

კოლუზია და წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება

ასოც. პროფ. დოქ. გიორგი რუსიაშვილი

I. შესავალი

შემთხვევები, როდესაც წარმომადგენელთან დადებული გარიგება, მიუხედავად წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების არსებობისა, არამხოლოდ წარმოდგენილისათვის, ჯგუფდება ორ კატეგორიაში: ეს არის ე. წ. კოლუზია (გერ. **Kollusion**, ლათ. **Collusio**, „ფარული შეთანხმება“) და უფლებამოსილების სხვაგვარად ბოროტად გამოყენება. კოლუზია არის შემთხვევა, როდესაც კონტრაქტი და წარმომადგენელი პირდაპირი განზრახვით თანაქმედებენ იმისათვის, რომ ზიანი მიაყენონ წარმოდგენილს, დადონ მისთვის არასახარბიელო გარიგება.¹ კოლუზიას სჭირდება პირდაპირი განზრახვა, არა მხოლოდ წარმომადგენლის, არამედ ასევე კონტრაქტის მხრიდან. ამისგან განსხვავებით, წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება ეხება შემთხვევას, როდესაც, წარმომადგენელი გასცდა თავისი უფლებამოსილების (შიდა ურთიერთობაში დადგენილ) ფარგლებს და ამის შესახებ იცოდა კონტრაქტმა ან (გამონაკლისის სახით) მას ეს თვალში უნდა მოხვედროდა (**Evidenzfall** – „თვალსაჩინოობის შემთხვევები“).²

¹ BGH NJW 1954, 1159; BGH NJW 1966, 1911; BGH NJW 1989, 27; BGH NJW 2000, 2897; BGH NJW 2002, 1488; BGH NJW 2008, 1227; BGH NJW-RR 2008, 978.

² BGH NJW 1968, 1379; BGHZ 113, 320; BGH NJW 1966, 1911; BGH WM 1976, 633; BGH WM 1981, 67; BGH NJW 1988, 3013; Palandt/*Ellenberger*, 73. Aufl. 2014, § 164 Rn. 14; MüKoBGB/*Schubert*, 8. Aufl. 2018, BGB § 164 Rn. 224 f.

კოლუზიური გარიგება ბათილია როგორც ამორალური (სკ-ის 54-ე მუხლის მე-3 ვარიანტი), რაც შეეხება ცოდნისა და „თვალსაჩინოების“ შემთხვევებს, კონტრაქტის მხრიდან ამგვარი გარიგების ნამდვილობაზე მითითება წარმოადგენს უფლების ბოროტად გამოყენებას და ამგვარად, დაუშვებელია (სკ-ის 8 III მუხლი). სამეწარმეო სამართალში, როგორც ერთი, ისე მეორე გარიგება არის მხოლოდ საცილო (იხ. მშკ-ის 9 IV მუხლი).

II. კოლუზიისა („დაფარული შეთანხმებისა“) და უფლების ბოროტად გამოყენების წინაპირობების ერთმანეთისაგან გამიჯვნა

კოლუზიისა და უფლებამოსილების სხვაგვარად ბოროტად გამოყენებისას მოქმედებს კონტრაქტისათვის გარიგების შინაარსის შერაცხვის განსხვავებული მასშტაბი, რა დროსაც ერთს პირდაპირი განზრახვა სჭირდება, ხოლო მეორე შემთხვევაში აქცენტი შეიძლება გაკეთდეს მხოლოდ ცოდნის/შეცნობადობის ელემენტზე. კერძოდ:

კოლუზიისას თვითონ გარიგების კონკრეტულ შინაარსზეც შეიძლება გაკეთდეს აქცენტი (რამდენად ზიანის მომტანია ეს გარიგება წარმოდგენილისათვის კონკრეტულ შემთხვევაში), ანუ, არა მხოლოდ იმაზე, რომ ამ ტიპის გარიგების დადების უფლება არ ჰქონდა, რადგან ეს წარმოდგენილთან არსებული შიდა ურთიერთობით შეზღუდული იყო, არამედ იმაზეც, რომ შეიძლება ჰქონდა ამ გარიგების დადების უფლება ზოგადად, მაგრამ არა ამ შინაარსით –

მაგალითად, შექმლო დაედო ნასყიდობა, მაგრამ არა ამ ფასად. წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების სხვაგვარად ბოროტად გამოყენებისას, ძირითადად, აქცენტი კეთდება არა კონკრეტული გარიგების შინაარსზე, არამედ მხოლოდ ფორმალურ გადაბიჯებაზე (შიდა ურთიერთობით შეზღუდული) წარმომადგენლობითი უფლებამოსილებისა. ანუ, კონტრაქტს თვითონ ეს „გადაბიჯება“ უნდა მოხვედროდა თვალში – კერძოდ, არა ის, რომ ზოგადად ნასყიდობის დადების უფლება ჰქონდა, მაგრამ არა ამ ფასად, არამედ ის, რომ საერთოდ შეზღუდული ჰქონდა შიდა ურთიერთობით მოცემულ სიტუაციაში ნასყიდობის დადების უფლებამოსილება. ამგვარად, უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენებისათვის, ცალკეულ შემთხვევებში, იმიტომ არის საკმარისი მხოლოდ უხეში გაუფრთხილებლობა/შეცნობადობა კონტრაქტის მხრიდან, რომ ცალსახა და თვალში მოსახვედრია, რომ წარმომადგენელი აბიჯებს თავისი უფლებამოსილების ფარგლებს შიდა ურთიერთობიდან და საერთოდ არ აქვს უფლება, დადოს ამ ტიპის გარიგება.

ამგვარი გამიჯვნის გარეშე ზღვარი კოლუზიასა და უფლების სხვაგვარად ბოროტად გამოყენებას შორის ნაიშლებოდა. მის გარეშე ყველა შემთხვევა, რომელიც არ ექცევა კოლუზიის ფარგლებში, იმიტომ რომ არ მტკიცდება კონტრაქტის განზრახვა, მოექცეოდა უფლების სხვაგვარად ბოროტად გამოყენების ქვეშ. საერთოდ კოლუზია იქნებოდა ზედმეტი, თუ ნებისმიერ სიტუაციაში, გარიგების შინაარსობრივი მხარის შემონიშნება დაევალებოდა კონტრაქტს. ამგვარად, თუ კოლუზიისათვის აუცილებელია, რომ კონტრაქტი და წარმოდგენილი განზრახ თანაქმედებდნენ წარმოდგენილისათვის ზიანის მიყენების მიზნით, უფლებამოსილების სხვაგვარად გამოყენებისათვის საჭიროა, არა მხოლოდ წარმოდგენილის საზიანო გარიგების დადება, არამედ აუცილებელია, რომ ეს მომხდარიყო შიდა ურთიერთობით განპირობებული წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების შეზღუდვის თვალში მოსახვედრი გადაბიჯების საფუძველზე.³

რომ შევაჯამოთ: კოლუზიური გარიგებისას, გამომდინარე იქიდან, რომ წარმოდგენილის ინტერესები უფრო ინტენსიურად არის ხელყოფილი (წარმომადგენელი და კონტრაქტი თანაქმედებენ წარმოდგენილისათვის ზიანის მიყენების მიზნით), შეიძლება არა მხოლოდ წარმოდგენილის მიერ დადებული გარიგების ზოგადი გამოვლინების, არამედ კონკრეტული შინაარსის შემონიშნება. უფრო ზუსტად კი, შესაძლებელია არა მხოლოდ იმის გადამოწმება, ჰქონდა თუ არა წარმომადგენელს ზოგადად ნასყიდობის დადების უფლება, არამედ იმის, შექმლო თუ არა ამ პირობებით ნასყიდობის დადება.

