

BAKİ DÖVLƏT UNİVERSİTETİ TƏLƏBƏ HÜQUQ JURNALI

Buraxılış 8

Fevral 2022

Say 1

Baş Redaktor

Gültəkin Səfərli

İcraçı Redaktor

Seyidbəyim Hüseynova

Məsul Redaktor

Gülnarə Fətullayeva

Məqalə Redaktorları

Xoşqədəm Salmanova

Rüfət Nağıyev

Nigar Ahyeva

Mansur Səmədov

Türkan Kərimova

Kamran Əhmədli

Təsisçi: Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsi



ISSN: 2412-5555

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

Vebsayt: www.lr.bsulawss.org

E-Poçt: lawreview@bsulawss.org

BAKU STATE UNIVERSITY

LAW REVIEW

Volume 8

February 2022

Issue 1

Editor-in-Chief

Gultakin Safarli

Executive Editor

Seyidbayim Huseynova

Managing Editor

Gulnara Fatullayeva

Editors

Khoshgadam Salmanova

Rufat Naghiyev

Nigar Aliyeva

Mansur Samadov

Turkan Karimova

Kamran Ahmadli

Founder: Baku State University Law School



ISSN: 2412-5555

Publisher: Baku State University Law School
Student Academic Society | www.bsulawss.org

Website: www.lr.bsulawss.org

Email: lawreview@bsulawss.org

MÜNDƏRİCAT/CONTENTS

1. AİLƏ MEDIATORUNUN FƏALİYYƏTİNDƏ AZƏRBAYCAN RESPUBLİKASI QANUNVERİCİLİYİ VƏ XARİCİ ÖLKƏLƏRİN HÜQUQ TƏCRÜBƏSİNİN MEDIASİYASI. Əkrəm Ələsgərov	1
Giriş	2
I. Mediatorun anlayışı və onun ailə mübahisələrinin həllində rolu	5
II. Mediatorun hüquq və vəzifələri. Mediatorun fəaliyyəti ilə bağlı qanunvericilikdəki boşluqlar	9
A. Mediatorun hüquq və vəzifələri	9
B. Mediatorun fəaliyyəti ilə bağlı Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyindəki boşluqlar	14
Nəticə.....	18
2. CAN ONLINE DISPUTE RESOLUTION PREVAIL OVER THE TRADITIONAL METHODS OF RESOLUTION? Taleh Abbasli	21
Introduction	22
I. History of development and the definition of the Online Dispute Resolution	23
A. The history of the development of online dispute resolution	23
B. Definition of online dispute resolution	27
II. Types of Online Dispute Resolution	30
A. Online arbitration	30
B. The validity of the e-arbitration agreement.....	32
C. Virtual hearings	33
III. European approach in the context of Online Dispute Resolution	35
A. The Regulation 524/2013/EU	36
B. Complaint procedure according to the Regulation 524/2013.....	38
IV. Artificial Intelligence in the Online Dispute Resolution	39
Conclusion	42
3. YERALTİ SULAR HÜQUQUN OBYEKTİ KİMİ: AZƏRBAYCAN RESPUBLİKASI VƏ BEYNƏLXALQ QANUNVERİCİLİKDƏ YERALTİ SULARIN TƏNZİMLƏNMƏSİ, İSTİFADƏSİ VƏ MÜHAFİZƏSİ MƏSƏLƏLƏRİ. Sevil Həziyeva	44

Giriş	45
I. Azərbaycan Respublikası ərazisində yeraltı suların hüquqi rejimi	47
A. Yeraltı suların anlayışı, əhəmiyyəti və yeraltı su mənbələri üzərində mülkiyyət.....	47
B. Yeraltı suların Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyinə uyğun istifadəsi	52
C. Yeraltı suların çirklənməsi və çirklənmədən mühafizəsi problemlərinin qanunvericilikdə tənzimlənməsi.....	56
II. Yeraltı suların beynəlxalq hüquqi rejimi	60
A. “Sərhəddən keçən su axınlarının və beynəlxalq göllərin mühafizəsi və istifadəsi haqqında” BMT Konvensiyasının “Su və sağlamlıq haqqında” Protokolu	61
B. Avropa İttifaqı Su Çərçivə Direktivi	64
Nəticə.....	65
4. HUMAN RIGHTS AND INVESTMENT LAW: RIGHT TO WATER. <i>Huseyn Khasmammadov</i>	67
Introduction	67
I. Case studies on the right to water within investment arbitration proceedings.....	70
A. Vivendi case	70
B. Azurix case	70
C. Suez case.....	71
D. SAURI case.....	71
II. Restrictive approach of the investment arbitral tribunals.....	72
Conclusion	74
5. “NOBODY’S CHILD”: REFLECTIONS ON FOUR POSSIBLE APPROACHES FOR THE REPATRIATION OF FTFS. <i>Naman Anand</i>	76
Introduction	77
I. Defining and distinguishing FFs and FTFS	78
A. An analysis of 3 scholarly definitions of the phrase “Foreign Fighter” and “Foreign Trained Fighter”	79
B. Critique	79
C. Conclusion: the three core elements that define FFs and FTFS	80

II. The repatriation of FTFs under the international law regime: obligation or discretion?	81
A. The present framework.....	82
B. Approaches for the repatriation of FTFs.....	83
Conclusion	91
6. A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE ITALIAN AND GERMAN LAWS REGULATING ELECTRICITY BILLS DURING EXCEPTIONAL EVENTS. <i>Ivan Allegranti</i>	93
Introduction	94
I. The EU legal framework on energy and electricity bills	96
A. Energy Efficiency Directive	96
B. The Electricity Market Directive	98
II. Germany's energy bills regulations during ordinary times	101
III. Italy's energy bills regulations during ordinary times	106
IV. Emergency regulations and energy bills in Germany	111
V. Emergency regulations and energy bills in Italy	114
VI. Energy bills policy comparison.....	118
Conclusion	119

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 yeganə 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 qoyulmuş və 2015-ci ildən başlayaraq dünyanın ən böyük hüquqi araşdırma bazası olan HeinOnline bazasında, 2021-ci ildən etibarən isə Almaniyanın Saksoniya-Anhalt vilayətinin Online Public Access Catalogue databazasında yerləşdirilməkdədir. 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 əsas prinsipidir. Jurnal tərkibindəki məqalələr vasitəsilə aktual məsələlərə hüquqi əsaslandırma istinad etməklə mümkün həllərin irəli sürülməsini və yenilikçiliyi prioritet məqsəd kimi müəyyənləşdirir. Hüquq tələbələrinin hüquqi yazı və hüquqi düşüncə bacarıqlarını üzə çıxararaq inkişaf etdirməklə onları akademik araşdırma həvəsləndirmək və bunu sağlam elmi rəqabət ənənəsinə çevirmək Jurnalın daimi məramını təşkil edir.

About the Review

Baku State University Law Review is the 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 and has been placed in HeinOnline since 2015, in the Online Public Access Catalog database of Saxony-Anhalt, Germany since 2021. 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.

Əkrəm Ələsgərov*

AİLƏ MEDIATORUNUN FƏALİYYƏTİNDƏ AZƏRBAYCAN RESPUBLİKASI QANUNVERİCİLİYİ VƏ XARİCİ ÖLKƏLƏRİN HÜQUQ TƏCRÜBƏSİNİN MEDIASİYASI

Annotasiya

Məqalədə mediasiyanın Azərbaycan Respublikasının ailə qanunvericiliyində və onunla əlaqəli hüquq təcrübəsində tətbiqi ilə bağlı münasibətlər ətrafı və kompleks şəkildə araşdırılmışdır. Daha sonra ailə mediatorunun mediasiya prosesindəki rolu, onun hüquq və vəzifələri, ailə mediasiya prosesinin aparılma qaydası, xarici ölkələrdə ailə mübahisələrinin həlli zamanı mediatorun fəaliyyətinə nəzər salınmışdır. Həmçinin məqalənin əsas məqsədi mövzu üzrə ailə mediasiyasında mediatorun rolu ilə bağlı fikir müxtəlifliklərinin təhlil edilməsi, mediasiya haqqında mövcud qanunvericiliyin modifikasiyası, ailə mübahisələri üzrə mediasiya prosesinin həyata keçirilməsi üçün elmi və praktiki bazanın təkmilləşdirilməsidir. Mediatorluğa namizədlərin hazırlıq və ixtisasartırma kurslarından keçmə qaydaları üzrə Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyindəki boşluqlar xarici ölkələrin hüquq praktikası üzərindən müqayisəli şəkildə təhlil olunmuşdur. Bundan əlavə, mediatorların qərəzsizliyi prinsipinin qorunub saxlanılması məqsədilə onların fəaliyyətində müəyyən məhdudlaşdırılmanın aparılması təklif edilmişdir. Araşdırma nəticəsində əldə edilmiş məlumatlar mediasiya ilə bağlı ailə qanunvericiliyinin təkmilləşdirilməsində, eləcə də bu sahədə yeni fəaliyyətə başlamış mütəxəssislərin və ixtisaslaşmış kadrların hazırlığının artırılmasında istifadə oluna bilər.

Abstract

The relations related to the application of mediation in the family legislation of the Republic of Azerbaijan and related legal practice are surveyed in detail and comprehensively in the article. Then the roles of the mediator in the family mediation process, rights and responsibilities of the mediator, the procedure for executing the family mediation process, the comprehension of the mediator in resolving family disputes in developed countries have been clarified. The main purpose of the article is also to analyze the differences of notions on the role of the mediator in family mediation, the modification of the existing legislation on mediation, to reinforce the scientific and practical basis for the mediation process in family disputes. Legal gaps in the legislation of the Republic of Azerbaijan on the rules of preparation and advanced training courses for candidates have been compared over the legal practice of foreign countries. Moreover, it was proposed to impose certain restrictions on the competencies of mediators in order to maintain the principle of impartiality. The information obtained as a result of the research can be used to improve family legislation on mediation, as well as to increase the training of new professionals and specialized personnel in this field.

MÜNDƏRİCAT

Giriş	2
-------------	---

* Wrocław Universiteti, Beynəlxalq və Avropa Hüququ ixtisası, I kurs magistr tələbəsi.

I. Mediatorun anlayışı və onun ailə mübahisələrinin həllində rolu	5
II. Mediatorun hüquq və vəzifələri. Mediatorun fəaliyyəti ilə bağlı qanunvericilikdəki boşluqlar	9
A. Mediatorun hüquq və vəzifələri	9
B. Mediatorun fəaliyyəti ilə bağlı Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyindəki boşluqlar	14
Nəticə.....	18

Giriş

Mediasiya bir sıra üstün xüsusiyyətlərinə görə (məsələn, məhkəmə prosesi ilə müqayisədə zaman baxımından daha qısa müddətə və maliyyə sərfi baxımından daha ucuz başa gəlməsi, məhkəmələrin iş yükünü azaltmağa əlverişli imkan yaratması və s.) hazırda mübahisələrin alternativ həlli yolu kimi dünya ölkələrinin hüquq sistemində dövlət strategiyasının əsasını təşkil edir və Anqlo-sakson hüquq ənənələrinə əsaslanan məhkəmələrdə mübahisələrin həlli zamanı alternativ olaraq tətbiq olunur. Latınca “*mediare*” sözündən götürülən mediasiya mahiyyət etibarilə “*tam olaraq ikiye bölünmə*”, “*ortada dayanmaq*” mənasını ifadə edir.¹ Xarici ədəbiyyatda “*mediation*” adı verilən mediasiya sistemi, əsasən, mübahisələrin həll edilməsinin alternativ yolu kimi müəyyən edilir. Mediasiya mübahisələrin elə bir həll metodudur ki, mübahisəli tərəflər bu prosesdə könüllü olaraq iştirak edirlər və tərəflərin öz iradələri xaricində bu həll yoluna məcbur edilməsi mümkün deyildir.² Alman hüquqşünası S. Breidenbaxa görə “*mediasiya tərəflərin münaqişəni danışıqlar zamanı və həll cəhdlərində dəstəkləyən, lakin qərar qəbul etmə səlahiyyətinə malik olmayan, bitərəf və qərəzsiz üçüncü şəxsin münaqişənin həllinə cəlb edilməsidir*”.³ Onun təbirincə, mediatorlar şəxsi maraqlarını güdmür, əksinə, münaqişə tərəflərinin maraqlarını qərəzsiz təmin etməklə daha sonra istədikləri konsensusa gəlməkdə dəstəkləyirlər.⁴

Avropa İttifaqı Parlamenti və Şurasının “Mülki və kommersion hüquqi işlərində mediasiyanın müəyyən aspektləri haqqında” 21 may 2008-ci il tarixli Direktivində mediasiyaya “*mübahisədə şəxsən iştirak edən iki və ya daha çox şəxsin vasiyyətinin köməyi ilə mübahisələrini adlandırılma və müraciət formasından asılı olmayaraq könüllü şəkildə həll etməyə çalışdıqları strukturlaşdırılmış bir proses*”

¹ Ferhat Yıldırım, *Türk Hukuk Sisteminde Alternatif bir Çözüm Yolu olarak Arabuluculuk*, 2 International Journal of Social Sciences and Education Research 748, 749 (2016).

² Yenə orada.

³ Paul-Titus Hammerbacher, *Chancen und Risiken der Familienmediation am Beispiel Des Neuen Kindschaftsrechts*, 5 (2000).

⁴ Cristoph Besemer, *Mediation in der Praxis – Erfahrungen aus den USA*, 11 (1999).

kimi anlayış verilmişdir.⁵ Azərbaycan Respublikasının 29 mart 2019-cu il tarixli “Mediasiya haqqında” Qanununda isə o, “mediatorun (mediatorların) vasitəçiliyi ilə tərəflər arasında yaranmış mübahisənin qarşılıqlı razılıq əsasında həlli ilə bağlı müəyyən olunan proses” kimi təsbit olunmuşdur.⁶ Qanunda həmçinin mediasiyanın mülki işlər və kommersiya mübahisələri, ailə, əmək və inzibati hüquq münasibətlərindən irəli gələn mübahisələrdə tətbiq oluna bilməsi qeyd olunur.⁷

Mediasiyanın ailə hüququnda aktuallığı isə son 5 ildə Azərbaycan Respublikasında qeydə alınan boşanma statistikaları ilə öz təsdiqini tapmışdır. Azərbaycan Respublikası Ədliyyə Nazirliyinin rayon (şəhər) qeydiyyat şöbələri tərəfindən 2016-cı ildə 13114, 2017-ci ildə 14514, 2018-ci ildə 14857, 2019-cu ildə 17148, 2020-ci ildə 14628 boşanma halı qeydə alınmışdır.⁸ Qeyd olunmalıdır ki, 2019-cu il ilə müqayisədə 2020-ci ildə boşanmaların sayının azalması əhalinin hər 1000 nəfərinə nikahların sayının 2019-cu ilə nisbətən 45,3% azalması ilə bağlıdır.⁹

Statistikalardan da göründüyü kimi, artmaqda olan boşanma hallarının kökündə, ilk növbədə, ər-arvad arasında olan psixoloji uyğunsuzluqlar dayanır. Məhz bu kimi halların qarşısını almaq məqsədilə “Mediasiya haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanununun (bundan sonra Qanun) ailə münasibətlərindən irəli gələn mübahisələr üzrə də tətbiq edilməsi nəzərdə tutulmuşdur. İnkişaf etmiş Avropa ölkələrində əldə olunmuş nəticələri nəzərə alaraq hazırda Azərbaycan Respublikasının şəhər və rayonlarında artmaqda olan boşanmaların sayının azaldılmasında və tərəflər arasındakı mübahisənin məhkəmə vasitəsilə sonlandırılmasının qarşısını almaq üçün mediasiya əlverişli variant kimi səslənir.

Digər tərəfdən, mediasiya tərəflər arasında nikaha xitam verildikdən sonra meydana gələn problemlərin həllində effektiv nəticələrə nail olmağa şərait yaradacaqdır. İlk növbədə, tərəflər prosesin vaxtını özləri müəyyən-ləşdirdiyindən mediasiya ailə mübahisələrinin sürətli həllini təmin edəcəkdir. Həmçinin ailə mediasiyası sadələşdirici, qiymətləndirici və transformativ üsullarla tərəflərin maliyyə baxımından sərfəli addımlar atmasına, uşaqların üstün maraqları naminə valideynlər arasındakı ziddiyyətin zamanla azalmasına və valideynlərin uşaqların rifahı üçün səmərəli planlar qurmasına yardımçı olacaqdır. Belə ki, sadələşdirici mediasiya zamanı mediator hüquqi qiymətləndirmə aparmır, tərəflərə məsləhət və mübahisənin hüquqi tərəfləri barədə məlumat vermir, tərəflərin müzakirələrinə mümkün qədər az

⁵ Directive of the European Parliament and of the Council on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters, 2008/52/EC, art. 3 (2008).

⁶ “Mediasiya haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 1 (2019).

⁷ Yenə orada, mad. 3.1.

⁸ Azərbaycan Respublikasının Dövlət Statistika Komitəsi, Rəsmi Qeydə Alınmış Nikah və Boşanmaların Sayı və Ümumi Əmsalları, <https://www.stat.gov.az/source/demography/> (son baxış 18 noyabr 2021).

⁹ Yenə orada.

müdaxilə edir və daha çox onları istiqamətləndirir.¹⁰ Qiymətləndirici mediasiyada tərəflərin şəxsi maraqları və ehtiyaclarından daha çox mübahisənin hüquqi tərəflərinə diqqət yetirilir və mediator tərəfindən işin məzmunu qiymətləndirilərək texniki və hüquqi məlumat verilir.¹¹ Tərəflər arasındakı şəxsi münasibət əhəmiyyət kəsb etmədikdə və onlar mübahisənin sürətli həll olunmasını istədikdə bu üsula üstünlük verilir. Transformativ mediasiya isə tərəflərin gücləndirilməsi, ehtiyacları, maraqları, dəyərləri və fikirlərinin tanınması, həmçinin onların şəxsi inkişafı ideyasına əsaslanır və şəxsi münasibətlərə yönəlmiş mediasiya olaraq da tanınır.¹² Bu baxımdan münaqişə tərəflər üçün həll edilməli olan bir problem deyil, sadəcə insan inkişafı üçün önəmli bir fürsətdir. Ümumiyyətlə, hər iki tərəf çətinlik və problemlə qarşılaşdıqda mübarizə qabiliyyətini möhkəmləndirməlidir. Bundan əlavə, burada bir tərəfin ondan daha fərqli situasiyada olan digər tərəfə hörmət etməsi təmin edilir. Həmçinin prosesdən əvvəl anlaşılmaqlıqları müəyyənləşdirmək, başqalarının alternativ perspektivlərini və onlar haqqında bilinməyənləri öyrənmək mediasiyada uğur qazanmağı təmin edəcəkdir.

Qeyd olunanlardan yola çıxaraq məqalədə mediatorun fəaliyyətini təfəssilatlı şəkildə nəzərdən keçirməklə ona dolğun anlayış veriləcəkdir. Daha sonra mediatorun mediasiyada rolu, onun əhəmiyyətinin artırılması üçün Azərbaycan Respublikasının "Mediasiya haqqında" Qanununda mediatora dair tələblərdəki çatışmazlıqlara diqqət yetiriləcəkdir. Bu məqsədlə ailə mediasiyası üzrə inkişaf etmiş ölkələrin hüquq praktikasına və qanunvericiliklərinə istinad ediləcək, müvafiq ölkələrin hüquq sistemində və Azərbaycan qanunvericiliyində olan mənfi və müsbət cəhətlər müqayisə olunacaqdır. Məqalənin ikinci hissəsində isə mediatorun hüquq və vəzifələri mediasiya qanunvericiliyi üzərindən aydınlaşdırılacaqdır. Bundan əlavə, Avropa İttifaqı və Şurasının müvafiq Direktivinin mediatorların hüquq və vəzifələri barədə nə dərəcədə tətbiq olunduğuna nəzər yetiriləcək, eyni zamanda mediatorların ilkin hazırlıq və ixtisasartırma təlimləri üçün qanunvericiliklə nəzərdə tutulmuş müddətin Fransız təcrübəsi ilə müqayisədə azlığı, nəzəri məşğələlərə daha çox vaxtın ayrılmasının səbəblərindən bəhs olunacaq. Həmçinin əvvəllər tərəflərdən birinə hüquqi xidmət və ya fəaliyyət göstərmiş şəxslərin mediatorluğa yararlı hesab olunmasının praktikada yarana biləcək mümkün mənfi nəticələri Almaniya Federativ Respublikasının mediasiya qanunvericiliyi ilə müqayisədə izah ediləcəkdir. Sonda sadalanan və qanunvericilikdə nəzərə çarpan qüsurların aradan qaldırılması üçün tövsiyələr işlənib təqdim olunacaqdır.

¹⁰ Türkiyə Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, 36 (2019).

¹¹ Yenə orada, 37.

¹² Yenə orada.

I. Mediatorun anlayışı və onun ailə mübahisələrinin həllində rolu

Amine Mohamed Boufi qeyd edir ki, mediasiya prosesində mediatorun fəaliyyəti bir növ kimyəvi reaksiyalarda iştirak edən katalizatorla müqayisə edilə bilər.¹³ Katalizatorun reaksiyanı sadələşdirmək və sürətləndirmək üçün müdaxilələr etməsinə baxmayaraq o nə başlanğıc reaktivlərdə, nə də son alınan məhsulda əks olunur. Onun köməyi effektiv, lakin bir o qədər də gizlidir. Bu baxımdan mediator da tərəflər arasında ünsiyyəti sadələşdirir, onlara uyğun olan həll yollarını genişləndirir. Məhz bu xüsusiyyətlərinə görə mediator mübahisə üzrə qəti qərar qəbul edən hakim və ya arbitrdan fərqlənir. Müəllif mediatorun məsuliyyətini aşağıdakı "3P" formulu üzərində şərh edir:¹⁴

- a) *Proses (Processus)*: mediator nəzarətçidir. O, tərəflərin mediasiyaya cəlb edilməsi ilə prosesin məhsuldar şəkildə aparılmasını tənzimləyir. Mediator tərəflərlə birlikdə sessiya məkanını, sessiyanın müddəti və cədvəli, ünsiyyət qaydaları, birgə və ayrı görüşlərin vaxtlarını müəyyənləşdirir;
- b) *Tərəflər (Personnes)*: mediator tərəflər arasında kommunikativliyin keyfiyyəti üçün cavabdeh şəxsdir. O, qarşılıqlı hörmət və inama əsaslanan tərəflərin bir-birini dinləmə şəraitini yaratmaqla və empatiya nümayiş etdirməklə tərəflərin emosiya və hislərinə diqqət yetirərək onlar arasında ünsiyyəti bərpa edir;
- c) *Mübahisə (Problème)*: mediator tərəflərə mübahisəni analiz etməkdə və həll yollarını tapmaqda kömək edir. Bundan sonra faktlar, maraqlar və tələblər müəyyənləşdirilir. Beləliklə, mübahisənin həllini asanlaşdırmaq məqsədilə tərəflərin ortaq xüsusiyyətləri aydınlaşdırılır, ümumiləşdirilir, həll yolları analiz və sintez olunur.

Müəllifin fikirlərindən belə qənaətə gəlmək olar ki, mediator prosesə və tərəflərə qarşı şəxsi münasibətini ayıra bilməli, eyni zamanda öhdəliklərini yönləndirməli və heç birinə üstünlük vermədən tərəflərin razılığa gəlməsinə kömək etməlidir. Bu zaman əsas kriteriyalardan biri də tərəflərin mediatoru qiymətləndirməsidir – tərəflər öz işlərinə etibar etmək üçün mediatoru kifayət qədər qərəzsiz hesab etməlidirlər, lakin bu, mediatorun istənilən nəticə barədə şəxsi fikrinin olmaması, onun proses və mübahisələrin müzakirəsi zamanı tərəflərdən uzaqlaşması anlamına gəlmir. Mediator sadəcə olaraq tərəflərin şəxsiyyətinə və mübahisə mövzusunə baxmayaraq obyektivliyini qoruyub saxlamalıdır.¹⁵ Tərəflərin maraqlarını aydınlaşdırmaq, onları bir araya gətirmək və bir-birilərinə güzəştə getmələrinin təmin

¹³ Amine Mohamed Boufi, *Mediation, Mediateur*, 44 (2015).

¹⁴ Yəne orada.

¹⁵ Yəne orada.

olunması missiyasında mediatorun bilik və təcrübəsi mühüm rol oynayır.¹⁶

Azərbaycan Respublikasının "Mediasiya haqqında" Qanununun 10-cu maddəsində mediator olmaq istəyən fiziki şəxsə dair irəli sürülən tələblər qeyd olunmuşdur. 25 yaşına çatmış, ali təhsilli, ən azı 3 illik iş stajına malik, mediatorların ilkin hazırlığı üzrə təlimi bitirərək qanunla nəzərdə tutulmuş sertifikatı əldə etmiş şəxslər mediator kimi fəaliyyət göstərmək üçün Mediasiya Şurasına müraciət edə bilərlər.¹⁷ Eyni zamanda məhkəmə tərəfindən fəaliyyət qabiliyyəti olmayan və ya məhdud fəaliyyət qabiliyyətli hesab edilmiş şəxslər, barəsində tibbi xarakterli məcburi tədbirlərin tətbiqinə dair məhkəmənin qanuni qüvvəyə minmiş qərarı olan şəxslər, məhkumluğu ödənilməmiş və ya götürülməmiş şəxslər mediator fəaliyyəti ilə məşğul ola bilməzlər.¹⁸

Göründüyü kimi, qanunverici ailə mediatorunun hansı sahə üzrə ixtisaslaşması ilə bağlı konkret tələblər müəyyən etməmişdir. Ona görə də düşünürük ki, ailə mediatoru kimi fəaliyyət göstərmək istəyən şəxslər hüquqşünaslıqdan əlavə digər sahələrdə də (psixologiya, sosiologiya və s.) müəyyən bilik və bacarıqlara yiyələnmişdir, çünki mediasiya ailə, qonşuluq münasibətləri, hər hansı insan təşkilatı və ya daha müfəssəl ifadə etsək, vətəndaş cəmiyyəti üzvləri arasında fərqli maraqların olmasına baxmayaraq insanlararası münasibətləri möhkəmləndirməyi əsas hədəf kimi qarşıya qoyur.¹⁹ Hüquqi cəhətdən olduğu kimi, sosioloji baxımdan da mediasiya ədalət prinsipinə əsaslanır. Mediasiya danışıqlar yolu ilə ədalətsizliyi duyur və onu rədd edirsə, digər tərəfdən, məsələnin hüquqi həll yollarını təklif edir. Bu səbəbdən mediasiya tərəflər arasında həm də sosioloji metodla barışıq əldə olunmasına istiqamətlənmişdir. Nəticə etibarilə mediasiya təcrübəsinin hüquqiliyi tətbiq olunan metodların əhatə etdiyi etik dəyərlərdən də asılı olacaqdır.

Təsadüfi deyildir ki, Qanunun 14.2-ci maddəsinə görə mediasiya təlimi qurumu tərəfindən müvafiq sertifikat yalnız ilkin hazırlıq təlimlərindən və ixtisasartırma kurslarından müvəffəqiyyətlə keçdikdən sonra verilir.²⁰ Digər tərəfdən, Qanunun 10.4-cü maddəsinə əsasən mediator qanunla qadağan olunmayan istənilən digər fəaliyyətlə məşğul ola bilər.²¹ Bir sözlə, hüquqşünaslıq ixtisasından əlavə digər sosial sahələrdə ixtisaslaşma dərəcəsi və müəyyən stajı olan şəxslər də mediator qismində çıxış edə bilər. Baxmayaraq ki hər iki halda namizədlər müəyyən kurslarda və imtahanlarda iştirak etməlidirlər, fikrimizcə, sonuncu kateqoriyadan olan şəxslərin mediator fəaliyyəti daha arzuolunan nəticələrə səbəb olacaqdır. Məsələn,

¹⁶ Yəni orada, 24.

¹⁷ Yuxarıda istinad 6, mad. 10.1.

¹⁸ Yəni orada, mad. 10.2.

¹⁹ Yuxarıda istinad 13, 12.

²⁰ Yuxarıda istinad 6, mad. 14.2.

²¹ Yəni orada, mad. 10.4.

ABŞ-nin Montana ştatının qanunvericiliyinə müvafiq olaraq valideynlərin yetkinlik yaşına çatmayan uşaqları olduqda tərəflərdən biri məhkəmə prosesində nikahın davam etdirilməsinin mümkünsüzlüyü barədə digər tərəfin fikrini inkar etdikdə tərəflərdən biri və ya hər ikisi aralarındakı fikir ayrılığının barışıq yolu ilə həll olunmasını təklif etdikdə məhkəmə prosesi təxirə salınır.²² Bundan sonra mübahisə tərəfləri 30 gündən 60 günə qədər mütəxəssis dəstəyinin alınması üçün yönləndirilir.²³ Qanunvericiliyə əsasən psixiatr, terapevt, vəkil, sosial xidmət işçisi, ər-arvadın mənsub olduqları dini məzhəbin keşişi, konsultasiya xidmətləri üzrə səlahiyyətli və ya ixtisaslaşmış hər hansı bir şəxs müvafiq mütəxəssis qismində çıxış edir.²⁴ Göründüyü kimi, qanunverici tərəflər arasındakı mübahisənin hüquq metodları ilə həll edilməsindən öncə digər metodlara – psixoloq və ya psixiatr dəstəyi, hətta bəzi hallarda mübahisəyə dini nöqtəyi-nəzərdən də baxış keçirilərək tərəflər arasında sülhü daha qısa müddətdə təmin etməyə dəvət edir, ona görə ki nikaha xitam verilməsi faktı tərəflərin hüquqi vəziyyətləri kimi psixoloji və sosioloji vəziyyətlərində də ciddi dəyişikliklərə səbəb olur.

Qiyətləndirici mediasiyanın tətbiq olunduğu digər ölkələrin (ABŞ, Böyük Britaniya, İtaliya, Skandinaviya ölkələri) qanunvericiliyində mediasiya prosesinin aparılması ilə bağlı daha fərqli qaydalar təsbit olunmuşdur. Belə ki, müvafiq ölkələrin mediasiya praktikasında ailə mübahisələrinin həllində mediatorlardan əlavə iş üzrə mütəxəssis və ekspert dəstəyinə ehtiyac duyulur.²⁵ Nümunə üçün Norveç praktikasına istinad etmək olar. Norveç Krallığının “Uşaqlar haqqında” 7 sayılı Qanununda ailə mediasiyası üzrə *mediator, ekspert və mütəxəssis fəaliyyəti* fərqləndirilir.²⁶ Başqa sözlə, ailə mediasiyası mediator, ekspert və mütəxəssisin iştirakı ilə həyata keçirilməlidir və ya mediator özündə həm də ekspert və mütəxəssis fəaliyyətlərini cəmləşdirməlidir.²⁷ Yuxarıda da qeyd edildiyi kimi, mediatorun psixoloji, sosioloji bilik və təcrübələrinin olması mübahisənin kökündə dayanan məqamları üzə çıxarmağa və Azərbaycan Respublikasının Nazirlər Kabinetinin müvafiq qərarında nəzərdə tutulan “aktiv dinləyici” rolunu²⁸ “aktiv müşahidəçi” rolu ilə əvəzləməsinə gətirib çıxaracaqdır. Başqa sözlə ifadə etsək, Azərbaycan Respublikasında tətbiq olunması nəzərdə tutulan mediasiya qanunvericiliyi mediatorlardan sadəcə tərəfləri dinləyərək onlara mümkün hüquqi nəticələr barədə məlumat verməyi tələb edir. Lakin Norveç Krallığının formalaşmış mediasiya praktikası üzrə mediatorun

²² Lucia Valentová, *Mandatory Mediation in Family Law Issues with Domestic Violence-limits and Experience from USA*, 15 International Construction Law Review 103, 108 (2015).

²³ Yenə orada.

²⁴ Yenə orada.

²⁵ Anna Nylund, Kaijus Ervasti and Lin Adrian, *Nordic Mediation Research*, 113 (2018).

²⁶ WHO, *The Children Act (1981)*. Burada bax: <https://www.mindbank.info/item/4340> (son baxış 18 noyabr 2021).

²⁷ Yuxarıda istinad 25, 114.

²⁸ “Mediasiya prosesinin həyata keçirilməsi Qaydası”nın təsdiq edilməsi haqqında Azərbaycan Respublikası Nazirlər Kabinetinin Qərarı, mad. 8.3 (2019).

yuxarıda qeyd olunan məziyyətləri özündə birləşdirməsi tələbi mediatora tərəflər ilə daha yaxından tanış olmaq və mübahisə səbəblərini likvidləşdirməyə imkan verir. Bu isə öz növbəsində, mübahisə tərəflərinin reabilitasiyasında mediatorun rolunun möhkəmləndirilməsi anlamına gəlir. Qiymətləndirici mediasiyanın tətbiq olunduğu Azərbaycan Respublikasında mediasiya prosesinin aparılma qaydalarına nəzər yetirdikdə isə mübahisəyə daha çox hüquqi baxımdan yanaşıldığını, bu səbəbdən də tərəflərə sadəcə hüquqi dəstəyin verilməsi ilə məhdudlaşdırıldığını görmək mümkündür.

“Mübahisələr haqqında” Qanunun 25-1-ci maddəsi ekspert sübutlarını *“işdəki faktiki məsələlərin ekspert qiymətləndirməsi”* kimi müəyyən edir.²⁹ Ənənəvi ekspert qiymətləndirmələrinə, adətən, valideynlər və uşaqlar ilə danışıqlar, ev ziyarətləri, işin xüsusiyyətlərindən və şərtlərindən asılı olaraq müəllimlər, səhiyyə işçiləri və bəzən yaxın dostlar və ya qohumlarla söhbət kimi digər tədqiqatlar və müvafiq materialların öyrənilməsi daxildir. Burada məqsəd məhkəmə qərarının faktiki əsaslandırılmasına töhfə vermək, başqa sözlə, sübut kimi çıxış etməkdir. Ekspert araşdırma və tədqiqatlarının nəticələrinə əsasən məhkəmə tərəfindən ona təqdim olunan suallar barədə rəyini bildirir. Ekspertin rəyi və şifahi ifadələri “ekspert sübutu” adlandırılır.³⁰

“Uşaqlar haqqında” 7 sayılı Qanunun 61-ci maddəsində qeyd olunur ki, tərəflərin mediasiya prosesinə müvəqqəti razılığı alındığı halda mütəxəssis yardımını tətbiq olunur.³¹ Mübahisəni qiymətləndirmə baxımından mütəxəssisin tərəflərə rəhbərlik etmək və onları istiqamətləndirmə fəaliyyəti ekspertin yuxarıdakı fəaliyyəti ilə oxşarlıq təşkil edir. Lakin məhkəmə qərarının həqiqi əsasına – dəlillərə töhfə vermək fəaliyyəti hesab olunan ekspert fəaliyyəti ilə mütəxəssis fəaliyyəti arasında prinsipial bir fərq var. Mütəxəssis valideynlərin əməkdaşlığına kömək etmək məqsədi daşıyır və mübahisəli tərəfin mütəxəssisə məsləhətçi kimi yanaşması onunla bölüşdüüyü məlumatlara və ümumi davranışlarına təsir edə bilər. Belə fərz edə bilərik ki, valideyn eksperti mütəxəssis hesab edir və sonrakı mərhələdə mütəxəssisin mübahisəni qiymətləndirmə məqsədilə ekspert rolunu oynaya bilmə imkanını nəzərə almır. Bu zaman tərəf deyilmişlərin və ya edilmişlərin sonrakı mərhələdə ona qarşı istifadə oluna bilinməyəcəyini dərk etməklə daha çox senzurasız və daha az məxfiliklə mütəxəssislə ünsiyyət qura bilər.³² Bu baxımdan, zənnimizcə, mütəxəssisin verilmiş məlumatların konfidensiallığı barədə öhdəlik daşması daha məqsədəuyğundur. Yaxud əksinə, tərəfin müvafiq “sirr” hesab etdiyi məlumatların verilməməsindən öncə mütəxəssisin həm də ekspert qismində iştirak edə biləcəyini

²⁹ Norwegian Ministry of Justice and Public Security, Act Relating to Mediation and Procedure in Civil Disputes (2008).

³⁰ Yenə orada, para. 25-4.

³¹ Yuxarıda istinad 26, mad. 61.1.

³² Yuxarıda istinad 25, 114.

vurğulamaqla konfidensiallığın pozulmamasını təmin edə bilər.

Xüsusilə qeyd edilməlidir ki, mediasianın əsas üstünlüklərindən biri də məhz məhkəmə proseslərinə sərf olunan maliyyə sərfiyyatından dəfələrlə ucuz başa gəlməsidir. Bu halda mediasiyaya mediatorun əlavə ekspert və mütəxəssislərdən ibarət komandanın cəlb olunması mediasiya xidmətlərində xərclərin xeyli artmasına təkan verəcəkdir. Fikrimizcə, mediasiya sahəsində praktikanın hələlik formalaşmadığı dövrdə bu tip komandaların qurulması mediasiya üzrə dövlət strategiyasına uyğun deyildir. Belə ki, mediasiya sahəsində dövlət strategiyasının əsasını tərəflər arasında münaqişə səviyyəsinin azaldılması və onları razı salacaq şəkildə mübahisənin həllini təmin etmək təşkil edir.³³ Hazırkı şəraitdə Norveç praktikasının tətbiqi münaqişə səviyyəsinin minimuma endirilərək tərəfləri mübahisənin həllinə yönəltmək baxımından effektiv nəticələr verə bilər. Lakin mediatorun əlavə ekspert və mütəxəssislərin fəaliyyəti üçün maliyyə sərfini, eyni zamanda Norveç praktikasının mümkün tətbiqi zamanı meydana çıxacaq boşluqları da (mütəxəssisin həm də ekspert qismində çıxış edə bilmə imkanı) nəzərə almaq lazımdır. Bu səbəbdən dar mənada qiymətləndirici mediasiya (sadəcə hüquqi məsləhətlərin verilməsi) Azərbaycan Respublikasının hüquq praktikasında sınıdıqdan sonra növbəti mərhələdə ailə mediasiyasının möhkəmləndirilməsi məqsədilə Norveç praktikası tətbiqini aktualaşdırmaq olar.

II. Mediatorun hüquq və vəzifələri. Mediatorun fəaliyyəti ilə bağlı qanunvericilikdəki boşluqlar

A. Mediatorun hüquq və vəzifələri

Mediasiya prosesində üçüncü şəxs qismində mediatorun digər iki tərəfin bir araya gətirilməsində əhəmiyyəti olduqca zəruridir, lakin bu mediatorun proses ərzində öz qərar və rəylərini həyata keçirməsi kimi başa düşülməməlidir. Mediator mediasianın mövcudluğunu təmin edən əsas elementlərdən biri kimi çıxış etsə də, zənnimcə, onun müdaxiləsi tərəflərin öz mübahisələrini həll etmək iqtidarında olmaları ilə məhdudlaşmalıdır. Almaniya Federativ Respublikasının "Mediasiya və digər məhkəmədən kənar mübahisələrin həll yollarının təşviq edilməsinə dair" Alman Qanununda mediatorun fəaliyyəti aşağıdakı kimi təsbit olunmuşdur: *"Mediator tərəfsiz və müstəqildir. Mediatorun mübahisəyə qərar vermək səlahiyyəti yoxdur"*.³⁴ Finlandiyanın "Nikah haqqında" Qanunun 21-ci fəslində isə aşağıdakılar qeyd olunur: *"Mediator tərəflər arasında konfidensial və açıq müzakirə aparmalıdır. O, ailədəki mübahisələrin bütün əlaqədar şəxslər üzrə*

³³ Yuxarıda istinad 6, mad. 4.1.

³⁴ Germany Mediation Act (2012). Burada bax: <https://www.gesetze-im-internet.de/mediationsg/BJNR157710012.html> (son baxış 20 noyabr 2021).

mümkün olan ən yaxşı şəkildə həll edilməsi üçün ortaq razılığa gəlməyi hədəfləyir".³⁵ Lakin yadda saxlamaq lazımdır ki, sadalanan prinsiplər (konfidensiallıq, müstəqillik və s.) qanunda öz əksini tapdığı üçün mediatorun hüquq və vəzifələri də müvafiq olaraq qanunverici tərəfindən çərçivəyə salınır. Hüquq və vəzifələr mediatorun səlahiyyətlərinin dairəsini müəyyənləşdirir. Mediasianın əsas məqsədi tərəflər arasında mübahisənin həllinə yönəldiyindən mediator üçüncü şəxs olaraq tam sərbəst hərəkət edə bilməz. Buna görə də mediatorun hüquqları məhdudlaşdırılır və onun qarşısına mübahisəyə istənilən müdaxilənin qarşısını almaq məqsədilə vəzifələr qoyulur.

Azərbaycan Respublikasının "Mediasiya haqqında" Qanununun 12-ci maddəsində mediatorlar üçün aşağıdakı hüquqlar nəzərdə tutulmuşdur:³⁶

- 1) *Öz istəyi əsasında fərdi qaydada və ya mediasiya təşkilatı vasitəsilə mediasiya fəaliyyətini həyata keçirmək;*
- 2) *Tərəflərlə razılaşdırılmış xidmət haqqı almaq;*
- 3) *Mediasiya prosesində hər iki tərəflə birgə və ya ayrı-ayrılıqda görüşlər keçirmək, əməkdaşlıq etmək, onlara şifahi və yazılı tövsiyələr vermək;*
- 4) *Konfidensiallıq prinsipini gözləməklə ictimaiyyəti öz fəaliyyəti haqqında məlumatlandırmaq;*
- 5) *Nümayəndə ilə təmsil olunan tərəflə nümayəndəni məlumatlandırmaqla birbaşa əlaqə saxlamaq;*
- 6) *Qanunla müəyyən olunmuş digər hüquqları həyata keçirmək.*

Göründüyü kimi, qanunverici mediatora həm fərdi şəkildə fəaliyyətini həyata keçirmək, həm də təşkilat vasitəsilə mediasiya xidmətini göstərmək imkanı yaradır. Qanunvericiliyə əsasən mediasiya təşkilatı mediasianın inkişaf etdirilməsi və təkmilləşdirilməsi məqsədilə yaradılır.³⁷ Onun əsas fəaliyyəti mediasiya xidmətlərinin marketinqini müəyyənləşdirmək, əmək müqaviləsi və ya müvafiq mülki-hüquqi müqavilə bağladığı mediatorların xidmətləri üçün haqqın və digər xərclərin ödənilməsinə dair qaydanı müəyyən etmək, mediasiya zamanı danışıqların aparılması üçün şərait yaratmaqdır.³⁸ Eyni zamanda hüquqi şəxs olaraq mediasiya təşkilatı qanunla və ya tərəflərin razılığı ilə müəyyən edildiyi hallarda mediasiya prosesini aparmaq üçün mediatorları təyin edə, habelə mediatorların effektiv fəaliyyətinə yönələn digər tədbirlər həyata keçirə bilər.³⁹

Qanunun 36.2-ci maddəsi ilkin mediasiya sessiyası zamanı mediasiya xidmətinin göstərilməsinə görə haqqın və digər xərclərin məbləğinin müvafiq icra hakimiyyəti orqanının müəyyən etdiyi orqan (qurum) tərəfindən

³⁵ The Finland Ministry of Justice, Marriage Act (1987). Burada bax: https://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1929/en19290234_20011226.pdf (son baxış 20 noyabr 2021).

³⁶ Yuxarıda istinad 6, mad. 12.1.

³⁷ Yenə orada, mad. 11.1.

³⁸ Yenə orada.

³⁹ Yenə orada.

müəyyən edilməsini nəzərdə tutur.⁴⁰ Nazirlər Kabinetinin “İlkin mediasiya sessiyası zamanı mediasiya xidmətinin göstərilməsinə görə haqqın və digər xərclərin məbləği”nin təsdiq edilməsi barədə Qərarında ilkin mediasiya sessiyasının xidmət haqqı ailə münasibətlərindən irəli gələn mübahisələr üzrə 50 manat məbləğində müəyyən edilmişdir.⁴¹ Həmçinin ilkin mediasiya sessiyasının təşkil edilməsi ilə bağlı mediator və ya mediasiya təşkilatının çəkdiyi poçt, kargüzarlıq və digər cari xərclərin məbləği təsdiqedicə sənədlər əsasında 10 manatdan çox olmayaraq müəyyən edilir.⁴² Tərəflər sonrakı mediasiya sessiyalarında iştirak etmək istəyib-istəmədiklərinə dair razılığa gəldikdə “Mediasiya prosesinin tətbiqi barədə” müqavilə bağlanır və tərəflərlə razılaşdırılmaqla mediasiya xərcləri müəyyənləşdirilir.⁴³ Bununla bağlı “Mediatorlar üçün Avropa Davranış Qaydaları” mediatorlara təyin etmək istədiyi xidmət haqqı ilə bağlı tərəfləri tam məlumatlandırılmalı olduqlarını, bütün tərəflərin xidmət haqqı ilə bağlı prinsipləri qəbul etmələrini, əks təqdirdə, mediasiya xidmətinə başlamamalarını tövsiyə edir.

