

გამიჯვნის პრინციპი ქართულ სანივთო სამართალში

გიორგი რუსიაშვილი

თინათინ წერეთლის სახელობის სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტის მეცნიერი თანამშრომელი, თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის ასისტენტ-პროფესორი

I. შესავალი

მოცემული სტატიის თემას წარმოადგენს გამიჯვნის პრინციპის მოქმედება ქართულ სანივთო სამართალში, ანუ საკითხი, შეიძლება თუ არა, ჰქონდეს ამ პრინციპს რაიმე თავისთავადი მნიშვნელობა და მოიტანოს სარგებელი სამართლის სისტემაში, სადაც აბსტრაქციის პრინციპი ცალსახად უკუგდებულია.

ზოგადად, განსხვავებული პრინციპები, რომელთა მიხედვითაც ხელმძღვანელობენ თანამედროვე სამართლის სისტემები საკუთრების გადაცემისას, შემდეგია: 1. კონსენსუალობის პრინციპი, რომელიც გულისხმობს იმას, რომ საკუთრება მხოლოდ ვალდებულების ძალით გადადის, *solo consensu*. კონსენსუალობის პრინციპის სამართლის სისტემებში მოქმედებს ასევე ერთიანობის პრინციპი, გადადის რა საკუთრება ვალდებულების ძალით, არსებობს კიდევ მხოლოდ ეს ერთი, ვალდებულებითი გარიგება, რომელიც აუცილებელია, მაგრამ ამავე დროს საკმარისია სანივთო სამართლებრივი მდგომარეობის შესაცვლელად.¹ 2. კონსენსუალიზმის პრინციპს უპირისპირდება ტრადიციის პრინციპი — საკუთრების გადასაცემად ვალდებულებითი გარიგების გარდა, აუცილებელია ასევე ნივთზე მფლობელობის გადაცემა.² 3. უფრო შორს მიდის გამიჯვნის პრინციპი —

არსებობს არა მხოლოდ ვალდებულებითი, არამედ ასევე სანივთო გარიგებაც და საკუთრების გადაცემა ხდება სწორედ ამ სანივთო გარიგებით. მიმართება სანივთო და ვალდებულებით გარიგებებს შორის წარმოადგენს შემდეგი ორი პრინციპის — კაუზალობისა და აბსტრაქციის — ერთმანეთისაგან გამიჯვნის მიზეზს. 4. კაუზალობის პრინციპის მიხედვით, მიუხედავად იმისა, რომ სანივთო გარიგება გამიჯნულია ვალდებულებითისაგან, ეს უკანასკნელი მაინც არის მისი ნამდვილობის წინაპირობა, მისი კაუზა — ვალდებულებითი გარიგების ნამდვილობის გარეშე შეუძლებელია საკუთრების გადაცემა.³ 5. სანივთო გარიგების ვალდებულებითისაგან დამოუკიდებელ ნამდვილობას, ანუ მის აბსტრაქტულ ბუნებას, აღიარებს აბსტრაქციის პრინციპი (მაგ., გსკ-ის 929-ე პარაგრაფი).

გერმანული სანივთო სამართლის რეცეფციისას ქართულმა საკანონმდებლო კომისიამ და მისმა *spiritus rector*-მა ბრემენელმა პროფესორმა როლოფ კნიპერმა ეს უკანასკნელი პრინციპი ცალსახად უკუაგდეს. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 18-ე მუხლში ერთმნიშვნელოვნადაა გამყარებული ვალდებულებითი მოთხოვნის აუცილებლობა (კაუზალური გარიგება) მოძრავ ნივთზე საკუთრების გადასვლისათვის, ისევე, როგორც თავად ნივთის გადაცემა (*traditio*). ამით აბსტრაქციის პრინციპის მოქმედება თავიდანვე გამორიცხულია. ასე ცალსახა არ არის გამიჯვნის პრინციპის საკითხი. იურიდიულ ლიტერატურაში ამასთან დაკავშირებით გამოთქმული მოსაზრებები ორად იყოფა,⁴ ხოლო სასამართლო პრაქტიკა ძირითად

1 ეს სისტემა მოქმედებს, მაგალითად, საფრანგეთში: საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის 711-ე მუხლი: საკუთრება ნივთებზე მოიპოვება და გადაიცემა მემკვიდრეობით, ჩუქებით ან ანდერძის ძალით, ისევე როგორც ვალდებულების ძალით.

(მე. რედაქციის) 1138-ე მუხლი: 1) ნივთის გადაცემის ვალდებულება წარმოიშობება ხელშეკრულების მხარეთა ურთიერთმფარავი ნების გამოხატვით. 2) ეს ხდის კრედიტორს მესაკუთრედ და აკისრებს მას ნივთის დაღუპვის რისკს იმ მომენტიდან, როდესაც ნივთი უნდა ჩაბარებოდა, დამოუკიდებლად მისი გადაცემისა, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც მოვალე აცილებს შესრულების ვადას. ამ შემთხვევაში რისკი გადადის მოვალეზე. მოცემული დანაწესის ბირთვი შენარჩუნებულია ახალი რედაქციის 1196-ე მუხლში, თუმცა ამ დანაწესის მეორე წინადადება უკვე ავლენს ვალდებულებითი გარიგები დადებასა და საკუთრების (ავტომატურ) გადასვლას შორის გამიჯვნის ნიშნებს და ამ უკანასკნელის მხარეთა ნებაზე დამოკიდებულად ქცევის შესაძლებლობას, რაც უკვე ერთმნიშვნელოვნად სანივთო გარიგების მიმართულებით მიდის.

1583-ე მუხლი: [ნასყიდობა] იდება მხარეთა შორის და მყიდველი ავტომატურად მოიპოვებს საკუთრებას, თუ მხარეები შეთანხმდებიან ნასყიდობის საგანსა და ფასზე, დამოუკიდებლად იმისა, უკვე გადაცემულია თუ არა ნივთი და გადახდილია თუ არა ფასი.

2 შტრ. მაგ., ესპანეთის სამოქალაქო კოდექსის 609-ე მუხლი: 1. საკუთრება მოიპოვება მფლობელობის შექცევით. 2. საკუთრება და სხვა

სანივთო უფლებები მოიპოვება და გადაიცემა კანონის ძალით, ჩუქებით, ანდერძისმიერი და კანონისმიერი მემკვიდრეობით, ასევე გარკვეული ხელშეკრულებების ძალით. 3. საკუთრების მოპოვება შესაძლებელია ასევე მფლობელობითი ხანდაზმულობით.

3 შტრ. მაგ., ესპანეთის სამოქალაქო კოდექსის 609-ე მუხლი: 1. საკუთრება მოიპოვება მფლობელობის შექცევით. 2. საკუთრება და სხვა სანივთო უფლებები მოიპოვება და გადაიცემა კანონის ძალით, ჩუქებით, ანდერძისმიერი და კანონისმიერი მემკვიდრეობით, ასევე გარკვეული ხელშეკრულებების ძალით. 3. საკუთრების მოპოვება შესაძლებელია ასევე მფლობელობითი ხანდაზმულობით.

4 შტრ. E. Kurzynsky-Singer/T. Zarandia, Rezeption des deutschen Sachenrechts in Georgien, in: Transformation durch Rezeption. Möglichkeiten und Grenzen des Rechtstransfers am Beispiel der Zivilrechtsreformen im Kaukasus und in Zentralasien, Tübingen 2014, 123-ე და მომდევნო გვერდებზე; თ. ზარანდია, სანივთო სამართალი, მე-2 გამოცემა, თბილისი 2019, 317-ე და მომდევნო გვერდები; ძ. ზოიძე, ქართული სანივთო სამართალი, მე-2 გამოცემა, თბილისი 2003, მე-9 და

თადად აღიარებს მას.⁵ გამიჯვნის პრინციპი, პირველ რიგში, ნიშნავს იმას, რომ განკარგვა წარმოადგენს დამოუკიდებელ გარიგებას, რომელიც ფაქტობრივად შეიძლება ემთხვეოდეს მავალდებულებელ შეთანხმებას, თუმცა სამართლებრივად, როგორც დამოუკიდებელი გარიგება, ისე უნდა შეფასდეს.⁶

II. გამიჯვნის პრინციპი გერმანულ სამართალში

გამიჯვნის პრინციპი აბსტრაქციის პრინციპთან ერთად ფრიდრიხ კარლ ფონ სავინის ცნებათა სამყაროდან წარმოდგება.⁷ თუმცა მასაც, ისევე, როგორც თითქმის ყველა სხვა სამოქალაქო-სამართლებრივ ფიგურას, აქვს თავისი წინამორბედი რომის სამართალში. ორივე ცნობილი ფრაგმენტი რომის სამართლიდან, რომლებსაც *სავინი*მ აბსტრაქციის პრინციპი დააფუძნა,⁸ თავდაპირველად მან ჯერ გამიჯვნის პრინციპის დასასაბუთებლად გამოიყენა. ესენია ფრაგმენტი ინსტიტუციებიდან,⁹ სადაც საკუთრების გადაცემის ნებაზე კეთდება აქცენტი და *იულიანეს* ფრაგმენტი,¹⁰ სადაც ის აღწერს შემთხვევას, როდესაც ნივთის გადაცემა საკუთრების გადასვლის მიზნით ხდება, თუმცა გამცემსა და შემძენს შორის წარმოიშობა დისენსუსი საკუთრების მოპოვების საფუძველთან დაკავშირებით. *იულიანეს* მიხედვით, საკუთრება შემძენზე ამ შემთხვევაშიც გადადის, რასაც *სავინი* აბსტრაქტული სანივთო გარიგების კონცეპტის გასამყარებლად იყენებს.

მიუხედავად იმისა, რომ გამიჯვნის პრინციპი აბსტრაქციის პრინციპთან ერთად საკუთრების გადაცემის შემადგენლობის

ძირითად ბირთვს წარმოადგენს, თავად გერმანული იურიდიული ლიტერატურაც კი არ გამოირჩევა კონკრეტულად ამ საკითხისთვის მიძღვნილი ნაშრომების სიუხვით. გამიჯვნის პრინციპის დამოუკიდებელი მნიშვნელობა ძირითადად ყურადღების მიღმაა დატოვებული და ის გარკვეულ თავისთავად მოცემულობად აღიქმება. თითქმის ყოველთვის, როდესაც მის აუცილებლობაზე მიდგება საქმე, დისკუსია აბსტრაქციის პრინციპის საჭიროებისაკენ წარიმართება ხოლმე, ანუ, საბოლოო ჯამში, სწორედ აბსტრაქციის პრინციპით მართლდება ასევე გამიჯვნის პრინციპიც. ხშირია შემთხვევები მისი აბსტრაქციის პრინციპთან სრულად გაიგივებისა¹¹ ან, მეორე მხრივ, ტრადიცია-პუბლიცისტების პრინციპთან მიბმისა და ამგვარად მისი სუფთა სახელშეკრულებო გადაწყვეტასთან (ერთიანობის პრინციპთან) შეპირისპირებისა.¹² რა თქმა უნდა, როგორც პირველი, ისე მეორე მიდგომა თანაბრად მცდარია და რეალურად არც თუ ისე რთულია მიჯნის გავლება აბსტრაქციისა და გამიჯვნის პრინციპებს შორის და ეს მიჯნა ყველა, ამ საკითხისთვის მიძღვნილ მეტნაკლებად სიღრმისეულ გამოკვლევაში დასმულია კიდევ.

თუმცა ამ მიჯნის კორექტულად დასმის შემთხვევაშიც გამიჯვნის პრინციპის მნიშვნელობა სამართლის პოლიტიკის კუთხით მეტწილად დაკნინებულია. მას, ჩვეულებრივ, აბსტრაქციის „წინარე საფეხურად“ მოიხსენიებენ.¹³ გერმანული პერსპექტივიდან ეს სრულებით გამართლებულია — გერმანელი იურისტისათვის, რა თქმა უნდა, არანაირი აზრი არ აქვს პიპოთეტურ მსჯელობას გამიჯვნასთან დაკავშირებით კაუზალობის პრინციპის პირობებში, მაშინ, როდესაც ეს კაუზალობის პრინციპი გერმანიაში არ მოქმედებს. გამომდინარე აქედან, გერმანული დისკურსიდან მოპოვებული არგუმენტების გამოყენება ქართულ სამართალში მხოლოდ შერჩევითად არის შესაძლებელი. თუმცა აქვეა უკუსაგდები ის მოსაზრება, რომ გამიჯვნის პრინციპი აბსტრაქციის პრინციპის გარეშე ყოველგვარ აზრს მოკლებულია, ამის დასტურს წარმოადგენენ ის ქვეყნები, სადაც ეს პრინციპი კაუზალობის პრინციპთან ერთად თანაარსებობს. ეს არის, მაგალითად, შვეიცარია, ავსტრია, საბერძნეთი და ა. შ.¹⁴

მომდევნო გვერდები; 8. *ჭეჭლაშვილი*, მოძრავ ნივთებზე საკუთრების გადაცემა, ქართული კერძო სამართლის კრებული I, თბილისი 2004, 90-ე და მომდევნო გვერდები; 9. *მარიამიძე*, კაზუსები სანივთო სამართალში I, თბილისი 2014; 10. *რუსიაშვილი*, კაზუსები სამოქალაქო სამართლის ზოგად ნაწილში, თბილისი 2015, 257-ე და მომდევნო გვერდი; 11. *დანელია*, ქართული სამართლის მიმოხილვა — სპეციალური გამოცემა (2008), 31, 64-ე და მომდევნო გვერდი; 12. *ბეგიაშვილი*, სტუდენტური სამართლებრივი ჟურნალი (2013), 53, 61; 13. გამიჯვნის პრინციპის საწინააღმდეგოდ ლ. ჭანტურია, უძრავ ნივთებზე საკუთრება, თბილისი 2003, 183; *იგივე*, კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი, თბილისი 2013, 137; ყოველგვარი არგუმენტაციის გარეშე ლ. თოთლაძე, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი II, ჭანტურია (რედ.), 2018, მუხ. 186 30-ე და მომდევნო ველები.

5 შდრ. საქართველოს უზენაესი სასამართლო № ას-1283-1538-09, 25/06/2010; საქართველოს უზენაესი სასამართლო № ას-221-213-2012 24/07/2012; საქართველოს უზენაესი სასამართლო № ას-483-457-2012, 20/09/2012; საქართველოს უზენაესი სასამართლო № ას-304-289-2013, 25/10/2013; საქართველოს უზენაესი სასამართლო № ას-1147-1094-2013, 14/07/2014; საქართველოს უზენაესი სასამართლო № ას-1504-1424-2017, 9/02/2018.

6 A. Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, Tübingen 1996, 7.

7 F. C. v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Band III, Berlin 1840, 312-ე და მომდევნო გვერდი, W. Felgentraeger, Friedrich Carl v. Savignys Einfluss auf die Übereignungslehre, Leipzig 1927, 31-ე და მომდევნო გვერდები.

8 F. C. v. Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Band II, Berlin 1854, 257; Felgentraeger, Friedrich Carl v. Savignys Einfluss auf die Übereignungslehre, ზემოთ სქ. 7, 33-ე და მომდევნო გვერდი; D. H. Molkenteller, Die These vom dinglichen Vertrag, Frankfurt a. M. 1991, 86-ე და მომდევნო გვერდი; J. T. Füller, Eigenständiges Sachenrecht? Tübingen 2006, 121.

9 Inst. 2, 1, 40.

10 Jul. D. 41, 1, 36.

11 H. Brox, Allgemeiner Teil, 36. Aufl., München 2012, Rn. 117; H.-M. Pawlowski, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Heidelberg 2003, Rn. 591; B. Rütters, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München 1993, Rn. 285; K. Larenz, Schuldrecht Besonderer Teil, 13. Aufl. München 1986, § 39 II d (19); კრიტიკულად St. Habermeier, Das Trennungsdenken: Ein Beitrag zur europäischen Privatrechtstheorie, Das Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 195 (1995), 288 Anm. 1.

12 C. Witz, Analyse critique des règles régissant le transfert de propriété, Festschrift für Günther Jahr (1993), 533.

13 Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, ზემოთ სქ. 6, 114, 277, 732; ამ მიმართულებით მიღის ასევე H. Honsell, Tradition und Zession — kausal oder abstrakt? Festschrift für Wolfgang Wiegand (2005), 357-ე და მომდევნო გვერდები.

14 რა თქმა უნდა, უახლეს გერმანულ ლიტერატურაშიც მოიპოვება ნაშრომები, სადაც ჯეროვნად არის შეფასებული გამიჯვნის პრინციპის რეალური მნიშვნელობა (მაგალითისათვის საკმარისია Habermeier, AcP 195 (1995), ზემოთ სქ. 11, 283; Füller, Eigenständiges Sachenrecht? ზემოთ სქ. 8, 113-ე და მომდევნო გვერდები; M. Pietrek, Konsens über Tradition? Tübingen 2015). ეს რეალური მნიშვნელობა კი მდგომარეობს იმაში, რომ გამიჯვნის პრინციპი არის „უნივერსალურად, კერძოდ კი ყველა ევროპულ

III. გამიჯვნის პრინციპის მოწესრიგება საკანონმდებლო დონეზე

გავრცელებული მოსაზრების თანახმად, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი იმგვარად არის კონცეპირებული, რომ არ ტოვებს ადგილს სანივთო და ვალდებულებითი გარიგების ერთმანეთისაგან განსხვავებისათვის. ამ მოსაზრების მიმდევრები, პირველ რიგში, უთითებენ სამოქალაქო კოდექსის 186-ე მუხლზე — მოძრავ ნივთებზე საკუთრების გადაცემის შემადგენლობა — სადაც მართლაც არ არის ნახსენები სანივთო გარიგება. მოცემული დანაწესის თანახმად, საკუთრების გადაცემისათვის, კაუზალური გარიგების გარდა, აუცილებელია მხოლოდ *traditio* — მფლობელობის მინიჭების რეალაქტი. ეს მნიშვნელოვანი არგუმენტია გამიჯვნის წინააღმდეგ, მაგრამ, მის საპირისპიროდ, შესაძლებელია შვეიცარიის სამოქალაქო კოდექსის 714-ე მუხლზე მითითება, საიდანაც ასევე არ იკითხება გამიჯვნის პრინციპი, თუმცა ის შვეიცარიაში ცალსახად აღიარებულია. გარდა ამისა, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის ცალკეული ნორმების ფორმულირება და კანონით გათვალისწინებული სამართლებრივი ფიგურები ერთმნიშვნელოვნად მიანიშნებენ მიჯნაზე სანივთო და ვალდებულებითი გარიგებებს შორის.¹⁵

1. პირველ რიგში, ეს არის სსკ-ის 477-ე მუხლი, რომელიც ნასყიდობის ხელშეკრულების ტიპურ ვალდებულებებს განსაზღვრავს: აქაც, ისევე, როგორც გსკ-ის 433-ე პარაგრაფში, ერთმანეთისაგან გამიჯნულია მფლობელობის მინიჭებისა და საკუთრების გადაცემის ვალდებულება. ეს ნიშნავს იმას, რომ ნასყიდობის დადება და მის შესასრულებლად მფლობელობის

გადაცემა არ არის საკმარისი საკუთრების გადასვლისათვის, არამედ ეს დამოუკიდებელი სამართლებრივი აქტით, კერძოდ სანივთო გარიგებით, უნდა მოხდეს.