ამისაგან განსხვავებით, წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების სხვაგვარად ბოროტად გამოყენებისას გადამწყვეტია სწორედ ეს ზოგადი გამოვლინება, ანუ რამდენად შექმლო კონტრაქტს იმის შეცნობა, რომ ზოგადად ამ გარიგების დადების უფლება არ ჰქონდა წარმომადგენელს და არა ის, იყო თუ არა კონკრეტულად ეს გარიგება წარმოდგენილისათვის ზიანის მომტანი. ანუ ის შინაარსი, რაც კონტრაქტს ერთ შემთხვევაში კოლუზიად შეერაცხება, განზრახვის არსებობისას, ჩვეულებრივ, საკმარისი არ არის თვალსაჩინოობის შემთხვევის წინაპირობების შესასრულებლად, რადგან თვალსაჩინოობა მოითხოვს, სწორედაც რომ, შეზღუდული წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების გადაბიჯებას შიდა ურთიერთობაში და არა მხოლოდ რაიმე საზიანო გარიგების დადებას.

ის, რომ (უფლებამოსილების ფარგლებში მოქმედი) წარმომადგენლის მიერ დადებული გარიგება საზიანოა წარმოდგენილისათვის, კონტრაქტს შეერაცხება მხოლოდ მაშინ, როცა ის განზრახ, წინასწარი შეთანხმებით მოქმედებდა ამ წარმომადგენელთან ერთად, ანუ „დაფარული შეთანხმების“ ფარგლებში თავად შეათანხმა წარმომადგენელთან, რომ გარიგებით ზიანი მიეყენებინათ წარმოდგენილისათვის. თუ ესეთი შეთანხმება არ არსებობს, მხოლოდ ის გარემოება, რომ წარმომადგენელი დებს ერთი

³ BGH NJW 1966, 1911; BGH NJW 1968, 1379; BGH WM 1976, 659 f.; BGH WM 1981, 67; BGH NJW 1984, 1462.

შეხედვით წარმომადგენლისათვის საზიანო გარიგებას, არ ავალდებულებს კონტრაქტს, დამატებით გადაამონმოს წარმომადგენილთან ის ფაქტი, რომ წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების ფარგლებში მოქმედი წარმომადგენელი რეალურად აყენებს თუ არა მას ზიანს ამ გარიგებით და არის თუ არა ეს ზიანი მის მიერ შეგნებულად ნასურვები და დაშვებული. მით უმეტეს მოქმედებს ეს წესი სამენარმეო ურთიერთობებში (იხ. ქვემოთ). კერძოდ, თუ შპს-ის დირექტორი, რომელსაც აქვს შეუზღუდავი წარმომადგენლობითი უფლებამოსილება ე. წ. ორგანული შეუზღუდავი წარმომადგენლობის საფუძველზე, ბანკს სთხოვს, შპს-ის ანგარიშიდან გადარიცხოს სოლიდური თანხა უპატრონოთა თავშესაფრის სასარგებლოდ, ბანკი არ არის ვალდებული დაინტერესდეს და გაარკვიოს პარტნიორებთან, ეს საზოგადოების მიერ შეგნებულად დაშვებული აქციაა, მის მიერ არჩეული საქველმოქმედო პოლიტიკის ფარგლებში, თუ დირექტორი უბრალოდ ანიავებს შპს-ის ქონებას, რათა ამით შური იძიოს პირადი წყენისათვის. აქ გარიგება - საზოგადოების ქონების უსასყიდლოდ გაცემა - ცალასხად საზიანოა სამენარმეო საზოგადოებისათვის და ამის შესახებ იცის კონტრაქტმა, თუმცა ეს მაინც არ ავალდებულებს მას, გადაამონმოს სამენარმეო საზოგადოების პარტნიორებთან, ეს საზიანო გარიგება რეალურად არის ნასურვები თუ დირექტორის თვითნებობას წარმოადგენს.

თვალსაჩინოების შემთხვევისას, ხოლო (საქართველოში) სამენარმეო სამართალში მხოლოდ ცოდნის საფუძველზე (იხ. ქვემოთ), კონტრაქტს შეერაცხება არა გარიგების საზიანო ხასიათი, არამედ წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების გადაბიჯება. ანუ, არა ის, რომ წარმომადგენელი ამ გარიგებით ზიანს აყენებს წარმომადგენელს, არამედ ის, რომ შიდა ურთიერთობის ძალით მას საერთოდ არ აქვს ამ გარიგების დადების უფლება.

ქვემოთ მოცემული შემთხვევები გერმანული სასამართლო პრაქტიკიდან, რომლებიც ეხება წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების სხვაგვარად ბოროტად გამოყენებას, ნათელყოფენ, რომ წარმომადგენლისათვის არახელსაყრელი გარიგების დადება, ცალკე აღებული,

არ არის საკმარისი გარიგების არამბოჭვად მიჩნევისათვის და აუცილებელია, სახეზე იყოს ზემოთ ხსენებული, შიდა ურთიერთობით მონიშნული წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების ფარგლების თვალში მოსახვედრი გადაბიჯება:

