



Peripeteia of Concession and Problems of Legal definition

Zaza Sukhishvili

Doctor of Law (Private International Law), Lecturer at Georgian Institute of Public Affairs (GIPA) and Georgian Aviation University (GAU)

ARTICLE INFO

Article History:

Received 05.09.2022
Accepted 29.09.2022
Published 30.09.2022

Keywords:

Concession, Term,
Definition, Investment

ABSTRACT

Despite the interesting history of the concession, the existence of official and private legal international foundations and scientific works for the creation of concession legislation, in the legislation of Georgia, it was not possible to determine the academic definition of concession as a legal institution. The nature of the concession agreement was not understood and distinguished, that is, a concession is a transfer of the right, not the property, however, a concession agreement is the way of its realization, that triggers problems of practice regarding assignment to a certain legal sphere, legal regulation, court jurisdiction, selection of law, etc.

As the "Foreign element" participates in international private legal relations, state and foreign investor appear as parties in concession relations. For them, favorable situation, protective legal regime and predictable environment are the main factors. Accordingly, the development of concession legislation is of essential importance for the economy of Georgia.

In addition to the legal purpose, the concession has an important social function and should ensure the inclusion of the private sector in the economic life and development of the country. In order to refine the legislation, the areas of application should be studied, problems, peculiarities, realities should be identified and it should be calculated what results will be achieved if the relevant legal norms are implemented.

Refinement of the concession legislation is directly related to the creation of an investment environment in Georgia. Attracting investments, investors' guarantees and efficient use of the country's resources is a very urgent issue in terms of economic development, job creation and increase of state revenues.

INTRODUCTION

Many countries of the modern world faced the need for legal regulation of public and private partnerships. Most of the new laws apply to all types of public-private partnerships. Concession, as one of the forms of such partnership, requires legislative regularity. In particular, the legal nature of the concession has already been analyzed in the science of law, which should be followed by a legal definition reflecting the real immanence of the concession in the legislation of Georgia. The definitions presented in the repealed 1994 and current 2018 laws regarding the concession are completely misleading from the legal content of the concession and its academic definition should be established.

Chapter I.

The issues of public-private partnership are known from the time of ancient Iran, Greece and Rome before BC, the development of which continued in medieval France, Holland, Spain and England, which was represented by the transfer of the right of tax collection by the state to a private person.

In all states of ancient Greece, the collection of taxes was carried out by private individuals, and in Rome, a trade, an auction in the modern sense, was held to give the right to collect taxes.¹

The history of Georgia has not ignored the concession relations, and it is known from the first documentary sources that in the 40s of the 18th century, King Erekle II concluded a concession agreement with the Greek "Madanshiki" for the purpose of reviving the ore production, which was related to the processing of copper and gold-silver deposits. King Erekle invited a group of Greek "madanshiks" from Turkey, who began working on a silver deposit in the vicinity of the Akhtali monastery. In 1763, mining production was widely developed. The description of the business deal between the king and the arrived Greek masters is interesting, which is nothing more than the first

1 Sukhishvili Z., (2013), "Concession History". Journal "Business – Engineering", No. 1.

written Georgian concession agreement. The king was considered the owner of production.

Similar forms of partnership between the state and the private sector can be found in the cases of dye production and the management of the King's Mint. A glass factory, a salt factory, an earthenware manufacturer, and other small enterprises were given to manage.²

An event reflecting the active concession relations in Georgia was the "Chiatura Black Stone Concession Agreement", signed on June 12, 1925 for a period of 20 years, between the Union Concession Committee of the Soviet Union and the famous American industrialist William Averell Harriman.

The story of this agreement ended with the discussion of the dispute in the New York arbitration court, where the interests of the Soviet Union were defended by the famous Georgian lawyer, professor of Tbilisi State University Luarsab Andronikashvili.³

At the end of the 20th century, a new impetus was given to the development of concession relations, and discussions about the legal nature of the concession became active in the sphere of lawyers, which was significantly influenced by free international relations and investment activities.

Chapter II.

In the modern world, several main forms of public-private partnership have been identified: private finance initiative (PFI); Institutional Public-Private Partnership (IPPP) and concession (concessio).

A Private Finance Initiative (PFI) contract is mainly used for relatively small projects. Unlike large concession projects, it provides the possibility of financing non-commercial projects in its field of application. The content of the PFI agreement is to carry out activities on behalf of the state in sectors such as schools, hospitals, prisons, public buildings, public facilities and non-profit services, without the delegation of state rights.

2 Group of authors, "Essays on the history of Georgia", Volume IV, Chapter XI, "Development of economic and social life in Eastern Georgia, XVIII century. 40-80s", p. 546.

3 Zhvania V., (1960), "Chiatura Concession and the Defeat of Harriman's Economic Diplomacy", Journal "Drosha", 1960. No. 2, p. 15

The form of Institutional Public-Private Partnership (IPPP) is a collaboration between the state and the private sector that provides for the creation of mixed capital. Its purpose is the execution of state contracts and the implementation of concessions. The contribution consists of different types of assets and the implementation of the contracts is carried out with the active supervision and participation of the representative of the state.

The European Commission has published "Guidelines for the Organization of Institutional Public-Private Partnerships", which clarifies the rules applicable to participation in public-private partnerships and increases legal certainty. It also ensures fair competition and means of selecting a private partner through a tender.⁴

A concession relationship is a form of cooperation between the state and the private sector, based on mutually beneficial contractual terms, involving the private sector for the efficient management of state property or services. Concession refers to the transfer of the right to exploit natural resources, infrastructure facilities, enterprises or equipment under certain conditions and compensation.

Concessionaires are usually powerful companies that take concessions for various facilities in economically weakly developed countries. Such companies are granted wide rights in various fields of farming, which should ensure the economic development of the country.⁵

Chapter III.

The legal guidelines of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), the main elements of the concession legislation of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) and the main principles of the European Bank for Reconstruction and Development

(EBRD) on modern concession legislation are the basic documents in terms of the creation or improvement of concession legislation, which are international legal bases recognized in the world and already implemented in many countries. These documents laid the foundation for the creation of modern legislation, and they are being updated to this day.

These organizations still contribute a lot to the development of the concession as a legal institution, and I will generally touch on the above-mentioned documents created as a result of their work.

In June 2000, the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) adopted the "Legislative Guidelines on Privately Funded Infrastructure Projects", the so-called "Legislative Guide", which will help the governments of the member countries to create favorable conditions for the financing of the legislative structure and private infrastructure projects.

UNCITRAL's "Legislative Guide" deals not only with infrastructure projects, but also with the use of natural resources and focuses on the essential features of legislation.

The main focus is on the procedure for concluding the concession agreement. In its structure, there are dozens of recommendations of the organizational nature of concluding a concession agreement, which are grouped by content.⁶

If we analyze the "Legislative Guide" from the point of view of finding and recognizing the immanence of the concession, it will appear that the concession by its legal nature implies the transfer or surrender of the right, not the property.

For example, one of the recommendations limits the permission of the concessionaire to assign the right transferred from the state to a third party without the consent of the state. Here, too, we are talking about giving up rights, not property. Also, the content of the transfer of rights and not property can be seen in the recommended rules for the operation of the infrastructural object.

A group of experts from the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD),

4 European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), (2012, MAY) "EUROPEAN BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT CONCESSION/PPP LAWS ASSESSMENT 2011 COVER ANALYSIS REPORT FINAL REPORT MAY 2012", p.65, <<https://www.ebrd.com/downloads/legal/concessions/pppreport.pdf>> [Last view: 10 September, 2022]

5 Sukhishvili Z., (2015), "International private legal aspects of concession", dissertation, p. 40, GTU.

6 UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL, 2020, renewed), "Legislative Guide on Public-Private Partnerships", https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-10872_ebook_final.pdf, (last viewed: 10.09.2022).

the Istanbul Stock Exchange (ISE) and the Network for Information Services (NIS) developed the "Core Elements" of OECD Concession Law.