2. სანივთო სამართალში მოძრავ ნივთზე საკუთრების გადაცემის შემადგენლობის გვერდით, სსკ-ის 188-ე მუხლში, მოწესრიგებულია პირობადებული საკუთრება, რომლის არსისა და მექანიზმის გაგება შეუძლებელია სანივთო გარიგების გარეშე. გადადების პირობით შეიძლება დაიდოს მხოლოდ გარიგება და არა მფლობელობის გადაცემის რეალაქტი — *traditio*.¹⁶ შესაბამისად, თუ არ არსებობს სანივთო ხელშეკრულება, პირობადებული შეიძლება იყოს მხოლოდ ნასყიდობის ხელშეკრულება.¹⁷ მაშინ კი გაუგებარია, თუ რატომ არის მოწესრიგებული პირობადებული საკუთრება სანივთო სამართალში. გარდა ამისა, თუ ნასყიდობაა პირობადებული, ეს ნიშნავს იმას, რომ ის სრულად არის პირობადებული, ანუ ორივე მხარისათვის — პირობის დადგომამდე მყიდველი არ ხდება მესაკუთრე და არც გამყიდველს აქვს მის წინააღმდეგ ფასის გადახდის მოთხოვნა.¹⁸ პირობადებული ნასყიდობის ამ მოუქნელი შედეგის თავიდან აცილებას ფრანგები სხვადასხვა კონსტრუქციის მეშვეობით ცდილობენ, თუმცა ამ კონსტრუქციათა დოგმატურად გამართვა უკვე შეუძლებელია.¹⁹ ამიტომაც უპირობოდ დადებული ნასყიდობა და პირობადებული სანივთო გარიგება წარმოადგენს პირობადებული საკუთრების ოპტიმალურ კონსტრუქციას, თუმცა ამისათვის, პირველ რიგში, აუცილებელია, რომ ეს სანივთო გარიგება საერთოდ არსებობდეს.²⁰

3. გამიჯვნის პრინციპის გარეშე შეუძლებელია იმის ახსნა, თუ რას ნიშნავს სსკ-ის 102-ე მუხლში მოწესრიგებული „განკარგვის გარიგება“. განკარგვის, როგორც გარიგების, აღიარება, სწორედ რომ გამიჯვნის პირდაპირი მტკიცებულებაა.²¹ განკარგვის კონცეპტის კანონში დაფიქსირება, რომელიც, როგორც კრებისთი ცნება, მოიცავს როგორც სანივთო გარიგებას, ისე მოთხოვნის დათმობას და ზოგადად უფლების გადაცემის ყოველგვარ გარიგებას, წარმოადგენს გამიჯვნის

მართლწესრიგში, მოქმედი, მისთვის სახის მიმცემი დოგმა, რომელიც გულისხმობს იმას, რომ სუბიექტური უფლების გადაცემისაკენ მიმართული ტრანზაქციისას ერთმანეთისაგან უნდა გაიმიჯნოს ორი განსხვავებული სამართლებრივი მომენტი, როგორც სამართლებრივი შედეგების, ისე [სამართლებრივი] შემადგენლობის მხრივ: ფაქტობრივი ხდომილების, რომელიც ჩვეულებრივ ერთიან ფაქტობრივ აქტად აღიქმება, სანივთო და ვალდებულებითი მხარე“ (*Habermeier*, AcP 195 (1995), ზემოთ სქ. 11, 283). საბოლოო ვაშში, საერთო კონსენსუსის საგანს წარმოადგენს ის ფაქტი, რომ დამოუკიდებელი სანივთო სამართლისა და სანივთო უფლების კონცეპტის კონსტრუქცია შეუძლებელია გამიჯვნის პრინციპის გარეშე (*Füller*, *Eigenständiges Sachenrecht?* ზემოთ სქ. 8, 112, იხ. ამასთან დაკავშირებით დეტალურად შეჯამების ნაწილში).

¹⁵ პანდექტური აგებულება, რომელიც საფუძვლად უდევს საქართველოს სამოქალაქო კოდექსს, აუცილებლობის ძალით მიანიშნებს გამიჯვნის პრინციპზე და ზოგადად სუვერენული სანივთო სამართალი, წარმოდგენილია სანივთო გარიგების გარეშე, იხ. ამასთან დაკავშირებით *J. F. Stagl*, *Der Eigentumsübergang beim Kauf beweglicher Sachen – Gedanken über die Methode der Rechtsvereinheitlichung am Beispiel der Study Group on a European Civil Code*, in: A. Tietze/M.-R McGuire/Ch. Bendel/L. Kahler/N. Nickel/B. Reich/K. Sachse/E. Wehling (Hrsg.), *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2004, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2005, 388-ე და მომდევნო გვერდი; *H. H. Jakobs*, *Gibt es den dinglichen Vertrag?* *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* (ZSS) 119 (2002), 287-ე და მომდევნო გვერდები; *H. Brandt*, *Eigentumserwerb und Austauschgeschäft*, Leipzig 1940, 66-ე და მომდევნო გვერდი; *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, hrsg. von Benno Mugdan, Band III, Berlin-Leipzig 1899, 2, 5.

¹⁶ *Honsell*, FS Wiegand, ზემოთ სქ. 13, 353; იგივე, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 7. Aufl., Bern 2003, § 14.

¹⁷ *Stadler*, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, ზემოთ სქ. 6, 278-ე და მომდევნო გვერდები.

¹⁸ *Honsell*, FS Wiegand, ზემოთ სქ. 13, 353; იგივე, *Schweizerisches Obligationenrecht*, ზემოთ სქ. 16, § 14.

¹⁹ *Stadler*, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, ზემოთ სქ. 6, 279.

²⁰ სსკ-ის 188-ე მუხლის შესატყვისი დანაწესი შვეიცარიის სამოქალაქო კოდექსში (715-ე მუხლი: შემძენისათვის მოძრავ ნივთზე საკუთრების პირობადებული გადაცემა მხოლოდ მაშინ არის ნამდვილი, თუ ის შეტანილია იძულებითი აღსრულების განმახორციელებელი საჯარო მოხელის მიერ შესაბამის ტერიტორიალურ საჯარო რეესტრში. (2) საქონლით ვაჭრობისას პირობადებული საკუთრება გამოირიცხვება) წარმოადგენს ერთ-ერთ მთავარ დასაყრდენს სანივთო გარიგების აღიარებისა (*Honsell*, FS Wiegand, ზემოთ სქ. 13, 353).

²¹ *Larenz*, *Schuldrecht Besonderer Teil*, ზემოთ სქ. 11, § 39 II d (16), *Habermeier*, AcP 195 (1995), ზემოთ სქ. 11, 288 Anm. 1; *Stadler*, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, ზემოთ სქ. 6, 7; ქართული სამართლის კონტექსტში — *Kurzynsky-Singer/Zarandia*, *Transformation durch Rezeption*, ზემოთ სქ. 4, 123.

პრინციპის პირდაპირ მტკიცებულებას,²² რადგან ეს პრინციპი სხვა არაფერია, თუ არა ვალდებულებით ხელშეკრულებასა და იმ გარიგებას შორის მიჯნა, რომლითაც უშუალოდ ხდება უფლების სანივთო სტატუსზე გემოქმედება.²³

ასევე სსკ-ის 982 I, II მუხლი ითვალისწინებს სხვისი სამართლებრივი პოზიციების არაუფლებამოსილი პირის მხრიდან განკარგვით ხელყოფის²⁴ და უფლებამოსილი პირის მიერ ამ განკარგვის მოწონების²⁵ (982 II) შესაძლებლობას. ამ დანაწესის გაგებით განკარგვა წარმოადგენს ისეთ გარიგებას (და არა რეალაქტს), რომელიც უშუალოდ გემოქმედებს სხვა პირის სამართლებრივ პოზიციამზე. ამიტომაც განკარგვის ქვეშ შეიძლება მოვიპოვოთ მხოლოდ სანივთო გარიგება (და სხვა განკარგვითი, ანუ ვალდებულებითი შეთანხმებისაგან გამიჯნადი, გარიგებები), რადგან ნასყიდობა ან რომელიმე სხვა მავალდებულებელი გარიგება, მაშინაც კი, როდესაც ის სხვა პირის ნივთზე იდება, ამ პირის სანივთო პოზიციებს საერთოდ არ ეხება და ამით ის ვერც იქნება ხელყოფილი.

ამ კონტექსტშივე სახსენებელი, რა თქმა უნდა, მოთხოვნის დათმობის გარიგება (198-ე და მომდევნო მუხლები), ანუ სანივთო სამართალში მოწესრიგებული ინსტიტუტი. გამიჯვნის

²² Larenz, Schuldrecht Besonderer Teil, ზემოთ სქ. 11, § 39 II d (16), Habermeier, AcP 195 (1995), ზემოთ სქ. 11, 288 Anm. 1; Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, ზემოთ სქ. 6, 7.

²³ განკარგვის დამოუკიდებელი გარიგების სახით გამოცალკევება ვალდებულებითი გარიგებისაგან წარმოადგენს საკმაოდ მოსახერხებელ გადაწყვეტას და იძლევა სამართლებრივი სიკეთების ტრანსფერის უფრო მრავალფეროვნად გამართვის შესაძლებლობას. მაგალითისათვის შესაძლებელია შემთხვევის მოშველიება, როდესაც პირი სხვას ანიჭებს მისი ნივთის გაყიდვის (წარმომადგენლობით) უფლებამოსილებას, თუმცა არ ანიჭებს ამ ნივთზე საკუთრების გადაცემის უფლებას. მიუხედავად ამისა, წარმომადგენელი აკეთებს ორივეს, არა მხოლოდ ყიდის ნივთს, არამედ გადასცემს მასზე საკუთრებასაც. რეალური მდგომარეობის გამორკვევის შემდეგ გამყიდველი თანახმაა, რომ საკუთრება მყიდველს დარჩეს, თუმცა, განკარგვის გარიგების ცალკე გამოყოფის გარეშე გაურკვეველი რჩება, თუ რა უნდა მოიწონოს მან (102 II) — ნასყიდობას ვერ მოიწონებს, რადგან ის ისედაც ნამდვილია, ხოლო რეალაქტის მოწონება შეუძლებელია. რჩება მხოლოდ ერთი გამოსავალი, გამყიდველმა მყიდველს ნივთზე საკუთრება თავიდან უნდა გადასცეს.

²⁴ შდრ. ამასთან დაკავშირებით დეტალურად BGHZ 29, 159; BGH WM 1975, 1180; RGZ 88, 359; E. v. Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Ernst Rabel (1954), 357; Lorenz, in Staudinger BGB, 15. Aufl., 2007, § 816 Rn. 23; Schwab, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., 2017, § 816 Rn. 4; D. Medicus/J. Petersen, Bürgerliches Recht, 24. Aufl., München 2013, Rn. 726; Wendehorst, in Beck OK BGB, 43. Aufl., 2017, § 816 Rn. 16.

²⁵ BGH NJW 1951, 1452; BGH NJW 1972, 1197; RGZ 106, 44; BGH NJW 1960, 860; BGH NJW 1991, 695; K. Larenz/C.-W. Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, II/2, München 1994, § 69 II 1c; Schwab, in MÜKo BGB, 7. Aufl., 2017, § 816 Rn. 34; Lorenz, in Staudinger BGB, 15. Aufl., 2007, § 816 Rn. 9; თავდაპირველად ეს მოსაზრება გამოთქმულია: P. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl., Berlin 1919, § 816 Anm. 1a; A. v. Tuhr, Allgemeiner Teil des BGB, II, München 1918 და F. Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 105 (1909) 354; შდრ. ამასთან დაკავშირებული თავდაპირველი სასამართლო პრაქტიკისათვის RG 12.3.1923 (IV); RGZ 106, 44; RG 211.10.1926 (IV); RGZ 115, 31; D. König, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechtes, Köln 1981, 1552.

პრინციპის გარეშე აუხსნელია, თუ რას წარმოადგენს 199 II 1 წინადადებაში მოწესრიგებული დათმობის ხელშეკრულება. გასაგებია, რომ აქ არ იგულისხმება მოთხოვნის ნასყიდობა ან რაიმე სხვა ვალდებულებითი გარიგება. პირველ რიგში, იმით, რომ გაუგებარია, თუ მაშინ რატომ არის ის მოწესრიგებული სანივთო და არა ვალდებულებით სამართალში და, გარდა ამისა, ნასყიდობით ვერაფერ ვერაფერ ვერ დაუთმობს მოთხოვნას, ნასყიდობით შეიძლება მხოლოდ დათმობის ვალდებულების კისრება (477). ამის საპირისპიროდ, 199 II 1 მუხლში საუბარია გარიგებაზე რომლითაც უშუალოდ ხდება დათმობა, ანუ რეალური ტრანზაქცია. ამიტომაც ამ მუხლში ნასხენები გარიგება შეიძლება იყოს მხოლოდ მოთხოვნის დათმობის „სანივთო“²⁶ გარიგება, ანუ განკარგვითი გარიგება.²⁷ მაშინ საკმაოდ გაურკვეველია, თუ რატომ უნდა ჩათვალოს — იმ მოსაზრების მიხედვით, რომელიც უარყოფს გამიჯვნას — სწორედ საკუთრების გადაცემა მხოლოდ რეალაქტად.

4. გამიჯვნის პრინციპის შემდეგი მტკიცებულებაა სსკ-ის 324-ე მუხლში მოწესრიგებული „გასხვისების გარიგება“, რომელსაც კანონმდებელი მიჯნავს ამ გასხვისების მავალდებულებელი გარიგებისაგან. აქვეა აღსანიშნი სსკ-ის 114-ე მუხლი, რომელიც გსკ-ის 181-ე პარაგრაფის კალკს წარმოადგენს და „შესრულების გარიგების“ შესახებ საუბრობს, ანუ ისეთი გარიგების შესახებ, რომლის დადებითაც სრულდება სხვა გარიგება. ამგვარი მიმართება კი, ჩვეულებრივ, მხოლოდ ვალდებულებით კაუზალურ- და სანივთო შესრულების გარიგებებს შორის წარმოიშობა.

5. თუ ქართული სამართალი არ აღიარებს სანივთო გარიგებას, მაშინ გაუგებარია, რას წარმოადგენს სანივთო სამართალში მოწესრიგებული დერელიქცია (სსკ-ის 184-ე მუხლი), უარი იპოთეკაზე (სსკ-ის 299-ე მუხლი), გირავნობაზე (სსკ-ის 272-ე მუხლი) ან ნებისმიერ სხვა სანივთო უფლებაზე (მაგ., სსკ-ის 238 I მუხლი). ესენი ყველანი ცალმხრივი გარიგებებია და, რა თქმა უნდა, არა მხოლოდ რეალაქტები. მათი შედგომისთვის აუცილებელია გარიგებისმიერი ნების გამოხატვა.²⁸ და თუ ეს აქტები გარიგებებია, მაშინ ისინი სანივთო გარიგებების რიცხვს უნდა მივაკუთვნოთ, რადგან არანაირი ვალდებულებითი ეფექტი მათ არ გააჩნიათ. ამ შემთხვევაში კი საკმაოდ გაუგებარი რჩება, თუ რატომ აღიარებს ქართული სანივთო სამართალი მხოლოდ ცალმხრივ სანივთო გარიგებებს და არ აღიარებს ორმხრივს, როგორც არის, მაგალითად, საკუთრების გადაცემა.

გარდა ამისა, ქართულ სამართალში არსებობს მთელი რიგი დანაწესებისა, რომლებიც იძლევა სანივთო უფლების შინაარსის განსაზღვრის შესაძლებლობას მხარეთა შეთანხმების

²⁶ მოთხოვნის დათმობის განკარგვით გარიგების, მიუხედავად არსობრივი იდენტურობისა, სანივთო გარიგებად მოხსენიება ტერმინოლოგიურად გაუმართავია, რადგან მოთხოვნა არ წარმოადგენს ნივთს.

²⁷ შდრ. ამასთან დაკავშირებით Hansell, FS Wiegand, ზემოთ სქ. 13, 366-ე და მომდევნო გვერდები.

²⁸ შდრ. L. Enneccerus/Th. Wolff/L. Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl., Tübingen 1957, § 78 II 1 b (290); Kohler, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 875 Rn. 1 და მომდევნო ველები; Damrau, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 1255 Rn. 1.

საფუძველზე. მაგალითად, დატვირთული ნივთის საკუთრებაში გადაცემის დათქმა გირავნობის ან იპოთეკის სამართალში (2601, 300 I, შდრ. ასევე 301 II). თუ სანივთო გარიგება არ არსებობს, ყველა ეს დანაწესი მხოლოდ ვალდებულებით-სამართლებრივ შეთანხმებას ეხება და მათი ადგილი ვალდებულებით სამართალშია შესაბამისი ქვეთავის — „გირავნობის ხელშეკრულების“ ან „იპოთეკის ხელშეკრულების“ — ქვეშ.²⁹

თუმცა მოცემულ დანაწესებზე მითითებით, ისევე, როგორც ზოგადი შენიშვნით, რომ სამართლებრივ სიკეთეთა გადაცემის გერმანული მოდელის რეცეფცია არსად არ მომხდარა გამიჯვნის პრინციპის გარეშე, ქართველ სკეპტიკოსთა დარწმუნება შეუძლებელია; ასევე იმ არგუმენტით, რომ, განსხვავებით ინსტიტუციების სისტემისაგან, პანდექტური აგებულება, რომელიც საქართველოს სამოქალაქო კოდექსს უდევს საფუძვლად, პირდაპირ მიანიშნებს გამიჯვნის პრინციპის არსებობაზე და ზოგადად სანივთო გარიგება სუვერენული სანივთო სამართლის კორელატს წარმოადგენს.³⁰ სანივთო გარიგების გარეშე, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში მოწესრიგებული ტრადიციის პრინციპით ქართული მართლწესრიგი, ერთი შეხედვით, ესპანურ პარადიგმას გაიმეორებს, ანუ რომანული მართლწესრიგის ე. წ. კომპრომისულ გადაწყვეტას, სადაც ერთიანობის პრინციპს ტრადიციის პრინციპი ავსებს (ამის შეუძლებლობასთან დაკავშირებით დეტალურად იხ. ქვევით). საკმაოდ უცნაური შედეგი იმ წამოწყებისა, რომელსაც გერმანული სამართლის რეცეფცია ერქვა. ესპანურ მართლწესრიგში, ისევე, როგორც ფრანგულში, ამოსავალ წანამძღვრად მიჩნეულია ის დათქმა, რომ ვალდებულებითი გარიგება საკუთარ თავში მოიცავს განკარგვის მომენტს, თუმცა საფრანგეთისაგან განსხვავებით, საკუთრების გადაცემისათვის დამატებით აუცილებელია ასევე მფლობელობის გადაცემა. მაგრამ, გამომდინარე იქიდან, რომ ასევე ესპანელთათვის ამოსავალ წერტილს ერთიანობის პრინციპი წარმოადგენს,³¹ საჭიროა, ყურადღება მივაპყროთ იმ მართლწესრიგს, რომელიც ამ თვალსაზრისით არქეტიპულ ხასიათს ატარებს, კერძოდ, ფრანგულ სამართალს.