თვალში მოსახვედრი გადაბიჯების შემთხვევა იქნება წარმომადგენლის მხრიდან კონტრაქტის მიერ განეული სამუშაოსათვის ორმაგი ან სამმაგი ოდენობის ანაზღაურების შეთანხმება.⁴ როდესაც კონტრაქტისათვის ცნობილია, რომ საზოგადოებას ჰყავს ორი პროკურისტი, რომელთაც შიდა ურთიერთობიდან გამომდინარე აქვთ მხოლოდ ერთობლივი წარმომადგენლობის უფლებამოსილება გარკვეული გარიგებებისათვის და თუ კონტრაქტს აქვს ყოველგვარი საფუძველი ვარაუდისათვის, რომ სწორედ ასეთ გარიგებას ეხება საქმე მოცემულ სიტუაციაში, მაშინ მის მიერ მხოლოდ ერთ-ერთ პროკურისტთან დადებული გარიგება წარმოადგენს ამ უკანასკნელის მხრიდან წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენებას.⁵ წარმომადგენელს, მართალია, ჰქონდა ზოგადად წარმომადგენლისათვის სამაკლერო მომსახურების ხელშეკრულების დადების უფლება, მაგრამ კონკრეტულ შემთხვევაში იმდენად უჩვეულო შინაარსის სამაკლერო ხელშეკრულება დადო, რომ კონტრაქტს (მაკლერს) აღარ შეიძლებოდა ჰქონოდა იმის მოლოდინი, რომ ამ ტიპის ხელშეკრულების დადებაც მოცული იქნებოდა წარმომადგენლისათვის მინიჭებული უფლებამოსილებით.⁶ თუ პირი იყენებს გარდაცვალების შემდგომ მოქმედ რწმუნებულებას ბანკის წინაშე, ბანკმა მითითებები ზოგადად დაუყოვნებლივ და უპირობოდ უნდა აღასრულოს, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც რწმუნებული ამკარად საეჭვოდ იყენებს თავის ამ რწმუნებულებას. ბანკი არ არის უფლებამოსილი თუ ვალდებული, დაელოდოს სხვა მემკვიდრეების თანხმობას ან დალოდებით ხელი შეუწყოს გარდაცვალების შემდეგ მოქმედი რწმუნებულების გამოხმობას.⁷ ასევე

⁴ BGH NJW 1991, 1812.

⁵ BGH NJW 1966, 1911.

⁶ BGH NJW 1988, 3012.

⁷ BGH NJW 1995, 250.

„თვალსაჩინოების შემთხვევასთან“ გვაქვს საქმე, როდესაც წარმოდგენილის ბანკის ანგარიშის განკარგვის უფლებამოსილებას წარმომადგენელი იყენებს იმგვარად, რომ უთითებს ბანკს დაფაროს მისი პირადი ვალები.⁸

სხვაგვარად რომ ვთქვათ, თუ წარმომადგენელი და კონტრაჰენტი განზრახ თანაქმედებენ, მაშინ ის ფაქტი, რომ, მაგალითად, შპს-ის დირექტორმა ბანკს შპს-ის ანგარიშიდან დააფინანსებინა გამყვლეფი ნასყიდობა, საკმარისია კოლუზიური გარიგების დაშვებისათვის. ამის საპირისპიროდ, თუ ეს განზრახი თანაქმედება არ გვაქვს სახეზე მაშინ ბანკს ევალება მხოლოდ იმ ფაქტზე ყურადღების გამახვილება, თუ რამდენად აქვს წარმომადგენელს ზოგადად ნასყიდობის დადების უფლებამოსილება და არა იმაზე, არის თუ არა ეს ნასყიდობა გამყვლეფი. კონტრაჰენტი ბანკი ვერ გახდება წარმოდგენილის მეურვე, ვერ შეითავსებს იმ ფუნქციებს, რაც წარმოდგენილმა თავის წარმომადგენელს მიანდო და ვერ დაინყებს ფიქრს იმაზე, შეესაბამება თუ არა ნასყიდობის ფასი საბაზროს. ყურადღების გამახვილება მას შეიძლება მოეთხოვოს მხოლოდ მაშინ, როდესაც წარმომადგენელი საკუთარ თავთან დებს წარმოდგენილის სახელით გარიგებას, მაგრამ არა მაშინ, როდესაც მესამე პირთან დებს ამ გარიგებას არასაბაზრო პირობებით.

III. წარმოდგენილის მხრიდან საკუთარი წარმომადგენლის გაკონტროლების აუცილებლობა

ამგვარად, გერმანული ფედერალური უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკის მიხედვით, წესად რჩება ის, რომ, ზოგადად, წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების რისკი უნდა ატაროს წარმოდგენილმა; კონტრაჰენტს არ აქვს იმის შემოწმებისა და გადამოწმების ვალდებულება, არის თუ არა წარმომადგენელი შიდა ურთიერთობაში შეზღუდული და ამ შიდა ურთიერთობის ძალით როგორ ეზღუდება საკუთარი, გარე ურთიერთობაში შეუ-

ზღუდავი, უფლებამოსილების გამოყენების შესაძლებლობა. წარმოდგენილი მხოლოდ მაშინ არის წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების თვალში მოსახვედრი ბოროტად გამოყენებისაგან დაცული, ასევე კონტრაჰენტის მიმართაც, როდესაც წარმომადგენელი განზრახ საეჭვოდ იყენებს საკუთარ წარმომადგენლობით უფლებამოსილებას, რასაც კონტრაჰენტში უნდა გამოენჯია საფუძვლიანი ეჭვი, რომ სახეზე იქნებოდა შიდა ურთიერთობაში არსებული ერთგულების ვალდებულების დარღვევა. გადამწყვეტი და აუცილებელია მძლავრი საეჭვოობის მომენტი, რომელიც იქნებოდა განპირობებული უფლების ბოროტად გამოყენების ობიექტური თვალსაჩინოებით.⁹

გერმანული სასამართლო პრაქტიკის მიხედვითაც კი, კონტრაჰენტს არ აქვს ზოგადი ვალდებულება, გადაამოწმოს, რამდენად აქვს წარმომადგენელს შიდა ურთიერთობით შეზღუდული ამგვარი გარიგების დადების შესაძლებლობა.¹⁰ მაგალითად, ჩეკზე კოდირების სტრიქონში მითითებული ბანკის ანგარიშის გადაკეთება არ არის საკმარისი იმისათვის, რომ მისმა გამნაღებელმა ბაკმა იეჭვოს მისი გაყალბება და გადაამოწმოს ჩეკის (რომელიც გამნაღებელი ბანკის წინაშე წარმოადგენს რწმუნებულებას) ნამდვილობა.

გარდა ამისა, თუ წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება შესაძლებელი გახდა წარმოდგენილის მხრიდან წარმომადგენლის გაუკონტოლებლობამ, გარიგების მბოჭავობის თუ არამბოჭავობის საკითხი უნდა გადანყდეს კონტრაჰენტისა და წარმოდგენილის ბრალეულობის ურთიერთშეწონვის საფუძველზე, კერძოდ, რომელს უფრო მეტი ბრალი მიუძღვის წარმომადგენლობის უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების ფაქტის დადგომაში; კონტრაჰენტს, რომელმაც ვერ შეამჩნია ეს თუ წარმოდგენილს, რომელმაც დაუშვა ეს.¹¹

⁸ BGH NJW 1999, 2883.

