

BAKİ DÖVLƏT UNİVERSİTETİ TƏLƏBƏ HÜQUQ JURNALI

Buraxılış 8

May 2022

Say 2

Baş Redaktor

Gültəkin Səfərli

İcraçı Redaktor

Seyidbəyim Hüseynova

Məsul Redaktor

Gülnarə Fətullayeva

Məqalə Redaktorları

Xoşqədəm Salmanova

Rüfət Nağıyev

Nigar Alıyeva

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

May 2022

Issue 2

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. THE DANGEROUSNESS MYTH: HOW COURTS AND CONGRESS ROUTINELY IMPOSE LIFETIME FEDERAL FIREARM BANS ON THE MENTALLY ILL.	
<i>Robert E. Ranney</i>	122
Introduction	123
I. On the history of the Second Amendment and the recoverability of the mentally ill	125
A. The Second Amendment — a brief history and its importance	125
B. The common law recognized the recoverability of the mentally ill	130
C. The twentieth and twenty-first century firearm fumble	133
II. How courts and Congress impose lifetime federal firearm bans on the mentally ill	137
A. The “dangerousness” myth.....	137
B. The problem with Congress	143
III. How to guarantee (and restore) the right to bear arms to the recovered mentally ill	144
A. The American Psychological Association must take a stand.....	145
B. Congressional problems require congressional solutions	147
Conclusion	148
2. RETHINKING THE RELATIONSHIP BETWEEN SUBSIDIES AND DEVELOPING STATES. Sayyad Yusifli	149
Introduction	150
I. The definition and legal features of a subsidy	151
A. Definition and types of subsidies according to the ASCM	151
B. Exclusions concerning developing and least developed states.....	154
II. The impact of subsidies on developing states: economic analysis.....	155
A. What is a subsidy in economic terms?	155
B. The impact subsidies can have on welfare in a state.....	158
III. Problems that are not covered by the WTO law	159
A. The status of a developing state	159
B. The territorial scope.....	161

Conclusion	162
3. INTERPLAY BETWEEN THE FREEDOM OF RELIGION AND FREEDOM OF EXPRESSION IN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. <i>Ay Khan Dadashov</i>	164
Introduction	164
I. The way of examination by the European Court of Human Rights	166
II. Situations in which interplay between two rights emerges.....	168
A. When these two rights come into conflict.....	168
B. When a person employs his freedom of expression as a result of his freedom of religion	174
Conclusion	175
4. 100 İLLİK MÜBAHİSƏ: EGEY DƏNİZİNDƏ ƏRAZİ SULARININ DELİMİTASİYASI. <i>Ceyhun Xəlilov</i>	178
Giriş	179
I. Delimitasiya mübahisəsinin tarixi kökləri.....	181
A. 1830-cu il Yunanıstanın yaranması	181
B. 1913-cü il London müqaviləsi	183
C. 1920-ci il Sevr və 1923-cü il Lozanna müqavilələri	184
Ç. 1947-ci il Paris müqaviləsi	186
II. Cari Vəziyyət (6 Mil)	190
A. Delimitasiyaya Türkiyənin yanaşması.....	191
B. Delimitasiyaya Yunanıstanın yanaşması	191
III. Mübahisə tərəflərinin bir-birinə zidd hüquqi mövqeləri	193
A. Yunanıstan Birləşmiş Millətlər Təşkilatının “Dəniz Hüququ haqqında” Konvensiyasına istinad edə bilərmə?	194
B. Konvensiyanın müddəaları beynəlxalq adət hüququ formaləşdirirmə?	194
IV. Beynəlxalq Ədalət Məhkəməsi üzrə perspektivlər	195
A. BMT Nizamnaməsi (Beynəlxalq Ədalət Məhkəməsi və onun yurisdiksiyası)	195
B. Karib dənizində Nikaraqua və Honduras arasında ərazi və dəniz mübahisəsi (Nikaraqua Honduras qarşı)	201

C. Qətər və Bəhreyn arasında dəniz sərhədlərinin müəyyən edilməsi və ərazi məsələləri (Qətər Bəhreynə qarşı)	203
Ç. Kamerun və Nigeriya arasında quru və dəniz sərhədi (Kamerun Nigeriyaya qarşı: Ekvatorial Qvineya müdaxilə edir)	205
D. Hind okeanında dəniz sərhədlərinin müəyyən edilməsi (Somali Keniyaya qarşı).....	205
E. Ərazi və Dəniz Mübahisəsi (Nikaraqua Kolumbiyaya qarşı)	206
Ə. Birləşmiş Millətlər Təşkilatının “Dəniz Hüququ haqqında” Konvensiyası (Dəniz Hüququ üzrə Beynəlxalq Tribunal).....	208
Nəticə.....	209
5. DEMOCRACY AND CITIZENSHIP: FRANCHISING RIGHT TO VOTE TO NON-CITIZENS. <i>Vugar Ibrahimov</i>	211
Introduction	212
I. Understanding democracy and citizenship.....	213
II. Democracy as a constitutional principle and its constituent components.....	217
A. Rule of law	217
B. Citizenship and participatory democracy	219
C. Global suffrage: how does international law regulate?	220
III. Constitutional frameworks and legislative schemes on right to vote	222
A. Countries grant voting rights to non-citizens	223
B. Voting rights for non-citizens in European/Nordic countries.....	225
IV. Franchising right to vote to non-citizens: discussion.....	227
Conclusion	230
6. LAW GOVERNING ARBITRATION AGREEMENT: EXCERPTS FROM THE AZERBAIJANI LEGISLATION. <i>Ulkar Farzaliyeva</i>	232
Introduction.....	233
I. Need for a separate law governing the arbitration agreement.....	235
A. When does the issue arise?.....	235
B. Why is the issue problematic?	236
II. What law governs the arbitration agreement?.....	238
A. The law of the main contract.....	238

B. The law of the seat	240
C. Validation principle	241
D. Parties' intention – french model.....	242
E. Swiss model.....	243
III. Azerbaijani perspective on the law governing the arbitration agreement.....	243
A. Growing popularity of arbitration and economic growth	244
B. Separability doctrine	244
C. Silence on the law governing the arbitration agreement.....	245
D. When may the issue arise?	245
E. Possible conflict of laws rules in Azerbaijan. What conclusion can be derived?	251
Conclusion	255
7. TANINMAQ HÜQUQU: YENİ ƏQLİ MÜLKİYYƏT HÜQUQUNA EHTİYAC VARMİ?. <i>Türkan Kərimova</i>	257
Giriş	258
I. Tanınmaq hüququnun anlayışı, şəxsi toxunulmazlıq hüququnun yetərsizliyi və hüququn əsaslandırılması	259
A. Tanınmaq hüququnun anlayışı	259
B. Tanınmaq hüququna yaranan ehtiyac: Şəxsi toxunulmazlıq hüququ yetərsizdirmi?.....	261
C. Lehinə və əleyhinə mövqelər işığında tanınmaq hüququ.....	263
Ç. Tanınmaq hüququnun təbiəti və transfer mexanizmi.....	267
II. Tanınmaq hüququnun tətbiqi dairəsi və əmtəə nişanı ilə qarşılıqlı əlaqəsi.....	270
A. Tanınmaq hüququnun predmeti.....	270
B. Tanınmaq hüququ kimlərə şamil olunur?	271
C. Tanınmaq hüququ ilə əmtəə nişanı hüququ arasındakı fərq nədədir?	272
Ç. Fərdi məlumatların əmtəə nişanı kimi qeydiyyatına dair “Əmtəə nişanları və coğrafi göstəricilər haqqında” Azərbaycan Respublikası Qanununun bəzi müddələrinin təhlili	274
Nəticə.....	277

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 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 araşdırmaya 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. 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.

*Robert E. Ranney**

THE DANGEROUSNESS MYTH: HOW COURTS AND CONGRESS ROUTINELY IMPOSE LIFETIME FEDERAL FIREARM BANS ON THE MENTALLY ILL

Abstract

This article identifies the most damaging forces to gun rights for the mentally ill in the USA. Moreover, the American civil commitment adjudicatory system is critiqued, how state courts routinely apply the dangerousness standard too broadly when making commitment decisions is highlighted, and Congress' role in exacerbating the problem is pinpointed in the article. The American Psychological Association is also called to issue strict guidelines to psychiatric professionals concerning the legal standard of dangerousness to reduce unnecessary civil commitments in the article. Lastly, the article proposes a Congressional solution to avoid future unconstitutional deprivation of rights.

Annotasiya

Bu məqalə ABŞ-də ruhi xəstələrin silah hüquqlarına ən çox zərər vuran mənfi təsir qüvvələrini müəyyənləşdirir. Bundan əlavə, məqalədə Amerikanın psixiatriya stasionarına qeyri-könüllü yerləşdirilmə barədə işlər üzrə məhkəmə sistemi tənqid olunur, eləcə də ştat məhkəmələrinin mütləq olaraq qeyd olunan işlər üzrə qərarlarında təhlükəlilik meyarını çox geniş tətbiq etməsi və Konqresin problemin kəskinləşməsindəki rolu vurğulanır. Həmçinin məqalədə Amerika Psixologiya Assosiasiyasının lüzumsuz psixiatriya stasionarına qeyri-könüllü yerləşdirilmələrin sayının azaldılması üçün psixiatrlara hüquqi cəhətdən təhlükəlilik meyarı ilə bağlı ciddi təlimatlar verməsinin önəmindən bəhs edilir. Son olaraq, məqalə konstitusiyaya zidd olaraq hüquqlardan məhrum edilmələrin gələcəkdə qarşısını almaq üçün Konqres tərəfindən həll edilməsini təklif edir.

CONTENTS

Introduction.....	123
I. On the history of the Second Amendment and the recoverability of the mentally ill.....	125
A. The Second Amendment – a brief history and its importance	125
B. The common law recognized the recoverability of the mentally ill.....	130
C. The twentieth and twenty-first century firearm fumble.....	133

* Law Clerk, United States District Court for the Eastern District of Kentucky; Fellow & Research Assistant, Ordered Liberty Program at the University of Louisville (Associated Member, ELPIS); Founder & Editor, Marked by Nature (www.markedbynature.com); J. D., University of Louisville Brandeis School of Law; B. A., Bellarmine University. I'm indebted to my faithful bride, Vijayamary, for her patience and support during this Article's drafting, and to my daughter, Gemma Maria Thérèse, for reminding me of why I write. Special thanks to Professor Russell L. Weaver, Professor Karen Jordan, Andrew C. Eveslage, Trenton W. Mattingly, Margaret L. Lawrence, and V. Katie Davidson for their helpful comments, critiques, and suggestions on this Article. All mistakes are my own.

II. How courts and Congress impose lifetime federal firearm bans on the mentally ill.....	137
A. The “dangerousness” myth	137
B. The problem with Congress	143
III. How to guarantee (and restore) the right to bear arms to the recovered mentally ill.....	144
A. The American Psychological Association must take a stand	145
B. Congressional problems require congressional solutions	147
Conclusion	148

Introduction

To date, most Americans adjudicated mentally ill suffer a “lifetime ban” on firearm ownership.¹ However, this runs afoul of the Second Amendment of the United States Constitution, which, since 1791, has read: “a well-regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear arms, shall not be infringed”.² The Amendment “guarantees the individual right to possess and carry weapons in case of confrontation”.³ The brightest scholars, justices, judges, lawyers, and laymen of the USA have debated for centuries about the Amendment’s scope.⁴ Some fruit from those debates, for better or worse, were the limitations on firearm

¹ “Unless Congress or the Washington legislature enacts a program relieving him from § 922 (g) (4)’s prohibition, the law amounts to a total prohibition on firearm possession for [Plaintiff] – in fact, a lifetime ban”. See *Mai v. United States*, 952 F. 3d. 1106, 1120 (9th Cir. 2020).

² See The Second Amendment of the USA Constitution (1791).

³ *District of Columbia v. Heller*, 554 U. S. 570, 592 (2008); See also *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, 597 U. S. ____ (2022) (slip op., 17) (“The Second Amendment “is the very product of an interest balancing by the people” and it “surely elevates above all other interests the right of law-abiding, responsible citizens to use arms” for self-defense”). (citing *Heller*, 554 U. S. 635).

⁴ See e.g., *United States v. Cruikshank*, 92 U. S. 542, 553 (1875) (holding that the Second Amendment is not applicable to the states); See also *Presser v. Illinois*, 116 U. S. 252, 265 (1886) (affirming that the Second Amendment is not applicable to the states); See *McDonald v. City of Chicago*, 561 U. S. 742, 767 (2010) (holding that the Second Amendment is applicable to the states and that “individual self-defense is “the central component” of the Second Amendment right”).; See also *United States v. Miller*, 307 U. S. 174, 178 (1939) (reading the Second Amendment in accord with its Militia Clause, art. 1, § 8, held that the Second Amendment cannot “guarantee the right to keep and bear (a sawed-off shotgun)”).; See *Heller*, 554 U. S., 570 (2008) (holding that the Second Amendment confers an individual right to bear arms, including for self-defense); *Bruen*, 597 U. S. ____, (holding that the Second Amendment guarantees an individual right to publicly carry a firearm for self-defence); See also Carl T. Bogus, *The Second Amendment in Law and History: Historians and Constitutional Scholars on the Right to Bear Arms* (2002); Carl T. Bogus, *The History and Politics of Second Amendment Scholarship: A Primer*, 76 *Chicago-Kent Law Review*, 3 (2000); See also Richard E. Gardiner, *To Preserve Liberty – A Look at the Right to Keep and Bear Arms*, 10 *Northern Kentucky Law Review* 63, 63 (1982); See also Stephen P. Halbrook, *To Keep and Bear Their Private Arms: The Adoption of the Second Amendment, 1787-1791*, 10 *Northern Kentucky Law Review* 13, 13 (1982).

ownership imposed on persons deemed mentally incompetent through involuntary commitment.⁵ However, a lifetime ban must constitute infringement.

The American legal system utilizes civil adjudication to involuntarily commit persons into treatment facilities who are suspected to have a mental illness and pose a risk of imminent danger to themselves or others. When a person is involuntarily committed, federal law revokes that person's right to possess a firearm. The problem with this system rests not on its sound principles. It is unwise for persons struggling with serious mental illness to have access to firearms. Rather, the problem lies in its execution. State courts that consider whether a respondent should be involuntarily committed apply the "dangerous" standard far too broadly, resulting in innumerable unnecessary involuntary commitments. Although there is a federal law on the books that permits restoration of the right to bear arms for persons previously involuntarily committed, Congress has refused to fund the program for decades. To conform with the common-law understanding of legal capacity, the right to bear arms must be restored to the involuntarily committed upon recovery. For the rehabilitated, anything short of total restoration violates the Second Amendment.⁶

Safeguarding the rights of the mentally ill is a task undertaken by few. Far fewer advocate to restore the right to bear arms to the recovered mentally ill. This must change. It is both unjust and unconstitutional that the recovered mentally ill suffer a lifetime ban on firearm possession.

To effect change, this article identifies the two most damaging forces to the recovered mentally ill's gun rights in the USA — the American civil commitment adjudicatory system and Congress. Two solutions are recommended, one for the adjudicatory system and one for Congress, to ensure the civil liberties of both the allegedly and recovered mentally ill are protected.

More precisely, part I of the article contextualizes the history of the right to bear arms and outlines the common law traditions of recoverability and restoration. Then, part II analyzes how state courts and Congress inhibit restoration, and in so doing violate the Second Amendment. Finally, Part III encourages the American Psychological Association to limit findings of dangerousness, and proposes a Congressional solution to prevent future deprivations of the right to bear arms.

⁵ 18 U. S. C. § 922 (g) (1); *See also* Heller, 554 U. S., 626 (leaving untouched "longstanding prohibitions on the possession of firearms by felons and the mentally ill").

⁶ *See* Bruen, 597 U. S. ___ (slip op., 8) ("When the Second Amendment's plain text covers an individual's conduct, the Constitution presumptively protects that conduct. Only if a firearm regulation is consistent with this Nation's historical tradition may a court conclude that the individual's conduct fall outside the Second Amendment's unqualified command").

I. On the history of the Second Amendment and the recoverability of the mentally ill

History guides good jurisprudence. This is especially so in the Second Amendment context. “*Heller ... demands a test rooted in the Second Amendment’s text, as informed by history*”.⁷ Thus, it follows that any adequate analysis of the Second Amendment’s application should begin with a detailed investigation into the historical development of the right to bear arms. Likewise, because this article is specific to the recovered mentally ill, a thorough investigation into the law’s historical treatment of recoverability must follow. Only then may it be shown that recovered persons are guaranteed the right to bear arms under the Second Amendment.

A. The Second Amendment — a brief history and its importance

Early America was rich in political and philosophical discourse, particularly related to the ratification of the Constitution and whether it required a formal Bill of Rights. The Federalists, championed by Alexander Hamilton and James Madison, believed that adding a Bill of Rights to the Constitution would serve no purpose, as the Constitution failed to provide any positive grant of power to deprive citizens of individual rights.⁸ However, the Anti-Federalists, led by Patrick Henry, James Winthrop, and George Mason, persisted that a Bill of Rights was necessary, as it would enhance the protection of the rights included therein.⁹ Despite being firmly rooted in opposing philosophical trenches, both the Federalists and the Anti-Federalists agreed on the Second Amendment’s scope and purpose.

The Federalists observed that protecting the individual right to bear arms was necessary for individuals “*to defend their own rights and those of their fellow-citizens*”, despite arguing that its codification in a Bill of Rights was unnecessary.¹⁰ The Anti-Federalists were concerned, however, that without a formal declaration of the right to bear arms in a Bill of Rights accompanying the Constitution, then the government could easily turn to tyranny and

⁷ *Id.*, ___ (slip op., 10).

⁸ See Alexander Hamilton, The Federalist Papers: No. 84 (1788). Available at: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed84.asp (last visited May 12, 2022).

⁹ E.g., Patrick Henry, Speech in the Virginia Convention, 12 June 1788, in The Documentary History of the Ratification of the Constitution Digital Edition (2009) (eds. John P. Kaminski, Gaspare J. Saladino, Richard Leffler, Charles H. Schoenleber, Margaret A. Hogan). Available at: https://csac.history.wisc.edu/wp-content/uploads/sites/281/2017/07/Patrick_Henry_Speech_in_the_Virginia_Convention1.pdf (last visited May 12, 2022).

¹⁰ See Alexander Hamilton, The Federalist Papers: No. 29 (1788). Available at: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed29.asp (last visited Apr. 19, 2022).

undermine the individual rights of the populace.¹¹ Prominent Anti-Federalist Richard Henry Lee noted that “*the militia ought always to be armed and disciplined*”,¹² and that the “*militia, when properly formed, are in fact the people themselves, and render regular troops...unnecessary*”.¹³ Further, “*the right to have weapons for non-political reasons such as self-protection or hunting...appeared so obviously to both Federalists and Anti-Federalists to be the heritage of free people as never to be questioned*”.¹⁴

Much to the dismay of the late Federalists and Anti-Federalists, the formation of a standing military¹⁵ and technological advancements in weaponry¹⁶ severely undermined any chance of a militia led by the governed from overthrowing the government. It is quite safe to say that any chance of successfully overthrowing the government in the United States by means of weaponry available to the public, the militia, is slimmer than slim. Yet, the Second Amendment still demands our protection because a standing military or emergency response team can never outmode self-preservation — “*the central component of the Second Amendment right*”.¹⁷ The Supreme Court formally held that the Second Amendment protects the right to possess a firearm for self-preservation in *District of Columbia v. Heller*.¹⁸ And the Supreme Court held in *New York Pistol & Rifle Association, Inc. v. Bruen* that the right to possess a firearm for self-preservation remains untouched even when safety is “*protected generally by ... Police Department[s]*”.¹⁹

The *Heller* Court defined the Second Amendment’s scope using “*history, not militia-related purposes*”.²⁰ Relying on contextual clues, events predating the Second Amendment’s drafting, the English common law tradition,²¹ and the

¹¹ Henry, *supra* note 9. However, “positivism tends towards tyranny — rule for private gain”. Robert E. Ranney, Reorienting the Legal Academy, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy: Considerations* (forthcoming 2022).

¹² Richard H. Lee, Letters of a Federal Farmer (1787). Available at: <https://leefamilyarchive.org/papers/essays/fedfarmer/06.html> (last visited Apr. 19, 2022).

¹³ Richard H. Lee, Letters of a Federal Farmer (1788). Available at: <https://leefamilyarchive.org/papers/essays/fedfarmer/18.html> (last visited Apr. 19, 2022).

¹⁴ Halbrook, *supra* note 4, 18.

¹⁵ Complications with mobilizing troops during World War I led to the creation of a standing “regular army of national citizen soldiers compiled in peace organized in divisions ready for immediate use”, while retaining the “army of volunteers”. See United States War Department, *Report of the Secretary of War*, 1 Annual Reports of the War Department, 125 (1913). Available at: <https://tinyurl.com/USWarDept> (last visited Apr. 19, 2022).

¹⁶ Check out this list of technological advancements, inclusive of biorecognition receptors and “soldier-robot teams” announced by the US Army in 2019. See US Army, Army Releases Top 10 List of Coolest Science, Technology Advances (2019), https://www.army.mil/article/231039/army_releases_top_10_list_of_coolest_science_technology_advances (last visited Apr. 19, 2022).

¹⁷ McDonald, 561 U. S., 767 (quoting *Heller*, 554 U.S. at 599); See also *Heller*, 554 U. S., 628 (“the inherent right of self-defense has been central to the Second Amendment right”).

¹⁸ *Heller*, 554 U. S., 570.

¹⁹ *Bruen*, 597 U. S. ___ (slip op., 22).

²⁰ Stephen Breyer, *Making Our Democracy Work: A Judge’s View*, 165 (2010).

²¹ For an extensive commentary on the Second Amendment’s English common law foundational precepts, see Gardiner, *supra* note 4, 64-73. However, “the English common law tradition” should

writings of Sir William Blackstone,²² the Court reasoned, “in the eighteenth century an individual’s right to possess guns was important both for purposes of defending that individual and for purposes of a community’s collective self-defence”.²³ Two years later the Court reaffirmed and expanded this holding in *McDonald v. City of Chicago*, pronouncing that the right to bear arms is “fundamental to our scheme of ordered liberty”²⁴ and extending the Second Amendment’s reach to the states.²⁵ And now, twelve years post-*McDonald*, the Court reaffirmed both *Heller* and *McDonald*, rejected the use of means-end scrutiny, and held that “the government must affirmatively prove that its firearms regulation is part of the historical tradition that delimits the outer bounds of the right to keep and bear arms”.²⁶

It is undeniable that danger lurks throughout life, so retaining a weapon for self-defence is integral to the meaning of the Second Amendment. For evidence of the right’s importance, look no further than Nazi Germany. In the mid-late 1930s, the Third Reich began limiting firearm access to Jews. In March 1937, “the Gestapo proscribed issuance of hunting licenses to Jews because they were considered enemies of the state” and “all hunting permits held by Jews were revoked”.²⁷ Leading up to the Holocaust, the Third Reich enacted its highly restrictive Weapons Law – just one of seven laws passed during the entire Third Reich – in March 1938.²⁸ The law explicitly prohibited arms manufacturing, sales, repair, and cartridge reloading if one “is a Jew”.²⁹ Under the Weapons Law, carrying a firearm required a license and the issuing authority had total discretion to limit the license’s validity or to simply not grant one at all. The following guidance was provided regarding the issuance of such licenses:³⁰

not be understand as “an exceptional one, ... it is best seen as a local variant of the *ius commune*, which shares the basic classical framework of *ius* and *lex*, of *ius naturale*, *ius gentium*, and *ius civile*, and so on”. Robert E. Ranney, Why Common Good Constitutionalism Matters Post-*Dobbs*, Marked by Nature (July 22, 2022), <https://markedbynature.com/2022/07/22/why-common-good-constitutionalism-matters-post-dobbs/> (quoting Adrian Vermeule, Common Good Constitutionalism, 56 (2022)) (last visited Jul. 24, 2022).

²² Citizens possess a “natural right of resistance and self-preservation, when the sanctions of society and laws are found insufficient to restrain the violence of oppression”. See William Blackstone, 1 Commentaries on the Laws of England in Four Books, 144 (1893).

²³ Breyer, *supra* note 20 (discussing the rationale behind the Court’s holding in *Heller*).

²⁴ *McDonald*, 561 U. S., 767, applying *Duncan v. Louisiana*, 391 U. S. 145, 149 (1968), where the Court reasoned that “because...trial by jury in criminal cases is fundamental to the American scheme of justice, it is held that the Fourteenth Amendment guarantees a right of jury trial in all criminal cases”.

²⁵ *McDonald*, 561 U. S., 805.

²⁶ Bruen, 597 U. S. ____ (slip op., 10).

²⁷ Stephen Halbrook, Gun Control in the Third Reich, 168 (2013).

²⁸ Waffengesetz, Reichsgesetzblatt I, 265 (1938).

²⁹ English translations of the law are published in Federal Firearms Legislation: Hearings before the Subcommittee to Investigate Juvenile Delinquency, US Senate Judiciary Committee, 90th Cong., 2d. Sess. 489 (1968); See also Jay Simkin and Aaron Zelman, “Gun Control”: Gateway to Tyranny, 53 (1993).

³⁰ *Id.*, § 15.

1. Licenses to obtain or to carry firearms shall only be issued to persons whose reliability is not in doubt, and only after proving a need for them.
2. Issuance shall especially be denied to:
3. Gypsies, and to persons wandering around like gypsies;
4. Persons for whom police surveillance has been declared admissible, or upon whom the loss of civil rights has been imposed, for the duration of the police surveillance or the loss of civil rights;
5. Persons who have been convicted of treason or high treason, or against whom facts are under consideration that justify the assumption that they are acting in a manner inimical to the state;
6. Persons who have received final sentence to a punishment of deprivation of liberty for more than two weeks...for resistance to the authorities of the state".

Without doubt, the right to bear arms demands zealous protection. This is especially true for society's most vulnerable classes – the mentally ill, the elderly, the poor, and minorities.

Indeed, the mentally ill are among the most likely to be victims of violent crime. *"Individuals with serious mental illness are 11 times more likely to be victims of a violent crime than the general public, and women with serious mental illness are more at risk than men"*.³¹ Disturbingly, physical abuse against the elderly is on the rise. In 2019, the Center for Disease Control and Prevention reported that nonfatal physical assaults against men aged 60 and older increased by 75.4 percent from 2002 to 2016.³² The rate for physical assaults against women similarly aged rose by 35.4 percent from 2007 to 2016.³³ The poor are also endangered. *"Persons in poor households at or below the Federal Poverty Level had more than double the rate of violent victimization as persons in high-income households"*.³⁴ Tragically, too, *"African Americans and Hispanics are more likely to be victims of violent crimes"*, and *"African Americans are disproportionately victims of homicide compared with whites or Hispanics"*.³⁵

Even more, hate-fueled violence targeted at people who assert they are lesbian, gay, bisexual, or transgender is prevalent. *"Of the 7, 120 hate crime incidents reported in 2018, more than 1,300 – or nearly 19 percent – stemmed from anti-LGBTQ bias, according to the FBI's [2018] Hate Crime Statistics report"*.³⁶

³¹ Treatment Advocacy Center, *Victimization and Serious Mental Illness* (2016), <https://www.treatmentadvocacycenter.org/evidence-and-research/learn-more-about/3630-victimization-and-serious-mental-illness> (last visited May 9, 2022).

³² Center for Disease Control and Prevention, *Nonfatal Assaults and Homicides Among Adults Aged ≥60 Years – United States, 2002-2016*, 68 *Morbidity and Mortality Weekly Report*, 297 (2019).

³³ *Ibid.*

³⁴ Erika Harrell et al., *Household Poverty and Nonfatal Violent Victimization, 2008-2012* (2014), <https://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=5137> (last visited May 9, 2022).

³⁵ US Department of Housing and Urban Development, *Neighborhoods and Violent Crime* (2016), <https://www.huduser.gov/portal/periodicals/em/summer16/highlight2.html> (last visited May 9, 2022).

³⁶ Tim Fitzsimons, *Nearly 1 in 5 Hate Crimes Motivated by Anti-LGBTQ bias, FBI finds* (2019), <https://www.nbcnews.com/feature/nbc-out/nearly-1-5-hate-crimes-motivated-anti-lgbtq-bias-fbi-n1080891> (last visited May 9, 2022).

Intimate partner violence is also a prominent issue among these people.³⁷ Detecting these problems, Doug Krick founded the Pink Pistols, America's first gay pro-gun group. The group rightly boasts, "*self-defense is our right*".

Pink Pistols is not the only identity-driven gun rights advocacy organization in the nation. There are also the National African American Gun Association, the Black Gun Owners Association, the Latino Rifle Association, the Hispanic American Rifle Association, and the Socialist Rifle Association, which is a group that purports to advance the gun rights of working class and poverty-stricken people. Although a lot of minority groups have Second Amendment advocacy organizations, there is not a single Second Amendment advocacy organization chartered on behalf of the recovered mentally ill. Likely, American stigma of the mentally ill is to blame.

Generally, Americans are quick to blame tragic mass shootings on mental illness – a position maintained by both pro- and anti-gun rights advocates. President Donald Trump infamously remarked after the summer 2019 mass shootings in El Paso and Dayton that "*mental illness and hatred pull the trigger, not the gun*",³⁸ and President Joe Biden delivered a speech following the 2022 mass shooting in Uvalde in which he remarked that "*the mental health crisis deepen[s] the trauma of gun violence*".³⁹ However, merely believing that mental illness is the root cause of gun violence does not make it so. "*No more than a quarter of those who attempted or carried out mass shootings in recent years could be considered mentally ill. In fact, people with mental disorders are far more likely to be victims of violence than perpetrators*".⁴⁰

The National Alliance on Mental Health is one of the few organizations with courage to speak the truth about gun violence and the mentally ill. The Alliance maintains the position that gun violence is a public health crisis in America but points out that "*gun violence is overwhelmingly committed by people*

³⁷ Per the CDC's National Intimate Partner and Sexual Violence Survey, bisexual women are 1.8 times more likely to report ever having experienced intimate partner violence and 2.6 times more likely to report experiencing intimate partner sexual violence when compared with heterosexual women. See Taylor Brown, Jody Herman, *Intimate Partner Violence and Sexual Abuse Among LGBT People* (2015), <https://williamsinstitute.law.ucla.edu/publications/ipv-sex-abuse-lgbt-people/> (last visited May 9, 2022).

³⁸ Melissa Healy, *Americans Increasingly Fear Violence from People Who Are Mentally Ill. They Shouldn't* (2019), <https://www.latimes.com/science/story/2019-10-10/americans-fear-violence-from-mentally-ill-people> (last visited Apr. 19, 2022).

³⁹ Darragh Roche, *Biden Echoes Republicans by Connecting Mental Health to Gun Violence* (2022), <https://www.newsweek.com/biden-echoes-republicans-connecting-mental-health-gun-violence-ualde-shooting-1712574> (last visited June 3, 2022).

⁴⁰ Healy, *supra* note 38. "There are important and complex considerations regarding mental health, both because it is the most prevalent stressor and because of the common but erroneous inclination to assume that anyone who commits an active shooting must de facto be mentally ill. The stressor "mental health" is not synonymous with a *diagnosis* of mental illness". See James Silver et al., *A Study of Pre-Attack Behaviors of Active Shooters in the United States Between 2000 and 2013*, 17 (2018). Available at: <https://www.fbi.gov/file-repository/pre-attack-behaviors-of-active-shooters-in-us-2000-2013.pdf/view> (last visited Apr. 19, 2022); See generally Michael H. Stone, *Mass Murder, Mental Illness, and Men*, 2 *Violence and Gender*, 51. Available at: <https://doi.org/10.1089/vio.2015.0006> (last visited Apr. 19, 2022).

without mental illness".⁴¹ Therefore, the Alliance rightly advocates, "people should not be treated differently with respect to firearms regulation because of their lived experience with mental illness".⁴² Labelling people either currently or previously suffering from mental illness as "violent" only worsens the problem.

Americans' fear of the mentally ill is deeply rooted and will likely take ample time to reconcile. In the interim, though, the mentally ill are at risk of sustaining violence with no means of defending themselves. A meager step in the right direction is granting those people formerly adjudicated mentally ill who have since recovered an opportunity to restore their right to bear arms.

B. The common law recognized the recoverability of the mentally ill

In *Bruen*, the Supreme Court took great lengths to relay to the federal courts of appeals that history is the guiding factor in any Second Amendment analysis. "The constitutional right to bear arms in public for self-defense is not a second-class right, subject to an entirely different body of rules than the other Bill of Rights guarantees".⁴³ Therefore, to justify any firearm regulation, the government "must demonstrate that the regulation is consistent with this Nation's historical tradition of firearm regulation".⁴⁴ It is no longer enough for the government to "simply posit that the regulation promotes an important interest".⁴⁵ For this reason, a court considering the constitutionality of a firearm regulation that "addresses a general societal problem that has persisted since the 18th century", like mental illness, should construe "the lack of a distinctly similar historical regulation addressing the problem as relevant evidence that the challenged regulation is inconsistent with the Second Amendment".⁴⁶ Further, "if earlier generations addressed the societal problem, but did so through materially different means, that also could be evidence that a modern regulation is unconstitutional".⁴⁷ There is no evidence — historical or otherwise — to suggest that the modern practice of stripping the right to bear arms from people who have recovered from mental illness "is consistent with this Nation's historical tradition of firearm regulation".⁴⁸ The opposite is true.

"A lunatic is never to be looked upon as irrecoverable; his comfort is to be regarded, and not that of any representatives".⁴⁹ This sentiment rang true in 1807 and should ring true today. Unfortunately, we live in an era plagued with rampant

⁴¹ National Alliance on Mental Health, Public Policy Platform of the National Alliance on Mental Health, 71 (2016).

