ მოქალაქეობის პრინციპის დაუღალავ მომხრეებად, 1950 წელს შემუშავებულ ევროპის საერთაშორისო კერძო სამართლის კოდექსის პროექტის 56-ე მუხლში, საერთო-ევროპული ინტერესებიდან გამომდინარე, უარს ამბობდნენ ამ პრინციპზე – საცხოვრებელი ადგილის სამართლის გამოყენების სასარგებლოდ.⁴⁰⁶

კონტინენტური ევროპის ქვეყნებში შეინიშნება მოქალაქეობის პრინციპის საცხოვრებელი ადგილის პრინციპით შეცვლის ტენდენცია.⁴⁰⁷

აუცილებელია ერთმანეთისაგან გაიმიჯნოს პირის საცხოვრებელი ადგილი (*domicilii*), პირის „ჩვეულებრივი საცხოვრებლისგან“ (*habitual recidence*). ამ უკანასკნელში იგულისხმება პირის რეგულარული ყოფნა გარკვეულ ადგილას, რომელიც გარკვეული ხნის განმავლობაში უნდა გრძელდებოდეს.⁴⁰⁸ იურიდიულ ლიტერატურაში გავრცელებული შეხედულების თანახმად, ერთ ადგილზე ექვსთვიანი ყოფნის შემთხვევაში მოქმედებს პრეზუმფცია, რომ ეს არის პირის „ჩვეულებრივი საცხოვრებელი“.⁴⁰⁹ ეს უკანასკნელი დომიცილიისგან იმით განსხვავდება, რომ აქ მოთხოვნა საცხოვრებლის დაფუძნების „სურვილის“ შესახებ უფრო სუსტადაა გამოხატული. ცნება „ჩვეულებრივი საცხოვრებელი“ კონტინენტური ევროპის ქვეყნების სამართლის წიაღში იშვა და იგი შემდგომში საერთაშორისო კონვენციების გავლენით იქნა დანერგილი ინგლისის კანონმდებლობაში. ეს უკანასკნელი მნიშვნელოვნად განსხვავდება მანამდე ინგლისში გაბატონებული დომიცილიის (ინგ. *domicile*) ცნებისგან. ჩვეულებრივი საცხოვრებლის დასაფუძნებლადაც საჭიროა სურვილის ქონა დაფუძნებულ იქნეს საცხოვრებელი ადგილი, მაგრამ მხოლოდ მოცემულ მომენტში.

⁴⁰⁴ საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის მე-15 I მუხლის პირველი წინადადება: „სასამართლოს სარჩელი წარედგინება მოპასუხის საცხოვრებელი ადგილის მიხედვით“.

⁴⁰⁵ *Paane*, *Международное частное право*, Перевод с немецкого, М., 1960, с. 53.

⁴⁰⁶ იქვე გვ. 55.

⁴⁰⁷ Council of Europe Resolution 72(1) of 18 January 1972.

⁴⁰⁸ *ჭანტურია*, შესავალი საქართველოს სამოქალაქო სამართლის ზოგად ნაწილში (სამართალი) თბ., 1997, გვ. 175.

⁴⁰⁹ იქვე გვ. 172.

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მე-20 I მუხლის წინადადება სწორედ ამას ითვალისწინებს: „ფიზიკური პირის საცხოვრებელ ადგილად მიიჩნევა ადგილი, რომელსაც იგი **ჩვეულებრივ საცხოვრებლად ირჩევს**“. ცხადია ამ უკანასკნელი წინადადებიდან ის გამომდინარეობს, რომ პირს შეუძლია მომავალში საცხოვრებლად სხვა ადგილი აირჩიოს ანუ დააფუძნოს.

ინგლისური დომიცილიის თეორიის მიხედვით კი საჭიროა დადგინდეს, ხომ არ გააჩნია პირს სურვილი მომავალში სხვა ადგილას იცხოვროს და თუ ეს ეჭვი დადასტურდა, მაშინ იგი არ მიიჩნევა დომიცილებულად მოცემულ ქვეყანაში.⁴¹⁰

„ჩვეულებრივი საცხოვრებლის“ დასაფუძნებლად კი საკმარისია პირს, მოცემულ მომენტში, ჰქონდეს სურვილი – იცხოვროს გარკვეულ ადგილას, რომელიც უნდა გამომდინარეობდეს ფაქტიური ყოფნის ხანგრძლივობიდან. დომიცილი წარმოადგენს სამართლებრივ ცნებას, ხოლო ჩვეულებრივი საცხოვრებელი კი ბევრწილად ფაქტის საკითხს.⁴¹¹

ამრიგად, მოვიდა დრო განიმარტოს თუ რას ნიშნავს საქართველოს სკსკ 36-ე მუხლში აღნიშნული ცნება **„ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი“**. ეს უკანასკნელი სხვა არაფერია თუ არა პირის **„ჩვეულებრივი საცხოვრებელი“**. ეს დასკვნა გამომდინარეობს იმ წყაროების გაანალიზებით, რომლებიც საფუძვლად დაედო მოცემულ კანონს.⁴¹²

რომის 1980 წლის კონვენციის ინგლისურენოვანი ტექსტის მე-4 II მუხლში გამოყენებულია ტერმინი „habitual residence“ (ჩვეულებრივი საცხოვრებელი), იმავე კონვენციის გერმანულენოვან ტექსტში და გერმანიის სკსკ-ის 28-ე II მუხლში გამოყენებულია ტერმინი „gewöhnlichen Aufenthalt“; შვეიცარიის საერთაშორისო კერძო სამართლის 117-ე მუხლში ასევე საუბარია „gewöhnlichen Aufenthalt“.

ზემოაღნიშნული გერმანული ტერმინი სხვადასხვაგვარად ითარგმნა რუსულ ენაზე: რუსულენოვან თარგმანში გამოყენებულია როგორც ტერმინი „постоянное местожительство“, ⁴¹³ ასევე „обычное местопребывание“. ⁴¹⁴ სწორედ ეს უკანასკნელი გამოთქმაა ასახული საქართველოს სკსკ-ში.

⁴¹⁰ ხელმძღვანელობდნენ რა ამ პრინციპით, ინგლისის სასამართლო პრაქტიკაში იყო შემთხვევები, როდესაც პირი ცხოვრობდა რა თავისივე ნება-სურვილით რამდენიმე ათეული წლის განმავლობაში ერთ ქვეყანაში, მაინც არ მიიჩნეოდა, რომ მან იქ დააფუძნა თავისი საცხოვრებელი. უფრო დაწვრილებით ამ დოქტრინის მიმოხილვა და მისი კრიტიკა იხ. *Чешир/Норт*, *Международное частное право*, М., 1982, с. 190-223.

⁴¹¹ *Winter*, *Nationality of domicile? the present state of affairs*, *Recueil des cours* (1969), volume 128, issue III, p. 428.

⁴¹² ცნობილია, რომ საქართველოს საერთაშორისო კერძო სამართლის კანონის წყაროს წარმოადგენს: გერმანიის, შვეიცარიის და იტალიის საერთაშორისო კერძო სამართლის კანონები, აგრეთვე რომის 1980 წლის კონვენცია. იხ. *გამყრელიძე*, *საერთაშორისო კერძო სამართლის შესავალი /ნაწილი პირველი (თბ., 2000) გვ. 23-24.*

⁴¹³ იხ. *Германское право. Часть I. Гражданское уложение*, М., 1996, с. 511.

⁴¹⁴ ეს უკანასკნელი ტერმინი გამოყენებულია შვეიცარიის კანონის რუსულ თარგმანში, იხ. *Дмитриева/Филимонова*, *Международное частное право. Действующие нормативные акты*, М., 1999, с. 229, ასევე გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის უახლოეს რუსულ თარგმანში, იხ. *Гражданское уложение Германии, Книга 1, перевод с немецкого, Бергманн введ., сост.*, науч. редактор Маковский (Волтерс Клувер) М., 2006, с. 602.

ამრიგად, ცნება „ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი“ და ცნება „ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ადგილი“ სინონიმებია. პირველი ტერმინი ასახულია საქართველოს საერთაშორისო კერძო სამართლის კანონში, ხოლო მეორე კი – საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში.

უნდა აღინიშნოს, რომ ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელის ცნება პირველად საერთაშორისო კონვენციებში იქნა გამოყენებული. მას ის უპირატესობა აქვს, რომ იგი არ წარმოადგენდა იურიდიულ კონსტრუქციას (როგორც ზემოთ აღინიშნა იგი უფრო ფაქტის საკითხს განეკუთვნებოდა) და, შესაბამისად, სხვადასხვა ქვეყნის სამართლით განსხვავებულად არ განიმარტებოდა (პირის დომიცილიისგან განსხვავებით).

1972 წლის 18 იანვარს ევროპის კავშირის მინისტრთა საბჭომ მიიღო რეზოლუცია,⁴¹⁵ თუ როგორ უნდა ყოფილიყო განმარტებული პირის ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელის ცნება:

ა) პირის ადგილსამყოფელი (რეზიდენცია) ემყარება ფაქტიურ და არა სამართლებრივ კრიტერიუმს (მე-7 მუხლი);

ბ) პირის ადგილსამყოფლად მიჩნეულ უნდა იქნეს ის ადგილი, სადაც იგი გარკვეული დრო ცხოვრობს. არაა აუცილებელი იგი განგრძობადი იყოს (მე-8 მუხლი);

გ) პირის ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ადგილის განსაზღვრისათვის მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული თუ რამდენ ხანს გრძელდება მისი ყოფნა გარკვეულ ადგილას და ატარებს თუ არა იგი მუდმივ ხასიათს; აგრეთვე მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული სხვა ფაქტიური გარემოებებიც, რომლებიც მის პიროვნებას ან პროფესიულ საქმიანობას ეხება და რომელიც დაკავშირებულია მის საცხოვრებელ ადგილთან (მე-9 მუხლი);

დ) პირის სურვილი – იმყოფებოდეს გარკვეულ ადგილას და ამავე დროს განზრახვის ქონა დააფუძნოს იქ თავისი საცხოვრებელი – არ წარმოადგენს იმ აუცილებელ პირობას, რომლითაც განისაზღვრება პირის ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ადგილის დაფუძნება. ამავე დროს პირის განზრახვა შეიძლება მხედველობაში იქნეს მიღებული იმის განსაზღვრისათვის, გააჩნია თუ არა პირს ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ან რა სახის საცხოვრებელი გააჩნია მას (მე-10 მუხლი);

ე) პირის ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი არ უნდა იყოს დამოკიდებული სხვა პირის სურვილზე (მე-11 მუხლი).

ბ) იურიდიული პირის ძირითადი რეზიდენციის ადგილი

სხვადასხვა ქვეყნის სამართლით, განსხვავებული მიდგომა შეინიშნებოდა *იურიდიული პირის პირადი კანონის* დადგენის საკითხში. ამ საკითხთან დაკავშირებით ძირითადად სამი კონცეფციაა გაგრძელებული:

ა) საერთო სამართლის სისტემის ქვეყნები უპირატესობას *ინკორპორაციის* დოქტრინას ანიჭებდნენ, რომლის თანახმადაც იურიდიული პირის ეროვნულობა, მისი პირადი კანონი განისაზღვრება

⁴¹⁵ Council of Europe Resolution 72(1) of 18 January 1972.

იმ ქვეყნის მიხედვით, სადაც იურიდიული პირი შეიქმნა და რეგისტრირებულია.⁴¹⁶

საყოველთაოდ აღიარებულია, რომ საწარმოს რეგისტრაციის ადგილს ძალზედ მცირე მნიშვნელობა აქვს სახელშეკრულებო ურთიერთობებში. თვით საერთო სამართლის სისტემის ქვეყნებშიც კი იგი აღარ სარგებლობს პოპულარობით. ასე, მაგალითად, აშშ-ს 1971 წლის მეორე საკოლიზიო კრებულის 188-ე პარაგრაფში ფაქტიურად ნათქვამია: კორპორაციის ძირითადი ადმინისტრაციის საქმიანობის ადგილი გაცილებით უფრო მნიშვნელოვან დაკავშირებულ ფაქტიურ გარემოებას წარმოადგენს, ვიდრე კორპორაციის რეგისტრაციის ადგილი⁴¹⁷;

ბ) მეორე გავრცელებულ თეორიას წარმოადგენდა იურიდიული პირის საქმიანობის ადგილი, რომელსაც სხვაგვარად საწარმოს *ექსპლუატაციის ცენტრის* (der Betriebsitz) დოქტრინას უწოდებენ.

ამ კონცეფციის მიხედვით, საკოლიზიო მიზმა უნდა განხორციელდეს იურიდიული პირის საქმიანობის ადგილის მიხედვით, ანუ იმ ადგილის მიხედვით, სადაც „საწარმო ასრულებს თავის ძირითად ფიზიკურ სამუშაოებს“ – ეს იქნება ქვანახშირის საბადოების ექსპლუატაციის ადგილი თუ ლუდის დამამზადებელი ქარხნის ადგილსამყოფელი.⁴¹⁸ როგორც ეტყობა ეს წინადადება ეყრდნობოდა იმ მოსაზრებას, რომ საწარმოს ცენტრი იმყოფება არა იქ სადაც იკრიბებიან დირექტორები ან აქციონერები, არამედ იქ სადაც ხდება პროდუქციის დამზადება.

ექსპლუატაციის ცენტრის დოქტრინის მომხრეებს მხედველობიდან რჩებათ ის გარემოება, რომ საწარმოს კომერციული საქმიანობა, როგორცაა, მაგალითად, ნედლეულის შექმნა, მზა პროდუქციის რეალიზაცია, ბანკებთან და სადაზღვევო კომპანიებთან ხელშეკრულების დადება და სხვა, ხდება (ამ ყველაფრის მომზადება და განხორციელება) არა საბადოებში და ფაბრიკებში, არამედ საწარმოს მართვის ცენტრში. გარდა ამისა, ხშირად იურიდიული პირი ფლობს ერთზე მეტ საწარმოს, რომელთა საქმიანობის ადგილიც შეიძლება სხვადასხვა ქვეყანაში იყოს.⁴¹⁹ აქედანაც ჩანს, რომ უფრო უპრიანი იქნება თუკი საკოლიზიო მიზმა იურიდიული პირის ადმინისტრაციის რეზიდენციის ადგილის მიხედვით მოხდეს;

გ) ყველაზე მეტად გავრცელება პოვა იურიდიული პირის *მმართველობის ცენტრის ადგილსამყოფლის* თეორიამ. სწორედ ეს დოქტრინა იქნა ასახული საქართველოს სსკ-ის 36-ე I მუხლის მეორე წინადადებაში:

„ივარაუდება, რომ ხელშეკრულება ყველაზე მჭიდროდაა დაკავშირებული იმ ქვეყანასთან, სადაც მხარეს, რომელსაც დამახასიათებელი სახელშეკრულებო ვალდებულება უნდა შეესრულებინა, ხელშეკრულების დადებისას ჰქონდა ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი ან *ადმინისტრაციის რეზიდენცია*“.

⁴¹⁶ იხ. *ლილუაშვილი*, დასახ. ნაშრომი, გვ. 54-55.

⁴¹⁷ იხ. *Lando*, დასახ. ნაშრომი, გვ. 354.

⁴¹⁸ იხ. *Вольф*, *Международное частное право*, Перевод с английского, М., 1948, с. 327.

⁴¹⁹ იქვე. გვ. 327.

ადმინისტრაციის რეზიდენციაში იგულისხმება *იურიდიული პირის მმართველობის ცენტრალური ადგილსამყოფელი*.⁴²⁰ ამ უკანასკნელში იგულისხმება ადგილი, სადაც ტარდება დირექტორთა საბჭოს სხდომები, სამეთვალყურეო საბჭოს სხდომები (ცხადია თუკი ასეთი არსებობს), აქციონერთა კრება და სხვ.

საკოლიზიო მიზმა იურიდიული პირის მმართველობის ცენტრის ადგილსამყოფლის მიმართ მყარ საფუძველს ემყარება. არჩეული კრიტერიუმი ისეთია, რომ ნებისმიერი პირი, ვინც სახელშეკრულებო ურთიერთობაში შედის მოცემულ იურიდიულ პირთან, ადვილად შეუძლია გადაამოწმოს მისი ადგილსამყოფელი, ვინაიდან საწარმოს ძირითადი მმართველობის ცენტრის საილუმლოდ შენახვა თითქმის შეუძლებელია.

ზემოაღნიშნული პრინციპი ასევე გამოსადეგია იმ შემთხვევაში, როდესაც საწარმო რამდენიმე ადგილიდან (ქვეყნიდან) იმართება, ასეთ შემთხვევაშიც ყოველთვის შეიძლება მმართველობის ცენტრალური ადგილსამყოფლის დადგენა.

რომის 1980 წლის კონვენციის მე-4 II მუხლში და გერმანიის სკსკ-ის 28-ე II მუხლში საქართველოს სკსკ-ისგან განსხვავებით, ეს საკითხი უფრო დაზუსტებულია, სადაც საუბარია არა იურიდიული პირის ადმინისტრაციის ადგილსამყოფელზე, არამედ იურიდიული პირის *ძირითადი* ადმინისტრაციის (central administration) ადგილსამყოფელზე. ამავე დროს უნდა აღინიშნოს, რომ იმავე კონვენციით და კანონით შესაძლოა არ იქნეს გამოყენებული იურიდიული პირის ცენტრალური ადმინისტრაციის ადგილსამყოფელი ქვეყნის სამართალი, თუკი ხელშეკრულება უფრო მჭიდროდ არის დაკავშირებული იურიდიული პირის სხვა (არა ძირითად) ადმინისტრაციის ადგილსამყოფელთან.