⁹ BGH NJW-RR 1992, 1135; BGH NJW 1994, 2082; BGHZ 127, 239.

¹⁰ BGH NJW 1994, 2083; BGH WM 1992, 1363; BGH NZG 2010, 1399; OLG Stuttgart NZG 1999, 1010.

¹¹ BGH NJW 1968, 1379.

ორი სამართლებრივი ფიგურის - კოლუზიისა და წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების სხვაგვარად ბოროტად გამოყენების - არსებობა არ ცვლის იმ მოცემულობას, რომ, ზოგადად, წარმოდგენილი ატარებს თავისი წარმომადგენლის ორგულობისა და მისი მხრიდან მინიჭებული უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების რისკს. სწორედ ამ პრინციპზეა აგებული მთლიანი წარმომადგენლობის სამართალი – პირმა არ უნდა შეარჩიოს წარმომადგენელი ისე, რომ შემდეგში მან უღალატოს. თუ ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში კონტრაჰენტს დაეკისრება თითოეული დეტალის გადამონმების ვალდებულება, მათ შორის, შევიდეს იმ გარიგების შინაარსის შემონმებაში, რომელსაც დებს წარმომადგენელი მესამე პირთან, მაგალითად, უზრუნველყოფის შემთხვევაში, ამით მთელი აზრი დაეკარგება წარმომადგენლობით უფლებამოსილებას და კონტრაჰენტი იქცევა წარმომადგენლის ინტერესების მეურვედ, მაშინ როდესაც ეს ვალდებულება აკისრია მხოლოდ და მხოლოდ წარმომადგენელს და ამის არშესრულება წარმოდგენილის რისკია.

IV. კოლუზია და უფლების ბოროტად გამოყენების თვალსაჩინოობის შემთხვევა სამენარმეო სამართალში

ზემოთ აღწერილი ტრიქოტომია (კოლუზია, კონტრაჰენტის ცოდნა და „თვალსაჩინოების შემთხვევა“) სამენარმეო სამართალში პირდაპირ და შეუზღუდავად არ მოქმედებს. ზოგადად, როდესაც კანონი ითვალისწინებს შეუზღუდავ წარმომადგენლობით უფლებამოსილებას (მაგ., პროკურა, მშკ-ის 10 III მუხლი), წარმომადგენელი ზოგადად უფლებამოსილია, დადოს ასევე უჩვეულო გარიგებები და უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების თვალსაჩინოობისათვის უფრო ცალსახა და ერთმნიშვნელოვანი გარემოებების არსებობაა აუცილებელი, ვიდრე სხვა შემთხვევებში.¹² ამიტომაც, მაგალითად, გერმანულ სამენარმეო სამართალში

¹² BGH NJW 2002, 1497, 1498; BGH NJW 2011, 66, 69; Maier-Reimer, in Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl. 2011, § 167 BGB Rn. 75.

მიჩნეულია, რომ მხოლოდ კონტრაჰენტის უხეში გაუფრთხილებლობა (უხეში გაუფრთხილებლობით გამოკვლევის ვალდებულების დარღვევა) არ არის საკმარისი „თვალსაჩინოების შემთხვევის“ დასაშვებად, არამედ აუცილებელია ე.წ. „ობიექტური ევიდენტურობა“, რომლის დროსაც წარმომადგენლობის უფლებამოსილების გადაბიჯება თავისთავად ცხადია, ყოველგვარი დამატებითი გამოკვლევის გარეშე.¹³

ამგვარად, ზოგადად, გერმანულ სამენარმეო სამართალში კონტრაჰენტი განსაკუთრებული დაცვით სარგებლობს, რაც განპირობებულია წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების შეუზღუდაობით. რწმუნებულებისა და, ზოგადად, წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების აბსტრაქტული ხასიათი წარმოშობს და განაპირობებს კონტრაჰენტის დამოუკიდებელ დაცვას იმის გათვალისწინებით, რომ ის შიდა ურთიერთობაში არ მონაწილეობს. ამიტომაც მას არ უნდა შეეხოს გამოკვლევის ვალდებულება.¹⁴ ეს ნიშნავს იმას, რომ წარმომადგენლის მხრიდან ვალდებულების დარღვევის მხოლოდ გაუფრთხილებლობით არცოდნა კონტრაჰენტისათვის არასაზიანოა.¹⁵ გერმანულ იურიდიულ ლიტერატურაში აქცენტი კეთდება წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების შეზღუდვის გადაბიჯების ისეთ ობიექტურ თვალსაჩინოობაზე, რაც მის ბოროტად გამოყენებას ზედმეტი ჩაძიების გარეშეც თვალნათლივ მოცემულად ხდის.¹⁶ თვალსაჩინოდ მოცემული გარემოების

¹³ Schott, Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, AcP 171 (1971), 387; Mock, Grundfälle zum Stellvertretungsrecht, JuS 2008, 487; BeckOK BGB/Schäfer, 58. Ed. 1.5.2021, BGB § 167 Rn. 49; Maier-Reimer, in Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl. 2011, § 167 BGB Rn. 72; Palandt/Ellenberger, 73. Aufl. 2014, § 167 Rn. 14; Köhler, BGB AT, 45. Aufl., München 2021, § 11 Rn. 63.

¹⁴ MüKoBGB/Schubert, 8. Aufl. 2018, BGB § 164 Rn. 225.

¹⁵ MüKoBGB/Schubert, 8. Aufl. 2018, BGB § 164 Rn. 225.

¹⁶ Schott, Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, AcP 171 (1971), 387; Mock, JuS 2008, Grundfälle zum Stellvertretungsrecht, 487; BeckOK BGB/Schäfer, 58. Ed. 1.5.2021, BGB § 167 Rn. 49; Maier-Reimer, in Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl. 2011, § 167 BGB Rn. 72; Palandt/Ellenberger, 73. Aufl. 2014, § 167 Rn. 14; Köhler, BGB AT, 45. Aufl., München 2021, § 11 Rn. 63.