IV. გამიჯვნის პრინციპი ფრანგულ სამართალში

გამიჯვნის პრინციპი ფრანგულ სამართალში ცალსახად უკუგდებულია.³² გერმანული მართლწესრიგისათვის დამახასიათებელ თავისებურებად აღქმული გამიჯვნის პრინციპის უკუგდება ფრანგულ სამართალში დასაბუთებულია იმ არგუ-

მენტით, რომ კანონის ტექსტში არსად არის მინიშნება იმაზე, რომ უფლების გადაცემისათვის, ნასყიდობის დადების გარდა, დამატებით კიდევ განკარგვის გარიგებაა საჭირო. ნასყიდობის დადებასთან ერთად — ზოგადად აღიარებული ფორმულირების მიხედვით — საკუთრება მყიდველზე გადადის: „... la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé“.³³

თუმცა, მიუხედავად ფრანგულ იურიდიულ ლიტერატურაში გამოთქმული საწინააღმდეგო მოსაზრებებისა, ფრანგულ კერძო სამართალში გვხვდება ცალკეული შემთხვევები და გადაწყვეტები, რომელთა ახსნაც მოცემული პრინციპის გარეშე შეუძლებელია,³⁴ მაშინაც კი, როდესაც მისი მოქმედება ცნებებისა და კანონის სისტემატიკის დონეზე არსად არის კონსტატირებული.³⁵ ფრანგულ სამართალშიც არსებობს შემთხვევები, როდესაც საკუთრება მყიდველზე ვერ გადავა ნასყიდობის დადებასთან ერთად.³⁶ მაგალითად, გერმანულის დარად, ფრანგული სამართალიც იცნობს ჯერ არარსებული ნივთების ნასყიდობას,³⁷ გვაროვნული ნივთის ნასყიდობას³⁸ და პირობადებულ საკუთრებას. ყველა ამ შემთხვევაში ნასყიდობის დადებასთან ერთად საკუთრების მყიდველზე გადასვლა ან არ არის ნასურვები მხარეთა მიერ, ან ფაქტობრივად შეუძლებელია.³⁹ გვაროვნული ვალდებულებისას გადასაცემი ნივთის კონკრეტულობით (individualisation)⁴⁰ — იგივე ეხება მყიდველის მიერ ნასყიდობის ფასის მისი დანარჩენი ქონებიდან გამოცალკევებას — ნასყიდობის შემადგენლობას უნდა დაემატოს დამატებითი ქმედება იმისათვის, რომ შემძენზე გადავიდეს საკუთრება. ამგვარი შემთხვევების მაგალითები ამით არ ამოიწურება: მოთხოვნის დათმობის ნამდვილობა, მოთხოვნის ნასყიდობის გარდა, მოთხოვნს ასევე ამ დათმობის შეტყობინებას მოვალისათვის.⁴¹ აქ მხარეები ვერ აცდებიან რამდენიმე სამართლებრივი აქტის განხორციელების აუცილებლობას, თუ დადებული გარიგების სრულად შესრულება სურთ. ამ გაგებით ფრანგული სამართალი მოთხოვნის ცესიისას მეტწილად

33 საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის 1583-ე მუხლი, მუხლის თარგმანისათვის იხ. სქ. 4.

34 *Habermeier*, AcP 195 (1995), ზემოთ სქ. 11, 287.

35 შდრ. საკმარისია საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის (ძვ. რედაქციის) 1138-ე და 1583-ე მუხლები, იხ. სქოლიო 1.

36 *Habermeier*, AcP 195 (1995), ზემოთ სქ. 11, 287.

37 *Cour de cassation (civ.)* 14.3.1900 (*William Eden c. Whistler*), D. P. 1900, 1, 497: ამერიკელმა მხატვარმა ვისტლერმა უარი განაცხადა შემკვეთისათვის, სერ ვილიამ ედენისათვის, შეკვეთილი ნახატის — ლედი ედენის პორტრეტის გადაცემაზე, იმ მოტივით, რომ შეპირებული გასამრჯელო შეუსაბამოდ მცირე იყო. სასამართლოს მიხედვით, ხელშეკრულება, რომლის ძალითაც მხატვარი კისრულობს ნახატის დახატვას, წარმოადგენს განსაკუთრებული ბუნების მქონე გარიგებას და შეკვეთი ნახატზე საკუთრებას მოიპოვებს მხოლოდ მას შემდეგ, რაც მხატვარი გადასცემს ამ ნახატს და შეკვეთი მას მიიღებს.

38 *Witz*, FS Jahr, ზემოთ სქ. 12, 538-ე და მომდევნო გვერდები.

39 შდრ. *Witz*, FS Jahr, ზემოთ სქ. 12, 543; *Cour de cassation (civ.)* 14.3.1900 (*William Eden c. Whistler*), D. P. 1900, 1, 497.

40 საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის 1585-ე მუხლი.

41 შდრ. საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის (ძვ. რედაქციის) 1160-ე მუხლი.

29 შდრ. *L. Enneccerus/Th. Wolff/L. Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl., Tübingen 1957, § 78 II 1 b (290); *Kohler*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Aufl. 2016, § 875 Rn. 1 და მომდევნო ველები; *Damrau*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Aufl. 2016, § 1255 Rn. 1.

30 *Stagl*, Jb. Junger Zivilrechtswissenschaftler 2004, ზემოთ სქ. 15, 389.

31 იხ. ქართულ და ესპანურ გადაწყვეტის შეპირისპირებისათვის ასევე შემაჯამებელ ნაწილში.

32 *Larenz*, Schuldrecht Besonderer Teil, ზემოთ სქ. 11, § 39 II c (16); *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, Band I, Tübingen 1971, § 15 (213-ე და მომდევნო გვერდები); *Witz*, FS Jahr, ზემოთ სქ. 12, 547.

შეესატყვისება გერმანული სამართლის გადაწყვეტას.⁴² იგივე წესი მოქმედებს საორდერო ფასიანი ქაღალდის გადაცემისას: აქაც, მართალია, ნასყიდობის წინაპირობას მხოლოდ მხარეთა შორის კონსენსუსი წარმოადგენს, თუმცა უფლების გადაცემა ვერ მოხდება დამატებითი აქტის, კერძოდ: ინდოსამენტის (და დოკუმენტის გადაცემის) გარეშე.⁴³

ამგვარად, ფრანგული სამართალი იცნობს შემთხვევებს, როდესაც, ვალდებულებითი გარიგების გარდა, აუცილებელია კიდევ დამატებითი სამართლებრივი აქტი საკუთრების გადაცემისათვის,⁴⁴ თუმცა არ აქვს მისი კლასიფიკაციისათვის რაიმე გამზადებული სამართლებრივი ფიგურა თავის არსენალში. მაშინ იბადება კითხვა, თუ რატომ აწყდება ამ სამართლებრივი ფიგურის — გამიჯვნის პრინციპის — აღიარება ასეთ მძაფრ ოპოზიციას.

V. გამიჯვნის პრინციპის კრიტიკა

გამიჯვნის პრინციპის კრიტიკას გრძელი ისტორია აქვს და სათავეს იღებს ჯერ კიდევ ოტო ფონ გირკედან: „ეს არის დოქტრინალური ძალადობა რეალურ ცხოვრებაზე, როდესაც წყვილი ხელთათმანის საყიდლად სამი გარიგების დადებაა საჭირო. როდესაც კანონპროექტი სახელმძღვანელოს ტიპის ფრაზებით გვაძულებს მოძრავი ნივთის უბრალო გასხვისების სულ მცირე სამ და ერთმანეთისაგან სამართლებრივად სრულებით დამოუკიდებელ გარიგებად დაყოფას. ვინც მიდის მაღაზიაში და ყიდულობს წყვილ ხელთათმანს, რომლისათვისაც ის დაუყოვნებლივ იხდის ფასს და რომელსაც ის თან წამოიღებს, უნდა იცოდეს, რომ აქ სამი რაღაც მოხდა: 1. დაიდო მავალდებულებელი გარიგება და მისგან წარმომდგარი ვალდებულება დაიფარა შესრულებით; 2. დაიდო ამ სამართლებრივი საფუძვლისაგან ყოვლად მოწყვეტილი სანივთო ხელშეკრულება საკუთრების გადაცემასთან დაკავშირებით; 3. ამ ორი გარიგების

42 Habermeier, AcP 195 (1995), ზემოთ სქ. 11, 289.

43 Habermeier, AcP 195 (1995), ზემოთ სქ. 11, 289 და იქ მითითებული ლიტერატურა.

44 გარდა ამისა, ფრანგული სამართალი აღიარებს ერთ ცალკეულ შემთხვევაში საკუთრების მოპოვების აბსტრაქტულ საფუძველსაც: ისიც, ისევე როგორც ყველა სხვა განვითარებული სამართალი, იცნობს საკუთრების კეთილსინდისიერად მოპოვებას, როდესაც შემძენი, რომელიც არამესაკუთრისაგან იძენს ნივთს, ხდება ამ ნივთის მესაკუთრე (შდრ. საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის (ძვ. რედაქციის) 2279, 2268-ე მუხლები, Cour de cassation, 20.02.1996, Bull. civ. 1996 I Nr. 96, 66; Cour d'appel de Paris, 15.02.1961 (Dame Morel d'Arleux c. Desourtheau et autres)). მართალია, შემძენი, რომელიც არამესაკუთრისაგან იძენს ნივთს, ვერ მოიპოვებს საკუთრებას ამ ნივთზე გარიგების მეშვეობით, რადგან არავის შეუძლია გადასცეს სხვას უფრო მეტი უფლება, ვიდრე თვითონ ფლობს — nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet, თუმცა კეთილსინდისიერი შემძენი მფლობელობის მოპოვებასთან ერთად ხდება მესაკუთრე და წინა მესაკუთრეს აღარ შეუძლია მისგან ნივთის გამოთხოვა, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც ნივთი იყო დაკარგული ან მოპარული. იგივე წესი მოქმედებს იმ შემთხვევაში, როდესაც შემძენის უფლება ex post ან ex ante ხდება არანამდვილი. უკან მოთხოვნა არის გამორიცხული მას შემდეგ, რაც კეთილსინდისიერი შემძენი მოიპოვებს მფლობელობას. ამგვარად, მფლობელობის მოპოვება წარმოშობს შემძენისათვის საკუთრების შეძენის ახალ საფუძველს, რომელიც არის აბსტრაქტული და შეძენის სხვა წინაპირობებისაგან დამოუკიდებელი.

გარდა მოხდა ორი გადაცემა, რომელიც, მართალია, არ არის გარიგება, მაგრამ არის სამართლებრივი აქტი. არ არის ეს წმინდა ფიქცია? მაშინ, როდესაც ხდება ორი ერთმანეთისაგან დამოუკიდებელი გარიგების შეთხზვა, სინამდვილეში კი მხოლოდ ერთიანი გარიგების ორ სხვადასხვა პერსპექტივასთან გვაქვს საქმე, ამით არა მხოლოდ რეალური ხდომილებაა თავდაყირა დაყენებული, არამედ ხელყოფილია ასევე მატერიალური სამართალიც გადამეტებული ფორმალზმის გამო.“⁴⁵

ეს არგუმენტი დღემდე ხშირად გამოიყენება. თუმცა მისი გაქარწყლება საკმაოდ მარტივია. ის „გარიგების“ ცნების ქვეშ მხოლოდ რეალურ მოქმედებას მოიაზრებს, რაც საკმაოდ გავრცელებული,⁴⁶ თუმცა სრულებით მცდარი შეხედულებაა.⁴⁷ მართალია, გირკე საუბრობდა რეალური ხდომილების „ორი განსხვავებული პერსპექტივიდან“ შეფასებაზე, თუმცა არ შეუწუხებია თავი მისი შინაარსის განმარტებისა და აუცილებლობის ცხადყოფისათვის.⁴⁸ რეალურად, გამიჯვნის პრინციპი წარმოადგენს იმ აუცილებლობის გამოხატულებას, რომ ერთი ცალკეული ფაქტობრივი შემადგენლობისა ერთმანეთისაგან უნდა გაიმიჯნოს ორი საკითხი, რომლებიც წარმოადგენენ ფაქტობრივი ხდომილების სხვადასხვა მხარეს, განსხვავებულად რა ერთმანეთისაგან, როგორც სამართლებრივი შედეგების, ისე ფაქტობრივი წინაპირობების მხრივ:⁴⁹ 1. დგება თუ არა დასახული ვალდებულებითი შედეგი (ამ ეტაპზე გამსხვისებლის განკარგვის უფლებამოსილება უმნიშვნელოა)? 2. დგება თუ არა დასახული სანივთო სამართლებრივი შედეგი, ანუ სანივთო უფლების შინაარსის ცვლილება, გადაცემა, დატვირთვა ან გაუქმება (აქ უკვე განკარგვის უფლებამოსილებას ენიჭება გადამწყვეტი მნიშვნელობა)? ანუ გამიჯვნის პრინციპი აღიარებს სამართლებრივ შემადგენლობათა და არა ფაქტობრივ ხდომილებათა სიმრავლეს.⁵⁰ მართალია, ის ამით არ გვთავა-

45 O. v. Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Leipzig 1889, 336; E. Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (JherJb) 27 (1889), 337; A. Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht I: Geschichte des Kaufs im römischen Recht, Erlangen 1876, 608; შდრ. მომდევნო პერიოდისათვის ნაციონალ-სოციალისტური პერსპექტივიდან გამიჯვნის პრინციპის, როგორც რომაული სამართლის გადმონაშთის კრიტიკისათვის — H. Lange, Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht, Tübingen 1933, 20.

46 შდრ. მაგალითად, K. Larenz, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl., München 1989, § 18 II d (315).

47 Habermeier, AcP 195 (1995), ზემოთ სქ. 11, 287; Füller, Eigenständiges Sachenrecht? ზემოთ სქ. 8, 115.

48 Habermeier, AcP 195 (1995), ზემოთ სქ. 11, 287.

49 მაგალითად, ის, რომ გაყიდვით არ არის გაყიდული ნივთის მესაკუთრე, სრულებით უმნიშვნელოა მის მიერ სხვის ნივთზე დადებული ნასყიდობის ნამდვილობისათვის, მაშინ როდესაც ეს გადაწყვეტა საკუთრების გადაცემის შემადგენლობისათვის (მოიპოვებს შემძენი საკუთრებას სსკ-ის 186 I მუხლის მიხედვით თუ მხოლოდ 187 I მუხლის შესაბამისად). ასევე ის ფაქტი, რომ გაყიდული ნივთი აღარ არსებობს, საერთოდ უმნიშვნელოა მასზე ნამდვილი ვალდებულებითი გარიგების დადებისათვის, თუმცა არარსებულ ნივთზე საკუთრების გადაცემა, რა თქმა უნდა, შეუძლებელია.

50 ზუსტად ისევე, როგორც ზოგადად შესაძლებელია, რომ ერთმა ფაქტობრივმა მოცემულობამ ერთდროულად შეასრულოს რამდენიმე ნორმის შემადგენლობა და ამით გამოიწვიოს ერთმანეთის გვერდგვერდ

ზობს სანივთო გარიგების ნამდვილად დატოვების შესაძლებლობას, როდესაც კაუზალური გარიგება ჩაიშლება, თუმცა მისი წყალობით შესაძლებელია, სულ მცირე, საპირისპირო შემთხვევაში დამაკმაყოფილებელი შედეგის მიღება — კერძოდ, კაუზალური ვალდებულებითი გარიგების ნამდვილობა, მაშინაც კი, როდესაც სანივთო არანამდვილად უნდა გამოცხადდეს. საკუთრების გადაცემის ეს დანაწევრება ორ სამართლებრივ შემადგენლობად, რომლებიც განსხვავებულ წინაპირობებზეა დამოკიდებული, იძლევა საკუთრების გადასვლის ჩაშლის შესაძლებლობას იმ შემთხვევაშიც, როდესაც ვალდებულებითი გარიგება ნამდვილია. გამიჯვნის პრინციპის გარეშე ეს საკმაოდ რთულად მისაღწევია (ზოგჯერ – სრულებით მიუღწეველი), რადგან, თუ არ არსებობს სანივთო გარიგება, მაშინ ვალდებულებითი გარიგება ყველა მის შედეგს საკუთარ თავში მოიცავს. ანუ მავალდებულებელი გარიგების შინაარსის ნებისმიერი ტიპის გამართვა ავტომატურად აისახება სანივთო სიბრტყეში და ამის გამო ყოველთვის არ ხერხდება საკუთრების გადასვლის უარყოფა ამავედროულად მავალდებულებელი გარიგების გაბათილების გარეშე. თუმცა ეს ყოველთვის არ არის ნასურვები და ხანდახან კი პირდაპირ ეწინააღმდეგება მხარეთა ინტერესებს.

მიუხედავად ამისა, ამ ტიპის ზოგადი მოსაზრებებით ქართულ სკეპტიკოსთა დარწმუნება შეუძლებელია, რადგან ისინი საერთოდ არ შედიან დოგმატურ დისკუსიაში, არამედ მხოლოდ მარტივ კონტრარგუმენტებზე აპელირებენ.⁵¹ ეს არგუმენტები შეიძლება სამ წინადადებაში ჩაეთიოს: სანივთო გარიგების კონცეპტი არის სამართლის არააუცილებელი გართულება; სანივთო გარიგება აბსტრაქციის პრინციპის გარეშე უაზრობაა და ზოგადად უაზრობაა; შეუძლებელია თუნდაც ერთი შემთხვევის დასახელება, როდესაც გამიჯვნის პრინციპი სამართლებრივი შედეგის მხრივ რეალურად რამეს შეცვლიდა. ამ ტიპის არგუმენტების — „რა სარგებელი მოაქვს ამას პრაქტიკაში?“ — გაქარწყლება შესაძლებელია მხოლოდ იმ კონკრეტულ შემთხვევებზე მითითებით, რომლებიც სწორედ შედეგიდან გამომდინარე ნათელყოფენ სანივთო და ვალდებულებითი გარიგების ერთმანეთისაგან გამიჯვნის აუცილებლობას.

