

BAKU STATE UNIVERSITY LAW REVIEW

Volume 3

February 2017

Issue 1

Academic Adviser

S.J.D., prof., Amir Aliyev

Editor in Chief

Kanan Madatli

Executive Editor

Gulnaz Salmanova

Managing Editor

Mahammad Gurbanov

Editors

Gunel Abdullayeva

Nigar Abishova

Aydan Alasgarova

Mehran Amirli

Gulnar Atakishiyeva

Shahla Ibrahimova

Nubar Huseynli

Nurlan Mammadli

Amrah Rahmanov

Ziya Shivakhanli

Gunel Zalova

Founder: Baku State University Law School



ISSN: 2415-5555

Publisher: Baku State University Law School

Student Academic Society | www.bsulawss.org

Website: www.lr.bsulawss.org

Email: lawreview@bsulawss.org

TABLE OF CONTENTS

1. THE APPLICATION OF INTERNATIONAL LAW, MORALITY, AND PUBLIC POLICY TO THE ELGIN MARBLES DISPUTE. <i>Timothy Caron</i>	1
INTRODUCTION	2
I. LEGAL CONSIDERATIONS.....	3
A. <i>The Authority of the Ottomans in Athens</i>	4
B. <i>Whether the Ottomans Gave Elgin the Right of Removal</i>	4
C. <i>The Applicability of the Peru-Yale dispute to the Elgin Marbles</i>	5
II. MORAL CONSIDERATIONS.....	8
A. <i>Existing and Potential Damage to the Parthenon and the Marbles</i>	8
B. <i>The Likelihood the Marbles Would Have Remained in Athens if not for Elgin’s Actions</i>	9
III. THE INTERNATIONAL TREND OF VOLUNTARY REPATRIATION OF CULTURAL PROPERTY	9
A. <i>The Axum Obelisk</i>	10
B. <i>Other Artifacts from the Parthenon</i>	11
C. <i>The Stone of Destiny</i>	12
D. <i>Potential Counterarguments by the United Kingdom</i>	12
CONCLUSION	13
2. MORE IS BETTER? OVERCOMPENSATION IN TAKINGS IN CHINA. <i>Gao Zhen</i>	15
INTRODUCTION	16
I. RELATED CONCEPTION CLARIFICATION	16
II. LITERATURE REVIEW	17
III. BASIC INSTITUTIONS OF OVERCOMPENSATION IN CHINA.....	19
IV. POLITICAL ECONOMY ANALYSIS.....	22
V. CONCLUSION.....	24
3. LEGAL BASIS OF THE RESPONSIBILITY OF A STATE TO PROTECT ITS POPULATION IN INTERNATIONAL LAW. <i>Liubashenko Viacheslav Igorovych</i>	26
INTRODUCTION	27
I. FOUNDATIONS OF THE RESPONSIBILITY OF A STATE TO PROTECT ITS OWN POPULATION.....	28
II. THE DUTY OF A STATE TO ACCEPT HUMANITARIAN AID	30
III. STRUCTURE OF THE RESPONSIBILITY OF A STATE TO PROTECT ITS OWN POPULATION	32
IV. OBLIGATIONS OF A STATE UNDER THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE 1948.....	33
V. OBLIGATIONS OF A STATE UNDER THE CONVENTION ON THE SUPPRESSION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF APARTHEID 1973.....	35
VI. OBLIGATIONS OF A STATE UNDER THE GENEVA CONVENTIONS 1949	36
CONCLUSION	39

4. ENFORCEMENT OF INVESTMENT ARBITRATION AWARDS: PROBLEMS AND SOLUTIONS.***Kamal Huseynli*..... 40**

INTRODUCTION	41
I. AWARD AND ENFORCEMENT	43
1.1. <i>Award in Investment Arbitration</i>	43
1.2. <i>Enforcement in Investment Arbitration</i>	45
1.3. <i>Limitations on the Enforcement of an Arbitral Award</i>	48
II. ANALYSIS OF THE PROBLEMS OF ENFORCEMENT.....	53
2.1. <i>Problems of Enforcement under ICSID</i>	53
2.2. <i>Problems of Enforcement under UNCITRAL</i>	60
2.3. <i>National Courts' role in Enforcement</i>	63
III. SOLUTIONS OF THE PROBLEMS OF ENFORCEMENT	64
3.1. <i>Solution under ICSID</i>	65
3.2. <i>Other solutions</i>	66
IV. RECOMMENDATION AND CONCLUSION	72
4.1. <i>Recommendation</i>	72
4.2. <i>Conclusion</i>	74

5. STANDARD OF PROOF IN THE CIVIL PROCEDURAL PRACTICE OF AZERBAIJAN. *Emin Karimov (in Azerbaijani)* 75

INTRODUCTION	75
I. DO THE COURTS DETERMINE THE TRUTH?.....	79
II. NECESSITY FOR THE OBJECTIVE STANDARD OF PROOF	82
III. STANDARD OF PROOF IN AZERBAIJANI LAW	84
CONCLUSION	87

6. A NEW PERSPECTIVE TO THE GLOBALIZATION WORLD: E-GOVERNMENT AND ITS LEGAL BASE. *Kanan Madatli (in Azerbaijani)* 89

INTRODUCTION	90
I. THE CONCEPT OF E-GOVERNMENT AND BASICS OF ITS FORMATION.....	90
A. <i>What is e-government and how did it come in existence?</i>	90
B. <i>The purposes of e-government and its legal aspects</i>	92
C. <i>Conditions for the application of e-government and differences from the general meaning of the state</i> .	95
D. <i>Advantages of e-government</i>	97
E. <i>Application of e-government in Azerbaijan Republic</i>	97
II. E-GOVERNMENT IS A GLOBAL TERM	100
A. <i>United Nations and e-government</i>	100
B. <i>OECD and e-government</i>	100
C. <i>The United States and e-government</i>	101
D. <i>Europe and e-government</i>	103
E. <i>United Kingdom and e-government</i>	103
F. <i>Asia and e-government</i>	104
G. <i>Africa and e-government</i>	104

III. USE OF E-GOVERNMENT	104
A. <i>Electronic Government Portal and its services</i>	104
B. <i>E-Application</i>	108
IV. CONFIRMATION OF TRANSACTIONS IN E-GOVERNMENT	112
A. <i>Electronic signature</i>	112
B. <i>Digital signature</i>	113
C. <i>Asan signature</i>	113
D. <i>Other electronic methods</i>	114
V. USER PRIVACY IN THE E-GOVERNMENT	115
CONCLUSION	116

Jurnal haqqında

Bakı Dövlət Universiteti Tələbə Hüquq Jurnalı BDU Hüquq fakültəsi Tələbə Elmi Cəmiyyətinin nəşri olmaqla tələbələr tərəfindən təşkil olunan və müvafiq akademik yoxlama qaydası ilə redaktə edilən ilk və tək jurnal olub milli, beynəlxalq və müqayisəli hüquqda mövcud olan müasir hüquq problemlərinə akademik səviyyədə peşəkar yanaşmanı təbliğ edir. Jurnalın əsası 2014-cü ilin noyabr ayında qoyulub. Nəzəri fikirləri, dünya dövlətlərinin məhkəmə və qanunvericilik təcrübəsini ümumiləşdirərək mübahisəli məqamlara aydınlıq gətirmək, hüquq cəmiyyətinə həm elmi, həm də praktiki müstəvidə yaradıcı düşüncə və hüquqi tənqid qabiliyyətini, hüquq mədəniyyətini aşılamaq Jurnalın fundamental prinsipidir. Jurnal tərkibindəki məqalələr vasitəsilə aktual məsələlərə hüquqi əsaslandırma və hüquq elminin imkanlarına istinad etməklə mümkün həllərin irəli sürülməsini və təkrarçılıqdan yayınmaq təşviqini prioritet məqsəd kimi müəyyənləşdirir. Hüquq tələbələrinin hüquqi yazı və hüquqi düşüncə bacarıqlarını üzə çıxararaq inkişaf etdirməklə onları akademik araşdırmaya həvəsləndirmək və bunu sağlam elmi rəqabət ənənəsinə çevirmək Jurnalın daimi məramını təşkil edir.

About the Review

Baku State University Law Review is the first and only student-run and peer-reviewed academic journal in Azerbaijan and a publication of Student Academic Society of Baku State University Law School. It was founded in November 2014. The Review promotes academic and professional approach to contemporary legal issues which exist in national, international and comparative law. Clarification of debatable issues with induction of theoretical concepts, judicial and legislation practice of foreign countries, foster legal criticism skills, creative thinking, and legal culture on both academic and practical sphere are basic principles of the Review. With its published articles, the Law Review promotes possible solutions to actual legal issues with reference to legal reasoning and opportunities given by legal scholarship and determines avoiding repetition as prior purposes of Review. Encouraging law students to academic research with making them improve their legal writing and legal thinking skills and make this as a fair competition are permanent goals of the Review.

BAKİ DÖVLƏT UNİVERSİTETİ

TƏLƏBƏ HÜQUQ JURNALI

Buraxılış 3

Fevral 2017

Say 1

Elmi Məsləhətçi

Prof., h.e.d., Əmir Əliyev

Baş Redaktor

Kənan Mədətli

İcraçı Redaktor

Gülnaz Salmanova

Məsul Redaktor

Məhəmməd Qurbanov

Məqalə Redaktorları

Günel Abdullayeva

Nigar Abışova

Gülnar Atakişiyeva

Şəhla İbrahimova

Aydan Ələsgərova

Mehran Əmirli

Nübar Hüseynli

Nurlan Məmmədli

Əmrah Rəhmanov

Ziya Şivəxanlı

Günel Zalova

Təsisçi: Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsi



ISSN: 2415-5555

Nəşr edən: Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsi
Tələbə Elmi Cəmiyyəti | www.bsulawss.org

Vebsayt: www.lr.bsulawss.org

E-Poçt: lawreview@bsulawss.org

MÜNDƏRİCAT

1. THE APPLICATION OF INTERNATIONAL LAW, MORALITY, AND PUBLIC POLICY TO THE ELGIN MARBLES DISPUTE. <i>Timothy Caron</i>	1
INTRODUCTION	2
I. LEGAL CONSIDERATIONS.....	3
A. <i>The Authority of the Ottomans in Athens</i>	4
B. <i>Whether the Ottomans Gave Elgin the Right of Removal</i>	4
C. <i>The Applicability of the Peru-Yale dispute to the Elgin Marbles</i>	5
II. MORAL CONSIDERATIONS.....	8
A. <i>Existing and Potential Damage to the Parthenon and the Marbles</i>	8
B. <i>The Likelihood the Marbles Would Have Remained in Athens if not for Elgin's Actions</i>	9
III. THE INTERNATIONAL TREND OF VOLUNTARY REPATRIATION OF CULTURAL PROPERTY	9
A. <i>The Axum Obelisk</i>	10
B. <i>Other Artifacts from the Parthenon</i>	11
C. <i>The Stone of Destiny</i>	12
D. <i>Potential Counterarguments by the United Kingdom</i>	12
CONCLUSION	13
2. MORE IS BETTER? OVERCOMPENSATION IN TAKINGS IN CHINA. <i>Gao Zhen</i>	15
INTRODUCTION	16
I. RELATED CONCEPTION CLARIFICATION	16
II. LITERATURE REVIEW	17
III. BASIC INSTITUTIONS OF OVERCOMPENSATION IN CHINA.....	19
IV. POLITICAL ECONOMY ANALYSIS.....	22
V. CONCLUSION.....	24
3. LEGAL BASIS OF THE RESPONSIBILITY OF A STATE TO PROTECT ITS POPULATION IN INTERNATIONAL LAW. <i>Liubashenko Viacheslav Igorovych</i>	26
INTRODUCTION	27
I. FOUNDATIONS OF THE RESPONSIBILITY OF A STATE TO PROTECT ITS OWN POPULATION.....	28
II. THE DUTY OF A STATE TO ACCEPT HUMANITARIAN AID	30
III. STRUCTURE OF THE RESPONSIBILITY OF A STATE TO PROTECT ITS OWN POPULATION	32
IV. OBLIGATIONS OF A STATE UNDER THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE 1948.....	33
V. OBLIGATIONS OF A STATE UNDER THE CONVENTION ON THE SUPPRESSION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF APARTHEID 1973.....	35
VI. OBLIGATIONS OF A STATE UNDER THE GENEVA CONVENTIONS 1949	36
CONCLUSION	39

4. ENFORCEMENT OF INVESTMENT ARBITRATION AWARDS: PROBLEMS AND SOLUTIONS.***Kamal Huseynli*..... 40**

INTRODUCTION	41
I. AWARD AND ENFORCEMENT	43
1.1. Award in Investment Arbitration.....	43
1.2. Enforcement in Investment Arbitration	45
1.3. Limitations on the Enforcement of an Arbitral Award.....	48
II. ANALYSIS OF THE PROBLEMS OF ENFORCEMENT.....	53
2.1. Problems of Enforcement under ICSID	53
2.2. Problems of Enforcement under UNCITRAL	60
2.3. National Courts' role in Enforcement	63
III. SOLUTIONS OF THE PROBLEMS OF ENFORCEMENT	64
3.1. Solution under ICSID.....	65
3.2. Other solutions	66
IV. RECOMMENDATION AND CONCLUSION	72
4.1. Recommendation.....	72
4.2. Conclusion	74

5. SÜBUTETMƏ STANDARTI AZƏRBAYCAN MÜLKİ PROSESSUAL MƏHKƏMƏ TƏCRÜBƏSİNDƏ (SÜBUTLARIN QIYMƏTLƏNDİRİLMƏSİ STANDARTI). *Emin Kərimov* 75

GİRİŞ	75
I. MƏHKƏMƏ HƏQİQƏTİ MÜƏYYƏN EDİRMİ?.....	79
II. OBYEKTİV SÜBUTETMƏ STANDARTINA ZƏRURİYYƏT.....	82
III. SÜBUTETMƏ STANDARTI AZƏRBAYCAN HÜQUQUNDA.....	84
NƏTİCƏ.....	87

6. QLOBAL DÜNYAYA YENİ PERSPEKTİV: ELEKTRON HÖKUMƏT VƏ ONUN HÜQUQİ MƏZMUNU. *Kənan Mədətli* 89

GİRİŞ.....	90
I. ELEKTRON HÖKUMƏT ANLAYIŞI VƏ MEYDANA GƏLMƏ ƏSASLARI	90
A. Elektron hökumət nədir və necə meydana gəlir?	90
B. Elektron hökumətin yaradılma məqsədləri və əsas xüsusiyyətləri.....	92
C. Elektron hökumət sisteminin tətbiq olunma şərtləri və ənənəvi "dövlət" anlayışından fərqi	95
D. Elektron hökumətin faydaları	97
E. Azərbaycan Respublikasında elektron hökumət sisteminin tətbiqi.....	97
II. ELEKTRON HÖKUMƏT QLOBAL BİR ANLAYIŞDIR	100
A. Birləşmiş Millətlər Təşkilatı və Elektron Hökumət.....	100
B. OECD və elektron hökumət.....	100
C. Amerika Birləşmiş Ştatları və elektron hökumət	101
D. Avropa və Elektron Hökumət	103
E. Birləşmiş Krallıq və Elektron Hökumət.....	103
F. Asiya və Elektron Hökumət	104
G. Afrika və Elektron Hökumət	104

III. ELEKTRON HÖKUMƏT SISTEMİNDƏN İSTİFADƏ	104
A. <i>Elektron Hökumət Portalı və ora daxil olan xidmətlər</i>	104
B. <i>Elektron mürraciət</i>	108
IV. ELEKTRON HÖKUMƏT SISTEMİNDƏ ELEKTRON ƏMƏLİYYATLARIN TƏSDİQ OLUNMASI	112
A. <i>Elektron imza</i>	112
B. <i>Rəqəmsal imza</i>	113
C. <i>Asan imza</i>	113
D. <i>Digər elektron vasitələr</i>	114
V. ELEKTRON HÖKUMƏT SISTEMİNDƏ İSTİFADƏÇİ MƏXFİLİYİNİN QORUNMASI.....	115
NƏTİCƏ.....	116

Jurnal haqqında

Bakı Dövlət Universiteti Tələbə Hüquq Jurnalı BDU Hüquq fakültəsi Tələbə Elmi Cəmiyyətinin nəşri olmaqla tələbələr tərəfindən təşkil olunan və müvafiq akademik yoxlama qaydası ilə redaktə edilən ilk və tək jurnal olub milli, beynəlxalq və müqayisəli hüquqda mövcud olan müasir hüquq problemlərinə akademik səviyyədə peşəkar yanaşmanı təbliğ edir. Jurnalın əsası 2014-cü ilin noyabr ayında qoyulub. Nəzəri fikirləri, dünya dövlətlərinin məhkəmə və qanunvericilik təcrübəsini ümumiləşdirərək mübahisəli məqamlara aydınlıq gətirmək, hüquq cəmiyyətinə həm elmi, həm də praktiki müstəvidə yaradıcı düşüncə və hüquqi tənqid qabiliyyətini, hüquq mədəniyyətini aşılamaq Jurnalın fundamental prinsipidir. Jurnal tərkibindəki məqalələr vasitəsilə aktual məsələlərə hüquqi əsaslandırma və hüquq elminin imkanlarına istinad etməklə mümkün həllərin irəli sürülməsini və təkrarçılıqdan yayınmaq təşviqini prioritet məqsəd kimi müəyyənləşdirir. Hüquq tələbələrinin hüquqi yazı və hüquqi düşüncə bacarıqlarını üzə çıxararaq inkişaf etdirməklə onları akademik araşdırmağa həvəsləndirmək və bunu sağlam elmi rəqabət ənənəsinə çevirmək Jurnalın daimi məramını təşkil edir.

About the Review

Baku State University Law Review is the first and only student-run and peer-reviewed academic journal in Azerbaijan and a publication of Student Academic Society of Baku State University Law School. It was founded in November 2014. The Review promotes academic and professional approach to contemporary legal issues which exist in national, international and comparative law. Clarification of debatable issues with induction of theoretical concepts, judicial and legislation practice of foreign countries, foster legal criticism skills, creative thinking, and legal culture on both academic and practical sphere are basic principles of the Review. With its published articles, the Law Review promotes possible solutions to actual legal issues with reference to legal reasoning and opportunities given by legal scholarship and determines avoiding repetition as prior purposes of Review. Encouraging law students to academic research with making them improve their legal writing and legal thinking skills and make this as a fair competition are permanent goals of the Review.

Timothy Caron*

The Application of International Law, Morality, and Public Policy to the Elgin Marbles Dispute

Abstract

In the past century, the former imperial powers of Europe have been subjected to countless calls for repatriation of cultural property. Perhaps the most famed of these disputes lies between the United Kingdom and Greece. In the early 19th century, a British ambassador situated in Ottoman-era Athens removed a considerable amount of ancient works from the city's historic Parthenon site, and these objects (the "Elgin Marbles") found their way into permanent exhibition at London's British Museum. Since the establishment of an independent Greek state, its people have routinely called for the return of this property to its place of origin – a request continually denied by British authorities. Given the durability of this particular dispute, the fame surrounding the works themselves, and the progression of international law, the Elgin Marbles will likely remain at the forefront of cultural heritage and foreign relations discussions through the next few decades. Today, the Greeks have several options (legal and otherwise) with which to try and get the property back.

In order to make a strong prediction of the dispute's future developments, this paper will apply to the relevant facts not only common principles of international law, but also morality, historicism, and the growing trend of voluntary cultural repatriation in diplomatic relations.

Annotasiya

Ötən əsrdə Avropanın keçmiş imperiya qüvvələri tərəfindən mədəni sərəvətlərin geri qaytarılması üçün saysız-hesabsız çağırışlar edilmişdir. Yəqin ki, bu mübahisələrdən ən məşhuru Birləşmiş Krallıqla Yunanıstan arasında olmuşdur. XIX əsrin əvvəllərində, Osmanlı imperiyasında yerləşən Britaniya səfiri tərəfindən Afinadakı Parfenon məbədidən xeyli sayda qədim əsərlər götürüldü, və bu əsərlər ("Elgin mərmərləri") Londondakı Britaniya Muzeyində sərgiyə qoyuldu. Müstəqil Yunanıstan dövləti yarandıqdan sonra, xalq bu əsərləri geri qaytarmaq üçün müttəmədi olaraq çağırışlar edirdi, lakin bu çağırışlar Britaniya hökuməti tərəfindən rədd edilirdi. Mübahisənin davamlılığı, əsərlərin məşhurluğu və beynəlxalq hüququn inkişafı əsas verir ki, bir neçə on illik ərzində "Elgin mərmərləri" mədəni irs və xarici əlaqəli mübahisələrin ön sıralarında dayansın. Hal-hazırda yunanların bu əsərləri geri qaytarmaq üçün bir neçə seçimi vardır (hüquqi və digər).

Mübahisənin gələcək inkişafını müəyyənləşdirməkdən ötrü bu məqalədə işin faktları ilə əlaqədar olaraq nəinki beynəlxalq hüququn ümumi prinsiplərinə, həmçinin əxlaq qaydalarına, tarixiliyə və diplomatik münasibətlərdə köniüllü qaytarılmaya da müiraciət olunacaqdır.

* George Washington University Law School J.D. 2016. Cultural Heritage Partners, Law Fellow.

TABLE OF CONTENTS

INTRODUCTION	2
I. LEGAL CONSIDERATIONS.....	3
A. <i>The Authority of the Ottomans in Athens</i>	4
B. <i>Whether the Ottomans Gave Elgin the Right of Removal</i>	4
C. <i>The Applicability of the Peru-Yale dispute to the Elgin Marbles</i>	5
II. MORAL CONSIDERATIONS.....	8
A. <i>Existing and Potential Damage to the Parthenon and the Marbles</i>	8
B. <i>The Likelihood the Marbles Would Have Remained in Athens if not for Elgin's Actions</i>	9
III. THE INTERNATIONAL TREND OF VOLUNTARY REPATRIATION OF CULTURAL PROPERTY	9
A. <i>The Axum Obelisk</i>	10
B. <i>Other Artifacts from the Parthenon</i>	11
C. <i>The Stone of Destiny</i>	12
D. <i>Potential Counterarguments by the United Kingdom</i>	12
CONCLUSION	13

Introduction

Past practices of archaeological excavation by Europe's former imperial powers have brought about an ongoing string of cultural property clashes between modern states – the most famous of these concerning the “Elgin Marbles”. Beginning in 1801, Thomas Bruce, the 7th Earl of Elgin and British Ambassador to the Ottoman Empire, removed a large number of intact sculptures on the Parthenon in Athens, Greece, and shipped them to England.¹ He sold these artifacts – now collectively known as the Elgin Marbles – to the British Museum, where they have been on display ever since.² In 1983, the Greek government asked that the objects be returned to Greece – the first official request for the sculptures since their removal.³ This appeal was officially declined by the British government the following year,⁴ and all subsequent efforts to reunify the Marbles in Athens have been rejected by Parliament and the British Museum.⁵

Existing international law on cultural property demonstrates that the British have no legal obligation to return the Elgin Marbles to Greece. Additionally, even if it is assumed that the morality of the removal should be considered equally with the law, this is not a particularly strong argument.

¹ Report from the Select Committee of the House of Commons on the Earl of Elgin's Collection of Sculptured Marbles, 2-3 (1816).

² *Ibid.*

³ See 50 Parl. Deb., H.C. (6th ser.) 379 (1983) (Written Answers); see also Ioannis Gennadios, O Lordos Elgin 232 (1930).

⁴ 58 Parl. Deb., H.C. (6th ser.) 188 (1984) (Written Answers).

⁵ Dr. Derek Fincham, *The Parthenon Sculptures and Cultural Justice*, 23 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 943, 981 (2013) [hereinafter Fincham].

However, recent cases involving international negotiations over cultural property signal that, as a matter of public policy, the United Kingdom will likely engage with Greece in alternative dispute resolution in the near future – and offer to return at least a portion of the Marbles to their homeland.

This paper will be divided into three sections. The first part will lay out potential legal arguments that Greece could raise, and then analyze each argument under applicable international law; the legal dispute between Yale University and the government of Peru over artifacts from Machu Picchu will also be introduced as a real world means of comparison for the Elgin situation. The second part of the paper will be devoted to potential moral arguments over the Marbles' removal from Greece, and spell out the likelihood of success for each assertion. Finally, the third section will examine recent, extralegal instances of repatriation, and apply the facts and outcomes of each to the Marbles dispute.

I. Legal Considerations

The Marbles fit squarely in the realm of “cultural property”: objects “having artistic, ethnographic, archaeological, or historical value”.⁶ When cultural property from one nation has been unlawfully relocated to another state, the legal remedy most often sought is repatriation.⁷ The national courts of several different states have shown a willingness to hear repatriation cases.⁸ Therefore, the Greek government could potentially sue the British Museum in a court within the United Kingdom for the Marbles' return. Under such circumstances, Greece could assert that the sculptures were wrongly taken by Elgin, and thus have never legally belonged to the British.⁹

This proposition raises the issue of ownership of the respective property. According to the historical record, the British government bought the Marbles from Lord Elgin “in full knowledge of the facts”.¹⁰ Thus, in the opinion of Professor John Merryman:

(I)t seems fair, and is consistent with the law of all civilized jurisdictions, to

⁶ The Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, May 14, 1954, 249 U.N.T.S. 240 (1956) and the UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, Nov. 14, 1970, 823 U.N.T.S. 231 (1972), *reprinted in* 10 INTL. LEGAL MATERIALS 289 (1971).

⁷ John Henry Merryman, *Thinking About the Elgin Marbles*, 83 Mich. L. Rev. 1881, 1889 (1985) [hereinafter Merryman].

⁸ See *Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon*, 678 F.2d 1150 (2d Cir. 1982) (holding that two Dürer paintings, missing since the end of World War II and eventually discovered in a private collection in Brooklyn, were to be returned to East Germany).

⁹ Merryman, *supra* note 7, at 1896.

¹⁰ REPORT, *supra* note 1.

suppose that the right of the Crown to the Marbles was no better than Elgin's right to them... If Lord Elgin owned the Marbles, he could transfer ownership to the Crown. If his title was defective, then so was the Crown's title.¹¹

It is thus necessary to determine whether the Ottoman officials in Athens had the authority to transfer property rights in the Marbles, and whether they did in fact authorize Lord Elgin to remove the Marbles and take them to England.¹²

A. The Authority of the Ottomans in Athens

All of modern-day Greece was then a part of the Ottoman Empire.¹³ Under this imperial rule, the responsible local officials were the *Voivode* (the civil governor) and the *Cadi* (the chief judicial officer),¹⁴ and the Acropolis of Athens was at that time a military fort.¹⁵ International law of the early 19th century suggests, "the acts of Ottoman officials with respect to persons and property under their authority were presumptively valid".¹⁶ The Ottomans had a solid claim to legal authority over the Parthenon because it was public property.¹⁷ Therefore, it is clear that the Ottomans could legally give Elgin the right to remove the Marbles.¹⁸

B. Whether the Ottomans Gave Elgin the Right of Removal

Before conducting his removal of the sculptures, Elgin obtained from the Ottomans a formal written instrument called a *firman*, which responded to his written request for permission.¹⁹ This document stated that he had the "liberty to take away any sculptures or inscriptions which do not interfere with the works or walls of the Citadel".²⁰

In international law, the effects of a transaction depend upon the law in force at the time.²¹ From both a practical and legal standpoint, this rule makes

¹¹ Merryman, *supra* note 7, at 1896.

¹² *Ibid.*, 1896-7.

¹³ See Douglas Dakin, *The Greek Struggle for Independence: 1821-1833*, 5 (1973).

¹⁴ Stanford J. Shaw, *History of the Ottoman Empire and Modern Turkey: Volume 1, Empire of the Gazis: The Rise and Decline of the Ottoman Empire 1280-1808*, 26, 50 (1976).

¹⁵ See Halil Inalcik, *The Ottoman Empire: Conquest, Organization And Economy* 112, 129 (1978).

¹⁶ Merryman, *supra* note 7, at 1897.

¹⁷ See Daniel Patrick O'Connell, *The Law of State Succession*, 226-227 (1956).

¹⁸ *Supra* note 16.

¹⁹ See 4 Oxford English Dictionary 249 (1961); see also Report, *supra* note 1, at 4.

²⁰ Quoted in William St. Clair, *Lord Elgin and the Marbles* (2nd ed. 1983) at 88 [hereinafter W. St. Clair]; see Also J. Rothenberg, 'Descensus Ad Terram': The Acquisition And Reception Of The Elgin Marbles (1977) at 149-51; Theodore Vrettos, *A Shadow Of Magnitude: The Acquisition Of The Elgin Marbles* (1974) at 65-66 [hereinafter T. Vrettos].

²¹ M. Akehurst, *A Modern Introduction to International Law* 132 (5th ed. 1984).

sense.²² As Professor Merryman explains, “To allow old transactions to be questioned is to invite fraud and perjury and to unsettle the affairs of the present”.²³ In essence, a holding in favor of Greece could set a dangerous precedent – leading to an unmanageable stream of cases concerning property over the course of centuries of imperialism.

There is no statute of limitations in international law, but the same considerations apply.²⁴ If we take the year that Greece gained its independence from the Ottomans to be 1828 – when a tributary Greek state was established by the “London Protocol”²⁵ – then the state had 155 years during which to pursue legal remedies.²⁶ Prescription statutes run against one who fails to exercise an available judicial remedy.²⁷ Greece has accordingly been in a position to sue in the English courts for the Marbles since 1828, but has never done so.²⁸ Under this approach, the Greeks have lost any right of action they might have had for the recovery of the Marbles before an English court.²⁹

C. The Applicability of the Peru-Yale dispute to the Elgin Marbles

The extended debate between Yale University and the state of Peru over several artifacts collected from Machu Picchu further demonstrates the unlikelihood of success in Greece finding legal remedy. In 1912, both the University and the National Geographic Society supported an expedition by Yale professor Hiram Bingham to the Machu Picchu ruins of Andean Peru.³⁰ From this venture – as well as a 1915 trip – Bingham ultimately removed hundreds of tools, pots, and silver objects from the excavation site, supposedly with the approval of the Peruvian government.³¹ For decades, the

²² Merryman, *supra* note 7, at 1900.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ See “War of Greek Independence”. *Encyclopædia Britannica. Encyclopædia Britannica Online.*

Encyclopædia Britannica Inc., 2015. Web. 29 Jan. 2015

<<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/244575/War-of-Greek-Independence>>.

²⁶ Merryman, *supra* note 7, at 1900

²⁷ *Ibid.*, at 1900-1.

²⁸ 11 Halsbury's Laws of England 747 (Lord Hailsham 4th ed. 1976); *see also* Enactment of the Crown Proceedings Act, 10 & 11 Geo. 6, ch. 44 (1947)

²⁹ See Limitation Act, 1939, 2 & 3 Geo. 6, ch. 21, § 2(1)(a).

³⁰ Molly L. McIntosh, *Exploring Machu Picchu: An Analysis of the Legal and Ethical Issues Surrounding the Repatriation of Cultural Property*, 17 Duke J. Comp. & Int'l L. 199, 206-09 (2006) [hereinafter McIntosh].

³¹ Danna Harman, Peru Wants Machu Picchu Artifacts Returned, USA Today, Jan. 6, 2006, at 10A [hereinafter Harman]; Rupert Cornwell, Peru Tells Yale It Wants Its Machu Picchu Treasures Back (After 100 Years), The Independent (London), Feb. 3, 2006, at 35, available

artifacts Bingham brought back composed a major exhibit in Yale's Peabody Museum, and they were also the subject of a drawn-out legal dispute between Peru and the University.³² Yale claimed that Bingham had permission to remove the artifacts from the Peruvian president himself, and also that Peru's Civil Code of 1852 permanently transferred title to the University.³³ Peru did not dispute that Bingham had permission, but it asserted that the artifacts were only on loan to the school.³⁴

Peru began to request return of the cultural property in 1917, but Yale continually put off its response.³⁵ The University claimed to have returned a small number of pieces in 1922, but the Peabody Museum retained approximately 250 objects of "exhibit quality".³⁶ The government of Peru also pointed to a 1912 agreement with Yale which declared: "The Peruvian Government reserves to itself the right to exact from Yale University and the National Geographic Society of the United States of America the return of the unique specimens and duplicates".³⁷ More specifically, Peru argued that after World War I, it invoked this contract and requested return of the Machu Picchu objects.³⁸ Additionally, there was the discovery of a letter written by Bingham, which states that the artifacts "do not belong to us, but to the Peruvian government, who allowed us to take them out of the country on condition that they be returned in eighteen months".³⁹ Despite its initial cooperation with Yale, the National Geographic Society also supported the position that Peru had title.⁴⁰ In response, the University stated that it had already returned all the objects from Bingham's 1915 trip; therefore, the chief dispute that remained until 2008 was who had title to the objects from the 1912 expedition.⁴¹ In addition to its citation of Peru's 1852 Code, the University

at <http://news.independent.co.uk/world/americas/article342877.ece>.

³² Harman, *supra* note 31, at 10A.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Andrew Mangino, Peru Dispute Has Long, Murky Past, Yale Daily News, Apr. 14, 2006, available at <http://www.yaledailynews.com/Article.aspx?ArticleID=32693> [hereinafter Mangino, Peru Dispute].

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Andrew Mangino, Elections Could Avert Peru's Lawsuit, Yale Daily News, Apr. 12, 2006, available at <http://www.yaledailynews.com/Article.aspx?ArticleID=32634> [hereinafter Mangino, Elections].

⁴⁰ Kim Martineau, Peru Presses Yale on Relics--Nation's First Lady Keeps Issue in Public Eye, Hartford Courant, Mar. 14, 2006, at A1.

⁴¹ Matt Apuzzo, Disputed Collection Holds Keys to Machu Picchu's Secrets, Associated Press Newswires, June 16, 2006 ("The Peruvian government maintains that, while Bingham had approval to remove the artifacts, they were essentially on loan to Yale and the country never relinquished legal ownership.") [hereinafter Apuzzo].

also claimed that the relevant statute of limitations could bar Peru's claims for return of the objects, since they were removed from Peru nearly one hundred years ago.⁴²

In spite of all the legal strategies invoked by the two parties, it was only outside of the law that the matter was finally resolved. In 2008, the Peruvian government filed a lawsuit against Yale – spurring increased negotiations between them.⁴³ Shortly thereafter, the University received a letter from alumni, urging them to return the artifacts.⁴⁴ These developments helped move the process out of the courts, and not long after, the dispute was resolved through two separate agreements.⁴⁵ The first, between Yale and the Peruvian government, established that the University would return all of the objects by the end of 2012; the second established a partnership between Yale and the San Antonio Abad University in Cuzco, Peru, to “share stewardship” of the collection.⁴⁶

The Machu Picchu case is a useful reference for the Elgin Marbles debate in several respects. First, while many have found the Peruvian artifacts to be comparable to disputed property possessed by such institutions as Malibu’s Getty Museum and the Metropolitan Museum of Art in New York City, no cases “involve as remarkably similar a fact pattern as the case of the Elgin Marbles”.⁴⁷ Much like the strong argument that Elgin had legally taken the Marbles from Athens, the legality of the Machu Picchu property’s removal was not doubted – even by the Peruvian government.⁴⁸ Both the Yale artifacts and Elgin Marbles were removed with at least apparent, if not express, authority.⁴⁹ Second, despite the many similarities between these two cases, their differences *also* illustrate the impracticality of a legal approach to the Marbles. Given the facts above, Peru arguably had better legal reasoning than their Greek counterparts, and even they opted not to go ahead with the lawsuit, and instead proceed through means of negotiation. This scenario raises the possibility for alternative dispute resolution between the United Kingdom and Greece, which will be further explored in the third section of this paper.

⁴² Mangino, Elections, *supra* note 39.

⁴³ Orson, Diane. "Finders Not Keepers: Yale Returns Artifacts to Peru." *NPR* 18 Dec. 2011. Web. 1 Apr. 2015. <<http://www.npr.org/2012/01/01/143653050/finders-not-keepers-yale-returns-artifacts-to-peru>>.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ McIntosh, *supra* note 30, at 206.

⁴⁸ Matt Apuzzo, *supra* note 41.

⁴⁹ McIntosh, *supra* note 30, at 207.

II. Moral Considerations

In the debate over the Marbles, it has been suggested that morality should also be analyzed, and to some extent, this is true. As noted by Dr. Derek Fincham,

Looking simply at the question of whether Elgin rightfully acquired the sculptures gives an incomplete picture...current law and normative practice have begun to shift radically to allow increased respect for the preservation of sites and archaeological context.⁵⁰ However, it is important to first consider how effectively morality could actually be applied to this situation. Simply put, the moral question is much harder to resolve than the legal one because moral norms are imprecise, and their applicability is controversial.⁵¹ Examining the relationship between law and morality, Professor Merryman explains, “That is one reason for legal rules: to provide definitive and practically workable solutions to otherwise troubling and unruly questions”.⁵²

A. Existing and Potential Damage to the Parthenon and the Marbles

In judging the morality of Elgin's actions, it has been asserted that the resulting damage to the Parthenon should be considered.⁵³ This is a reasonable request; the removal of the sculptures by Elgin's agents has been called “one of the most destructive acts committed on what is the world's most important ancient Greek monument”.⁵⁴

Nonetheless – assuming the Marbles would have remained on the Acropolis if Elgin had removed nothing – they likely would have been exposed to a variety of more serious hazards.⁵⁵ The Ottomans appeared to be insensitive to the artistic and cultural importance of the Marbles.⁵⁶ It has also been suggested that, at the time, the Greeks themselves lacked interest in or respect for their own antiquities.⁵⁷ Those that were not removed have seen tremendous deterioration, while those taken to England and installed in the British Museum have been much better preserved.⁵⁸

⁵⁰ Fincham, *supra* note 5, at 949.

⁵¹ Merryman, *supra* note 7, at 1903.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*, at 1887.

⁵⁴ See Robert Browning, ‘The Parthenon in History,’ in *The Parthenon Marbles: The Case for Reunification* 13 (updated ed. 2008) at 10.

⁵⁵ Merryman, *supra* note 7, at 1906.

⁵⁶ See REPORT, *supra* note 1, at 7; see also W. ST. CLAIR, *supra* note 20, at 55-57.

⁵⁷ See REPORT, *supra* note 1, at 5; W. ST. CLAIR, *supra* note 20, at 211-14; T. VRETTOS, *supra* note 20, at 104-06.

⁵⁸ Merryman, *supra* note 7, at 1917.

B. The Likelihood the Marbles Would Have Remained in Athens if not for Elgin's Actions

Historical records indicate that the French sought to acquire Greek antiquities for their own museums, and also to prevent Elgin from obtaining them for England.⁵⁹ These circumstances suggest that, had Elgin not removed the Marbles, someone else would certainly have acted in his place. As with the aforementioned international law, the morality prevailing in that time and place should also be considered in a judgment of Elgin's acts.⁶⁰ It is thus reasonable to ask whether moral culpability should attach to a historically unavoidable act.⁶¹ As Merryman notes, "If the removal of the Marbles was bound to occur, is it right to assign moral blame to one who merely did the inevitable?"⁶²

III. The International Trend of Voluntary Repatriation of Cultural Property

Despite the strength of the United Kingdom's legal position in the Marbles controversy, as well as the weakness of the morality argument against Elgin, the impact of recent dispute resolution over other cultural property cannot be denied.

Over the last two decades a growing number of incidents involving the voluntary return of items of cultural significance to countries of origin from governments, museums, and individuals have occurred throughout the world. These acts of voluntary repatriation have all occurred extrajudicially and demonstrate an emerging norm in the international community favoring the voluntary return of cultural property to its country of origin.⁶³

The initiating parties of such cases have included governments, major museums, and even individuals.⁶⁴ It is true that, in the absence of any relevant international authorities, the United Kingdom is not legally bound by any outside acts of repatriation.⁶⁵ Regardless, as these cases of voluntary return become more common, the British – already scrutinized as one of the greatest imperial powers in history – will likely appear as a sort of cultural outlier in

⁵⁹ *Ibid.*, at 1905.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*, at 1906.

⁶³ Michael J. Reppas II, *Empty "International" Museums' Trophy Cases of Their Looted Treasures and Return Stolen Property to the Countries of Origin and the Rightful Heirs of Those Wrongfully Dispossessed*, 36 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 93, 114-15 (2007) [hereinafter Reppas].

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Melineh S. Ounanian, *Of All the Things I've Lost, I Miss My Marbles the Most! An Alternative Approach to the Epic Problem of the Elgin Marbles*, 9 *Cardozo J. Conflict Resol.* 109, 127-31 (2007) [hereinafter Ounanian].

the eyes of the international community for their refusal to adapt to worldwide change.

A. The Axum Obelisk

The Axum Obelisk is a “1,700 year-old, 160 ton, 78 ft., ornately decorated” artifact that is regarded as one of Ethiopia's national religious treasures.⁶⁶ The controversy began upon its looting in 1937 by Italian Dictator Benito Mussolini, during Italy’s brief military occupation of Ethiopia.⁶⁷ Beginning in 1947, Ethiopia sought the return of the obelisk, motivated by the artifact’s “tremendous” sense of cultural significance.⁶⁸ It not only represents their ethnic identity, but it is also one of the few historic monuments that Ethiopians feel link them to their ancestors.⁶⁹ At last, in 2005, the Italian government agreed to voluntarily return the Obelisk to Ethiopia – a gesture seen as “a significant achievement for world-wide repatriation efforts”.⁷⁰ The successful conclusion of the Italian-Ethiopian negotiations stemmed from “the recognition by (Italy) that the obelisk was important to the Ethiopian people and their culture”.⁷¹

This act of repatriation is not an isolated incident in Italy’s modern foreign relations. While Italian law allows for criminal prosecution of those who engage in the illegal trade or excavation of antiquities, the state has consistently favored of out-of-court agreements.⁷² For example, in September 2006, Italy reached an agreement with Boston's Museum of Fine Arts, providing for the return of thirteen artifacts to Italy in exchange for a loan to the Museum of other cultural property.⁷³ Italy also made an agreement with

⁶⁶ Final Obelisk Section in Ethiopia, BBC NEWS, Apr. 25, 2005, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/4472259.stm>.

⁶⁷ Verity Murphy, Obelisk Points To Ancient Ethiopian Glory, BBC NEWS, Apr. 11, 2005, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/4376627.stm> [hereinafter Murphy].

⁶⁸ Lucille A. Roussin, J.D., Ph.D., *Cultural Heritage and Identity*, 11 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 707, 708 (2003); Final Obelisk Section in Ethiopia, BBC NEWS, Apr. 25, 2005, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/4472259.stm>.