Ədalət Mühakiməsinin Səmərəliliyi üzrə Avropa Komissiyasının (CEPEJ) “Mediasiya xidməti göstərən şəxslər üçün davranış qaydaları”na görə mediasiya provayderləri (təşkilatlar) mediasiya istifadəçilərinə aşağıdakılar barədə dəqiq və asan başa düşülən bilən məlumatlar vermək üçün müasir və istifadəyə yararlı veb-sayt və ya digər vasitələrə sahib olmalıdırlar:

- a) provayderin (hüquqi şəxsin) xüsusiyyətləri və dəqiq tərcümeyi-halı (yaranma tarixi), tərəfdaşlar, filiallar, rəhbərlik və əsas maraqlı tərəflər barədə məlumat (sonuncu hüquqi şəxslər üçün nəzərdə tutulur);*
- b) təşkilatda xidmət göstərən mediatorların adları, dəqiq və yenilənmiş tərcümeyi-halları, onların peşəkarlıq xüsusiyyətləri (hüquqi şəxslər üçün nəzərdə tutulur);*
- c) mediasiya prosesi, mediasiya qaydaları və mediasiya prosesinə tətbiq olunan müvafiq qanunvericilik;*
- d) mediasiya xərcləri, hesablama meyarları və tərəflər arasında bölüşdürülməsi qaydası;*
- e) mediatora tətbiq olunan davranış qaydaları”.*⁴⁴

Həmçinin qaydalara əsasən mediator provayderi öz xidmətləri və filialdakı mediatorların xidmətləri ilə bağlı marketing və digər rabitə vasitələrində yalan, ədalətsiz və ya yanıltıcı açıqlamalar verməməlidir.⁴⁵

“Mediasiya haqqında” Qanunun 12-ci maddəsinə əsasən mediatorun aşağıdakı vəzifələri müəyyən olunmuşdur:⁴⁶

⁴⁰ Yəni orada, mad. 36.2.

⁴¹ “İlkin mediasiya sessiyası zamanı mediasiya xidmətinin göstərilməsinə görə haqqın və digər xərclərin məbləği”nin təsdiq edilməsi barədə Azərbaycan Respublikası Nazirlər Kabinetinin Qərarı (2019).

⁴² Yəni orada.

⁴³ Yəni orada.

⁴⁴ Ədalət Mühakiməsinin Səmərəliliyi üzrə Avropa Komissiyasının “Mediatorlar üçün Avropa Davranış Qaydaları”, mad. 3 (2018).

⁴⁵ Yəni orada.

⁴⁶ Yuxarıda istinad 6, mad. 12.2.

- 1) *Bu Qanunla müəyyən olunan mediasiya prinsiplərinə riayət etmək;*
- 2) *İki ildə bir dəfədən az olmayaraq təşkil olunan ixtisasartırma kurslarında iştirak edərək müvafiq sertifikat almaq;*
- 3) *Mediasiya zamanı tərəflərin razılığı çərçivəsində hərəkət etmək;*
- 4) *Mediasiya başlanana qədər tərəflərə mediasiyanın məqsədlərini, onların hüquq və vəzifələrini izah etmək;*
- 5) *Mediasiya bitdikdən sonra tərəflərin ona verdiyi sənədləri geri qaytarmaq;*
- 6) *Qanunun 20.1.5-ci maddəsində nəzərdə tutulmuş qaydalara əməl etmək;*
- 7) *Mediasiya Şurası tərəfindən bu Qanuna uyğun olaraq qəbul olunan qərarları icra etmək;*
- 8) *Qanunla müəyyən olunmuş digər vəzifələri yerinə yetirmək.*

Azərbaycan Respublikasının “Mediasiya haqqında” Qanunun 4.2-ci maddəsinə görə Mediasiya aşağıdakı prinsiplər əsasında həyata keçirilir:⁴⁷

Könüllülük. “Mediasiya haqqında” Qanunun 5-ci maddəsinə əsasən mediasiya könüllü xarakter daşıyır və tərəflər mediatorun seçilməsində sərbəstdirlər.⁴⁸ Mediasiya tərəflərin qarşılıqlı razılığı ilə bağlanan “mediasiya prosesinin tətbiqi barədə müqavilə” əsasında həyata keçirilir.⁴⁹ Deməli, mediasiya prosesi yalnız tərəflər arasında razılıq olduğu təqdirdə başlanır. Ona görə də bu qərar onların seçimi olmalıdır. Bir sözlə, tərəflərin öz iradələrinə əsaslanan adekvat addımı olmalıdır. Heç kimin tərəfləri zorla mediasiya prosesinə cəlb etmək hüququ yoxdur. Hesab edirəm ki, bu davranış yalnız könüllülük prinsipinin pozulması deyil, həm də mediasiya məfhumuna ziddir. Mediasiyada iştirak edən üçüncü tərəf (mediator) mübahisələrin mediasiya yolu ilə həllinin üstünlüklərini tərəflərə necə izah edəcəyini bilməlidir ki, tərəflər də könüllü olaraq bu prosesin bir hissəsi olmağa razı olsunlar.

Tərəflərin hüquq bərabərliyi və əməkdaşlığı. “Mediasiya haqqında” Qanunun 6-cı maddəsində göstərilir ki, tərəflər mediasiya zamanı bütün məsələlərdə, o cümlədən mediatorun seçilməsində bərabər hüquqlardan istifadə edirlər və bərabər vəzifələr daşıyırlar.⁵⁰ Tərəflər mediasiyanın məqsədləri naminə əməkdaşlıq etməli və qarşılıqlı şəkildə fəaliyyət göstərməlidirlər. Mediasiya mübahisənin həllində tərəflərin əməkdaşlığına, habelə ünsiyyət və danışıqlara əsaslanır.⁵¹ Qeyd edilməlidir ki, tərəflər həm mediatora müraciət etməkdə, həm də bütün proses müddətində bərabər hüquqlara malik olmalı və bərabər vəzifələr daşımalıdırlar, çünki qarşı tərəflə özünü tam bərabər hiss etməyən və ya bərabər münasibət göstərməyən tərəf üçün razılıqdan deyil, yalnız nəticənin qəbul edilməsindən söhbət gedə bilər.

Mediatorların qərəzsizliyi, müstəqilliyi və mediasiya prosesinə

⁴⁷ Yenə orada, mad. 4.2.

⁴⁸ Yenə orada, mad. 5.1.

⁴⁹ Yenə orada, mad. 5.2.

⁵⁰ Yenə orada, mad. 6.1.

⁵¹ Yenə orada, mad. 6.2.

müdaxilənin yolverilməzliyi. Qanunun 7-ci maddəsində mediasiya zamanı mediatorun müstəqil və qərəzsiz olmalı olduğu qeyd olunmuşdur.⁵² Mediator mediasiya prosesini həyata keçirən zaman tərəflər, dövlət və yerli özünüidarəetmə orqanları, hüquqi və fiziki şəxslərdən asılı olmamalıdır. Mediasiya prosesi zamanı adıçəkilən orqanların və şəxslərin mediatorun fəaliyyətinə müdaxiləsinə yol verilmir.⁵³ Belə anlamaq olar ki, qərəzsizlik mediatorun bitərəf mövqedə qalması və danışıqlar prosesində heç bir tərəfin mənafeyinə xidmət etməməsini təmsil edir. Buna baxmayaraq qərəzsizlik mediatorun proses və müzakirə olunan məsələlər zamanı tərəflərdən tamamilə uzaq olması demək deyil. Qısa şəkildə ifadə etsək, qərəzsizliyin dəqiq tərfi “çoxtərəflilik” olmalıdır. Yadda saxlamaq lazımdır ki, qərəzsiz mediatorun əsas vəzifəsi tərəflər üçün qənaətbəxş bir nəticə əldə etməkdir. Mediator mediasiya zamanı hər iki tərəfə bərabər yanaşmalı, tərəflərin mediasiya zamanı bərabər iştirakını təmin etməli və hər iki tərəfə proses zamanı tələblərini təqdim etmək üçün bərabər imkanlar yaratmalıdır.⁵⁴ Mediatorun qərəzsizliyinə mane olan hallar olduqda, o, mediasiyayı aparmaqdan imtina etməlidir.⁵⁵

Konfidensiallıq. “Mediasiya haqqında” Qanunun 8.1-ci maddəsində tərəflər arasında başqa şərt müəyyən edilmədiyi halda, mediasiyanın qapalı keçirilməsi nəzərdə tutulmuşdur.⁵⁶ Qanun bu norma ilə mediasiyanın açıq şəkildə aparılması hallarını da mümkün hesab edir. Mediasiya prosesi zamanı nəzarət suveren tərəflərə məxsus olduğundan konfidensiallıq çərçivəsində qalmalı olan situasiyalar mütləq deyil və digər tərəflə razılaşıdırıla bilər. Buna görə də tərəflər mediasiya prosesinin ictimaiyyətə açıqlanmasını tələb etməklə mediatorun və ya mediasiya prosesində iştirak edən digər şəxslərin məxfiliklə bağlı öhdəliklərini ləğv edə bilərlər.⁵⁷ Belə ki, sirr saxlamaq məcburiyyəti məlumatın sahibi tərəfindən gizli olaraq təsnif edilməsindən və sirin qorunmasına dair marağın mövcudluğundan asılıdır.

“Mediatorlar üçün Avropa Davranış Qaydaları” mediatorların mediasiya prosesində bilikli və bacarıqlı olmalarını, bunun üçün uyğun standartlar və ya akkreditasiya sxemləri nəzərə alınmaqla düzgün təlim və mediasiya bacarıqları üzrə həm təhsillərinin, həm də təcrübələrinin davamlı yenilənməsinin vacib olduğunu vurğulayır.⁵⁸ Bu səbəbdən “Mediasiya haqqında” Qanunun 14-cü maddəsinə əsasən mediatorların mediasiya təlimi qurumunda (Azərbaycan Respublikası Ədliyyə Nazirliyinin Ədliyyə Akademiyası) ixtisasının artırılması üçün təlimlərdən keçməsi və ixtisasartırma kursunu bitirdikdən sonra müvafiq sertifikatın alınması

⁵² Yəni orada, mad. 7.1.

⁵³ Yəni orada.

⁵⁴ Yəni orada, mad. 7.2.

⁵⁵ Yəni orada.

⁵⁶ Yəni orada, mad. 8.1.

⁵⁷ Yuxarıda istinad 10, 52.

⁵⁸ Yuxarıda istinad 44, mad. 1.

məqsədəuyğun hesab edilmişdir. Ailə hüquq münasibətləri baxımından mediatorların təlimlərdən keçməsi və mütəmadi ixtisasartırma kurslarından keçməsi olduqca vacibdir. Qeyd edilməlidir ki, cəmiyyətdə baş verən dəyişikliklər onun bir tərkib hissəsi kimi ailə münasibətlərinə də nüfuz edir. Psixologiya, sosiologiya və hüquq kimi insan münasibətləri ilə əlaqəli sahələr də daim yenilənən cəmiyyətə adaptasiya olur. Bu baxımdan mediatorların ixtisasartırma təlimlərində iştirakı onların cəmiyyətdə baş verən yeniliklərə uyğun meydana çıxan psixoloji, sosioloji və hüquqi metodların öyrənilməsində və onun müvafiq mübahisələrə tətbiqində mühüm rol oynayır.

Almaniya Mediasiya Qanunu mediasiyadan əvvəl tərəflərin mübahisənin həlli üçün razılığa gəldikləri halda onların mövcud vəziyyəti dərk edərək müqaviləni imzalamalarını və müqavilənin tərkibini tam anlamalarını təmin edir.⁵⁹ Həmçinin tərəf əlavə dəstək almadan mediasiyaya qoşulduğu halda müqavilə üzrə yaranan hər hansı anlaşmazlığı aradan qaldırmaq üçün mediator mütəxəssisin köməyindən istifadəni təklif etməlidir.⁶⁰ Bu müddəa mediatorun qərəzsizliyi prinsipi ilə sıx bağlıdır. Bildiyimiz kimi, qərəzsizlik prinsipi mediatorun tərəflər arasında neytral mövqe tutmasını özündə ehtiva edir. Bu prinsip mediatorun tərəflər, xüsusən də, daha güclü tərəf, mediatoru onlara bərabər münasibət göstərilməməsi ilə (zəif tərəfə xüsusi yanaşılıqda və ya üstünlük verildiyində) ittiham olunmasının qarşısına keçir.⁶¹ Lakin mediatorun tərəflərdən biri üçün kənar şəxslərin prosesə cəlb etməsi onun prosesə müdaxilə etməsi kimi şərh olunmamalıdır. Əksinə, mediator zəif tərəfi sessiya zamanı mütəxəssis məsləhəti almağa yönləndirməlidir ki, o, özünü daha etibarlı hiss etsin və düzgün qərarlar verə bilsin. Müqavilənin son hissəsində isə tərəflərdən müqavilənin müddəalarını oxuyub dərk etmələri və mediasiya prosesində könüllü iştirak etmələri barədə yazılı təsdiq tələb olunur.⁶² Bu nöqtəyi-nəzərdən Azərbaycan Respublikasının "Mediasiya haqqında" Qanununda mediatorlar üçün vəzifə olaraq eyni prosedur müəyyənləşdirilməsə də, mediatorun və ya mediasiya təşkilatının "mediasiya prosesinin tətbiqi barədə müqavilə" bağlandığı ana qədər tərəflərə mediasiyanın məqsədlərini, onların hüquq və vəzifələrini ödənişsiz izah etməli olduğu, tərəflərin qarşılıqlı razılaşması ilə "mediasiya prosesinin tətbiqi barədə müqavilə"yə əlavə və dəyişikliklərin edilə bilməsi əks olunur.⁶³

B. Mediatorun fəaliyyəti ilə bağlı Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyindəki boşluqlar

"Mediasiya haqqında" Azərbaycan Respublikası Qanununa nəzər yetirdikdə onun müddələrinin praktikada tətbiqi zamanı bir sıra boşluqların

⁵⁹ Yuxarıda istinad 34, mad. 2.6.

⁶⁰ Yenə orada.

⁶¹ Yuxarıda istinad 10, 57.

⁶² Yuxarıda istinad 34.

⁶³ Yuxarıda istinad 6, mad. 22-23.

meydana çıxacağını proqnozlaşdırmaq mümkündür. Belə ki, Qanunun 20.1.5-ci maddəsinə əsasən Mediasiya Şurası Azərbaycan Respublikası Prezidentinin⁶⁴ müəyyənləşdirdiyi orqan (qurum) qismində çıxış edən Azərbaycan Respublikası Nazirlər Kabineti tərəfindən⁶⁵ təsdiq edilən mediatorların hazırlığı və ixtisaslarının artırılması ilə bağlı təlim qaydasına, mediasiya reyestrinin aparılması qaydasına, mediatorların peşəkar etik davranış qaydasına, mediasiya prosesinin həyata keçirilməsi qaydasına dair təkliflər hazırlayır.⁶⁶ Qeyd olunmalıdır ki, sözügedən normaya əməl olunması mediatorların yuxarıdakı vəzifələrindən biri kimi nəzərdə tutulmuşdur.

Bu baxımdan gələcəkdə mediatorların ilkin hazırlığı və ixtisaslarının artırılması yolunda Fransa təcrübəsinin nəzərə alınması məqsədmüvafiq olardı. Fransada ailə mediatorları üçün təlimlərin ümumi müddəti 595 saat təşkil etməklə onun 105 saati praktikaya, 63 saat hüquq, 63 saat psixologiya və 35 saat sosiologiya üzrə nəzəri əsasların tədris olunmasına ayrılır.⁶⁷ Bundan əlavə, namizədlərin diplom almazdan öncə münsiflər heyəti qarşısında müdafiə olunmalı olan buraxılış layihəsi üçün 14 saatlıq ixtisas kursları nəzərdə tutulmuşdur. Qalan saatlarda namizədlərə mediasiya metodları haqqında məlumat verilir. Əyalətlərdən təyin olunan müvafiq mərkəzlər təlimlərin həyata keçirilməsi üzrə cavabdeh şəxslərdir. Təcrübədə bu səlahiyyətin bəzi universitetlərin tədris mərkəzlərinə həvalə edilməsi müşahidə olunur. Təlimi müvəffəqiyyətlə başa vuran namizədlərə *“ailə mediasiyası üzrə dövlət diplomu”* verilir.⁶⁸

Azərbaycan Respublikasının Nazirlər Kabineti tərəfindən *“Mediatorların hazırlığı və ixtisaslarının artırılması ilə bağlı təlim Qaydası”* mediatorların ilkin hazırlığı məqsədilə müvafiq minimum müddət nəzərdə tutulmuşdur. Belə ki, mediatorların ilkin hazırlığı üzrə təlim üçün tədris proqramında nəzərdə tutulmuş mediasiya dərslərinin saati 48 saatdan az olmamalıdır.⁶⁹ Ailə münasibətlərindən irəli gələn mübahisələr üzrə mediatorların hazırlığı və ixtisaslarının artırılması ilə bağlı təlim üçün tədris proqramında nəzərdə tutulmuş dərslərin saati ümumi mediasiya dərsləri saatının üçdə bir hissəsindən artıq olmalıdır.⁷⁰

Yeni tətbiq olunmağa başlamış mediasiya institutu üçün ilkin hazırlıq saatlarının minimum miqdarı olduqca azdır. Belə təxmin etmək olar ki, müvafiq hazırlıq təlimlərində mübahisələrin həlli üzrə qısamüddətli kurslarda nəzəri materiallarda ilkin nəzəri biliklər tədris olunacaqdır.

⁶⁴ “Mediasiya haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanununun tətbiqi barədə Azərbaycan Respublikası Prezidentinin Fərmanı, mad. 2.1 (2019).

⁶⁵ Yəne orada, mad. 2.2.

⁶⁶ Yuxarıda istinad 5, mad. 20.1.

⁶⁷ Cem Özcan, *Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu*, 5 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 383, 387 (2017).

⁶⁸ Yəne orada, 388.

⁶⁹ “Mediatorların hazırlığı və ixtisaslarının artırılması ilə bağlı təlim Qaydası”nın təsdiq edilməsi haqqında Azərbaycan Respublikası Nazirlər Kabinetinin Qərarı, mad. 2.6 (2019).

⁷⁰ Yəne orada, mad. 2.7.

Bununla da, gələcəkdə mediatorların fərqli ailə mübahisələrində tərəflərə peşəkar dəstəyin verilməsində boşluqlar yarana bilər. Digər tərəfdən, müvafiq Qaydalarda qeyd olunur ki, mediatorların fəaliyyətinin təcridi xarakter daşdığını nəzərə alaraq nəzəri hissə ümumi məşğələlərin 40 faizindən çoxunu təşkil etməməlidir. Fransa praktikasına nəzər saldıqda 105 saat praktiki məşğələlərə ayrıldığı halda, sadəcə 161 saat (63 + 63 + 35 saat) nəzəri məşğələlərə ayrılır. Bu isə nəzəri məşğələlərin ilkin hazırlıq kursunun 50 faizindən çoxunu əhatə edir. Ailə mediasiyası üzrə Fransa sxeminin Azərbaycan Respublikasının hüququnda tətbiqi məqsədmüvafiqdir. Bir halda ki mediator peşəkar əsasda mediasiya prosesinin həyata keçirilməsi üçün tərəflərin cəlb etdiyi və ya mediasiya təşkilatı tərəfindən təyin olunmuş, Qanunun tələblərinə cavab verən fiziki şəxsdir,⁷¹ o zaman digər ixtisasların keyfiyyətli mənimsənilməsi baxımından nəzəri kurslara ayrılan saatların sayı artırılmalıdır. Bu da öz növbəsində, ailə mediatorlarının fəaliyyətlərinə peşəkar şəkildə hazırlanmasına və mübahisələrin səmərəli həllinə şərait yaradacaqdır.

Almaniya Mediasiya Qanununun 3.2-ci maddəsində mediatorun qərəzsizliyi prinsipi üzrə onun səlahiyyətləri ilə bağlı imperativ norma nəzərdə tutulmuşdur.⁷² Qanunun müvafiq müddəasına görə mediator mediasiya prosesindən əvvəlki bir müddətdə eyni mübahisə üzrə tərəflərdən biri üçün hüquqi mübahisələrin həll edilməsi ilə məşğul olmuşdursa, mediator kimi çıxış edə bilməyəcəkdir.⁷³ Göründüyü kimi, bu norma qadağanedicidir və tərəflərin yazılı razılığı olduğu təqdirdə belə bu qadağa aradan qaldırıla bilməz. Bundan başqa, mediator proses zamanı və ya prosesdən sonra tərəflər üçün digər hüquqi fəaliyyəti (vəkil, hüquq məsləhətçisi, hakim, arbitr və s.) həyata keçirə bilməyəcəkdir. Alman qanunvericiliyi bu qadağanın əhatəsini mediatorun ofisində çalışdığı şəxslərə və onun köməkçilərinə qədər genişləndirmişdir.⁷⁴ Sadalanan şəxslərdən biri mediasiyadan əvvəl hər hansı mübahisə üzrə tərəflərdən biri üçün eyni məsələ ilə bağlı hüquqi xidmət göstərmişdirsə, bu hal həmin mübahisədə müvafiq şəxslərin mediator təyin edilməsinə mane olacaqdır.

Mediatorun bəhs olunan fəaliyyəti ilə bağlı qadağanedici norma Azərbaycan Respublikasının "Mediasiya haqqında" Qanununun 12.3-cü maddəsində yuxarıdakı müddəanın yalnız ikinci hissəsi ilə eynilik təşkil edir. Belə ki, qanunverici mediatorun sadəcə tərəflərə hüquqi və ya digər xidmət göstərə bilməməsi və ya mediasiya predmeti olan mübahisə üzrə məhkəmə və ya arbitraj (münsiflər məhkəməsi) prosesində tərəflərdən hər hansı birini təmsil edə və arbitr (münsif) qismində çıxış edə bilməməsini nəzərdə

⁷¹ "Mediasiya prosesinin həyata keçirilməsi Qaydası"nın təsdiq edilməsi haqqında Azərbaycan Respublikası Nazirlər Kabinetinin Qərarı, mad. 3.1 (2019).

⁷² Yuxarıda istinad 34, mad. 3.2.

⁷³ Yenə orada.

⁷⁴ Yenə orada, mad. 3.3.

tutmuşdur. Normanın birinci hissəsində mediatorun tərəflərdən birinə və ya hər ikisinə hüquqi xidmətin əvvəllər göstərilmiş olması dəqiq ifadə edilmədiyindən onun anlaşılması və tətbiqində çəşqinliq yaranır. Bunun üçün Qanunun “Mediatora etiraz” adlanan 13-cü maddəsinə nəzər yetirsək, mediasiya zamanı tərəflər qarşılıqlı razılıq əsasında mediatoru başqa mediator ilə əvəz etmək hüququna malik olması qeyd olunur.⁷⁵ Bir sözlə, tərəflərdən hər hansı biri üçün əvvəllər vəkil və ya hüquq məsləhətçisi qismində çıxış etmiş mediator digər tərəfin etirazı olmadığı halda, hər iki tərəf üçün yenidən öz səlahiyyətlərini realizə edə bilər. Həmçinin Qanunun 13.2-ci maddəsinə diqqət yetirdikdə mediatorun müvafiq mediasiya prinsipləri əsasında mediasiyayı həyata keçirə bilmədiyi təqdirdə dərhal özü-özünə etiraz etməli olduğu barədə normaya rast gəlinir. Bu baxımdan Qanunda sözügedən halla bağlı hər hansı konkret göstəriş və ya qeyd-şərt təsbit edilmədiyindən, yalnız və yalnız prosesin gedişatı mediatorun müstəqilliyi, qərəzsizliyi və mediasiya prosesinə müdaxilənin yolverilməzliyi prinsipindən kənara çıxarsa, mediatorun özü-özünə etiraz etməsi ilə prosesə son verilə bilər.⁷⁶

Qanunun 12.3-cü maddəsinin birinci hissəsindəki anlaşılmazlığı aradan qaldırmaq üçün Azərbaycan Respublikasında Mediasiya Şurasının 15 aprel 2020-ci il tarixli qərarı ilə təsdiq edilmiş *“Mediatorların davranışı ilə bağlı rəqlament”*ə müraciət etmək olar. Bu zaman mediatorun və ya mediasiya təşkilatının digər əməkdaşlarının mediasiya prosesindən əvvəl tərəflərdən hər hansı birinə vəkil, hüquq məsləhətçisi, hakim, arbitr qismində çıxış etməsi halı ilə bağlı dispoziitiv normanın müəyyən olduğunu görürük: *“Mediatorun, onun fəaliyyət göstərdiyi mediasiya təşkilatının və ya təşkilatın digər əməkdaşının tərəflərdən biri üçün mediatorluqdan başqa hər hansı digər bir formada fəaliyyət göstərmiş olması onun qərəzsizliyinə və ya müstəqilliyinə təsir edə biləcək və ya mediatorun və ya mediasiya təşkilatının bir tərəfə qarşı qərəzli və ya tərəfkeş olduğu barədə təəssürat yarada biləcək faktların, maraqların və ya münasibətlərin mövcudluğu barədə məlumatları açıqlamalıdır. Belə hallarda mediator tam qərəzsizliyi təmin etmək üçün yalnız mediasiya prosesini tamamilə müstəqil və bitərəf apara biləcəyinə əmin olduqda və tərəflər buna açıq şəkildə icazə verdikdə mediasiya prosesinə başlaya və ya mediasiya prosesini davam etdirə bilər”*.⁷⁷

İlk olaraq qeyd edilməlidir ki, Azərbaycan Respublikasının mediasiya hüququnda hələlik qeyd olunan məsələ ilə bağlı kifayət qədər təcrübə yoxdur. Bu səbəbdən əvvəllər tərəflərdən birinə hər hansı hüquqi xidmət göstərmiş şəxsin mövcud mübahisə üzrə hüquqi fəaliyyətinin tərəflərin razılığı əsasında davam etdirə bilməsini yoxlayıcı norma olaraq da hesab etmək olar. Bir sözlə, bu müddəanın müvafiq qaydalara daxil edilməsində

⁷⁵ Yuxarıda istinad 6, mad. 13.1.

⁷⁶ Yenə orada, mad. 7.

⁷⁷ Azərbaycan Respublikası Mediasiya Şurası, Mediatorların Davranışı ilə bağlı Reqlament, mad. 3 (2020).

səbəb dispoziitiv normanın tətbiqinin effektiv olub-olmayacağı ilə əlaqədar-
dır. Təcrübədə onun tətbiqi səmərə vermədiyi halda qeyd olunan norma ilə
bağlı mediasiya prosesinin aparılması qaydalarına düzəlişlər edilə bilər.
Lakin nəzərə alsaq ki, mediatorun müstəqilliyinin və qərəzsizliyinin əsas
qiymətləndiricisi mübahisə tərəfləridir, yuxarıdakı situasiyanın baş verməsi
mediatoru digər tərəfin ona olan inamının itirilməsi ehtimalı ilə qarşı-qarşıya
qoymaqla yanaşı, mediasiya prosesinin gözlənilən effektiv nəticəni
verməməsinə, prosesin tətbiqində müəyyən ləngimələrin baş verməsinə və ən
nəhayət, mediasiya prosesindən imtina hallarının artmasına yol açə bilər. Bu
səbəbdən gələcəkdə sadalanan hallar baş verəcəyi təqdirdə “Mediasiya
haqqında” Qanuna Alman qanunvericiliyindəki analoji imperativ normanın
daxil edilməsi qaçılmazdır. Belə olan halda tərəflərin iradələrinin mütləq
üstünlüyü qanunla tanınmış olacaq və mediasiya prosesinin tətbiqi effektiv
nəticələr verməklə yanaşı, qarşı tərəfin bu toqquşmaya həm də “bəhanə” kimi
istinad edib mediasiyadan yayınma hallarının qarşısı alınacaqdır.

“Mediasiya haqqında” Qanunun 12.2-ci və 12.3-cü maddələrində nəzərdə
tutulan vəzifələrin pozulmasına görə mediator intizam məsuliyyəti daşıyır.⁷⁸
Qanunun 16.2-ci maddəsinə əsasən yol verilmiş pozuntunun ağırlıq
dərəcəsiindən asılı olaraq mediatora qarşı aşağıdakı intizam məsuliyyəti
tədbirləri tətbiq edilir.⁷⁹

1) xəbərdarlıq;

2) töhmət;

3) 1 aydan 6 ayadək müddətə mediator fəaliyyətini həyata keçirmək hüququnun
dayandırılması.

Mediatora qarşı intizam tədbirləri Mediasiya Şurasının qərarı ilə tətbiq
edilir. Mediatora qarşı intizam tədbirləri pozuntunun baş verdiyi tarixdən 1
il müddətində tətbiq edilir. İntizam icraatının həyata keçirilməsi qaydası
Mediasiya Şurası tərəfindən müəyyən olunur. İntizam məsuliyyəti mediatoru
bu Qanunla müəyyən olunan vəzifələri pozması nəticəsində vurduğu zərəərə
görə mülki, inzibati və cinayət məsuliyyətindən, həmçinin işlədiyi mediasiya
təşkilatı tərəfindən tətbiq edilən intizam məsuliyyətindən azad etmir.
Nəhayət, mediator tərəflər arasında yaranmış mübahisənin qarşılıqlı razılıq
əsasında həll olunmamasına və ya barışıq sazişinin icra edilməməsinə görə
məsuliyyət daşımır.⁸⁰

Nəticə

Məqalədə müzakirə olunanlardan belə nəticəyə gəlmək olar ki,
mediatorun fəaliyyəti və onun mübahisənin həllindəki rolu mübahisənin
digər alternativ həll üsullarındakı üçüncü şəxslərdən fərqlidir. Tərəfləri
mühakimə etmədən sadəcə mübahisəli situasiya və onun həllinin

⁷⁸ Yuxarıda istinad 6, mad. 16.1.

⁷⁹ Yenə orada, mad. 16.2.

⁸⁰ Yenə orada, mad. 16.5.

asanlaşdırılması xüsusiyyəti mediatoru arbitrdan, mübahisənin həllində aşkar şəkildə iştirak etməsi və hər iki tərəfin mütləq razılığının alınması xüsusiyyətləri isə onu barışdırıcıdan fərqləndirir. Digər tərəfdən, mediator vəkillə müqayisə edilə bilən bir ödəniş tələb etsə də, mediasiya prosesi, ümumiyyətlə, bir işin standart mərhələlərlə aparılmasından çox az vaxt tələb edir. Vəkil və ya məhkəməyə baxılması üçün təqdim edilən işin həlli aylar və ya illər çəkəbiləcəyi halda, mediasiya vasitəsilə isə bir neçə saat ərzində həll oluna bilər. Bu baxımdan daha az vaxt ayırmaq, saatlıq ödənişlərə və xərclərə daha az maliyyə sərfiyyatı deməkdir. Eyni zamanda alternativ üsulla həll olunması üçün mübahisələrin mediasiyaya istiqamətləndirilməsi məhkəmələrin iş yükünü azaltmağa əlverişli imkan yaradacaqdır.

Azərbaycan Respublikasının mediasiya qanunvericiliyində ailə mediatoru kimi fəaliyyət göstərmək istəyən şəxslərin hansı sahə üzrə ixtisaslaşması tələbi müəyyən edilməmişdir. Bir sözlə, mediator hüquqşünas, psixoloq, psixiatr, sosial xidmət işçisi və s. ola bilər və bununla yanaşı, mediator olmaq istəyən namizədlər müvafiq icra hakimiyyətinin təşkil etdiyi ilkin hazırlıq və ixtisasartırma təlimlərindən keçməlidir. Təvsiyə edilir ki, gələcəkdə mediatorlardan əlavə psixoloq, psixiatr və sosioloqlar da mediasiya prosesinə cəlb edilsin. Xüsusilə də psixoloji cəhətdən həssas ailələri mediasiya prosesinə dəvət etmək mümkünsüz kimi görünür. Bu səbəbdən mediasiya fəaliyyəti psixososial məsləhətçilər tərəfindən müəyyən üsulların tətbiqi ilə davam etdirilə bilər. Lakin mediasiya prosesinin sonunda tərəflərə hüquqi məsləhət verəcək vəkillərin olması da vacibdir, çünki ər-arvadın razılaşması halında bağlanacaq müqavilə onlar tərəfindən imzalanacaq və bu, mübahisə tərəflərinə qanuni öhdəlik qoyur.

Mediatorların ilkin hazırlığı və ixtisasının artırılması məqsədilə qanunvericilikdə müəyyənləşdirilmiş minimum təlim müddəti namizədlərin hərtərəfli hazırlığını sual altına qoyur. Bundan əlavə, Nazirlər Kabinetinin hazırladığı Qaydalarda ümumi tələb qismində minimum müddətin müəyyənləşdirilməsi əvəzinə yalnız ailə mübahisələri olmamaqla digər mübahisələr üzrə də dəqiqliklə işlənmiş saatların öz əksini tapması təvsiyə olunur. Digər tərəfdən, ailə mediatorlarının hazırlığı və ixtisasının artırılması zamanı təlimlərdə nəzəri məşğələlərə daha çox saat ayrılması arzuolunandır. Bu, namizədlərin müvafiq sahələrdəki ən incə məqamları dərk etməsinə, nəticədə mübahisələrin həlli zamanı səmərəli tətbiqinə şərait yaradacaqdır. Ümumilikdə, Qaydalarda qeyd olunan qüsurların aradan qaldırılması üçün verilən təkliflərin nəzərə alınması mediatorların fəaliyyətini hüquqi baxımdan möhkəmləndirəcəkdir.

Həmçinin təvsiyə olunur ki, "Mediasiya haqqında" Azərbaycan Respublikası Qanununun 12.3-cü maddəsi ilə əvvəllər eyni mübahisə üzrə tərəflərdən biri üçün hüquqi mübahisələrin həll edilməsi ilə məşğul olmuş şəxslərin mediator fəaliyyəti məhdudlaşdırılsın. Mediasiya institutunun yenidən tətbiq olunduğu dövrdə müvafiq normadakı qüsurlar tərəflər arasında

mübahisənin həllində mediatorun qərəzsizliyini sual altına qoymuş olur. Belə bir halda digər tərəf haqlı olaraq ailə mübahisəsinin həllində mediasiyanın tətbiqindən imtina edə bilər. Mediasiya prosesindən imtina hallarının artması isə tərəflər arasında barışığın əldə olunmaması və mediasiya institutunun hüquqda əhəmiyyətini itirməsi ilə nəticələnə bilər.

*Taleh Abbasli**

CAN ONLINE DISPUTE RESOLUTION PREVAIL OVER THE TRADITIONAL METHODS OF RESOLUTION?

Abstract

Digitalization involves the implementation of digital technologies in various areas of life, in everyday life, in production, at work, in government structures, in business and it has not bypassed the legal environment either. When disputes arise, the parties usually go to court for litigation, but there are also methods of resolving disputes outside the court, the so-called alternative dispute resolution methods. Technological development has also changed the vector of dispute resolution through alternative methods (arbitration, mediation and negotiation) and created what is known as "Online Dispute Resolution" (online arbitration, online mediation and online negotiations).

This article analyses the potential opportunities and obstacles for functioning alternative forms of dispute resolution through digital transformation. Moreover, the article examines legal instruments for implementing online dispute resolution at the regional level, particularly, regulations and directives in the European continent. The last analysis of the article is devoted to possible emerging technologies in the online dispute resolution domain.

Annotasiya

Rəqəmsallaşma həyatın müxtəlif sahələrində, gündəlik həyatda, istehsalatda, işdə, dövlət strukturlarında, biznesdə rəqəmsal texnologiyaların tətbiqini əhatə edir və bu, hüquq mühitindən də yan keçməyib. Mübahisə yarandıqda tərəflər adətən çəkişmələr üçün məhkəməyə müraciət edirlər, lakin mübahisələrin məhkəmədən kənar həlli üsulları da mövcuddur ki, onlara mübahisələrin alternativ həlli üsulları deyilir. Texnoloji inkişaf mübahisələrin alternativ üsullarla (arbitraj, mediasiya və danışıqlar) həlli vektorunu da dəyişmiş və mübahisələrin onlayn həlli (onlayn arbitraj, onlayn mediasiya və onlayn danışıqlar) kimi tanınan üsullarını yaratmışdır.

Bu məqalə rəqəmsal transformasiya vasitəsilə mübahisələrin alternativ həlli formalarının işləməsi üçün potensial imkan və problemləri təhlil edir. Bundan əlavə, məqalə regional səviyyədə mübahisələrin onlayn həllinin həyata keçirilməsi üçün hüquqi alətləri, xüsusilə də, Avropa qitəsindəki qayda və direktivlərini araşdırır. Məqalənin son təhlil hissəsi mübahisələrin onlayn həlli sahəsində mümkün inkişaf edən texnologiyalara həsr edilmişdir.

CONTENTS

Introduction	22
I. History of development and the definition of the Online Dispute Resolution	23
A. The history of the development of online dispute resolution	23
B. Definition of online dispute resolution	27

* 2nd year LL.M student in International and European Law at Vilnius University, majoring in Technology Law.

II. Types of Online Dispute Resolution	30
A. Online arbitration.....	30
B. The validity of the e-arbitration agreement.....	32
C. Virtual hearings	33
III. European approach in the context of Online Dispute Resolution.....	35
A. The Regulation 524/2013/EU	36
B. Complaint procedure according to the Regulation 524/2013.....	38
IV. Artificial Intelligence in the Online Dispute Resolution.....	39
Conclusion	42

Introduction

The advancement of digital technologies at a breakneck pace has wholly changed the daily life of people, moving the latter from the physical world to the virtual one, where events happen instantly, bringing with them both many opportunities, for instance, time and financial resources savings, flexibility and emotional control, and legal uncertainties, such as security and confidentiality of ODR, lack of physical contact between the parties and digital divide. The development of the digital environment has influenced many areas of life, especially in the domain of commerce. Consequently, commerce has been moved to cyberspace, which is fast and cost-effective, bringing high benefits to both consumers and traders. The transformation of commercial activity into the Internet space has created problems and issues that do not even exist in the physical space due to the structure and functioning of the cyberspace, in other words, traditional mechanisms for resolving commercial and other disputes of a local and international nature do not seem to be sufficient on the Internet platform.

The emergence of traditional alternative dispute resolution (hereinafter ADR) methods, such as arbitration, mediation and negotiation, was envisioned as bypassing litigation in order to resolve disputes quickly and efficiently. Subsequently, with the development of e-commerce and digital technologies, it became necessary to resolve disputes arising in the online environment. Considering the above-mentioned aspects, new dispute resolution methods in cyberspace have been introduced, which are related to digital technology. These dispute resolution methods have been termed “online dispute resolution”. Online dispute resolution (hereinafter ODR) can be classified as traditional alternative dispute resolution methods such as arbitration, mediation and negotiation, using electronic technology capabilities, with the provision of the participation of third-independent parties, an arbitrator or mediator without the physical presence of all parties.

Recent events in the world clearly show that humanity cannot give a well-deserved answer to disasters with existing methods. In particular, the pandemic COVID-19 that has swept the whole world has proven how essential digitalization processes are not only in the technological world but also in the legal environment. As a result, lawyers, judges, arbitrators, mediators, parties to disputes were forced to adapt to new realities. Undoubtedly, this process takes some time; however, it is necessary to identify problematic aspects that become obstacles for successful adaptation, and legal analysis of existing legal norms is necessary. All these events have once again proved the importance of clearly establishing the theoretical and practical aspects of the implementation of the activities of the ODR.

This article consists of four parts respectively. The first part of the article examines the historical development of ODR, the concept of ODR in order to understand the essence of the issue and lists the main advantages and disadvantages of ODR. Then, the second part provides information on ODR forms and examines in more detail one of the main ODR forms – Online Arbitration. The article compares online arbitration with traditional arbitration and examines in detail the main advantages and disadvantages of online arbitration. The third part of the article deals with the legal instruments that are applicable to ODR in Europe, further discusses Regulation 524/2013/EU in detail and describes the ODR platform which was created on the basis of this Regulation, as well as the complaint procedure on the platform. The last part of the article is devoted to the possible future development of the ODR, namely, the concept of using Artificial Intelligence in the ODR is considered and the answer to the question is given: Can Artificial Intelligence (AI) replace the Human Arbitrators?

I. History of development and the definition of the Online Dispute Resolution

A. The history of the development of online dispute resolution

The history of the development of online dispute resolution methods is directly correlated to the development of the Internet in general. The invention of the Internet in 1969 and the first three decades of its existence show that there have been just a few disputes. The United States National Science Foundation (hereinafter the US “NSF”) banned the use for commercial purposes of the Internet till 1992.¹ Therefore, “there were no commercial or consumer disputes”.² Possibility of conducting commercial activities via the Internet were given by the US “NSF” since 1992. Before the US “NSF” network

¹ Jay P. Kesan, Rajiv C. Shah, *Fool Us Once Shame on You – Fool Us Twice Shame on Us: What We Can Learn from the Privatizations of the Internet Backbone Network and the Domain Name System*, 79 Washington University Law Quarterly 89, 99 (2001).

² Mohamed S. Abdel Wahab, Ethan Katsh and Daniel Rainey, *Online Dispute Resolution: Theory and Practice: A Treatise on Technology and Dispute Resolution*, 10 (2012).

was mainly used for educational and academic purposes.³ With the granting of permission to conduct commercial activities via the Internet, disputes began to arise between buyers and sellers. “Within the last 20 years, commerce has increasingly been conducted over the Internet, selling goods and providing services electronically”.⁴ The history of the development of online dispute resolution begins in 1995. Some authors distinguish four stages in the formation of online dispute resolution, and some jurists only three.

The *first* stage in the development of online dispute resolution can be called an experimental or hobbyist stage, which cover 1995-1998 years.⁵ The first projects of this period are such projects as Virtual Magistrate, Mediate-Net, and the Online Ombuds Office.⁶ The Virtual Magistrate was launched in 1995 by the National Center for Automated Information Research at Villanova University (Philadelphia, USA). One of the main goals of this project was to prove that the use of technology can resolve disputes much faster and more economically than the traditional dispute resolution methods.⁷ The “VM had the competence to deal with disputes arising from defamation, intellectual property, fraud and illegal appropriation of commercial secrets, etc”.⁸ The complaint was considered within three days after the filing of the application, and the proceedings took place by e-mail.⁹ The Virtual Magistrate project was unsuccessful for several reasons; one of them was the wrong choice of the type of dispute resolution, disputes were considered with the help of arbitration, it would be better to consider using mediation to succeed.¹⁰ Another reason was the use of primitive software and the lack of sufficient cyber security during the hearings.

After attempting the project mentioned above in 1996, an Online Ombudsman Office was established that offers mediation services for all disputes arising in cyberspace.¹¹ “The Online Ombudsman Office provided both online ombudsman mechanism and online mediation services”.¹² Furthermore, this project operated on a gratuitous basis; that is to say, the parties could receive mediation services free of charge. In 2003, this project suspended its activities and is currently not operational. This project is considered vital because it was focused on a specific market; that is, dispute

³ Jie Zheng, *Online Resolution of E-commerce Disputes: Perspectives from the European Union, the UK, and China*, 36 (2020).

⁴ Faye Fangfei Wang, *Online Dispute Resolution: Technology, Management and Legal Practice from an International Perspective*, 2 (2009).

⁵ Pablo Cortes, *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*, 55 (2010).

⁶ Zheng, *supra* note 3.

⁷ Aashit Shah, *Using ADR to Solve Online Disputes*, 10 *Richmond Journal of Law and Technology*, 3 (2004).

⁸ Cortes, *supra* note 5, 54.

⁹ Richard Michael Victorio, *Internet Dispute Resolution (IDR): Bringing ADR into the 21st Century*, 1 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 279, 283 (2001).

¹⁰ *Supra* note 5.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Supra* note 3, 37.

resolution in the electronic market prompted users to use this program and thus was beneficial for that period.¹³

The *second* stage in the development of online dispute resolution can be described as *the exploration phase* (1998-2010).¹⁴ With the growth of e-commerce and the launch of platforms such as eBay, Amazon and The Uniform Dispute Resolution Procedure ushered in a new phase of online dispute resolution. One of the best examples of online dispute resolution during the *exploration phase* is eBay. Established in 1995, eBay is one of the largest online e-commerce markets, in which it annually benefits more than 80 billion through the sale of more than 800 million products.¹⁵ After the creation of the platform, one of the biggest problems was the lack of trust among buyers, as they doubted that they would get what they expected. To dispel this doubt and create a state of trust among customers, “eBay created the first Trust and Security team, which was tasked with ensuring the trustworthiness of the eBay ecosystem”.¹⁶ Along with the trust and security system, there are three other systems such as fraud investigations, feedback and reputation (to ensure transparency and exchange of information with users) and protections/resolutions.¹⁷ The creation of a dispute resolution system for eBay can be considered an analogue of creating justice for the country on an Internet platform since eBay has more than 250 million users, and this can be considered on a scale equal to that of the great powers.

Most transactions run smoothly, just like in regular trading; disputes may arise from time to time due to commercial activities. In this context, eBay has partnered with SquareTrade, an impartial and globally available provider of dispute resolution services between buyers and sellers. From the inception of the SquareTrade platform until June 2008, when it continued to operate as a provider of alternative online dispute resolution methods, it was used as an online dispute resolution solution for over 1,200,000 disputes in five different languages in over 120 countries.¹⁸

Disputes that arise can be divided into two main groups:¹⁹

- Disputes raised by buyers (this mainly includes disputes regarding the quality of products, the expected delivery time of products);
- The second group of disputes is made up of disputes initiated by sellers (such disputes mainly concern problems with payment).

The eBay online marketplace has over ten million items sold at any given

¹³ *Supra* note 5.

¹⁴ *Supra* note 3, 37.