VI. ნების ნაკლი და გარიგების შინაარსის გამართვა

რამდენიმე დანაწესის სამართლებრივი შედეგების ამოქმედება. მაშინაც კი, როდესაც კანონი განკარგვისათვის ითხოვს შეთანხმების გარდა დამატებით ფაქტობრივ მოქმედებას (გადაცემა, რეგისტრაცია, განცხადება, ინდოსამენტი და ა. შ.), გამიჯვნის პრინციპი არ მოითხოვს აუცილებელი ძალით ორი ფაქტობრივი შეთანხმების დაშვებას (*Habermeier, AcP* 195 (1995), ზემოთ სქ. 11, 293). მავალდებულებელი სამართლებრივი შედეგისაკენ მიმართული ნების გამოხატვა შეიძლება დაემთხვეს სანივთო შედეგის გამოწვევისაკენ მიმართულ ნებას და ორივე ერთ მოქმედებაში გაერთიანდეს. ამ შემთხვევაში სახეზეა განკარგვის მთლიანი შემადგენლობის ნაწილობრივი თანადამთხვევა მავალდებულებელი გარიგების ფაქტობრივ შემადგენლობასთან.

51 ვარდა იმ არგუმენტისა, რომ ეს პრინციპი კანონში არსად არ არის მოწესრიგებული, რაც, როგორც ზემოთ უკვე ექნა აღნიშნული, სიმართლეს არ შეესატყვისება.

ამ კონკრეტულ შემთხვევებზე მითითება არც თუ ისე რთულია. რეალურად ქართულ სამართალშიც არსებობს მთელი რიგი შემთხვევებისა, როდესაც პირმა არ უნდა მოიპოვოს საკუთრება, მიუხედავად იმისა, რომ სახეზეა ნამდვილი ვალდებულებითი გარიგება (კაუზა) და ნივთი გადაეცა შემძენს. როგორც ზემოთ ვახსენეთ, გამიჯვნის პრინციპის გარეშე, ჩვეულებრივ, შეუძლებელია საკუთრების გადაცემის ჩაშლა კაუზალური გარიგების გაბათილების გარეშე, რასაც არასასურველ შედეგებამდე მივყავართ.

1. არასრულწლოვანი/ფსიქიკური აშლილობის მქონე შემენი

ამის მაგალითს წარმოადგენს არასრულწლოვანი შემძენის შემთხვევა: მშობლები დებენ თავიანთი ათი წლის შვილის სახელით ნასყიდობის ხელშეკრულებას, რომლიდანაც ბავშვი საკუთრების გადაცემის ნამდვილ მოთხოვნას მოიპოვებს. სამი დღის შემდეგ, როდესაც გამყიდველი საკუთრების გადასაცემად მიაშურებს მყიდველისკენ, სახლში მას მხოლოდ ბავშვი დახვდება და სწორედ მას გადასცემს ნივთს. გადავიდა თუ არა აქ საკუთრება? წესით, აქ ამისთვის ყველა წინაპირობა სახეზეა — ნამდვილი კაუზა და შესრულების მიზნით მომხდარი გადაცემა გამყიდველის მხრიდან. გადაცემის რეალაქტის შედგომისათვის — მფლობელობის მოპოვება, საჭიროა მხოლოდ ნატურალური ნება,⁵² რომელიც არასრულწლოვანს აქ ყოველ მიზეზ გარეშე გააჩნია. მიუხედავად ამისა, ცალსახაა, რომ არასრულწლოვანმა კრედიტორმა საკუთრება არ უნდა მოიპოვოს, რადგან ამით ის კარგავს თავის მოთხოვნას ნასყიდობის ხელშეკრულებიდან — არასარგებლიანი გარიგება. თუ არასრულწლოვანი ნივთს გადაცემისთანავე ფანჯრიდან მოისვრის, მას უნდა ჰქონდეს სხვა ნივთის გადაცემის მოთხოვნის უფლება და ეს მოცულია არასრულწლოვანთა დაცვის მიზნით.⁵³ გერმანულმა სამართალმა ამ შემთხვევების გადაწყვეტის საკმაოდ დახვეწილი გზა შეიმუშავა — არასრულწლოვანი მოიპოვებს საკუთრებას, თუმცა ეს არ ითვლება შესრულებად, რადგან მას აკლია შესრულების მიღების კომპეტენცია.⁵⁴ ეს გამიჯვნა საკუთრების მოპოვებასა და შესრულების ეფექტს შორის თავის წინაპირობად მიითვლის არა მხოლოდ გამიჯვნის პრინციპს, არამედ ასევე შინაგან აბსტრაქციის ვალდებულებით გარიგებასა და საკუთრების გადაცემას შორის, რომლის განხორციელებაც ქართულ სამართალში შეუძლებელია. ამიტომაც აქ ერთადერთ გამართლებულ გადაწყვეტას საკუთრების გადაცემის სრულად უარყოფა წარმოადგენს, რათა იმ შემთხვევაში, როდესაც არასრულწლოვანი ნივთს ფანჯრიდან მოისვრის, ამით მან სხვისი და არა საკუთარი ნივთი გაანადგუროს. მაგრამ რამ შეიძლება ჩა-

52 იხ. ამ ნატურალურ ნებასთან დაკავშირებით *H. J. Wieling, Sachenrecht, Band 1, 2. Aufl., Heidelberg 2006, § 2 IV 2 c* (98).

53 *H. Kohler/H. Lange, BGB Allgemeiner Teil, 42. Aufl., München 2018, § 10 Rn. 18*; შდრ. ამის საწინააღმდეგოდ *M. Harder, Die Erfüllungsannahme durch den Minderjährigen, lediglich ein rechtlicher Vorteil, Juristische Schulung (JuS) 1977, 151*.

54 *A. Wacke, Nochmals - Die Erfüllungsannahme durch den Minderjährigen - lediglich ein rechtlicher Vorteil? Juristische Schulung (JuS) 1978, 83*.

შალოს აქ საკუთრების გადასვლა? ერთადერთ გარიგებისმიერ ნებელობით მომენტს შეიცავს სანივთო გარიგება და მხოლოდ სანივთო შეთანხმების სიბრტყეშია შესაძლებელი არასრულწლოვნის ნების ნაკლის გამო საკუთრების გადასვლის უარყოფა. თუმცა ამისათვის აუცილებელია ამ სანივთო გარიგების არსებობა, რომელიც მოცემულ შემთხვევაში ნების ნაკლის მიზეზით იქნებოდა არანამდვილი და ჩაშლიდა საკუთრების გადასვლას.

იგივე პრობლემა წარმოიშობა ფსიქიკური აშლილობის მქონე პირისათვის ან ამ პირის მიერ გადაცემული ნივთის შემთხვევაშიც და ზოგადად ყოველთვის, როდესაც საკუთრების გადასვლა უნდა გამოირიცხოს ნების ნაკლის ან კანონისმიერი აკრძალვის საფუძველზე, მიუხედავად კაუზალური გარიგების ნამდვილობისა. დამატებითი მაგალითის სახით შესაძლებელია შეძენის აკრძალვაზე მითითება.⁵⁵

2. სანივთო გარიგების საცილობა

სანივთო გარიგების დამოუკიდებლად შეცილების შესაძლებლობა, რა თქმა უნდა, მხოლოდ მაშინ არის უზრუნველყოფილი, როდესაც ეს სანივთო გარიგება საერთოდ არსებობს. შეცილების ეს შესაძლებლობა არც თუ ისე უმნიშვნელო როლს თამაშობს პრაქტიკულ ცხოვრებაში, რადგან ყოველთვის არ არის ხოლმე საკუთრების გადაცემასთან ერთად ასევე მის საფუძველად მდებარე კაუზალური გარიგება იმავე ან სხვა მიზეზით საცილო.⁵⁶ გვერდზე რომ გადავდეთ ქართული რეალობისათვის საკმაოდ უცხო შემთხვევა ხამანჩკაში მარგალიტის აღმოჩენისა,⁵⁷ საქართველოშიც სრულებით შესაძლებელია ნასყიდობა დაიდოს შეცდომის, მოტყუების ან იძულების გარეშე, თუმცა საკუთრების გადაცემა მაინც შეცდომით, მოტყუებით ან იძულებით მოხდეს. სანივთო გარიგების დამოუკიდებელი საცილობა წარმოადგენს (ხელშეკრულების) შინაარსის თავისუფლების შეზღუდვას მხარეს. მაგალითის სახით შესაძლებელია გვაროვნული ნივთის ნასყიდობის მოყვანა, საიდანაც გამყიდველი ვალდებულია, გადასცეს მყიდველს საშუალო ხარისხის ნივთი (სსკ-ის 380-ე მუხლი), მაგრამ გადაცემისას მას მოსდის შეცდომა და გადასცემს იმავე გვარის ნივთს, თუმცა საშუალოსთან შედარებით სამმაგი

⁵⁵ შდრ. მაგალითისათვის ოკუპირებული ტერიტორიების შესახებ კანონის მე-5 და მე-6 მუხლები.

⁵⁶ იხ. სანივთო გარიგების დამოუკიდებლად საცილობასთან დაკავშირებით *Th. Mayer-Maly*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 3. Aufl. 1993, § 142 Rn. 19; *St. Grundmann*, Zur Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts, *Juristische Arbeitsblätter (JA)* 1985, 82; *OLG Hamm VersR* 1975, 814-ე და მომდევნო გვერდი; *Heinrichs*, in *Palandt BGB Kommentar*, 73. Aufl., 2014, § 142 Rn. 4; *Mugdan*, *Materialien I*, ზემოთ სქ. 15, 473; *H. H. Jakobs/W. Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung unveröffentlichter Quellen, Berlin-NewYork 1985, 738-ე და მომდევნო გვერდები, 77; *H.-P. Haferkamp*, Anfechtung von Grund- und Erfüllungsgeschäft, *Juristische Ausbildung (Jura)* 1988, 512.

⁵⁷ *M. Martinek*, Die Perle in der Auster, *Juristische Schulung (JuS)* 1991, 710-ე და მომდევნო გვერდები.

ღირებულების მქონეს. ან გამყიდველი შეცდომაშია მყიდველის გადახდისუნარიანობასთან დაკავშირებით და უარს ამბობს საკუთრებისათვის პირობის დადებზე⁵⁸ — შეცდომა კონტრაქტის პიროვნებაში (სსკ-ის 74 II). ორივე შემთხვევაში გამყიდველს მოსდის შეცდომა არა ნასყიდობის დადებისას ან ვალის დაფარვის მიზნის განსაზღვრისას, არამედ სანივთო შეთანხმების შემადგენლობაში, ამიტომაც სანივთო გარიგების დამოუკიდებელი საცილობის გარეშე დამდგარი შედეგი სრულებით გაუმართლებელია — გამყიდველისათვის არანაირი მნიშვნელობა არ აქვს შეცდომით გაყიდის ნივთს თუ შეცდომით გადასცემს მასზე საკუთრებას.⁵⁹ ამ შემთხვევაში საკუთრების სამუდამოდ გადასვლის დაშვება შეუთავსებელია კერძო ავტონომიის პრინციპებთან. თუმცა გამიჯვნის პრინციპის გარეშე ამ შედეგს უნდა შევეგუოთ, რადგან რეალაქტის საცილობა შეუძლებელია.

3. შინაარსის გამართვის თავისუფლება გამიჯვნის პრინციპის მეშვეობით

საერთო სურათის შექმნისათვის აუცილებელია ასევე იმ შემთხვევებზე მითითება, რომლებიც ნათელყოფენ, რომ მხოლოდ გამიჯვნის პრინციპის მეშვეობითაა შესაძლებელი კაუზალური გარიგებისა და მისი შესრულების აქტის შინაარსობრივად დამაკმაყოფილებლად გამართვა. ის გარემოება, რომ პირობადებული საკუთრების დოგმატურად გამართული კონსტრუქციის აგება მხოლოდ სანივთო გარიგების დაშვების გზით ხერხდება, ზემოთ უკვე ვახსენეთ.

გარდა ამისა, ქართულ პრაქტიკაში საკმაოდ გავრცელებულია ახალი ავტომანქანის ნასყიდობისას სახელშეკრულებო ფორმულარში ავტომანქანის სერიული ნომრის მითითება — კონკრეტული მანქანის იდენტიფიცირების საშუალება. გამიჯვნის პრინციპის მოქმედების შემთხვევაში ეს არანაირი პრობლემა არ იქნება — მოცემულია გვაროვნული ნივთის ნასყიდობა და სერიული ნომრით განსაზღვრულ კონკრეტულ მანქანაზე სანივთო შეთანხმება. მაგრამ ამგვარი დანაწევრების გარეშე ამ შემთხვევაში ინდივიდუალური ნივთის — კონკრეტული ავტომანქანის — ნასყიდობაა სახეზე. სანივთო გარიგების გარეშე ყველაფერი ის, რაც ხელშეკრულებაში წერია, ნასყიდობის ხელშეკრულების ნაწილს წარმოადგენს. თუმცა ამ დაშვებით მყიდველის მდგომარეობა საკმაოდ რთულდება, რადგან ქართული სამართალი, გერმანული საგან განსხვავებით, ინდივიდუალური ნივთის ნასყიდობისას არ იცნობს ჩამნაცვლებელი ნივთის მოთხოვნას (სსკ-ის 490 I მუხლი). თუ ინდივიდუალური ნივთის ნასყიდობაა სახეზე და ნაყიდი ნივთი განადგურდება ან მანამდე განადგურებული, დგება შეუძლებლობა და მყიდველს შეუძლია, მოითხოვოს მხოლოდ გასვლა

⁵⁸ *Haferkamp*, *Jura* 1998, ზემოთ სქ. 56, 513; *H. P. Westermann* in *H. Westermann/D. Eickmann*, *Sachenrecht*, 7. Aufl., Heidelberg 1998, § 4 IV 1; *RGZ* 66, S. 385-ე და მომდევნო გვერდები.

⁵⁹ შდრ. *Grundmann*, *JA* 1985, ზემოთ სქ. 56, 84; *A. Lindemann*, Die Durchbrechungen des Abstraktionsprinzips durch die höchstrichterliche Rechtsprechung seit 1900, *Konstanz* 1989, 53; *Füller*, *Eigenständiges Sachenrecht?* ზემოთ სქ. 8, 144 და იქ მითითებული ლიტერატურა.

ან ზიანის ანაზღაურება. გამიჯვნის პრინციპის გარეშე მოცემული გადაწყვეტა სავალდებულოა, თუმცა ის — ახალი ავტომატ-ქანის — ნასყიდობის შინაარსის გამართვის გონივრულ ვარიანტს ნამდვილად არ წარმოადგენს. მიუხედავად, რომელიც ახალ ავტომატქანას ყიდულობს, რა თქმა უნდა, სურს, შეინარჩუნოს ჩამნაცვლებელი ნივთის მოთხოვნის უფლება.

ამ კონტექსტშივე სასხენებელი რეგისტრაციის გზით უძრავ ნივთზე უფლების წარმოშობისა და გაუქმების საკითხები, რომლებიც სცდება მხოლოდ რეგისტრაციის პროცედურის ფარგლებს. ქართულ საჯარო რეესტრის სამართალში არ მოქმედებს ე. წ. „თანხმობის პრინციპი“.⁶⁰ ამის საპირისპიროდ, აუცილებელია რეესტრის სამსახურის წინაშე ხელშეკრულების წარდგენა, რომელიც წარმოადგენს შესაბამისი რეგისტრაციის საფუძველს.⁶¹ რეგისტრაციის გაუქმებაც იმავე წესით ხდება: რეესტრის მიერ დაშვებული ტექნიკურ შეცდომას თუ არ გავითვალისწინებთ,⁶² ყველა სხვა შემთხვევაში, პირველ რიგში, (სასამართლოს მიერ) უნდა გაბათილდეს რეგისტრაციის საფუძვლად მდებარე ხელშეკრულება.⁶³ თუმცა არსებობს შემთხვევები, როდესაც ვალდებულებითი გარიგების ნამდვილობის და მიუხედავად რეგისტრაცია მაინც გასაუქმებელია, მაგრამ, თუ რა წარმოადგენს ამ გაუქმების საფუძველს, სრულებით გაუგებარია. ეს ეხება, მაგალითად, შემთხვევას, როდესაც მიწის ნაკვეთის გამყიდველს ნამდვილი ხელშეკრულების დადების შემდეგ ფსიქიკური აშლილობა ემართება და რეგისტრაციას ამ მდგომარეობაში ახორციელებს. აქ სახეზეა ნების ნაკლი, თუმცა მისი გათვალისწინება მხოლოდ გარიგების სიბრტყეშია შესაძლებელი. მაგრამ, თუ ნასყიდობის გარდა არ არსებობს სხვა გარიგებისმიერი სიბრტყე, მაშინ რეგისტრაცია ნამდვილი უნდა დარჩეს, რადგან ნასყიდობის დადება ნების ნაკლის გარეშე მოხდა. ეს, რა თქმა უნდა, არასწორია.⁶⁴

4. სანივთო გარიგება და „გასხვისების აკრძალვის დათქმა“

სანივთო გარიგებას გადაამწყვეტი მნიშვნელობა ენიჭება ასევე ე. წ. „გასხვისების აკრძალვის“ შემთხვევაში, რადგან

60 J. Wilhelm, Sachenrecht, 4. Aufl., Berlin-New York 2010, Rn. 582 და მომდევნო ველები და იქ მითითებული ლიტერატურა.

61 საჯარო რეესტრის შესახებ კანონის მე-11 და საჯარო რეესტრის შესახებ ინსტრუქციის მე-12 მუხლები.

62 საჯარო რეესტრის შესახებ კანონის 26 I გ) და საჯარო რეესტრის შესახებ ინსტრუქციის 17 I მუხლები.

63 საჯარო რეესტრის შესახებ კანონის 26 I ბ) და საჯარო რეესტრის შესახებ ინსტრუქციის 17 II მუხლები.

64 დღეს (სანივთო გარიგების აღიარების გარეშე) რეგისტრაცია შეიძლება არასწორი იყოს და გაუქმდეს მხოლოდ ორი საფუძვლით — პროცედურული შეცდომა და კაუზალური გარიგების არანამდვილობა. თუმცა მხოლოდ რეგისტრაციის ეტაპზე წარმოშობილი ნების ნაკლის შემთხვევა არ განეკუთვნება არც ერთ და არც მეორე ჯგუფს. ამიტომაც ერთადერთ გონივრულ გადაწყვეტას წარმოადგენს იმის აღიარება, რომ ორმხრივი ნებულობითი კომპონენტების თანადამოხვევა — სანივთო გარიგების ფორმით — აუცილებელია ასევე რეგისტრაციისასაც. იგივე პრობლემა დგება არასრულწლოვნის, მხარდამჭერის მიმდების, არაუფლებამოსილი წარმომადგენლის ან სხვა პირის მიერ (მესაკუთრის ნებართვის გარეშე) ხელშეკრულების წარდგენის საფუძველზე განხორციელებული რეგისტრაციის შემთხვევაში.