⁴² *Id.*, 72.

⁴³ *Bruen*, 597 U. S. ___ (slip op., 62) (quoting *McDonald*, 561 U. S., 780).

⁴⁴ *Id.*, ___ (slip op., 8).

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Id.*, ___ (slip op., 17).

⁴⁷ *Id.*, ___ (slip op., 17-18).

⁴⁸ *Id.*, ___ (slip op., 8).

⁴⁹ Anthony Highmore, *A Treatise on the Law of Idiocy and Lunacy*, 104 (1807).

stigma of the mentally ill.⁵⁰ And that stigma shines brightest where change is affected slowest — the law.⁵¹ Indeed, Justice Antonin Scalia ensured the Court’s decision in *District of Columbia v. Heller* left untouched purported “longstanding prohibitions on the possession of firearms by felons and the mentally ill”.⁵²

Civil restrictions on the mentally ill are long-standing, but retaining those restrictions after rehabilitation lacks the same historical pedigree.⁵³ “Although the Supreme Court observed in *Heller* that bans on gun possession by the mentally ill are “longstanding”, legal limits on the possession of firearms by the mentally ill are of 20th Century vintage”.⁵⁴ The reason why is simple — it benefits people to know that, if they were to slip into a state of mental infirmity for whatever reason, “the wisdom of the courts” is there to protect “his person and property, to watch over the periods of imbecility, to provide for their necessities, and to render an account when the affliction shall be removed, with as scrupulous an exactness as the most anxious friend could be expected to do”.⁵⁵

And such rehabilitation throughout legal history is not unprecedented. Those who came before us understood mental illness to be curable and outlined legal processes for reinstating lost rights, privileges, and agency.⁵⁶

⁵⁰ “Nearly 9 in 10 [Americans] ... think there is at least some stigma and discrimination associated with mental illness in society today, but more than a third say there is less compared to 10 years ago”. Jennifer De Pinto, Fred Backus, Most Americans Think There is Stigma Associated with Mental Illness – CBS News Poll (2019), <https://www.cbsnews.com/news/most-americans-think-there-is-stigma-associated-with-mental-illness-cbs-news-poll/> (last visited Apr. 19, 2022).

⁵¹ Ironically, the legal profession suffers from a mental health crisis. Despite the crisis, the Kentucky Bar Association requires all applicants to disclose whether they “currently have any condition or impairment (including, but not limited to, substance abuse, alcohol abuse, or a mental, emotional, or nervous disorder or condition) that in a material way affects your ability to practice law in a competent, ethical and professional manner?” Although perhaps well intentioned, this question epitomizes stigma of the mentally ill (particularly in the legal field) and is counter-productive. It actually serves as a barrier to Kentucky bar applicants from receiving mental health treatment if they really need it. Both the University of Kentucky Rosenberg College of Law and University of Louisville Brandeis School of Law Student Bar Associations recently took note of this issue and requested the Justices of the Commonwealth of Kentucky and bar admission officials consider removing the question. As of the writing of this article, the Justices have agreed to consider removing the question but it has yet to be removed.

⁵² *Heller*, 554 U. S., 626 (holding that the Second Amendment enshrines an individual right to possess a firearm unconnected with service in a militia); *But see* *Tyler v. Hillsdale Cty. Sheriff’s Dep’t*, 837 F. 3d. 678, 708 (6th Cir. 2016) (Sutton, J., concurring) (“One’s status as a ‘felon’ or as ‘mentally ill’ may change over the course of a lifetime, and *Heller* creates an exception only for those who currently fall into these categories, not for anyone who ever did”).

⁵³ *See* Bruen, 597 U. S. ____ (slip op., 48) (Breyer J., dissenting) (noting that prohibitions on the possession of firearms by the mentally ill “have their origins in the 20th century”); C. Larson, *Four Exceptions in Search of a Theory: District of Columbia v. Heller and Judicial Ipse Dixit*, 60 *Hastings Law Journal* 1371, 1374-1379 (2009); Tom Wehl, *The Presumption of Dangerousness: How New York’s Safe Act Reflects Our Irrational Fear of Mental Illness*, 38 *Seton Hall Legislative Journal* 35, 40 (2014) (“Despite the rich history in this country of limiting the physical liberty of those who are deemed mentally unsound, the concept of prohibiting gun possession by the mentally ill is relatively new,” being first addressed by Congress in the Gun Control Act of 1968.).

⁵⁴ *Tyler*, 837 F. 3d., 687 (citing *United States v. Skoien*, 614 F. 3d., 638, 641 (7th Cir. 2010)).

⁵⁵ Highmore, *supra* note 49, 104-105.

⁵⁶ *See* Leonard Shelford, *A Practical Treatise on the Law Concerning Lunatics, Idiots, and Persons of Unsound Minds*, lii (1833) (“It is now known that insanity is curable as any disease to which

For instance, in early England, “the king was to provide that the lunatic and his family [were] properly maintained out of the income of his estate, and the residue [was] to be handed over to him upon his restoration to sanity”.⁵⁷ The tradition dates back even to ancient Rome, where “the uncertain duration of mental incapacity led the Romans to appoint a curator, and not a tutor,⁵⁸ to be the guardian of the lunatic. The curator was intended to supply that which the lunatic lacked, viz., civil capacity”.⁵⁹ Following Roman footsteps, France⁶⁰ would name a curator “to see that the revenues of the mentally ill are employed for his benefit and that he is reinstated in his rights as soon as his mental condition renders it possible”.⁶¹ Germany also followed suit.⁶² With certainty, the classical legal tradition maintains that a mentally ill person may recover, and when he does, he regains full legal capacity.⁶³

However, the United States slowly drifted away from this authentic

mankind are subject”.); and liii (“[M]adness is, contrary to the opinion of some unthinking persons, as manageable as many other distempers, which are equally dreadful and obstinate, and yet are not looked upon as incurable; and that such unhappy objects ought by no means to be abandoned, much less shut up in loathsome prisons as criminals, or nuisances to society.”) (citing William Battie, *A Treatise on Madness* 93-94 (1758)).

⁵⁷ S. F. C. Milsom, *1 The History of English Law Before the Time of Edward I*, 507 (Reprint of 2nd edition, 2010) (citing *Prerogative Regis*, c. 11, 12 (Statutes, 226)). Available at: https://oll.libertyfund.org/title/maitland-the-history-of-english-law-before-the-time-of-edward-i-vol-1#f1541-01_footnote_nt1661_ref (last visited May 25, 2022).

⁵⁸ “Whatever similarity there may be between a tutor and a curator, an essential distinction lies in this, that the curator was especially the guardian of property, though in the case of a furious [a man being of unsound mind] he must also have been the guardian of the person”. See Curator, *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities* (1875). Available at: http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Curator.html (last visited May 25, 2022).

⁵⁹ W.G.H. Cook, *Mental Deficiency and the English Law of Contract*, 21 *Columbia Law Review* 424, 427 (1921).

⁶⁰ Note that the Medieval French distinguished between those suffering from temporal affliction and those with permanent affliction. See Phillipe de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis* 591 (F. R. P. Akehurst trans., 1992), circa 1270 (“Those who are *completely insane*, so insane that they have no judgment which allows them to look after themselves, should not hold property for it would be a bad thing to leave anything in the possession of such a man; but he should be properly supported out of what would have been his if he had been a person who could hold land”).

⁶¹ A. Wood Renton, *Comparative Lunacy Law*, 1 *Journal of the Society of Comparative Legislation* 235, 266 (1899).

⁶² Shelford, *supra* note 56, lvi-lvii (“if the insane person again becomes mentally sound, the supersedeas of the curator can be applied for by himself, his legal guardian, or the Public Prosecutor. If the application is refused by the Court of Amstrichter an action can, as before, be instituted, and the case will be decided by means of it”).

⁶³ Harvard Law School’s Professor Adrian Vermeule urges practitioners to abandon originalism and return to a classical jurisprudence. He points out that American public law no longer consults the *ius commune* – a synthesis of Roman law, canon law, and local civil law. See Adrian Vermeule, *Common Good Constitutionalism* 1 (2022). Professor Vermeule argues that abandoning the *ius commune* left Americans with no point of reference for juridical reasoning that promotes the common good. The result is a wholly positivist legal regime with only two players – originalists and progressivists. For more on the plight of positivism in the American legal academy. See Robert E. Ranney, *Reorienting the Legal Academy* (2022), *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy: Considerations* (forthcoming 2022).

perception of mental illness in the law.⁶⁴ By the twentieth century, American law fostered an environment that permitted frequent violations against the human dignity of the involuntarily committed; even going as far as violating the person's body.⁶⁵ Americans began to believe “that persons with mental illness lacked the capacity to make decisions” *in toto*, and many still do.⁶⁶ It is also disturbing that, “because many mental health institutions operated on private funding, it was quite possible for families to purchase the confinement of unwanted relatives”⁶⁷ — and they did.⁶⁸ Even worse, “when patients were eventually released from asylums, they often found that they had lost many of their civil rights (e.g., their property and custody rights)”.⁶⁹ Still, despite this flagrant retraction of civil rights perpetrated against the involuntarily committed in America, the right to bear arms was historically left unabridged.

C. The twentieth and twenty-first century firearm fumble

That is no longer the case; now a person is stripped of their Second Amendment right to bear arms after being involuntarily committed to a mental institution.⁷⁰ However, this deprivation is novel.⁷¹ Federal law mandates the involuntarily committed be disarmed — but has only done so for 54 years. For 192 years following the Declaration of Independence, 187 years following the adoption of the Articles of Confederation, 180 years following the ratification of the Constitution of the United States of America, 177 years following the ratification of the Second Amendment, and 100 years

⁶⁴ Renton, *supra* note 61, 273 (“the inquisition, with its accompaniments of traverse and commitment of the person and estate, prevails within the United States”).

⁶⁵ *See e. g.*, Indiana General Acts, 377 (1907) (“An act to prevent procreation of idiots, and imbeciles.”) (later found unconstitutional by the Indiana Supreme Court in *Williams v. Smith*, 131 N. E. 2 (In. 1911)). However, the Supreme Court of the United States found constitutional a similar Virginia statute just sixteen years later in *Buck v. Bell*, in which positivist Justice Oliver Wendell Holmes, Jr. wrote for the majority and infamously remarked, “three generations of imbeciles are enough”. 274 U. S. 200, 207 (1927).

⁶⁶ Megan Testa, Sara G. West, *Civil Commitment in the United States*, 7 *Psychiatry*, 30 (2010). Available at: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3392176/#__sec4title (last visited Apr. 19, 2022).

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.* Consider the interesting case of Mrs. Elizabeth Packard, the wife of a Presbyterian clergyman. She was committed to an asylum in 1860 per her husband's request. “Mr. Packard initiated the hospitalization of his wife to punish her for having an unclean spirit, a decision that he based on her exploration of spiritual traditions outside the Presbyterian faith. Mrs. Packard was diagnosed with “moral insanity” and held for three years. *Ibid.* “Once released, Mrs. Packard learned that she had lost custody of her children and ownership of her property”. Luckily, the story does have a happy ending. Mrs. Packard won her suit for wrongful confinement and later became an advocate for those accused of insanity and for the rights of women, though not all involuntarily committed persons shared the same fate.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ 18 U. S. C., § 922 (g) (1).

⁷¹ The Gun Control Act of 1968, 82 Stat. 1213, was enacted October 22, 1968. The Act made it unlawful “for any person who has been adjudicated as a mental defective or who has been committed to a mental institution to receive any firearm or ammunition which has been shipped through interstate or foreign commerce”. *See* 82 Stat. 1213 § 922 (g) (4). Notably, this same act introduced the first firearm possession ban on convicted felons. *See* 82 Stat. 1213 § 922 (g) (1). The statutes are found in modern form at 18 U. S. C. § 922 (g) (1) and (g) (4), respectively.

following the ratification of the Fourteenth Amendment, the involuntarily committed were not disarmed under federal law. Although there is a legitimate policy interest in preventing people who are a proven danger to society from possessing dangerous weapons, the modern American prerogative is an overcorrection prohibiting *all* people either adjudicated mentally ill or committed to a mental institution from exercising their Second Amendment right forever and *without exception*. Fatally, this overcorrection cannot find its roots in this Nation's history and tradition concerning firearm regulations. In light of *Bruen*, this is a glaring breach of the Second Amendment.

There are now federal and several state statutes that prohibit persons previously involuntarily committed from owning firearms.⁷² Not all states have legal mechanisms in place to restore the right, and at least sixteen of those states (and Puerto Rico and the U. S. Virgin Islands) which do have mechanisms in place fail to satisfy federal demands.⁷³ Making matters worse, the federal government's legal mechanism to restore the right to bear arms is impossible to utilize.

18 U. S. C. § 925 (c) permits a plaintiff to apply to the United States Attorney General “for relief from disabilities imposed by Federal laws with respect to the possession of firearms”. In 1986, persons who had been involuntarily committed to a mental institution could apply for the same relief when utilizing the provision.⁷⁴ However, this statutory framework is foreclosed to all plaintiffs — and has been for 30 years.⁷⁵ In 1992, Congress prohibited the ATF from expending any funds “to investigate or act upon applications for relief from Federal firearms disabilities under 18 U. S. C. § 925 (c)”.⁷⁶ In an attempt to justify its action, Congress opined that determining whether an applicant “is still a danger to public safety is a very difficult and subjective task which could have devastating consequences for innocent citizens if the wrong decision is made”.⁷⁷

Since the federal program is unavailable, one seeking to remove their

⁷² See e.g., 18 U. S. C. § 922 (g) (1); Alabama Code 1975 § 13A-11-72 (“No person of unsound mind shall own a firearm”.); Missouri Revised Statutes § 571. 070 (“A person commits the offense of unlawful possession of a firearm if such a person knowing has any firearm in his or her possession and ... such person is currently adjudged mentally incompetent”.); North Carolina General Statutes § 14-404 (“A permit to purchase a handgun may not be issued to one who has been adjudicated mentally incompetent or has been committed to any mental institution”).

⁷³ Alaska, Connecticut, Indiana, Maine, Massachusetts, Michigan, Mississippi, New Jersey, New Mexico, Ohio, Oregon, Puerto Rico, South Dakota, Utah, Virgin Islands, and Washington State may restore firearm rights at the state level, but the plaintiff will remain federally disabled. Margaret Colgate Love, 50-State Comparison: Loss & Restoration of Civil/Firearms Rights, Restoration of Rights Project (2021), <https://ccresourcecenter.org/state-restoration-profiles/chart-1-loss-and-restoration-of-civil-rights-and-firearms-privileges/> (last visited Apr. 19, 2022).

⁷⁴ Firearms Owners' Protection Act, Pub. L. 99-304, § 105, 100 Stat. 449 (1986).

⁷⁵ More egregious is that during the 54 years that the federal government has disarmed the mentally ill, a relief provision was only available to them for a period of six years — between 1986 and 1992.

⁷⁶ Treasury, Postal Service, and General Government Appropriations Act, 1993, Pub. L. 102-393, 106 Stat. 1732.

⁷⁷ S. Rep. No. 353, 102d Cong., 2d. Sess. 19-20 (1992).

Second Amendment disability may only find solace within their resident state. However, consistency in elements and application are sorely lacking between states, which fosters a confusing environment for anyone seeking to restore their right to bear arms. Because of the various hurdles, statutory roadblocks, and bureaucratic red tape, recovered citizens are often left unarmed in the fight to regain their Second Amendment right. Not even the courts agree on how to handle the problem.

The United States Courts of Appeals for the Ninth and Third Circuits have both denied previously involuntarily committed individuals the opportunity to restore their right to bear arms, but the United States Court of Appeals for the Sixth Circuit has held otherwise. The Ninth Circuit asserts in *Mai* that although less “*dangerous*” than when originally committed, persons previously committed pose a greater risk to society than a non-committed individual — even after twenty-one years have passed, and when that past commitment occurred at the age of minority.⁷⁸ The Third Circuit, beating a similar drum, contends that neither rehabilitation nor passage of time are relevant in a Second Amendment rights restoration analysis.⁷⁹ The Sixth Circuit, however, notes in *Tyler* that “*prior involuntary commitment is not coextensive with current mental illness: a point Congress has recognized*”.⁸⁰ Accordingly, the Sixth Circuit granted an involuntarily committed person an opportunity to have his right to bear arms restored.

Each court recognized that *Heller* rejected rational-basis review as an option when considering if a ban on gun rights is constitutional. Notably, all three courts analyzed the issue of a lifetime ban on firearm possession under intermediate scrutiny rather than strict scrutiny.⁸¹ The Ninth Circuit assumed intermediate scrutiny applied while reserving judgement on the matter. The

⁷⁸ In 1999, at the age of seventeen, Duy Mai was involuntarily committed to a mental institution after threatening to harm himself and others. After his release, Mai attained his GED, a bachelor’s degree, and a master’s degree. “He no longer suffers from mental illness, and he lives a socially-responsible, well-balanced, and accomplished life”. See *Mai*, 952 F. 3d., 1110. His involuntary commitment during the twentieth-century prevented him from obtaining a firearm. The Ninth Circuit noted that, when confronted with “challenges remarkably similar to Mai’s challenge” the Third and Sixth Circuits “reached opposite conclusions”. *Id.*, 1113. In conducting its own analysis, the Ninth Circuit first asserted that “regardless of present-day peaceableness, a person who required formal intervention and involuntary commitment by the State because of the person’s dangerousness is not a law-abiding, responsible citizen”, likening the person to a “domestic-violence” perpetrator. *Id.*, 1115. The Ninth Circuit then conceded that Mai is suffering from a “lifetime ban”, explaining that “unless Congress funds the relief from disabilities program ... or the Washington legislature creates a relief from disabilities program pursuant to § 40915, federal law prohibits Mai from possessing a firearm”. *Id.*, 1120. Nonetheless, the Ninth Circuit held that “the federal prohibition on Mai’s possession of firearms because of his past involuntary commitment withstands Second Amendment scrutiny”. *Id.*, 1121.

⁷⁹ *Beers v. Attorney General United States*, 927 F. 3d., 150 (3d. Cir. 2019).

⁸⁰ *Tyler*, 837 F. 3d., 688.

⁸¹ However, Judge Danny Boggs concurred in *Tyler* to note that “the proper level of scrutiny is strict scrutiny, as with other fundamental constitutional rights, and under that standard of review, the district court’s opinion cannot stand”. *Id.*, 702 (Boggs, J., concurring). He was right. See *Bruen*, 597 U.S. ___, (slip op., 10).

Third and Sixth Circuits, however, analyzed the issue under the two-step *Marzzarella*⁸² and *Greeno*⁸³ frameworks, respectively.⁸⁴ Each framework asks first “whether the challenged law burdens conduct that falls within the scope of the Second Amendment right, as historically understood”, and second, if history and precedent suggest the activities or individuals are not categorically unprotected by the Second Amendment, whether the “strength of the government’s justification for restricting or regulating the exercise of Second Amendment rights” is sufficient to justify the restriction in question.⁸⁵

Intermediate scrutiny is appropriate, they contend, because strict scrutiny “would invert *Heller*’s presumption that prohibitions on the mentally ill are lawful”,⁸⁶ and “because of the inherent risk that the right of self-defense poses to others”.⁸⁷ Analyzing under immediate scrutiny, the Sixth Circuit reasoned that the legislative history and empirical evidence offered by the government to show that a categorical firearm ban on the previously involuntarily committed is substantially related to the government’s interest was inadequate to show “why Congress is justified in permanently barring anyone who has been previously committed, particularly in cases like *Tyler*’s, where a number of healthy, peaceable years separate the individual from their troubled history”.⁸⁸ Yet in *Mai*, despite applying the same level of scrutiny under remarkably similar facts, the Ninth Circuit reasoned that the same legislative history and empirical evidence support the opposite conclusion. When *Mai*’s petition for a rehearing was denied, Judge Daniel P. Collins noted in his dissent that the Ninth Circuit “panel’s application of intermediate scrutiny is seriously flawed and creates a direct split with the Sixth Circuit”.⁸⁹

The United States Supreme Court has not directly resolved the issue. In May 2020, the Supreme Court granted Bradley Beers’ petition for writ of certiorari, but the judgment was vacated as moot.⁹⁰ And in April 2021 the Supreme Court denied Duy Mai’s petition for a writ of certiorari.⁹¹ The government did not seek review by the Supreme Court in *Tyler*. Therefore, an active and direct circuit split over the issue remains. However, the Court’s recent decision in *Bruen* closed the door to means-end and intermediate scrutiny. The Court squarely rejected the two-part tests utilized by the Third, Sixth, and Ninth Circuits to resolve *Beers*, *Tyler*, and *Mai*. The Court wrote:

⁸² *United States v. Marzzarella*, 614 F. 3d. 85, 89 (3d. Cir. 2010).

⁸³ *United States v. Greeno*, 679 F. 3d. 510, 518 (6th Cir. 2012).

⁸⁴ The Fourth and Tenth Circuits have also adopted the same framework. *See United States v. Chester* (*Chester I*), 628 F. 3d. 673, 680 (4th Cir. 2010); *United States v. Reese*, 627 F. 3d. 792, 800-801 (10th Cir. 2010).

⁸⁵ *Greeno*, 679 F. 3d., 518.

⁸⁶ *Tyler*, 837 F. 3d., 691.

⁸⁷ *Id.*, 692.

⁸⁸ *Id.*, 695.

⁸⁹ *Mai v. United States*, 974 F. 3d. 1082, 1083 (9th Cir. 2020) (Collins, J., dissenting).

⁹⁰ *Beers v. Barr*, 140 S. Ct. 2758 (2020).

⁹¹ *Mai v. United States*, 141 S. Ct. 2566 (2021).

*“Today, we decline to adopt that two-part approach. Despite the popularity of this two-step approach, it is one step too many. Step one of the predominant framework is broadly consistent with Heller, which demands a test rooted in the Second Amendment’s text, as informed by history. But Heller and McDonald do not support applying means-end scrutiny in the Second Amendment context. Instead, the government must affirmatively prove that its firearms regulation is part of the historical tradition that delimits the outer bounds of the right to keep and bear arms”.*⁹²

Under the *Bruen* test, there is no possible way the government could “affirmatively prove” that imposing a lifetime ban on firearm possession for the mentally ill “is part of the historical tradition that delimits the outer bounds of the right to keep and bear arms”. No such tradition existed until the twentieth century. The Sixth Circuit noted as such in *Tyler*.⁹³

II. How courts and Congress impose lifetime federal firearm bans on the mentally ill

A. The “dangerousness” myth

On paper, the United States involuntarily commits individuals only when they pose a danger to themselves or others. American courts formulated the dangerousness standard as early as 1845,⁹⁴ and it merited a statutory blessing in 1964 when Congress enacted the Ervin Act.⁹⁵ Just two years later, the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit interpreted the Act to require consideration of less restrictive alternatives than mandatory hospitalization.⁹⁶ That holding later “opened the door to notions of outpatient civil commitment”.⁹⁷ The United States Supreme Court first appropriated the standard eleven years later in *O’Conner v. Donaldson*,⁹⁸ holding that a “State cannot constitutionally confine, without more, a non-dangerous individual who is capable of surviving safely in freedom by himself or with the help of willing and responsible family members or friends”.⁹⁹

To satisfy due process, dangerousness must be established by a “clear and

⁹² *Bruen*, 597 U. S. ___, (slip op., 10).

⁹³ See *supra* note 88 and accompanying text.

⁹⁴ See *Matter of Josiah Oakes*, 8 Law Rep. 123 (Mass. 1845).

⁹⁵ D. C. Code § 21-501-591 (Supp. V. 1966). The Ervin Act controlled involuntary commitments in the District of Columbia.

⁹⁶ *Lake v. Cameron*, 364 F. 2d 657, 660 (D.C. Cir. 1966) (“Deprivations of liberty solely because of dangers to the ill persons themselves should not go beyond what is necessary for their protection”).

⁹⁷ Substance Abuse and Mental Health Services Administration, *Civil Commitment and the Mental Health Care Continuum: Historical Trends and Principles for Law and Practice*, 4 (2019). Available at: <https://www.samhsa.gov/sites/default/files/civil-commitment-continuum-of-care.pdf> (last visited Apr. 19, 2022).

⁹⁸ *Kenneth Donaldson* was involuntarily committed to a Florida hospital for nearly 15 years because of his schizophrenia. He eventually sued in federal court and won. When the hospital appealed, the Supreme Court affirmed the verdict, reasoning that “there is no constitutional basis for confining such persons involuntarily if they are dangerous to no one and can live safely in freedom”. See *O’Conner v. Donaldson*, 422 U. S. 563, 575 (1975).

⁹⁹ *Id.*, 576.

convincing” standard — a standard less than that required in criminal proceedings.¹⁰⁰ However, “*determination of the precise burden equal or greater than the clear and convincing standard is a matter of state law*”.¹⁰¹ So the standard set by the Supreme Court is a floor, not a ceiling, and states can self-impose a greater burden.

All states reserve the right to civilly commit individuals upon a finding of dangerousness.¹⁰² However, “danger” is defined differently among the states. In most states, dangerousness means that the respondent poses physical harm to himself or to others.¹⁰³ However, several states allow mere predictions of future dangerousness to satisfy the standard.¹⁰⁴ Some of those states require that the possible future danger at least be imminent,¹⁰⁵ and some only require that the possible future danger be substantial.¹⁰⁶ Troublingly, others define dangerousness synonymously with mental illness.¹⁰⁷

There are two competing schools of thought regarding the dangerousness standard’s jurisprudential foundation. The dangerousness requirement is either “*rooted in the state’s police power to protect public safety*” or it is rooted in the state’s “*parens patriae power: to act in the person’s interest*”.¹⁰⁸ Regardless of which school is correct, proponents of both can concede that the then-new dangerousness standard intended to tighten commitment criteria. However, “*the statutes have had less impact than expected (and in some cases minimal effect) on overall rates of commitment and on the nature of committed populations*”.¹⁰⁹ Since that is the case, only one of three things can be true: (1) the majority of people involuntarily committed before the dangerousness standard was mandated

¹⁰⁰ *Addington v. Texas*, 441 U. S. 418 (1979) (holding that at least a clear and convincing standard is required to meet due process guarantees for involuntary commitments).

¹⁰¹ *Id.*, 433.

¹⁰² Of course, this presumes that *Bruen* permits some limitations on firearm possession by the mentally ill upon a showing of dangerousness. Whether this is the case exceeds the scope of this article. This article’s scope is narrower, arguing that (1) the dangerousness standard is applied too leniently and (2) it is unconstitutional for the *recovered* mentally ill to suffer a lifetime ban on firearm possession.

¹⁰³ John Parry, *Civil Mental Disability Law, Evidence and Testimony*, 476 (2010).

¹⁰⁴ *See, e.g.*, S. D. Codified Laws § 27A-1-1 (6) (2013) (“Danger to others, a reasonable expectation that the person will inflict serious physical injury upon another person in the near future, due to a severe mental illness, as evidenced by the person’s treatment history and the person’s recent acts or omissions which constitute a danger of serious physical injury for another individual”).

¹⁰⁵ *See, e.g.*, Georgia Code Annotated § 37-3-1 (9.1) (A) (i) (2012) (“Inpatient” means a person who is mentally ill and who presents a substantial risk of imminent harm to that person or others, as manifested by either recent overt acts or recent expressed threats of violence which present a probability of physical injury to that person or other persons”).

¹⁰⁶ *See, e.g.*, Utah Code Annotated § 62A-15-631 (10) (b) (2015) (“Because of the proposed patient’s mental illness the proposed patient poses a substantial danger”; *See also* Robert I. Simon, *The Myth of “Imminent” Violence in Psychiatry and the Law*, 75 University of Cincinnati Law Review 631, 632 (2006) (highlighting the “arbitrary time limits” ascribed by clinicians in assessing the imminence of dangerousness).)

¹⁰⁷ *See, e.g.*, Alabama Code § 22-52-10.4 (a) (ii) (2016) (“As a result of the mental illness the respondent poses a real and present threat of substantial harm to self and/or others”).

¹⁰⁸ *Supra* note 79, 5.

¹⁰⁹ Paul S. Appelbaum, *Almost a Revolution: Mental Health Law and the Limits of Change*, 40 (1994).

would likely have been committed even if the dangerousness standard existed, (2) the dangerousness standard does not adequately determine whether an individual is dangerous, or (3) the dangerousness standard, even if effective as applied, is frequently applied incorrectly.

Giving credence to the third option is that it remains relatively easy for the state to commit an individual to a mental institution. *“The person against whom the involuntary commitment proceedings have been instituted must fight against the unfettered power of the state to retain his or her freedom”*.¹¹⁰ In many cases, the person alleged to be mentally ill is not even offered an opportunity to litigate prior to their commitment.¹¹¹

That was Meme’s experience, a 61-year-old mother who spent her days helping others with disabilities.¹¹² After suffering from severe stress and anxiety, Meme’s daughter worried Meme suffered a psychotic break. Meme insisted that was not true. Regardless, Meme’s daughter called emergency services and the police demanded Meme go to the hospital. When Meme refused, the police injected her with a sedative and transported her to St. Joseph Hospital in Nashua, New Hampshire. After awaking, Meme demanded she be released. But because Meme’s daughter and an emergency room doctor filed a legal petition claiming that Meme was a danger to herself or others because of mental illness, the hospital refused to release Meme. Making matters worse, all psychiatric facilities in the state were full, so Meme could not be transported to a psychiatric facility and, therefore, *“Meme couldn’t get a hearing”* to argue that she should not be detained.¹¹³ In all, Meme spent *“20 days locked inside a wing of St. Joseph’s emergency department”* before securing a hearing to determine if she truly posed danger to herself or others.¹¹⁴ Her story is just one of many.¹¹⁵

Still, even when the opportunity to litigate pre-commitment arises, it is often a sham.¹¹⁶ *“The overwhelming number of cases involving mental disability law*

¹¹⁰ Hayden Carlos, Cameron Pontiff, Trick or Treatment? Confronting the Horrific Intersection of Race, Mental Health, Poverty, and Incarceration in Louisiana (2019), <https://www.americanbar.org/groups/litigation/committees/diversity-inclusion/articles/2019/summer2019-race-mental-health-poverty-incarceration-louisiana/> (last visited Apr. 19, 2022).

¹¹¹ See e.g., 2 N. J. S. A. 30:4-27.10 (f-h) (“The law permits temporary commitment prior to a hearing on the basis of probable cause that a person is in need of involuntary commitment”.); *In re Commitment of M.M.*, 894 A. 2d., 1158 (N. J. App. Div. 2006).

¹¹² Jason Moon, Woman Detained in Hospital for Weeks Joins Lawsuit Against New Hampshire, <https://www.npr.org/2019/10/22/771854639/woman-detained-in-hospital-for-weeks-joins-lawsuit-against-new-hampshire> (last visited Apr. 19, 2022).

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ See *Doe v. N. H. Department of Health and Human Services, Commissioner et al.*, No. 18-CV-1039-JD, D. N. H. May 4, 2020 (recounting four instances of patient boarding in New Hampshire resulting in involuntary commitment prior to a hearing).

¹¹⁶ See, e.g., Michael L. Perlin, John Douard, *“Equality, I Spoke That Word/As If a Wedding Vow”*: *Mental Disability Law and How We Treat Marginalized Persons*, 53 *New York Law School Law Review*, 9 (2008-2009); Michael L. Pervin, *“John Brown Went Off to War”*: *Considering Veterans’ Courts as Problem-Solving Courts*, 37 *Nova Law Review* 445, 445 (2013).

are 'litigated' in pitch darkness. Involuntary civil commitment cases are routinely disposed of in minutes behind closed courtroom doors".¹¹⁷ During the hearings, the psychiatrist, attorney, and judge work together to reach a desirable outcome,¹¹⁸ but the psychiatrist ultimately decides whether the respondent will be involuntarily committed.¹¹⁹

That judges and lawyers defer to psychiatric professionals makes sense on the surface. After all, the professionals are trained in psychiatric diagnosis and, presumably, have a grasp of mental health law. "But while that judicial deference to psychiatric testimony is understandable — and, elsewhere, appropriate — it is not deference that the Constitution demands here. The Second Amendment "is the very product of an interest balancing by the people" and it "surely elevates above all other interests the right of law-abiding, responsible citizens to use arms" for self-defense. It is this balance — struck by the traditions of the American people — that demands our unqualified deference".¹²⁰ Further, predicting future dangerousness "has long posed unique challenges to clinicians and many consider the field of risk assessment to continue to be largely unreliable".¹²¹ Psychiatric professionals even disagree as to what it means to be "dangerous".¹²² This is problematic, as "without clear statutory guidance on the definition of danger, many psychiatrists are necessarily forced to use discretion to rule in a manner consistent with his or her value system, as opposed to applying fact and law in a neutral manner".¹²³

Lawyers often find themselves ethically conflicted by the hearings. They feel obligated to advocate for their clients but are concerned that "if they fought commitment under these circumstances, they could obtain release for anyone, even for the dangerously mentally ill".¹²⁴ That fear leads many lawyers to "rarely take an adversary role to obtain release of their clients whom psychiatrists had recommended

¹¹⁷ Michael L. Perlin, *A Law of Healing*, 68 *University of Cincinnati Law Review* 407, 425 (2000).

¹¹⁸ "Despite their differing roles — psychiatrist, attorney or judge — all participants, less the respondent tend to cooperatively reach an outcome that they all agree is desirable". *Supra* note 99, 6.

¹¹⁹ *Ibid.* "Commitment courts function as extensions of the public mental health system dominated by the tradition of medical paternalism, with almost complete judicial deference to psychiatrists' discretionary recommendations".

¹²⁰ *Bruen*, 597 U. S. ___ (slip op., 17) (quoting *Heller*, 554 U. S., 635).