¹⁵ Colin Rule, *Designing a Global Online Dispute Resolution System: Lessons Learned from eBay*, 13 *University of St. Thomas Law Journal* 354, 354 (2017).

¹⁶ Amy J. Schmitz and Colin Rule, *The New Handshake: Online Dispute Resolution and the Future of Consumer Protection*, 33 (2017).

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Steve Abernethy, *Building Large-scale Online Dispute Resolution & Trustmark Systems*, 2 (2003). Available at: <https://www.mediate.com/Integrating/docs/Abernethy.pdf> (last visited Nov. 21, 2021).

¹⁹ Schmitz and Rule, *supra* note 16, 35.

time, and millions of transactions are processed every week. In such an environment, SquareTrade helped parties who did not have other practical options for resolving disputes, increasing their sense of trust and reducing risks that potential buyers could avoid. As of 2010, eBay resolved over 60 million disputes annually through its online dispute resolution platforms, more than even the US courts.²⁰ One of the big problems faced by eBay is the volume of disputes and the lag in resolving disputes since workers do not have time and effort to resolve all disputes, and thus eBay needs to resolve disputes using the software program. But the problem was how to do it in an appropriate way.²¹

The *third* stage of development can be called the *institutionalization* of online dispute resolution, which has begun in 2010 and continues to this day. The adoption by the United Nations Commission on International Trade Law and the European Union in 2016 of relevant documents in online dispute resolution can be considered the harmonization of standards in this area. After the outbreak of coronavirus infection, the online dispute resolution system again gained wide popularity since, in almost all countries, it was impossible for the opposing sides to meet physically.

Currently, only the United Nations Commission on International Trade Law adopted on 13 December 2016 Technical Notes on Online Dispute Resolution, are valid at the international level, drawn up in the form of a descriptive document reflecting the elements of the online dispute resolution procedure.²² Accordingly, this act is advisory in nature and provide only soft law.²³ UNCITRAL Technical Notes on Online Dispute Resolution, drawing attention to the growing volume of international electronic commerce and the need for new solutions to resolve disputes arising from international electronic commerce, consists of twelve chapters. The need to create such an act was due to a number of factors, the main one of which is a sharp increase in the number of cross-border transactions concluded online, including sales contracts and contracts for the provision of low-cost services concluded using electronic communications.²⁴ The purpose of the Technical Notes is to promote the development of online dispute resolution and to assist their administrators, platforms, neutrals and parties to the procedure.²⁵ The principles underlying online dispute resolution procedures, as commented by UNCITRAL: *impartiality, independence, efficiency, due process, fairness, accountability and transparency*.²⁶ Section III of the UNCITRAL Commentaries

²⁰ Orna Rabinovich-Einy, Ethan Katsh, *Reshaping Boundaries in an Online Dispute Resolution Environment*, 1 International Journal of Online Dispute Resolution 5, 29 (2014).

²¹ *Supra* note 2, 35.

²² *Supra* note 3.

²³ *Id.*, 216.

²⁴ *Id.*, 38.

²⁵ UNCITRAL, Technical Notes on Online Dispute Resolution, art. 3 (2016).

²⁶ *Id.*, art. 7.

outlines the stages of the online dispute resolution procedure: negotiation, facilitated settlement and the third (final) stage.²⁷ It should be noted that there is a reason why the third stage, namely the final stage, was not regulated in detail, and there was no assessment regarding the arbitral award. The issue that led to the blocking of the work process of UNCITRAL Working Group III and on which the disagreement arose was related to the arbitration process. When it was understood that no consensus could be reached on this issue, UNCITRAL decided that the parties involved in arbitration should be set out in a separate document and should not be subjected to a regulation in this context.²⁸ The United States argued that the outcomes of the ODR process should be binding; however, the European Union stated that the results of the ODR process should not be mandatory; in the end, there was no consensus between the countries.²⁹ Meanwhile, there are no other international normative legal acts aimed at regulating the procedure for resolving disputes online.

B. Definition of online dispute resolution

There is no fully common agreement as to what ODR is and no internationally binding definition of it. “The term is primarily applied to a dispute resolution process that is conducted online (rather than only being supported by ICT), and/or to a process where online software carries out all or a major part of a dispute resolution process”.³⁰ “The concept of ODR involves the practice of ADR methods that use online technologies to facilitate the resolution of conflicts. ADR principles and practices are the foundation for ODR practice”.³¹ Here the definition adopted by the UNCITRAL Technical Notes on Online Dispute Resolution can be highlighted. According to paragraph 24 of the Technical Notes on Online Dispute Resolution:

*“Online dispute resolution, or “ODR”, is a “mechanism for resolving disputes through the use of electronic communications and other information and communication technology. The process may be implemented differently by different administrators of the process and may evolve over time”.*³²

However, this definition does not fully reveal the essence of online dispute resolution, it is necessary to refer to the definitions made by various authors.

When defining the concept of online dispute resolution, the authors Katsh and Rifkin use such definition as the role and functions of the fourth party. It

²⁷ *Id.*, art. 18.

²⁸ Mehmet Kalafatoğlu, *Yabancı Unsurlu E-Tüketici Uyuşmazlıklarının İnternet Üzerinden Çözülmesi (Online Dispute Resolution) Konusunda, Görüş, Düşünce ve Öneriler*, 2 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 301, 339 (2018).

²⁹ *Supra* note 16, 45.

³⁰ Susan Blake, Julie Browne and Stuart Sime, *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*, 69 (2014).

³¹ Lucille M. Ponte and Thomas D. Cavenagh, *Online Dispute Resolution (ODR) for E-Commerce*, 18 (2005).

³² UNCITRAL, *supra* note 25, art. 24.

means that ODR is based on technological software; in addition to the third-party present at the dispute resolution, the so-called fourth party plays a significant role for the arbitrator or mediator as an auxiliary role. The fourth party does not replace the third party, but participates as an ally, and their interaction with each other affects the resolution of disputes between the parties. All technological capabilities used in the process of online dispute resolution can be called the fourth party. "For example, without the fourth party, it would not be possible for the online mediator to discuss with parties, store information that is exchanged about the dispute, schedule meeting times, evaluate proposals and claims, or draft and potentially enforce agreements".³³

Moreover, Martin Gramatikov differentiates ODR in two senses: broad and strict senses.³⁴ In the broad sense online dispute resolution is a dispute resolution method based on the traditional alternative dispute resolution using sophisticated technology. This concept broadly corresponds to the aforementioned concept of the "fourth party". The use of technology in resolving disputes in cross-border disputes facilitates the process for the parties since the parties can resolve the dispute without leaving their country using online mediation or online arbitration. It should be noted that the parties thus reduce costs. According to the strict sense, the functioning of online dispute resolution is in an automated system, which means the absence of a third party – the mediator, the participation of only conflicting parties using automation to resolve the corresponding dispute. This method of dispute resolution has its disadvantages, namely, in complex disputes, the use of automation can be considered unreliable, in particular, when choosing the applicable law to the dispute. In addition, if the dispute is resolved using automation, then there will be no agreement of the parties since in the traditional method of dispute resolution, the consensual nature of the decision is considered one of the important factors. The automation method can be considered beneficial for a certain range of cross-border disputes.

Thus, having considered the positions of some authors and provisions of the UNCITRAL Technical Notes on online dispute resolution 2017, from our point of view, the following concept to the term of online dispute resolution can be given:

"Online dispute resolution – are the disputes that are arising both offline and in the cyber environment, using the sophisticated technologies for a quick, effective resolution of the problem, using methods and principles of alternative dispute resolution, as well as providing the parties with the services of a mediator as an independent third party and supporting the parties through the implementation of

³³ Janet Rifkin, *Online Dispute Resolution: Theory and Practice of the Fourth Party*, 1 Conflict Resolution Quarterly 117, 121 (2001).

³⁴ Martin Gramatikov, *Costs and Quality of Online Dispute Resolution: A Handbook for Measuring the Costs and Quality of ODR*, 40 (2012).

artificial intelligence without human intervention”.

In order to understand the possibility of prevailing online dispute resolution over the traditional methods of dispute resolution, it would be beneficial to examine some advantages and disadvantages of ODR.

Some *advantages* of ODR compared with traditional ADR:

1. Time and financial resources savings. Internet, the parties may be located in different countries and there may be a long distance between them, ODR methods will provide advantages by saving time as well as reducing transportation costs.³⁵ Internet, the parties may be located in different countries and there may be a long distance between them, ODR methods will provide advantages by saving time as well as reducing transportation costs.³⁶

2. Flexibility. There is an opportunity for parties provided by ODR to choose neutrals no matter where they are located.³⁷ Therefore, ODR brings the parties instantly in touch with neutrals.

3. Emotional control. ODR is especially suitable for those disputes that involve too many emotions so that it is better for parties to avoid any physical contact with each other.³⁸

4. Two additional parties. In comparison with traditional ADR, ODR includes two more parties called the fourth party and the fifth party: the first and second parties are two disputing parties, the third party is a mediator or an arbitrator, the fourth party is technology, and the fifth party is providers of technology.³⁹

Disadvantages of ODR:

1. Security and confidentiality of ODR. Security and privacy during ODR are one of the biggest concerns. Despite the fact that the ODR process is carried out between the parties to the process and there is no participation of third parties as in litigation and is considered an advantage, no matter how secure the firewalls or encryption systems of ODR service providers are, there is always the potential for information and documents stored on the Internet to leak.⁴⁰

2. Lack of physical contact between the parties. When considering ODR, one of the first drawbacks is that the parties do not have the opportunity to meet physically during the process. This fact leads to the fact that the

³⁵ Wang, *supra* note 4, 29.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Arno R. Lodder, John Zeleznikow, *Developing an Online Dispute Resolution Environment: Dialogue Tools and Negotiation Support Systems in a Three-Step Model*, 10 Harvard Negotiation Law Review 287, 302 (2005).

³⁹ Arno R. Lodder, *The Third Party and Beyond: An Analysis of the Different Parties, in Particular the Fifth, Involved in Online Dispute Resolution*, 15 Information and Communications Technology Law 143, 145 (2006).

⁴⁰ Karim Benyekhlef, Fabien Gelinat, *Online Dispute Resolution*, 10 Lex Electronica, 86 (2005).

parties cannot evoke empathy and sympathy for each other.⁴¹ In an ODR, third-party, for instance, mediators also lose their dominance over the parties, as the physical absence of a third party can make it challenging to build trust between the conflicting parties and the third party. Since the ODR is carried out electronically, the parties do not have the ability to interact with each other or with a third party.

3. Digital Divide. The dominance of the idea that people with the Internet and computer skills prefer ODR to those who do not, has lost its meaning.⁴² The development of technology at a rapid pace all over the world proves that people progressively develop certain skills. It is undeniable that with ODR the knowledge and skills of the parties may differ. This difference can result in one side with the better skills being in an advantageous position over the other side. Moreover, the development of technology varies from country to country. Poor Internet connection, inability to use different applications can lead to injustice between the parties. As a result, it will be difficult to complete the current ODR process equitably, and this would violate an important principle underlying the ODR concept.⁴³

II. Types of Online Dispute Resolution

ODR techniques represent the reorganization of ADR mechanisms using different technologies in terms of their starting point. In this context, as with traditional ADR mechanisms, ODR methods are generally optional, and it is argued that parties always have the option to bring a dispute to court. However, as mentioned earlier, ODR techniques contain many unique techniques in parallel with the development of communication technologies and should not be seen as extensions of ADR mechanisms. There are three types of ODR:

1. Online arbitration;
2. Online mediation;
3. Online negotiation.

Below will be separately considered the online arbitration.

A. Online arbitration

Arbitration is a dispute resolution method in which the parties try to resolve a dispute between them by presenting them before an independent and impartial arbitrator, and at the end of the process, the arbitrators make a binding decision. Undoubtedly, the most important feature that distinguishes electronic arbitration from the traditional method of arbitration is that the process is carried out electronically, as with other ODR methods. There are no legal barriers to arbitration in an online environment. Electronic arbitration is

⁴¹ Lodder, Zeleznikow, *supra* note 38.

⁴² Victorio, *supra* note 9, 297.

⁴³ Joel B. Eisen, *Are We Ready for Mediation in Cyberspace?*, 4 Brigham Young University Law Review 1305, 1336 (1998).

no longer an ephemeral idea, but is increasingly becoming a popular practice, which is used for such procedures as submission of evidence, e-signature and declarations via email of contracts.⁴⁴ The dynamics of the further development and application of this practice is positive. This is due to the presence of the COVID-19 pandemic. This increases the chances that electronic arbitration will be used as one of the methods to settle international commercial disputes.

Before the outbreak of the pandemic, we can observe that there were already attempts to transfer the arbitration to the virtual world. Technologies such as video conferencing or telephone were used. However, the pandemic has only made it possible to appreciate the role and effectiveness of electronic arbitration in some international disputes.⁴⁵ The positive and negative aspects of electronic arbitration should be noted.

1. Advantages of online arbitration

The main advantage of electronic arbitration is that it is less time consuming. Thus, it carries out the procedure quickly.⁴⁶

The second advantage of this method is that it is cost-effective. For example, in offline arbitration lawyers, arbitrators or disputing parties are faced with the need to travel from one place to another. Their physical presence was mandatory. Thus, electronic arbitration is known for its accessibility and availability. Especially, it benefits small companies to control their expenditure (travel expenses and translation ones). The arbitration costs are shared in an equal way between disputing parties. Despite this, there are cases when losing parties are ordered to pay all costs.⁴⁷ It is a good option for those participants who have modest financial assets. They are able to enter into the dispute resolution. Such adversaries as multinational companies can be also challenged by them. It resembles the benefits of fast-tracking arbitration.

The third advantage of the e-arbitration is that it enables to transfer information from paper carriers to digital ones. For example, mobile applications. Arbitrators are provided with the opportunity to hear an unlimited number of attendees in the virtual hearing. This leads to a shortening of the case, which allows it to be viewed from all sides. In addition to that, the availability of muting function in communication is also a positive aspect of virtual hearing. However, it is necessary to have a secure online

⁴⁴ Esra Yıldız Üstün, *Legal Issues in the Practice of E-arbitration*, 11 Czech & Central European Yearbook of Arbitration 117, 117 (2021).

⁴⁵ Stephan Wilske, *The Impact of COVID-19 on International Arbitration – Hiccup or Turning Point?*, 13 Contemporary Asia Arbitration Journal 7, 8 (2020).

⁴⁶ Mirèze Philippe, *Hypochondria About the Place of Arbitration in Online Proceedings* (2015), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/09/16/hypochondria-about-the-place-of-arbitration-in-online-proceedings/> (last visited Nov. 22, 2021).

⁴⁷ See UNCTAD, *The Course on Dispute Settlement in International Trade, Investment and Intellectual Property* (2003). Available at: https://unctad.org/system/files/official-document/edmmisc232add20_en.pdf (last visited Nov. 24, 2021).

platform for this. Moreover, the need to shift documents is also removed. These aspects help both witnesses and lawyers to focus on key details. It enables all attendees to see the original. The use of software leads to simultaneous translation of the text in a split screen.⁴⁸ As a result, the language barrier is removed. It increases the number of participants in a virtual hearing.

2. Disadvantages of online arbitration

The applicability of traditional principles of international commercial arbitrations to online arbitration is questioned many times. Despite the fact that online e-arbitration is considered one of the improved traditional arbitration methods, many scholars still have an opinion that the validity of it can be achieved only if traditional principles and requirements are met.⁴⁹ One of the examples is a physical presence while communicating in writing. As mentioned above, due to the e-arbitration, disputes can be resolved in different countries across the world. However, the validity of online arbitration agreement is still questioned. In order to avoid these questions, it is necessary to pay attention to all the factors. For instance, beginning with the determination of the validity of the e-arbitration agreement and ending with the nationality of the e-award. However, it would be better to discuss these issues.

B. The validity of the e-arbitration agreement

The issue of the validity of the arbitration agreement concluded through the exchange of electronic messages remains unresolved. It is essential to identify an arbitration agreement for national courts designed to make appropriate decisions on the recognition and enforcement of a foreign arbitral award. There are two forms of an arbitration agreement under the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (hereinafter New York Convention 1958). The first form concerns the submission to the national court of a genuine agreement to refer the dispute to the appropriate arbitration. The second form concerns the conclusion of an arbitration agreement in writing. According to Article VII of the New York Convention 1958:

“The provisions of the present Convention shall not affect the validity of multilateral or bilateral agreements concerning the recognition and enforcement of arbitral awards entered into by the Contracting States nor deprive any interested party of any right he may have to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or the treaties of the country where such award

⁴⁸ Jacky Fung, Personal Takeaway from the Warzone: Organizing, Preparing and attending a two-week Virtual Hearing (2020), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/08/02/personal-takeaway-from-the-warzone-organizing-preparing-and-attending-a-two-week-virtual-hearing/> (last visited Nov. 27, 2021).

⁴⁹ See generally Jana Herboczkova, Certain Aspects of Online Arbitration (2001). Available at: <https://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/mezinaro/herboczkova.pdf> (last visited Nov. 27, 2021).

is sought to be relied upon".⁵⁰

Based on this provision, it can be concluded that the norms of national law may consider soft requirements for the form of an arbitration agreement. Where the provisions of the New York Convention 1958 on a written agreement apply, the conclusion of an arbitration agreement through the exchange of electronic documents or messages should not be an obstacle to the enforcement of an online arbitration award. According to paragraph 2 of Article II of the New York Convention, "*the term written agreement includes an arbitration clause in a contract or an arbitration agreement signed by the Parties or contained in an exchange of letters or telegrams*".⁵¹ The meaning of Art. II of the New York Convention 1958 is that the exchange of correspondence is a proper form of an arbitration agreement, and if the provisions of this rule are interpreted in relation to modern realities, then the arbitration agreement concluded by the exchange of e-mail messages or electronic documents must be recognized as valid.⁵²

Broad interpretation of Art. II of the New York Convention 1958, which was adopted at the 39th session of UNCITRAL, implies that the list of ways of exchanging data when concluding an arbitration agreement is recognized as not exhaustive.⁵³

C. Virtual hearings

One of the most popular practices that is used for arbitration purposes is a *virtual hearing*. Nowadays it enables both parties and lawyers to reduce such costs like travel expenses and other ones. The definition of the virtual hearing in the e-arbitration is online environment used for hearing. It entails arbitral tribunal as well as other participants that are related to the dispute. As a result, they are involved in such processes like the exchange of arguments, evidentiary hearing and cross-examinations. The main difference between offline arbitration and online one is that the former is asynchronous. For instance, filing of written pleadings or correspondence in e-mails.⁵⁴ However, in online arbitration can be observed synchronous evidence as well as the exchange of arguments. In the beginning, it seems that virtual hearing is an easy way to resolve disputes that happen frequently. Despite this, thorough analysis demonstrates that legal issues will occur after e-arbitration is

⁵⁰ United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, art. 7 (1958).

⁵¹ *Id.*, art. 2 (2).

⁵² Jasna Arsić, *International Commercial Arbitration on the Internet – Has the Future Come Too Early?*, 14 *Journal of International Arbitration* 209, 214 (1997).

⁵³ See UNCITRAL, Recommendation Regarding the Interpretation of Article II, Paragraph 2, and Article VII, Paragraph 1, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (2006).

⁵⁴ Maxi Scherer, *Asynchronous Hearings: The Next New Normal?* (2020), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/09/09/asynchronous-hearings-the-next-new-normal/> (last visited Nov. 22, 2021).

implemented. It includes confidentiality, such barriers like the right of self-defense and access to justice.

One of the main problems with virtual hearing is *synchronous participation*. This type of participation can be an obstacle for arbitrators and councils to agree on a date or time; the possibility of different time zones for the parties further exacerbates this problem. The Seoul guidelines can be shown as one of the best examples for virtual hearings.⁵⁵ Although this protocol is not internationally binding, arbitration institutions' adoption of such protocols may create "soft law" in electronic arbitration.

Confidentiality is one of the most important issue that can be jeopardized in the online arbitration as well. Even if participants are provided with the security by software and the process of arbitration is recorded, there is still a risk of data leak. In addition to that, this software is not autonomous, and it is operated by the "fourth side".⁵⁶ Therefore, human control creates additional risk for confidentiality.

One of the biggest challenges in electronic arbitration is the *enforcement of online arbitral awards*. There are still questions about the recognition and enforcing procedures of online arbitral awards. The final step of arbitration proceedings is arbitral awards. It includes both awards made by arbitrators appointed for each case and those made by permanent arbitral bodies to which the parties have submitted.⁵⁷ However, arbitral awards are not explicitly defined in both national and international arbitration legislation. There are similar requirements provided by both institutional arbitration rules and national laws.⁵⁸

After the online arbitration awards are made, the losing party usually complies with the award. But, if the losing party fails to comply with the decision, the winning party has to go to the national court to enforce the decision. After that, the national court considers the procedure for conducting electronic arbitration, such procedural points as an electronic agreement between the parties, virtual hearings, the seat of e-arbitration, the use of evidence from others during the online arbitration procedure, before deciding on the enforcement of the electronic award. If there are inconsistencies with the procedural parts of the electronic arbitration proceedings, the court will likely reject the enforcement of the e-arbitration award. According to the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Law, there is a requirement of the arbitral awards, according to which, the party that is going to apply for recognition and enforcement has to provide the authenticated original award or a certified copy at the time of

⁵⁵ See generally Seoul Protocol on Video Conferencing in International Arbitration (2020).

⁵⁶ Ethan Katsh, *Bringing Online Dispute Resolution to Virtual Words: Creating Processes Through Code*, 49 New York Law School Law Review 271, 284 (2004).

⁵⁷ *Supra* note 50, art. 1 (2).

⁵⁸ Faye Fangfei Wang, *Online Arbitration*, 130 (2017).

application.⁵⁹ According to Article 3 of the New York Convention, which states “the 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”.⁶⁰ This means that if the executive state recognizes the electronic form of the contract, then there should be no obstacles in the recognition and enforcement of the electronic arbitral award.⁶¹

III. European approach in the context of Online Dispute Resolution

One of the main priorities of the European Union (hereinafter the EU) was the creation of a common economic market and efficient trade between the EU member states. Economic globalization and technological innovations have accelerated trade and service delivery in the EU. This development is also directly related to electronic contracts concluded between the parties. Therefore, it became necessary to create legal protection for consumers and absorb the confidence in transactional transactions with traders, which ultimately contributes to an increase in the volume of electronic commerce.⁶² The next documents can be considered as a path for the development of ODR in EU:

1. The European Commission 30 March 1998 Recommendation on arbitration 98/257/EC on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes;
2. The European Parliament and the Council 08 June 2000 Directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society services, in particular, electronic commerce, in the Internal Market;
3. The European Commission 04 April 2001 Recommendation 2001/310/EC on the principles for out-of-court bodies involved in the consensual resolution of consumer disputes;
4. The European Parliament and the Council 21 May 2008 Directive 2008/52/EC on certain aspects of mediation in civil and commercial matters;
5. The European Parliament 13 September 2011 Resolution 2011/2026(INI) on the implementation of the directive on mediation in the Member States, its impact on mediation and its take-up by the courts;
6. The European Parliament 25 October 2011 Resolution 2011/2117 (INI) on alternative dispute resolution in civil, commercial and family matters.

The above-mentioned Legal Acts have set the stage for further development of ODR. The following legal acts are considered the most important in the development of ODR in the EU:

1. The European Parliament and the Council 21 May 2013 Directive

⁵⁹ *Supra* note 50, art. 4 (1) (a).

⁶⁰ *Id.*, art. 3.

⁶¹ Herboczkova, *supra* note 49.

⁶² *Supra* note 19, 9.

- 2013/11/EU on alternative dispute resolution for consumer disputes;
2. The European Parliament and the Council 21 May 2013 Regulation 524/2013/EU on online dispute resolution for consumer disputes.

The aim of the Directive 2013/11 is to achieve “a high level of protection of the rights of consumers of goods and services by filing complaints against traders using independent, impartial, transparent, efficient, fast and fair ADR procedures”.⁶³ The scope of the Directive 2013/11/EC applies to disputes between consumers and traders of EU Member States arising out of sales contracts or service contracts.⁶⁴ The exceptions are:⁶⁵

- a) disputes in which the participants are individuals working under an employment contract or acting as individual entrepreneurs;
- b) disputes over customer complaint handling systems organized at the seller’s premises;
- c) disputes about the provision of services of a non-economic nature;
- d) disputes between traders;
- e) disputes about direct negotiations between the consumer and the trader;
- f) attempts to resolve the dispute during the trial;
- g) cases initiated by the trader against the consumer;
- h) health services.

The Directive 2013/11/EU states that EU Member States shall assist consumers in resolving consumer disputes of a cross-border nature through appropriate institutions providing ADR services in the territory of other Member States.⁶⁶ The Directive 2013/11 provides for the obligation to propose ADR methods, including all three types (negotiation, mediation and arbitration) through the ADR entity.⁶⁷ The Directive 2013/11/EU does not distinguish between non-binding ADR (mediation, negotiation) and binding ADR (arbitration).⁶⁸

A. The Regulation 524/2013/EU

Segmentation of the EU internal market could reduce growth and competitiveness. The internal market of the EU should be understood as how consumers carry out their daily lives by purchasing goods. Consumers play a crucial role in the economic activities of the domestic market and are a central player. The digital transformation of the market has not spared both traders

⁶³ Directive of the European Parliament and of the Council on Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes, 2013/11/EU, art. 1 (2013).

⁶⁴ *Id.*, art. 2 (1).

⁶⁵ *Id.*, art. 2 (2).

⁶⁶ *Id.*, art. 14.

⁶⁷ Pavel Loutocký, *Online Dispute Resolution to Resolve Consumer Disputes from the Perspective of European Union Law: Is the Potential of ODR Fully Used?*, 10 Masaryk University Journal of Law and Technology 113, 166 (2016).

⁶⁸ *Supra* note 17, 45.

and consumers.⁶⁹ The number of consumers shopping online has grown significantly over the past two decades. In order to build confidence among consumers who transact online, there is a necessity to create a reliable and efficient system that could dismantle barriers.⁷⁰ ODR is the most appropriate system to achieve this goal.

The main goal in the adoption of the Regulation 524/2013/EU is to contribute to the effective functioning of the EU internal market through consumer protection. Based on Article 1 of the Regulation 524/2013/EU, it is possible to determine the main objectives in the adoption of this document:⁷¹

- 1) First of all, it is consumer protection;
- 2) Secondly, contributing to the efficient functioning of the EU internal market;
- 3) Thirdly, the creation of a single EU platform – ODR platform.

One of the main provisions of the Regulation is the scope of its application. Accordingly, the Regulation 524/2013/EU “shall apply to the out-of-court dispute resolution, examining and resolving disputes concerning contractual obligations stemming from online sales contracts concluded between consumers (the EU residents) and online traders”.⁷² Considering the definitions specified in Article 4 of the Regulation 524/2013/EU, it can be noted that no definition is given to the concept of “online dispute resolution”. It is stated in 8th Recital of the Regulation 524/2013/EU that the “ODR offer a simple, efficient, fast and low-cost out-of-court solution to disputes arising from online transactions”.⁷³ Therefore, the main features of ODR are: simplicity, efficiency, fastness, out-of-court solution and online transaction disputes. Article 5 (1) of the Regulation 524/2013 provides the primary conditions for the creation of the ODR platform by the European Commission. The main conditions are:⁷⁴

- 1) maintenance (including translation functions);
- 2) financing;
- 3) ensuring the security of information on the platform.

The ODR platform operates in all EU languages and is free. “The ODR platform should be a single point of entry for consumers and traders to out-of-court dispute resolution”.⁷⁵ The Member States should establish at least “one ODR contact point” to assist users of the platform.⁷⁶

⁶⁹ Regulation of the European Parliament and of the Council on online dispute resolution for consumer disputes, No 524/2013, recital 6 (2013).

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Id.*, art. 1.

⁷² *Id.*, art. 2 (1).

⁷³ *Id.*, recital 8.

⁷⁴ *Id.*, art. 5 (1).

⁷⁵ *Id.*, art. 5 (2).

⁷⁶ *Id.*, art. 7 (1).

B. Complaint procedure according to the Regulation 524/2013

Parties wishing to file a complaint through the ODR platform must complete an electronic complaint form.⁷⁷ It should be noted that ease of accessibility and user-friendliness are essential requirements for an electronic complaint.⁷⁸ All information provided in the e-complaint must be correct and complete. Completion of an e-complaint “shall be sufficient to determine the competent ADR entity”.⁷⁹ If the information specified in the e-complaint is incomplete or inaccurate, the ODR platform must inform the relevant party that the e-complaint will not be considered unless the inaccuracies are eliminated. After eliminating all inaccuracies in the e-complaint, the ODR platform must immediately send the e-complaint to the relevant party. Once a consumer and trader agree on an ADR institution that will resolve their dispute, the ODR platform automatically transmits the complaint to that institution.⁸⁰ “If the parties fail to agree on an ADR entity within 30 calendar days after the submission of the complaint or if the ADR entity refuses to take the dispute, the complaint will not be processed further”.⁸¹ The authorized ADR institution processes the case completely online and achieves the result within 90 days. Traders can complain against consumers only in the case if consumers reside in such countries as: “Luxembourg, Poland, Belgium and Germany”.⁸²

The European Commission has an obligation to report to the European Parliament and the European Council on the functioning of the ODR platform annually.⁸³ There are three reports from the European Commission on the functioning of the ODR platform (hereinafter First Report 2017,⁸⁴ Second Report 2018,⁸⁵ Third Report 2019⁸⁶).

After reviewing all three reports, leads to the following conclusions:

1. Most of the complaints relate to the following retail sectors, respectively 2017-2019: a) airlines (8.5%, 13%, 14%), after the outbreak of COVID-19, almost all flights were suspended; therefore, it can be predicted that the number of complaints against traders in the airline’s domain was sparkled;

⁷⁷ *Id.*, art. 8 (1).

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Id.*, art. 8 (2).

⁸⁰ *Id.*, art. 9 (6).

⁸¹ *Id.*, art. 9 (8).

⁸² See The European Commission, *Complain against a Consumer*. Available at: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.trader.register> (last visited Dec. 30, 2021).

⁸³ *Supra* note 69, art. 21 (1).

⁸⁴ See The European Commission, *First Report to the European Parliament and the Council on the functioning of the European Online Dispute Resolution Platform established under Regulation (EU) No 524/2013 on Online Dispute Resolution for Consumer Disputes (2017)*.

⁸⁵ See The European Commission, *Second Report to the European Parliament and the Council on the functioning of the European Online Dispute Resolution Platform established under Regulation (EU) No 524/2013 on Online Dispute Resolution for Consumer Disputes (2018)*.

⁸⁶ See The European Commission, *Third Report to the European Parliament and the Council on the functioning of the European Online Dispute Resolution Platform established under Regulation (EU) No 524/2013 on Online Dispute Resolution for Consumer Disputes (2019)*.

- b) clothes and shoes (11%, 11%, 10.6%); c) ICT goods (8%, 8%, 6%);
2. The peak of the growth of complaints covers the months of November-January (about 3-4 thousand complaints); the reason for the increase is probably due to the seasonal peak of online purchases;
3. Most complaints are filed in such countries: Germany, England and France (approximately 5-6 thousand);
4. The dramatic increase of awareness and interest among the people. Just in the first year of operation, the website received approximately 1.9 million people; this number was reached its peak in 2018 at 5 million people;
5. Cross-border issues. The data of the three reports show that around 40% of complaints on the ODR platform are cross-border;
6. The data reveals that around 80% of the complaints were closed automatically within 30 days deadline period, and around 2% of complaints reached an ADR body;
7. Approximately 10% of the cases were refused by traders.

In 2019, specific changes were made to the ODR platform. The visitors were asked to pass the so-called “self-test” according to the new changes. Through self-testing, visitors could determine which solution method would be most appropriate or beneficial for their problem and contact the trader bilaterally, the European Consumer Center, or directly with the ADR organization.⁸⁷ After the adoption of the new self-testing system, statistics reveals that the interaction of visitors with the platform increased fourfold compared to when consumers could only file a complaint. Therefore, the number of complaints decreased, as the consumers found out that this method of the resolution was not optimal for their problem.

IV. Artificial Intelligence in the Online Dispute Resolution

The ODR system can be divided into two generations. In the first generation of the ODR system, the key link is the person himself, making appropriate decisions independently. In other words, in the first generation of the ODR system, the dominant role is played by arbitrators, mediators or other third parties who have the appropriate skills.⁸⁸ Undoubtedly, the use of electronic tools in this system is also necessary to resolve a dispute, however, electronic tools are considered auxiliary, not having independence. The main purpose of electronic tools is to help to simplify data management and improve communication between parties.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Davide Carneiro, Paulo Novais, John Zeleznikow and José Neves, *Conflict Resolution and Its Context*, 215 (2014).

1. Second generation or fourth and fifth party ODR systems

In this system, technology plays a more active and decisive role in dispute resolution. This type of ODR system goes beyond the usual ODR process and is used to generate ideas, define strategies, and make decisions.⁸⁹ The role of people in this system is small. Sophisticated technologies used in the second generation of ODR systems include not only the use of communication technologies but also artificial intelligence (hereinafter AI), through which logical conclusions are made. AI in the ODR system is currently developing rapidly, but there are still doubts about the use of artificial intelligence, which is explained by the danger of replacing people with it.⁹⁰ In order to understand the use of AI in the ODR system, first, the legal definition of AI should be reviewed.

In April 2021, the European Commission published the Proposal for a “Regulation Laying Down Harmonized Rules on Artificial Intelligence (hence Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts”.⁹¹ The goal of the initiative is to create the first EU legal framework governing the entire lifecycle of AI use in all sectors. The document does not disclose the concept of artificial intelligence; however, it defines four main risk-based approaches to using AI:

- 1) minimal risk;
- 2) limited risk;
- 3) high-risk;
- 4) unacceptable risk.

AI system or AI can be described as a software or hardware device that displays behavior that imitates intelligence, including collecting and processing data, analyzing and interpreting the information received and endowed with autonomy to perform any actions to achieve specific goals.

2. The use of AI in the ODR system

The use of AI in legal practice, as well as in arbitration by the academy, has been discussed for several years. Science often indicates the possibility of using AI in arbitration as an auxiliary tool for arbitrators or even wholly replacing arbitrators with Artificial Intelligence. According to Christine Sim artificial intelligence has the possibility to take over the arbitration. She assumes that AI can replace arbitrators and is theoretically feasible: arbitrators have the right to refer a dispute to an arbitrator freely and the concept of an arbitration agreement does not require the mandatory participation of a

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ See Proposal for a Regulation of The European Parliament and of The Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts (2021).

human arbitrator.⁹² Also, he notes that the parties can enter into an agreement on the transfer of the dispute for resolution by the AI, and such an agreement could be enforced under the New York Convention 1958.⁹³

Nevertheless, there are also certain obstacles to the possibility of the functioning of arbitration through AI:

1) **AI bias.** This obstacle is due to the fact that AI can inherit from the practice embedded in it. The possibility of bias against companies, which are in most cases the winning side, remains open.⁹⁴

2) **Lack of sufficient data.** As is known, in contrast to court proceedings, arbitration is carried out confidentially; therefore, there is no sufficient open data on previously considered cases. AI systems are based on information extracted from data and decision making by AI algorithms. In this case, the arbitral awards should be publicly available rather than confidential.⁹⁵

3) **AI as a Black Box.**⁹⁶ Problems related to the legitimacy of decisions made. AI decision-making systems do not explain how the decisions were made, while in traditional arbitration, a human arbitrator gives legitimacy to the arbitral award.⁹⁷

4) **A subject of law or an object.** The subject of law is considered a person who has the right to exercise subjective rights and bear legal obligations, and the object is accepted – the legal relationship itself. The lack of sole recognition of AI as a subject or object of law, in theory, creates legal uncertainties concerning AI arbitrators. Also, according to the laws of many countries, an arbitrator must have specific personality characteristics – intelligence, independence, impartiality, “diligence”.⁹⁸ “Concept of fair justice is inseparable from human ethics”.⁹⁹ It is difficult to imagine that the parties would want their case to be considered by the AI arbitrators since it seems impossible to interview the AI arbitrators, devoid of the emotional responsiveness and “sociological trace” characteristic of a human being.¹⁰⁰

5) **Being heard.** Will the AI detect the parties’ bad faith behavior in the

⁹² Christine Sim, *Will Artificial Intelligence Take over Arbitration?*, 14 Asian Journal of International Arbitration, 5 (2018).

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Jean R. Sternlight, *Creeping Mandatory Arbitration: Is It Just?*, 57 Stanford Law Review 1631, 1650 (2005).

⁹⁵ Malatesta Alberto and Sali Rinaldo, *The Rise of Transparency in International Arbitration: The Case for the Anonymous Publication of Arbitral Awards*, 72 (2013).

⁹⁶ Gizem Halis Kasap, *Can Artificial Intelligence (‘AI’) Replace Human Arbitrators?*, 2 Journal of Dispute Resolution 219, 229 (2021).

⁹⁷ Sim, *supra* note 92, 12-13.

⁹⁸ Maud Piers and Christian Aschauer, *Arbitration in the Digital Age*, 50 (2018).

⁹⁹ Zbyněk Loebel, *Can a Robojudge Be Fair?* (2019),

<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/12/16/can-a-robojudge-be-fair/> (last visited Dec. 18, 2021).

¹⁰⁰ Дмитрий В. Красиков, *Искусственный Интеллект: Проблемы и Перспективы Использования в Практике Международного Арбитража*, 4 Государство и Право 122, 127 (2021).

process? Will the parties' right to be heard be respected? Without adequate flexibility and control over the process, the effectiveness of artificial intelligence as an arbiter is nothing more than a myth.

AI can be used to research law and analyze the parties' positions to the dispute, including comparing the conclusions of human arbitrators with the decisions of AI arbitrators. Therefore, at present, full or partial replacement of a human arbitrator is inconceivable and the participation of a human arbitrator is a key condition for an arbitration procedure.¹⁰¹

Conclusion

Tracking the historical development of the ODR is a clear example of the fact that the potential for using the ODR is very high. The functioning of the ODR over a 30-year period of development shows positive trends in the use of these tools to resolve, in most cases, commercial disputes. ODR methods have become new mechanisms for resolving disputes arising from electronic contracts. It should be noted that traditional dispute resolution mechanisms should not be viewed as a competitor or alternative to ODR. ODR emerged as a result of technological progress and went beyond the ADRs. It must be recognized that the potential for using ODR is not only to be used to resolve disputes for online disputes but also for offline disputes. In particular, the year 2020 has further strengthened the development of ODR also in offline disputes. Not the adoption of an internationally binding document in the ODR, but only technical recommendations and the lack of a comprehensive concept in the ODR is a barrier to the development of the ODR. In most cases, all states' adoption of an internationally binding document is impossible since the Member States have their interests and points of view. However, in order to achieve effective results, the countries of the world must come to a certain consensus. Until a certain consensus is reached, countries themselves must develop ODR methods on their own. This development at this point occurs mainly at the local level, which gives a certain impetus to the development of the ODR. The lack of a single accepted concept of ODR, in my opinion, is due to the constant development and change of technological capabilities. I think in such a constant development of digital technologies, the adoption of a single concept of ODR could limit the application of new technologies in the future. Therefore, in my opinion, it is better to define the areas of mandatory and alternative (at the discretion of the parties) application of the ODR. Despite the absence of a uniform internationally accepted agreement on the applicability of the ODR, the parties are free to resolve the dispute using the ODR to the extent that the forms of resolution are appropriate to their dispute.

Having considered the forms of the ODR, it can be concluded that as a result of their application, many legal questions and uncertainties arise.

¹⁰¹ Piers and Aschauer, *supra* note 97, 48.

Unlike traditional arbitration, where decisions are coercive in recognition, the issue remains open in online arbitration. After analyzing the New York Convention 1958, the process of enforcement of traditional arbitral awards can be and applies to an online arbitration award, as soon as it is necessary to clarify the procedural principles of online arbitration so that the criteria for enforcement could be clear for parties and law enforcement.

The European Practice of Laws and ODR Platform functioning is a clear example of the rapid development and high potential of ODR. Statistics only in recent years show how the flow of people who have turned to resolve disputes through the ODR has increased. It is much better, more efficient and faster than, for example, the same litigation or the traditional method of alternative dispute resolution. Thus, both parties maintain their funds and business relationship despite the dispute arising. Therefore, the Win-Win solution is considered beneficial for both parties.

Due to the listed issues in the application of AI, at the moment, it is not possible to use AI in dispute resolution in ODR. However, further development will be able to clarify the application of AI in ODR.

*Sevil Həziyeva**

YERALTI SULAR HÜQUQUN OBYEKTİ KİMİ: AZƏRBAYCAN RESPUBLİKASI VƏ BEYNƏLXALQ QANUNVERİCİLİKDƏ YERALTI SULARIN TƏNZİMLƏNMƏSİ, İSTİFADƏSİ VƏ MÜHAFİZƏSİ MƏSƏLƏLƏRİ

Annotasiya

Məqalədə yeraltı suların getdikcə artan əhəmiyyəti və hüquqi tənzimlənməsinin müxtəlif aspektləri araşdırılmış, həmin su obyektləri üzərində mülkiyyətin tarixən formalaşan və hal-hazırda da öz aktuallığını qoruyub-saxlamağı bacarmış müxtəlif formaları ətraflı şəkildə incələnmiş, bu sahədə Amerika Birləşmiş Ştatlarının qanunvericiliyi və Azərbaycan Respublikası qanunlarının xarakterik xüsusiyyətləri araşdırılaraq müqayisə edilmişdir. Eyni zamanda məqalədə yeraltı sulardan milli qanunvericilik çərçivəsində istifadə qaydaları və şərtləri göstərilmiş, yeraltı suların tənzimlənməsi sahəsində fəaliyyət göstərən icra hakimiyyəti orqanlarının səlahiyyətləri, fəaliyyətlərinin əsas istiqamətləri üzrə müxtəlif mənbələrə istinad edilməklə tədqiqat aparılmışdır. Bundan əlavə, yeraltı suların əsas çirklənmə mənbələrinə diqqət çəkilərək onların hüquqi mühafizəsinin əsasları öyrənilmiş, müvafiq normativ hüquqi aktlarda yeraltı sularla bağlı olan hüquq pozuntularına tətbiq edilən inzibati tənbeh tədbirləri, cəzalar və s. araşdırılmışdır. Son olaraq, məqalədə beynəlxalq sahədə nizamlanma üçün əsas olan qanunvericilik aktları tədqiq edilmiş, beynəlxalq praktikaya yerli qanunvericilikdə hansı dərəcədə riayət olunması məsələsi araşdırılmış, müəyyən çatışmazlıq və boşluqlara diqqət çəkilmişdir.

Abstract

The article examines the growing importance of groundwater and various aspects of its legal regulation and examines in detail the various forms of ownership of these water bodies that have historically formed and are still relevant today, as well as the characteristics of United States of America legislation and the laws of the Republic of Azerbaijan were investigated and compared. At the same time, the article shows the rules and conditions of use of groundwater within the framework of national legislation, conducted a study with reference to various sources on the powers of the executive authorities in the field of groundwater regulation, the main areas of activity. Moreover, the main sources of groundwater pollution, the basics of their legal protection, the relevant regulations, administrative sanctions, penalties, etc. applied to violations of groundwater rights have been researched. Lastly, the legislative acts that are the basis for regulation in the international arena have been studied, the question of the extent to which international practice is observed in local legislation has been investigated, and certain shortcomings and gaps have been noted in the article.

MÜNDƏRİCAT

Giriş 45

* Bakı Dövlət Universiteti, Hüquq fakültəsi, 3-cü kurs tələbəsi.

I. Azərbaycan Respublikası ərazisində yeraltı suların hüquqi rejimi.....	47
A. Yeraltı suların anlayışı, əhəmiyyəti və yeraltı su mənbələri üzərində mülkiyyət.....	47
B. Yeraltı suların Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyinə uyğun istifadəsi.....	52
C. Yeraltı suların çirklənməsi və çirklənmədən mühafizəsi problemlərinin qanunvericilikdə tənzimlənməsi.....	56
II. Yeraltı suların beynəlxalq hüquqi rejimi.....	60
A. “Sərhəddən keçən su axınlarının və beynəlxalq göllərin mühafizəsi və istifadəsi haqqında” BMT Konvensiyasının “Su və sağlamlıq haqqında” Protokolu.....	61
B. Avropa İttifaqı Su Çərçivə Direktivi.....	64
Nəticə.....	65

Giriş

Müasir dünyada cəmiyyətin və eləcə də dövlətlərin ən mühüm vəzifələrindən biri də planetin ekoloji balansının qorunub saxlanılması və ekoloji obyektlərin məqsədəuyğun, ağlabatan formada istifadəsidir. Bildiyimiz kimi, ekoloji mənbələrdən istifadənin ən mühüm prinsiplərindən biri də onların ən əsas ehtiyaclar üçün istifadə edilməsi və bu zaman gələcək nəsillərin mənafeyinin nəzərə alınmasıdır. Bu xüsusda “ağlabatan istifadə” dedikdə israfçılığın qarşısını almaqla su obyektlərinin gələcəkdə bərpa edilməsinə şərait yaradacaq şəkildə effektiv istifadəsi nəzərdə tutulur.¹

Adıçəkilən sahədə aparılan fəaliyyətin başlıca istiqamətlərindən biri ətraf mühitin ən əhəmiyyətli ünsürlərindən olan suyun istifadəsi və mühafizəsi məsələsidir. Məlum olduğu kimi, Yer in su təbəqəsi hidrosfer adlanır və ən ümumi mənada hidrosferin dünya okeanı, kontinental sular və yeraltı sulara bölünməsi qəbul edilmişdir.² Yeraltı sular insanlar, ətraf mühit və bütövlükdə Yer planeti üçün mühüm həyati resurslardan biri hesab olunur. Yer səthinin altında yerləşən sular planetin şirin su ehtiyatının 98%-ni təşkil edir və bu da orta hesabla istehlak edilən ümumi suyun üçdə birinə bərabərdir.³ Bu qiymətli su mənbələri dünya əhalisinin 50%-ə qədərini tamamilə və ya qismən içməli su ilə təmin edir və həmçinin kənd təsərrüfatı üçün suvarma suyunun təxminən yarısının (43%-i) mənbəyidir.⁴ Dünyada yaşayan 2,5

¹ Brian E. Gray, *The Reasonable Use Doctrine in California Water Law and Policy*, 83 (2015).