⁶⁹ Murphy, *supra* note 67.

⁷⁰ Reppas, *supra* note 63, at 115.

⁷¹ Rosella Lorenzi, Italy Returns Stolen Obelisk to Ethiopia, *Discovery News*, Nov. 23, 2004, available at <http://dsc.discovery.com/news/briefs/20041122/axumobelisk.html>.

⁷² Ariel David, US Museum Returns 13 Italian Artifacts, *Associated Press*, Sept. 28, 2006, available at <http://www.washingtonpost.com/wpdyn/content/article/2006/09/28/AR2006092800749.html> (“Boston's Museum of Fine Arts returned [thirteen] disputed ancient artifacts to Italy[,], a deal that Italian officials hope will pave the way for others to give back antiquities they say were smuggled out of the country”).

⁷³ *Ibid* (“[t]he agreement promises loans of other Italian treasures to the MFA, and marks the latest victory for Italy in its quest to regain antiquities that were dug up illegally and sold to museums worldwide”).

the Metropolitan Museum of Art in New York for the return of twenty-one pieces.⁷⁴ As illustrated by these cases,

Alternative dispute resolution is better suited for the art world than traditional litigation. Not only are there issues of venue and jurisdiction, but prosecution is necessarily more adversarial and can sever important ties. This is particularly true of countries like England and Greece who, since entering the European Union... have more of an incentive to work together, and bolster rather than destroy their relationship.⁷⁵

The success of the Axum Obelisk negotiations is also a strong counterpoint to the transportation argument raised by the United Kingdom. Specifically, it has been suggested that returning the Marbles back to Greece would present dangers during transportation that are not worth the risk.⁷⁶ However, the negotiations on – and the subsequent return of – the Obelisk demonstrates that this issue is not too serious. In order to move the Obelisk safely back to Ethiopia, a special cargo plane was chartered – bringing back the three segments of the artifact across three flights.⁷⁷ Italy then delivered machinery to put the stone in place, after repairing the road leading to the Obelisk's original site.⁷⁸ With such advancements in transportation, returning cultural property is often easier than the past removal was.⁷⁹

B. Other Artifacts from the Parthenon

In 2006, the University of Heidelberg announced that it would return a piece of the Parthenon's north frieze to Greece “in recognition of the significance of the Parthenon as part of the world's cultural heritage.”⁸⁰ In response, Greece has promised to the international community that for every piece of the Parthenon returned, it will offer another antiquity to the donor in a goodwill gesture.⁸¹ This resolution marked the second significant return in recent years of Parthenon pieces.⁸²

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Ounanian, *supra* note 65, at 129.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Italy to Return Ethiopian Obelisk, [http:// news.xinhuanet.com/english/2005-01/28/content_2517820.htm](http://news.xinhuanet.com/english/2005-01/28/content_2517820.htm) (last visited Feb. 19, 2007).

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Ounanian, *supra* note 65, at 130.

⁸⁰ Press Release, Univ. of Heidelberg, University of Heidelberg Returns Fragment of Parthenon Sculptures to Greece Permanently (Jan. 11, 2006), http://www.uni-heidelberg.de/press/news/news06/2601par_e.html. (last visited Feb. 19, 2007).

⁸¹ Christy Papadopoulou, Parthenon Fragment Returns Home, Athens News, Sept. 8, 2006, at A29, available at http://www.athensnews.gr/athweb/nathens.print_unique?e=C&f=13199&m=A29&aa=1&eid os=A. (last visited Feb. 19, 2007).

⁸² Reppas, *supra* note 63, at 115

C. The Stone of Destiny

This traditional coronation stone of Scottish kings and queens was stolen by the English king Edward I approximately seven hundred years ago.⁸³ After centuries of dispute, England decided that the artifact was of great cultural significance and returned the stone to Scotland in

1996.⁸⁴ As Yeshiva University student Melineh S. Ounanian observes about the Marbles dispute, "It is surprising that England (as part of the United Kingdom) is currently making an argument for retaining property that has such significance to another culture, given that it recognized the importance of Scotland's Stone of Destiny".⁸⁵

D. Potential Counterarguments by the United Kingdom

The British have frequently fallen back on the matter of time as a defense for retaining the Marbles. On this matter, Ounanian concedes, A key obstacle separating the case of the Marbles from other cases of cultural property restitution is one of timing. The Ethiopian obelisk (was)...acquired relatively recently. England is basing a large part of its argument on the fact that it has had the marbles for so long. The longer it keeps the marbles in its possession, the stronger that argument will become.⁸⁶

Perhaps the biggest flaw with this reasoning outside the legal context (already addressed in part one of this paper) is that it puts approximately 150 years of British possession on equal footing with nearly 2500 years of Greek ownership.⁸⁷ Furthermore, as noted by cultural property expert Michael J. Reppas, "The cultural nationalistic arguments made by the British pale in comparison to that of the Greeks".⁸⁸ For example, survey information suggests that British nationals are largely in favor of returning the Marbles.⁸⁹ In a 1996 UK poll, over ninety-two percent of the nearly one hundred thousand participants voted to repatriate the Marbles to Greece.⁹⁰

⁸³ Elazar Barkan, *Amending Historical Injustices: The Restitution of Cultural Property - An Overview*, in *Claiming The Stones, Naming The Bones: Cultural Property and the Negotiation of National and Ethnic Identity*, 16, 17 (Elazar Barkan & Ronald Bush eds., Getty Publications 2002).

⁸⁴ Richard Blystone, *Scotland's 'Stone of Scone' Finds its Way Home*, Cnn World News, Nov. 15, 1996, <http://www.cnn.com/WORLD/9611/15/stone.of.scone/> (last visited Feb. 19, 2007).

⁸⁵ Ounanian, *supra* note 65, at 131.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Michael J. Reppas II, *The Deflowering of the Parthenon: A Legal and Moral Analysis on Why the "Elgin Marbles" Must Be Returned to Greece*, 9 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 911, 931-2 (1999).

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

The other potentially viable argument the British could offer concerns the Marbles' impact on both prospective artists, and the wider public. Several years ago, there was an academic debate concerning the "Nefertiti Bust", an artifact which was taken from Egypt, and now resides in Berlin's Egyptian Museum.⁹¹ Professor Stephen Urice, assigned to argue on behalf of Germany, offered a series of policy-oriented arguments for retention of the bust in the German institution.⁹² Among these, Urice incorporated "'a new value(:)...protecting the stream of creative expression'...for the benefit of prospective artists who might be inspired by the bust and, by virtue of their spin-off creations, for the benefit of the general public as well".⁹³ In the context of the Marbles, the United Kingdom could argue that the retention of this property within the renowned British Museum will ensure it is witnessed by masses of tourists and artists drawn to the institution.

This assertion is largely negated by the exceptional recent efforts of the Greeks to preserve their ancient history. In the present day, the government of Greece has set an idealistic – yet attainable – goal for itself: to reunify the Parthenon sculptures in Athens, so that they may be viewed "as the artists originally intended, with the exact layout of the temple, all while making a direct visual connection between the sculptures and the Parthenon itself".⁹⁴ In order to facilitate this setup, a new museum has been constructed in Athens – with the Parthenon visible from the building's upper gallery.⁹⁵ So long as Greece remains stable enough to attract the masses of visitors it historically has played host to, this promising exhibit of the reunified artifacts has the potential to be one of the greatest displays of creative expression on the planet.

Conclusion

In the modern era, the former empires of Europe have been subjected to countless calls for repatriation of cultural property. Perhaps the greatest of these powers could be found in the United Kingdom, and – fittingly – this state is at the center of the biggest cultural property dispute of our time. It is not hard to sympathize with Greece and its request for the Elgin Marbles to be returned to Athens. However, fair legal principles must be applied, and in this situation it is unlikely that Greece could obtain the Marbles through a

⁹¹ James A. R. Nafziger, *International Law, Museums and the Return of Cultural Objects*. by Ana Filipa Vrdoljak. Cambridge, New York, Melbourne: Cambridge University Press, 2008. Pp. Xxxviii, 342. Paper, \$48. *Imperialism, Art and Restitution*. *Edi*, 102 *Am. J. Int'l L.* 408, 413 (2008).

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Fincham, *supra* note 5, at 979.

⁹⁵ *Ibid.*

legal avenue. Relevant facts demonstrate that the Ottomans legally gave Elgin the right to remove the Marbles from the Parthenon.

Furthermore, under the application of current international law, the Greeks have likely lost any right of action for the recovery of the Marbles before an English court. With regards to the potential incorporation of morality into this dispute, there is little – according to moral principles of the nineteenth century – to indicate that Elgin committed a clear wrong by removing the Marbles.

Despite such setbacks, Greece will likely see at least a portion of the Elgin Marbles returned in the near future – due to the impact of the growing, international trend of extrajudicial repatriation of cultural property. This movement has seen several states – including the United Kingdom – return culturally significant objects to their places of origin. Besides the threat of isolation from an international community that engages more and more in such dispute resolution, the British will probably also be compelled to return the Marbles on account of the examples set with Yale University and the University of Heidelberg. In both cases, the possessors complied with the requests for return, and they were rewarded with stewardship of the artifacts at issue, or the possession of similar antiquities offered in goodwill. These opportunities, along with the current environment, will someday override the United Kingdom's interests in holding out over the Elgin Marbles.

Gao Zhen*

More is Better? Overcompensation in Takings in China

Abstract

Nowadays, there is hardly no country holds the doctrine of absolute property right in practice, especially when facing conflicts between public interests and private property rights. As to takings, more and more academic discussions focus on the "public interest" goal and the fair compensation standard instead of the legitimacy of the "takings" concept itself. Takings in China are really noteworthy for their extraordinary large scale and its relationship with the country's rapid economic development. And what's more interesting is that compared to the stereotype of takings as damage to property rights, Chinese people have more complicated attitudes towards takings since potential windfalls and violent conflicts co-exist in this process. Many lower class people even view the compensations of takings as their best way, if not the only one, to improve their living standards in short time. This paper intends to introduce the compensations of takings in China and explain the inner political economy logic briefly.

Annotasiya

Hal-hazırda praktikada, xüsusilə ictimai maraqlar və xüsusi mülkiyyət hüquqları arasında münaqişələrlə üzləşən zaman mütləq mülkiyyət hüququ doktrinasından istifadə edən heç bir ölkə yoxdur. Torpaqlar üzərində mülkiyyət hüququnun məhdudlaşdırılması haqqındakı elmi müzakirələrin çoxu "ictimai maraq" məsələsi və legitim "məhdudlaşdırılma"ların əvəzində ədalətli kompensasiya standartı anlayışı üzərində fokuslanır. Çində belə məhdudlaşdırılma əhalinin ağlasığmaz dərəcədə geniş miqyası və bunun ölkənin sürətli iqtisadi inkişafı ilə əlaqəsinə görə həqiqətən olduqca əhəmiyyətlidir. Və daha maraqlısı məhdudlaşdırılmaların mülkiyyət hüququnun pozulması kimi görülməsi stereotipidir. Uğursuzluq və ciddi münaqişələrin eyni vaxta mövcud olması səbəbindən Çin əhalisinin məhdudlaşdırılmalara münasibətləri daha da mürəkkəbləşmişdir. Aşağı təbəqə əhalinin böyük hissəsi qısa vaxtda yaşayış standartlarının yaxşılaşdırılması üçün torpaqların tutulmasına görə kompensasiyanı yeganə olmasa da, ən yaxşı variant kimi görür. Bu məqalənin məqsədi Çində tutulmaların kompensasiyasını təqdim etmək və daxili siyasi-iqtisadi məntiqi qısaca izah etməkdir.

TABLE OF CONTENTS

INTRODUCTION	16
I. RELATED CONCEPTION CLARIFICATION	16
II. LITERATURE REVIEW	17
III. BASIC INSTITUTIONS OF OVERCOMPENSATION IN CHINA.....	19
IV. POLITICAL ECONOMY ANALYSIS.....	22
V. CONCLUSION.....	24

* Ph.D candidate of School of Public Policy and Management, Tsinghua University.

Introduction

With symbols of demolition that can easily be found nationwide in the last decade, China is named the country of demolition. About 16% of Chinese households (about 65 million households) have once been involved in the eminent domain or demolitions during the process of city renewal and urbanization.¹ Another survey led by Chinese Academy of Social Sciences, which covered 160 towns and 184 villages nationwide, reported that more than half of the 1913 interviewees were eager to get involved in takings, as long as being compensated fairly.² Take car consumption as example; according to the data from China Automobile Dealers Association, among the 80,000 imported cars (which are more expensive and luxurious compared to domestic car) sold in Beijing in 2010, half were sold to condemnees. Fancy cars can very easily be found near Beijing Nanyuan Airport since it's common for the local villagers to get compensation of 20 to 30 million RMB (around 3.5-5 million U.S dollars) in the takings for the airport extension construction program.³

This paper does not intend to illustrate that property right is better protected in China than the US since not all condemnees are well compensated and violent takings do exist in China. However, the phenomenon that more people's living standards are lifted through takings and compensation also should not be neglected by academic discussion. Indeed, the logic of takings in China is more complex than protection or violation of property right itself. It is deeply rooted in the political economy of modern China and reflects the governments' hard balance of economic development and social stability.

I. Related Conception Clarification

According to the Article 10 of Constitution of China, "Land in the cities is owned by the state. Land in the rural and suburban areas is owned by

¹ Richard Silk, *Chinese Push for Urban Growth Carries Social Costs*, *The Wall Street Journal* (Oct. 30, 2013), available at <http://www.wsj.com/articles/SB1000142405270230384310457916742223721620> (last visited Feb. 6, 2017).

² Zhu Qizhen (朱启臻), *Peiyang Nianqing Zhiye Nongmin Shi Yixiang Zhanlue Renwu* (培养年轻职业农民是一项战略任务) [*It is a Strategic Task to Train Young Professional Farmers*], *Renmin Wang Lilun Ban* (人民网理论版) [PEOPLE'S DAILY NET THEORY SECTION] (Jan. 12, 2012, 9:08 AM), <http://theory.people.com.cn/GB/16857462.html>.

³ Mei Xinyu (梅新育), *Zhengdi Chaiqian Buchang Guogao Qushi Jiqi dui Chengzhenghua he Chanye Zhuanyi de Zuai* (征地拆迁补偿过高趋势及其对城镇化和产业转移的阻碍) [*The Trend of Too High Compensation for Takings and Its Negative Effect on Urbanization and Industrial Transfer*], 4 *Tansuo* (探索) [PROBE] 47(2013).

collectives except for those portions which belong to the state in accordance with the law; house sites and privately farmed plots of cropland and hilly land are also owned by collectives. The state may, for the public interest, expropriate or take over land for public use, and pay compensation in accordance with the law. No organization or individual may appropriate, buy, sell or otherwise engage in the transfer of land by unlawful means.”⁴ In another words, no lands in China are owned by individuals, which differs from the traditional western framework of property right. And thus, some concepts in Chinese context need to be clarified in advance.

The first related concept is *CHAI QIAN* (拆迁), the action of expropriation and demolition of buildings and request of the residents to move. The second is *ZHENG DI* (征地), which means the collectively owned rural lands be taken by eminent domain. Due to the rural-urban dual household registration (*HUKOU*, 户口) system, urban lands are state owned and what residents hold is the ownership of the buildings built on the land. While the rural lands and lands of suburb of cities are collectively owned by the village, and each family also has the ownership of the buildings built on the land. Therefore, in Chinese context, the eminent domain can only be used in rural areas and the demolition can be seen both in urban and rural areas. The phenomenon of overcompensation exist in both urban and rural areas although takings in rural areas are more complicated for involving the shift of *HUKOU* style from rural to urban one, which would usually also terminate condemnees’ career as farmers. This article focus on demolitions in urban areas since the existence of real property market in urban areas makes it possible to make comparison to market value, which is seen as an easy and well-accepted standard in the U.S and worldwide.

II. Literature review

The fifth amendment of the U.S constitution provides that “[n]or shall private property be taken for public use, without just compensation”. As to the standard of “just compensation”, “fair market value” is the most widely accepted standard in U.S or worldwide. However, the standard of “fair market value” has long been seen as a fiction and been criticized for both possibility and rationality. Firstly, some scholars discussed that the standard of “market price” is impossible logically. Takings typically happen where negotiations for a market transaction break down, so by definition ‘market value’ is unavailable in takings.⁵ Of course, references like transaction history, similar transaction, rental value, replacement cost, the degree of wear and tear

⁴ XIANFA art. 10 § 1-3 (1982) (China).

⁵ Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *Property: Principles and Policies* 1250 (Foundation Press 2nd ed. 2012).

can all be used to assess the approximate market price, but the accuracy is still hard to be guaranteed. The “thick market”,⁶ which Merrill takes as a requisite for market value standard for compensation, can rarely be qualified in takings, especially in China, where the housing market in urban areas only established in 1998 and not even yet in rural areas. Secondly, many argue that the market price is not reasonable standard for compensation for not including subjective attachment,⁷ as well as some more items that are not covered by market price.⁸

Instead of the standard of market price for compensation, the U.S Supreme Court has stated that the first-best option should put owner if condemned property “in as good a position pecuniarily as if his property has not been taken.”⁹ This can be divided into the subjective category and objective category. Condemnees’ subjective indifference to takings could be a favorable status although quite hard to assess. However, some interesting and experimental mechanisms have been designed and suggested to help, among which the tax-related self-assessment is the most highlighted and potentially feasible.¹⁰ Objective methods are more variedly designed. “Specific items add-on” standard emphasizes on compensating those out-of-pocket but uncompensated expenses, including the attorney’s fee, relocation fee, which takees have actually paid but not included into market value.¹¹ Quite a lot of policies take “specific items add-on” standard as reference in reality. For

⁶ Thomas W. Merrill, *Incomplete Compensation for Takings*, 11 N.Y.U. Envtl. L. J 110, 116 (2002).

⁷ See, e.g., Robert C. Ellickson, *Alternatives to Zoning: Covenants, Nuisance Rules, and Fines as Land Use Controls*, 40 U. CHI. L. REV 681, 735 (1973) (using the concept of “consumer surplus” to illustrate “the excess of this subjective value over market value”); Thomas W. Merrill, *The Economics of Public Use*, 72 CORNELL L. REV 61, 83 (1986) (suggesting that condemnee may not be compensated for the “subjective premium” that “he might attach to his property above its opportunity cost”); MARGARET JANE RADIN, REINTERPRETING PROPERTY 3 (1993) (developing the “personality theory of property” which emphasizes that “ownership is bound up with self-constitution or personhood”).

⁸ See, e.g., Katrina Miriam Wyman, *The Measure of Just Compensation*, 41 U.C Davis L. Rev. 239, 254-255 (2007) (categorizing “non-compensable losses” as “out-of-pocket expenses”, “difficult-to-quantify intangible or subject losses” and missed gain); Lee Anne Fennell, *Taking Eminent Domain Apart*, 2004 Mich. St. L. Rev 957, 963-966 (2004) (categorizing “uncompensated increment” as “the subjective premium”, a chance of reaping “surplus from transfer” and owner’s “autonomy to decide when and whether to sell”); Nicole Stelle Garnett, *The Neglected Political Economy of Eminent Domain*, 105 Mich. L. Rev 101, 106-109 (2006) (categorizing the “unjust compensation” as “economic losses”, “subjective losses” and “dignitary harms”).

⁹ *Olson v. United States*, 292 U.S. 246, 255 (1934).

¹⁰ Nathan Burdsal, *Just Compensation and the Seller’s Paradox*, 20 BYU J. Pub. L 79, 96 (2005) (suggesting a self-assessment model which “can be used in conjunction with the tax-based insurance model to determine the willingness of individual sellers”). See also, Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, *Taking Compensation Private*, 59 Stan. L. Rev 871, 871-875 (2007).

¹¹ See, e.g., Garnett, *supra* note 9, at 121.

example, the Uniform Relocation Assistance and Real Property Acquisition Policies Act of 1970 (URA) covers the relocation expenses by federal funds.¹² “Proportional increase” standard suggests certain percentages of bonus payments for compensation.¹³ Another alternative is “benefit/loss equivalent” standard, which is raised by Roger P. Smith. It sets compensation equal to the benefit received by the taker from acquiring the property or based on the loss to the owner.¹⁴ A fourth method is “living standard equivalent” standard. Wyman recommends an “objectively indifferent to takings” standard which would be “a considered judgement by outsiders about the amount of compensation required to allow a take to enjoy the elements of socially valuable life to the same extent that she enjoyed them before the taking.”¹⁵ All these objective standards can be found in China’s practice solely or in combination case by case.

III. Basic Institutions of Overcompensation in China

As mentioned above, although lands do not belong to individuals, buildings do. Takings of buildings also follow the rule of public purpose and fair compensation according to the Constitution.¹⁶ And the establishment of urban housing market in 1998 makes “market price” gradually accepted as a basic line, although not rigid and only one. Article 19 of *Regulation on the Expropriation of Buildings on State-Owned Land and Compensation* requires that “compensation for the value of expropriated housing may not be lower than the real estate market prices of expropriated housing on the day the housing expropriation decisions are announced.”¹⁷ Since this regulation is made by the

¹² 42 U.S.C. § 4630 (2000).

¹³ See e.g., John Fee, *Eminent Domain and the Sanctity of Home*, 81 NOTRE DAME L. REV. 783, 814-815 (2006) (recommending a compensation standard of market value plus “X percent” of that value, in which X depends on the length of living, ranging from 2 to 60); Richard A. Epstein, *Takings: private property and the power of eminent domain* 173-174 (1985) (emphasizing that the surplus generated by takings over market price should be divided evenly and giving the example of New Hampshire Mill Act’s compensation standard that be “payable to the owner of flooded land at 50 percent above the market value, thereby ensuring a division of the surplus brought about by the forced exchange”); Thomas S. Ulen, *The Public Use of Private Property: A Dual Constraint Theory of Efficient Governmental Takings*, in *Taking Property & Just Compensation: Law & Economics Perspectives of the Takings Issue* 163, 180 (Nicholas Mercuro ed. 1992) (proposing the compensation of 125% of market value).

¹⁴ Roger P. Smith, *Real Property Valuation for Foreign-Wealth Deprivations*, in *The Valuation of Nationalized Property in International Law* 141 (Richard B. Lillich ed. 1972).

¹⁵ See Wyman, *supra* note 9, at 244.

¹⁶ Xianfa art. 13 § 3 (1982) (China).

¹⁷ Guoyou Tudi Shang Fangwu Zhengshou yu Buchang Tiaoli, (国有土地上房屋征收与补偿条例) [Regulation on the Expropriation of Buildings on State-Owned Land and Compensation] (promulgated by St. Council, Jan. 21, 2011, effective Jan. 21, 2011), §§ 19, St. Council Gaz., Jan. 30, 2011, at 3, <http://landwise.resourceequity.org/record/270> (China).

State Council and is of legal force nationwide, “no lower than” market price could be seen as a national framework principle of compensation. In other words, the overcompensation can be viewed as the original goal of compensation to some extent. And the alienation of the institutions in practice sometimes enlarged the degree of overcompensation to an unreasonable one.

There are several specific institutions are widely used to guarantee the realization of the “no lower than” market price standard in China. The first important institution is the dual-compensation institution, through which governments provide housing compensation as an alternative for monetary compensation. The article 21 of the *Regulation on Expropriation of Buildings on State-Owned Land and Compensation* entitles an owner to “choose either monetary compensation or exchange of titles.”¹⁸ The dual-compensation institution itself could be seen as a product of the transformative period from planned economy to market economy. Housing compensation solves the problem of incomplete market system in early years. To those families whose only house facing takings, the exchange of titles could help to prevent them from being homeless. Actually, millions families took housing compensation as first choice and have moved to the new apartment buildings constructed by governments. Providing and encouraging housing compensation can be seen as a nudge by the governments who intend to improve the housing condition of condemnees as well as reduce the marginal cost by constructing new apartment buildings in large amount. The housing compensation also offers a solution to the undercompensation caused by ignoring “the value that property owners derive from living in a close-knit community”.¹⁹ The families that treasure the community-tie and relationship with neighbors can choose to move to the same community or even the same building. The overcompensation is most possible and obvious in takings of poor-conditioned housings, such as slums, which are of very low market value or even no willing buyers at all. Housing compensation can surely help to improve the housing condition of those poor families. When Premier Li Keqiang visited a slum in Shanxi Province in the Jan. 1, 2016 as the first investigation of the New Year, the inhabitants there complained to him that the housing conditions were too poor that they even had difficulty in using toilets. Premier Li expressed understanding and said he once lived in this kind of slum and queued to get to toilet as well.²⁰ Since some basic requirements

¹⁸ *Id.* §§ 21.

¹⁹ Gideon Parchomovsky & Peter Siegelman, *Selling Mayberry: Communities and Individuals in Law and Economics*, 92 Cal. L. Rev. 75, 84 (2004).

²⁰ Zou Chunxia (邹春霞), Li Keqiang Kainian Kaocha you Shenme Jiangjiu (李克强开年考察有什么讲究?) [What's Remarkable about Li Keqiang's First Investigation of the New Year?], Zhongguo Zhengfu Wang (中国政府网) [China Gov Net] (Jan. 5, 2016, 9:54 AM), http://www.gov.cn/zhengce/2016-01/05/content_5030712.htm.

cannot be met, it is not strange at all that in some cases inhabitants are so eager to takings, which could provide new apartments as well as new life.

A second institution is the minimum compensation standard, which aim to guarantee the basic requirement for living. The specific minimum standards are set by local governments, varying case by case. But some provinces set lowest standard by local regulations. For example, Inner Mongolia sets 50 square meters as minimal compensation standard for housing compensation²¹, which means no matter how low the market value of the original house is, the compensating housing cannot be smaller than 50 square meters and the minimal monetary compensation should be no less than 50 square meters multiply unit market price. Zhejiang²² and Shandong²³ Province both set the minimal standard as 45 square meters. In practice, the more local the government is, the higher the minimal standards it may set. Actually, the housing types of new constructed apartment buildings for compensation are standardized, usually of one-bedroom, two-bedrooms or three-bedrooms types. Once enrolled in takings, even the houses with poorest original conditions can be compensated for at least one-bedroom apartments. High value taken house can get compensation of several units of apartments with combination of these three types.

A third important institution is the housing population reference for compensation, which is closely related to household registration (*Hukou*) system. Although market value is the basic standard for compensation, housing population is also considered in the calculation of compensation. Take Shanghai as an example, the regulation guarantees 22 square meters per person.²⁴ In another word, if a small housing were registered with many members, the government would compensate according to population

²¹ Neimenggu Zizhiqu Guoyou Tudi shang Fangwu Zhengshou yu Buchang Tiaoli, (内蒙古自治区国有土地上房屋征收与补偿条例) [Regulation on Expropriation of Buildings on State-Owned Land and Compensation of Inner Mongolia Autonomous Region] (promulgated by the Standing Comm. Inner Mongolia People's Cong., Nov. 25, 2015, effective Mar. 1, 2016), §§ 30, CLI.10.1142763 (Lawofchina).

²² Zhejiang sheng Guoyou Tudi shang Fangwu Zhengshou yu Buchang Tiaoli, (浙江省国有土地上房屋征收与补偿条例) [Regulation on Expropriation of Buildings on State-Owned Land and Compensation of Zhejiang Province] (promulgated by the Standing Comm. Zhejiang People's Cong., May. 28, 2014, effective Oct. 1, 2014), §§ 22, CLI.10.864217 (Lawofchina)

²³ Shandong sheng Guoyou Tudi shang Fangwu Zhengshou yu Buchang Tiaoli, (山东省国有土地上房屋征收与补偿条例) [Regulation on Expropriation of Buildings on State-Owned Land and Compensation of Shandong Province] (promulgated by the Standing Comm. Shandong People's Cong., Nov. 27, 2014, effective Mar. 1, 2015), §§ 25, CLI.10.1036823 (Lawofchina)

²⁴ Shanghai shi Guoyou Tudi shang Fangwu Zhengshou yu Buchang Shishi Xize, (上海市国有土地上房屋征收与补偿实施细则) [Rules of Shanghai Municipality on Implementing House Expropriation and Compensation on State-Owned Lands] (promulgated by the Standing Comm. Zhejiang People's Cong., May. 28, 2014, effective Oct. 1, 2014), §§ 31, CLI.11.542894 (EN) (Lawofchina).

standard instead of market price standard.

In a word, all these institutions are designed to offer mild overcompensation and lift the living condition for the condemnees. However, the plural and flexible compensation standards can easily lead to opportunism, corruption and windfalls in takings. For example, the families who get the information of taking plans from insiders or those only predict of takings could do some preparations by increasing registered family members, enlarging the housing by illegal construction or just purchasing the housings in these areas before the date of declaration of takings. Interestingly, the divorce rate rose dramatically in some takings since the increasing housing needs caused by divorce would usually be admitted by the takers.²⁵ Others enlarge the family population by inviting relatives or friends to transfer their household registration to the housing to be taken. All these methods can raise the risk of moral hazard and distribution conflict, which may ruin the ethical foundation of the society.

Besides these formal institutions and their alienation in practice, another important cause of overcompensation is holdout. The phenomenon of nail householders did not originate from China, but is greatly developed in this country. There are nail householders in almost every taking case in China, no matter for pure public interest or for economic development.²⁶ Most nail householders got overcompensation or windfalls at the end in practice, stimulating more to imitate and upgrading the conflicts between condemnees and governments.

IV. Political Economy Analysis

The unique phenomenon of overcompensation in China can be viewed as a product of government's attempt of balancing the economic development and social stability. Rapid economic development of China in last 30 years is the basic background of frequent takings. Neither infrastructure construction nor urban renewal can happen without takings. The Slogan of "No demolition, no development" has been used by local officials when advocating takings to the condemnees. Local governments and officials have full incentives to takings for several reasons.

²⁵ Hao Shaobin (郝绍斌), *Zhadui Lihun Kaoyan Jiceng Zhengdi Chaiqian Zhihui* (扎堆离婚考验基层征地拆迁智慧) [*Soaring Divorce Rate Challenge Local Taking Practice*], Zhongguo Fayuan Wang (中国法院网) [CHINA COURT NET] (May. 26, 2016, 8:41AM), <http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/05/id/1884301.shtml> (last visited Feb. 6, 2017)

²⁶ Emily Chan & Oliver Chan, *You'll Have to Build Around Us! 'Nail' House Stand defiant Against Property Developers as Stubborn Residents Refuse to Move Away*, DAILY MAIL, (July 22, 2015, 9:02AM), <http://www.dailymail.co.uk/news/peoplesdaily/article-3170596/You-ll-build-Nail-houses-stand-defiant-against-property-developers-stubborn-residents-refuse-away.html> (last visited Feb. 6, 2017).

Firstly, the promotion mechanism of local officials, which emphasizes GDP and economic development, also stimulates them to demolish and construct. Compared to other strategy of economic development, like industry upgrade or technical innovation, takings and constructions bring much faster and more obvious effect to local development. In fact, the revenue of land sales is the largest income in local finance in many areas. Take Beijing as example, the annual financial income of 2015 was 472.3 billion RMB²⁷ (around 73 billion U.S dollar), while the revenue of land sales was more than 200 billion RMB²⁸ (around 31 billion U.S dollar). The proportion of land revenue could be higher in other cities since their resources of financial income are not as plural as Beijing.

Secondly, takings and construction offer great opportunity for corruption. A survey shows that among the 83 senior officials involving in corruption cases during November 2011 to November 2013, more than half were related to the corruption in takings and construction.²⁹ Last but not least, the new and modern appearance of the local areas and the convenience of infrastructures could help to realize the self-achievement of local officials.

The economical motive could lead to large scale of takings. But the overcompensation is the result of balancing both economical and political goal. Gevinson argues that government actors in the U.S. mainly respond to political incentives, not financial ones- to votes, not dollars.³⁰ This logic is similar here. But the index of political incentives here is not votes, but people's satisfaction, which usually show in a counter form, dissatisfaction and conflicts. This is a more basic and strict requirement constrained to governments of all levels. Stability is the top concern, as well as the foundation of any development. To local officials in China, social conflicts even of small scale could easily destroy their whole political careers. Takings in early days

²⁷ Sha Lu (沙璐), 2015 Beijing Caizheng Shouru 4723yi yuan Wancheng Yusuan (2015北京财政收入4723亿完成预算) [*Beijing Financial Revenue of 472.3 Billion Yuan, Meeting the Budget*], Xin Jing Bao Wang (新京报网) [Beijing News Net], (Jan. 6, 2016), http://epaper.bjnews.com.cn/html/2016-01/06/content_617103.htm?div=0 (last visited Feb. 6, 2017).

²⁸ Li Haixia (李海霞), Beijing 2015nian Tudi Churangjin chao 2000yi (北京2015年土地出让金超2000亿) [*Land-transferring of Beijing in 2015 was more than 200 billion yuan*], Qian Long Wang (千龙网) [QIANLONG NET], (Dec. 24, 2015, 2:46PM), <http://beijing.qianlong.com/2015/1224/217458.shtml> (last visited Feb. 6, 2017).

²⁹ Liu Jun (刘俊), Shibada hou 83 ming Luoma Guanyuan Duoshu yu Dachai Dajian Youguan (十八大后83名落马官员多数与大拆大建有关) [*Most of the 83 Senior Officials Implicated in Corruption after 18th CPC National Congress were Involved in Takings and Construction*], Wang Yi Wang (网易网) [NETEASE], (Nov. 14, 2013, 11:21AM), <http://news.163.com/13/1114/11/9DKUD6JD0001124J.html> (last visited Feb. 6, 2017).

³⁰ Daryl J. Gevinson, *Making Government Pay: Markets, Politics, and the Allocation of Constitutional Costs*, 67 U. Chi. L. Rev 345, 345 (2000).

were relatively peaceful since they were mainly for public interest and condemnees were more easily to be satisfied to the compensation. But the stories of windfalls lift condemnees' expectations greatly, encouraging them to struggle and bargain. Takings in cities are usually not isolated ones, but clearings,³¹ which could easily lead to collective and severe social unrest. The frequent conflicts in takings in recent years push governments to introduce some institutions to avoid the instability caused by takings. The first is the pre-taking social stability risk assessment required by article 12 of the *Regulation on the Expropriation of Buildings on State-owned Land and Compensation*.³² Takings that are assessed as of high social stability risk need be denied or postponed by the local governments. A second institution is the pre-taking agreements, which need be signed by condemnees and governments. Only if certain proportions of owners agree to the plans of takings and compensations, takings could be put into practice. The necessary agreement rates are set by local governments, basically varying from 70% to 90%. For example, Shanghai sets 80%³³ as baseline for all the urban renewal programs. Pure public interest takings are only required get the baseline set by local governments. While economic development program are usually asked for higher agreement rate to control risk. It is a little tricky that in some cases, the agreement rate is high enough to start a taking program, but condemnees refused to follow the agreement they signed before and ask for higher compensation. A third usual method is pre-taking owners conference, which intends to enhance democracy and transparency though participation and negotiation between two parties. This method is also not so effective since many of them are unwilling to participate and express real need until the final individualized negotiation for compensation. The relationship between condemnees could be subtle, they may unit as a whole to ask for more compensation, but they may also envy or complain others' windfalls. Some nail householder which get windfalls are even required to sign confidentiality agreement to avoid new potential conflicts for inequality.

V. Conclusion

In Calabresi and Melamed's classical framework³⁴, what the Fifth Amendment of U.S Constitution provides its liability rule protection for property owner. While Chinese taking practice usually departs from the liability rule, and reaches a fragile balancing point between liability rule and

³¹ Gideon Parchomovsky & Peter Siegelman, *supra* note 24, at 137-138 (categorizing takings cases into isolated takings, tippings, and clearings three categories).

³² See *supra* note 22, §§ 12.

³³ See *supra* note 25, §§ 21.

³⁴ See generally, Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 Harv. L. Rev 1089 (1972).

property rule. The compensation institutions in China have the advantages of lifting the overall housing condition and welfare of the condemnees. However, the overcompensation, which is based on the rapid economic development, is not sustainable once the economic development slows down. Moreover, the overcompensation in takings may lead to opportunism, corruption as well as more serious inequality between families which have been taken and which have not. All in all, the phenomenon and experience of takings in China should still be introduced and discussed both academically and practically.

*Liubashenko Viacheslav Igorovych**

Legal Basis of the Responsibility of a State to Protect Its Population in International Law

Abstract

The modern international law based on the assumption that a state is a sovereign unit but with certain limitations to action inside and outside state. The responsibility to protect is one of those limitations towards actions of a state inside national borders. The article analyzes first pillar of the concept – the responsibility of a state to protect its own population from genocide, ethnic cleansing, war crimes and crimes against humanity – and embodies analysis of relevant documents of the international law: the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948, the Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid 1973, and the Geneva Conventions. The Author determines the structure of the responsibility of a state to protect its own population: (1) positive obligation, that can be described through the obligation for positive development of the national legislation as to the sphere of the responsibility to protect, the obligation to prosecute criminals responsible for international crimes, the obligation to cooperate in case of crimes prevention, and (2) the common negative obligation of a state to refrain from committing international crimes. Also, the Author concludes that the duty of a state to accept humanitarian aid from the international community does not exist legally.

Annotasiya

Müasir beynəlxalq hüquq suveren vahid olan dövlətin bəzi daxili və xarici fəaliyyət imkanlarının məhdudluğu fərziyyəsi üzərində qurulmuşdur. Qorumaq məsuliyyəti dövlətin sərhəddaxili fəaliyyətindəki məhdudiyyətlərdən biridir. Məqalədə anlayışın əsas sütunu – dövlətin əhalisini genosid, etnik təmizləmə, müharibə cinayətləri və insanlıq əleyhinə cinayətlərdən qoruması öhdəlikləri araşdırılır və müvafiq beynəlxalq hüquqi sənədlər analiz edilir: Soyqırım Cinayətlərinin Qarşısının Alınması və Cəzalandırılması haqqında Konvensiya 1948, Aparteid Cinayətlərinin Qarşısının Alınması və Cəzalandırılması haqqında Konvensiya 1973, Cenevrə Konvensiyaları. Müəllif dövlətin əhalini qorumaq məsuliyyətinin strukturunu müəyyən edir: (1) Pozitiv öhdəlik - qorumaq məsuliyyəti üzrə milli qanunvericiliyi pozitiv cəhətdən inkişaf etdirmək öhdəliyi kimi təsvir edilir, beynəlxalq cinayət törədən şəxslərin ittiham olunması öhdəliyi, qadağan olunmuş cinayətlərlə bağlı işlərin açılmasında əməkdaşlıq öhdəliyi və (2) dövlətin beynəlxalq cinayətlərdən çəkinməsi ilə bağlı neqativ öhdəlik. Müəllif bu nəticəyə gəlir ki, dövlətin beynəlxalq ictimaiyyətdən humanitar yardım qəbul etmək vəzifəsi hüquqən mövcud deyil.

* 3-rd year Ph.D. student at National University “Odessa Law Academy”.

TABLE OF CONTENTS

INTRODUCTION	27
I. FOUNDATIONS OF THE RESPONSIBILITY OF A STATE TO PROTECT ITS OWN POPULATION.....	28
II. THE DUTY OF A STATE TO ACCEPT HUMANITARIAN AID	30
III. STRUCTURE OF THE RESPONSIBILITY OF A STATE TO PROTECT ITS OWN POPULATION	32
IV. OBLIGATIONS OF A STATE UNDER THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE 1948.....	33
V. OBLIGATIONS OF A STATE UNDER THE CONVENTION ON THE SUPPRESSION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF APARTHEID 1973.....	35
VI. OBLIGATIONS OF A STATE UNDER THE GENEVA CONVENTIONS 1949.....	36
CONCLUSION	39

Introduction

The responsibility to protect concept is a quite modern phenomenon in international law. The concept was legally fixed in the 2005 World Summit Outcome Document (UN General Assembly Resolution 60/1); henceforward the responsibility to protect was considered by the institutions of the United Nations score of times¹. The responsibility of a state to protect its own population is the first and the most consensual part of the concept²; the responsibility of a state is primary and basic as to the corresponding responsibility of the international community. It does not introduce new norms or principles into corpus of international law, but it helps on within existing law; thus, the concept (and its primary pillar) corresponds to international law and deals with existing norms with a goal to structure separated norms into an effective tool against mass atrocities.

The 2005 World Summit Outcome Document is to a certain degree silent about the responsibility of a state. The wordings like “...*responsibility entails the prevention of such crimes, including their incitement, through appropriate and necessary means...*” do not provide such responsibility with the content. Specification of the responsibility of a state to protect its own population can be found in documents of soft law³ and the doctrine, but a deep analysis of

¹ From 2008 – annual debates at the UN General Assembly; In 2008 the UN General Secretary appointed the Special Adviser on the Responsibility to Protect; the UN Security Council has used the concept in Resolutions 1674, 1706, 1970, 1973, 1975, 1996, 2014 etc.

² No one state denies the responsibility to protect its population as a formal obligation; discussion is continuing on the measures and tools which forms the content of the responsibility of a state to protect its population.

³ Implementing the Responsibility to protect, Report of Secretary-General (2009), UN Doc. A/63/677, at: <http://responsibilitytoprotect.org/implementing%20the%20rtop.pdf> (last visited 05.11.2016); Responsibility to Protect: State Responsibility and Prevention, Report of Secretary-General (2013), UN Doc. A/67/929-S/2013/399, at:

existing “hard” norms (and common understanding by states) is urgent for the concept to be accepted by the international community.

The main problem that has to be discussed is the concrete formulation of the different elements of the whole concept; it is also true for the responsibility of a state to protect its own population. Modern international law allows juridical interpretation whereby old norms afford a deeper sense in the situation of a new legal reality⁴; thus, the concrete meaning of the norm may derive through the practice or interrelations with other norms. Generally speaking, the responsibility to protect does not create new norms and we need to look and to comprehensively analyze the existing rules to discover the content of the responsibility of a state to protect its own population. Thence, the aim of the article is to provide a detailed analysis of the content of the responsibility of a state to protect its own population within the corpus of existing modern international law.

I. Foundations of the responsibility of a state to protect its own population

The responsibility to protect according to the 2005 World Summit Outcome Document deals with four categories of international law: genocide, ethnic cleansing, war crimes and crimes against humanity. The concept is indisputably based on the documents of international human rights law⁵, but deploys them on special occasions – *ad extra* violations of human rights.