¹²¹ Sara Gordon, *The Danger Zone: How the Dangerousness Standard in Civil Commitment Proceedings Harms People with Serious Mental Illness*, 66 *Case Western Reserve Law Review* 657, 672 (2016); See also Michael A. Noriko, Madelon V. Baranoski, *The Prediction of Violence: Detection of Dangerousness*, 8 *Brief Treatment & Crisis Intervention* 73, 80 (2008); Mairead Dolan, Michael Doyle, *Violence Risk Prediction*, 177 *British Journal of Psychiatry* 303, 303 (2000).

¹²² Gordon, *supra* note 123, 673. "One study found that some psychiatrists interpreted a dangerousness standard to require that a patient pose an immediate, clear, or imminent danger to self or others, while others thought the statute required that the patient's condition present a probable, possible, or potential danger. Others thought emergency hospitalization was permitted only for homicidal and suicidal patients, while some believed commitment was permissible when a patient exhibited self-destructive impulses".

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ Virginia Aldigé Hiday, *Are Lawyers Enemies of Psychiatrists? A Survey of Civil Commitment Counsel and Judges*, 140 *The American Journal of Psychiatry* 323, 326 (1983).

for commitment”.¹²⁵ Most shocking is that “only infrequently did they argue that the dangerousness criterion was not met”.¹²⁶

It goes without saying that it is unjust for a respondent, particularly one represented by counsel, to not have a true advocate in their corner. That many lawyers are uncomfortable arguing that their client is not dangerous — for fear that he might be — is firm evidence of the social stigma that detracts the mentally ill daily. Further, it violates fundamental canons of legal advocacy.¹²⁷ Imagine if defense attorneys representing criminal defendants refrained from arguing that the expert testimony offered by the prosecuting authority is questionable, for fear that their client’s release could endanger society. “Assumed dangerousness is a far cry from actual dangerousness”.¹²⁸ Even more egregious is that a finding of dangerousness is what authorizes the involuntary commitment and STRIPS the respondent of several civil rights, the right to bear arms being just one.

The dangerousness standard is rarely, if ever, applied properly. The reason is multi-faceted. Judges lack the time to critically consider all facts in a civil commitment hearing¹²⁹ and the confidence to reject professional psychiatric opinion.¹³⁰ Lawyers likewise lack the confidence to reject professional psychiatric opinion, even when failure to do so is certain to adversely affect client interests.¹³¹ In effect, all legal professionals within the courtroom resign themselves to the opinion of the lone psychiatrist.¹³² The courts have become “rubber stamps of psychiatrists’ testimony”.¹³³ The dangerousness standard is a myth; dangerousness is whatever a psychiatrist says it is. To serve its original goal of safeguarding society from those who are almost certain to cause it harm, a fundamental reimagining of dangerousness as applied in practice is required. In the meantime, judges’ deferment to psychiatric testimony can be leveraged if psychiatric professionals realign their definition of dangerousness. This may be the best way to prevent unnecessary civil commitments under the *status quo*.

Although the dangerousness standard is applied poorly in practice and is

¹²⁵ *Ibid.* The lawyers “almost never challenged the medical affidavit or argued that the respondent was not mentally ill”.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ “A lawyer shall act with reasonable diligence and promptness in representing a client”. Model Rules of Prof’l Conduct R. 1.3. *See also* Model Rules of Prof’l Conduct R. 3.1.

¹²⁸ Anemo Hartocollis, Mental Health Issues Put 34,500 on New York’s No-Guns List, (2014), <https://www.nytimes.com/2014/10/19/nyregion/mental-reports-put-34500-on-new-yorks-no-guns-list.html> (last visited Apr. 19, 2022).

¹²⁹ Gordon, *supra* note 123, 678 (“Civil commitment proceedings may not be given priority by judges with busy caseloads, who may therefore lack an incentive to carefully scrutinize psychiatrists’ recommendations”).

¹³⁰ *Ibid.* “Most judges have little training in mental health law or psychiatric diagnosis, so this deference to psychiatric forensic testimony in civil commitment proceedings is not surprising”.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Ibid.* “Studies suggest that there is a high correlation between psychiatrist’s recommendations and judges’ decisions in civil commitment proceedings, often as high as 90%”.

¹³³ *Ibid.*

not indicative of true danger to self or others, the *legal* standard — properly understood — is both vital and presumptively constitutional.¹³⁴ Unfortunately, misuse of the dangerousness standard has only contributed to and affirmed social stigma of the mentally ill. Requisite to alleviating that stigma is recognizing that previously involuntarily committed people are not threats to society *en masse*, as the Third and Ninth Circuits are wrongly convinced the law demands. By refusing to recognize the recoverability of these individuals, let alone their dignity, the Third and Ninth Circuits undermine ordered liberty and act without constitutional authority. The same argument holds true for felons who no longer pose a risk to society.¹³⁵

During the founding era, even felons were not stripped of the right to bear arms “*simply because of their status as felons*”, but because of demonstrable danger.¹³⁶ In her dissent in *Kanter v. Barr*, Judge, now-Justice, Amy Coney Barrett went as far to say that legislatures *only* have authority to prohibit “*people who are dangerous*” from possessing guns.¹³⁷ Likewise, the mentally ill were not stripped of the right to bear arms simply because of their status as mentally ill (recovered or otherwise). Only those who were truly and provably dangerous could suffer disability of the right. Although in the minority on the Seventh Circuit in 2019, Justice Barrett’s position, inspired by a Scalian originalism,¹³⁸ could reflect the majority of the Supreme Court in 2022 and beyond.

In short, the Second Amendment recognizes an intrinsic individual right to bear arms for the purpose of self-defence. That right is subject to limitations rooted in a key finding of dangerousness. The mentally ill and violent felons were traditionally dubbed dangerous. That list now includes the mentally ill and all felons (both violent and nonviolent). But the list should include *only* dangerous mentally ill persons and violent felons. To solve the problem, courts must properly apply the dangerousness standard during civil commitment hearings. However, because of the extreme deference currently (and wrongly) granted to psychiatric professionals in civil commitment

¹³⁴ *Supra* note 104.

¹³⁵ See Catherine Dowie, *Impact of Involuntary Commitments and Mental Illness on Second Amendment Rights*, 13 *Journal of Health & Biomedical Law* 275, 284 (2018); See also Tyler, 847 F.3d. at 708 (Sutton, J., concurring) (“This on/off switch for Second Amendment rights is not limited to the context of mental illness; convicted felons, even non-violent offenders, at best have limited options to demonstrate rehabilitation and restore their rights to own firearms for lawful purposes. Felons in all states do, however, have the ability under federal law to re-establish their Second Amendment rights, unlike Tyler and other individuals who have had their rights denied on the basis of mental illness”).

¹³⁶ *Kanter v. Barr*, 919 F. 3d. 437, 451 (7th Cir. 2019).

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ See generally Michael D. Ramsey, *Beyond the Text: Justice Scalia’s Originalism in Practice*, 92 *North Dakota Law Review*, 1945 (2017). *But see* Vermeule, *supra* note 63, 22-23, noting that “Originalism lacks the internal theoretical resources required even to identify meaning without normative argument at the point of application, most obviously and explicitly in hard cases, but necessarily in all cases”, and that Originalists wrongly assert that “the law can be identified independent of morality”.

hearings, there must first be a reform from without, rather than within, the legal system. The APA must take a hard stance and encourage all psychiatric professionals to define dangerousness in accord with the legal definition's intent — *actual dangerousness*. A solution for non-violent felons is beyond the scope of this Article.¹³⁹ Not all mentally ill persons are dangerous. It is time for the law to move past stigma and properly apply the dangerousness standard. To do so is in accord with the classical legal tradition and fosters juridical reasoning that promotes the common good.¹⁴⁰

B. The problem with Congress

Even if the judiciary addresses the injustice of conducting involuntary commitment proceedings without a true neutral party on the bench and without a zealous legal advocate for the respondent, it safeguards only the allegedly mentally ill and does not absolve people who were previously involuntarily committed. In other words, it addresses the issue at the front-end but not the back-end. For those previously committed under a loosely applied dangerousness standard, Congress is the only answer.

As discussed previously, Congress enacted 18 U. S. C. § 925 (c) which, in part, provided a statutory framework for relief from disability of the right to bear arms. The section grants the Attorney General authority to review petitions for relief. However, the Attorney General delegated that authority to the ATF¹⁴¹ and, as that delegation remains in effect, the Attorney General lacks authority and duty to act upon applications for restoration of firearm rights.¹⁴² Congress promptly directed the ATF not to investigate or act upon petitions for relief filed under the statute, rendering it useless. Consequently, the federal firearm disability relief program is nominal only.

Making matters worse, the ATF's refusal to process petitions for relief, per Congressional order, are not subject to judicial review. "*Inaction by the ATF does not amount to a 'denial' within the meaning of § 925 (c). An actual decision by ATF on an application is a prerequisite for judicial review*".¹⁴³ The courts cannot solve this problem, nor can the ATF.¹⁴⁴ Only Congress can address the matter.

Likewise, only Congress can bless rights restorers with federal reciprocity

¹³⁹ See generally Tara Adkins McGuire, *Disarmed, Disenfranchised, and Disadvantaged: The Individualized Assessment Approach as an Alternative to Kentucky's Felon Firearm Disability and Other Arbitrary Collateral Sanctions Against the Non-Violent Felon Class*, 53 University of Louisville Law Review 89, 89 (2014).

¹⁴⁰ See generally, Vermeule, *supra* note 63.

¹⁴¹ See 28 C. F. R. § 0.130 (a) (1); 27 C. F. R. § 478.144 (b) ("an application for such relief shall be filed with the Director of ATF").

¹⁴² *Black v. Snow*, 272 F. Supp. 2d., 21 (D. D. C. 2003), affirmed *Black v. Ashcroft*, 110 Fed. Appx., 130 (D. C. Cir. 2004).

¹⁴³ *United States v. Bean*, 537 U. S. 71, 75 (2002).

¹⁴⁴ The ATF's annual appropriation still prohibits expending funds to investigate or act upon applications for relief from federal firearms disabilities. See ATF, *Is There a Way for a Prohibited Person to Restore Their Right to Receive or Possess Firearms and Ammunition?* (2019), <https://www.atf.gov/firearms/qa/there-way-prohibited-person-restore-their-right-receive-or-possess-firearms-and> (last visited Apr. 20, 2022).

from relief granted at the state level. In 2007, Congress provided an avenue to secure its blessing in the NICS Improvement Amendments Act (NICA).¹⁴⁵ In relevant part, the Act granted reciprocity of state relief of firearm disabilities to the mentally ill if the state program met certain requirements. Among those requirements are providing provisions for (1) application for relief from the federal prohibition, (2) *de novo* judicial review of denials, and (3) mandated updates to state and federal records by removing the person's name from federal firearms prohibition databases if relief is granted.¹⁴⁶

The Act did much good, such as boosting the NICS Index from recording barely 400,000 state-submitted mental health records in 2008 to over 7.3 million in December 2016.¹⁴⁷ But the Act's attempt to address reciprocity had very little practical impact. *Tyler, Beers, and Mai*, all decided after the Act's passage, belie any conclusion to the contrary. Numerous states to date still lack restoration of federal disability programs, and several other state programs fail to satisfy federal demands.¹⁴⁸ The inconsistency contributes to bizarre legal outcomes.

Perhaps the most bizarre is *Keyes v. Lynch*, where two Pennsylvania men – both state employees required to carry firearms for work – whom had been previously involuntarily committed sought relief from their firearm disabilities.¹⁴⁹ They were granted relief under Pennsylvania state law, but because Pennsylvania's firearm rights restoration program failed to meet federal demands, the federal district court determined that their federal firearm disabilities remained. However, both men reserved the right to possess firearms in their official capacities as law enforcement officers under an exception found in 18 U. S. C. § 925 (a) (1). Nonetheless, because Pennsylvania did not have a federally approved rights restoration program, the men remain prohibited from possessing firearms as private citizens. The conclusion defies reason, but only Congress has the authority to fix it.

III. How to guarantee (and restore) the right to bear arms to the recovered mentally ill

Seeking federal relief from firearm disabilities is a privilege granted only to a few. The problem is two-pronged, and to begin to fix it requires

¹⁴⁵ 121 S. 2559, Pub. L. 110-180 (codified as 18 U. S. C. § 921, 922, 924, and 925 and 42 U. S. C. § 14601 and 3755).

¹⁴⁶ Bureau of Alcohol, Tobacco, Firearms, and Explosives: Certification of Qualifying State Relief from Disabilities Program (2016), <https://www.atf.gov/file/11731/download> (last visited Apr. 20, 2022).

¹⁴⁷ Liza H. Hold, Donna Vanderpool, *Legal Regulation of Restoration of Firearms Rights After Mental Health Prohibition*, 46 *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* 298, 298 (2018). Available at: <http://jaapl.org/content/jaapl/46/3/298.full.pdf> (last visited May 25, 2022).

¹⁴⁸ See Margaret Colgate Love, 50-State Comparison: Loss & Restoration of Civil/Firearms Rights (2021), <https://ccresourcecenter.org/state-restoration-profiles/chart-1-loss-and-restoration-of-civil-rights-and-firearms-privileges/> (last visited Apr. 19, 2022).

¹⁴⁹ See 195 F. Supp. 3d., 702 (2017).

successfully implementing two independent solutions. First, the APA must take a stand against broadly defined dangerousness and encourage psychiatrists to consider dangerousness narrowly when serving as an expert witness during a civil commitment hearing.¹⁵⁰ Second, Congress must either appropriate funding for the ATF to investigate and act upon petitions for federal relief from firearm disabilities *or* lax the requirements imposed upon the states so that states opting to implement a rights restoration program can easily satisfy federal demands, alleviating the problem of reciprocity.

A. The American Psychological Association must take a stand

An incredible amount of information about involuntary commitments to psychiatric facilities in the USA remains unknown to the public.¹⁵¹ In fact, the most comprehensive, recent data available was compiled in 2014 — nearly a decade ago. That data shows that 591,402 emergency involuntary commitments were recorded in 2014 alone.¹⁵² However, recent “*estimates suggest more than one million involuntary psychiatric detentions take place each year in the United States*”.¹⁵³

Negligently broad application of the dangerousness standard contributes to countless unjustified civil commitments. To mend that social ill, the courts must exercise prudent judicial restraint. Reducing the number of civil commitments predicated on a finding of dangerousness will naturally reduce the raw number of civil commitments. That is a good thing to ensure the mentally ill have adequate legal protection of their individual liberties, as less will have been declared dangerous.

Granted, establishing a clear standard for dangerousness is a difficult task. Consider how many factors must be considered in such a finding: the degree of harm the respondent can cause and whether that harm afflicts person or property; if to persons, whether physical or mental; the likelihood that the respondent will actually commit harm, and the frequency of it; and how imminent the threat of harm to self or others is. Drawing an accurate conclusion on all of these factors requires much more than a nominal twenty-minute hearing and the counsel of a reluctant legal advocate. It is tempting to recommend courts properly apply the dangerousness standard as intended. However, that is the status quo, and it has not worked.¹⁵⁴ The courts need

¹⁵⁰ The preferred solution is for the courts to recognize that broad dangerousness fails to satisfy constitutional muster, but decades of inaction require an alternative. *See infra* note, 158.

¹⁵¹ Nathaniel Morris, Detention Without Data: Public Tracking of Civil Commitment, <https://ps.psychiatryonline.org/doi/10.1176/appi.ps.202000212> (last visited Apr. 20, 2022).

¹⁵² Gi Lee, David Cohen, Incidences of Involuntary Psychiatric Detentions in 25 U.S. States, <https://ps.psychiatryonline.org/doi/10.1176/appi.ps.201900477> (last visited Apr. 20, 2022).

¹⁵³ Nathaniel Morris, We Need to Rethink Involuntary Hospitalization During This Pandemic, <https://blogs.scientificamerican.com/observations/we-need-to-rethink-involuntary-hospitalization-during-this-pandemic/> (last visited Apr. 20, 2022).

¹⁵⁴ Scholars have called for the courts to self-rectify the dangerousness standard for at least 43 years. *See* U. S. Department of Health, Education, and Welfare: Center for Studies of Crime and Delinquency, *Dangerous Behavior: A Problem in Law and Mental Health*, 55 (1978) (“It is hoped

convincing to change the standard, and, as of now, civil commitment courts nearly always heed the advice of psychiatric professionals.

It is tempting to recommend courts properly apply the dangerousness standard as intended. However, that is the status quo, and it has not worked.¹⁵⁵ The courts need convincing to change the standard, and, as of now, civil commitment courts nearly always heed the advice of psychiatric professionals.

It is time for the American Psychological Association to take a hard stand on the dangerousness standard. Classifying virtually all involuntarily committed individuals as legally dangerous affirms the already averse public perception of the mentally ill, only fueling the rampant stigma the APA seeks to dilute. Instead, the APA should strive to reduce commitments based upon a finding of dangerousness. This will make a huge difference because psychiatric professionals will generally heed the APA's counsel. Moreover, it seems unlikely the APA will stray away from a challenge for a noble purpose such as this one, considering it has openly opposed the civil commitment of convicted sex offenders in the past.¹⁵⁶

To that end, the APA should include 'returning to a narrow dangerousness standard in civil commitment courts' among its 2023 Advocacy Priorities.¹⁵⁷ The APA could also include weekly updates on its progress in the APA Advocacy Washington Update newsletter, a publication centred on passing psychology-informed federal policy and legislation.

If the APA makes this move, it may encourage the National Alliance on Mental Illness to favour a narrow definition for dangerousness. The Alliance seeks to "*diminish the need for involuntary commitment*" but, oddly, urges courts to define dangerousness "*more broadly*".¹⁵⁸ The two goals are contradictory. Instead, both the Alliance and the APA should advocate for an appropriate, narrow definition of dangerousness — actual danger.

Psychiatric professionals informed by the APA and the Alliance will likely follow suit, carrying with them to civil commitment hearings, where their expert opinion is heavily weighed, a predisposition to define dangerousness

that the courts and legislatures will respond with more carefully articulated definitions in order to further limit the subjectivity and judicial discretion that has characterized this area of the law".).

¹⁵⁵ Scholars have called for the courts to self-rectify the dangerousness standard for at least 43 years. See U. S. Department of Health, Education, and Welfare: Center for Studies of Crime and Delinquency, *Dangerous Behavior: A Problem in Law and Mental Health*, 55 (1978) ("It is hoped that the courts and legislatures will respond with more carefully articulated definitions in order to further limit the subjectivity and judicial discretion that has characterized this area of the law".).

¹⁵⁶ See generally American Psychiatric Association, *Dangerous Sex Offenders: A Task Force Report of the American Psychiatric Association* (1999).

¹⁵⁷ American Psychiatric Association, *Advocacy Priorities for 2022* (2022), https://www.apaservices.org/advocacy/advocacy-priorities.pdf?_ga=2.81744798.869477837.1614743845-1539972877.1614743845 (last visited May 12, 2022).

¹⁵⁸ The National Alliance on Mental Health, *Public Policy Platform of The National Alliance on Mental Health*, 63-64 (12th ed. 2016).

narrowly. In turn, the likelihood that a person will be civilly committed upon a finding of dangerousness should reduce. That is the most practical solution in the interim while waiting for the courts to independently adopt a narrow dangerousness definition (or for the entire regime to be found unconstitutional in light of *Bruen*). This small step will greatly reduce the raw number of people who suffer federal firearm disabilities.

B. Congressional problems require congressional solutions

Although, even if the APA takes a stand, it will not benefit the millions of Americans who have already been involuntarily committed at some point in their lives. Congress must take action to provide a federally approved process to remove their firearm disabilities. Considering *McDonald's* holding, which recognized that the Second Amendment right to bear arms encompasses an individual right to self-defence that is fundamental to our scheme of ordered liberty, it is shocking that there is not a workable mechanism to restore firearm rights.

The Second Amendment benefits from having no provision that limits its qualifications to the individual states. This is in stark contrast to voting rights. The Constitution provides that state, not federal, law determine qualifications for voting in federal elections.¹⁵⁹ However, the Constitution does not mandate Congress to pass the buck to the states on the issue of firearm rights restoration. Congress has sole authority to fix the problem it has created. Even the Ninth Circuit noted as such.¹⁶⁰

Congress must appropriate funding to the ATF to investigate and act upon petitions for federal relief or recognize relief granted at the state level. Arguably, Congress has a duty to do the former, as the Constitution does not delegate that authority to the States discretion. It is, of course, lawful for Congress to determine that delegation to the States is appropriate, so the latter is a plausible solution but is less advantageous because numerous people previously involuntarily committed will still suffer a lifetime disability if their state of residence refuses to adopt a rights restoration program.

Implementing the former is also easier for Congress, as a rights restoration framework is already on the books.¹⁶¹ Congress need not dedicate time to drafting, editing, reviewing, debating, and voting on a statutory framework, as it would if Congress decided to fundamentally rework the NCFR to lax federal requirements for recognizing state firearm right restoration programs. Congress merely needs to appropriate funds to the ATF to implement a program it has already deemed appropriate. And to do so is right and just, as it is quite literally the only way all persons previously involuntarily

¹⁵⁹ U. S. Constitution, Article I, § 2, cl. 1; XVII Amendment; Article II, § 1, cl. 2; Article I, § 4, cl. 1.

¹⁶⁰ “Unless Congress chooses in the future to fund the federal program, any application by Plaintiff for relief pursuant to § 925 (c) would be futile”. Mai, 1106 F. 3d., 1111 (noting *Bean*, 537 U. S., 76 held that “while funding is withheld, judicial review is also unavailable”).

¹⁶¹ 18 U. S. C., § 925 (c).

committed can be on equal footing in terms of securing relief from their disability.

Conclusion

The Second Amendment guarantees an individual right to bear arms for purposes of self-defence, and that right is fundamental.¹⁶² Historically, a person's right to bear arms was untouched when she was found to be mentally ill.¹⁶³ Even more, when other lesser rights were revoked for the person's well-being, they were promptly restored under the common law upon recovery.¹⁶⁴ Yet in 2022, Congress punishes a person who suffers a period of involuntary commitment at any point in their life and for any duration with a lifetime ban on firearm possession.¹⁶⁵ This violates the Republic's scheme of ordered liberty and undermines the common good.¹⁶⁶ Further, State courts' unwillingness to reconsider the dangerousness standard in light of modern findings related to mental illness grossly offends the fundamental rights of the previously involuntarily committed, as does Congress' continued refusal to appropriate funds to the ATF for the federal firearm rights restoration program. Even worse, Congress' reluctance to act is rooted in outdated and offensive stigmatization. As a consequence, innumerable Americans suffer an unconstitutional disability on their right to bear arms.

This problem's solution must be two-pronged. First, the APA must support a narrow definition of dangerousness to influence the psychiatrists who participate as expert witnesses in civil commitment hearings, greatly reduce the number of involuntary commitments based on a finding of dangerousness, and prevent countless respondents from suffering an effective lifetime prohibition on firearm possession. Second, Congress must appropriate funds for the ATF to act upon petitions for federal relief, finally progressing previously involuntarily committed people who seek to restore their right to bear arms out of juridical limbo. Without some combination of both, courts and Congress will continue to trample the fundamental right to bear arms of a historically ostracized class — the mentally ill.

¹⁶² *Heller*, 554 U. S., 595 (“There seems to us no doubt, on the basis of both text and history, that the Second Amendment conferred an individual right to keep and bear arms”.); *McDonald*, 561 U. S., 778 (“It is clear that the Framers and ratifiers of the Fourteenth Amendment counted the right to keep and bear arms among those fundamental rights necessary to our system of ordered liberty”.); *See Bruen*, 597 U. S. ___ (slip op., 62) (“The constitutional right to bear arms in public for self-defense is not a second-class right, subject to an entirely different body of rules than the other Bill of Rights guarantees” (quoting *McDonald*, 561 U. S., 780)).

¹⁶³ *Supra* notes 53 and 54.

¹⁶⁴ *See supra* pages 7-9.

¹⁶⁵ *See supra* note 1.

¹⁶⁶ *See supra* note 24.

*Sayyad Yusifli**

RETHINKING THE RELATIONSHIP BETWEEN SUBSIDIES AND DEVELOPING STATES

Abstract

Apart from being a substantial tool for improving a state's economy, subsidies are one of the most controversial issues covered by the World Trade Organization. Especially, the question whether subsidies can exist in extraterritorial forms has given rise to heated debates in the academia. Taking into account the influence of subsidies on competition and, in general, on economies, the importance of possible answers to this question becomes clearer. Additionally, the status of "developing states" is still unresolved. Being considered a "developing state" increases chances to apply subsidies. But under which conditions is a state considered a "developing state" is controversial. Therefore, clarifying the criteria for developing states is also important.

In this article, subsidies have been analyzed from legal and economic points of view - in particular, the effects of subsidies on developing states' economies have been discussed. After reviewing the definition and impact of subsidies, some flaws in the World Trade Organization's regulation and case-law of the Dispute Settlement Body have been studied, and proposals are given to remove these shortcomings.

Annotasiya

Subsidiyalar dövlət iqtisadiyyatını inkişaf etdirmək üçün əhəmiyyətli vasitələrdən biri olmaqla yanaşı, Ümumdünya Ticarət Təşkilatı tərəfindən əhatə olunan ən mübahisəli məsələlərdən biridir. Xüsusilə, subsidiyaların ekstraterritorial formalarda mövcud ola bilib-bilməyəcəyi sualı akademiya daxilində qızğın müzakirələrə səbəb olmuşdur. Subsidiyaların rəqabət və ümumilikdə, iqtisadiyyat üzərində təsirini nəzərə alsaq, bu suala mümkün cavabların əhəmiyyəti daha da aydın olur. Əlavə olaraq, "inkişaf etməkdə olan dövlətlər" in statusu hələ də həll edilməmiş olaraq qalır. "İnkişaf etməkdə olan dövlət" hesab olunmaq subsidiya tətbiq etmək imkanlarını artırır. Amma hansı şərtlər daxilində dövlətin "inkişaf etməkdə olan dövlət" hesab olunması mübahisəlidir. Ona görə də inkişaf etməkdə olan dövlətlər üçün kriteriyaların aydınlaşdırılması da vacibdir.

Bu məqalədə subsidiyalar hüquqi və iqtisadi aspektlərdən təhlil edilmişdir - xüsusən, subsidiyaların inkişaf etməkdə olan ölkələrin iqtisadiyyatına təsirləri müzakirə edilmişdir. Subsidiyaların anlayışı və təsirləri araşdırıldıqdan sonra isə Ümumdünya Ticarət Təşkilatının tənzimləməsində və Mübahisələrin Həlli Qurumunun məhkəmə təcrübəsində olan bəzi problemlər araşdırılaraq həmin çatışmazlıqları aradan qaldırmaq üçün təkliflər verilmişdir.

CONTENTS

Introduction	150
I. The definition and legal features of a subsidy	151
A. Definition and types of subsidies according to the ASCM	151
B. Exclusions concerning developing and least developed states	154

* 2nd year LL.M. student at Université Toulouse I Capitole, majoring in International Economic Law.

II. The impact of subsidies on developing states: economic analysis	155
A. What is a subsidy in economic terms?	155
B. The impact subsidies can have on welfare in a state.....	158
III. Problems that are not covered by the WTO law	159
A. The status of a developing state	159
B. The territorial scope	161
Conclusion	162

Introduction

A subsidy is a financial tool that is widely used by governments throughout the world and it aims to promote strategic sectors of industry or support important local producers. In other words, it creates a more favourable position for certain actors on the market that consequently helps to achieve public goals. However, subsidies often disrupt the competition and lead to repetitive market failures such as monopoly. On the national level, there is usually a specific legislative framework that regulates subsidies and might prevent negative impacts of them if such impacts occur. However, with ongoing globalization and expansion of international trade relations, the market system has become more complex and acquired new elements of different jurisdictions in order to unify global regulations. At the same time, the forms and methods of state subsidies have evolved. If traditionally subsidies were provided in more direct forms such as agriculture subsidies and more direct methods such as cash, in modern days they are more subtle. Today we see new forms such as healthcare subsidies, and new methods such as tax concessions.

In order to cover all of these forms and methods and to facilitate trade between states and prevent them from adopting protectionist policies, international regulation is needed. In this regard, the laws of the World Trade Organization (hence the WTO) constitute the primary source of law on the regulation of subsidization in international trade. Thus, the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (hence the ASCM) in conjunction with the General Agreement on Tariffs and Trade of 1994 (hence the GATT) sets out the most important provisions on this matter.

But these provisions do not solve all the problems related to subsidies: in the modern era of rapid technological development, the issue of subsidies acquired new edges. Companies carry out new innovative activities (such as related to renewable energy - concentrated solar power, wind turbines, etc.) for which some provisions adopted in the previous century might seem outdated. Moreover, the growth of some developing states' economies still partly or in full depends on state subsidies. It means that it is necessary to

establish the balance between the needs of the competitive market and the sensibility of emerging economies.

For the reasons mentioned above, this article's focus will be directed at the regulation of subsidies within the WTO system, their economic impact and flaws in regulation. In the first chapter, subsidies are analyzed from general point of view. Definitions and legal criteria to establish the existence of subsidies are given with references to relevant WTO provisions and case-law. Some exclusions for developing and least developed states are also studied. The second chapter is dedicated to economic features of subsidies and their potential impacts on states. The third and final chapter is about existing problems within the WTO system related to subsidies. Questions of the status of "developing states" and the extraterritorial scope are discussed and possible solutions are provided.

I. The definition and legal features of a subsidy

In general, a subsidy is understood as an incentive provided by governments in the form of financial aid or any other support to an economic sector to improve it. Although it is not exactly known where and when the first subsidy was provided, the history of subsidies goes back to the period before Industrial Revolution where mercantilist approaches were strong.¹ As the time passed by, new types and forms of subsidies emerged and spread all around the world.

Considering its general effect on economies and potential distortive effects on international trade, subsidies are regulated by a separate WTO agreement – the ASCM. In this paragraph and subparagraphs, subsidies are reviewed from the perspective of the ASCM.

A. Definition and types of subsidies according to the ASCM

In principle, a subsidy can be in any form – that is to say, direct cash flow, due tax payments that are not collected by the government, goods or services offered by the government and other mechanisms that cannot be exhausted. For that reason, rather than giving a definition of a subsidy, Article 1 of the ASCM lays down 3 criteria to determine whether there is a subsidy:²

- 1) there should be a financial contribution;
- 2) this financial contribution should be made by a government or a public body within the territory of a Member in question;
- 3) a benefit should be conferred.

In the most disputes, the first element is easy to determine since as already mentioned, there is an abundance of ways to provide financial aid or support. However, in some cases it is not that easy to determine whether there is a

¹ Ron Harris, *Government and the Economy, 1688-1850*, in the *Cambridge Economic History of Modern Britain*, 204 (Roderick Floud and Paul Johnson eds. 2004).

² WTO, *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures* (1995).

financial contribution. For example, in US – Softwood Lumber III case, the respondent strongly resisted to the argument that allowance by the government to cut trees amounted to the “supply” of a particular good and therefore the existence of a financial contribution.³ However, as already mentioned, it is usually easy to show there is a financial contribution.

The main difficulty is in establishing the presence of the second and third elements. This is because usually, it is not the government itself that provides the financial contribution. Governments tend to “hide” themselves behind different mechanisms to avoid contributing to the existence of a subsidy. They usually do this by using different public bodies (for example, a public organization that oversees the management of public roads, or a body created by law and regulates aviation) or even private channels⁴ where proving the participation of the government seems impossible. The key element to overcome this difficulty and prove there was a government intervention is to show that the public body or the private channel was under the control of the government or at least was influenced by it concerning private bodies. Another problem with the second element is about territorial scope. Traditional interpretation by the Dispute Settlement Body (hence the DSB) shows that the scope of the ASCM is limited to the territory of the Member States. However, China’s aggressive expansion in recent years casts a doubt on this interpretation.⁵ Whether extraterritorial application of the ASCM is possible will be analyzed in later parts of this article.

In sum, proving the existence of a subsidy depends on three criteria, two of which are financial contribution and a government or a public body (in some situations, a private body) as a provider. Only if these criteria are met, the DSB will examine whether the third element exists.

Regarding the third element, in order to prove there was a benefit conferred, most of the time we need a benchmark to compare between the financial contribution provided by a government and provided by a market.⁶ This method enables the DSB to conclude whether the government made a concession for the recipient. It is easier to show the benefit if the financial contribution is provided in the form of direct cash flow, but it takes some effort to establish the existence of the benefit when governments use more complex mechanisms. That is why the DSB usually carries out a market-based analysis to find out if there is a benefit. As the Panel pointed out, “it is

³ WTO, Report of the Panel, United States – Preliminary Determinations with respect to Certain Softwood Lumber from Canada (2002).

⁴ WTO, *supra* note 2, art. 1.1 (a) (1) (iv).

⁵ Being described as a “21st century silk road”, Belt and Road Initiative is a multibillion project implemented by China. For more information: What is China’s Belt and Road Initiative? (2018), <https://www.theguardian.com/cities/ng-interactive/2018/jul/30/what-china-belt-road-initiative-silk-road-explainer> (last visited May 23, 2022).

⁶ WTO, Report of the Appellate Body, European Communities and Certain member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, para. 5. 119 (2016). Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/316_abrw_e.pdf (last visited May 23, 2022).

preferable to derive a market benchmark on the basis of data pertaining to the borrowing entities' own market-based borrowing".⁷ By applying this method, it is made clear whether the government supported the recipient in a way that is more preferable than normal market conditions.

After establishing the existence of these three elements, we still need to show that the subsidy was specific within the meaning of Article 2 of the ASCM, otherwise, it is not subject to this Agreement. In other words, a subsidy should be specifically provided to one company, one industry or a group of companies or industries in order to be considered WTO-inconsistent.⁸ Regional specificity is also covered by the ASCM where a government targets a specific region of the country for subsidization.⁹

There are three types of subsidies under the ASCM:

- 1) prohibited subsidies;¹⁰
- 2) actionable subsidies;¹¹
- 3) non-actionable subsidies.¹²

Now each type of subsidy will be analysed separately.