მაგალითი სასამართლო პრაქტიკიდან:

ჰოლანდიის სასამართლომ განიხილა საქმე, რომელიც „ტრანსციმბირის“ ნავთობსადენს ეხებოდა. ხელშეკრულება დადებული იყო ჰოლანდიელ გამყიდველსა და ფრანგ მყიდველს შორის ტელექსის მეშვეობით. გარიგების საგანს წარმოადგენდა ნავთობსადენისათვის საჭირო მოწყობილობების მიწოდება. კონტრაქტებს არ აურჩევიათ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართალი. გამყიდველმა „პოსტ-ფაქტუმ“ აცნობა მყიდველს, რომ იგი წარმოადგენდა აშშ-ს ერთ-ერთი კორპორაციის ფილიალს. ამ უკანასკნელი ქვეყნის იურიდიულ პირებს კი აშშ-ს საექსპორტო კანონმდებლობის შესაბამისად ეკრძალებოდა მსგავსი მოწყობილობების ექსპორტი საბჭოთა კავშირში. ჰოლანდიის სასამართლომ, იხელმძღვანელა რა თავისი ქვეყნის საკოლიზიო სამართალით, გამოიყენა იმ ქვეყნის სამართალი, რომელიც ხელშეკრუ-

⁴²⁰ გერმანულად ეს ტერმინი გამოითქმის შემდეგნაირად der Verwaltungssitz *ob. Paane*, *Международное частное право*, М., 1960, с. 182; *ob. ასევე გერმანიის სკსკ-ის 28-ე II მუხლი სადაც გამოყენებულია შემდეგი ტერმინი: Hauptverwaltung; რუსული თარგმანი: главные органы управления. ob. Германское право. Часть I. Гражданское уложение (Статут), М., 1996, с. 511; აგრეთვე: Гражданское уложение Германии, Книга 1, перевод с немецкого, Бергманн введ., сост., науч. редактор Маковский (Волтерс Клувер) М., 2006, с. 602.*

ლებასთან ყველაზე მჭიდროდ იყო დაკავშირებული. პრეზუმფციით ეს იყო ის ქვეყანა, სადაც კონტრაქტის, რომელსაც ხელშეკრულების დამახასიათებელი ვალდებულება გააჩნდა, ხელშეკრულების დადების მომენტში ჰქონდა ადმინისტრაციის ადგილსამყოფელი. ასეთად კი ჰოლანდია იქნა მიჩნეული (მიუხედავად იმისა, რომ იურიდიული პირის ცენტრალური ადმინისტრაციის ადგილსამყოფელი აშშ-ში იყო) და შესაბამისად ჰოლანდიის სამართალი იქნა გამოყენებული (ჰოლანდიის სამართლის მიხედვით, გამყიდველს არ ჰქონდა უფლება დამორჩილებოდა სხვა ქვეყნის, ამ შემთხვევაში აშშ-ს სავაჭრო ემბარგოს და მას თავისი ვალდებულება უნდა შეესრულებინა).⁴²¹

უმეტეს შემთხვევაში იურიდიული პირის ადმინისტრაციის ფაქტიური ადგილსამყოფელი და წესდებით გათვალისწინებული ადგილსამყოფელი ემთხვევა ერთმანეთს, მაგრამ თუ ეს ასე არ არის, მაშინ გადამწყვეტი მნიშვნელობა ყოველთვის იურიდიული პირის ადმინისტრაციის *ფაქტიურ ადგილსამყოფელს* უნდა მიენიჭოს.⁴²²

§6. უძრავ ქონებასთან დაკავშირებული ხელშეკრულებები

საქართველოს სკსკ-ის 36-ე II მუხლით გათვალისწინებულია შემდეგი:

„თუ ხელშეკრულების საგანია მიწის ნაკვეთზე უფლება ან მიწის ნაკვეთით სარგებლობის უფლება, ივარაუდება, რომ ხელშეკრულება ყველაზე მჭიდროდაა დაკავშირებული იმ ქვეყანასთან, სადაც არის მიწის ნაკვეთი“.

აღნიშნულიდან ჩანს, რომ მოცემულ შემთხვევაში დამახასიათებელი შესრულების კონცეფციასთან შედარებით, უპირატესობა მიენიჭა სპეციალურ პრეზუმფციას – უძრავი ქონების ადგილსამყოფელი ქვეყნის სამართლის გამოყენების სასარგებლოდ; დამახასიათებელი შესრულების კონცეფციის შემთხვევაში უნდა გამოყენებულიყო უძრავი ქონების გამსხვისებლის ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელის ან ადმინისტრაციის რეზიდენციის ადგილის სამართალი. ეს უკანასკნელი კი შეიძლება სულაც არ დაემთხვეს უძრავი ქონების ადგილსამყოფელს.

მაგალითი:

პირის ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი იაპონიაშია, ხოლო უძრავ ქონებას კალიფორნიის შტატში (აშშ) ფლობს და სწორედ მისი გასხვისება მოახდინა აშშ-ის მოქალაქეზე. დამახასიათებელი შესრულების კონცეფციით ხელმძღვანელობის შემთხვევაში გამოყენებას დაექვემდებარებოდა გამსხვისებლის ქვეყნის – იაპონიის

⁴²¹ Compagnie Européenne des pétroles SA v. Sensor Nederland. Arrondissementrechtbank's Gravenhage, 1982 წლის 17 სექტემბრის გადაწყვეტილება, 22 I.L.M. (1983) 66; აგრეთვე *Барятяни*, Проблемы экстратерриториального действия правовых норм и международное частное право, Международное частное право, Современные проблемы, Ред. Богуславский (Наука) М., 1994, с. 259-260; ასევე, *Dutoit*, The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts // European Private International Law, (ed.) Hoffmann Bernd von. 1998, p. 48.

⁴²² იხ. *Paane*, დასახ. ნაშრომი, გვ. 183.

სამართალი. ცხადია, ეს არ იქნებოდა სამართლიანი გადაწყვეტილება, ვინაიდან აშკარაა, რომ ხელშეკრულება უფრო მჭიდროდ კალიფორნიის შტატთან (აშშ) არის დაკავშირებული.

სრულიად ბუნებრივია, რომ ქართველმა კანონმდებელმა დაადგინა პრეზუმცია უძრავი ქონების ადგილსამყოფელი ქვეყნის სამართლის გამოყენების სასარგებლოდ. ეს უკანასკნელი ხომ საყოველთაოდაა აღიარებული მთელ მსოფლიოში⁴²³ და მას არსად მსოფლიოში კამათი არ გამოუწვევია. განსხვავებული ხედვა იყო და გარკვეულწილად დღესაც ასეა, თუ რომელ მეთოდს, ხისტს თუ მოქნილს, მიეცეს უპირატესობა *Lex rei sitae*⁴²⁴-ს გამოყენებასთან დაკავშირებით.

მაგალითად, ევროგაერთიანების მიერ მიღებული ბრიუსელის 1968 წლის სამოქალაქო და სავაჭრო საქმეებში სასამართლო კომპეტენციაზე უძრავი ქონების ადგილსამყოფელი ქვეყნის სასამართლო, მაშინ იგი ვალდებულია, გამოიყენოს *Lex rei sitae*. ამრიგად, ბრიუსელის კონვენცია, რომის კონვენციისგან, ასევე საქართველოს, გერმანიისა და სხვა ქვეყნების კანონებისაგან განსხვავებით, მხარს უჭერს არა მოქნილ, არამედ ხისტ მეთოდს.

განსაკუთრებული ყურადღება უნდა მიექცეს ერთ საკითხს: *Lex rei sitae* მაშინ უნდა იქნეს გამოყენებული, როდესაც „**ხელშეკრულების საგანია მიწის ნაკვეთზე უფლება ან მიწის ნაკვეთით სარგებლობის უფლება**“, იმ შემთხვევაში კი, თუ ხელშეკრულების უმთავრესი საგანი არ არის უძრავი ქონების გასხვისება ან მისით სარგებლობა, მაშინ ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად *Lex rei sitae* შესაძლოა, არ იქნეს გამოყენებული. ასეთად, მაგალითად, შეიძლება მიჩნეულ იქნეს ხელშეკრულებები, რომლებიც საცხოვრებელი ბინების სარემონტო სამუშაოთა ჩატარებას შეეხება, ასევე ხელშეკრულებები, რომლებიც „საარქიტექტორო“ სამუშაოს შესრულებას გულისხმობს, და სხვა. უძრავი ქონების ადგილსამყოფელი ფრიად მნიშვნელოვანი ფაქტორივი გარემოებაა, მაგრამ, ამავე დროს, მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული სხვა ფაქტორივი გარემოებებიც, რომლებიც ხელშეკრულებასთან არის დაკავშირებული.

აღნიშნული მოსაზრების დასტურად რომის კონვენციის კომენტატორებსა და ავტორებს მოჰყავთ შემდეგი მაგალითი:

ორმა ბელგიელმა ბელგიაშივე დადო ხელშეკრულება, რომლის საგანიც ელბის კუნძულზე (იტალია) მდებარე დასასვენებელი სახლის ქირავნობა იყო. ცხადია, მიუხედავად იმისა, რომ უძრავი ქონება იტალიაში იმყოფება, ხელშეკრულება მთლიანობაში უფრო მჭიდროდ

⁴²³ Hay, *The Situs Rule in European and American Conflicts Law*, in *Property Law and Legal Education* (University of Illinois Press) 1988, p. 109.

⁴²⁴ *lex rei sitae* – ნივთის ადგილსამყოფლის კანონი.

⁴²⁵ *Salerno*, *The Brussels Jurisdiction and Enforcement Convention*, (Ed.) Hoffmann, *European Private International law*, 1998, pp. 133-134. ქართულ ენაზე თარგმნილი ბრიუსელისა და ლუგანოს კონვენციების მოკლე მიმოხილვა იხ. *კნაიპერი*, საერთაშორისო სამოქალაქო საპროცესო სამართალი: სასამართლო გადაწყვეტილებათა ცნობა (აღიარება) და აღსრულება ევროკავშირის სამართალთან მიმართებაში // თენგიზ ლილუაშვილი, საიუბილეო კრებული, თბ., 2003. გვ. 31-47.

ბელგიასთან არის დაკავშირებული და, შესაბამისად, გარიგების მოსაწესრიგებლად ამ უკანასკნელის სამართალი უნდა იქნეს გამოყენებული.⁴²⁶

§7. ტვირთის გადაზიდვის ხელშეკრულება

პრეზუმფცია კონტრაქტის ჩვეულებრივი ადგილსამყოფლი ქვეყნის ან ადმინისტრაციის რეზიდენციის ადგილის სამართლის გამოყენების სასარგებლოდ, რომელიც დამახასიათებელ შესრულებას ახორციელებს, მთლიანად ტვირთის გადაზიდვის ხელშეკრულებაზე არ ვრცელდება. ასეთი სახის ხელშეკრულებების მიმართ მხედველობაში მიღებულ იქნა მისი სპეციფიკური ხასიათი და საქართველოს სკსკ-ით დადგინდა სპეციალური სახის პრეზუმფცია. კერძოდ, 36-ე III მუხლის თანახმად, ტვირთის გადაზიდვის ხელშეკრულების მიმართ ივარაუდება, რომ **„იგი ყველაზე მჭიდროდაა დაკავშირებული იმ ქვეყანასთან, სადაც ხელშეკრულების დადებისას გადამზიდველს აქვს ადმინისტრაციის ძირითადი ადგილსამყოფელი, თუ ამავე ქვეყანაშია დატვირთვის, გადმოტვირთვის ან გამგზავნის ძირითადი ადგილსამყოფელი“**.⁴²⁷

უნდა აღინიშნოს, რომ საქართველოს სკსკ-თან შედარებით, გერმანიის სკსკ-ის 28-ე IV მუხლი და რომის 1980 წლის კონვენციის მე-4 IV მუხლი უფრო ვრცელია და დამატებით შემდეგი სახის პრეზუმფციას ითვალისწინებენ: „ტვირთის გადაზიდვის ხელშეკრულებად, წინამდებარე ნორმის შესაბამისად, ასევე განხილულ უნდა იქნეს დაფრახტვის ხელშეკრულებები – ერთი რეისის შესრულების მიზნით და სხვა ხელშეკრულებები, რომელთა ძირითადი მიზანიცაა ტვირთების გადაზიდვა“.

აღნიშნულიდან გამომდინარე, ხსენებული ნორმა ტვირთის გადაზიდვის ხელშეკრულებად მიიჩნევს როგორც ცალმხრივი დაფრახტვის,⁴²⁸ ასევე სხვა სახის ხელშეკრულებებსაც, რომელთა ძირითადი მიზანიცაა ტვირთის გადაზიდვა. გემის ქირავნობის (*charter-party*) ხელშეკრულების მიმართ კი ზემოაღნიშნული ნორმა არ ვრცელდება. ამ შემთხვევაში გამოიყენება ზოგადი პრეზუმფცია ანუ დამახასიათებელი შესრულების კონცეფცია და, შესაბამისად, გემის მფლობელის ადმინისტრაციის ძირითადი ადგილსამყოფელი ქვეყნის სამართალი იქნება გამოყენებული ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად. როდესაც საუბარია გადამზიდველზე, აქ იგულისხმება პირი, რომელიც თვითონვე უშუალოდ ახორციელებს ტვირთის გადაზიდვას, ან ახორციელებს მას სხვა პირის – წარმომადგენლის მეშვეობით.⁴²⁹

როგორც ცნობილია, ტვირთის გადაზიდვის ხელშეკრულებების მიმართ გერმანული და, სავარაუდოდ, ქართული სკსკ-თა წყარო რომის

⁴²⁶ *Giuliano/Lagarde*, Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Official Journal No L 266 of October 1980. A5.38

⁴²⁷ გერმანიის კანონის 28-ე IV მუხლში საუბარია „გამგზავნის ძირითადი ადმინისტრაციის ადგილსამყოფელზე“.

⁴²⁸ გემის დაფრახტვა (*charter-party*) – გემის დაქირავება ტვირთის ერთი მიმართულებით გადაზიდვის მიზნით.

⁴²⁹ *Giliano/Lagarde*, Report on the convention on the law applicable to contractual obligations No L 266 of 9 October 1980, A5.39.

1980 წლის კონვენციის მე-4 IV მუხლი იყო. ზემოთ განხილული ნორმის მიღებამდე ევროგაერთიანების კომისიის დელეგატთა შორის აზრთა სხვადასხვაობა წარმოიშვა: დელეგატთა ნაწილი მოითხოვდა სპეციალური პრეზუმფციის დადგენას ტვირთის გადაზიდვის ხელშეკრულების მიმართ და წინააღმდეგი იყო, მის მიმართ გავრცელებულიყო ზოგადი სახის პრეზუმფცია „დამახასიათებელი შესრულების“ სახით. დელეგატთა ნაწილი კი ამ უკანასკნელს უჭერდა მხარს.⁴³⁰

დელეგატთა ნაწილი აცხადებდა: ისეთი კომპლექსური ხელშეკრულების მიმართ, სადაც თავს იყრის მრავალი ფაქტობრივი გარემოება და მათი სხვადასხვა „კომბინაცია“, საკმაოდ ძნელია ითქვას, რომ გადამზიდველის ადმინისტრაციის ძირითადი ადგილსამყოფელი არის გადამწვევტი ფაქტობრივი გარემოება ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად. ამის დასტურად მათ მოიყვანეს შემდეგი მაგალითი:

ინგლისელი და ფრანგი მგზავრების (მათი ბარგიანად) გადაყვანა პარიზიდან ლონდონში განხორციელდა აშშ-ის ავიაკომპანიის თვითმფრინავით. ასეთ კომპლექსურ (საუბარია მგზავრებისა და ბარგის გადაყვანა-ტრანსპორტირებაზე) ხელშეკრულებაში დამახასიათებელი შესრულების კონცეფციის გამოყენება ძნელია.⁴³¹

საბოლოოდ, დელეგატთა უმრავლესობამ პირველ შეხედულებას, ანუ სპეციალური პრეზუმფციის დადგენას, დაუჭირა მხარი. იგი აისახა არა მხოლოდ ზემოაღნიშნულ კონვენციასა და ევროგაერთიანების წევრი ქვეყნების კანონმდებლობაში, არამედ მის ფარგლებს გარეთაც, კერძოდ საქართველოს სკსკ-ში.

აქვე უნდა აღინიშნოს ის ფაქტიც, რომ საერთაშორისო გადაზიდვების (ეს იქნება საზღვაო, საჰაერო, საავტომობილო თუ სარკინიგზო) ხელშეკრულებები მოწესრიგებულია სხვადასხვა საერთაშორისო კონვენციებით, რომლებიც შეიცავს უნიფიცირებულ მატერიალურსამართლებრივ ნორმებს, რომელთა აქ განხილვაც სცილდება მოცემული თემის ფარგლებს.⁴³²

⁴³⁰ სწორედ ამგვარადაა ეს საკითხი გადაწყვეტილი შვეიცარიის სკსკ-ით, რომელიც ადგენს არა სპეციალურ პრეზუმფციას ტვირთის გადაზიდვის ხელშეკრულების მიმართ, არამედ ხსენებული კანონის 117-ე II მუხლიდან გამომდინარე, მათზეც ავრცელებს ზოგადი სახის პრეზუმფციას – „დამახასიათებელი შესრულების“ სახით.

⁴³¹ იქვე, გვ. 5, 40.

⁴³² იქ სადაც საერთაშორისო კონვენციებით უნიფიცირებულია მატერიალურ-სამართლებრივი ნორმები, ფაქტიურად ადვილი არ რჩება საკოლიზიო ნორმების გამოყენებისათვის, თუმცა, გასაგები მიზეზების გამო ამ უკანასკნელთა უნიფიცირება გაცილებით უფრო ადვილია, ვიდრე მატერიალურსამართლებრივი ნორმებისა.

ძირითადი კონვენცია, რომელიც აწესრიგებს საჰაერო გზით ტვირთის გადაზიდვის ხელშეკრულებებს არის ვარშავის 1929 წლის 12 ოქტომბრის კონვენცია „საერთაშორისო საჰაერო გადაზიდვების ზოგიერთი წესების უნიფიცირების შესახებ“. ამ კონვენციას 100 მეტმა ქვეყანამ მოაწერა ხელი; ბერნის 1890 წლის კონვენცია „მგზავრების და ტვირთის სარკინიგზო ტრანსპორტით გადაყვანის შესახებ“; ვენევის 1956 წლის კონვენცია „ტვირთის საერთაშორისო საზღაო გადაზიდვების შესახებ“; ბრიუსელის 1924 წლის კონვენცია – კონოსამენტის ზოგიერთი წესების უნიფიცირების შესახებ. ეს უკანასკნელი უფრო ცნობილია „ჰაავის წესების“ სახელწოდებით და იგი პირველ რიგში ეხება ტვირთის საზღვაო გადაზიდვებს. უფრო დაწვრილებით ამ და სხვა კონვენციების შესახებ იხ. *Ануфриева, Международное*

§8. წარმომადგენლობა

საქართველოს სსკ-ით ცალკე ნორმა ეთმობა წარმომადგენლობას.⁴³³ კერძოდ, 28-ე მუხლით გათვალისწინებულია შემდეგი:

„თუ გარიგებაში წარმომადგენლობისას რომელიმე ქვეყნის სამართლის გამოყენება შეთანხმებული არ არის, გამოიყენება იმ ქვეყნის სამართალი, სადაც წარმომადგენელი ეწევა საქმიანობას. წარმომადგენლის საქმიანობის ადგილის არარსებობისას გამოიყენება მისი ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი ქვეყნის სამართალი. თუ არსებობს მჭიდრო კავშირი იმ ქვეყანასთან, სადაც წარმომადგენელმა განახორციელა მოქმედება, განსაკუთრებით, თუ წარმომადგენელს ან მესამე პირს იქ აქვს საქმიანობის ადგილი ან ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი, გამოიყენება იმ ქვეყნის სამართალი, სადაც წარმომადგენელმა განახორციელა მოქმედება“.