The responsibility of a state to protect its own population had existed before the International Commission on Intervention and State Sovereignty issued in 2001 its Report “The Responsibility to Protect”; the International Commission just modified formulations in appliance with genocide, ethnic cleansing, war crimes and crimes against humanity. This fact enables scientists to consider the existence of this responsibility as a customary norm⁶,

[http://responsibilitytoprotect.org/SG%20report%202013\(1\).pdf](http://responsibilitytoprotect.org/SG%20report%202013(1).pdf) (last visited 05.11.2016); Compendium of United Nations standards and norms in crime prevention and criminal justice, UNDOC (2006), at: https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Compendium_UN_Standards_and_Norms_CP_and_CJ_English.pdf (last visited 05.11.2016); NEPAD Framework Document, (2001), at: <http://www.nepad.org/nepad/knowledge/doc/1767/nepad-framework-document> (last visited 05.11.2016); etc.

⁴ See: Malcolm N. Shaw, *International Law*, 932-938 (6th edition, 2008) [hereinafter “Shaw”].

⁵ See: The Universal Declaration of Human Rights (1948); The International Covenant on Civil and Political Rights (1966); The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966); The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950); etc.

⁶ See: Alex J. Bellamy, *The Responsibility to Protect – Five years on*, 24:2 *Ethics and International Affairs* 143, 160 (Summer 2010); Rachel Van Landingham, *Politics or Law? The Dual Nature of the Responsibility to Protect*, 41:1 *Denv. J. Int’l L. & Pol’y* 63, 78-79 (2012).

especially when even main opponents of the concept in the UN, such as Venezuela, Cuba, Myanmar, Nicaragua and Sudan, do not deny such a responsibility⁷. Despite this, the problem of the concept's definition is still on the table: the responsibility of states is formulated in common terms and is not concretized in "hard" law, but does in soft international law⁸. Thus, the nature of the responsibility of a state to protect its own population is that of the result, and it does not obligate states to use certain measures. As the International Court of Justice has said in the *Case concerning application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide*: "...the obligation in question is one of conduct and not one of result, in the sense that a State cannot be under an obligation to succeed, whatever the circumstances, in preventing the commission of genocide: the obligation of States parties is rather to employ all means reasonably available to them, so as to prevent genocide so far as possible"⁹.

The 2005 World Summit Outcome Document fixed the responsibility of a state to protect its own population in the following way: "138. Each individual State has the responsibility to protect its populations from genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity. This responsibility entails the prevention of such crimes, including their incitement, through appropriate and necessary means. We accept that responsibility and will act in accordance with it...". The responsibility of a state to protect its own population concretizes the common principle of respect for human rights in a particular situation (the sphere of the responsibility to protect) – crimes of genocide, ethnic cleansing, war crimes and crimes against humanity. The responsibility derives from international legal obligations and sovereignty; through which the states possess the territorial supremacy within their borders and the independence in international relations¹⁰. The UN Secretary-General Ban Ki Moon also defines, that "...it is based on the conviction that State sovereignty is enhanced through more effective protection of populations from atrocity crimes. The responsibility to protect and State sovereignty are thus allies, not adversaries"¹¹. Due to the principle of sovereignty the state (neither the international community, nor the UN) has the primary responsibility to protect its own population, but this responsibility is not complete or sufficient in international law; it is

⁷ Luke Glanville, *The Responsibility to Protect Beyond Borders*, 12:1 Human Rights Law Review 1, 3 (2012).

⁸ First of all, in: Responsibility to Protect: State Responsibility and Prevention, Report of Secretary-General (2013), UN Doc. A/67/929-S/2013/399, at: [http://responsibilitytoprotect.org/SG%20report%202013\(1\).pdf](http://responsibilitytoprotect.org/SG%20report%202013(1).pdf) (last visited 05.11.2016).

⁹ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, § 430.

¹⁰ Карташкин В.А., *Защита прав человека: от гуманитарной интервенции к использованию механизмов ООН*, 9 Обозреватель – Observer 12, 16 (2012).

¹¹ A vital and enduring commitment: implementing the responsibility to protect. Report of the Secretary-General (2015). UN Doc. A/69/981-S/2015/500, 5-6 at: <http://www.un.org/ru/preventgenocide/adviser/report2015.pdf> (last visited 29.10.2016)

directly linked to the corresponding and subsidiary responsibility of the international community to prevent and to react to the failure of a state.

It is worth noting that the responsibility of a state to protect its own population is applied territorially, i.e. to all population of a state irrespective of nationality, citizenship or other characteristics. The Secretary-General precisely noted "...*"populations" refers not only to citizens or civilians but to all populations within State borders*"¹². It is quite important for the understanding of the responsibility to protect, which contrasts sharply with the intervention of a state aiming to save its own citizens on the territory of another state.

II. The duty of a state to accept humanitarian aid

The connection of the primary responsibility of a state to protect its own population with the corresponding responsibility of the international community to prevent and to react to the failure of a state is undeniable. However, some authors amplify this connection, as Carsten Stahn: "*Responsibility to protect is based on the assumption that the host state has a duty to accept aid, assistance, or even the use of force from the outside. This idea may be found in the final clause of Article 2(7) of the Charter*"¹³. While interpreting the Article 2(7) of the UN Charter¹⁴ we should keep in mind sensibility of states and international organizations to the broad interpretation of international law – it is quite known that broad interpretation of norms can lead to the abuse of prescribed rights and non-execution of legal duties. In case of the duty of a state to accept humanitarian aid (especially in different forms and under special conditions), there is a strong possibility for abusing the right to give such aid by powers of high political interest. It follows that theoretically the duty of a state to accept humanitarian aid contradicts with the sense and the aim of the Article 2(7) of the UN Charter.

Indirect acknowledgement of such assumption (about existing of the legal duty of a state to accept humanitarian aid) can be found in the UN Security Council Resolution 2165 (2014); but the reading of the text of the resolution in its entirety is essential for the analysis: the UN Security Council "*deeply disturbed by the continued, arbitrary and unjustified withholding of consent to relief*

¹² Responsibility to Protect: State Responsibility and Prevention, Report of Secretary-General (2013), UN Doc. A/67/929-S/2013/399, at:

[http://responsibilitytoprotect.org/SG%20report%202013\(1\).pdf](http://responsibilitytoprotect.org/SG%20report%202013(1).pdf) (last visited 05.11.2016);

¹³ Carsten Stahn, *Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm*, 101:1 The American Journal of International Law 99, 119 (2007).

¹⁴ The Article 2 (7) of the UN Charter:

Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII.

operations and the persistence of conditions that impede the delivery of humanitarian supplies to destinations within Syria, in particular to besieged and hard-to-reach areas, and noting the United Nations Secretary-General's view that arbitrarily withholding consent for the opening of all relevant border crossings is a violation of international humanitarian law..."¹⁵. There is an appealing position of the UN Security Council in its Resolution 2165 (2014) with regards to the duty to accept aid – the UN Security Council only cites the view of the UN Secretary-General as an authoritative position inside the UN system towards the particular situation (the Civil war in Syria), but states nothing about the existence of the common duty of states to accept aid in different forms as a legal norm in international law.

As a legal norm, the duty to accept aid directly contradicts with the foundation of modern international system – the principle of sovereignty. Another case to support the position of non-existence of the state's duty to accept several forms of humanitarian aid is the practical situation in 2008 towards the intervention in Myanmar (Burma)¹⁶. Immediately after Cyclone Nargis struck Myanmar on 2 May, 2008, the government of Myanmar refused to accept humanitarian aid from the international community. Restrictions imposed upon visas for aid workers and the perseverance upon self-distribution prompted anxieties regarding the unmonitored destinations of such aid and the increasing vulnerability of stricken populations¹⁷. The continuing resistance from the government and deteriorating humanitarian situation in Myanmar induced French Foreign Minister Bernard Kouchner to invoke the responsibility to protect and the possibility for launching military intervention to deliver aid to the victims of Cyclone¹⁸. This proposition was rejected by states as illegal and politically causeless¹⁹ and gave a rise to the

¹⁵ Security Council. Resolution 2165 (2014) of 14 July 2014. UN Doc. S/RES/2165 (2014), at: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2165\(2014\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2165(2014)) (last visited 11.11.2016).

¹⁶ Detailed analysis of crisis in Myanmar (Burma) 2008 can find in: Andrew Selth. *Even Paranoids Have Enemies: Cyclone Nargis and Myanmar's Fears of Invasion*, 30:3 Contemporary Southeast Asia, 379-402 (2008); Alison McCormick. *From Sovereignty to Responsibility: An Emerging International Norm and Its Call to Action in Burma*, 18:1 Indiana Journal of Global Legal Studies, 563-591 (Winter 2011).

¹⁷ See: M. Weaver, *Cyclone Nargis relief effort in Burma* (2008), at: <http://www.guardian.co.uk/news/blog/2008/may/07/cyclonenargisinburmathere> (last visited 11.11.2016); and Human Rights Watch Report, *I Want to Help My Own People* (2010), at: <http://www.hrw.org/en/reports/2010/04/29/i-want-help-my-own-people> (last visited 11.11.2016).

¹⁸ The International Coalition for the Responsibility to Protect. *Crisis in Burma* (2013), at: <http://www.responsibilitytoprotect.org/index.php/crises/crisis-in-burma> (last visited 29.10.2016).

¹⁹ E.g. position of China: *China Blocking UN Responsibility to Protect Action for Burma* (2008), at: <http://burmacampaign.org.uk/china-blocking-un-responsibility-to-protect-action-for-burma/> (last visited 11.11.2016); Great Britain: *Bypass junta's permission for aid, US and*

issue of the international legal response to disaster relief²⁰. From a particular standpoint, the duty of a state to accept humanitarian aid does not legally exist. Nevertheless, non-acceptance of international humanitarian aid by a state can handle legal matters as an indicator of the government intention for determining “state failure”²¹.

III. Structure of the responsibility of a state to protect its own population

The responsibility of a state to protect its own population has a dual structure: the positive responsibility (or duty) of a state to put into the national practice and to protect basic human rights, that is to set a secure environment inside the state where every person or a group of persons bears the responsibility for infringement or violation of human rights; and the negative duty of state to exclude the possibility of infringement or violation of human rights by national authorities. This structure derived from the normative regulation of the issue: basic human rights documents put obligations on the state for ensuring human rights on national level²² (positive duty) and another group of norms of international humanitarian law and international criminal law puts on the state the duty to refrain from illegal acts such as genocide and war crimes²³ (negative duty). Despite the fact that the responsibility to protect

France urge (2008), at:

<https://www.theguardian.com/world/2008/may/09/cyclonenargis.burma> (last visited 11.11.2016); Vietnam and Indonesia (as non-permanent members of UN Security Council): Security Council Report. Updated Report No. 4: Myanmar (2008), at: <http://www.securitycouncilreport.org/update-report/lookup-c-gIKWLeMTIsG-b-4130257.php> (last visited 11.11.2016).

²⁰ See: The International Law of Disaster Relief. Ed. by David D. Caron [and] Michael J. Kelly [and] Anastasia Telesetsky (2014); J. Benton Heath, *Disasters, Relief, and Neglect: the Duty to Accept Humanitarian Assistance and the Work of International Law Commission*, 43 *International Law and Politics*, 419-477 (2011).

²¹ See: Adrian Gallagher, *Syria and the indicators of a “manifest failing”*, 18:1 *The International Journal of Human Rights*, 1-19 (2014).

²² The Preamble of the Universal Declaration of Human Rights 1948: “...a common standard of achievement for all peoples and all nations...”; the Article 2(1) of the International Covenant on Civil and Political Rights 1966: “Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure...”; the Article 2(1) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966: “Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation...”; the Article 1 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950: “The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms...”. It is easy to see that rights and freedoms of citizens are impossible to ensure without legal obligations of national states.

²³ This method is common for the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948, the Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid 1973, the Rome Statute of the International Criminal Court 1998, the Geneva and

in the wording of the World Summit Outcome Document 2005 (§§138-140) does not directly impose on the state the positive duty to ensure an effective human rights protection, the existence of this duty derived from the following wording – protecting from genocide, ethnic cleansing, war crimes and crimes against humanity envisages foremost human rights protection (especially, right to life); *ad extra* violations of human rights are substance of abovementioned crimes. The positive duty of a state is vague and formal, but “...the positive obligation to protect is normally not an obligation of result, but mostly an obligation of conduct. It requires the state to exercise due diligence, but not to guarantee absolute protection”²⁴. The negative duty is quite clearly fixed in international legal documents. The main documents to analyze are the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948, the Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid 1973, and the Geneva Conventions. These documents of international law contain certain rules on state responsibility, duties and obligations, what clearly lacks in the documents on human rights law.

IV. Obligations of a state under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948

The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 1948 (hereinafter – the Genocide Convention) in Article I embodies the central obligation of a state – to prevent and to punish the crime of genocide. Notwithstanding that the Genocide Convention does not stipulate the duty of a state to refrain from committing genocide, the International Court of Justice in the *Case concerning an application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide, interpreting the Genocide Convention*, has noted: “...in the view of the Court, taking into account the established purpose of the Convention, the effect of Article I is to prohibit States from themselves committing genocide”²⁵. It is worth noting that a state also must refrain from the helping another state to commit genocide or to prepare for committing genocide (a state is banned to help violator both in case of violating norms *jus cogens* and in case of violating regular norms of international law²⁶).

the Hague Conventions.

²⁴ Ann Peters, *The Security Council's Responsibility to Protect*, 8 International Organizations Law Review 1, 19 (2011).

²⁵ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, § 166.

²⁶ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004, I.C.J. Reports 2004, § 159 (concerning obligations from

This case reflects another significant aspect of genocide prevention: the obligation to prevent genocide has no territorial restrictions. Thus, if the threat of committing genocide is emerging or genocide is being committed outside the boundaries of state "...responsibility is however incurred if the State manifestly failed to take all measures to prevent genocide which were within its power, and which might have contributed to preventing the genocide"²⁷. A state must act outside its national borders *bona fide* as a member of the international community; this obligation is prescribed *inter alia* in Article 41(1) of the 2001 Articles on Responsibilities of States for Internationally Wrongful Acts²⁸.

Article V of the Genocide Convention provides within the national mechanism the frames of the responsibility to protect: "*The Contracting Parties undertake to enact, in accordance with their respective Constitutions, the necessary legislation to give effect to the provisions of the present Convention, and, in particular, to provide effective penalties for persons guilty of genocide or any of the other acts enumerated in article III*". In other words, the Genocide Convention prescribes the obligation of a state to improve its national legislation in manner equivalent to convention's normative regulations.

It must be emphasized that the Genocide Convention contains the norm, which implicitly links the Chapter VII of the UN Charter with the Article VIII prescribes: "*Any Contracting Party may call upon the competent organs of the United Nations to take such action under the Charter of the United Nations as they consider appropriate for the prevention and suppression of acts of genocide...*". Formulation "to take such action under the Charter of the United Nations" includes *inter alia* military action, launched according to the Chapter VII of the UN Charter. The roots of this issue are also in positions of states, which were expressed when preparing the Genocide Convention: delegations of the USSR and France clearly expressed the view that acts of genocide can be considered as the threat to the international peace and security and this was direct link to the Chapter VII of the UN Charter; other states did not challenge this position²⁹. Thus, states have considered military intervention within the framework of the Chapter VII of the UN Charter as a means to prevent and to stop the acts of genocide.

international humanitarian law).

²⁷ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, § 430.

²⁸ The Article 41(1) of the 2001 Articles on Responsibilities of States for Internationally Wrongful Acts: "*States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach within the meaning of article 40*".

²⁹ Paola Gaeta, *The UN Genocide Convention: A Commentary*, 401-402 (2009).

V. Obligations of a state under the Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid 1973

The responsibility of a state to protect its own population was constructed in a similar vein under the International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid 1973 (the Apartheid Convention). Apartheid is in the sphere of the responsibility to protect as a particular case of crimes against humanity or of genocide (depending on forms of apartheid)³⁰; thus, closer examination is important for its analysis. It is also worth noting that the Apartheid Convention is the only one of international legal regulations on the matter in hand in addition to, in the first place, the Rome Statute of the International Criminal Court 1998.

The Article IV of the Apartheid Convention sets, that: *“The States Parties to the present Convention undertake: (a) To adopt any legislative or other measures necessary to suppress as well as to prevent any encouragement of the crime of apartheid and similar segregationist policies or their manifestations and to punish persons guilty of that crime; (b) To adopt legislative, judicial and administrative measures to prosecute, bring to trial and punish in accordance with their jurisdiction persons responsible for, or accused of, the acts defined in article II of the present Convention, whether or not such persons reside in the territory of the State in which the acts are committed or are nationals of that State or of some other State or are stateless persons”*. It clearly defines two responsibilities of a state: a positive development of the national legislation on the matter and the duty to prosecute criminals responsible for crime of apartheid. Basically, the Apartheid Convention is constructed similarly to the Genocide Convention and has the similar Article VIII (as to implicit possibility of military actions).

Notwithstanding the Apartheid Convention sets another obligation, which is quite diverse and directly linked to the crime of apartheid: *“The States Parties to the present Convention undertake to accept and carry out in accordance with the Charter of the United Nations the decisions taken by the Security Council aimed at the prevention, suppression and punishment of the crime of apartheid, and to cooperate in the implementation of decisions adopted by other competent organs of the United Nations with a view to achieving the purposes of the Convention”* (Article VI). It literally stipulates the duty of states to cooperate with the UN and its bodies aimed at the prevention, suppression and punishment of the crime of apartheid. This obligation was broadly formulated in the Article 41(1) of the 2001 Articles for Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: *“States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach within the meaning of article 40”* – breach of an obligation arising under a

³⁰ Shaw, *supra* note 4, , at 436-438.

peremptory norm of general international law. The same obligation can be reached from interpretation of the Article 2(2) of the UN Charter³¹ and the Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969³².

The obligation to cooperate is also specified in the Rome Statute of the International Criminal Court 1998, which must be analyzed in interrelations to the abovementioned legal norms. The Article 86 of the Rome Statute states: *“States Parties shall, in accordance with the provisions of this Statute, cooperate fully with the Court in its investigation and prosecution of crimes within the jurisdiction of the Court”*. The Rome Statute specifies the obligation to cooperate as to the specific stages of criminal procedure. Special obligation is provided in the Article 88: *“States Parties shall ensure that there are procedures available under their national law for all of the forms of cooperation which are specified under this Part”*. This formulation directly correlates with the obligation for positive development of the national legislation (as stipulated in the Geneva and the Apartheid Conventions); however, this time it concerns procedural law, not material. The International Committee of the Red Cross defined the obligation of states to make every effort to cooperate, to the extent possible, with each other in order to facilitate the investigation of war crimes and the prosecution of the suspects as an international custom both in international and non-international armed conflicts³³. Thus, the obligation to improve the national legislation is used for both material and procedural law.

VI. Obligations of a state under the Geneva Conventions 1949

The Geneva Conventions 1949 constitute a distinct body of documents on international humanitarian law; they are interlinked legal acts with similar rules in patches and different subjects of regulation. Regarding interrelation of the Geneva Conventions and the responsibility to protect it is truly to say that the Article 1 of the Geneva Conventions offers a valuable legal basis for the concept of the responsibility to protect, and one that should be used and referred to where possible³⁴. Moreover, the international engagement to end crimes against humanity, war crimes, genocide and ethnic cleansing, as well as other violations of the Geneva Conventions, is not an option, but dictated

³¹ The Article 2(2) of the UN Charter: *“All Members, in order to ensure to all of them the rights and benefits resulting from membership, shall fulfill in good faith the obligations assumed by them in accordance with the present Charter”*.

³² The Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969: *“Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith”*.

³³ Jean-Marie Henckaerts [and] Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law: Volume I - Rules, 618 (2005).

³⁴ Julia Hoffmann [and] André Nollkaemper [and] Isabelle Swerissen, Responsibility to Protect: From Principle to Practice, 103 (2012).

by international law³⁵. Thus, the close examination of the Geneva Conventions in respect of the responsibility to protect is crucial for the analysis.

The Article 146 of the IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949 stipulates: "*The High Contracting Parties undertake to enact any legislation necessary to provide effective penal sanctions for persons committing, or ordering to be committed, any of the grave breaches of the present Convention defined in the following Article...*". The duty to criminalize serious breaches of the Geneva Conventions is generally accepted without any doubt by the international society. Besides the duty to criminalize, this Article also stipulates: "*...Each High Contracting Party shall be under the obligation to search for persons alleged to have committed, or to have ordered to be committed, such grave breaches, and shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts. It may also, if it prefers, and in accordance with the provisions of its own legislation, hand such persons over for trial to another High Contracting Party concerned, provided such High Contracting Party has made out a prima facie case...*". Thus, the IV Geneva Convention has fixed two sorts of obligations – the general obligation of criminalization and the formal obligation of criminal prosecution. Similar legal norms about the obligation of criminalization have embodied in the rest of the Geneva Conventions (Article 49 – the I Geneva Convention, Article 45 – the II Geneva Convention, Article 129 – the III Geneva Convention); and all the Geneva Conventions, except for the II Convention, contain norms about the obligation of criminal prosecution.

It is useful to highlight in this regard that the obligation of criminal prosecution for persons alleged to have committed serious breaches of the Geneva Conventions fixed in the Geneva Conventions only with regards to the international armed conflicts, which are outside the scope of the responsibility to protect. The responsibility to protect does not cover situations of interstate armed conflict; its scope is limited to atrocities committed or anticipated inside sovereign jurisdictions³⁶.

Legal existence of the obligation of criminal prosecution for persons alleged to have committed serious breaches of the Geneva Conventions in case of non-international armed conflicts can be identified through interpretation of legal norms. The International Court of Justice in the *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua* called humanitarian obligations of parties to the armed conflict of international character a "minimum yardstick" or "elementary considerations of humanity" and "*The Court considers that there is an obligation..., in the terms of Article 1 of the Geneva Conventions, to "respect" the Conventions and even "to ensure respect" for them "in*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Ramesh Thakur, *R2P after Libya and Syria: Engaging Emerging Power*, 36:2 *The Washington Quarterly* 61, 68 (2013).

all circumstances”, since such an obligation does not derive only from the Conventions themselves, but from the general principles of humanitarian law to which the Conventions merely give specific expression”³⁷. The same position is supported by V. Rusinova: “...despite the lack of the directly fixed in the international treaties obligation of criminal prosecution for serious breaches committed during non-international armed conflicts, it may be found the conclusion that there has been formulated a relevant international law custom”³⁸. Specialists of the International Committee of the Red Cross, analyzing practice of states, have said directly about the existence of the obligation of criminal prosecution for serious breaches committed during non-international armed conflicts as an international law custom³⁹. Thus, international humanitarian law imposes on states the obligation of criminal prosecution for serious breaches committed during non-international armed conflicts.

The common negative obligation of a state to refrain from unlawful acts in international humanitarian law fixed in the Article 32 of the IV Geneva Convention: “*The High Contracting Parties specifically agree that each of them is prohibited from taking any measure of such a character as to cause the physical suffering or extermination of protected persons in their hands...*”. The formal obligation is specified in different articles and arrangements as to a particular activity – for example, the Article 49 of the IV Geneva Convention prohibits deportation of population; the Article 14 of the II Additional Protocol prohibits starvation among civil population as a method of warfare in non-international armed conflicts. In a broad manner the Geneva Conventions use prohibition of particular acts as a chief method of normative regulation (and the Hague Convention use prohibition on methods of warfare) – and this is the content of the negative obligation of a state to refrain from unlawful acts in international humanitarian law. The same is the negative obligation of a state in the responsibility to protect particularized in case of genocide, ethnic cleansing, war crimes and crimes against humanity. By the same token the IV Geneva Convention also emphasizes that the state in whose hands protected persons may be, is responsible for the treatment accorded to them by its agents, irrespective of any individual responsibility which may be incurred (Article 29). This formulation acknowledges the accountability of a state for failure to fulfill the responsibility to protect its own population.

³⁷ Military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, §220.

³⁸ Русинова В.Н, Права человека в вооруженных конфликтах: проблемы соотношения норм международного гуманитарного права и международного права прав человека, 272 (2015).

³⁹ Henckaerts, 607, *supra* note 33.

Conclusion

Sure enough that the Genocide Convention, the Apartheid Convention and the Geneva Conventions are not all-encompassing legal documents on the issue of the responsibility of a state to protect its own population, but they are universal “hard” norms, which are legally binding. From this perspective the abovementioned legal conventions plus human rights conventions are superior to other acts of soft law and must be analyzed as primary sources for the responsibility of a state to protect its own population.

The Secretary-General’s 2013 Report “Responsibility to Protect: State Responsibility and Prevention” proposes a practical structure for the responsibility of a state to protect its own population: building national resilience, promoting and protecting human rights, and adopting targeted measures to prevent atrocity crimes⁴⁰; but the structure is operationally practical, not based on the existing norms of international law, but on the model practice (non-binding). The theoretical structure based on the “hard” norms of international law in that respect is crucial not for prevention (practically-oriented approach of the Secretary-General), but for the internal content of fulfillment. Moreover, the internal content is of a great importance in case of accountability of a state as the content in whole and in part are surely “hard” obligation.

The analysis shows that the responsibility of a state to protect its own population includes two sorts of obligations: (1) positive obligation, that can be described through the obligation for positive development of the national legislation (both material and procedural parts) as to the sphere of the responsibility to protect, the obligation to prosecute criminals responsible for international crimes, the obligation to cooperate in case of crimes prevention, and (2) the common negative obligation of a state to refrain from committing international crimes. An important feature is that the obligations are ones of conduct and not ones of result. The proposed structure in essence only describes in details what the state must do, and the toolbox for prevention which the state may use is broader. Further development of international law may add to the list other significant elements as well as an evolution of the responsibility to protect.

⁴⁰ Responsibility to Protect: State Responsibility and Prevention, Report of Secretary-General (2013), UN Doc. A/67/929-S/2013/399.

*Kamal Huseynli**

Enforcement of Investment Arbitration Awards: Problems and Solutions

Abstract

International investment arbitration is one of the main dispute resolution methods among investors and host states. It provides investors with a non-political way to obtain awards and enforce them. However, in the enforcement stage they experience some problems based on both international and national rules. Nowadays, different solutions are applied to avoid those problems and provide smooth enforcement of arbitral awards. In this article, the problems of enforcement of investment arbitration awards and solutions of those problems are analyzed based on the current statutory rules and practices. Although it is concluded that the current solutions are usually sufficient for avoiding of problems of enforcement, in order to avoid those problems entirely, especially the problem arising from State immunity bar of host states, the author suggests; adding provision on waiver of sovereign immunity from execution into both the ICSID Convention and the New York Convention; pursuing a negotiation of a post-award settlement.

Annotasiya

Beynəlxalq investisiya arbitrajı investorlar və dövlətlər arasındakı mübahisələri həll etmək üçün əsas həll metodlarından biridir. Bu investorlara münaqişələrin həlli üçün qərarları əldə etmək və onları icra etmək üçün qeyri-siyasi üsul təklif edir. Lakin həyata keçirilmə mərhələsində onlar müəyyən beynəlxalq və milli qaydalardan qaynaqlanan problemlərlə üzləşirlər. Günümüzdə bu problemlərin aradan qaldırılması və arbitraj qərarlarının maneəsiz həyata keçirilməsi üçün müxtəlif həll yolları təklif olunur. Məqalədə arbitraj qərarlarının icrası zamanı yaranan problemlər və bu problemlərin həlli mövcud qanunlar və hüquq praktikası əsasında təhlil olunmuşdur. Baxmayaraq ki, hazırki həll yolları bir çox hallarda icra problemlərini aradan qaldırmaq üçün kifayət edir, problemləri tamamilə aradan qaldırmaq, xüsusilə dövlətlərin toxunulmazlığından qaynaqlanan problemi həll etmək üçün müəllif ICSID və Nyu-York Konvensiyalarına suveren toxunulmazlığın həyata keçirilməsindən imtina nəzərdə tutan maddə daxil edilməsini və qərar sonrası qarşılıqlı razılaşma üçün danışıqların təşkilini təklif edir.

TABLE OF CONTENTS

INTRODUCTION	41
I. AWARD AND ENFORCEMENT	43
1.1. Award in Investment Arbitration.....	43
1.2. Enforcement in Investment Arbitration	45
1.3. Limitations on the Enforcement of an Arbitral Award.....	48
II. ANALYSIS OF THE PROBLEMS OF ENFORCEMENT	53
2.1. Problems of Enforcement under ICSID	53
2.2. Problems of Enforcement under UNCITRAL	60

* LL.B., Baku State University, 2007; LL.M. Civil and Economic Law, Baku State University, 2010; LL.M. International Commercial Law, University of Glasgow, 2016; Associate lawyer at MGB Law Offices.

2.3. <i>National Courts' role in Enforcement</i>	63
III. SOLUTIONS OF THE PROBLEMS OF ENFORCEMENT	64
3.1. <i>Solution under ICSID</i>	65
3.2. <i>Other solutions</i>	66
IV. RECOMMENDATION AND CONCLUSION	72
4.1. <i>Recommendation</i>	72
4.2. <i>Conclusion</i>	74

Introduction

The modern world economy cannot be imagined without foreign investments. All states are in a competition with each others in order to attract foreign investment to their country. And the possibility of international disputes between investors and host states in respect of the invested assets has been increasing in accordance with an increasing number of investments. There are different dispute resolution methods such as diplomatic protection, suing host state in national courts, international investment arbitration, etc. which are used by investors. However, one of them, namely the international investment arbitration has more important role from the aspect of effectiveness than other methods.¹ International investment community started to use investment arbitration widely after signing various international treaties such as bilateral investment treaties (BITs) or multilateral treaties relating to arbitration² which pave the way for investors to access the international investment arbitration easily. Through those international instruments investors can obtain arbitral awards to compensate their losses arising from the actions or omissions of host states. In majority of cases the drafters of international treaties take the principle of *pacta sunt servanda* as one of the main principles of international law into consideration and expect that the contracting states will comply with their obligations arising from those treaties without failure. As stated by Aron Broches, 'there was no reason to believe that governments would not abide' by their undertakings arising from international agreement.³ However, practice of some states showed that in order to gain a desirable compensation as provided by their awards investors need effective enforcement mechanisms as well.

¹ Christopher F. Dugan, Don Wallace, Noah D. Rubins and Borzu Sabahi, *Investor-State Arbitration* 77 (2008).

² The Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 1965 (ICSID Convention); the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958 (New York Convention).

³ Aron Broches, *Award Rendered Pursuant to the ICSID Convention, Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement and Execution*, 2(2) *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 287, 300 (1987).

Depending on the institution through which the arbitration is carried out winner can face with different types of problems in the enforcement stage of its arbitral award. In this regard, the following two of the international investment arbitration tribunals will be examined in this article: 1. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) tribunal; 2. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) tribunal in which the New York Convention is applied in order to enforce the arbitral awards.

As stated by Christoph Schreuer, in contrast with non-ICSID awards a domestic court or authority may not re-examine the ICSID tribunal's jurisdiction and the ICSID arbitral awards on the merits in the recognition and enforcement stage of the ICSID arbitral awards due to the self-contained nature of the ICSID Convention.⁴ In this stage 'the domestic court's or other authority's task is limited to verifying the authenticity of the ICSID awards'.⁵

In contrast, while enforcing arbitral awards under the New York Convention winner cannot benefit the same degree of enforceability as mentioned above. Thus, according to Article III of the New York Convention 'Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles'. In other words, enforcement of any awards which is sought under the New York Convention depends on the local laws relating to the enforcement. As a result, national courts have an opportunity to interfere with the enforcement of awards by refusing recognition and enforcement of the award at the request of the debtor party in accordance with Article V of the New York Convention.

Although the mentioned weakness of the New York Convention increases the importance of the ICSID enforcement mechanism for investors in comparison with enforcement mechanism under the New York Convention which is applied in case of UNCITRAL tribunals' awards, enforcement under the ICSID Convention has also limitations such as annulment procedures, State immunity, etc.

There are different judicial and non-judicial (alternative) solutions which are used in order to enforce arbitral awards. Waiver of State immunity or providing "comfort letters" as implied waiver by host state, revival of diplomatic protection by investor are used as judicial means as well as

⁴ Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *The ICSID Convention; A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Dispute between States and Nationals of Other States* 1139 (2nd ed. 2009).

⁵ Wang Dong, *Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property, binding force and enforcement* 12 (United Nations Conference on Trade and Development, New York and Geneva, 2003), http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232add8_en.pdf (last visited Oct 6, 2016).

pursuing a negotiation of a post-award settlement, taking out an insurance or assigning its award to the third party by investor, inducement measure taken by home state, actions taken by international organizations are used as alternative solutions to solve the abovementioned problems of enforcement of investment arbitration awards. One of the questions relating to those solutions is whether the existing mechanisms can solve the problems of enforcement of international investment awards effectively or not. In this article, the effectiveness of the abovementioned solutions will be discussed in order to show that those wide ranges of opportunities of investors are sufficient for solving problems of enforcement in case of non-compliance by host states with arbitral awards.

In this article, various problems of timely and effective enforcement of an investment arbitration award as well as different judicial and non-judicial solutions available to winner will be analyzed. The article is divided into four Chapters. Chapter one will discuss the general nature of award and enforcement as well as limitations obstructing the efficient enforcement of investment arbitration awards such as annulment of awards and State immunity. In Chapter two the problems of ICSID and UNCITRAL arbitrations as well as the role of national courts of contracting States in the enforcement stage of an arbitral award will be discussed. Chapter three will engage in the different solutions of the mentioned problems of enforcement of award under different institutions. Chapter four will discuss about the author's recommendation relating to the options available to winner and conclusion of this article.

I. Award and Enforcement

1.1. Award in Investment Arbitration

Although one of the most important parts of international conventions such as the ICSID Convention or the New York Convention and rules such as UNCITRAL Arbitration Rules⁶ is recognition and enforcement of arbitral awards for winning party, none of those instruments offer a precise definition of arbitral awards.⁷ However, there is general agreement that because those Conventions are 'truly definitive alternative to the jurisdiction of domestic courts', awards rendered under them have 'the same legal force as a court

⁶ UNCITRAL Arbitration Rules 2010 (UNCITRAL Rules).

⁷ See Domenico Di Pietro, *What Constitutes an Arbitral Award under the New York Convention?*, in *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards – The New York Convention in Practice*, 139 (Emmanuel Gaillard and Domenico Di Pietro eds., 2008), Domenico Di Pietro, *Arbitral Awards under the New York Convention: What Are and What May Be* (*NYU Law Blog*, 14 November 2011), <http://blogs.law.nyu.edu/transnational/2011/11/arbitral-awards-under-the-new-york-convention-what-are-and-what-may-be/> (last visited Oct 6, 2016).

judgment'.⁸ A notable part of this definition is that an arbitral award is regarded as analogous to a national court's judgment. In other words, this definition appraises that 'arbitration has a powerful outcome and is not a poor alternative to court litigation'.⁹

By trying to list the main features of an arbitral award leading authors, namely Julian Lew, Loukas Mistelis and Stefan Kröll assert that an award:

1. concludes the dispute as to the specific issue determined in the award so that it has *res judicata* effect between the parties; if it is a final award, it terminates the tribunal's jurisdiction;
2. disposes of parties' respective claims;
3. may be confirmed by recognition and enforcement;
4. may be challenged in the courts of the place of arbitration.¹⁰

By adding the following statement to the abovementioned definitions and features of arbitral awards Loukas Mistelis states that 'an award is *de facto* and *de jure* a judgment with transnational effect'.¹¹ This opinion is also stipulated in the ICSID Convention¹² and the New York Convention.¹³ Both Conventions 'clearly impose a public international obligation on their respective Contracting States to recognize and treat an award as if it were a decision of a local court'.¹⁴

Under the ICSID Convention, as stated by C.Schreuer, an award is the final decision of an arbitral tribunal. Through its award the tribunal disposes off all questions before it. One of the interesting points made by Schreuer is that making a decision on the merits of the case is not considered an absolute condition for an award. Thus, he states that 'A tribunal's finding that it does not have jurisdiction to decide on the dispute before it is also an award'.¹⁵ Additionally, the ICSID Convention determines which decisions of an arbitral tribunal should be included in the definition of arbitral award for the purpose of recognition and enforcement of arbitral awards. Thus, Article 53(2) of the ICSID Convention provides that "'award" shall include any decision interpreting, revising or annulling such award pursuant to Articles 50,51 or 52'.

It is suggested to use 'finality test'¹⁶ in order to determine what can be

⁸ *Ibid*, Domenico Di Pietro, *Arbitral Awards under the New York Convention: What Are and What May Be*.

⁹ Loukas Mistelis, *Award as an Investment: The Value of an Arbitral Award or the Cost of Non-Enforcement*, 28(1) ICSID Rev. 64, 67 (2013).

¹⁰ Julian D.M. Lew, Loukas Mistelis and Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, § 24-13 (2003).

¹¹ Mistelis, *supra* note 10, at 70.

¹² The ICSID Convention, arts. 53 - 55.

¹³ The New York Convention, arts. III - VI.

¹⁴ *Supra* note 12.

¹⁵ Schreuer et al., *supra* note 5, at 811-812.

¹⁶ See Domenico Di Pietro and Martin Platte, *Enforcement of International Arbitration Awards*

considered an award under the New York Convention. According to this test, awards which finally adjudicate disputes sought resolution before an arbitral tribunal are qualified for recognition and enforcement under the New York Convention.¹⁷ In addition to finality, Article I(2) of the New York Convention provides that the term “arbitral awards” shall include not only awards made by ad hoc tribunals, but also those made by permanent arbitral tribunals.

In addition to the definition and delimitations of arbitral award, one issue relating to the binding force of arbitral award should also be noted. Both Conventions¹⁸ provides arbitral award with binding force. However, in practice winning party can face with different limitations obstructing the efficient enforcement of investment arbitration award such as annulment of awards and State immunity when it attempts to enforce its arbitral award.

1.2. Enforcement in Investment Arbitration

In most cases parties of investment arbitration voluntarily comply with arbitral awards.¹⁹ In case of non-compliance by the losing party with an arbitral award the winning party will attempt to initiate the enforcement of that arbitral award through a national court. In such cases it is undisputable that the recognition and enforcement procedures come to play an important role for the winning party in order to obtain its compensation from the losing one. Although both the ICSID arbitration and the UNCITRAL arbitration play an important role for obtaining arbitral awards, the enforcement stage is the most distinctive stage in which the winners of both tribunals’ awards seek to enforce the rendered award.²⁰

For the purpose of enforcement, an UNCITRAL award is subject to recognition and enforcement provisions of the New York Convention. Thus, in order to enforce its arbitral award against the non-complying party any award winner under the UNCITRAL Rules should go to national court of one of the states, which are the contracting states to the New York Convention,²¹

– the New York Convention of 1958, 30-31 (2001).

¹⁷ Di Pietro, *supra* note 8, at 150.

¹⁸ The ICSID Convention, arts. 53(1) and 54(1); the New York Convention, art. III.

¹⁹ See Susan Choi, *Judicial Enforcement of Arbitral Award under the ICSID and New York Convention*, 28 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 175, 175 (1995); Emilia Onyema, *Formalities of the Enforcement Procedure (Articles III and IV)*, in *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: the New York Convention in Practice*, 601 (Emmanuel Gaillard and Domenico Di Pietro eds., 2008); Stanimir A. Alexandrov, *Enforcement of ICSID Awards: Articles 53 and 54 of the ICSID Convention*, in *International Investment Law for the 21st Century Essays in Honour of Christopher Schreuer*, 329 (Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, and Stephan Wittich eds., 2009).

²⁰ Di Pietro & Platte, *supra* note 17, at 87.

²¹ As of August 2016, the New York Convention has 156 member states. See UNCITRAL status report at

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

where there are available assets of the losing party to attach to the arbitral award. Article III of the New York Convention imposes a general obligation on contracting states that they shall recognize and enforce final arbitral awards. The party applying for recognition and enforcement shall supply the duly authenticated original award and the original agreement referred to in Article II of the New York Convention in order to obtain the recognition and enforcement of the arbitral award.²² This simple procedure makes the enforcement stage under the New York Convention is attractive for the winning party, especially in case of investment arbitration for the investors. Additionally, 'Recourse against an award in relation to the merits of the dispute can be had only at the seat of arbitration, and the law of most developed countries tightly restricts grounds for such challenge'.²³ In addition to the mentioned provisions, Article V of the New York Convention provides the exhaustive list of procedural defects, one of which can be demonstrated by the losing party in order to convince the court of a contracting state to refuse the recognition and enforcement. Although it would be praised that the list of grounds for the refusal of recognition and enforcement is exhaustive, those grounds, especially two of them concerning the public policy and the arbitrability provided in Article V(2) of the New York Convention might be a major problem for the winning investor in the stage of recognition and enforcement of the arbitral awards, since the losing party is often a state or its subdivision or agency in international investment arbitration.²⁴ These grounds make it possible for national courts to review arbitral awards which will become a limitation for the effective enforcement of those awards. Moreover, mostly the courts of a contracting state are unwilling to enforce arbitral awards against the assets of another state because of sovereignty.²⁵

In contrast with the New York Convention, the ICSID Convention establishes semiautomatic enforcement system which is completely separated this stage from the national courts' impacts on the enforcement of arbitral awards.²⁶ As Sir Elihu Lauterpacht observed:

For the first time a system was instituted under which non-State entities – corporations or individuals – could sue States directly; in which State immunity was much restricted; under which international law could be applied directly to the relationship between the investor and the host State; in which the operation of the local remedies rule was excluded; and in which *the tribunal's award would be directly enforceable within the territories of*

(last visited Oct 6, 2016).

²² The New York Convention, art. IV(1).

²³ Di Pietro & Platte, *supra* note 17, at 88.

²⁴ Vasily Shubin, *The Enforcement of ICSID Arbitral Awards, Practice and Problems*, 11 Korea U. L. Rev. 11 (2012).

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Di Pietro & Platte, *supra* note 17, at 88.

*the States parties.*²⁷

In case of non-compliance by the losing party, the winning party can choose to enforce the ICSID arbitral award in accordance with Article 54 of the ICSID Convention. Under the first paragraph of this article 'Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State'. This means that the losing party does not have any chance to challenge the merits of the arbitral award²⁸ as well as this award cannot be refused to be recognized on any grounds such as law governing arbitral awards, public policy, non-arbitrability of the dispute, etc.²⁹ Except using the internal mechanism such as annulment of arbitral award (which will also be able to become a limitation for the effective enforcement of the arbitral award), that party cannot make any appeal against the arbitral award through the national courts as well.³⁰ However, as Aron Broches observed, although in respect of arbitration proceedings and awards, the ICSID Convention established jurisdictional system insulated from national law, it could not establish such a complete system in respect of recognition and enforcement of arbitral awards which 'inevitably required interaction of international and domestic law.'³¹ Thus, Article 54(3) of this Convention provides that 'Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territories such execution is sought'. Furthermore, Article 55 of the ICSID Convention enhances national courts' hands in case of application of national laws relating to sovereign immunity from execution.