Prohibited subsidies are covered by Article 3 of the ASCM. According to this Article, if subsidies are contingent upon export performance, or the use of domestic over imported goods, they are prohibited.¹³ Since export subsidies and subsidies induce the use of domestic goods (so-called "local content subsidies") have a direct distortive effect on international trade and since they are most likely against the interests of all Member States, the ASCM prohibits them all together and there is no need to show injury or serious prejudice, unlike actionable subsidies.

The second type of subsidy is actionable subsidies. These subsidies are not WTO-inconsistent *per se*, but subject to challenge only in the condition they cause adverse effects to the interests of other Members within the meaning of Article 5 of the ASCM.¹⁴

Finally, there are non-actionable subsidies covered by Article 8 of the ASCM.¹⁵ These subsidies were intended to support research activities, in disadvantaged regions and to promote the adaptation of some facilities.¹⁶ Since they were not contrary to the interests of Members and did not have any negative impact (or have a limited impact) on international trade, they were

⁷ *Id.*, para. 5. 114.

⁸ WTO, Subsidies and Countervailing Measures: Overview. Available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/scm_e/subs_e.htm (last visited May 23, 2022).

⁹ WTO, *supra* note 2, art. 2.2.

¹⁰ *Id.*, art. 3.

¹¹ *Id.*, part III.

¹² *Id.*, art. 8.

¹³ *Id.*, art. 3.

¹⁴ *Id.*, art. 5.

¹⁵ *Id.*, art. 8.2 (a), (b) and (c).

¹⁶ *Ibid.* Facilities which have been in operation for at least two years at the time when new environmental requirements are imposed.

allowed under the ASCM. However, none of the Member States resorted to non-actionable subsidies during its 5-year existence period. This type of subsidy elapsed at the end of 1999 and was not renewed by the WTO Committee on Subsidies and Countervailing Measures.¹⁷

B. Exclusions concerning developing and least developed states

After reviewing the types of subsidies, now it is time to analyse concessions in the WTO system regarding subsidies.

At the time of negotiating the ASCM, it was not an optimal solution to prohibit subsidies without a transitional period since it would be detrimental to some countries' economies. Because countries with less developed economies needed to support their economic actors at that time. Therefore, instead of excluding prohibited subsidies for all Member States suddenly, negotiators decided to include an article – Article 27 which allowed developing countries to use this type of subsidies for a limited time period.

According to Article 27.2 (a) of the ASCM, the prohibition of export subsidies does not apply to developing countries referred to in Annex VII of this Agreement.¹⁸ There are two types of developing countries referred to in Annex VII. The first category is the countries which are Members of the WTO and recognized by the United Nations as least-developed countries.¹⁹ There are currently 46 countries recognized as least-developed countries by the UN,²⁰ 35 of which have become WTO members to date (Afghanistan, Angola, Bangladesh and 32 more).²¹ The second category is the countries to which the prohibition will apply only when their Gross National Product (GNP) per capita reaches 1,000 US dollars per annum.²² According to Article 27.2 (b), the prohibition of export subsidies does not apply to other (than referred to in Annex VII) developing countries for a period of eight years from the date of entry into force of the WTO Agreement.²³

The ASCM is stricter concerning “local content subsidies” than export subsidies. This approach might be explained by the difference between possibilities of applying “local content subsidies” and export subsidies. There can be quite a lot of situations where export subsidies are needed, but fewer situations can force states to prefer and subsidize “local contents” over others. Therefore, if there is no phase-out period for least developed countries regarding export subsidies, according to Article 27.3 this period is eight years

¹⁷ WTO, *supra* note 8.

¹⁸ *Supra* note 2, art. 27.2.

¹⁹ *Id.*, Annex VII.

²⁰ United Nations, Committee for Development Policy, List of Least Developed Countries (2021), https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/publication/ldc_list.pdf (last visited Apr. 13, 2022).

²¹ WTO, Least-developed Countries, https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org7_e.htm (last visited Apr. 13, 2022).

²² *Supra* note 19, para. (b).

²³ *Id.*, art. 27.2 para. (b).

from the date of entry into force of the WTO Agreement regarding “local content subsidies”.²⁴ For other developing countries this period is five years.²⁵

There are specific provisions in the ASCM regulating the phasing-out process regarding export subsidies.²⁶ Although the phase-out period is 8 years, the Member States should eliminate export subsidies within a shorter period if these subsidies are no longer necessary for their development needs.²⁷ Contrary, if the Member States wish to continue using export subsidies after the 8-year phase-out period, they should consult with the WTO Committee on Subsidies and Countervailing Measures at least one year before the expiry of this period.²⁸ The Committee decides to grant or refuse the extension of the period.²⁹

It should be noted that this “right to export subsidy” is not definite and subject to challenge by the other Member States. According to Article 27.14 of the ASCM, if an interested Member State requests to review export subsidies applied by another Member State, the Committee will determine whether these subsidies respond to the development needs of the Member that applies them.³⁰

In conclusion, the WTO system allows least developed and some developing states even to use prohibited subsidies. However, this allowance is subject to supervision of the WTO. The ASCM sets out conditions for using prohibited subsidies and time-limits for phasing out.

II. The impact of subsidies on developing states: economic analysis

A. What is a subsidy in economic terms?

After analysing the meaning of subsidies in legal terms, now the importance of this practice in the economy of a state will be discussed.

When subsidies are provided for suppliers, the industry will allow producers to produce more goods and services, which increases the supply of that product and thus the quantity demanded. Therefore, the price becomes lower. It can be said that when the government subsidizes the supplier, this results in a win-win situation for the consumer and the supplier: the latter benefits from the operation as if the goods were sold at a higher price, and he is capable of producing more and the former benefits from the product at a relatively lower price.

In order to better comprehend subsidies on the economic level, the classic

²⁴ *Id.*, art. 27.3.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Id.*, art. 27.4-27.7.

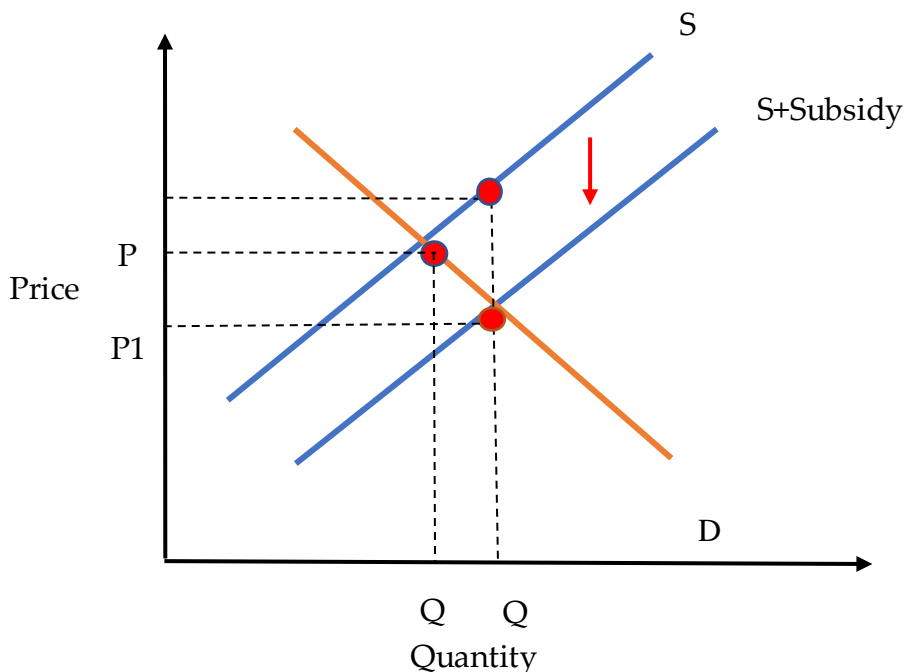
²⁷ *Id.*, art. 27.4.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Id.*, art. 27.14.

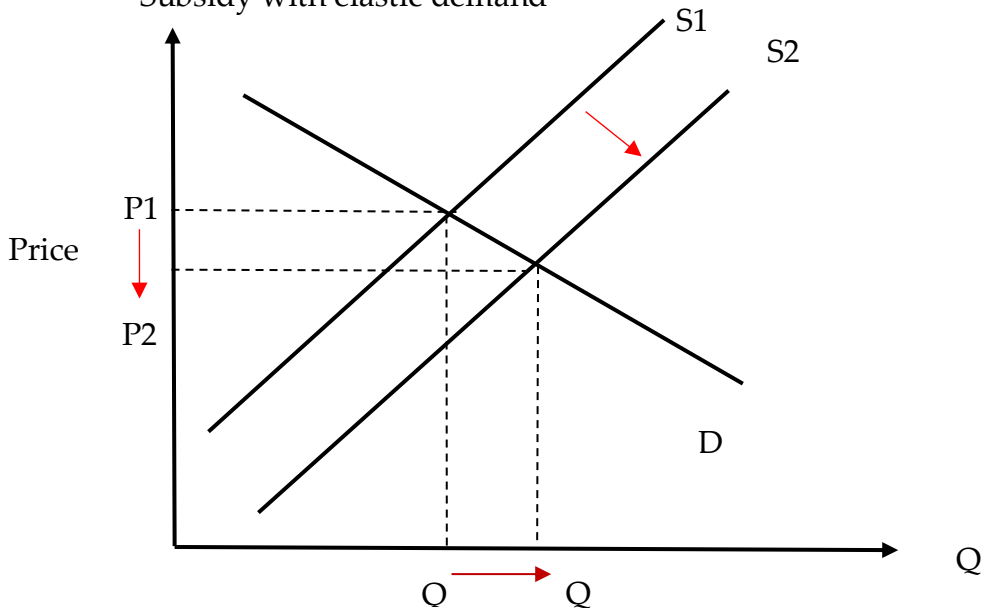
diagram of supply and demand can be helpful. The subsidy will shift the supply curve downwards, the new supply curve being parallel to the old one (see Annex 1), because subsidies decrease the price of supply. This results in an overall reduction in price and an increase in output.

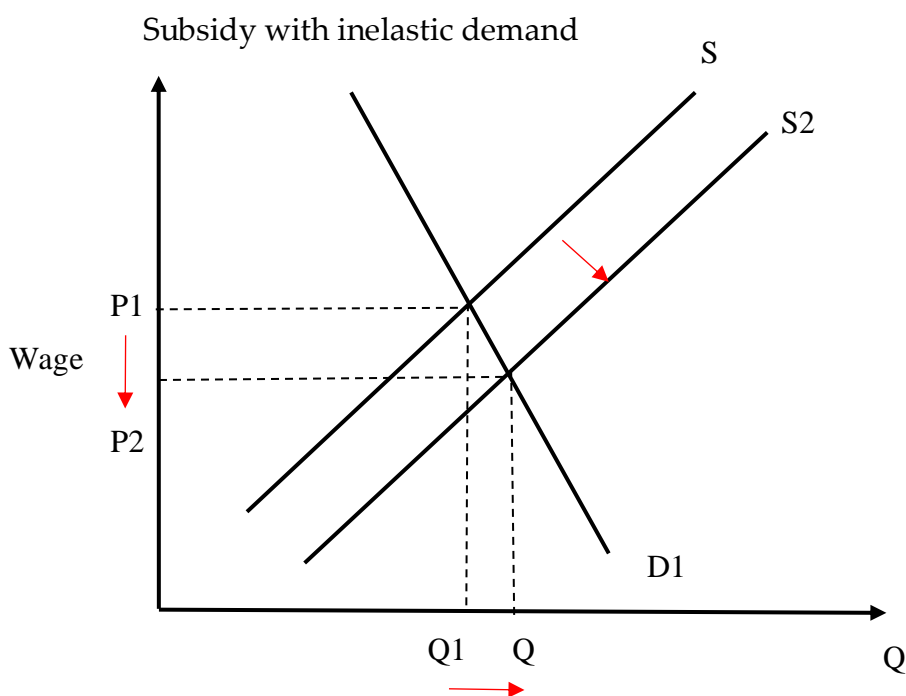


Annex 1

Now depending on how much the demand is elastic (varies drastically with the variation of price), the subsidy would have different impacts (see Annex 2). When the demand is elastic, the subsidy will cause a bigger percentage rise in demand. Thus, there will be a smaller fall in price. Therefore, producers benefit from the subsidy since their producer surplus increases more than the consumer surplus. On the contrary, when the demand is inelastic, the subsidy will cause an important fall in price and demand will only slightly increase.

Subsidy with elastic demand

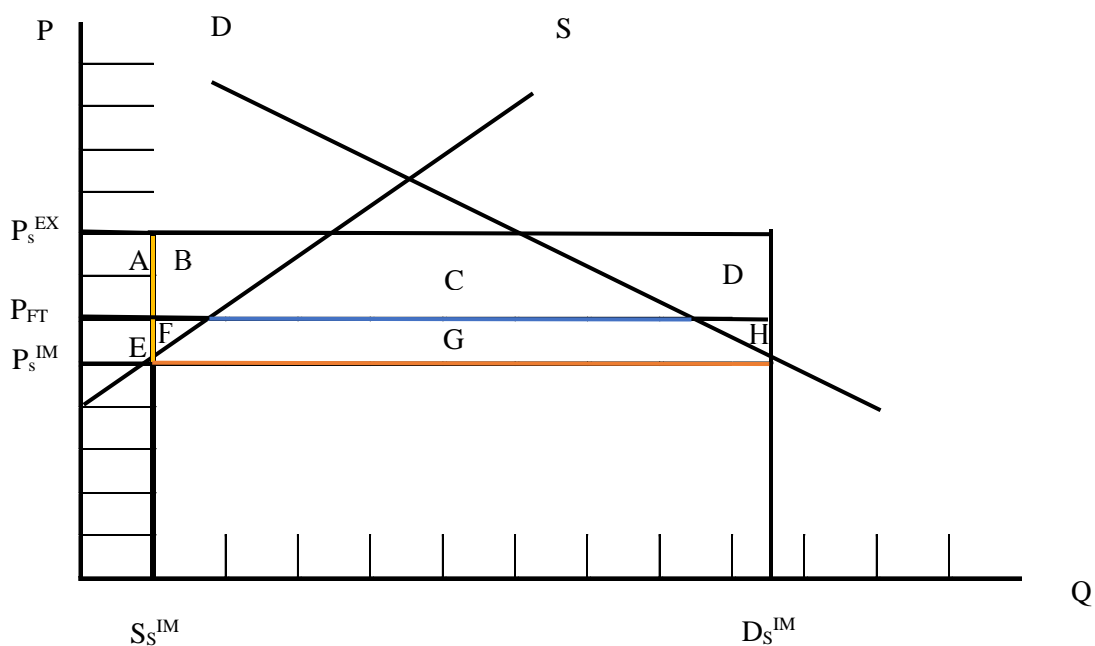


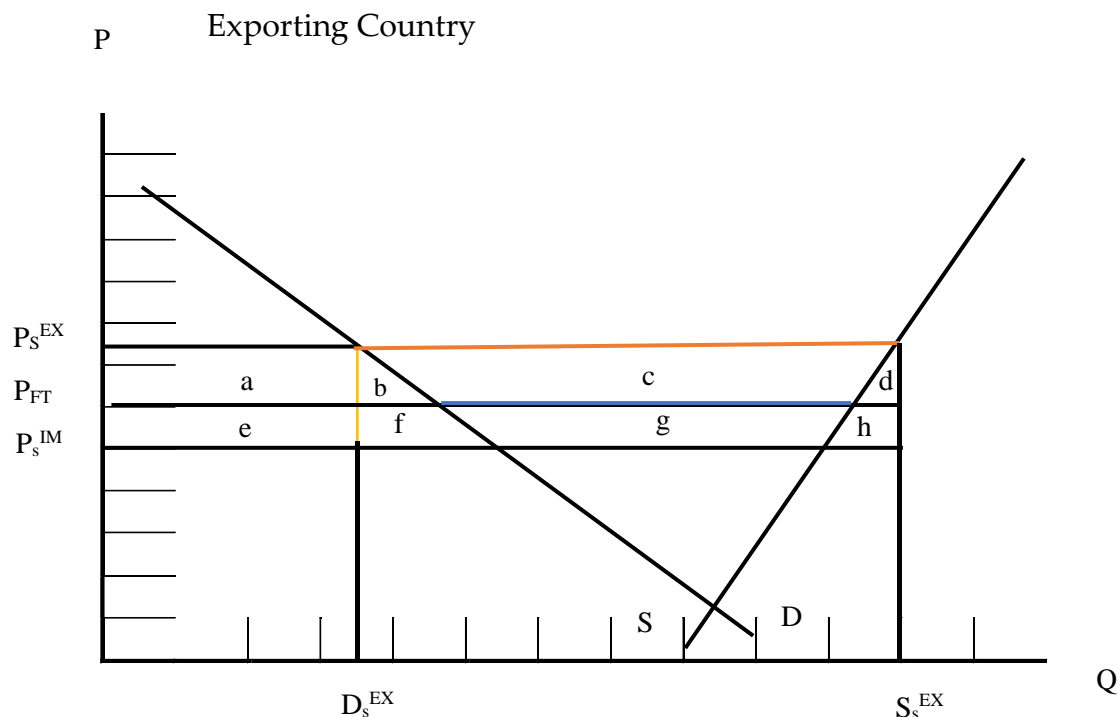


Annex 2

Annex 3 can help to study export subsidies in specific. Supposing that there are two trading countries, one being an importer and the other an exporter, as it can be seen in the graph in Annex 3, when the exporter country implements an export subsidy, the price of the good on the domestic market will increase and the price of the same good on the importer's market will decrease.

Importing Country





Annex 3

Explaining this phenomenon from a strict economic point of view is important to understand the mechanism of subsidies before studying their effect on the welfare of a state. Economically speaking, subsidies are beneficial for both suppliers and consumers within a state since they increase production and decrease prices. Therefore, subsidies are inextricably linked to wellness of states' economies.

B. The impact subsidies can have on welfare in a state

It is true that subsidization can lead to prices that reflect neither true resource scarcity nor the costs of consumption or production, however some states may recourse to this practice in order to develop their production.

The effect of subsidies in developed countries is known to have more adverse effect offshore. For example, Mozambique is known to be one of the more efficient sugar producers in the world in terms of unit cost and climatic conditions, whereas the European Union (hereinafter the EU) is one of the highest-cost producers.³¹ However, because of subsidies, the EU is one of the largest producers (the third as of 2019)³² of sugar in the world, and it influences sugar prices. Thus, subsidies in Europe would negatively affect trade outside its borders because other sugar producers would have to compete with subsidized products.

³¹ International Sugar Organization, The Sugar Market, <https://www.isosugar.org/sugarsector/sugar> (last visited May 26, 2022).

³² *Ibid.*

Article 27, as seen earlier in the article, provides an exception to the prohibition of export subsidies for certain developing countries.³³ It can be seen from the example of sugar production in Mozambique that allowing such a state to subsidize its exports can be beneficial for its trade. Export subsidies will increase the number of exports, and therefore the sugar produced in Mozambique can reach the international market more easily.

The agents that directly benefit from this practice are producers. As it is previously mentioned, export subsidies increase the price of the good in the exporter's market. This increase raises the producer's surplus in the industry. Apart from the increase in profit, and output, the subsidy leads to an increase in employment since it allows producers to produce more and thus recruit more.

To know the aggregate welfare effect of a country, calculation of the gains and losses to consumers, producers and the government is needed. Since consumers (because a subsidy can ultimately lead to very high demand and thus an increase in prices) and government (because it pays for a subsidy) will have more losses than gains, the subsidy results in a reduction in national welfare for the exporting country.

However, since this type of subsidy benefits the producers of the developing country, the exception given by Article 27 of the ASCM can be understood as it means for these countries to temporarily make use of this practice to develop production.³⁴

Generally, subsidies improve economies in short term, but they are detrimental to the improvement in long term. Therefore, it is in the Member States' best interest to use them temporarily. Having said that, there are some problems in the WTO system related to this temporary usage of subsidies.

III. Problems that are not covered by the WTO law

A. The status of a developing state

For many years the WTO law system has been standing for the fair competition and liberalization of trade. As was stated above, subsidies are an important encouraging tool in many developing economies, however they can significantly disrupt the situation on the market. This topic becomes even more controversial when serious problems arise in the application of some provisions of the WTO agreements. When in 1995 the WTO members adopted the ASCM some of the issues did not cause any concern. However, with new century international trade faces new challenges. In this regard the following chapter will be dedicated to the flaws of the WTO regulations in the matter of subsidies and their potential solutions.

The first big issue that was discussed for a while now is the status of a

³³ *Supra* note 2, art. 27.

³⁴ *Ibid.*

developing state. It is important to note that the Dispute Settlement Understanding (hereinafter the DSU) singles out developing states as a special category of parties to the dispute.³⁵ The special status of these subjects of international trade relations was originally enshrined in the GATT 1947. Thus, Part IV “Trade and Development” outlines specific goals and priorities related to the needs and difficulties of less developed countries.³⁶ This emphasizes the need for action to ensure that the less developed contracting parties share in the growth of international trade, corresponding to the needs of their economic development. In this regard, it must be emphasized that the content of the concept of “developing state” is not enshrined in either the DSU or other agreements within the WTO. Clear criteria for classifying states as developing countries are also not presented. That is, members themselves determine their belonging to developing countries and, accordingly, notify the WTO of their status.³⁷ At the same time, other Member States are entitled to raise objections to this status.³⁸ Over two-thirds of WTO’s 164 member countries are considered as developing countries.³⁹

The status of a developing state allows the use of the Generalized System of Preferences (hence GSP), on the basis of which states receive preferential treatment unilaterally in relation to products produced by them (for example, zero or reduced duty rates). However, the mere declaration of a state that it is developing does not automatically entail the right to use the GSP.⁴⁰ In practice, the country who provides the preference chooses the developing countries that will use these preferences.⁴¹ It is easier with the status of least-developed states (such as Bangladesh, Chad, Haiti, etc.) which are listed by the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD).⁴²

In the context of subsidies such status brings certain benefits. For example, according to part VIII of the ASCM, a group of least-developed countries and low-income developing countries, whose GNP per capita is less than \$1.000 per annum can maintain such subsidies, pursuant to Annex VII of the ASCM.⁴³ Once these developing countries exceed the per capita GNP threshold, they will have to phase-out their export subsidies. The key issue in this dispute was whether these countries will have to phase-out their export subsidies immediately upon graduation or if they will get an eight-year phase-out period. The language of the phase-out period is less than clear. For

³⁵ WTO, Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes (1995).

³⁶ The General Agreement on Tariffs and Trade, Part IV (1947).

³⁷ Who are the developing countries in the WTO?, https://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/d1who_e.htm (last visited May 27, 2022).

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Understanding the WTO: Developing Countries, https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/dev1_e.htm (last visited May 27, 2022).

⁴⁰ WTO, *supra* note 37.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Supra* note 2, art. 27.2.

instance, Annex VII countries that may achieve export competitiveness in a product are entitled to an eight-year transition period to phase-out the export subsidies on such product under Article 27.5 of the ASCM.⁴⁴

It seems reasonable to provide more clear and strict conditions on this matter but keep in mind the importance sensible economics of the developing states. For example, the list of developing states could be negotiated among all member states similar to schedules of concessions. Since schedules of concessions are a part of the WTO agreement, they were discussed and adopted by all Member States. Similar approach could apply to the list of developing states.

B. The territorial scope

In order for state actions to be considered as a subsidy they should satisfy conditions listed in article 1 of the ASCM. This article is as following: "... a subsidy shall be deemed to exist if: there is a financial contribution by a government or any public body within the territory of a Member...".⁴⁵ The notion "within the territory of a Member" was traditionally understood as limiting the scope of the ASCM. So, the idea behind that was to address situations where a WTO Member is subsidizing the production or sale of its own goods.⁴⁶ The provision served its purpose well until the globalization and developed trade relations has changed the approach needed. Nowadays most of states conduct trading activities abroad or, at least, have strategic economic interests abroad. In this context it becomes crucial whether the phrase "within the territory" describes the public body or the location of the recipient of the financial contribution.

In 2020 the United States, the EU and Japan jointly issued a statement offering amendments to the existing subsidies system.⁴⁷ They outlined the necessity of extended list of prohibited subsidies, the reversal of the burden of proof in case of "excessively large subsidies", and tackling through litigation subsidies that contribute to overcapacity.⁴⁸ Such initiative appeared as a response to persistent policy of the Chinese government. Since 2013, China has been pushing for a new One Belt, One Road program, aiming to connect China with countries along the ancient Silk Road and a new Maritime Silk Road via infrastructure investment.⁴⁹ In conjunction with their general

⁴⁴ *Id.*, art. 27.5.

⁴⁵ *Id.*, art. 1.1 (a) (1).

⁴⁶ The World Trade Organization, Expert Group Meeting on Trade Financing – Note by the Secretariat, General Council Working Group on Trade, Debt and Finance, 5. WT/GC/W/527 (2004).

⁴⁷ The United States and the European Union, Joint Statement of the Trilateral Meeting of the Trade Ministers of Japan (2020), <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2020/january/joint-statement-trilateral-meeting-trade-ministers-japan-united-states-and-european-union> (last visited April 13, 2022).

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Supra* note 5.

“Go Out” policy it made a great deal in helping Chinese companies to be established abroad. As a result, Chinese state-owned banks such as China EXIM Bank, the Agricultural Development Bank of China, the Bank of China or SINOSURE have been providing financing in the forms of loans, export guarantees and export insurance to Chinese companies establishing themselves outside China.⁵⁰

These two issues should be addressed together since China still invokes its status of developing state. To provide more clarity to the term “within the territory of a Member” it is possible to apply the Vienna Convention on the Law of Treaties (hereinafter the VCLT).⁵¹ WTO Panels and the Appellate Body repeatedly applied articles 31 and 32 of the VCLT in their reports (for example, US – Gasoline,⁵² US – Shrimp I⁵³). Keeping in mind the general rule of interpretation it seems reasonable to conclude as follows. The term “within the territory of a Member” in Article 1.1 (a) (1) only refers to “a government or a public body” and does not concern the term “financial contribution”.⁵⁴ In other words, it does not indicate where the recipient of the financial contribution must be located. This is because the qualifier directly follows the term “a government or any public body” and because this term is not between commas. “This interpretation is further confirmed by the insertion immediately after the definition of “government” between brackets, which clarifies the term to mean “a government or any public body within the territory of a Member”.⁵⁵ Thus, although the ASCM does not include a specific definition of the “recipient” of a “benefit”, Article 1.1 (b) does not preclude from the definition of a subsidy, those subsidies that are given to benefit a recipient who is outside the territory of the subsidizing Member.⁵⁶

Conclusion

It is a reality that subsidies play a significant role in economic system of developing states. They are beneficial for producers and consumers (although not in long term). Additionally, some Member States need subsidies to maintain the proper functioning of their economies.

Different cultural and historical backgrounds surely cause some peculiarities in regulation of this matter on the national level. In the context of expanding international trade, it is necessary to harmonize the rules and provide the basis for the fair competition around the globe. The WTO system

⁵⁰ Victor Crochet and Vineet Hegde, *China’s ‘Going Global’ Policy: Transnational subsidies under the WTO SCM Agreement*, 23 *Journal of International Economic Law* 1, 6 (2020).

⁵¹ See generally Vienna Convention on the Law of Treaties (1969).

⁵² WTO, Report of the Panel, United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (1996).

⁵³ WTO, Report of the Panel, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (1998).

⁵⁴ Crochet and Hegde, *supra* note 50, 10.

⁵⁵ *Id.*, 11.

⁵⁶ *Id.*, 13.

contains crucial provisions in the ASCM and the GATT. These provisions create a framework in which the Member States apply subsidies and at the same time avoid disrupting the harmony of international trade. To ensure the balance between interests of international trade and strength of developing countries, the WTO system includes provisions that help to minimize the negative impact of the restricted subsidy regime. For example, there are extended transitional periods or special exclusions in the ASCM.

Nonetheless, evolved international relations and modernization of all economic activities raised several considerable issues that should be addressed. First, it is the status of a developing state. The right of self-proclamation might be abused and more strict rules on this matter will contribute to the fair competition. For example, this status can be discussed among all Member States and included in the WTO Agreements. Another issue is transnational subsidies that are initially were not covered by the ASCM but could be included in its scope using general rules of interpretation. Such measures could significantly improve the existing system.

*Aykhan Dadashov**

INTERPLAY BETWEEN THE FREEDOM OF RELIGION AND FREEDOM OF EXPRESSION IN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Abstract

In this article, the interaction between two crucial rights enshrined in the European Convention on Human Rights, namely freedom of religion and freedom of expression is analyzed. In that regard, firstly, the way of the European Court of Human Rights examines particular disputes over these two freedoms will be discussed. Moreover, the questions on how the exercise of one right may interfere with the enjoyment of another and whether the exercise of one right justifies limitations on another will be tried to be answered through the case-law of the European Court of Human Rights.

Annotasiya

Bu məqalədə “İnsan hüquqlarının və əsas azadlıqların müdafiəsi haqqında” Avropa Konvensiyasında əks olunan iki əsas hüquq – din azadlığı və ifadə azadlığı arasındakı qarşılıqlı əlaqəni təhlil edilir. Bununla əlaqədar, ilk növbədə, Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsinin bu iki hüquq üzrə konkret məhkəmə mübahisələrini həll etmə yollarından bəhs ediləcəkdir. Həmçinin, məqalədə Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsinin qərarları əsasında formallaşmış hüquqi mövqeyə uyğun olaraq qeyd olunan hüquqlardan birinin həyata keçirilməsinin digər hüququn həyata keçirilməsinə təsiri müzakirə ediləcək və bir hüquqdan istifadənin digər hüququn istifadəsinə məhdudiyətlər qoyulmasına haqq qazandırır-qazandırmaması kimi suallara cavab tapmağa çalışılacaqdır.

CONTENTS

Introduction	164
I. The way of examination by the European Court of Human Rights	166
II. Situations in which interplay between two rights emerges	168
A. When these two rights come into conflict.....	168
B. When a person employs his freedom of expression as a result of his freedom of religion	174
Conclusion	175

Introduction

Freedom of expression, as the European Court of Human Rights (hereinafter the Court) stated, is one of the important foundations of a democratic society. It is one of the conditions for the development

* 4th year LL.B. student at ADA University.

of everyone.¹ As it can be seen in Article 10 (1) of the European Convention on Human Rights (hereinafter Convention), this right involves not only the freedom to impart information and ideas but also the freedom to hold opinions and the freedom to receive information and ideas.² In terms of freedom to hold opinions, it enjoys absolute protection from interference, under Article 10 (2) of the Convention, by the States.³ The Court reiterated in its case-law that everyone has a right to receive information which is considered as a general interest.⁴ For this reason, the States which restrict the people's access to information, have to maintain strong justifications for its limitation.⁵ Lastly, everyone has the freedom to impart information and ideas which can be regarded as an important aspect of a democratic society, as well as of political life. This right under Article 10 (1) of the Convention enables people to disseminate their information and ideas freely.⁶ As in the right to receive information, this right also enjoys the protection from the States' interference. Actions or omissions by the States are subject to close examination by the Court. Moreover, Article 10 allows people to choose the form, in addition to the substance of the information and ideas, in which they want to deliver them.⁷ For that the expression is not limited with verbal forms, but also applies to non-verbal forms such as artistic work, display of symbols.⁸

On the other hand, "freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a "democratic society" within the meaning of the Convention".⁹ As the Court reiterated in different cases, freedom of religion forms the identity of believers and also of non-believers.¹⁰ It derives from this meaning that those who believe in a certain religion, as well as those who are atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned, enjoy the protection with Article 9 of the Convention.¹¹ In addition to having freedom of religion, people are protected to change, as well as to manifest their religion within the meaning of this provision. As stated in Article 9 of the Convention, everyone is entitled to manifest their religion, which is considered an integral part of this right,¹² personally or publicly by worshipping, teaching, practicing and

¹ Handyside v. The United Kingdom, ECHR No. 5493/72, § 49 (1976).

² The European Convention on Human Rights, art. 10 (1) (1950).

³ Steering Committee for Human Rights, Guide to Good and Promising Practices on the Way of Reconciling Freedom of Expression with Other Rights and Freedoms, in Particular in Culturally Diverse Societies, 8-11 (2019).

⁴ Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary, ECHR No. 18030/11, § 160-163 (2016); *See also* Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France, ECHR No. 40454/07, § 100-103 (2015).

⁵ Steering Committee for Human Rights, *supra* note 3, 8.

⁶ *Supra* note 2.

⁷ *Supra* note 3.

⁸ *Id.*, 11-13.

⁹ Kokkinakis v. Greece, ECHR No. 14307/88, § 31 (1993).

¹⁰ Lautsi and Others v. Italy, ECHR No. 30814/06, § 60 (2011); Grzelak v. Poland, ECHR No. 7710/02, § 87 (2010).

¹¹ *Supra* note 9.

¹² Jim Murdoch, Protecting the Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion under the European Convention on Human Rights, 21 (2012).

observing. In some cases, the term “manifestation” can sometimes make the Court decide whether the person concerned manifests their religion or their opinion. As the Court noted, the word “beliefs” within the meaning of Article 9 is related to “views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance”.¹³ Therefore, it is not synonymous with the words “opinions” and “ideas” which are protected within the meaning of Article 10 of the Convention.¹⁴ On the other hand, freedom of expression extends to a broader range of subjects than freedom of religion.¹⁵ The Court determines, in accordance with circumstances of each particular case, whether the right of the applicant falls within Article 9 or Article 10, and it varies in its almost every case.