It outlines the guiding principles of creating a modern law on the concession agreement in legislative language and provides comments on these principles against the background of advanced international practice, which in fact represent a model of the relevant law of the European Union legislation. They are presented in the form of legal terms that can be used in national legislation.

In the "basic elements" we are interested in the issues of harmonization of the legislation on the concession agreement and the common approach to the terminology on the concession, the analysis and judgment of which will lead us to the conclusion that the concession is the transfer of the right and not the property.

In 2005, the European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), whose aim and purpose was to outline and promote modern principles in the countries of the Bank's operations, developed the "Core Principles for a Modern Concession Law (MCL)".⁷

The EBRD's "Core Principles" are based on internationally recognized key standards, best practices, regional studies, sector studies and assessments, as well as the UNCITRAL Model Legal Provisions for Privately Funded Infrastructure Projects.

From the "Core Principles" of EBRD, the principles of compliance of the concession legislation with the country's legal system and individual laws are of interest to us.

It implies that the norms of the law must be consistent with the law of the country, the general structure and the special legislation, which is necessary to ensure that the separate parts of the legislation do not contradict each other, and the application of the individual acts is as clear as possible.⁸

In addition to the above-mentioned documents, there are interesting scientific works and opinions on the concession in the science of law.

7 European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), (1991) "Core Principles for a Modern Concession Law (MCL)", – <<http://www.ebrd.com/downloads/legal/concessions/mcl.pdf>> [Last view: 10 September, 2022]

8 Sukhishvili Z., (2014), "Basics of creation of concession legislation", Journal "Intellectual", No. 27.

Chapter IV.

Concession, by its legal nature, can belong to the administrative law, private law or can be mixed.

The concession as an administrative act was considered by the Swiss-German doctrine, the followers of which believe that the concession is a manifestation of the highest right of the state, does not come from the civil sphere, and it cannot have the meaning of a contract.

The contractual theory of concession developed in France, where it was considered as an administrative contract. Since the case concerned property interests, the concession relationship was regulated by the principles of civil and public law. The concessionaire was not a public official, he was given the right to exercise public authority based on the contract.

The basis of the concession as a mixed act derives from the reasoning according to which it is a combination of an administrative act and a civil contract. The problem of such a complex approach, theory, which originated in Latvia, remains the issues of the methods of regulating the concession relationship.⁹

After the above-mentioned excursion, it will be easy to see and evaluate the current legislation in Georgia.

Chapter V.

After the restoration of Georgia's independence, the creation of new legislation of the country began, the concession relations were regulated by the Law of Georgia of December 21, 1994 "On the Procedure for Granting Concessions to Foreign Countries and Companies", which determined that "a concession is a long-term lease agreement signed by the state for the purpose of foreign capital investment on the exploitation of renewable and non-renewable natural resources and other related economic activities".

The purpose of the investment was highlighted and the concession relationship was defined as a private legal nature – "lease agreement", and according to the Law of Georgia "On Licenses and

9 Z. Sukhishvili, (2015), "International private legal aspects of concession", dissertation, p. 61, GTU.

Permits", the permission of the authorized administrative body was required for the conclusion of the concession agreement.

If property (natural resources) were to be transferred through a civil legal institution – in the form of a lease, then what was the need for a separate concession legislation.

A concession differs from a lease only in its characteristic features: one of the parties to the concession relationship is always the state; the concession object can only be state property; the object of the concession may be the transfer of a special right of the state to the concessionaire, and the concessionaire cannot become the owner of the transferred property. This list is not complete and it is possible to highlight other signs.

Unconditionally, the main distinguishing feature of the concession remains its public-legal motives, elements and conditions. First of all, this is a special basis for the emergence of concession litigation, which cannot be a civil transaction.

Also, one of the main features distinguishing a concession from a lease is that a governmental act (*iure imperii*) is required to conclude a concession agreement, and in order to enter into a lease agreement on state property, it is sufficient to show the will of the state in the form of a civil transaction (*acta iure gestionis*).¹⁰

In the case of a concession, the right is transferred, not the property, so the definition of the concession in the above-mentioned law missed its true content.

If in 1994 there was a lack of information in Georgia about the legal nature of the concession, in 2018, when developing a new law, the legal definition of the concession should have been analyzed in detail.

In addition, the appearance of specialists in private international law as a new branch of law in Georgia and their works on concessions created a more informative environment and their involvement would also help the case. Also, there are scientific works of foreign lawyers on the characterization of the concession as a legal institution.

From a theoretical point of view, the idea that a concession is a transfer of rights by the state, not property, and represents an independent legal institution, has already been established as a

clear doctrine in the science of law. According to the families of law, the concession can be administrative or civil in nature, and in common law countries, where there is no division of law into private and public law, the concession and the concession agreement are also private legal relations.

As for practice, i.e. Positive law in force on concession in Georgia.

In the recent past, the majority of countries regulated concession issues through national law, and the issue of public-private partnership in a broad sense remained in the field of the general structure of law and state policy. Then, the situation changed and new trends emerged. A number of countries have started creating new separate laws on public-private partnerships, in which concessions are presented as one form of public-private partnership.

The Law of Georgia "On Public and Private Cooperation" dated May 4, 2018 repealed the above-mentioned Law of Georgia dated December 21, 1994 "On the Procedure for Granting Concessions to Foreign Countries and Companies" and formed the definition of concession in a new way.

There was an expectation that the new law would correct the situation, but even in this case it was not possible to determine the legal definition of the true legal nature of such an important and relevant legal institution – the concession. On the contrary, it was leveled and again lost from its true content.

However, it should be noted that in the new law, the modern approaches defined for the creation and refinement of concession legislation are considered and innovations are also proposed, but the subject of our interest and discussion is the academic legislative definition of the legal nature of the concession.

The new law of 2018 presents an "updated" definition of concession, according to which it is "a public-private partnership, during which, based on the concession agreement, the concessionaire directly or indirectly receives payment from the end user or public partner and from the end user in return for the public services provided by him and within which the Concessionaire assumes significant operational risk, which includes demand risk or supply risk".

It is a positive element that the legislative

10 Ibid., dissertation, p. 79, GTU.

record recognized the concession as one of the types of public-private cooperation and that this relationship is for the purpose of providing public services. Therefore, there is a co-operation for the private sector to act instead of the state in order to exercise mandatory public powers.

In the text of the definition, the key words defining the immanence of the concession have been turned over and it continues with the fact that it is a form of public service. Then, attention is paid to the manner of compensation for the concessionaire and the issues of taking operational risks by the concessionaire, which are the subject of the agreement and not of the legal definition of the concession.

The above legal definition states that a concession is a public-private partnership based on a contract, in the field of public services, and for these services the concessionaire receives compensation, which is very general and unclear. The General Administrative Code tells us the same thing, that an administrative contract is "a civil-legal contract concluded by an administrative body with a natural or legal person, as well as with another administrative body, for the purpose of exercising public authority." Where the line is drawn between these two situations is a matter of separate discussion. According to families of law and national legislation, the concession can be of both public and private nature.

The legal definition of the concession does not contain the main words characteristic of its legal nature, as it is presented in the Civil Code of Georgia for other legal institutions. For example, in the case of entrusting the property, the trustee transfers the property to the entrusted owner for management, in the case of a gift – the item is transferred to the property, in the case of rent – the item is transferred for use, in the case of leasing – the transfer of the property for use with the right to purchase it, in the case of lease – the temporary transfer of the property for use with the possibility of receiving fruits. Their realization in life is carried out by relevant agreements.