Before finishing this section, it is notable to discuss about the concepts of "enforcement" and "execution". In the English text of Article 54 of the ICSID Convention those two words were used interchangeably. In equally authentic French and Spanish texts can only use one word to express both "enforcement" and "execution".³² Although some authors³³ and cases (*e.g. Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v Georgia*,³⁴ Decision of the ad hoc Committee on the Stay of Enforcement of the Award) have made a distinction

²⁷ Elihu Lauterpacht, 'Foreword' to C.H.Schreuer et al., *The ICSID Convention; A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Dispute between States and Nationals of Other States* (2nd ed. 2009) (emphasis added).

²⁸ Di Pietro & Platte, *supra* note 17, at 88.

²⁹ Choi, *supra* note 20, at 180.

³⁰ The ICSID Convention, art. 53(1).

³¹ Broches, *supra* note 4, at 288.

³² Schreuer et al., *supra* note 5, at 1134.

³³ *Id.* at 1135.

³⁴ *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18 and ARB/07/15, 12 November 2010.

between these two words, as stated by Christoph Schreuer, taking Article 33(4) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties into consideration, 'A consistent use of the word "enforcement" as meaning the same as "execution" in the context of Art. 54 would have been more faithful to the Convention's trilingual character and would have avoided much confusion'.³⁵ Therefore, in this article, the word "enforcement" is used as meaning the same as "execution" in the context of Article 54 of the ICSID Convention unless indicated otherwise.

As indicated above, there are limitations and problems of enforcement in respect of both arbitral tribunals' awards. The limitations such as annulment of awards and State immunity will be discussed in the next section of this chapter. Moreover, the problems of the enforcement of both UNCITRAL arbitration awards under the New York Convention and ICSID arbitration awards relating to execution stage will be deeply analyzed in the next chapter of this article.

1.3. Limitations on the Enforcement of an Arbitral Award

Effective enforcement of an arbitral award is the most desirable part of the international investment arbitration in case the losing party does not voluntarily comply with the arbitral award. Through the effective enforcement procedure the winning party can obtain its compensation timely and does not spend extra costs for this process. However, in practice there are some limitations, which obstruct effective and timely enforcement of arbitral award, such as annulment of awards and State immunity. The following two subsections will discuss about these limitations.

1.3.1. Annulment and Enforcement

Review of arbitral awards is a part of investment arbitration which consists of two basic systems such as the annulment mechanism under ICSID Convention and the national courts-based review mechanism to which the New York Convention is applied.³⁶ Annulment is a self-contained mechanism which prevents national courts from reviewing an ICSID arbitral award.³⁷ Since 'the process has been used as a sword by losing state respondents, in essence to attempt to re-argue the case, rather than as a shield to defend an enforcement action by a claimant',³⁸ this mechanism is one of the main

³⁵ Schreuer et al., *supra* note 5, at 1136.

³⁶ Alan S. Alexandroff, Ian A. Laird, *Compliance and Enforcement; Recognition, Enforcement, and Execution of Investment Arbitration Awards*, in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 1174 (Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer eds., 2008).

³⁷ Vincent O. Orlu Nmehielle, *Enforcing Arbitration Awards under the International Convention for the Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention)*, 7(1) *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.* 21, 42 (2001).

³⁸ Alexandroff & Laird, *supra* note 37, at 1175.

limitations hindering the enforcement of an arbitral award in advance by nullifying that award. Under the ICSID Convention, either party may request annulment of the award on the following grounds that:

- (a) the Tribunal was not properly constituted;
 - (b) the Tribunal has manifestly exceeded its powers;
 - (c) one of the members of the Tribunal was corrupt;
 - (d) there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure;
- or
- (e) the award has failed to state the reasons on which it is based.³⁹

Through the implementation of UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration⁴⁰ into the national legislation those grounds for annulment of arbitral awards are familiar to most jurisdictions. However, neither the ICSID Convention nor the UNCITRAL Model Law establishes an appeal mechanism through their review mechanisms based on those grounds. It is obvious that the annulment procedure of the ICSID Convention is not appeal,⁴¹ although it was established to provide investment arbitration with a necessary review mechanism for the interest of justice.⁴² There is no permanent committee to hear the annulment applications from the arbitral awards. Each annulment committee is appointed as an *ad hoc* committee.⁴³ This annulment committee 'has no power to revise an award on the merits'.⁴⁴

Although the ICSID Convention makes it clear that the arbitral awards are not subject to any appeal,⁴⁵ whether annulment committees pursue the distinction between annulment and appeal in accordance with the ICSID Convention is a question.⁴⁶ It is argued that performing a substantive review of arbitral awards by some annulment committees might make it become a de-facto appeal mechanism.⁴⁷ Another question is whether an appeal is necessary for investment arbitration in the context of possibility of never-

³⁹ The ICSID Convention, art. 52(1).

⁴⁰ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, General Assembly Resolution 40/72, 112th Plenary Meeting, 11 December 1985, http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf (UNCITRAL Model Law) (last visited Oct 6, 2016).

⁴¹ The ICSID Convention, *supra* note, at 53(1).

⁴² David Williams, *International Commercial Arbitration and Globalization – Review and Recourse against Awards Rendered under Investment Treaties*, 4 J. World Investment 251, 267 (2003).

⁴³ The ICSID Convention, art. 52(3).

⁴⁴ Williams, *supra* note 43, at 267.

⁴⁵ The ICSID Convention, art. 53(1).

⁴⁶ Christian J. Tams, *An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure*, Essays in Transnational Economic Law Working Paper, No 57, 9 (2006).

⁴⁷ See *Kloeckner Industrie Anlagen GmbH v. The United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, Annulment Decision, 3 May 1985; and *AMCO Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Annulment Decision, 16 May 1986.

ending nature of annulment procedure and inconsistency between arbitral decisions. Susan Frank argues that investment arbitration needs an appeal structure, because the mentioned inconsistency might weaken the credibility of investment arbitration.⁴⁸ However, as stated by I.Laird and A.Rebecca, adding appeal procedure to the investment arbitration entirely weaken the benefits of system arising from its finality. Therefore, arbitrations will last longer and this will make it more expensive than the existing process.⁴⁹ Moreover, they argue that 'soft precedent in some form or another already exists in investor-state arbitration' and this provides consistency within the system.⁵⁰ To sum up, it should be stated that this debate on establishing a new appeal system for the investment arbitration has not been put to an end among scholars yet.

Another adverse effect of annulment mechanism is arising from Article 52(5) of the ICSID Convention. According to this article, enforcement of arbitral award shall be stayed on request of the applicants until the end of the annulment procedure. This article immediately delays the enforcement of arbitral award, although a stay of enforcement is not mentioned in Article 54 of the ICSID Convention. The *ad hoc* Committee in *MINE* showed the relationship between annulment procedure and stay of enforcement in the following paragraphs:

9. Article 53(1) provides that the award is binding on the parties and that each party "shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention". Article 52(4) [*sic*] is one of those relevant provisions. Thus, if an *ad hoc* Committee grants a stay of enforcement, the obligation of the party against whom the Award was rendered to abide and comply with the terms of the Award is *pro tanto* suspended.

10. The first sentence of Article 54(1) provides that each Contracting State shall recognize an Award rendered pursuant to the Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by the Award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. Although the Convention does not explicitly so provide, it seems to be clear that suspension of a party's obligation to abide by and comply with the award necessarily carries with it suspension of a Contracting State's obligation (and for that matter its authority) to enforce the Award, even though during the pendency of the Committee's examination of the application for

⁴⁸ Susan Frank, *The Nature and Enforcement of Investor rights under Investment Treaties: Do Investment Treaties Have a Bright Future*, 12 UC Davis J. Int'l L. & Pol'y 47, 63-64 (2005).

⁴⁹ Ian Laird & Rebecca Askew, *Finality versus Consistency: Does Investor-State Arbitration Need an Appellate System?*, 7 J. App. Prac. & Process 285, 298 (2005).

⁵⁰ *Id.* at 299.

annulment the validity of the Award remains unaffected.⁵¹

On the other hand, Christoph Schreuer states that 'annulment proceedings that are not accompanied by a stay of enforcement under either the first and the second sentence of Art. 52(5) are neither a justification for non-compliance with the award nor a basis for domestic courts to withhold recognition or refuse enforcement'.⁵² The fact of pending annulment proceedings is not sufficient to suspend the enforcement of arbitral award.⁵³ However, the possibility of a decision of annulment committee which can annul an arbitral award after the enforcement of that award, the winning party must be careful of any negative impact of that enforcement.

1.3.2. State Immunity and Enforcement

Under international law, states are entitled to some jurisdictional immunity. Thus, national courts of one state should decline jurisdiction over disputes to which other state is a party. However, as investment arbitration is taken place based on the consents of the parties in accordance with both the UNCITRAL Rules⁵⁴ and the ICSID Convention,⁵⁵ respondent states do not arise any question of immunity from jurisdiction as a plea where investment arbitration is taken place under both the aforementioned arbitral mechanisms.⁵⁶ However, this restrictive approach to State immunity has also 'uneven implications for investors who bring claims against states'.⁵⁷

State immunity defences to enforcement of arbitral awards are not addressed by both the ICSID Convention and the New York Convention. The ICSID Convention explicitly provides that the national law of any contracting state relating to State immunity from execution is not affected by the enforcement provisions of the Convention.⁵⁸ Therefore, execution of the arbitral award depends on the immunity laws concerning the execution in the State in whose territories such execution is sought.⁵⁹ 'The Convention does not oblige a Contracting State to execute an ICSID award if an equivalent

⁵¹ *Maritime International Nominees Establishment (MINE) v Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/4, Interim Order No. 1 on Guinea's Application for Stay of Enforcement of the Award, 12 August 1988, § 9-10.

⁵² Schreuer et al., *supra* note 5, at 1136.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ UNCITRAL Rules, art. 1(1).

⁵⁵ The ICSID Convention, arts. 25 and 41.

⁵⁶ See Hazel Fox, *State Immunity and the New York Convention in Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards – The New York Convention*, in *Practice*, 829 (Emmanuel Gaillard and Domenico Di Pietro eds., 2008); Schreuer et al., *supra* note 5, at 1153.

⁵⁷ Alexis Blane, *Sovereign Immunity as a Bar to the Execution of International Arbitral Awards*, 41(2) N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 453, 460 (2008).

⁵⁸ The ICSID Convention, art 55.

⁵⁹ *Id.* art. 54(3).

judgment of its own court could not be executed'.⁶⁰ As a result, the State immunity creates a limitation for the execution of the ICSID arbitral award by winning investors.

Although the New York Convention does not explicitly touch any matter relating to State immunity from execution of arbitral awards, State immunity from execution would arise in two ways.⁶¹ The first way is an application of Article V(2)(b) of the Convention, because of public policy concerns of state where the enforcement is sought.⁶² As stated by Stephen Toope, 'Either for reasons of international comity or of internal constitutional structure, it is believed that the courts should not complicate potentially sensitive foreign policy issues by "interfering" to order execution against property vested in a foreign State'.⁶³ The second way relates to the application of Article III of the Convention which provides that arbitral award shall be enforced in accordance with the laws of the territory where the enforcement of that arbitral award is sought. Therefore, national laws relating to State immunity affect the enforcement of those arbitral awards. Although in the context of the New York Convention investors can argue that states waive their immunity from execution when they agree with arbitration through which agreement they waive their immunity from jurisdiction, there are various possibilities depending on the national laws and states' membership to the New York Convention.⁶⁴ Waiver from execution can be used as one of the solution to the enforcement problem of arbitral awards. This solution in the context of both the New York Convention and the ICSID Convention will be analyzed in the third chapter of this article.

The remaining aspect of State immunity from execution is a difference between two approaches; the doctrine of absolute immunity and the theory of restrictive immunity. In difference with the doctrine of absolute immunity according to which no enforcement is possible against state property, the doctrine of restrictive immunity permits enforcement of arbitral awards against state property.⁶⁵ In this context the question is to what extent state property can be executed by national courts for the enforcement of arbitral awards. In other words, the question is which assets of state can be used for the satisfaction of arbitral awards. 'Nature of funds' test is applied by many

⁶⁰ Lucy Reed, Jan Paulsson and Nigel Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration* 185 (2nd ed. 2011).

⁶¹ Andrea K. Bjorklund, *State Immunity and the Enforcement of Investor-State Arbitral Awards*, in *International Investment Law for the 21st Century Essays in Honour of Christopher Schreuer*, 308 (Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, and Stephan Wittich eds., 2009).

⁶² *Ibid.*

⁶³ Stephen J. Toope, *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration between States and Persons* 141 (1990).

⁶⁴ Bjorklund, *supra* note 62, 309.

⁶⁵ Di Pietro & Platte, *supra* note 17, at 193.

countries and enforcement against commercial assets is allowable.⁶⁶ However, there is no clear line between the commercial and non-commercial assets. For example, in *AIG Capital Partners Inc and another v Republic of Kazakhstan*,⁶⁷ the British High Court held that the assets of a State's Central Bank was subject to State immunity under Section 14(4) of the State Immunity Act 1978 and could not be used to satisfy an ICSID award, even if such assets was being held by third parties on behalf of the Central Bank of Kazakhstan. It should be stated that in reality a great number of assets such as diplomatic and military property as well as central banks' reserves are excluded from the list of commercial assets.⁶⁸ Moreover, the UN Convention on the Jurisdictional Immunities of States and their Property 2004 (the UNSCI)⁶⁹ adds two new categories to the list of immune assets, namely 'property forming part of the cultural heritage of the State or part of its archives and not placed or intended to be placed on sale',⁷⁰ and 'property forming part of an exhibition of objects of scientific, cultural or historical interest and not placed or intended to be placed on sale'.⁷¹

At the end, although the losing state, which relies on the State immunity from execution in order to avoid to satisfy arbitral awards, is still in violation of its international obligations arising from the respective conventions, it can be stated that State immunity 'might well be the Achilles' heel in the body of investor-State dispute settlement',⁷² taking the persistence of State immunity into consideration.

II. Analysis of the Problems of Enforcement

In this chapter, problems of enforcement of arbitral awards issued by two different arbitral tribunals, namely the ICSID tribunals and ad hoc tribunals applying the UNCITRAL Rules will be analyzed (respectively, the first and the second sections). Since the enforcement stage of arbitral awards is in interaction with the national courts, the third section of this chapter will also discuss about this interaction.

2.1. Problems of Enforcement under ICSID

Two separate obligations were provided by the ICSID Convention in respect to the recognition and enforcement of arbitral award. While the parties

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *AIG Capital Partners Inc and another v Republic of Kazakhstan (National Bank of Kazakhstan intervening)*, ICSID Case No. ARB/01/6 [2005] EWHC 2239 (Comm), (2006) 1 All ER 284 (QBD).

⁶⁸ Fox, *supra* note 57, 858.

⁶⁹ As of October 6, 2016, the UNSCI is not yet in force.

⁷⁰ The UNSCI, art. 21(1)(d)

⁷¹ *Id.* art. 21(1)(e).

⁷² Bjorklund, *supra* note 62, at 321.

of dispute are encumbered with the first obligation, namely to abide by and comply with the arbitral award, the contracting states are encumbered with the second obligation, namely to recognize and enforce that arbitral award in their territories. Since 'States overwhelmingly have complied with awards rendered against them, without claimants needing to pursue enforcement',⁷³ the exact distinction between those obligations arising from Articles 53 and 54 of the ICSID Convention are not determined until recent cases against Argentina. However, recent ICSID tribunals examined that distinction very deeply.

Moreover, the application of Articles 54 and 55 of the ICSID Convention by national courts also showed other problems of enforcement in national level. In case of application of those articles, although national courts recognized the respective investment arbitration awards, their judgments prohibited the execution of those awards.

In order to analyze the mentioned problems of enforcement of arbitral awards issued under the ICSID Convention it is necessary to look at interpretation of those articles construed by both scholars and cases taken place in both international arbitration tribunals and national courts.

2.1.1. The Interrelation between Articles 53 and 54 of the ICSID Convention

Before looking at the interpretation of the interrelation of Articles 53 and 54 of the ICSID Convention it is necessary to pay attention to the texts of those articles. While Article 53(1) states that 'Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention', Article 54(1) states that 'Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State'. As seen from the text of those articles, distinct obligations are imposed by them. However, in recent cases, namely *CMS*,⁷⁴ *Azurix*,⁷⁵

⁷³ Alexandrov, *supra* note 20, at 323.

⁷⁴ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8 (Annulment Proceeding), Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award, (Rule 54 of the ICSID Arbitration Rules), 1 September 2006.

⁷⁵ *Azurix Corporation v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12 (Annulment Proceeding), Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award (Rule 54 of the ICSID Arbitration Rules), 28 December 2007.

Siemens,⁷⁶ *Enron*⁷⁷ and *Vivendi II*,⁷⁸ Argentina claimed that Article 54 is a condition of obligation under Article 53. Argentina's approach was that any winning investor must initiate the enforcement procedure in accordance with Article 54 before it demands from the losing state to abide by and comply with the arbitral award in accordance with Article 53.

Although Argentina contended its position relating to such an interrelation of those articles that Article 53 is subject to Article 54, the preparation history and the textual interpretation of the ICSID Convention respectively show different purpose and relation of those articles.

As stated by Stanimir Alexandrov, drafters' 'concern was that the binding force of awards under Article 53 of the Convention would not create a symmetrical obligation between States and investors' and 'Article 54 was created to respond to this concern'.⁷⁹ However, Article 54 can also be used by investors against States which are not complying with arbitral awards. By supporting this opinion Christoph Schreuer states that:

A provision on enforcement was seen as necessary to balance the situation in favour of the host State, should the investor not comply with an award. But all the drafts leading to the Convention refer to recognition and enforcement against the parties in equal terms, without distinguishing between investors and host States, and it is clear that this was also the intention of the drafters.⁸⁰

Aron Broches also emphasizes that the importance of Article 53 should not be weakened by the text of Article 54.⁸¹ On Broches' opinion, while 'Article 53 affirmed the absolute binding force of the award on the international law level, Article 54 affirms its external finality, i.e., vis-à-vis domestic courts'.⁸² As seen from the mentioned opinions, those two articles impose different obligations and Article 54 does not affect the application of Article 53.

From the aspect of textual interpretation of the ICSID Convention, it can be stated that the obligation under Article 53 is in connection with the supportive

⁷⁶ *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Annulment Decision, 28 September 2009.

⁷⁷ *Enron Creditors Recovery Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, (Annulment Proceeding), Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award (Rule 54 of the Arbitration Rules), 7 October 2008.

⁷⁸ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3 (Second Annulment Proceeding), Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award Rendered on 20 August 2007 (Rule 54 of the ICSID Arbitration Rules), 4 November 2008.

⁷⁹ Alexandrov, *supra* note 20, at 328.

⁸⁰ Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (2001).

⁸¹ Broches, *supra* note 4, at 302.

⁸² Aron Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 136 Hague Recueil des cours 331, 400 (1972).

mechanisms of Articles 27 and 64 of the ICSID Convention.⁸³ Firstly, while providing investors with additional tools, namely diplomatic protection, the text of Article 27(1) provides the same words which are used by Article 53 such as ‘to abide by and comply with the award’. As stated by Stanimir Alexandrov, ‘Had a losing party’s obligation to comply with an award been predicated on a prevailing party first taking steps under Article 54, the language of Article 27(1) surely would have paralleled the “recognize and enforce” language of Article 54, rather than the “abide by and comply with” language of Article 53’.⁸⁴ In other words, by using the verbatim language of Article 53, Article 27(1) shows that Article 53 does not depend on condition upon the prior application of Article 54.

Additionally, neither Article 27 nor Article 64 stipulates that the winning investor should initiate enforcement mechanism under Article 54 before recourse to those mechanisms in case of failure of compliance obligation by host state.

In practice, this problem had been touched by the abovementioned cases against Argentina. During *CMS* and *Azurix* annulment proceedings this concern of investors could not be satisfied by the annulment committees, because they were satisfied by a “comfort letter” on which Argentina stated that it will comply with its international obligation regardless of the result of annulment proceedings.⁸⁵ As those annulment committees, *Siemens* annulment committee did not look through the relationship between the discussed articles as well. However, during *Siemens* annulment preceding the United States of America rejected Argentina’s approach to the interrelation between Article 53 and Article 54 by stating the following approach:

[A] State is obligated to abide by and comply with an award rendered against it irrespective of an investor’s enforcement efforts under Article 54. Argentina’s position to the contrary is an incorrect interpretation of Articles 53 and 54 of the ICSID Convention.⁸⁶

First time this concern of investor had been fully addressed by the *Enron* annulment committee. The committee rejected Argentina’s interpretation by urging the following reasons. Firstly, the committee emphasized the texts of those two articles by stating that their language does not create any basis for Argentina’s approach.⁸⁷ Secondly, as stated by *Enron* annulment committee obligations under those articles ‘are addressed to different subjects’.⁸⁸ While

⁸³ See Alexandrov, *supra* note 20, at 325.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ See *CMS*, § 28; *Azurix*, § 36 and 38.

⁸⁶ Letter from United States Department of State to Ms Claudia Frutos-Peterson, Secretary of the Ad Hoc Committee (*Siemens*), 1 May 2008, 3 <http://www.italaw.com/documents/Siemens-USsubmission.pdf> (last visited Oct 6, 2016).

⁸⁷ *Enron* at § 61.

⁸⁸ *Id.* at § 62

parties under obligation to abide by and comply with arbitral awards are on the one hand host state and on the other hand investor.⁸⁹ In contrast, obligation under Article 54 is encumbered to ‘each Contracting State’ of the Convention, ‘whether or not that Contracting State is a party to the award in question’.⁹⁰ Thirdly, the committee emphasized the equivalency of the language of Article 27(1) and Article 53(1).⁹¹ It pointed out the following conclusion:

If a Contracting State was entitled to require an award creditor to use enforcement mechanisms established under Article 54(1) as a precondition to compliance with the award, the Committee considers that the final words of Article 27(1) would have reflected the language of Article 54(1), rather than that of Article 53(1).⁹²

Moreover, the annulment committee concluded that in case of acceptance of the suggested interpretation of Argentina, ‘the result could be that there would never be an obligation to comply with non-pecuniary obligations in an award’, since Article 54 covers only pecuniary obligations.⁹³

In addition, two policy reasons were concluded by the committee. Firstly, it was concluded that enforcement mechanisms are not usually provided to give an opportunity to losing party to reject compliance with awards; in contrast, they are usually created to support winning party in case of failure of losing party.⁹⁴ Secondly, since the intention of the ICSID mechanism was to create an international tool for investment arbitration, ‘it would be inconsistent with the purpose of the ICSID Convention if an award creditor had to bring proceedings pursuant to national law enforcement mechanisms established under Article 54(1) as a prerequisite for compliance with the award by the award debtor’.⁹⁵

Vivendi II annulment committee also concluded the same approach against Argentina’s interpretation with *Enron* annulment committee. Additionally, this committee concluded that ‘Any possible intervention by a judicial authority in the host State is unacceptable under the ICSID Convention, as it would render the awards simply a piece of paper deprived from any legal value and dependent on the will of state organs’.⁹⁶

As a result, *Enron* and *Vivendi II* committees emphasized the distinct character of Articles 53 and 54 of the ICSID Convention and confirmed that

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Id.* at § 65.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Id.* at § 66.

⁹⁴ *Id.* at § 67.

⁹⁵ *Id.* § 68.

⁹⁶ *Vivendi II*, § 36.

these two articles determined different obligations. Thus, Article 54 cannot be used as a precondition for the application of Article 53. Therefore, Argentina's attempt to avoid compliance of arbitral awards has not become one of the problems of enforcement of investment arbitration awards.

2.1.2. Enforcement under Articles 54 and 55 of the ICSID Convention

Enforcement procedure under Article 54 of the ICSID Convention starts when losing party fails to comply with arbitral award voluntarily. Firstly, contracting state to the ICSID Convention where enforcement of arbitral award is sought shall recognize that award.⁹⁷ However, 'a holder of a recognized ICSID award has only an executory title'.⁹⁸ Since national courts are entitled to execute the award in accordance with the local legislation relating to execution⁹⁹, while intending to execute the recognized award winning party faces with problems arising from Article 54(3) in combination with Article 55 of the ICSID Convention. Thus, Article 55 provides that 'Nothing in Article 54 shall be construed as derogating from the law in force in any Contracting State relating to immunity of that State or of any foreign State from execution'. Therefore, losing state party can get an opportunity to use its sovereign immunity from execution as a shield against execution of arbitral awards in other states' territory. This opinion is supported by the following statement from the stay decision of *ad hoc* Committee in *MINE*:

[W]hile the Convention imposes an obligation on parties to abide by and comply with an award and on Contracting States to enforce the pecuniary obligations imposed by an ICSID award, the question of forcible execution is left expressly subject to the law of the State of the execution forum, including in particular the immunity from execution which a foreign State might enjoy under that law.¹⁰⁰

In practice, attempts of winning investors to enforce their awards in the territory of other contracting states can show clearly the mentioned problem of enforcement. One of those cases is *Benvenuti & Bonfant v Congo*¹⁰¹ in which the Paris *Tribunal de grande instance* recognized the ICSID award after ascertaining its compliance with the public policy of France and made prior authorisation as a precondition for execution.¹⁰² On the appeal of the investor the Court of Appeal held that the recognition and the execution are distinct stages and state immunity from execution should not come into play until

⁹⁷ The ICSID Convention, art. 54(1).

⁹⁸ Nmehielle, *supra* note 38, at 30.

⁹⁹ The ICSID Convention, *supra* note at 54(3).

¹⁰⁰ *MINE*, § 24.

¹⁰¹ *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/2, Award, 8 August 1980.

¹⁰² Choi, *supra* note 20, at 182 (footnotes omitted).

after the recognition of the ICSID award.¹⁰³ However, since the Court of Appeal did not touch the public policy review of the lower court for the recognition, as stated by Susan Choi, 'other French courts might refuse to recognize an ICSID award because of conflicts with French public policy'.¹⁰⁴

As Benvenuti & Bonfant obtained attachment against the assets of the Banque Commerciale Congolaise, it could not be compensated because of the decision of French court which determined that this Bank was not a debtor and it had a distinct legal personality from People's Republic of the Congo.¹⁰⁵

In other French case concerning enforcement of another ICSID award, namely *SOABI v. Senegal*¹⁰⁶ the Court of Appeal rejected the direct recognition of the ICSID award by applying the French public policy instead of the automatic regime of recognition, although the Paris *Tribunal de grande instance* had recognized the ICSID award.¹⁰⁷ However, the French Supreme Court held that the ICSID awards should be recognized without restricting by immunity from execution.¹⁰⁸ As stated by Christoph Schreuer, 'The Court added that the ICSID Convention had in its Articles 53 and 54 created an autonomous and simplified regime for recognition and execution which excluded the otherwise applicable provisions of the Code of Civil Procedure and the remedies provided therein'.¹⁰⁹ In difference with the prior French case, this position of the French Supreme Court provided the 'smooth enforcement' of the ICSID arbitral awards in France.¹¹⁰ However, it should be stated that execution of arbitral awards still remains as one of the problems for enforcement because of the immunity matter.

The abovementioned difference between recognition and execution which made by the French Supreme Court was supported by American case, namely *LETCO v. Liberia*¹¹¹ in which while the Federal District court of the Southern District of the New York recognized the award by applying Article 54 of the ICSID Convention, by referring to Article 55 of that Convention that court rejected the request of LETCO on execution of the award by attaching it to the immune assets of Liberia.¹¹²

Taking all those cases into consideration, it can be stated that since 'A

¹⁰³ *Ibid* (footnotes omitted).

¹⁰⁴ *Ibid*.

¹⁰⁵ *Ibid* (footnotes omitted).

¹⁰⁶ *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) v. Senegal*, ICSID Case No. ARB/82/1, Award, 25 February 1988.

¹⁰⁷ Choi (footnotes omitted).

¹⁰⁸ Alexandroff & Laird, *supra* note 37, at 1179.

¹⁰⁹ Schreuer, *supra* note 81, at 1119.

¹¹⁰ Choi, *supra* note 20, 184.

¹¹¹ *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. Republic of Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2, Award, 31 March 1986.

¹¹² Alexandroff & Laird (footnotes omitted).

private party may not be able find assets which both belong to the state and are not immune from execution under national law',¹¹³ execution of arbitral awards remains as a problem of enforcement under the ICSID Convention. However, it should be stated that almost all states' legislations have refused to follow the doctrine of absolute immunity and it is possible to enforce arbitral awards against foreign state's assets which are used for commercial purposes.¹¹⁴ As stated by August Reinisch, while only 'Russian courts will accord absolute immunity from enforcement measures'¹¹⁵ in absence of explicit waiver, 'Turkish courts generally refuse to grant immunity from execution to foreign states'.¹¹⁶ Therefore, it will be argued in this article that the movement of states' legislations to the theory of restrictive immunity and the suggested solutions of this problem in the next chapter of this article are sufficient to avoid this problem.

2.2. Problems of Enforcement under UNCITRAL

In difference with the ICSID arbitration, the arbitration under UNCITRAL Rules does not have its own enforcement procedures for rendered arbitral awards under these Rules. Because of this reason, for the purpose of enforcement an UNCITRAL award is subject to recognition and enforcement provisions of the New York Convention. Although Article III of the New York Convention demands from Contracting States to recognize and enforce arbitral awards, the enforceability of those awards is subject to the exhaustive list of grounds provided in Article V of that Convention. According to the first paragraph of that article, national courts may refuse recognition and enforcement of the arbitral award if the requested party proves the following grounds:

- (a) incapacity of a party or invalidity of the arbitration agreement;
- (b) violation of due process;
- (c) arbitrators' actions beyond their authority;
- (d) irregularity in the procedure or composition of the arbitral tribunal;
and
- (e) award not binding, set aside or suspended in the country where the award was made.¹¹⁷

This group of grounds 'furthers the loser's right to a fair arbitration, by allowing courts to reject awards tainted with excess of authority and

¹¹³ Choi, *supra* note 20, at 183.

¹¹⁴ Inna Uchkunova and Oleg Temnikov, *Enforcement of Awards under the ICSID Convention – What Solutions to the Problem of State Immunity?*, 29(1) ICSID Rev. 187, 201 (2014).

¹¹⁵ August Reinisch, *European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures*, 17(4) Eur. J. Int. Law 803, 807 (2006).

¹¹⁶ *Id.* at 813.

¹¹⁷ See Lew et al., *supra* note 11, at 707-720.

procedural irregularity'.¹¹⁸ However, as stated by Lew et al., application of those grounds is in discretion of national courts¹¹⁹ and those courts can even enforce any part of an award if 'the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted'.¹²⁰

In addition, the second paragraph of Article V provides further grounds for resistance of enforcement of arbitral award. Article V(2) stipulates that:

Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:

- (a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or
- (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.

The first of those grounds – arbitrability has not been used widely by national courts in order to refuse the enforcement of arbitral awards.¹²¹ But based on the second one any UNCITRAL award is subject to the national court's review, although Article 34(2) of the UNCITRAL Rules provides that the 'awards ... shall be final and binding on the parties'. It is argued that the public policy exception is the "safety valve" of the New York Convention, because each national court or legislative body can interpret the definition of the public policy differently.¹²² However, as there is a distinction between domestic and international public policy in respect of the arbitral awards,¹²³ it should be stated that the scope of public policy is applied narrowly. As argued by E.Gaillard and J.Savage:

Not every breach of a mandatory rule of the host country could justify refusing recognition or enforcement of a foreign award. Such refusal is only justified where the award contravenes principles which are considered in the host country as reflecting its fundamental convictions, or as having an absolute, universal value.¹²⁴

¹¹⁸ William W. Park, *Duty and Discretion in International Arbitration*, 93 Am. J. Int'l L. 805, 810 (1999).

¹¹⁹ Lew et al., *supra* note 11, at 707.

¹²⁰ The New York Convention, art. V(1)(c).

¹²¹ Lew et al., *supra* note 11, at 721.

¹²² Heather R. Evans, Note, *The Nonarbitrability of Subject Matter Defense to Enforcement of Foreign Arbitral Awards in United States Federal Courts*, 21 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 329, 334-335 (1989).

¹²³ Bernard Hanotiau & Olivier Caprasse, *Public Policy in International Commercial Arbitration, in Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards – The New York Convention in Practice*, 789 (Emmanuel Gaillard and Domenico Di Pietro eds., 2008).

¹²⁴ Emmanuel Gaillard & John Savage (eds.), *Fouchard, Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, 996 (1999)

This position was also supported by the U.S. court in *Parsons & Whittemore*,¹²⁵ determining the U.S. standard in respect of the public policy, in which it was held that 'the Convention's public policy defense should be construed narrowly. Enforcement of foreign arbitral awards may be denied on this basis only where enforcement would violate the forum state's most basic notions morality and justice'.¹²⁶ Although Article V(2)(b) of the New York Convention does not explicitly provide the distinction between domestic and international public policy, it can be undoubtedly stated that the drafters of the Convention intended to refer to the international public policy of host state while providing the reference to public policy.¹²⁷

In addition to narrow interpretation of public policy exception, it should be stated that the language of Article V is permissive rather than mandatory.¹²⁸ Thus, applicability of the abovementioned grounds depends on the courts' discretion. This approach was also stated by the Hong Kong Supreme Court that:

... the grounds of opposition are not to be inflexibly applied. The residual discretion enables the enforcing Court to achieve a just result in all the circumstances.¹²⁹

However, B.Hanotiau and O.Caprasse argue that 'discretion left to courts in Article V should not be overstated', because it would not be rational that courts based on their discretionary power refuse to accept any ground while the same courts have confirmed that the discussed ground affected the award.¹³⁰

In spite of the opposite opinions, it can be concluded that since, on the one hand, exceptions under Article V of the New York convention are narrowly construed, on the other hand, overwhelming majority of awards are complied with voluntarily,¹³¹ enforcement of arbitral awards rendered under UNCITRAL Rules is not difficult for winning party in the context of the New York Convention.

Furthermore, UNCITRAL awards have another problem relating to review of those awards by national courts not arising from the enforcement procedure under the New York Convention. Thus, in *Ecuador v. Occidental*,¹³²

¹²⁵ *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Société Générale de l'Industrie du Papier (RAKTA)*, 508 F.2d 969, 974 (2d Cir. 1974).

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Gaillard & Savage, *supra* note 125, at 996.

¹²⁸ Hanotiau & Caprasse, *supra* note 124, at 802.

¹²⁹ *China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch v. Gee Tai Holdings Co Ltd*, [1994] 3 HKC 375, Hong Kong Supreme Court, 13 July 1994.

¹³⁰ Hanotiau & Caprasse, *supra* note 124, at 803.

¹³¹ David D. Carron and Lee M. Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules; A Commentary*, 85 (2nd ed. 2013).

¹³² *Republic of Ecuador v. Occidental Exploration & Production Company* [2005] EWHC 774 (Comm).

it was held by the English court that national courts could review the UNCITRAL awards in accordance with Arbitration Act 1996.¹³³ As stated by S.Jagusch and J.Sullivan:

[A]lthough the UNCITRAL Rules provide no right of *appeal*, it may well be that if other jurisdictions follow England's example, the *lex arbitri* will provide a right of review which was never intended. This would be in addition to the grounds for refusal of enforcement under the New York Convention.¹³⁴

Therefore, in order to avoid such a refusal mechanism mentioned by the English court it is important for the parties to choose the appropriate seat of arbitration while agreeing on arbitration.

Place of arbitration also has other effect on enforcement of arbitral awards relating to reciprocity reservation under Article I(3) of the New York Convention. This means that any Contracting State may declare that 'it will apply the Convention to the recognition and enforcement of awards made only in the territory of another Contracting State'.¹³⁵ As the majority of contracting states signed the New York Convention with the mentioned reservation,¹³⁶ it is vital important for winning party to choose any of the contracting states as a place of arbitration in order to secure the enforcement of arbitral award.

2.3. National Courts' role in Enforcement

Traditionally, investors have always hesitated to submit their investment claims to national courts, because they 'fear a lack of impartiality'¹³⁷ from national courts of the host state. That's why they prefer to international investment arbitration in order to diminish any opportunity of national courts to intervene with this process.¹³⁸ However, as stated by C.Dugan et al., governments' persistent mistrust against such 'a purely private footing' and 'lack of coercive police power' of investment arbitration in difference with national courts make national courts 'an essential component of successful international arbitration'.¹³⁹ Investment arbitration awards rendered under both the ICSID Convention and the UNCITRAL Rules need

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Stephen Jagusch, Jeffrey Sullivan, *A Comparison of ICSID and UNCITRAL Arbitration: Areas of Divergence and Concern*, in *The Backlash against Investment Arbitration Perceptions and Reality*, 104 (Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung and Claire Balchin eds., 2010).

¹³⁵ The New York Convention, *supra* note at I(3).

¹³⁶ Carron and Caplan, *supra* note 132, at 86.

¹³⁷ Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* 426 (2nd ed. 2012).

¹³⁸ Dugan et al., *supra* note 2, at 77.

¹³⁹ *Ibid.*

a national courts' action to be executed in a state where enforcement of those awards is sought. However, sometimes national courts abuse their power in respect of arbitration. For example, *Himpurna v. Indonesia*¹⁴⁰ can be considered as one of the extreme example in which the respondent state obtained an injunction from Jakarta District Court.¹⁴¹ Therefore, national courts' excessive interference decreases effectiveness of investment arbitration by slowing the process and increasing the expenses of parties.¹⁴²

Except such extreme examples, there is also possibility that national courts review arbitral awards in accordance with their laws. As analyzed in the aforementioned sections of this chapter, while the ICSID Convention prohibits any review by national courts, awards which are intended to be enforced under the New York Convention can be reviewed by national courts.¹⁴³

As a result, although national courts have an important role in the execution of arbitral awards, it is not acceptable by international investment community that they can review all arbitral awards deeply and refuse their enforcement based on different grounds arising from national laws. Because of this reason, while the New York Convention provides exhaustive list of grounds for refusal, the ICSID Convention encumbers each Contracting State to recognize and enforce arbitral awards without further review by eliminating all problems, except State immunity which is restricted within the theory of restrictive immunity in recent decades, in front of enforcement of arbitral awards.

III. Solutions of the Problems of Enforcement

In order to enforce its arbitral award different judicial and/or non-judicial (alternative) solutions are used by winning party. In this chapter, revival of diplomatic protection by investor under the ICSID Convention (the first section), waiver of State immunity or providing "comfort letters" as implied waiver by host state, pursuing a negotiation of a post-award settlement, taking out an insurance or assigning its award to the third party by investor, inducement measure taken by home state, actions taken by international organizations (the second section) will be discussed as solutions to the problems of enforcement of investment arbitration awards discussed in the prior chapters.

¹⁴⁰ *Himpurna California Energy Ltd (Bermuda) v. Republic of Indonesia* (UNCITRAL Interim Award of September 26, 1999, and Final Award of October 16, 1999) 25 YB Comm. Arb. 11 (2000).

¹⁴¹ Dugan et al., *supra* note 2, at 77.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ See Christoph Schreuer, *Interaction of International Tribunals and Domestic Courts in Investment Law*, 4 Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 71 (2011).

3.1. Solution under ICSID

The ICSID Convention provides diplomatic protection in Article 27 for winning investor as 'an alternative and supplement to the judicial enforcement of awards'¹⁴⁴ under Article 54 of the Convention. Thus, although in the course of the ICSID Convention's drafting, the drafters considered the exclusion of diplomatic protection necessary in order to open a way for arbitration, protect host states from multiple claims and claimants and remove the dispute from the realm of politics and diplomacy,¹⁴⁵ the ICSID Convention remains door open for revival of diplomatic protection which is applied by home state of investor against host state in order to espouse the claim of its investor. Article 27(1) of the Convention provides that:

No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute.

As seen from this article, once host state fails to abide by and comply with the award, winning investor may resort to diplomatic protection of its home state. In case of espousal of investor's claim, home state of that investor may submit the dispute to the International Court of Justice under Article 64 of the ICSID Convention.¹⁴⁶

However, there are at least three reasons which proved diplomatic protection unworkable for business interests.¹⁴⁷ Firstly, espousing of investor's claim is at discretion of home state of that investor.¹⁴⁸ Thus, as based on its discretion home state may be unwilling to take its investor's claim or even intend to dissuade investor to continue its claim,¹⁴⁹ because of different political reasons, it is not guarantee for the investor that it will be protected by its home state in order to enforce its award in all cases.

Secondly, application of diplomatic protection depends on some conditions such as establishing of nationality of investor or exhaustion of all local remedies.¹⁵⁰ However, 'It is not entirely clear the extent to which this

¹⁴⁴ Schreuer et al., *supra* note 5, at 426.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ Uchkunova & Temnikov, *supra* note 115, at 206.

¹⁴⁷ Jan Paulsson, *Arbitration without Privity*, 10(2) ICSID Rev. 232, 255 (1995).

¹⁴⁸ Andrew Newcombe & Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, 6 (2009).

¹⁴⁹ Jorge E. Viñuales, Dolores Bentolila, *The Use of Alternative (Non-Judicial) Means to Enforce Investment Awards against States*, in *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*, 268 (Laurence Boisson de Chazournes, Marcelo G. Kohen, and Jorge E. Viñuales eds., 2012).

¹⁵⁰ Schreuer et al., *supra* note 5, 415.

latter condition applied in the context of investment disputes'.¹⁵¹ It is argued that the exclusion of any other remedies in the context of Article 26 of the ICSID Convention shall also apply to the discussed case.¹⁵²

Finally, as showed by Permanent Court of International Justice in the *Mavrommatis Palestine Concessions case*,¹⁵³

By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic protection or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law.¹⁵⁴

Therefore, there is no guarantee that home state will transfer any amount obtaining from host state to investor's account.¹⁵⁵

As a result of those reasons, until today diplomatic protection under the ICSID Convention has never been used by any home state.¹⁵⁶ However, as argued by Christoph Schreuer, compliance obligation of losing state with arbitral awards was backed up by 'the revival of the right to diplomatic protection by the investor's State of nationality'.¹⁵⁷ The possibility of revival of diplomatic protection plays a supplementary role for guaranteeing of enforcement of arbitral award by losing host state. Therefore, provision stipulated in Article 27 of the ICSID Convention is important for winning investors, although it has never been used.