As freedom of expression and freedom of religion often collide, many cases, which comprise the conflict of these freedoms, have been heard by the Court. Those who criticize religions cause dissatisfaction among believers who claims that the critics of religion abuse their freedom of expression. On the other hand, protectors of freedom of expression accuse believers of defending the restrictions on free speech.¹⁶ Considering such a collision, the solution to this issue could be to find a mean between these freedoms because otherwise unlimited freedom of expression can put the believers’ freedom of religion in danger. The Court has also taken such an approach in such circumstances. The analysis and conclusion of the Court through its formulated principles will be discussed and how it varies from case to case will be examined in this article.

I. The way of examination by the European Court of Human Rights

In terms of protecting the rights of individuals, including freedom of expression and freedom of religion, the States have negative and positive obligations. According to Article 1 of the Convention, the States, as a negative obligation, have a duty to avoid any disproportionate interference with the rights of people guaranteed by the Convention. Besides, this provision implies a positive obligation as the States must take measures to protect the rights of individuals and ensure the effective exercise of the Convention rights.¹⁷ Especially, securing everyone’s rights and freedoms within the State’s jurisdiction becomes much more complicated in case two or more rights are at stake. It is because the protection of a certain right of a person by the State might cause restrictions on other rights. For example, in case of conflict

¹³ Campbell and Cosans v. The United Kingdom, ECHR No. 7511/76; 7743/76, § 36 (1982).

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Andras Sajo, Censorial Sensitivities: Free Speech and Religion in a Fundamentalist World, 262 (2007).

¹⁶ Eva Hauksdóttir, *Restricting Freedom of Expression for Religious Peace: On the ECHR’s Approach to Blasphemy*, 1 European Convention on Human Rights Law Review 75, 79 (2021).

¹⁷ *Supra* note 3, 16.

between the freedom of expression and the freedom of religion, if the State decides to preserve freedom of expression of an individual, freedom of religion of others can be violated. Consequently, the State concerned will be held liable for not fulfilling its obligations imposed by the Convention. Therefore, for avoiding such liability, the State will attempt to counterbalance these rights by putting some limitations on its individuals. In other words, a person's freedom of expression will be restricted to a certain level for the sake of protecting of freedom of religion of others. However, such limitations must satisfy three criteria which will be identified in the next paragraphs.

The Court, by examining the circumstances of a specific case through three cumulative criteria, will determine if the limitations by the States are justified. As it is evident from the texts of Article 9 (2) and Article 10 (2) of the Convention, the first criterion is that the interference has to be "*prescribed by law*".¹⁸ Therefore, the measure by the States must be in accordance with domestic law and be both accessible and foreseeable and contain protection from arbitrariness by the national authorities.¹⁹ For the law to be accessible, it must be duly announced and be available for the person concerned. In terms of the requirement of "*foreseeability*", the Court maintained that the norm must be precise so that the people can foresee the consequences of the action. Moreover, the law must contain sufficient protection from any arbitrary interference by national authorities. During an examination, the Court's main task is to define whether the ways of the State and its implications adhere to the Convention, rather than determining the appropriateness of ways chosen by the State's legislature.²⁰

The next criterion is the compliance of interference with the "*legitimate aim*". The States can only put limitations on people's rights if it is aimed to protect the interests enumerated in Article 9 (2) and Article 10 (2) of the Convention. Moreover, it must be noted that the list is limited to those stated in the above-mentioned articles.²¹

After the examination of two criteria, the Court will scrutinize whether the interference is "*necessary in a democratic society*". For the limitations to be necessary, the States must have strong justifications. According to the Court, the term "*necessity*" in Article 9 (2) and Article 10 (2) means the existence of a "*pressing social need*" for the interferences imposed by the States.²² So, limitations by the States on freedom of expression for the protection of others' religious feelings must be examined strictly.²³ The Court determines if the reasons for that interference are appropriate and sufficient, and "*proportionate*

¹⁸ *Supra* note 2, art. 9 (2)-10 (2).

¹⁹ Murdoch, *supra* note 12, 37.

²⁰ Magyar Kétfarkú Kutya Párt v. Hungary, ECHR No. 201/17, § 93-95 (2020).

²¹ *Supra* note 3, 21.

²² *Supra* note 12, 39-40.

²³ Sajo, *supra* note 15, 264.

to the legitimate aim pursued". The nature and severity of penalties are taken into consideration when the Court evaluate the proportionality and necessity of such interferences.²⁴

As it is seen from its case law, the determination of the first and second criteria is not so complicated for the Court in comparison with the third. Moreover, it must be mentioned that the States enjoy a margin of appreciation which allows them a certain discretion on their actions as they are "*in principle in a better position than the international judges*".²⁵ The extent of the margin of appreciation varies from case to case. It is also the same for those cases that involve an interplay between freedom of expression and freedom of religion which will be referred to in the next paragraphs when dealing with various cases. It should also be added that the margin of appreciation is not unlimited as it "*goes hand in hand with a European supervision*".²⁶ So, the Court itself gives the final decision, in the end, on whether the State overstepped their margin of appreciation.

II. Situations in which interplay between two rights emerges

The interplay between freedom of expression and freedom of religion usually emerges in two conditions. The first situation occurs when these two rights come into conflict. In this case, the States restrict the freedom of expression of a person, within the meaning of "the protection of the rights of others" under Article 10 (2) in order to protect others' religious feelings. The second situation happens when a person uses his freedom of expression as a result of his freedom of religion. A person disseminates his religious opinions which do not fall within the meaning of the "*manifestation of religion*" under Article 9.²⁷ The Court dealt with different cases related to both situations.

A. When these two rights come into conflict

The initial case regarding the first situation is *Otto-Preminger-Institut v. Austria*.²⁸ In this specific case, the applicant announced a series of six showings, which were in a religious context, and distributed a bulletin to its 2,700 members, which also contains the information that those who are under 17 years old are prohibited for the showings. Nevertheless, criminal proceedings were instituted against the manager of Otto-Preminger-Institut with a charge of "*disparaging religious doctrines*".²⁹ In addition to that, after the display of the first private session in the presence of a duty judge, the film was

²⁴ *Supra* note 3, 22-23.

²⁵ *Bédat v. Switzerland*, ECHR No. 56925/08, § 54 (2016); *See also Miljević v. Croatia*, ECHR No. 68317/13, § 58 (2020).

²⁶ *Supra* note 1.

²⁷ *Supra* note 3, 31.

²⁸ *See generally Otto-Preminger-Institut v. Austria*, ECHR No. 13470/87 (1994).

²⁹ *Ibid.*

seized by the application of public prosecutor and later forfeited. Consequently, public showings could not take place. The domestic courts concluded against the applicant by stating that the limitation on freedom of expression is justified because it could offend the feelings of Roman Catholics as it contains erotic scenes of Jesus Christ and Virgin Mary.³⁰ The Court when dealing with this case, maintained that besides inoffensive or indifferent information and ideas, statements which “shock, offend or disturb the State or any sector of the population” falls within the ambit of Article 10 § 2. However, people who exercise their freedom of expression must refrain from those expressions which are “gratuitously offensive” towards religious people. It is included in the “duties and responsibilities” within the meaning of Article 10 § 2.³¹ So, those who enjoy their freedom of expression must take into consideration that their speech which does not serve any public debate can lead to the infringement of other’s rights. On the other hand, the Court mentioned that those who manifest their religion have to “tolerate and accept the denial by others of their religious beliefs and even the propagation by others of doctrines hostile to their faith”. By taking into account that majority, about 87%, of the Tyrolean population is Roman Catholic believers, the Court concluded that there is a “pressing social need” for the limitation imposed by the States to protect religious peace.³² Moreover, it referred to the State’s margin of appreciation and stated that national authorities are better placed than the international judge to evaluate the situation, as there is no single opinion about the importance of religion in society throughout Europe.³³ It must also be added that margin of appreciation becomes wider when there is a risk for religious people to be offended as a result of expression of opinions by others.³⁴

Another question before the Court was whether the announcement can be considered “public” because it is an important element to define whether the expression can be considered to cause offence against the religious feelings of others. In that regard, although the applicant argued there was a requirement of payment of an admission fee and a requirement of an age limit, the Court maintained that the announcement, which also contained the content of the film having an indication of its nature, reached the high amount of people to be called “public”. Taking into consideration that others being aware of the content knew that there are some sensitive parts against religious feelings of Christians, suggested screening of the film must be regarded as an expression to cause offence to the public.³⁵

³⁰ *Id.*, § 10-19.

³¹ *Id.*, § 9.

³² *Ibid.*

³³ *Id.*, § 46-52.

³⁴ *Wingrove v. The United Kingdom*, ECHR no. 17419/90, § 58 (1996).

³⁵ *Supra* note 28, § 54.

On contrary, some judges such as Palm, Pekkanen and Makarczyk stated, by making a distinction between the *Muller case* (No.10737/84, 24 May 1988), in their dissenting opinion that audience for the film was relatively small to be considered as “public” and for that, the limitation by the State was disproportionate to the aim pursued.³⁶ However, the Court concluded that the interference is “necessary in a democratic society” and therefore, there is no violation of Article 10 of the Convention.

Some other cases are related to blasphemy against the religion. The cases of *İ. A. v. Turkey* (No. 42571/98, 13 September 2005) and *Aydın Tatlav v. Turkey* (No. 50692/99, 2 May 2006) are the best examples of this kind of matter. Both of them are related to the books which, in the national authority’s opinion, contain offensive opinions toward Islam and to Prophet Muhammed. The States started criminal proceedings and fined both applicants in accordance with Article 175 of the Criminal Code of Turkey for prevention of disorder and protection of the rights of others.³⁷ In both cases, the Court reiterated its general principles mentioned above in cases of *Otto-Preminger-Institut v. Austria* and *Wingrove v. The United Kingdom*. By applying these principles, the Court maintained that, in *İ. A. v. Turkey*, the applicant’s comments do not only offend or shock, or are not provocative, but also abusive to the Prophet of Islam.³⁸ In addition, by taking into account that the book was not seized at all and the amount of fine was small, the Court concluded that the measure by the State has met a “pressing social need” and was proportionate to the aim pursued.³⁹ It should be added that some judges of the case did not agree with the Court’s conclusion. According to them, the principle in the case of *Handyside v. The United Kingdom* implies that “freedom of expression is applicable not only to “information” or “ideas” that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference but also to those shock, offend or disturb the State or any sector of the population”, must be considered strictly.⁴⁰ And also, this kind of criminal proceedings towards those who exercise their freedom of expression can dissuade them from disseminating their opinions that are not conformist on religion.⁴¹ This approach was also used by the Court in its decision of *Aydın Tatlav v. Turkey*. In this case, the Court concluded that the applicant only introduced his historical study and critical comment on Islam and did not intend to insult religious symbols or believers. For that, there was no “pressing social need” for interference by the State.⁴²

³⁶ *Id.*, § 9.

³⁷ *İ. A. v. Turkey*, ECHR No. 42571/98, § 13 (2005); *See also Aydın Tatlav v. Turkey*, ECHR No. 50692/99, § 14 (2006).

³⁸ *Id.*, § 19.

³⁹ *Id.*, § 30-32.

⁴⁰ *Id.*, § 1.

⁴¹ *Id.*, § 6.

⁴² *Id.*, § 28-31.

The last two cases demonstrate that the applicant made an offensive speech. In that regard, it is crucial to know the categories of offensive speech and determine whether they are protected by Article 10 of the Convention. The first category includes those expressions which are considered “gratuitously offensive”. The Court takes it less seriously as the person concerned, in some circumstances, can be protected even when he expresses his opinion in a gratuitously offensive manner.⁴³ However, as the Court maintained, hate speech, which forms the second category of offensive speech and includes all expressions that provoke, justify, promote xenophobia, anti-Semitism, hatred based on race and religion or on any other forms of intolerance, does not enjoy protection from the Convention.⁴⁴ Although the Court has not provided the explanation and scope of “gratuitously offensive” in detail, it can be concluded that it is one of two categories of offensive speeches which is less serious in comparison with hate speech. For this reason, the Court, depending on the circumstances of each case, can find the limitations on “gratuitously offensive” speeches unjustified.

Regarding the freedom of expression in the context of religious doctrines, the Court also makes a distinction between facts and value judgments in expressions in its cases. While the existence of facts is a requirement, the person is not liable to prove the truth of their value judgments provided that they have a factual basis.⁴⁵ The person who expresses his judgments must substantiate them with sufficient facts. Those judgments which have enough factual basis must be examined by the Court strictly.⁴⁶ It is the same when an offensive speech is at stake. When the Court determines the necessity of the measure, firstly, it will scrutinize whether the expression concerned involves only facts or value judgments, or both. Later, according to the principles mentioned above, the Court will conclude whether the limitations on offensive speech are “necessary in a democratic society” and proportionate to the aim pursued.

After the discussion of issues related to gratuitously offensive speeches which the Court dealt with in its cases of *İ. A. v. Turkey* and *Aydın Tatlav v. Turkey*, cases that concern alleged hate speech will be analyzed. The first of these cases is *Gündüz v. Turkey* (No. 35071/97, 4 December 2003). The applicant, who was a leader of Tarikat Aczmendi, participated in a television programme and expressed his severe religious opinions in discussions. Through the discussions, he showed his discontent towards secularism and democracy in Turkey, supported the idea to establish a Sharia regime and even called bastards the children who were born as a result of civil marriage

⁴³ *Gündüz v. Turkey*, ECHR No. 35071/97, § 41 (2003).

⁴⁴ *Supra* note 15, 265.

⁴⁵ *Lingens v. Austria*, ECHR No. 9815/82, § 46 (1986).

⁴⁶ *Supra* note 15, 267.

rather than a religious one.⁴⁷ Criminal proceedings have been started against him for inciting people to hatred on a distinction founded on religion. When dealing with this case, firstly, the Court reiterated its general principles which were mentioned in the above cases.⁴⁸ Later, it separated Gündüz's speech into 3 parts:⁴⁹ his attitude towards institutions in Turkey, his statement of calling bastard the children born of civil marriage and establishment of Sharia regime in Turkey. For the first part, the Court maintained that the applicant was engaged in public debate on a television programme and expressed his opinions which cannot be regarded as a call to violence based on religious intolerance. In terms of the second statement, the Court decided not to take it as a hate speech by taking into account the fact that the "applicant was actively participating in a lively public discussion".⁵⁰ Finally, according to the Court, the applicant only defended Sharia and did not call people to establish the regime violently. For this reason, it cannot be regarded as a hate speech too.

By considering these circumstances and the margin of appreciation of the State, the Court found a violation of Article 10 of the Convention.⁵¹ However, in my opinion, while the Court was true in the first and the third parts, it reached a false conclusion in terms of the statement calling bastard the children born of civil marriage. First of all, as judge Türmen stated in his dissenting opinion, the word "bastard" is seriously offensive and used by the applicant of religious hatred.⁵² In addition, if we evaluate the present situation with the distinction between facts and value judgments, we can identify the statement of the applicant as value judgment because he did not express any fact, rather expressed his opinions. As mentioned earlier and the Court maintained in its cases, value judgments have to also contain sufficient factual basis. But in this case, the applicant did not support his value judgment with facts, rather stating his subjective view about children born outside marriage. For these reasons, the Court, as in its other decisions, should justify the limitation of the State concerned on value judgment without any factual basis.

The case of *Norwood v. The United Kingdom*⁵³ about hate speech is also interesting. The applicant, who showed a large poster with the photo of the Twin Towers in flame, the words "Islam out of Britain – Protect the British People" and a symbol of a crescent and star in a prohibition sign, was charged with displaying hostility towards the religious group and as a result, fined at the amount GBP 300. The Court found, differently from the previous case, no violation of Article 10. According to the Court, the expression constituted a

⁴⁷ *Supra* note 43, § 10-11.

⁴⁸ *Id.*, § 37-41.

⁴⁹ *Klein v. Slovakia*, ECHR No. 72208/01, § 11-15 (2006).

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Id.*, § 47-53.

⁵² *Supra* note 43, *see* Dissenting Opinion of Judge Türmen.

⁵³ *Norwood v. The United Kingdom*, ECHR No. 23131/03 (2004).

violent attack against Muslims in the United Kingdom by linking all of them with terrorism and therefore it is a hate speech against a religious group.⁵⁴ The Court evaluated the activities of the applicant as abuse of rights in under Article 17 and concluded that he is not protected with Article 10 of the Convention.⁵⁵

The next cases which will be discussed are related to alleged defamation of the highest representative of a religious community and religious sects. The first case to be referred to is the case of *Klein v. Slovakia* (No. 72208/01, 31 October 2006) for the former, and the case of *Jerusalem v. Austria* (No. 26958/95, 27 February 2001) for the latter. In the first case, the applicant published an article which contained slang terms and allusions with vulgar and sexual connotations against Archbishop Jan Sokol, the highest representative of the Roman Catholic Church in Slovakia. After the complaint of two associations, he was sentenced to a fine of 15,000 Slovakian korunas because he had defamed, in domestic courts' judgments, the highest representative and members of that church.⁵⁶ Although the Government stated that they aimed to protect the rights and freedoms of others by this limitation, the Court maintained that the applicant strongly criticized only Archbishop Sokol. By these comments against him, he neither interfered with the believers' right to express and exercise their religion nor vilified their faith. In addition, by taking into consideration the fact that the person whom the article was directed pardoned him, the applicant's conviction for defamation of believers' religious faith is inappropriate to this specific case.⁵⁷ For this reason, the Court found a violation of Article 10 of the Convention.⁵⁸

In *Jerusalem v. Austria*, the applicant, a member of the Vienna Municipal Council, gave a speech related to sects during the debate about granting subsidies to an association which helped parents whose children joined sects. When the debate about drugs policy began, the applicant criticized the collaboration between IPM, which was a sect, and the Austrian People's Party. According to domestic courts, she further talked about common features of IPM and another sect, VPM, and stated that both display totalitarian character. Subsequently, both associations filed a civil complaint against her and claimed from domestic courts to order her to retract the statements, to publish in newspapers about retraction and to prohibit her from saying again that "IPM is a sect".⁵⁹ These requests were granted by the domestic courts. After the applicant exhausted domestic remedies, she brought the case before the Court. The main task before the Court was to determine whether the

⁵⁴ *Supra* note 3, 11-12.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Supra* note 49.

⁵⁷ *See generally* Van den Dungen v. The Netherlands, ECHR No. 22838/93 (1995).

⁵⁸ *Id.*, § 51-55.

⁵⁹ *See generally* Dahlab v. Switzerland, ECHR No. 42393/98 (2001).

statements of the applicant were facts or value judgments.⁶⁰ The Court maintained that the applicant, after clarifying the term “sect”, disseminated her opinions about totalitarianism and did not refer to IPM and VPM. She only criticized relations between these sects and the Austrian People’s Party. As it has been mentioned before, while facts must be proved by the person, this is not a requirement for value judgments. However, value judgments must also have a sufficient factual basis. In this specific case, the Court stated that the applicant would have proven the basis of her opinions, but the domestic courts, as the Government agreed, did not seek for expert opinion at the request of the applicant and did not let her introduce evidence of witnesses. In addition, this case is also important to know the extent of protection of Article 10 for politicians. The Court maintained that limits of acceptable criticism for elected representatives of the people are wider in comparison with private individuals and associations. Politicians, as well as private bodies which participate in public areas actively, must show a higher degree of tolerance, as they “lay themselves open to the scrutiny of word and deed by both journalists and the public at large”.⁶¹ For that, in this specific case, IPM and VPM have to show tolerance against comments of the applicant. In the end, the Court concluded that the State exceeded its margin of appreciation by asking the applicant to verify the truth of her comments and at the same time not accepting the evidence brought by her. Therefore, the Court found a violation of Article 10 of the Convention.⁶²

Distinction, which was made by the Court, between criticism and insult should be discussed in the last two cases. As it can be seen from *Klein v. Slovakia* and *Jerusalem v. Austria*, criticism is protected within the meaning of Article 10 of the Convention. However, the limit for criticism has been set and exceeding this limit will justify the interferences by the States. However, it is not the same in case of insult. According to the Court, when the statements “amount to wanton denigration and its sole purpose is to insult”, it is not protected by Article 10 of the Convention.⁶³

B. When a person employs his freedom of expression as a result of his freedom of religion

The Court also dealt with those cases in which a person concerned uses his freedom of expression as a result of his freedom of religion. The case of *Van den Dungen v. The Netherlands*⁶⁴ is related to this matter. The applicant, who was showing images of foetal remains with photographs of Christ and by that persuading them not to abort their child, was prohibited to come close to within 250 metres of the clinic for 6 months. She claimed before the

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Jerusalem v. Austria*, ECHR No. 26958/95, § 36-47 (2001).

⁶³ *Supra* note 3, 12-13.

⁶⁴ *Supra* note 57.

Commission that his rights within Article 9 and Article 10 of the Convention has been breached by State's limitation. The Commission stated that acts of worship or devotion are parts of the practice of religion. However, each act for the practice of religion is not covered by Article 9 of the Convention. In this specific case, the applicant was not expressing her belief, but rather trying to dissuade women from abortion through her religious faith. By applying this principle to the circumstances of the case, the Commission decided to examine the situation within the meaning of Article 10.⁶⁵ Thus, the main difference between the situation in which freedom of expression and freedom of religion come into conflict emerges. As it is seen from the circumstances of this specific case, there is no conflict between the two rights. Rather the person concerned expresses her religion which does not constitute a "manifestation of religion" in the meaning of Article 9 and therefore falls within Article 10. In conclusion, the Commission maintained that the prohibition for the applicant was limited in terms of duration and area. She was not deprived of his freedom of expression but was restricted for the protection of the rights of others. Therefore, the interference was "necessary in a democratic society" and proportionate to the aim pursued.⁶⁶

On the other hand, the Court includes prohibitions of wearing religious symbols into the meaning of Article 9 of the Convention. The case of *Dahlab v. Switzerland* (No. 42393/98, 15 February 2001) is related to this matter. In this specific case, the applicant, who was wearing an Islamic headscarf in classes, was prohibited to do so by domestic courts. They concluded that wearing a headscarf is against the principle of gender equality and neutrality, and even it can cause conflict within school. When the Court was dealing with the case, firstly, it started with repeating the above-mentioned general principles and margin of appreciation about freedom of religion. Later the Court stated its acceptance of the State's position. According to the Court, a headscarf is a strong symbol which can be seen easily by others and may be quite influential for children aged between four and eight. And also, by taking into consideration that the headscarf is only imposed on women, and it might have some kind of proselytising effect, wearing a headscarf is against the principle of gender equality, and neutrality. Therefore, the Court found no violation within the meaning of Article 9.⁶⁷

Conclusion

Both freedoms of expression and freedom of religion are the foundations of a democratic society. In the Court's jurisprudence, the threshold for limits on freedom of expression is quite high. However, among other purposes, the States are entitled to put certain limitations on free speech related to religion

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Supra* note 59.

for protecting others, especially believers' religious feelings. In other words, the Court attempts to counterbalance the freedom of expression and freedom of religion. To this end, as discussed in the paper, the Court formulated criteria to examine the limitation on freedom of expression applied by the State. Through the criteria, the Court analyzes under the circumstances of each case whether the interference by the State is prescribed by law, whether it pursues a legitimate aim and whether it is necessary and proportionate to the legitimate aim pursued. In case the State fails in one of these requirements, the Court finds the interference as unjustified and therefore, concludes the violation of the Convention.

From the analysis of the Court's above-mentioned case law, it is clear that the Court divides offensive speeches into two parts: "gratuitously offensive" speeches and hate speech. The former is protected within the meaning of Article 10 of the Convention, whereas the latter does not fall within the ambit of that Article. Nevertheless, abusive statements in the category of "gratuitously offensive" speeches against religious figures also do not enjoy protection from the Convention. On the other hand, as the Court mentioned in its case *Gündüz v. Turkey*, for the speech to be considered hate speech, it must comprise a call to violence based on religious intolerance. In other words, the threshold defined for hate speech is much higher in comparison with speeches that are "gratuitously offensive". However, taking into account that some speeches might not spark violence against the religious community, but provoke hatred based on religion, the Court should also include such expressions in the category of hate speech and consequently, should find the limitation imposed by the State as justified. However, currently, Court's jurisprudence does not consider it hate speech.

Regarding the alleged defamation of religious figures, the Court keeps the margin wider for freedom of expression. Criticisms of those individuals are protected within the meaning of Article 10 of the Convention provided that such an expression does not involve insult. The Court's approach is based on its respect for people's freedom in a democratic society to impart information related to particular religion even if it is considered shocking or offended by believers. However, as hate speech, the Court has not included insult of certain religious figures or doctrine into the protection of Article 10 of the Convention.

Apart from the situations in which these two rights come into conflict, the Court, in some of its cases, had to define whether certain activities of an individual are to be regarded as freedom of expression or freedom of religion. In that regard, according to the Court's case-law, in case an individual expresses his/her beliefs, it should be understood within the meaning of Article 9, rather than Article 10 of the Convention. It was the reason that wearing religious symbols was construed as an expression of beliefs in the case *Dahlab v. Switzerland* and therefore, examined through Article 9 of the

Convention by the Court.

The Court has rightly chosen an approach which tries to counterbalance the freedom of expression and freedom of religion because much more protection of one of these rights can disrupt a balance in society. For example, permitting people to convey all their opinions on religion, including those characterized as an insult, can lead to intolerance in society. On the other hand, prohibiting people, for the protection of the rights of believers, to express their judgments about religion, including criticisms, can dissuade them from disseminating opinions. Therefore, from my perspective, when the Court examines the facts of the specific case, it takes and should continue to take into consideration that if it preserves one of these rights more over another, it can lead to social discontent in the Member States and, consequently, it should decide the case on this.

*Ceyhun Xəlilov**

100 İLLİK MÜBAHİSƏ: EGEY DƏNİZİNDƏ ƏRAZİ SULARININ DELİMİTASIYASI

Annotasiya

Türkiyə və Yunanıstan arasındakı Egey dənizi problemi 100 ilə yaxın bir müddətdir ki, öz həllini tapmur. Bunun başlıca səbəblərindən biri isə hər iki ölkənin delimitasiya ilə bağlı fərqli yanaşmaları, Türkiyənin orta xətt prinsipini, Yunanıstanın isə bərabər məsafə prinsipini təklif etməsi, tərəflərin Birləşmiş Millətlər Təşkilatının "Dəniz Hüququ haqqında" Konvensiyasının müddələrinin mübahisənin həlli üçün tətbiqi və adət hüququ ilə bağlı hüquqi mövqeləri, habelə məsələnin pərdə arxasındakı siyasi maraqlar və enerji resurslarına çatımlılıqdır. Bu xüsusda, məqalədə hər iki ölkənin təklifləri qarşılıqlı şəkildə təhlil ediləcək, eləcə də Beynəlxalq Ədalət Məhkəməsinin oxşar mübahisələr üzrə verdiyi qərarlar nəzərdən keçiriləcək, sonda isə mübahisənin obyektiv həlli istiqamətində dünya praktikası da nəzərə alınmaqla həll yolları təklif ediləcəkdir.

Abstract

The Aegean problem between Turkey and Greece has been unresolved for almost 100 years. One of the main reasons for this is that both countries offer different methods and principles for delimitation, Turkey proposing the median line principle, while Greece proposing the equidistance line principle, the legal positions of the parties regarding both the application of the provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea to settle the dispute and customary law, as well as behind-the-scenes political interests and access to energy resources. In this regard, the proposals of both countries will be mutually analyzed, furthermore, decisions of the International Court of Justice on similar disputes will be reviewed and finally, solutions will be proposed taking into account the world practice in the direction of the objective resolution of the dispute in the article.

MÜNDƏRİCAT

Giriş	179
I. Delimitasiya mübahisəsinin tarixi kökləri	181
A. 1830-cu il Yunanıstanın yaranması	181
B. 1913-cü il London müqaviləsi	183
C. 1920-ci il Sevr və 1923-cü il Lozanna müqavilələri	184
Ç. 1947-ci il Paris müqaviləsi	186
II. Cari Vəziyyət (6 Mil)	190
A. Delimitasiyaya Türkiyənin yanaşması	191
B. Delimitasiyaya Yunanıstanın yanaşması	191
III. Mübahisə tərəflərinin bir-birinə zidd hüquqi mövqeləri.....	193

* Bakı Dövlət Universiteti, Hüquq fakültəsi, IV kurs tələbəsi.

A. Yunanıstan Birləşmiş Millətlər Təşkilatının “Dəniz Hüququ haqqında” Konvensiyasına istinad edə bilərmə?	194
B. Konvensiyanın müddəaları beynəlxalq adət hüququ formalaşdırırmı? ...	194
IV. Beynəlxalq Ədalət Məhkəməsi üzrə perspektivlər	195
A. BMT Nizamnaməsi (Beynəlxalq Ədalət Məhkəməsi və onun yurisdiksiyası).....	195
B. Karib dənizində Nikaraqua və Honduras arasında ərazi və dəniz mübahisəsi (Nikaraqua Honduras qarşı).....	201
C. Qətər və Bəhreyn arasında dəniz sərhədlərinin müəyyən edilməsi və ərazi məsələləri (Qətər Bəhreynə qarşı)	203
Ç. Kamerun və Nigeriya arasında quru və dəniz sərhədi (Kamerun Nigeriyaya qarşı: Ekvatorial Qvineya müdaxilə edir).....	205
D. Hind okeanında dəniz sərhədlərinin müəyyən edilməsi (Somali Keniyaya qarşı)	205
E. Ərazi və Dəniz Mübahisəsi (Nikaraqua Kolumbiyaya qarşı)	206
Ə. Birləşmiş Millətlər Təşkilatının “Dəniz Hüququ haqqında” Konvensiyası (Dəniz Hüququ üzrə Beynəlxalq Tribunal).....	208
Nəticə.....	209

Giriş

Elə ölkələr var ki, onların adlarının birgə çəkilməsi belə keçmişdən gələn xoşagəlməz xatirələr səbəbilə insanlarda müəyyən təşviş və narahatlığın yaranmasına səbəb olur. *ABŞ və İran, Hindistan və Pakistan, Şimali və Cənubi Koreya, Ukrayna və Rusiya* kimi *Yunanıstan və Türkiyə* də həmin ölkələrdəndir.

Qədim dövrlərdən bəri bütün xalqlar sülh şəraitində yaşamağa çalışsalar da, obyektiv və ya subyektiv səbəblərdən bu şərait hələ də bərqərar oluna bilməmişdir. Belə ki, bəzi hallarda iki ölkə arasında yaranan mübahisənin alovu üçüncü tərəflərə də yayılır ki, bu da öz növbəsində, beynəlxalq böhranlara və silahlı münaqişələrə gətirib çıxarır. Bu cür risklərinin mövcud olması səbəbilə onlarla dondurulmuş münaqişə ocaqları hələ də nəticəsiz qalmışdır. Bu cür mübahisələrdən biri də məhz Egey dənizindəki ərazi sularının¹ delimitasiyası ilə bağlıdır. Qeyd etmək lazımdır ki, bu mübahisənin

¹ Beynəlxalq ədəbiyyatda bu ifadə ingilis dilində “territorial sea” kimi istifadə edilir. Birləşmiş Millətlər Təşkilatının “Dəniz Hüququ haqqında” Konvensiyasının rəsmi tərcüməsində hərfi tərcümə kimi “ərazi dənizi” ifadəsi işlədilsə də, daha uğurlu tərcümə olduğunu hesab etdiyimiz üçün bu məqalənin növbəti hissələrində həmin ifadə “ərazi suları” olaraq istifadə ediləcəkdir.

həlli təkcə Yunanıstan və Türkiyəni deyil, həmçinin Avropa ölkələrini, Rusiyanı və İsraili də yaxından maraqlandırır. Bunun başlıca səbəbi isə Egey dənizinin delimitasiyasının Şərqi Aralıq dənizinin delimitasiyasına təsirsiz ötürülməsidir. Şərqi Aralıq dənizində yeni neft və qaz yataqlarının kəşf edilməsi məsələni daha da qəliz hala gətirir. Həmin yataqlar mübahisənin Türkiyənin xeyrinə həll edilərsə, Türkiyənin, Yunanıstanın xeyrinə həll ediləcəyi təqdirdə isə Cənubi Kiprin ərazi sularına aid olacaqdır. Bu da Avropanın Rusiyadan enerji asılılığına birbaşa təsir edən amildir. Buna görə də problemə həll təklif edərkən həm hüquqi, həm də siyasi təhlillər aparmaq zərurəti meydana gəlir.

Beləliklə, məqalədə Türkiyə ilə Yunanıstan arasında yüz illik mübahisənin həll üsulları araşdırılacaqdır. Əvvəla, qeyd etmək lazımdır ki, hətta Türkiyə ilə Yunanıstan arasında Egey dənizi ilə bağlı mübahisələrin say tərkibi və həll olunmamış məsələlərin miqyası belə ayrıca bir mübahisə predmetidir. Belə ki, Yunanıstan tərəfi tərəflər arasında yeganə mübahisə predmetinin ərazi sularının delimitasiyası olduğunu iddia edir. Bununla belə Türkiyə tərəfi Egey dənizi ilə bağlı mübahisələri 5 fərqli kateqoriyaya ayırır:²

- 1) *Dənizdəki yurisdiksiya – ərazi suları, kontinental şelf və onların delimitasiyası;*
- 2) *1923-cü il Lozanna müqaviləsi və 1947-ci il Paris müqaviləsi daxil olmaqla, müvafiq beynəlxalq sənədlər əsasında Şərqi Egey adalarının silahsızlaşdırılmış statusu;*
- 3) *Egey dənizində bəzi coğrafi obyektlərin hüquqi statusu;*
- 4) *Yunanıstanın milli hava məkanına 10 dəniz mili iddiası;*
- 5) *Axtarış və xilasetmə əməliyyatları/fəaliyyətləri.*

Məqalənin birinci hissəsində mübahisənin tarixi kökləri araşdırılacaqdır. Müxtəlif dövrlərdə iki xalq arasında qonşuluq münasibətlərinin qurulması, bu münasibətin düşmənçiliyə çevrilməsi, üçüncü tərəfin müdaxiləsi və iki ölkə arasında sərhədlərin ayrı-ayrı sənədlərlə tənzimlənməsi əks olunacaqdır. Qeyd etmək lazımdır ki, hər hansı məhkəmə qərarını sadəcə oxşar faktiki situasiyalara əsaslanmaqla tətbiq etmək heç də hər zaman müsbət nəticələr doğurmur. Bu səbəblə də Egey dənizindəki mübahisənin tarixini bu ərazinin bölgüsünə dair müqavilələr əsasında araşdırmaq xüsusi əhəmiyyətə malikdir. Bu zaman oxucular məsələyə daha geniş aspektdən baxaraq perspektivləri daha düzgün qiymətləndirmək imkanına malik olacaqdılar.