² Həniyə Babayev, *Ekologiya və Müasir Hidrosfer*, 88 (2007).

³ Natalie Parletta, *The Importance of Groundwater and of Predicting Human Impacts on It* (2020), <https://www.forbes.com/sites/natalieparletta/2019/07/17/the-importance-of-groundwater-and-of-predicting-human-impacts-on-it/?sh=e1b31f01614b> (son baxış 20 dekabr 2021).

⁴ The Groundwater Project, *The Importance of Groundwater*, <https://gw-project.org/the-importance-of-groundwater/> (son baxış 23 dekabr 2021).

milyard insan üçün gündəlik suya olan ehtiyaclarını ödəmək böyük ölçüdə yeraltı su ehtiyatlarından asılıdır.⁵ Yeraltı su ehtiyatlarının böyük bir qismi yerin təkində yerləşir. Maraqlıdır ki, planetdə səth sularının yox dərəcəsində olduğu yerlərdə belə yerin təkində yeraltı su mənbələri aşkar olunaraq istifadəyə verilir. Belə ki, əlverişsiz həyat şəraitlərinə görə yaşayışın mümkünsüz olduğu Saxara səhrasında 150-200 metr dərinlikdə yeraltı suların varlığı aşkar edilmişdir.⁶ Bu da öz növbəsində, yeraltı suların dünya üzərində paylanması vəziyyətinin səth sularına nisbətdə olduqca fərqli olduğunu göstərir.

Dünyanın hər bir ölkəsi öz ərazisində yerləşən və istifadəyə yararlı səth və yeraltı su ehtiyatlarını öyrənərək müvafiq statistikalar hazırlayır, su mənbələrinin yerləşdiyi yerləri aşkar etməklə onların mühafizəsi üçün müvafiq tədbirlər görür. Bu məqsədlə Azərbaycan Respublikasında da yeraltı su ehtiyatları ilə bağlı bir sıra tənzimlənmələr həyata keçirilir. Ölkəmizin su təminatı bir çox spesifik xüsusiyyətlərə malikdir. Belə ki, bu təminat su anbarlarının köməyi ilə yeraltı suların, həmçinin Kür və Araz kimi böyük çaylardan alınır, lakin adı çəkilən çaylar, eləcə də digər içməli su mənbələri öz başlanğıcını Türkiyə, Rusiya və Gürcüstan kimi qonşu ölkələrdən götürür.

Qeyd etmək lazımdır ki, Azərbaycan Respublikası dünyada sudan asılı ölkələr arasında 16-cı yerdədir.⁷ Bundan əlavə, Cənubi Qafqazın ümumi su ehtiyatlarının cəmi 10%-i Azərbaycan Respublikasının payına düşür.⁸ Məhz bu səbəbdən ölkədə yerləşən yeraltı suların məqsədəuyğun istifadəsi xüsusi əhəmiyyət kəsb edir.

Yuxarıda sadalanan faktlara əsasən bildirilməlidir ki, yeraltı suların beynəlxalq, regional və yerli qanunvericilik səviyyəsində tənzimlənməsi bir çox dövlətlərin və təşkilatların daim diqqət mərkəzindədir. Məqalədə də bu qiymətli mənbələrin əhəmiyyəti nəzərə alınaraq yeraltı suların bugünkü hüquqi rejimi, Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyinin müxtəlif normativ aktlarında tənzimlənən istifadə və çirklənmədən mühafizəsi ilə bağlı normalar araşdırılacaq, eləcə də Azərbaycan Respublikasının yeraltı sularla bağlı ratifikasiya etdiyi beynəlxalq müqavilələr təhlil ediləcək, sonda qanunvericilikdəki boşluq və çatışmazlıqlarla bağlı müvafiq tövsiyələr veriləcəkdir.

⁵ Yenə orada.

⁶ Babayev, yuxarıda istinad 2, 92.

⁷ Hubert Lohr, Şamil Hüseynov, Maqşud Babayev və Teymur Osmanov, Birləşmiş Millətlər Təşkilatı/Qlobal Ekoloji Fond II Kür Layihəsi - Azərbaycanda Su Sektorunda Mövcud və Planlaşdırılan Qanunlar, Qaydalar və Onların Tətbiqetmə Mexanizmləri, 20 (2018).

⁸ İlham Məmmədov, Azərbaycanda İçməli Su Problemi: Dövlət Nəzarəti və İctimai Məsuliyyət, 7 (2010).

I. Azərbaycan Respublikası ərazisində yeraltı suların hüquqi rejimi

A. Yeraltı suların anlayışı, əhəmiyyəti və yeraltı su mənbələri üzərində mülkiyyət

Yeraltı sular iqtisadi, sosial, ekoloji və siyasi baxımdan mühüm əhəmiyyət kəsb edir. Belə ki, iqtisadi baxımdan yeraltı sular Türkiyə, Pakistan, İran İslam Respublikası, Meksika və s. kimi ölkələrdə sənaye və kənd təsərrüfatının müxtəlif sahələrində geniş şəkildə istifadə olunur.⁹ Sosial aspektdən bu sular dünya əhalisinin yarısından çoxunun əsas su ehtiyaclarının qarşılmasına xidmət edir.¹⁰ Məsələn, "Azərsu" Açıq Səhmdar Cəmiyyəti kommunal-məişət təminatı üçün həm səth sularından, həm də yeraltı sulardan istifadə edir.¹¹ Ekoloji cəhətdən yeraltı sular səth sularının, eləcə də kökləri torpaqla sıx bağlı olan ağacların və digər mikroorqanizmlərin qidalanmasının əsas vasitələrindəndir.

Yeraltı suların bu qədər mühüm əhəmiyyətinə baxmayaraq onlara həm beynəlxalq, həm də yerli qanunvericilikdə nisbətən az diqqət yetirilmiş və olduqca məhdud şəkildə tənzimlənmişdir. Ölkəmizdə yeraltı suların tənzimlənməsi Su Məcəlləsi, "Yerin təki haqqında", "Su təchizatı və tullantı suları haqqında", "Ətraf mühitin mühafizəsi haqqında", "Bələdiyyələrin su təsərrüfatı haqqında" və bir sıra başqa qanunlar və Nazirlər Kabinetinin müvafiq qərarları ilə məsələn, "Sudan istifadə Qaydalarının təsdiq edilməsi haqqında" Azərbaycan Respublikası Nazirlər Kabinetinin Qərarı, həmçinin Ekologiya və Təbii Sərvətlər Nazirliyinin metodiki göstərişləri və s. ilə həyata keçirilir. Sadalanan normativ aktlarda yeraltı sulardan müvafiq maddələrdə və bəndlərdə bəhs edilmiş, mahiyyətinə toxunulmuş, lakin hər hansı vahid və sistemli tənzimlənmə aparılmamışdır. Azərbaycan Respublikasının Su Məcəlləsinin 7-ci maddəsində yeraltı sulara belə bir anlayış verilmişdir:

"Yeraltı su obyektlərinə yerin təkində yerləşən geoloji strukturlarda toplanmış sular daxildir".¹²

Həmin maddədə yeraltı su obyektlərinin dairəsi də müəyyənləşdirilmişdir:¹³

- *"sulu horizont — yerin təkində geoloji struktur daxilində yerləşən, məsamələrinə, çatlarında və boşluqlarında hidravlik əlaqəli sular toplanmış süxurlar təbəqəsi (lay);*
- *yeraltı su hövzəsi — yerin təkində müəyyən geoloji struktur daxilində yerləşən*

⁹ S. Siebert, J. Burke, M. Faures, K. Frenken, J. Hoogeven, P. Döll, F. T. Portmann, *Groundwater Use for Irrigation – A Global Inventory*, 14 Hydrology Earth System Sciences 1863, 1871 (2010).

¹⁰ Yuxarıda istinad 4.

¹¹ Ramçand Oad, Dennis Viçelnz, Ted Patterson, Stiv Parsons, Mərkəzi və Qərbi Asiyada Su Ehtiyatları Sektoru üzrə Strategiyaların İşlənilib Hazırlanması: Azərbaycan Respublikası, 25 (2015).

¹² Azərbaycan Respublikasının Su Məcəlləsi, mad. 7 (1997).

¹³ Yəne orada.

sulu horizontların, sulu çatların məcmusu;

- *yeraltı su yatağı — sulu horizontun yeraltı suların çıxarılması üçün əlverişli şəraiti olan hissəsidir”.*

Bu maddəyə əsasən qanunvericilikdə yeraltı sulara sadəcə su mənbəsi olaraq deyil, eləcə də kompleks obyekt kimi baxıldığını müşahidə etmək mümkündür.

Yeraltı su obyektləri üzərində mülkiyyət hüququ məsələsi də olduqca ziddiyyətlidir. Belə ki, “qədim Roma hüququnda formalaşan və müasir dövrdə bir sıra kontinental hüquq ölkələrinin qanunvericiliyində qəbul olunmuş konsepsiyada yeraltı sular üzərində mülkiyyət torpaq üzərindəki mülkiyyətlə birbaşa bağlıdır. Yəni torpağın sahibi eyni zamanda həmin torpağın alt səthində yerləşən yeraltı suların da sahibi hesab olunur”.¹⁴ Digər bir yanaşma isə yeraltı suların konkret şəxslərin fərdi mülkiyyətində deyil, cəmiyyət üzvlərinin ümumi mülkiyyətində olması ilə bağlıdır. Bu nəzəriyyəyə görə hər kəsin əsas ehtiyacları üçün yeraltı sulardan istifadəyə bərabər hüquqları vardır.¹⁵ Bu yanaşma bəzi dini mənbələrdə də öz əksini tapmışdır. Məsələn, İslam qanunlarında “susuzluq haqqı (haqq-ı şərb)” anlayışına görə heyvanların da insanlarla bərabər təmiz sudan istifadə hüquqları vardır.¹⁶

Yuxarıda sadalanan konsepsiyalara diqqət yetirərkən görünür ki, yeraltı su ehtiyatları üzərində mülkiyyət hüququnun müəyyənləşdirilməsi ictimai həyatda və hüquqda kifayət qədər problemlə məsələlərdən biridir. Belə ki, yerüstü su ehtiyatlarının aşkarlıq xarakterinə görə tənzimlənməsi rahatdır, çünki bu zaman onların harada yerləşdiyi və hansı subyektə məxsus torpaqdan keçdiyini asan bir şəkildə müəyyənləşdirmək olur. Bundan fərqli olaraq yeraltı su ehtiyatları yer səthinin altında yerləşdiyindən çox vaxt gizli olur və onları konseptuallaşdırmaq daha çətin hesab olunur. Bu baxımdan müxtəlif ölkələrin qanunvericiliyində mövcud olan yanaşmalar da birbirindən fərqlənir. Məsələn, yeraltı suların ən detallı və aydın tənzimləndiyi ölkələrdən biri olan ABŞ-də bu sahədəki praktikanı analiz etsək, məsələ daha anlaşıqlı olar.

Amerika Birləşmiş Ştatlarının yeraltı sularla bağlı qanunvericiliyinin olduqca maraqlı inkişaf tarixi vardır, belə ki, bu normaların təkamülü müxtəlif formalarda baş vermişdir. Qanunvericilikdə mülkiyyət və istifadə hüquqları fərqli nəzəriyyələr əsasında formalaşmışdır:¹⁷

1. Mütləq hökmranlıq (“mütləq sahiblik” və ya “işğal hüququ”);
2. Korrelyativ hüquqlar;

¹⁴ Food and Agriculture Organization of the United Nations, Groundwater Management – the Search for Practical Approaches, § 5 (2003).

¹⁵ Yenə orada.

¹⁶ James L. Wescoat Jr., *The “Right of Thirst” for Animals in Islamic Law: A Comparative Approach*, 13 Environment and Planning D: Society and Space 637, 637 (1995).

¹⁷ Joseph W. Dellapenna, *A Primer on Groundwater Law*, 49 Idaho Law Review 265, 269 (2013).

3. Mənsubiyyət hüququ.

Mütləq hökmranlıq konsepsiyası birbaşa olaraq mülkiyyətə mütləq şəkildə sahib olma qaydasını müəyyən edir.¹⁸ 19-cu əsrdə formalaşan bu nəzəriyyəyə əsasən torpaq mülkiyyətçisi olan şəxs, eyni zamanda onda yerləşən yeraltı suların da mülkiyyətçisi hesab olunurdu. Buna baxmayaraq bu hüquq “tutma qaydası” çərçivəsində həyata keçirilir, yəni torpaq mülkiyyətçisi yeraltı suyu hər hansı bir formada “işğal etmirsə” (məsələn, suyun quyu qazılaraq çəkilməsi), onun mülkiyyət hüququ yaranmır.¹⁹ Bu konsepsiya məhz Pensilvaniya Ali Məhkəməsinin *Westmoreland Cambria Nat. Gas Co. v. Dewitt*²⁰ olan məhkəmə işində verdiyi qərara əsaslanır. Məhkəmə qətnaməsinə görə “su, neft və qaz, heyvanlarla analoji xüsusiyyətlərə malikdir, bu maddələr digər minerallardan fərqli olaraq sahibinin iradəsi olmadan mövcud olduğu yerdən uzaqlaşmaq qabiliyyətinə sahibdir. Həmin maddələr mülkiyyətçinin torpağında olduğu dövrdə onun nəzarətinə tabedir, lakin onlar başqa mülkiyyətçinin torpağına hərəkət etdikdə, keçmiş sahibin onlara olan hüququ itir. Bununla birlikdə, mülkiyyətçi sudan əğlabatan şəkildə, yəni suyun mənbəsinə zərər vurmada və ətraf mühiti çirkləndirmədən istifadə etməli və digər şəxslərin (əsasən öz torpağına qonşurmadan və ətrafda olan torpaqların sahiblərinin) hüquqlarına zərər verməməlidir”.²¹ Üzərindən təxminən 2 əsr keçmiş bu konsepsiya artıq qüvvəsini itirmək üzrədir, belə ki, bu qayda ABŞ-nin sadəcə bir neçə ştatında – İndiana, Texas və Mendə müəyyən məhdudiyətlərlə tətbiq olunur.²²

Digər bir konsepsiya isə korrelyativ hüquqlar konsepsiyadır. Amerika məhkəmələri “korrelyativ hüquqlar” ifadəsini ilk dəfə XX əsrin əvvəllərində Minnesota və Nyu-Cersidə təqdim etmişdir.²³ Adı çəkilən yerdə bu ifadə yeraltı suların ticarət məqsədilə kütləvi çıxarılmasının qarşısını almaq və ya məhdudlaşdırmaq üçün istifadə edilmişdir.²⁴ Kaliforniyada isə bu termin fərqli formada istifadə edilmişdir. Kaliforniya məhkəməsinin *Katz v. Walkinshaw*²⁵ məhkəmə işi ilə bağlı olan qərarına əsasən korrelyativ hüquqlar imkan verir ki, ən azı suvarma məqsədilə su mənbəsi axtaran yeraltı su istifadəçiləri həmin mənbələri öz torpaq sahələrinə mütənasib olaraq paylaşsınlar.²⁶ Yəni bu yanaşma yeraltı su mənbələrinin üzərində hüquqi iddiası olan şəxslər arasında bölüşdürülməsini tələb edir.

Digər maraqlı bir yanaşma isə mənsubiyyət hüququ (appropriative rights)

¹⁸ Yenə orada, 270.

¹⁹ Yenə orada.

²⁰ *Westmoreland Etc. N. Gas Co. v. DeWitt*, 18 A. 724 (1889). Burada bax:

[https://cite.case.law/pdf/568976/Westmoreland%20N.%20Gas%20Co.%20v.%20DeWitt,%20130%20Pa.%20235%20\(1889\).pdf](https://cite.case.law/pdf/568976/Westmoreland%20N.%20Gas%20Co.%20v.%20DeWitt,%20130%20Pa.%20235%20(1889).pdf) (son baxış 20 dekabr 2021).

²¹ Yenə orada, 240.

²² Dellapenna, yuxarıda istinad 17, 274.

²³ Yenə orada, 276.

²⁴ Yenə orada.

²⁵ *Katz v. Walkinshaw*, 74 P. 766 (1903). Burada bax: <https://casetext.com/case/katz-v-walkinshaw> (son baxış 4 dekabr 2021).

²⁶ Yuxarıda istinad 17, 276.

ilə bağlıdır. Nəzəriyyə 19-cu əsrdə Kaliforniyada mövcud olan və inkişaf edən mədəncilik fəaliyyətinin məhsulu olmuşdur.²⁷ Bu hüquq *“vaxtda birinci olan hüquqda birinci olandır”* ideyasına əsaslanır (*“first in time is first in right”*).²⁸ Yəni yeraltı su yerləşən hövzə ilk kim tərəfindən əldə olunarsa, sahiblik hüququ da məhz ona məxsus olur. Mənsubiyyət hüququ, ümumiyyətlə, su ehtiyatları üzərindəki fiziki nəzarətə və onun faydalı istifadəsinə əsaslanır.²⁹ Bu hüququn daha bir maraqlı cəhəti isə suyun davamlı istifadəsindən asılı olmasıdır, yəni su mənbəyindən istifadə edilməməsi nəticəsində mənsubiyyət hüququ da itirilə bilər.³⁰

Ölkəmizdə su obyektləri üzərində mülkiyyət hüququ Amerika təcrübəsindən bir sıra əlamətlərinə görə fərqlənir. İlk olaraq, Amerika qanunvericiliyindəki subyektiv yanaşmadan fərqli olaraq yerli qanunvericilikdə mülkiyyət hüququ su obyektlərinin yerləşmə formasından asılı olmayaraq ümumi tənzimlənir, onun səth və ya yeraltı su obyekt olması qanunun gözündə elə bir fərq yaratmır. Eyni zamanda milli qanunvericilikdə su obyektlərinin böyük bir qismi üzərində mülkiyyət hüququ ayrı-ayrı fiziki və ya hüquqi şəxslərə deyil, məhz dövlətə məxsusdur.³¹ Azərbaycan Respublikasının Su Məcəlləsinin 5-ci maddəsinə görə isə *“yeraltı sular Azərbaycan Respublikasının su fonduna daxildir”*.³² Su Məcəlləsinin 12-ci maddəsinə əsasən isə *“Xəzər dənizinin (gölünün) Azərbaycan Respublikasına mənsub olan bölməsi, sərhəd su obyektləri, dövlət və yerli əhəmiyyətli yerüstü və yeraltı su obyektləri, xüsusi qorunan su obyektləri dövlətə məxsusdur və bu obyektlər qanunvericilikdə müəyyən edilmiş qaydada istifadəyə, icarəyə və bələdiyyə mülkiyyətinə verilə bilər”*.³³ Həmin məcəllənin 14-cü maddəsinə görə *“xüsusi mülkiyyətdə olan torpaq sahələrində yerləşən, başqa su obyektləri ilə hidravliki əlaqəsi və axarı olmayan kiçik sututarlar qanunvericiliklə müəyyən edilmiş qaydada xüsusi mülkiyyətə verilə bilər”*.³⁴ Bu hüquq Azərbaycan Respublikasının vətəndaşı olmayan şəxslərə və xarici dövlətlərin hüquqi şəxslərinə şamil edilmir.³⁵ Bu da o deməkdir ki, torpaq üzərindəki mülkiyyət rejimi, analoji olaraq su mənbələri üçün də tətbiq edilir.

Su ehtiyatlarının böyük bir qismi dövlətə məxsus olduğundan onların istismarı, istifadəsinə nəzarət və mühafizəsi məsələləri də müvafiq dövlət orqanları (Ekologiya və Təbii Sərvətlər Nazirliyi, “Azərsu” ASC, Dövlət Su Təsərrüfatı Agentliyi və s.) tərəfindən həyata keçirilir. Bu orqanların yeraltı sular sahəsindəki fəaliyyətləri isə öz məzmununa görə fərqlənir. Belə ki,

²⁷ Yenə orada, 298.

²⁸ Yenə orada.

²⁹ EERC, Water Appropriation Systems, 2. Burada bax: <https://undeerc.org/water/decision-support/water-law/pdf/water-appr-systems.pdf> (son baxış 5 dekabr 2021).

³⁰ Yenə orada.

³¹ Yuxarıda istinad 12, mad. 12.

³² Yenə orada, mad. 5.

³³ Yenə orada, mad. 12.

³⁴ Yenə orada, mad. 14.

³⁵ Yenə orada.

yeraltı suların kəşfiyyatı və monitorinqi, eləcə də ondan istifadənin əlaqələndirilməsi Ekologiya və Təbii Sərvətlər Nazirliyinin əsas vəzifələrindən hesab olunur.³⁶ Nazirliyinin Azərbaycan Respublikası Prezidentinin 2020-ci il 27 mart 975 nömrəli tarixli Fərmanı ilə təsdiq edilmiş Əsasnaməsində yeraltı su obyektləri ilə bağlı vəzifələri əks olunmuşdur. Adı çəkilən orqan *“su çıxarmaq üçün istismar quyularının qazılması və yeraltı suların istifadə qaydalarını, o cümlədən ekoloji tələblərə uyğun olaraq yeraltı və yerüstü təbii suların istifadəçilərə verilməsi, istifadəçilərdən geri qəbul edilməsi və təkrar istifadəyə verilməsi qaydalarını və şərtlərini müəyyən edir və buna nəzarət edir”*.³⁷ Eyni zamanda Əsasnamədə yeraltı su obyektlərinin uçotunun aparılması və yeraltı suların çirklənmədən qorunması məqsədilə fasiləsiz nəzarət tədbirlərinin həyata keçirilməsi də Nazirliyin əsas vəzifələri qismində göstərilmişdir.³⁸ Ölkə üzrə məişət suyu və bəzi müəssisələrin sənaye suları ilə təchizatı *“Azərsu”* ASC tərəfindən həyata keçirilir.³⁹ Bu məqamda məişət suları və sənaye sularının anlayışlarının verilməsi daha məqsədəuyğun olar. *“Sudan istifadə Qaydalarının təsdiq edilməsi haqqında”* Azərbaycan Respublikası Nazirlər Kabinetinin Qərarına əsasən *“məişət suları yaşayış məntəqəsində yaşayan əhəlinin və sənaye müəssisələri işçilərinin məişət (təsərrüfat) və içmək məqsədləri üçün istifadə etdikləri sudur”*,⁴⁰ *“sənaye suları isə istehsalat məqsədli sulardır, yəni istehsalat, sənaye, texnoloji və digər texniki məqsədlər üçün istifadə olunan sudur”*.⁴¹

İçməli suyun keyfiyyətinə birbaşa nəzarət və su ilə əlaqədar xəstəliklər üzrə monitorinqin aparılması məsələləri ilə isə Səhiyyə Nazirliyi məşğul olur.⁴² Səth və yeraltı suların istifadəsi sahəsindəki daha bir məsələ içməli su ehtiyatlarının saxlanması və su anbarları üzərindəki nəzarət tədbirləri ilə bağlıdır və bu məsələ Azərbaycan Respublikası Fövqəladə Hallar Nazirliyinin Su Ehtiyatları Dövlət Agentliyi tərəfindən tənظیم edilir. Həmin orqan *“balansında olan dövlət əhəmiyyətli su anbarlarının etibarlı mühafizəsini təmin edən, ölkədə su anbarlarının texniki vəziyyətinə müntəzəm nəzarəti həyata keçirən, ölkə ərazisində yerüstü, yeraltı su ehtiyatlarının, su obyektlərinin, hidrotexniki qurğuların, su təchizatı sistemlərinin monitorinqlərini aparan və ölkə ərazisində su ehtiyatlarının idarə olunmasının təkmilləşdirilməsini həyata keçirən icra hakimiyyəti orqanıdır”*.⁴³

³⁶ “Azərbaycan Respublikasının Ekologiya və Təbii Sərvətlər Nazirliyi haqqında” Əsasnamə, mad. 1.1 (2020).

³⁷ Firdovsi Əliyev, Azərbaycan Respublikasının Yeraltı Suları, Ehtiyatlarından İstifadə və Geoekoloji Problemləri, 184 (2000).

³⁸ Yuxarıda istinad 36, mad. 3.0.40 - 3.0.41.

³⁹ Adishirin B. Alakbarov, Groundwater of Azerbaijan, 13 (2013).

⁴⁰ “Sudan istifadə Qaydaları”nın təsdiq edilməsi haqqında Azərbaycan Respublikası Nazirlər Kabinetinin Qərarı, mad. 1.2.3 (2014).

⁴¹ Yenə orada, mad. 1.2.4.

⁴² Yenə orada.

⁴³ Azərbaycan Respublikası Fövqəladə Hallar Nazirliyi Su Ehtiyatları Dövlət Agentliyi, <https://www.fhn.gov.az/organizations.php?aze-399> (son baxış 20 dekabr 2021).

Sadalanın orqanların fəaliyyəti əhalinin sağlamlığı, ekoloji və eləcə də qida təhlükəsizliyi sahəsində tənzimləmə üçün olduqca mühüm səciyyəlidir və məhz bu səbəbdən onların davranış qaydaları və fəaliyyət sahəsi qanunla tam şəkildə tənzimlənir. Hesab olunur ki, bu dövlət qurumlarının fəaliyyətinə nəzarət tədbirlərinin artırılması, əlavə və növbədənkənar monitorinqlərin aparılması su siyasətinin daha məqsəduyğun həyata keçirilməsi və sudan istifadənin səmərəliliyinin artırılmasında mühüm rol oynayacaqdır.

B. Yeraltı suların Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyinə uyğun istifadəsi

Daha öncə də qeyd olunduğu kimi, yeraltı su mənbələri müxtəlif məqsədlər (məişət, sənaye, kənd təsərrüfatı, idman, istirahət) üçün istifadə olunur və qanunvericilikdə müvafiq şəkildə tənzimlənir. Su Məcəlləsinin 40-cı maddəsinə əsasən *“yeraltı suların istifadəyə verilməsi Azərbaycan Respublikasının su qanunvericiliyinə və Azərbaycan Respublikasının yerin təki haqqında olan qanunvericiliyinə uyğun olaraq həyata keçirilir”*.⁴⁴ Bu maddəyə istinad olaraq *“Yerin təki haqqında”* Qanunun 17-ci maddəsində deyilir ki, *“yeraltı içməli sulardan istifadə Azərbaycan Respublikasının müvafiq qanunvericilik aktları ilə müəyyən edilir”*.⁴⁵ Yeraltı suların böyük bir hissəsi dövlət mülkiyyətində olsa da, bütün fiziki və hüquqi şəxslərin yeraltı sulardan istifadə etmək hüququ vardır.⁴⁶ İstifadə sahələrindən ən başlıcası yeraltı suların içməli su və məişət məqsədli istifadəsidir.⁴⁷ Su Məcəlləsinin 16-cı maddəsinə əsasən yeraltı sulardan istifadənin böyük bir qismi məişət ehtiyacları üçün nəzərdə tutulmuşdur.⁴⁸ Buna uyğun olaraq hazırda Respublikanın 35-dən çox şəhər və qəsəbələrində əhalinin su ilə təchizatı tam və qismən yeraltı suların hesabına ödənilir.⁴⁹ Buraya Bakı, Sumqayıt, Gəncə, Ağdaş, Ağstafa, Bərdə, Tərtər, Naxçıvan, Ordubad və s. aiddir.⁵⁰ *“Respublika ərazisində şəhərlərin və yaşayış məntəqələrinin su təchizatı məqsədilə 60-dan çox yataq üzrə yeraltı suların istismar ehtiyatlarının təsdiq edilməsinə baxmayaraq, yalnız 20-ə yaxın mərkəzləşdirilmiş yeraltı sugötürücü fəaliyyət göstərir”*.⁵¹ Yeraltı sugötürücülər hidrotexniki qurğulara aiddir. *“Bu qurğular təbii (yeraltı sular, çaylar, göllər və s.) sulardan səmərəli istifadə və ya suyun zərərli təsirinə qarşı mübarizə məqsədilə tikilən xüsusi mühəndis qurğularıdır”*.⁵²

Sudan istifadə zamanı onun mühafizəsinin təşkili üçün hidrotexniki qurğular xüsusi əhəmiyyətə malikdir. Məhz buna görə də qurğuların digər

⁴⁴ Yuxarıda istinad 12, mad. 40.

⁴⁵ “Yerin təki haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 17 (1998).

⁴⁶ Əliyev, yuxarıda istinad 37, 13.

⁴⁷ Yuxarıda istinad 12, mad. 48.

⁴⁸ Yəne orada, mad. 16.

⁴⁹ Azərbaycan Respublikası Ekologiya və Təbii Sərvətlər Nazirliyi, Azərbaycanın Yeraltı Suları, <http://eco.gov.az/az/tebii-servetlerimiz/yeralti-sular> (son baxış 7 dekabr 2021).

⁵⁰ Yəne orada.

⁵¹ Yəne orada.

⁵² Qərib Məmmədov və Mahmud Xəlilov, Ekoloqların Məlumat Kitabı, 199 (2003).

təsdiq edilən yeraltı su ehtiyatlarının yerləşdiyi ərazilərdə quraşdırılması prosesi sürətləndirilməlidir ki, onların tez bir zamanda əhalinin istifadəsinə verilməsi mümkün olsun. Eyni zamanda istismar olunan texniki qurğuların istifadəyə yararsız vəziyyətə düşməsi ilə bağlı tədbirlər görülməli, həmin obyektlər yenisi ilə əvəz olunmalıdır.

Bu çatışmazlıqlara baxmayaraq, son dövrlərdə səth sularının səviyyəsinin azalması və digər ekoloji səbəblər cəmiyyət tərəfindən yeraltı suların istifadəsində əhəmiyyətli artımla nəticələnmişdir. *“Son illərin rəsmi məlumatlarına əsasən şirin və azminerallaşmaya malik yeraltı sulardan istifadənin həcmi regional ehtiyatların 1,5, təsdiq olunmuş ehtiyatların isə 26%-ni təşkil edir”*.⁵³ Bu sulardan istifadə sahəsində isə bir sıra başqa problemlər də nəzərə çarpır. Məsələn, Su Məcəlləsinin 48-ci maddəsinə əsasən *“içməli sulardan, bir qayda olaraq, içməli su və məişət ehtiyacları ilə əlaqədar olmayan məqsədlər üçün istifadə edilməsinə yol verilmir. Kifayət qədər yerüstü su mənbələri olmayan və içməli yeraltı su ehtiyatları çox olan regionlarda həmin sulardan başqa məqsədlər üçün müvafiq icra hakimiyyəti orqanlarının razılığı ilə istifadə edilə bilər”*.⁵⁴ Lakin ölkəmizdə yerləşən yeraltı su ehtiyatlarının sadəcə kiçik bir qismi (15-17%) məişət və içmək üçün, böyük bir hissəsi isə (83-85%) suvarma və texniki məqsədlər üçün istifadə edilir.⁵⁵ Belə ki, ölkə ərazisinin bir hissəsində içməli suya böyük tələbatın olduğu halda, xüsusilə Aran bölgəsində insanların su çatışmazlığı səbəbindən çirkli kanal və Kür çayının sularından istifadə etdikləri şəraitdə yeraltı suların 80-90 faizi suvarma və texniki məqsədlərlə istifadə olunur, bu isə *“Yerin təkisi haqqında”* Qanun, Su Məcəlləsi və digər normativ hüquqi aktlara ziddir.⁵⁶

Maraqlı məqamlardan biri də odur ki, Azərbaycanın paytaxtı olan Bakı şəhəri də hər zaman su qıtlığı ilə üzləşib. Bakının yerləşdiyi Abşeron yarımadası əlverişsiz iqlim şəraiti ilə tanınır, belə ki, burada çaylar yoxdur, yağıntının miqdarı da kifayət qədər deyil və torpaqlar yüksək şoranlığa malikdir. Məhz buna görə də Bakının keyfiyyətli içməli su ilə təmin edilməsi məsələsi tarix boyunca daim diqqət mərkəzində olmuşdur. Bakı Kür çayı sahilində yerləşməyə də, şəhərin əsas su ehtiyatını Kür çayı təşkil edir.⁵⁷ Azərbaycan isə Kür çayının mənsəbində yerləşir, buna görə də çayın suları ölkəmizə olduqca çirklənmiş vəziyyətdə gəlib çatır. 19-cu əsrin sonu, 20-ci əsrin əvvəllərində Bakıda içməli suyun çirkliliyi xolera (vəba) xəstəliyinin yayılmasına səbəb olmuş və bunun qarşısını almaq üçün 1904-1916-cı illərdə Şollar su bulaqlarından milyonçu Hacı Zeynalabdin Tağıyevin böyük əməyi nəticəsində Bakıya su kəməri çəkilmişdir. Müasir dövrdə isə paytaxt şəhərin böyüməsi və əhalisinin çoxalması nəzərə alınaraq Prezident İlham Əliyevin

⁵³ Yenə orada.

⁵⁴ Yuxarıda istinad 12, mad. 48.

⁵⁵ Yuxarıda istinad 37, 3.

⁵⁶ Yenə orada.

⁵⁷ Alakbarov, yuxarı istinad 39, 9.

“Azərbaycan Respublikası regionlarının, o cümlədən Qəbələ, İsmayıllı, Oğuz və Şamaxı rayonlarının sosial-iqtisadi inkişafının sürətləndirilməsinə dair əlavə tədbirlər haqqında” 25 avqust 2005-ci il tarixli 972 sayılı sərəncamı ilə Oğuz-Qəbələ-Bakı su kəməri layihəsinin icrasına başlanılmış və dünyanın ən böyük suqəbuledici qurğularından biri Bakı şəhərinin su təchizatı məqsədilə Azərbaycanın Oğuz yatağında – şimal-qərbdən 260 km məsafədə inşa edilmişdir.⁵⁸ Bu layihə paytaxtın su ilə təminatında böyük rol oynamış layihələrdən biri hesab olunur.

Yeraltı sulardan istifadə təkcə istifadə məqsədlərindən yox, həm də həmin su mənbələrinin xarakteristikasından da asılıdır. Azərbaycan Respublikası ərazisində yeraltı sular şirin, mineral, termal və sənaye suları şəklində təsnifatlandırılmışdır.⁵⁹ Respublika ərazisində bir sıra mineral su yataqlarına rast gəlinir ki, onların bir qismi dünyada şöhrət tapmışdır. Bunlara “Sirab”, “Badamlı”, “İstisu”, “Qalaaltı”, “Meşəsu” və digərlərini misal gətirmək olar. Mineral sular Naxçıvan MR, Kəlbəcər, Lənkəran bölgələrində daha geniş yayılmışdır.⁶⁰ İşğal dövründə Ermənistan tərəfindən Kəlbəcərin mineral suları böyük miqyasda xarici ölkələrə ixrac edilmişdir.⁶¹ Hal-hazırda işğaldan azad edilmiş ərazilərdə yeraltı və mineral sulardan istifadənin ekoloji-hüquqi tənzimlənməsi olduqca vacib məsələlərdəndir. Mineral sular öz istismar ehtiyatına və müalicə əhəmiyyətinə görə əhalinin sağlamlığında, eləcə də iqtisadi problemlərin həllində böyük rol oynamasına baxmayaraq bu sulardan heç də həmişə səmərəli şəkildə istifadə edilməmişdir. Bunun əsas səbəbi isə qanunvericilikdə bununla bağlı tənzimləyici normaların məhdud olmasıdır. Azərbaycan Respublikası Nazirlər Kabinetinin “Su obyektlərindən istirahət və idman üçün istifadə qaydaları haqqında Əsasnamənin təsdiq edilməsi barədə” qərarına əsasən *“mineral göllər, su qaynaqlarını yaradan yeraltı mineral və şirin suların yer səthinə yaxın olan hərəkət zonalarının yerləşdiyi sahələr istiqamətində axan yerüstü və qrunt (yeraltı) sularının mənbələrinin yerləşdiyi ərazilər, və mineral suların cəmləşdiyi təbii və süni anbarların yerləşdiyi sahələr ikinci zona (məhdudiyət zonası) olaraq mühafizə edilir və onların yerləşdiyi ərazidə hopdurma quyularının, suvarılma və yeraltı filtrasiya meydançalarının, qəbiristanlıqların olması, heyvan cəsədlərinin basdırılması; mal-qaranın otarılması və sürülməsi yaşıllıqların doğranması (sanitar və qulluq budamaları istisna edilməklə); təbii ehtiyatların keyfiyyətinin pisləşməsi və miqdarının azalmasına yol verən digər fəaliyyətlər qadağan edilir”*.⁶² Bu o deməkdir ki, mineral suların mənbələrinin hər hansı şəkildə çirkləndirilməsinə qanunvericilik qaydasında yol verilmir.

⁵⁸ “Azərsu” Açıq Səhmdar Cəmiyyəti, Oğuz-Qəbələ-Bakı Su Kəməri, <https://azersu.az/az/static/7/link/20> (son baxış 6 dekabr 2021).

⁵⁹ Yuxarıda istinad 37, 4.

⁶⁰ Azərbaycan Respublikası Ekologiya və Təbii Sərvətlər Nazirliyi, Mineral Sular, <http://eco.gov.az/az/tebii-servetlerimiz/mineral-sular> (son baxış 7 dekabr 2021).

⁶¹ Yenə orada.

⁶² “Su obyektlərindən istirahət və idman üçün istifadə qaydaları haqqında Əsasnamənin təsdiq edilməsi barədə” Azərbaycan Respublikası Nazirlər Kabinetinin Qərarı, mad. 4.4.2 (1997).

Azərbaycan Respublikasının ərazisi eyni zamanda yerin təkinin dərin horizontlarında yerləşən istilik enerji və sənaye əhəmiyyətli yüksək minerallaşmış termal və hidromineral xammal suları ilə zəngindir.⁶³ Sənaye əhəmiyyətli suların bir növü də yodlu-bromlu sulardır. Bu sular Respublika ərazisində Kür çökəkliyi və Abşeron yarımadasında yerləşən 5 əsas yataqda (Xıllı, Babazənən, Mişovdağ, Binə-Hövşan və Neftçala) cəmlənmişdir.⁶⁴ SSRİ dövründə bu mənbələrdən yod istehsalında geniş istifadə olunsada, hal-hazırda sənaye sularının istifadəsi olduqca məhdudlaşmışdır və sadəcə Neftçala və Xıllı yataqlarının yeraltı suları əsasında “Azər-Yod” MMC texniki yod istehsalı ilə məşğuldur.⁶⁵

Bundan əlavə, yeraltı sulardan texniki təchizat və digər istehsal ehtiyacları üçün istifadə edilə bilər.⁶⁶ “Sudan istifadə Qaydalarının təsdiq edilməsi haqqında” Azərbaycan Respublikası Nazirlər Kabinetinin Qərarında isə istehsalat məqsədli suya anlayış verilmişdir: *“istehsalat məqsədli su – istehsalat, sənaye, texnoloji və digər texniki məqsədlər üçün istifadə olunan sudur”*.⁶⁷ Su Məcəlləsinin 61-ci maddəsinə görə *“içməli su və ya müalicə kateqoriyasına aid edilməmiş yeraltı sulardan texniki təchizat, sənaye məqsədləri, o cümlədən onların tərkibində olan kimyəvi elementlərin çıxarılması, istilik enerjisi alınması və digər məqsədlər üçün müvafiq icra hakimiyyəti orqanı tərəfindən müəyyən olunmuş qaydada istifadə oluna bilər”*.⁶⁸ Bu istifadənin başlıca məqsədi isə onun cəmiyyətin xeyrinə yönəldilməsidir.

Yeraltı suların digər bir növü də termal sulardır və dünyanın bir çox ölkələrində onlardan təbii istilik mənbəyi kimi istifadə edilir.⁶⁹ Ölkəmizdə bu tip yeraltı sulardan istifadə hələ də öz həllini tapmamışdır. 1980-ci illərin əvvəllərindən başlayaraq termal sularla bağlı kəşfiyyat işlərinin başlanması ilə əlaqədar aparılan axtarış və kəşfiyyat işləri genişlənmiş, nəticədə bir sıra sahələr üzrə (Lənkəran, Gəncə) Texniki-İqtisadi Məruzələr (TİM), Xəzəryanı-Quba termal su yatağı üzrə isə Texniki-İqtisadi Əsaslandırma (TİƏ) hazırlanmışdır.⁷⁰ Lakin qanunvericilikdə termal sularla bağlı maddələrə rast gəlinmir. Bu isə dolayı olaraq, onların əhəmiyyətini gözardı etməkdir. Belə ki, termal sular və sənaye əhəmiyyətli sular alternativ enerji mənbəsinə çevrilə bilər və bu da həm büdcəyə qənaət olunmasında, həm də ətraf mühitin ekoloji çirklənməsindən müdafiəsində olduqca müsbət bir gedişat olacaqdır.

⁶³ Məmmədov və Xəlilov, yuxarıda istinad 52.

⁶⁴ Yəne orada.

⁶⁵ Yəne orada.

⁶⁶ Yuxarıda istinad 12, mad. 61.

⁶⁷ “Sudan istifadə Qaydaları”nın təsdiq edilməsi haqqında Azərbaycan Respublikası Nazirlər Kabinetinin Qərarı, mad. 1.2.4 (2014).

⁶⁸ Yəne orada.

⁶⁹ Yuxarıda istinad 52.

⁷⁰ Yəne orada.

C. Yeraltı suların çirklənməsi və çirklənmədən mühafizəsi problemlərinin qanunvericilikdə tənzimlənməsi

Yeraltı suların çirklənməsi ölkələri, ekologiyanın müdafiəsi ilə məşğul olan beynəlxalq təşkilatları (Birləşmiş Millətlər Təşkilatı, Təmiz Su Fondu, Dünya Su Şurası, Stokholm Beynəlxalq Su İnstitutu), həmçinin qeyri-hökumət təşkilatlarını, ümumilikdə, bütün cəmiyyəti narahat edən əsas ekoloji problemlərdəndir. Çirklənmiş yeraltı sulara anlayış versək, deyə bilərik ki, onlar *“insan fəaliyyəti nəticəsində kimyəvi və ya fiziki tərkibinin dəyişməsi ilə təbii sulardan fərqlənən sulardır”*.⁷¹ Yeraltı sular sənaye, təsərrüfat-məişət çirkab suları ilə, eləcə də kənd təsərrüfatı gübrələri, zəhərli kimyəvi maddələr, dənizin duzlu suları ilə çirkləndirilir. Bəzən yeraltı suların böyük miqdarda çirkləndirilməsinə haqq qazandırmaq üçün suların, o cümlədən yeraltı suların ətraf mühitdə özünü təmizləməsi ilə bağlı fikirlər gündəmə gətirilsə də, bu yanaşmanı düzgün hesab etmək olmaz. Son illərin təcrübəsi də göstərmişdir ki, yeraltı suların *“öz-özünə təmizlənməsi”* prosesi haqqındakı təsəvvür düzgün şəkildə əsaslandırılmamışdır.⁷² Araşdırmalardan da aydın olur ki, yeraltı suların, eləcə də göl, bataqlıq, buzlaqlarda olan suların təzələnməsi və tam bərpası çox ləng gedir.⁷³ Belə ki, suya hopan zərərli maddələr çox uzun müddətə, bəzən isə heç vaxt absorbsiya, yəni həll olunmur, buna görə də bu mənbələrin mühafizəsini təşkil etmək xüsusi əhəmiyyət kəsb edir.

Azərbaycan Respublikasında suların, eləcə də yeraltı suların çirklənməsinin ən əsas səbəblərindən biri də qonşu ölkələrin çaya öz tullantılarını, çirkab sularını axıtmasıdır. *“Belə ki, Azərbaycan Respublikasında faktiki qrunt (yeraltı) su ehtiyatları 2.15 milyard m³ hesab olunur. Bu suların isə ən iri qidalanma mənbəyi Kür və Araz çaylarıdır, lakin bu çaylar qonşu ölkələrdən ağır çirkləndiriciləri daşıyaraq Azərbaycandakı yeraltı sularının keyfiyyətinə potensial olaraq böyük zərər yetirir. Kür və Arazın çirklənmiş sularının insan sağlamlığına təsiri, eyni zamanda iki çayın sularında olan kimyəvi elementlərin və birləşmələrin qarşılıqlı təsiri də öyrənilməmişdir. Çirklənmiş çay sularının və onlarla əlaqədar olaraq, yeraltı sularının Xəzər dənizinin və çaykənarı ərazilərin ekosistemlərinə mənfi təsiri isə göz qabağındadır”*.⁷⁴ Həmçinin Kür çayı hövzəsinin aşağı yataq ərazilərində torpağın və yeraltı suların şoranlaşmasına görə burada yeraltı suların çıxarılması da mümkün deyil. Yeraltı sularının çirklənməsinin bu kimi mənfi təsirlərinə baxmayaraq, bu, mediada və dövlət qurumlarının məlumatlarında artan problem kimi deyil, qaçılmaz bir fakt kimi göstərilmişdir.⁷⁵

Bənzər bir problemi Oxçuçayla bağlı da nəzərə çatdıra bilərik.