სსკ-ში გამოყენებული გამოთქმა „წარმომადგენლობითი გარიგებები“ უფრო ფართო კუთხით უნდა იქნეს განხილული, ვიდრე იგი იგულისხმება საქართველოს სამოქალაქო კოდექსით. ამ შემთხვევაში, საქართველოს საერთაშორისო კერძო სამართლის კანონის მიზნებიდან გამომდინარე, იგი ვრცელდება საგაჭრო წარმომადგენელზეც, შუამავალზეც, ადვოკატზეც და სხვ. აღნიშნულის თქმის უფლებას იძლევა შემდეგი გარემოებები:

აქ საუბარია ისეთ გარიგებაზე, რომელიც დატვირთულია უცხოური ელემენტით. აღნიშნულიდან გამომდინარე, საფიქრებელია, რომ კანონმდებელი სიტყვა „წარმომადგენელში“, საერთაშორისო კერძო სამართლის კანონის მიზნებიდან გამომდინარე, პირველ რიგში, კომერციულ შუამავალს (აგენტს) გულისხმობს;

მხედველობაშია მისაღები ასევე ის ფაქტიც, რომ საქართველოს სსკ-ი ამ საკითხში (გარიგებისმიერი წარმომადგენლობის შესახებ ხელშეკრულებებში) „წარმომადგენლობის მიმართ გამოსაყენებადი სამართლის შესახებ“ ჰააგის 1978 წლის 14 მარტის კონვენციის (შემდეგში ჰააგის 1978 წლის კონვენცია) მნიშვნელოვან გავლენას განიცდის.⁴³⁴ ეს უკანასკნელი კი გარიგებისმიერი წარმომადგენლობის შესახებ ხელშეკრულებებს საკმაოდ ფართო კუთხით განიხილავს.

частное право, Особенная часть, Т. 2. (БЕК) М., 2000, с. 260-286. აქვე უნდა აღინიშნოს ის ფაქტიც, რომ საქართველო ჯერ კიდევ არ შეერთებია მრავალ ზემოაღნიშნულ კონვენციას, რომლებიც ტვირთის საერთაშორისო გადაზიდვებს შეეხება.

⁴³³ ცხადია, ნაშრომის მიზნებიდან გამომდინარე ყურადღება იქნება გამახვილებული მხოლოდ ისეთ წარმომადგენლობით გარიგებაზე, სადაც ორმხრივი ნებაა გამოვლენილი, ანუ ისეთ გარიგებაზე, რომელიც ხელშეკრულებას წარმოადგენს.

⁴³⁴ Convention on Law Applicable to Agency (Concluded March 14, 1978). იხ. <http://www.hcch.net/e/conventions/text27e.html> (10. 08. 2006); რუსულ ენაზე ამ კონვენციის სახელწოდება თარგმნილი იქნა შემდეგნაირად: Гагская конвенция 1978 года о праве, применимом к договорам с посредниками и представителями (агентским договорам). იხ. Вилкова. Хозяйство и право 1997. №12. с. 139. ამ კონვენციის რატიფიცირება

შევიცარიის სკსკ-ის 117-ე III „პ“ მუხლით წარმომადგენლობის მოსაწესრიგებლად გათვალისწინებულია „დამახასიათებელი შესრულების“ კონცეფციის გამოყენება. იგივე შეიძლება ითქვას რომის 1980 წლის კონვენციაზე (მე-4 II მუხლი) და გერმანიის სკსკ-ზე (28-ე II მუხლი), სადაც არაფერია ნათქვამი წარმომადგენლობაზე, ეს კი ნიშნავს, რომ ზემოაღნიშნულ ხელშეკრულებაზეც „დამახასიათებელი შესრულების“ კონცეფცია ვრცელდება.

საქართველოს სკსკ-ი სხვაგვარად აწესრიგებს წარმომადგენლობას. იგი, ამ შემთხვევაში, უფრო მეტად მხარს უჭერს ხისტ, და არა მოქნილ, მეთოდს.

პირველი შთაბეჭდილება ისეთია, რომ ეს უკან გადადგმული ნაბიჯია, ვინაიდან, როგორც ზემოთ იქნა განხილული, თანამედროვე კონვენციები და მოწინავე ქვეყნების კანონმდებლობები, მათ შორის საქართველოს სკსკ-იც, მიიხნევის, რომ უცხოური ელემენტით დატვირთული სახელშეკრულებო ურთიერთობების მოსაწესრიგებლად უმჯობესია მოქნილი მეთოდის გამოყენება. ისმება კითხვა: რატომ ამჯობინებს საქართველოს სკსკ-ის ავტორებმა გარიგებისმიერი წარმომადგენლობის შესახებ ხელშეკრულებების მოსაწესრიგებლად ხისტი მეთოდის გამოყენება? იგივე კითხვა შეიძლება დაისვას ჰააგის 1978 წლის კონვენციის ავტორთა მიმართაც. ამ პრობლემურ საკითხში უკეთ გარკვევაში დახმარებას გაგვიწევს ჰააგის კონვენციის დელეგატთა მოსაზრებების გაცნობა.

ზემოთ უკვე ითქვა, რომ, საქართველოს სკსკ-ის მსგავსად, ჰააგის 1978 წლის კონვენციამ ხისტ მეთოდს დაუჭირა მხარი, მაგრამ, ამავე დროს, უნდა აღინიშნოს, რომ ამის თაობაზე დელეგატთა შორის როდი იყო ერთსულოვნება: ნაწილი დელეგატებისა წინააღმდეგი იყო ხისტი მეთოდის, მაგრამ აქ გარკვეული როლი საერთაშორისო ორგანიზაციების ზეწოლამაც შეასრულა, კერძოდ, სავაჭრო წარმომადგენელთა საერთაშორისო ასოციაცია (*International Association of Commercial Representatives*) მოქნილი მეთოდის სასტიკი წინააღმდეგი გამოვიდა და არგუმენტად მოიყვანა ის გარემოება, რომ ასეთ შემთხვევაში მხარეთათვის არაპროგნოზირებადი იქნებოდა, თუ რომელ სამართლებრივ სისტემას გამოიყენებდნენ. ისინი აცხადებდნენ: „სიცხადის დეფიციტი“ ცუდად მოქმედებს საერთაშორისო სავაჭრო ბრუნვის ინტერესებზე.⁴³⁵

ხისტი მეთოდის წინააღმდეგ განსაკუთრებით აქტიურად გაილაშქრა დიდი ბრიტანეთის დელეგატმა ანტონმა. მან წამოაყენა შემდეგი სახის წინადადება: გამოყენებულ იქნეს ის სამართლებრივი სისტემა, რომელიც ყველაზე მჭიდროდ არის დაკავშირებული პრინციპალსა (რწმუნებულსა) და წარმომადგენელს შორის არსებულ სამართალურ ურთიერთობასთან.⁴³⁶ შემდგომ მან დაამატა: პრეზუმფციით

მოახდინა არგენტინამ (1992 წლის 5 თებერვალი); საფრანგეთმა (1985 წლის 3 სექტემბერი); პოლანდიამ (1992 წლის 21 ივლისი); პორტუგალიამ (1982 წლის 4 მარტი). 1992 წლის 1 მაისს, კონვენცია ზემოაღნიშნული ქვეყნების მიმართ ძალაში შევიდა.

⁴³⁵ Karsten, Explanatory Report, Actes et documents, 1976, No. 51.

⁴³⁶ Verhagen, Agency in Private International Law. The Hague Convention on the Law Applicable to Agency (Martinus Nijhoff), The Hague/Boston/London 1995, 212.

გამოყენებული უნდა ყოფილიყო წარმომადგენლის კომერციული საწარმოს ადგილსამყოფელი ქვეყნის სამართალი, თუ საქმის მთლიანი გარემოებები არ უჩვენებენ, რომ გარიგება უფრო მჭიდროდ დაკავშირებული იყო სხვა ქვეყანასთან. ეს წინადადება მსგავსია რომის კონვენციის მე-4 II მუხლში ჩამოყალიბებული ნორმისა. ანტონი აცხადებდა, რომ საქმეთა 99%-ში რწმუნებულის ადგილსამყოფელი ქვეყნის სამართალი არის ხელშეკრულებასთან ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული ფაქტობრივი გარემოება. ამიტომ, მისი აზრით, დიდი ბრიტანეთის დელეგატთა წინადადება რადიკალურად არ შეცვლიდა წარმოდგენილ პროექტს, სადაც ხისტი მიდგომა იყო გათვალისწინებული წარმომადგენლის ადგილსამყოფელი ქვეყნის სამართლის გამოყენების სასარგებლოდ.⁴³⁷

წარმოდგენილი წინადადება მკაცრად გააკრიტიკა ფრანგმა დელეგატმა ლაგარდემ (*Lagarde*). მისი აზრით: დიდი ბრიტანეთის დელეგატთა წინადადება მაშინ იქნებოდა მისაღები, როდესაც მოხდებოდა არა კონკრეტულად ერთი სახის ხელშეკრულების, არამედ მრავალი სახის ხელშეკრულების მოწესრიგება (მაგ., რომის კონვენცია, რომელიც, ზოგადად, სახელშეკრულებო ვალდებულებით ურთიერთობებზე ვრცელდება). მისი განცხადებით: ასეთ შემთხვევაში, ცხადია, მოქნილი მეთოდის გამოყენება სრულიად მისაღები იქნებოდა. რაც შეეხება კონკრეტულად წარმომადგენლობის ხელშეკრულებას, ლაგარდეს აზრით, მათი დაწვრილებით მოწესრიგება კონვენციის ხისტი ნორმებით სავსებით შესაძლებელი და სასურველიც იყო, ვინაიდან იგი იმ აუცილებელ სამართლებრივ სიციხადეს შეიტანდა მხარეთა შორის ურთიერთობაში, რაც ესოდენ აუცილებელი იყო მათთვის. ლაგარდემ ასევე დაამატა: თუ კონტრაქტებს არ სურთ წარმომადგენლის საქმიანობის ადგილის სამართლის გამოყენება, მაშინ მათ შეეძლოთ ამ პრობლემის გადაწყვეტა სხვა ქვეყნის სამართლის არჩევის გზით.⁴³⁸

მოქნილი მეთოდის წინააღმდეგ გაილაშქრა ასევე პოლანდიელმა დელეგატმა ზაუვეპლანემ (*Sauveplanne*). მან განაცხადა: დიდი ბრიტანეთის დელეგაციის პოზიციის გაზიარება თავისთავად ეწინააღმდეგებოდა ჰააგის კონფერენციის მთავარ მიზანს – მიღწეულ ყოფილიყო სხვადასხვა ქვეყნის საკოლიზიო სამართლის ნორმათა უნიფიცირება. უფრო მეტიც, იგი გამოთქვამდა შიშს, რომ ბრიტანელთა წინადადების გაზიარება ძალზედ დიდ უფლებებს მიანიჭებდა სასამართლოებს, რომლებიც გამოიყენებდნენ იმ ქვეყნის სამართალს, რომელიც მათ მოესურვებოდათ. გარდა ამისა იგი აცხადებდა: არგუმენტად რომის კონვენციის მოშველიება, რომელიც მოქნილ მეთოდს უჭერს მხარს, აქ უადგილოა, ვინაიდან იგი მიღებულია ევროკავშირის მიერ და მისი წევრი სახელმწიფოების სასამართლო პრაქტიკის ერთგვაროვან ინტერპრეტაციას უზრუნველყოფს თვით ევროპის სასამართლო (*European Court of Justice*), რაც ვერ ითქმის ჰააგის კონფერენციის ეგიდით მიღებულ კონვენციებზე.⁴³⁹ საბოლოოდ,

⁴³⁷ იქვე, გვ. 212.

⁴³⁸ იქვე, გვ. 212.

⁴³⁹ იქვე, გვ. 213.

ანტონის წინადადება უარყოფილ იქნა დელეგატთა უმრავლესობის მიერ.⁴⁴⁰

კონვენციის მიღების წინ, ბოლო სპეციალურ სესიაზე, გერმანელმა და შვეიცარიელმა დელეგატებმა: *მიულერ-ფრაინფელსმა* (Müller-Freinfels) და *ვიშერმა* (Vischer) წამოაყენეს ახალი წინადადება – პროექტში წარმოდგენილი ხისტი ნორმა უფრო მოქნილი გაეხადათ. მათი წინადადება ასეთი იყო: წარმომადგენლობის ხელშეკრულება მოწესრიგებულიყო იმ ქვეყნის სამართლით, სადაც იმყოფებოდა წარმომადგენლის კომერციული საწარმო, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც მთლიანობაში, ფაქტობრივი გარემოებების გათვალისწინებით, წარმოიშობოდა საფუძვლიანი ეჭვი, რომ ხელშეკრულება სხვა ქვეყანასთან უფრო მეტად იყო დაკავშირებული. ასეთი სახის მოქნილი ნორმა არ მისცემდა სასამართლოს სრულ თავისუფლებას, გამოეყენებინა ის სამართლებრივი სისტემა, რომელსაც მოისურვებდა. ძირითადი პრეზუმფციიდან გადახვევა მოხდებოდა მხოლოდ ძალზე იშვიათ შემთხვევაში.⁴⁴¹

თავის მხრივ *ანტონმა* დაამატა, რომ ასეთი ხისტი მიდგომით (იგულისხმება წარმოდგენილი კანონპროექტი), საეჭვოა, რომ აღნიშნული კონვენცია გათავისებულ ყოფილიყო დიდი ბრიტანეთის მიერ. არ შეიძლებოდა სახელშეკრულებო ურთიერთობაში სამართლებრივი სიცხადის შეტანის მიზნით „ძალიან შორს წასვლა“. მისი აზრით ჰაავის კონფერენციის ეგიდით მიღებული წინა კონვენციების წარუმატებლობა სწორედ ამით იყო განპირობებული, რომ ისინი ზედმეტ ყურადღებას აქცევდნენ სამართალურთიერთობაში სიცხადის შეტანის საჭიროებას.⁴⁴²

შეერთებული შტატების დელეგატმა *პფაიფერმა* (Pfeifer) მხარი დაუჭირა ანტონის მოსაზრებას. მან განაცხადა: ცხადია, მხარეთა ურთიერთობაში სამართლებრივი სიცხადის შეტანა ფრიად მნიშვნელოვან და აუცილებელ გარემოებას წარმოადგენდა. ამავე დროს ეს „სიცხადე“ სწორედაც რომ გათვალისწინებული იყო კონვენციის პროექტში, სადაც მითითებულია მხარეთა მიერ სამართლებრივი სისტემის არჩევის შესაძლებლობაზე (მე-5 II მუხლი). „სიცხადის“ საკითხი გადაწყვეტილ უნდა ყოფილიყო ხელშეკრულების დადებამდე (ე.ი. როდესაც კონტრაქტებს შეუძლიათ აირჩიონ მათთვის სასურველი სამართალი) და არა მისი დადების შემდეგ.⁴⁴³

ავსტრალიის დელეგატმა *ჰერმესმა* (Hermes) ასევე მხარი დაუჭირა კონტრაქტთა ურთიერთობაში სამართლებრივი სიცხადის შეტანას,

⁴⁴⁰ მის წინადადებას მიემხრო 8 დელეგატი, 3 თავი შეიკავა, ხოლო 10 წინააღმდეგი წავიდა.

⁴⁴¹ იქვე, გვ. 208. საინტერესოა აღინიშნოს ერთი გარემოება: ინგლისის დელეგაცია მხარს უჭერდა საერთო სამართლის სისტემის ქვეყნებში აღიარებულ „ყველაზე მჭიდრო კავშირის“ კონცეფციას, გერმანიისა და შვეიცარიის დელეგატები კი „დამახასიათებელი შესრულების“ კონცეფციას, რომელიც გარკვეული კომპრომისული ვარიანტი იყო უკიდურესად მოქნილ და ხისტ მეთოდებს შორის და რომელიც გერმანული სამართლებრივი ოჯახის (შვეიცარია, გერმანია) წიაღში იშვა.

⁴⁴² იქვე, გვ. 213.

⁴⁴³ იქვე, გვ. 214.

მაგრამ ამავე დროს მან აღნიშნა, რომ ასეთ პოლიტიკას, ზოგიერთ შემთხვევაში, შეიძლება საქმე აბსურდულ შედეგამდე მიეყვანა.⁴⁴⁴

მიუხედავად ზემოთ მოყვანილი არგუმენტებისა, დელეგატთა უმრავლესობამ *ფიშერისა* და *მიულერ-ფრაინფელსის* წინადადებაც უარყო.⁴⁴⁵ ამავე დროს, *ლაგარდეს* წინადადებას, რომელიც წარმომადგენლობის ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად ხისტი ნორმათა ნუსხის დადგენას ითვალისწინებდა, მხარი დაუჭირა დელეგატთა აბსოლუტურმა უმრავლესობამ.⁴⁴⁶

საბოლოოდ, ჰააგის კონვენციის მე-6 მუხლი ჩამოყალიბდა შემდეგი სახით:

„რამდენადაც, მე-5 მუხლის შესაბამისად, კონტრაჰენტთა მიერ არ იქნა არჩეული სამართალი, ხელშეკრულების მომწესრიგებელი იქნება იმ ქვეყნის სამართალი, სადაც გარიგების დადებისას წარმომადგენელს (აგენტს) ჰქონდა თავისი კომერციული საწარმო, ან ასეთის არქონის შემთხვევაში, ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი.