İkinci hissədə normativ-hüquqi baza, yəni 1) Birləşmiş Millətlər Təşkilatının Nizamnaməsi əsasında tənzimlənmə, Beynəlxalq Ədalət Məhkəməsinin (bundan sonra - BƏM) presedenti, onun hüquqi yanaşması və 2) Birləşmiş Millətlər Təşkilatının “Dəniz Hüququ haqqında” Konvensiyası (bundan sonra - “UNCLOS”) araşdırılacaqdır.

Nəhayət, məqalənin üçüncü hissəsində isə hazırkı stabil vəziyyətdə hər iki

² Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, Başlıca Ege Denizi Sorunları, <https://www.mfa.gov.tr/baslica-ege-denizi-sorunlari.tr.mfa> (son baxış 25 may 2022).

tərəfin iddiaları, onların istək və tələblərindən bəhs ediləcəkdir. Bu hissənin sonunda əvvəlki hissələrdə əldə olunan nəticələrin işığında mübahisənin sülh yolu ilə həlli yolları təklif olunacaqdır.

I. Delimitasiya mübahisəsinin tarixi kökləri

Türk və yunan xalqları arasında qonşuluq münasibətləri 1071-ci ildə Böyük Səlcuq imperiyası ilə Bizans imperiyası arasında baş vermiş Malazgird döyüşündən, türklərin Anadoluda məskunlaşmasından sonra yaranmağa başlanmışdır.³ Buna baxmayaraq, Egey adaları üzərində türklərin hökmranlığı 14-cü əsrdən başlamış, 17-ci əsrin sonlarında isə Egey dənizi türk gölünə çevrilmişdir.⁴

18-ci əsrdən sonra isə vəziyyət kökündən dəyişdi. İngiltərədə sənaye inqilabı və həmin əsrin sonlarına doğru Fransada baş verən böyük siyasi inqilab cəmiyyətlərin sosial quruluşlarında böyük dəyişikliklərə səbəb oldu. Bu proseslərin nəticəsində isə həmin dövrdə bir çox böyük və qüdrətli imperiyalar, o cümlədən Osmanlı imperiyası bu prosesdən kənar qalmaqla yanaşı, iqtisadi tənəzzülə də uğradı. Bu dövrün Osmanlı imperiyasının tənəzzülü ilə üst-üstə düşməsi də təsadüfi deyildir.⁵

Egey dənizindəki problemlərin tarixi kökləri 19-cu əsrin əvvəllərindən, daha dəqiq desək, 1821-ci ildən başlayır. Sonrakı dövrlərdə Türkiyə mütəmadi olaraq ərazi itkiləri ilə üzləşmiş, Yunanıstan isə bu vəziyyətdən faydalanmışdır. İki ölkə arasındakı sərhədlərin dəyişməsi regiondakı geosiyasi vəziyyətin də ildən-ildə dəyişməsinə gətirib çıxarmışdır. Bu xüsusda, vəziyyətin dövrlər üzrə necə dəyişməsinə daha dəqiq təsvir etmək üçün Ədirnə (1829), London (1913), Lozanna (1923) və Paris (1947) müqavilələrini ayrı-ayrılıqda təhlil etmək vacibdir.

A. 1830-cu il Yunanıstanın yaranması

Yuxarıda da qeyd edildiyi kimi, 19-cu əsr Osmanlı imperiyasının tənəzzül dövrü adlanır. Həmin dövrdə yunan, ərəb, erməni və başqa xalqlar Osmanlılara qarşı üsyanlar təşkil etməyə başladılar. Nəticə etibarilə Osmanlılar bəzi ərazilərini, o cümlədən əvvəlki güclərini itirdilər.

1453-cü ildə Konstantinopolun fəthindən sonra müstəqilliklərini itirən yunanlar 1821-1829-cu illərdə Osmanlı imperiyasına qarşı azadlıq mübarizəsi aparmağa başladılar. Bu mübarizə zamanı Balkan regionunda Osmanlı hakimiyyətinə son vermək istəyən Böyük Britaniya, Fransa və Rusiya yunan silahlı dəstələrinə dəstək verirdilər. İllərlə davam edən bu qanlı mübarizə yunan əyalətləri və arxipelaq adalarında anarxiya yaratmış, Avropa

³ Raffaele D'amato, Kenneth Cline, *The Battle of Manzikert: When Anatolia Was Lost Forever*, 3 *Medieval Warfare* 28, 34 (2013).

⁴ Metin Menekşe, Girit'teki Muhtacîn-İ İslamiyyə'ye Yönelik Aydın Vilayeti'nde Yürütülen Yardım Faaliyyətləri (1896-1898), 37 *Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi* 443, 444 (2018).

⁵ Bayram Kodaman, *Osmanlı Devleti'nin Yükseliş ve Çöküş Sebeplerine Genel Bakış*, 16 Süleyman Demirel Üniversitesi, Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, 15 (2007).

dövlətlərinin regiondakı ticarəti yeni maneələrlə üzləşmiş və gəmi quldurluğu geniş vüsət almışdı. Bu da öz növbəsində müttəfiqləri ağır iqtisadi itkilərə məruz qoymuş və sonda bu qanlı mübarizəyə son qoymaq qərarına gəlmişdirlər.⁶

Müttəfiqlər münaqişəni sona çatdırmaq məqsədilə London müqaviləsində bəzi həll yollarını təklif etmişdirlər:⁷

i. Müttəfiqlər 6 ildir davam edən münaqişə ilə əlaqədar olaraq münaqişə tərəflərinə 1 ay vaxt vermiş və mübahisənin aşağıdakı şərtlərə uyğun olaraq həlli üçün tərəflərə vasitəçilik təklif etmişdir;

ii. Yunan tərəfi Osmanlı imperiyasından asılı olacaq və ona xərac verəcək;

iii. Yunanlar nəzarətləri altında olan bütün əmlakların mülkiyyətçisi olacaqdırlar. Bununla belə, onlar həmin əmlakları üçün Osmanlıya haqq ödəməlidirlər. Bu məbləğ ya vergiyə əlavə olaraq, ya da ayrıca ödənilə bilər.

iv. Osmanlı imperiyası yunan xalqına bir növ "muxtariyyət" verəcək. Yunan xalqı yenə də Sultandan asılı olaraq qalsa da, öz idarəçisini təklif etmək və seçmək hüququna malik olacaqdır.

Tərəflərin London müqaviləsinin müddəaları ilə razılaşmamasından sonra Rusiya imperiyası 1827-ci ildə Osmanlı imperiyasına hücum etmişdir. 20 noyabr 1827-ci ildə Rusiya və Osmanlı imperiyaları arasında Navarin (Peloponnes yarımadasının cənubunda yerləşən Navarin şəhəri) dəniz döyüşü baş vermişdir. Bu müharibə nəticəsində müttəfiq qüvvələr (Birləşmiş Krallıq, Fransa və Rusiya imperiyası) Osmanlıları məğlub etmişdirlər. Bir ildən sonra, yəni 1828-1829-cu illərdə yenidən Osmanlı imperiyasının məğlubıyyəti ilə nəticələnən daha bir Rus-Osmanlı müharibəsi baş vermişdir. Həmin müharibəyə isə 1829-cu ildə Ədirnə sülh müqaviləsi ilə son verildi. Ədirnə müqaviləsinin əsas əhəmiyyəti ondan ibarətdir ki, bu müqavilənin X maddəsi ilə Osmanlı dövləti İngiltərə, Fransa və Rusiya arasında Londonda imzalanan 6 iyul 1827-ci il tarixli müqaviləni və onun icrasına dair 22 mart 1829-cu il tarixli müqaviləni qəbul etməli olmuşdur. Osmanlı dövləti İngiltərə, Fransa və Rusiya nümayəndələri ilə müqavilənin təsdiq edilmiş nüsxələrinin mübadiləsindən sonra Yunanıstanla bağlı sərəncamın həyata keçirilməsi üçün nümayəndə heyəti təyin etdi.⁸ Bununla da Yunanıstan Respublikası London protokolundan sonra 22 yanvar/ 3 fevral 1830-cu ildə öz müstəqilliyini əldə etdi.⁹

Göründüyü kimi, Yunanıstana Peloponnes yarımadasında verilən müstəqillik, London protokolları və müttəfiqlərin Egey dənizindəki iqtisadi

⁶ Edward Hertslet, Ed., *The Map Of Europe By Treaty*, (London: Harrison And Sons, 1891), Vol. I, 769-774, reprinted in Alfred J. Bannan & Achilles Edelenyi, Eds., *Documentary History of Eastern Europe*, (New York: Twayne Publishers, 1970), 126-132.

⁷ Yenə orada.

⁸ Şərafəddin Turan, *1829 Edirne Antlaşması*, 1 Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi 111, 140 (1951).

⁹ Ministry of Foreign Affairs of the Hellenic Republic, *International Treaties and Protocols*, <https://200years.mfa.gr/en/international-treaties-en/> (son baxış 25 may 2022).

maraqları mübahisənin tarixi köklərini formalaşdırmışdır. Məhz bu tarixdən etibarən Yunanıstan beş əsr sonra yenidən Egey dənizinin bəzi hissələrinə nəzarət etməyə başlamışdır.

B. 1913-cü il London müqaviləsi

Birinci Dünya Müharibəsi ərəfəsində (1914 - 1918) dünyanın bir çox strateji regionlarında gərginlik artmaqda idi. Belə gərginliyin hökm sürdüyü bölgələrdən biri də, heç şübhəsiz ki, Balkan yarımadası idi. Bu vəziyyətdən istifadə edən Rusiya imperiyası Osmanlınu zəiflətmək, su yolları üzərindəki nüfuzunu azaltmaq və onları Egey dənizi üzərində nəzarətdən məhrum etmək üçün Balkan yarımadasında yaşayan xalqları Osmanlıya qarşı təhrik etdi. Nəticədə, Rusiya imperiyasının dəstəyi ilə Bolqarıstan, Yunanıstan, Serbiya və Monteneqro Osmanlılara qarşı Birinci Balkan İttifaqını qurdular. Onlar 7 iyul 1912-ci ildə Osmanlılara qarşı müharibəyə başladı və 1913-cü il mayın 30-da onu London müqaviləsini imzalamağa məcbur etdilər (bu müqavilə, əslində, Osmanlı dövləti üçün kapitulyasiya aktı idi).

Birinci Balkan Müharibəsi nəticəsində Osmanlılar həm bəzi torpaq ərazilərini, həm də Egey dənizinin bəzi hissələrinə nəzarəti itirdilər. London müqaviləsi 1913-cü il mayın 30-da 7-ci maddədə nəzərdə tutulmuş aşağıdakı şərtlərə uyğun olaraq bağlandı:¹⁰

- i. [Osmanlılar] Balkan müttəfiqlərinə Egey dənizindəki Maritsa çayının mənsəbi yaxınlığındakı Enosdan Qara dənizdəki Midiyaya qədər çəkilmiş xəttin o tərəfindəki Avropa qitəsinə aid olan ərazilərini vemişdir;*
- ii. Albaniyanın statusu və sərhədləri böyük dövlətlər tərəfindən müəyyən edilməli idi;*
- iii. [Osmanlı imperiyasının] Sultanı Krit adasını və ada ilə bağlı bütün suveren hüquqlarını müttəfiqlərə güzəşt etmişdir;*
- iv. Egey dənizindəki adaların (Kritdən başqa) taleyi və Afon dağının statusu ilə bağlı qərar böyük dövlətlərin öhdəsinə buraxılmışdır”.*

Stabil və müasir dəniz donanması, o cümlədən sabit hökuməti olmayan Osmanlı dövləti üçün Egey dənizi üzərində vəziyyət getdikcə pisləşirdi. Buna baxmayaraq, London müqaviləsinin ən əlverişsiz tərəfi Türkiyənin Egey dənizinin cənub və qərb hissəsindən çıxmağa məcbur edilməsi idi. O tarixdən bu günə qədər Türkiyə bu bölgələr üzərindəki nüfuzunu tam şəkildə bərpa edə bilməmişdir.

Nəhayət, London Müqaviləsinin (1913) üçüncü bəndində qeyd edildiyi kimi, Krit adasının da itirilməsi Türkiyənin Egey dənizi vasitəsilə Aralıq dənizinə çıxışını məhdudlaşdırmışdır.¹¹

¹⁰ The Treaty of London (1913). Burada bax:

<https://www.mtholyoke.edu/acad/intrel/boshtml/bos145.htm> (son baxış 22 may 2022).

¹¹ Harvard Law Library, Handbook on Diplomatic History, Europe, Asia, Africa, 1870-1914, 430 (1920). Burada bax:

<https://archive.org/details/handbookfordipl01hersgoog/page/n6/mode/2up?view=theater> (son baxış 25 may 2022).

C. 1920-ci il Sevr və 1923-cü il Lozanna müqavilələri

Birinci Dünya Müharibəsinin dağıdıcı nəticələrindən sonra yeni dünya nizamı qurulmağa başlanmışdı. Yeni nizam qalib dövlətlərə, yəni Antanta Üçlüsinə: Böyük Britaniya, Fransa və Rusiya (daxili böhran səbəbindən Rusiya Birinci Dünya Müharibəsinin yekunlarına həsr olunmuş danışıqlar masasında iştirak etmədi) məğlub ölkələri, yəni Almaniya, Avstriya-Macaristan (hər biri ilə ayrı-ayrılıqda müqavilə bağlandı), Osmanlı imperiyası və Bolqarıstanı özündə ağır şərtləri ehtiva edən müqavilələr imzalamağa məcbur etdilər. Bu müqavilələr toplusu beş müqaviləni özündə birləşdirən Versal-Vaşinqton sistemi adlanırdı:

- i. *Almaniya ilə Versal müqaviləsi (1919-cu il);*
- ii. *Avstriya ilə Sen-Jermen müqaviləsi (1919-cu il);*
- iii. *Bolqarıstanla Neyi müqaviləsi (1919-cu il);*
- iv. *Macarıstan ilə Trianon (1920-ci il);*
- v. *Osmanlılarla Sevr müqaviləsi (1920-ci il) imzalanmışdır.*

Osmanlılarla bağlanan Sevr müqaviləsi (1920) Osmanlı imperiyasının ərazisinin Böyük Britaniya, Fransa, İtaliya, Yunanıstan və ermənilər arasında bölünməsinə nəzərdə tuturdu. Sevr müqaviləsi 13 hissədən, ümumilikdə isə 433 maddədən ibarət idi. Qeyd etmək lazımdır ki, bu müqavilə Lozanna danışıqları zamanı belə həll edilə bilməyən və bu gün də mübahisə mövzusu olaraq qalan bir sıra mühüm məqamları özündə əks etdirirdi. Sevr müqaviləsinin bəzi vacib maddələri aşağıdakı kimidir:¹²

- a) *Sevr müqaviləsinin ikinci hissəsi Türkiyə ərazisinin və sərhədlərinin müəyyənləşdirilməsinə həsr olunmuşdur. Müqavilənin 36-cı maddəsinə əsasən Antanta dövlətləri Türkiyənin paytaxt olaraq İstanbul üzərindəki "məhdud" hakimiyyətini tanıyırdı. Burada "məhdud" ifadəsinin işlədilməsi təsadüfi deyildir, çünki İstanbul boğazları üzərində hakimiyyət bölgüsünü, boğazların təhlükəsizliyini və gəmilərin keçidini tənzimləmək üçün Sevr müqaviləsində 25 maddə nəzərdə tutulmuşdu (37-dən 61-ə qədər). Adıçəkilən maddələrdə, habelə 161-ci maddədə birmənalı şəkildə qeyd olunurdu ki, boğazların təhlükəsizliyi və onların idarə olunması xarici polis tərəfindən həyata keçirilməlidir. Polis heyətinin tərkibi isə ABŞ və Antanta dövlətləri tərəfindən müəyyən edilməli idi;*
- b) *Müqavilənin 48-ci maddəsi 5 adanın – Limni (Lemnos), İmrız (Gökçəada/İmbros), Semandirek (Samotrace), Bozcaada (Tenedos), Midilli (Lesbos) adalarının Yunanıstana verilməsini nəzərdə tuturdu;*
- c) *Müqavilənin 84-cü maddəsi daha 4 adanın Yunanıstana verilməsini nəzərdə tuturdu – Samotras, Sakız (Chios), Sisam (Samos), Nikarya (Ahikerya);*
- ç) *Nəhayət, Sevr müqaviləsinin 122-ci maddəsi bir qrup adaları İtaliyanın hakimiyyətinə vermək məqsədi daşıyırdı. Bu qrup "on iki ada" adlanır. Əslində, bu adalar İtaliyaya Türk-İtaliya müharibəsindən sonra (1911-1912) Uşi*

¹² The Treaty of Sevres (1920). Burada bax: <https://ttk.gov.tr/wp-content/uploads/2016/11/6-Sevr.pdf> (son baxış 26 may 2022).

müqaviləsinə (1912) əsasən verilmişdi. Uşi müqaviləsinin 2-ci maddəsinə əsasən Osmanlılar qoşunlarını işğal edilmiş adalardan ("On iki ada") çəkməyə razılaşdılar.¹³ Bu müharibədən sonra İtaliya müasir Liviya ərazisində müstəmləkələr aldı etdi.

Sevr müqaviləsi Türkiyənin mənafeyinə zidd olduğu üçün türk milləti Mustafa Kamal Paşanın başçılığı ilə istiqlaliyyət uğrunda müharibəyə başladı. Türkiyə dörd illik müharibənin nəticəsində (19 may 1919 – 24 iyul 1923)¹⁴ 24 iyul 1923-cü ildə Lozanna müqaviləsinin bağlanmasına nail oldu. Lozanna müqaviləsi bir tərəfdən Türkiyə, digər tərəfdən Britaniya imperiyası, Fransa, İtaliya, Yaponiya, Yunanıstan və Rumıniya hökumətləri arasında bağlanmışdır. Bu müqavilə isə 143 maddədən ibarət idi. Həmin müqavilənin Egey dənizinin bölünməsi və delimitasiya mübahisəsi ilə əlaqədar olan maddələri isə aşağıdakılardır:

a) Lozanna müqaviləsinin I bölməsi, ümumi olaraq, ərazi məsələlərini tənzimləyir və Türkiyə ilə qonşuları arasında sərhədləri müəyyən edir;

b) Lozanna Müqaviləsinin 15-ci maddəsinə əsasən Türkiyə İtaliyanın xeyrinə aşağıdakı adalardakı bütün hüquqlarından imtina edir:

İşğal altında olan Astampalya (Astropaliya), Kodoş (Rodos), Kalki (Calki), Skarpanto, Kazos (Casso), Piskopis (Tilos), Misiros (Misyros), Kalimnos (Kalimnos), Lkros, Patmos, Lipsos (Lipso), Sombeki (Simi) və İstanköy (Koş) adaları və onlara bağlı adacıqlar, habelə Meis (Castellorizo) adaları.

Maraqlıdır ki, adıçəkilən adalar 1912-ci ildə Uşi müqaviləsindən sonra İtaliyaya verilmişdi. Türkiyənin bu adalar üzərində İtaliyanın hakimiyyətin və nəzarətinin davam etməsinə razılıq verməsinin əsas səbəbi Yunanıstan təhlükəsi idi. Nəticə etibarilə Türkiyə Egey dənizində Yunanıstandansa, İtaliyanın varlığına üstünlük verdi;

c) Qeyd etmək lazımdır ki, İtaliyanın səfiri Q. C. Montanya ilə Lozanna Konfransında Türk Nümayəndəliyinin başçısı İsmət İnönü arasında məktub yazışmaları Meis adasının (Castellorizo) silahsızlaşdırılmasında mühüm rol oynamışdır. Q. C. Montanya ilə İsmət İnönü arasındakı yazışmalardan, daha dəqiq desək, 4 iyun və 24 iyun 1923-cü il tarixli məktublarda İtaliyaya verilmiş Meis adasının heç bir halda hərbləşdirilməyəcəyi qətiləşmişdi;

ç) Lozanna müqaviləsinin 14-cü maddəsi ilə Türkiyə İmroz (Gökçeada) və Bozcaada adaları üzərində tam suverenliyinin tanınmasına nail oldu;

d) Lozanna müqaviləsinin 12-ci maddəsi ilə tərəflər müvafiq olaraq Türkiyənin İmroz, Bozcaada və Tavşan adaları üzərində səlahiyyətlərini tanıdılar. Əslində, bu adaların Türkiyənin təhlükəsizliyi, iqtisadi əlaqələri və reputasiyası üçün müstəsna əhəmiyyəti 18 mart 1915-ci il Çanaqqala zəfərindən qaynaqlanır. Bu adaların coğrafi mövqeyi onların stratejik əhəmiyyətini daha da artırır. Belə ki,

¹³ The Treaty of Ouchy (1912). Burada bax: https://ttk.gov.tr/wp-content/uploads/2016/11/11-Usi_Baris_Andlasmasi.pdf (son baxış 26 may 2022).

¹⁴ Mustafa Oral, *Türk Kurtuluş Savaşı'nın Tarihsel Konumu, Tarih ve Günce*, 1 Atatürk ve Türkiye Cumhuriyeti Tarihi Dergisi 3, 6 (2018).

İstanbul boğazlarına (Bosfor və Dardanel) çox yaxın yerləşən adaların yunanların nəzarətində olması türklər üçün böyük təhlükə potensialına malik idi. Bu səbəblə də Türkiyə bu adalar üzərində heç bir halda güzəştə getmədi. Buna baxmayaraq, Türkiyə bu üç ada müqabilində Şərqi Aralıq dənizi adaları, xüsusilə də, Lemnos, Samotraki, Lesbos, Sakız Adası, Samos və Nikariya adaları üzərində Yunanıstanın suverenliyini tanımağa razılaşdı.

e) Nəhayət, Lozanna müqaviləsinin 6-cı maddəsində ərazi suları məsələsi göstərilmişdir. Maddədə qeyd edilir ki, çayın və ya axının sahillərinə görə deyil, yatağına görə müəyyən edilən sərhədinə gəldikdə, bu Müqavilənin anlayışlarında istifadə olunan yataq ("course") və ya kanal ("channel") ifadələri gəmiçilik üçün istifadə edilməyən çaylara münasibətdə su yatağının və ya onun əsas qolunun, gəmiçilik üçün istifadə edilə bilən çaylara münasibətdə isə əsas naviqasiya kanalının orta xəttini bildirir. Bununla belə, yataq və ya kanalda baş verə biləcək dəyişiklikdə sərhəd xəttinin yuxarıda qeyd olunan qaydadakı xəttə riayət etməsinəmi, yoxsa müvafiq yataq və ya kanalın bu Müqavilənin qüvvəyə mindiyi andakı vəziyyətinə görə dəqiqlikləmi müəyyənləşdiriləcəyinə qərar vermək səlahiyyəti Sərhəd Komissiyasına aid olacaqdır. Bu Müqavilədə əksi ilə bağlı müddəalar olmadıqda, sahildən üç mil məsafədə yerləşən ada və adacıqlar sahilyanı dövlətin sərhədinə aid edilir.

Sonuncu maddəyə əsasən nə Türkiyə, nə də Yunanıstanın yurisdiksiya məsələsində bir-biri ilə problemi olmuşdur. İkinci Dünya müharibəsindən sonra isə hadisənin gedişatı dəyişmişdir.

Ç. 1947-ci il Paris müqaviləsi

İkinci Dünya müharibəsi 1947-ci ildə Paris Sülh Müqaviləsi ilə başa çatdı və yeni dünya rejimi quruldu. Bu da Türkiyə və Yunanıstanın Egey dənizindəki maraqlarına və onların yurisdiksiyasına öz təsirini göstərmişdir.

İkinci Dünya müharibəsi tarixin ən dəhşətli hadisələrindən biridir. Bu müharibə 1939-cu il sentyabrın 1-də¹⁵ faşist Almaniyasının Polşanı işğal etməsi ilə başladı¹⁶ və 2 sentyabr 1945-ci ildə "USS Missouri" döyüş gəmisində "Kapitulyasiya Aktı"-nın rəsmi imzalanması ilə rəsmi olaraq bütün dünyada başa çatdı.¹⁷ Nəticədə isə Birləşmiş Millətlər Təşkilatı (bundan sonra - BMT),¹⁸ Şimali Atlantika Müqaviləsi Təşkilatı (NATO)¹⁹ və Beynəlxalq Ədalət Məhkəməsi²⁰ kimi böyük beynəlxalq təşkilatlar yaradılmışdır. Həmçinin bu müharibədən sonra "Soyqırım cinayətinin qarşısının alınması və cəzalandırılması haqqında" Konvensiya,²¹ Ümumdünya İnsan Hüquqları

¹⁵ Britannica, World War II summary (2021), <https://www.britannica.com/summary/world-war-ii> (son baxış 26 may 2022).

¹⁶ Yenə orada.

¹⁷ Yenə orada.

¹⁸ BMT Nizamnaməsi (1945).

¹⁹ Şimali Atlantika Müqaviləsi (1949).

²⁰ ICJ History. Burada bax: <https://www.icj-cij.org/en/history> (son baxış 25 may 2022).

²¹ "Soyqırım cinayətinin qarşısının alınması və cəzalandırılması haqqında" Konvensiya (1951).

Bəyannaməsi²² və s. kimi mühüm beynəlxalq sənədlər də qəbul edilmişdir.

İkinci Dünya müharibəsinin başlanğıcında Türkiyə İngiltərə və Fransa ilə ittifaq quraraq onun mövqeyinin Qərb ilə üst-üstə düşdüyünü göstərmişdir. Buna baxmayaraq, Türkiyənin müharibə dövründəki xarici siyasəti müharibənin sonunda onu dünya siyasətində tək qalmağa sürükləmiş, SSRİ-nin təhdid və tələbləri ilə üz-üzə qalmasına gətirib çıxarmışdır. Türkiyə bu cür təhlükə qarşısında Qərbbə yaxınlaşmağa və ondan dəstək almağa çalışmışdır. O cümlədən Türkiyə BMT-nin qurulacağı San Fransisko Konfransına qatılmaq üçün 23 fevral 1945-ci ildə Almaniya və Yaponiyaya qarşı müharibə elan etmiş, lakin fəal müharibəyə qoşulmamışdır.²³

1941-ci ilin may ayından etibarən Egey dənizində almanların və italyanların nəzarətində olan adaları nəzərə alsaq, Egey dənizinin tamamilə nasist bloku tərəfindən işğal edildiyi anlaşılır. 18 iyun 1941-ci ildə Almaniya-Türkiyə hücum etməmə paktı barədə müzakirələr davam edərkən on iki adanın bir hissəsinin almanlar tərəfindən Türkiyəyə verilməsi də daxil olmaqla bu iki dövlət arasında bəzi gizli protokol danışıqları da aparılmışdır. Buna abaxmayaraq, İraqda vəziyyət ingilislərin xeyrinə bitmiş, eləcə də silah və canlı qüvvənin göndərilməsi ehtiyacı aradan qalxdığına görə bu məsələ də öz-özünə bağlanmışdır.²⁴

On iki ada ilə bağlı ən maraqlı təkliflərdən birini İosif Stalin gündəmə gətirmişdir. Belə ki, o, 16 dekabr 1941-ci ildə Moskvada Birləşmiş Krallığın həmin dövrdəki Müharibə üzrə dövlət katibi olan Antoni Eden ilə görüşdə Egey dənizində Yunanıstan üçün əhəmiyyətli olan adalardan başqa Rodos və 12 adanın Türkiyəyə verilməli olduğunu söyləmişdir. Türkiyənin Moskvadakı səfiri Heydər Aktayın da təsdiqlədiyi bu açıqlamalar barədə Ankara da öz növbəsində belə hesab etmişdir ki, bu səxavətli təklifin arxasında ya boğazlarla bağlı bəzi tələblər, ya da Türkiyəni müharibəyə cəlb etmək fikri vardır.²⁵

ABŞ-nin faktiki olaraq müharibəyə qarışmasından sonra pozulan tarazlığı öz xeyrinə çevirməyə çalışan Almaniya 1942-ci ilin əvvəlində Yaxın Şərq neftini də ələ keçirmək niyyətində idi. Almaniya Türkiyənin faşistlərin tərəfində müharibəyə qatılacağı təqdirdə işğal etdiyi bəzi Egey adalarının Türkiyəyə verilə biləcəyini təklif etsə də, bu təklif növbəti dəfə Türkiyə hökuməti tərəfindən rədd edilmişdir.²⁶

29 aprel 1942-ci ildə Salzburqda Benito Mussolini ilə görüşən Adolf Hitler Türkiyəni nasist ittifaqında müharibəyə cəlb etmək məqsədilə İtaliyanın işğal etdiyi Egey adalarının bir hissəsini Türkiyəyə verməyi təklif etsə də,

²² Ümumdünya İnsan Hüquqları Bəyannaməsi (1948).

²³ Yeter Mengeş, *İkinci Dünya Savaşı'nda Menteşe (Rodos, 12 Ada ve Meis) Adaları*, 34 Çağdaş Türkiyə Tarixi Araştırmaları Dergisi 279, 298 (2017).

²⁴ Yenə orada, 292.

²⁵ Yenə orada.

²⁶ Yenə orada.

Mussolini bunu rədd etmişdir.²⁷

Yuxarıda qeyd edildiyi kimi, Türkiyə müharibənin davam etdiyini müddətdə dəfələrlə xoşməramını nümayiş etdirmişdir. Buna baxmayaraq, 1947-ci ildə müharibənin sonlandırılması və bundan irəli gələn məsələləri tənzimləmək məqsədilə bağlanmış Paris Sülh Müqaviləsi ilə Egey adalarının İtaliyadan alınaraq Yunanıstana verilməsinə dair qərar verilmişdir. Bu barədə Paris Sülh Müqaviləsinin 14-cü maddəsində qeyd edilmişdir:

“1. İtaliya bundan sonra qeyd olunan “Dodecanese” adaları (“on iki ada”), yəni “Stampalia” (“Astropalia”), “Rhodes” (“Rhodos”), “Kalki” (“Xarki”), “Scarpanto”, “Casos” (“Casso”), “Piscopis” (“Tilos”), “Misiros” (“Nisyros”), “Calimnos” (“Kalimnos”), “Leros”, “Patmos”, “Lipso” (“Lipso”), “Simi” (“Sym”), “Cos” (“Kos”) və “Castellorizo” adaları, eləcə də bitişik adacıqları üzərindəki suverenliyini tam həcmdə Yunanıstana verir;

2. Bu adalar silahsızlaşdırılmalı və belə də saxlanılmalıdır;

3. Bu adaların Yunanıstana verilməsini tənzimləyən prosedur və texniki məsələlər Böyük Britaniya və Yunanıstan hökumətləri arasında razılaşma ilə müəyyən ediləcək və bu Müqavilə qüvvəyə mindikdən sonra 90 gündən gec olmayaraq xarici ölkə qoşunlarının çıxarılması ilə bağlı tədbirlər görülməlidir”.

Paris müqaviləsi ilə Yunanıstan və Türkiyə arasında Egey dənizindəki adaların bölgüsü məsələsi sona çatmışdır. Həmin tarixdən bəri nə Türkiyə, nə də Yunanıstan heç bir adanı rəsmi və ya beynəlxalq müqavilə ilə öz yurisdiksiyasına tabe edə bilməmişdir.

1. Sonrakı danışıqlar

Türkiyə və Yunanıstan arasında “soyuq müharibə” 1947-ci ildən sonra başlanmışdır. Bununla belə, 1952-ci ildə hər iki ölkə eyni vaxtda NATO-ya qəbul edilmiş və nəticə etibarilə Egey dənizindəki adalar üzərində hakimiyyət böhranının hərbi “həlli” ehtimalı xeyli azalmışdır.²⁸

İki ölkə arasında gərginliyə səbəb olan əsas problem Lozanna (1923) və Paris (1947) müqavilələrinə uyğun olaraq adaları silahsızlaşdırılmalı olan Yunanıstanın bunun tam əksini həyata keçirməsidir.

1960-cı illərdə Yunanıstan adaları hərbiyəyə başlamış, bununla da iki ölkənin arasındakı münasibətlər kəskinləşərək müharibə vəziyyəti həddinə çatmışdır. ABŞ-nin baş verə biləcək hərbi əməliyyata olan münasibəti 5 iyun 1964-cü ildə Ankaraya çatan prezident Lindon Consonun (ABŞ-nin 36-cı prezidenti) baş nazir İsmət İnönüyə göndərdiyi məktubda aydın şəkildə çatdırılmış və həmin gün üçün mümkün olan hərbi əməliyyatın qarşısını almışdır.²⁹

Digər tərəfdən, Türkiyənin Egey dənizində təhlükəsizliklə bağlı mövqeyi

²⁷ Yenə orada.

²⁸ Member Countries to Nato, https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_52044.htm (son baxış 27 may 2022).