მხოლოდ გამიჯვნის პრინციპის მეშვეობითაა შესაძლებელი, ამ აკრძალვას წაერთვას სანივთო მოქმედება, თუმცა ფარდობითი — ვალდებულებითი — ურთიერთობის ფარგლებში (*inter partes*) ის მაინც ძალაში დარჩეს.⁶⁵ გასხვისების აკრძალვის ფრანგული კონსტრუქცია გაცილებით ნაკლებ სახარბიელოა.⁶⁶

გამიჯვნის პრინციპის გარეშე შეუძლებელია გარიგებისმიერი განკარგვის აკრძალვის შეთანხმება და ორმხრივი ინტერესების ჯეროვანი დაცვა. მაგალითად, გამყიდველი ყიდის მამის დანატოვარ ძველებურ სავარძელს, თუმცა მანამდე სიტყვა ჰქონდა მიცემული ძმისათვის, რომ ის ამ ნივთს არ გაასხვი-სებდა. საკითხავია, რამდენად უნდა შეზღუდოს ამ (გარიგების-მიერმა) აკრძალვამ ნივთზე საკუთრების მესამე პირისათვის გადაცემის შესაძლებლობა. გერმანულ სამართალში ამგვარ ვალდებულებით შეთანხმებას სანივთო ძალა არ აქვს (გსკ-ის 137-ე პარაგრაფი). ეს შეთანხმება პირდაპირ ვერ შეზღუდავს განმკარგავის უფლებამოსილებას, გადასცეს სხვა პირს საკუთრება — მესამე პირი ნივთის განკარგვის შემთხვევაში მოიპოვებს საკუთრებას გარიგებით და არა როგორც კეთილ-სინდისიერი შემძენი. გსკ-ის 137-ე პარაგრაფის ამ ფუნქციით არსებობა მხოლოდ გამიჯვნის პრინციპის პირობებშია შესაძლებელი, ანუ მხოლოდ მაშინ, როდესაც განცალკევებულია ვალდებულებითი და სანივთო გარიგება. ეს დანაწესი პირდაპირ კავშირში არ არის აბსტრაქციის პრინციპთან, ანუ სანივთო და ვალდებულებითი გარიგების ერთმანეთისაგან დამოუკიდებელ ნამდვილობასთან. თუმცა, მიუხედავად ამისა, ისიც იმავე მიზანს ემსახურება — ნივთების ბრუნვაუნარიანობა და სამართლებრივი სიკეთების ცირკულაცია მნიშვნელოვნად შეფერხდებოდა, თუ ვალდებულების ძალით შეთანხმებული პირობები, იქნებოდა ეს განკარგვის გარიგებისმიერი აკრძალვა თუ განკარგვის უფლებამოსილების ჩამორთმევა, ჩაშლიდა მესამე პირის მიერ (გარიგებით) სანივთო უფლების მოპოვებას. გერმანული დოქტრინა, გსკ-ის 137-ე პარაგრაფის მეშვეობით, მიდის იმ შედეგამდე, რომ განკარგვითი (სანივთო) გარიგება რჩება ნამდვილი, თუმცა მხარემ, რომელმაც აკრძალული განკარგვის განხორციელებით დაარღვია ვალდებულებითი გარიგება, პასუხი უნდა აგოს გსკ-ის 280-ე პარაგრაფის შესაბამისად ან გადაიხადოს პირგასამტეხლო.⁶⁷ განსხვავებით გერმანული სამართლისაგან, ფრანგულ სამართალში ამგვარი კომპრომისის მონახვა არ ხერხდება. ფრანგული სამართალი, არ ასხვავებს რა ერთმანეთისაგან ვალდებულებით და განკარგვით (სანივთო) გარიგებებს, ვერ განასხვავებს ვერც მათი აკრძალვის შედეგებს. გასხვისების აკრძალვას საფრანგეთში ავტომატურად ენიჭება გაშუალებული სანივთო მოქმედება, რადგან ახალი მესაკუთრის მიერ აკრძალვის დარღვევით განხორციელებული განკარგვა ყოფილ მესაკუთრეს ანიჭებს

65 J. Maurer, Die Prinzipien der Abstraktion, Kausalität und Trennung, insbesondere bei Verfügungen, Frankfurt a. M. 2003, 54; Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, ზემოთ სქ. 6, 251-ე და მომდევნო გვერდი.

66 Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, ზემოთ სქ. 6, 252-ე და მომდევნო გვერდები.

67 გარდა ამის, მხარეებს შეუძლიათ გსკ-ის 137-ე პარაგრაფს (მაგალითად, უძრავი ნივთების შემთხვევაში) მიანიჭონ სანივთო ეფექტს მასზე დამატებით შეთანხმების მეშვეობით.

ხელშეკრულების მოშლის უფლებას,⁶⁸ ხოლო ვალდებულებითი გარიგების გაუქმებასთან ერთად განმკარგავი ავტომატურად კარგავს საკუთრებას და გადაიქცევა არაუფლებამოსილ განმკარგავად, რის გამოც მესამე პირი მისგან საკუთრებას გარიგებით ვეღარ მოიპოვებს. ასეთი მძიმე შედეგების გამო განკარგვის აკრძალვა, საფრანგეთში, წინათ გავრცელებული მოსაზრების თანახმად, დაუშვებელი იყო. თუმცა 1971 წელს სა-მოქალაქო კოდექსში ახალი დანაწესის (900-1 მუხლის) შემოტანის შემდეგ მისი დასაშვებობა ცალსახად აღიარებულია, თუ ის მხოლოდ დროებით ხასიათს ატარებს და მის უკან ამკრძალავის ლეგიტიმური და ანგარიშგასაწევი ინტერესი დგას. ამ შემდგომ, საბოლოო ჯამში, ფრანგული სამართალი ზღუდავს მხარეთა კერძო ავტონომიას ვალდებულებითი გარიგების ეტაპზე იმისათვის, რომ თავიდან აიცილოს გაუმართლებელი შედეგები სანივთო სიბრტყეში, რაც მთლიანობაში ქართული სამართლისათვის დიდად მისაბაძი მაგალითი ვერ იქნება.

5. წარმომადგენლის მეშვეობით საკუთრების გადაცემა და მესამე პირის სასარგებლოდ დადებული ხელშეკრულება

გამიჯვნის პრინციპის მეშვეობით გარიგების შინაარსის გამართვის შემთხვევების შესავსებად გამოდგება საკუთრების გადაცემა წარმომადგენლის მეშვეობით, რომელიც დგას გამსხვისებლის ან შემძენის მხარეზე. კონსტრუქცია, რომლის მიხედვითაც დასაშვებია წარმომადგენლის მიერ საკუთრების გადაცემა,⁶⁹ შემდეგია: როდესაც გამსხვისებლის წარმომადგენელი გადასცემს პირს საკუთრებას წარმოდგენილის სახელით და შესაბამისი უფლებამოსილებით, ამ დროს მის მიერ შემძენისათვის ნივთის გადაცემა არის გადაცემა, რომელშიც მანიფესტირდება გამსხვისებლის მიერ შემძენის სასარგებლოდ განხორციელებულ განკარგვა და მფლობელობის გადაცემის ეს აქტიც მას უნდა შეერაცხოს. ასევე, როდესაც წარმომადგენელი მოქმედებს შემძენის მხარეზე, გამსხვისებლის მიერ მისთვის ნივთის გადაცემა წარმომადგენის გადაცემას, რომელიც გამოხატავს გამსხვისებლის მიერ შემძენისათვის საკუთრების გადაცემის მიზნით მფლობელობის მინიჭებას.⁷⁰

დაშვება იმისა, რომ ერთი პირისათვის, კერძოდ წარმომადგენლისათვის, ნივთის ფაქტობრივი ჩაბარება უნდა ჩაითვალოს სხვა პირისათვის — წარმოდგენილისათვის — ამ ნივთზე მფლობელობის გადაცემად, მოითხოვს შეთანხმებას ამასთან დაკავშირებით, მხოლოდ რეალაქტი ამის გამოსახატავად უძ-

68 შდრ. საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის (ძვ. რედაქციის) 1184-ე მუხლი (ჩუქების შემთხვევაში — საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის 954-ე მუხლი).

69 *Wilhelm*, *Sachenrecht*, ზემოთ სქ. 60, Rn. 896.

70 *Wilhelm*, *Sachenrecht*, ზემოთ სქ. 60, Rn. 897, საკუთრების გადაცემა მდგომარეობს საკუთრების გადაცემის კონსენსუსის საფუძველზე განხორციელებულ (მფლობელობის) გადაცემაში. გადაცემა საჭიროა, როგორც აქტი, რომელშიც მანიფესტირდება ბატონობის პოზიციის შემძენზე გადასვლა, რომელიც შეესატყვისება საკუთრების გადაცემას (გასხვისებას). თუმცა სწორედ ამ გადაცემას/მოპოვებას ახორციელებს ყოველი წარმომადგენელი გამსხვისებლის ან შემძენის მხარეზე, როდესაც ის გამსხვისებლის ან შემძენის სახელით გაცხადებული შეთანხმების აღსასრულებლად გასცემს ან მოიპოვებს მფლობელობას.

ლურია.⁷¹ იმავეს თქმა შეიძლება ე.წ. „ბრძანებას დაქვეორდებარებული პირის“ მიერ საკუთრების გადაცემაზეც მის ყველა ვარიაციაში,⁷² რომლის კონსტრუირებაც სანივთო გარიგების გარეშე შეუძლებელია.

ასევე მესამე პირის სასარგებლოდ დადებული გარიგებაც გამიჯვნის პრინციპის გარეშე საკმაოდ უცნაურ კონსტრუქციად წარმოგვიდგება და ეს ძალაშია (მესამე პირის სასარგებლოდ დადებული) როგორც „ნამდვილი“, ისე „არანამდვილი“ ხელშეკრულებისას (სსკ-ის 349-ე და მომდევნო მუხლები). თუ არ არსებობს სანივთო გარიგება, მაშინ მესამე პირი შემპირებლისაგან საკუთრებას მოიპოვებს საკუთარი გარიგებისმიერი თანაქმედების გარეშე,⁷³ მხოლოდ რეალაქტის საფუძველზე, რაც სხვა არაფერია, თუ არა მესამე პირის სასარგებლოდ განკარგვა, ეს კი დაუშვებელია. მიუხედავად ამისა, ეს მაინც გარდაუვალი შედეგია სანივთო გარიგების არდაშვებისა: მესამე პირის სასარგებლოდ ნასყიდობის (ან სხვა მავალდებულებელი) დადების შემდეგ კაუზალური გარიგება უკვე ჩამოყალიბებულია და (გამიჯვნის პრინციპის გარეშე) საჭიროა მხოლოდ მესამე პირისათვის მფლობელობის გადაცემის რეალაქტი. მაგრამ ამ დროს ეს მესამე პირი საკუთრების მოპოვების აქტში საერთოდ არ მონაწილეობს გარიგებისმიერი ნების მეშვეობით. ის მხოლოდ მოიპოვებს ნივთზე მფლობელობას და ავტომატურად ხდება მესაკუთრე. ამ მესამე პირმა შეიძლება საერთოდ არც კი იცოდეს, თუ რა ნივთს იბარებს (მფლობელობის მოპოვების ნატურალური ნების საფუძველზე)⁷⁴ და მაინც გახდეს მისი მესაკუთრე,⁷⁵ რაც, რა თქმა უნდა, მიუღებელია. იგივე პრობლემები წარმოიშობა საანდერძო დანაკისრისა და მთელ რიგ სხვა შემთხვევაში.

VII. რეალაქტის დიქტატი

71 ეს წარმომადგენის გარკვეული ტიპის ფიქციას, რომლის შექმნაც ხდება გარიგებისმიერი შეთანხმებით. თუმცა რეალაქტი ამ ფიქციას ვერ გამოხატავს. ეს შეთანხმება ვერ იქნება ვერც ვალდებულებითი გარიგების ნაწილი, რადგან ეს არის შეთანხმება სანივთოსამართლებრივ განკარგვის მოდუსთან დაკავშირებით, რომელიც საკუთარ თავში არ შეიცავს არანაირ ვალდებულებით მომენტს. შდრ. ამასთან დაკავშირებით *Wilhelm*, *Sachenrecht*, ზემოთ სქ. 60, Rn. 896 და მომდევნო ველები.

72 იხ. ზოგადად ნაბრძანები პირის მეშვეობით მოპოვებასთან დაკავშირებით *Oechsler*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Aufl. 2012, § 929 Rn. 2; *D. Medicus*, *Bürgerliches Recht*, 21. Aufl., München 2007, Rn. 563; *Wilhelm*, *Sachenrecht*, ზემოთ სქ. 60, Rn. 893, გ. რუსიაშვილი/ლ. სირდაძე/დ. ეგნატაშვილი, სანივთო სამართალი. კაზუსების კრებული, თბილისი 2018, 237-ე და მომდევნო გვერდები.

73 *Gottwald*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7. Aufl. 2016, § 328 Rn. 33; *BGH NJW* 1995, 520; *Grüneberg*, in *Palandt BGB Komm.*, 77. Aufl. 2017, § 333 Rn. 1.

74 თუ არ ვაღიარებთ შესრულების „სახელშეკრულებო თეორიას“, რისი გაკეთებაც ასევე შეუძლებელია გამიჯვნის პრინციპის გარეშე, იხ. ქვევით VII.1.

75 ამ შედეგს ვერ გაამართლებს იმაზე მითითება, რომ მესამე პირს ყოველთვის აქვს მოპოვებულ მოთხოვნაზე უარის თქმის უფლება (სსკ-ის 351-ე მუხლი), რაც უკუქცევითი ძალით აქარწყლებს ასევე საკუთრების მოპოვებასაც, რადგან აბსურდის ის მომენტი, რომ პირი თუნდაც დროებით, მაგრამ მაინც მოიპოვებს საკუთრებას ისე, რომ არ უნდა და არ იცის ამის შესახებ, მაინც სახეზეა.

აქვე უნდა ვახსენოთ შემთხვევები, როდესაც სანივთო გარიგების არარსებობას არა მხოლოდ უსამართლო შედეგად მივყავართ, არამედ — სანივთო ვაკუუმთან, როდესაც შეუძლებელია იმის დადგენა, თუ რა დაემართა საკუთრებას — გადავიდა თუ არ გადავიდა შემძენზე. თუმცა მანამდე შეჯამების სახით შესაძლებელია საკუთრების გადასვლის ქართული სისტემის, მთელი თავისი ზემოთ აღწერილი აპორიებით, „რეალაქტის დიქტატად“ მოხსენიება. ეს ნიშნავს იმას, რომ სწორედ მფლობელობის გადაცემის რეალაქტია ის, რაც საბოლოო ჯამში საკუთრების გადასვლის ბედს წყვეტს. რას გულისხმობს ეს? თუ კიდევ ერთხელ მივაპყრობთ ყურადღებას საკუთრების გადაცემის ფრანგულ მოდელს, ცხადი ხდება, რომ აქ სანივთო ურთიერთობების მაკონსტრუირებელი ძალა ნებას აქვს მინიჭებული, მავალდებულებელი ნების სახით. სწორედ ეს გადაწყვეტაა უფრო მეტად დამაჯერებელი და თანმიმდევრული — კერძოდ, სანივთო უფლების თავისთავადი ხასიათის სრულად უარყოფა და იმის თქმა, რომ ის წარმოშობისათვის არ საჭიროებს დამოუკიდებელ გარიგებისმიერ აქტს — ვიდრე ამ ფუნქციის რეალაქტისათვის მინიჭება. რადგან ამ შემთხვევაში ეს რეალაქტი მართლაც ცდილობს სანივთო ურთიერთობის წარმოშობი ფუნქციის მორგებას.⁷⁶ ეს ქართული „მომრიგებლური“ გადაწყვეტა (ტრადიციის პრინციპი სანივთო გარიგების გარეშე), ფრანგულისაგან განსხვავებით, ფორმალურად აღიარებს სანივთო უფლების თავისთავადობას, თუმცა აცლის მას დამოუკიდებელ მაფორმირებელ ნებელობით აქტს, რის შემდეგაც ამ ფორმირების ფუნქციას რეალაქტი კისრულობს და თუ რამდენად დამაჯერებლად უძლავდება ის ამ ამოცანას, ზემოთ უკვე ვიხილეთ: მცირეწლოვნის მიერ საკუთრების მოპოვების მაგალითზე, რომელიც სრულებით გაუმართლებელია და ახალი ავტომანქანის ნასყიდობის მაგალითზე, როდესაც გაურკვეველი რჩება, ინდივიდუალური ნივთი იყიდა მყიდველმა თუ გვაროვნული.

რეალაქტს ზოგადად არ შესწევს ძალა ცალსახა სანივთო-სამართლებრივი მიკუთვნებადი წესრიგის დამყარებისა.⁷⁷ მისი მიზმა ვალდებულებითსამართლებრივ ნებელობით კომპონენტთან ამასთან დაკავშირებით ვერაფერს შეცვლის. ეს განსაკუთრებით ნათელი ხდება ქვემოთ მოყვანილი სამი კაზუსიდან. ამ შემთხვევებში პრობლემურია არა მხოლოდ ის, შემძენზე საკუთრება უნდა გადავიდეს თუ არა (და არის თუ არა ეს შედეგი გამართლებული), არამედ, როგორც ზემოთ აღინიშნა, საერთოდ დადგენადია თუ არა საკუთრების ბედი:

1. მყიდველი და გამყიდველი დებენ ნასყიდობის ხელშეკრულებას. ამის შემდეგ გამყიდველი მას გადასცემს შეპირებულ ნივთს, თუმცა ამასთან უცხადებს, რომ ამ ქმედებით საკუთრების გადაცემა არ სურს. როგორ უნდა შეფასდეს ეს სამართლებრივად? ერთი მხრივ, საკმაოდ ნათელია, რომ აქ საკუთრება ვერ გადავიდოდა, თუმცა, მეორე მხრივ, საკითხავია, რა არის ამის მიზეზი. საკუთრების გადაცემის კანონისმიერი

შემადგენლობა ერთმნიშვნელოვნად სახეზეა — ნასყიდობა დადებულია და ნივთიც გადაეცა შემძენს. აქ შეიძლება ჯერ კიდევ ითქვას, რომ გადაცემა არ მომხდარა შესრულების ეფექტის გამოწვევის მიზნით, თუმცა შესრულების ეფექტის ცნება, თავის მხრივ, კამათის საგანს წარმოადგენს. მის განსასაზღვრად სამი ალტერნატიული თეორიაა შემოთავაზებული: 1. „შესრულების რეალური ეფექტის თეორია“;⁷⁸ 2. „შესრულების მიზნობრივი ეფექტის თეორია“;⁷⁹ 3. „შესრულების სახელშეკრულებო ეფექტის თეორია“⁸⁰ (ანუ ხელშეკრულების თეორია). ამათგან გაბატონებულია პირველი, რეალური ეფექტის თეორია, რომლის მიხედვითაც, შესრულების ეფექტი განპირობებულია შესრულების შედეგის რეალური გამოწვევით,⁸¹ ანუ ნასყიდობის შემთხვევაში: მფლობელობისა და საკუთრების გადაცემით, მომსახურების ხელშეკრულებისას — სამუშაოს შესრულებით და ა. შ. შესრულების რეალური ეფექტის თეორია ემყარება სანივთოსამართლებრივ ხდომილებას, კერძოდ კი იმას, რომ შესრულდა ის, რაც შეპირებული იყო. თუ შეპირებული იყო საკუთრების გადაცემა და ის ფაქტობრივად გადავიდა, მაშინ შესრულების ეფექტი სახეზეა, თუმცა არა პირიქით. საპირისპირო თანმიმდევრობის დადგენა, ანუ შესრულების ეფექტიდან გამომდინარე სანივთო ხდომილების განსაზღვრა, საკმაოდ აბსურდულია, რადგან, ხომ არ შეიძლება იმის თქმა, რომ: „როდესაც საკუთრების გადაცემა იყო შეპირებული და შესრულების ეს ეფექტი რეალურად დადგა, მაშინ ის გადაცემულად ჩაითვლება“? მაგრამ მოცემული შემთხვევის გადაწყვეტა ამ თეორიის საფუძველზე სწორედ ამას ნიშნავს: შესრულების ეფექტიდან გამომდინარე სანივთო ხდომილების დადგენას, ანუ იმის თქმას, რომ საკუთრება იმიტომ არ გადავიდა, რადგან აქ შესრულების ეფექტი სახეზე არ არის. ეს არასწორი და არაფრისმომცემი ფორმულაა და ნიშნავს იმას, რომ გერმანიაში გაბატონებული და ყველაზე პრაქტიკული თეორია — შესრულების რეალური ეფექტის თეორია — საქართველოში სრულებით უსარგებლოა: მოცემულ შემთხვევაში მის საფუძველზე შეუძლებელია ახსნა იმისა, თუ რატომ არ გადავიდა საკუთრება.⁸² თუმცა შესაძლებელია მეორე, ალტერნატიული, თეორიის მეშვეობით იყოს შესაძლებელი იმის ერთმნიშვნელოვნად დადგენა, თუ რა მოხდა ამ შემთხვევაში, კერძოდ შესრულების მიზნობრივი ეფექტის თეორიის საფუძველზე, რომელიც შესრულების ეფექტს აღარ განმარტავს როგორც რეალაქტს. ამ თეორიის თანახმად, შესრულების საგნის ფაქტობრივად გადაცემის გარდა, შესრულების ეფექტის გამოწვევისათვის აუცილებელია მოვალის მიერ ამ შესრულების კონკრეტული ვალდებულებისათვის მიეკუთვნება ნებელობითი ელემენტის

⁷⁸ BGH NJW 1991, 1295; BGH NJW 1992, 2699; BGH, NJW-RR 2008, 109.