3.2. Other solutions

In this section, various solutions to enforcement of arbitral awards will be discussed. First of them is waiver of immunity from execution by host state which assists investor to avoid the immunity bar in the execution stage of its arbitral award. Waiver of immunity may be stipulated in either investment agreement between the host state and the investor or in BITs.¹⁵⁸ However, entering such a provision into the investment agreement depends on the bargaining power of the investor.¹⁵⁹ In addition, because of condition on reciprocity relating to waiver of immunity from execution,¹⁶⁰ this provision is

¹⁵¹ Viñuales & Bentolila, *supra* note 150, at 269.

¹⁵² Martins Paparinskis, *Investment Arbitration and the Law of Countermeasures*, 79(1) B.Y.I.L. 264 (2008).

¹⁵³ *Mavrommatis Palestine Concessions* (Greece v. United Kingdom) (1924), PCIJ, Series A, No 2.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ Viñuales, Bentolila, *supra* note 150.

¹⁵⁶ Uchkunova & Temnikov; See also Giuliana Cane, *The Enforcement of ICSID Awards: Revolutionary or Ineffective?*, 15 Am. Rev. Int'l Arb. 439, 458 (2004).

¹⁵⁷ Schreuer et al., *supra* note 5, at 1119.

¹⁵⁸ Uchkunova & Temnikov, *supra* note 115, at 202.

¹⁵⁹ Choi, *supra* note 20, at 214; Uchkunova & Temnikov, *supra* note 115, at 202.

¹⁶⁰ Uchkunova & Temnikov, *supra* note 115, at 202.

usually not added into text of BITs by states.¹⁶¹ Therefore, including provision on waiver of immunity in agreements is not 'generally adopted in practice'.¹⁶²

However, where any private party has sufficient negotiation power to include such provision in its investment agreement concluded between it and host state, then in case of execution of arbitral awards rendered on disputes arising from that agreement, the host state may not invoke its sovereign immunity as bar to execution. For those cases the ICSID Centre has suggested the following model clause:

The [name of contracting state] hereby irrevocably waives any claim to immunity in regard to any proceedings to enforce any arbitral award rendered by a Tribunal constituted pursuant to this Agreement, including, without limitation, immunity from service of process, immunity from jurisdiction of any court, and immunity of any of its property from execution.¹⁶³

As stated by George Delaume, this type of waivers from execution compels a state to look for a friendly settlement with a winning investor rather than enforcement procedure in national court.¹⁶⁴

In the context of the New York Convention, investor can also argue the existence of implied waiver of host state from execution which was made by investment agreement in which that host state waived its immunity from jurisdiction. However, there are different possibilities depending on the national laws and states' membership to the New York Convention. Those possibilities of this type of implied waiver were explained by Andrea Bjorklund set out below:

One possibility is that a respondent State's agreement to arbitrate in a State that is party to the New York Convention, such that any award is governed by the Convention, is an implied waiver of immunity in any subsequent enforcement action, regardless whether the respondent State is itself a party to the Convention. A second variation is that only if the respondent State itself is a party to the Convention would such a waiver be implied, regardless whether the award itself was rendered in a New York Convention State and was thus subject to enforcement under the Convention.¹⁶⁵

Although some national courts accept the implied waiver of sovereign immunity from execution, under their immunity laws they will require an

¹⁶¹ Blane, *supra* note 58, at 498.

¹⁶² Cane, *supra* note 157, at 457.

¹⁶³ ICISD Model Clauses, Doc. ICSID 5/Rev. 1, at cl. XIX, reprinted in Pieter Sanders (ed) *Yearbook Commercial Arbitration* (Volume 9, 1984).

¹⁶⁴ George R. Delaume, *Contractual Waivers of Sovereign Immunity: Some Practical Considerations*, 5(2) *ICSID Rev.* 232, 255 (1990).

¹⁶⁵ Bjorklund, *supra* note 62, at 309.

explicit waiver of sovereign immunity from execution in case of attachment of arbitral awards to non-commercial property.¹⁶⁶

It should also be noted that, according to national laws, it may not be possible for national court to attach arbitral award to the diplomatic or military property based on a waiver of immunity from execution.¹⁶⁷ For example, *Af-Cap, Inc v Chevron Overseas (Congo) Ltd*, the US Court of Appeals held that waiver of immunity relating to all of its property by any state is not valid in the territory of the United States of America¹⁶⁸ and the creditor should prove commercial nature of the discussed property before attachment.¹⁶⁹

As stated by Christoph Schreuer, 'the reference of Art. 55 to the law of the respective country means that any limitation in that law to the validity of a waiver would have to be respected ... [I]t is doubtful whether a waiver that goes beyond that provision would be effective'.¹⁷⁰ However, in the context of commercial property which 'does not enjoy immunity anyway',¹⁷¹ 'it would be illogical additionally to require a waiver'¹⁷² in respect of that commercial property taking the fact that enforcement on commercial property is allowed by national immunity laws of most states.¹⁷³

Finally, it can be stated that 'A weak point of this solution is that it does not solve the problem of unavailability of assets or their (possible) subsequent conversion from commercial to non-commercial'.¹⁷⁴

The second solution to avoid immunity bar in case of enforcement of award is "comfort letter" provided by host state within the process of annulment. For example, during the *CMS* annulment proceeding Argentina provided such a letter stating that 'it will recognize the award rendered by the Arbitral Tribunal in this proceeding as binding and will enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories, in the event that annulment is not granted'.¹⁷⁵ It is argued that this type of "comfort letter" can be considered as an implied waiver of immunity from execution, in spite of the fact that it has not been tested in practice yet.¹⁷⁶

Investors can also use the following three means as solutions to enforcement of arbitral awards: 1. pursuing a negotiation of a post-award settlement; 2. taking out insurance; 3. assigning its award to the third party.

Various factors affect investor to decide whether to pursue a negotiation of

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ Uchkunova & Temnikov, *supra* note 115, at 203.

¹⁶⁸ *Af-Cap, Inc v Chevron Overseas (Congo) Ltd*, 475 F3d 1080, 1087 (9th circuit 2007).

¹⁶⁹ Blane (footnotes omitted).

¹⁷⁰ Schreuer et al., *supra* note 5, at 1179.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² Uchkunova & Temnikov. *supra* note 115, at 203.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *CMS*, § 28.

¹⁷⁶ Uchkunova & Temnikov, *supra* note 115, at 204.

a post-award settlement. This settlement may be suitable for both parties of dispute from different perspectives. By explaining those perspectives L.Mistelis and C.Baltag indicate in their survey on “Corporate Attitudes towards Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards”¹⁷⁷ that:

For the non-prevailing party it might be more suitable to substitute damages for specific performance or to pay a substantial amount over a period of time. For the winning party, renegotiating the arbitral award might be more profitable than spending time and money in enforcing it.¹⁷⁸

Usually, an investor decides based on its bargaining power and difficulties such as time and expenses in enforcement of its arbitral award.¹⁷⁹ Risk in respect of enforcement of arbitral awards against state and negotiating power of both parties determine the final value at which winning investor would like to settle or sell its award.¹⁸⁰ If the investor concludes that the post-award settlement is more beneficial for it than starting an enforcement procedure, then it starts negotiations with host state in order to obtain maximum benefit from this settlement. As a result of such settlement, parties of dispute reach a new agreement on payment of arbitral award of investor which includes not only cash payment, but also future benefits for investor such as tax benefits or other regulatory exemptions.¹⁸¹

However, it should also be noted that economic and physical compulsion applied by host state to compel investor to agree with an unfair post-award settlement is null and void.¹⁸² In *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*,¹⁸³ the Arbitral Tribunal held that:

The settlement agreement according to which the prevailing party in an arbitral proceeding renounces half of its rights without due consideration can only be valid if it is the result of an authentic, fair and equitable negotiation. In the case at hand, the rejection of the outcome of a mechanism for the resolution of the claims rendered in a local arbitration by two arbitrators selected by the Parties, and assisted in their deliberations by a local Yemeni magistrate; coupled with the subjection of the Claimant’s

¹⁷⁷ Loukas Mistelis & Crina Baltag, *Special Section on the 2008 Survey on Corporate Attitudes towards Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards: Special Section: Recognition and Enforcement of Arbitral Awards and Settlement in International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices*, 19 *Am. Rev. Int'l Arb.* 319, 319 (2008).

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ Viñuales & Bentolila, *supra* note 150, at 260.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ R. Doak Bishop, *Introduction: The Enforcement of Arbitral Awards against Sovereigns*, in *Enforcement of Arbitral Awards against Sovereigns*, 5 (Doak Bishop ed., 2009).

¹⁸² Viñuales & Bentolila, *supra* note 150, at 261.

¹⁸³ *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, 6 February 2008.

employees, family members, and equipment to arrest and armed interference, as well as the subsequent preemptory “advice” that it was “in [his] interest” (Exh. CM-113) to accept that the amount awarded be amputated by half, falls well short of minimum standards of international law and cannot be the result of an authentic, fair and equitable negotiation.¹⁸⁴

As seen from this statement of the Arbitral Tribunal, for concluding valid agreement after post-award settlement negotiation between parties should be authentic, fair and equitable. Otherwise, the state party would have failed to comply with its fair and equitable treatment obligation under BIT concluded between that state and the home state of investor.

To sum up, it can be stated that as the post-award settlement is suitable for investor who feel that the enforcement procedure will not be smooth and will take long time, this mean is used by many corporations. This view is supported by the abovementioned survey which indicates that 40% of interviewed corporate counsels confirmed that their companies had negotiated with the opposing party after receiving award.¹⁸⁵

One of the options available to investors is insurance for non-payment of BIT award.¹⁸⁶ In difference with political risk insurance, BIT award insurance covers the entire value of arbitral award by applying 10% of franchise deductible.¹⁸⁷ However, as observed by Andrea Bjorklund, BIT award insurance is costly as well as it is not easily available to investors to gain entire coverage.¹⁸⁸

One of the solutions to problem of enforcement is an assignment of its award by the investor to the third party. For example, CMS Gas Transmission Company assigned its award to Blue Ridge Investments, LL.C. as a possible solution to Argentine immunity defence.¹⁸⁹ Argentina objected this assignment by stating that it was improper assignment.¹⁹⁰ Christoph Schreuer also stated that ‘Only a party to the original ICSID arbitration proceeding may initiate the procedure under Art. 54(2). This would exclude action by an interested third party’.¹⁹¹ However, the US District Court for the Southern

¹⁸⁴ *Id.* at § 179.

¹⁸⁵ Mistelis & Baltag, *supra* note 178, at 339.

¹⁸⁶ Andrea K. Bjorklund, *Sovereign Immunity as a Barrier to the Enforcement of Investor – State Arbitral Awards: The Re-politicization of International Investment Disputes*, 21 *Am. Rev. Int'l Arb.* 211, 234 (2010).

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ Yas Banifatemi, *Enforcement of Arbitral Awards in Investment Arbitration: Taking Stock and Way Forward* (Second Symposium on International Investment Agreements, Paris, 2010), 97 <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/49893996.pdf> (last visited Oct 6, 2016).

¹⁹⁰ Uchkunova & Temnikov, *supra* note 115, at 207 (footnotes omitted).

¹⁹¹ Schreuer, *supra* note 81, at 1146.

District of New York concluded that, taking into consideration that the national law should apply to enforcement procedure, 'nothing in ... New York law prevents an assignee from seeking recognition and enforcement of an ICSID Convention award'.¹⁹²

In addition to investor's actions, home state also takes some measures such as inducement in order to compel host state to comply with an arbitral award. For example, under the US Foreign Assistance Act of 1961, 'none of the funds ... may be provided to a government or any agency or instrumentality thereof, if the government of such country ... has ... nationalized or expropriated the property of any United States person ... and ... has not ... provided adequate and effective compensation for such property in convertible foreign exchange or other mutually acceptable compensation equivalent to the full value thereof, as required by international law'.¹⁹³ By threatening to invoke this provision, which is so-called the "Helms Amendment", the US Government compelled the government of Costa Rica to give its unilateral consent to the ICSID arbitration¹⁹⁴ in *Santa Elena*¹⁹⁵ case. However, it is clear that there are few countries in the world which have sufficient economic power to use such type of inducement. Nevertheless, regardless of home state's inducement power, non-complying host state loses its creditworthiness in the international community. This view is also stated by the annulment committee in *Mitchell v. Congo*¹⁹⁶ that 'a State's refusal to enforce an ICSID award may have a negative effect on this State's position in the international community with respect to the continuation of international financing or the inflow of other investments'.¹⁹⁷ Therefore, this fear is also effective over host states' decision on whether to comply with arbitral award or not.

Other mechanism which can become a solution to enforcement of arbitral awards is an effective intervention of international institutions. As observed by J. Viñuales and D. Bentolila, 'When a borrower country is unwilling to take steps or make necessary efforts to resolve or settle' disputes on compensation to foreign investors in case of expropriation of their property, the World Bank as one of the important financial source of many countries 'may be led to

¹⁹² US District Court for the Southern District of New York, Order of 30 September 2012, 10 Civ 153 (PGG), 20 <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1102.pdf> (last visited Oct 6, 2016).

¹⁹³ U.S. Foreign Aid Act of 1961, 22 U.S.C. § 2370a(a)(1)(A) and 22 U.S.C. § 2370a(a)(2)(B).

¹⁹⁴ Charles N. Brower, Jarrod Wong, *General Valuation Principles: The Case of Santa Elena*, in *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, 752 (Todd Weiler ed., 2005).

¹⁹⁵ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award, 17 February 2000, and Rectification of Award, 8 June 2000.

¹⁹⁶ *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7 (Annulment Proceeding), Decision on the Stay of Enforcement of the Award, 30 November 2004.

¹⁹⁷ *Id* at § 41.

withhold or suspend lending to the country until such disputes have been solved'.¹⁹⁸ Although this remedy is out of control of investors,¹⁹⁹ this pressure made by the World Bank is also one of the effective means to compel non-complying host state to solve any problems with investors in order to restore its creditworthiness among international community.

Taking all the above mentioned means into consideration, it can be stated that those means assist winning party to achieve its final goal, namely obtaining compensation indicated in arbitral award. Although each of those solutions has their weak side, winning investor can sufficiently use them jointly or separately to enforce its arbitral award.

IV. Recommendation and Conclusion

As analyzed in the aforementioned chapter, there are various solutions to the problems of enforcement of arbitral awards. While in some cases it is sufficient for winning party to use one of those solutions to enforce its arbitral award, in other cases that winning party have to invoke some of those solutions together to reach its compensation goal. In this chapter, two of those solutions will be described as recommended solutions to problems of enforcement of arbitral awards rendered under the arbitration mechanisms discussing in this article (the first section). Moreover, this chapter will be finished with the conclusion of the article (the second section).

4.1. Recommendation

In this section, two solutions are suggested to avoid problems of enforcement of arbitral awards: 1. adding provision on waiver of sovereign immunity from execution into both the ICSID Convention and the New York Convention; 2. pursuing a negotiation of a post-award settlement.

Waiver of sovereign immunity from execution is very desirable by investors in case of execution of arbitral awards against non-complying host state. However, as stated in the previous chapter, obtaining such a waiver from state party depends on different factors such as bargaining power of investor, willingness of state parties to BITs, etc. As a result, such situation creates obscurity in respect of waiver of immunity from execution by making the fate of execution of arbitral award depended on the behaviour of the different parties. Therefore, although it is argued that the fate of arbitral awards should not be depended on the conduct of the parties of dispute, 'it may be worthwhile to amend the ICSID Convention to eliminate the impact of sovereign immunity in the execution of awards'.²⁰⁰ This type of elimination

¹⁹⁸ Viñuales & Bentolila, *supra* note 150, at 274.

¹⁹⁹ Uchkunova & Temnikov, *supra* note 115, at 207.

²⁰⁰ Nmehielle, *supra* note 38, at 47-48.

would also be beneficial for winning investors whose awards are enforced under the New York Convention. However, it is argued that 'due to the lack of political consensus' among states, at present it would not be possible to make any amendment in respect of waiver of immunity from execution.²⁰¹

Establishing an appellate mechanism within the ICSID Centre in exchange for waiver of sovereign immunity from execution could be a solution for the problem of consensus among states on this matter in multilateral level. This appellate body must have the following characteristics:

1. It must be a permanent body;
2. It must consist of certain number of arbitrators (depending on the workload of the ICSID Centre) appointed by group of states based on their regional origin determining in the list of the United Nations Regional Groups of Member States;²⁰²
3. It must have the power to review the cases and make a final decision on those cases. However, it may only change a decision of arbitration tribunal only in case of existence of grounds stipulated in Article 52(1) of the ICSID Convention. Otherwise, it should confirm arbitral award rendered by the first instance arbitral tribunal;
4. It must be bound by facts determined by the first instance arbitral tribunal.²⁰³

This type of appellate body can be in interest of both parties of dispute because of different reasons. From the states' aspect, this amendment will have given a power to the Contracting States to the ICSID Convention to establish a separate body from arbitral tribunal which will not be interfered by investors. This fact will make those States convinced to agree with this amendment, because they will obtain the control of appointment of the appellate body's staff and therefore, will not be able to object from arbitrators that they take sides of business community. From the investors' aspect, establishing this type of appellate body will eliminate annulment procedure which possibly has a never-ending nature. In addition, since states will waive their immunity from execution in exchange for the mentioned appellate structure, investors will be able to enforce their arbitral awards by easily avoiding immunity bar.

It should be noted that although provision on waiver of sovereign immunity from execution could be added to the New York Convention, it is not possible to establish this type of appellate system under this Convention in order to achieve consensus among the Contracting States to that

²⁰¹ Cane, *supra* note 157, at 460.

²⁰² See United Nations Regional Groups of Member States at <http://www.un.org/depts/DGACM/RegionalGroups.shtml> (last visited Oct 6, 2016).

²⁰³ See Tams, *supra* note 47, at 6.

Convention based on the aforementioned arguments. That's why the following solution would be more suitable for investors than this one. Nevertheless, it can be stated that the following solution is also suitable for investors whose awards have been rendered under the ICSID Convention at present day.

As stated in the previous chapter, pursuing a negotiation of a post-award settlement is one of the solutions using by winning investor to avoid any possible obstacles in the enforcement stage of arbitral award. Since this settlement may be suitable for both parties of dispute from different perspectives such as saving time and expenses by investor and paying some part of award or even substituting cash payment with other types of benefits by losing state, it is argued in this article that it would be very beneficial for any winning investor to pursue a negotiation of a post-award settlement rather than starting enforcement procedure against the respective host state in case of non-compliance by that host state with arbitral award.

4.2. Conclusion

As seen from the previous chapters, winning party have to make an effort in order to enforce its investment arbitration award against non-complying party. Different types of problems come into play after rendering award by arbitral tribunal such as annulment procedure, State immunity, etc. However, as observed by L.Mistelis and C.Baltag in their survey on "Corporate Attitudes towards Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards", voluntary compliance with arbitral awards is around 90% of the cases.²⁰⁴

Although non-compliance with arbitral awards is not issue for investors in most cases, investors suffer from some problems, especially State immunity from execution in some cases where losing state does not intend to comply with the arbitral award. That's why wide ranges of solutions discussed in the third chapter of this article are used by different subjects in order to make compensation available for the winning investor. It should be noted that those solutions are usually sufficient for solving those problems of enforcement in case of non-compliance by host states with arbitral awards. However, in order to avoid immunity bar of host state entirely the recommendations suggested in the previous section of this chapter can be taken into consideration by the respective authorities and investors.

²⁰⁴ Mistelis & Baltag, *supra* note 178, 357.

*Emin Kərimov**

Sübutetmə standartı¹ Azərbaycan mülki prosessual məhkəmə təcrübəsində (sübutların qiymətləndirilməsi standartı)

Annotasiya

Son dövrlərdə prosessual hüquqda sübutetmə standartı anlayışının geniş şəkildə istifadə olunması Azərbaycan mülki prosessual təcrübəsində də öz əksini tapmışdır. Məhz məqalədə əsas etibarilə sübutetmə standartı anlayışı, məhkəmənin həqiqətin müəyyən edilməsində rolu, sübutetmə standartına anqlo-sakson və kontinental hüquq mövqeyindən yanaşma, “sərbəst daxili inam” anlayışı, obyektiv sübutetmə standartında zəruriyyət, Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsinin təcrübəsində sübutetmə standartının Azərbaycan prosessual hüququna təsiri məsələləri ətrafı şəkildə araşdırılmışdır.

Abstract

In recent years, using of the context of standard of proof in procedural law reflected to the civil-procedural law of Azerbaijan. So that the standard of proof, the role of courts in determination of truth, the approachment to standard of proof in anglo-saxon and continental law, necessity for objective standard of proof, the influence of the practice of the European Court of Human Rights to Azerbaijan’s procedural law were researched broadly in this article.

MÜNDƏRİCAT

Giriş	75
I. MƏHKƏMƏ HƏQIQƏTİ MÜƏYYƏN EDİR Mİ?	79
II. OBYEKTİV SÜBUTETMƏ STANDARTINA ZƏRURİYYƏT	82
III. SÜBUTETMƏ STANDARTI AZƏRBAYCAN HÜQUQUNDA	84
NƏTİCƏ	87

Giriş

Son zamanlar Azərbaycan məhkəmə təcrübəsini araşdırarkən Apellyasiya və Ali Məhkəmənin bir neçə qərarlarında tez-tez “sübut standartı”, “sübutların qiymətləndirilməsi standartı” ifadələrinə rast gəlinir.²

* University of Minnesota Law School, LL.M. 2011.

¹ İngiliscə - *standard of proof*, rusca – *стандарт доказывания*.

² Ayrıca qeyd etməliyəm ki, məhkəmə qərarları üzrə məhkəmə təcrübəsini araşdırılması tam bir iztirabdır. Elektron məhkəmə sistemi və bazası demək olar ki, mövcud deyil. Məhkəmələrin saytında məhkəmə qərarlarının axtarış və saxlanma sistemi çox zəifdir, məsələn Bakı Apellyasiya Məhkəməsinin internet saytında son dövrlərə aid bəzi məhkəmə qətnaməsini görmək olar. Ali Məhkəmənin də saytında qərarların axtarış sistemi çox zəifdir.

Böyük ehtimalla oxuduğunuz məhkəmə qərarlarında belə ifadəyə çox rast gəlmisiniz:

“Eyni zamanda, “Qavazov Bolqarıstana qarşı iş üzrə” 06 mart 2008-ci il tarixli qərarında İnsan Hüquqları üzrə Avropa Məhkəməsi mövqeyini ifadə etmişdir ki, sübutları qiymətləndirərkən, bir qayda olaraq “Əsaslı şübhədən kənar” sübut standartları tətbiq edilir (§93)”

Sübut standartı (sonradan bu mətndə - sübutetmə standartı) adlanan prosessual institutun ən çox istifadə olunduğu yer ümumi hüquq³ (anqlosaksson) aid ölkələrdir. Bununla yanaşı, ümumi hüququn istifadə olunduğu bir çox institutların mənbəyinin məhz qədim Roma hüququ olduğunu istisna etmək olmaz.⁴ Sübutetmə standartı ümumi hüquq sistemində sübutların qiymətləndirilməsi və faktların müəyyən edilməsi meyarıdır. Burada ən geniş istifadə olunan iki sübutetmə standartı mövcuddur – “ağlabatan (əsaslı) şübhədən kənar”⁵ və “sübutların üstünlüyü”⁶.

Məhkəmə qarşısında duran vacib məsələlərdən biri işin faktlarını və hallarını müəyyən etməkdir. Onlara tətbiq edilən qanun/hüquq normaları yekunda çıxarılan məhkəmə qərarının əsasını təşkil edir. Faktları müəyyən etmək üçün məhkəmə ona təqdim edilmiş sübutları qiymətləndirir və sübutetmə standartı məhkəmə prosesinin məqsədləri üçün müəyyən faktın olub-olmamasını müəyyən edən kriteriyadır (meyardır).

Məhkəmə prosesinin mülki və cinayət işi üzrə olmasından asılı olaraq tətbiq edilən sübutetmə standartı fərqlənir. İngilis və ABŞ hüququnda məhkəmələr iki standartdan istifadə edirlər, cinayət prosesləri üçün – «əsaslı şübhədən kənar» və mülki işlər üçün «sübutların üstünlüyü». İngilis hüququnda «sübutların üstünlüyü» standartı həmçinin «ehtimallar (qənaətlər) balansı» kimi adlanır. Hər ikisi də eynidir və hüquqi ədəbiyyatda hər iki anlayış istifadə olunur.

“Əsaslı şübhədən kənar” standartı, adından göründüyü kimi onu ifadə edir ki, cinayət işində şəxsin təqsirliliyində heç bir əsaslı (ağlabatan) şübhə qalmamalıdır. Bu o demək deyil ki, onun həqiqiliyinə heç zərrə qədər də

Yaşadığım təcrübədən belə qənaətə gəldim ki, orda da bütün qərarlar “rəqəmsallaşdırılmır”, çünki nömrələri məlum olan bir neçə qərarları tapmaq müvəffəq olmadı.

³ *Common law*.

⁴ Edward D. Re, *The Roman Contribution to the Common Law*, 29 Fordham L. Rev. 447 (1961); Franz Wieacker, *The Importance of Roman Law for Western Civilization and Western Legal Thought*, 4 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 257 (1981), <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol4/iss2/2>
The Common Law and Civil Law Traditions
<https://www.law.berkeley.edu/library/robbins/CommonLawCivilLawTraditions.html>.

⁵ İngilis dilində - “*beyond reasonable doubt*”. Bu mətndə və bir sıra istinadlarda bu standart “əsaslı şübhədən kənar” kimi tərcümə ediləlidir.

⁶ İngiliscə - *Preponderance of evidence*. Bu standart həmçinin bəzi ümumi hüquq ölkələrində “mümkünlük balansı” (*balance of probabilities*) kimi ifadə olunur.

şübhə yoxdur (*beyond shadow of doubt*). Bu o deməkdir ki, təqdim edilmiş sübutların bütün digər alternativ izahları (əsasları, anlamları) çox az inandırıcıdır⁷ (*it's possible but not in the least probable*).

“Sübutların üstünlüyü” (ehtimallar balansı) standartını belə izah etmək olar ki, əgər təqdim edilmiş sübutlar əsasında faktın böyük ehtimalla (mümkünlüklə)baş verməməsindən çox baş verməsi⁸ qənaətinə gəlmək olarsa, sübutetmə vəzifəsi yerinə yetirilmiş hesab olunur. Bu standart mülki mübahisələrə tətbiq olunur.

Kontinental Avropa prosesual hüququna xas olan əlamətləri roman-german hüquq ailəsinə aid olan ölkələrin qanunvericiliklərində görmək olar, Azərbaycan hüququ da istisna deyil.⁹ Kontinental Avropanın məhkəmə sisteminin inkişafı İngiltərə və ABŞ-dan (anqlo-sakson hüququ) fərqli inkişaf edirdi. Orta əsrlərdə kontinental hüquqda məhkəmələr inkvizisiya (*istintaq*) xarakterli idilər, müasir çəkişmə məhkəmələrinə tam əks fəaliyyət göstərirdilər. Yəni məhkəmə tərəflərin mübahisəsini həll edən və arqumentləri dinləyən passiv arbitr rolunu deyil¹⁰ əksinə prosesin aktiv iştirakçısı olan, faktları müəyyən etmək, aşkarlamaq və aydınlaşdırmaq, aktiv müdaxilə edərək həqiqəti müəyyən etmək məqsədilə məhkəmə istintaqını aparan rolunu oynayırdı.¹¹

Sonradan, əlbəttə, kontinental Avropa hüququnun prosesual formatı dəyişdi və daha çox çəkişməli oldu. Buna baxmayaraq bəzi ənənəvi xüsusiyyətlər qalıbdır, bunlardan biri sübutların qiymətləndirilməsində obyektiv meyarın¹² olmamasıdır.

Müasir kontinental avropa ədalət sistemində inkvizisiya əlamətləri azdır və hazırda daha çox çəkişməli məhkəmə sistemidir. Bununla yanaşı kontinental hüquqa xas olan sübutların qiymətləndirilməsi standartı (sübutetmə standartı) kimi – daxili inam çıxış edir.¹³ Bu Azərbaycan hüququnda da belədir. Bir tərəfdən obyektiv tələblər üzərində qurulan çəkişməli məhkəmə sistemi qurulur, digər tərəfdən isə tam subyektiv olan “daxili inam” standartı tətbiq olunur.

⁷ Yəni demək olar ki, heç inandırıcı deyil.

⁸ *More probable than not.*

⁹ Azərbaycan mülki prosesual qanunvericiliyinin artıq böyük islahatlara ehtiyacı var. 2000-ci ildə qəbul olunmuş Azərbaycan Respublikasının Mülki Prosesual Məcəlləsi (bundan sonra MPM) müasir texnoloji ehtiyaqlara imkan vermir və məhkəmə baxışlarının tələblərin cavab verə bilmir.

¹⁰ Çəkişməli sistemdə olduğu kimi.

¹¹ Sovet dövründə məhkəmələri eyni rolunu oynayırdılar, ola bilsin bu səbəbdən bəzi yaşlı hakimlər məhkəmənin çəkişmə prinsipinə keçidində çətinlik çəkirlər.

¹² MPM-dəki sübutların obyektiv qiymətləndirilməsinə tələb meyar deyil. Hər hansı bir sübutun məhkəmə tərəfindən obyektiv qiymətləndirildiyini necə müəyyən etmək olar? Hansı meyarlarla? Məhkəmə yenədə öz daxili inamına amma obyektiv qiymətləndirir? Məhkəmənin daxili inamının nə qədər obyektiv olduğunu necə bilmək olar?

¹³ Bunu sübutetmə standartı adlandırmaq olarsa əgər.

“Daxili inam” qaydası Napoleon dövründə qəbul edilmiş cinayət-prosessual məcəlləsində əks olunmuşdur.¹⁴ Bunun mənası ondan ibarətdir ki, hakim sübutları öz daxili inamına əsaslanaraq azad sürətdə qiymətləndirməlidir. Bu qayda aydın subyektiv xarakter daşıyır və obyektiv meyarlara sahib deyil. Hakimin həqiqətən öz daxili inamına riayət etdiyini müəyyən etmək mümkün deyil. Daxili inam qaydası hakimə yeganə sual verir - “sizin daxili inamınız var mı?”¹⁵

Azərbaycan mülki prosesual qanunvericiliyində “daxili inam” qaydası haqqında norma yoxdur. Bu bir anlıq fikir yarada bilər ki, Azərbaycan məhkəmələri müəyyən obyektiv meyarlar əsasında sübutları qiymətləndirir. Lakin “daxili inam” qaydasına məhkəmə və hakimlərin fəaliyyətini nizamlayan “Məhkəmələr və hakimlər haqqında” qanununda rast gəlmək olar. Həmin qanunun 100-cü maddəsində deyilir ki, “Məhkəmə qərarları hakimlərin *sərbəst daxili inamına* və məhkəmə araşdırmasının nəticələrinə əsaslanmalıdır”. Göründüyü kimi, Azərbaycanda da məhkəmə qərarları hakimin daxili inamından asılı edilir.

Kontinental hüquq (roman-german hüquq) sistemində sübutetmə standartları çox geniş yayılmamaqdadır. Qeyd olunduğu kimi, burada əksinə, sübutlar daha çox subyektiv prinsip olan “daxili inam”¹⁶ əsasən qiymətləndirilir.

Bizim mülki prosesual qanunvericilik sübutların obyektiv qiymətləndirilməsini tələb edir,¹⁷ lakin konkret tətbiq oluna bilən sübutetmə standartı mövcud deyil. Bunun nəticəsində məhkəmələrdə sübutlara dair lüzumsuz yüksək tələblər formalaşmışdır. Reallıqda məhkəmələrin mülki mübahisələrdə “daxili inamın” formalaşdırması, demək olar, cinayət hüququnun standardı olan “əsaslı şübhədən kənar” standartına oxşardır. Hesab edirik ki, mülki mübahisələrdə bizim məhkəmələrdə “sübutların üstünlüyü” standartına oxşar təcrübəni tətbiq etməlidir.¹⁸

Bu məsələ ilə bağlı Anqlo-sakson hüququnun təcrübəsindən müxtəlif fikirlər səsləndirəndə isə bəzi hüquqşünas həmkarlarımız cavab olaraq bizdə presedent hüququnun olmadığını qeyd edirlər.¹⁹ Əslində hazırki məsələnin

¹⁴ Fransa. Code d instruction criminelle de 1808 art. 342, 312. Вах. Внутреннее убеждение или баланс вероятностей? Стандарты доказывания в России и за рубежом. С.Будылин.

¹⁵ Fransa. Code de procedure penale (2013) Art. 353, 427 (andlılar olmadıqda məhkəmə işi “daxili inam” əsasında həll edir). Вах. Внутреннее убеждение или баланс вероятностей? Стандарты доказывания в России и за рубежом. С.Будылин.

¹⁶ İngiliscə - *Intime conviction*.

¹⁷ МРМ, 88-ci maddə.

¹⁸ Bəzi tip mülki mübahisələrdə sübutetməyə dair əlavə meyarlar müəyyən etmək olar, məsələn delikt, həyat və saxlamlıqla bağlı mübahisələrdə. Ancaq yenə də bu, “əsaslı şübhələrdən kənar” standartı olmamalıdır.

¹⁹ Qeyd etmək lazımdır ki, Azərbaycan məhkəmələri АІНМ təcrübəsini (presedentlərini) uğurla tətbiq edirlər. Presedent anlayışı olmasa da bizim hüquq da daxil olmaqla kontinental hüquqda “vahid məhkəmə təcrübəsi”, “hüquqi müəyyənlik”, “hüququn stabilliyini və

presedent təcrübəsində heç bir aidiyyəti yoxdur.

I. Məhkəmə həqiqəti müəyyən edirmi?

İnkvizisiya modeli baxımından bəlkə də məhkəmənin tam həqiqətə nail olmaq cəhdini anlamaq olar. Bu ideologiyaya əsasən məhkəmə həqiqi faktları müəyyən edənədək işin aktiv istintaqını aparır. Sonra da müəyyən etdiyi həmin həqiqi faktlar əsasında qərar qəbul edir. Çəkişməli məhkəmə modelində isə məhkəmənin neytral arbitr olaraq təqdim edilmiş sübutlar əsasında həqiqəti müəyyən etmək imkanı və mümkünlüyünə zəmanət vermək çətindir.

Ümumiyyətlə məhkəmə “həqiqəti müəyyən edir” ifadəsi reallıqda həddindən artıq çox iddialı səslənir və heç də asan və ağılabatan vaxt çərçivəsində nail olunacaq bir vəzifə deyil. Anqlo-sakson hüququ bu hissədə aydın qeyd edir ki, mülki prosesdə məhkəmə yalnız işin ən mümkün (böyük ehtimal) hesab edilən faktiki halı və ya hallarını müəyyən edir. Burada qeyd etmək lazımdır ki, Anqlo-sakson mülki prosesində tərəflərə faktların və sübutların tapılmasında geniş imkanlar verilir (*discovery*). Əksər hallarda isə tərəflər prosesin ilkin mərhələlərində faktlar barədə razılaşırlar və sonradan faktların təqdiq edilməsinə artıq ehtiyac olmur. Kontinental hüquq məhkəmələrinin əksəriyyətində belə prosesual imkanlar yoxdur. Eyni zamanda hakim çəkişmə prinsipinə riayət etməyə çalışır və həddindən artıq təşəbbüskarlıq göstərməklə aktiv iştirakçıya çevrilməməyə çalışır.

Sovet dövrünün əksər mülki-prosessual materiallarında qeyd edilirdi ki, məhkəmələr iş üzrə obyektiv həqiqəti müəyyən edərək qərar qəbul edir. Hesab olunurdu ki, Sovet məhkəməsi hər mübahisədə obyektiv həqiqəti müəyyən etməlidir və buna qadirdir.²⁰ Az sayda prosesualistlər məhkəmə qərarlarının mümkün (böyük) ehtimallar əsasında qəbul edilməsi mümkünlüyü ilə razılaşırdılar.²¹ Sonradan keçmiş SSRİ dövlətlərinin mülki prosesual qanunvericiliklərində aparılmış islahatlar nəticəsində “obyektiv həqiqətə” tələb aradan qaldırılmışdır.

Hazırki mülki prosesual qanunvericiliyimizdə “obyektiv həqiqət” ifadəsi işlənilməsədə MPM-in 14.1-ci maddəsi məhkəmədən *həqiqətə* nail olmaq üçün, işin hərtərəfli, tam və obyektiv tədqiqinə lazımı şərait yaradılması tələb edir. Bunun da təcrübədə məhkəmələr tərəfindən işin faktlarını müəyyən edərəkən və qiymətləndirərəkən həddindən artıq yüksək sübutetmə standartının tətbiq edilməsinə yol açdığını hesab edirik.

Həqiqətə nail olmaq üçün ilk növbədə məhkəmə təqdim olunan sübut,

öngörüləbilməsi” kimi prinsiplər var. Elə presedent hüququ da məhz bu kimi fundamental əsaslar üzərində qurulur.

²⁰ О презумции истинности судебного решения, вступившего в законную силу, Чечина Н.А, Избранные труды по гражданскому праву, 2004.

²¹ Вах, Миф объективной истины и стандарты доказывания, С Изосимов, Закон.ru. О достоверности и вероятности в правосудии, Курьялев С.В.

faktları və mübahisə ilə bağlı keçmiş hadisələri (halları) tam dəqiqliklə təyin etməlidir. Əks alda həqiqətə nail olmaq mümkün deyil. Məntiqlidir, deyilmi? Əgər məhkəmə işin bütün hallarını tam dəqiq müəyyən etmirsə, o zaman həqiqət də bərqərar ola bilməz. Yarımçıq həqiqət olmur!

Ümumiyyətlə məhkəmə mübahisə ilə bağlı keçmiş halları (faktları) tam dəqiq müəyyən edə bilərmi? Obyektiv olaraq real həyatda bu mümkündürmü? Məhkəmələr üçün bu asan əldə olunan məqsəddirmi? Məhkəmə hər şeyi dəqiq, təhrifsiz müəyyən edə biləcək və hər şeyi bilən varlıqdırmi?

Düşünürəm ki, hər bir hüquqşünas reallıqda bunlara nail olunmanın mümkün olmadığını bilir.

Məhkəmə mübahisənin faktlarını onunla bağlı keçmiş hallar, təqdim edilən sübutlar, şahid ifadələri, ekspert və mütəxəssislərin verdikləri məlumatlar əsasında müəyyən edə bilər. Məhkəmənin biliyinin həqiqətə uyğunluğu işdə olan sübutların doğruluğundan (mötəbərliyinə) asılı olacaqdır və bu sübutlar hər hansı halın/faktın olub-olmamasının qiymətləndirilməsində rol oynayır.

Keçmiş hadisələrin (halların və faktların) qəsdən və ya bilməyərək istənilən təhrifi, ehtimallara əsaslanan ekspert rəyləri, texniki və elmi biliklərin məhdudluğu ona gətirib çıxarır ki, iş üzrə axtarılan faktın/halın mövcud olub-olmaması yalnız mümkünlük, yəni böyük və ya az ehtimal, əsasında müəyyən oluna bilər. Bəzi hallarda faktları böyük dərəcədə mümkünlüklə/ehtimalla müəyyən etmək olar.

Məsələn videogörüntüdə bir şəxsin digər şəxsi vurduğu görünür, bu faktı şahidlər də təsdiq edir və ekspertiza birinci şəxsin paltarında digər şəxsin qan izlərini müəyyən etmişdir. Bu sübutlar əsasında demək olar ki, böyük dərəcədə ehtimalla birinci şəxs ikinci şəxsi vurmuşdur. Bu halda məhkəmə həqiqəti müəyyən etmir o, ehtimalın/mümkünlüyün elə dərəcəsini müəyyən edir ki, hər hansı əks-argument inandırıcı olmayacaqdır.

Digər misala baxaq. Patologiyası olan şəxs tibbi əməliyyatdan sonra vəfat edir. Əgər həkimlər əməliyyat öncəsi və sonrası lazımı tibbi yardım göstərsəydilər, şəxsin sağ qalmaq ehtimalı olardı. Ekspertiza rəy verir ki, düzgün müalicə və zəruri tibbi yardım olsa idi müsbət nəticə mümkün olardı. Ekspert həmçinin qeyd edir ki, hətta düzgün və keyfiyyətli tibbi yardımla belə, bu xəstəliklə yalnız 80% pasientlər sağ qalırlar.

Məhkəmə bu işdə zəruri tibbi yardım göstərilsəydi şəxsin sağ qalacağını müəyyən etməlidir? Xeyr, çünki hər şey şəxsin hansı qrupa, 20% vəfat edən yoxsa 80% sağ qalan, aid olmasından asılıdır.

Məhkəmə şəxsin ölümünün səbəbini səhv müalicə olduğunu təsdiq etsə, bu halda düzgün olar ki, şəxs 80% sağ qalanlar qrupuna aid olsun. Bəlkə şəxs tibbi yardımın göstərilməsindən asılı olmayaraq vəfat edən 20% qrupa aid idi? Hansı qrupa aid olduğunu müəyyən etmək məhkəmə üçün mümkün deyil. Beləliklə ölümün səbəbinin səhv tibbi yardım olduğu təsdiqlənsə bu hal

80% ehtimalla müəyyən ediləcəkdir.

Yekunda bir sual qalır, sizcə məhkəmə bu işdə tam həqiqətə nail ola bildimi?

Reallıqda məhkəmənin ağlabatan vaxt və resurslar çərçivəsində tam həqiqətə nail olmağı obyektiv olaraq mümkün deyil.

Məhkəmə bütün işlərdə tam həqiqəti müəyyən edə bilərdisə, hüquqda heç bir prezumpsiyaya ehtiyac qalmazdı. Əgər məhkəmə həqiqətə nail olaraq şəxsin həqiqətən də təqsirli olub-olmamasını tam müəyyən edəcəkdirsə, onda şəxs niyə təqsirsizlik prezumpsiyası ilə qorunsun ki?!