²⁹ Halil Şimşek, İkamet, Ticaret ve Seyrisefain Mukavelenamesi'nin Feshi ve Yunan Uyraklı Rumların Sınır Dışı Edilmeleri, 5 Yönetim Bilimleri Dergisi 237, 239 (2007).

kifayət qədər aydın idi. Türkiyə bu məsələni Yunanıstanın diqqətinə ilk dəfə olaraq 1964-cü ildə çatdırmış, 29 iyun 1964-cü ildə isə həmin dövlətə nota verərək Rodos və Kosda tikildiyi müəyyən edilən istehkamların tikintisinin müvafiq müqavilələrə uyğun olaraq ləğv edilməsini tələb etmişdir. Yunanıstan isə 1964-cü ilin iyulunda verdiyi cavabda müqavilələrə əməl etdiyini və sözügedən adaları möhkəmləndirmədiyini bəyan etdi.³⁰

1969-cu ildə Yunanıstan tərəfindən Lemnos adasının hərbişdirilməsi zamanı da oxşar mübahisə yaşanmışdı. Belə ki, Türkiyənin Yunanıstana 2 aprel 1969-cu ildə verdiyi notada Yunanıstanın Lemnosda apardığı hərbişdirmə və infrastruktur işlərinin silahsızlaşdırılmaya zidd olduğu bildirilmişdi. Yunanıstan isə 10 may 1969-cu il tarixli cavab notasında müvafiq müqavilələrə hörmət etdiyini bildirərək bu adanın hava limanında aparılan işlərin mülki aviasiya ehtiyaclarını ödəmək məqsədi daşdığını bildirmişdir.³¹

Bununla belə, Yunanıstanın Enozis planı çərçivəsində Kipr adasında yaşayan türklərə qarşı həyata keçirdiyi ayrı-seçkilik və təcavüzkar siyasəti 1974-cü ildə hərbi münaqişəyə səbəb olmuşdur.³² Bununla bağlı olaraq BMT Təhlükəsizlik Şurası 353 sayılı qətnaməni qəbul etmişdir. Baxmayaraq ki, bu əməliyyat 1960-cı ildə Böyük Britaniya, Türkiyə və Yunanıstan arasında bağlanan qarantıya müqaviləsinə³³ zidd idi, bu, adadakı türk əhalinin müdafiəsi üçün zəruri bir addım kimi qiymətləndirilmişdir.

“Soyuq müharibə”nin sonunun yaxınlaşdığı bir vaxtda Türkiyə-Yunanıstan münasibətlərindəki buzlar əriməyə başlamışdı. Sonrakı dövrdə (1974-1988) iki ölkə arasında davam edən dialoqlar 1988-ci ildə imzalanan 2 rəsmi sənədlə müsbət xarakter almağa başladı. İlk sənəd 27 may 1988-ci ildə Afinada xarici işlər nazirləri arasında imzalanmış və Anlaşma Memorandumu kimi adlandırılmışdır. Anlaşma Memorandumu 5 maddədən ibarət olmuş və birinci maddəsi Türkiyə və Yunanıstanın qarşılıqlı surətdə bir-birlərinin suverenliklərini, həmçinin quru, dəniz və hava ərazi bütövlüyünü tanıması məqsədi daşıyırdı.

Qeyd etmək lazımdır ki, həmin Anlaşma Memorandumunun əsas məqsədi siyasi deyil, daha çox iqtisadi idi. Yəni hər iki ölkə iyulun 7-dən sentyabrın 1-dək – bölgədə turizmin pik həddə olduğu müddət ərzində hərbi təlimlərin keçirilməməsi, bu cür təlimlərdə müəyyən bölgənin təcrid edilməməsi, uzun müddət təlim zonalarının qarşısını almaq üçün heç bir təşəbbüsün göstərilməməsi öhdəliyi götürmüşdür.³⁴

İkinci sənəd 8 sentyabr 1988-ci ildə İstanbulda Türkiyənin Xarici İşlər

³⁰ Şükrü Gürel, *Tarixsel Boyut İçinde Türk – Yunan İlişkileri (1821-1993)*, 39 (1993).

³¹ Hüseyin Pazarıcı, *Doğu Ege Adlarının Askerden Arındırılmış Statüsü*, 53-54 (1986).

³² Glen D. Camp, *Greek-Turkish Conflict over Cyprus Conflict*, 95 *Political Science Quarterly* 43, 59 (1980).

³³ *The Treaty of Guarantee* (1960).

³⁴ *Memorandum of Understanding between Turkey and Greece* (1988).

Naziri Məsut Yılmaz və Yunanıstan Xarici İşlər Naziri arasında imzalanmış “Açıq dənizlərdə və beynəlxalq hava məkanında qəzaların və insidentlərin qarşısının alınmasına dair təlimatlar” adlanır. Əslində, dərin analitik yanaşma tələb etməyən ikinci sənəd sadəcə olaraq tərəflərin beynəlxalq hüquqa və beynəlxalq adətə, sənədlərə, qaydalara, təlimatlara və prosedurlara uyğun hərəkət etməli olduğunu müəyyən etmişdir.³⁵

Göründüyü kimi, artıq 200 ilə yaxındır ki, “Egey dənizində Türkiyə ilə Yunanıstan arasında sular sakitləşmir”. Məhz bu səbəbə görə məqalənin növbəti hissələrində problemin mümkün həlli yolu oxşar keyslərə əsaslanaraq beynəlxalq hüquq, BƏM və Dəniz Hüququ üzrə Beynəlxalq Tribunalının “çətiri altında” araşdırılacaqdır.

II. Cari Vəziyyət (6 Mil)

Türkiyə ilə Yunanıstan arasındakı gərginliyin başlıca səbəbi Yunanıstanın Egey dənizindəki ərazi sularını birtərəfli qaydada 12 dəniz milinə qədər genişləndirmək cəhdləridir.

Lozanna müqaviləsi ilə Egey dənizindəki ərazi sularının eni üç dəniz mili olaraq müəyyən edilmişdir. Lakin 1936-cı ildə Yunanıstan ərazi sularının enini üç dəniz milindən altı dəniz milinə qədər artırdı. Həmin dövrdə həm Montrö Boğazlar Konvensiyasının imzalanması, həm də Yunanıstanla əlaqələrin yenidən normallaşması səbəbilə Türkiyə bu addım qarşısında səssiz qalmışdı. Lakin 1964-cü ildə Türkiyə Egey dənizindəki vəziyyəti tarazlaşdırmaq məqsədilə ərazi sularını altı dəniz milinə qədər artırdı.³⁶

1964-cü ildən sonra Egey dənizindəki ərazi sularının bölgüsü üçün 6 dəniz mili qaydası təşəkkül tapmış olsa da, Yunanıstan öz ərazi sularını genişləndirmək və Egey dənizində daha böyük yurisdiksiyaya sahib olmaq məqsədilə təkliflər irəli sürmüşdür. Qeyd etmək lazımdır ki, Türkiyə buna qarşı çıxmaqda və mübahisə isə davam etməkdədir.

1995-ci ildə “UNCLOS”-a qoşulan Yunanıstan bu cəhdlərini daha ciddi şəkildə ifadə etməyə başladı. Bu zaman Türkiyə Böyük Millət Məclisindəki bütün partiya nümayəndələri 8 iyun 1995-ci il tarixində hazırladıqları birgə bəyanatla vurğulamışdılar ki, Türkiyənin Egey dənizində mühüm maraqları mövcuddur. Ərazi suları üzrə 12 dəniz milinin tətbiq edilməsi halında Türkiyə Anadolu yarımadasına həbs olacaqdır. Bir yarımada ölkəsi olan Türkiyənin dənizlərə və okeanlara Yunanıstanın ərazi sularından keçərək getməsi isə qəbuledilməzdir. Sonda Türkiyə Böyük Millət Məclisi yunan hökumətinin Egey dənizindəki ərazi sularını Lozanna müqaviləsi ilə qurulan tarazlığı pozacaq şəkildə 6 mildən çox genişləndirmək qərarı verməyəcəyinə

³⁵ Ministry of the Foreign Affairs of the Republic of Turkey, Guidelines for the Prevention of Accidents and Incidents on the High Seas and International Airspace (1988). Burada bax: https://www.mfa.gov.tr/site_media/html/aegean-sea-reference-documents-2.pdf (son baxış 26 may 2022).

³⁶ Osman Yalçın, *1950 Sonrasında Türk-Yunan Sorun Sahaları ve Gelişmeler*, 2 Mersin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü e-Dergisi 6, 23 (2021).

ümid etdiyini, belə bir vəziyyətin yaranması halında isə Türkiyənin mühüm maraqlarını qorumaq və müdafiə etmək üçün hərbi baxımdan zəruri hesab edilənlər də daxil olmaqla, bütün səlahiyyətlərin Türkiyə Respublikası Hökumətinə verilməsini qərara almışdır.³⁷

A. Delimitasiyaya Türkiyənin yanaşması

Türkiyə öz mövqeyini əsaslandırmaq üçün, ilk növbədə, bəzi riyazi hesablamalardan istifadə edir. Belə ki, Egey dənizindəki ərazi sularının 6 dəniz milindən 12 dəniz milinə qədər artırılması halında Yunanıstana məxsus ərazi suları *ex parte*³⁸ olaraq artmış olacaqdır. Egey dənizindəki ərazi sularının hazırkı bölgüsü və 12 dəniz milindən sonrakı bölgüsü də aşağıdakı faiz nisbətində olacaqdır:

a. Hazırkı açıq dəniz, yəni heç bir ölkəyə məxsus olmayan və hər iki ölkənin heç bir məhdudluğu olmadan istifadə edə biləcəyi sular Egey dənizinin 51%-ni əhatə edir. Lakin ərazi suları 12 dəniz milinə qədər artırıldıqdan sonra bu, 19%-ə qədər azalacaqdır.

b. Hazırda Türkiyənin ərazi suları Egey dənizinin 9%-ni əhatə edir. Ərazi sularının 12 dəniz milinə qədər artırılması halında Türkiyənin ərazi suları üzrə Egey dənizindəki ərazisi faiz nisbəti baxımından o qədər də azalmasa da, hər hansı bir türk gəmisi Türkiyənin Egey dənizindəki şimal limanından cənub limanına getmək üçün Yunanıstanın ərazi sularından keçməli olacaq və açıq dənizlərdən istifadə edə bilməyəcək. Bundan əlavə, Türkiyə yeni bölgü şərtlərinə görə Egey dənizində hərbi təlimlər keçirmək imkanından məhrum olacaqdır.

c. Yunanıstanın indiki ərazi suları Egey dənizinin 40%-ni əhatə edir. Lakin ərazi sularının eni 6 dəniz milindən 12 dəniz milinə qədər artırıldıqdan sonra bu rəqəm 70%-ə qədər artacaqdır. Bu isə bir növ Egey dənizinin yunan gölüne çevrilməsinə səbəb olur.

Belə bir bölgünün yaratdığı mənfi cəhətləri və qeyri-mütənasib vəziyyəti qəbul etməyən Türkiyə Egey dənizinin orta xətt prinsipi ilə ortadan bölünməsinə təklif edir. Yunanıstan isə bu təklifin nəticəsində Türkiyə sahillərinin yaxınlığındakı "Midilli" (Lesbos), Siam (Samos), Sakız (Sakız) adalarının tamamilə Türkiyə ərazi suları daxilində qalmasına etiraz edir. Bu halda ədalətli və uyğun bir həll tapmaq üçün növbəti hissələrdə beynəlxalq praktika təhlil ediləcək və Egey dənizindəki vəziyyət nəzərə alınmaqla ədalətli həll yolları təklif olunacaqdır.

B. Delimitasiyaya Yunanıstanın yanaşması

Yunanıstanın kontinental şelf məsələsinin mahiyyəti və onun hüdudları ilə bağlı mövqeyi dəniz hüququnun həm müqavilə, həm də beynəlxalq adət

³⁷ Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, 121-ci Birleşim, 136 (1995). Burada bax: <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c088/tbmm19088121.pdf> (son baxış 3 iyun 2022).

³⁸ Merriam-Webster, Ex parte, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/ex%20parte> (son baxış 3 iyun 2022).

hüququnun müddəalarına əsaslanır, bunlar isə aşağıdakılardır:

- i. "UNCLOS" kontinental şelfində minimum eni 200 dəniz mili olan sahil dövlətinə sahillər arasında məsafənin buna imkan verməsi şərti ilə ipso fakto və ab initio müstəsna hüquqlar təmin edir. Yunanıstan bu Müqaviləni 2321/1995 sayılı Qanunla ratifikasiya etmişdir. Konstitusiyaya görə bu Müqavilə yeni qanun əvvəlki qanunu əvəz etdiyi kimi hər hansı əks müddəanı əvəz edir;
- ii. "UNCLOS"-un 121-ci maddəsinin 2-ci bəndinə uyğun olaraq bütün adaların ərazi sularına, bitişik zonaya, müstəsna iqtisadi zonaya və kontinental şelfə malik olmaq hüququ vardır. Bu zonalar Konvensiyanın ümumi müddəalarına uyğun olaraq müəyyən edilir. Bu ümumi qayda həm də adət hüququdur və ona görə də Konvensiyaya qoşulmayan dövlətlər üçün məcburidir. Buna görə də bütün Yunan adaları Konvensiyaya uyğun olaraq kontinental şelfə malikdir;
- iii. Bu çərçivədə kontinental şelfin delimitasiyası məsələsi yalnız Yunanıstan adalarının Türkiyənin qarşısındakı sahilləri ilə Türkiyə sahilləri arasında qaldırılır;
- iv. Delimitasiya metoduna gəldikdə, Yunanıstanın qəti mövqeyi ondan ibarətdir ki, bu delimitasiya bərabər məsafə/median xətt prinsipi ilə idarə olunan beynəlxalq hüquqa əsaslanmalıdır.

Bununla əlaqədar qeyd olunur ki, 4001/2011 sayılı Qanunun 156-cı maddəsinə (Hökumət Qəzeti A' 179 – "Elektrik və qaz enerjisi bazarlarının istismarı, karbohidrogenlərin kəşfiyyatı, hasilatı və ötürülməsi şəbəkələri üçün və digər müddəalar üçün") əsasən qonşu dövlətlərlə delimitasiya sazişi olmadıqda, kontinental şelfin xarici sərhədi Yunanıstan sahilləri ilə bu sahillərin əksinə və ya onlara bitişik olan sahillər arasındakı orta xəttidir.³⁹

1. Yunanıstan arxipelaq dövlətidirmi?

Maraqlıdır ki, hətta arxipelaq sözü⁴⁰ qədim və orta əsrlərdə yunanlar tərəfindən Egey dənizinə verilən ad olmuşdur. Yunanıstanın özünü arxipelaq dövləti kimi tanıması və ərazi sularını arxipelaq dövləti prinsipləri əsasında müəyyən etməsi iki ölkə arasında mübahisə mövzudur.

"Yunanıstanın arxipelaq dövləti olub-olmaması" sualının cavabı birbaşa "xeyr"-dir. Çünki dövlətin arxipelaq statusu "UNCLOS"-a uyğun olaraq müəyyən edilməlidir. "UNCLOS"-un 46-cı maddəsinə əsasən:

(a) "arxipelaq dövləti" tamamilə bir və ya bir neçə arxipelaqdan ibarət olan və digər adaları əhatə edə bilən dövlət deməkdir".

Göründüyü kimi, arxipelaq dövlətləri tamamilə arxipelaqlardan ibarət olmalıdır. İkinci hissədə "UNCLOS" arxipelaqın tərifini verir:

³⁹ Greek-Turkish Dispute over the Delimitation of the Continental Shelf (2018), <https://www.mfa.gr/en/issues-of-greek-turkish-relations/relevant-documents/delimitation-of-the-continental-shelf.html#:~:text=Greek%2DTurkish%20disputes%20over%20the,islands%20in%20the%20Eastern%20Aegean> (son baxış 25 may 2022).

⁴⁰ Merriam-Webster, Archipelago, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/archipelago> (son baxış 26 may 2022).

(b) “arxipelaq” adaların hissələri, bir-biri ilə əlaqəli sular və digər təbii obyektlər daxil olmaqla, bir-biri ilə o qədər sıx əlaqəli olan adalar, sular və özünəməxsus coğrafi, iqtisadi və siyasi qurum təşkil edən və ya tarixən belə hesab olunan digər təbii obyektlər deməkdir”.

Göründüyü kimi, Yunanıstan Konvensiyanın tələblərinə cavab vermir və onu arxipelaq dövləti hesab etmək olmaz. Odur ki, 2001-ci ildə hazırlanan və 215.000 kvadrat kilometr ərazisi olan Egey dənizinin yalnız 9%-dən çoxunda Türkiyənin hakimiyyətinin tanınmasını nəzərdə tutan Sevilya xəritəsi qəbul edilə bilməz.⁴¹

Nəhayət, yuxarıda qeyd olunan “UNCLOS”-a əsaslanan qaydalardan irəli gələrək qeyd etmək lazımdır ki, İndoneziya, Yamayka, Filippin, Fici, Baham adaları kimi dövlətlər arxipelaq dövləti kimi tanınır.⁴²

III. Mübahisə tərəflərinin bir-birinə zidd hüquqi mövqeləri

Bu gün qlobal iqtisadiyyat dənizlərdən və okeanlardan asılı vəziyyətdədir. Belə ki, dünya ticarətinin 80%-dən çoxu dəniz yolu ilə həyata keçirilir. Əlavə olaraq qeyd etmək lazımdır ki, əksər inkişaf etməkdə olan ölkələr üçün bu faiz daha yüksəkdir.⁴³

2021-ci ildə beynəlxalq ticarətin ümumi həcmi rekord həddə çataraq 28.500.000.000.000 ABŞ dolları həcmində olmuşdur.⁴⁴ Təbii ki, bu nəhəng ticarət həcmi tənzimləmək, ölkələrin dənizlərdəki suverenliyini bərqərar etmək, beynəlxalq suları bölmək və təhlükəsizliyi təmin etmək məqsədilə müxtəlif konvensiyalar qəbul edilmişdir. İlk olaraq 24 fevral – 27 aprel 1958 tarixləri arasında Cenevrədə BMT-nin Dəniz Hüququ Konfransı keçirilmiş və dörd konvensiya – “Ərazi suları və ona bitişik zona haqqında”, “Kontinental Şelf haqqında”, “Açıq dənizlər haqqında”, “Açıq dənizin ehtiyatlarının mühafizəsi haqqında” Konvensiyalar qəbul edilmişdir.⁴⁵

Daha sonra 10 dekabr 1982-ci ildə dəniz hüququna dair ən təkamil beynəlxalq hüquqi sənəd – Birləşmiş Millətlər Təşkilatının “Dəniz Hüququ haqqında” Konvensiyası qəbul edildi. Bu gün 168 dövlət həmin Konvensiyanın iştirakçısıdır. Bununla belə, Amerika Birləşmiş Ştatları, Türkiyə, İsrail, Qazaxıstan və Türkmənistan kimi dövlətlər hələ də bu Konvensiyaya qoşulmayan ölkələr sırasındadır.⁴⁶ Digər tərəfdən, Yunanıstan

⁴¹ Murat Kağan Kozanhan, *Enerji Politikaları ve Güvenlik Bağlamında Doğu Akdeniz*, 1 Anadolu Strateji Dergisi 55, 64 (2022).

⁴² Kevin Baumert, Brian Melchior, *Practice of Archipelagic States: A Study of Studies*, 45 Ocean Dev. & International Law 60, 63 (2015).

⁴³ United Nations, *Review of Maritime Transport 2021*, 147 (2021).

⁴⁴ UNCTAD, *Global Trade Hits Record High of \$28.5 Trillion in 2021, but likely to be subdued in 2022* (2022), <https://unctad.org/news/global-trade-hits-record-high-285-trillion-2021-likely-be-subdued-2022> (son baxış 26 may 2022).

⁴⁵ United Nations Conference on the Law of the Sea, 24 February – 27 April 1958, https://legal.un.org/diplomaticconferences/1958_1os/ (son baxış 3 iyun 2022).

⁴⁶ United Nations Convention on the Law of the Sea, Overview (1982). Burada bax:

“UNCLOS”-u 10 dekabr 1982-ci ildə imzalamış və 21 iyul 1995-ci ildə ratifikasiya etmişdir.⁴⁷

Məqalənin növbəti hissələrində “UNCLOS”-un tətbiqinin mümkünlüyü və bu istiqamətdə ölkələrin irəli sürdükləri arqumentlər təhlil ediləcəkdir.

A. Yunanıstan Birləşmiş Millətlər Təşkilatının “Dəniz Hüququ haqqında” Konvensiyasına istinad edə bilərmə?

Yunanıstan 12 mil qaydasının tətbiq edilməsi fikrini hər fürsətdə irəli sürməyə çalışsa da, daim Türkiyənin bu mövzuda mövqeyini dəyişdirməmişdir. Yunanıstan öz mövqeyini 1982-ci ildə imzalanan və Türkiyənin tərəf olmadığı “UNCLOS” vasitəsilə əsaslandırmaq istəyir və bu konvensiyanı mübahisənin həlli üçün normativ hüquqi baza olaraq görür. Bu xüsusda Türkiyə öz əks arqumentini “Müqavilələr Hüququ haqqında” Vyana Konvensiyasının 26-cı maddəsində nəzərdə tutulan “*pacta sunt servanda*” prinsipi əsasında qurur.⁴⁸ Belə ki, həmin prinsipə görə müqaviləyə tərəf olan subyektlər onun müddəalarını məcburi şəkildə və vicdanla yerinə yetirməli olduğu halda müqaviləyə tərəf olmayan subyektlər üçün heç bir öhdəlik formalaşmır.⁴⁹ Bu səbəbdən də Konvensiyanın müddəaları Türkiyə üçün məcburi xarakter daşımır.

B. Konvensiyanın müddəaları beynəlxalq adət hüququ formalaşdırırmı?

Beynəlxalq adət hüququ beynəlxalq hüququn mənbələrindən biri kimi çıxış edir. Bu məqam BƏM-in Statutunun 38-ci maddəsinin “b” bəndində öz əksini tapmışdır.⁵⁰ Məhkəmənin formalaşdırdığı hüquqi mövqeyə əsasən isə beynəlxalq adət hüququ iki elementdən ibarətdir – 1) dövlətlərin praktikası (state practice) və 2) bu praktikanın dövlətin digər praktikalarından fərqli olaraq dövlət üçün öhdəlik kimi qəbul edilməsi və hüququn aliliyinə xidmət etdiyi düşüncəsilə tətbiq edilməsi (“*opinio juris*”).⁵¹

Hazırda Konvensiyanın həm bütövlükdə,⁵² həm də müəyyən hissədə⁵³

https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_overview_convention.htm (son baxış 26 may 2022).

⁴⁷ United Nations Convention on the Law of the Sea, About (1982). Burada bax:

https://treaties.un.org/pages/viewdetailsiii.aspx?src=ind&mtdsg_no=xxi-6&chapter=21&temp=mtdsg3&clang=en#enddec (son baxış 26 may 2022).

⁴⁸ “Müqavilələr Hüququ haqqında” Vyana Konvensiyası, mad. 26 (1969). Burada bax: <https://e-qanun.az/framework/36996> (son baxış 26 may 2022).

⁴⁹ Oxford Reference, *Pacta sunt servanda*,

<https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803100300496> (son baxış 26 may 2022).

⁵⁰ Beynəlxalq Ədalət Məhkəməsinin Statutu, mad. 38. Burada bax: <https://www.icj-cij.org/en/statute> (son baxış 26 may 2022).

⁵¹ North Sea Continental Shelf Case, para. 77.

⁵² Martin Lishexian Lee, The Interrelation Between the Law of the Sea Convention and Customary International Law, 7 San Diego International Law Journal 405, 420 (2006).

⁵³ J. Ashley Roach, *Today’s Customary International Law of the Sea*, 45 Ocean Development & International Law 239, 242 (2014).

beynəlxalq adət hüququ təşkil etdiyini iddia edən hüquqşünaslar vardır. Qeyd etmək lazımdır ki, Konvensiya özündən əvvəlki beynəlxalq sənədlərdə yer alan bir çox normaları ehtiva etsə də, bəzi məsələlərlə bağlı yeni yanaşmalar ortaya qoymuşdur. Həmin yanaşmalar hələ də beynəlxalq adət hüququna çevilməyərək yalnız müqavilə öhdəliyi yaradır.⁵⁴

Əvvəlki arqumentasiya qaydasına sadıq qalaraq 12 mil qaydasının beynəlxalq adət hüququ təşkil etdiyini fərz etsək belə, “daimi etirazçı” (persistent objector)⁵⁵ bu qaydanın Egey dənizində tətbiqini sual altında qoyacaqdır. Yəni bir suveren dövlət beynəlxalq adət hüququ formalaşmağa başladığı andan etibarən həmin adətə etiraz edibsə, bu adət həmin dövlətə münasibətdə öz məcburi qüvvəsini itirir. Bu səbəbdən 12 mil qaydası beynəlxalq adət hüququ olsa belə, Egey dənizində tətbiq edilə bilməz.⁵⁶ Çünki Konvensiyanı imzalamaqdan imtina edən 16 ölkədən biri olaraq Türkiyə Egey dənizində 12 mil qaydasına hər fürsətdə qarşı çıxdığını bəyan etmişdir. 1995-ci ildə Türkiyə Böyük Millət Məclisinin verdiyi bəyanatda məsələnin ciddiliyi bir daha müşahidə olunmuşdur.

IV. Beynəlxalq Ədalət Məhkəməsi üzrə perspektivlər

Bu hissədə Türkiyə ilə Yunanıstan arasındakı Egey mübahisəsinin müasir tənzimləmə çərçivəsi, eləcə də BƏM-in ərazi sularının bölünməsi ilə bağlı analoji mübahisələrə dair qərarlarında hüquqi əsaslandırması araşdırılacaqdır. Sonda isə qərarlarda oxşar həll mexanizmlərinin tətbiqi imkanlarına baxılacaqdır.

A. BMT Nizamnaməsi (Beynəlxalq Ədalət Məhkəməsi və onun yurisdiksiyası)

Türkiyə və Yunanıstan BMT-nin 1945-ci il oktyabrın 24-dən, təsis edildiyi gündən bəri BMT-nin üzvüdür.⁵⁷ BMT-nin üzvü olan dövlətlər həm BMT-nin Nizamnaməsinə, həm də avtomatik olaraq BƏM-in Statutuna tərəf olurlar. Belə ki, Nizamnamənin 93-cü maddəsinə əsasən “Birləşmiş Millətlər Təşkilatının bütün üzvləri BƏM-in Statutunun ipso-fakto tərəfləridir”.⁵⁸ Daha sonra 94-cü maddədə qeyd edilir ki, “Birləşmiş Millətlər Təşkilatının hər bir üzvü tərəf olduğu istənilən işdə BƏM-in qərarına əməl etməyi öhdəsinə götürür”.

Lakin qeyd etmək lazımdır ki, BƏM-in yurisdiksiyasını qəbul etmək üçün təkcə Nizamnaməyə üzv olmaq kifayət deyil. Hazırkı iş üzrə Türkiyə ilə

⁵⁴ Malcolm N. Shaw, *International Law* (2021).

⁵⁵ Bu prinsip Beynəlxalq Ədalət Məhkəməsi tərəfindən “Asylum and Fisheries” işlərində istifadə edilmişdir. Həmin prinsipin necə işlədiyini, Beynəlxalq Ədalət Məhkəməsinin əsaslandırmasının analizi üçün bax, James A. Green, *The Persistent Objector Rule in International Law*, 36.

⁵⁶ Rıza Turmen, *Whose Sea? A Turkish International Law Perspective on the Greek-Turkish Disputes* (2020), <https://www.institutmontaigne.org/en/blog/whose-sea-turkish-international-law-perspective-greek-turkish-disputes> (son baxış 26 may 2022).

⁵⁷ Member States to UN, <https://www.un.org/en/about-us/member-states> (son baxış 25 may 2022).

⁵⁸ Yuxarıda istinad 18.

Yunanıstan arasındakı mübahisənin BƏM-ə çıxarılması üçün Məhkəmənin bu məsələdə yurisdiksiyaya malik olması lazımdır. Digər tərəfdən BƏM-in yurisdiksiyası aşağıda sadalayacağımız 5 üsuldən birinin tətbiqi ilə mövcud ola bilər:

i. Xüsusi müqavilə

BƏM-in məcburi yurisdiksiyasını qəbul etməyən dövlətlər aralarında xüsusi müqavilə bağlayaraq işə BƏM-də baxılması barədə razılığa gələ bilərlər. Məhkəmə bəzi işlər üzrə, məsələn, *Men Körfəzində Dəniz Sərhədinin Delimitasiyası* (Kanada/Amerika Birləşmiş Ştatları), *Quru və Dəniz Delimitasiyası və Adalar üzərində Suverenlik* (Qabon/Ekvatorial Qvineya), *Gabcikovo-Nagymaros Layihəsi* (Macarıstan/Slovakiya) və *Şimal Dənizi Kontinental Şelfi* (Almaniya Federativ Respublikası/Danimarka; Almaniya Federativ Respublikası/Hollandiya) işlərində həmin müqavilələr əsasında öz yurisdiksiyasını müəyyən etmişdir. Hazırkı işdə Türkiyənin Məhkəmənin məcburi yurisdiksiyasını qəbul etmədiyini nəzərə alaraq mübahisənin bu üsulla Məhkəməyə çıxarılmasını ən uyğun yol hesab edirik.

ii. Könüllü müddəa

Tərəflərin Məhkəmənin yurisdiksiyasını saziş və ya xüsusi müqavilə əsasında tanıdığı hallardan fərqli olaraq, dövlətlər BƏM-in Statutunun “könüllü müddəa” kimi də adlandırılan 36-cı maddəsinə əsaslanaraq bəyannamə verərək yurisdiksiyanı tanımamalarından irəli gəlir.⁵⁹ Bununla bağlı BƏM qeyd edir ki, “Məhkəmənin məcburi yurisdiksiyasını tanımış hər bir dövlət, prinsipcə, eyni öhdəliyi qəbul etmiş hər hansı bir və ya bir neçə digər dövlət barəsində icraat başlatmaq üçün Məhkəməyə ərizə verməklə Məhkəmə qarşısına çıxarmaq hüququna malikdir. Əksinə, həmin dövlətə qarşı bir və ya bir neçə digər belə dövlət tərəfindən icraat başlanarsa, Məhkəmədə tərəf olmağı öhdəsinə götürür”.⁶⁰ Hazırkı işdə Yunanıstan 14 Yanvar 2015-ci il tarixində könüllü müddəanı qəbul etmiş, lakin Türkiyə bu müddəanı hələ də qəbul etməmişdir. Məhkəmənin yurisdiksiyası dövlətlərin razılığına əsaslanır və onlar bu yurisdiksiyanı məhdudlaşdırmaqda (qeyd-şərtlə) və onun çox az hissəsini qəbul etməkdə sərbəstdirlər.

Bundan əlavə, Yunanıstan könüllü müddəanı qəbul etməsi ilə bağlı üç qeyd-şərt irəli sürmüşdür. Bunlardan biri Yunanıstan Respublikasının ərazisi üzərində dövlət sərhədləri, suverenliyi, habelə onun ərazi sularının və hava məkanının, eləcə də hüduqları ilə bağlı irəli sürüləcək hər hansı bir mübahisədir.⁶¹

⁵⁹ Samuel A. Bleicher, *ICJ Jurisdiction: Some New Considerations and a Proposed American Declaration*, 61 Columbia Journal of Transnational Law 61, 62 (1967).

⁶⁰ Declarations Recognizing the Jurisdiction of the Court as Compulsory, <https://www.icj-cij.org/en/declarations> (son baxış 26 may 2022).

⁶¹ Declarations Recognizing as Compulsory the Jurisdiction of the International Court of Justice Under Article 36, Paragraph 2, of the Statute of the Court,

Maraqlıdır ki, həmin qeyd-şərtə görə həm Yunanıstan, həm də Türkiyə bu qeyd-şərtədən qarşılıqlıq prinsipi çərçivəsində istifadə etmək hüququna malikdir.⁶² Bununla belə, Nizamnamənin 36-cı maddəsinin 2-ci bəndindən irəli gələn qarşılıqlıq prinsipi dövlətlərə irəli sürülmüş qeyd-şərtləri qəbul etməyə icazə verir.⁶³ Başqa sözlə, onlar bu qeyd-şərtədən istifadə etməyə və BƏM-in mübahisəyə baxmasına razılıq verə bilərlər. Hər bir halda, qeyd etmək lazımdır ki, qeyd-şərtin irəli sürülməsi BƏM-in yurisdiksiyasına maneə törətmir.