⁷¹ Esmiralda Məmmədova, Hidrogeoloji Tədqiqat Üsulları, 140 (2008).

⁷² Yuxarıda istinad 37, 230.

⁷³ Yuxarıda istinad 2, 90.

⁷⁴ Yuxarıda istinad 39, 15.

⁷⁵ Yuxarıda istinad 4.

Ermənistanın Sünik bölgəsində yerləşən Zəngəzur Mis-Molibden Kombinatı uzun müddətdir ki, yeraltı yataqlarının istismarı zamanı zərərli tullantıları Oxçuçaya axıdır. Hal-hazırda Oxçuçay 5-ci kateqoriyalı, yəni ən aşağı keyfiyyətli suya malik çay hesab olunur və Ermənistanda bu çayın sularından suvarma məqsədli istifadə qadağan edilib. Lakin Oxçuçayın suları işğaldan azad edilmiş bölgələrdə Araz çayının sularına qarışır və bu da ətraf mühitin ekoloji sisteminə, eləcə də çay sularından qidalanan yeraltı suların keyfiyyətinə olduqca böyük zərər yetirir. Bu hərəkətlə Ermənistan eyni zamanda BMT-nin “Sərhəddən keçən su axınlarının və beynəlxalq göllərin mühafizəsi və istifadəsi üzrə” Konvensiyasının⁷⁶ tələblərini və eləcə də həmin Konvensiyanın “Su və Sağlamlıq haqqında” protokolunun “çirkləndirən ödəyir” prinsipini kobud şəkildə pozur⁷⁷ və bu məsələnin tənzimlənməsi həm də bölgənin ekoloji rifahının düzəlməsi və ətraf mühitin mühafizəsinin təmin edilməsi üçün mühüm əhəmiyyətlidir.

Yuxarıda da göstərildiyi kimi, yeraltı suların çirklənməsi çox ciddi nəticələrə gətirib çıxara bilər. Bunlardan biri də insan sağlamlığına olduqca zərərli olan çirkli sulardan istifadənin ürəkbulanma, qusma, ishal, baş ağrısı, tənəffüs yollarının xəstəlikləri, göz qıcıqlanması və burun qıcıqlanması kimi simptomlara, xərçəng, qaraciyərin zədələnməsi, böyrəklərin zədələnməsi, anemiya, sinir sistemi problemləri, qan dövranı sistemi problemləri, sümük xəstəlikləri, saç tökülməsi kimi xroniki xəstəliklərə səbəb ola bilməsi və hətta bəzən ölümlə nəticələnməsidir.⁷⁸ Eyni zamanda ekoloji balansın pozulması və su qıtlığının yaranması kimi olduqca xoşagəlməz halların baş verməsi də mümkündür. Bu kimi hallarla rastlaşmamaq üçün dövlətlər, o cümlədən təşkilatlar yeraltı suların müxtəlif mühafizə metodlarını (beynəlxalq əməkdaşlığın genişləndirilməsi, yeraltı sularla bağlı qanunvericiliyin təkmilləşdirilməsi, metodiki göstərişlərin hazırlanması və s.) araşdırıb tətbiq edirlər.

Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyində yeraltı suların mühafizəsi və onların çirkləndirilməsi ilə bağlı müvafiq tədbirlər görülməsi müxtəlif normativ aktlarda (Su Məcəlləsi, İnzibati Xətalər Məcəlləsi, Cinayət Məcəlləsi) əks olunmuşdur. Su Məcəlləsinin 88-ci maddəsi birbaşa olaraq yeraltı suların mühafizəsi ilə bağlıdır. Bu maddəyə əsasən *“qaz, neft və digər faydalı qazıntı yataqlarının axtarışı, kəşfiyyatı və istifadəsi ilə əlaqədar qazma və başqa mədən işləri görülərkən yeraltı su horizontları aşkara çıxarıldıqda, mədən işləri görən təşkilatlar dərhal bu barədə müvafiq icra hakimiyyəti orqanlarına məlumat verməli və yeraltı suların mühafizəsi üçün müəyyən edilmiş qaydada tədbirlər görməlidirlər. İcmali*

⁷⁶ “Sərhəddən keçən su axınlarının və beynəlxalq göllərin mühafizəsi və istifadəsi üzrə” BMT Konvensiyası (1992).

⁷⁷ “Sərhəddən keçən su axınlarının və beynəlxalq göllərin mühafizəsi və istifadəsi haqqında” 1992-ci il tarixli BMT Konvensiyasının “Su və sağlamlıq haqqında” Protokolu, mad. 5 (b) (1999).

⁷⁸ The U.S. Geological Survey, Water Science School, Contamination of Groundwater (2018), <https://www.usgs.gov/special-topics/water-science-school/science/contamination-groundwater> (son baxış 22 dekabr 2021).

yeraltı su yataqlarının yerləşdiyi zonalarda bərk və maye tullantı toplayıcılarının, zibilxanaların tikilməsinə, fəaliyyəti ilə yeraltı su yataqlarının çirklənməsi mənbəyi ola bilən sənaye, kənd təsərrüfatı və digər obyektlərin yerləşdirilməsinə yol verilmir”.⁷⁹ İnzibati Xəttər Məcəlləsinin 266-cı maddəsi də məişət xarakterli və içməli suların mühafizəsi ilə bağlıdır. Bu maddəyə əsasən “içməli su təchizatı və təsərrüfat-məişət ehtiyacları üçün istifadə olunan yeraltı su obyektlərinin sututar sahələrində və ya faydalı qazıntı yataqlarının olduğu yerlərin çirklənməsinə, yaxud yeraltı işlərin aparılmasına təhlükə yarandığı hallarda faydalı qazıntı laylarının olduğu və yeraltı işlərin aparıldığı yerlərdə tullantıların basdırılmasına görə, fiziki şəxslər yeddi yüz manatdan min manatadək məbləğdə, vəzifəli şəxslər üç min manatdan dörd min manatadək məbləğdə, hüquqi şəxslər səkkiz min beş yüz manatdan on min manatadək məbləğdə cərimə edilir”.⁸⁰ Yeraltı suların çirkləndirilməsinə görə Cinayət Məcəlləsində də məsuliyyət tədbiri nəzərdə tutulmuşdur. Həmin Məcəllənin 250-ci maddəsinə əsasən “yerüstü və ya yeraltı suların, istifadə olunan su mənbələrinin çirkləndirilməsi, tükənməsi və ya onların təbii xassələrinin başqa cür dəyişdirilməsi, heyvanlar və ya bitki aləminə, balıq və digər su bioresurslarına, meşə və ya kənd təsərrüfatına əhəmiyyətli zərərin vurulmasına səbəb olduqda, üç min manatdan altı min manatadək miqdarda cərimə və ya beş ilədək müddətə müəyyən vəzifə tutma və ya müəyyən fəaliyyətlə məşğul olma hüququndan məhrum etmə və ya iki ilədək müddətə islah işləri və ya bir ilədək müddətə azadlığın məhdudlaşdırılması və ya altı ayadək müddətə azadlıqdan məhrum etmə ilə cəzalandırılır. Həmçinin eyni əməllər insan sağlamlığına zərər vurulmasına və ya heyvanların kütləvi məhvəinə səbəb olduqda, habelə qoruqların ərazisində və ya təhlükəli yaxud fəvqəladə ekoloji vəziyyətdə zonasında törədildikdə, altı min manatdan doqquz min manatadək miqdarda cərimə və ya iki ilədək müddətə islah işləri və ya iki ilədək müddətə azadlığın məhdudlaşdırılması və ya iki ilədək müddətə azadlıqdan məhrum etmə cəzasına məhkum olunur”.⁸¹ Lakin bu tədbirlər kifayət etmir. Yeraltı suların çirklənməsinin qarşısının alınması da ən az tənbeh tədbirlərinin müəyyən olunması qədər vacibdir. Bunun üçün də qanunvericilikdə müxtəlif metodlardan istifadə olunur. Bunlara su mühafizə zonalarını və onunla əlaqəli olan sahil mühafizə zolaqlarının yaradılmasını misal göstərə bilərik. Su Məcəlləsinin 82-ci maddəsinə əsasən “su obyektlərinin ekoloji tələblərə uyğun vəziyyətdə saxlanması, yerüstü və yeraltı suların çirklənməsinin, zibillənməsinin və tükənməsinin qarşısının alınması, habelə heyvanlar və bitkilər aləminin məskunlaşdığı mühitin qorunub saxlanması üçün su mühafizə zonaları müəyyən edilir. Su mühafizə zonalarının hüdudlarında isə sahil mühafizə zolaqları müəyyən edilir. Sahil mühafizə zolaqlarında torpaqların şumlanması və əkilməsi, meşələrin qırılması, ağac və kolların kökündən çıxarılması, heyvandarlıq ferma və düşərgələrinin, qəbiristanlığın, zibilxananın yerləşdirilməsi, habelə bu Məcəllə ilə nəzərdə tutulmuş hallar istisna olmaqla, digər fəaliyyət növləri

⁷⁹ Yuxarıda istinad 12, mad. 88.

⁸⁰ Azərbaycan Respublikasının İnzibati Xəttər Məcəlləsi, mad. 266 (2015).

⁸¹ Azərbaycan Respublikasının Cinayət Məcəlləsi, mad. 250 (1999).

qadağan edilir. Sahil mühafizə zolaqlarında icazə əsasında su təchizatı, istirahət, idman, balıqçılıq və ovçuluq təsərrüfatı obyektlərinin, habelə liman və hidrotexniki qurğuların yerləşdirilməsinə yol verilir".⁸² Bəzi hallarda sahil mühafizə zolaqlarının əhəmiyyəti nəzərə alınmayaraq bəzi şəxslər tərəfindən qanunsuz istismar olunur məsələn, sahil mühafizə zolaqlarındakı ərazinin hasara alınaraq özəlləşdirməyə çalışmaq və ya burada yerləşən su ehtiyatlarından qanunsuz istifadə etmək. Burada artıq qanunun tətbiqi sahəsindəki boşluqlar nəzərə çarpır. Müvafiq monitorinq və sanksiya tədbirlərinin görülməsi, eyni zamanda əhalinin bu məsələ ilə bağlı maarifləndirilməsi olduqca həyati əhəmiyyət daşıyır.

Digər bir mühafizə üsulu isə susaxlayıcı və torpaq qoruyucu meşə zolaqlarının müəyyən edilməsidir.⁸³ Bu, çayların, göllərin, su anbarlarının, kanalların, kollektorların, yeraltı suların və digər su obyektlərinin əlverişli su rejimini saxlamaq, torpaqların su və külək eroziyasının, sututarların lilləşməsinin, su heyvanlarının məskunlaşma şəraitinin pisləşməsinin qarşısını almaq, lazımsız yerüstü su axımını azaltmaq məqsədilə görülən tədbirdir və onlara nəzarət müvafiq icra hakimiyyəti orqanları tərəfindən həyata keçirilir.⁸⁴ "Əhalinin içməli və məişət su təchizatı, müalicə, kurort və sağlamlaşdırma ehtiyacları üçün istifadə olunan suların mühafizə edilməsi məqsədilə Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyinə müvafiq surətdə sanitariya mühafizəsi zonaları müəyyən olunur".⁸⁵ Qanunvericilikdə, həmçinin yeraltı suların tullantı sularından mühafizəsi sahəsində də müəyyən tənzimləmələr mövcuddur. Su Məcəlləsinin 78-ci maddəsinə əsasən "içməli su mənbəyi kimi istifadə edilən və ya içməyə yararlı yeraltı suları qidalandıran sututarlara tullantı suların axıdılması qəti qadağandır".⁸⁶

Görülən tədbirlər qənaətbəxş olsa da, kifayət deyil. İlk olaraq, qanunvericiliyin anlaşılıqlılığında müvafiq problemlər vardır. Məsələn, müxtəlif normalarda işlədilmiş "müvafiq icra hakimiyyəti" ifadəsi mahiyyətin anlaşılmasında çətinliklər yaradır və dəqiqləşdirmələr aparılmasına ehtiyac duyulur. Belə ki, praktikada bu terminin araşdırılması, müxtəlif normativ aktların tapılması və incələnməsi kifayət qədər vaxt itkisinə səbəb olur. Həmçinin yeraltı suların çirkləndirilməsi ilə bağlı məsuliyyət tədbirlərinin sərtliyi məqsədəuyğun hesab edilsə də, onların sayı olduqca məhduddur. Gələcəkdə bu qanun pozuntularının baş verməsinin qarşısının alınması üçün məsuliyyət tədbirlərinin növlərinin məsələn, ictimai işlər, islah işləri və sayının artırılması mühümdür.

⁸² Yuxarıda istinad 12, mad. 82.

⁸³ Yəne orada, mad. 86.

⁸⁴ Yəne orada.

⁸⁵ Yəne orada, mad. 85.

⁸⁶ Yəne orada, mad. 70.

II. Yeraltı suların beynəlxalq hüquqi rejimi

Qeyd olunduğu kimi, ekoloji böhranlar səbəbi ilə son dövrlərdə su mənbələri, onlara sahiblik və istifadə hüququ məsələləri dövlətlərarası münasibətlərdə əsas tənzimlənmə obyektlərindən birinə çevrilmiş, beynəlxalq arenada diqqət cəlb etməyə başlamışdır. Beynəlxalq tənzimlənmənin müvafiq inkişaf tarixinə nəzər salmaqla bu mənbələrin artan əhəmiyyətini daha yaxşı başa düşmək mümkündür.

İlk olaraq, 1977-ci ildə planetdəki su ehtiyatlarının vəziyyətini öyrənmək, sudan istifadənin səmərəliliyini artırmaq və ən əsası da 20-ci əsrin sonuna qədər baş verəcək su böhranının qarşısını almaq məqsədilə Argentinanın Mar del Plata şəhərində Birləşmiş Millətlər Təşkilatının Su Konfransı keçirildi və konfransın sonunda Mar del Plata Fəaliyyət Planı qəbul olundu. Sənəddə adıçəkilən təşkilatın su mənbələrinin tənzimlənməsi sahəsində müvafiq tövsiyələri və göstərişləri əks olunmuş, eləcə də yeraltı su mənbələrinin istifadəsi ilə bağlı müddəalar Fəaliyyət Planının tərkibinə daxil edilmişdir.⁸⁷ Burada müvafiq olaraq ölkələrə tövsiyə olunmuşdur ki, yeraltı suların öyrənilməsi üçün müşahidə şəbəkələri yaradılsın, bu suların keyfiyyəti və kəmiyyəti ilə bağlı baş verən dəyişikliklərin mütəmadi olaraq ölçülməsi və qeydə alınması üçün mövcud sistem və qurğular gücləndirilsin və yeni texnologiyalar tətbiq edilsin.⁸⁸ Eyni zamanda yeraltı sularla bağlı bütün mövcud məlumatların toplanılmasının təşkil edilməsi, bu məlumatların sistemə şəkildə indeksləşdirilməsi və bu sayədə müvafiq boşluqların aşkarlanması da sənəddə əsas təlimatlar arasında göstərilmişdir.⁸⁹

Digər bir mühüm sənəd isə Birləşmiş Millətlər Təşkilatının Avropa İqtisadi Komissiyası tərəfindən 1989-cu ildə təşkilatın 44-cü sessiyasında qəbul olunmuş Yeraltı Suların İdarəedilməsi üzrə Xartiyadır. Azərbaycan 30 iyul 1993-cü ildə bu təşkilata üzv olmuşdur.⁹⁰ Xartiyanın önsözündə yeraltı suların əhəmiyyəti belə vurğulanmışdır:⁹¹

“Yeraltı sular həm ekoloji, həm də iqtisadi dəyərə malik təbii resurs kimi həyat, sağlamlıq və ekosistemlərin bütövlüyünü təmin etmək üçün həyati əhəmiyyət kəsb edir”.

Burada həmçinin yeraltı suların çirklənməsi məsələsindən bəhs olunmuş, ona qarşı mübarizənin əhəmiyyəti göstərilmiş və Xartiyanın bu fəaliyyət üçün siyasət tədbirləri nəzərdə tutduğu bildirilmişdir.⁹² Müqavilənin ilk bəndində yeraltı sularla bağlı siyasətin hazırlanmasından bəhs edilir. Buna uyğun

⁸⁷ UN Mar Del Plata Action Plan (1977). Burada bax:

https://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/UN/UN_Mar%20del%20Plata%20Action%20Plan_1977.pdf (son baxış 22 dekabr 2021).

⁸⁸ Yenə orada.

⁸⁹ Yenə orada.

⁹⁰ UNECE, Member States and Member States Representatives, <https://unece.org/member-states-and-member-states-representatives> (son baxış 23 dekabr 2021).

⁹¹ The Economic Commission for Europe, Charter on Groundwater Management, foreword (1989).

⁹² Yenə orada.

olaraq hökumətlər yeraltı suların çirklənməsinin və həddindən artıq istifadəsinin qarşısını almaqla onları qorumaq üçün uzunmüddətli siyasət formalaşdırmalı və qəbul etməlidir.⁹³ Bu siyasət hərtərəfli olmalı, bütün müvafiq səviyyələrdə həyata keçirilməli və digər su idarəetmə siyasətlərinə uyğun olmalıdır.⁹⁴ Eyni zamanda yeraltı suların mühafizəsinin planlaşdırılması ümumi ətraf mühitin mühafizəsi planına daxil edilməlidir.⁹⁵ Nizamnamədə, həmçinin bu müddəaların milli yeraltı suları qanunvericiliyə tətbiq edilməsi,⁹⁶ yeraltı sulara dair mülkiyyət hüququ məsələlərinin milli qanunvericilikdən asılı olaraq su aktında və ya məcəllədə aydın şəkildə ifadəsinin vacibliyi⁹⁷ də nəzərə çatdırılmışdır. Eyni zamanda xartiyada yeraltı su mənbələri ilə bağlı effektiv cəza və icazə (lisenziya) sisteminin yaradılması,⁹⁸ nəzarət və monitorinqin aparılması qaydaları da⁹⁹ əks etdirilmişdir. Müqavilə əhəmiyyətinə və tənzimlədiyi məsələlərə görə yeraltı sular hüququnun “konstitusiyası” adlandırıla bilər.

Yeraltı və səth sularının tənzimlənməsi ilə bağlı daha 2 mühüm sənədin – “Sərhəddən keçən su axınlarının və beynəlxalq göllərin mühafizəsi və istifadəsi haqqında” BMT Konvensiyasının “Su və sağlamlıq haqqında” Protokolu və Avropa İttifaqı Su Çərçivə Direktivinin adlarını da çəkmək olar. Bu sənədlərin daha bir mühüm əhəmiyyəti də onların birbaşa olaraq yerli qanunvericiliyə və praktikaya əsaslı təsirləri ilə bağlıdır. Məqalənin sonrakı hissələrində onlar barədə ətraflı şəkildə məlumatla tanış olmaq mümkündür.

A. “Sərhəddən keçən su axınlarının və beynəlxalq göllərin mühafizəsi və istifadəsi haqqında” BMT Konvensiyasının “Su və sağlamlıq haqqında” Protokolu

Bu sənəd Avropada davamlı su idarəçiliyi və su ilə əlaqəli xəstəliklərin qarşısının alınması, sayının azaldılması və su ehtiyatları üzərində sistemik nəzarəti əhatə edən ilk və yeganə beynəlxalq hüquqi sazişdir.¹⁰⁰ Protokol Birləşmiş Millətlər Təşkilatının Avropa İqtisadi Komissiyası və Ümumdünya Səhiyyə Təşkilatının Avropa Katibliyinin əməkdaşları tərəfindən birgə hazırlanmış,¹⁰¹ 1999-cu ildə Londonda keçirilən Ətraf Mühit və Sağlamlıq üzrə Üçüncü Nazirlər Konfransında qəbul edilmiş və 2005-ci ildə qüvvəyə minmişdir.¹⁰² Protokolun həyata keçirilməsi səhiyyənin qorunmasından

⁹³ Yenə orada, mad. 1.

⁹⁴ Yenə orada.

⁹⁵ Yenə orada.

⁹⁶ Yenə orada, mad. 5.

⁹⁷ Yenə orada.

⁹⁸ Yenə orada, mad. 8.

⁹⁹ Yenə orada, mad. 13.

¹⁰⁰ “Sərhəddən keçən su axınlarının və beynəlxalq göllərin mühafizəsi və istifadəsi haqqında” BMT Konvensiyasının “Su və sağlamlıq haqqında” Protokolu (1999).

¹⁰¹ UNECE, About the Protocol on Water and Health, <https://unece.org/environment-policy/water/protocol-on-water-and-health/about-the-protocol/introduction> (son baxış 24 dekabr 2021).

¹⁰² Yenə orada.

tutmuş, ətraf mühitin idarə edilməsinə, regional inkişafa, investisiyalara, infraqurum və təhsilə qədər müxtəlif sektorlarda inteqrasiya olunmuş yanaşma, siyasət və strategiyaların uyğunlaşdırılmasını tələb edir.¹⁰³

Azərbaycan Respublikası bu Protokola 22 oktyabr 2022-ci il tarixli Milli Məclisin müvafiq qərarı ilə qoşulmuşdur.¹⁰⁴ Protokolun 2-ci maddəsinin 3-cü bəndində yeraltı sulara anlayış verilmişdir:

*“Yeraltı sular - yer səthindən aşağıdakı hopma layında olan və torpaqla yaxud torpaqaltı qatla bilavasitə təmasda olan hər hansı sular deməkdir”.*¹⁰⁵

Sənədin preambulasına əsasən *“tərəflər suyun həyatı davam etdirmək üçün zəruriliyi və insanın əsas tələbatını ödəməkdən ötrü lazımi miqdarda və keyfiyyətdə su ehtiyatı olmasının insanların sağlamlığının möhkəmləndirilməsi və davamlı inkişafı üçün əsas şərtlərdən biri olduğunu dərk edir”.*¹⁰⁶ Eyni zamanda Protokolun tərəfləri səth sularının və yeraltı suların bərpa olunma bilən, lakin insan fəaliyyətinin onların miqdarına və keyfiyyətinə mənfi təsir etdiyi halda isə bərpa olunma qabiliyyəti məhdudlaşan təbii ehtiyatlar olduğunu anlayır.¹⁰⁷ Burada *“insan fəaliyyəti”* dedikdə sadəcə konkret şəxslərin əməlləri deyil, eyni zamanda hüquqi şəxslərin və hətta dövlət orqanlarının da ətraf mühitə ziyan verən və hüquqa zidd fəaliyyətləri başa düşülür. Həmçinin üzv ölkələr bu sulardan istifadə zamanı keyfiyyət və kəmiyyət hüdudlarının istənilən cür pozulmasının həmin təbii ehtiyatlardan asılı olan insanların sağlamlığı və rifahı üçün qısamüddətli və uzunmüddətli arzuolunmaz nəticələrə gətirib çıxara biləcəyini başa düşür.¹⁰⁸ Ümumilikdə götürsək, preambula su mənbələrinin idarə edilməsi prosesində dövlətlər üçün ən əsas prioritet məsələləri müəyyənləşdirir və su siyasətinin məhz bu yöndə qurulmasına çağırır.

Protokolda suların idarə edilməsi üzrə bir sıra prinsipləri müəyyənləşdirir. Bunlardan biri də *“ehtiyat tədbirlərinin görülməsi”* prinsipidir. Bu prinsipə görə ölkələr su ilə əlaqədar xəstəliklərin qarşısının alınması, onların yayılma dərəcəsinin məhdudlaşdırılması və azaldılması ilə bağlı tədbirlər hazırlamalıdır.¹⁰⁹ Regional su münaqişələrində ən çox istifadə olunan prinsip isə *“xərcləri çirkləndirən ödəyir”* prinsipidir. Bu prinsipə görə isə çirklənmənin qarşısının alınmasına, məhdudlaşdırılmasına və azaldılmasına sərf olunan xərcləri çirkləndirən ödəyir.¹¹⁰ Bu prinsip Azərbaycan üçün xüsusilə əhəmiyyətlidir, belə ki, bu sayədə qonşu ölkələrin ərazisindən axıb gələn və ölkə ərazisindən keçən daxili suların (məsələn, Oxçuçay) həmin

¹⁰³ Yenə orada.

¹⁰⁴ “Sərhəddən keçən su axınlarının və beynəlxalq göllərin mühafizəsi və istifadəsi haqqında” 1992-ci il tarixli BMT Konvensiyasının “Su və sağlamlıq haqqında” 1999-cu il 17 iyun tarixli Protokoluna qoşulmaq barədə Azərbaycan Respublikasının Qanunu (2002).

¹⁰⁵ Yuxarıda istinad 91, mad. 2.3.

¹⁰⁶ Yenə orada, preambula.

¹⁰⁷ Yenə orada.

¹⁰⁸ Yenə orada.

¹⁰⁹ Yenə orada, mad. 5 (a).

¹¹⁰ Yenə orada, mad. 5 (b).

dövlətlər tərəfindən çirkləndirilməsinin qarşısının alınması üçün beynəlxalq səviyyədə tələblər irəli sürə bilər. Ümumilikdə isə tərəflər çalışmalıdırlar ki, su ehtiyatlarının idarə edilməsi elə təşkil olunsun ki, indiki nəsillərin tələbatları gələcək nəsillərin öz şəxsi tələbatlarını təmin etmələrinin mümkünlüyünə ziyan yetirməsin.¹¹¹ Bu da ekologiya hüququnun əsas prinsiplərindən biri olan “dayanıqlı inkişaf” (sustainable development) prinsipinin Protokoldakı təzahür formasıdır.

Sənəddə prinsiplərdən əlavə olaraq tərəflərin üzərinə suların idarə edilməsi və istifadə edilməsinin onların mühafizəsi ilə əlaqəli şəkildə həyata keçirilməsi və bir sıra başqa öhdəlikləri göstərilmişdir. Buraya kollektiv (ümumi əhali üçün) içməli su təchizatının təmin edilməsi,¹¹² içməli su mənbələri kimi istifadə olunan su ehtiyatlarını və onlarla əlaqəli su ekosistemlərini çirklənmədən qorunması,¹¹³ insan sağlamlığını və ətraf mühiti kifayət qədər qoruyan sanitariya standartlarının müəyyən edilməsi daxildir.¹¹⁴ Həmçinin Protokolun 6-cı maddəsinin 5-ci hissəsinə görə tərəflərin hər biri özünün səlahiyyətli orqanlarının işlərini əlaqələndirmək üçün milli yaxud yerli səviyyədə mexanizmlər yaradır, həmçinin sərhədlərarası, milli və ya yerli səviyyədə, suşıran sahələrə və yeraltı suların qidalandığı zonalara üstünlük verərək, su təsərrüfatının fəaliyyətinin idarə edilməsi planlarını işləyib hazırlayır.¹¹⁵ Buna misal olaraq yeraltı suların qidalandığı zona yaxud ərazi hüdudlarındakı konkret su ehtiyatlarının və obyektlərinin mənimsənilməsi, istismarı, mühafizəsi sahəsində müvafiq tədbirlər sisteminin hazırlanmasını göstərmək olar.

Sənəddə əhalinin məlumatlandırılması mövzusunda da toxunulur. Protokolun 10-cu maddəsinə əsasən “konkret məlumat yaxud sənəd dərc etdirmək barədə tələblərə əlavə olaraq, hər bir Tərəf ictimaiyyətin öhdəsinə o məlumatın verilməsi üçün öz qanunvericiliyi çərçivəsində tədbirlər görür ki, həmin məlumat dövlət orqanlarında olsun və ictimaiyyətin məlumatlığının yüksəldilməsinə, təhsilə, hazırlığa, elmi-tədqiqat işlərinə, təcrübə-konstruktor işlərinə və məlumat alınmasına yardım etsin”.¹¹⁶ Hər nə qədər ölkəmizdə Protokola uyğun olaraq müvafiq sahədə fəaliyyət standartları və bu standartların realizəsi ilə bağlı rəsmi məruzələr və bəyanatlar hazırlansa da, əhalinin məlumatlandırılması məsələsində tələblərin yerinə yetirilməsində olduqca çatışmazlıqlar vardır.

Ümumiyyətlə, Protokol yerli su və yeraltı suların tənzimlənməsində böyük önəm daşıyır. Buna misal olaraq “Transsərhəd kontekstində ətraf mühitə təsirin qiymətləndirilməsi haqqında Konvensiya”ya I və II Düzəlişlərin təsdiq edilməsi barədə Azərbaycan Respublikası Qanununda məhz fəaliyyət

¹¹¹ Yenə orada, mad. 5 (d).

¹¹² Yenə orada, mad. 6 (c).

¹¹³ Yenə orada, mad. 4.1.

¹¹⁴ Yenə orada, mad. 4.2 (b).

¹¹⁵ Yenə orada, mad. 6.5.

¹¹⁶ Yenə orada, mad. 10.

standartları hissəsindəki 12-ci müddəanı göstərə bilərik. Burada illik həcmi 10 milyon kub metr və ya daha artıq olan yeraltı suların çıxarılması fəaliyyətlərinin tənzimlənməsi və ya yeraltı suların qeyri-təbii yolla doldurulması sistemlərinin quraşdırılması nəzərdə tutulmuşdur.¹¹⁷ Bu da öz növbəsində, yeraltı su mənbələrinin quruması və məhv edilməsinin qarşısının alınmasına təminat verir. Eyni zamanda ölkələrin sistemətlər olaraq fəaliyyətləri ilə bağlı hazırlayıb təqdim etdiyi məruzələr də nəzarətin effektivliyinə zəmanət verir. Bununla belə Protokolun bəzi öhdəliklərinin həyata keçirilməsi ilə bağlı müvafiq təkliflər vermək olar məsələn, lazımi qanunvericiliyin və peşəkar texniki kadrların hazırlanması məsələsinə önəm verilməlidir. Həmçinin elmi tədqiqatların aparılması üçün həvəsləndirici tədbirlərin görülməsi, eyni zamanda yeraltı su mənbələrin qorunması ilə bağlı fiziki, hüquqi şəxslərin ictimai qurumların dövlət orqanlarına kömək göstərməsi, mənəvi vəzifələri ilə bağlı məlumatlandırılması məsələsinə də xüsusi diqqətlə yanaşılmalıdır.

B. Avropa İttifaqı Su Çərçivə Direktivi

23 oktyabr 2000-ci il tarixində Avropa Parlamenti (və ya Avropa Şurası) tərəfindən qəbul edilmiş Avropa İttifaqı Su Çərçivə Direktivi su mənbələrinin bütün formalarının – çaylar, göllər, sərhəd və yeraltı suların qorunmasına və keyfiyyətinin saxlanılması və artırılmasına, eyni zamanda yeraltı suların çirkləndirilməsinin əhəmiyyətli dərəcədə azaldılmasına yönəlmiş regional bir sənəddir.¹¹⁸

Sənədin preambulasında suyun keyfiyyətinin yaxşılaşdırılması, əhalinin içməli su ilə təminatına kömək edilməsi, su ilə bağlı inteqrasiya olunmuş siyasətin hazırlanmasının vacibliyi məsələlərinə toxunulmuşdur.¹¹⁹ Burada, həmçinin yeraltı suların kəmiyyət və keyfiyyət statusunun həmin yeraltı su obyektinə ilə əlaqəli olan yerüstü sulara və ekosistemlərə təsir göstərməsi mövzusu da diqqətə alınmış, bununla da yeraltı və səth sularının ekoloji həmrəyliyi əks etdirilmişdir.¹²⁰ Direktivin 2-ci maddəsində yeraltı suların anlayışı verilmişdir:¹²¹

“Yeraltı suları doyma zonasında yer səthinin altında olan və yerin və ya yerin təkisi ilə birbaşa təmasda olan bütün sulardır”.

Yeraltı su hövzəsi anlayışı da bu maddədə əks olunmuşdur:¹²²

¹¹⁷ “Transsərhəd kontekstində ətraf mühitə təsirin qiymətləndirilməsi haqqında Konvensiya”ya I və II Düzəlişlərin təsdiq edilməsi barədə Azərbaycan Respublikası Qanunu, mad. 12 (2019).

¹¹⁸ European Commission, The EU Water Framework Directive – Integrated River Basin Management for Europe. Burada bax: https://ec.europa.eu/environment/water/water-framework/index_en.html (son baxış 8 dekabr 2021).

¹¹⁹ Directive of the European Parliament and of the Council establishing a framework for Community action in the field of water policy, 2000/60/EC, preamble (2000). Burada bax: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0060:en:HTML> (son baxış 20 dekabr 2021).

¹²⁰ Yəni orada.

¹²¹ Yəni orada, mad. 2.

¹²² Yəni orada.

“Yeraltı suları hövzəsi sulu təbəqə və ya su layları daxilində yeraltı suların fərqli həcmi deməkdir”.

Direktivdə əsas anlayışlarla yanaşı, yeraltı sularla bağlı dövlətlərin üzərinə müəyyən öhdəliklər də qoyulur.¹²³

- (i) *“Üzv Dövlətlər çirkləndiricilərin yeraltı sularına daxil olmasının qarşısını almaq və ya məhdudlaşdırmaq və bütün yeraltı su obyektlərinin vəziyyətinin pisləşməsinin qarşısını almaq üçün zəruri tədbirləri həyata keçirməlidirlər;*
- (ii) *Üzv Dövlətlər yeraltı sularının çirklənməsini tədricən azaltmaq üçün insan fəaliyyətinin təsiri nəticəsində yaranan hər hansı çirkləndiricinin konsentrasiyasında əhəmiyyətli və davamlı artım meylini aradan qaldırmaq üçün zəruri tədbirləri həyata keçirməlidirlər”.*

Direktivin 17-ci maddəsində yeraltı suların çirklənməsinin qarşısının alınması və ona nəzarət strategiyalarından bəhs olunur.¹²⁴ Həmin maddənin 1-ci bəndinə əsasən Avropa Parlamenti və ya Avropa Şurası yeraltı sularının çirklənməsinin qarşısını almaq və ona nəzarət etmək üçün xüsusi tədbirlər görməlidir. Bu cür tədbirlər müvafiq olaraq yeraltı sularının yaxşı kimyəvi vəziyyətinə nail olmaq məqsədinə yönəldilməlidir.¹²⁵

Direktiv və sadalanan bütün beynəlxalq sazişlər, eləcə də yerli qanunvericilik normaları nəzərə alındıqda ekoloji mənbələrin dövlətlər tərəfindən individual şəkildə qorunmasının mümkünsüzlüyünü aydın başa düşmək olur. Buna görə də yeraltı suların idarə edilməsində beynəlxalq əməkdaşlığa və tənzimləmələrə daha çox ehtiyac duyulur. Məhz Direktivdə də ölkələr və bütün əlaqəli tərəflər arasında sərhədlərarası əməkdaşlıq tələbi qoyulmuşdur. Buna uyğun olaraq gələcək illərdə Azərbaycan Respublikasının bu sahədə qəbul edilmiş müxtəlif regional (məsələn, Birləşmiş Millətlər Təşkilatının Avropa İqtisadi Komissiyasının Yeraltı Suların İdarə Edilməsi üzrə Xartiya), dövlətlərarası, ikitərəfli və çoxtərəfli müqavilələrə üzv olacağını gözləmək olar. Buna baxmayaraq, təkcə üzv olmaq kifayət etmir, bununla yanaşı ratifikasiya olunmuş beynəlxalq sənədlərin tam və hər tərəfli realizəsi də ən az onu qəbul etmək qədər əhəmiyyətlidir. Beləliklə də, tətbiqdəki mövcud boşluqların aradan qaldırılması yeraltı suların tənzimlənməsində mühüm inkişafa səbəb olacaqdır.

Nəticə

Məqalədə bəhs edilən konsepsiyaları və problemləri nəzərə alsaq və hal-hazırda dünyadakı su ehtiyatlarının vəziyyətinə baxsaq, gələcəkdə su mənbələri uğrunda mübarizənin artacağını və hətta “su müharibələrinin” baş verəcəyini inkar etmək o qədər də mümkün görünmür. Məhz buna görə də məqalənin əsas məqsədi yeraltı sular mövzusunda ümumi baxışın

¹²³ Yuxarıda istinad 91, mad. 4.

¹²⁴ Yenə orada, mad. 17.

¹²⁵ Yenə orada.

formalaşdırılmasına nail olmaq, gələcəyin ən əsas içməli su mənbəyinə çevrilməsi gözlənilən bu suların beynəlxalq qanunvericilik və yerli qanunvericilikdəki tənzimlənmə məsələlərini araşdırmaq, habelə mövcud boşluqlara diqqət çəkməkdir. Eyni zamanda problemləri ümumiləşdirərək sonda bir sıra nəticələrə gəlinmişdir və buna uyğun olaraq aşağıdakı müvafiq təkliflər irəli sürülmüşdür:

- İlk olaraq, yeraltı suların Kür və Araz, onların qolları olan çaylar, habelə digər çay (məsələn, Oxçuçay) və yerüstü su mənbələri tərəfindən çirkləndirilməsinin qarşısı alınmalıdır. Bunun üçün müvafiq sərhəd dövlətlərlə (Ermənistan, Gürcüstan) danışıqlar aparılmalıdır;
- Müvafiq icra hakimiyyəti orqanları tərəfindən digər çirklənmə mənbələri qeydə alınaraq lazımi tədbirlər görülməli və tullantı sularının axıdılması ilə bağlı sərt nəzarət və monitoring tədbirləri həyata keçirilməlidir;
- İşğaldan azad olunmuş torpaqlarımızda yerləşən yeraltı sular (məsələn, Kəlbəcər ərazisində yerləşən mineral sular) araşdırılmalı, onlar haqqında məlumatlar toplanılmalı, işğalçı Ermənistan Respublikasının həmin ərazidə yerləşən yeraltı su ekosisteminə vurduğu zərərin miqdarı müəyyənləşdirilməlidir;
- İstifadə olunan yeraltı suların tərkibindəki maddələr haqqında müayinələr aparılmalı və onların hansı məqsədlər üçün (içməli su, məişət, sənaye, sanatoriya-kurort, kənd təsərrüfatı) yararlı olduğu barədə qərara gəlinməlidir;
- Yeraltı suların çıxarılması, istifadəsi sahəsində istifadə olunan texnika modernləşdirilməli, suvarma qurğularının yarısından çoxu yenilənməli və yeraltı sugötürücü qurğularının quraşdırılması prosesi sürətləndirilməlidir;
- Torpaqların şoranlaşmasının yeraltı sulara birbaşa təsiri nəzərə alınmaqla bu haqda müvafiq işlər görülməli, ən azından şoranlaşmanın sürəti azaldılmalıdır;
- Yeraltı suların tənzimlənməsində beynəlxalq əməkdaşlıq inkişaf etdirilməlidir.

*Huseyn Khasmammadov**

HUMAN RIGHTS AND INVESTMENT LAW: RIGHT TO WATER

Abstract

In this article, the problems corollary to the claims based on human rights violations and brought before investment tribunals have been discussed. Particularly, the article focuses on the right to water as an indispensable counterpart of the right to life. Investment tribunals tend to more analyze claims based on international investment treaties and decide them in favor of investors, whereas human rights claims stemming from other international treaties are to some extent ignored. The article stresses the inappropriateness of such an approach and attempts to suggest efficient solutions.

Annotasiya

Məqalədə insan hüquqlarının pozuntusuna əsaslanan və investisiya tribunalları qarşısında qaldırılan iddialarla bağlı problemlər müzakirə olunmuşdur. Xüsusilə, məqalə yaşamaq hüququnun ayrılmaz hissəsi olan su hüququna fokuslanır. İntestisiya tribunalları daha çox beynəlxalq investisiya müqavilələrinə əsaslanan iddiaları təhlil edir və investorların xeyrinə qərar verir, digər beynəlxalq müqavilələrdən irəli gələn insan hüquqları iddialarını isə müəyyən dərəcədə nəzərə almır. Məqalədə bu cür yanaşmanın uyğunsuzluğu vurğulanır və səmərəli həll yolları təklif edilir.

CONTENTS

Introduction	67
I. Case studies on the right to water within investment arbitration proceedings.....	70
A. Vivendi case.....	70
B. Azurix case	70
C. Suez case.....	71
D. SAURI case	71
II. Restrictive approach of the investment arbitral tribunals	72
Conclusion	74

Introduction

Considerable scholarly authorities have been devoted to the relationship between human rights and investment law. Most investment treaties, such as Bilateral Investment Treaties between

* Legal consultant at the Baku office of Deloitte.

Argentina and the USA,¹ Azerbaijan and San Marino,² Japan and Russian Federation,³ the United Kingdom and China,⁴ and etc., and investor-state arbitration awards usually do not refer to human rights concerns. The International Centre for the Settlement of Investment Disputes Convention⁵ (hence ICSID) also does not contain provisions related to human rights as this Convention covers only procedural issues. Furthermore, human rights are even not indicated as an index in ICSID reports, which constitute an important source for various decisions on investment law issues.⁶ All of mentioned is a strong justification for the allegation that human rights in the context of investment arbitration are to some extent perceived as supplementary.

Claims based on human rights can be brought before investment tribunals by investors, home and host states and *amicus curiae*.⁷ Arbitrators also can in their own discretion analyze and decide upon human rights issues. The claims on human rights brought by investors are usually strategically arranged either in a way that claims are independent of treaty-based claims (those based on International Investment Agreements (IIA) clauses or as a supportive addition to the treaty-based claims by taking appropriate methodology or argumentation from human rights law.⁸ The former is called “independent assertion of human rights”, whereas the latter – “supportive assertion of human rights”.⁹ Most claims of the host states are usually based on the allegation that protection of human rights is a justification for the measures taken that lead to the violations of the rights of investors. The claims brought by NGO’s and public interest lawyers are usually in the form of *amicus curiae* briefs seeking a permission from the tribunal to intervene with arbitral proceeding with the purpose to increase awareness about the violated human rights.¹⁰ Arbitrators usually address to human right concerns *ex officio*.¹¹

One of the most obvious conditions where a state’s human rights

¹ See Argentina – The United States of America BIT (1991).

² See Azerbaijan – San Marino BIT (2015).

³ See Japan – Russian Federation BIT (1998).

⁴ See The United Kingdom – China BIT (1986).

⁵ See generally The International Centre for the Settlement of Investment Disputes Convention (1966).

⁶ Clara Reiner, Christoph Schreuer, Human Rights and International Investment Arbitration, 1 (2009). Available at: https://www.univie.ac.at/intlaw/h_rights_int_invest_arbitr.pdf (last visited Dec. 19, 2021).

⁷ *Amicus curiae* is defined as “[a] person who is not a party to a lawsuit but who petitions the court or is requested by the court to file a brief in the action because that person has a strong interest in the subject matter”. See Black’s Law Dictionary, 263 (8th ed. 2004).

⁸ Vivian Kube, Ernst-Ulrich Petersmann, *Human Rights Law in International Investment Arbitration*, 11 Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy 65, 70 (2016).

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Id.*, 4.

¹¹ *Ex Officio* is defined as “[f]rom office; by virtue of the office; without any other warrant or appointment than that resulting from the holding of a particular office”. See Black’s Law Dictionary, 661 (4th ed. 1968).

commitments to those living inside its territory may fall under the framework of investment treaty arbitration is about the investments in the water and sanitation division.¹² In the course of the most recent decade, there have been about twelve bilateral investment treaties (hence BITs) claims brought against governments in relation to the issues in this sector; ten of these claims were brought against Argentina, while the other two were brought against Bolivia and Tanzania.¹³ Others may have been raised without any requirement to make these lawsuits publicly available.¹⁴

With regards to the above mentioned cases, generally, two distinct types of investment proceedings with an effect on the water have been raised.¹⁵ One type of disputes that has emerged from privatizations in the water division primarily concerns the issues regarding the affordability of water.¹⁶ Another multiplicity of cases concerns interests in different businesses (industrial spheres) that can possibly debase water quality or negatively affect the maritime ecology.¹⁷ In the cases related to the right to water, arbitral tribunals have needed to manage debates emerging out of:¹⁸

- *“Disputes between investors and state authorities regarding the levy systems and their impact on the moderateness of water, particularly, in the course of a financial crisis;*
- *failure of investors to organize a prior agreed number of water connections because of non-compliance of investors with the promises granted by them under the relevant investment contracts;*
- *danger of contamination to ground and drinking water assets and threat of damage to the maritime environment”.*

This paper focuses on the tension between the human right to water and investor rights within the framework of investor-state arbitration

¹² Luke Eric Peterson, *Human Rights and Bilateral Investment Treaties*, 26 (2009).

¹³ *See generally* Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/17 (2011); *See also* Aguas Cordobesas, S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/18 (2007); *See generally* Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26 (2016); Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19 (2015); *See also* Azurix Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12 (2006); *See* Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case no. ARB/02/3 (2005); *See also* Azurix Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/30 (2003); *See* Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17 (2018); *See generally* Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3 (2007); *See also* SAUR International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/4 (2014); *See* Anglian Water Group v. Argentine Republic, UNCITRAL (2003); *See also* Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22 (2008).

¹⁴ Peterson, *supra* note 12, 26.