In the legislative space, the precise definition of the concession as a legal institution and the characterization of its legal nature remained unclear.

Chapter VI.

When talking about the concession, it is very important to distinguish between the fact that the concession is a legal institution, with a specific formula regulating public relations, and the concession agreement is a means of realizing this relation in life. Confusion or identification of their contents is completely unacceptable and causes many problems.

In the definition of the new law, it is not at all clear why the definition of the concession includes such contractual terms as the manner of payment to the concessionaire and one of the obligations of the counterparty – to assume operational risks.

The separation of the legal nature of the concession and the concession agreement, in addition to the theoretical orderliness, has an essential practical meaning, because public and private legal mechanisms go through different legislative paths and the rights and obligations of the parties, legal guarantees of protection, judicial review and the possibilities of reviewing the dispute in another country are regulated differently.

The concession agreement, as a form of expressing and realizing the concession relationship, is a consensual, specific term, compensatory and bilateral agreement for the parties. It provides for the existence of the respective rights and obligations of the two parties, as well as the will of the parties to enter into the said contract. The concession agreement is essentially different from the agreements of other legal institutions.

The degree of interdependence between public and private parties – the state and the concessionaire, in concession relations is much higher than in other types of legal or contractual relations. The concession contract affects both public and private interests.¹¹

CONCLUSION

The issue of determining the true content and legal nature of the concession remains a problem in the legislation of Georgia. Despite the second legislative change, it was not possible to under-

11 Khatidze G., (2022), "Public-private partnership providing legal Means", Tbilisi, "Bona Kausa" publishing.

stand the legal nature of the concession, to reconcile modern doctrines and concepts, which should have been directed us to the correct and legal definition in terms of academics.

In order to end the peripeteia of the concession in Georgia and to academically determine the legal definition of the concession, the legislator should take into account that the concession is the transfer of such a right, by which the concessionaire, instead of the state, must carry out the activities that derive from the exclusive, privileged and mandatory functions of the state. These are the state functions that are reflected in the theory of law, or in state law, and which the state cannot avoid. It cannot be avoided either through privatization or through private legal transactions.

The very word "concession" (concessio) is an old Latin word and means permission, concession. In the case of concession, the home state transfers to the concessionaire the right to process natural resources, operate infrastructure, manage strategic facilities or conduct other public activities, and not the corresponding property.

Concession means an act by means of which the state equips a private person with the right to participate in the implementation of some of its

functions in the field of farming. In addition, the concessionaire is in a more privileged position than other participants in the economic turnover. A concession can be issued either by a unilateral act of the state or by a contract concluded with the concessionaire.

Not the property as such, but the right to use the property or the special right to use the property is transferred to the concessionaire. The subject of the concession should be the transfer of a special right of the state to the concessionaire.¹²

At the end, it should be noted that when formulating the legal definition of concession in the legislation of Georgia in a new way, the classic scheme should not be violated, according to which, first an idea arises, then it turns into a doctrine, it is shared and discussed in academic circles, followed by the recognition of the majority, it turns into a ready-made legal formula or mechanism and Finally, if necessary, the state takes the form of a law. The laws adopted in this way remain in the life of the country for a long time, they serve the regulation of public relations, the economic interests of the state and do not require frequent changes.

12 Sukhishvili Z., (2014), "Legal Nature Concession and Concessionary Contract", Journal "Intellectual", No. 27.

BIBLIOGRAPHY

1. Sukhishvili Z., (2013), "Concession History", Journal "Business Engineering", No. 1. (In Georgian)
2. Group of authors, "Essays on the History of Georgia", Volume IV, Chapter XI, "Development of Economic and Social Life in Eastern Georgia, XVIII century. 40-80s". (In Georgian)
3. Zhvania V., (1960), "Chiaturi Concession and the Defeat of Harriman's Economic Diplomacy", Magazine "Drosha", No. 2. (In Georgian)
4. European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), (2012 MAY) "EUROPEAN BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT CONCESSION/ PPP LAWS ASSESSMENT 2011 COVER ANALYSIS REPORT FINAL REPORT MAY 2012", p. 65 <<https://www.ebrd.com/downloads/legal/concessions/pppreport.pdf>> [Last view: 10 September, 2022]. (In English)
5. Z. Sukhishvili, (2015), "International Private Law Aspects of Concession", Dissertation, GTU. (In Georgian)
6. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL, 2020, renewed), "Legislative Guide on Public-Private Partnerships", <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-10872_ebook_final.pdf> [Last view: 10 September, 2022]. (In English)
7. European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), (1991) "Core Principles for a Modern Concession Law (MCL)" <http://www.ebrd.com/downloads/legal/concessions/mcl.pdf>, (last viewed: 10.09.2022). (In English)
8. Z. Sukhishvili, (2014), "Basics of Creation of Concession Legislation", Journal "Intellectual", No. 27. (In Georgian)
9. Khatidze G., (2022), "Public-Private partnership providing legal Means", Tbilisi, Publisher "Bona Kausa". (In Georgian)
10. Sukhishvili Z., (2014), "Legal Nature of Concession and Concessionary Contract", Journal "Intellectual", No. 27. (In Georgian)
11. Law of Georgia of December 21, 1994 "On the

Procedure for Granting Concessions to Foreign Countries and Companies". (In Georgian)

12. Law of Georgia of May 4, 2018 "On Public-Private Cooperation". (In Georgian)

13. Civil Code of Georgia (In Georgian).

NOTES:

1. Sukhishvili Z., (2013), "Concession history ", magazine "Business-Engineering", No. 1
2. Collective of authors, "Essays on the history of Georgia", Volume IV, Chapter XI, "Development of economic and social life in Eastern Georgia, XVIII century. 40-80s", p. 546
3. Zhvania V., (1960), "Chiaturi Concession and the Defeat of Harriman's Economic Diplomacy", Drosha Magazine, 1960. No. 2, p. 15
4. European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), (2012 MAY) "EUROPEAN BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT CONCESSION/ PPP LAWS ASSESSMENT 2011 COVER ANALYSIS REPORT FINAL REPORT MAY 2012", p.65, <<https://www.ebrd.com/downloads/legal/concessions/pppreport.pdf>> [Last view: 10 September, 2022]
5. Sukhishvili Z., (2015), "International private legal aspects of concession", dissertation, p. 40, Stu
6. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL, 2020, renewed), "Legislative Guide on Public-Private Partnerships", <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-10872_ebook_final.pdf> [Last view: 10 September, 2022]
7. European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), (1991) "Core principles for a modern concession law (MCL)", <<http://www.ebrd.com/downloads/legal/concessions/mcl.pdf>> [Last view: 10 September, 2022]
8. Sukhishvili Z., (2014), "Basics of creation of concession legislation", magazine "Intellectual", No. 27
9. Sukhishvili Z., (2015), "International private legal aspects of concession", dissertation, p. 61, Stu
10. Sukhishvili Z., (2015), "International private legal aspects of concession", dissertation, p. 79, Stu
11. Khatidze G., (2022), "Public-private partnership providing legal Means", Tbilisi, book publisher "Bona Kausa"
12. Sukhishvili Z., (2014), "Legal nature of concession and concession contract", magazine "Intellectual", No. 27.