⁷⁹ Heinrichs, in Palandt BGB Kommentar, 73. Aufl. 2014 § 362 Rn. 5; OLG Hamm, NJW-RR 1989, 700; Dennhardt, in Bamberger/Roth Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2012, § 362 Rn. 21; Wenzel, in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2007, § 362 Rn. 14; Schwab, in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 812 Rn. 49.

⁸⁰ Larenz, Schuldrecht AT, 76. Aufl. 2013, § 18 I 1.

⁸¹ BGH NJW 1991, 1295.

⁸² შესრულების ეფექტის რეალურად გამოწვევის თეორიის მიხედვით შესრულება წარმოადგენს რეალაქტს, მაშინ როგორ შეიძლება ერთმა რეალაქტმა (შესრულებამ) განმარტოს მეორე რეალაქტი?

⁷⁶ რეალაქტი ცდილობს სანივთო უფლების, რომელიც თავისი სტრუქტურის, შინაარსისა და ფუნქციის მიხედვით არსებითად სხვაა ვიდრე ვალდებულებითი უფლება, ფორმირებას საკუთარი წესების მიხედვით.

⁷⁷ Wieling, Sachenrecht, 76. Aufl. 2013, § 1 III 1 b (29).

საფუძველზე. თუმცა მეთოდური კუთხით ეს მიდგომაც არასწორია, გამომდინარე იქიდან, რომ ეს თეორია არ არის შექმნილი ამ მარტივი შემთხვევის გადასაწყვეტად და ზოგადად სანივთოსამართლებრივ ურთიერთობებში სიცხადის შემოსატანად. ანუ იმ ფუნქციის შესასრულებლად, რომელიც სანივთოსამართლის პრინციპებსა და მის ინსტიტუტებს აკისრიათ. ეს თეორია შექმნილია იმისათვის, რომ რამდენიმე იდენტური შინაარსის ვალდებულების არსებობისას გამოარკვიოს, თუ რომელს მიეკუთვნება კონკრეტული შესრულება (სსკ-ის 387 | 1 მუხლი)⁸³ და არა ის, საერთოდ გადავიდა თუ არა საკუთრება.⁸⁴ მიუხედავად ამისა, ეს თეორია მაინც ახერხებს მოცემულ შემთხვევაში საკუთრების გადასვლის საკითხის ცალსახად დადგენას — მყიდველს არ მოუპოვებია საკუთრება, რადგან გამყიდველის მხრიდან სახეზე არ არის ვალის დაფარვის მიზნით განხორციელებული შესრულება.

2. თუმცა მოცემული თეორია ვერ დაგვეხმარება იმ შემთხვევაში — და სწორედ აქ ხდება საგრძნობი ზემოთ გამოთქმული მეთოდოლოგიური შეცდომა — თუ გამყიდველი ვალის დაფარვის მიზნით გადასცემს ნივთს, თუმცა მყიდველი, რომელიც იღებს მას, აცხადებს, რომ მას ნივთზე მხოლოდ მფლობელობისა და არა საკუთრების მოპოვება სურს. აქ, რა თქმა უნდა, არავის მოუვა თავში იმის მტკიცება, რომ შემძენმა შეიძლება მოიპოვოს საკუთრება მისი ნების საწინააღმდეგოდ (მაშინაც კი, როდესაც მოიპოვა მფლობელობა იმ ნივთზე, რომელიც მეორე მხარემ გადასცა მას ვალის დაფარვის მიზნით). სწორედ ამიტომაც ეს თეორია ვერ აღწევს აქ საკუთარ მიზანს — „ვალის დაფარვის მიზანი“ — ეს არის ცალმხრივი გარიგების დარი მოქმედება, რომელიც სამართლებრივ შედეგებს წარმოშობს დამოუკიდებლად მიძღვრის თანხმობისგან. მაშინ გაურკვეველია, თუ რატომ არ უნდა გადავიდეს შემძენზე საკუთრება, როდესაც ამისათვის სახეზეა ყველა, კანონით გაწერილი, წინაპირობა (კაუზალური გარიგება და მფლობელობის გადაცემა შესრულების ეფექტის გამოწვევის მიზნით). თუმცა ბოლოსკენ შესაძლებელია, უკანასკნელი გამოსავლის სახით, მესამე, გერმანიაში უკვე დიდი ხნის წინ გადაღახული, შესრულების ეფექტის განმსაზღვრელი თეორიის, კერძოდ, „ხელშეკრულების თეორიის“⁸⁵ მოშველიება. ამ თეორიის მიხედვით, შესრულების ეფექტი ემყარება მხარეთა შორის გარიგებისმიერ შეთანხმებას იმასთან დაკავშირებით, რომ შესრულებამ ვალის დაფარვა და ამ შესრულებისაკენ მიმართული მოთხოვნის გაუქმება უნდა გამოიწვიოს.⁸⁶ ანუ შესრულების ეფექტი ემყარება ხელშეკრულებას. თუმცა ქართულ სამართალში ამ თეორიის განხილვა, წესით, აქვე უნდა დასრულდეს. გამომდინარე იქიდან, რომ მოცემული კონსტრუქცია შესრულების ეფექტს

აღიქვამს როგორც შეთანხმებას, რომ შესრულებას უნდა მოჰყვას ამ შესრულებისაკენ მიმართული მოთხოვნის გაუქმება და ამგვარად წარმოადგენს მოთხოვნის განკარგვას, რომელიც, მართალია, არ არის სანივთო გარიგება, თუმცა არის ვალდებულებითი გარიგებისგან გასამიჯნი განკარგვითი გარიგება, რომლის კონსტრუირებისათვისაც გამიჯვნის პრინციპია საჭირო. თუ გამიჯვნის პრინციპი საქართველოში საერთოდ არ მოქმედებს, მაშინ ვერც შესრულება იქნება განკარგვის გარიგება.

თუმცა შეიძლება დოგმატური კონტრარგუმენტები გვერდზე გადავდოთ და შევხედოთ იმას, საერთოდ დასაშვებია თუ არა ამ ხელშეკრულების თეორიის მეშვეობით იმ შემთხვევის ცალსახად გადაწყვეტა, როდესაც მყიდველი უარს ამბობს, ნივთზე მფლობელობის მოპოვებასთან ერთად მოიპოვოს მასზე საკუთრება. ეს მოცემული თეორიის მეშვეობით მიღწევად შედეგს წარმოადგენს — ცალსახაა, რომ მყიდველი არ მოიპოვებს საკუთრებას, რადგან ის არ შეუთანხმდა გამყიდველს შესრულების ეფექტთან დაკავშირებით.

3. თუმცა „ხელშეკრულების თეორიაც“ ვერ წყვეტს დამაკმაყოფილებლად იმ შემთხვევას, რომელიც სახეზე გვექნება დასაწყისში მოყვანილი იულიანეს კაზუსის შეტრიალებით და დაფარული დისენსუსის გაცხადებულად ქცევით. მაგალითად, ა და ბ დებენ ნასყიდობას გვაროვნულ ნივთზე და ამავდროულად ქირავნობას იმავე გვარის ნივთზე. ორივე ნივთი მოვალემ კრედიტორს მეორე დღეს უნდა ჩააბაროს. თუმცა მეორე დღეს მოვალე მხოლოდ ერთი ნივთით გამოჩნდება და მას უსიტყვოდ გადასცემს კრედიტორს. კრედიტორი ასევე უსიტყვოდ ჩაიბარებს ამ ნივთს. რა შესრულდა აქ, ქირავნობა თუ ნასყიდობა და ვინ არის გადაცემული ნივთის მესაკუთრე? რადგან, თუ გადაცემის შემდეგ ნივთი განადგურდა, მოვალე, რა თქმა უნდა, დაიწყებს იმის მტკიცებას, რომ მან ნივთი ნასყიდობის შესრულების ეფექტის გამოსაწვევად გადასცა და რისკს უკვე მეორე მხარე ატარებს, ხოლო კრედიტორი კი მუსტად საპირისპიროს დაიჟინებს. გერმანულ სამართალში აღიარებული შესრულების თეორიები, კერძოდ: შესრულების რეალური ეფექტის თეორია, შესრულების ფინალური ეფექტის თეორია და შესრულების სახელშეკრულებო ეფექტის თეორია, ამ შემთხვევას ვერ წყვეტენ და ვერ გვაწვდიან ცალსახა პასუხს იმასთან დაკავშირებით, თუ ვინ არის ნივთის მესაკუთრე.

ეს თეორიები შექმნილია იმისათვის, რათა უზრუნველყონ რამდენიმე ერთგვარი შესრულების შემთხვევაში ამ შესრულების ცალსახა მიკუთვნება შესაბამისი ხელშეკრულებისთვის, მაგრამ არა იმის დასადგენად, თუ რისი გადაცემა მოხდა შესრულებით, მხოლოდ მფლობელობის თუ ასევე — საკუთრების. რადგან ეს განეკუთვნება შესრულების შინაარსს. რა თქმა უნდა, აქ არ შეიძლება იმის თქმა, რომ მხარეები შესრულების ეფექტთან დაკავშირებით არ შეთანხმებულან, სწორედ რომ საპირისპირო შემთხვევა გვაქვს სახეზე: მხარეები, რა თქმა უნდა, შეთანხმდნენ ამ ეფექტთან დაკავშირებით, მაგრამ რომელი ხელშეკრულების შესრულებას წარმოადგენს ეს? ამაზე პასუხის გაცემა მხოლოდ შესრულების ეფექტის განმსაზღვრელ თეორიას არ ძალუძს. თუ საქმე

⁸³ *Dennhardt*, in *Bamberger/Roth Kommentar zum BGB*, 3. Aufl. 2012, § 362 Rn. 21.

⁸⁴ აქაც ძალაში რჩება ის კონტრარგუმენტი, რომ ამ თეორიის გამოყენებით მოცემული შემთხვევის გადაწყვეტისას სამართლებრივი მდგომარეობის გარკვევა გაუკუღმართებული თანმიმდევრობით ხდება — იმის მაგივრად, რომ შესრულების ფიგურა დამყაროს სანივთო სამართლებრივ ხდომილებას, პირიქით, შესრულების თეორიას ვიყენებთ იმისათვის, რომ გავარკვიოთ სანივთო მდგომარეობა.

⁸⁵ *Larenz*, *Schuldrecht AT*, 76. Mot. S. 11, § 18 I 1.

⁸⁶ *Larenz*, *Schuldrecht AT*, 76. Mot. S. 11, § 18 I 1.

ეხება რამდენიმე იდენტური შინაარსის მქონე შესრულებას, მაშინ ეს თეორია ახერხებს თითოეულის შესაბამისი ხელშეკრულებისათვის მიკუთვნებას, მაგრამ ვერ ახერხებს იმის იდენტიფიცირებას, თუ რა შინაარსი აქვს შესრულებას — მხოლოდ მფლობელობის თუ ასევე საკუთრების გადაცემა. რადგან შეუძლებელია საკუთრების გადასვლის შემდეგი არგუმენტით მტკიცება: „საკუთრება გადავიდა იმიტომ, რომ აქ არ შესრულებულა ქირავნობა“ ან პირიქით.⁸⁷ რეალურად, პირიქით, მხოლოდ სანივთო სამართლებრივი აქტით შეიძლება დადგინდეს შესრულების შინაარსი, ანუ სწორედ სანივთო გარიგებაა ის, რასაც ემყარება შესრულების ეფექტის ცნება, ამიტომაც მასზე მსჯელობას წინ უნდა უძღოდეს სანივთო სამართლებრივი მდგომარეობის გამოკვლევა.⁸⁸ შესრულების შინაარსის დადგენა შესაძლებელია მხოლოდ სანივთო სამართლებრივი აქტის მეშვეობით, რის გამოც ეს სანივთო გარიგება ასევე „მინიმალურ კონსენსუსად“⁸⁹ მოიხსენიება და სწორედ მას იყენებენ წანამძღვრის სახით შესრულების თეორიები. თუ ჯერ საერთოდ გაურკვეველია, რისი გადაცემა მოხდა შესრულების ფარგლებში — მხოლოდ მფლობელობის თუ ასევე საკუთრების — შეუძლებელია შესრულების ეფექტზე საუბარი. ამიტომაც მხოლოდ „მინიმალური კონსენსუსიდან“ გამომდინარეა შესაძლებელი აქ მწყობრი არგუმენტაციის განვითარება: ნასყიდობა არ შესრულდა, რადგან არ მომხდარა საკუთრების გადაცემა, ხოლო საკუთრების გადაცემა კი არ მოხდა იმიტომ, რომ ამისათვის სანივთო გარიგება იყო აუცილებელი, რომელიც აქ არ დადებულა. შესრულების სამართლის პერსპექტივა უუნაროა იმის დასადგენად, გადავიდა თუ არა საკუთრება, რადგან ამ ორ ხდომილებას — საკუთრების გადასვლასა და შესრულების ეფექტს — შორის საპირისპირო კავშირია გაბმული; თავდაპირველად უნდა დადგინდეს, თუ რა მოხდა სანივთოსამართლებრივად, რათა საერთოდ შესაძლებელი გახდეს შესრულების ეფექტზე საუბარი. ამ მწყობრ არგუმენტაციას სანივთო გარიგების აღიარების გარეშე ვერ გამოვიყენებთ და ეს ნამდვილად არ წარმოადგენს ქონებრივი სიკეთეების გადაცემის რამენაირად მისაღებ მოდელს.

VIII. traditio რომის სამართალში

შეკამების სახით შესაძლებელია შემდეგის თქმა: ვალდებულებით ხელშეკრულებასა და საკუთრების გადასვლას შორის ჩაჩრილმა რეალაქტმა შეიძლება განაპირობოს ის, რომ არ

ფუნქციონირებს არც ვალდებულებითი და არც სანივთოსამართლებრივი გადაწყვეტა. იგულისხმება ის ფაქტი, რომ ზემოთ მოყვანილი სამი შემთხვევა საფრანგეთშიც კი არ იქნებოდა პრობლემური.⁹⁰ გერმანიაში კი საერთოდ მარტივად იქნებოდა გადაწყვეტადი გამიჯვნის პრინციპის მეშვეობით. მაგრამ ერთიანობა-ტრადიციის პრინციპების ქართული კომბინაციის წყალობით შეუძლებელია ამ შემთხვევათაგან რომელიმეს დამაკმაყოფილებლად ამოხსნა. ამიტომაც სწორია ვიტცი,⁹¹ როდესაც ამბობს, რომ ტრადიციის პრინციპს გამიჯვნის პრინციპის გარეშე დიდი აზრი არ აქვს.⁹² უფრო მეტიც, ეს კომბინაცია საბოლოო ჯამში საზიანოც კია.

მიღებულ დასკვნას, რომლის მიხედვითაც, გამიჯვნის პრინციპის გარეშე, მხოლოდ ტრადიციის პრინციპით, საკუთრებასთან დაკავშირებული ურთიერთობის დამაკმაყოფილებლად მოწესრიგება შეუძლებელია, ერთი სუსტი მხარე აქვს. ისტორიულად არსებობდა სამართლებრივი სისტემა, რომელიც სანივთო უფლების გადასვლის „ამ მოდელს“ იყენებდა და დღემდე არსებობს ამ მოდელის მიმდევარი მართლწესრიგები. სამართლის ეს სისტემა კი იყო კლასიკური პერიოდის რომის სამართალი.