მიუხედავად ზემოაღნიშნულისა, გამოყენებულ უნდა იქნეს იმ ქვეყნის სამართალი, სადაც წარმომადგენელი (აგენტი) უნდა ასრულებდეს თავის ძირითადად საქმიანობას, თუ პრინციპალს იქ აქვს თავისი კომერციული საწარმო, ან ასეთის არქონის შემთხვევაში, ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი.

თუ პრინციპალს ან აგენტს აქვს ერთზე მეტი კომერციული საწარმო, წინამდებარე მუხლის მიზნებიდან გამომდინარე, სათანადო კომერციულ საწარმოდ მიიჩნევა ის საწარმო, რომელიც ყველაზე მჭიდროდაა დაკავშირებული გარიგებასთან“.

ერთი შეხედვით, შეიძლება შეიქმნას ისეთი შთაბეჭდილება, რომ საქართველოს სკსკ-ის 28-ე მუხლი ჰააგის კონვენციის მე-6 მუხლის შეკვეცილი ვარიანტია და რომ ისინი საერთო მსოფლმხედველობრივ პრინციპებს ეყრდნობიან:

1) ხისტი ნორმის მეშვეობით საერთაშორისო გარიგებისმიერი წარმომადგენლობის შესახებ ხელშეკრულებების მოწესრიგება უზრუნველყოფს კონტრაჰენტთა მიერ სწორი პროგნოზის გაკეთებას, თუ რომელი ქვეყნის სამართალი იქნება გამოყენებული მათი ხელშეკრულების მიმართ. მხარეთა შორის ურთიერთობაში სამართლებრივი სიცხადის შეტანას კი ძალზე დიდი მნიშვნელობა აქვს საერთაშორისო სავაჭრო ბრუნვის ინტერესებისათვის.

2) ძირითად დაკავშირებულ ფაქტობრივ გარემოებად, როგორც საქართველოს სკსკ-ში (28-ე მუხლი), ასევე ჰააგის 1978 წლის კონვენციაში (მე-6 მუხლი), მიჩნეულია წარმომადგენლის საქმიანობის ადგილი (კომერციული საწარმოს ადგილსამყოფელი).

3) წარმომადგენლის საქმიანობის ადგილი (კომერციული საწარმოს ადგილსამყოფელი), ან მისი არარსებობისას წარმომადგენლის ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი (სკსკ 28-ე I მუხლი) არის გადამწყვეტი ფაქტობრივი გარემოება, რომელსაც სხვადასხვა

⁴⁴⁴ იქვე. გვ. 215.

⁴⁴⁵ 8 დელეგატი მომხრე იყო წარმოდგენილი წინადადების, 10 – მოწინააღმდეგე და 6-მა დელეგატმა თავი შეიკავა.

⁴⁴⁶ 21-მა დელეგატმა მხარი დაუჭირა წარმოდგენილ წინადადებას, 3-მა დელეგატმა კი თავი შეიკავა.

ქვეყნის სასამართლოები იყენებენ საკოლიზიო საბმელის სახით. სწორედ წარმომადგენლის საქმიანობა გამოხატავს ხელშეკრულების სოციალურ-ეკონომიკურ მიზანს;

4) მიჩნეულია, რომ წარმომადგენლის (აგენტის) საქმიანობის ადგილის დადგენა ძნელი საქმე არ არის და, ამდენად, იგი საკმაოდ მყარ პრინციპად ვლინდება.

ქართულ კანონში საუბარია წარმომადგენლის საქმიანობის ადგილზე. ჰააგის კონვენციაში კი საუბარია წარმომადგენლის კომერციული საწარმოს ადგილსამყოფელზე.⁴⁴⁷ ნორმის ასხნა-განმარტების პრინციპიდან გამომდინარე იგულისხმება, რომ ორივე აქტში ერთი და იგივე გარემოებაა აღწერილი: როგორც წარმომადგენლის საქმიანობის ადგილი, ასევე კომერციული საწარმოს ადგილსამყოფელი, სინონიმებად უნდა იქნეს მიჩნეული. შესაბამისად, საქართველოს საერთაშორისო კერძო სამართლის კანონში, როდესაც საუბარია წარმომადგენლის საქმიანობის ადგილზე, უნდა იგულისხმებოდეს წარმომადგენელი – *იურიდიული პირის* სახით. ამის დასტურია აგრეთვე ის ფაქტიც, რომ 28-ე მუხლით, დამატებით, გათვალისწინებულია ასევე წარმომადგენლის ჩვეულებრივი ადგილსამყოფლის ცნებაც. ეს უკანასკნელი ნორმა კი, როგორც ცნობილია, მხოლოდ ფიზიკურ პირზე ვრცელდება და იგი გამოყენებულ უნდა იქნეს მხოლოდ იმ შემთხვევაში თუკი *არ არსებობს წარმომადგენლის საქმიანობის ადგილი*. ეს უკანასკნელი ფრაზა გაგებულ უნდა იქნეს ისე, რომ თუ წარმომადგენელი არ წარმოადგენს იურიდიულ პირს (სხვაგვარად აღნიშნული ნორმა ვერც განიმარტება, ვინაიდან ძნელი წარმოსადგენია, რომ იურიდიულ პირს არ ჰქონდეს საქმიანობის ადგილი), მაშინ იგი წარმოადგენს ფიზიკურ პირს და შესაბამისად გამოყენებულ უნდა იქნეს მისი ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი (Habitual Residence) ქვეყნის სამართალი.

ნათელია, რომ ის, რაც ზემოთ ითქვა აღნიშნულ ხისტ ნორმებთან (სკსკ-ის 28-ე I მუხლი და ჰააგის 1978 წლის კონვენციის მე-6 I მუხლი) მიმართებით, იყო მედლის ერთი მხარე და მაქსიმალურად დადებით ფერებში წარმოსახული. ამავე დროს, ვერავინ აუვლის გვერდს იმ ფაქტს, რომ ყოველ ხისტ მიდგომას აქვს თავისი ნაკლი, რის გამოც კონკრეტული საქმის მიმართ მისი გამოყენება შესაძლოა არასასურველ სამართლებრივ შედეგს იწვევდეს. ცხადია, ეს გარემოება არ გამოჰპარვიათ არც ჰააგის კონვენციისა და არც სკსკ-ის ავტორებს, მაგრამ ამ პრობლემის გადასაწყვეტად მათ უკვე *განსხვავებული სტრატეგია აირჩიეს*:

ჰააგის 1978 წლის კონვენციის ავტორები ბოლომდე ერთგულნი დარჩნენ თავიანთი სტრატეგიული გეზისა და, გარდა ძირითადი საკოლიზიო საბმელისა, რომელიც წარმომადგენლის კომერციული საწარმოს ან ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ადგილის სამართლის

⁴⁴⁷ სწორედ ასე ითარგმნება კონვენციაში გამოყენებული ინგლისური იურიდიული ტერმინი: business establishment. ეს უკანასკნელი ცნება რუსულად ითარგმნება შემდეგნაირად: представитель имеет свое коммерческое предприятие. იხ. *Вилкова*, Гагская конвенция 1978 года о праве, применимом к договорам с посредниками и представителями (агентским договорам), *Хозяйство и право* 1997, № 12. с. 141; იხ. აგრეთვე *Вилкова*, *Договорное право в международном обороте*, М., 2002, с. 436.

გამოყენებას ითვალისწინებს (მე-6 I მუხლი), *დამატებით გაითვალისწინეს კიდევ ორი სახის ასევე ხისტი ბუნების მქონე ნორმა* (მე-6 II მუხლი და მე-6 III მუხლი) იმ შემთხვევისათვის, თუ ძირითადი ნორმა (საბმელი) კონკრეტულ ხელშეკრულებას არაადეკვატურად მოაწესრიგებს.

ზემოთქმულისგან განსხვავებით, საქართველოს სკსკ-ის ავტორებმა განსხვავებული სტრატეგია აირჩიეს და ბოლომდე არ „უერთგულეს“ ხისტ მეთოდს. კერძოდ, კანონის 28-ე მუხლის პირველ წინადადებაში ჩამოყალიბებული ხისტი ნორმა თუკი სათანადოდ ვერ მოაწესრიგებს კონკრეტულ სამართალურთიერთობას, მაშინ გამოყენებულ უნდა იქნეს სკსკ-ის 28-ე მუხლის მეორე წინადადებით გათვალისწინებული ნორმა:

„თუ არსებობს მჭიდრო კავშირი იმ ქვეყანასთან, სადაც წარმომადგენელმა განახორციელა მოქმედება, განსაკუთრებით, თუ წარმომადგენელს ან მესამე პირს იქ აქვს საქმიანობის ადგილი ან ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი, გამოიყენება იმ ქვეყნის სამართალი, სადაც წარმომადგენელმა განახორციელა მოქმედება“.

ამრიგად, საქართველოს 28-ე მუხლში ძირითადი ხისტი ნორმის გვერდით თანაარსებობს მოქნილი ნორმაც. ეს უკანასკნელი იმით მტკიცდება, რომ მოსამართლეს რჩება დისკრეციული უფლება, საჭიროების შემთხვევაში გამოიყენოს აღნიშნული ნორმა. სიტყვები: *„თუ არსებობს მჭიდრო კავშირი“* სწორედ ამას მიუთითებს. სწორედ მოსამართლემ უნდა შეაფასოს და აწონ-დაწონოს კონკრეტული საქმის ფაქტობრივი გარემოებანი და ამის შემდეგ გადაწყვიტოს, აქვს თუ არა მოცემულ ხელშეკრულებას მჭიდრო კავშირი კონკრეტულ ქვეყანასთან. თუკი ეს უკანასკნელი დადასტურდება, მაშინ არსებობს საფუძველი, სასამართლომ არ გამოიყენოს 28-ე მუხლის პირველი წინადადებით გათვალისწინებული საბმელი.

საქართველოს სკსკ-ის 28-ე მუხლის მეორე წინადადებაში ჩამოყალიბებულ მოქნილ ნორმას უფრო „დამხმარე“ ფუნქცია აკისრია და იგი იმ შემთხვევაში უნდა იქნეს გამოყენებული, როდესაც მთავარი ნორმის გამოყენება მიზანშეუწონელია. ამავე დროს, იგი არ არის სრულფასოვანი მოქნილი ნორმა. მოსამართლის თავისუფალი მოქმედების სივრცე შემოიფარგლება მხოლოდ ორი შესაძლებლობით:

ა) ძირითადი ნორმის შესაბამისად, გამოიყენოს წარმომადგენლის კომერციული საწარმოს ადგილსამყოფელი (თუ ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი) ქვეყნის სამართალი, ან

ბ) როგორც ეს 28-ე მუხლის მეორე წინადადებითაა გათვალისწინებული: იმ ქვეყნის სამართალი, სადაც წარმომადგენელმა განახორციელა მოქმედება.

ზემოაღნიშნულის შემდეგ უფრო ნათელია, თუ რა მოტივებით შეიძლებოდა ეხელმძღვანელათ საქართველოს საერთაშორისო კერძო სამართლის ავტორებს, როდესაც მათ ცალკე ნორმა გაითვალისწინეს წარმომადგენლობითი გარიგებების მოსაწესრიგებლად. ცხადია, მოცემული სამართლებრივი ურთიერთობების მოსაწესრიგებლად მათ არჩიეს ხისტი მეთოდის გამოყენება, თუმცა ბოლომდე მისი „უერთგულნი“ ვერ დარჩნენ.

ყოველივე ზემოაღნიშნულის შემდეგ, ალბათ, უკეთესი იქნებოდა, თუკი საქართველოს სკსკ ამ საკითხშიც მოქნილ მეთოდს დაუჭერდა

მხარს და მსგავსად შვეიცარიისა და გერმანიის კანონებისა და, ასევე, რომის კონვენციისა, ცალკე ნორმას არ გაითვალისწინებდა გარიგებისმიერი წარმომადგენლობის შესახებ ხელშეკრულებების მიმართ. ასეთ შემთხვევაში ზემოაღნიშნული სამართლებრივი ურთიერთობების მიმართაც საქართველოს სკსკ-ის 36-ე II მუხლით გათვალისწინებული „დამახასიათებელი შესრულების“ ზოგადი ხასიათის პრეზუმფცია გავრცელდებოდა.

§9. უახლოესი ტენდენციები

ევროგაერთიანების კომისიამ (*Commission of the European Communities*) 2005 წლის დეკემბერში გამოაქვეყნა წინადადებები ევროგაერთიანებაში საერთაშორისო კერძო სამართლის ვალდებულებითი ურთიერთობების შემდგომი კოდიფიკაციის შესახებ⁴⁴⁸, რომლის მიხედვითაც, რომის 1980 წლის კონვენციასთან შედარებით განსხვავებულად უნდა მოწესრიგებულიყო მთელი რიგი საკოლიზიო საკითხებისა. რაოდენ უცნაურიც არ უნდა იყოს, რომის კონვენციისგან განსხვავებით, რომი I რეგლამენტის პროექტის ავტორებმა მხარი დაუჭირეს ხისტი მეთოდის გამოყენებას იმ შემთხვევაში, თუ მხარეებმა თავად არ აირჩიეს ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართალი.

კერძოდ, რომი I რეგლამენტის პროექტის მე-4 მუხლის მიხედვით:

„1. თუ მხარეებმა მე-3 მუხლის მიხედვით არ აირჩიეს ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართალი, მაშინ იგი უნდა მოწესრიგდეს შემდეგი სახით:

a) ნასყიდობის ხელშეკრულება უნდა მოწესრიგდეს იმ ქვეყნის სამართლით, სადაც გამყიდველს აქვს ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი;

b) მომსახურების ხელშეკრულება უნდა მოწესრიგდეს იმ ქვეყნის სამართლით, სადაც მომსახურების გამწვეს აქვს ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი;

c) გადაზიდვის ხელშეკრულება უნდა მოწესრიგდეს იმ ქვეყნის სამართლით, სადაც გადაამზიდველს აქვს ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი;

d) ხელშეკრულება, რომელიც სანივთო უფლების ან უძრავი ქონებით სარგებლობას შეეხება, უნდა მოწესრიგდეს იმ ქვეყნის სამართლით, სადაც ქონება იმყოფება;

e) მიუხედავად „დ“ პუნქტისა, ქირავნობის ხელშეკრულების შესაბამისად, თუ უძრავი ქონების დროებითი პერსონალური სარგებლობა ზედიზედ ექვს თვეს აღემატება, გარიგება უნდა მოწესრიგდეს იმ ქვეყნის სამართლით, სადაც მესაკუთრეს აქვს ჩვეულებრივი რეზიდენცია, იმ პირობით, თუ დამქირავებელი ფიზიკური პირია და მისი ჩვეულებრივი რეზიდენცია ასევე იმავე ქვეყანაშია;

f) ხელშეკრულება, რომელიც ინტელექტუალური ან სამრეწველო საკუთრების უფლებას შეეხება, უნდა მოწესრიგდეს იმ ქვეყნის

⁴⁴⁸ Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (*Rome-I*), Brussels, 15. 12. 2005 / Com(2005) 650 final / 2005/0261 (COD), http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005_0650en01.pdf (2006. 10.08.).

სამართლით, სადაც პირს, რომელმაც გადასცა უფლება, აქვს ადგილსამყოფელი;

გ) ფრენშაიზინგის ხელშეკრულება უნდა მოწესრიგდეს იმ ქვეყნის სამართლით, სადაც ფრენშაიზის მიმცემს აქვს ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი;

h) დისტრიბუციის ხელშეკრულება უნდა მოწესრიგდეს იმ ქვეყნის სამართლით, სადაც დისტრიბუტორს აქვს ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი;

2. ხელშეკრულებები, რომლებიც არ არის გათვალისწინებული მე-4 I მუხლით, უნდა მოწესრიგდეს იმ ქვეყნის სამართლით, სადაც მხარეს, რომლის შესრულების ვალდებულებაც ახასიათებს ხელშეკრულებას, ჰქონდა ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი ხელშეკრულების დადების დროს. თუკი დამახასიათებელი შესრულების დადგენა შეუძლებელია, ხელშეკრულება უნდა მოწესრიგდეს იმ ქვეყნის სამართლით, რომელთანაც იგი ყველაზე მჭიდროდაა დაკავშირებული.

ამრიგად, თითქმის ყველა სახის ხელშეკრულების მიმართ, რაც პრაქტიკაშია გავრცელებული, რომი I რეგლამენტის პროექტის ავტორებმა მხარი დაუჭირეს ხისტ მიდგომას და მხოლოდ იმ ტიპის ხელშეკრულებების მიმართ, რომლებიც არ არის მითითებული მე-4 I მუხლში, უნდა იქნეს გამოყენებული მოქნილი მეთოდი დამახასიათებელი შესრულების სახით. იმ შემთხვევაში, თუკი არ დადგინდება რომელი კონტრაქტის მხრიდან ხდება დამახასიათებელი შესრულება, გამოყენებულ უნდა იქნეს უფრო ზოგადი – ყველაზე მჭიდრო კავშირის კონცეფცია.

სამოქალაქო ბრუნვაში ძალზედ იშვიათია ისეთი ტიპის ხელშეკრულებები, რომლებიც მე-4 I მუხლით არ ყოფილიყოს გათვალისწინებული, შესაბამისად, აღნიშნული პროექტის მიხედვით მოქნილი მეთოდისათვის ფაქტიურად ადგილი არ რჩებოდა.

რომი I რეგლამენტის პროექტის ავტორთა აზრით, ხისტი მეთოდისაკენ შემობრუნება განპირობებული იყო იმით, რომ მოქნილი მეთოდის გამოყენებისას ევროპის ქვეყნების სასამართლოები ტენდენციურად მაინც უპირატესობას ანიჭებდნენ *Lex fori*-ს გამოყენებას. გარდა აღნიშნულისა, ხისტ ნორმათა კატალოგის შემოღება უზრუნველყოფდა სამართლებრივ სიცხადეს, ანუ მხარეებს ექნებოდათ შესაძლებლობა, ხელშეკრულების დადებისთანავე წინასწარ განესაზღვრათ, კონკრეტული ტიპის ხელშეკრულების მიმართ თუ რომელი ქვეყნის სამართალი იქნებოდა გამოყენებული.