¹⁵ Ursula Kriebaum, *The Right to Water Before Investment Tribunals*, 1 Brill Open Law 16, 17 (2018).

¹⁶ *Id.*, 19.

¹⁷ *Id.*, 17.

¹⁸ *Ibid.*

proceedings, analyzes the corresponding problems emphasized in concrete arbitrational cases, discusses the restrictive approach of the investment arbitrational tribunals and attempts to suggest appropriate solutions.

I. Case studies on the right to water within investment arbitration proceedings

A. Vivendi case

*Compania de Aguas del Aconquija SA and Vivendi Universal v Argentine Republic*¹⁹ (hereinafter Vivendi) was the first investor-state arbitration proceeding where the tribunal stressed the right to water as a very significant right for the human being. This case particularly, analyzes the dispute that arose out of a concession contract that was concluded between the Tucuman Province of Argentina and the subsidiary of the French company Vivendi International.²⁰ After the conclusion of a contract, water tariffs increased and due to the complaints from the public local authority restricted Vivendi's discretion to manipulate water tariffs and to suspend water services to non-paying customers.²¹ Vivendi initiated an ICSID arbitration proceeding based on the BIT between France and Argentine. Respondent argued that the measures taken by Tucuman province were legitimate because the human right to water should have been safeguarded.²² The decisions of the first and second tribunals did not analyze raised human rights issues, therefore, Argentine raised this issue in its application to the Annulment Committee which in turn stated that not all but some of the raised fundamental issues should be analyzed properly.²³ One of the most important issues clarified by the Annulment Committee was that states should not be able to avoid ICSID arbitration by giving exclusive power to the host state courts to interpret concession contracts (even if such contracts concern issues related to access to water).²⁴

B. Azurix case²⁵

The dispute arose out of the concession contract for the distribution of potable water and sewage services between the US company Azurix and the Argentine Province of Buenos Aires. The repairs of infrastructure which had been granted by the concession contract were never implemented, and this resulted in the reservoirs full of algae, cloudy water and an unpleasant

¹⁹ See *Compania de Aguas Del Aconquija Sa and Vivendi Universal Sa v. Argentine Republic*, *supra* note 13.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² *Id.*, para. 3.3.3.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ See *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, *supra* note 13.

pungent odour.²⁶ After the public controversy, the local authority of Province accused the investor in the contamination of water and agitated non-payment of water bills among consumers. Azurix initiated an arbitration proceeding under ICSID against Argentina in accordance with the Argentina – US BIT. Respondent alleged that its primary objectives to protect the public interest and the right to water should be taken into consideration in the course of the assessment of expropriation claims.²⁷ In line with decisions made upon treaty-based claim of Azurix, one of the important statements of the arbitral tribunal was emphasizing on the core features of the right to water described in General Comment 15.²⁸ Particularly, this document states that although the right to water is not a right to free water, this right assumes water to be affordable by all.²⁹ Furthermore, General Comment recognizes unaffordable increases in the water tariffs as a violation of a right to water.³⁰ This case is an illustration of an attempt of the arbitral tribunal to resort to legal documents which to some extent goes beyond the “applicable law”.

C. Suez case³¹

The dispute arose out of a concession contract concluded with the aim to manage water and sewerage supply in Buenos Aires. After about eight years of cooperation, the financial crisis encouraged the commencement of emergency measures which resulted in the stabilizing of water tariffs. Respondent argued that the measures were taken with a purpose to protect the right to water of people.³² Both Argentina and the intervening NGOs stressed the necessity to interpret treaty clauses in light of other norms of international law including the right to water. Tribunal stated that human rights law (especially, the right to water) imposes certain obligations upon states; however, it concluded that both investment and human rights obligations of Argentina are not “contradictory, inconsistent or mutually exclusive”.³³ In other words, the ICSID arbitral tribunal again highlighted that within investment arbitrations, there is no place for hierarchy in respect to obligations derived from the norms of human rights law and provisions of the relevant investment treaty.

D. SAURI case³⁴

This dispute arose from a concession contract concluded between a French company Saur and the Argentine Province of Mendoza. In 2002, Argentina

²⁶ *Id.*, 124.

²⁷ *Id.*, 278.

²⁸ *See generally* General Comment No. 15, UN Doc. E/C/12/2002/11 (2002).

²⁹ *Id.*, 24.

³⁰ *Id.*, 26-27.

³¹ *Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, *supra* note 13.

³² *Id.*, 252.

³³ *Id.*, 262.

³⁴ *Saur International S.A. v. Argentine Republic*, *supra* note 13.

adopted new emergency measures which coerced the investor to seek for the increase of the water tariffs.³⁵ Mendoza Province rejected the application for increase, and Saur complained that taken measures resulted in unprofitability of its business and incapability to properly operate it. In the course of arbitral proceedings Respondent stated that the existence of certain obligations under the relative investment treaty does not mean that in the hierarchy of norms its human rights obligations are at the lower level in comparison with provisions of international treaties or norms of domestic law.³⁶ Hence, Argentina argued that its obligations under the investment contract should be interpreted in accordance with the framework of the protective human right standards, especially the human right to water.³⁷ Arbitral tribunal unequivocally recognized that human rights all in all, and the right to water specifically, are one of a few sources that it should consider solving the dispute. The reason was that both the domestic law of Argentina and the legal framework of the general principles of law encompass these rights. Also, the tribunal stated that on the one hand, the provision of access to drinkable water is an obligation of the state, and on the other hand, is an important right of citizens.³⁸ Therefore, state is obliged to protect this right and punish those whose measures create obstacles for the proper realization of this right.³⁹ Nevertheless, the tribunal held that this right is compatible with the investor rights because they stem from different normative sources. In other words, the tribunal stated that although it recognizes the obligations of state under its citizens' right to water, this right should be adapted to the obligations of the state under international treaties.⁴⁰ However, at the stage of rendering final decisions on liability and compensation, tribunal did not decide upon the issues of human right. This case one more time shows that the general approach of the arbitral tribunals under ICSID is to recognize the existence and importance of the obligations of states to promote human rights (particularly, the human right to water), however, they try to avoid including these rights into the international legal framework on investments.⁴¹

II. Restrictive approach of the investment arbitral tribunals

As it is seen from the abovementioned cases, arbitral tribunals usually try to escape direct reference to the effects of non-compliance with protection and provision of the standards of the right to water. One reason for such

³⁵ *Id.*, 21.

³⁶ Tamar Meshel, *Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond*, 6 *Journal of International Dispute Settlement* 277, 293 (2015).

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Supra* note 31, 276.

³⁹ *Supra* note 26, 330.

⁴⁰ *Supra* note 31, 430.

⁴¹ Meshel, *supra* note 36, 294.

restrictiveness may be the fact that the validity of the jurisdiction of the investment arbitral tribunals is usually derived from the consent of the parties to submit their future dispute to the tribunal under the ICSID Convention.⁴² The obvious risk is that if tribunal decided without having jurisdictions, then further stages of enforcement and recognition will be denied. That is why, most arbitral tribunals fear going deep into the issues of human rights. However, in my opinion, being outside the scope of the investment treaty or the agreement does not necessarily mean that the ICSID tribunal *per se* lacks jurisdiction because the rules of international law – which include human right concerns – are usually applicable in the context of investment disputes.⁴³

The interpretation of the ICSID Convention gives arbitral tribunals the power to refer to international law not only as an applicable one under the standard of “choice of law”⁴⁴ but also as a source for the substantive rules, where the dispute is directly connected to the investment made or where the applicable law (in accordance with the parties’ choice of law) does not regulate certain issues and “leaves room for the international law to fill loopholes”.⁴⁵ Furthermore, in *SPP v. Egypt*⁴⁶ case, the arbitral tribunal concluded that it can decide not only obligations of the state to protect investment but also other obligations under the legal framework of international public law. In particular, the tribunal held that the UNESCO Convention for the Protection of the World Cultural and National Heritage was appropriate to be taken into consideration while deciding on the investor claims because the choice of law in favour of host state domestic law should not prevent the applicability of international law.⁴⁷

What is more, the party whose claim is based on human rights is required to “demonstrate substantively” that claims concerned significantly influence on the establishment or operation of certain investment.⁴⁸ This, to some extent, plays a role of a safeguard against the risk of exceeding of powers by the investment arbitral tribunal concerning the issue of connection between raised human right claim and particular investment at stake.⁴⁹ If some actions of the investor made in the course of business negatively affect citizens’ right to water, it is undeniable that states, due to their obligations under international law, should take some executive or legislative measures, such as

⁴² Filip Balcerzak, *Jurisdiction of Tribunals in Investor–State Arbitration and the Issue of Human Rights*, 29 ICSID Review 216, 219-220 (2014).

⁴³ Susan L. Karamanian, *The Place of Human Rights in Investor-State Arbitration*, 17 Lewis & Clark Law Review 423, 433 (2013).

⁴⁴ Reiner, Schreuer, *supra* note 6, 85.

⁴⁵ Andreas Kulick, *Global Public Interest in International Investment Law*, 14-15 (2012).

⁴⁶ *See generally* Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. Arb/84/3 (1992).

⁴⁷ *Id.*, 78-80.

⁴⁸ Pierre-Marie Dupuy, *Unification Rather Than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law in Pierre-Marie Dupuy, Ernst-Ulrich Petersmann, and Francesco Francioni (eds.)*, 62 (2009).

⁴⁹ *Supra* note 36, 297.

make changes in the rates of water tariff; implement expropriations in the form of nationalization in order to rise the water affordability level for the citizens; oversee the investors' activities through setting "regulatory standards and monitoring compliance"⁵⁰ in order to prevent violation of this right.⁵¹ Also, as the disputes, which are usually at stake in investment arbitral proceedings, ordinarily arise from the enforcement of the mentioned measures, in my opinion, the awards containing decisions taken in respect to human rights (including the right to water) should not be considered unrecognizable or unenforceable due to the excess of power. In other words, the mentioned safeguarding function illustrates that the arbitral tribunal possesses valid jurisdiction to decide also upon raised human rights issues because these claims are closely linked with the particular investment at stake.⁵²

A broader approach toward the right to water defence of respondent states can contribute to the legality risk of the arbitrations based on investment treaties.⁵³ There is an opinion that most of the investor-state arbitration tribunals try to favour investors sacrificing public interest.⁵⁴ Moreover, there is a tendency in lots of the scholarship authorities that the existent bilateral and multilateral investment treaties should be revised and renegotiated, especially due to the opportunity to resort any future dispute to the investment treaty arbitration.⁵⁵ In 2011, John Ruggie⁵⁶ declared that the states in the Guiding Principles on Business and Human Rights should retain enough power to provide and protect human rights under the legal framework of investment agreements.⁵⁷

Conclusion

As it is seen from the cases discussed above, investment tribunals tend to more analyze claims based on international investment treaties and decide them in favor of investor, whereas human rights claims stemming from other international treaties are to some extent ignored.⁵⁸ Such ignorance is inappropriate, particularly in the case of the right to water. Moreover, the primary goal of investor-state arbitration is not to apply the law in a way that favors investor but to properly consider the balance between parties' rights and obligations. In addition, although the right to water is still not fully recognized as an independent human right, the author considers that the

⁵⁰ Catarina de Albuquerque, Report of the Independent Expert on the Issue of Human Rights Obligations Related to Access to Safe Drinking Water and Sanitation, A/HRC/15/31 (2010).

⁵¹ Balcerzak, *supra* note 42, 227.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Supra* note 36, 301.

⁵⁴ Danielle E. H. Allen, This Business Will Never Hold Water, 4 (2010).

⁵⁵ *Id.*, 4-5.

⁵⁶ Karamanian, *supra* note 43, 424-425.

⁵⁷ *Supra* note 36, 301.

⁵⁸ Moshe Hirsch, Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths, 108 (2009).

tribunals should take it as a fundamental principle because the right to water is closely connected with “access to water”, which in turn is a matter frequently contained in – and therefore, affected by – the legal framework of a lot of investor-state contracts.

Arbitral tribunals act as the only and final adjudicators for the investor-state investment disputes and they should balance human rights and investment protection, “if they are to serve the function for which most international courts and tribunals are created – that is, to strengthen the international rule of law”.⁵⁹

⁵⁹ *Id.*, 113.

*Naman Anand**

“NOBODY’S CHILD”: REFLECTIONS ON FOUR POSSIBLE APPROACHES FOR THE REPATRIATION OF FTFs

Abstract

In the 21st century the rise of numerous Non-state Armed Groups (NSAGs) such as the Islamic State of Iraq and the Levant (ISIS), and Al Qaeda has been experienced. With the height of the “smart” generation and the ubiquity of social media platforms, numerous individuals from across all corners of the globe have been recruited by such groups online and have gone on to join them in the Middle East and Northern Africa. However, a prominent legal hurdle arises when they wish to return to their nation of birth.

This article aims to analyse numerous instruments of international law, recent decisions by the European Court of Human Rights (ECtHR), diplomatic policies adopted by EU member nations, and Milanovic’s concept of the “personal model of extraterritorial jurisdiction” to answer one primary question – are States under an “erga omnes” obligation to repatriate Foreign Terrorist Fighters?

Annotasiya

21-ci əsrdə İraq və Şam İslam Dövləti (İŞİD) və Əl-Qaidə kimi çoxsaylı qeyri-dövlət silahlı qruplarının yüksəlişi baş vermişdir. “Ağıllı” nəslin artımı və sosial media platformalarının geniş yayılması ilə dünyanın hər yerindən saysız-hesabsız insan bu cür qruplar tərəfindən onlayn olaraq işə götürülmüş və Yaxın Şərqdə və Şimali Afrikada onlara qoşulmağa davam etmişdirlər. Bununla belə, əsas hüquqi maneə onların doğulduqları ölkəyə geri qayıtmaq istədikləri zaman yaranır.

Bu məqalə beynəlxalq hüququn çoxsaylı sənədləri, Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsinin (AİHM) son qərarları, Aİ-yə üzv dövlətlər tərəfindən qəbul edilmiş diplomatik siyasətlər və Milanoviçin “ekstraterritorial yurisdiksiyanın şəxsi modeli” konsepsiyasını mühüm bir sualı cavablandırmaq üçün təhlil etmək məqsədi daşıyır – dövlətlər xarici terrorçuları repatriasiya etmək üçün “erga omnes” öhdəliyi daşıyırlarmı?

CONTENTS

Introduction	77
I. Defining and distinguishing FFs and FTFs.....	78
A. An analysis of 3 scholarly definitions of the phrase “Foreign Fighter” and “Foreign Trained Fighter”	79
B. Critique	79
C. Conclusion: the three core elements that define FFs and FTFs	80

* 4th Year BA LL.B (Hons) student, Rajiv Gandhi National University of Law (RGNUL), Punjab; Founder & Managing Editor, Indian Journal of Projects, Infrastructure, and Energy Law (IJPIEL); Special thanks to my research supervisor Dr Heather Katharine Allansdottir (DPhil, Oxon), Dr. Ruchi Anand (DPhil, Punjab University), Dr GS Bajpai (Vice Chancellor, Rajiv Gandhi National University of Law), and Library Staff, Rajiv Gandhi National University of Law.

II. The repatriation of FTFs under the international law regime: obligation or discretion?	81
A. The present framework.....	82
B. Approaches for the repatriation of FTFs.....	83
Conclusion	91

Introduction

The ongoing problem of Foreign Terrorist Fighters (hereinafter FTFs) raises numerous perplexing questions, primarily under the United Nations' Conventions and Treaties, that States seem ill-equipped or unwilling to address. Diplomatic stances over the topic have also been erratic and lacked clarity. For example, Former President Donald Trump's tweet in February 2019¹ urging European Union (hereinafter EU) Member States to repatriate Islamic State (hence IS) fighters and the subsequent veto of a proposed UNSC Resolution² calling for the rehabilitation of FTFs.

The legal situation in States currently battling Non-State Armed Groups (hence NSAGs) on their territories, particularly in the Middle East, seems quite disingenuous. Iraq, for example, has relied on its sovereign right to prosecute FTFs but has also refused to charge them on a few occasions, citing a lack of jurisdiction and has urged states of nationality to repatriate them instead.³

The Member States of the EU have also distinct, and some might even say, antagonistic stances over the matter. While some states declared that FTFs should not possess any right to return and must face criminal law enforcement mechanisms locally, others have decided to repatriate them. The States favoring repatriation have cited "humanitarian grounds" and "national security concerns" as reasons to support their decision. However, these concerted measures, which have received approbation as "efforts undertaken to safeguard humanity", face the risk of being subject to aspersion if the international community views them as occasional acts of comity and amity. Instead, we must understand and perceive them as acts undertaken to comply with international legal obligations emanating from soft law treaties.

There is also a separate debate over the concept of extraterritorial

¹ BBC, Trump tells European Countries to Take Back Islamic State Fighters (2019), <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-47269887> (last visited Dec. 10, 2021).

² Edith M. Lederer, US Vetoes UN Resolution over Islamic State Fighters' Return (2020), https://www.washingtonpost.com/world/europe/diplomats-say-us-veto-likely-on-un-anti-terrorism-resolution/2020/08/31/0a11e308-ebb7-11ea-bd08-1b10132b458f_story.html (last visited Dec. 10, 2021).

³ See generally UN, Report of the Special Representative of the Secretary-General for Children and Armed Conflict, A/HRC/49/58 (2018).

obligations,⁴ which emanates from the personal model of extraterritorial jurisdiction or “*ratione personae*”.⁵ However, this article shall not delve into that concept in detail. While some scholars such as Spadaro have argued that the obligation to repatriate one’s citizens of nationality might be an *erga omnes* one,⁶ others such as Milanovic have debunked the theory, calling it impracticable as it would render the concept of Jurisdiction under International Law “*essentially limitless*”⁷ and thus, redundant.

As this article shall focus solely on the ongoing situation of FTFs, it shall steer clear of the ongoing debate on the rights of the children of FTFs and their mothers and how their rights are intertwined since it demands separate consideration. However, it is incumbent upon the author to notify the readers that numerous issues covered in this article, for example, the rehabilitation of FTFs into civil society upon repatriation and the defence of “sovereign decision(s)” taken by States to refuse repatriation, are also relevant for the children of FTFs.

I. Defining and distinguishing FFs and FTFs

At the very outset, it is interesting to note that being a FF/FTF does not constitute a crime as per international law.⁸ Moreover, partaking in hostilities with an armed group on foreign territory constitutes a *prima facie* violation of criminal law either, as per the domestic legal systems of most nations.⁹ Nonetheless, ever since the beginning of the FTF problem, when numerous overseas citizens emigrated to various conflict zones across the Middle East and Northern Africa (hence MENA) region to join NSAGs, there have been a host of legal responses. The most significant one of those, possibly, is UNSC Resolution 2178, which defines Foreign Trained Fighters (FTFs) as “*individuals who travel to a State other than their States of residence or nationality for the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts or the providing or receiving of terrorist training, including in connection with armed*

⁴ See generally Sanna Mustasaari, *Finnish Children or “Cubs of the Caliphate”? : Jurisdiction and State “Response-ability” in Human Rights Law, Private International Law, and the Finnish Child Welfare Act*, 7 Oslo Law Review (2020).

⁵ See generally Marko Milanovic, *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, 23 European Journal of International Law (2012); See also Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy* (2011).

⁶ See Alessandra Spadaro, *Repatriation of Family Members of Foreign Fighters: Individual Right of State Prerogative?*, 70 International and Comparative Law Quarterly (2020).

⁷ Marko Milanovic, *The Murder of Jamal Khashoggi: Immunities, Inviolability and the Human Right to Life*, 20 Human Rights Law Review 1, 21 (2020).

⁸ Robert Heinsch, *Foreign Fighters and International Criminal Law* in A. de Guttry, F. Capone and C. Paulussen (eds.), 165 (2016); Chiara Ragni, *International Legal Implications Concerning Foreign Terrorist Fighters*, 101 Rivista di Diritto Internazionale 1052, 1062-1063 (2018).

⁹ Sandra Krähenmann, *The Obligations under International Law of the Foreign Fighter’s State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination* in A. de Guttry, F. Capone and C. Paulussen (eds.), 241 (2016).

conflict".¹⁰

Sadly, these responses have further erased the fine line between Foreign Fighters (hence FFs) and Foreign Trained Fighters (hence FTFs). Moreover, definitions of the terminologies mentioned above are inconsistent¹¹ and vary from scholar to scholar.

A. An analysis of 3 scholarly definitions of the phrase "Foreign Fighter" and "Foreign Trained Fighter"

1. Hegghammer's four elements (2013)

Hegghammer's definition of the terms "*Foreign Fighter*" and "*Foreign Trained Fighter*" lists four quintessential requirements before classifying a person as an FF or FTF, which Hegghammer seemingly considers being the same thing:¹²

1. who has joined and conducts operations within the confines of an insurgency;
2. is not a citizen of the conflict state and does not have kinship links to its warring factions;
3. is not affiliated with or to a military organization, and;
4. is unpaid.

2. David Malet

Malet defines Foreign Fighters as "*noncitizens of conflict states who join insurgencies during civil conflicts*".¹³

3. Francesca Capone

Capone has defined FFs as "*individuals, driven mainly by ideology, religion or kinship, who leave their country of origin or their country of habitual residence to join a party engaged in an armed conflict*".¹⁴ On the other hand, Capone has defined FTFs as "*individuals who travel to a State other than their States of residence or nationality for the perpetration, planning, or preparation of, or participation in, terrorist acts or the providing or receiving of terrorist training, including in connection with armed conflict*".¹⁵

B. Critique

Although the earlier definitions may seem comprehensive, they also lead to new legal questions. Hegghammer and Malet's definitions are highly

¹⁰ See generally United Nations Security Council Resolution 2178 on Foreign Terrorist Fighters (2014).

¹¹ David Malet, *Foreign Fighter Mobilization and Persistence in a Global Context*, 27 *Terrorism and Political Violence* 454, 455-459 (2015).

¹² Thomas Hegghammer, *The Rise of Muslim Foreign Fighters: Islam and the Globalization of Jihad*, 35 *International Security* 53, 57-58 (2011).

¹³ David Malet, *Foreign Fighters: Transnational Identity in Civil Conflicts*, 9 (2015).

¹⁴ See Andrea de Guttry, Francesca Capone and Christophe Paulussen, Introduction in A. de Guttry, F. Capone and C. Paulussen (eds.) (2016).

¹⁵ *Id.*, 2.

problematic on numerous grounds. They are ubiquitous and fail to distinguish between an FF and FTF, thus blurring the essential difference between the two. The mere location of a fighter abroad does not necessarily mean that they received training to partake in armed hostilities there or vice versa. Moreover, international law has no legal definition of “insurgency”, although the Max Planck Encyclopedia provides a vague description by utilizing the term “armed group”.¹⁶

Although Capone’s definition is far more structured and inclusive and makes a reasoned distinction between the two terms, it does not consider numerous factors such as the willingness of the FF/FTF and thoroughly neglects deceitful recruitment, which is a result of fraud, coercion, or brainwashing – which is also the case with other two definitions.

C. Conclusion: the three core elements that define FFs and FTFs

From the definitions mentioned earlier, it becomes clear that two central distinguishing factors discern an FF and FTF:¹⁷

1. Moving from one location to another is not their *usual* place of residence. Certain scholars such as Hegghammer have argued that the concerned individual(s) must possess a relationship of foreignness to the location where they are engaged as FFs or FTFs and have identified foreignness based on numerous factors, including citizenship, ethnicity, and habitual place of residence.¹⁸ However, this presumption falls in light of the recent trend of multiple members of overseas diaspora communities going back *home* and engaging in armed conflict in an armed or support capacity.¹⁹ Interestingly, scholars such as Hegghammer have not classified such cases as FFs or FTFs, choosing to address them as “returning diaspora members” instead.²⁰
2. The concerned person is a “fighter” and fights for a particular cause, organization, some form of reward, or even under duress or coercion.

1. UNSC 2178 (contd.)

The Security Council Resolution specifically mentioned acting against individuals with a “terrorist intent”, which makes the entire situation boil down to state practice and risks putting many vulnerable individuals, such as

¹⁶ See generally Emily Crawford, *Insurgency* (2015). Available at: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e308?prd=EPIL> (last visited Dec. 10, 2021).

¹⁷ John Ip., *Reconceptualizing the Legal Response to Foreign Fighters*, 69 *International & Comparative Law Quarterly* 103, 105 (2019).

¹⁸ Hegghammer, *supra* note 12.

¹⁹ Sandra Kraehenmann, *Foreign Fighters Under International Law*, 7 *Academy Briefing*, 49-53 (2014).

²⁰ Guttry, Capone and Paulussen, *supra* note 14, 58.

non-combatants or sexually enslaved people,²¹ within this bracket.

As it is tough to determine whether the concerned person(s) has/have committed any violations on NSAG – occupied territory, most nation-states base their categorization on a loose interpretation of the word “*affiliated*”. This policy vagueness has resulted in more than 20 EU Member States blanketly outlawing yet another vague term – “*involvement*” – in the “*affairs*” of any NSAG.²² Some common law nations, such as Australia, have explicitly outlawed entering a “*declared terrorist area*”, as notified by its Ministry of Foreign Affairs.²³

2. UNSC Resolution 2368 & 2396

The United Nations reiterated its commitment towards repatriation in UNSC Resolutions 2368²⁴ and 2396.²⁵ In comparison, the former resolution focuses on FTFs departing from conflict-ridden areas, returning to their “*home countries*” (although there is a lack of clarity over whether this phrase means their place of origin or the place where they are ordinarily resident).²⁶

II. The repatriation of FTFs under the international law regime: obligation or discretion?

With the collapse of ISIS, countless FTFs (including children) remain stranded in refugee camps. The 2019 United Nations Security Council Counter-Terrorism Enforcement Directorate Brief²⁷ observes that these campsites are ill-equipped to meet even the most basic healthcare and nutritional standards. The situation has created a lot of pressure on States to repatriate their citizens.²⁸ The case has also snowballed into a diplomatic spat, with certain States asking others to repatriate their citizens. Numerous human rights advocates have argued in favor of and against²⁹ repatriating and prosecuting FTFs.

This situation raises the question – of whether the existing Public International Law framework considers the repatriation of FTFs by their

²¹ Samar El Masri, *Prosecuting ISIS for the Sexual Slavery of the Yazidi Women and Girls*, 22 *The International Journal of Human Rights* 1047, 1052-1054 (2018).

²² Bibi van Ginkel, Eva Entenmann, *The Foreign Fighters Phenomenon in the European Union Profiles, Threats and Policies*, 6 (2016).

²³ See UN Doc. S/2015/358, para. 54 (2015); Similarly, France has broadly criminalized “having been abroad in a theatre of operations of terrorist groups”. See Ginkel, Entenmann, *supra* note 23, 32.

²⁴ See generally United Nations Security Council Resolution 2368 (2017).

²⁵ See generally United Nations Security Council Resolution 2396 (2017).

²⁶ *Supra* note 12.

²⁷ United Nations Security Council Counter-Terrorism Enforcement Directorate, *The Repatriation of ISIL – Associated Children*, 5 (2019).

²⁸ Margherita Stevoli, *UN Report Should Pressure Countries to Repatriate Foreign Fighters* (2020), <https://www.justsecurity.org/68405/un-report-should-pressure-countries-to-repatriate-foreign-fighters/> (last visited Dec. 10, 2021).

²⁹ Kilian Roithmaier, *Germany and Its Returning Foreign Terrorist Fighters: New Loss of Citizenship Law and the Broader German Repatriation Landscape* (2019), <https://icct.nl/publication/germany-and-its-returning-foreign-terrorist-fighters-new-loss-of-citizenship-law-and-the-broader-german-repatriation-landscape/> (last visited Dec. 10, 2021).

States of origin as an obligation or a discretion?

A. The present framework

Although numerous international humanitarian law (hence IHL) provisions widely recognize the duty of States to repatriate persons subjected to detention during an armed conflict immediately after the cessation of hostilities,³⁰ there is no specific answer regarding the situation of FTFs. Apart from a few unique cases such as the ICCPR, there is no requirement on States to repatriate fugitives held in their custody.³¹ However, there are numerous legal instruments in favor of considering repatriation as a mandatory obligation under international law.³²

Certain scholars like Widagdo argue that state practice in the field of IHL mandates “states to investigate and prosecute war crimes committed by their nationals”.³³ They primarily utilize the provisions of UNSC Resolution 1373,³⁴ which emphasizes the legal obligation of States to repatriate and prosecute individuals accused of war crimes and terrorist activities to put forth their case. However, it is interesting to note here that many States have refuted this argument on numerous grounds, including national security and have also sought refuge in the idea of virtual trials.³⁵

With the specific context of FTFs in mind, UNSC Resolution 2178³⁶ elucidates the obligation to repatriate, elaborated above, which stresses that it is unjust to subject FTFs to desertion in the hope that other States might assist them. Civil Society Organizations have also insisted upon using the Integrated Disarmament Demobilization and Reintegration Standards (IDDRS) approach³⁷ to facilitate the re-inclusion of FTFs and their children into civil society – which has also found support from the families of victims of crimes perpetrated by NSAGs.³⁸

³⁰ The Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, art. 109 (3) (1949).

³¹ Dan E. Stigall, Repatriating Foreign Fighters from Syria: International Law and Political Will (Part 1) (2020), <https://www.justsecurity.org/69244/repatriating-foreign-fighters-from-syria-international-law-and-political-will-part-1/> (last visited Dec. 10, 2021).

³² See generally Vincent Chetail, *Introduction: Voluntary Repatriation in Public International Law: Concepts and Contents*, 23 *Voluntary Repatriation: Achievements & Prospects* (2004).

³³ Setyo Widagdo, Kadek Wiwik Indrayanti, and A. A. A. N. Saraswati, *Repatriation as a Human Rights Approach to State Options in Dealing with Returning ISIS Foreign Terrorist Fighters*, 11 *SAGE Open* July-September 2021, 9 (2021).

³⁴ See generally United Nations Security Council Resolution 1373 (2001).

³⁵ See Liz White, *Towards a New Normal: Virtual Proceedings under International Criminal Law in the Age of COVID-19* (2021). Available at: <https://www.jtl.columbia.edu/bulletin-blog/towards-a-new-normal-virtual-proceedings-under-international-criminal-law-in-the-age-of-covid-19> (last visited Dec. 6, 2021).

³⁶ See generally United Nations Security Council Resolution 2178 (2014).

³⁷ See the IDDRS. Available at: <https://www.unddr.org/the-iddrs/> (last visited Dec. 6, 2021).

³⁸ Ian Cobain, Vikram Dodd, Put “Beatles” ISIS Fighters on Trial, Victims’ Families say, *The Guardian* (2018), <https://www.theguardian.com/world/2018/feb/09/victims-relatives-welcome-capture-of-british-isis-fighters-the-beatles> (last visited Dec. 6, 2021).

B. Approaches for the repatriation of FTFs

The issue of FTFs lodged in prisons, and refugee camps worldwide presents an unprecedented challenge. EU Member States have formulated numerous policies and methodologies in response to the current conundrum. Although it is clear that there is no “one size fits all” solution to the current problem, any prospective solution must respect the benchmarks set by the existing international human rights law (hence IHRL) framework. This conundrum leads us to the raging debate regarding the choices the Member States possess and must opt for regarding FTFs. Making this choice is easier said than done, as the solution must be long-lasting and compliant with the IHRL framework.

1. The first choice: prosecution by national courts

The first choice is to ensure the trial and subsequent prosecution of FTFs by the national courts or other juridical authorities, such as those enshrined under Islamic law.³⁹ A well-entrenched principle of international law is that the sovereign states only control people and objects situated “within the(ir) territory”.⁴⁰ Thus, each Member State has the authority to try and prosecute breaches of criminal law within its jurisdiction. It is important to note that the concept relies upon the actual location of the perpetration of the crime, the “territorial principle”⁴¹ - supported by the *Ta'zir* branch of Sharia law.⁴² According to this principle, it is best to try individuals in the national courts of the territory where the crime has occurred on account of more accessible witnesses and evidence.⁴³ The success of this principle is contingent upon a strong government and stable judicial structure.⁴⁴ Therefore, if we rely upon this principle, Iraqi and Syrian Courts possess the primary jurisdiction to try and prosecute FTFs related to ISIS and Al Qaeda – as has also been claimed by a UNGA report.⁴⁵

Although this theory might sound *prima facie* reasonable, it is still vital to underscore that the trial procedure must be fair, just, and reasonable. A proper judicial and criminal law enforcement system is essential in promoting

³⁹ Rudolph Peters and Peri Bearman, The Judge and the Mufti, in Ashgate Research Companion to Islamic Law, 83-102 (2014).

⁴⁰ See generally Johan D. Van Der Vyver, Sovereignty in D. Shelton (eds.) (2013).

⁴¹ Berge Wendell, *Criminal Jurisdiction and the Territorial Principle*, 30 Michigan Law Review 238, 238-269 (1931).

⁴² See generally Hasan Pourbaferani, *Foundations and Evolution of Nationality-Based Jurisdiction*, 4 Criminal Law Research (2017).

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ See generally Tanya Mehta, Bringing (Foreign) Terrorist Fighters to Justice in a Post ISIS Landscape Part I: Prosecution by Iraqi and Syrian Courts (2017). Available at: <https://icct.nl/publication/bringing-foreign-terrorist-fighters-to-justice-in-a-post-isis-landscape-part-i-prosecution-by-iraqi-and-syrian-courts/> (last visited Dec. 6, 2021).

⁴⁵ United Nations General Assembly, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms While Countering Terrorism, para. 44 (2014). Available at: <https://undocs.org/A/HRC/28/28> (last visited Nov. 25, 2021).

a democratic way of life,⁴⁶ building trust and legitimacy in the institutions of governance, and protecting human rights.⁴⁷ Sadly, the case regarding trials of FTFs in Iraq shows otherwise, according to a 2019 UN-OHCHR report.⁴⁸

When a state claims jurisdiction to a crime, it implies that it is able and willing to prosecute suspects as per the IHRL regime effectively.

However, scholars⁴⁹ and courts have also liberally construed the meaning of this phrase to include the concept of extraterritorial jurisdiction,⁵⁰ mainly where human rights violations are involved – which scholars of Islamic law have also acknowledged.⁵¹ Moreover, the idea of a place of perpetration has received criticism from scholars on account of being ill-suited for the jurisdictional determination of transnational crimes and cybercrimes.⁵² Thus, it is crucial to distinguish between the right to prosecute and the State's willingness to do so.

Widagdo very rightly notes that there can be three main reasons behind a State's unwillingness to exercise its right to prosecute, which we can sum up as follows:⁵³

- (i) It is willingly protecting the concerned person(s) by making sure that they do not have to face the criminal law enforcement mechanism;
- (ii) The State does not intend to bring the concerned individuals to justice (this can also be the case because the State inherently believes that no cause for action, even though it possesses the right to intervene), or;
- (iii) The proceedings are improper or impartial.

The concept of an *inability to prosecute* under international criminal law⁵⁴ (although the inability to prosecute, itself, has been subjected to heated academic debate),⁵⁵ in contrast, can be determined by two factors⁵⁶ – by a

⁴⁶ White, *supra* note 35.

⁴⁷ See generally United Nations, Iraq: UN Report on ISIL Trials Recognises Efforts and Raises Concerns (2020). Available at: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25504&LangID=E/> (last visited Nov. 25, 2021).

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Francesca Capone, Children in Conflicts as Victims and Perpetrators? Reassessing the Debate on Child Soldiers in light of the Involvement of Children with Terrorist Groups (2019), <http://www.qil-qdi.org/the-children-and-wives-of-foreign-isis-fighters-which-obligations-upon-the-states-of-nationality/> (last visited Nov. 25, 2021).

⁵⁰ Hugh King, *The Extraterritorial Human Rights Obligations of States*, 9 Human Rights Law Review 521, 526 (2009).

⁵¹ See generally Saber Nivarani, Ehsan Javed, *Extraterritorial Applicability of International Obligations of States in the Field of Economic, Social and Cultural Rights*, 18 Pizhūhish-i huqūq-i 'umūmī (2017).

⁵² See generally Mireille Hildebrandt, *Extraterritorial Jurisdiction to Enforce in Cyberspace?* Bodin, Schmitt, *Grotius in Cyberspace*, 63 University of Toronto Law Journal (2013).

⁵³ *Supra* note 35.

⁵⁴ Rome Statute, art. 17 (1998).

⁵⁵ See generally Simon M. Meisenberg, *Complying with Complementarity? The Cambodian Interpretation of the Rome Statute of the International Criminal Court*, 5 Asian Journal of International Law (2015).

⁵⁶ See generally Koen D. Feyter, *Globalisation and Common Responsibilities of States* (2013).

substantial collapse of,⁵⁷ or the unavailability of a free and fair trial⁵⁸ under the national jurisdiction. International criminal law, by design, allows the international community to play a role in case the territorial State is not willing or able to prosecute the FTFs by applying the principle of subsidiarity (although that too may come with its perils).⁵⁹ The principle allows for triggering the jurisdiction of other States, or even international courts such as the ICC, which can avoid judicial impunity by following universally accepted minimum standards of a free trial.

2. Prosecution by national courts in Iraq and Syria: a brief overview

Iraq

Numerous reports⁶⁰ have previously highlighted the extent to which fair trials are possible in Iraq and Syria, along with the challenges that come along with it. Although Iraq and Syria have previously prosecuted numerous FTFs, it has shown an unwillingness to do so effectively.⁶¹ According to a 2018 UN Special Representative Report,⁶² Iraq prosecutes adults under the garb of sovereignty. However, it asks nations to repatriate children, classified as a “threat to national security”, similar to Canada’s conduct in the Omar Khadr case.⁶³

Although Article 19 of the Iraqi Constitution and Articles 123 and 126 (b) of the Iraqi Code of Criminal Procedure guarantee a fair trial to all accused,⁶⁴ reports show⁶⁵ that the Iraqi State has failed to provide the requisite safeguards. Iraq’s trial proceedings, inhumane detention conditions, and the regular usage of the death penalty⁶⁶ have all received criticism from the international community. These criticisms are in addition to the numerous testimonies of torture in criminal law enforcement institutions in the

⁵⁷ See generally Spencer Thomas, *A Complementarity Conundrum: International Criminal Enforcement in the Mexican Drug War*, 45 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (2012).

⁵⁸ See generally Yvonne McDermott, *The Admissibility and Weight of Written Witness Testimony in International Criminal Law: A Socio-Legal Analysis*, 26 *Leiden Journal of International Law* (2013).

⁵⁹ See generally Theresa Reinold, *The Promises and Perils of Subsidiarity in Global Governance: Evidence from Africa*, 40 *Third World Quarterly* (2019).

⁶⁰ Human Rights Watch, *Iraq: Key Courts Improve Trial Procedures but changes needed in Laws, Response to Torture* (2019), <https://www.hrw.org/node/327851/printable/print/> (last visited Dec. 6, 2021).

⁶¹ Martin Chulov, Nadia Al-Falour, “They Deserve No Mercy’: Iraq Deals Briskly with accused ‘Women of ISIS’” (2018), <https://www.theguardian.com/world/2018/may/22/they-deserve-no-mercy-iraq-deals-briskly-with-accused-women-of-isis/> (last visited Dec. 6, 2021).

⁶² United Nations General Assembly, *Children and Armed Conflict: Report of the Special Representative of the Secretary-general for Children and Armed Conflict*, para. 18 (2021).

⁶³ See generally Ryan Liss, *The Abuse of Ambiguity: The Uncertain Status of Omar Khadr under International Law*, 50 *Canadian Yearbook of International Law* (2013).

⁶⁴ See generally Dr. BJH Almusawi, *The Right to a Fair Trial under Iraqi Law*, 17 *PalArch’s Journal of Archaeology of Egypt/Egyptology* (2020).

⁶⁵ UN, *supra* note 62.

⁶⁶ OHCHR, *Iraq: Wave of Mass Executions Must Stop, Trials are Unfair – UN Experts* (2020), <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26526&LangID=E/> (last visited Dec. 25, 2021).

country,⁶⁷ which is against the principles of IHRL. An OHCHR investigation⁶⁸ that analyzed 800 trial proceedings between May 2018 and October 2019 concluded that breaches of fair trial standards created immensely disadvantageous situations for defendants compared to the prosecution, which led to biased trials.

Syria

The Syrian Democratic Forces (SDF) does not possess international legitimacy or recognition and is thus incapable of administering a fair trial – creating numerous concerns under the IHL framework.⁶⁹ The Kurdish-led administration has long expressed its inability to host prisoners and their family members in camps, where resources are limited and conditions are dire. In 2019, it also pushed forth to create an international tribunal for judicial redress,⁷⁰ a suggestion that received criticism from scholars (more on this below).⁷¹ In 2021 Masloum Abdi, the Head of the SDF, even called upon States to repatriate their citizens.

Scholars rightly note that the principle of *aut dedere aut judicare* exists as a general norm of Customary IHL⁷² and would thus, bind non-state parties.⁷³ Thus, the rights of states to prosecute individuals must be analysed in light of their ability to do so effectively and reasonably. Scholars such as Hautala have also the ECtHR Case of *Öcalan v Turkey*⁷⁴ to support their case that transferring terrorists from non-state to state custody is permissible as per the IHRL framework.

3. The second choice: prosecution by the ICC or an international criminal tribunal

As previously requested by the SDF, the second option is for the ICC, or

⁶⁷ OHCHR, Human Rights in the Administration of Justice in Iraq: Trials under the Anti-Terrorism Laws and Implications for Justice, Accountability and Social Cohesion in the Aftermath of ISIL. Available at: https://www.ohchr.org/Documents/Countries/IQ/UNAMI_Report_HRAAdministrationJustice_Iraq_28January2020.pdf/ (last visited Dec. 25, 2021).

⁶⁸ Nivarani, Javed, *supra* note 51.

⁶⁹ See generally H. Cuckyens, C. Paulussen, *The Prosecution of Foreign Fighters in Western Europe: The Difficult Relationship between Counter-Terrorism and International Humanitarian Law*, 24 Journal of Security and Conflict Law (2019).

⁷⁰ BBC, Islamic State Group: Syria's Kurds call for International Tribunal (2019), <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-47704464> (last visited Dec. 25, 2021).

⁷¹ The WSJ Editorial Board, Europe's ISIS Abdication: An International Tribunal is the Wrong Way to Punish Terrorists (2019), <https://www.wsj.com/articles/europes-isis-abdication-11560553041> (last visited Dec. 25, 2021).

⁷² See generally Tilman Rodenhauer, *International Legal Obligations of Armed Opposition Groups in Syria*, 11 International Review of Law (2015); See also Michael J. Kelly, *Cheating Justice by Cheating Death: The Doctrinal Collusion for Prosecuting Foreign Terrorists – Passage of Aut Dedere Aut Judicare into Customary Law & Refusal to Extradite Based on the Death Penalty*, 20 Arizona Journal of International and Comparative Law 491, 500 (2003).

⁷³ See generally Dan E. Stigall, *The Syrian Detention Conundrum: International and Comparative Legal Complexities*, 11 Harvard National Security Journal (2020).

⁷⁴ *Öcalan v. Turkey*, 46221/99 (2005). Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-69022> (last visited Dec. 24, 2021).

any other international tribunal explicitly established for this purpose, to take over the prosecution and try the FTFs per international law. Although this option seems *prima facie* amenable under the provisions of IHRL, it may face a plethora of hurdles.

Kenny very rightly notes that all 3 routes of exercising jurisdiction:⁷⁵

- i) Via an SC Resolution;
- ii) Based upon the alleged perpetrator's nationality;
- iii) Territory where the offence occurred (mainly Iraq and Syria, who are not parties to the Rome Statute) presents a host of insurmountable political and legal challenges.

The Rome Statute does not explicitly confer the ICC jurisdiction to prosecute FTFs, and thus jurisdictional hurdles may prevent FTFs from being tried by the ICC.⁷⁶ Scholars such as Hautala have also raised concerns about the violation of the *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* principle (known as the principle of complementarity), which is also recognised by Articles 22 and 23 of the Rome Statute - arguing that the principle may thwart the ICC from exercising jurisdiction over EU nationals.⁷⁷ Another major hurdle would be the safe and humane judicial custody of the thousands of FTFs who might be prosecuted.

In this regard, the Government of Sweden thought that the creating a new international tribunal could do the job and has time and again sought support from fellow EU member nations to do so, with the Interior Minister of the country labelling it as "*a moral and symbolic issue*". In 2019, it held an Expert Meeting with representatives from 4 other nations and the EU in this regard. However, this plan seems to have failed because any international tribunal focuses on the "big fish",⁷⁸ and would consequently prosecute only a minuscule number of ISIS members in comparison to those who could be held culpable – similar to ICTR⁷⁹ and ICTY,⁸⁰ which prosecuted merely 254

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ See generally Coman Kenny, *Prosecuting Crimes of International Concern: Islamic State at the ICC?*, 33 *Utrecht Journal of International and European Law* (2017).

⁷⁷ See generally Kaisa Hautala, *There and Back Again? Prosecuting the Foreign Terrorist Fighters of ISIS* (2020). Available at: https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10138/324581/Hautala_Kaisa_Tutkielma_2020.pdf?sequence=2&isAllowed=y (last visited Dec. 24, 2021).

⁷⁸ United Nations Security Council Counter-Terrorism Committee, *Security Council Guiding Principles in Foreign Terrorist Fighter: The 2015 Madrid Guiding Principles + 2018 Addendum*, Guiding Principle 46, 36 (2018). Available at: <https://www.un.org/sc/ctc/wp-content/uploads/2019/09/Security-Council-Guiding-Principles-on-Foreign-Terrorist-Fighters.pdf> (last visited Dec. 24, 2021).