შესახებ ცოდნის მოპოვებაზე უარი ისევე აზიანებს კონტრაქტს, როგორც პოზიტიური ცოდნა.¹⁷ თუმცა, როგორც ზემოთ აღინიშნა, ის თვალსაჩინოების ხარისხი, რაზეც აქ არის საუბარი, ერთიორად განსხვავდება ზემოთ მოყვანილი თვალსაჩინოების სტანდარტისაგან, რომელიც მოქმედებს სხვა არასამენარმეო ურთიერთობებში. კერძოდ, აქ საუბარია შემთხვევაზე, როდესაც მენარმის კონტრაქტი, მაგალითად, არ ხსნის წერილს, სადაც მოცემული იქნებოდა ინფორმაცია წარმომადგენლის მიერ საკუთარი უფლებამოსილების გადაბიჯების შესახებ, არ პასუხოს შესაბამის სატელეფონო ზარებს და ა. შ. კონტრაქტისათვის გამოკვლევის ვალდებულების არდაკისრება სამენარმეო სამართალში არ არის ამ დარგის შინაგანი ლოგიკიდან ამოვარდნილი. სამენარმეო სამართალში მთელ რიგ შემთხვევაში ერთი ან მეორე მხარის ინტერესების დაცვა უკან იხევს ისეთი მიზნის წინაშე როგორცაა სამენარმეო ურთიერთობათა სისწრაფე, ბრუნვაში მხარეთა ნდობის დაცვა და ა. შ. ამის მაგალითია გერმანიის მენარმეთა შესახებ კანონის 350-ე პარაგრაფი (= სკ-ის 892 II მუხლი), რომელიც თავდებობას არაფორმალურად აცხადებს, თუ ის დადებულია მენარმე სუბიექტის მიერ. იგივე შეიძლება ითქვას ამ შემთხვევაში საქართველოს მაგალითზე: ქართველმა კანონმდებელმა შეგნებულად არ გაითვალისწინა წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების სხვაგვარად ბოროტად გამოყენების დოქტრინიდან თვალსაჩინოების შემთხვევა სამენარმეო სამართალში (იხ. ქვევით).

მაგალითად, მიუნხენის უმაღლესმა სამხარეო სასამართლომ¹⁸ არც კოლუზიად და არც წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების თვალსაჩინოდ ბოროტად გამოყენებად არ მიიჩნია შემთხვევა, როდესაც საზოგადოების დირექტორმა ამ საზოგადოებას აკისრებინა თავდებობა იმ ძირითადი მოვალის (რომლის დირექტორადაც ასევე თვითონ გვევლინებოდა) სასა-

რგებლოდ, რომელიც უკვე გაკოტრებული იყო და წინდანინვე ცნობილი იყო, რომ ნაკისრ ვალდებულებას ვერ დაფარავდა, ანუ, კრედიტორის წინაშე თავდებს მოუწევდა პასუხისგება. გერმანულმა სასამართლომ აქ მიიჩნია, რომ წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების შეუზღუდაობიდან გამომდინარე ნდობა კონტრაქტს (კრედიტორს) ათავისუფლებდა იმ კონკრეტული მოტივების გამოკვლევის ვალდებულებისაგან, თუ რატომ კისრულობდა დირექტორი საზოგადოების სახელით უკვე გაკოტრებული ძირითადი მოვალისათვის თავდებობას და გარიგება ვერც ერთი ზემოთხსენებული საფუძვლით ვერ გაბათილდებოდა/ვერ ჩაითვლებოდა არამბოჭავად.¹⁹

V. მშკ-ის 9 IV მუხლი

როგორც უკვე აღინიშნა, სამენარმეო სამართალში ქართველმა კანონმდებელმა გაითვალისწინა მხოლოდ წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების შეზღუდვის შესახებ კონტრაქტის მხრიდან ცოდნის (მშკ-ის 9 IV 1 მუხლი) და კოლუზიის შემთხვევა (მშკ-ის 9 IV 2 მუხლი). ორივე ამ შემთხვევაში საზოგადოებას აქვს გარიგების შეცილების მეშვეობით გაბათილების უფლება. ეს წესი უცვლელადაა გადატანილი

¹⁹ მოცემული შემთხვევის განსჯისათვის გადამწყვეტი მნიშვნელობის ვერ იქნებოდა ის გარემოება, რომ ეს დირექტორი ამავდროულად თავდები-საზოგადოების უმრავლესობაში მყოფი პარტნიორი იყო, რადგან, ზოგადად აღიარებულია, რომ პარტნიორთა კრების თანხმობას არ ძალუძს „მოხსნას“ კოლუზიის მომენტი და, გარდა ამისა, ნებისმიერ შემთხვევაში, უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების გამოსარიცხად არ არის საკმარისი მხოლოდ ის ფაქტი, რომ დირექტორი საზოგადოების უმრავლესობაში მყოფი პარტნიორია, აუცილებელია პარტნიორთა კრების ფორმალური გადაწყვეტილება (თანხმობა), რომლის გარეშეც გარიგება მაინც ვერ იქნება მბოჭავი (BGH NJW 1984, 1461, შდრ. *Altmeppen*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 37 Rn. 41 და იქ მითითებული ლიტერატურა). ამგვარად, მოცემულ შემთხვევაში დირექტორის მაჟორიტარ პარტნიორად ყოფნის ფაქტი ვერ იქნებოდა გადამწყვეტი მნიშვნელობის მქონე საქმის გადამწყვეტისათვის.

¹⁷ Staub/Joost, HGB, 5. Aufl. 2008, § 50 Rn. 46; Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer HGB, 2012, § 50 Rn. 27; K. Schmidt, HandelsR, 6. Aufl. 2014, § 16 III 4b bb ccc.

¹⁸ OLG München BeckRS 2012, 7948.

მენარმეთა შესახებ კანონპროექტის²⁰ 49 III მუხლში. ამგვარად, ქართველმა კანონმდებელმა სამენარმეო სამართალში უარი თქვა წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების თვალსაჩინოობის შემთხვევის დაფიქსირებაზე. ნიშნავს თუ არა ეს იმას, რომ წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების დოქტრინა, როგორც ეს ზემოთ იყო აღწერილი, ქართულ სამენარმეო სამართალში არ მოქმედებს და ქართველმა კანონმდებელმა გადაუხვია გერმანულ პარადიგმას? რეალურად საქმე პირიქითაა და ქართული გადაწყვეტა წარმოადგენს გერმანული დოქტრინის ლოგიკურ გაგრძელებას.