კონცესიის პერიპეტეები და საკანონმდებლო დეფინიციის პრობლემები

ზაზა სუხიშვილი

სამართლის დოქტორი (საერთაშორისო კერძო სამართალი), საზოგადოებრივ საქმეთა ინსტიტუტისა (GIPA) და საქართველოს საავიაციო უნივერსიტეტის (GAU) ლექტორი

საკვანძო სიტყვები: კონცესია, ტერმინი, დეფინიცია, განსაზღვრება, ინვესტიცია

შესავალი

თანამედროვე მსოფლიოს მრავალი ქვეყანა დადგა საჯარო და კერძო პარტნიორობის სამართლებრივი მოწესრიგების საჭიროების წინაშე. ახალი კანონების უმრავლესობა ეხება საჯარო-კერძო პარტნიორობის ყველა ტიპს. კონცესია, როგორც ასეთი პარტნიორობის ერთ-ერთი ფორმა საჭიროებს საკანონმდებლო მოწესრიგებულობას. კერძოდ, სამართლის მეცნიერებაში უკვე გაანალიზებულია კონცესიის სამართლებრივი ბუნება, რასაც უნდა მოჰყვეს კონცესიის ნამდვილი იმანენტურობის ამსახველი კანონისეული განსაზღვრება საქართველოს კანონმდებლობაში. კონცესიის თაობაზე ძალადაკარგულ, 1994 წლის და მოქმედ, 2018 წლის კანონებში წარმოდგენილ განსაზღვრებებში არის სრული აცდენა კონცესიის სამართლებრივი შინაარსიდან და უნდა მოხდეს მისი აკადემიური განსაზღვრების დადგენა.

ძირითადი ნაწილი თავი I.

საჯარო-კერძო პარტნიორობის საკითხები ცნობილია ჩვენს წელთაღიციხვამდე არ-

სებული ძველი ირანის, საბერძნეთისა და რომის დროიდან, რომლის განვითარებაც გაგრძელდა შუა საუკუნეების საფრანგეთში, ჰოლანდიაში, ესპანეთსა და ინგლისში, რაც სახელმწიფოს მიერ გადასახადის ამოღების უფლების კერძო პირისათვის გადაცემის სახით იყო წარმოდგენილი.

ძველი საბერძნეთის ყველა სახელმწიფოში გადასახადების აკრეფა კერძო პირების მიერ ხორციელდებოდა, ხოლო რომში გადასახადების ამოღების უფლების გასაცემად ვაჭრობა, თანამედროვე გაგებით – აუქციონი – იმართებოდა.¹

საქართველოს ისტორიასაც არ აუვლია გვერდი საკონცესიო ურთიერთობებისათვის და პირველი დოკუმენტური წყაროებით ცნობილია, რომ XVIII საუკუნის 40-იანი წლებში მეფე ერეკლე II-ის მიერ, სამთამადნო წარმოების ალორძინების მიზნით, საკონცესიო ხელშეკრულება დაიდო ბერძენ „მადანშიკებთან“, რომელიც ეხებოდა სპილენძისა და ოქრო-ვერცხლის საბადოების დამუშავებას. მეფე ერეკლემ თურქეთიდან მოიწვია ბერძენი „მადანშიკების“ ერთი ჯგუფი, რომელმაც ახტალის მონასტრის მიდამოებში ვერცხლის საბადოს დამუშავება დაიწყო. 1763 წელს ფართოდ

1 სუხიშვილი ზ., (2013), „კონცესიის ისტორია“. ჟურნალი „ბიზნეს-ინჟინერინგი“, №1.

გაიშალა სამთამადნო წარმოება. საინტერესოა მეფისა და ჩამოსული ბერძენი ოსტატების საქმიანი გარიგების აღწერა, რომელიც სხვა არაფერია, თუ არა დანერგილი პირველი ქართული საკონცესიო ხელშეკრულება. წარმოების მეპატრონედ მეფე ითვლებოდა.

სახელმწიფოსა და კერძო სექტორის პარტნიორობის მსგავსი ფორმები გვხვდება სამღებრო წარმოებისა და მეფის ზარაფხანის მართვის შემთხვევებშიც. სამართავად გაციემოდა მინის სარეწი, მარილის დამამზადებელი, თიხის ქურჭლის გამომშვები და სხვა წვრილი საწარმოები.²

საქართველოში აქტიური საკონცესიო ურთიერთობების ამსახველი მოვლენა იყო „ჭიათურის შავი ქვის კონცესიის ხელშეკრულება“, რომელიც 1925 წლის 12 ივნისს დაიდო 20 წლის ვადით, საბჭოთა კავშირის საკავშირო საკონცესიო კომიტეტსა და ცნობილ ამერიკელ მრეწველ უილიამ ავერელ ჰარიმანს შორის.

ამ ხელშეკრულების ამბავი დასრულდა ნიუ-იორკის საარბიტრაჟო სასამართლოში დავის განხილვით, სადაც საბჭოთა კავშირის ინტერესებს იცავდა ცნობილი ქართველი იურიტი, თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის პროფესორი ლუარსაბ ანდრონიკაშვილი.³

მე-20 საუკუნის ბოლოს ახალი ბიძგი მიეცა საკონცესიო ურთიერთობების განვითარებას და იურისტთა წრეშიც გააქტიურდა კონცესიის სამართლებრივი ბუნების შესახებ მსჯელობები, რაც მნიშვნელოვნად განაპირობა თავისუფალმა საერთაშორისო ურთიერთობებმა და საინვესტიციო საქმიანობამ.

თავი II.

თანამედროვე მსოფლიოში გამოიკვეთა საჯარო-კერძო პარტნიორობის რამდენიმე ძირითადი ფორმა: კერძო საფინანსო ინიციატივა (PFI); ინსტიტუციური საჯარო-კერძო პარტნიორობა (IPPP) და კონცესია (concessio)

კერძო საფინანსო ინიციატივის (PFI) ხელ-

შეკრულება ძირითადად გამოიყენება შედარებით პატარა პროექტების განსახორციელებად. დიდი საკონცესიო პროექტებისაგან განსხვავებით, იგი თავისი გამოყენების სფეროში იძლევა არაკომერციული პროექტების დაფინანსების შესაძლებლობასაც. PFI-ის ხელშეკრულების შინაარსი გულისხმობს, სახელმწიფო უფლებათა დელეგირების გარეშე, სახელმწიფოს ნაცვლად საქმიანობის განხორციელებას ისეთ სექტორებში, როგორებიცაა: სკოლები, საავადმყოფოები, ციხეები, საზოგადოებრივი შენობები, საზოგადოებრივი სარგებლობის ობიექტები და არაკომერციული მომსახურებები.

ინსტიტუციური საჯარო-კერძო პარტნიორობის (IPPP) ფორმა წარმოადგენს თანამშრომლობას სახელმწიფოსა და კერძო სექტორს შორის, რომელიც ითვალისწინებს შერეული კაპიტალის შექმნას. მისი დანიშნულება არის სახელმწიფო კონტრაქტების შესრულება და კონცესიის განხორციელება. შენატანი შედგება სხვადასხვა სახის აქტივებისაგან და კონტრაქტების განხორციელება მიმდინარეობს სახელმწიფოს წარმომადგენელი პირის აქტიური ზედამხედველობითა და მონაწილეობით.