Eynilə delikt məsuliyyətində, harada ki, hüquqa zidd hərəkət törətmiş şəxs "təqsirlilik prezumpsiyasını" daşıyır. Yəni delikt mübahisələrində şəxsin delikt məsuliyyətinin müəyyən edilməsini sübut edə biləcək sübutlar və faktlar məhz delikt törətmiş şəxsin sahibliyində olur və onları gizlətməklə məsuliyyətdən qaça bilər. Misal üçün yuxarıda verilən tibb müəssisəsinin misalında bütün hadisələr həmin müəssisənin ərazisində baş veribdir. "Təqsirlilik prezumpsiyası" məcbur edir ki, tibbi müəssisə öz müdafiəsini dərhal qursun, nəinki passiv proses iştirakçısı olaraq qarşı tərəfin onun təqsirini sübut etməsini gözləsin.

Bu kimi hallarda məhkəmə tam həqiqəti müəyyən etmək imkanına malik olsaydı delikt törədən şəxsə müəyyən mənada öncədən "təqsirli" kimi baxılmasına ehtiyac qalmazdı, çünki məhkəmə tam həqiqəti bərqərar edəcəkdir.

Məhkəmə icraatında keçmiş halların müəyyən edilməsi prosesində tam olaraq bütün səhvlərdən qaçmaq mümkün deyil. ABŞ Ali Məhkəməsinin *Speiser v. Rondall*²² işində qeyd edilir ki, məhkəmə prosesində həmişə müəyyən hədlər daxilində faktlara aid səhvlər mövcuddur və tərəflər bunu nəzərə almalıdırlar.

Əgər səhvlər qaçılmazdırsa o zaman hansı ən ağlabatan və uyğun yolla riskləri bölüşdürmək olar? Sübut etmə standartı məhz elə vasitədir ki, onun köməyi ilə prosesin tərəfləri arasında risklər bölünür.

Əvvəldə qeyd etdiyim kimi, sübut etmə standartı kontinental (romanagerman) hüquqa çox da xas olan institut deyil. Lakin son dövr ərzində Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsi (bundan sonra AİHM) hüquqtəbqiyyətə təcrübəsi vasitəsilə sübutların qiymətləndirilməsi standartı haqqında müzakirələr çoxalır.²³

²² 357 U.S. 513 (1958).

²³ Tobias Thienel, *Evidence and proofs from the perspective of the European Court of Human Rights* 13, burada yerləşdirilib
<http://www.ejtn.eu/Documents/Themis/Written%20paper%20Italie/Themis%20written%20paper%20Romania%202.pdf>.

II. Obyektiv sübutetmə standartına zəruriyyət

Subyektiv “daxili inam” prinsipi demək olar ki, məhkəmənin çəkişmə prinsipinə ziddir. Əgər qanunvericilik və yuxarı instansiya məhkəmələri sübutların qiymətləndirilməsində vahid və aydın təcrübə formalaşdırmaq niyyətindədirlərsə o zaman sübutetmənin, sübutların qiymətləndirilməsinin obyektiv standartlarının müəyyən edilməsi vacibdir.

Azərbaycanda məhkəmələr qərarlarını öz daxili inamlarına əsasən qəbul edirlər, demək sübutların qiymətləndirilmə meyarı kimi hakimin həmin an daxili fikri çıxış edir. Lakin demək olmaz ki, bu faktor hər hansı obyektiv sübutetmə qaydalarını istisna edir. Məhkəmə sübutları mümkün hesab etməyərək və ya işə aid olmadığından qəbul etməyə bilər. Bəzi ümumi məlum olan faktları tərəflər sübut etmək məcburiyyətində deyillər. Həmçinin Azərbaycan mülki prosessual hüququnda sübutetmə vəzifəsinə dair aydın tələblər var. MPM tələb edir ki, hər bir tərəf öz istinad etdiyi halları sübut etməlidir.²⁴ Ümumi qaydaya görə mülki prosesdə sübutetmə vəzifəsi iddiaçının üzərində olur. Belə qənaətə gəlmək olar ki, iddiaçı öz istinad etdiyi halları sübut etməsə məhkəmə onun iddiasını təmin etməməlidir.

Sübutetmə vəzifəsi haqqında norma işin faktlarının (hallarının) qəbul edilib-edilməməsinə dair məhkəmənin öhdəliyini müəyyən edir və müəyyən obyektivliyə malikdir. Yəni, misal üçün, müəyyən sübutun işə aid olub-olmamasının əsaslarını obyektiv şəkildə qiymətləndirmək olar.²⁵

Ümumi sərbəst daxili inam prinsipi ilə yanaşı Azərbaycan mülki prosessual hüququ bəzi obyektiv sübutetmə qaydalarını müəyyən edir. Ancaq bu halda belə yenə sual yaranır – şübhəsiz təkzibedilməz sübutlar olmadıqda işin halları/faktları necə müəyyən edilir?

Məhkəmə mübahisəni qeyri-müəyyənlik mühitində həll etmək məcburiyyətindədir. Tərəflərin təqdim etdiyi sübutlar nadir hallarda tam inandırıcı olurlar. Bu kimi hallarda məhkəmə öz qərarını tam olmayan və bəzən ziddiyyətli sübutlar əsasında qəbul etməlidir.

Misal üçün tərəflərdən birinin təqdim etdiyi sübutlar hakim üçün daha inandırıcı gəlir nəinki digər tərəfin. Ancaq tam olaraq hakim üçün inandırıcı deyillər. Anqlo-sakson yanaşmasını tətbiq etsək bu hal “sübutların üstünlüyü” standartının tələblərinə cavab vermiş olur, lakin “əsaslı şübhədən kənar” standartının tələblərinə cavab vermədiyini görürük.

Subyektiv prinsip olan “sərbəst daxili inam” prizmasından baxdıqda belə çıxır ki, hakim öz intuisiyasına əsaslanaraq və onun daha çox “ürəyincə” olan sübuta əsaslanaraq qərar qəbul edəcəkdir.

²⁴ MPM, maddə 77.1.

²⁵ Əlbəttə, məhkəmə məhkəmə qərarında bunu müvafiq qaydada əsaslandırırsa. Ancaq bu halda belə sual yaranır – məhkəmə hansı meyar əsasən təqdim edilən sübutları qiymətləndirir? Daxili inam?!

MPM-in sübutların obyektiv və qərəzsiz qiymətləndirilməsinə dair tələbi²⁶ müəyyən obyektivliyi qorumağa xidmət edir, lakin bunun yetərli olmadığını düşünürük. Hakimlər müəyyən mövqelərə, baxışlara və inamlara sahib olan insanlardır. Obyektiv sübutetmə standartın olmaması sübutların qiymətləndirilməsini həmin insanın fərdi baxışlarından asılılığa salır.

Məsələn hakimlər var ki, müəyyən faktla bağlı məsələlərdə dövlət orqanının xeyrinə qərarın çıxarılmasına üstünlük verir²⁷ nəinki özəl hüquqi şəxs, və ya xarici şirkətdən çox yerli şirkətlərin xeyrinə qərar verməyə üstünlük verir və ya digər şəxsi meyarlardan/baxışlardan irəli gələrək qərar qəbul edə bilər. Bu vəziyyət məhkəmə sisteminin stabilliyi, effektivliyi və öngörüləbilmə (*предсказуемость – rus., predictability – ing.*) kimi fundamental keyfiyyətlərinə ciddi xələl gətirir. Sübutetmə standartının olmaması məhkəmə icraatındaki işlə bağlı keçmiş halların, faktların müəyyən edilməsi ilə bağlı məhkəmə risklərini artırır.

Təcrübədə mülki proseslərdə məhkəmələr müəyyən obyektivliyi qorumaq üçün sübutlara və sübutetmə prosesinə çox yüksək tələblər irəli sürürlər. Demək olar ki, cinayət prosesinə aid olan “əsaslı şübhədən kənar” sübutetmə standartını mülki mübahisələrə tətbiq edirlər. Bu isə əvvəl qeyd etdiyimiz kimi mülki icraatın effektivliyinə mənfi təsir göstərir.

Adətən cinayət mühakimə icraatında tətbiq edilən “ağlabatan şübhələrə yer qoymadan” (və yaxud, “əsaslı şübhədən kənar”) sübutetmə standartı, adından da göründüyü kimi, sübutetmə predmetinə dair (təqsirliliyin və yaxud işin həlli üçün əhəmiyyət kəsb edən bu və ya digər faktın sübut olunmuş sayılmasına) ağlabatan, ciddi şübhələrin olmamasını ehtiva edir.²⁸

İstənilən halda məhkəmə (cinayət və mülki prosesdə) qeyri-müəyyənlik mühitində keçir və tam ali həqiqəti müəyyən etmək mümkün deyil. Cinayət prosesinin mümkün fəsadlarını nəzərə alaraq məhkəmə şəxsi təqsirli bilməsi üçün çox yüksək – əsaslı şübhədən kənar – sübutetmə standartını tətbiq edir. Təqdim edilən sübutların qiymətləndirilməsi zamanı şəxsin təqsirinə dair heç bir (ağlabatan) əsaslı şübhə qalmamalıdır. Azərbaycan Respublikası Cinayət Prosesual Məcəlləsinin (bundan sonra CPM) 21.2 maddəsi də bunu təsdiqləyir.

Mülki proses fərqli məqsədlərə istiqamətləndirildiyindən və başqa prezumpsiyalardan (və sübutetmə vəzifələrindən) ibarət olduğundan burada belə çox yüksək sübutetmə standartına ehtiyac yoxdur. Bu səbəbdən anqlosakson hüququnda hər iki məhkəmə prosesində (cinayət və mülki) fərqli sübutetmə standartı tətbiq edilir. Mülki prosesdə hakim təqdim edilən

²⁶ MPM, maddə 88.

²⁷ Ola bilsin müəyyən paternalizm və etatism baxışlarının tərəfdarıdır.

²⁸ h.ü.f.d. Kəmalə Əliyeva, İnsan hüquqları üzrə Avropa Konvensiyasının 3-cü maddəsinin tələblərinə riayət edilməsi və Azərbaycana qarşı qərarların təhlili.

[http://supremecourt.gov.az/uploads/files/konvensiya/konvensiyanin_3-](http://supremecourt.gov.az/uploads/files/konvensiya/konvensiyanin_3-cu_maddesinin_teleblarine_riayet_edilmesi_ve_azerbaycana_qarshi_qerarlarin_tehlili.pdf)

[cu_maddesinin_teleblarine_riayet_edilmesi_ve_azerbaycana_qarshi_qerarlarin_tehlili.pdf](http://supremecourt.gov.az/uploads/files/konvensiya/konvensiyanin_3-cu_maddesinin_teleblarine_riayet_edilmesi_ve_azerbaycana_qarshi_qerarlarin_tehlili.pdf)

sübutların üstünlüyündən irəli gələrək faktı müəyyən edir. Məhkəmənin tam əminlik tələb etdiyi cinayət prosesindən fərqli olaraq, mülki prosesdə məhkəmə faktın böyük ehtimalla olduğunu, nəinki olmadığını²⁹ qiymətləndirməsi yetərlidir.

Obyektiv standartın olmaması aşağı instansiya məhkəmələrinin müəyyən səhvlərini düzəltməsində çətinlik yaradır. Yuxarı instansiya məhkəməsi necə müəyyən etsin ki, əvvəlki məhkəmə işə baxanda öz “sərbəst daxili inamına” riayət edib ya yox?

III. Sübutetmə standartı Azərbaycan hüququnda

Azərbaycan mülki prosessual qanunvericiliyində sübutetmə standartına aid konkret norma yoxdur. Azərbaycan cinayət prosessual hüququnda isə “əsaslı şübhədən kənar” standartına yaxın normalar var³⁰ və onlara əsasən, əgər şəxsin təqsirli olduğuna əsaslı şübhələr varsa onun təqsirli bilinməsinə yol verilmir. Bununla yanaşı, ittihamın sübuta yetirilməsində aradan qaldırılması mümkün olmayan şübhələr təqsirləndirilən şəxsin (şübhəli şəxsin) xeyrinə həll edilir. Belə olan halda, hətta məhkəmənin vəzifəsidir ki, təqsirləndirilən şəxsin təqsirliliyinə dair aradan qaldırıla bilməyən şübhələri onun xeyrinə şərh etsin.³¹

Beləliklə, mülki prosessual hüquqda formal sübutetmə standartı olmasa da son dövrdə məhkəmələrin təcrübəsində müəyyən obyektiv sübutetmə meyarının təyin edilməsi təşəbbüslərinə rast gəlinir.³² Bu təşəbbüslər AİHM-in təcrübəsinin müsbət təsiri nəticəsində əmələ gəlirlər.

Ali Məhkəmə ölkə məhkəmə təcrübəsinə müəyyən mənada “*ton verən*” və istiqamətləndirən instansiya olduğundan sübutetmə (sübutların qiymətləndirilməsi) standartı barədə qeydlərə Ali Məhkəmənin qərarlarında daha çox rast gəlmək olar. İlk növbədə bu müsbət və qabaqcıl yanaşmadır, çünki daxili hüquq kənar hüquq aləmindən təcrid olunmuş formada inkişaf edə bilməz. Görünür yüksək instansiya məhkəmələri³³ ölkədə hüquqtətbiqetmənin inkişafına o qədər də biganə deyillər. Müasir bazar iqtisadiyyatı dövründə hüquqtətbiqetməni inkişaf etdirmək üçün daha çox təcrübəsi olan ölkələrin və hüquq sistemlərinin yanaşmalarından faydalanmaq lazımdır.

Sübutetmə standartı ilə bağlı qeydlərin bizim məhkəmə təcrübəmizdə

²⁹ *Probably yes than not. More likely than not.*

³⁰ CPM, maddə 21.2.

³¹ CPM, maddə 351.3.4.

³² Azərbaycan Respublikası Ali Məhkəməsinin Bülleteni, 2014, №3, səh 12; AR AMMK 2(102)-2196/13 sayılı qərarı, AR AMMK 2(102)-749/2015 sayılı qərarı və bir çox digər qərarlarda məhkəmələr AİHM-in Qavazov Bolqarıstana qarşı (06.03.2008) qərarına iştinad edərək bir qayda olaraq əsaslı şübhədən kənar standartlar tətbiq edildiyini vurğulayıblar.

³³ Ali və Konstitusiyə məhkəmələri nəzərdə tutulub.

əmələ gəlməsində əhəmiyyətli rolu AİHM təcrübəsi oynayır.³⁴ Bizim məhkəmələrdə AİHM təcrübəsindən faydalanaraq mülki prosesual məhkəmə təcrübəsində “əsaslı şübhədən kənar” sübutların qiymətləndirilməsi standartından tez-tez istifadə edirlər. Lakin bu təşəbbüsün arxasında müəyyən daxili araşdırma və əsaslandırmanın olub-olmaması bizə məlum deyil. Çünki cinayət hüququna aid olan sübutetmə standartının bizim mülki prosesual təcrübəyə daxil edilməsi təhlükəli perspektivdir. Zəruri araşdırmasız belə institutların tətbiqi müəyyən yanlışlıqlara yol açmağa bilər. Tam məlum olmayan yeni bir hüquqi alət müxtəlif məhkəmələr tərəfindən qüsurlarla tətbiq oluna bilər. Ali Məhkəmənin məhkəmə təcrübəsinə daxil etdiyi yenilikləri aşağı instansiya məhkəmələri tərəfindən çevik və kütləvi olaraq mənimsəmələrini nəzərə alsaq, qorxuram yanlış formalaşmış məhkəmə təcrübəsinin düzəldilməsi üçün məsələyə Konstitusiya Məhkəməsi qarışmalı olacaqdır. Yaxşı olardı ki, bu kimi məsələlərə Ali Məhkəmə daha fundamental yanaşsın və Plenumun fəaliyyətini daha aktivləşdirsin.

“Əsaslı şübhədən kənar” sübutetmə standartının Azərbaycan məhkəmə təcrübəsində əmələ gəlməsinin əsas səbəbi AİHM-in bir sıra qərarları olubdur. Həmin qərarlarda AİHM müəyyən işdə olan materialları, tərəflərin ifadə və sübutlarını “əsaslı şübhədən kənar” standartının tələblərinə uyğun qiymətləndirir və qərar çıxarır. Lakin düşünürəm, bizim məhkəmələr bu standartta istinad verəndə bunun ilk növbədə cinayət prosesual ələt olduğunu və ikincisi bunun məhz AİHM öz “prosesual qaydası” kimi müəyyən etdiyini nəzərə almayıblar.

AİHM əsasən inkvizisiyon məhkəmə olduğunu nəzərdə saxlamaq lazımdır. Çünki AİHM qərarlarını tək ona təqdim edilmiş sübutlar hüququ (qanunu) tətbiq edərək çıxarmır. AİHM prosesin aktiv elementidir, o, sübut və faktları axtarır, öz araşdırmasını (tədqiqatını) aparır, davamlı olaraq əlavə izahatlar və sübutlar tələb edir.

AİHM-in fəaliyyətinin xüsusiyyətini nəzərə alaraq o, öz vəzifələrini düzgün icra etmək üçün “konvensiya çərçivəsində və məqsədləri üçün məhkəmə özünün sübut standartı kimi “əsaslı şübhədən kənarı” seçir”.³⁵ Lakin AİHM-in bu yanaşmasına çox sayda tənqidçiləri də var.³⁶ Nəzərdə saxlamaq lazımdır ki, sübutetmə yükü (vəzifəsi) sübut standartı ilə sıx əlaqədədir. İstənilən sübutetmə yükü ona uyğun sübut standartına uyğun olmalıdır.³⁷ Sübutetmə yükünün nə qədər ağır olmasını sübut standartı müəyyən edir.³⁸

³⁴ AİHM kontinental hüququn “məhsulu” olmasına baxmayaraq anqlo-sakson hüququna xas olan “sübutetmə standartı” institutundan uğurla faydalanır.

³⁵ Tobias Thienel, yuxarıda istinad 23, s. 16.

³⁶ Bax Loukis G. Loucaides, *Standards of Proof in Proceedings under the ECHR, yerləşir* Presence du droit public et des droits de l’homme: melanges offerts a Jacques Velu, 1431 et seq (1992).

³⁷ Chittharanjan Felix Amerisinghe, *Evidece in International Litigation* 36 (2005).

³⁸ Bax Tobias Thienel, yuxarıda istinad 23, s. 17.

AİHM sübut standartına sübutetmə yükündən kənarında baxmır. Sübutların təqdim edilməsi vəzifəsinə gəldikdə AİHM qeyd etmişdir ki, “məhkəmə tək tərəflərin üzərinə düşən sübutetmə yükünə güvənməyəcəkdir. Məhkəmənin nəzərində olan işlərdə o, bütün materiallara baxır, həm tərəflərin təqdim etdiyi həm də başqa mənbələrdən olan və zəruriyyət varsa materialları *proprio motu*³⁹ əldə edir”.⁴⁰ Bu AİHM-in prosesinin daha çox inkvizisiyon təbiətli olduğuna bir daha dəlalət edir.⁴¹ AİHM-in xüsusiyyətini və yurisdiksiyasını nəzərə alaraq bunu anlamaq olar. Yəni öz “prosesual” qaydalarında və sübutların qiymətləndirilməsində daha yüksək “əsaslı şübhədən kənar” standartının seçilməsinin məntiqini anlamaq olar. Lakin bu heç də o demək deyil ki, AİHM-in bu yanaşmasını Konvensiyanın tərəfdarı olan ölkələrin milli məhkəmələri öz mülki proseslərində tətbiq etməlidir.

Sübut standartı haqqında ən vacib qeyd odur ki, o prosesual hüququn elementidir.⁴² Bu səbəbdən də AİHM müəyyən etdiyi sübut standartı yalnız bu məhkəmənin işinə (proseslərinə) aiddir və AİHM-in maddi hüququnu (presedentlərini) tətbiq edən milli məhkəmələrə aid deyildir.⁴³

Sübutların qiymətləndirilməsində “əsaslı şübhədən kənar” sübut standartını AİHM 1978-ci il İrlandiya B.Krallığa qarşı işindən bəri aktiv tətbiq edir.⁴⁴ Lakin AİHM-in bu standartı anqlo-sakson hüququnda cinayət proseslərində tətbiq edilən sübut standartı ilə eyni olduğu kimi qiymətləndirilməməlidir.⁴⁵ Həqiqətən də AİHM qeyd etmişdir ki “*bu standartı tətbiq edən milli hüquq sisteminin yanaşmasını götürmək heç vaxt bu məhkəmənin məqsədi olmayıbdir*”.⁴⁶ *Onun rolu cinayət təqsirini və ya mülki məsuliyyətini deyil, dövlətin razlaşdırılmış Konvensiya qarşısında məsuliyyətini müəyyən etməkdir*”.⁴⁷

³⁹ Latıncadan “öz təşəbbüsü ilə”.

⁴⁰ AİHM, *Ireland v. United Kingdom*, judgment 18 January 1978, Series A No.25, para 160; *Artico v Italy*, Judgment 13 May 1980, Series A, No 37, para 30.

⁴¹ Uğur Erdal, *Burden and Standard of Proof in Proceeding under the European Convention*, *European Law Review* 26.

⁴² *Bax* Tobias Thienel, yuxarıda istinad 23.

⁴³ *Bax* Fraser P. Davidson, *Evidence* (2007), *Juliane Kokott*, *The Burden of Proof in Comparative and International Human Right Law: Civil nad Common Law Approaches with Special Reference to the American and German Legal Systems* (1998), Tobias Thienel, yuxarıda istinad 23.

⁴⁴ Bundan öncə də 1969-ci il Yunanıstan işində (Greek case) bu standartı aid qeyd edilmişdir ki, “əsaslı şübhə sadəcə nəzəri mümkünlüyü nəzərdə tutmur, bu elə şübhə olmalıdır ki ona görə səbəblər təqdim edilmiş faktlardan üzaqlaşdırıla bilinsin”.

⁴⁵ *Bax*, Alvaro Paul, *In search of the Standard of Proof Applied by the Inter-America Court of Human Rights*, 55 *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos* 57 (2011).

⁴⁶ Zənnimcə burda məhkəmə İnkiltərəni nəzərədə tutur. Əvvəldə qeyd etmişdik ki, cinayət prosesinin “əsaslı şübhədən kənar” sübut standartı İngiltərə daxil olmaqla Anqlo-sakson hüquq sisteminə daxil olan ölkələrə xasdır.

⁴⁷ *Bax* Alvaro Paul, yuxarıda istinad 45.

AİHM *Mathew v. The Netherlands*⁴⁸ işində qeyd etmişdir ki, “əsaslı şübhədən kənar termini Konvensiyada nəzərdə tutulan hüquqların pozulmasına dair şikayətlərin baxılması proseduru kontekstində müstəqil (avtonom) məna daşıyır. Sübutlar hüququ⁴⁹ və onunla birgə sübut standartı hüquqla bağlı suallara deyil, yalnız faktlarla bağlı suallara tətbiq edilir.⁵⁰ AİHM tərəfindən tətbiq edilən sübut standartı Konvensiyanın maddələri və Məhkəmə Qaydaları ilə nəzərdə tutulmayıbdır, bu presedent (case law) təcrübəsinin məhsuludur.

İlkin dövrdə “əsaslı şübhədən kənar” standartını AİHM əsasən Konvensiyanın 3-cü maddəsinə aid işlərdə tətbiq edirdi.⁵¹ Lakin sonradan öz təcrübəsində olan AİHM digər işlərdə də Yunanıstan⁵² işinə və İrlandiya B.Krallığına qarşı işinə istinad verərək bu standartı daha “ümumiləşdirdir”.⁵³ Eyni zamanda da vurğulayır ki, əsaslı şübhədən kənar standartını Konvensiyanın məqsədləri üçün tətbiq edir.

AİHM tərəfindən öz (məhkəmə baxışları) prosesləri üçün belə yüksək standartın seçilməsinin məqsədi ona həvalə edilmiş rolun icrası ilə bağlıdır.⁵⁴ Bəzi nüfuzlu müəlliflər AİHM-in öz təcrübəsində “əsaslı şübhədən kənar” standartını tətbiq edilməsinin doğruluğunu şübhə altına alırlar.⁵⁵

Gördüyümüz kimi, AİHM əsaslı şübhələrdən kənar standartı bu məhkəmənin “prosesual” qaydasıdır və milli məhkəmələrin öz mülki proseslərində istifadəsi üçün nəzərdə tutulmayıbdır. Yəni “əsaslı şübhədən kənar” sübutların qiymətləndirilməsi standartının AİHM-in öz “prosesual” qaydası olduğu vurğulanmalıdır.

Nəticə

Göründüyü kimi, sübutetmə istər mülki, istərsə də cinayət işlərində həqiqətin müəyyən olunmasında mühüm əhəmiyyət kəsb edir. Bu baxımdan istər Mülki-Prosesual, istər Cinayət-Prosesual qanunvericilikdə, istərsə də müxtəlif dövlətlərin qanunvericiliyində mövcud olan boşluqlar bu istiqamətdə lazımi və əhatəli araşdırma aparılmasını zəruri edir.

Sübutetmə standartı adətən kontinental (roman-german) adət hüququna çox da xas olan institut deyildir. Azərbaycan hüququnda, yuxarıda da qeyd

⁴⁸ Judgement of *Mathew v. The Netherlands*, no 24919/03 ECHR (2005)

⁴⁹ *Law of Evidence*

⁵⁰ Tobias Thienel, yuxarıda istinad 23, s. 9.

⁵¹ Yenə orada, 13.

⁵² *Greek Case 12 YB 1 ECHR*, (1969).

⁵³ *Salman v. Turkey* (2000), *Toteva v. Bulgaria* (2004), *Mammadov (Jalaloglu) v. Azerbaijan* (2007). Bir çox qərarlarda standart artıq *İreland v. United Kingdom* işinə istinad edilmədən “ümumi” tətbiq edilir, məsələn bax. *Çelik and İmret v. Turkey* (2004), *Fadeyeve v. Russia* (2005), *Ahmet Mete v. Turkey* (2006), *Gavazov v. Bulgaria* (2008).

⁵⁴ *Bax* Tobias Thienel, yuxarıda istinad 23.

⁵⁵ Yenə orada.

olunduğu kimi, mülki prosesual hüquqda formal sübutetmə standartı olmasa da, son dövrdə məhkəmələrin təcrübəsində müxtəlif təşəbbüslərə rast gəlinir. Bu təşəbbüslərin əksəriyyəti Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsinin təcrübəsinin müsbət təsiri nəticəsində meydana gəlir və bu kontekstdə artıq əhəmiyyətli müzakirələr aparılır.

Qlobal dünyaya yeni perspektiv: Elektron hökumət və onun hüquqi məzmunu

Annotasiya

Elektron hökumət sistemi qloballaşan dünyada dövlətlərin öz əhalisi üçün müəyyən etdikləri və, əsasən, çeviklik və şəffaflıq prinsipinə dayanaraq ərsəyə gətirdikləri bir sistemdir. Ümumiyyətlə, dövlət-cəmiyyət arasında mövcud olan münasibətlərin daha da inkişaf edərək bir növ "yeni eraya" qədəm qoymasında məhz elektron hökumət sisteminin rolu əhəmiyyətli dərəcədə böyükdür. Bu baxımdan məqalədə elektron hökumətin hüquqi əsasları həm beynəlxalq, həm müxtəlif dövlətlərin, həm də Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyi aspektlərindən müəyyən edilmiş və mövzu üzrə ətraflı şəkildə araşdırma aparılmışdır.

Abstract

The e-government system is a system that states provide it based on principle of transparency and dexterity in the globalization world. In general, e-government system has an effective role on the further development of the relations between state and its society as a kind of "new era". From this point of view the legal base of e-government system was researched broadly not only in accordance with the legislation of the Azerbaijan Republic, but also both different states and international law.

MÜNDƏRİCAT

GİRİŞ	90
I. ELEKTRON HÖKUMƏT ANLAYIŞI VƏ MEYDANA GƏLMƏ ƏSASLARI	90
A. Elektron hökumət nədir və necə meydana gəlir?	90
B. Elektron hökumətin yaradılma məqsədləri və əsas xüsusiyyətləri	92
C. Elektron hökumət sisteminin tətbiq olunma şərtləri və ənənəvi "dövlət" anlayışından fərqi	95
D. Elektron hökumətin faydaları	97
E. Azərbaycan Respublikasında elektron hökumət sisteminin tətbiqi	97
II. ELEKTRON HÖKUMƏT QLOBAL BİR ANLAYIŞDIR	100
A. Birləşmiş Millətlər Təşkilatı və Elektron Hökumət	100
B. OECD və elektron hökumət	100
C. Amerika Birləşmiş Ştatları və elektron hökumət	101
D. Avropa və Elektron Hökumət	103
E. Birləşmiş Krallıq və Elektron Hökumət	103
F. Asiya və Elektron Hökumət	104
G. Afrika və Elektron Hökumət	104
III. ELEKTRON HÖKUMƏT SİSTEMİNDƏN İSTİFADƏ	104
A. Elektron Hökumət Portalı və ora daxil olan xidmətlər	104

* Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsi, 3-cü kurs, SABAH qrupları tələbəsi. Məqalənin ilkin variantı üzərindəki rəylərinə görə Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsi Konstitusiyaya hüququ kafedrasının dosenti, Hüquq üzrə fəlsəfə doktoru Əliyev Sübhana öz təşəkkürlərini bildirirəm.

B. Elektron müraciət.....	108
IV. ELEKTRON HÖKUMƏT SİSTEMİNDƏ ELEKTRON ƏMƏLİYYATLARIN TƏSDİQ OLUNMASI.....	112
A. Elektron imza.....	112
B. Rəqəmsal imza.....	113
C. Asan imza.....	113
D. Digər elektron vasitələr.....	114
V. ELEKTRON HÖKUMƏT SİSTEMİNDƏ İSTİFADƏÇİ MƏXFİLİYİNİN QORUNMASI.....	115
NƏTİCƏ.....	116

Giriş

Cəmiyyətin və texnologiyanın hər gün inkişaf etdiyi bir dövrdə dövlətin və onun xidmətlərinin strukturunda da mühüm irəliləyişlər baş verir. Əgər 20-30 il bundan əvvəl hər hansı bir sənədi əldə etmək, hər hansı xidmətdən yararlanmaq üçün bir neçə yerə müraciət etmək, xeyli sayda sənədləşmə işi ilə məşğul olmaq, günlərlə bəzən də aylarla gözləmək lazım gəlirdisə, elektron hökumətin yaradılması ilə bu problemə, demək olar ki, bir son verildi. Belə ki, sürətlə dəyişən və inkişaf edən informasiya texnologiya vasitələrinin təsiri ilə hamılıqla başa düşülən dövlət və hökumətdən daha müasir və daha rəşional bir hökumətə keçilməyə başlanılmışdır.¹ Bəs elektron hökumətin yaradılması dövlətin vətəndaşları üçün müəyyən etdiyi bir vasitədirmi, yoxsa qlobal bir zərurətmə?

Məqalə dörd hissədən ibarət olmaqla elektron hökumətin yaranması əsasları, keçdiyi inkişaf yolları, elektron hökumət sisteminin ayrı-ayrı qanunvericiliklər baxımından təhlilini və ən əsası Azərbaycan Respublikasında yeni-yeni inkişaf etməkdə olan elektron-hökumət əsaslarını müzakirə edir.

I. Elektron hökumət anlayışı və meydana gəlmə əsasları

A. Elektron hökumət nədir və necə meydana gəlib?

İlk dəfə Amerika Birləşmiş Ştatlarında istifadə olunmağa başlanılan elektron hökumətin ədəbiyyatlarda birdən çox anlayışı olduğunu görmək mümkündür.² Əslində bu elektron hökumətin bir növ çoxşaxəli olması ilə əlaqədardır. Müxtəlif dövlətlərin qanunvericiliyində fərqli anlayışlara rast gəlmək mümkündür, lakin elektron hökumət sisteminin tətbiq olunması üçün heç də bu anlayışların hamısının universal şəkildə işləmə bilməsinə

¹ Ali Şahin, Erhan Örselli, *E-devlet anlayışı sürecinde Türkiye*, 9 Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 343, 344 (2003).

² D. C. Misra, *Select Aspects of Conceptual Foundations of E-Government: Clearing the Fog for a Better Vision*, 5th International Conference on E-Governance: Foundations of E-Government, 28–30 December, Hyderabad: ICEG, 22 (2007).

ehtiyac yoxdur.³ Elə isə elektron hökumət nədir?

Suala bir neçə aspektdə cavab vermək mümkündür. Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyində elektron hökumətə “mərkəzi icra hakimiyyəti orqanlarının göstərdiyi elektron xidmətlərin cəmləşdirildiyi və istifadəçilərin “bir pəncərə” prinsipi əsasında müraciətini və nəticələrin əldə edilməsini təmin edən internet informasiya ehtiyatı”⁴ kimi anlayış verilir. Başqa bir aspektdən, məsələn, elektron hökumət “dövlətin öz daxili siyasəti və təqdim etdiyi xidmətlərdə informasiya texnologiyalardan səmərəli şəkildə istifadə etməsidir”⁵ şəkildə anlayışla rastlaşmaq mümkündür. Lakin, mənim fikrimcə, ən lakonik anlayış OECD⁶ tərəfindən verilən “daha yaxşı hökumət fəaliyyətinə nail olmaq üçün informasiya texnologiyaları, xüsusilə internetdən istifadə edilməsi”⁷ anlayışıdır. Göründüyü kimi müxtəlif formalarda anlayışlar verilsə də, bütün anlayışlar elektron hökumətin mahiyyətini anlamağa maneçilik törətmir.

Bəs elektron-hökumət nə üçün meydana gəldi? Ümummiyyətlə, texnologiyanın tələbi ilə bir müddət sonra cəmiyyətin əsas sahələrində bir növ “elektronlaşma” getməyə başladı. Məsələn, məktubların e-poçtlarla əvəz olunması, kuryer xidmətlərinin elektron daşıma xidmətləri ilə əvəz olunması, maaşların elektron kartlara köçürülməsi və s. Məhz elektron hökumətin meydana gəlmə əsası kimi ilk növbədə informasiya texnologiyalarının inkişaf edərək dövlətin daxili fəaliyyətində qaçınılmaz bir mövqe yaratması çıxış etmişdir. Yuxarıda qeyd etdiyimiz kimi ilk dəfə 1993-cü ildə Amerika Birləşmiş Ştatlarında istifadə olunmağa başlayan elektron hökumət heç də öz-özünə meydana gəlməmişdir. Belə ki:

- Texnologiyanın inkişaf etməsi;
- Özəl və dövlət sektoru arasında tərəfdaşlığın həyata keçirilməyə başlanılması;⁸
 - Şirkətlərarası əməkdaşlığın daha da əhəmiyyət kəsb etməsi;
 - Dövlət orqanları arasında sənəd mübadiləsi zamanı çətinliklərin olması;
 - Vətəndaşların birbaşa olaraq aidiyyəti quruma müraciət etmək istəyi;
 - Vətəndaşların ehtiyacı olduqları məlumatları heç yerə getmədən

³ OECD E-Government Studies, The E-Government Imperative, 23 (2003).

⁴ “Mərkəzi icra hakimiyyəti orqanları tərəfindən konkret sahələr üzrə elektron xidmətlər göstərilməsi Qaydaları”nın və “Elektron xidmət növlərinin Siyahısı”nın təsdiq edilməsi haqqında 24 noyabr 2011-ci il 191 № Qərarı, 2.1.8-ci maddə.

⁵ Demokan Demirel, *E-devlet ve dünya örnekleri*, 61 Sayıştay Dergisi 83, 84 (2006).

⁶ Qısaltma, tam adı: Organisation for Economic Cooperation and Development.

⁷ Yuxarıda istinad 3.

⁸ Hüquq ədəbiyyatlarında sözügedən anlayış “Public Private Partnership (PPP)” kimi adlandırılır. Azərbaycan Respublikasında bu məsələnin müəyyən olunması barədə qanun layihəsi işlənib hazırlansa da, hələ qəbul olunmamışdır.

əldə etmək istəkləri elektron hökumətin formalaşması zərurətini yaratdı.

Lakin elektron hökumət bir pilot layihə deyildi və struktur baxımından birbaşa olaraq formalaşdırılmağa başlandı. Amerika Birləşmiş Ştatlarından sonra qısa bir zamanda Böyük Britaniyada, Yaponiyada, Çində, Avstraliyada, Cənubi Koreyada və digər ölkələrdə yayılmağa başlayan elektron hökumət post-sovet ölkələrində bir qədər gec – XXI əsrin ilk on illiyindən etibarən formalaşmağa başladı. Lakin bu heç də o demək deyil ki, elektron hökuməti tətbiq edən ilk dövlət bu sahədə öz liderliyini daima qoruyub saxlayır. 2016-cı ildə elektron hökumətdən istifadə və elektron əməliyyatların indekslənmə statistikasına görə müvafiq olaraq Birləşmiş Krallıq, Avstraliya, Cənubi Koreya, Sinqapur, Finlandiya, İsveç, Hollandiya, Yeni Zelandiya, Danimarka və Fransa ilk onluqda yer aldıkları halda, siyahıda Amerika Birləşmiş Ştatları 12-ci yerdə qərarlaşmışdır.⁹

Elektron hökumətin bugünkü halını alması, sözsüz ki, birdən-birə mümkün deyildi və zamanla müəyyən inkişaf yolu və ya yolları keçmişdir. Ümumi şəkildə nəzər saldıqda elektron hökumətin keçdiyi inkişaf mərhələlərini aşağıdakı kimi qruplaşdırmaq məqsədəuyğundur:¹⁰

i. *İnternetdən məlumat paylaşmaq məqsədi ilə istifadə olunması.* 1990-cı illərin sonuna qədər internetdən, demək olar ki, yalnız bu məqsədlə istifadə olunurdu. Bu da başa düşülən idi, çünki internet sözügedən dövrdə bəşəriyyət üçün yeni idi və birdən-birə aktuallaşması mümkünsüz idi.

ii. *Onlayn olaraq əməliyyatların həyata keçirilməsi və xidmətlərdən istifadə.* 1998-2003-cü illərdə¹¹ elektron platformada artıq xidmətlərin yerləşdirilməsi və insanların həmin xidmətlərdən istifadə etməsinə başlandı. Məsələn, artıq onlayn xidmətlərdən istifadə etməklə sürücülük vəsiqəsini yeniləmək, səs vermə qaydaları ilə tanış olmaq, vergi və maliyyə əməliyyatları aparmaq, bəzi lisenziyalar almaq və s. mümkün idi.

iii. *İntegrasiya, yəni əməliyyatların bütünləşməsi.* Artıq bizə məlum olan hər bir əməliyyatın ayrı-ayrı portallarda, saytlarda yerləşdirilməsi məhz bu mərhələyə təsadüf etdi.

B. Elektron hökumətin yaradılma məqsədləri və əsas xüsusiyyətləri

1. Elektron hökumətin yaradılma məqsədləri

Qeyd etdiyimiz kimi elektron hökumət bir pilot layihə deyildir və zamanın, eləcə də texnologiyanın tələbi ilə meydana gəlmişdir. Bəs hansı məqsədlə? Dövlət nə üçün özündə elektron hökuməti ortaya çıxarma zərurəti

⁹ World e-government leaders based on E-Government Development Index (EGDI) (2016), <https://www.statista.com/statistics/421580/egdi-e-government-development-index-ranking/> (son dəfə ziyarət olunub: 20 noyabr 2016).

¹⁰ Andrew Leigh, Robert D. Atkinson, *Breaking Down Bureaucratic Barriers: The Next Phase of Digital Government*, Progressive Institute, Technology and New Economy Project 6-7 (2001).

¹¹ *Yenə orada.*

görmüşdür?

Sözügedən suala bir neçə variantda cavab vermək mümkündür. Ümumiyyətlə, dünya standartlarında elektron hökumətin tətbiqi, demək olar ki, bütün dövlətlərdə eyni məqsəd və ya məqsədləri daşıyır. Əgər bu məqsədləri bir qrup halında sistemləşdirsək:

- i. Vətəndaşların xidmətlərdən daha asan və rahat bir şəkildə istifadə etməsini təmin etmək;¹²
- ii. Dövlətin öz siyasətini qloballaşan dünya sisteminə uyğunlaşdırmaq;¹³
- iii. Elektron xidmətlərdən istifadə olunarkən xərclərinin minimum azaldılması;¹⁴
- iv. Məlumatların birbaşa və sürətli əldə edilməsinə nail olmaq;
- v. Kağız üzərində aparılan əməliyyatları getdikcə azaltmaq;
- vi. Xidmət təminatında dövlət qulluqçuları və vətəndaşlar arasında olan "məsafəni" azaltmaq;¹⁵
- vii. Rüşvətxorluq və korrupsiyanı aradan qaldırmaq. Elektron hökumətin yaradılmasında əsas məqsədlərdən biri də məhz rüşvətxorluğun aradan qaldırılmasıdır. Başqa sözlə desək, elektron hökumət daima korrupsiyaya qarşı "mübarizə aparır"¹⁶ və bu, bir növ dünyaca qəbul olunmuş elektron hökumətin əsas prinsiplərindən hesab olunur.¹⁷
- viii. Xidmət keyfiyyətini daha da yaxşılaşdırmaq;
- ix. Dövlətin xidmətlərindən istifadə edən vətəndaşların (eləcə də,

¹² Məsələnin bu cür müəyyən olunmasında başlıca əsaslar kimi məhz bir çox dövlətlərdə vətəndaşların xidmətlərdən yararlanmaq üçün lazımı şərait olmaması (məsələn, ucqar bir qəsəbədə yaşaması; müvafiq inzibati ərazi üzrə icra qurumunun olmaması və s.), süründürməçilik, uzunçuluq və s. çıxış etmişdir.

¹³ Kristijan Andri Stefansson, Gunnar Thor Thorarinnsson, *Electronic Government: New Legislation on E-Government in Iceland*, 31 *International Journal of Legal Information* 462, 464 (2003).

¹⁴ Demirel, 87, *yuxarıda* istinad 5. Ümumiyyətlə, qeyd edilən anlayışla bağlı müxtəlif dövlətlərin istər qanunvericilik, istərsə də doktrinal mətnlərində ikili fikir ayrılıqları mövcuddur. Belə ki, "xərclərin minimum azaldılması" dedikdə, bir qrup müəlliflər müvafiq xidmətləri həyata keçirmək üçün dövlətin çəkdiyi xərcləri, digər qrup müəlliflər isə vətəndaşların müvafiq xidmətlərdən yararlanmaq üçün çəkdikləri xərcləri nəzərdə tuturlar. Hesab edirəm ki, hər iki yanaşma qənaətbəxşdir və qeyd edilən anlayış hər iki yanaşmaya da şamil oluna bilər.

¹⁵ <https://www.e-gov.az/az/content/read/2> (son dəfə ziyarət olunub: 22.11.2016).