პირველ რიგში, გერმანულ და ქართულ სამენარმეო წარმომადგენლობით სამართალზე საუბრისას გამოსაკვეთი და დასაფიქსირებელია არსებითი განსხვავება, რომელიც ეხება მესამე პირთა წინაშე საზოგადოების დირექტორის წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების შეზღუდვის შესაძლებლობას. განსხვავებით გერმანიისაგან, სადაც, მაგალითად, დირექტორის წარმომადგენლობითი უფლებამოსილება მესამე პირთა წინაშე ეფექტით არ შეიძლება შეიზღუდოს,²¹ საქართველოში ეს დასაშვებია; საჭიროა მხოლოდ ამ შეზღუდვის რეგისტრაცია სამენარმეო რეესტრში (მშკ-ის 7 III მუხლი). სწორედ ის ფაქტი, რომ საქართველოში დირექტორის წარმომადგენლობითი უფლებამოსილება შეზღუდვადია და მხოლოდ რეესტრში დარეგისტრირება სჭირდება, ნიშნავს იმას, რომ რეესტრის ჩანაწერის მიმართ, რომელიც ეხება წარმომადგენლობით უფლებამოსილებას, კონტრაჰენტს უფრო მეტი ნდობა შეიძლება ჰქონდეს ვიდრე გერმანიაში, გამომდინარე იქიდან, რომ წარმომადგენლის ხელწინააღმდეგობა მისი *erga omnes*, ანუ, ყველა პირის მიმართ შეზღუდვა და ეს ნდობა დასაცავი აღარ არის მხოლოდ იმ მომენტიდან, როდესაც კონტრაჰენტმა იცის (პოზიტიური ცოდნა), რომ წარმომადგენლობითი უფლებამოსილება (შიდა ურთიერთობაში) შეზღუ-

დულია. კერძოდ, საზოგადოებას აქვს შესაბამისი ინსტრუმენტი, მიანიჭოს დირექტორის წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების შეზღუდვას ყველა პირის მიმართ მოქმედება. ამ დროს წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების გადაბიჯებით დადებული გარიგება ბათილია უკვე სკ-ის 111-ე მუხლის მიხედვით და კონტრაჰენტის ცოდნასა და ნდობის დაცვას არანაირი მნიშვნელობა არ ენიჭება. თუ წარმომადგენელი საზოგადოება არ იყენებს ამ ინსტრუმენტს და რეესტრში წარმომადგენლის შეუზღუდავ უფლებამოსილებას აფიქსირებს, მაშინ წარმომადგენლის მხრიდან მინიჭებული უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების შესაძლებლობა მისი თანაქმედებით არის განპირობებული და როგორც ყველა სხვა, რეესტრის ჩანაწერით განპირობებული ნდობის შემთხვევაში, კონტრაჰენტის მხოლოდ მაშინ აღარ არის დასაცავი, თუ მან რეალურად იცის, რომ ჩანაწერი არასწორია.

გერმანიაში სამენარმეო წარმომადგენლობისას „თვალსაჩინოების“ სტანდარტი, რომლისათვისაც თამასა მაღლაა აწეული (იხ. ზემოთ) და არ არის საკმარისი მხოლოდ უხეში გაუფრთხილებლობა, მოქმედებს მხოლოდ იმიტომ, რომ წარმომადგენელ საზოგადოებას არ ძალუძს არც ერთი გასაჯაროებული აქტის მეშვეობით შეუზღუდოს წარმომადგენელს მისი უფლებამოსილება მესამე პირთა წინაშე და შესაბამისად, მესამე პირს (კონტრაჰენტს) რეესტრში ფიქსირებული ინფორმაციის მიმართ ვერ ექნება ის ნდობა, რაც საქართველოში და სწორედ ამიტომ მოეთხოვება უფრო მეტი გულისხმიერება, რაც „თვალსაჩინოების“ სტანდარტშია გამოხატული. თუმცა სხვა შემთხვევებში გერმანიაშიც რჩება ის მოცემულობა, რომ, როდესაც რეესტრის მონაცემი რეალურად ასახავს მატერიალურ-სამართლებრივ მდგომარეობას, მის მიმართ ნდობის გაქარწყლება მხოლოდ პოზიტიური ცოდნის საფუძველზე შეიძლება.

ამგვარად, მშკ-ის 9 IV 1 მუხლი სისტემურად არის მორგებული იმ მოცემულობას, რომ საქართველოში დირექტორის წარმომადგენლობითი უფლებამოსილება შეზღუდვადია, რაც წარმოადგენს გერმანულ სამართალში აღიარებული იმ ამოსავალი მოსაზრების ლოგიკურ გაგრ-

²⁰ <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4962987?publication=0>.

²¹ შდრ., მაგალითად, გერმანიის შპს-ის შესახებ კანონის 37 II პარაგრაფი სააქციო საზოგადოების შესახებ კანონის 82-ე პარაგრაფი.

ძელებას, რომლის მიხედვითაც წარმოდგენილის „ორგულობის“ რისკს ატარებს პირველ რიგში წარმოდგენილი. სამენარმეო საზოგადოებას კი მოეთხოვება, გააკეთოს ყველაფერი, რათა შიდა შეზღუდვა ასევე მესამე პირთათვისაც ცხადი და მოქმედი გახადოს. თუ ის ამას არ აკეთებს, მესამე პირთა ნდობის დაცვა გადაწონის მის ინტერესებს.

VI. მშკ-ის 9 IV 1 მუხლის ფარგლებში „ცოდნისა“ და „უნდა სცოდნოდა“-სტანდარტის დაუშვებელი გათანაბრება

ის, რომ მშკ-ის 9 IV 1 მუხლის ფარგლებში კონტრაჰენტის „ცოდნის“ ქვეშ შეუძლებელია „უნდა სცოდნოდა“ შემთხვევების, ანუ, უხეში გაუფრთხილებლობისა ან თუნდაც „თვალსაჩინოების“ შემთხვევების, სუბსუმცია ცალსახად დააფიქსირა საკონსტიტუციო სასამართლომ თავის გადაწყვეტილებაში „შპს „მეტალინვესტი“ საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.

ზემოთ მოყვანილი მოსაზრებებიდან დამოუკიდებლად, იმის დაშვება, რომ კოგნიტიური მოცემულობა „იცოდა“ და „უნდა სცოდნოდა“ პრინციპულად ერთი და იგივეა, არა მხოლოდ სემანტიკურად არის აბსურდული, არამედ სამოქალაქო კანონმდებლობის ნორმების ზედაპირული ანალიზის საფუძველზეც სრულებით გაუმართლებელია. კანონმდებელი ცალსახად იყენებს, როგორც ერთ, ისე მეორე ცნებას განსხვავებული მნიშვნელობით და, თუ გაუფრთხილებლობით არცოდნაც საკმარისია ნორმის შემადგენლობის შესასრულებლად, ყოველთვის ამატებს „ცოდნის“ ელემენტს „უნდა სცოდნოდა“-ს ალტერნატივას. მაგალითად, სკ-ის 113 II მუხლი აქცენტს აკეთებს „ცოდნის“ (არცოდნის) ელემენტზე, ხოლო მესამე ნაწილი „ცოდნას“ დამატებულ გაუფრთხილებლობით „არცოდნაზე“. მსგავსი მიდგომა კანონმდებელს აქვს ასევე, მაგალითად, არაუფლებამოსილი პირისგან საკუთრების შეძენის შემთხვევებშიც. მოძრავ ნივთზე საკუთრების კეთილსინდისიერად მოპოვების გამოსარიცხად საკმარისია გაუფრთხილებლობით არცოდნა (სკ-ის 187 I 2 მუხლი), ხოლო უძრავზე საკუთრების კეთილსინ-

დისიერად მოპოვების ჩაშლა მხოლოდ პოზიტიურ ცოდნას შეუძლია (სკ-ის 185-ე მუხლი), რადგან ამ შემთხვევაში ნდობის განმაპირობებელი არის რეგისტრირებული პოზიცია. პარალელური შეიძლება გაივლოს ამ უკანასკნელ შემთხვევასა და საზოგადოების დირექტორის უფლებამოსილებას შორის, რომელიც ასევე რეესტრიდან იკითხება. ზოგადად სამოქალაქო სამართალში რეესტრის (მათ შორის სამენარმეო რეესტრის) ჩანაწერის მიმართ ნდობას გამორიცხავს მხოლოდ პოზიტიური ცოდნა და გაუფრთხილებლობით არცოდნა ამისათვის საკმარისი არ არის; სკ-ის 185-ე მუხლის გარდა ამის დასტურად შეიძლება, მაგალითად, 297-ე და 312 II, IV მუხლებზე მითითება.