როგორც ქვემოთ იქნება განხილული, აღნიშნული მიდგომა არ უნდა იქნეს გაზიარებული და იგი უკან გადადგმულ ნაბიჯად უნდა შეფასდეს. მას (რომი I რეგლამენტის პროექტის მე-4 I მუხლი) თანამედროვე ავტორთა შორის მრავალი კრიტიკოსი გამოუჩნდა, უპირველეს ყოვლისა კი, უნდა აღინიშნოს, რომ ხისტი მეთოდისკენ

შემობრუნება მკაცრად გააკრიტიკა *მაქს პლანკის* სახ. შედარებითი და საერთაშორისო კერძო სამართლის ინსტიტუტმა.⁴⁴⁹

ინსტიტუტმა, ნაცვლად წარდგენილი პროექტისა, მხარი დაუჭირა მოქნილი მეთოდის შენარჩუნებას, მაგრამ, ამავე დროს, კონტრაჰენტთა ურთიერთობებში უფრო მეტი სიცხადის შეტანის მიზნით, წამოაყენა წინადადება, რათა ზემოაღნიშნული კონკრეტული სახის ხელშეკრულებების მიმართ დადგენილიყო ცალკეული პრეზუმფციები, რომელთა უარყოფაც, გამონაკლის შემთხვევებში, შესაძლებელი იქნებოდა სასამართლოს მიერ.⁴⁵⁰ აქვე *მაქს პლანკის* სახ. ინსტიტუტმა შეახსენა რომი I რეგლამენტის პროექტის ავტორებს, რომ ხისტი მეთოდის მხარდაჭერა არასასურველი იყო მსოფლიოს მასშტაბით საკოლიზიო ნორმების ჰარმონიზაციის პროცესისთვისაც, რადგან მრავალი ქვეყანა სწორედ მოქნილ მეთოდს (ყველაზე მჭიდრო კავშირის კონცეფციას) უჭერს მხარს.⁴⁵¹

ცხადია, გაცილებით უფრო რაციონალურია, ყველა სახის ხელშეკრულების მიმართ ერთი საკოლიზიო საბმელის ნაცვლად მხარდაჭერილ იქნეს სხვადასხვა სახის საკოლიზიო საბმელის გამოყენება, თითოეული სახის ხელშეკრულების ბუნებიდან გამომდინარე. გარდა აღნიშნულისა, მას ერთი აშკარა უპირატესობა აქვს – სიცხადე შეაქვს მხარეთა ურთიერთობაში. კონტრაჰენტებს შეუძლიათ, წინასწარ განჭვრიტონ, თუ რომელი ქვეყნის სამართლით მოწესრიგდება გარიგება, ვინაიდან მათ თავიდანვე იციან, თუ რომელი სახის ხელშეკრულების მიმართ რომელი საკოლიზიო საბმელი იქნება გამოყენებული.

მიუხედავად ამისა, ფაქტია, აღნიშნულ შემთხვევაშიც სახეზეა ხისტი მიდგომა, ვინაიდან კანონმდებელი წინასწარ ადგენს, თუ რომელი სახის ხელშეკრულების მიმართ რომელი საკოლიზიო საბმელია გამოსაყენებელი. შესაბამისად, მოსამართლევ ვალდებული იქნება, განუხრელად დაიცვას კანონის დანაწესი, თუნდაც იგი ნათლად ხედავდეს, რომ კონკრეტული ხელშეკრულების მიმართ სხვა საკოლიზიო საბმელის გამოყენება უფრო სამართლიანი იქნებოდა.

სწორედ ხომ ევროპული ქვეყნების სასამართლო პრაქტიკის დამსახურებაა, როდესაც თავის დროზე დადგინდა გარკვეული

⁴⁴⁹ Max Planck Institute for Comparative and International Private Law - Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (ROME-I). *მაქს პლანკის* ინსტიტუტის საშუალო ჯგუფში შედიოდნენ: იურგენ ბაზედოვი და ვოლფგანგ ვურსტი (კოორდინატორები), ანატოლ დუტა, კრისტინან ჰანცე, ინა მარია ლინდენბერგი, აქსელ მეცგერი, რალფ მიხაელსი, გებჰარდ რემი, გიზელა რული, იურგენ ზამტლებენი, კურტ ზია, ელიზაბეტ შუტცე, სიმონ შვარცი, კლემენს ტრაუტმანი. იხ. www.mpipriv-hh.mpg.de/deutsch/Mitarbeiter/WurmnestWolfgang.html (20. 08. 2007).

⁴⁵⁰ იქვე, 29-30.

⁴⁵¹ შვეიცარია (სკსკ-ის 117-ე I მუხლი), რუსეთის ფედერაცია (სამოქალაქო კოდექსის 1211-ე I მუხლი), კორეის რესპუბლიკა (საკოლიზიო სამართლის შესახებ კანონის 26-ე I მუხლი), კვებეკი (სამოქალაქო კოდექსის 3112-ე მუხლი), ჩინეთის სახალხო რესპუბლიკა (ჩინეთის სახელშეკრულებო სამართლის შესახებ კანონის 126-ე მუხლი), 1994 წლის ინტერამერიკული კონვენცია საერთაშორისო ხელშეკრულების მიმართ გამოსაყენებადი სამართლის შესახებ (მე-9 მუხლი). იხ. www.mpipriv-hh.mpg.de/deutsch/Mitarbeiter/WurmnestWolfgang.html (20.08.2007).

კანონზომიერებანი ამა თუ იმ სახის ხელშეკრულების მიმართ (მაგალითად სუსტი მხარის ინტერესების დაცვა „სამომხმარებლო“ ხელშეკრულებებში), მაშინ რატომ უნდა შეიზღუდონ მოსამართლეები, განავითარონ სამოსამართლო სამართალი? უპრიანი იქნება, თუკი მათ გარკვეული მოქმედების თავისუფლება დარჩებათ. XX საუკუნეში კონტინენტური ევროპის (რომ აღარაფერი ვთქვათ საერთო სამართლის სისტემის ქვეყნებზე) ქვეყნებმა აღიარეს, რომ კარგია თუ ცუდი, სამოსამართლო სამართლის⁴⁵² გარეშე თვით სამართლის განვითარება წარმოუდგენელია.⁴⁵³

საბოლოოდ, საღმა აზრმა გაიმარჯვა და რომი I რეგლამენტის წარდგენილმა პროექტმა მნიშვნელოვანი ცვლილებები განიცადა მოქნილი მეთოდის გამოყენების სასარგებლოდ. ამრიგად, ევროპის პარლამენტმა და საბჭომ 2008 წლის 17 ივნისს შესწორებული სახით მიიღეს რეგლამენტი: „სახელშეკრულებო ვალდებულებებისადმი გამოსაყენებადი სამართლის შესახებ“, რომელმაც 2009 წლის 17 ივნისს შევიდა ძალაში და შეცვალა რომის 1980 წლის კონვენცია.⁴⁵⁴

რომი I რეგლამენტის მე-4 მუხლი საბოლოოდ ჩამოყალიბდა და მიღებულ იქნა შემდეგი სახით:

1. თუ მხარეებმა მე-3 მუხლის მიხედვით არ აირჩიეს ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართალი, 5-8 მუხლებით გათვალისწინებული შემთხვევების გარდა, ქვემოთ ხელშეკრულებების მიმართ გამოყენებას ექვემდებარება:

a) მოძრავი ნივთების ნასყიდობის ხელშეკრულების მიმართ იმ ქვეყნის სამართალი, სადაც გამყიდველს აქვს ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი;

b) მომსახურების ხელშეკრულების მიმართ იმ ქვეყნის სამართალი, სადაც მომსახურების გამწვეს აქვს ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი;

c) ხელშეკრულების მიმართ, რომლის საგანიცაა სანივთო უფლება უძრავ ნივთზე ან უძრავი ქონების იჯარა (ქირავნობა), იმ ქვეყნის სამართალი, სადაც უძრავი ნივთი იმყოფება;

d) მიუხედავად „c“ პუნქტში მითითებულისა, უძრავი ქონების ქირავნობის ხელშეკრულების მიმართ, თუ გარიგების მიხედვით უძრავი ქონების დროებითი პერსონალური სარგებლობა ზედიზედ ექვს თვეს აღემატება, იმ ქვეყნის სამართალი, სადაც მესაკუთრეს აქვს ჩვეულებრივი რეზიდენცია, იმ პირობით, თუ დამქირავებელი ფიზიკური პირია და მისი ჩვეულებრივი რეზიდენცია ასევე იმავე ქვეყანაშია;

⁴⁵² იხ. *კანტურია*, დასახ. ნაშრ. გვ. 104-124.

⁴⁵³ არსებობს ბრძნული გამონათქვამი: კანონი მიღებისთანავე ძველდებაო. თანამედროვე ცხოვრებისეული რეალიები კი მოითხოვს მოსამართლის მხრიდან დროულ და ადეკვატურ რეაგირებას, რაც ხისტი ნორმების შემთხვევაში ხშირ შემთხვევაში განუხორციელებელი იქნება.

⁴⁵⁴ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) (80/934/EEC) Official Journal of the European Union L 177, Volume 51 4 July 2008. იხ. შემდეგ ვებგვერდზე: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:EN:PDF> (03.06.2009).

ე) ფრენშაინგის ხელშეკრულების მიმართ, იმ ქვეყნის სამართალი, სადაც ფრენშაინგის მიმღებს აქვს ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი;

ფ) დისტრიბუციის ხელშეკრულების მიმართ იმ ქვეყნის სამართალი, სადაც დისტრიბუტორს აქვს ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი;

გ) აუქციონზე ნივთების ნასყიდობის ხელშეკრულების მიმართ, იმ ქვეყნის სამართალი, სადაც ადგილი ჰქონდა აუქციონის გამართვას, თუ ამ ადგილის განსაზღვრა შესაძლებელია;

ჰ) ხელშეკრულება, რომელიც დადებულია მრავალმხრივი სისტემის ფარგლებში, რომელიც უზრუნველყოფს ან აადვილებს მყიდველთა და გამყიდველთა განსხვავებული ინტერესების შეთანხმებას, მესამე პირების მეშვეობით ფინანსურ ინსტუმენტებთან მიმართებაში 2004/39/EC[30] დირექტივის §14. 17-ე პუნქტის მნიშვნელობით, შესაბამისი წესებით, რომელსაც არ აქვს დისკრიმინაციული ხასიათი და რომელიც წესრიგდება მხოლოდ ერთი ქვეყნის სამართლით, ექვემდებარება ამავე ქვეყნის სამართალს.⁴⁵⁵

2. ხელშეკრულება, რომელიც არ არის გათვალისწინებული 1 პარაგრაფით, ან თუ ხელშეკრულების ელემენტები (ფაქტობრივი გარემოებები) ხდება 1 პარაგრაფის (a) და (h) პუნქტების მოქმედების ქვეშ, მაშინ იგი უნდა მოწესრიგდეს იმ ქვეყნის სამართლით, სადაც კონტრაქტის, რომლის შესრულების ვალდებულებაც დამახასიათებელია ხელშეკრულებისათვის, ჰქონდა ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი.

3. თუ საქმის ყველა გარემოებებიდან ნათელია, რომ ხელშეკრულებას აშკარად უფრო მჭიდრო კავშირი აქვს სხვა ქვეყანასთან ვიდრე ეს არის გათვალისწინებული 1 ან 2 პარაგრაფებით, მაშინ გამოყენებას ექვემდებარება სწორედ ამ ქვეყნის სამართალი.

4. თუ, გამოსაყენებადი სამართალი არ შეიძლება დადგინდეს იქნეს 1 და 2 პარაგრაფების საფუძველზე, მაშინ ხელშეკრულება უნდა მოწესრიგდეს იმ ქვეყნის სამართლით, რომელთანაც მას ყველაზე მჭიდრო კავშირი აქვს.⁴⁵⁶

ამრიგად, თუკი ჩაულრმავედებით უკვე მოქმედი რომი I რეგლამენტის მე-4 მუხლს, მაშინ მივალთ იმ დასკვნამდე, რომ მიუხედავად იმისა, რომ ადგილი ჰქონდა გარკვეული სახის ტაქტიკური სახის უკან დახევას, საბოლოოდ გაიმარჯვა იმ სტრატეგიამ, რომელიც მოითხოვდა მოქნილ მეთოდის შენარჩუნებას.⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ ევროკავშირის 2004/39/EC[30] დირექტივის შესახებ. იხ. შემდეგ ვებგვერდზე: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0039:EN:HTML> (03.06.2009).

⁴⁵⁶ იხ. შემდეგი ვებგვერდი: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:EN:PDF> (03.06.2009).

⁴⁵⁷ აქვე უნდა აღინიშნოს იმის შესახებ, რომ რომი I რეგლამენტის მე-4 მუხლის ერთ-ერთი პირველ „კომენტარებში“, ანალოგიური მოსაზრება გამოითქვა, კერძოდ: მოსამართლეს, რომის 1980 წლის კონვენციის მე-4 მუხლის მსგავსად, კვლავ რჩება დისკრეტია, თავად გადაწყვიტოს, თუ რომელი ქვეყნის სამართალი გამოიყენოს ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად. იხ. *Lein, The New Rome I / Rome II / Brussels I*

როგორ პარადოქსალურადაც არ უნდა ჟღერდეს, სამართლებრივი შედეგით, რომის 1980 წლის კონვენციის მე-4 მუხლი და რომი I რეგლამენტის მე-4 მუხლები ერთმანეთისგან დიდად არ განსხვავდება.

ერთი შეხედვით ევროპის პარლამენტმა და საბჭომ ფაქტიურად ყველა ხელშეკრულების მიმართ რაც გავრცელებულია სამოქალაქო ბრუნვაში მხარი დაუჭირა ხისტი მეთოდის გამოყენებას, მაგრამ ეს მცდარი წარმოდგენა გამომდინარეობს მხოლოდ რომი I რეგლამენტის მე-4 I მუხლის გაცნობიდან. ამავე რეგლამენტის მე-4 მუხლის დანარჩენი (2, 3, 4) პარაგრაფების გაანალიზების შემდეგ, ნათელია, რომ ევროკავშირმა კვლავ უპირატესობა მიანიჭა მოქნილ მეთოდს. მე-4 I მუხლით ცალკეული ტიპის ხელშეკრულებების მიმართ გათვალისწინებული ხისტ ნორმათა კატალოგი, სხვა არაფერია თუ არა პრეზუმფციები იმის შესახებ, რომ თუ სხვა რამ არ გამომდინარეობს საქმის ფაქტობრივი გარემოებებიდან, მაშინ როგორც წესი, გამოყენებულ უნდა იქნეს გამყიდველის და მომსახურეობის გამწვევის ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი ქვეყნის სამართალი, უძრავი ქონების ადგილსამყოფლის ქვეყნის სამართალი და სხვ. მაგრამ იმ შემთხვევაში თუ სასამართლო მივა იმ დასკვნამდე, რომ ხელშეკრულება უფრო მჭიდროდ დაკავშირებულია სხვა ქვეყანასთან, მაშინ გამოყენებას ექვემდებარება სწორედ ამ უკანასკნელის სამართალი.

ზემოთ უკვე აღინიშნა, რომ წესი, რომლიდანაც გადახვევა და რომლის იგნორირებაც შეიძლება და არც თუ ისე რთულად, სხვა არაფერია თუ არა პრეზუმფცია იმისა, რომ სასამართლომ როგორც წესი ამ პრეზუმფციით (ხისტ ნორმათა კატალოგით) იხელმძღვანელოს, თუ ცხადია უფრო ადეკვატურ და სამართლიან გადაწყვეტილებას არ მიაგნებს, რის შესაძლებლობასაც, რომის 1980 წლის კონვენციის მე-4 მუხლის მსგავსად, რომი I რეგლამენტის მე-4 მუხლიც იძლევა.⁴⁵⁸

Synergy, Yearbook of Private International Law, Vol. X 2008, pp. 185-186. რომი I რეგლამენტის მიხედვით, ხისტი საკოლიზიო საბმელების ნუსხა გაიზარდა, რასაც სამართალურთიერთობის მოსაწესრიგებლად მეტი სიცხადე შეაქვს, თუმცა, საჭირო დონეზე მოქნილობა კვლავ შენარჩუნებულ იქნა. იხ. *Magnus*, Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice, (eds) Franco Ferrari, Stefan Leible, Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, 2009, p. 50.

⁴⁵⁸ იგივე ითქმის საქართველოს სსკ-ის 36-ე მუხლზე.

დ ა ს კ ე ნ ა :

1. მხარეთა თავისუფლება – აირჩიონ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართალი – იმდენად ფართოდაა გავრცელებული მსოფლიოს მოწინავე ქვეყნების ეროვნული კანონმდებლობებით და საერთაშორისო კონვენციებით, რომ იგი, შეიძლება ითქვას, „ცივილიზებული“ ერების მიერ აღიარებული სამართლის ზოგადი პრინციპად იქცა.

მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის საყოველთაოდ ცნობა ძირითადად გამოწვეულია შემდეგი მოსაზრებებით:

მხარეთა მიერ სამართლის არჩევა უზრუნველყოფს *გარკვეულობის* – *სიცხადის* (ინგ. predictability, რუს. предсказуемость) ელემენტის შეტანას საერთაშორისო კომერციულ გარიგებებში, ანუ კონტრაქტებშია წინასწარ იციან, თუ რომელი სამართალი მოწესრიგდება მათი ხელშეკრულება. ეს არის ერთ-ერთი მიზეზი, რის გამოც, უმეტესი ქვეყნები ერთხმად უჭერეს მხარს ნების ავტონომიის პრინციპს. ცხადია, ასეთი მიდგომა დიდად უწყობს ხელს საერთაშორისო სავაჭრო ბრუნვის სტაბილურობის ინტერესებს.

როგორც რაბელმა აღნიშნა, მხარეთა მიერ სამართლის არჩევა – „მცდელობაა დაძლეულ იქნეს ის გაურკვეველობა და „არაპროგნოზირებადობა“ (წინასწარ-განუჭერეტელობა; unforeseeable), რომელსაც შეიძლება ადგილი ჰქონდეს სასამართლოში და რომლითაც ხელშეკრულება კონსოლიდირებულ იქნება ერთი სამართლის ქვეშ – მოლაპარაკების პროცესში“.⁴⁵⁹ უკანასკნელ წინადადებაში, იგულისხმება ის გარემოება, რომ მხარეთა მიერ სამართლის არჩევა უზრუნველყოფს, ხელშეკრულების მიმართ, ერთი სამართლებრივი სისტემის გამოყენებას, მაშინ, როდესაც, ასეთი არჩევანის არქონის შემთხვევაში, შესაძლებელია, ხელშეკრულების მიმართ იმოქმედოს ერთზე მეტმა სამართლებრივმა სისტემამ, რაც თავის მხრივ, ხელშეკრულების „გახლეჩას“ გამოიწვევს.