¹⁶ David Perera, *Fighting corruption through e-government* (2008), www.nytimes.com/2008/11/03/business/worldbusiness/03iht-EGOV03.1.17420751.html (son dəfə ziyarət olunub 23.11.2016).

¹⁷ Arş. Gör. Abdullah Metin, *Türkiyə'de E-Devlet Uygulaması ve E-Devletin Bürokrasiye Etkisi*, 7 *Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 97, 102 (2012).

əcənəbilərin¹⁸ və vətəndaşı olmayan şəxslərin¹⁹ sayını artırmaq;²⁰

- x. Dövlətin sosial, iqtisadi, siyasi, mədəni inkişafı ilə bərabər texnoloji inkişafına nail olmaq.

Göründüyü kimi elektron hökumətin yaradılması dövlətin yalnız qarşısına qoyduğu məqsəd, bir zərurət olaraq deyil, həm də öz vətəndaşları üçün bir vasitə olaraq müəyyən edilmişdir. Məhz bu baxımdan da müxtəlif dövlətlərdə elektron hökumətin işləmə prinsipi fərqlidir.

2. Elektron hökumətin əsas xüsusiyyətləri

Elektron hökuməti model olaraq düşünsək, bir növ vətəndaş-dövlət münasibətlərinin onlayn platformaya köçürülmüş təzahürü kimi düşünə bilərik.²¹ Sözügedən platforma bir tərəfdən informasiya (i), digər tərəfdən isə texniki (ii) vasitələrin qarşılıqlı əlaqəsi ilə fəaliyyət göstərir. Buradan belə nəticəyə gəlirik ki, elektron hökumət:

- i. Elektron hökumət informasiya dövlətidir.²²

Elektron hökumət elə bir şəkildə qurulur ki, məhz vətəndaş elektron hökumətdən axtardığı məlumatı, xidmətlərin göstərilməsi üçün lazım olan sənədlər barədə, xidmətin hansı orqanı tərəfindən göstərilməsi barədə məlumatı asanlıqla əldə edə bilər. Məsələn, əgər vətəndaş öz vergi borcları barədə məlumat almaq istəyirsə, Azərbaycan Respublikası Elektron Hökumət Portalında²³ “Xidmətlər” səhifəsində Vergilər Nazirliyini seçərək bu barədə oradan onlayn olaraq məlumat əldə edə bilər.

- ii. Elektron hökumət texnoloji dövlətdir.²⁴

Elektron hökumət portalı hər şeydən əvvəl informasiya texnologiya bazasına əsaslanır. Yəni bu cür bir portal hipermetn adlandırılan elektron kodların köməyi ilə (daha çox HTML və son illərdə HTML5) yaradılır və bütün informasiya, məlumatlar məhz bu kodların əsasında təsbit olunur.²⁵ Bu

¹⁸ Əcnəbi - Azərbaycan Respublikasının vətəndaşı olmayan və başqa dövlətin vətəndaşlığına mənsub olan şəxs (Azərbaycan Respublikası Mıqrasiya Məcəlləsi 3.0.1-ci maddə).

¹⁹ Vətəndaşlığı olmayan şəxs - heç bir dövlət tərəfindən onun qanununa əsasən vətəndaş hesab edilməyən şəxs (Azərbaycan Respublikası Mıqrasiya Məcəlləsi 3.0.2-ci maddə).

²⁰ *Yuxarıda istinad 14, 88.*

²¹ İstinad 5-də qeyd etdiyim məqalədə müəllif elektron hökumət modelini daha çox “xidməti satan”, yəni dövlət və “xidməti alan”, yəni vətəndaş arasındakı münasibətləri müəyyən edən bir platforma kimi göstərir. Müəllif burada elektron hökumətin işləmə prinsipini məhz “almaq” və “satmaq” terminləri ilə, analogiya şəklində izah etmişdir.

²² Demirel, 89, *yuxarıda istinad 5.*

²³ www.e-gov.az

²⁴ *Yuxarıda istinad 22.*

²⁵ Bəzi hallarda müxtəlif əməliyyatların həyata keçirilməsi üçün elektron hökumət sistemində elektron müqavilə növlərindən, adətən “click-wrap” və ya “webrap” adlanan müqavilə növündən istifadə olunur. Həmçinin *bax: Kanan Madatlı, Software License Agreements: Main Types, Legal Aspects, and Regulations, 2* Bakı St. U. LRev 118-134 (2015).

bir növ dövlətin inzibati idarəçiliyi ilə informasiya texnologiyaları idarəçiliyinin sintezi deməkdir.²⁶ Texnoloji yeniliklər dolayısı da olsa, elektron hökumətin də yenilənməsini nəzərdə tutur və bu da əməliyyatların sürətli və birbaşa olaraq həyata keçirilməsində mühüm rol oynayır.

Öz növbəsində elektron hökumətin ən əsas cəhəti onun üç əsas istiqamətdə fəaliyyət göstərməsidir. Belə ki:

- i. Dövlətdən (hökumətdən) vətəndaşa (G2C)²⁷ – Müəyyən bir platforma yaxud sistem vasitəsilə vətəndaşların dövlətin xidmətlərindən yararlanmasını nəzərdə tutur.
- ii. Dövlətdən (hökumətdən) müəssisələrə (sahibkarlara)²⁸ (G2B)²⁹ – Müəssisə və sahibkarların müəyyən platforma vasitəsilə dövlətin xidmətlərindən yararlanmasını nəzərdə tutur.
- iii. Dövlətdən (hökumətdən) dövlətə (hökumətə) (G2G)³⁰ – Dövlət qurumları arasında əməkdaşlığı və məlumat paylaşılmasını nəzərdə tutur.

C. Elektron hökumət sisteminin tətbiq olunma şərtləri və ənənəvi “dövlət” anlayışından fərqi

Müasir dövrdə heç bir dövlət kifayət qədər əsas və şərait olmadan elektron hökumət sisteminə keçid edə bilməz. Dövlətin elektron hökumət sistemini tətbiq etməsi üçün bir çox amilləri nəzərə almasına ehtiyac vardır. Yəni dövlət elektron hökumət sisteminə keçid edə bilməsi üçün müəyyən hazırlıq mərhələsi keçməlidir. Bir çox hallarda dövlət lazımi şəraitin və perspektivlərin müəyyən olunması üçün xüsusi komissiya yaxud komitə yarada bilər.³¹ Sözü gedən hazırlıq mərhələsində dövlət hansı kontekstdə araşdırma edir? Sualı daha da konkretləşdirsək, dövlət elektron hökumət sistemini tətbiq etmək üçün hansı amillərə diqqət yetirməlidir?

- Dövlətin apardığı siyasət;
- Dövlətin siyasi rejimi;
- Dövlətin iqtisadi və sosial balansı;
- Dövlətin icra hakimiyyəti orqanlarına olan inamı;³²
- Vətəndaşların elektron hökumət barəsində düşüncələri;³³

²⁶ Subhajit Basu, *E-Government and Developing Countries: An Overview*, 18 *International Review of Law Computers and Technology* 109, 112 (2004).

²⁷ *İngiliscə*: Government-to-Citizen (G2C).

²⁸ “Sahibkar” sözünün bu kontekstdə işlədilməsi bir çox müəlliflərə görə mübahisəli məsələdir.

²⁹ *İngiliscə*: Government-to-Business (G2B).

³⁰ *İngiliscə*: Government-to-Government (G2G).

³¹ Dövlətin bu sahədə xüsusi komissiya və ya komitə yaratmaq kimi zərurəti yoxdur. Ola bilər ki, dövlət bu məsələni mövcud icra orqanlarından birinin səlahiyyətinə aid etsin.

³² *Yuxarıda* istinad 25.

³³ Hakan Dikbaş, Kadriye Bilmece, *E-Devlet ve E-Hazırlık Durumu*, 38 *E-Bülten* 13, 14 (2015).

- Dövlətin informasiya texnologiyalarından istifadə qabiliyyəti;
- Dövlətin ərazisində mövcud internet trafiki;
- Ölkə ərazisində bu cür sistemin yaradılmasına ehtiyacın olub-olmaması;
- Dövlətin maliyyə siyasəti.

Qeyd etdiyim siyahı sadəcə bunlarla kifayətlənmir, müxtəlif müəlliflər bu siyahını fərqli şəkildə müəyyən edirlər. Lakin mahiyyət etibarilə dövlətin elektron hökumət sisteminə keçid etməsi üçün qeyd edilən amillər hökmən nəzərdən keçirilməlidir. Əks halda elektron hökumət sisteminin uğursuzluğu qaçınılmaz olacaqdır.

Bəs elektron hökumət ənənəvi “dövlət” anlayışından nələrini ilə fərqlənir? Suala müqayisəli analizlə cavab vermək daha məqsədəuyğundur. İlk öncə qeyd edirəm ki, məqalənin bundan sonrakı hissəsində ənənəvi “dövlət” anlayışı bir qədər qısaldılaraq sadəcə “dövlət” anlayışından istifadə ediləcək.

Müqayisəli şəkildə təhlil edərkən hər iki anlayışın əsasında duran elementlərə diqqət etmək lazımdır. Əgər dövlətdə əsas amil kimi birbaşa olaraq canlı, fiziki münasibətlər əhəmiyyət kəsb edərsə, elektron hökumətin əsasında sadəcə kodlaşdırılmış, mücərrəd münasibətlər dayanır. Bir digər tərəfdən vətəndaş süründürməçilik hallarını, həddindən artıq sənəd tələb olunmasını əsas gətirərək dövlətin bir sıra xidmətlərindən imtina edir, bir növ dövlətin sosial həyatında passiv vətəndaş rolunu oynayır.³⁴ Lakin elektron hökumətdə bu cür hallara, demək olar ki, rast gəlinmədiyindən vətəndaş bir növ daha “həvəsli” olur və dövlətin sosial həyatında aktiv iştirak edir.

Başqa bir aspektdən nəzər saldıqda qeyd edə bilərik ki, dövlətin müəyyən etdiyi xidmətlərdən elektron hökumət sistemi tətbiq olunmadan öncə istifadə kağız əsaslı münasibətlərə³⁵ dayanırdısa, elektron hökumətdən sonrakı dövrdə bu cür münasibət öz yerini onlayn əlaqələrə verdi. Eyni zamanda elektron hökumətdən öncəki dövrdə məhz əməliyyatların “kağızlı” münasibətlərə əsaslanması məhz zaman baxımından vətəndaşa böyük bir problem yaradır, vaxt itkisinə səbəb olurdusa, elektron hökumət bu cür problemi aradan qaldırmağa müvəffəq oldu.

Digər tərəfdən elektron hökumətdən əvvəlki dövrdə sənədləşmədə böyük yanlışlıqlar buraxılır, arxiv əməliyyatlarında müvafiq sənədin tapılması bəzən qeyri-mümkün olurdu. Elektron hökumət vahid onlayn bazaya malik olduğundan sənədlərin itmə, zədələnmə hallarında belə rahat bir şəkildə əldə etmək mümkündür.

Yuxarıda qeyd etdiyimiz kimi elektron hökumət sisteminin tətbiq olunmadığı dövlətlərdə korrupsiya, rüşvətxorluq kimi faktlara sıx-sıx rast gəlinir. Lakin elektron hökumət sistemi bu cür halların qarşısını almaqla vətəndaşlara, əcnəbilərə və vətəndaşlığı olmayan şəxslərə birbaşa xidmət

³⁴ Gökçe Maraş, “Kamu yönetimlerinde e-devlet ve e-demokrasi ilişkisi, 37 Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 121, 126 (2011).

³⁵ *Yenə orada.*

emək üçün tətbiq olunur.

Son olaraq isə qeyd edə bilərəm ki, elektron hökumətdən əvvəlki dövrlərdə vətəndaşın müvafiq sənədi əldə etməsi, yaxud hər hansı xidmətdən yararlanması üçün bəzən bir neçə orqana getməsi tələb olunurdu. Lakin elektron hökumət sisteminin tətbiqi ilə artıq bütün əməliyyatlar vahid bir platformada birləşdirildi ki, bu da vətəndaşın asan və rahat şəkildə xidmətlərdən istifadəsinə şərait yaradır.

D. Elektron hökumətin faydaları

Elektron hökumətin faydalarını aşağıdakı şəkildə ümumiləşdirə bilərik:

- İctimai xidmətləri daha asan və əlçatan etmək;
- Dövlət idarəçiliyində müasir texnologiyaların tətbiqini genişləndirməklə həyata keçirilən fəaliyyətin səviyyəsinin yüksəltmək;³⁶
- Dövlət orqanları və əhali arasında koordinasiyanı gücləndirmək;³⁷
- Vətəndaş məmnuniyyətini artırmaq;
- Sürətli və operativ xidmət göstərmək;
- İstifadəçinin yerləşdiyi coğrafi məkandan asılı olmayaraq ölkənin bütün ərazisində təqdim olunan elektron xidmətlərdən istifadənin mümkünlüyü;³⁸
- Xidmətlərin keyfiyyətinin yüksəldilməsi;
- Qurumlararası əməkdaşlığın daha da gücləndirilmək;³⁹
- İnformasiya mübadiləsinin sürətləndirilmək;
- 7/24 xidmət sisteminin tətbiq etmək;⁴⁰
- Rüşvətخورluq və korrupsiyanı aradan qaldırmaq.

Bununla birlikdə elektron hökumətin müəyyən çətinlikləri də mövcuddur.

Belə ki:

- Fərdi məlumatların ələ keçirilmə riski;
- Vətəndaşların bəzilərinin internetdən istifadə edə bilmə bacarığının olmaması;
- Bəzi hallarda ölkənin bütün ərazisinin internet ilə tam təmin olunmaması elektron hökumət sisteminin effektiv işləməsinə maneçilik törədir.

E. Azərbaycan Respublikasında elektron hökumət sisteminin tətbiqi

Elektron hökumət sistemi post-sovet ölkələrində, o cümlədən Azərbaycanda

³⁶ <https://www.e-gov.az/az/content/read/2> (Son dəfə ziyarət olunub 22.11.2016).

³⁷ Halil İbrahim Ülker, Bilgi toplumu ve devlet, 970 (2002).

³⁸ *Yuxarıda* istinad 31.

³⁹ Basu, 110, *yuxarıda* istinad 26.

⁴⁰ *Yuxarıda* istinad 1, 349.

XXI əsrin ikinci on illiyindən etibarən tətbiq olunmağa başlanıb. Bununla belə elektron hökumət sisteminin inkişafı Azərbaycan Respublikasında nisbətən sürətli gedir. Nümunə olaraq bildirə bilərəm ki, Birləşmiş Millətlər Təşkilatının müxtəlif illərdə çap etdiyi “Elektron Hökumət Nəzarəti” adlanan rəhbərdə Azərbaycan Respublikası elektron hökumətdən istifadə və elektron hökumət inkişaf indeksinə⁴¹ görə 2014 və 2016-cı ildə kifayət qədər əhəmiyyətli irəliləyiş etmişdir.⁴² Belə ki, 2012-ci ildə Azərbaycan Respublikası müvafiq kriteriyalara görə dünya üzrə elektron hökumət sistemini tətbiq edən ölkələr arasında 96-cı pillədə idisə⁴³, 2014-cü ildə irəliləyərək 68-ci pilləyə qədər yüksəlmiş⁴⁴ və, nəhayət, 2016-cı ilin rəsmi məlumatında elektron hökumət sistemini tətbiq edən dünya dövlətləri arasında ən yüksək 50 dövlət arasına daxil olaraq 47-ci pillədə qərarlaşmışdır.⁴⁵

Ümumiyyətlə, Azərbaycan Respublikasında elektron hökumət sisteminin formalaşdırılması beynəlxalq təcrübəyə əsaslanır və Azərbaycan Respublikası Prezidentinin “Azərbaycan Respublikasında rabitə və informasiya texnologiyalarının inkişafı üzrə 2010-2012-ci illər üçün Dövlət Proqramının (Elektron Azərbaycan)”⁴⁶ təsdiq edilməsi haqqında Sərəncamı, “Dövlət orqanlarının elektron xidmətlər göstərməsinin təşkili sahəsində bəzi tədbirlər haqqında”⁴⁷ 23 may 2011-ci il tarixli Fərmanı və digər normativ hüquqi aktlarla fəaliyyəti üçün hüquqi baza yaradılmışdır.⁴⁸

Eyni zamanda qeyd etmək lazımdır ki, sözügedən normativ aktlarla bərabər, ölkə üzrə elektron hökumət sisteminin tətbiq edilə bilməsi üçün ilk başlarda digər dövlətlərin nümunələri rəhbər tutulmuşdur. Bu da birmənalı deyildir, nəzərə alsaq ki, elektron hökumət sistemi Amerika Birləşmiş Ştatlarından sonra Böyük Britaniya, Yaponiya və digər ölkələrdə hələ 90-cı illərin ortalarından etibarə tətbiq olunurdu, Azərbaycanda belə bir sistemin digər dövlətlərin ənənələrindən bəhrələnərək daha da təkmilləşdirməsi mühüm əhəmiyyət kəsb etmişdir.⁴⁹ Bununla bərabər yuxarıda qeyd etdiyimiz

⁴¹ *İngiliscə: E-Government Development Index (EGDI).*

⁴² İlk öncə qeyd edim ki, Birləşmiş Millətlər Təşkilatının “Elektron Hökumət Nəzarəti” (*ingiliscə, UN E-Government Survey*) müvafiq olaraq 2004, 2005, 2008, 2010, 2012, 2014 və 2016-cı illərdə nəşr olunmuşdur. *Daha ətraflı bax: publicadministration.un.org.* Azərbaycan Respublikası elektron hökumət sistemini 2011-ci ildən tətbiq etməyə başladığını nəzərə alsaq, sözügedən Rəhbərlərin yalnız üçündə - 2012, 2014 və 2016-cı illərdə nəşr olunan buraxılışlarda statistik inkişaf siyahısına daxil olmuşdur.

⁴³ United Nations E-Government Survey 2012, 28 (2012).

⁴⁴ United Nations E-Government Survey 2014, 41 (2014).

⁴⁵ United Nations E-Government Survey 2016, 57 (2016).

⁴⁶ <http://president.az/articles/564>

⁴⁷ <http://president.az/articles/2251>

⁴⁸ *Yuxarıda istinad 31.*

⁴⁹ Ümumiyyətlə, Azərbaycan Respublikasında elektron hökumətlə bağlı qanunverici və normativ hüquqi aktlar bu sahənin tənzimlənməsində daha fəal rol oynayır. “Yerli icra hakimiyyəti orqanlarında vətəndaşların müraciətləri üzrə vahid elektron informasiya

bütün prinsip və məqsədlər Azərbaycan Respublikası Elektron Hökumət Portalında öz əksini tapa bilmişdir.

2011-ci ildən bu tərəfə Azərbaycan Respublikası Elektron Hökumət Portalında təqdim olunan xidmətlərin sayı 5%-dən 74%-ə qədər artmışdır.⁵⁰ Sözügedən xidmətlər müxtəlif qurumların səlahiyyətinə aid olan məsələləri ehtiva edir, yəni burada istər, nazirliklərin, istər komitələrin və komissiyaların, istər idarələrin və xidmətlərin, istərsə də administrasiyaların xidmətlərindən, eləcə də, yeni yaradılan publik hüquqi şəxslərin xidmətlərindən yararlanmaq mümkündür.⁵¹

Kiçik bir haşiyə çıxaraq qeyd etmək istərdim ki, Azərbaycan Respublikasında elektron hökumət və elektron müraciət sistemi ilə bağlı mövcud qanunvericilik aktlarında bir sıra çatışmazlıqlar mövcuddur. Bu sahədə müvafiq nəticə əldə olunması üçün qarşıya qoyulan məqsədlər sırasında ilk sırada məhz qanunvericilik aktlarının təkmilləşdirilməsi durmalıdır.

Elektron hökumət sistemində mövcud olan və ola biləcək xidmətlər, eləcə də, Azərbaycan Respublikası Elektron Hökumət Portalına daxil olan xidmətlər barədə məqalənin ikinci hissəsində ətraflı bəhs edilmişdir.

sisteminin yaradılması haqqında" Azərbaycan Respublikası Prezidentinin Fərmanı, *bax:* <http://www.president.az/articles/14960>, "Elektron hökumət" portalı haqqında Əsasnamə"nin təsdiq edilməsi və elektron xidmətlərin genişləndirilməsi ilə bağlı tədbirlər barədə Azərbaycan Respublikası Prezidentinin Fərmanı, *bax:* <http://www.president.az/articles/7211>, Dövlət orqanlarının elektron xidmətlər göstərməsinin təşkili sahəsində bəzi tədbirlər haqqında Azərbaycan Respublikası Prezidentinin Fərmanı, *bax:* <http://www.president.az/articles/2251>, "Mərkəzi icra hakimiyyəti orqanları tərəfindən konkret sahələr üzrə elektron xidmətlər göstərilməsi Qaydaları"nın və "Elektron xidmət növlərinin Siyahısı"nın təsdiq edilməsi haqqında Azərbaycan Respublikası Nazirlər Kabinetinin 191 nömrəli Qərarı, *bax:* <http://cabmin.gov.az/?/az/pressreliz/view/590>, Elektron xidmətlərin "Elektron hökumət" portalına qoşulması üçün Texniki Tələblər"nin təsdiq edilməsi haqqında Azərbaycan Respublikasının Nazirlər Kabinetinin 118 nömrəli Qərarı və digər aktlar bunlara misaldır.

⁵⁰ *Yuxarıda* istinad 40, 60.

⁵¹ 29 dekabr 2015-ci il Publik hüquqi şəxslər haqqında Azərbaycan Respublikasının Qanunu (*bax:* <http://www.president.az/articles/17678>) ilə üç qurum – Dövlət İmtahan Mərkəzi, Azərbaycan Respublikası Mərkəzi Bankı və Maliyyə Bazarlarına Nəzarət Palatası publik hüquqi şəxs kimi müəyyən olunmuşdu. Bununla bərabər, Azərbaycan Respublikasında dövlət idarəçiliyinin təkmilləşdirilməsi ilə bağlı bəzi tədbirlər haqqında Azərbaycan Respublikası Prezidentinin 24 noyabr 2016-cı il Fərmanı (*bax:* <http://www.president.az/articles/21806>) ilə Azərbaycan Respublikasının Prezidenti yanında Mənzil İnşaatı Dövlət Agentliyi, Azərbaycan Respublikasının Müəllif Hüquqları Agentliyi, Azərbaycan Respublikasının Alternativ və Bərpa Olunan Enerji Mənbələri üzrə Dövlət Agentliyi, Azərbaycan Dövlət İnformasiya Agentliyi (AZƏRTAC), "İçərişəhər" Dövlət Tarix-Memarlıq Qoruğu İdarəsi, Dənizkənarı Bulvar İdarəsi, Bakı Nəqliyyat Agentliyi, İcbari Tibbi Sığorta üzrə Dövlət Agentliyi və Tərcümə Mərkəzi publik hüquqi şəxsləri yaradılmışdır.

II. Elektron hökumət qlobal bir anlayışdır

A. Birləşmiş Millətlər Təşkilatı və Elektron Hökumət

Elektron hökumət sisteminin inkişafında bir sıra təşkilatların, o cümlədən də Birləşmiş Millətlər Təşkilatının rolu əhəmiyyətli dərəcədə böyükdür. Birləşmiş Millətlər Təşkilatının Elektron Hökumət Nəzarəti⁵² adlı rəhbəri bu baxımdan mühüm əhəmiyyət kəsb edir. Elektron Hökumət Nəzarəti hər iki ildən bir olmaqla BMT-nin İctimai və İqtisadi İşlər üzrə Departamenti tərəfindən hazırlanır və dövlətlərin elektron hökumətdən istifadə və təqdim etdiyi xidmətlərə görə sırasını müəyyən edir.⁵³ Sözügedən Rəhbər BMT-nin prinsiplərinə əsaslanaraq hazırlanır və bir növ informativ xarakter daşıyır. Ümumiyyətlə, BMT elektron hökumətdən istifadə və elektron hökumət sistemini tətbiq edən ölkələri 3 əsas başlıq altında nəzərdən keçirir:⁵⁴ *a. ən az inkişaf etmiş ölkələr;*⁵⁵ *b. inkişaf etməkdə olan kiçik ada dövlətləri;*⁵⁶ *c. inkişaf etməkdə olan dənizə çıxışı olmayan dövlətlər.*⁵⁷

B. OECD və elektron hökumət

İqtisadi Əməkdaşlıq və İnkişaf Təşkilatı (OECD, *ingiliscə Organization for Economic Cooperation and Development*)⁵⁸ da bu sahədə mühüm əhəmiyyətli tədbirlər həyata keçirir. Üzv dövlətlər üçün ümumi şəkildə müəyyən olunan araşdırmalarla bərabər, hər bir dövlətin siyasətinə əsaslanaraq həmin dövlət üçün ayrıca araşdırmalar da aparır.⁵⁹ Azərbaycan İqtisadi Əməkdaşlıq və İnkişaf Təşkilatının üzvü olmasa da, ölkədə elektron hökumət sisteminin tətbiqində sözügedən təşkilatın apardığı araşdırmalar mühüm rol oynamışdır.

Bununla bərabər OECD elektron hökumət sisteminin tətbiqi və

⁵² *İngiliscə:* UN E-Government Survey.

⁵³ *Yuxarıda* istinad 39, 3.

⁵⁴ *Yuxarıda* istinad 39, 5.

⁵⁵ *İngiliscə:* Least Developed Countries (LDCs).

⁵⁶ *İngiliscə:* Small Island Developing States (SIDS).

⁵⁷ *İngiliscə:* Land-Locked Developing Countries (LLDCs).

⁵⁸ Demokratiya və bazar münasibətli iqtisadiyyat prinsipini qəbul edən inkişaf etmiş ölkələri birləşdirən beynəlxalq təşkilat. Daha ətraflı *bax:* www.oecd.org/about.

⁵⁹ Misal olaraq 2016-cı ildə Meksika üçün Open Government Data Review of Mexico, *bax:* www.oecd.org/gov/open-government-data-review-of-mexico-9789264259270-en.htm (son dəfə ziyarət edilib: 29.11.2016), 2016-cı ildə Çili üçün Digital Government in Chile, *bax:* www.oecd.org/gov/digital-government-in-chile-9789264258013-en.htm (son dəfə ziyarət edilib: 29.11.2016), 2013-cü ildə Misir üçün OECD e-Government Studies: Egypt 2013, *bax:* www.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-e-government-studies-egypt-2012_9789264178786-en (son dəfə ziyarət edilib: 29.11.2016), 2010-cu ildə Danimarka üçün Denmark: Efficient e-Government for Smarter Public Service Delivery, *bax:* www.oecd-ilibrary.org/governance/denmark-efficient-e-government-for-smarter-public-service-delivery_9789264087118-en (son dəfə ziyarət edilib: 29.11.2016) və s.

araşdırılması barədə mühüm sənədlər və rəhbərlər hazırlamışdır ki, bunlar sırasında *The e-Government Imperative 2003*, *E-Government for Better Government 2005*, *Open Government Data 2013*, *OECD Recommendation on Digital Government Strategies 2014*, *Digital Government Strategies for Transforming Public Services in the Welfare Areas 2016* və digərlərini göstərmək mümkündür.⁶⁰

Eyni zamanda qeyd etmək lazımdır ki, 2016-cı il 22-23 sentyabrda OECD-nin 28 üzv dövlətinin iştirakı ilə Estoniyanın Tallin şəhərində “*OECD E-Leaders 2016: Leading the Data-driven Public Sector*” adlı görüş keçirilmişdir. Görüşün əsas məqsədi dövlətlərdə elektron hökumət sisteminin inkişafı və daha da təkmilləşdirilməsi ilə bağlı təkliflərin irəli sürülməsi, eyni zamanda elektron hökumət sisteminin tətbiqi ilə bağlı hesabatların verilməsi olmuşdur.⁶¹

C. Amerika Birləşmiş Ştatları və elektron hökumət

Bildiyimiz kimi Amerika Birləşmiş Ştatları informasiya texnologiyalarının tətbiqində dünyanın ən qabaqcıl dövlətlərindən biri, hətta birincisidir. Məhz bu birincilik dövlətin hökumət tərəfindən göstərilən xidmətlərinə də mühüm təsir göstərmişdir. Hələ 90-cı illərin sonunda artıq elektron hökumət sistemi barədə layihə hazırlansa da, Amerika Birləşmiş Ştatları ərazisində internetin sürətli trafikə keçməsi bu layihəni tədricən həyata keçirilməyə başlandı. Sözügedən layihə 2000-ci ildə “*firstgov.gov*” şəklində bir veb sayt kimi təqdim olundu və layihə yalnızca elektron hökuməti deyil, həm də mövcud dövlət strukturunu onlayn mühitə daşımaqla hər iki hökuməti bir portalda birləşdirdi.⁶² Lakin 2007-ci ildə sözügedən portal öz adını “*usa.gov*” olaraq dəyişdirdi.⁶³

Amerika Birləşmiş Ştatlarında elektron hökumət sisteminin əsası məhz 2002-ci il Elektron Hökumət Aktı⁶⁴ ilə tənzim olunsada da, bu sahədə müvafiq doktrinal mətnlər və eləcə də digər aktlar az deyildir. Sözügedən Aktın əsas məqsədləri birbaşa olaraq Amerika Birləşmiş Ştatlarının bu sahədəki məqsədləri hesab olunur və onlar aşağıdakılardan ibarətdir:

- i. Elektron hökumətə daxil olan xidmətlərin keyfiyyətini artırmaq məqsədilə Federal Hökumətin effektiv rəhbərliyini təmin etmək;

⁶⁰ <http://www.oecd.org/gov/digital-government/digital-government-publications.htm> (son dəfə ziyarət edilib: 29.11.2016).

⁶¹ <http://www.oecd.org/governance/eleaders/oecd-e-leaders-meeting-2016-communicue.pdf>

⁶² State E-Government Strategies: Identifying Best Practices and Applications, Report for the Congressional Research Service by The University of Texas at Austin, 7 (June 27 2006), <http://ljb.utexas.edu/archive/pubs/pdf/e-government.pdf>

⁶³ <https://www.usa.gov/history-of-website> (son dəfə ziyarət olunub: 29.11.2016).

⁶⁴ *İngiliscə adı*: E-Government Act of 2002, www.congress.gov/107/plaws/publ347/PLAW-107publ347.pdf

- ii. Elektron hökumət xidmətlərində vətəndaşların daha aktiv iştirakını təmin etmək məqsədilə internetin və, eləcə də, digər informasiya texnologiyalarını inkişaf etdirmək;
- iii. Elektron hökumət xidmətlərinin təqdim və təmin olunması zamanı qurumlararası əməkdaşlığı inkişaf etdirmək;
- iv. Hökumətin öz məqsədlərinə və nəticələrinə nail olmaq qabiliyyətini artırmaq;
- v. Vətəndaş-mərkəzli Hökumət xidmətlərini təmin etmək üçün internetin və əlaqəli texnologiyaların inkişafını təmin etmək;
- vi. Biznes və digər hökumət qurumları üçün qiymət və öhdəlikləri azaltmaq;
- vii. Məmurların daha yaxşı fəaliyyətini təmin etmək;
- viii. Bir neçə vasitəylə yüksək keyfiyyətli Hökumət informasiya və xidmətlərinə çıxışı təmin etmək;
- ix. Federal Hökuməti daha şəffaf və məsuliyyətli etmək;
- x. Dövlət və özəl qurumların ən yaxşı təcrübələrindən istifadə edərək Hökumət fəaliyyətlərini təkmilləşdirmək;
- xi. Hökumət informasiya və xidmətlərinə şəxsi toxunulmazlıq, beynəlxalq güvənlik, məlumatların qorunması, fiziki məhdudiyəti olan insanların rahat şəkildə çıxışının təmin olunması və digər əlaqəli hüquqların müdafiəsi ilə bağlı qanun və aktlara uyğun şəkildə çıxışı təmin etmək.⁶⁵

Eyni zamanda qeyd etmək lazımdır ki, Amerika Birləşmiş Ştatlarının ayrıca elektron hökumət sistemi yoxdur. Yəni bütün hökumət xidmətləri bir bazada – www.usa.gov veb saytında birləşdirilmişdir və buradakı xidmətlərin əsas səciyyəvi cəhəti Amerika Birləşmiş Ştatlarında mövcud olan bütün qurumların, demək olar ki, bütün xidmətlərinin eyni zamanda elektron formada mümkün olmasındadır.⁶⁶ Elektron hökumət xidmətləri Amerika Birləşmiş Ştatlarında Ştatların hər birinin ayrı-ayrı qurumlarının səlahiyyətlərinə aid olan xidmətlərdir və bu da öz növbəsində hər bir ştatın sakininə xidmətlərdən asanlıqla istifadə edə bilməsinə imkan yaradır.

Amerika Birləşmiş Ştatlarında elektron hökumət sisteminin tətbiqi olunması sürətlə həyata keçirilmişdir. Hələ 2001-ci ildə layihəsi hazırlanan və 2002-ci ildə Corc Buş tərəfindən imzalanaraq qüvvəyə minən Elektron Hökumət Aktında Ağ Evin "İdarəçilik və Büdcə Ofisi"⁶⁷ nəzdində "Elektron Hökumət və İnformasiya Texnologiyaları Ofisinin" qurulması nəzərdə tutulmuş və sonrakı illərdə tədricən sözügedən qurum yaradılmışdır.⁶⁸ 2012-ci ildə Amerika Birləşmiş Ştatlarının həmin dövrdə hakimiyyətdə olan

⁶⁵ E-Government Act of 2002, Section 2 (b).

⁶⁶ Xidmətlərin siyahısı üçün bax: www.usa.gov/federal-agencies

⁶⁷ *İngiliscə*: Office of Management and Budget.

⁶⁸ *İngiliscə adı*: Office of E-Government and Information Technologies: www.whitehouse.gov/omb/e-gov

prezidenti Barak Obamanın icra orqanlarının rəhbərlərinə ünvanladığı “21-ci əsr elektron hökumətinin qurulması”⁶⁹ adlı memorandumunun nəticəsində elektron hökumət sistemi daha da təkmilləşdi.

D. Avropa və Elektron Hökumət

Avropa ərazisində elektron hökumət sisteminin tətbiqi də XXI əsrin əvvəllərinə təsadüf edir. 23-24 mart 2000-ci ildə Lissabonda keçirilmiş Avropa Şurasının Zirvə Toplantısında Elektron Avropa sistemini tətbiq etmək barədə müzakirələr aparılmış və daha sonrakı aylarda “Elektron Avropa 2002 Planı” qəbul edilmişdir.⁷⁰ Planın əsas məqsədi ən qısa zamanda bütün Avropanın internetlə təmin olunmasından ibarət idi ki, nəzərdə tutulan müddət ərzində artıq bütün Avropa sürətli internetlə təmin olundu. Analoji plan 2005-ci ildə də qəbul edilmiş və tədricən Avropada elektron hökumət sistemi formalaşmağa başlamışdır.

2015-ci ildə isə Avropa Komissiyası tərəfindən “European e-Government Action Plan 2016-2020” adlı plan hazırlandı.⁷¹ Finlandiya, İngiltərə, İspaniya, İtaliya kimi dövlətlər hazırda elektron hökumət sistemini aktiv şəkildə tətbiq edir.

E. Birləşmiş Krallıq və Elektron Hökumət

1995-ci ildə Birləşmiş Krallıq və Kanada elektron və ya onlayn hökumət sisteminin tətbiq olunmasını nəzərdə tutan pilot layihəyə başlamaq barədə təklif irəli sürdülər və bu layihənin əsas məqsədi cəmiyyət və hökumət arasında münasibətləri daha da inkişaf etdirməkdən ibarət idi.⁷²

Birləşmiş Krallığa daxil olan dövlətlərin hər birinin qanunvericiliyi ayrı olsa da, elektron hökumət sistemi, demək olar ki, bir-biriləri ilə ortaqdır.⁷³ Amerika Birləşmiş Ştatlarında olduğu kimi Birləşmiş Krallıqda da elektron hökumət üçün ayrıca bir baza, sayt yoxdur və bütün xidmətlər bir bazada –

⁶⁹ www.whitehouse.gov/sites/default/files/uploads/2012digital_mem_rel.pdf

⁷⁰ *Yuxarıda* istinad 5, 104.

⁷¹ ec.europa.eu/digital-single-market/en/european-egovernment-action-plan-2016-2020 (son dəfə ziyarət olunub 30.11.2016).

⁷² Francis G. B. Aldhouse, *Electronic Government: A UK Perspective*, 10 *International Review Of Law, Computers And Technology* 157, 158 (1996).

⁷³ www.gov.uk. Bununla birlikdə Birləşmiş Krallığa daxil olan hər bir dövlətin inzibati qanunvericiliyi ayrı-ayrılıqda tənzim olunur. Məsələn, Uelsin hökumət quruluşu “Government of Wales Act 1998” (*bax:*

www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/38/pdfs/ukpga_19980038_en.pdf), Şotlandiyanın hökumət quruluşu Scotland Act of 1998 (*bax:*

www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/46/pdfs/ukpga_19980046_en.pdf), Şimali İrlandiyanın hökumət quruluşu “Northern Ireland Act of 1998” (*bax:*

www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/47/pdfs/ukpga_19980047_en.pdf) və digər aktlarla tənzimlənir.

www.gov.uk adlı saytda birləşdirilmişdir.

F. Asiya və Elektron Hökumət

2015-ci il 19-20 avqust tarixlərində “Daimi inkişaf üçün Elektron Hökumət, Ağıllı Şəhərlər və Rəqəmsal Cəmiyyətlər” adlı Asiya Regional Forumu keçirilmiş və Forumda Asiya dövlətlərində mövcud elektron hökumət sistemlərinin vəziyyəti və perspektivləri barədə mühüm müzakirələr aparılmışdır.⁷⁴

Asiya dövlətləri içərisində Çin, Yaponiya, Cənubi Koreya, Sinqapur kimi dövlətlər elektron hökumət sistemindən aktiv şəkildə istifadə etdikləri halda, Malayziya, Myanmar, Pakistan kimi dövlətlər bu sistemdən nisbətən passiv şəkildə istifadə edirlər.

G. Afrika və Elektron Hökumət

1996-cı ildə Afrika İnformasiya Cəmiyyətinin təşəbbüsü ilə elektron hökumət sistemi barədə ilkin təkliflər irəli sürüldü.⁷⁵ Sonrakı dövrlərdə elektron hökumət sisteminin tətbiqi sahəsində mühüm aktlar qəbul olunmuşdur ki, bu aktlar məhz elektron hökumət sisteminin Afrika dövlətlərində inkişafına gətirib çıxarmışdır.

2016-cı ildə Birləşmiş Millətlər Təşkilatının “Elektron Hökumət Nəzarəti” adlanan Rəhbərdə bəzi Afrika dövlətləri elektron hökumət sistemindən istifadə və onlayn xidmət indeksinə⁷⁶ əsasən sıralanmışdır. Belə ki, Mərakeş Afrika dövlətləri içərisində yüksək göstəricilərlə siyahıda yer aldığı halda, Angola, Seneqal kimi dövlətlər orta, Əl-Cəzayir, Eritriya, Konqo kimi dövlətlər isə zəif göstəricilərə görə sıralanmışdılar.⁷⁷

III. Elektron Hökumət sistemindən istifadə

A. Elektron Hökumət Portalı və ora daxil olan xidmətlər

Qeyd etdiyimiz kimi Azərbaycan Respublikasında elektron hökumət və ondan istifadə mexanizminin müəyyən olunmasında Azərbaycan Respublikası Elektron Hökumət Portalının mühüm rolu vardır. Elektron Hökumət Portalının təsis edilmə əsaslarını və normativ aktları əvvəlki bölmədə ətraflı şəkildə qeyd etmişdik.⁷⁸ Ümumiyyətlə, Azərbaycan

⁷⁴ <http://www.itu.int/en/ITU-D/Regional-Presence/AsiaPacific/Pages/Events/2015/August-eGov2015/home.aspx> (son dəfə ziyarət olunub: 30.11.2016).

⁷⁵ Nancy J. Hafkin, *E-government in Africa: An Overview of Progress Made and Challenges Ahead*, UNDESA/UNPAN work papers 3 (2009).

⁷⁶ *İngiliscə*: Online Service Index (OSI).

⁷⁷ *Yuxarıda* istinad 41, 59.

⁷⁸ "Dövlət orqanlarının elektron xidmətlər göstərməsinin təşkili sahəsində bəzi tədbirlər

Respublikası Elektron Hökumət Portalı müəyyən məqsədlər daxilində və müəyyən istiqamətlərdə fəaliyyət göstərir. Belə ki, Elektron Hökumət Portalı Haqqında Əsasnamənin⁷⁹ 2-ci maddəsinə əsasən Elektron Hökumət Portalının fəaliyyət prinsipləri aşağıdakılardan ibarətdir:

- 2.1.1. modulluq və miqyaslılıq - ciddi dəyişikliklər edilmədən portalın proqramtexniki komponentlərinin inkişaf etdirilməsi imkanının olması;
- 2.1.2. sərbəstlik - portalın tərkibinin və fəaliyyətinin ona qoşulmuş informasiya sistemlərində və ehtiyatlarında aparılan təşkilati, inzibati, texniki və digər dəyişikliklərdən asılı olmaması;
- 2.1.3. sistemlilik - dövlət orqanları tərəfindən elektron xidmətlərin göstərilməsi məqsədi ilə mövcud olan və ya yeni yaradılan informasiya sistemlərinin və ehtiyatlarının qarşılıqlı əlaqələrinin və uzlaşmasının təmin edilməsi;
- 2.1.4. təhlükəsizlik - sertifikatlaşdırılmış proqram təminatından və proqram-texniki vasitələrdən istifadə edilməsi, məlumatlarla, o cümlədən fərdi məlumatlarla bağlı informasiya mübadiləsi zamanı qanunun tələblərinə riayət edilməsi, təşkilati, texniki, texnoloji tədbirlər həyata keçirməklə informasiyanın mühafizəsinin təmin edilməsi;
- 2.1.5. istifadə asanlıqı - informasiya ehtiyatlarına bir dəfə daxil edilmiş məlumatlardan "bir pəncərə" prinsipi əsasında çoxsaylı istifadənin təmin edilməsi;
- 2.1.6. səmərəlilik - informasiya mübadiləsinin real vaxt rejimində həyata keçirilməsi, qarşılıqlı əlaqələrin optimallaşdırılması və bununla bağlı vaxt itkisinin və maliyyə məsrəfinin azaldılması;
- 2.1.6. şəffafliq – sistem daxilindəki fəaliyyətin şəffafliyinin və hesabatlılığının təmin edilməsi, həyata keçirilən prosedurların və onların nəticələrinin izlənilməsi üçün şəraitin yaradılması.⁸⁰

Burada əsas məqamlardan biri Elektron Hökumət Portalına daxil olan xidmətlər və onların necə tənzim olunmasıdır. Ümumiyyətlə, Elektron Hökumət Portalına daxil olan xidmətləri hansı sahələri əhatə edir? Normativ aktlarda bu cür qruplaşma artıq müəyyən olunmuşdur. Belə ki, bu sahələr sırasında "1. Ailə, qadın, uşaq problemləri; 2. arxitektura və tikinti; 3. dini qurumlarla iş; 4. dövlət qulluğu; 5. əmək və məşğulluq; 6. əmlak münasibətləri; 7. gömrük işi; 8. hüquqi xidmətlər; 9. hüquq mühafizə; 10. idman və bədən tərbiyəsi; 11. kənd təsərrüfatı; 12. kommunal xidmətlər; 13. konsulluq xidmətləri; 14. qaçqınlar və məcburi köçkünlərlə iş; 15. maliyyə, qiymətli kağızlar, audit; 16. mədəniyyət, turizm; 17. müdafiə; 18. nəqliyyat; 19. rabitə və informasiya texnologiyaları; 20. səhiyyə; 21.

haqqında" Azərbaycan Respublikası Prezidentinin 2011-ci il 23 may tarixli 429 nömrəli Fərmanı Elektron Hökumət Portalının təsis olunması üçün əsas olmuşdur.