⁷⁹ UNICTR, *The ICTR Indicted 93 Individuals for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in 1994* (2019). Available at: <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/publications/ictcr-key-figures-en.pdf> (last visited Dec. 24, 2021).

⁸⁰ UNICTY, *The ICTY Indicted 161 Individuals for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia* (2019). Available at: <https://www.icty.org/en/cases/key-figures-cases> (last visited Dec. 24, 2021).

individuals combined (respectively, 93 and 161) for genocides that impacted well over 1 million innocent individuals. Thus, both options seem unfeasible.

4. *The third choice: active prevention*

The most common way of doing is to pass blanket measures stripping the citizenship of the FTFs under the garb of “national security”, as seen in Indonesia. The second-most common method is to utilize sophisticated legal arguments to contest the existence of the FTFs’ citizenship in the first place,⁸¹ as seen in a host of EU jurisdictions – most notably in the case of ECtHR case of *Ghormid & Ors v France*.⁸² The third choice, employed by numerous States, but criticized by many as shirking of liability rather than a solution, is to actively prevent the re-entry of FTFs through legislative, administrative, and other logistical means. The suicidal human rights ramifications of such measures and their impact on the most fundamental constituents of the human rights framework, such as the Freedom of Movement, have been studied in great detail by scholars like Paulussen.⁸³ They argue that the same is in violation of common Article 3 of the Geneva Conventions and is counter-productive to the prevention of terrorism.⁸⁴ The UNGA has also acknowledged that the rise of counter-terrorism measures based on loose and vague criteria is alarming and must be avoided to prevent statelessness⁸⁵ and uphold the 2015 Madrid Guiding Principles and the 2018 Addendum.⁸⁶ It is important to note that no judicial process can erode the *erga omnes* due-process obligations imposed by International Law and Natural Law which include but is not limited to the presumption of innocence and the right to a free and fair trial and appeal.⁸⁷

Although the *Nottebohm*⁸⁸ judgement of the ICJ stipulated that each State possesses the right to formulate and regulate the acquisition and deprivation

⁸¹ Adam Hoffman, Marta Furlan, Challenges Posed by Returning Foreign Fighters (2020). Available at:

<https://extremism.gwu.edu/sites/g/files/zaxdzs2191/f/Challenges%20Posed%20by%20Returning%20Foreign%20Fighters.pdf> (last visited Dec. 25, 2021).

⁸² See *Ghormid and Ors v. France*, 52273/16 (2007).

⁸³ See generally Christophe Paulussen, *Stripping Foreign Fighters of their Citizenship: International Human Rights and Humanitarian Law Considerations*, 103 *International Review of the Red Cross* (2021).

⁸⁴ Christophe Paulussen, *Countering Terrorism through the Stripping of Citizenship: Ineffective and Counterproductive* (2018), <https://icct.nl/publication/countering-terrorism-through-the-stripping-of-citizenship-ineffective-and-counterproductive/> (last visited Dec. 24, 2021).

⁸⁵ United Nations, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms While Countering Terrorism, para. 50 (2010). Available at: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/107/07/PDF/G1110707.pdf?OpenElement> (last visited Dec. 10, 2021).

⁸⁶ *Supra* note 78.

⁸⁷ See generally Marisse Hill, *No Due Process, No Asylum, and No Accountability: The Dissonance between Refugee Due Process and International Obligations in the United States*, 31 *American University International Law Review* (2016).

⁸⁸ *Liechtenstein v. Guatemala*, ICJ 1, 20 (1956).

of citizenship and nationality through domestic legislative means, the IHRL framework may place reasonable restrictions⁸⁹ on the same to prevent the spread of terrorism. Moreover, the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and 1961 Convention on the Reduction of Statelessness stipulate that no person shall be deprived of their nationality if it leads to statelessness. These instruments are further supplemented by the International Covenant on Civil and Political Rights, 1976, which prohibits arbitrarily denying the right to return to a person's own country. Scholars also agree that any actions that end up in Stateless or the non-conferral of rights that, as per International Law, can only be enjoyed by citizens can only be arbitrary.⁹⁰ The UNHRC has also noted on numerous occasions that any actions related to the deprivation of citizenship must be necessary, proportional, and reasonable.⁹¹ The UNHRC has also stated that there are very few cases where the denial of entry would be considered appropriate.

An alarming new trend is the increasing use of the "national security" defence by States to strip FTFs of their nationality or deny them their citizenship.⁹² The primary consideration in such a case should be whether the threat posed by repatriated fighters is greater than that of a floating population of radicalised individuals. For National Security threats to be legitimate, the threat of harm must be discernible and not abstract.⁹³

It is crucial to study and consider the IHRL regime while formulating policies to combat terrorism. States worldwide have been criticised for developing vague or archaic definitions of terrorism and what constitutes a terrorist act, which consequently leads to policy decisions and administrative actions that are perverse to International Law and broaden the scope of activities that can lead to statelessness.⁹⁴ As harsh as it may seem to the humble policymaker – States must be mindful that the contours of their administrative actions ought to lie within the limits of International Law, regardless of disloyal their citizens have been. Thus, irrespective of the fact that terrorism continues to pose a constant threat to international peace and security, arbitrary stripping of citizenship not only creates additional hurdles but is, without question – a violation of International Law.

Thus, the above-mentioned conditions make dealing with FTFs under the

⁸⁹ See generally Dai Tamada, *Applicability of the Excess of Power Doctrine to the ICJ and Arbitral Tribunals*, 18 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* (2018).

⁹⁰ Sandra Mantu, *Contingent citizenship: The Law and Practice of Citizenship Deprivation in International, European and National Perspective*, 31 (2015).

⁹¹ See generally UNHRC, *Human Rights and Arbitrary Deprivation of Nationality: Report of the Secretary-General*, A/HRC/19/43 (2011). Available at: <https://www.refworld.org/docid/4f181ef92.html> (last visited Dec. 24, 2021).

⁹² See generally Lucia Zedner, *Citizenship Deprivation, Security, and Human Rights*, 18 *European Journal of Migration and Law* (2016).

⁹³ See generally Helen Duffy, "Foreign Terrorist Fighters": *A Human Rights Approach?*, 29 *Security and Human Rights Journal* (2019).

⁹⁴ See generally Romyana Grozdanova, "Terrorism" – *Too Elusive a Term for an International Legal Definition?*, 61 *Netherlands International Law Review* (2014).

Active Prevention approach immensely challenging and highly problematic.

5. The fourth choice: prosecution by the State of origin

Thus, the fourth and final choice is to subject the FTFs to a free and fair trial and appeal in their states of origin. Although there are differing opinions on what the term encompasses,⁹⁵ the authors shall presume that the term is analogous to the phrase “*country of his nationality*” as contained in Article 1 A (2) of the Refugee Convention, 1951.⁹⁶

Although numerous states have expressed their willingness to only repatriate children by classifying them as victims, numerous other countries such as Australia, Germany, Tajikistan, the United States, and the United Kingdom have expressed their willingness to repatriate and prosecute all their citizens. Countries such as Uzbekistan, which have previously faced conflict situations, have recognized the risk of not repatriating FTFs and have chosen to repatriate, prosecute, and subsequently integrate them into society – a model which the UN has hailed. In the context of this scenario, as explained above, it is imperative to note the UNSR’s observation that the current approach is possibly the only one compliant with the provisions of international law and befits the increasingly perilous situation faced by FTFs. This approach, along with the concerns mentioned above, has also been echoed in UNSC Resolutions 2178 and 2396. The UNCTC has also underscored that we must distinguish between the FTFs and their family members who might be facing severe criminal charges and has favoured this approach.⁹⁷ An open letter by the European Council on Foreign Relations urges adopting the current system as a long-term solution for state security since rehabilitation may reduce the risk of terrorist activities by such individuals – which have already occurred, such as the 2021 Auckland Countdown Stabbing. There is also a need for Border Forces to work together through data sharing to prevent any future terrorist attacks of a similar nature and collect battlefield evidence – although the assessment of the same by Courts of the State of Origin still remains up for debate. It is also essential to delve into the extent to which the 2021 UNCTED Guidelines⁹⁸ regarding battlefield evidence will be followed and how adherence to those guidelines

⁹⁵ See generally Eric Fripp, *Deprivation of Nationality, “The Country of his Nationality” in Article 1A (2) of the Refugee Convention, and Non-Recognition in International Law*, 28 *International Journal of Refugee Law* (2016); See also T. Mehra, C. Paulussen, *The Repatriation of Foreign Fighters and Their Families: Options, Obligation, Morality and Long Term Thinking* (2019), <https://icct.nl/publication/theirepatriation-of-foreign-fighters-and-their-families-options-obligations-morality-and-long-term-thinking> (last visited Dec. 24, 2021).

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Supra* note 78.

⁹⁸ See UNCTAD, *Guidelines to Facilitate the Use and Admissibility as Evidence in National Criminal Courts of Information Collected, Handled, Preserved and Shared by the Military to Prosecute Terrorist Offences* (2021). Available at: https://www.un.org/securitycouncil/ctc/sites/www.un.org.securitycouncil.ctc/files/files/documents/2021/Jan/cted_military_evidence_guidelines.pdf (last visited Dec. 24, 2021).

will be monitored in a situation of armed conflict. Nonetheless, avoiding such the FTF situation may only aggravate it further and reducing the number of detainees through repatriation might be the only possible solution to alleviate this crisis.

Of course, repatriation of such FTFs comes with its own risks, and it is impossible to guarantee a 100% success rate at rehabilitating them. However, not repatriating them possesses more significant risks. They may still engage in terrorist activities by utilising the skills gained during their stints with ISIS or any other NSAG. Thus, prosecuting them and subsequently rehabilitating them while focusing on rekindling their relationship with their families is a desirable option.⁹⁹

Although this model seems to be the most feasible, it may also create a host of new issues when the concerned individual possesses more than one nationality. In a worst-case scenario, such a situation may lead to a buzzer-round like a situation where all states take arbitrary measures to deny citizenship and consequently shirk liability, whereas the last State left will to eat the hot potato.

Conclusion

Although the defeat of ISIS is a cause for celebration for the international community, the consequent terrorist attacks, which continue into 2022, coupled with the worsening FTF situation, must be seen as a cause for alarm. Thousands of FTFs are detained and tortured in inhumane conditions with no food, sanitation, or healthcare provisions – especially neo-natal. Thus, any discussion regarding the obligations of States pertaining to FTFs must be encouraged, regardless of how controversial or divisive they may be perceived.

Although the choice of repatriation is undoubtedly finding consensus in the international community, the means and methods for doing so, along with the risk mitigation strategies in light of employing this decision, remain up for debate. Although it is true that International Law provides no clear answer, the existence of legal instruments such as UNSC Resolutions 2178 and 2396, which fall within the binding ambit of Chapter VII of the UN Charter, provide hope and underscore the need for expeditious resolution of the current crisis.

However, it is sad to see that many States have shunned their obligations under International Law and have adopted divergent and, according to some opinions, even illegal approaches¹⁰⁰ to deny FTFs of their rights – as evidenced by the host of measures taken under the third choice. Although it is understandable that there is no “one size fits all” solution for all States, all options seem more favourable than the third choice.

⁹⁹ Mehra, Paulussen, *supra* note 95.

¹⁰⁰ *Supra* note 79.

The first option, prosecution of the FTFs in Iraqi or Syrian national courts, seemed *prima facie* reasonable. However, unfair judicial processes and inhumane detention conditions mean that this option should be avoided. The second option, prosecution ICC or International tribunal, also faces legal issues on account of the complementarity principle, added by political allegations of prosecuting “big fish” only. If a State chooses to avoid this approach, it should be presumed that the State implicitly acknowledges that the international community must take responsibility for the situation.

This leaves us with the fourth and final choice – prosecution by the States of Origin. Although the approach faces serious issues related to evidence and dual nationality, it is the best possible one as it can comply with the IHRL regime – at least in principle.

*Ivan Allegranti**

A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE ITALIAN AND GERMAN LAWS REGULATING ELECTRICITY BILLS DURING EXCEPTIONAL EVENTS

Abstract

The article focuses its attention on analyzing, firstly, the European regulatory landmark on energy bills. Secondly, this article will investigate the electricity bills discipline of two European countries: Germany and Italy. The scope of the first part of this article is to highlight the differences in the structure and the discipline of electricity bills in the two countries. The second part of the article will investigate how both EU countries have reacted to energy bills during emergency periods. For Italy, the focus will be both on the earthquake of 2016 which destroyed 138 municipalities of the Marche Region and on the COVID-19 pandemic, while for Germany the investigation will concentrate only on the pandemic emergency regulations related to energy bills. The outline of the article will be a comparison of both energy bills practices during emergency periods thus highlighting how the countries have reacted during these exceptional events.

Annotasiya

Məqalədə diqqət, ilk növbədə, enerji ödənişləri ilə bağlı Avropa tənzimləmə istiqamətlərinin təhlilinə yönəldilir. İkincisi, bu məqalədə iki Avropa ölkəsinin: Almaniya və İtaliyanın elektrik enerjisi hesablama qaydaları araşdırılacaqdır. Bu məqalənin birinci hissəsi iki ölkədə elektrik enerjisi ödənişlərinin strukturu və nizam-intizamundakı fərqləri əhatə edəcəkdir. Məqalənin ikinci hissəsində isə hər iki Avropa Birliyi ölkəsinin fəvqəladə vəziyyət dövründə elektrik enerjisi hesablarına necə tənzimlədiyinə baxılacaqdır. İtaliya üçün diqqət həm 2016-cı ildə Marke bölgəsində baş vermiş və regionun 138 bələdiyyəsini dağıtmış zəlzələ zamanı, həm də COVID-19 pandemiya dövrünə yönəldilsə də, Almaniya üçün araşdırma yalnız pandemiya zamanı fəvqəladə vəziyyətin elektrik enerjisi hesabları ilə bağlı qaydalarına diqqət yetirəcəkdir. Məqalənin xülasəsi fəvqəladə vəziyyət dövründə elektrik enerjisi hesablarının təqdimində hər iki ölkənin təcrübəsinin müqayisəsini təşkil edəcək və beləliklə, ölkələrin bu xüsusi fəvqəladə hallar zamanı necə reaksiya verdiyini müəyyənləşdirəcəkdir.

CONTENTS

Introduction	94
I. The EU legal framework on energy and electricity bills.....	96
A. Energy Efficiency Directive	96
B. The Electricity Market Directive	98
II. Germany's energy bills regulations during ordinary times.....	101
III. Italy's energy bills regulations during ordinary times.....	106
IV. Emergency regulations and energy bills in Germany	111

* Research Fellow and PhD Candidate in Civil Law at the University of Camerino, Italy.

V. Emergency regulations and energy bills in Italy	114
VI. Energy bills policy comparison.....	118
Conclusion	119

Introduction

Since the adoption of both the United Nations 2030 Agenda¹ and the Paris Agreement in 2015,² the European Union has started analyzing ways in which it could achieve the carbon-neutral society ruled by the 2015 Conventions.³ In light of the Conventions, the European Union⁴ has worked into implementing the strategies, such as the European Green Deal,⁵ in order to contribute to a carbon-neutral society and economy, thus “empowering consumer for the energy transition”.⁶ In particular, the Green Deal, addressing into its scopes the fight for energy poverty⁷ among European

¹ United Nations General Assembly, Transforming Our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development, A/RES/70/1 (2015). Available at: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/21252030%20Agenda%20for%20Sustainable%20Development%20web.pdf> (last visited Dec. 15, 2021).

² The Paris Agreement was adopted on 12 December 2015 at the twenty-first session of the Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change held in Paris from 30 November to 13 December 2015.

³ The 2030 Agenda invites States’ parties to take active action to combat climate change. In particular, goal 13 (2) demands states to “integrate climate change measures into national policies, strategies and planning”. Also the Paris Agreement invites state parties to undertake emission gas reduction targets such as the one stated at Article 2 (a) which requires parties to “holding the increase in the global average temperature to well below 2 °C above pre-industrial levels and pursuing efforts to limit the temperature increase to 1.5 °C above pre-industrial levels, recognizing that this would significantly reduce the risks and impacts of climate change”.

⁴ See generally Intergovernmental Panel on Climate Change, Special Report on the Impacts of Global Warming of 1.5°C above Pre-industrial Levels and Related Global Greenhouse Gas Emission Pathways, in the Context of Strengthening the Global Response to the Threat of Climate Change, Sustainable Development, and Efforts to Eradicate Poverty (2018).

⁵ The aim of the European Green Deal, as stated in a communication by the European Commission, is to “the European Green Deal” is a response to these challenges. It is a new growth strategy that aims to transform the EU into a fair and prosperous society, with a modern, resource-efficient and competitive economy where there are no net emissions of greenhouse gases in 2050 and where economic growth is decoupled from resource use”. See Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions The European Green Deal, 2 (2019).

⁶ The 2022-2025 Council of European Energy Regulator (CEER) strategy can be summarized as a strategy in three steps which consist in “enabling energy system integration: integrating renewables and incentivizing innovation; placing consumers at the centre of energy markets with consumer-centric dynamic regulation, empowering consumers to actively contribute to and benefit from a flexible energy system; and ensuring open, well-functioning and resilient markets nationally and in Europe: delivering flexibility and new business models”. See generally EUROSTAT, Electricity Price Statistics. Available at: <https://ec.europa.eu/eurostat/web/energy/methodology/prices> (last visited Jul. 1, 2021).

⁷ See Stefan Bouzarovski, *Energy Poverty in the European Union: Landscapes of Vulnerability*, 3 Wiley Interdisciplinary Reviews: Energy and Environment 276, 276-289 (2014); See also Harriet Thomson and Stefan Bouzarovski, Addressing Energy Poverty in the European Union: State of Play and Action, 6 (2018); See generally Heyd F. Más, Dirk Kuiken, *Beyond Energy Savings: The*

households, enhances the supply of clean, affordable and secure energy, thus helping “households that cannot afford key energy services to ensure a basic standard of living”.⁸ At the same time, in June 2021, the European Parliament and the Council of Europe have adopted the European Climate Law Regulation which rules in Article 2 that “union-wide greenhouse gas emissions and removals regulated in Union law shall be balanced within the Union at the latest by 2050, thus reducing emissions to net zero by that date, and the Union shall aim to achieve negative emissions thereafter”.⁹ This Regulation also sets out as principle that the Union, while aiming to achieve its targets, shall take into consideration the “energy efficiency and the “energy efficiency first” principle, energy affordability and security of supply”.¹⁰

Starting from this premise, the Article questions itself if, during the pandemic and other extraordinary events, in two European countries such as Germany and Italy, the discipline on electricity bills has been consumer-oriented, thus allowing household consumers facing energy poverty to be protected during these extraordinary times.

Moreover, this paper will start by analyzing the EU legal framework on energy bills which, today, consists of Directive 2012/27/EU (hereinafter Energy Efficiency Directive)¹¹ and by Directive 2019/944/EU (hereinafter Electricity Market Directive).¹² It is important to mention that, differently to the Regulations, which is a binding legislative act that must be applied in its entirety across the EU, such as the newly adopted European Climate Law Regulation, the “directive” is a legislative act that sets out a goal that all EU countries must achieve. However, it is up to the individual Member States to devise their own laws on how to reach the goals set out in the Directive. In this regard is worth saying that, to date, only Germany has adopted both Directives,¹³ while Italy has only adopted the 2012 Directive.¹⁴ This means,

Necessity of Optimizing Smart Electricity Systems with Resource Efficiency and Coherent Waste Policy in Europe, 70 Energy Research & Social Science (2020).

⁸ *Supra* note 5, 6.

⁹ See Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the framework for achieving climate neutrality, 2021/1119/EU and amending Regulations EC/No 401/2009 and 2018/1999/EU (European Climate Law), OJL/243/1, art. 2 (2021).

¹⁰ *Id.*, art. 4 (5) (g).

¹¹ See generally European Parliament and Council Directive on energy efficiency, 2012/27/EU (2012); See also Amending Directives 2009/125/EC and 2010/30/EU and repealing Directives 2004/8/EC and 2006/32/EC, OJL/315/1 (2012).

¹² See European Parliament and Council Directive on common rules for the internal market for electricity, 2019/944/EU (2019); See also Amending Directive 2012/27/EU, OJL/158/125 (2019).

¹³ In Germany, the EED (Energie Effizienz Richtlinie) has been adopted by the Law on Energy Services and other Energy Efficiency Measures (Energiedienstleistungsgesetz – EDL-G) taking legal effect as of 22 April 2015. In regards to Directive 2019/944 Germany has voted its adoption on 10 February 2021. The Directive has brought modifications to the Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) in particular, to title 4 of the law (Regelungen zu den Endkundenmärkten). The EnWG modifications will enter into force by October 2021.

¹⁴ The Italian Government has adopted Directive 2012/27/EU with the decreto legislativo 18 July 2014 no 102 “Attuazione della direttiva 2012/27/UE sull’efficienza energetica che modifica le direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga le direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE”. On the contrary,

that both Germany and Italy apply within their territories the Energy Efficiency Directive, but only Germany applies also the Energy Market Directive.

I. The EU legal framework on energy and electricity bills

A. Energy Efficiency Directive

This analysis of the European discipline on energy bills starts with the Energy Efficiency Directive (also EED Directive) whose subject matter is to establish a common framework that will allow the Member States of the European Union to achieve “the Union’s 2020 20 % headline target on energy efficiency [and to] remove barriers in the energy market and overcome market failures that impede efficiency in the supply and use of energy, and provides for the establishment of indicative national energy efficiency targets for 2020”.¹⁵ Most importantly, the Directive lays down in all its Articles a set of “minimum requirement” rules that States need to introduce in their own legal framework in order to achieve the energy efficiency target set out in Article 1 of the Directive. However, besides the rules set by the Directive, Article 1 (2) allows the Member States to adopt more stringent measures in order to achieve the goals ruled by the Directive.¹⁶

The Directive’s Article 2, provides the definitions of important concepts such as “final energy consumption”,¹⁷ “energy service”,¹⁸ “final customer”,¹⁹ “energy service provider”²⁰ which set the standards for the entire Directive and allow us to move on into the analysis of Article 10 (billing information),²¹ Article 11 (cost of access to metering and billing information)²² and Article 12 (consumer information and empowering programme)²³ of Directive EU/2012/27.

What draws our attention is Article 10 which specifies the minimum requirements of energy bills according to the Directive.²⁴ In particular, the Article differentiates two billing situations. The first one is referred to the final

Directive (EU) 2019/944 has not been adopted yet. Only recently it has been adopted legge 22 April 2021 no 53 “Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l’attuazione di altri atti dell’Unione europea” which produces effects from 8 May 2021, and delegates the Italian government to adopt many European regulations and acts such as Directive 2019/944/EU.

¹⁵ European Parliament and Council Directive on Energy Efficiency, 2012/27 EC, recital 2 (2012).

¹⁶ In case the Member State opts for more stringent rules, this, according to Article 1 (2), has to be in accordance to the EU legal frameworks as well be notified to the Commission.

¹⁷ *Supra* note 15, art. 2 (3).

¹⁸ *Id.*, art. 2 (7).

¹⁹ *Id.*, art. 2 (23).

²⁰ *Id.*, art. 2 (24).

²¹ *Id.*, art. 10.

²² *Id.*, art. 11.

²³ *Id.*, art. 12.

²⁴ *Id.*, art. 10.

consumer who has not installed smart meters in their houses,²⁵ the second one if there are smart meters applied.²⁶ In the first scenario, the EED Directive billing discipline is also regulated in Annex VII.²⁷

In fact, Article 1.1 of Annex VII establishes that *“billing is based on actual consumption; that billing information should be taken at least once a year and that billing information should be made available at least quarterly upon the consumer’s request as well as if the consumer has opted for an electronic billing”*.²⁸ Moreover, Article 1.2 Annex VII requires then that the *“minimum billing information should be: appropriate, clear and understandable to final consumers; that includes current the actual consumption of energy, a comparison of the consumer’s consumption of the previous year of when he receives the bill; the contact information for final consumer’s organization or other bodies that might help the consumer in improving his energy efficiency and, if possible, an average or normalized schedule of consumer’s energy consumption in the same category of the billed one”*.²⁹ Finally, Article 1.3 of Annex VII advises organizations and energy companies to inform consumers on efficient energy policies to reduce energy consumption.³⁰

It’s important to underline that Article 10 (1) rules that, *“if smart meters are not installed, the obligation to roll out a bill based on the actual consumer’s consumption may be fulfilled by “a system of regular self-reading by the final customers whereby they communicate readings from their meter to the energy supplier” or, if this is not the case, the bill shall be rolled out either by an estimated*

²⁵ In 2014 the Commission published “Benchmarking smart metering deployment in the EU-27 with a focus on electricity” analyzing how Member States have adopted the smart meter obligation required by the 2012 Directive. For more details, see Report from the Commission, Benchmarking Smart Metering Deployment in the EU-27 with a Focus on Electricity, COM/356 final (2014).

²⁶ The 2012 Directive refers at Article 10 (1) to two directives: European Parliament and Council Directive (UE) 2009/72/EC of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC [2009] OJ L211/55 and to European Parliament and Council Directive (UE) 2009/73/EC of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 2003/55/EC [2009] OJ L211/55. For this article which focuses on electricity it’s useful to specify that the smart meters mentioned in Article 10 of the 2012 Directive are disciplined at Article 2 of Annex 1 of European Parliament and Council Directive 2009/72 which requires that by 2020, 80% of consumers shall be equipped with intelligent metering systems. On the role of gas smart meters C. Sandei, “Distribuzione convenzionale del rischio e abuso di dipendenza economica nei contratti di fornitura degli smart meters del gas” *Rivista di diritto civile*, 230, 230-254 (2019). On the feasibility of smart meters in the Italian peninsula G. Zizzo et al., *A Feasibility Study of Some DSM Enabling Solutions in Small Islands: The Case of Lampedusa*, 140 *Energy* 1030, 1030-1046 (2017).

²⁷ Annex VII sets a more detailed discipline on energy bills, while Article 10 (2) rules in regards to “complementary information on historical consumption”.

²⁸ *Id.*, art. 1.1.

²⁹ *Id.*, art. 1.2.

³⁰ Article 1.3 of Annex VII states that “when sending contracts and contract changes, and in the bills customers receive or through websites addressing individual customers, energy distributors, distribution system operators and retail energy sales companies shall inform their customers in a clear and understandable manner of contact information for independent consumer advice centres, energy agencies or similar institutions, including their internet addresses, where they can obtain advice on available energy efficiency measures, benchmark profiles for their energy consumption and technical specifications of energy using appliances that can serve to reduce the consumption of these appliances”.

consumption or on a flat rate".³¹ In regards to Article 10,³² it's worth mentioning paragraph 3 (d) which advises the Member States to give to the final customer the billing information they need without this meaning that "*the information contained in these bills [...] constitute a request for payment*".³³ Most importantly, the analyzed article continues by stating that the Member States shall ensure that suppliers of energy sources offer flexible arrangements for actual payments thus keeping an eye to the customers and their potential financial difficulties.³⁴ Continuing our analysis, Article 11 of the EED Directive rules that metering, bills and billing information requested by consumers are free of charge and in any-case customers are offered free of charge access to their consumption information.³⁵ This obligation is underlined by the Article 12, which, in fact, obliges Member States to "*promote and facilitate an efficient use of energy*" as part of "*a national strategy*".³⁶

B. The Electricity Market Directive

Analyzing the Energy Market Directive (also EMD Directive), it is important to mention that this Directive goes a step further from the 2012 one as it gives a more detailed discipline on energy bills and consumer protection within the energy market. While the 2012 Directive's focal point is energy efficiency, the 2019 Directive's main scope is to establish common rules on the electricity market and to "*address the persisting obstacles to the completion of the internal market for electricity*".³⁷ The obstacles ruled by the Directive are those concerning prices,³⁸ energy poverty³⁹ and consumer's legal protection on electricity matters.⁴⁰

Article 2 of the EMD Directive sets out the definitions of key concepts such as those of household customer,⁴¹ electricity supply contract,⁴² billing

³¹ *Id.*, art. 10 (1).

³² Article 10 (3) rules the same provisions stated in Annex VII of the Directive.

³³ *Id.*, art. 10 (3) (d).

³⁴ *See* f.n. 24.

³⁵ *Id.*, art. 11 (1).

³⁶ Art. 12 (2) includes the measures that Member States may adopt in order to fulfill the obligation of Art 12. (1). These measures can be: a) fiscal incentives, b) access to finance, grants or subsidies, c) information provision; d) exemplary projects, e) workplace activities; f) communication, in relation of possible roll out of smart meters, of cost-effective and easy-to-achieve changes in energy use and on energy efficiency measures.

³⁷ *See* Directive of the European Parliament and of the Council on common rules for the internal market for electricity, 2019/944/EU, recital 8 (2019).

³⁸ As stated in Recital 19, the Directive shall, by securing common rules on the market, avoid or stop that "undistorted market prices would provide incentives for cross-border interconnections and for investments in new electricity generation while leading to price convergence in the long term".

³⁹ *See* recital 22.

⁴⁰ In particular, Recital 48 points out that energy bills disputes are a key factor for the lack of interest in the energy sector of customers and for this reason the European Union should create more clear yet consumer-driven energy billing policies. *See* recital 36 and recital 48.

⁴¹ *Id.*, art. 2 (4).

⁴² *Id.*, art. 2 (13).

information⁴³ and electricity undertaking.⁴⁴ The definitions ruled in this Directive are a step beyond to those disciplined in Article 2 of the 2012 Directive, because, as recital 56 of the 2019 Directive states, “*the full implementation of Directive 2012/27/EU will help consumers to reduce their energy costs*”,⁴⁵ thus meaning that only through the full adoption by Member States of the EED Directive, the 2019 Directive can be effective thus establishing “*a smooth transition towards a sustainable low-carbon energy system*”.⁴⁶ Moving forward to the Articles that discipline electricity bills, those are Article 10 (basic contractual rights),⁴⁷ Article 18 (bills and billing information),⁴⁸ Annex I (minimum requirement for billing and billing information)⁴⁹ and Article 28 (1) (vulnerable customers).⁵⁰

Article 10 is entitled “basic contractual rights” and is a multifaceted Article as it is referred: to the Member States (Article 10 (1) and Article 10 (2)), to the consumers living within the EU territories (Article 10 (3) and Article 10 (4)) and to the energy suppliers operating within the EU borders (from Article 10 (5) to Article 10 (12)). In fact, Article 10 (1) and 10 (2) opt as general clauses as it invites Member States to ensure that all consumers are entitled to have their electricity provided by a supplier regardless of the Member State in which the energy supplier is registered.⁵¹ In line with Article 10 (1), Article 10 (2)⁵² also underlines that the following provisions should be in line with *the “nion rules on consumer protection, in particular, Directive 2011/83/EU⁵³ of the European Parliament and of the Council and Council Directive 93/13/EE⁵⁴”*.⁵⁴ On the one consumer’s side, Article 10 (3)⁵⁵ provides a detailed list of rights addressed to consumers that shall be fair and well known in advance, prior to the conclusion of the agreement as well as in between communications if contract conditions might change from the supplier side as ruled in Article 10 (4).⁵⁶ On the other side, from Article 10 (5) to 10 (12), are set out the supplier’s obligations in order to allow customers to pursue their rights.⁵⁷

The central Article of the EMD Directive is, however, Article 18 (bills and

⁴³ *Id.*, art. 2 (21).

⁴⁴ *Id.*, art. 2 (57).

⁴⁵ *Id.*, recital 56.

⁴⁶ *Id.*, art. 1 (2).

⁴⁷ *Id.*, art. 10.

⁴⁸ *Id.*, art. 18.

⁴⁹ *Id.*, annex I.

⁵⁰ *Id.*, art. 28 (1).

⁵¹ *Id.*, art. 10 (1).

⁵² *Id.*, art. 10 (2).

⁵³ Directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights, 2011/83/EU (2011); Amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council OJL/304/2011 (2011).

⁵⁴ Council Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, 93/13/EEC (1993).

⁵⁵ *Id.*, art. 10 (3).

⁵⁶ *Id.*, art. 10 (4).

⁵⁷ *Id.*, art. 10 (5) - 10 (12).

billing information) which is an evolution of the EED's Article 10 and Annex VII.⁵⁸ In fact, beside recalling the principles of an "accurate, easy to understand, clear, concise, user-friendly and presented in a manner that facilitates comparison by final customers"⁵⁹ and free of charge bill, Article 18 (5) obliges the Member States to "consult consumer organizations when they consider changes to the requirements for the content of bills".⁶⁰ The importance of this Article is that it represents the exact scope of the Directive which is to empower customers.⁶¹ In fact, only through the collaboration between consumer's associations and energy suppliers, there might be changes that consider both parties best interests as both parties are represented during contractual negotiations that might affect their respective legal sphere. Article 18 (6) then is linked to Annex I of the Directive which sets in detail how exactly energy bills need to be structured and which data should be inserted, the frequency of billing, the price's breakdown, the consumer's access to complementary information and the disclosure of energy sources.⁶²

The last Article specifically related to energy bills is Article 28 (1) which is devoted to vulnerable clients.⁶³ In particular, the EMD Directive aims to protect the vulnerable customers by defining when a customer can be defined as vulnerable, by prohibiting the disconnection of electricity in critical times, by obliging member states to respect the right and obligations set for normal customers also to the fragile ones (which include those who live in remote areas) and by applying the same levels of transparency regarding contractual terms and conditions, general information and dispute settlement mechanisms.⁶⁴ After having set out the perimeters in which the European legal framework disciplines energy electricity bills it is possible to investigate how electricity bills are disciplined both in Germany and in Italy during

⁵⁸ See paragraph I (A) of this Article.

⁵⁹ See art. 18 (1) and art. 18 (2).

⁶⁰ *Id.*, art. 18 (5).

⁶¹ See Maria Iannidou, *Effective Paths for Consumer Empowerment and Protection in Retail Energy Markets*, 41 *Journal of Consumer Policy* 135, 135-157 (2018); See also Florian Hanke, Jens Lowitzsch, *Empowering Vulnerable Consumers to Join Renewable Energy Communities – Towards an Inclusive Design of the Clean Energy Package*, 13 *Energies* 1615, 1615-1642 (2020).

⁶² See *supra* note 37, article 18 (6) together with Annex I.

⁶³ There is not a uniform definition of vulnerable consumer. This can be extracted by the combined reading of Article 28 of the EMD Directive for which "the concept of vulnerable customers may include income levels, the share of energy expenditure of disposable income, the energy efficiency of homes, critical dependence on electrical equipment for health reasons, age or other criteria" and of Article 3 (3) (d) of Regulation (EU) 2018/1999 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 on the Governance of the Energy Union and Climate Action, amending Regulations (EC) No 663/2009 and (EC) No 715/2009 of the European Parliament and of the Council, Directives 94/22/EC, 98/70/EC, 2009/31/EC, 2009/73/EC, 2010/31/EU, 2012/27/EU and 2013/30/EU of the European Parliament and of the Council, Council Directives 2009/119/EC and (EU) 2015/652 and repealing Regulation (EU) No 525/2013 of the European Parliament and of the Council, OJ L 328/1 21.12.2018, which states that Member States have to take into account "energy poverty [as] the necessary domestic energy services needed to guarantee basic standards of living in the relevant national context".

⁶⁴ *Supra* note 37, art. 28 (1).

normal times.

II. Germany's energy bills regulations during ordinary times

In Germany electricity bills are regulated by the *Energiewirtschaftsgesetz* (hereinafter EnWG). The EnWG (Energy Industry Act) at Title 4 “*Energielieferungen an Letzverbraucher*” (energy supply to final customers) from § 36 to § 42 (a) regulates the relationship between supplier (*Lieferanten*) and final customer (*Letzverbraucher*).⁶⁵ Differently to Italy, the German energy law scenario is regulated by State's law and not by an independent authority such as ARERA.⁶⁶ In regards to the entire EnWG law structure, the law is complete as it recalls in its rules and principles the European provisions such as the EED Directive and the EMD Directive, thus creating a solid regulatory framework on the matter.⁶⁷

§ 36 “*Grundversorgungspflicht*” (obligation to provide the service) defines *Grundversorger* (basic supplier) as the energy supply company that supplies energy for most households in a specific area. Article § 36 obliges basic energy suppliers to publish the general contract condition and prices for low voltage electricity supply and low-pressure gas supply on their website as well as to supply each domestic customer with the prices communicated on their webpage.⁶⁸

The exception to § 36 (1) is stated in the Article's paragraph last sentence which excludes the abovementioned obligation if the energy supply is unreasonable for the company for economic reasons.⁶⁹ In case the basic energy supplier changes in the Region, § 36 (3) allows the domestic customer (*Haushaltskunde*)⁷⁰ to keep valid the agreement as well as contract conditions until the agreement expires.⁷¹ The exceptions to § 36 are ruled in § 37

⁶⁵ See EnWG § 36 - § 42 (a) (2005).

⁶⁶ See para. III of this Article.

⁶⁷ For instance, see § 40 (a) which recalls the provisions of Annex VII of the EED Directive.

⁶⁸ *Id.*, § 36 (1).

⁶⁹ The Article states: “Die Pflicht zur Grundversorgung besteht nicht, wenn die Versorgung für das Energieversorgungsunternehmen aus wirtschaftlichen Gründen nicht zumutbar ist”.

⁷⁰ The concept of *Haushaltskunde* (domestic consumer) is defined at § 3 (22) of the EnWG as following: “Letzverbraucher, die Energie überwiegend für den Eigenverbrauch im Haushalt oder für den einen Jahresverbrauch von 10 000 Kilowattstunden nicht übersteigenden Eigenverbrauch für berufliche, landwirtschaftliche oder gewerbliche Zwecke kaufen”. (Translation: Final consumers buying energy mainly for domestic consumption or for self-consumption not exceeding 10,000 kilowatt hours per year for professional, agricultural or commercial purposes). At the same time, *Letzverbraucher* (final consumer) is also defined at § 3 (25) as: “Natürliche oder juristische Personen, die Energie für den eigenen Verbrauch kaufen; auch der Strombezug der Ladepunkte für Elektromobile und der Strombezug für Landstromanlagen steht dem Letztverbrauch im Sinne dieses Gesetzes und den auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen gleich”. (Translation: Natural or legal persons who purchase energy for their own consumption; the purchase of electricity from the charging points for electric vehicles and the purchase of electricity from land power stations is equivalent to the final consumption within the meaning of this Law and to the ordinances issued pursuant to this Law).

⁷¹ *Id.*, § 36 (3).

“*Ausnahmen von der Grundversorgungspflicht*” (exception to the obligation to provide the service) which states that “*prosumers and those who are supplied by a third-party energy supplier (not the basic energy supplier), are not subject to the rules stated at § 36 (1)*”.⁷²

§ 38 “*Ersatzversorgung mit Energie*” (energy replacement supply) refers to a particular situation that happens if customers do not have an actual agreement with a supplier. In this case, to both customers and suppliers will still be applied the limits ruled in paragraph 36 (1).⁷³ This situation, as stated in § 38 (2), comes to an end if the parties rule an energy supply agreement. If this case occurs, the energy supplier is obliged, in maximum three months, to inform the customer about the supply agreement in force, thus inserting the energy consumed in the timeframe of paragraph 38 (1) in the new energy bill rolled out in accordance to the new contract.⁷⁴

Entering now into detail about how actual energy bills are regulated, § 39 “*Allgemeine Preise und Versorgungsbedingungen*” (general prices and energy supply conditions) rules at § 39 (1) that energy prices as well as energy policies both before the conclusion of the supply agreement as well as after that, are set by the Federal Ministry of Economic Affairs and Energy in agreement with the Federal Ministry of Justice and Consumer Protection.⁷⁵

The central articles, as they are specifically devoted on the discipline of the energy bills, are Article § 40 “*Strom- und Gasrechnungen, Tarife*” (electricity and gas bills) and Article § 41 “*Energielieferverträge mit Haushaltskunden*” (energy supply contracts with domestic customers). Article 40 recalls the EU general provisions in electricity bills matters disciplined in the EED Directive⁷⁶ and EMD Directive⁷⁷ by imposing to suppliers to send to final customers simple (*einfach*) and comprehensible (*verständlich*) bills written using a certain graphic and linguistic forms. § 40 (2) then rules in regards to all the data that bills should indicate such as the supplier’s name, address, competent court registration as well as information enabling the supplier’s quick electronic contact including the email.⁷⁸ In the bill, according to § 40 (2) should also be indicated the contract duration, the consumption price and the earliest possible termination date and notice period,⁷⁹ the relevant metering point operator and the relevant metering point designation and code number of the system operator,⁸⁰ the determined consumption in the accounting period and, for household customers, the initial count and the final count of the billed

⁷² *Id.*, § 37.

⁷³ *Id.*, § 38 (1).

⁷⁴ *Id.*, § 38 (2).

⁷⁵ *Id.*, § 39 (1).

⁷⁶ *Supra* note 15, art. 10.

⁷⁷ *Supra* note 37, art. 18.

⁷⁸ *Supra* note 65, § 40 (2) (1).

⁷⁹ *Id.*, § 40 (2) (4).

⁸⁰ *Id.*, § 40 (2) (5).

period.⁸¹

It is also required according to § 40 (2) (7) that electricity bills report the consumption of the comparable prior-year period and in the case of household customers, using graphs to show how their own annual consumption relates to the annual consumption of peer groups.⁸² Article 40 (2) (8) includes in the mandatory bill's information also to inform the customers of the charges arising from the concession fee and from the network charge.⁸³ Also important is Article 40 (2) (9) which obliges electricity supplier to insert in the bill information the rights of household customers in relation to dispute resolution procedures available to them in the event of a dispute; including the ADR organization established for consumer complaints under section 111 (b) and its address as well as the contact details of the consumer service of the Federal Network Agency for Electricity and Gas separately.⁸⁴

Suppliers are obliged to bill energy consumption on a monthly basis or in other periods of time, which may not exceed twelve months (for example, a quarterly or semi-annual billing).⁸⁵ Final consumers whose consumption values are read out via an intelligent measuring system in the sense of the Metering Point Operation Act must be provided with a monthly free of charge consumption bill.⁸⁶ Suppliers then, according to § 40 (4) shall ensure that the final consumer receives the invoice referred to in paragraph 3 no later than six weeks after the end of the period to be billed and the final invoice no later than six weeks after the end of the termination of the supply relationship.⁸⁷ Article § 40 (6) rules that for final consumers, suppliers shall report the calculation factors relevant to be billed using standardized terms and definitions.⁸⁸ In this regard, § 40 (7) states that the Federal Network Agency may make decisions on the minimum content of invoices for energy supplies to final consumers in accordance with paragraphs 1 to 5, as well as further details on the standardized format in accordance with paragraph 6, by determining the supplier in accordance with § 29 paragraph 1.⁸⁹

While § 40 sets out the general rules and content of energy bills, § 41 of EnWG, rules in particular, on domestic customer's electricity bills.⁹⁰ In fact, in

⁸¹ *Id.*, § 40 (2) (6).

⁸² *Id.*, § 40 (2) (7).

⁸³ *Id.*, § 40 (2) (8).

⁸⁴ *Id.*, § 40 (2) (9).

⁸⁵ *Id.*, § 40 (a) (1).

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Id.*, § 40 (4).

⁸⁸ *Id.*, § 40 (6).

⁸⁹ *Id.*, § 40 (7).

⁹⁰ The provisions disciplined in both articles are basic provisions on electricity bills. In fact, according to 41 (5), the Federal Ministry of Justice and Consumer Protection, the Federal Ministry for Economic Affairs and Energy may, by ordinance with the consent of the Federal Council, lay down more stringent rules (außerhalb der Grundversorgung) on the supply of energy to household customers outside the meet basic needs, lay down provisions of the contracts in a uniform manner and, in particular, lay down rules on the conclusion of the contract, the subject matter and the

addition to the requirements stated in Article § 40, bills sent to domestic customers need to provide also:⁹¹

- “a) the duration of the contract;*
- b) the price adjustment, termination dates and notice periods as well as the right of withdrawal of the customer;*
- c) the services provided by the supplier, including the maintenance services offered;*
- d) the accepted payments methods, the liability and compensation regulations in the event of non-compliance with contractually agreed services, the information about the free (without penalties) and prompt change of supplier as well as how to update information on applicable tariffs and on the supplier’s maintenance charges is available;*
- e) the information on the rights of household customers with regard to dispute resolution procedures available to them in the event of a dispute, including the conciliation body for consumer complaints under section 111b with their address and website, including the supplier’s obligation to participate in the conciliation procedure thus reporting in the bill also the contact details of the consumer service of the Federal Network Agency for Electricity and Gas”.*

EnWG’s § 41 (2) then states three important rules related to energy bills. The first one is that the available payment methods must be offered to the household customer before the contract is concluded. The second one is that if an advance payment is agreed between parties, this must be based on the consumption of the previous billing period or the average consumption of comparable customers. In this case, if the customer demonstrates that its consumption is significantly lower than the billed one, the energy supplier must take this into account appropriately. At the same time the Article rules that advance payment is not mandatory nor required before the start of the energy supply delivery.⁹²

On the supplier’s side, § 41 (3) rules that energy suppliers must inform the final consumer in a timely manner, and in any case before the end of the normal billing period⁹³ and in a transparent and comprehensible manner,⁹⁴ of any intended change to the terms of the contract and on the customer’s rights of withdrawal.⁹⁵ For instance, if the supplier unilaterally changes the terms of the contract, the final consumer may terminate the contract without observing the notice period rules. Anyway if, as stated at § 41 (3) (a), there is a change in

termination of the contracts, as well as the rights and obligations of the contracting parties. Still, as disciplined in § 41 (4), Energy suppliers are obliged to provide the general information on the provisions of para 1 sentence 2 of both articles both in or as an annex to their invoices to household customers and in advertising material addressed to them as well as on their website.