ევროპის კომისიამ გამოაქვეყნა „ინსტიტუციური საჯარო-კერძო პარტნიორობის ორგანიზების სახელმძღვანელო“, რომელიც აზუსტებს წესებს, რომლებიც გამოიყენება საჯარო-კერძო ურთიერთობებში მონაწილეობისას და ამაღლებს სამართლებრივ განსაზღვრულობას. აგრეთვე, უზრუნველყოფს კეთილსინდისიერ კონკურენციას და ტენდერის გზით კერძო პარტნიორობის შერჩევის საშუალებას.⁴

საკონცესიო ურთიერთობა არის სახელმწიფოსა და კერძო სექტორს შორის თანამშრომლობის ფორმა, ურთიერთსასარგებლო სახელშეკრულებო პირობების საფუძველზე, კერძო სექტორის ჩართვით სახელმწიფო ქონების ან მომსახურების ეფექტურად მართვისათვის. კონცესია გულისხმობს ბუნებრივ რესურსების, ინფრასტრუქტურის ობიექტების,

2 ავტორთა კოლექტივი, „საქართველოს ისტორიის ნარკვევები“, ტომი IV, თავი XI, „ეკონომიკური და სოციალური ცხოვრების განვითარება აღმოსავლეთ საქართველოში, XVIII ს. 40-80—იანი წ.წ.“, გვ. 546

3 ჟვანია ვ., (1960), „ჭიათურის კონცესია და ჰარიმანის ეკონომიკური დიპლომატიის დამარცხება“, ჟურნალი „დროშა“, 1960წ. №2, გვ. 15

4 European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), (2012 MAY) „EUROPEAN BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT CONCESSION/PPP LAWS ASSESSMENT 2011 COVER ANALYSIS REPORT FINAL REPORT MAY 2012“, P.65, <<https://www.ebrd.com/downloads/legal/concessions/pppreport.pdf>> [ბოლო ნახვის თარიღი: 10 სექტემბერი, 2022]

საწარმოებისა და მოწყობილობების ექსპლოატაციის უფლების გადაცემას გარკვეული პირობებითა და ანაზღაურებით.

კონცესიონერად, როგორც წესი, გამოდიან მძლავრი კომპანიები, რომლებიც საკონცესიოდ იღებენ სხვადასხვა ობიექტებს ეკონომიკურად სუსტად განვითარებულ ქვეყნებში. ასეთ კომპანიებს ენიჭებათ ფართო უფლებები მეურნეობის სხვადასხვა დარგებში, რამაც ქვეყნის ეკონომიკური განვითარება უნდა უზრუნველყოს.⁵

თავი III.

საკონცესიო კანონმდებლობის შექმნის ან დახვეწის თვალსაზრისით საბაზო დოკუმენტებს წარმოადგენენ გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის კომისიის (UNCITRAL) საკანონმდებლო სახელმძღვანელო, ეკონომიკური თანამშრომლობისა და განვითარების ორგანიზაციის (OECD) საკონცესიო კანონმდებლობის ძირითადი ელემენტები და თანამედროვე საკონცესიო კანონმდებლობის შესახებ ევროპის რეკონსტრუქციისა და განვითარების ბანკის (EBRD) ძირითადი პრინციპები, რომლებიც არიან მსოფლიოში აღიარებული და მრავალ ქვეყანაში უკვე რეალიზებული საერთაშორისო სამართლებრივი საფუძვლები. ამ დოკუმენტებით ჩაეყარა საფუძველი თანამედროვე კანონმდებლობის შექმნას და დღემდე ხორციელდება მათი განახლება.

ამ ორგანიზაციებს ახლაც დიდი წვლილი შეაქვთ კონცესიის, როგორც სამართლებრივი ინსტიტუტის, განვითარების საქმეში და ზოგადად შევხები მათი მოღვაწეობის შედეგად შექმნილ ზემოაღნიშნულ დოკუმენტებს.

გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის კომისიამ (UNCITRAL) 2000 წლის ივნისში მიიღო „კერძო წყაროებიდან დასაფინანსებელი ინფრასტრუქტურული პროექტების შესახებ საკანონმდებლო სახელმძღვანელო“, ე.წ. „საკანონმდებლო სახელმძღვანელო“, რომელიც წევრი ქვეყნების მთავრობებს დახმარებას გაუწევს საკანონმდებლო სტრუქტურისა და კერძო ინფრასტრუქტურული

პროექტების დაფინანსებისათვის ხელსაყრელი პირობების შექმნაში.

UNCITRAL-ის „საკანონმდებლო სახელმძღვანელო“ ეხება არამართო ინფრასტრუქტურულ პროექტებს, არამედ ბუნებრივი რესურსებით სარგებლობის საკითხებსაც და კონცენტრირებულია კანონმდებლობის არსებით თავისებურებებზე.

მასში ძირითადი ყურადღება გამახვილებულია საკონცესიო ხელშეკრულების დადების წესზე. მის სტრუქტურაში მოცემულია საკონცესიო შეთანხმების დადების ორგანიზაციული ხასიათის ათეულობით რეკომენდაცია, რომლებიც შინაარსობრივად არის დაჯგუფებული.⁶

თუ ჩვენ „საკანონმდებლო სახელმძღვანელოს“ გავაანალიზებთ კონცესიის იმანენტურობის ძებნისა და ამოცნობის თვალსაზრისით, გამოჩნდება, რომ კონცესია თავისი სამართლებრივი ბუნებით გულისხმობს სწორედ უფლების და არა ქონების გადაცემას ან დათმობას.

მაგალითად, ერთ-ერთი რეკომენდაციით შეზღუდულია კონცესიონერის ნება, რომ სახელმწიფოსაგან გადაცემული უფლება დაუთმოს მესამე პირს სახელმწიფოს თანხმობის გარეშე. აქაც საუბარია უფლების და არა ქონების დათმობაზე. აგრეთვე, ინფრასტრუქტურული ობიექტის ექსპლოატაციის რეკომენდებულ წესებში ჩანს უფლებების და არა ქონების გადაცემის შინაარსი.

ეკონომიკური თანამშრომლობისა და განვითარების ორგანიზაციის (OECD), სტამბოლის საფონდო ბირჟისა (ISE) და საინფორმაციო მომსახურების ქსელის (NIS) ექსპერტთა ჯგუფის მიერ შემუშავდა OECD-ს საკონცესიო კანონმდებლობის „ძირითად ელემენტები“.

მასში საკანონმდებლო ენაზე არის ასახული საკონცესიო შეთანხმების შესახებ თანამედროვე კანონის შექმნის სახელმძღვანელო პრინციპები და მოწინავე საერთაშორისო პრაქტიკის ფონზეა გადმოცემული ამ პრინციპების კომენტარები, რომლებიც ფაქტიურად წარმოადგენენ ევროპის კავშირის კანონმდებლობის შესაბამის კანონის მოდელს.

5 სუნიშვილი ზ., (2015), „კონცესიის საერთაშორისო კერძოსამართლებრივი ასპექტები“, სადისერტაციო ნაშრომი, გვ. 40, სტუ

6 UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL, 2020, renewed), „Legislative Guide on Public-Private Partnerships“, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-10872_ebook_final.pdf> [ბოლო ნახვის თარიღი: 10 სექტემბერი, 2022]

ისინი გადმოცემულია იურიდიული პირობების სახით, რომლებიც ეროვნულ კანონმდებლობაში შეიძლება გამოყენებულ იქნას.

„ძირითად ელემენტებში“ ჩვენთვის საინტერესოს წარმოადგენს საკონცესიო შეთანხმების შესახებ კანონმდებლობის ჰარმონიზაციისა და კონცესიის შესახებ ტერმინოლოგიისადმი საერთო მიდგომის საკითხები, რომელთა გაანალიზება და განსჯაც მიგვიყვანს იმ დასკვნამდე, რომ კონცესია არის უფლების და არა ქონების გადაცემა.

ევროპის რეკონსტრუქციისა და განვითარების ბანკმა (EBRD), რომლის მიზანი და დანიშნულება იყო ბანკის მოქმედების ქვეყნებში თანამედროვე პრინციპების გამოკვეთა და პროპაგანდა, 2005 წელს შეიმუშავა „თანამედროვე საკონცესიო კანონმდებლობის ძირითადი პრინციპები“.⁷

EBRD-ის „ძირითადი პრინციპები“ დაფუძნებულია საერთაშორისოდ აღიარებულ საკვანძო სტანდარტებზე, მონინავე პრაქტიკაზე, რეგიონულ კვლევებზე, სექტორების გამოკვლევებსა და შეფასებებზე. აგრეთვე, კერძო წყაროებიდან დასაფინანსებელი ინფრასტრუქტურული პროექტების შესახებ UNCITRAL-ის საკანონმდებლო ტიპურ დებულებებზე.