ქვემოთ მოყვანილია მუხლები სამოქალაქო კოდექსიდან, სადაც ცალსახად არის გამიჯნული „ცოდნა“ გაუფრთხილებლობით „არცოდნისაგან“: „იცოდა“: სკ-ის 23 II, 64 II, 112, 113 II, 185, 274 IV 1, 296, 297, 312 II, IV, 494 II, 542, 678-ე მუხლები და ა. შ. „უნდა სცოდნოდა“: 57 II, 79 II 2, 83 I, 113 III 1, 187 I 2 მუხლები და ა. შ. აბსურდულია, რომ ყველა, ამ რამდენიმე ათეულ დანაწესში კანონმდებელს თვითნებურად გამოეყენებინა ერთი და იმავე ცნების ალსანიშნად ორი სხვადასხვა ტერმინი, განსაკუთრებით იმის გათვალისწინებით, რომ თითოეული ამ შემთხვევის ახსნა შეიძლება შესაბამისი ინსტიტუტების შინაგანი მოწყობიდან გამომდინარე. მაგალითად, როგორც უკვე აღინიშნა, რეესტრის ჩანაწერის მიმართ ნდობა შეიძლება გამორიცხოს მხოლოდ საპირისპირო ფაქტის შესახებ პოზიტიურმა ცოდნამ, განსხვავებით მხოლოდ ნივთის ფლობით განპირობებული ნდობისა. იმავე პრინციპს ემყარება მენარმეთა შესახებ კანონის 7 III მუხლი, რომელიც აქცენტს აკეთებს მხოლოდ პოზიტიურ ცოდნაზე და გამოხატავს მას „ცნობილი იყო“ სიტყვათშეთანხმებით. გაუგებარია, თუ რატომ უნდა იყოს მეცხრე მუხლში იდენტური ფორმულირებით („ცნობილი იყო“) სულ სხვა შინაარსი გადმოცემული. მენარმეთა შესახებ კანონში ეს ფორმულირება ყველა სხვა მუხლშიც მხოლოდ პოზიტიური ცოდნის აღსანიშნავად გამოიყენება.

VII. წინარე სახელშეკრულებო ურთიერთობიდან ზიანის ანაზღაურების ვალდებულების დაუშვებლობა

რაც შეეხება საკითხს, შეიძლება თუ არა „თვალსაჩინოების შემთხვევა“ (ანუ, მაშინ, როდესაც წარმომადგენლის მხრიდან უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება შეცნობადია კონტრაქტისათვის, ის კი მაინც დებს მასთან გარიგებას), წარმოადგენდეს კონტრაქტის მხრიდან წინარე სახელშეკრულებო ვალდებულების დარღვევას (სკ-ის 316 II, 317 II, 394 I მუხლები) და გახდეს მისი მხრიდან ზიანის ანაზღაურების საფუძველი, ამას ცალსახად უარყოფითი პასუხი უნდა გაეცეს. ამ სიტუაციაში რეალურად რთულად არის წარმოსადგენი ისეთი დამატებითი ვალდებულების დარღვევის შემადგენლობის არსებობა, რაც აუცილებელია წინარე სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობის წარმოშობისათვის. მაგალითად, ამგვარი დარღვევა ვერ იქნება კონტრაქტის მხრიდან წარმოდგენილთან დაკონტაქტების ვალდებულების დარღვევა. რადგან იმ სიტუაციაში, როდესაც შეიძლება არსებობდეს ეჭვი (ან უფრო მეტი), რომ წარმომადგენელი შეიძლება აბიჯებდეს საკუთარი უფლებამოსილების შიდა ურთიერთობით განსაზღვრულ ფარგლებს, კონტრაქტს გადამონმების ვალდებულება აქვს საკუთარ ინტერესებში და არა მეორე მხარის მიმართ (მაგალითად, იმ მიზნით, რომ გააფრთხილოს მეორე მხარე, რომ ყურადღება მიაქციოს საკუთარ წარმომადგენელს). ეს ვალდებულება ამგვარადაც მოიხსენიება: **Obliegenheit**. **Obliegenheit** არის სამართლებრივი ცნება, რომელიც აღნიშნავს არა ვალდებულებას მეორე მხარის წინაშე, არამედ მოვალეობას საკუთარი თავისა და ინტერესების მიმართ. კერძოდ პირმა, რომელსაც აწევს ამგვარი ვალდებულება, უნდა განახორციელოს იგი, თუკი სურს, რომ შეინარჩუნოს გარკვეული სამართლებრივი პოზიციები, ბენეფიტები და ა. შ. მაგალითად, სკ-ის 495 I მუხლის მიხედვით, მყიდველმა დაუყოვნებლივ უნდა შეამოწმოს ნივთი, ამის არგაკეთების გარეშე ის კარგავს მოგვიანებით ნაკლებ მიითითების უფლებას. ამიტომაც, ეს არის საკუთარი თავის წინაშე არსებული ვალდებუ-