⁹¹ *Id.*, § 41 (1).

⁹² *Id.*, § 41 (2).

⁹³ Normal billing period is the one ruled at § 40 (b) (1) for which billing information should be sent at least once a year, but it is also possible to send to the consumer monthly or quarterly or every 6 months a bill.

⁹⁴ *See supra* note 15, § 40 (a).

⁹⁵ *Supra* note 65, § 41 (3).

the passing on of additional or reduced Value Added Tax charges resulting from a legal change in the applicable VAT rates, there is no need to inform the household customer of the modification as ruled in paragraph 3 sentence 1 of § 41.⁹⁶ This brings to the customer no special right of termination before the natural time stated in the agreement under paragraph 3 sentence 2, thus applying the normal rules on the agreement concluded between parties.

§ 42 “*Mieterstromverträge Stromkennzeichnung, Transparenz der Stromrechnungen, Verordnungsmächtigung*” (electricity labelling, transparency of electricity bills, authorisation to issue regulations) provides provisions in regards to the actual transparency on where the energy comes from, if the electricity is an electricity mix and the environmental impact of the supplied electricity. For this information, energy suppliers are obliged, according to § 42 (1) to inform the customer before the 1st November of each year.⁹⁷ Finally, § 42 (a) “*Mieterstromverträge*” (tenant electricity contracts) disciplines the situation of energy consumption by a tenant. In this case, as § 42 (a) (1) rules, it is prohibited to insert in the tenancy agreement a decisive clause (*bestandteil*) on the energy consumption as part of the tenancy contractual obligation by the tenant.⁹⁸ If an agreement with those details is ruled by both tenant and landlord, the agreement is null. This means that, energy agreements and tenancy agreements should be separate. In detail, § 42 (a) (1) declares that both Articles § 815 BGB “*Kentniss der Nichtschuld*” (knowledge of non-debt) and § 817 BGB “*Verstosß gegen Gesetz oder gute Sinne*” (violation of the law or good morals) are not applicable in regards to energy bills.

In order to protect the customer, § 42 (a) (2) rules that if the tenancy agreement ends before the natural time conclusion of the agreement, the tenant should not stop the energy supply agreement, which remains in force.⁹⁹ In this case, it is on the landlord duty side to stop the energy supply agreement.

This diagram released by Clean Energy Wire Journalism for the Energy Transition¹⁰⁰ shows off in detail and in a simple yet effective way, how electricity bills expenses are divided in Germany. From the graphic which puts in relationship the 2018 and the 2019 electricity bills cost, it emerges that in 2019 the energy bills cost of an average customer were divided in: 24% of the expenses for the Grid fee, 23% for the acquisition/sale of electricity, 21% for renewables surcharges, 16% for Value Added Tax, 7% for electricity tax, 6% for concession fee and the remaining 3% in other surcharges. It emerges from 2018 and 2019 comparisons that except the acquisition/sales fee which

⁹⁶ *Id.*, § 41 (3) (a).

⁹⁷ *Id.*, § 42 (1).

⁹⁸ *Id.*, § 42 (a) (1).

⁹⁹ *Id.*, § 42 (a) (2).

¹⁰⁰ Ellen Thalman, Benjamin Wehrmann, What German Households Pay for Power (2021), <https://www.cleanenergywire.org/factsheets/what-german-households-pay-power> (last visited Jul. 1, 2021).

price increased by +2% in 2019, the rest of the index lowered (grid fee index - 1%, renewables fee -2%) or remained stable such as the VAT and the CHP and other surcharges indexes.

III. Italy's energy bills regulations during ordinary times

The Italian energy bills matter is regulated by the Autorità di Regolazione per l'Energia Reti e Ambiente (hereinafter ARERA). The ARERA is an independent authority which has been instituted with Law 14 November 1995 n. 481.¹⁰¹ The scope of this authority is to protect consumer's rights in the field of energy distribution and consumption thus including electricity, gas and water.¹⁰² The rules promoted by the ARERA are Decisions (Delibere) which have effects *erga omnes* within the Italian borders and affect both the private consumer (i.e. private individual or SME) as well as the public consumer (i.e. a public administration) of energy, water and gas. As for the German energy law framework, also the Italian one is complete and in line with the European energy law scenario. But the two main differences that need to be highlighted between the two systems are firstly related to the fact that in Italy it is an independent authority and not the State's direct legislative authority that regulates the energy law matters. Secondly, the copious ARERA's Decisions that discipline the subject might create a confusion for a consumer's user which is not used into digging into the intricate energy law legislation framework. So, perhaps, a codification on the matter as Germany did with the EnWG, might be useful to think of in the nearby future.

In Italy, the electricity bills subject is regulated by the Delibera 16 October 2014 "*Bolletta 2.0: criteri per la trasparenza delle bollette per i consumi di elettricità e/o gas distribuito a mezzo di reti urbane*" (Bill 2.0.: criteria for the transparency of energy and gas bills distributed through urban distribution)¹⁰³ by the ARERA which entered into force on 1st of September 2015.¹⁰⁴ The decision is composed of 1 Article and Annex A which counts 22 Articles that regulate the

¹⁰¹ See Legge 14 novembre 1995 n. 481. The ARERA (*Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente*) is the Italian independent authority on energy matters. ARERA was founded with legge 14 November 1995 n. 481 '*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione del servizio di pubblica utilità*'. The Law entered into force on 19 November 1995 and the ARERA began to operate from 23 October 1997.

¹⁰² The Law on Norms Governing Competition and the Regulation of Public Utilities. The Institution of Regulatory Bodies for Public Utilities, art. 1 (1995).

¹⁰³ ARERA 501/2014/R/com 16 October 2014. It's worth noting that while in Germany both the seller and the customer obligations and duties are part of EnWG, in Italy there is as Conduit codex for the sellers "*Codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica e di gas naturale ai clienti finali*" (conduit commercial codex for the selling of electricity and gas to final customers) which can be found at Annex A of the ARERA Decision 366/2018/R/com of 28 June 2018– Coordinated text with the integrations and modifications done by Decision 109/2019/R/eel and by Decision 426/2020/R/com and Decision 97/2021/R/com which will enter into force on 1 July 2021.

¹⁰⁴ This decision was taken at the 838th assembly of the ARERA which took place on 16 October 2014.

content of energy bills in Italy. For instance, the scope of this entire provision is to “simplify and give more flexibility on the structure and on the content of the new bills also in regards on how the tariffs are graphically shown up on the bill, on all the other information included in the bills and on the periodicity of the communications of bills”.¹⁰⁵ The resolution of 2014 states that the new bills are structured in two:¹⁰⁶

- the first one is a synthetic bill that summarizes the content of the bill and reports their minimum requirements ruled by law;
- and a second part of the bill which contains all the details of the bill such as detailed elements of the consumption. This second part of the bill is sent to the customer only upon his request.

Annex A of the Delibera regulates from Article 4 to Article 10 the minimum requirements that an energy bill should have. In fact, Article 4 is entitled “*Struttura della bolletta sintetica*” (structure of the synthetic bill) gives the general provisions on the matter. In particular, the Article requires that the bills need to be in line with the fiscal provisions and also to respect the requirements stated from Article 5 to Article 10 of Annex A.¹⁰⁷ Article 4 (2) then states that bills should be written in a clear manner not only graphically but also on the type of character used to write the bill. In regards to the graphic design of the bill, the mentioned Article 4 (2) rules that energy suppliers should be free to decide the design while at the same time they need to opt for a clean and clear communication of the data of the bill.¹⁰⁸

Article 5 “*Elementi minimi della bolletta sintetica*” (minimum elements of the synthetic bill) discloses in detail all the data that the synthetic energy bill should have. For instance, the Article requires that the billing information reports the data of the consumer (name, address) and the type of energy supply contract purchased.¹⁰⁹ Article 6 “*Dati relativi alle letture, ai consumi e ricalcoli degli importi*” (data referred to reading, consumptions and recalculation of the bill amount) states that when the provider is issuing the bill, the reading on the energy consumption should be calculated on all the periods in which the bill is referred to. In particular, in the bill, there needs to be highlighted:¹¹⁰

- a) how the readings have been done (self-reading, estimated reading or measured reading) in relation to the hours in which the consumption has taken place;
- b) the details of the consumption distinguished into effective consumption, estimated consumption and billed consumption with the indication of the

¹⁰⁵ *Supra* note 103, recital 4.

¹⁰⁶ *Id.*, art. 3.

¹⁰⁷ *Id.*, art. 4 (1).

¹⁰⁸ *Id.*, art. 4 (2).

¹⁰⁹ *Id.*, art. 5.

¹¹⁰ *Id.*, art. 6 (1).

- hours in which the electricity has been used;
- c) the reactive consumption;
- d) if the consumption is estimated, the amount that will be recalculated in the next bill.

If the bill is based on estimated consumption, Article 6 (2) states that the recalculation should provide the time frame in which the new calculation is referred to and the consumption that has been already calculated in relationship with previous energy bills and the detraction of them in regards to the just released bill.¹¹¹ If the estimated calculation of energy consumption occurs for reasons not according to Article 6 (2), Article 6 (3) obliges the energy supplier to motivate the new calculation thus providing the reasons for the impossibility to apply the recalculation of the bill according to 6 (2). The same rule is applied also if energy prices change.¹¹²

Article 7 "*Informazioni relative al pagamento e alla rateizzazione*" (information regarding payments and installments payments) disciplines how energy payments should be communicated by the energy supplier to the domestic customer and how the customer can pay the bills. In particular, the bill should provide:¹¹³

- a) the payment methods that customer might have to pay the bill;
- b) the entire billing situation of the customer;
- c) if the domestic customer has unpaid bills in its account;
- d) the interest rates per day for each delayed payment bill.

In case that the customer does not serve his payment obligation, Article 7 (2) states that the bill should also indicate the procedure to resolve this situation, how to start the proceeding to fulfill the obligation and its cost.¹¹⁴ If, as ruled in Article 7 (3) the payment of the bill can be paid through installments, the energy supplier should state how to apply to this service and its cost.

Article 8 "*Sintesi degli importi fatturati*" (synthesis of the billed tariffs) states that energy tariffs should indicate:¹¹⁵

- a) the cost of energy or gas;
- b) the cost for transportation;
- c) the cost for the system.

Besides, Article 8 (2) states that bills should also provide information in regards of the recalculation made according to Article 6 (2) or 6 (3) as well as all the index voices that contain a cost, including the social bonus that a domestic customer might have obtained due to its financial situation.¹¹⁶

¹¹¹ *Id.*, art. 6 (2).

¹¹² *Id.*, art. 6 (3).

¹¹³ *Id.*, art. 7 (1).

¹¹⁴ *Id.*, art. 7 (2).

¹¹⁵ *Id.*, art. 8 (1).

¹¹⁶ *Id.*, art. 8 (2).

Article 8 (4) obliges suppliers also to include in a separate index the VAT related to the expenses.¹¹⁷

Article 9 “*Costo medio fornitura*” (average supply cost) then defines what the average cost of the bill and of the energy supply is. The average cost of the bill is the ratio between the total amount price in the bill and the energy consumed by the customer. While it can be defined as the average cost of the energy supply, the ratio between the transportation costs and the consumption billed.¹¹⁸

Article 10 “*Ulteriori elementi minimi*” (other minimum elements) makes a list of all the other data that should be inserted in the synthetic bill thus including:

- a) *the latest bills consumption in 12 months divided, if possible, in time hours;*
- b) *the data related to the main characteristics of the agreement between supplier and customer so that he can manage to control his energy consumption. In particular, Article 10 (1) (b) rules that it is mandatory that the first bill has the data of when the supply has started, the tension of the electricity supply according to Article 5 and;*
- c) *the information related to the energy mix if used for the supply. Those obligations are mandatory also for energy suppliers’ part of the free market as entered into force in 2007.¹¹⁹ The rest of the Article is a list full of specifications that require synthetic bills. Article 12 then disciplines how a customer can require all the details of the full bill as regulated in Article 4 of the Delibera 16 October 2014 501/2014/R/com.¹²⁰*

It is also worth mentioning the Delibera 4 August 2016 “*Disposizioni relative alla fatturazione di periodo, indennizzi a carico dei venditori e delle imprese di distribuzione e ulteriori obblighi in capo alle suddette imprese in tema di misura*” (rules regarding the billing time, indemnification of sellers and distribution undertakings and additional obligations on those undertakings in respect of the measure)¹²¹ disciplines the timing of when bills should be shipped to

¹¹⁷ In Italy the VAT is 22% on the cost of the good/service purchased. See Come si calcola il fatturato imponibile Iva, <https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/web/guest/iva-regole-generalali-aliquote-esenzioni-pagamento/norme-generalali-e-aliquote> (last visited Jun. 26, 2021).

¹¹⁸ *Supra* note 103, art. 9.

¹¹⁹ The free market in the energy sector has been introduced in Italy by the decreto legge 16 March 1999 no 79, *Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell’energia elettrica* (called “Bersani Decree”. For an analysis of the Italian energy market see the Italian Implementation Plan published by the European Commission Ref. Ares 3317597-25-06-2020 (2020). Available at: https://ec.europa.eu/energy/sites/default/files/italy_market_reform_plan.pdf (last visited Jun. 30, 2021) and IEA Energy Policies of IEA Countries: Italy 2016 Review (2016). Available at: <https://www.iea.org/reports/energy-policies-of-iea-countries-italy-2016-review> (last visited Jun. 30, 2021).

¹²⁰ *Supra* note 103, art. 10.

¹²¹ ARERA Delibera 463/2016/R/com 4 August 2016. This decision was approved at the 930th assembly of the ARERA which took place on the 5 August 2016. This Delibera approves the “*Testo integrato delle disposizioni dell’Autorità per l’energia elettrica il gas e il sistema idrico in materia fatturazione del servizio di vendita al dettaglio per i clienti di energia elettrica e di gas naturale (TIF) ed introduce indennizzi a carico dei venditori e delle imprese di distribuzione e ulteriori*

customers.

Article 4 “*Emissione e frequenza della fattura di period*” (emission and frequency of billing) of Annex A of this Decision disciplines in detail when bills should be sent to customers. In particular, Article 4 (2) rules that billing should be sent before the 45th solar day of the last day of the billed consumption.¹²² At the same time, the mentioned article provides two exceptions on bill timing:

1. the first one is that the free-market supplier can adopt a more frequent billing emission timing;
2. and the second one that free market suppliers might adopt another timing as the 45 days stated in Article 4 (2).

In any case, for more detailed information, the Article refers to table 1 which in a simple manner explains when bills should be sent to customers.

Table 1: Frequency of electricity billing for type of customers¹²³

Type of Customers	Frequency of Billing
Non-domestic customers with low voltage and with a power of more than 16,5 kW	Monthly
Non-domestic customers with low voltage and with a power minor or of 16 kW	Bimonthly
Domestic customers	Bimonthly

This second diagram provided by ARERA¹²⁴ shows off in detail for the 3rd semester of 2021 how electricity bills expenses are divided in Italy for an average domestic customer.

From the graphic it emerges that, on an average domestic bill, 49% of the expenses are for the energy itself, 20% are devoted for ancillary charges, 19% of the bill is related to transport and electric meter management and 13% on taxes.

obblighi in capo alle suddette imprese in tema di misura” (Integrated text of the provisions of the Electricity, Gas and Water Authority concerning the invoicing of the retail service for electricity and natural gas customers [TIF] and introduces indemnification for sellers and distribution undertakings and additional obligations on the undertakings concerned in respect of the measure).

¹²² *Id.*, art. 4 (2).

¹²³ This table is the translation of Table 2 of Annex A of Delibera 463/2016/R/com 4 August 2016.

¹²⁴ ARERA, Composizione Percentuale Del Prezzo Dell'energia Elettrica Per Un Consumatore Domestico Tip, <https://www.arera.it/it/dati/ees5.htm> (last visited Jul. 1, 2021).

IV. Emergency regulations and energy bills in Germany

In the previous pages, it has been analyzed as a “normal” situation on energy bills. In the upcoming paragraphs it will analyze the policies adopted by both countries in relation to energy bills. On the 27th of March 2020, the German Bundestag has adopted the “*Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht*”.¹²⁵ This law entered into force on 27 March 2020 but its Article 5 “*Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche*” (modifications to the *Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch* or EGBGB) modified § 240 of the EGBGB¹²⁶ and entered into force on the 1st of April 2020.¹²⁷ In particular, the new Article 240 EGBGB rules in regards to the new contractual principles applicable due to the COVID-19 pandemic.¹²⁸ The Article is divided into seven sections. Section one introduces a moratorium on continuous obligations (*Dauerschuldverhältnis*), sections two and three discipline both rent and mortgages agreements, section 4 disciplines the applicability time frame of sections one, two and three of the Law, sections five and six are devoted to events and travel contractual obligations while section 7 on the disturbing behavior of mortgages and rents. In regards to electricity bills, only section 1 which introduces a “*moratorium*” on payments can be applicable.

In fact, as stated in Article 240 (1) (1) both consumers as well as micro enterprises¹²⁹ who have concluded before the 8th of March 2020 a continuous agreement were allowed to refuse performance until no later than 30 June 2020.¹³⁰ It is important to underline that these provisions are applicable only if consumers were not able to render performance because of a consequence of circumstances which can be attributed to the SARS-CoV-2 virus (COVID-19 pandemic). The rules stated in Article 240 (1) find the exception at subsection 3 and subsection 4. Article 240 (1) (3) allows the consumer creditor to pretend the honoring of the obligation – contrary to what is stated in Article 240 (1) (1) – if the obligation itself does not “*endanger the economic foundations of his or her business undertaking*”.¹³¹ The same right is applied also to the

¹²⁵ See M. Meißner, Gesetzgeber plant umfangreiche Änderung des Insolvenzrechts (COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz – COVInsAG), <https://community.beck.de> (last visited Sept. 9, 2021).

¹²⁶ See Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21 September 1994 (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 25. Juni 2021 (BGBl. I S. 2133) geändert worden ist.

¹²⁷ Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht, art. 8 (6).

¹²⁸ Vertragsrechtliche Regelungen aus Anlass der COVID-19-Pandemie, art. 240.

¹²⁹ The adopted definition of microenterprise is the one adopted by the Commission Recommendation 2003/361/EC of 6 May 2003 [2003] OJL/124/36.

¹³⁰ This means that the moratorium starts from when the law enters into force until 30 June 2020. For a detailed overview of the law, the Ministry of Economy released on the 1st of July 2020 a FAQ related to the Moratorium.

¹³¹ This sentence has to be read together with Article 2 of the Basic Law of the German Republic which rules that “every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law”. In

microenterprise creditor who can pretend the fulfillment of the obligation to the debtor if “*non-performance would endanger his or her own decent livelihood or that of his or her dependants or the economic foundations of his or her business undertaking*”.¹³²

The other exception is ruled in Article 240 (1) (4) which clearly rules that subsection (1) and (2) do not apply in regards to leases and usufructuary leases pursuant to section 2, loan agreements and in regards to entitlements under labor law. On the debtor side, beside Article 240 (1) (1), there is also the last sentence of Article 240 (1) (3) and Article 240 (1) (5). In particular, Article 240 (1) (3) states that “*where the right to refuse performance under sentence 1 or 2 is ruled out, the debtor has the right to terminate the contract*”.¹³³ The importance of this sentence lays down to the fact that if the conditions stated in Article 240 (1) (1) or Article 240 (1) (2) apply, the debtor can terminate the contract thus deciding to not use anymore the service previously used (i.e.: mobile phones promotion agreements) due to the COVID-19 economic loss he is facing. Article 240 (1) (5) then rules that “*derogations from subsections (1) and (2) which are prejudicial to the debtor are not permissible*”.¹³⁴ This means that also if there is a significant insolvency situation on the debtor’s side, this cannot produce worse contractual and economic effects on him.

For example, due to this situation the debtor cannot face a future surcharge on the continuous agreement he had sealed before the 8th of March 2020 or he needs to pay a penalty because of the derogations ruled according to Article 240 (1) (1) or Article 240 (1) (2). Analyzing the central part of the “*moratorium*” disciplined in Article 240 (1) (1) and Article 240 (1) (2), it’s important to underline a few characteristics. The first one is that it refers only to continuous obligations.¹³⁵ Secondly, the procedure in order to receive the beneficium of the moratorium starts after the claim by the debtor to the creditor of his performance impossibility.¹³⁶ The creditor may, after he received the debtor’s claim, refuse to receive the obligation performance by the debtor thus applying the payment deferral until 30 June 2020.

The Article also states that in order for the creditor to allow the deferral of the payment, the debtor has to demonstrate that the continuous obligation is referred to “*a service of general interest*”.¹³⁷ Lastly, in order for this provision to

this case, the moratorium will not apply if the corresponding temporary waiver by the creditor is as unreasonable as the performance by the debtor because their creditor’s rights would be violated by the debtor’s request.

¹³² *Supra* note 128, art. 240 (1) (2).

¹³³ *Id.*, art. 240 (1) (3).

¹³⁴ *Id.*, art. 240 (1) (5).

¹³⁵ *Id.*, art. 240 (1) (1).

¹³⁶ *Supra* note 132.

¹³⁷ The second sentence of Art. 240 § 1 (1) states “*Das Leistungsverweigerungsrecht besteht in Bezug auf alle wesentlichen Dauerschuldverhältnisse*” (The right to refuse performance applies to all essential continuous obligations). The Article defines essential continuous obligations as the ones that, for the consumer, “are necessary so that consumers are adequately supplied with services of

fully operate, the agreement had to be concluded before the 8th of March 2020. This means that if a debtor has sealed an agreement after this date, the provisions ruled in Article 240 (1) (1) or Article 240 (1) (2) are not applicable. The legal consequences of the *moratorium* are many. The first one should be a right of the debtor to refuse performance. By asserting this effect, the debtor may not be in default with his performance.

This in any case precludes the creditor from a right of withdrawal under § 323 I BGB (withdrawal due to services not provided or not provided in accordance with the contract) and the right to claim damages instead of performance under § 281 I BGB (Damages instead of performance due to not or not due performance). Furthermore, the refusal to perform does not constitute a breach of duty which could justify an extraordinary termination of the agreement by the creditor's side under § 314 BGB (termination of continuous obligations for good cause). This does not preclude, however, that the adherence to the contract becomes unreasonable for the creditor for other reasons, which would entitle him to extraordinary termination of the contract. With the end of the *moratorium* on 30 June 2020 brings the expiry of the right to refuse performance, all outstanding payments are due in one fell swoop.¹³⁸ In regards to electricity and gas bills, the German ruler, has not disciplined the total prohibition to interrupt during COVID-19 pandemic *moratorium* time the supply of gas and or electricity, thus allowing energy suppliers to interrupt the energy supply service also citizens in need.¹³⁹

In fact, Article 19 "*Unterbrechung der Versorgung*" (energy supply service interruption) of the "*Stromgrundversorgungsverordnung*" (also StromGVV) – ordinance regulating the provision of basic electricity supplies¹⁴⁰ – allows electricity suppliers to interrupt the energy supply if the consumer is in debt from 100 – and more euros for more than four weeks. Jumping now to the conclusions on the policies adopted by Germany in regards to energy bills during COVID-19 has not been effective because it did not allow the household consumer to fully recover from the economic crisis given by the pandemic, thus creating only a potential billing stop for 2 months¹⁴¹ and allowing the energy suppliers to interrupt the service also in the time of a

general interest" and for the microenterprise are "necessary to ensure a supply of services which is adequate to continue the business undertaking".

¹³⁸ T. Rihim, Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie: Allgemeines Zivilrecht, <https://community.beck.de> (last visited Sept. 9, 2021).

¹³⁹ See Zehntausenden Haushalten wurde in Bayern der Strom abgedreht, <https://www.nordbayern.de/politik/zehntausenden-haushalten-wurde-in-bayern-der-strom-abgedreht-1.11140907?cid=19.1611682/> (last visited Jul. 3, 2021).

¹⁴⁰ Stromgrundversorgungsverordnung vom 26. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2391), die zuletzt durch Artikel 4 der Verordnung vom 14. März 2019 (BGBl. I S. 333) geändert worden ist (2019).

¹⁴¹ In this regard, a statement by the National Consumer Association of 1 December 2020, asks the *Bundestag* to study a law that will allow a longer moratorium or will find an exception to Art. 19 *StromGVV*. Available at: <https://www.vzvb.de/pressemitteilungen/verbraucher-nicht-im-kalten-und-dunklen-sitzen-lassen/> (last visited Jul. 3, 2021).

global pandemic.¹⁴² At the same time, as Rübner has stated,¹⁴³ the *moratorium* ruled Article 240 § 1 (1) and Article 240 § 1 (2), on the one hand was too short, and on the other hand the obligations included were too general, thus being uncertain and mining the certainty of law, which is very important in case of emergencies.

However, it's important to underline that the interruption of energy supply on household customers that were unable to pay for the electricity supply during the pandemic, is a direct violation of Article 28 (1) of the EMD Directive where is ruled the “to the prohibition of disconnection of electricity to such customers in critical times”. In fact, as the COVID-19 pandemic, with its both social and economic effects, has put all European citizens in crisis, the interruption of electricity supply harms the German households affected by energy poverty which, also during the pandemic, have faced policies against their consumer's rights.

V. Emergency regulations and energy bills in Italy

After the analysis of the German scenario, it is time to analyze the electricity bills scenario in Italy during emergency periods. As mentioned in the previous pages, Italy has been hit by two disasters in recent years: the first is the earthquake that hit the Abruzzo, Lazio, Marche and Umbria regions in August and October 2016 and January 2017,¹⁴⁴ the second one is the COVID-19 pandemic. As for Germany, the Italian government, due to the seismic events, adopted a policy of “suspension”.

In particular, Article 48 (2) of the Decreto Legge 17 October 2016 n.189¹⁴⁵ ruled that for the energy sectors (electricity, gas and water), the energy authority Autorità di Regolazione per l'Energia Reti e Ambiente (ARERA), should provide legislative acts related to bill suspensions for a maximum period of six months.¹⁴⁶ At the same time, the Article demands the ARERA to rule before 120 days from the entry into force of the decreto legge, all the provisions concerning the installments methods for the suspended payments as well as discounts on the tariff for the inhabitants of the municipalities that

¹⁴² A FAQ of the German's Consumer Association says, with concern, that the Moratorium has not been extended thus obliging consumers to pay regularly the bills they will receive after 1st of July 2020. “Stromsperre - was nun?”. Available at: <https://www.verbraucherzentrale.de/wissen/geld-versicherungen/kredit-schulden-insolvenz/stromsperre-was-nun-11674> (last visited Jul. 3, 2021).

¹⁴³ Thomas Rübner, *Das Corona-Moratorium nach Artikel 240 EGBGB*, 75 *JuristenZeitung* 443, 443-448 (2020).

¹⁴⁴ For more information about the 2016 and 2017 earthquakes, see SISMA (2016), <https://sisma2016.gov.it> (last visited Jul. 3, 2021).

¹⁴⁵ The first law that entered into force due to the seismic events of 2016 is the decreto legge 17 October 2016 no 189 *Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici del 2016*. Today, in 2021, because the reconstruction of the territories hit by the earthquakes are not finished, this decree law is still in force and maintains its importance as the primary rule for the regions hit by the seismic events of 2016-2017.

¹⁴⁶ Decreto Legge 189/2016, art. 48 (1) (2016).

have been hit by the earthquakes.¹⁴⁷

On the 18th of April 2017, almost 200 days after the seismic events of 2016, the ARERA adopted the Decision 964-*bis* which introduced the definitive¹⁴⁸ provisions recalled in Article 48 (2) of the Decreto Legge 189/2016.¹⁴⁹ This decision¹⁵⁰ is very important because it sets the entire discipline on energy bills for the populations which faced the seismic events. Article 1 of the decision rules the definitions that will be valid for the entire provision. The definitions are related in regards to the property damages that have faced the inhabitants of the territories affected by the earthquakes. In fact, the suspensions benefices were based depending on the property in which people were living or people were owners of.

Article 2, then, rules on the characteristics to receive the benefits from the Decision.¹⁵¹ In particular, the benefits apply to the energy supply agreements stipulated before the 24th of August 2016 or before the 26th of October 2016 or before the 17th of January 2017.¹⁵² The Article also distinguishes two types of beneficiaries. In fact, benefits can be automatic if people live in emergency housing such as SAE, MAPRE, MAP or in houses built for the population's assistance.¹⁵³ On the other side, benefits can be given upon the request of the interested person if those demonstrate the relationship between the destroyed house or the property damage and the earthquake.¹⁵⁴ As stated in Article 2 (3), benefits lasted until 31 December 2020.¹⁵⁵ Important is Article 2 (4) which states that the earthquake benefits can be combined with other bonuses given by law¹⁵⁶ and Article 2 (7) which allows people who put the residence in a

¹⁴⁷ The Decreto Legge 189/2016 entered into force on the October 19, 2016.

¹⁴⁸ Before the Delibera 18 Aprile 2017 252/2017/R/com, the ARERA adopted on the 28th of December 2016 which ruled that the bill suspension period was valid for six months from the date of both seismic events of 2016.

¹⁴⁹ Delibera 18 April 2017 252/2017/R/com, Disposizioni in materia di agevolazioni tariffarie e rateizzazione dei pagamenti per le popolazioni colpite dagli eventi sismici verificatisi nei giorni del 24 agosto 2016 e successivi.

¹⁵⁰ This decision has been integrated by other ARERA decisions until the last one: 111/2021/R/com, Misure urgenti in materia di servizi elettrico, gas e idrico integrato a sostegno delle popolazioni colpite dagli eventi sismici verificatisi a far data dal 24 agosto 2016 nel centro Italia e in data 21 agosto 2017 nei Comuni di Casamicciola Terme, Lacco Ameno e Forio.

¹⁵¹ *Id.*, art. 2.

¹⁵² *Id.*, art. 2 (1) (a) - 2 (1) (c).

¹⁵³ *Id.*, art. 2 (1) (d).

¹⁵⁴ *Id.*, art. 2 (1) (e) – art. 2 (1) (h).

¹⁵⁵ The original text of the Delibera 252/2017/R/com ruled that the suspensions were valid for 36 months. With the integration at article 5(3) of Delibera ARERA 587/2018/R/com, the suspension is valid until the 31st of December 2020. In fact the article states that “All’articolo 2 della deliberazione 252/2017/R/com, dopo il comma 3, è aggiunto il seguente comma: “2.3 bis. Limitatamente alle utenze e forniture localizzate in una zona rossa, in deroga a quanto previsto al precedente comma 2.3, le agevolazioni di cui al presente provvedimento sono riconosciute fino alla data del 31 dicembre 2020”. Delibera 587/2018/R/com entered into force on the 20th of November 2018, the same day of when the Decision has been made. In 2020, the Delibera 54/2020/R/com extended the billing suspension also to the municipalities of Comuni di Casamicciola Terme, Lacco Ameno e Forio which faced an earthquake on 21 August 2017.

¹⁵⁶ Le agevolazioni disciplinate dal presente provvedimento sono cumulabili con il bonus elettrico e il bonus gas, art. 2 (4) (2016).

house after the earthquake of 2016, to join the benefits provided by this Decision for both the condemned building as well as the new house where the residence after the 2016 earthquake is located regardless of what stated in Article 2 (1).¹⁵⁷

In order to join these benefits, Article 3 of the Decision disciplines the procedure to request them, if not given automatically as ruled in Article 2 (3). The procedure to request the benefits was the following. The consumer had to provide to the energy supplier, the certificate from the municipality of the property rights of the condemned house,¹⁵⁸ that no other benefits have been requested,¹⁵⁹ the identifying elements of the energy supply agreement,¹⁶⁰ that the condemned house is the residency house¹⁶¹ and, if the person requesting the benefits is another one from the rightful owner of the house, that the interested party is resident in that house.¹⁶² In order to successfully fulfill the request, people had 18 months to send all the requested documents, in particular, the certificate that the house is condemned. The energy supplier then, according to Article 3 (5) (a) (ii) will send the benefits request to the energy distributor in 30 days from when they received it.

After, the distributor will proceed in 30 days to ensure that all the documentation sent by the customer to the supplier is correctly filled and will inform the energy supplier on the results of the control. If the procedure is positive, the distributor will grant him the benefit. In order to “protect” the customer, Article 4 sets the discipline that energy suppliers need to apply for these emergency periods. In fact, Article 4 (1) obliges energy suppliers to inform on their official website about the possibility to request the benefits. It’s also mandatory for the energy supplier to inform the customer that:

- a) he has the right to receive the benefits;
- b) the end of period of the benefits.

The supplier is also obliged to inform the customer, at least once a year, of the amount that is related to the benefit generated from the energy supply agreement. Lastly, because the Decision entered into force in April, Article 4 (4) rules that the energy distributor should inform before the 17th of September 2017 the energy supplier in regards the energy consumption made by customers from the earthquake until the date of the entry into force of the Decision.¹⁶³

From this, the energy supplier will calculate the bill for the customers. In regards to this paper, the central part, is Article 5 of the Decision, which rules the bills benefits for the population hit by the earthquake. In particular, Article

¹⁵⁷ *Id.*, art. 2 (7).

¹⁵⁸ *Id.*, art. 3 (1) (a).

¹⁵⁹ *Id.*, art. 3 (1) (b).

¹⁶⁰ *Id.*, art. 3 (1) (c).

¹⁶¹ *Id.*, art. 3 (1) (d).

¹⁶² *Id.*, art. 3 (1) (e).

¹⁶³ *Id.*, art. 4 (4).

5 states that the components ruled respectively in Article 29 (1) will not apply for the year 2017, 30 (1), 30 (2) will not apply for the year 2016 and 39 (1) of TIT¹⁶⁴ will not apply. This means that the person who faced the emergency should not pay the costs for the transmission, distribution, measurement and infrastructures of the energy supplier as well as the ancillary surcharges inserted in the bill but only the effective cost of the consumed energy. While Article 6 regulates the benefits for non-domestic energy supply contracts, Article 7 (1) rules in regards the benefits that people who live in emergency accommodations such as SAE, MAPRE or MAP have the right to ask for. In fact, as the Article states, the inhabitants of those houses can request the benefit of the nonapplication of TITLE II¹⁶⁵ and Article 28 (1)¹⁶⁶ of the TIC.¹⁶⁷ Article 14, then, rules in detail the payment methods of the suspended energy bills. In particular, the Article allow consumers to ask for an installment payments method and obliges energy supplier to not apply any kind of interests for the suspended bills.¹⁶⁸ In this regard, Article 14 (3), rules that bills arrive on a regular basis, that installments are not possible for bills under 20 euros and that the installments can be asked for maximum 24 months after the customer has received the bill.¹⁶⁹ The same rules apply also if the customer has both gas and electricity supply service provided by the same supplier.¹⁷⁰ Article 14 (6) allows the customer also to pay the entire amount without installments. If the energy supplier has stopped sending energy bills to the customer or the timing period of the bill payments,¹⁷¹ he is obliged to send one bill either before 31 December 2017 for the customers whose suspension payment time is before the 30th of April 2017 or before six months from the end of the suspension period provided by law.¹⁷² In any case, this only bill will take into consideration the benefits ruled by the Decision.

Lastly, it is important to underline that, according to Article 15 (1) of the Decision, if the customer is in arrears, the payment of the arrear, starts from

¹⁶⁴ The TIT is the *Testo Integrato delle distribuzioni per l'erogazione dei servizi di trasmissione e distribuzione dell'energia elettrica*. In regards to the seismic events of 2016, the TIT applicable was the one approved by the ARERA Decision of 23 December 2015, 654/2015/R/EEL. The Mathematics referred to the TIT bills voices are available at: <https://www.arera.it/it/docs/15/654-15.htm/> (last visited Jul. 10, 2021). The TIT entered into force on the 1st of January 2016.

¹⁶⁵ Title II of the TIC is entitled “provisions for ordinary low-voltage connections”. In this regard, the final customer will not have to face costs for the installment of low-voltage connections.

¹⁶⁶ Article 28 is entitled “vulture e subentro” (vulture and replacements) and states that for the vulture and replacements there is a fixed price for administrative costs of it. Art. 28 (2) then states that for the change of energy supplier, no fee is applicable for the customer.

¹⁶⁷ The TIC is the *Testo Integrato delle condizioni economiche per l'erogazione del servizio di connessione*. In regards to the seismic events of 2016, the TIC applicable was the one approved by the ARERA Decision of 23 December 2015, 654/2015/R/EEL. The TIC entered into force on the 1st of January 2016.

¹⁶⁸ *Id.*, art. 14 (2).

¹⁶⁹ *Id.*, art. 14 (3).

¹⁷⁰ *Id.*, art. 14 (5).

¹⁷¹ *Id.*, art. 14 (7).

¹⁷² *Id.*, art. 14 (8).

the end of the suspension period. As we have seen in the previous pages, the bill suspension for the people who faced the seismic events of 2016 had been extended until the 31st of December 2020. In this regard, a new Delibera by ARERA of 18 March 2021¹⁷³ has extended the billing suspension period until the 31st of December 2021. This suspension period has been recently extended until the 31st of December 2022 due to the entry into force of the Delibera 34/2022 of the ARERA which in Article 2 (2) extends the period of suspension of one year.¹⁷⁴ So the suspension period for the Italian households customer's affected by both the seismic events of 2016-2017 and by COVID-19 has lasted six years since its introduction in April 2017.

VI. Energy bills policy comparison

In the previous paragraphs it has been analyzed the discipline for both Germany and Italy in regards to electricity bills after COVID-19 and the Italian seismic emergency. It's now time to give some remarks in regards to both of them.

Starting from the German policy, the biggest problem faced by domestic customers concerns the short time of the suspension. For instance, also if the pandemic is in due course, the suspension of the electricity bills lasts for only two months, thus affecting the categories of the people in need. It is also worth of highlight that German energy suppliers have interrupted the supply of energy to households customers facing energy poverty, thus violating the provisions ruled in Article 28 (1) of the EMD Directive. On the other hand, if we analyze the billing policy adopted by the Italian government, few problems need to be highlighted. The first one is referred to the fact that from January 2021 until March 2021, no decisions by ARERA in regards to the billing suspension have been made, thus bringing much confusion to the customers and at the same time allowing energy suppliers to believe that the suspension period had finished, thus pretending the billing payment from customers. Furthermore, because the billing suspension has been so long (almost 60 months from the first seismic event of 2016) and because Article 14 (7) of the Delibera 252/2017/R/com allows energy suppliers to send a cumulative bill for the entire suspension period, customers might receive, when the suspension period ends, an expensive electricity bill.¹⁷⁵

¹⁷³ Delibera ARERA 111/2021/R/com, Misure urgenti in materia di servizi elettrico, gas e idrico integrato a sostegno delle popolazioni colpite dagli eventi sismici verificatisi a far data dal 24 agosto 2016 nel centro Italia e in data 21 agosto 2017 nei Comuni di Casamicciola Terme, Lacco Ameno e Forio (2021).

¹⁷⁴ See generally Delibera ARERA 34/2022/R/com (2022).

¹⁷⁵ In this regard, the Italian newspaper *Il Resto del Carlino* reports that a customer, victim of the seismic events of 2016 who is resident in Pieve Torina (Macerata), received in December 2020 an electricity bill of 16.985,98 euros. See Lucia Gentili, *Terremotato riceve bolletta da 17 mila euro* (2021), <https://www.ilrestodelcarlino.it/macerata/cronaca/terremotato-bolletta-17-mila-euro-1.5878185/> (last visited Jul. 10, 2021).

Conclusion

This article has been the stage to reflect and understand the electricity bills matter both on a European level as well as at a national level. In particular, this paper has started to analyze the European legal framework on electricity bills which is constituted by the Energy Efficiency Directive and by the Electricity Market Directive. Both Directives have the scope to discipline the electricity bills matter. In particular, the Directives rule in regards to the minimum information that an electricity bill, within the European Member States, should have in order to protect the consumer's right.

The second part of this article has analyzed then the discipline concerning electricity bills in two European Member States: Germany and Italy. The result of the investigation has brought up few conclusions. The first one is that both countries' regulations on the electricity bills matter are in line with the rules set out by the European legislator. The second one is that, if Germany's energy bills discipline, is enclosed in the EnWG act which is a State's legislative act, in Italy there is an independent authority, the ARERA, which regulates, with its decisions which are valid *erga omnes*, for the entire energy sector thus including electricity, water and gas supply. Still, Italia's biggest problem in this regard is the copious legislative activity of the Authority which might lead the consumer to confusion while informing itself on the matter. So, perhaps, an Italian codification on the energy bills matters might be an option to consider in order to create a clear and easy-to-read legal framework on energy law.

The third part of the paper, is the central one of the entire article, as it analyzes the rules adopted in both countries during the two emergency periods they have faced: the seismic events of 2016-2017 and the COVID-19 pandemic in Italy and just the pandemic in Germany. Both countries have adopted the same type of discipline: a *moratorium*. But there are few differences and problems that need to be highlighted.

Starting from Germany, the biggest problem that needs to be addressed is the duration of the *moratorium* which did not take into consideration the effective duration of the COVID-19 pandemic. In fact, in light of Article 240 (1) (1) of the *Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht* adopted on March 27, 2020, the suspension for the payment of continuous obligations (including electricity bills) lasted only until June 30, 2020 and was valid only to agreements sealed before March 8, 2020. On the one hand, this policy helped household consumers in need, because for two months it allowed consumers to not pay for the electricity supply. On the other hand, because the time of the *moratorium* was too short, it allowed energy suppliers to interrupt the supply service of electricity if consumers were unable to pay for the bill by July 1, 2020. With the introduction of this *moratorium*, another problem has concretely impacted the

most vulnerable consumer. In fact, by allowing the electricity suppliers to interrupt - in light of Article 19 of the *Stromgrundversorgungsverordnung* law - the supply of electricity to consumers who weren't able to pay the bill, this policy was in direct violation of Article 28 (1) of the EMD Directive which Germany had adopted. In fact, the mentioned Article 28 (1) prohibits explicitly the “*disconnection of electricity to such customers in critical times*”. Still, the interruption of service has concretely damaged the families affected by energy poverty, thus creating for them a set of regulations that were contrary to the consumer's rights ruled by the EMD Directive, causing them serious inconveniences also during the pandemic.

Analyzing the second country, Italy, it is worth saying that the *moratorium* opted by this country has gone in the opposite direction of the one ruled in Germany. In fact, beside this provision has entered into force almost 120 days after the 2016-2017 seismic disaster happened, the duration of the *moratorium* is still in force, thus being in force a 6 years-old *moratorium* for the households affected by the disasters. This has led to one big problem. In fact, because the *moratorium* allows energy suppliers to send an omni-comprehensive bill for the entire period of suspension, this policy has led many consumers to receive a bill of several thousands of euros regarding all the period of suspensions requested by them. This has brought the consumers to serious financial uncertainty as the request of the energy supplier, also if legitimate and possible to be paid through installments, has led household consumers to face concrete financial losses due to the adoption of this policy by the ARERA.

Summarizing the policies adopted by both countries and their effectiveness on the consumer's side is worth noting that none of them has protected the consumer, especially the most vulnerable one facing losses because of a natural disaster or the economic losses due to the COVID-19 pandemic.

The question that arises naturally is how to avoid this scenario if future disasters happen. Perhaps, the answer might be the adoption, for both countries, of a protocol that disciplines the energy bills mater during extraordinary times (i.e. natural disaster, pandemic, war etc.). In order to achieve a just and balanced protocol, this needs to be adopted by all the parts part of the energy supply chain: the energy distributor, the energy supplier, the consumer's associations that represent household consumer's and the national government.¹⁷⁶ In fact, only through the representations of all the parties involved in the agreement it can guarantee the outcome of a policy

¹⁷⁶ In the direction of a protocol involving all the parties of a supply agreement, it has been recently adopted the Ordinanza of 23 December 2021 n. 4 by the Special Commissioner for Reconstruction of the 2016 earthquake, the Coordinator of the technical structure of earthquake mission 2009 and the Manager of Energy Services - GSE S.p.A. The Ordinance's scope is to implement, pursuant to Article 2 paragraph 2 of the Agreement, “the implementation of centralized systems for the production and intelligent distribution of energy and/or heat from renewable sources (subsection A2.3), possibly also useful for the creation of local energy communities for the sharing of electricity produced from clean sources submeasure A2.4)”.

that might protect all the personal and economic interests involved in the supply of electricity, especially the uncertainty of the consumer's during the period of *moratorium*.¹⁷⁷

¹⁷⁷ Giovanni Iorio, *Gli Oneri Del Debitore Fra Norme Emergenziali E Principi Generali (A Proposito Dell'art. 91 Del D.L. N. 18/2020, "Cura Italia")*, 12 *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 366, 366-377 (2020); *See also* M. Franzoni, *Il Covid-19 E L'esecuzione Del Contratto*, 1 *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 1, 1-23 (2021); *See also* A. Semprini, *Responsabilità Del Debitore Da Prestazione Pecuniaria E Principi Solidaristici*, 1 *Responsabilità Civile E Previdenza* 300, 300-315 (2021).