EBRD-ის „ძირითადი პრინციპებიდან“ ჩვენთვის საინტერესოს წარმოადგენს საკონცესიო კანონმდებლობის ქვეყნის სამართლებრივ სისტემასა და ცალკეულ კანონებთან შესაბამისობის პრინციპები.

იგი გულისხმობს, რომ კანონის ნორმები უნდა შეესაბამებოდეს ქვეყნის სამართალს, საერთო სტრუქტურასა და სპეციალურ კანონმდებლობას, რომელიც აუცილებელია იმის უზრუნველსაყოფად, რომ კანონმდებლობის ცალკეული ნაწილები არ ეწინააღმდეგებოდნენ ერთმანეთს, ხოლო ინდივიდუალური აქტების გამოყენება იყოს მაქსიმალურად გასაგები.⁸

ზემოაღნიშნული დოკუმენტების გარდა, სამართლის მეცნიერებაში არსებობს საინტერესო სამეცნიერო ნაშრომები და მოსაზრებები კონცესიის შესახებ.

7 European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), (1991) „Core principles for a modern concession law (MCL)“, – <http://www.ebrd.com/downloads/legal/concessions/mcl.pdf>, (last view: 10.09.2022)

8 სუხიშვილი ზ., (2014), „საკონცესიო კანონმდებლობის შექმნის საფუძვლები“, ჟურნალი „ინტელექტუალი“, №27.

თავი IV.

კონცესია, თავისი სამართლებრივი ბუნებით შეიძლება იყოს ადმინისტრაციულსამართლებრივი, კერძოსამართლებრივი ან შერეული.

კონცესია, როგორც ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტი, განიხილებოდა შვეიცარულ-გერმანული დოქტრინით, რომლის მიმდევრებიც თვლიან, რომ კონცესია არის სახელმწიფოს უმაღლესი უფლების გამოვლინება, არ მომდინარეობს სამოქალაქო სფეროდან და მას ვერ ექნება ხელშეკრულების მნიშვნელობა.

კონცესიის ხელშეკრულებითი თეორია განვითარდა საფრანგეთში, სადაც იგი განიხილებოდა, როგორც ადმინისტრაციული ხელშეკრულება. ვინაიდან, საქმე ეხებოდა ქონებრივ ინტერესებს, საკონცესიო ურთიერთობა წესრიგდებოდა სამოქალაქო და საჯარო სამართლის საწყისებით. კონცესიონერი არ იყო რა საჯარო მოხელე, მას ხელშეკრულების საფუძველზე გადაეცემოდა საჯარო უფლებამოსილების განხორციელების უფლება.

კონცესიის, როგორც შერეული აქტის საფუძვლები, მომდინარეობს მსჯელობიდან, რომლის მიხედვით იგი არის ადმინისტრაციული აქტისა და სამოქალაქო ხელშეკრულების ერთობა. ლატვიაში წარმოშობილი, ასეთი კომპლექსური მიდგომის, თეორიის პრობლემად დღემდე რჩება საკონცესიო ურთიერთობის მოწესრიგების მეთოდების საკითხები.⁹

ყოველივე ზემოაღნიშნული ექსკურსის შემდეგ ადვილი გახდება საქართველოში დღეს მოქმედი კანონმდებლობის დანახვა და შეფასება.

თავი V.

საქართველოს დამოუკიდებლობის აღდგენის შემდეგ, დაიწყო რა ქვეყნის ახალი კანონმდებლობის შექმნა, საკონცესიო ურთიერთობების მოწესრიგდა „საზღვარგარეთის ქვეყნებისა და კომპანიებისათვის კონცესიის გაცემის წესის შესახებ“ საქართველოს 1994

9 სუხიშვილი ზ., (2015), „კონცესიის საერთაშორისო კერძოსამართლებრივი ასპექტები“, სადისერტაციო ნაშრომი, გვ. 61, სტუ.

წლის 21 დეკემბრის კანონით, რომლითაც განსაზღვრული იყო, რომ „კონცესია აჩის უცხოური კაპიტალის დაბანდების (ინვესტიციის) მიზნით სახელმწიფოს მიერ გაფორმებული გიძევადიანი საიჯარო ხელშეკრულება განახლებადი და განუახლებადი ბუნებრივი რესურსების ექსპლუატაციისა და მასთან დაკავშირებულ სხვა სამეუხნეო საქმიანობაზე“.

გამოკვეთილი იყო ინვესტიციის დაბანდების მიზანი და საკონცესიო ურთიერთობა განისაზღვრა, როგორც კერძოსამართლებრივი ხასიათის – „საიჯარო ხელშეკრულება“, ხოლო „ლიცენზიებისა და ნებართვების შესახებ“ საქართველოს კანონით საკონცესიო ხელშეკრულების დადებისათვის საჭირო იყო უფლებამოსილი ადმინისტრაციული ორგანოს ნებართვა.

თუ სამოქალაქოსამართლებრივი ინსტიტუტის გზით – იჯარის ფორმით უნდა მომხდარიყო ქონების (ბუნებრივი რესურსების) გადაცემა, მაშ, რა საჭირო იყო საკონცესიო კანონმდებლობის ცალკე არსებობა?

იჯარისაგან კონცესია განსხვავდება მხოლოდ მისთვის დამახასიათებელი ნიშნებით: საკონცესიო ურთიერთობის ერთ-ერთი მხარე ყოველთვის არის სახელმწიფო; კონცესიის ობიექტი შეიძლება იყოს მხოლოდ სახელმწიფო საკუთრება; კონცესიის ობიექტი შეიძლება იყოს კონცესიონერისათვის სახელმწიფოს განსაკუთრებული უფლების გადაცემა და კონცესიონერი ვერ გახდება გადაცემული ქონების მესაკუთრე. ეს ჩამონათვალი სრული არ არის და შესაძლებელია სხვა ნიშნების გამოკვეთაც.

უპირობოდ, კონცესიის მთავარ განმასხვავებელ ნიშნად რჩება მისი საჯარო-სამართლებრივი მოტივები, ელემენტები და პირობები. პირველ რიგში, ეს არის საკონცესიო სამართალურთიერთობის წარმოშობის განსაკუთრებული საფუძველი, რომელიც ვერ იქნება სამოქალაქოსამართლებრივი გარიგება.

აგრეთვე, კონცესიის იჯარისაგან განმასხვავებელი ერთ-ერთი მთავარი ნიშანია ის, რომ საკონცესიო ხელშეკრულების დასადებად საჭიროა სახელისუფლებო აქტი (iure imperii), ხოლო სახელმწიფო ქონებაზე საიჯარო ხელშეკრულების დასადებად საკმარისია სახელმწიფო ნების გამოვლინება სამოქალაქოსამართლებრივი გარიგების (acta iure gestionis) ფორმით.¹⁰

კონცესიის შემთხვევაში ხდება უფლების და არა ქონების გადაცემა, ამიტომ ზემოაღნიშნულ კანონში კონცესიის განმარტება აცდენილი იყო მის ნამდვილ შინაარსს.

თუ 1994 წელს საქართველოში იყო ინფორმაციის ნაკლებობა კონცესიის სამართლებრივი ბუნების შესახებ, 2018 წელს ახალი კანონის შემუშავებისას, დეტალურად უნდა გაანალიზებულყო და განსაზღვრულიყო კონცესიის კანონისეული დეფინიცია.