კლასიკური რომის სამართალი სანივთო გარიგებას არ იცნობდა; *traditio* იყო მხოლოდ მფლობელობის გადაცემის აქტი, რომელსაც მხოლოდ მის საფუძვლად მდებარე *causa* ანიჭებდა საკუთრების გადაცემის მნიშვნელობას.⁹³ თუმცა *causa*, თავის მხრივ, იყო ტიპური, მართლწესრიგის მიერ საკუთრების მო-

⁹⁰ ფრანგულ სამართალში მოქმედი „სუფთა“ ვალდებულებითი გადაწყვეტის თანახმად საკუთრება გადავიდოდა ნასყიდობის ხელშეკრულების დადებისთანავე, ან უკანასკნელ შემთხვევაში — ნაყიდი ნივთის დანარჩენი ნივთებისაგან გამოცალკევების მომენტში. ეს მომენტი, მართალია, მყიდველისათვის შეუმჩნეველია და დამატებით პრობლემებს განაპირობებს, თუმცა ეს უკვე აღარ არის სამართლის დოგმატიკის ნაკლი, არამედ სამართლის პრაქტიკულობის პრობლემა. საქართველოში კი მოცემულ სიტუაციებში სრული დოგმატური ვაკუუმი იქმნება, როდესაც მართლწესრიგი არსებული ინსტრუმენტებით საერთოდ ვერ ახერხებს იმ შევითხვავებ პასუხის გაცემას, თუ რატომ გადავიდა ან არ გადავიდა საკუთრება. იგივე ითქმის ზევით VI.2 პუნქტის ქვეშ მოყვანილ მაგალითებზე. აქაც ფრანგული მართლწესრიგის მიერ შემოთავაზებული გადაწყვეტა საკმაოდ ცალსახაა, მხარეს არ შეიძლება ჰქონდეს ნასყიდობის დადების შემდეგ განხორციელებული რაიმე აქტის საცილოდ ქცევის ინტერესი, რადგან საკუთრება უშუალოდ ნასყიდობით გადადის და შესაბამისად, საკუთრებასთან დაკავშირებული შეცდომაც მხოლოდ ამ ნასყიდობის დადების მომენტშია შესაძლებელი. სხვა საკითხია, თუ როგორ უნდა მოხდეს გვარონული ნივთის ნასყიდობისას კონკრეტობაციის მომენტში წარმოშობილი შეცდომის სამართლებრივ სივრცეში შემოტანა, თუმცა ეს პრობლემა ფრანგულ სამართალში გაცილებით ნაკლებ მწვავედ დგას, ვიდრე ქართულში, სადაც ვალდებულებით გარიგებასა და საკუთრების გადასვლას შორის რეალაქტია „ჩაჩრილი“. ამ რეალაქტით ნასყიდობის დადება და საკუთრების გადაცემა ერთმანეთისაგან ყოველთვის გამიჯნულია, შესაბამისად, იმის ალბათობა რომ შუალედში ერთი ან მეორე მხარის ნების ნაკლი წარმოიშობა, გაცილებით უფრო დიდია.

⁹¹ *Witz*, FS Jahr, ზემოთ სქ. 12, 533.

⁹² თუმცა ამ ორ პრინციპს შორის ზოგადად ტოლობის ნიშნის დასმა, როგორც ამას ვიტცი აკეთებს, უკვე გაუმართლებელია, შდრ. ამასთან დაკავშირებით *Habermeier*, AcP 195 (1995), ზემოთ სქ. 11, 285.

⁹³ იხ. უპირველეს ყოვლისა *P. Jörs, W. Kunkel, L. Wenger*, Römische Privatrecht, 3. Aufl., Heidelberg 1949, 127; *M. Kaser*, Das Römische Privatrecht, 2. Aufl., München 1971, 417-ე და მომდევნო გვერდები.

⁸⁷ რადგან სრულებით შესაძლებელია, რომ აქ არც ქირავნობის ხელშეკრულება შესრულებულა და არც საკუთრება გადასულა.

⁸⁸ ის, რომ ერთმა პირმა მეორეს გადასცა ასი ლარი, შეიძლება ნიშნავდეს, როგორც ნასყიდობის ფასის გადახდას, ისე ამ ასი ლარის შესანახად მიზარებას. ამიტომაც მანამ, სანამ არ დადგინდება, ამ ას ლარზე საკუთრება გადასცა თუ მხოლოდ — მფლობელობა (763-ე მუხლის ფარგლებში), სსკ-ის 387 1 მუხლზე აპელირება ყოველგვარ აზრს მოკლებულია.

⁸⁹ *Oechsler*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Aufl. 2012, § 929 Rn. 24; *F. Baur/R. Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl., München 2009, § 5 IV; *H. Ch. Grigoleit*, Abstraktion und Willensmängel – Die Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 199 (1999), 380.

პოვების საფუძვლად აღიარებული გარიგებისმიერი შემადგენლობა, რომლის თანამედროვე კაუზალურ ვალდებულებით გარიგებასთან გაიგივება არასწორია.⁹⁴ რეალური გარიგებების შეთხვევაში (მაგ., *donatio, dotis datio*) *causa* მდგომარეობდა ფაქტობრივი გადაცემის მომენტისათვის არსებულ შეთანხმებაში გადაცემის მიზანთან დაკავშირებით (*causa donationis, dotis*); ნასყიდობისას — თავად ნასყიდობის ხელშეკრულებაში;⁹⁵ ხოლო სტიპულაციისა და საანდერძო დანაკისრის შესრულებისას — არა ვალდებულების წარმომშობ გარიგებაში (*stipulatio, legatum per damnationem*), არამედ შესრულების ვალდებულებისაგან გამათავისუფლებელ შეთანხმებაში — *solutio* — რომელიც იყო *causa solvendi*.⁹⁶

რეალური გარიგებების მარტივ შემადგენლობებს თუ არ გავითვალისწინებთ, სამართლებრივი საფუძვლების ამ სისტემაში ნათლად ჩანს დიქტომია ნასყიდობის საფუძველზე შექმნასა და სტიპულაციისა თუ საანდერძო დანაკისრის საფუძველზე შექმნას შორის.⁹⁷ პირველისათვის გადაწყვეტი იყო მთლიანი საბაზისო შემადგენლობა, ხოლო მეორისათვის უშუალოდ *traditio*-ს დროს გაცხადებული შესრულების დათქმა; ამიტომაც პირველი იყო კაუზალური, ხოლო მეორე არანაკლებ აბსტრაქტული, ვიდრე საკუთრების გადაცემა თანამედროვე გერმანულ სამართალში. ამის საფუძველი ისტორიულ განვითარებაში უნდა ვეძებოთ: კლასიკური რომის სამართალში ნასყიდობის ხელშეკრულება ჯერ კიდევ ვერ გათავისუფლდა არქაული წარმოდგენისაგან, რომელიც მას მხოლოდ ერთიანი რეალური გარიგების სახით იცნობდა.⁹⁸ *solutio*-ს, როგორც საკუთრების მოპოვების კაუზის, როლი განპირობებულია პასუხისმგებლობის სამართლის ძველრომაული მოდელის თავისებურებებით. არქაული ფორმალური გარიგების ფარგლებში თავის დავალდებულება მოვალისათვის წარმოშობდა ბოჭვის მდგომარეობას, რომლისგანაც გათავისუფლებაც მხოლოდ განსაკუთრებული გამათავისუფლებელი გარიგების — *solutio* — მეშვეობით იყო შესაძლებელი. ამ გადაწყვეტის გათვალისწინებით, რომელიც *solutio*-ს მავალდებულებელ გარიგებასთან შედარებით მაღალი ხარისხის ავტონომიას ანიჭებდა, გასაგები ხდება, თუ რატომ გვევლინება სწორედ ის და არა მავალდებულებელი გარიგება საკუთრების მოპოვების *causa*-დ.⁹⁹ თანამედროვე დამკვირვებლისათვის *causae traditionis* ისედაც რთულად აღსაქმელი სისტემა¹⁰⁰ უფრო რთული ხდება, თუ გავითვალისწინებთ იმას, რომ კლასიკური პერიოდის

იურისტები ცალკეულ სპეციალურ შემთხვევებში ზღუდავდნენ ზემოთ მოყვანილ პრინციპებს.¹⁰¹

რომაული სამართლის ეს მოდელი წარმოადგენს საკმაოდ დახვეწილ გადაწყვეტას, რომელიც ემყარება რეალაქტისა და შესრულების ეფექტის ელემენტების ზუსტ შერევას, კაუზალური გარიგების ტიპისდა მიხედვით.¹⁰² ამავე გზას ადგანან ესპანელები, როდესაც ჩუქებას სუფთა სახით განკარგვის გარიგებად აღიქვამენ.¹⁰³ *სავინიამაც* თავდაპირველად გამიჯვნის პრინციპის კონტურები ჩუქების მაგალითზე გამოკვეთა.¹⁰⁴ ამიტომაც კოლექტიური არაცნობიერის ამოხეთქვად უნდა შეფასდეს ან, *თეო მაიერ-მალის*¹⁰⁵ ხატოვანი გამოთქმა რომ გამოვიყენოთ, „სამართლებრივი ფიგურების დაბრუნებად“, როდესაც საქართველოს უზენაესი სასამართლო *სავინისა* და ესპანურ სამართალზე ყოველგვარი მითითების გარეშე ჩუქების ხელშეკრულებას, როგორც სანივთო გარიგებას, ისე განმარტავს. ამის მიზეზია ის გარემოება, რომ ქართველი მოსამართლეები სრულებით სწორად აცნობიერებენ იმ ფაქტს, რომ, თუ ნასყიდობისას განკარგვის გარიგება საერთოდ არ არსებობს და კაუზალური გარიგება განკარგვას არათავისთავადი ელემენტის სახით საკუთარ თავში აერთიანებს, მაშინ ჩუქებისას საპირისპირო შემთხვევასთან გვაქვს საქმე. აქ სწორედ კაუზალური გარიგების ფორმირება ხდება განკარგვის გარეშე და ამ უკანასკნელმა უნდა შთანთქოს მავალდებულებელი ელემენტი, როგორც დაქვემდებარებული „რაიმი“. ¹⁰⁶ ამ დროს

¹⁰¹ მაგალითად, რომაელები სავარაუდოდ არანამდვილ ნასყიდობას, რომელსაც დებდა ქმედუნარო, მყიდველის კეთილსინდისიერების შემთხვევაში საკუთრების მოპოვების კაუზად მოიაზრებდნენ (Ulpr. D. 6, 1, 7, 2; Paul. D. 41, 4, 2, 15), *Rabel*, Grundzüge des Römischen Privatrechts, ზემო სქ. 93, 440. გარდა ამისა, როგორც უკვე არაერთხელ ნახსენები იულიანეს ფრაგმენტი ნათელყოფს (Jul. D. 41, 1, 36) გადაცემული ფული მაშინაც კი ვადდიოდა მიმღების საკუთრებაში (და წარმოშობდა სესხის ურთიერთობას), როდესაც მონაწილეთა შორის არ არსებობდა კონსენსუსი იმასთან დაკავშირებით, ეს გადაცემა ჩუქების ფარგლებში ხდებოდა თუ სესხის.

¹⁰² კლასიკური პერიოდის რომის სამართალი *traditio*-ს საფუძველზე საკუთრების გადაცემას აღიარებდა არა როგორც კონკრეტულ და განსაზღვრულ გარიგებას, არამედ როგორც კრებსით ცნებას; კონკრეტულად არსებობდა გაციდვა, ჩუქება, ვალის დაფარვა, მზითევი, სესხის გადაცემა და ა. შ. (*G. Jahr*, Zur iusta causa traditionis, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung (ZSS) 80 (1963), 174).

¹⁰³ კლასიკური პერიოდის რომის სამართალი *traditio*-ს საფუძველზე საკუთრების გადაცემას აღიარებდა არა როგორც კონკრეტულ და განსაზღვრულ გარიგებას, არამედ როგორც კრებსით ცნებას; კონკრეტულად არსებობდა გაციდვა, ჩუქება, ვალის დაფარვა, მზითევი, სესხის გადაცემა და ა. შ. (*G. Jahr*, Zur iusta causa traditionis, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung (ZSS) 80 (1963), 174).

¹⁰⁴ *Savigny*, Obligationenrecht, II, ზემოთ სქ. 8, 257; *Felgentraeger*, Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre, ზემოთ სქ. 7, 33-ე და მომდევნო გვერდი; *H. Molkenteller*, Die These vom dinglichen Vertrag, ზემოთ სქ. 8, 86-ე და მომდევნო გვერდი; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? ზემოთ სქ. 8, 121.

¹⁰⁵ *Th. Mayer-Maly*, Die Wiederkehr von Rechtsfiguren, JuristenZeitung (JZ) 1971, 1-ლი და მომდევნო გვერდები.

¹⁰⁶ გამიჯვნის პრინციპის წინაპირობას არ წარმოადგენს ის გარემოება, რომ ამ ორი გარიგების ერთმანეთისაგან გამიჯვნა ასევე გარეგნულადაც შეცნობადია (*Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? ზემოთ სქ. 8, 115), მაგრამ, თუ ხელშეკრულების გარეგან გამოვლინებას მივწვდებით, მაშინ ჩუქება მხოლოდ სუფთა სახით განკარგვას წარმოადგენს.

⁹⁴ *Jörs/Kunkel/Wenger*, Römisches Privatrecht, ზემოთ სქ. 93, 127.

⁹⁵ *Jörs/Kunkel/Wenger*, Römisches Privatrecht, ზემოთ სქ. 93, 127.

⁹⁶ Paul. D. 6, 2, 4; Hermog. D. 41, 3, 46; *H. Lange*, Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition, Leipzig 1930, 44-ე და მომდევნო გვერდები.

⁹⁷ შდრ. მაგალითისათვის Paul. D. 41, 4, 2 pr. და 41, 3, 48; *Jörs/Kunkel/Wenger*, Römisches Privatrecht, ზემოთ სქ. 93, 128.

⁹⁸ *E. Rabel*, Grundzüge des Römischen Privatrechts, München-Leipzig-Berlin 1915, 440; *Jörs/Kunkel/Wenger*, Römisches Recht, ზემოთ სქ. 93, 128.

⁹⁹ *Jörs/Kunkel/Wenger*, Römisches Privatrecht, ზემოთ სქ. 93, 128.

¹⁰⁰ *Jörs/Kunkel/Wenger*, Römisches Privatrecht, ზემოთ სქ. 93, 128.

ჩუქებისა და ნასყიდობის ერთ რიგში დაყენება უკვე შეუძლებელია.¹⁰⁷ მაგრამ ამის დაშვება ნიშნავს გერმანული სამართლის სისტემასთან საბოლოო გამომშვიდობებას. გარდა იმისა, რომ ჩუქება ქართული სამართლის სისტემაში ჩვეულებრივ მავალდებულებელ გარიგებას წარმოადგენს, თავისი ვალდებულებათა პროგრამითა და ა. შ., რომელიც მოდელი უბრალოდ არ ჯდება სამოქალაქო კოდექსის ამჟამინდელ სისტემატიკაში. ის საკმაოდ რთულია გააზრებისათვის და ძალზე მოცულობითი ქართულ სამართალში სრულად რეცეფციისათვის. თავად გვიანი კლასიკური პერიოდის რომაელები იხრებოდნენ *traditio*-ს აბსტრაქტულ გარიგებად გააზრებისაკენ¹⁰⁸ და სწორედ ამიტომაც მოახდინა *სავინიმა*ც მისი ამ გამარტივებული ფორმით რეცეფცია სანივთო გარიგების სახით.¹⁰⁹ ისეთი რთული გადაწყვეტა, როგორსაც წარმოადგენდა რომაული, უბრალოდ არ შეესაბამება თანამედროვე მარტივდოგმატურ აზროვნებას.

VIII. სანივთო გარიგება, როგორც დამოუკიდებელი სანივთო სამართლის გარანტი

დამოუკიდებელი სანივთო სამართლის იდეა, სანივთო უფლების კონცეპტთან ერთად შეუძლებელია არსებობდეს გამიჯვნის პრინციპის გარეშე. სწორედ გამიჯვნის — და არა აბსტრაქციის — პრინციპი იძენს აქ გადაწყვეტ მნიშვნელობას, რადგან სწორედ მის მიხედვით ხდება იმის განსაზღვრა, ექნება თუ არა სანივთო უფლებას დამოუკიდებელი სახე. აბსტრაქციის პრინციპი მხოლოდ მის შედეგებს აწესრიგებს. გერმანული სამართალი იცნობს აბსტრაქციის პრინციპიდან გამონაკლისის სახით კაუზალური განკარგვის შემთხვევებს. მაგალითად, გაქვითვა (გსკ-ის 387-ე პარაგრაფი),¹¹⁰ რომლის წინაპირობასაც ურთიერთდაპირისპირებული მოთხოვნების არსებობა წარმოადგენს. მაგრამ ყოველი გამონაკლისი აბსტრაქციის პრინციპიდან ემყარება ვალდებულებით და სანივთო გარიგებებს შორის გამიჯვნას, უფრო ზუსტად კი — წინაპირობად მითვლის მას.¹¹¹

გარდა ამისა, აბსტრაქციის პრინციპიდან გამონაკლისი დაიშვება საავტორო და საპატენტო სამართალშიც.¹¹² მაგრამ გამიჯვნის პრინციპიდან გამონაკლისი, ანუ განკარგვის გარიგების უარყოფა, გერმანულ სამართალში სრულებით წარმოდგენილია, რადგან სწორედ ის არის მთავარი საყრდენი, რომელსაც ემყარება დამოუკიდებელი სანივთო სამართალი.¹¹³ რას ნიშნავს ეს? სამართლებრივ სიკეთეთა გადაცემის ურთიერთობის ერთადერთ შემოქმედ და გამაფორმებელ ძალას პირის ნება წარმოადგენს. მაგრამ, თუ ამ ნებას მხოლოდ ვალდებულებითი სამართლის სისტემაში გავიზრებთ, როგორც ამას ფრანგები აკეთებენ, მაშინ სანივთო სამართალი ვალდებულებითის არათავისთავად დანამატად დეგრადირდება, ხოლო სანივთო უფლება კი ვალდებულებითი უფლების არათავისთავად გარსაცმელად. მაგალითად, ერთ-ერთი დამატებითი გამონაკლისის სახით (იხ. სხვა გამონაკლისებთან დაკავშირებით ზემოთ: IV), ფრანგულმა სასამართლომ საკუთრების გადასვლა დამოუკიდებელი გახადა ნივთის გადაცემაზე, რის გამოც მხატვარი არ იყო ვალდებული, აენაზღაურებინა ზიანი ან მიეწოდებინა (უკვე დახატული) ნახატი იმ ნარდობის ხელშეკრულების საფუძველზე, რომელიც ამ ნახატის დახატვას ითვალისწინებდა.¹¹⁴ ფრანგულმა სასამართლომ დაადგინა, რომ ნახატზე საკუთრება ვერ გადავიდოდა ვერც ნარდობის დადების მომენტში (ნივთის არარსებობის გამო) და ვერც ნახატის დახატვისთანავე, არამედ აუცილებელი იყო ამ ნახატის შემკვეთისათვის გადაცემა. გარდა მოცემული შემთხვევისა, ფრანგული იურიდიული დოქტრინა მთელ რიგ სხვა შემთხვევაშიც უარს ამბობს კონსენსუალობის პრინციპზე ტრადიციის პრინციპის სასარგებლოდ (იხ. ასევე ზევით). მართალია, საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსიდან ზემოთ მოყვანილი დანაწესის, 1583-ე მუხლის მიხედვით, ნასყიდობა იდება მხარეთა შორის შეთანხმებით და მყიდველი ავტომატურად მოიპოვებს საკუთრებას, თუ მხარეები მორიგდებიან ნასყიდობის საგანსა და ფასზე და ნივთის გადაცემის მომენტი არის უმნიშვნელო, თუმცა იმისათვის, რომ შემქმნმა სრული მოცულობით ისარგებლოს ამ საკუთრებით, აუცილებელია, რომ საკუთრება გადასულად ჩაითვალოს ასევე მესამე პირთა წინაშეც და საკმარისი არ არის საკუთრების შემქმნე გადასვლა უშუალოდ გარიგების მხარეებს შორის. ამისთვის კი საფრანგეთში დამატებით აუცილებელია, რომ შემქმნმა ნივთზე მოიპოვოს მფლობელობა (მაგ., საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის 1198 I მუხლი¹¹⁵).¹¹⁶ მაგალითად, სა-

107 სამართლებრივი სიკეთეების ტრანსფერის რომაული მოდელი არის სისტემა, რომელიც შეიძლება შემდგენიარად დახასიათდეს: „კლასიკური პერიოდის რომის სამართალი ისევე ნაკლებ იცნობს *traditio*-ს მეშვეობით საკუთრების გადაცემას, როგორც ვალდებულებითი გარიგების გზით; მართალია, იურიდიული დისკუსია ამ ცნებებზე უარს ვერ იტყვის, თუმცა ფაქტობრივი შემთხვევების მოცვა და დაკვალიფიცირება ხდება არა ამ ზოგადი ცნებების მეშვეობით, არამედ საკუთრების მინიჭებისა და ვალდებულების დაფუძნების ტიპიზირებული ფორმების გზით: ერთ მხარეზეა ნასყიდობა, ქირავნობა, იჯარა, თხოვება ან ვალის არაფორმალური დაპირება, ხოლო მეორე მხარეზე — გაყიდვა, ჩუქება, ვალდებულების შესრულება, მზითვის გადაცემა, სესხის გადაცემა და ა. შ. (Jahr, ZSS 80 (1963), ზემოთ სქ. 102, 174). *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, ზემოთ სქ. 6, 16 და იქ მითითებული ლიტერატურა.