ლება, რასაც ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში ასევე ფაკულტატურ ვალდებულებასაც უწოდებენ. სკ-ის 495 I მუხლით გათვალისწინებული შემონმების ვალდებულება მყიდველს აქვს მხოლოდ საკუთარი თავის წინაშე და აბსურდულია მისი განუხორციელებლობისათვის მას პასუხი მოსთხოვოს გამყიდველმა, მაგალითად, იმაზე მითითებით, რომ მყიდველს დროულად რომ შეემონმებინა გადაცემული პიანინო, იქ იპოვინდა გამყიდველის საფულეს საბუთებით და ამით მას ზიანს ააცილებდა თავიდან. იგივე შეიძლება ითქვას მოცემულ შემთხვევაშიც – იმის გადამონმების ვალდებულება, აქვს თუ არა წარმომადგენელს შიდა ურთიერთობის ძალით ამგვარი გარიგების დადების უფლება, კონტრაქტს ეკისრება მხოლოდ მის საკუთარ ინტერესებში, რათა შეინარჩუნოს წარმომადგენლობიდან გამომდინარე ნდობაზე მითითების უფლება და წარმომადგენელთან დადებული გარიგება, მისი დადების შემთხვევაში, ნამდვილი იყოს. ამ გამოკვლევის (ფაკულტატური) ვალდებულების შინაარსი ამას არ სცდება და არ ემსახურება დამატებით მეორე მხარის ინტერესების დაცვას. ამ მოვალეობას არგანხორციელების სანქციაც არის გარე ურთიერთობაში წარმომადგენლობიდან გამომდინარე ნდობაზე მითითების უფლების დაკარგვა და წარმოდგენილთან ნამდვილი გარიგების ვერდადება და არა დამატებით წარმოდგენილისათვის ზიანის ანაზღაურება იმ საფუძველზე, რომ ამ არამბოჭავი გარიგებიდან მას მიადგა გარკვეული უსიამოვნება (ამ გარიგების საფუძველზე აღძრული სარჩელი და ა. შ.).

წინარე სახელშეკრულებო ურთიერთობიდან არ შეიძლება გამომდინარეობდეს გარიგების არდადების ვალდებულება. ამ ურთიერთობიდან შეიძლება წარმოსდგებოდეს, მაგალითად, ვალდებულება, რომ სრულად მიაწოდოს მეორე მხარეს ინფორმაცია, რათა მეორე მხარემ თავად მიიღოს გადაწყვეტილება, სურს თუ არა ამ გარიგების დადება და ა. შ. მაგრამ კონტრაქტის ვალდებულება, რომ სრულად მიიღოს ინფორმაცია, რომ შემდეგში თავად არ დადოს ეს გარიგება, ასეთი რამ წინასახელშეკრულებო ურთიერთობიდან არ გამომდინარეობს.

ანუ, ამგვარად, თუ კონტრაქტმა წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების გადაბიჯების თვალსაჩინოობისას არ შეასრულა ეს გადამონმების ვალდებულება საკუთარი თავის წინაშე, გარიგება არამბოჭავია (გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც სამენარმეო წარმომადგენლობას ეხება საქმე, იხ. ზემოთ) და შესაბამისად, ზედმეტია წარმოდგენილისათვის მიყენებულ ზიანზე საუბარი. იგივე ითქმის პირდაპირ კოლუზიურ გარიგებებზეც. ეს გარიგებები ბათილია (საცილოა), შესაბამისად, კოლუზიური ქმედების საფუძველზე მათი „დადებით“ მიყენებული ზიანი არ არსებობს. გარდა ამისა, წინარე სახელშეკრულებო ურთიერთობიდან მეორე მხარისათვის, მაგალითად, წარმომადგენლის ქმედებების შესახებ შეტყობინების ვალდებულების დაშვებით გამოდის, რომ კონტრაქტს ეკისრება ვალდებულება უფრო მეტად იზრუნოს მეორე მხარის ინტერესებზე, ვიდრე ის თავად ზრუნავს. კერძოდ, გადაამონმოს და გააკონტროლოს წარმომადგენელი, როდესაც წარმოდგენილი თავად არ აკეთებს ამას. ანუ, წარმოდგენილმა თავად მიანდო საკუთარი საქმეები წარმომადგენელს, ხოლო კონტრაქტი უარყოფს როლების ამგვარ განაწილებას.

ის გარემოება, რომ მიუხედავად წარმომადგენლის მხრიდან უფლების ბოროტად გამოყენებისა და, შესაბამისად, გარიგების არამბოჭავობისა, კონტრაქტმა მაინც იჩივლა და მოსთხოვა წარმოდგენილს ამ ბათილი გარიგების შესრულება, წარმომადგენს არა გადამონმების (ფაკულტატიური) ვალდებულების დარღვევას²², არამედ უნდა გადანყდეს იმ პრინციპების მიხედვით, რომლებიც ეხება ნავარაუდები უფლების სასამართლო გზით რეალიზაციის შეზღუდვას, ანუ იმას, თუ როდის შეიძლება მხარეს მოეთხოვოს, უარი თქვას სავარაუდო უფლების

რეალიზაციაზე იმ მოტივით, რომ ცალსახაა მისი არარსებობა.

რა თქმა უნდა, როგორც წინარე სახელშეკრულებო, ისე დელიქტური პასუხისმგებლობა (იხ. ქვევით) სრულებით გამოირიცხულია, თუ სახეზე არ არის არც კოლუზიის წინაპირობები და არც „თვალსაჩინოების შემთხვევა“.

VIII. ზიანის ანაზღაურება სკ-ის 992-ე მუხლის მიხედვით

მსგავსი არგუმენტებით უნდა გამოირიცხოს გადამონმების ფაკულტატიური ვალდებულების დარღვევის გამო კონტრაქტის დელიქტური პასუხისმგებლობა – თუ სასამართლო მიიჩნევს, რომ სახეზეა კოლუზიური გარიგება, ეს გარიგება არამბოჭავია და არ არსებობს მისი „დადებით“ მიყენებული ზიანი. ხოლო, თუ ეს გარიგება ნამდვილია, ანუ სამართალი აღიარებს მათ, მაშინ, რა თქმა უნდა, შეუძლებელია მის მართლწინააღმდეგობაზე საუბარი. რაც შეეხება იმ საკითხს, შეიძლება თუ არა „თვალსაჩინოებისას“ (მაშინ, როდესაც რეალურად სახეზეა მისი წინაპირობები) წარმოიშვას კონტრაქტის დელიქტური პასუხისმგებლობა, ამასაც უარყოფითი პასუხი უნდა გაეცეს მართლწინააღმდეგობის არარსებობის გამო. პარალელური მოტყუებით და იძულებით დადებულ გარიგებებთან არასწორია. მოტყუებით და იძულებით დადებული გარიგების მართლწინააღმდეგობა ემყარება მოტყუებულის/იძულებულის ნებაზე დაუშვებელ ზემოქმედებას, რაც „თვალსაჩინოების შემთხვევაში“ სახეზე არ არის. ასევე არ არის სახეზე არც რაიმე სხვა აბსოლუტური უფლებისა თუ დამცავი ნორმის ხელყოფა, რის გარეშეც დელიქტური პასუხისმგებლობა გამოირიცხულია.

²² ეს გამოკვლევის ვალდებულება ემსახურება არა იმას, რომ კონტრაქტმა არ დადოს წარმოდგენილთან ბათილი გარიგება, არამედ იმას, რომ მას ჰქონდეს წარმომადგენლობიდან გამომდინარე ნდობაზე მითითების შესაძლებლობა.