ამასთანავე, საქართველოში საერთაშორისო კერძო სამართლის, როგორც სამართლის ახალი დარგის, სპეციალისტების გამოჩენამ და კონცესიის შესახებ მათმა ნაშრომებმა მეტი ინფორმაციული გარემო შექმნეს და მათი ჩართულობაც წაადგებოდა საქმეს. აგრეთვე, არსებობს უცხოელ იურისტთა სამეცნიერო ნაშრომები კონცესიის, როგორც სამართლებრივი ინსტიტუტის დახასიათების თაობაზე.

თეორიული თვალსაზრისით, სამართლის მეცნიერებაში უკვე ნათელ დოქტრინად არის ჩამოყალიბებული ის აზრი, რომ კონცესია არის სახელმწიფოს მიერ უფლების და არა ქონების გადაცემა და წარმოადგენს დამოუკიდებელ სამართლებრივ ინსტიტუტს. სამართლის ოჯახების მიხედვით, კონცესია შეიძლება იყოს ადმინისტრაციულსამართლებრივი ან სამოქალაქოსამართლებრივი ბუნების, ხოლო საერთო სამართლის ქვეყნებში, სადაც არ არსებობს სამართლის კერძო და საჯარო სამართლად დაყოფა, კონცესია და საკონცესიო ხელშეკრულებაც კერძოსამართლებრივი ურთიერთობებია.

რაც შეეხება პრაქტიკას, ე.ი. კონცესიის შესახებ მოქმედ პოზიტიურ სამართალს საქართველოში:

უახლოეს წარსულში ქვეყნების უმრავლესობა კონცესიის საკითხებს აწესრიგებდა ეროვნული კანონის მეშვეობით და ფართო გაგებით, საჯარო-კერძო პარტნიორობის საკითხი რჩებოდა სამართლის ზოგადი სტრუქტურისა და სახელმწიფო პოლიტიკის სფეროში. შემდეგ მდგომარეობა შეიცვალა და გამოიკვეთა ახალი ტენდენციები. მრავალმა ქვეყანამ დაიწყო საჯარო-კერძო პარტნიორობის შესახებ ახალი ცალკე კანონების შექმნა, რომლებშიც კონცესია წარმოდგენილია როგორც საჯარო-

10 სუნიშვილი ზ., (2015), „კონცესიის საერთაშორისო

კერძოსამართლებრივი ასპექტები“, სადისერტაციო ნაშრომი, გვ. 79, სტუ

-კერძო პარტნიორობის ერთ-ერთი ფორმა.

„საჯარო და კერძო თანამშრომლობის შესახებ“ საქართველოს 2018 წლის 4 მაისის კანონით, გაუქმდა „საზღვარგარეთის ქვეყნებისა და კომპანიებისათვის კონცესიის გაცემის წესის შესახებ“ საქართველოს 1994 წლის 21 დეკემბრის ზემოაღნიშნული კანონი და ახლებურად განისაზღვრა კონცესიის დეფინიცია.

იყო მოლოდინი, რომ ახალი კანონი გამოასწორებდა ვითარებას, მაგრამ ამ შემთხვევაშიც ვერ მოხერხდა ესოდენ მნიშვნელოვანი და აქტუალური სამართლებრივი ინსტიტუტის – კონცესიის ნამდვილი სამართლებრივი ბუნების საკანონმდებლო დეფინიციის განსაზღვრა. პირიქით, მოხდა მისი ნიველირება და ისევ აცდენა მისი ნამდვილი შინაარსიდან.

თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ ახალ კანონში საკონცესიო კანონმდებლობის შექმნისა და დახვეწისათვის განსაზღვრული თანამედროვე მიდგომები გათვალისწინებულია და შემოთავაზებულია სიახლეებიც, მაგრამ ჩვენი ინტერესისა და მსჯელობის საგანს წარმოადგენს კონცესიის სამართლებრივი ბუნების აკადემიური საკანონმდებლო განსაზღვრება.

2018 წლის ახალ კანონში წარმოდგენილია კონცესიის „განახლებული“ დეფინიცია, რომლის თანახმად, იგი არის „საჯარო და კერძო თანამშრომლობა, რომლის დროსაც კონცესიის ხელშეკრულების საფუძველზე კონცესიონერი მის მიერ გაწეული საჯარო მომსახურების სანაცვლოდ ანაზღაურებას პიხდაპიხ ან იხიბად იღებს საბოლოო მომხმარებლისაგან ან საჯარო პაჩგნიოხისა და საბოლოო მომხმარებლისაგან და რომლის ფაჩგვებშიც კონცესიონერი საკუთარ თავზე იღებს მნიშვნელოვან საოპეჩაციო ჩისკს, რომელიც მოიცავს მოთხოვნის ჩისკს ანდა მიწოდების ჩისკს“.

დადებითი ელემენტია, რომ საკანონმდებლო ჩანაწერით აღიარებულ იქნა კონცესია, როგორც საჯარო და კერძო თანამშრომლობის ერთ-ერთი სახე და რომ ეს ურთიერთობა არის საჯარო მომსახურების განვვის მიზნით. მაშასადამე, არის თანამშრომლობა იმის შესახებ, რომ სახელმწიფოს ნაცვლად საქმიანობა განახორციელოს კერძო სექტორმა, სავალდებულო საჯარო უფლებამოსილების განხორციელების მიზნით.

დეფინიციის ტექსტში გვერდი აქვს ავლილი კონცესიის იმანენტურობის განმსა-

ზღვრელ მთავარ სიტყვებს და გრძელდება იმით, რომ იგი არის საჯარო მომსახურების სახე. შემდეგ, ყურადღება ეთმობა კონცესიონერისათვის ანაზღაურების წესსა და კონცესიონერის მიერ თავის თავზე საოპეჩაციო რისკების აღების საკითხებს, რაც ხელშეკრულების საგანია და არა კონცესიის საკანონმდებლო დეფინიციისა.

ზემოაღნიშნული საკანონმდებლო განსაზღვრება ამბობს, რომ კონცესია არის საჯარო-კერძო პარტნიორობა ხელშეკრულების საფუძველზე, საჯარო მომსახურების სფეროში და ამ მომსახურებისათვის კონცესიონერი იღებს ანაზღაურებას, რაც არის ძალზე ზოგადი და გაურკვეველი. იგივეს გვეუბნება ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსი, რომ ადმინისტრაციული ხელშეკრულება არის „ადმინისტრაციული ოჩგანოს მიერ საჯარო უფლებამოსილების განხორციელების მიზნით ფიზიკუჩ ან იუჩიდიუდ პიხთან, აჩეთვე სხვა ადმინისტრაციუდ ოჩგანოსთან დადებული სამოქადაქო-სამაჩთებჩივი ხელშეკრულება“. თუ სად გადის ზღვარი ამ ორ მოცემულობას შორის, ცალკე მსჯელობის საგანია. სამართლის ოჯახებისა და ეროვნული კანონმდებლობის მიხედვით კონცესია შეიძლება იყოს, როგორც საჯარო, ისე კერძოსამართლებრივი ხასიათის.

კონცესიის კანონისეულ დეფინიციაში არ არის მოცემული მისი იურიდიული ბუნების დამახასიათებელი მთავარი სიტყვები ისე, როგორც ეს წარმოდგენილია საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში სხვა სამართლებრივი ინსტიტუტებისათვის. მაგალითად, საკუთრების მინდობის შემთხვევაში მიმნდობი ქონებას სამართავად გადასცემს მინდობილ მესაკუთრეს, ჩუქებისას – ნივთი საკუთრებაში გადაეცემა, ქიროობისას – ნივთი სარგებლობაში გადაეცემა, ლიზინგისას – სარგებლობაში გადაეცემა ქონება მისი შესყიდვის უფლებით, იჯარისას – დროებით სარგებლობაში გადაეცემა ქონება ნაცოფის მიღების შესაძლებლობით. მათი ცხოვრებაში რეალიზება კი ხორციელდება შესაბამისი ხელშეკრულებებით.