108 *Jörs/Kunkel/Wenger*, Römische Privatrecht, ზემოთ სქ. 93, 129.

109 *Jörs/Kunkel/Wenger*, Römische Privatrecht, ზემოთ სქ. 93, 29 და იქ მითითებული ლიტერატურა.

110 *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, ზემოთ სქ. 6, 16 და იქ მითითებული ლიტერატურა.

111 *O. Jauernig*, Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip, Juristische Schulung (JuS) 1994, 721, 722; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? ზემოთ სქ. 8, 113.

112 *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? ზემოთ სქ. 8, 113.

113 *Savigny*, System des heutigen römischen Rechtes, III, ზემოთ სქ. 7, 312-ე მომდევნო გვერდები; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? ზემოთ სქ. 8, 120.

114 *Cour de cassation (civ.)* 14.3.1900 (*William Eden c. Whistler*), D. P. 1900, 1, 497, იხ. სქ. 36.

115 *საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის 1198 I მუხლი: როდესაც ორი შემქმნი მორიგეობით მოიპოვებს უფლებას ერთი და იმავე ნივთზე ერთი და იმავე პირისგან, უპირატესობა ენიჭება შემქმნს, რომლის მფლობელობაშიც პირველად აღმოჩნდება ნივთი, თუ იგი კეთილსინდისიერია, მაშინაც კი, როდესაც მისი უფლება უფრო გვიან შექმნილია.*

116 თუ ერთი ნივთი ორჯერ გაიყიდება, „ნამდვილ“ საკუთრებას მოიპოვებს არა ის პირი, რომელსაც პირველი მიჰყიდეს ნივთი, არამედ ის, ვისაც პირველი გადაეცემა მფლობელობა. ეს ნიშნავს იმას, რომ პირველი მყიდველის საკუთრება, რომელიც წარმოიშვა პირველი ნასყიდობის დადებისთანავე,

ფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის (ძვ. რედაქციის) 2279-ე მუხლის¹¹⁷ მიხედვით, მყიდველს ვინდიკაცია ენიჭება მხოლოდ მას შემდეგ, რაც ნივთი მის მფლობელობაში აღმოჩნდა.¹¹⁸ საკუთრება, რომელიც ვინდიკაციით არ არის დაცული, სხვა არაფერია, თუ არა რელატიური საკუთრების უფლება, რომელიც მხოლოდ ორ მხარეს შორის არის ძალაში, რაც მეტწილად აკარგვინებს აზრს სანივთო სამართლის კატეგორიულობას, რომელიც ემყარება იმ დაშვებას, რომ სანივთო უფლება ყველას წინაშე მოქმედებს.¹¹⁹

სანივთო და ვალდებულებით სამართალს შორის გამიჯვნას მხოლოდ მაშინ შეიძლება ჰქონდეს აზრი, როდესაც აქ საქმე ეხება არა მხოლოდ ნორმატიული მასალის მექანიკურ დანაწევრებას, არამედ სამოქალაქო სამართლის ორ, არსობრივად განსხვავებულ, სფეროს. ეს განსხვავება კი შეიძლება მხოლოდ იმაში მდგომარეობდეს, რომ ვალდებულებითი სამართალი დაკავებულია ორ ან მეტ პირს შორის ურთიერთობის მოწესრიგებით, რომელიც მესამე პირებს პრინციპულად არ ეხება, მაშინ, როდესაც სანივთო სამართალი არეგულირებს სამართლებრივ ურთიერთობას, რომელიც პრინციპულად ეხება მესამე პირებს, ანუ რომელსაც ამ ურთიერთობის მიღმა მყოფმა პირებმა უნდა გაუწიონ ანგარიში.¹²⁰ ამგვარად, დამოუკიდებელი სანივთო სამართლის კონცეპტი აუცილებლობის ძალით გულისხმობს ყველას წინაშე მოქმედი საკუთრების არსებობას,¹²¹ ეს კი შეუძლებელია გამიჯვნის პრინციპის გარეშე.

ნების თეორიის თანახმად, უფლება, ეს არის ძალმოსილება, საკუთარი ნების განხორციელებისა.¹²² ეს ნება ზღვარდადებულია მხოლოდ კანონისმიერი აკრძალვებით, რომელთა მიღმაც პირს ნებისმიერი სამართლებრივი შედეგების გამოწვევა ძალუძს. ამ წანამდვირიდან გამომდინარე, რა თქმა უნდა, გამართლებული იყო სავინის მიერ ვალდებულებით და სანივთო უფლების დიქტომიაზე დამყარებული გამიჯვნა სანივთო და ვალდებულებითი სამართლის სფეროებს შორის. პირს

იყო მხოლოდ ფარდობითი (მხოლოდ მყიდველსა და გამყიდველს შორის აღიარებული საკუთრება) და არა ყველას მიმართ მოქმედი აბსოლუტური უფლება, რადგან ის ავტომატურად გაქარწყლდა იმავე ნივთზე სხვა პირებს შორის ნასყიდობის დადებისა და მფლობელობის გადაცემის შედეგად. აბსოლუტური უფლების ამგვარი ფორმით გაქარწყლება დაუშვებელია. ეს ნიშნავს იმას, რომ მეორე მყიდველის მიმართ ჯერ კიდევ გამსხვილებული ითვლება მესაკუთრედ. შდრ. *Stagl*, Jb. *Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2004, ზემოთ სქ. 15, 391.

117 *საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის (ძვ. რედაქციის) 2279-ე მუხლი: (1) მოძრავი ნივთების შემთხვევაში მფლობელობა ითვლება ტიტულად. (2) ვინც მოძრავი ნივთი დაკარგა ან ვისაც ის მოჰპარეს, შეუძლია, დაკარგვის ან ქურდობის დიდიდან სამი წლის განმავლობაში უკან გამოითხოვოს ნივთი მისგან, ვისთანაც იპოვნის მას; ამ უკანასკნელს შეუძლია, პასუხი მოსთხოვოს მას, ვისგანაც მიიღო ეს ნივთი.*

118 *E. v. Caemmerer*, *Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübergang, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)* 12 (1938/39), 686.

119 *Stagl*, Jb. *Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2004, ზემოთ სქ. 15, 391; *R. Michaels*, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag. Traditionsprinzip, Konsensprinzip, ius ad rem in Geschichte*, Berlin 2002, 216.

120 *C. v. Bar/U. Drobnig*, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe*, München 2004, 323.

121 *Stagl*, Jb. *Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2004, ზემოთ სქ. 15.

122 *Füller*, *Eigenständiges Sachenrecht?* ზემოთ სქ. 8, 120.

შეუძლია, ისარგებლოს პირადი ან სანივთო უფლებით. შესაბამისად, უნდა დაიდოს მიჯნა ორ განსხვავებულ ნებას შორის, ერთი მათგანი წარმოშობს ვალდებულებით, ხოლო მეორე – სანივთო უფლებას.¹²³

ფრანგები შეგნებულად უარყოფენ სანივთო სამართლის ამ დამოუკიდებელ ღირებულებას და სრულებით გაცნობიერებულად აგებენ სისტემას ვალდებულებითი კაუზის გარშემო. ეს არის სამართლის ალტერნატიული ხედვა, რომელიც შეიძლება მოგვეჩინდეს ან არ მოგვეჩინდეს,¹²⁴ მაგრამ ის, რაც ცალსახად არასწორია, ეს არის ამ ორი სიტემის შერევა, უფრო ზუსტად კი ამ გერმანულ და ფრანგულ გადაწყვეტას შორის მერყეობა. სწორედ ეს მერყევი მდგომარეობა არის ის, როგორც შეიძლება დახასიათდეს დღეს ქართული სამართალი – ბოლომდე გაუაზრებელი პრინციპებისა და ამოუხსნელი კაზუსების ერთიანობა.

IX. შეჯამება

განვითარებული მართლწესრიგი, სადაც მოქმედებდა ტრადიციის პრინციპი და არ მოქმედებდა სანივთო გარიგება, რეალურად არ არსებობდა და არც შეიძლება არსებობდეს. არ ვგულისხმობთ *ius commune*-ს მისი *titulus et modus*-ის შესახებ მოძღვრებით. პირველ რიგში, იმიტომ, რომ *ius commune* ნამდვილად ვერ ჩაითვლება სამართლებრივი აზროვნების მწვერვალად¹²⁵ და, გარდა ამისა, როგორც ამ საკითხისთვის მიძღვნილი ფუნდამენტური ნაშრომები, კერძოდ *ჰოფმანისა* და *ფელენტრაეგერის* კვლევები, ნათელყოფენ, *ius commune*-ს იურისტებიც, როცა კი რეალურად უღრმავდებოდნენ ამ თემას, მიდიოდნენ დასკვნამდე, რომ *traditio* დამატებით საჭიროებდა საკუთრების გადაცემის ნებას,¹²⁶ რაც სანივთო გარიგების პირდაპირი აღიარებაა. გარდა ამისა, რა თქმა უნდა, აბსურდულია, რომ 21-ე საუკუნის საქართველოში *ius commune*-ს რეცეფციაზე ვიფიქროთ.

რაც შეეხება შემდგომ მართლწესრიგებს, მაგალითად, რომის სამართალს, აქ, როგორც ზემოთ აღწერეთ, მართალია, დამოუკიდებელი სანივთო გარიგების კონცეპტი არ იყო აღიარებული, თუმცა არსებობდა არანაკლებ აბსტრაქტული და კა-

123 *Füller*, *Eigenständiges Sachenrecht?* ზემოთ სქ. 8, 121; *Molkenteller*, *Die These vom dinglichen Vertrag*, ზემოთ სქ. 4, 106-ე და მომდევნო გვერდი; *Stadler*, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, ზემოთ სქ. 6, 49.

124 გერმანული პერსპექტივიდან, სავარაუდოდ, ალბათ უფრო – არა.

125 *Wieling*, *Sachenrecht*, ზემოთ სქ. 51, § 1 III 1 b (29-30).

126 *Felgentraeger*, *Friedrich Carl v. Savignys Einfluss auf die Übereignungslehre*, ზემოთ სქ. 8, 10-ე და მომდევნო გვერდი; *F. Hofmann*, *Die Lehre vom Titulus und Modus adquirendi und von der iusta causa traditionis*, Wien 1873, 60-ე და მომდევნო გვერდები; *Wieling*, *Sachenrecht*, ზემოთ სქ. 51, § 1 III 1 b (30): „ტიტულუსისა და მოდუსის შესახებ მოძღვრება არ არის დიდად გამოსადეგი საკუთრების გადაცემის პრობლემატიკის ნათელსაყოფად, კერძოდ ის არ შეიცავს არანაირ მითითებას ტიტულუსისა და მოდუსის მხარეთა ნებასთან მიმის აუცილებლობასთან დაკავშირებით. განსაკუთრებით მაშინ, თუ საკმარისად მივიჩნევთ – როგორც ჩვეულებრივ ხდება ხოლმე – პუტატიურ [ნავარაუდებ] ტიტულს, სავალდებულოა *traditio*-ს დროს მხარეთა შეთანხმების არსებობა.“

უზალური ხელშეკრულებისაგან მოწყვეტილი გარიგება, კერძოდ, *solutio*, შესრულების გარიგება, რომელიც ბევრად უფრო ახლოს დგას სანივთო გარიგებასთან, ვიდრე ტიტულუსისა და მოდუსის შესახებ მოქმედებასთან. ეს არ ესმოდათ შუასაუკუნეების იურისტებს და ზოგადად საინიმიდე ცოტა თუ აცნობიერებდა ამას.¹²⁷ რომაული *solutio* დამაკმაყოფილებლად წყვეტს ყველა ზემოთ მონიშნულ შემთხვევას, თუმცა პრობლემა მდგომარეობს იმაში, რომ ეს გადაწყვეტა იმდენად რთულია, რომ სრულებით არარეციპირებადია და თანამედროვე მართლწესრიგებიდან მხოლოდ ესპანურშია შემორჩენილი, რომის სამართლის იმ ცოცხალი ტრადიციიდან გამომდინარე, რაც ამ ქვეყანაში არსებობს.¹²⁸ რომაული *solutio*-ს კონცეპტი გულისხმობს ყველა გარიგებისათვის შესრულების ცალკე წესის არსებობას, რაც განაპირობებს სახელშეკრულებო, სანივთო და ასევე მემკვიდრეობითი სამართლის სრულებით განსხვავებულ აგებულებას. ამ სისტემაში, მაგალითად, ჩუქება საერთოდ აღარ არის ვალდებულებითი ხელშეკრულება და არის „მიშველი“ განკარგვა,¹²⁹ ნასყიდობის ფარგლებში საკუთრების გადაცემა კი განსხვავდება, მაგალითად, საანდერძო დანაკისრის შესრულების ფარგლებში მისი გადაცემისაგან. ანუ ყველა გარიგებას აქვს მისი შესრულების დამოუკიდებელი სამართლებრივი შემადგენლობა. ეს იმდენად მოცულობითი ნორმატიული კომპლექსია, რომ უბრალოდ არარეციპირებადია. *solutio*-ს მიერ გადაწყვეტის გამარტივებულ და ყველა გარიგებისათვის უნიფიცირებულ ვარიანტს წარმოადგენს სანივთო გარიგება. მას აღიარებს ყველა მართლწესრიგი, რომელიც არ აღიარებს ერთიანობა-კონსენსუალობის პრინციპს, ანუ ფრანგულ გადაწყვეტას. ანგლო-ამერიკული მართლწესრიგებიც კი, რომლებსაც ნამდვილად ვერ დაეწამებთ გერმანულიდან რაიმე სამართლებრივი ფიგურის სესხებას, დამოუკიდებლად მივიდნენ იმ შედეგამდე, რომ უნდა დაიდოს მიჯნა ვალდებულებით გარიგებასა და მისი შესრულების, ანუ განკარგვით, გარიგებას შორის, კერძოდ,

agreement-სა და *conveyance*-ს შორის.¹³⁰ ეს ნათელყოფს, რომ გამიჯვნის პრინციპი არ არის გერმანელების მიერ შეთხზული ხელოვნური კონსტრუქტი და წარმოადგენს სამართლებრივი აზროვნებისათვის დამახასიათებელ იმ უნივერსალურ მოდელს, რომლის უარყოფაც შეუძლებელია. ფრანგები, მართალია, შეგნებულად უარყოფენ მას, მაგრამ ამის გამო უწევთ კონსენსუალობა-ერთიანობის პრინციპიდან ყოველ ფეხის ნაბიჯზე გამონაკლისის დაშვება. მიუხედავად ამისა, ფრანგულ სისტემაზე მინც ვერ ვიტყვი, რომ მწყობრი არ არის, უბრალოდ არის არასრულად მწყობრი (იხ. ზემოთ), თუმცა ფრანგულსა და გერმანულ მოდელებს შორის შუალედური გზის არჩევა — ერთიანობის პრინციპის შენარჩუნება და კონსენსუალობის პრინციპის ტრადიციის პრინციპით ჩანაცვლება, სანივთო გარიგების აღიარების გარეშე — იწვევს იმას, რომ საკუთრების გადაცემის სისტემატიკა საერთოდ ირღვევა და ვუბრუნდებით შუასაუკუნეებს, უფრო ზუსტად კი სამართლებრივ შუასაუკუნეებს, იმიტომ, რომ მეოცე საუკუნეშიც არსებობდა სამართლებრივი შუასაუკუნეები და მას სახელად ერქვა გდრ-ის სამოქალაქო კოდექსი (ძალაში შევიდა 1976 წლის 1 იანვარს). დღეს ეს კანონი მხოლოდ ერთი რამის გამოა მკვლევართათვის საინტერესო — მისი უბადრუკობის გამო; თუ როგორ შეიძლება შეეწიროს სამართალი პოლიტიკას. მასშიც მექანიკურად ამოშალეს სანივთო გარიგება აბსტრაქციის პრინციპთან ერთად,¹³¹ როგორც კაპიტალისტური გადმონაშთი და მიიღეს ის, რომ მხოლოდ ფუნქციის ნასყიდობისა და მსგავს მარტივ შემთხვევებში იყო საკუთრების გადასვლის საკითხი ცალსახად დადგენადი.¹³² ყველა სხვა შემთხვევაში ეს შეუძლებელი ხდებოდა. იმედია, ქართული სამართალიც ამ ერთხელ უკვე გათელილ გზას — იგულისხმება 1964 წლის სსრ სამოქალაქო სამართლის კოდექსი — თავიდან აღარ დაადგება.

127 *Wieling*, Sachenrecht, ზემოთ სქ. 51, § 1 III 1 b (30).

128 *Rainer*, Europäisches Privatrecht, Die Rechtsvergleichung, ზემოთ სქ. 103, 169.

129 *Rainer*, Europäisches Privatrecht, Die Rechtsvergleichung, ზემოთ სქ. 103, 339.

130 *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, ზემოთ სქ. 6, 42-ე და მომდევნო გვერდები.

131 *W. Knüpfer/J. Mandel*, Das sozialistische Eigentum und das persönliche Eigentum, Neue Justiz (NJ) 1974, 630; *G.-A. Lübchen*, Kommentar zum ZGB der DDR (1985), § 26 ZGB Punkt 1.1 (59).

132 იხ. დეტალურად *H. G. Sieverts*, Die vorschnelle Ablehnung des dinglichen Konsenses. Hochschulschrift, Bielefeld, Univ., Diss., 2008.