⁷⁹ "Elektron hökumət portalı haqqında Əsasnamə"nin təsdiq edilməsi və elektron xidmətlərin genişləndirilməsi ilə bağlı tədbirlər barədə Azərbaycan Respublikası Prezidentinin 2013-cü il, 5 fevral tarixli 813 nömrəli Fərmanı.

⁸⁰ *Yenə orada.*

sənaye, ticarət; 22. sosial müdafiə, sosial təminat; 23. standartlaşdırma və metrologiya; 24. statistika; 25. təbii resurslar və ekologiya; 26. təhsil və elm; 27. torpaq və xəritəçəkmə; 28. vergilər; 29. vətəndaşlıq, miqrasiya"⁸¹ daxildir.

Bununla birlikdə Elektron Hökumət Portalında mövcud olan xidmətlər həm də vətəndaş, sahibkar və qeyri-rezident xidmətləri olmaqla da qruplaşdırılmışdır ki, bu da öz növbəsində insanların Portaldan rahat bir şəkildə istifadə etməsini nəzərdə tutmuşdur.

Qeyd etdiyimiz xidmətlər hər biri müxtəlif icra orqanlarının və publik hüquqi şəxslərin⁸² səlahiyyətinə aiddir və bu da müvafiq normativ aktlarda öz əksini tapmışdır. "Mərkəzi icra hakimiyyəti orqanları tərəfindən konkret sahələr üzrə elektron xidmətlər göstərilməsi" Qaydalarına əsasən mərkəzi icra hakimiyyəti orqanları tərəfindən sözügedən qaydalarla müəyyən olunmuş konkret sahələr üzrə xidmətlərin təşkili hər bir xidmət üzrə hazırlanmış inzibati rəqlamentə uyğun olaraq həyata keçirilir.⁸³ Eyni zamanda Qaydalar göstərilən xidmətlərin iki əsas növdə - informasiya və interaktiv xarakterli elektron xidmətlər olduğunu müəyyən etmişdir. İnformasiya növlü elektron xidmətlərdə istifadəçilərə sərbəst olaraq müxtəlif məsələlər üzrə elektron formada məlumatlanma imkanı təmin edilir. İnteraktiv növlü elektron xidmətlərdə istifadəçilərin mərkəzi icra hakimiyyəti orqanlarının informasiya sistemlərinə sorğu və ya tapşırıqla müraciəti və müvafiq informasiya, sənəd və ya hər hansı tələb olunan nəticənin əldə edilməsi üçün qarşılıqlı məlumat mübadiləsi təmin edilir.⁸⁴

Yuxarıda qeyd etmişik ki, bu xidmətlərin hər biri müxtəlif qurumların səlahiyyətlərinə aiddir. Bu cür icra orqanlarının və onlara aid olan xidmətlərin konkret siyahısı "Mərkəzi icra hakimiyyəti orqanları tərəfindən konkret sahələr üzrə elektron xidmətlər göstərilməsi" Qaydalarının və "Elektron xidmət növlərinin Siyahısı"nın təsdiq edilməsi haqqında" Azərbaycan Respublikası Nazirlər Kabinetinin 2011-ci il 24 noyabr tarixli 191 nömrəli qərarında dəyişikliklər edilməsi barədə Azərbaycan Respublikasının Nazirlər Kabinetinin Qərarında göstərilmiş⁸⁵ və 39 icra orqanının və publik hüquqi şəxslərin səlahiyyətinə aid olan 400-dən çox xidmət müəyyən olunmuşdur.⁸⁶

⁸¹ Azərbaycan Respublikası Nazirlər Kabinetinin 2011-ci il 24 noyabr tarixli 191 nömrəli qərarı ilə təsdiq edilmiş və 1 nömrəli əlavədə qeyd olunan "Mərkəzi icra hakimiyyəti orqanları tərəfindən konkret sahələr üzrə elektron xidmətlər göstərilməsi" QAYDALARI, 3-cü maddə.

⁸² *Bax: Yuxarıda istinad 47.*

⁸³ *Yenə orada, 4.1-ci maddə.*

⁸⁴ *Yuxarıda istinad 61, 4.2 və 4.3-cü maddələr. Qeyd edilən hər iki növ arasında əsas fərqlərdən biri birincisi üçün identikləşdirmə tələb olunmadığı halda, ikincisi üçün identikləşdirmənin tələb olunması mütləqdir.*

⁸⁵ Sözügedən aktda hal-hazırda mövcud olmayan qurumların adları da yer almışdır. Məsələn, Tələbə Qəbulu üzrə Dövlət Komitəsi, Azərbaycan Respublikası İqtisadiyyat və Sənaye Nazirliyi və s.

⁸⁶ Sözügedən icra orqanları sırasına aiddir: 1. Azərbaycan Respublikası Əmək və Əhalinin

Eyni zamanda Elektron Hökumət Portalında Bank Xidmətləri sahəsində yalnızca bir bankın – Bank of Baku-nun xidmətləri, daha doğrusu bir xidməti⁸⁷ qeyd olunmuşdur. Lakin bu heç də digər bankların elektron xidmətlərdən istifadə etmədiyi mənasına gəlmir. Belə ki, Azərbaycan Respublikası ərazisində fəaliyyət göstərən, demək olar ki, bütün bankların rəsmi saytlarında xidmətlərdən elektron şəkildə yararlanmaq üçün ayrı-ayrı bölmələr vardır. Təklif edərdik ki, bütün bankların bu cür xidmətləri vahid bir portalda, yəni Elektron Hökumət Portalında birləşdirilsin.

Qeyd etmək lazımdır ki, sözügedən qurumların göstərdikləri elektron xidmətlər Elektron Xidmətlər Reyestrinə daxil edilməlidir.⁸⁸ Elektron xidmətin qeydə alınması üçün xidməti göstərən qurum müvafiq ərizə formasını⁸⁹ dolduraraq, Reyestrin operatoruna müraciət etməlidir. Reyestrin operatoru müraciət ərizəsini aldıqdan sonra 3 iş günü ərzində elektron xidməti qeydə alaraq Reyestrə daxil edilməsini təmin edir və elektron xidmətə təkrar olunmaz reyestr nömrəsinin verilməsi barədə müvafiq quruma bildiriş göndərir. Reyestrə daxil edilmiş elektron xidmətlər barədə məlumatlarda düzəlişlərə ehtiyac olduqda, təminatçı 3 iş günü ərzində Reyestrə müvafiq düzəlişlərin edilməsi üçün Reyestrin operatoruna

Sosial Müdafiəsi Nazirliyi; 2. Azərbaycan Respublikası Rabitə və Yüksək Texnologiyalar Nazirliyi; 3. Azərbaycan Respublikası Mərkəzi Seçki Komissiyası; 4. Azərbaycan Respublikası Vergilər Nazirliyi; 5. Azərbaycan Respublikası Dövlət Gömrük Komitəsi; 6. Azərbaycan Respublikası Daxili İşlər Nazirliyi; 7. Azərbaycan Respublikası Ədliyyə Nazirliyi; 8. Azərbaycan Respublikası Baş Prokurorluğu; 9. Fövqəladə Hallar Nazirliyi; 10. Səhiyyə Nazirliyi; 11. Dövlət Statistika Komitəsi; 12. İqtisadiyyat Nazirliyi; 13. "AzərEnerji" ASC; 14. Dövlət Şəhərsalma və Arxitektura Komitəsi; 15. Milli Arxiv İdarəsi; 16. Gənclər və İdman Nazirliyi; 17. Qaçqınların və Məcburi Köçkünlərin İşləri üzrə Dövlət Komitəsi; 17. Ekologiya və Təbii Sərvətlər Nazirliyi; 18. Müəllif Hüquqları Agentliyi; 19. Dövlət Dəniz Administrasiyası; 20. Dövlət Sərhəd Xidməti; 21. Kənd Təsərrüfatı Nazirliyi; 22. "Azərsu" ASC; 23. Əmlak Məsələləri Dövlət Komitəsi; 24. Tələbə Qəbulu üzrə Dövlət Komissiyası (Bax: Yuxarıda istinad 47, yeni qaydada *Dövlət İmtahan Mərkəzi*); 25. Müdafiə Sənayesi Nazirliyi; 26. Energetika Nazirliyi; 27. Ailə, Qadın və Uşaq Problemləri üzrə Dövlət Komitəsi; 28. Meliorasiya və Su Təsərrüfatı Açıq Səhmdar Cəmiyyəti; 29. Prezident yanında Dövlət Qulluğu Məsələləri üzrə Komissiya; 30. Nəqliyyat Nazirliyi; 31. Standartlaşdırma, Metrologiya və Patent üzrə Dövlət Komitəsi; 32. Dövlət Miqrasiya Xidməti; 33. Prezident yanında Vətəndaşlara Xidmət və Sosial İnnovasiyalar üzrə Dövlət Agentliyi (ASAN Xidmət); 34. Diasporla İş üzrə Dövlət Komitəsi; 35. Xarici İşlər Nazirliyi; 36. Səfərbərlik və Hərbi Xidmətə Çağırış üzrə Dövlət Xidməti; 37. Azərişiq ASC; 38. Mədəniyyət və Turizm Nazirliyi; 39. İnsan Hüquqları üzrə Müvəkkil – Ombudsman, daha ətraflı *bax*: www.e-gov.az/az/services

⁸⁷ Portalda Bank of Baku-nun tək bir xidməti – Debet kartlarının onlayn sifariş göstərilmişdir, *bax*: www.e-gov.az/az/services/topic/53/?t=citizen (son dəfə ziyarət olunub: 30.11.2016).

⁸⁸ Yuxarıda istinad 61, 10-cu maddə.

⁸⁹ Müvafiq ərizə forması 61-ci istinadda qeyd olunan QAYDALARIN 2 nömrəli əlavəsində göstərilmişdir.

müraciət etməlidir.⁹⁰ Elektron xidmətin qeydə alınmasının ləğv edilməsi təminatçının müraciəti əsasında və qanunvericiliyin tələblərinə uyğun həyata keçirilir. Reyestrdə düzəlişlər edilməsi barədə müraciət daxil olduğu tarixdən etibarən Reyestrin operatoru tərəfindən 1 iş günü ərzində həyata keçirilir və bu barədə mərkəzi icra hakimiyyəti orqanına məlumat verilir.⁹¹

B. Elektron müraciət⁹²

Elektron müraciət anlayışına keçməzdən öncə, fikrimcə, müraciət anlayışının definisiyasını müəyyən etmək daha məqsədəuyğundur. Bu baxımdan “Vətəndaşların müraciətləri haqqında” Azərbaycan Respublikasının 30 sentyabr 2015-cu il Qanununda müəyyən edilmiş anlayış kifayət qədər əhatəlidir:

müraciət – müraciətə baxan subyektə və ya onun vəzifəli şəxsinə şəxsən və ya nümayəndə vasitəsilə yazılı (o cümlədən elektron) formada göndərilən (təqdim edilən) və ya şifahi formada edilən fərdi və ya kollektiv təklif, ərizə, şikayət⁹³

Göründüyü kimi, qeyd edilən anlayışa müvafiq olaraq müraciət təklif, ərizə və ya şikayət formasında ola bilər.⁹⁴ Analoji anlayışlar “Vətəndaşların müraciətlərinə baxılması haqqında” Azərbaycan Respublikasının 10 iyun 1997-ci il Qanununda da öz əksini tapmışdır.⁹⁵ Bununla bərabər, 30 sentyabr 2015-ci il Qanunu elektron müraciət anlayışının da definisiyasını da müəyyən edir:

elektron müraciət – müraciətə baxan subyektin və ya onun vəzifəli şəxsinin elektron ünvanına göndərilən və ya rəsmi internet saytı vasitəsilə daxil edilən müraciət⁹⁶

⁹⁰ Yuxarıda istinad 61, 10.6-cı maddə.

⁹¹ *Yenə orada*, 10.7 və 10.8-ci maddələr.

⁹² Məqalənin bu hissəsi sırf Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyi baxımından təhlil olunmuşdur.

⁹³ “Vətəndaşların müraciətləri haqqında” Azərbaycan Respublikasının 30 sentyabr 2015-cu il Qanunu, 3.0.2-ci maddə.

⁹⁴ *Yenə orada*. Belə ki, 3.0.3-cü maddəyə əsasən təklif – qanunların və digər normativ hüquqi aktların təkmilləşdirilməsi, dövlət və bələdiyyə orqanlarının və digər müraciətə baxan subyektlərin fəaliyyətinin yaxşılaşdırılması, elm, təhsil, mədəniyyət, hüquq, sosial-iqtisadi, yaradıcılıq və başqa sahələrlə bağlı məsələlərin həlli barədə edilən müraciətdir. 3.0.4-cü maddəyə əsasən ərizə – hüquq və azadlıqların həyata keçirilməsi ilə bağlı tələbləri nəzərdə tutan müraciətdir. 3.0.5-ci maddəyə əsasən isə şikayət – pozulmuş hüquq və azadlıqların bərpası və müdafiəsi ilə bağlı tələbləri nəzərdə tutan müraciət nəzərdə tutulur. Vətəndaşlar, eləcə də əcnəbilər və vətəndaşlığı olmayan şəxslər bu müraciətləri fərdi və ya kollektiv qaydada, eyni zamanda həm şifahi, həm də yazılı qaydada həyata keçirə bilərlər.

⁹⁵ *Bax*: həmin Qanunun 3-cü maddəsi.

⁹⁶ *Yuxarıda* istinad 84, 3.0.12-ci maddə. Fikrimcə, qanunun bu maddəsində qeyd edilən

Ümumiyyətlə, vətəndaşların, eləcə də əcnəbilərin və vətəndaşlığı olmayan şəxslərin müraciət etmək hüququ Azərbaycan Respublikası Konstitusiyasının 57-ci maddəsi və 94-cü maddəsinin I hissəsinin 1-ci bəndünə müvafiq olaraq təsbit olunmuşdur.⁹⁷ “Vətəndaşların müraciətləri haqqında” Azərbaycan Respublikasının 30 sentyabr 2015-cü il Qanununun 1-ci maddəsi subyektlərin müraciət etmək hüququnu müəyyən edir ki, bu da öz növbəsində yalnız fiziki şəxslərin deyil, həm də hüquqi şəxslərin bu hüquqdan istifadə etmək imkanını özündə ehtiva edir. Burada ən əsas məqamlardan biri isə irqinə, milliyyətinə, dininə, dilinə, cinsinə, mənşəyinə, əmlak vəziyyətinə, qulluq mövqeyinə, əqidəsinə, siyasi partiyalara, həmkarlar ittifaqlarına və digər ictimai birliklərə mənsubiyyətinə görə şəxsin müraciət etmək hüququnu məhdudlaşdırmaq qadağan olunmasıdır ki, bu da Azərbaycan Respublikası Konstitusiyasında təsbit olunmuş müddələrin tələblərindən irəli gəlir. Ümumiyyətlə, haqqında danışdığımız Qanunun müddəaları, əgər başqa hal nəzərdə tutulmayıbsa, vətəndaşların bütün müraciətlərinə (eləcə də, əcnəbilər və vətəndaşlığı olmayan şəxslərin) şamil olunur.⁹⁸

anlayış kifayət qədər əhatəlidir.

⁹⁷ *Bax: Azərbaycan Respublikası Konstitusiyası 57-ci maddə - Müraciət etmək hüququ və 94-cü maddənin I bəndinin 1-ci hissəsi “bu Konstitusiyada təsbit edilmiş insan və vətəndaş hüquqlarından və azadlıqlarından istifadə, bu hüquqların və azadlıqların dövlət təminatı”.* 57-ci maddəyə əsasən: *I. Azərbaycan Respublikası vətəndaşlarının dövlət orqanlarına şəxsən müraciət etmək, habelə fərdi və kollektiv yazılı müraciətlər göndərmək hüququ vardır. Hər bir müraciətə qanunla müəyyən edilmiş qaydada və müddətlərdə yazılı cavab verilməlidir. II. Azərbaycan Respublikası vətəndaşlarının dövlət orqanlarının və onların vəzifəli şəxslərinin, siyasi partiyaların, həmkarlar ittifaqlarının və digər ictimai birliklərin, habelə ayrı-ayrı vətəndaşların fəaliyyətini və ya işini tənqid etmək hüququ vardır. Tənqiddə görə təqib qadağandır. Təhqir və böhtan tənqid sayıla bilməz.*

⁹⁸ Ümumiyyətlə, sözügedən qanunun 5.1-ci maddəsi Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyaya qanunlarında, başqa qanunlarda, onların əsasında qəbul edilmiş digər normativ hüquqi aktlarda, habelə Azərbaycan Respublikasının tərəfdar çıxdığı beynəlxalq müqavilələrdə başqa qayda nəzərdə tutulmayıbsa, bu Qanunun müddəaları vətəndaşların bütün müraciətlərinə şamil edilir. Lakin bəzi istisna hallar mövcuddur. Qanunun 5-ci maddəsi bu cür halları müəyyən etmişdir. Belə ki:

5.2. Bu Qanunun müddəaları vətəndaşların məhkəmə icraatı və ya inzibati icraat çərçivəsində etdikləri müraciətlərə şamil edilmir.

5.3. Hərbi qulluqçuların xidmətlə əlaqədar bilavasitə rəislərinə və ya böyük rəislərinə müraciət etmə və onlara baxılması qaydası Azərbaycan Respublikası Silahlı Qüvvələrinin Daxili Xidmət Nizamnaməsi və İntizam Nizamnaməsi ilə tənzimlənir.

5.4. Referendumun və seçkilərin bilavasitə təşkili və keçirilməsi ilə əlaqədar müraciətlərin edilməsi və onlara baxılması qaydası Azərbaycan Respublikasının Seçki Məcəlləsi ilə tənzimlənir.

5.5. Azərbaycan Respublikasının İnsan hüquqları üzrə müvəkkilinə (ombudsmana) insan hüquqlarının pozulmasına dair şikayətlərin verilməsi və bu şikayətlərə baxılması qaydası “Azərbaycan Respublikasının İnsan hüquqları üzrə müvəkkili (ombudsman) haqqında” Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyaya Qanunu ilə tənzimlənir.

Hal-hazırda dünyada bir çox dövlətlər əhalisinin elektron hökumət sistemindən və yaxud da ayrı-ayrı qurumların veb saytından müvafiq qurumlara müraciət edə bilməsi üçün istər texniki, istərsə də maddi olaraq bütün imkanları təmin etmişdir. Məsələn, Türkiyə Cümhuriyyətində T.C. Gümrük və Ticaret Bakanlığının xidmətlərindən istifadə etmək, eləcə də onlayn müraciət etmək üçün həm Türkiyə Cümhuriyyəti öz hökumət portalından⁹⁹, həm də müvafiq icra hakimiyyət orqanının rəsmi saytından¹⁰⁰ istifadə etmək mümkündür. Azərbaycan Respublikasında hazırda Azərbaycan Respublikası Prezidentinin Fərmanına¹⁰¹ uyğun olaraq bütün dövlət orqanlarına, eləcə də, bir çox digər qurumlara elektron müraciət edilə bilməsi üçün şərait yaradılmışdır.¹⁰² Sözsüz ki, sözügedən müraciət həm Azərbaycan Respublikası Elektron Hökumət Portalı vasitəsilə, həm də müvafiq qurumun rəsmi saytı vasitəsilə mümkündür. Məsələn, şəxs Azərbaycan Respublikası Vergilər Nazirliyinə elektron qaydada müraciət etmək üçün iki üsuldən istifadə edə bilər: a. Elektron Hökumət Portalında vətəndaşlar üçün müəyyən olunmuş müvafiq qurumun xidmətləri – Vergilər Nazirliyinin xidmətləri içərisindən “Vergilər Nazirliyinə onlayn müraciət” hissəsini seçməklə;¹⁰³ b. Vergilər Nazirliyinin rəsmi saytına – taxes.gov.az saytına daxil olaraq Müraciətlər bölməsindən “Online müraciət” hissəsini seçməklə.¹⁰⁴ Fikrimcə, hazırda Azərbaycan Respublikası ərazisində elektron müraciət və elektron xidmətlərindən daha geniş şəkildə istifadə edən qurum Azərbaycan Respublikasının Prezidenti yanında Vətəndaşlara Xidmət və Sosial İnnovasiyalar üzrə Dövlət Agentliyidir (ASAN Xidmət) ki, bu da xidmətlərdən istifadənin daha rahat olmasından irəli gəlir.

Bəs elektron şəkildə ünvanlanan müraciətə necə baxılır? Elektron müraciət həmin müraciətə baxan subyektin və ya onun vəzifəli şəxsinin elektron

5.6. İnformasiya əldə edilməsi üçün sorğunun verilməsi və informasiya əldə edilməsi haqqında sorğuya baxılması qaydası “İnformasiya əldə etmək haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanunu ilə tənzimlənir.

5.7. Məişət zorakılığı barədə şikayətdə cinayət tərkibinin əlamətləri olmadıqda şikayətlərə baxılması qaydası “Məişət zorakılığının qarşısının alınması haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanunu ilə tənzimlənir.

5.8. Siyahısı müvafiq icra hakimiyyəti orqanı tərəfindən təsdiq olunan ictimai əhəmiyyətli funksiyaları yerinə yetirən hüquqi şəxslərə, habelə normativ hüquqi aktlar və ya müqavilə əsasında təhsil, səhiyyə, mədəniyyət və sosial sahələrdə xidmət göstərən özəl hüquqi şəxslərə və fərdi sahibkarlara müraciət edilməsi və həmin müraciətlərə baxılması qaydası bu Qanunla tənzimlənir.

⁹⁹ www.turkiye.gov.tr/basvur

¹⁰⁰ www.gtb.gov.tr

¹⁰¹ Dövlət orqanlarının elektron xidmətlər göstərməsinin təşkili sahəsində bəzi tədbirlər haqqında Azərbaycan Respublikası Prezidentinin 23 may 2011-ci il tarixli Fərmanı, daha ətraflı *bax*: <http://president.az/articles/2251>.

¹⁰² Sübhan Əliyev, *İnzibati hüquq*, 90 (2016).

¹⁰³ Yoxlamaq üçün: www.e-gov.az/az/services

¹⁰⁴ *Bax*: www.taxes.gov.az/modul.php?name=muraciet

ünvanına göndərilir və ya onun rəsmi internet saytına daxil edilir. Müraciətə baxan subyektin rəsmi internet saytına daxil edilən müraciətdə vətəndaşın elektron və ya poçt ünvanı göstərməlidir.¹⁰⁵ Bəzi hallarda şəxs öz müraciətini elektron imza və yaxud da ona müvafiq alternativlə təsdiq etməli olur ki, bu barədə də məqalənin üçüncü hissəsində qeyd etmişəm.

Elektron müraciətlərə müraciətə baxan subyektlər və onların vəzifəli şəxsləri tərəfindən müraciət edənin göstərdiyi elektron ünvan vasitəsilə elektron qaydada və ya müraciət edənin xahişi ilə poçt ünvanı vasitəsilə yazılı cavab verilməklə baxılır. Elektron müraciətdə müraciət edənin elektron ünvanı göstərilmədikdə müraciətə poçt vasitəsilə yazılı cavab verilir.¹⁰⁶ Lakin təcrübədə əksər etibarilə poçt vasitəsilə yazılı cavab verilməsi geniş yayılmışdır. Burada əsas məsələlərdən biri də müraciətin hansı halda baxılmış sayılmasıdır. Bu barədə yuxarıda qeyd etdiyim Qanunun 7.5-ci maddəsində qeyd edilir:

Müraciətdə göstərilən məsələyə baxıldıqda və bu barədə vətəndaşa (kollektiv müraciətlərdə - müraciət edən şəxslərdən birinə) əsaslandırılmış cavab verildikdə müraciət baxılmış hesab olunur. Müraciətə dövlət dilində cavab verilir.

Bəs vətəndaşların elektron müraciətləri hansı müddətdə nəzərdən keçirilir? Ümumiyyətlə, vətəndaşların müraciətlərinə ən gec 15 iş günü, əlavə araşdırma tələb olunduğu hallarda isə ən gec 30 iş günü müddətində baxılır.¹⁰⁷ Müraciətə baxan subyektlər müraciətdə irəli sürülən məsələlərin həlli onların səlahiyyətinə aid olmadıqda, müraciəti üç iş günündən gec olmayaraq aidiyyəti üzrə göndərir və müraciət edənə bu barədə məlumat verirlər. Müraciətdə göstərilən məsələ bir neçə müraciətə baxan subyektin səlahiyyətinə aid edildikdə müraciətin surəti üç iş günündən gec olmayaraq həmin subyektlərə göndərilir.¹⁰⁸

Müxtəlif dövlətlərin qanunvericiliyində vətəndaşların müraciətlərinə, eləcə də, elektron müraciətlərə baxılmamasına görə müəyyən sanksiyalar nəzərdə tutulmuşdur. Azərbaycan Respublikasında isə qüvvədə olan İnzibati Xətalər Məcəlləsinin 594-1-ci maddəsinə, yəni vətəndaşların müraciətləri haqqında qanunvericiliyin pozulmasına əsasən:

594-1.1.1. "Vətəndaşların müraciətləri haqqında" Azərbaycan Respublikası

¹⁰⁵ Yuxarıda istinad 84, 6.7-ci maddə.

¹⁰⁶ Yəni orada, 7.6-cı maddə.

¹⁰⁷ Yəni orada, 10-cu maddə.

¹⁰⁸ Elektron müraciət, eləcə də vətəndaşların müraciətləri haqqında daha geniş məlumat üçün bax: "Vətəndaşların müraciətləri haqqında" Azərbaycan Respublikasının 30 sentyabr 2015-ci il Qanunu; "Vətəndaşların müraciətlərinə baxılması haqqında" Azərbaycan Respublikasının 10 iyun 1997-ci il Qanunu.

Qanununun tələblərinə uyğun olaraq verilən müraciətin qəbul edilməməsinə;

594-1.1.2. vətəndaşların müraciətlərinin aidiyyəti üzrə baxılması üçün qanunazidd hərəkətdən (hərəkətsizliyindən) şikayət edilən müraciətə baxan subyektə və ya onun vəzifəli şəxslərinə göndərilməsinə;

594-1.1.3. vətəndaşların qəbulunun "Vətəndaşların müraciətləri haqqında" Azərbaycan Respublikası Qanununun tələblərinə uyğun olaraq təşkil edilməməsinə;

594-1.1.4. dövlət orqanlarının və vəzifəli şəxslərinin, siyasi partiyaların, həmkarlar ittifaqlarının və digər ictimai birliklərin, habelə ayrı-ayrı vətəndaşların fəaliyyətinin və ya işinin tənqid edilməsi ilə bağlı, yaxud vətəndaşın və ya digər şəxslərin hüquq və azadlıqlarının bərpası və müdafiəsi məqsədi ilə edilən müraciətə görə vətəndaşın təqib edilməsinə görə -

vəzifəli şəxslərə xəbərdarlıq edilir və ya onlar yüz manat məbləğində, hüquqi şəxslər iki yüz manat məbləğində cərimə edilir.

Göründüyü kimi, elektron müraciət elektron hökumət sisteminin ayrılmaz tərkib hissəsi olmaqla vətəndaşların, əcnəbilərin, eləcə də vətəndaşlığı olmayan şəxslərin müvafiq xidmətlərdən yararlanmasında mühüm rol oynayır.

IV. Elektron Hökumət Sistemində elektron əməliyyatların təsdiq olunması

A. Elektron imza

Elektron imza ideyası XX əsrin 70-80-ci illərində bir sıra müəlliflərin fikirləri kimi ortalığa atılsa da, həmin dövr üçün informasiya texnologiya vasitələrinin olmaması bu ideyanın reallaşdırılmasında böyük bir maneə idi. Artıq XXI əsrin ilk on illiyində elektron imzadan sürətlə istifadə olunmağa başlandı. Bəs elektron imza nədir?

Elektron imza verilən məlumatla bağlı olaraq imzalayan şəxsi müəyyən etmək və imzalayan şəxsin həmin məlumatda olan informasiyanı təsdiq etməsini bildirməsi üçün istifadə edilə bilən, sözügedən məlumatlara əlavə edilən və ya məntiqi şəkildə elektron formada müəyyən olunan təsdiqləyici vasitədir.¹⁰⁹ Elektron imzanın anlayışı Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyində də müəyyən olunmuşdur. Belə ki, "Elektron imza və elektron sənəd haqqında" 9 mart 2004-cü il tarixli Azərbaycan Respublikası Qanununa əsasən:

Elektron imza - digər verilənlərə əlavə edilən və ya onlarla məntiqi əlaqəli

¹⁰⁹ UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures, Article 2 (a) (2001).

olan, imza sahibini identikləşdirməyə imkan verən verilənlər¹¹⁰

Əksər hallarda elektron imzadan elektron kommərsiya əməliyyatları zamanı istifadə olunur. Lakin bu, elektron imzanın yalnızca elektron kommərsiya əməliyyatlarında deyil, həm də bank, maliyyə, vergi, sığorta, lizinq, konsessiya, daşıma və s. əməliyyatlarda da asanlıqla istifadə oluna bilər.¹¹¹

Azərbaycan Respublikasında elektron imzaların həqiqiliyinin müəyyən olunması məqsədilə Milli Sertifikat Xidmətləri Mərkəzi yaradılmışdır. Hətta sözügedən mərkəz elektron imza sisteminin Azərbaycanda yeni nəsil texnoloji vasitə olduğunu nəzərə alaraq vətəndaşların bu barədə ətraflı məlumat ala bilməsi üçün veb sayt – www.e-imza.az saytını ictimaiyyətə təqdim etmişdir.¹¹²

B. Rəqəmsal imza

Elektron sənədləri təsdiq etmək vasitələrindən biri də rəqəmsal imza¹¹³ hesab olunur. Rəqəmsal imza elektron imzanın bir növü olmaqla elektron sənədləri və əməliyyatları təsdiq edərkən istifadə olunan xüsusi işarədir.¹¹⁴ Rəqəmsal imzaların əsas xüsusiyyəti onların müəyyən bir riyazi təməl – alqoritməyə əsaslanmasıdır ki, bu da özündə xüsusi kriptografik simvolları ehtiva edir. Ümumilikdə rəqəmsal imzalar:

- Asanlıqla tanınırlar;
- Başqası tərəfindən dəyişdirilə bilməsi, demək olar qeyri-mümkündür;
- Öz sahibi tərəfindən inkar edilə bilməzlər.

Müxtəlif müəlliflərin yanaşması sübut edir ki, rəqəmsal imzaların hüquqi məzmununu müəyyən edən ayrıca normativ aktlar yoxdur. Adətən elektron imza haqqında normativ aktlar rəqəmsal imzalara da şamil olunur.

C. Asan imza

Asan imza Azərbaycan Respublikasında elektron imzanın tətbiq olunmasında yeni bir istiqamət hesab olunur. Asan İmza elektron xidmətlərə daxil olan və rəqəmsal imzalar edən zaman kimliyinizi təsdiqləmək üçün

¹¹⁰ "Elektron imza və elektron sənəd haqqında" 9 mart 2004-cü il tarixli Azərbaycan Respublikası Qanununun 1.1.4-cü maddəsi. Fikrimcə, bu anlayış dəqiq və tam deyildir. İstinad 100-də müəyyən olunan anlayış daha əhatəli və anlaşılındır.

¹¹¹ Orkhan Abdulkarimli, *Taxation of E-commerce*, 1 Baku St. U. L.Rev. 99, 107 (2015).

¹¹² Milli Sertifikat Xidmətləri Mərkəzi və elektron imzanın Azərbaycan Respublikası ərazisində işləkliyi barədə ətraflı məlumat üçün bax: <http://www.e-imza.az/services.php?lang=az> (son dəfə ziyarət olunub 07.12.2016).

¹¹³ *İngiliscə*: digital signature.

¹¹⁴ Demirel, 98, *yuxarıda* istinad 5.

istifadə olunan mobil identifikasiyadır.¹¹⁵ Asan İmza (Mobil imza) bütün mövcud e-xidmətlərdən istifadəni mümkün edir.

Bəs Asan imza necə əldə olunur? Asan imzanın əldə olunması bir neçə proseduradan ibarətdir. Belə ki:

- Asan İmza xidmətini mümkün edən SIM-kartın əldə etmək üçün müvafiq mobil operatora Azercell, Bakcell və ya Nar Mobile müraciət edilir.
- Asan İmza SIM kart və xidmətləri üçün abunəçilik forması imzalanır.
- Abunəçilik formasını imzaladıqdan sonra mobil operator tərəfindən mobil telefona daxil edilməli olan yeni PKI SIM kart təqdim edilir.
- Xidməti aktivləşdirmək üçün Vergilər Nazirliyinin Asan Sertifikat Xidmətləri Mərkəzinə (ASXM) müraciət edilməlidir. Nəzərə alınmalıdır ki, fiziki şəxs müraciət etdikdə özü ilə şəxsiyyəti təsdiqləyən sənədi (FIN nömrəsini daxil edən), eləcə də Asan İmza sertifikatının alınması üçün tələb olunan sənədləri gətirməlidir.¹¹⁶

Asan imza barədə sertifikat ASXM-yə müraciət edildikdən sonra 1 (bir) iş günü ərzində verilir. Asan imzanın verilməsi ilə bağlı bütün prosedurları ASAN Xidmət Mərkəzlərində həyata keçirmək daha məqsəduyğundur.¹¹⁷ Asan imza 3 il müddətinə etibarlıdır.

D. Digər elektron vasitələr

Qeyd etdiyimiz vasitələrdən əlavə olaraq elektron əməliyyatları təsdiq etmək üçün aşağıdakı vasitələrdən də istifadə edilir.¹¹⁸

- i. *Azərbaycan Respublikası Rabitə və Yüksək Texnologiyalar Nazirliyi tərəfindən verilən elektron imza kartı.* Bu vasitə ilə elektron əməliyyatlar Rabitə və Yüksək Texnologiyalar Nazirliyi tərəfindən təqdim olunan *e-imza sertifikatları* vasitəsilə təsdiqlənir. Müvafiq veb-saytda¹¹⁹ sözügedən elektron imza sertifikatlarını əldə etmək üçün fiziki və hüquqi şəxslər üçün ayrı bölmələr nəzərdə tutulmuşdur.
- ii. *Elektron hökumət sistemi tərəfindən vətəndaşa verilmiş kod.* Bu zaman fiziki və hüquqi şəxslər, o cümlədən dövlət qulluqçuları "elektron hökumət" sistemi tərəfindən onlara təqdim edilən kod vasitəsilə autentifikasiyadan keçərək xidmətlərdən istifadə edə və elektron əməliyyatları təsdiqləyə

¹¹⁵ www.asanimza.az/what-is-the-asan-imza/ (son dəfə ziyarət olunub: 08.12.2016).

¹¹⁶ www.asanimza.az/how-to-get-asan-imza/ (son dəfə ziyarət olunub: 08.12.2016). Müvafiq sənədlərin siyahısı üçün *bax*: www.asxm.gov.az/in.html?cat=repository&menu=required-documents

¹¹⁷ Sözügedən prosedurlar vahid halda ASAN Xidmət Mərkəzlərində birləşdirildiyindən, Asan imza ilə bütün sənədləşmə işləri və digər prosedurların ASAN Xidmət Mərkəzlərində həyata keçirilməsi daha əlverişlidir.

¹¹⁸ Sözügedən vasitələrin hər biri Azərbaycan Respublikası Elektron Hökumət Portalında təsbit olunmuşdur.

¹¹⁹ <https://reg-eimza.e-gov.az/>

bilərlər.¹²⁰

- iii. *Mobil autentifikasiya sertifikatı*. Bu zaman yalnız mobil imza sertifikatlarının sahibləri autentifikasiyadan keçərək xidmətlərdən istifadə edə bilərlər.
- iv. *Smartfon ilə*. Bu zaman yalnız mobil imza sertifikatlarının sahibləri smartfon vasitəsilə QR-kodu skan edib autentifikasiyadan keçərək xidmətlərdən istifadə edə bilərlər. Burada mobil imzası olan smartfon autentifikasiya vasitəsi kimi istifadə olunur.
- v. *E-Gov mobil identifikasiya vasitəsi (e-gov identity)*. Bu zaman sistemə giriş üçün vətəndaşın mobil telefon nömrəsi üzrə FİN-i tanıma rolunu oynayır.

V. Elektron Hökumət Sistemində istifadəçi məxfiliyinin qorunması

Elektron hökumət sistemindən istifadə zamanı yaranan ən böyük problemlərdən biri məhz elektron hökumət sistemində daxil edilən istifadəçi məlumatlarının məxfiliyinin qorunması və bu barədə təminatın olmasındadır. Daima inkişaf etməkdə olan informasiya texnologiyaları məhz elektron hökumət sistemində istifadəçilərin məlumatlarının qorunması üçün lazımi hüquqi bazanın inşa edilməsi zərurətini ortaya qoyur.¹²¹

İstifadəçi məxfiliyi istifadəçilərin fərdi məlumatlarına əsaslanır. Fərdi məlumat dedikdə müəyyən edilən və ya müəyyən edilə bilən fərdə aid istənilən məlumat nəzərdə tutulur.¹²² Dövlət onlayn platformada mövcud olan yeganə subyektdir ki, öz istifadəçilərinin fərdi məlumatlarını daima qoruyur.¹²³

Ümumiyyətlə, elektron hökumət sistemində hansı məlumatlar və necə ələ keçirilə bilər? Bu cür məlumatlar ayrıca vahid sistem halında müəyyən olunmamışdır və müxtəlif mənbələrdən əldə etdiyim informasiyalara əsasən şəxslərin asanlıqla ələ keçirilə bilən məlumatlarını aşağıdakı kimi sıralamaq istərdim:

- Şəxsiyyəti təsdiq edən sənəd barədə məlumatlar. Məsələn, Azərbaycan Respublikasında şəxsiyyəti təsdiq edən sənəd Azərbaycan Respublikası vətəndaşının şəxsiyyət vəsiqəsidir.¹²⁴
- Maliyyə, vergi, gömrük sənədləri haqqında məlumatlar;

¹²⁰ <https://reg.e-gov.az/register/>

¹²¹ *Yuxarıda* istinad 40, 8.

¹²² "Fərdi Məlumatların Avtomatlaşdırılmış Qaydada İşlənməsi ilə Əlaqədar Şəxslərin Qorunması" Haqqında 1981-ci il Strasburq Konvensiyası, 2-ci maddə (a). Azərbaycan Respublikası 2009-cu ildə qeyd edilən Konvensiyanı ratifikasiya etmişdir.

¹²³ Ramaraj Palanisamy, Bhasker Mukerji, *Security and Private Issues in E-Government* 237 (2012).

¹²⁴ Azərbaycan Respublikası Vətəndaşının Şəxsiyyət Vəsiqəsi haqqında 14 iyun 1994-cü il tarixli Azərbaycan Respublikasının Qanununun 1-ci maddəsi.

- Bank hesabı haqqında məlumatlar;
- Şəxsin plastik kart məlumatları;
- Sığorta məlumatları;
- Və bu qəbildən olan digər məlumatlar.

Dövlət elektron hökumət sistemində müəyyən olunan məlumatların məxfiliyinə tam şəkildə zəmanət verir. Qanunvericilikdə nəzərdə tutulan hallar istisna olmaqla şəxsə aid məlumatlar üçüncü şəxslərə açıqlana bilməzlər.

Nəticə

Göründüyü kimi elektron hökumət sisteminin tətbiqi dövlətin öz əhalisi ilə münasibətlərində yeni bir cığır açmaq üçün atdığı bir addımdır və dövlətin sosial və texnoloji inkişafını müəyyən edən əsas faktorlardan biri də məhz elektron hökumət sistemidir.

Bu sahədə fəaliyyətin daha təkmilləşdirilməsi üçün təklif edərdim ki, elektron hökumət sistemində¹²⁵ cəmiyyətin bütün sferalarını əhatə edən xidmətlərlə bərabər, bir sıra yeni qurumların xidmətlərinin burada yerləşdirilməsinə ehtiyac vardır. Eyni zamanda elektron hökumət və elektron müraciət barədə qanunvericiliyin təkmilləşdirilməsi bu sahədə qarşıya qoyulan ən mühüm məqsədlər sırasında olmalıdır.

Qeyd etdiyim kimi elektron hökumət bütün dünya üçün yeni bir anlayışdır və hər gün daha da təkmilləşməkdə davam edir. Məqalədə qeyd olunan məqamlar elektron hökumət sisteminin hüquqi məzmununu müəyyən etməyə və elektron hökumət sisteminin problemlə cəhətlərini realizə etməyə imkan verir.

Azərbaycan Respublikasında elektron hökumət sistemi son zamanlarda tətbiq olunmasına baxmayaraq sürətli inkişaf yolu keçmişdir. Hazırda Azərbaycan Respublikası elektron hökumət sistemindən istifadə indeksinə əsasən dünyanın ilk 50 dövləti arasında yer ala bilmişdir.

¹²⁵ Burada Azərbaycan Respublikası Elektron Hökumət Portalı.