საკანონმდებლო სივრცეში ამჯერადაც გაურკვეველი დარჩა კონცესიის, როგორც სამართლებრივი ინსტიტუტის ჯეროვანი დეფინიცია და იურიდიული ბუნების დამახასიათება.

კონცესიაზე საუბრისას ძალზედ მნიშვნელოვანია იმის გამიჯვნა, რომ კონცესია არის სამართლებრივი ინსტიტუტი, კონკრეტული საზოგადოებრივი ურთიერთობის მომწესრიგებელი ფორმულით, ხოლო საკონცესიო ხელშეკრულება ამ ურთიერთობის ცხოვრებაში რეალიზების საშუალება. მათი შინაარსის აღრევა ან გაიგივება ყოვლად დაუშვებელია და მრავალ პრობლემას წარმოშობს.

ახალი კანონის დეფინიციაში ყოვლად გაუგებარია, თუ რატომ არის კონცესიის დეფინიციაში შერეული ისეთი სახელშეკრულებო პირობები, როგორცაა კონცესიონერისათვის გადახდის წესი და კონტრაქტის ერთ-ერთი ვალდებულება – საოპერაციო რისკების თავის თავზე აღება.

კონცესიისა და საკონცესიო ხელშეკრულების სამართლებრივი ბუნების გამიჯვნას, თეორიული მოწესრიგებულობის გარდა, აქვს არსებითი პრაქტიკული მნიშვნელობა, რადგან საჯარო და კერძოსამართლებრივი მექანიზმები სხვადასხვა საკანონმდებლო გზაზე გადის და განსხვავებულად წესრიგდება მხარეთა უფლება-მოვალეობები, დაცვის საკანონმდებლო გარანტიები, სასამართლო განსჯადობა და დავის სხვა ქვეყანაში განხილვის შესაძლებლობები.

კონცესიის ხელშეკრულება, როგორც საკონცესიო ურთიერთობის გამოხატვისა და რეალიზების ფორმა, კონსენსუალური, კონკრეტული ვადის მქონე, მხარეთათვის ანაზღაურებადი და ორმხრივი ხელშეკრულებაა. ითვალისწინებს ორი მხარის მიერ შესაბამისი უფლებებისა და მოვალეობების არსებობას, ასევე, აღნიშნული ხელშეკრულების დადებისთვის მხარეთა ნებას. კონცესიის ხელშეკრულება თავისი არსით განსხვავდება სხვა სამართლებრივი ინსტიტუტების ხელშეკრულებებისაგან.

ურთიერთდამოკიდებულების ხარისხი საჯარო და კერძო მხარეთა – სახელმწიფოსა და კონცესიონერს, შორის საკონცესიო ურთიერთობისას გაცილებით მაღალია, ვიდრე სხვა სახის სამართლებრივი ან სახელშეკრულებო ურთიერთობისას. კონცესიის ხელშეკრულება გავლენას ახდენს როგორც საჯარო, ისე კერძო ინტერესებზე.¹¹

საქართველოს კანონმდებლობაში დღემდე პრობლემად რჩება კონცესიის ნამდვილი შინაარსისა და სამართლებრივი ბუნების განსაზღვრის საკითხი. უკვე მეორე საკანონმდებლო ცვლილების მიუხედავად, ვერ მოხერხდა კონცესიის იურიდიული ბუნების გააზრება, თანამედროვე დოქტრინებისა და კონცეფციების შეჯერება, რასაც სწორ და აკადემიურ საკანონმდებლო განსაზღვრებამდე უნდა მივყავანეთ.

საქართველოში კონცესიის პერიპეტიების დასრულებისა და კონცესიის კანონისეული დეფინიციის აკადემიურად განსაზღვრის მიზნით, კანონმდებელმა უნდა გაითვალისწინოს, რომ კონცესია არის ისეთი უფლების გადაცემა, რომლითაც კონცესიონერმა სახელმწიფოს ნაცვლად უნდა განახორციელოს ის საქმიანობა, რაც გამომდინარეობს სახელმწიფო ექსკლუზიური, პრივილეგირებული და სავალდებულოდ შესასრულებელი ფუნქციებიდან. ეს ის სახელმწიფო ფუნქციებია, რომლებიც ასახულია სამართლის თეორიასა, თუ სახელმწიფო სამართალში და რომელთა შესრულებას თავს ვერ აარიდებს სახელმწიფო. ვერ განერიდება ვერც პრივატიზების და ვერც კერძოსამართლებრივი გარიგების გზით.

თვით სიტყვა „კონცესია“ (concessio) ძველი ლათინური სიტყვაა და ნებართვას, დათმობას ნიშნავს. კონცესიისას სახელმწიფოს მიერ კონცესიონერს გადაეცემა ბუნებრივი რესურსების დამუშავების, ინფრასტრუქტურის ექსპლოატაციის, სტრატეგიული ობიექტების მართვის ან სხვა საჯარო საქმიანობის წარმართვის უფლება და არა შესაბამისი ქონება.

კონცესიის ქვეშ მოიაზრება აქტი, რომლის საშუალებითაც სახელმწიფო კერძო პირს აღჭურავს უფლებით – მონაწილეობა მიიღოს მეურნეობის სფეროში ზოგიერთი მისი ფუნქციის განხორციელებაში. ამასთან, კონცესიონერი იმყოფება უფრო პრივილეგირებულ მდგომარეობაში, ვიდრე ეკონომიკური ბრუნვის სხვა მონაწილე. კონცესია შეიძლება გაიცეს, როგორც სახელმწიფოს ცალმხრივი აქტის, ისე კონცესიონერთან დადებული ხელშეკრულების ფორმით.

უზრუნველყოფის სამართლებრივი საშუალებები“, თბილისი, წიგნის გამომცემელი „ბონა კაუზა“

11 ხატიძე გ., (2022), „საჯარო-კერძო პარტნიორობის

კონცესიონერს გადაეცემა არა ქონება, როგორც ასეთი, არამედ ქონების სარგებლობის უფლება ან ქონებით სარგებლობის განსაკუთრებული უფლება. კონცესიის საგანი უნდა იყოს კონცესიონერისათვის სახელმწიფოს განსაკუთრებული უფლების გადაცემა.¹²

დასასრულს უნდა აღინიშნოს, რომ საქართველოს კანონმდებლობაში კონცესიის საკანონმდებლო დეფინიციის ახლებურად ჩამოყალიბებისას არ უნდა დაირღვეს ის კლასიკური სქემა, რომლის მიხედვით, ჯერ წარმოიშობა იდეა, შემდეგ იქცევა დოქტრინად, ხდება მისი გაზიარება და მსჯელობა აკადემიურ წრეებში, მოჰყვება მათი უმრავლესობის აღიარება, იქცევა მზა იურიდიულ ფორმულად ან მექანიზმად და ბოლოს, საჭიროების შემთხვევაში, სახელმწიფო იღებს კანონის სახით. ამ გზით მიღებული კანონები დიდხანს რჩებიან ქვეყნის ცხოვრებაში, ჯეროვნად ემსახურებიან საზოგადოებრივი ურთიერთობების მოწესრიგებას, სახელმწიფოს ეკონომიკურ ინტერესებს და არ საჭიროებენ ხშირ ცვლილებას.

12 სუნიშვილი ზ., (2014), „კონცესიისა და საკონცესიო ხელშეკრულების სამართლებრივი ბუნება“, ჟურნალი „ინტელექტუალი“, №27.