შემდეგი მოსაზრება მდგომარეობს მხარეთა *თავისუფლების მხარდაჭერაში*. საერთაშორისო კომერციული ხელშეკრულებების უმრავლესობაში (ეს იქნება ნასყიდობის, სავაჭრო აგენტის, ტრანსპორტის დაზღვევის, საზღვაო გადაზიდვების თუ სხვა სახის ხელშეკრულებები) მხარეებს გააჩნიათ პატივსაცემი მიზეზი, რათა აირჩიონ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართალი. მათ შეიძლება სურდეთ ხელშეკრულება დაუქვემდებარონ იმ ადგილის სამართალს, სადაც ბაზარია განვითარებული. მაგალითად, კონტრაქტები, სადაზღვევო ხელშეკრულებების მოსაწესრიგებლად, ხშირ შემთხვევაში, ინგლისის სამართალს ირჩევენ, სადაც ეს ბიზნესი განსაკუთრებულადაა განვითარებული. გარკვეული სამართლებრივი სისტემა შეიძლება კონკრეტულ სახელშეკრულებო საკითხებს უკეთ წყვეტდეს.

მხარეებს შეიძლება სურდეთ ხელშეკრულების მიმართ იმ ქვეყნის სამართლის გამოყენება, რომლითაც მათი წინა ხელშეკრულება მოწესრიგდა. შესაძლოა, მხარეებმა ისურვონ იმ სამართლის არჩევა, რომლითაც წესრიგდება სხვა ხელშეკრულება, რომელიც დაკავშირებულია მათ მიერ დადებულ ხელშეკრულებასთან.

⁴⁵⁹ Rabel, *The Conflict of Laws - A Comparative Study*, II ed. 2 by Drobnig (Ann Arbor) 1960, p. 365.

მხარეებს სრული უფლება უნდა ჰქონდეთ ეს საკოლიზიო საკითხები სასამართლოს კი არ დაუტოვონ გადასაწყვეტად, არამედ იგი თავადვე გადაწყვიტონ. ამისათვის კი, მათ ესაჭიროებათ რაც შეიძლება მეტი ხარისხის თავისუფლება, რათა თავიანთი სურვილისამებრ გადაწყვიტონ მათ წინაშე მდგარი პრობლემები.

2. ლიბერალურმა მიდგომამ, რაც მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის ცნობაში გამოიხატა – ტრიუმფალური გამარჯვება იზემდა. როგორც სხვადასხვა ქვეყნის კანონმდებლობის და სასამართლო პრაქტიკის განხილვამ უჩვენა, საერთაშორისო კომერციულ გარიგებებში მხარეები ფაქტიურად შეუზღუდავნი არიან აირჩიონ მათთვის სასურველი ნებისმიერი სამართლებრივი სისტემა, მათ შორის „არანაციონალური სამართალიც“ (lex mercatoria), განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც ხელშეკრულებას თან ახლავს საარბიტრაჟო დათქმაც. საერთაშორისო არბიტრაჟები მათი არაეროვნული წარმომავლობის გამო განსაკუთრებით კეთილგანწყობილნი არიან lex mercatoria-ს მიმართ.

იგივე, ცხადია არ ითქმის არაკომერციული ხელშეკრულებების მიმართ, როგორცაა, მაგალითად, შრომის და სამომხმარებლო ხელშეკრულებები, სადაც მხედველობაში არ მიიღება თუნდაც ის ფაქტი, რომ მხარეებს სინამდვილეში სულაც არ ჰქონდათ კანონის გვერდის ავლის განზრახვა და მხარეთა მიერ „სხვა“ სამართლებრივი სისტემის არჩევა არც თვალთმაქცურ გარიგებას წარმოადგენდა. ეს გამოწვეულია იმით, რომ მხარეთა შეუზღუდავი თავისუფლება აირჩიონ ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართალი შეიძლება საშიში ინსტრუმენტი გახდეს ეკონომიკური ძალაუფლებით აღჭურვილი დიდი კომპანიის ხელში „სუსტი მხარის“ წინააღმდეგ. ასეთი შემთხვევის თავიდან ასაცილებლად, ბევრ მოწინავე ქვეყანაში და, ასევე, საქართველოში, მხარეთა თავისუფლება შეზღუდულია სხვადასხვა სახის სოციალური სახის იმპერატიული ნორმებით.

იდეა, იმის შესახებ, რომ სრულსაკოვან, ქმედუნარიან პირებს გააჩნიათ შეუზღუდავი სახელშეკრულებო თავისუფლება,⁴⁶⁰ დღევანდელ დღეს დაკარგა თავისი აქტუალურობა „სოციალური“ სახის ხელშეკრულებებში. როცა ადგილი აქვს სამომხმარებლო და შრომის ხელშეკრულებებს, ძნელია საუბარი მხარეთა რეალურ თავისუფლებაზე.

მხარეთა მიერ სამართლის არჩევის ცნობა დამოკიდებულია იმაზე, თუ რამდენად გადაწონის იგი იმ ინტერესებს, რომლებიც მოცემულია ხელშეკრულებასთან ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული ქვეყნის იმპერატიულ-დამცავ ნორმებში. საზოგადოების ინტერესები ყველაზე მეტად ასახულია სამომხმარებლო და შრომის ხელშეკრულებებში, სადაც მონაწილეობს „სუსტი მხარე“, ვიდრე კომერციულ ხელშეკრულებებში.

3. საერთაშორისო ხასიათის კომერციულ, ანუ ე.წ. თავისუფალ, ხელშეკრულებებში მხარეთა ნების ავტონომიის ფარგლები თითქმის შეუზღუდავია. კონტრაქტებს შეუძლიათ გვერდი აუარონ ნებისმიერი

⁴⁶⁰ Jessel, M.R., in *Printing & Numerical Registering Co. v. Sampson* (1875) L.R. 19 Eq. 462.

ქვეყნის შინაიმპერატიულ ნორმებს თუკი ისინი აირჩევენ სხვა ქვეყნის სამართალს. იგივე არ ითქმის lex fori-ს და, ზოგიერთ შემთხვევაში, მესამე ქვეყნის, პირდაპირი მოქმედების (ანუ საერთაშორისო ხასიათის იმპერატიულ) ნორმებზე, რომლებიც ნებისმიერ შემთხვევაში, უნდა იქნენ გამოყენებულნი, მიუხედავად იმისა, თუ რომელი ქვეყნის სამართლით წესრიგდება ხელშეკრულება.

რეალურად, მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპი, საერთაშორისო ხასიათის კომერციულ ხელშეკრულებებში, შეიძლება შეიზღუდოს მხოლოდ იმ შემთხვევაში თუკი კონტრაქტთა მიერ არჩეული უცხო ქვეყნის სამართლის ნორმების გამოყენება აშკარად შეუთავსებელი იქნება lex fori-ს საჯარო წესრიგთან (საქართველოს სკსკ მე-5 მუხლი). ასეთი შემთხვევები კი, როგორც მოწინავე ქვეყნების პრაქტიკის გაცნობა უჩვენებს, ძალზედ იშვიათი მოვლენაა.

4. ერთი შეხედვით ქართველმა კანონმდებელმა გაიზიარა მსოფლიოს მოწინავე ქვეყნების გამოცდილება და უყოყმანოდ ცნო მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპი საერთაშორისო ხასის კომერციულ ხელშეკრულებებში,⁴⁶¹ თუმცა რეალურად საქმე სხვაგვარადაა:

საქართველოს სკსკ-ის 35-ე III მუხლის მიხედვით „სამართლის არჩევა ჩაითვლება ბათილად, თუ იგი უგულებელყოფს ხელშეკრულებასთან ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული ქვეყნის სამართლის იმპერატიულ ნორმებს“.

თავიდანვე უნდა ითქვას, მსგავსი ნორმა არათუ გერმანიის სკსკ-ში, არამედ არცერთ სხვა მოწინავე ქვეყნის კანონმდებლობაში და საერთაშორისო კონვენციაში არ მოიპოვება. მიზეზი მარტივია: ის შედეგი, რაც ამ ნორმის გამოყენებას შეიძლება მოჰყვეს, სხვა არაფერია თუ არა **მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპის სრული უარყოფა**. აღნიშნული ნორმიდან გამომდინარე, კონტრაქტებს უფლება არ აქვთ აირჩიონ ნებისმიერი ქვეყნის სამართალი, რომელიც მათ მოესურვებათ (მათ შორის საქართველოს კანონმდებლობა), არამედ ისინი შეზღუდულნი არიან აირჩიონ მხოლოდ ხელშეკრულებასთან ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული ქვეყნის სამართალი რათა ამ უკანასკნელის „სამართლის იმპერატიულ ნორმების უგულებელყოფა არ მოხდეს“.

ცხადია, პრობლემა მარტივად გადაწყდებოდა, თუ არ იარსებებდა ხსენებული ნორმა, ასეთ შემთხვევაში სასამართლო დაეყრდნობოდა საქართველოს სკსკ-ის მე-6 მუხლს, რომლის შესაბამისადაც **„ამ კანონის დებულებები არ ვრცელდება საქართველოს იმპერატიული ნორმების მოქმედებაზე, მიუხედავად იმისა, თუ რომელი ქვეყნის სამართალი გამოიყენება ურთიერთობათა მოწესრიგებისას“**.

ამრიგად, სკსკ-ის მე-6 მუხლზე დაყრდნობით, სასამართლო ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად გამოიყენებდა იმ ქვეყნის

⁴⁶¹ იხ. საქართველოს სკსკ-ის 35-ე I მუხლი: „სახელშეკრულებო ურთიერთობიდან გამომდინარე უფლება-მოვალეობების განსაზღვრა, კერძოდ, ხელშეკრულებათა განმარტება, შესრულება, შეწყვეტა, აგრეთვე ბათილობის შედეგები, ვალდებულებათა დარღვევა, წინასახელშეკრულებო და ხელშეკრულების შემდგომი ვალდებულებების დარღვევის ჩათვლით, წესრიგდება მხარეების მიერ არჩეული ქვეყნის სამართლით“.

სამართალს რომელიც მხარეებმა აირჩიეს და დამატებით საქართველოს საერთაშორისო ხასიათის იმ იმპერატიულ ნორმებს (პირდაპირი მოქმედების ნორმებს), რომლის გამოყენებაც მოცემული სამართალურთიერთობის მიმართ საქართველოს კანონმდებლობით საგაღდებულა.

5. საქართველოს საერთაშორისო კერძო სამართლის კანონით (36-ე მუხლი) გაზიარებულ იქნა საერთაშორისო გამოცდილება და ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად უპირატესობა მიენიჭა მოქნილ მეთოდს. რამდენიმე ათეული წელია, რაც მსოფლიოს მოწინავე ქვეყნებმა უარი განაცხადეს ხისტი მეთოდზე. მოქნილი მეთოდის ასეთი დაგვიანებით აღიარება ძირითადად ორმა გარემოებამ გამოიწვია:

ა) ხისტი მეთოდის უდავო უპირატესობა მოქნილ მეთოდთან შედარებით ის იყო, რომ მას უფრო მეტი სიცხადე შეჰქონდა მხარეთა სამართლებრივ ურთიერთობაში, რაც ხელს უწყობდა საერთაშორისო სტაბილურობის ინტერესებს;

ბ) კონტინენტური ევროპის ქვეყნებში შიშობდნენ, რომ მოქნილი მეთოდისათვის უპირატესობის მინიჭების შემთხვევაში საკმაოდ იზრდებოდა მოსამართლის „დისკრეციული“ უფლება.⁴⁶² ასეთი იყო გაბატონებული აზრი არა მხოლოდ იმდროინდელ რუსეთში, არამედ მთლიანად კონტინენტურ ევროპაში.⁴⁶³ იმდროინდელ ევროპის ქვეყნებში, როგორც ეტყობა, მოსამართლეები დიდი ავტორიტეტით (განსხვავებით პროფესორებისაგან) არ სარგებლობდნენ და, შესაბამისად, არავის ჰქონდა სურვილი, მათთვის ესოდენ ფართო უფლებები მიენიჭებინა.

შემდგომში ევროპაში მნიშვნელოვნად შეიცვალა აზრი მოსამართლეებზე და აუცილებელ საჭიროებად იქნა აღიარებული

⁴⁶² როგორც საუკუნის დასაწყისში რუსი ცივილისტი *პოკროვსკი* აცხადებდა: არ უნდა ყოფილიყო გაზიარებული „თავისუფალი სამართლის“ (სამოსამართლეო სამართლის) იდეა, ვინაიდან იგი გათვლილი იყო „ზემოსამართლეზე“, „მოსამართლე-გმირზე“, რაც რეალობას საკმაოდ შორდებოდა. სინამდვილეში, რამდენი მოსამართლეცაა, იმდენი აზრი, კონცეფცია, იდეა და რწმენა არსებობს. ზოგიერთი მოსამართლე შეიძლება არ იზიარებდეს ქრისტიანულ მსოფლმხედველობას, შესაძლოა, ეთქვას, ნიცშეს ფილოსოფიის მიმდევარი იყოს და, ამდენად, ის ნანატრი „სამართლიანი გადაწყვეტილება“, რომელსაც ყველა ესწრაფვის თითოეული კონკრეტული სამართალურთიერთობის გადასაწყვეტად, განუხორციელებელი აღმოჩნდება. იხ. *Покровский, Основные проблемы гражданского права, Серия - Классика Российской Цивилистики (Статут), М., 1998, с. 98.*

⁴⁶³ XX საუკუნის 30-იან წლებში ცნობილმა გერმანელმა იურისტმა *ჰედემანმა* მკაცრად გააკრიტიკა გერმანიის სასამართლოების მიერ ზოგადი დათქმების გამოყენების პრაქტიკა. თავის მომცრო ნაშრომს, რომელიც ხსენებულ საკითხებს ეხებოდა, მან უწოდა: „ლტოლვა ზოგადი დათქმისაკენ – საშიშროება სახელმწიფოსა და სამართლისათვის“ (*Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, Eine Gefahr für Recht und Staat, 1933*), სადაც იგი გულმოდგინედ ამტკიცებდა, რომ ამგვარი სასამართლო პრაქტიკა და სამოსამართლეო დისკრეციის შეუზღუდავობა გამოიწვევდა სამართლებრივ ნორმათა, როგორც ხელისუფლების შეზღუდვის ინსტრუმენტის, სასიცოცხლო ფუნქციის ხელყოფას. უფრო დაწვრილებით იხ. *Zimmermann, Whittaker, Good Faith in European Contract Law (Cambridge University Press), 2000, p. 18-22.*

სამოსამართლო სამართლის არსებობა და განვითარება, ვინაიდან აღიარებულ იქნა, რომ უნაკლო და უზადო კანონი არ არსებობს.⁴⁶⁴

ამიტომ, ბოლო ათწლეულებში სულ უფრო მეტმა ქვეყანამ უპირატესობა მიანიჭა მოქნილი მეთოდის გამოყენებას (იგივეს თქმა შეიძლება საერთაშორისო კონვენციებზე). მიუხედავად იმ ცნობილი დადებითი მოვლენებისა, რაც ხისტ მეთოდს ახასიათებს, მას მაინც აქვს ერთი დიდი ნაკლი – იგი ხშირ შემთხვევაში არ იძლევა საშუალებას, მოსამართლემ ადეკვატურად მოაწესრიგოს კონკრეტული სახელშეკრულებო ურთიერთობა, რაც არ ითქმის მოქნილ მეთოდზე.

ამრიგად, სრულიად მართებულად მოიქცნენ საქართველოს საერთაშორისო კერძო სამართლის კანონის ავტორები, როდესაც მათ მხარი დაუჭირეს მოქნილი მეთოდის იმ ნაირსახეობას, რომელიც, „ყველაზე მჭიდრო კავშირის“ კონცეფციასთან ერთად, დამატებით, „პრეზუმფციების“ არსებობასაც ითვალისწინებს.⁴⁶⁵ ამით სიცხადის შეტანა ხდება სამართალურთიერთობაში – თუ რომელი სამართლებრივი სისტემა უნდა იქნეს, სავარაუდოდ, გამოყენებული ხელშეკრულების მოსაწესრიგებლად. საკითხისადმი ამგვარი მიდგომა სასარგებლოა როგორც კონტრაჰენტათვის, ასევე მოსამართლეებისთვის. ის მინიმალურად აუცილებელი სიცხადე, რაც მხარეებს სჭირდებათ, წინასწარ იცოდნენ, სავარაუდოდ, რომელი სამართლებრივი სისტემით მოწესრიგდება ხელშეკრულება, ამით უზრუნველყოფილია. გარდა აღნიშნულისა, მოსამართლეს ყოველთვის რჩება „უკანდასახევი გზა“, რათა კონკრეტული სამართალურთიერთობა სხვაგვარად, ადეკვატურად, მოაწესრიგოს, თუნდაც ამისათვის საჭირო გახდეს საქართველოს სკსკ-ის 36-ე მუხლით გათვალისწინებული პრეზუმფციებიდან გადახვევა.

6. ამავე დროს უნდა აღინიშნოს, რომ სულ მცირე იურიდიული ტექნიკის თვალსაზრისით საქართველოს სკსკ-ის 36-ე მუხლი უნდა დაიხვეწოს. ხსენებული მუხლით გათვალისწინებულია შემდეგი:

„ივარაუდება, რომ ხელშეკრულება ყველაზე მჭიდროდაა დაკავშირებული . . .“ სიტყვა „ივარაუდება“ ნიშნავს იმას, რომ აქ ადგილი აქვს მოქნილ და არა ხისტ ნორმას. პრეზუმფციით გამოყენებულ უნდა იქნეს იმ ქვეყნის სამართალი:

ა) სადაც მხარეს, რომელსაც დამახასიათებელი სახელშეკრულებო ვალდებულება უნდა შეესრულებინა, ხელშეკრულების დად-

⁴⁶⁴ კონტინენტური ევროპის ქვეყნებში, როდესაც მოსამართლე იყენებს კანონმდებლობის (კოდექსების) აბსტრაქტულ ნორმებს, იგი კონკრეტული საქმიდან გამომდინარე აკონკრეტებს, ავსებს და ასწორებს მათ. ეს სხვა არაფერია, თუ არა სამართალშემოქმედება. ამრიგად, მოსამართლე, რომელიც იყენებს სამართალს, იგი, ამავე დროს, ქმნის მას. წარსულს ჩაბარდა ის დრო, როდესაც *მონტესკიემ* განაცხადა, რომ „მოსამართლის ბაგეებით კანონი მეტყველებს“. როგორც *ბერუალმა* თქვა, კანონი – ეს ჯერ კიდევ არ არის სამართალი. დღეის მდგომარეობით შეუძლებელია იმის უარყოფა, რომ სასამართლოები სამართალშემოქმედებასაც ახორციელებენ. *Бержель, Общая Теория права, Перевод с французского. Чуршуква (Nota Bene), 2000, с. 536.*

⁴⁶⁵ აღნიშნული პრეზუმფციები ხომ გერმანული სამართლის ოჯახის ქვეყნების: გერმანიისა და შვეიცარიის სასამართლო პრაქტიკის წიაღში იშვა, ხოლო დასამალი არაა, რომ თანამედროვე ქართული სამართალი ყველაზე მეტად სწორედ გერმანული სამართლის გავლენას განიცდის.

ბისას ჰქონდა ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი ან ადმინისტრაციის რეზიდენცია (36-ე I მუხლი);

ბ) სადაც მიწის ნაკვეთი იმყოფება (36-ე II მუხლი);

გ) სადაც გადამზიდველს აქვს ძირითადი ადმინისტრაციის ადგილსამყოფელი (36-ე III მუხლი);

დ) სადაც დასაზღვევი რისკის ძირითადი ნაწილი არსებობს (36-ე IV მუხლი);

ივარაუდება, რომ გამოყენებულ იქნეს, არ ნიშნავს იმას, რომ ზემოაღნიშნული საკოლიზიო საბმელები აუცილებლად იქნეს გამოყენებული. სასამართლოს უფლება აქვს, განსაკუთრებულ შემთხვევაში, უარი თქვას კანონის 36-ე მუხლში ჩამოყალიბებულ სპეციალურ პრეზუმფციებზე, თუკი ხელშეკრულებასთან დაკავშირებული ყველა გარემოებების მხედველობაში მიღების შემდეგ დაადგენს, რომ გარიგება უფრო მჭიდროდ სხვა ქვეყანასთან არის დაკავშირებული.

სწორედ ზემოთ აღნიშნული პრინციპია ასახული საქართველოს სკსკ-ის 36-ე III მუხლში, სადაც საუბარია გადაზიდვის ხელშეკრულებაზე. აღნიშნული ნორმის ბოლო წინადადებაში ნათქვამია: *„სხვა შემთხვევებში მოქმედებს ამ მუხლის პირველი პუნქტით გათვალისწინებული პირობები“* ე.ი. ყველაზე მჭიდრო კავშირის კონცეფცია.

სამწუხაროა, რომ 36-ე მუხლთან დაკავშირებით ხსენებულ კანონში აშკარა ხარვეზია დაშვებული. როგორც ზემოთ აღინიშნა, ზოგიერთი სახის ხელშეკრულებების მიმართ გამოიყენება სპეციალური პრეზუმფციები (ვარაუდები), რომელთა გაქარწყლება სპეციალურია თუკი სასამართლო მივა იმ დასკვნამდე, რომ ხელშეკრულება უფრო მჭიდროდ დაკავშირებულია სხვა ქვეყანასთან. ამავე დროს იგივე აზრი, უფრო მკაფიოდ გადმოცემულია 36-ე III მუხლში, რომელიც ვრცელდება მხოლოდ გადაზიდვის ხელშეკრულებაზე. სრულიად გაუგებარია, იურიდიული ტექნიკის თვალსაზრისით, კანონმდებელმა ასეთივე დათქმა რატომ არ გააკეთა 36-ე მუხლის მე-2 და მე-4 პუნქტებთან მიმართებაში, სადაც საუბარია დაზღვევის და უძრავი ქონების გასხვისების ხელშეკრულებებზე.

ცხადია, კანონმდებელს ან ყოველი სპეციალური პრეზუმფციის მიმართ უნდა დაედგინა, რომ ისინი გაქარწყლებული იქნებიან თუკი საქმის გარემოებებიდან გამომდინარე აღმოჩნდება, რომ ხელშეკრულება უფრო მჭიდროდ სხვა ქვეყნის სამართლებრივ სისტემასთან არის დაკავშირებული, როგორც ეს გადაზიდვის ხელშეკრულების მიმართ გააკეთა, ან, რაც უფრო მართებული იქნებოდა, დამატებით, გაეთვალისწინებინა კიდევ ერთი ნორმა, ანუ 36-ე მუხლს დამატებოდა მე-5 პუნქტი, რომელიც უნდა ჩამოყალიბებულიყო შემდეგი სახით:

„პრეზუმფციები, რომლებიც წინამდებარე მუხლის პირველი პუნქტის მეორე წინადადებაში და ასევე მეორე, მესამე და მეოთხე პუნქტებში არის მითითებული არ მოქმედებს, თუ ხელშეკრულებას უფრო მჭიდრო კავშირი აქვს რომელიმე სხვა ქვეყანასთან“.

7. ალბათ, უკეთესი იქნებოდა თუკი ქართველი კანონმდებელი გარიგებისმიერი წარმომადგენლობის შესახებ ხელშეკრულებებთან (რწმუნებულება) მიმართებაში მოქნილ მეთოდს დაუჭერდა მხარს და მსგავსად შვეიცარიის და გერმანიის კანონებისა და ასევე, რომის

კონვენციისა, ცალკე ნორმას არ გაითვალისწინებდა წარმომადგენლობითი გარიგებების მიმართ. ასეთ შემთხვევაში ზემოაღნიშნული სამართლებრივი ურთიერთობის მიმართაც სკსკ-ის 36-ე II მუხლით გათვალისწინებული „დამახასიათებელი შესრულების“ ზოგადი კონცეფცია გაგრძელდებოდა.

8. მსოფლიოს მოწინავე ქვეყნებმა ნახევარი საუკუნეა, რაც მხარი დაუჭირეს მოქნილი მეთოდის გამოყენებას, თუმცა ამით ვერ დავასკვნით, რომ აღნიშნული პოზიცია ერთსულოვანია და არ არსებობს კვლავ ხისტი მეთოდის მხარდამჭერი საპირისპირო მოსაზრებები.

ევროგაერთიანების კომისიამ (*Commission of the European Communities*) 2005 წლის დეკემბერში გამოაქვეყნა წინადადებები ევროგაერთიანებაში საერთაშორისო კერძო სამართლის ვალდებულებითი ურთიერთობების შემდგომი კოდიფიკაციის შესახებ, რომლის მიხედვითაც, რომის 1980 წლის კონვენციასთან შედარებით განსხვავებულად უნდა მოწესრიგებულიყო მთელი რიგი საკოლიზიო საკითხებისა. რაოდენ უცნაურიც არ უნდა იყოს, რომის კონვენციისგან განსხვავებით, რომი I რეგლამენტის პროექტის ავტორებმა მხარი დაუჭირეს ხისტი მეთოდის გამოყენებას იმ შემთხვევაში, თუ მხარეებმა თავად არ აირჩიეს ხელშეკრულების მომწესრიგებელი სამართალი. აღნიშნულმა პროექტმა დიდი ვნებათაღელვა გამოიწვია სამეცნიერო და სამეწარმეო წრეებში.

საბოლოოდ, საღმა აზრმა გაიმარჯვა და რომი I რეგლამენტის წარდგენილმა პროექტმა მნიშვნელოვანი ცვლილებები განიცადა მოქნილი მეთოდის გამოყენების სასარგებლოდ. ამრიგად, ევროპის პარლამენტმა და საბჭომ 2008 წლის 17 ივნისს შესწორებული სახით მიიღეს რეგლამენტი: „სახელშეკრულებო ვალდებულებებისადმი გამოსაყენებადი სამართლის შესახებ“, რომელმაც 2009 წლის 17 ივნისს შეცვალა რომის 1980 წლის კონვენცია.

სამართლებრივი შედეგით, რომის 1980 წლის კონვენციის მე-4 მუხლი და რომი I რეგლამენტის მე-4 მუხლები ერთმანეთისგან არ განსხვავდება.

ამრიგად, ევროგაერთიანების მიერ მოქნილი მეთოდი კვლავ შენარჩუნებულ და მხარდამჭერი იქნა.

9. ამრიგად, მოწინავე მსოფლიომ რამდენიმე ათეული წელია რაც აშკარად მხარი დაუჭირა მოქნილ მეთოდს, რომელიც გამოყენებულ უნდა იქნეს კომერციულ ხელშეკრულებებთან მიმართებაში, რაც შეიძლება გამოვლინდეს როგორც მხარეთა მიერ სამართლის არჩევაში, ასევე, ასეთის არარსებობის შემთხვევაში, დამახასიათებელი შესრულების ან ყველაზე მჭიდრო კავშირის კონცეფციის გამოყენებაში. ერთადერთი გამონაკლისია სამომხმარებლო და შრომის ხელშეკრულებები, სადაც მხარეთა ნების ავტონომიის პრინციპი, შესაბამისად მოქნილი მეთოდის გამოყენებაც, გარკვეულწილად, შეზღუდულია.

გამოყენებული ლიტერატურა:

1. *ახელედიანი, ზურაბი*, ვალდებულებითი სამართალი (სამართალი) თბ., 1998.
2. *გაბისონია, ზვიადი*, საინვესტიციო დავის მონაწილე იურიდიულ პირთა იურისდიქცია (მერიდიანი) თბ., 2002.
3. *გაბისონია, ზვიადი*, საერთაშორისო კერძო სამართალი, თბ., 2006.
4. *გაბისონია, ზვიადი*, მხარეთა ნების ავტონომიის ცნება საერთაშორისო კერძო სამართალში, „სამართალი“, №8, გვ. 9-11.
5. *გამყრელიძე, სულხან*, საერთაშორისო კერძო სამართლის შესავალი, წიგნი პირველი (ბონა კაუზა) თბ., 2000.
6. *დავიდი, რენე*, თანამედროვეობის ძირითადი სამართლებრივი სისტემები, თ. ნინიძის თარგმანი (განათლება) , თბ., 1999.
7. *ზაალიშვილი, ვახტანგ*, საკანდიდატო დისერტაცია: „სახელშეკრულებო კოლიზიური სამართალი ევროპული კავშირისა და ქართული კანონმდებლობის მიხედვით“ (ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი) 2005 წელი.
8. *ზარანდია, თამარი*, სახელშეკრულებო ვალდებულებების შესრულების ადგილი და ვადები (ჯისიაი) თბ., 2005.
9. *ზოიძე, ბესარიონი*, ევროპული კერძო სამართლის რეცეპცია საქართველოში (საგამომცემლო საქმის სასწავლო ცენტრი), თბ., 2005.
10. *ინწკირველი, გივი*, სახელმწიფოსა და სამართლის თეორია (თსუ) თბ., 2000.
11. *იოსელიანი, ალექსანდრე*, ნების ავტონომია საერთაშორისო კერძო სამართალში, ცხოვრება და სამართალი №3, 1998, გვ. 78-82.
12. *იოსელიანი, ალექსანდრე*, რომის კონვენცია: სამართალი, რომელიც გამოიყენება სახელშეკრულებო ვალდებულებების მიმართ, მაცნე, №1, 1998, გვ. 49-58.
13. *იოსელიანი, ალექსანდრე*, საერთაშორისო კერძო სამართლის ევროპეიზაცია, სამართლის აქტუალური საკითხები, №1, 1999, გვ. 41-47.
14. *იოსელიანი, ალექსანდრე*, „კეთილსინდისიერების პრინციპი სახელშეკრულებო სამართალში, შედარებით – სამართლებრივი გამოკვლევა“, ქართული სამართლის მიმოხილვა, სპეციალური გამოშვება, 2007, გვ. 13-72.
15. *ენიპერი, როლფი*, საერთაშორისო სამოქალაქო საპროცესო სამართალი: სასამართლო გადაწყვეტილებათა ცნობა (აღიარება) და აღსრულება ევროკავშირის სამართალთან მიმართებაში, თენგიზ ლილუაშვილი, საიუბილეო კრებული. რედ. ხრუსტალი. თბ., 2003. გვ. 31-47.
16. *ენიპერი, იუდიტი*, კანონის ინტერპრეტაცია როგორც მოსამართლეების მიერ გადაწყვეტილების მიღების საფუძველი, ქართული სამართლის მიმოხილვა, 1999 – მესამე კვარტალი, გვ. 69-74;

17. *კორკელია, კონსტანტინე*, საერთაშორისო ხელშეკრულება საერთაშორისო და შიდასახელმწიფოებრივ სამართალში, თბ., 1998.
18. *ლილუაშვილი, ვია*, ნასყიდობა აშშ-ს ერთგვაროვანი სავაჭრო კოდექსის მიხედვით, სამართალი №11-12, 1997, გვ. 31-37.
19. *ლილუაშვილი, თენგიზი*, საერთაშორისო კერძო სამართალი (ჯისიია) თბ., 2000.
20. *ღობჯანიძე, გივი*, სახელმწიფოსა და სამართლის თეორია, ქუთაისი, 2002.
21. *საგანელი, ბიძინა*, სამართლის თეორია, თბ., 1997.
22. *ცერცვაძე, გიორგი*, საერთაშორისო არბიტრაჟი (შედარებითი ანალიზი) (ბონა კაუზა), თბ., 2008.
23. *წკრიალაშვილი, გიორგი*, უნივერსალის მოდელური კანონის როლი საერთაშორისო კერძო არბიტრაჟის განვითარების საქმეში, ქართული სამართლის მიმოხილვა, №1. 1999, გვ. 50-65.
24. *ჭანტურია, ლადო*, შესავალი საქართველოს სამოქალაქო სამართლის ზოგად ნაწილში (სამართალი) თბ., 1997.
25. *ხოფერია, ნინო*, საქართველოს ახალ სამოქალაქო საპროცესო კანონმდებლობაში შეჯიბრებითობისა და დისპოზიციურობის პრინციპთა თანაფარდობის პრობლემები, სერგო ჯორბენაძე, საიუბილეო კრებული, თბ., 1996, გვ. 259-264.
26. *ხუბუა, გიორგი*, სამართლის თეორია (მერიდიანი), თბ., 2004.
27. *ჯანხოთელი, გრიგოლი*, საერთაშორისო კერძო სამართალი, თბ., 2003.
28. *ჯორბენაძე, სერგო*, „საქართველოს მომავალი სამოქალაქო კოდექსის ძირითადი პრობლემები“, სამართლის რეფორმა საქართველოში (თსუ) თბ., 1994, გვ. 139-175.
29. *Ануфриева, Л. Д.*, Международное частное право, Особенная часть, Т. 2. (БЕК) М., 2000.
30. *Беллинг, Г.*, Судейское независимость и приемлемость судебных решений сторонами – ведение заседания суда, переговоры о мировом соглашении и мирное урегулирование спора, Законная сила судебных решений и их пересмотр, Тбилиси, 2003, с. 111-114.
31. *Бержель, Ж. Л.*, Общая Теория права, Перевод с французского Г.В. Чуршукова (Nota Bene) М.: 2000.
32. *Богуславский, М. М.*, Коллизионные вопросы обязательственных правоотношений во внешней торговле СССР. Правовое регулирование внешней торговли СССР. М., 1960.
33. *Богуславский, М. М.*, Международное частное право (Международные отношения) М., 1994.
34. *Вольф, М.*, Международное частное право, перевод с английского, (Иностранная литература) М., 1948.
35. *Воробьев, А. А., Воробьев, А. Б.*, Арбитражный суд в Лондоне - Сравнительно-правовое исследование, М., 2000.
36. *Вилкова, Н.*, Гаагская конвенция 1978 года о праве, применимом к договорам с посредниками и представителями (агентским договорам), Хозяйство и право 1997 г. № 12. с. 139-147.

37. *Вилкова, Н.*, Договорное право в международном обороте (Статут) М., 2002.
38. Гражданское уложение Германии, Книга 1, перевод с немецкого, Бергманн введ., сост., науч. редактор Маковский (Волтерс Клувер) М., 2006.
39. *Дмитриева, Г.К., Филимонова, М.Ф.*, Международное частное право, действующие нормативные акты (ИМПЭ) М., 1999.
40. Единообразный торговый кодекс США, перевод с английского, Международный центр финансово – экономического развития, Москва, 1996.
41. *Канашевский, В.А.*, Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование (Волтерс Клувер) М., 2010.
42. *Кох, Х., Магнус, П., Винклер фон Моренфельс,* Международное частное право и сравнительное правоведение (международные отношения), М., 2001.
43. *Кёти, Х., Лорман, Ф.*, Международное договорное и хозяйственное право, Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии (БЕК), Бергманн введ., сост., М., 2001 с. 229-242.
44. *Кудашкин В.В.*, Актуальные вопросы международного частного права (Волтерс Клувер) М., 2004.
45. *Лунц, Л. А.*, Международное частное право. Общая часть (Юридическая литература) М., 1973.
46. *Лунц, Л. А.*, Международное частное право, Особенная часть (Юридическая литература) , М., 1975.
47. *Лунц Л. А., Марышева, Н.И.*, Курс международно частного права. Т. 3. (Юридическая литература) М., 1973.
48. *Макаров, А. Н.*, Международное частное право. М., 1924.
49. Международное частное право. Иностранное законодательство, Предисл. Маковского; сост. и науч. ред. Жильцов/Муранов (Статут) М., 2001.
50. *Мосс, Д. К.*, Автономия воли в практике международного арбитража (Норск гидро) М., 1996.
51. *Покровский, И. А.*, Основные проблемы гражданского права, Серия <Классика Российской Цивилистики> М., (Статут) 1998.
52. Принципы международных коммерческих договоров, перевод с англ. А.С. Комарова, (Международный центр финансово-экономического развития) М., 1996.
53. *Раане, Л.*, Международное частное право, перевод с немецкого, (Иностранное литература) М., 1960.
54. *Рамзайцев, Д. Ф.*, Внешнеторговый арбитраж СССР, М., 1957.
55. *Роземберг, М. Г.*, Международный договор и иностранное право (Статут) М., 2000.
56. *Рубанов, А. А.*, Автономия воли в международном частном праве как теоретическая проблема, Советский ежегодник международного права. М., 1985, с. 214-228.
57. *Санфилиппо, Ч.*, Курс римского частного права, перевод с итальянского (БЕК) М., 2000.
58. *Уотшемб Т., Парратоу, К.*, Количественные методы в финансах, Перевод с английского, М., 1992.
59. *Фисенко, И. В.*, Международная торговля. Международный гражданский процесс (Амалфея) Минск, 1999.

60. Цвайгерт, К. Кёту, Х., Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. I. перевод с немецкого (Международные отношения) М., 1998.
61. Цвайгерт, К. Кёту, Х., Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права, Т. II. перевод с немецкого (Международные отношения) М., 1998.
62. Чешир, Дж, Норт, П., Международное частное право, перевод с английского (Прогресс) М., 1982.
63. Шак, Х., Международное гражданское процессуальное право (БЕК), М., 2001.
64. Эбке, В. Ф., Международное валютное право, перевод с немецкого (Международные отношения) М., 1997.
65. *Ansary T., Scheider, E., The Private International Law of Turkey (NILR) 1990, pp. 139-161.*
66. *Badikov, Mikhail R., The Russian Civil Code and the Rome Convention: applicable law in the absence of choice by the parties, Journal of Private International Law, 2005, Vol. 1 No. 2, pp. 269-289.*
67. *Baniassadi, Mohammad Reza, Do mandatory rules of public law limit choice of law in international commercial arbitration? International Tax & business lawyer 1992, vol. 10:59. p. 59-84.*
68. *Bar, Ludwig, The theory and practice of private international law, 2d ed., rev. and enl. Tr. by G. R. Gillespie. (W. Green & Sons) Edinburgh, 1892.*
69. *Beal, Joseph H., A Treatise on the Conflicts of Laws, 3. vols. New York, 1935.*
70. *Berger, Klaus Petrer, The Creeping Codification of the Lex Mercatoria (Kluwer Law International) Hague, 1999.*
71. *Berger, Klaus Petrer, The Modern Trend Towards Exclusion of Recourse Against Transnational Arbitral Awards: A European Perspective, 12 Fordham ILJ (1989) no. pp. 605-657.*
72. *Blom, Joost, Choice of Law Methods in the Private International Law of Contract // The Canadian Yearbook of International Law 1978 Vol. XVI, pp. 230-275.*
73. *Bonell, Michael Joachim, An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2nd enl. ed (Transnational Publishers) Irvington-on-Hudson, New York, 1997.*
74. *Bonomi, Andrea, The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations, Yearbook of Private International Law, Vol. X 2008, pp. 165-176.*
75. *Bonomi, Andrea, Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts, Yearbook of Private International Law, Vol. X 2008, pp. 285-300.*
76. *Burman, Harold S., International Conflict of Laws, The 1994 Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, and Trends for the 1990s, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 28 1995, pp. 367-387.*
77. *Cheshire, Geoffrey Chevalier & North, Peter Machin, Cheshire's Private International Law, ed. 10, London, 1979.*
78. *De Boer, M., The ECC Contracts Convention and the Dutch Courts. A Methodological Perspective, 54 RabelsZ (1990) pp. 24-62.*
79. *Delaume, Georges R., Transnational Contracts, Applicable Law and Settlement of Disputes (1989), vol. II.*

80. *Delaume, Georges R.*, What is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma, *International and Comparative Law Quarterly*. Vol.28 1979, pp. 258-279.
81. *Derains, Yves*, Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration, in P.Sanders, ed., *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress series, n.3 (1987).
82. *Diamond, Aubrey L.*, Conflict of laws in EEC, 32 *Current Leg. Probs.*, 1979 pp. 155-177.
83. *Dicey, Albet Venn & Morris, John Humphrey Carlil, (- Collins)*, "Dicey and Morris on the Conflict of Laws", ed. 10, London, 1980.
84. *Dickson, Brice*, The Reform of Private International Law in the Federal Republic of Germany, 34 *ICLQ*, 1985, pp. 231-266.
85. *Dolinger, Jacob*, World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws, 17 *Texas ILJ* (1982) no.2, pp.167-193.
86. *D'Oliveria, Hans Ulrich Jessurun*, Characteristic Obligation in the Draft EC Obligation Convention, 25 *Am. Jo. Com. L.* 1977, pp. 303-317.
87. *Drobnig, Urlich*, American-German Private International Law, *Bilateral Studies in Private International Law*, No.4, ed.2, (Dobbs Ferry) N.Y., 1972.
88. *Dutoit, Bernard*, The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts, *European Private International Law*, (ed.) Hoffmann Bernd von. 1998, p. 39-65.
89. *Ebrahimi, Seyed Nasrollah*, *Mandatory Rules and other Party Autonomy Limitations* (Athena Press), London, 2005.
90. *Eek, Hilding*, *The Swedish Conflict of Laws* (Martinus Nijhof) The Hague, 1965.
91. *Ehrenzweig, Albert A.*, *A Treatise on the Conflict of Laws* (West Publishing Co.) 1962.
92. *Ehrenzweig, Albert A. & Jayme, Erik*, *Private International law*, Vol. III, Leiden, 1977.
93. *Gamillscheg, Franz*, Rules of Public Order in Privete International Labour Law, *Recueil des Cours*, Tome 181, 1983 (Martinus Nijhoff Publishers) The Hague/Boston/ London, pp. 287-347.
94. *Giuliano, Mario & Lagarde, Paul*, Report on the Convention on the Applicable to Contractual Obligations. Official Journal No L 266 of 9 1980. A5.24, 3.
95. *Goldmann, Berthold*, The Applicable Law: General Principles of Law - The Lex Mercatoria, (Chapter 10) *Contemporary Problems in International Arbitration*, 1985, pp. 113-125.
96. *Graver, Jack M.*, Party Autonomy in Choice of Commercial Law: The Failure of Revised U.C.C. § 1-301 and a Proposal for Broader Reform, *Seton Hall Law Rewiew*, Vol. 36:59 (2005).
97. *Graverson, Roland H.*, *Conflict of Laws - Private International Law* (Sweet & Maxwell) ed. 7, London, 1974.
98. *Guest, A. G.*, (ed.), *Chitty on Contracts* (Sweet & Maxwell) London, 1989.
99. *Harris, Jonathan*, Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation, (eds) Franco Ferrari, Stefan Leible, *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, 2009, pp. 269-342.
100. *Hay, Peter*, The "The Situs Rule in European and American Conflicts Law: Comparative Notes," in P. Hay & M. H. Hoeflich, eds., *Legal Essays in Honor of John E. Cribbet* (1988) pp. 109-132.

101. *Heiss, Helmut*, Party Autonomy, (eds) Franco Ferrari, Stefan Leible, Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, 2009, pp. 1-16.
102. *Hochstrasser, Daniel*, Choice of Law and “Foreign” Mandatory Rules in International Arbitration, 11 Jo. Int. Arb. (1994) no. 3, pp. 57-86.
103. *Jackson, David*, Mandatory Rules, Rules of Order “Public”, P.North, (ed). Contract Conflicts, The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations. A comparative Study (1982) pp. 59-79.
104. *Jaffey, Anthony J. E.*, The English Proper Law Doctrine and EEC Convention, International and Comparative Law Quarterly, 1984 Vol. 33, pp. 531-557.
105. *Jayme, Erik*, Rome Convention on the Applicable to Contractual Obligations (1980), ed. Petar Sarcevic, International Contracts and Conflicts of Laws (Graham & Trotman/Martinus Nijhoff) 1990, pp. 36-50.
106. *Juenger, Friedrich K.*, American and European Conflicts Law, 30 American Journal of Comparative Law, 1982, pp. 117-133.
107. *Juenger, Friedrich K.*, The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons, Am. Jo.of Comp. Law, 1994 Vol. 42, No. 2, pp. 381-393.
108. *Juenger, Friedrich K.*, The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts and Inter-American Contract Choice of Law, *Contratación internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidriot*, Unversidad Nacional Autónoma de México - Unversidad Panamericana (1998) pp. 229-236.
109. *Kalensky, Pavel*, Jus Cogens and the Law of International Trade, in Essays on the Law of International Trade, Hague-Zagreb Colloquium, 1976.
110. *Kaye, Peter*, The New Private International Law of Contract of the European Community (Dartmouth), Aldeshot/Brookfield USA/Hong Kong/Singapore/Sydney/ 1993.
111. *Kegel, Gerhard*, The Role of Public Law in Private International Law: German Report, ed. Klein Frederic-Edouard. Basle Symposium on the Role of Public Law in Private International Law, 1991, pp. 29-63.
112. *Kofler, Stefan*, Austrian Conflict of laws in International Business Transactions, Comparartive Law Yearbook of International Business, 1994 Vol. 16. pp. 289-296.
113. *Kokkini-Iatridou, Dimitra*, Contracts for the Transfer of Technology, 6 Hague-Zagreb Essays on Law of International Trade, nr. 6, (T.M.C. Asser Instituut/Martinus Nijhoff 1987), pp. 265-298.
114. *Lalive, Pierre*, Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration, in Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, 1987, ed. Peter Sanders, ICC Congres Series 3, pp. 257-317.
115. *Lando, Ole*, The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration, Intern. and Comp. Law Quart, 1985 Vol. 34, pp. 747-768.
116. *Lando, Ole*, The ECC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, 24 CMLR, 1987, p. 159-181.
117. *Lando, Ole*, The Conflict of Laws of Contracts, General Principles, Recueil Des Cours VI, 1984 (Kluwer Law International) Dordrecht/Boston/London, 1988, pp. 225-448.
118. *Lando, Ole*, The 1955 and 1985 Hague Convention on The Law Applicable to the International Sale of Goods,1993 Vol. 57 RabelsZ, 155-174.

119. *Lando, Ole & Beal, Hugh* The Principles of European Contract Law, Part I, Dordrecht/Boston/London, 1995.
120. *Lando, Ole*, The 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Sales, *RabelsZ* 51 (1997), pp. 60-85.
121. *Lando, Ole*, The Principles of European Contract Law and the Lex mercatoria, J. Basedow et al., eds., Private Law in the International Arena – Liber Amicorum Kurt Seibr (T.M.C. Asser Press) The Hague, The Netherlands, 2000, pp. 391-404.
122. *Lando, Ole / Nielsen, Peter Arnt*, The Rome I Proposal, *Journal of Private International Law*, Vol. 3 No. 1, 2007, pp. 29-51.
123. *Lasok, D., & Stone, A.P.*, Conflict of Laws in the European Community (Professional Books) Abingdon, 1987.
124. *Lein, Eva*, The New Rome I / Rome II / Brussels I Synergy, *Yearbook of Private International Law*, Vol. X 2008, pp. 177-198.
125. *Lew, Julian D.M.*, Applicable Law in International Commercial Arbitration (Oceana Publications) N. Y., 1978.
126. *Lipsten, Kurt*, Characteristic Performance, A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the EEC, 3 *Northwestern Jo. of Int. Law & Business*, 1981, pp. 402-412;
127. *Magnus, Ulrich*, Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice, (eds) Franco Ferrari, Stefan Leible, Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, 2009, pp. 27-50.
128. *Mann, Frederick Alexander*, "Lex Facit arbitrum", in *International Arbitration, Liber Amicorum for Martin Domke*, 1967, 157-183.
129. Mayer, Pierre, Mandatory Rules of Law in International Arbitration, 2 *Arb. Int.* (1986) no. 4. pp. 274-293.
130. *Mehren, Arthur Taylor*, Explanatory Report on the 1986 Hague Sales Convention. <http://hcch.e-vision.nl/upload/expl31.pdf> (03.03.2007).
131. *Morris, John Humphrey Carlil*, Conflict of Laws, London, 1971.
132. *Morse, C. G. J.*, Consumer Contracts, Employment Contracts and The Rome Convention, *International and Comparative Law Quartely*, 1992 Vol. 41, pp. 1-21.
133. *Mosconi, Franco*, Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules // 217 *Hague Recueil* (1989-V), pp. 9-214.
134. *Munz, Martin*, Getting around the Strict German Provisions regarding Standardized Contracts, *Comparative Law Yearbook of International Business*, Vol. 19. 1997, pp. 297-308.
135. *Nadelmann, Kurt H.*, Mancini's Nationality Rule and Non-Unified Legal Systems: Nationality versus Domicile, *American Journal of Comparative Law*, 1969, Vol. 17, p. 418-451.
136. *Naon, Grigera Horacio*, International Contract Law, "Lois de Police" and Self-applying Rules: An Argentinian Outlook, 19 *Vortage, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut* (1983), pp. 4-25.
137. *North, Peter*, Reform, but not Revolution. *General Course on Private International Law*, 220 *Hague Recueil* (1990-I), pp. 9-288.
138. *Nygh, Peter*, *Autonomy in International Contracts* (Oxford University Press) New York, 1999.
139. *Palmer, Edith*, The Austrian Codification of Conflicts Law, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 28 1980, pp. 197-221.

140. *Parra-Aranguren, Gonzalo*, General Course of Private International Law: Selected Problems, 210 Hague Recueil, 1988-III, (Kluwer Law International) Dordrecht/Boston/London, 1989, pp. 9-223.
141. *Patocchi, Paolo Michele*, Characteristic Performance: A New Myth in the Conflict of Laws Some Comments on a Resent Concept in the Swiss and European Private International Law of Contract? *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bale/Frnacfort-sur-le Main, 1993, pp. 113-131.
142. *Philip, Allan*, Resent Provisions on Mandatory Laws in Private International Law, in *Festschrift K. Lipstein* (1980) 241-249.
143. *Plender, Richard*, The European Contracts Convention (Sweet & Maxwell) London, 1991.
144. *Pocar, Fausto*, The Unification of Conflict of Laws Rules on Contracts in Europe, *Essays on European and Israel*, (ed). A.M. Rabello 1996, pp. 869-876.
145. *Rabel, Ernst*, The Conflict of Laws – A Comparative Study, II ed. 2 by Drobnig (Ann Arbor) vol. II. 1960.
146. *Raeschke-kessler, Hilmar*, Should an Arbitrator in an International Arbitration Procedure Apply the UNIDROIT Principles?, in: UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?, ICC Publication No. 490/1 (1995) pp. 167-180.
147. *Redfern, Alan & Hunter, Martin*, Law and Practice of International Commercial Arbitration, London., 1991.
148. *Rühl, Giesela*, Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Covergence and Economic Efficiency, CLPE Research Paper 4/2007 Vol. 03 No. 01, 2007.
149. *Salerno, Francesco*, The Brussels Jurisdiction and Enforcement Convention, (Ed.) Hoffmann Bernd. *European Private International law*, 1998 pp. 115-158.
150. *Samuel, Adam*, The New Swiss Private International Law, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 37 1988, No. 3. pp. 681-695.
151. *Savigny, Friedrich Carl*, A Treatise on the Conflicts of Laws, 2ed. trans. from German by Gutrie, Edinburgh, 1880.
152. *Schultsz, Jan C.*, Dutch Antecedents and Parallels to Article 7 of the EEC Contracts Convention of 1980, 1983 Vol. 47 *RabelsZ.*, pp. 167-283.
153. *Steindorff, Ernst*, Autonomy of Contracting Parties in Interstate Commerce – An Economic Evaluation, in: UNIDROIT (ed.), *New Directions in International Trade Law*, 2 Vols., New York 1977, pp. 517-530.
154. *Story, Joseph*, *Commentaries on the Conflict of Laws*, ed. 3, Boston, 1846.
155. *Verhagen, Hendrikus L.E.*, *Agency in Private International Law. The Hague Convention on the Law Applicable to Agency* (Martinus Nijhoff), The Hague/Boston/London 1995.
156. *Vischer, Frank*, The Concept of the Characteristic Performance Reviewed // "E Pluribus Unum", (ed). Borrás, 1996, pp. 499-519.
157. *Westlake, John*, *Private International Law*, ed. 5, London, 1912.
158. *Westlake, John*, *A treatise on private international law, with principal reference to its practice in England*, London (Sweet & Maxwell) 1912.
159. *Winter, L.I. de.*, Nationality of domicile? the present state of affairs, *Recueil des cours* (1969), volume 128 , issue III, p. 347-503.

160. *Zhang*, Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law, *Emory International Law Review*, Vol. 20 2006, pp. 511-561.
161. *Zhislov, Alexei*, Mandatory and public policy rules in international commercial arbitration, *Netherlands International Law Review*, 1995, XLII, pp. 81-119.
162. *Zimmermann, Reinhard & Whittaker, Simon*, Good Faith in European Contract Law (Cambridge University Press), 2000.
163. *Zweigert, Konrad., Kötz, Hein*, Introduction to Comparative Law (Clarendon press, Oxford, translated from the German by Tony Weir), Third revised edition, 1998, pp. 358-359.

კანონები:

1. 1998 წლის 1 ოქტომბრის საქართველოს საერთაშორისო კერძო სამართლის კანონი (№1362-II). გამოქვეყნებულია საქართველოს პარლამენტის უწყებანი 1998 წელი – №19-20.
2. 1997 წლის 25 ნოემბრის საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი (№ 786). გამოქვეყნებულია საქართველოს პარლამენტის უწყებანი, 1997 წელი - №31.
3. 1964 წლის 26 დეკემბრის საქართველოს სსრ სამოქალაქო სამართლის კოდექსი. მიღებული საქართველოს სსრ მეექვსე მოწვევის უმაღლესი საბჭოს მეოთხე სესიაზე 1964 წლის 26 დეკემბერს (საქართველოს სსრ უმაღლესი საბჭოს უწყებები, 1964, №36, მუხ. 662).
4. 1997 წლის 14 ნოემბრის საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი (№ II06 – II). გამოქვეყნებულია საქართველოს პარლამენტის უწყებანი, 1997 წელი – № 47-48.
5. 1997 წლის 17 აპრილის „კერძო არბიტრაჟების შესახებ“ საქართველოს კანონი (№656-III). გამოქვეყნებულია საქართველოს პარლამენტის უწყებანი, 1997 წელი – (№17-18).
6. 2009 წლის 19 ივნისის „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონი (1280 – II). კანონი ამოქმედდა 2010 წლის 1 იანვრიდან.