BƏM delimitasiya qeyd-şərti ilə bağlı Yunanıstana qarşı bütün ittihamları rədd etməlidir. Çünki bu cür rezervasiya etibarsızdır. Belə ki:

a) Avtomatik qeyd-şərt Beynəlxalq Ədalət Məhkəməsinin Statutunun 36-cı maddəsinin 6-cı bəndinə ziddir

Məhkəmənin yurisdiksiyası ölkələrin razılığına əsaslanır və onlar bunu məhdudlaşdırmaqda və bununla da yurisdiksiyanın az hissəsini tanımaqda sərbəstdirlər. Lakin bu kiçik hissə məhkəmənin digər məcburi sənədlərinin pozulması ilə nəticələnə bilməz. Belə bir qeyd-şərt Beynəlxalq Ədalət Məhkəməsi Nizamnaməsinin 36 (6)-cı maddəsinə ziddir və həmin maddədə qeyd olunur: “Məhkəmənin yurisdiksiyaya malik olub-olmaması ilə bağlı mübahisə yaranarsa, məsələ Məhkəmənin qərarı ilə həll edilir”.⁶⁴ Hətta bu halda belə BƏM-in yurisdiksiyaya malik olub-olmaması ilə bağlı qərarı Məhkəmə verir, problem isə avtomatik qeyd-şərtin özünü mühakimə etmə xarakterinə malik olması ilə bağlıdır.⁶⁵ Məhkəmə özünü mühakimənin nəticəsində ortaya çıxmış bu anlayışı fəaliyyətinə də zidd olan⁶⁶ öhdəlik kimi qəbul etməlidir.⁶⁷ Bu halda, mövcud olan sənəd üstünlük təşkil edəcək,⁶⁸ çünki Məhkəmə BMT Nizamnaməsinə və onun tərkib hissəsi olan Statutunun müddəalarına uyğun olaraq öz funksiyasını icra edir.⁶⁹

Bu qeyd-şərt, həmçinin “*competence de la competence*” prinsipinə ziddir və buna görə də etibarsız hesab edilməlidir.⁷⁰ Bu prinsip aydın şəkildə müəyyən edir ki, məhkəmə iş üzrə öz yurisdiksiyasını müəyyən etməkdə azaddır.⁷¹

https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=I-4&chapter=1&clang=en#EndDec (son baxış 27 may 2022).

⁶² Francesco Parisi, Nita Ghei, *The Role of Reciprocity in International Law*, 36 Cornell International Law Journal 93, 93 (2003).

⁶³ Anglo-Iranian Oil Co. Case (Jurisdiction), Judgment of July 22nd (1952); Case of Certain Norwegian Loans, Judgment of July 6th (1957); Interhandel Case, Judgment of March 21st (1959).

⁶⁴ Yuxarıda istinad 50, mad. 36 (6).

⁶⁵ N. Kebbon, *The World Court's Compulsory Jurisdiction under the Optional Clause - Past, Present and Future*, 58 Nordic Journal of International Law 257, 260 (1989).

⁶⁶ R. Y. Jennings, *Recent Cases On “Automatic” Reservations to The Optional Clause*, 7 The International and Comparative Law Quarterly 349, 359 (1958).

⁶⁷ Takeshi Mingawa, *The Principle of Domestic Jurisdiction and The International Court of Justice*, 19 Hitotsubashi Journal of Law and Politics 9, 23 (1979).

⁶⁸ Yuxarıda istinad 18.

⁶⁹ Yenə orada.

⁷⁰ Ibrahim F. I. Shihata, *The Power of the International Court to Determine Its Own Jurisdiction*, 285 (1965).

⁷¹ Chittharanjan Félix Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, 154 (2009).

b) Avtomatik qeyd-şərt hüquqi öhdəliyin yaranmasına mane olur

Bu halda hüquqi öhdəliyin yaradılması Yunanıstanın öz qərarından asılı olacaqdır. Bu qeyd-şərt Məhkəmənin Statutuna və Nizamnaməyə uyğun fəaliyyət göstərməsini qeyri-mümkün edir. Həmçinin bu, BƏM-in Statutunun 1-ci maddəsinə⁷² və Nizamnamənin 92-ci maddəsinə⁷³ də ziddir. Həmin maddələrin əsas ideyası ondan ibarətdir ki, Məhkəmə öz Statutunun müddəalarına uyğun fəaliyyət göstərməlidir, çünki BMT-nin əsas məhkəmə orqanı və Statutun Nizamnamənin tərkib hissəsi olduğuna görə⁷⁴ Nizamnamənin bütün müddəaları Məhkəmə üçün də məcburidir.⁷⁵ Nəticə etibarilə *“Məhkəmə öz fəaliyyət dairəsində yurisdiksiya ilə bağlı mübahisələri həll etmək üçün öz Statutunu rəhbər tutaraq hərəkət etməsi üçün heç bir imkan yoxdur”*.⁷⁶

Məhkəmə həmin müddəanın etibarsız sayılmasından başqa fəaliyyət göstərə bilmirsə, onu etibarsız hesab edə bilər.⁷⁷ Məhz buna görədir ki, *“Məhkəmənin Statutu qəbul haqqında bəyannamənin əsası və mənbəyidir”*⁷⁸ və bəyannamə Statutun tələblərinə əməl etmədən hüquqi qüvvəyə malik ola bilməz.

Bu halda, bu qeyd-şərt etibarlı sayılacaqsa, hər bir halda bəyannaməsində bu qeyd-şərti ehtiva edən dövlətə qarşı qeyd-şərt tələb oluna bilər və öz mülahizəsinə uyğun olaraq mübahisə mahiyyət etibarilə daxili yurisdiksiya çərçivəsində hesab olunacaqdır. Məhkəmə isə *“öhdəliyin”* mənasını tam nümayiş etdirən bu iddia ilə razılaşmalı olacaqdır. Yuxarıda qeyd olunan arqumentlərdən belə nəticəyə gəlmək olar ki, Məhkəmənin öz vəzifələrini və yurisdiksiyasını müəyyənləşdirmək hüququnu təsbit edən Statutuna zidd hərəkət etməsi hüquqi cəhətdən mümkün deyildir.⁷⁹

c) Avtomatik qeyd-şərt etibarsızdır

Ən düzgün həll yolu odur ki, BƏM qeyd-şərtin bu hissəsini etibarsız saymalı, qalan hissəsi barəsində isə qərar etməlidir. *“Əgər Məhkəmə öz Statutuna uyğun olaraq fəaliyyət göstərə bilmirsə, o zaman, Statutunun müddəalarına zidd olan qeyd-şərti ehtiva edən “Qəbul”-la qarşılaşdıqda Məhkəməmə qeyd-şərti etibarsız hesab etməlidir”*.⁸⁰ Həmçinin qeyd etmək lazımdır ki, qeyd-şərtin bir müddəasının etibarsız olması onu tamamilə etibarsız edir. Müvafiq olaraq, hakim Armand Uqonun ayrıca rəyinə görə

⁷² Yuxarıda istinad 50, mad. 1.

⁷³ Yuxarıda istinad 18, mad. 92.

⁷⁴ Yenə orada.

⁷⁵ International Court of Justice, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina V. Serbia and Montenegro), Order of 13 September 1993 (Further Requests for the Indication of Provisional Measures), Separate Opinion of Judge Ad Hoc Lauterpacht, para. 24-38 (1993).

⁷⁶ Yenə orada.

⁷⁷ Yenə orada, 41.

⁷⁸ Yenə orada.

⁷⁹ Yenə orada, 38.

⁸⁰ Yenə orada, 41.

qeyd-şərtin bu hissəsi ayrı-ayrılıqda ayrılı və etibarsız hesab edilə bilər.⁸¹ Həmçinin “*utile non debet per inutile vitiari*” prinsipinə əsasən, yalnız bir ayrıca müddə etibarsız sayıla bilər.⁸²

Qəbul bəyannaməsinin bir hissəsinin etibarsız hesab edilməsinin onu tamamilə etibarsız etməsi ilə nəticələnməsi barədə mübahisə oluna bilər. Lakin nəzərə almaq lazımdır ki, ərazi sularının eni və hüdudları ilə bağlı mübahisə məhkəmənin yurisdiksiyasının yalnız kiçik bir hissəsini təşkil edir və qalan qəbul hələ də etibarlı hesab edilə bilər.⁸³

iii. Güzəşt bəndi (Müqavilə və Konvensiyalarda nəzərdə tutulan məsələlər)

Bəzi konvensiyalarda və çoxtərəfli müqavilələrdə dövlətlər adı çəkilən sənəddən irəli gələn mübahisələri həll etməyə razılaşırlar. Biz burada “UNCLOS”-un adını çəkməyə ehtiyac yoxdur. Məsələn, Konvensiyanın 287 və 288-ci maddələri (ümumiyyətlə, XV hissə) onun təfsiri, tətbiqi və digər əlaqəli məsələlərdən irəli gələn mübahisələrin həllini müəyyən edir.⁸⁴

Lakin Türkiyə və Yunanıstan birlikdə ərazi sularının delimitasiyası ilə bağlı heç bir konvensiyaya istinad edə bilməzlər. Bu onu göstərir ki, Məhkəmənin yurisdiksiyası güzəşt bəndinə əsasən mövcud ola bilməz.

iv. Hüquqi mübahisələrdə məcburi yurisdiksiya

Bəzi mübahisələr var ki, onları xüsusilə BƏM özü həll etməlidir. Bu mübahisələr BƏM-in Statutunun 36-cı maddəsinin 2-ci bəndində verilmişdir:⁸⁵

- a) müqavilənin təfsiri;
- b) istənilən beynəlxalq hüquq məsələsi;
- c) müəyyən edilərsə, beynəlxalq öhdəliyin pozulmasını təşkil edəcək hər hansı faktın mövcudluğu;
- d) beynəlxalq öhdəliyin pozulmasına görə ödənilməli olan kompensasiyanın xarakteri və ya həcmi.

Göründüyü kimi, delimitasiya yuxarıda qeyd olunan növlərin heç birinə aid deyil. Buna görə də, mütənasiblik, ədalət prinsipi və s. kimi sərhədlərin müəyyənləşdirilməsi ilə bağlı beynəlxalq hüququn istənilən məsələsi tərəflər arasında daha ağılabatan həllə nail olmaq üçün Məhkəməyə təfsir etməsi məqsədilə təqdim edilə bilər.

v. Forum Proroqatum

Bu prinsip “Sir Lauterpacht” tərəfindən belə izah edilmişdir: “Forum proroqatum A dövlətinin mövcud olmayan və ya qüsurlu yurisdiksiya əsasında B dövlətinə qarşı icraata başlaması halında B dövlətinin Məhkəmə

⁸¹ Dissenting Opinion of Judge Armand Ugon, Interhandel Case (1959).

⁸² Yenə orada, 52.

⁸³ Yenə orada, 46.

⁸⁴ “Dəniz Hüququ haqqında” Konvensiya, mad. 287-288 (1982).

⁸⁵ Yuxarıda istinad 50, 36 (2).

yurisdiksiyasını qəbul etməklə vəziyyəti düzəldə bilməsi imkanındır.⁸⁶

Beynəlxalq Ədalət Məhkəməsinin yurisdiksiyasını təfərrüatlı şəkildə araşdırmağımızın əsas səbəbi odur ki, 1976-cı ildə Yunanıstanın kontinental şelf mübahisəsi ilə əlaqədar olaraq Türkiyəyə qarşı Beynəlxalq Ədalət Məhkəməsinə müraciət etməsi və Türkiyənin bu səlahiyyətə etiraz etməsidir. Nəticədə Məhkəmə bu etirazı əsaslı hesab etmişdir.⁸⁷

Qəribədir ki, Türkiyə və Yunanıstan 1974-cü ildə Kipr əməliyyatı ilə artan gərginlikdən sonra 11 noyabr 1976-cı ildə İsveçrənin Bern şəhərində saziş bağlamışdır. Bununla belə, tərəflər 10 maddədən ibarət olan Bern sazişində kontinental şelfin delimitasiyası ilə bağlı razılığa gələ bilməmişdirlər.⁸⁸ Ərazi suları ilə bağlı delimitasiyanın razılaştırılması ilə bağlı istifadə oluna biləcək mühüm məqamlar var idi. Məsələn:

1) *Hər iki tərəf razılaşırlar ki, öz aralarında kontinental şelfin delimitasiyası ilə bağlı qarşılıqlı razılıq əldə etmək məqsədilə danışıqlar açıq, davamlı və vicdanla aparılmalıdır.⁸⁹ Əslində bu ümumi müddəə tərəflərin real razılığını və niyyətini göstərmək baxımından çox vacibdir. Bu səbəbdən tərəflər Egey dənizinin delimitasiyası ilə bağlı hər hansı xüsusi saziş bağlamağa razılaşırsalar, elə ilk maddələrdə öz məqsəd və hədəflərini göstərməli olacaqlar;*

2) *Hər iki tərəf kontinental şelfin delimitasiyası ilə bağlı öz mövqelərini qoruyur.⁹⁰ Bildiyimiz kimi, nə Yunanıstan, nə də Türkiyə indiki 6 mil tətbiqindən kənara çıxmaq istəyir. Bundan əlavə, hər iki tərəf qarşı tərəfin ərazi sularında onun nüfuzuna və suverenliyinə təhlükə yaratdığını əsas gətirərək hər zaman müharibəyə hazırdır. Onu da deməliyik ki, tərəflərin hazırkı ərazi suları, yəni 6 mil heç bir rəsmi sənəddə öz təsdiqini tapmayıb;*

3) *Bu məqsədlə milli nümayəndələrdən ibarət qarışıq komissiya yaradılacaqdır.⁹¹ Egey dənizindəki ərazi suları ilə bağlı mübahisə hüquqi-siyasi yolla həll edilməlidir. Hər iki tərəfin tezisləri bir-biri ilə müqayisə olunmalı, ədalətli, mütənəsb, real və ədalətli həll yolu tapılmalıdır. Bu baxımdan, birgə komissiyanın yaradılması ümumi və keyfiyyətli həll yolu tapmağa kömək edəcəkdir;*

4) *Hər iki tərəf iki ölkə arasında kontinental şelfin delimitasiyası zamanı istifadə oluna biləcək prinsipləri və praktiki meyarları ortaya çıxarmaq məqsədilə bu mövzuda dövlətlərin təcrübəsini və beynəlxalq qaydaları öyrənməyə razılaşımışdılar.⁹² Növbəti hissələrdə Beynəlxalq Ədalət Məhkəməsinin yeddi işi və Beynəlxalq Dəniz Hüququ Tribunalının üç işi araşdırılacaq və mübahisənin həlli prosesinə töhfə vermək üçün oxşar cəhətlər və həll təklifləri təqdim ediləcək;*

⁸⁶ Yuxarıda istinad 75.

⁸⁷ Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey), Judgment of December 19th 1978. Burada bax: <https://www.icj-cij.org/en/case/62> (son baxış 25 may 2022).

⁸⁸ Nevin Aslı Toppare, A Legal Approach to The Greek Turkish Continental Shelf Dispute at the Aegean Sea, 156 (2006).

⁸⁹ Yenə orada.

⁹⁰ Yenə orada.

⁹¹ Yenə orada.

⁹² Yenə orada, 56.

5) Hər iki tərəf Egey kontinental şelfə aid danışıqlara mane ola biləcək hər hansı təşəbbüsdən və ya hərəkətdən çəkinməyi öhdəsinə götürür. Balkə də bu, mübahisənin həlli üçün imzalanacaq ikitərəfli müqavilənin ən mühüm maddəsi olacaqdır. Çünki nəinki Türkiyə və Yunanıstan arasında, hətta mübahisə edən digər dövlətlər arasında da problemlərin həlli prosesində tərəflərdən birinin qəsdən təxribatçı və pozucu addımlar ataraq həll yolunun qarşısını alması müşahidə edilmişdir. Əslində, Türkiyə və Yunanıstan həllə daha tez çatmaq üçün bir-birindən belə bir zəmanət almaq istəyəcəkdir.

Bern sazişini təhlil etməyimizin əsas səbəblərindən biri də sonrakı hissələrdə təqdim edəcəyimiz həll üçün təkliflərlə yanaşı, belə bir razılaşmanın zəruriliyidir. Yuxarıda göstərdiyimiz və Bern sazişindən istinad verdiyimiz maddələr gələcəkdə potensial müqavilənin əsas strukturunun formalaşmasında faydalı olacaqdır.

Hazırda yuxarıda göstərilən 4-cü maddəyə uyğun olaraq beynəlxalq təcrübəni, daha dəqiq desək, BƏM-in və Dəniz Hüququ üzrə Beynəlxalq Tribunalın oxşar mübahisələrə dair qərar və əsaslandırmaqlarını araşdıracağıq.

B. Karib dənizində Nikaraqua və Honduras arasında ərazi və dəniz mübahisəsi (Nikaraqua Hondurasla qarşı)

“8 dekabr 1999-cu ildə Nikaraqua Respublikası Karib dənizində dəniz zonalarının delimitasiyası ilə bağlı mübahisə üzrə Honduras Respublikasına qarşı icraat başlatmaq üçün ərizə verdi.

2007-ci ilin martında açıq dinləmələrdən sonra Məhkəmə 8 oktyabr 2007-ci il tarixində qərar çıxardı. Mübahisəli ərazidə yerləşən Bobel, Savanna, Port Royal və Cənub adacıqları üzərində suverenlik məsələsi ilə bağlı Məhkəmə belə nəticəyə gəldi ki, nə Honduras, nə də Nikaraqua bu adalara “*uti possidetis juris*” hüququ ilə sahib olmuşdur. Məhkəmə müstəmləkə dövründən sonrakı təsirləri müəyyən etməyə çalışaraq müəyyən etdi ki, adalar üzərində suverenlik Hondurasla məxsusdur, çünki Honduras öz cinayət və mülki sahədə olan qanunlarını tətbiq və icra etmiş, immiqrasiya məsələlərini, baliqçılıq və tikinti fəaliyyətini tənzimləmiş və orada ictimai işlərlə bağlı səlahiyyətlərini həyata keçirmişdir. İki dövlət arasında dəniz ərazilərinin delimitasiyasına gəldikdə isə Məhkəmə müəyyən etmişdir ki, 15-ci paralel boyunca nə *uti possidetis juris*, nə də Tərəflər arasında səssiz razılaşma əsasında müəyyən edilmiş sərhəd vardır. Beləliklə, Məhkəmə delimitasiya ilə bağlı xüsusi coğrafi şəraiti nəzərə alaraq bərabər məsafə metodu tətbiq edə bilmədiyi üçün 70°14'41.25" azimutlu bissektisa (yəni, sahil xətlərinin xətti yaxınlaşması nəticəsində yaranan bucağı ikiye bölməklə yaranan xətt) çəkmişdir. Məhkəmə yuxarıda qeyd olunan adalara verilən ərazi sularını nəzərə alaraq və median xətti çəkməklə həmin ərazi suları ilə Edinburq adacığının (Nikaraqua) üst-üstə düşməsi məsələsini həll etmək üçün xəttin istiqamətini düzəltmişdir.

Məhkəmədən Nikaraqua və Honduras arasında dəniz sərhədinin başlanğıc nöqtəsinin müəyyən edilməsi xahiş olunmuş, nəticədə “Gracias a Dios” burnunun (hər iki dövlətin sahil xətlərinin kəsişdiyi nöqtədə yerləşir) şərqə doğru davam edən akkresiyasını nəzərə alaraq nöqtəni 1962-ci ildə qarışıq demarkasiya komissiyasının Koko çayının mənsəbindəki quru sərhədinin son nöqtəsi kimi müəyyən etdiyi nöqtədən dənizə üç dəniz mili məsafədə bissektisa üzərində təyin etmək qərarına gəldi. **Məhkəmə daha sonra Tərəflərə quru sərhədinin hazırkı son nöqtəsi ilə müəyyən olunmuş dəniz sərhədinin başlanğıc nöqtəsi arasında olan xəttin istiqamətini razılaşdırmaq məqsədilə vicdanlılıqla danışıqlar aparmağı tapşırırdı.** Dəniz sərhədinin son nöqtəsinə gəldikdə isə Məhkəmə bildirmişdir ki, “çəkdiyi xətt bəzi üçüncü dövlətlərin hüquqlarına toxuna biləcəyi əraziyə qədər uzadılmışdır”.⁹³

Bu işin əsas məqsədlərindən biri adalar üzərində hansı ölkənin suverenliyinin tanınması və ərazi sularının delimitasiyası zamanı hansı siyasətin aparılmalı olmasıdır. Göründüyü kimi, Beynəlxalq Ədalət Məhkəməsi Nikaraqua və Honduras arasındakı ərazi sularını müəyyən edərkən mübahisəli bölgədə yerləşən Bobel, Savanna, Port Royal və Cənub adacıqları üzərində hansı ölkənin suverenliyə malik olması əhəmiyyət kəsb edirdi. Məhkəmə mübahisəli bölgədə yerləşən adalar üzərində öz mülki, cinayət və miqrasiya qanunlarını balıqçılıq və tikinti fəaliyyəti ilə məşğul olduğu adalarda tətbiq etməsini əsas gətirərək Hondurasın suverenliyini tanımışdır.

Maraqlıdır ki, Türkiyə ilə Yunanıstan arasında hələ də suverenliyi müəyyən edilməmiş çoxlu adalar və qayalar vardır. Egey dənizi regionunda eyni adalar və qayalar üzərində suverenlik məsələsi delimitasiya üçün potensial problem yaradacaqdır. Tarixdə bu problemin ən bariz nümunəsi 25 dekabr 1995-ci il və 30 yanvar 1996-cı il tarixləri arasında baş verən Kardak-İma böhranıdır.

25 dekabr 1995-ci ildə “Figen Akat” adlı türk ticarət gəmisinin Kardak qayalarına enməsi böhrana səbəb olan hadisələrin başlanğıcını qoymuşdur. Qəza yerinə gələn Yunanıstan Sahil Mühafizəsinin qayıqları həmin gəmini qəza yerinin Yunanıstanın ərazi suları içərisində olduğu və xilasetmə işinin Yunanıstan yedək gəmisi tərəfindən həyata keçiriləcəyi barədə xəbərdar etmişdir. Buna cavab olaraq gəminin kapitanı Türkiyənin ərazi sularında olduqlarını və Türkiyə Sahil Mühafizəsi Komandanlığından kömək istədiklərini bildirmişdir. Türkiyə Xarici İşlər Nazirliyi ilə Yunanıstanın Ankaradakı səfirliyinin əməkdaşları arasında bir sıra görüşlərdən sonra “Figen Akat” 26 dekabr 1995-ci ildə xilas edilərək Güllük limanına aparılmışdır. Xarici İşlər Nazirliyi ilə Yunanıstan səfirliyi arasındakı nota

⁹³ Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras). Burada bax: <https://www.icj-cij.org/en/case/120> (son baxış 25 may 2022).

mübadiləsindən sonra hadisə ilə əlaqədar olaraq Kardak qayalarının suverenliyi mövzusunda fikir ayrılığı rəsmi böhrana çevrilmişdir.

1996-cı il yanvarın 26-da Yunanistanın Kalimnos adasından olan bir qrup şəxs Kardak qayalarına dırmaşaraq Yunanistan bayrağını qaldırmış, yanvarın 27-də isə "Hürriyyət" qəzetinin iki müxbiri qayaların üzərindəki Yunanistan bayrağını endirərək yerinə Türkiyə bayrağını qaldırmışdır. Bayraq sancmaq uğrunda gedən bu mübarizə hər iki ölkədə gərginliyi daha da artırmış və diplomatik sahədə mübarizənin də getdikcə gərginləşdiyi müşahidə edilmişdir. Yunanistanın bölgədən əsgər və gəmilərini geri çəkməməsi nəticəsində Dəniz Qüvvələrinə aid "SAT" (Sualtı Hücum) qrupları 30-31 yanvar 1996-cı il tarixlərində gecə yarısı Yunanistan əsgərlərinin olmadığı Qərbi Kardaka gizli eniş etmişdir. Nəticədə isə böhran bir qədər də dərinləşmiş, eləcə də tərəflərin bir-birlərinə cavab vermək təşəbbüsünü bərabərləşdirmişdir.

Bu müddətdə ABŞ Prezidenti Klinton Türkiyə Prezidenti Dəmirəl, Baş nazir Çillər və Yunanistanın Baş naziri Simitis ilə telefon danışığı aparmışdır. Yanvarın 30-dan 31-nə keçən gecə ABŞ müdafiə nazirinin müavini Riçard Holbrukun tərəflərlə apardığı telefon diplomatiyası yaranmış mübahisənin həll olunmasında çox mühüm rol oynamışdır. Nəticə etibarilə 31 yanvar 1996-cı ilin səhəri yunan əsgərləri suverenlik simvolu sayılan dövlət atributlarını götürərək qayalardan ayrılmışdılar. Öz növbələrində Türk SAT komandoları da Kardakdan ayrılmışdılar.⁹⁴

Əslində, yuxarıdakı hissələrdə də qeyd edildiyi kimi, 1923-cü il Lozanna müqaviləsinin 15-ci maddəsinə və 1947-ci il Paris Sülh Müqaviləsinin 14-cü maddəsinin 2-ci bəndinə əsasən adaların silahsızlaşdırılması barədə razılıq əldə edilmişdir. Bununla belə, Yunanistanın sahsız adalarda və qayalarda hələ də tikinti işləri aparması və oraya hərbi qüvvə yerləşdirməsi davam edən problemlə məsələlərdəndir.

Bildiririk ki, Honduras və Nikaraqua arasındakı işin nəticələrinə və keçmiş böhranlara əsaslanaraq Yunanistan tərəfinin sahsız adalar və qayalarda suverenlik yaratmaq söyləri iki dövlət arasında bağlanmış müqavilələrə, eləcə də Məhkəmənin oxşar mübahisələrdə ortaya qoyduğu mövqeyə ziddir.

C. Qətər və Bəhreyn arasında dəniz sərhədlərinin müəyyən edilməsi və ərazi məsələləri (Qətər Bəhreynə qarşı)

Qətər 8 iyul 1991-ci ildə Havar adaları üzərində suverenlik, Dibal və "Qit'at Jarada" sahilləri üzərində suveren hüquqlar və onların dəniz ərazilərinin delimitasiyası ilə bağlı Bəhreynə qarşı icraat başlatmaq üçün ərizə təqdim etmişdir.

Məhkəmə yurisdiksiya məsələsi ilə bağlı 1 iyul 1994-cü il tarixdə qərar çıxarmışdır. "Həm Səudiyyə Ərəbistanı Kralı ilə Qətər Əmiri arasında, həm

⁹⁴ Aydın Şihmantepe, Kardak Krizi Sürecinin Kriz Yönetim Prensipleri Açısından İncelenmesi, 17 Güvenlik Stratejileri 127, 136-140 (2013).

də Səudiyyə Ərəbistanı Kralı ilə Bəhreyn Əmiri arasında 1987-ci ilin dekabrında məktub mübadiləsi aparılmış, həm də ki 1990-cı ilin dekabrında Dohada imzalanmış “Protokollar” adlı sənəd Tərəflər üçün hüquq və öhdəliklər yaradan beynəlxalq müqavilələri təşkil etmişdir. Həmin müqavilələrin şərtlərinə əsasən onlar öz aralarında olan bütün mübahisəni Məhkəməyə təqdim etməyi öhdələrinə götürmüşdülər.

Bundan sonra, dəniz sərhədlərinin müəyyən edilməsi məsələsi Məhkəmə tərəfindən baxılmış və qeyd edilmişdir ki, beynəlxalq adət hüququ bu işdə tətbiq olunan hüquqdur və Tərəflərin məhkəmədən tələbi vahid dəniz sərhədinin müəyyən edilməsidir. Cənub hissədə Məhkəmə Tərəflərin ərazi sularını, onların ərazi suverenliyinə malik olduqları əraziləri (o cümlədən dənizin dibi, bitişik suları və ona bitişik hava məkanı) müəyyən edən sərhəd çəkməli idi. Şimal hissədə isə Məhkəmə Tərəflərin yalnız suveren hüquqlarına və funksional yurisdiksiyasına (kontinental şelf, müstəsna iqtisadi zona) malik olduğu ərazilər arasında delimitasiya etməli idi.

Ərazi sularına münasibətdə Məhkəmə hesab etmişdir ki, o, müvəqqəti olaraq bərabər məsafəli xətt çəkməli və sonra bu xəttin hər hansı xüsusi hallar nəzərə alınmaqla düzəldilməli olub-olmadığını nəzərdən keçirməlidir.

Tərəflər istifadə ediləcək ilkin göstəriciləri müəyyən etmədiyinə görə Məhkəmə xatırladı ki, tətbiq olunan hüquqa əsasən ərazi sularının eninin ölçülməsi üçün normal başlanğıc xətti sahil boyu aşağı su xəttidir. Məhkəmə, həmçinin qeyd etmişdir ki, Bəhreyn rəsmi müraciətdə arxipelaq dövlət statusu ilə bağlı iddia irəli sürməmiş və buna görə də Məhkəmədən bu məsələ ilə bağlı mövqe tutması tələb olunmamışdır. Tərəflərin sahillərini müəyyən etmək üçün Məhkəmə ilk növbədə hansı adaların onların suverenliyinə tabe olduğunu müəyyən etməli idi.⁹⁵

Bu vəziyyətdən çıxarmalı olduğumuz iki əsas məsələ var:

- i. *İki ölkə arasında yazışmalar, əldə olunan razılaşmalar beynəlxalq müqavilələrdir, yoxsa yox? 1994-cü ildə BƏM Qətər və Bəhreyn arasındakı məsələləri həll etməzdən əvvəl bu iş üzrə yurisdiksiyasını tanıdı. Əslində, BƏM-in qərarının 23-cü bəndində Məhkəmə 1969-cu il tarixli “Müqavilələr Hüququ haqqında” Vyana Konvensiyasına istinad edərək iki ölkə arasında yazışmaların və bəzi məsələlərdə əldə olunacaq razılaşmaların da müqavilə sayıla biləcəyini müəyyən etdi.⁹⁶ Çünki qeyd edilmiş Vyana Konvensiyası müqavilələrin forması ilə bağlı heç bir məhdudiyət müəyyən etməmişdir. Yunanıstan və Türkiyə arasındakı mübahisəyə gəldikdə isə tərəflər öz niyyətlərinin və dövlət praktikasının mənbəyi kimi əvvəlki ikitərəfli (Anlaşma Memorandumu) və çoxtərəfli müqavilələrə də istinad edə bilirlər. Çünki BƏM adalatlı nəticəyə gəlmək üçün həm sənədlərin hamısını, həm də sənədlər ərsəyə gələrkən tərəflərin niyyətini nəzərə alacaqdır.*
- ii. *Adanın bir ölkənin suverenliyi altında yerləşməsi onu digər dövlətə çox yaxın*

⁹⁵ Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain). Burada bax: <https://www.icj-cij.org/en/case/87> (son baxış 26 may 2022).

⁹⁶ Yuxarıda istinad 48, mad. 2 (a).

edir. Xəritəyə baxdığımızda Havar adasının Bəhreyn materikindən uzaqda və Qətərə çox yaxın olduğunu görmək mümkündür. Bu vəziyyət Türkiyənin düz yanında olan Yunan adalarını, xüsusilə Midilli (Lesbos) adasını xatırladır. Həmçinin, BƏM-in Egey dənizində ərazi sularının delimitasiyası zamanı Yunanıstana fayda verəcək şəkildə qərar vermə ehtimalını göstərir. Qeyd etmək lazımdır ki, hətta Bəhreynin təkə Havar adası ətrafındakı ərazi sularını təyin edərkən belə BƏM 42 müxtəlif coğrafi nöqtəni birləşdirən xəritə hazırlamışdır.

Ç. Kamerun və Nigeriya arasında quru və dəniz sərhədi (Kamerun Nigeriyaya qarşı: Ekvatorial Qvineya müdaxilə edir)

“29 mart 1994-cü ildə Kamerun Məhkəmə Reyestrinə Bakassi yarımadası üzərində suverenlik məsələsi ilə bağlı Nigeriyaya qarşı icraat başladan və Məhkəmədən iki dövlət arasında dəniz sərhədinin müəyyən etməsini xahiş edən ərizə vermişdir. Kamerun iddiasının əsası kimi ərizəsində onun Bakassi yarımadasında bir neçə yaşayış məntəqəsini işğal etmiş Nigeriya Federativ Respublikasının qoşunlarının ona qarşı təcavüz etməsinə istinad etmişdi. Həmçinin beynəlxalq hüquqa əsasən Bakassi yarımadası üzərində suverenliyin Kameruna aid olduğunu və Nigeriyanın müstəmləkəçilikdən miras qalmış sərhədlərə hörmət prinsipini, müqavilə və beynəlxalq adət hüququnun digər normalarını pozduğunu bəyan etmişdir. Nəticədə, Kamerun Məhkəmədən Nigeriyanın beynəlxalq məsuliyyətə cəlb edilməsi barədə qərar verməsini, həmçinin Nigeriya ilə dəniz sərhədinin istiqamətini beynəlxalq hüququn onların müvafiq yurisdiksiyalarında tanımış olduğu dəniz zonasının hüdudlarına qədər uzatmağı xahiş etmişdir”.⁹⁷

BƏM, nəhayət, Kamerunun Bakassi yarımadası üzərindəki suverenliyini tanıdı və Nigeriyanın təcili və qeyd-şərtsiz əsgər və polislərini Çad gölünün Kamerunun suverenliyinə daxil olan ərazisindən və Bakassi yarımadasından çıxarmalı olduğunu vurğuladı.

Yuxarıda qeyd etdiyimiz kimi, Yunanıstan bəzi sahibsiz ada və qayalarda öz suverenliyini bərqərar etmək üçün əsgərlər yerləşdirir, tikinti aparır, öz əhalisi üçün qəsəbələr salır. Bununla belə, Kamerun və Nigeriya arasındakı işdə BƏM-in qərarına uyğun olaraq deyə bilərik ki, məsələ Məhkəməyə çıxarılsa, Yunanıstanın bu bölgələrdən çıxarılmasını tələb edən qərar qəbul edilə bilər.

D. Hind okeanında dəniz sərhədlərinin müəyyən edilməsi (Somali Keniyaya qarşı)

“28 avqust 2014-cü ildə Somali Hind okeanında hər iki dövlətin iddia etdiyi dəniz məkanının delimitasiyası məsələsi ilə bağlı mübahisə ilə əlaqədar Keniyaya qarşı icraat başlatmaq üçün ərizə vermişdir. Ərizədə Somali

⁹⁷ Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening).

Məhkəmədən “beynəlxalq hüquq əsasında Somaliyə və Hind okeanında Keniyaya aid olan bütün dəniz ərazilərini, o cümlədən 200 dəniz milindən uzaqdakı kontinental şelfini ayıran vahid dəniz sərhədinin istiqamətini müəyyən etməyi xahiş etmişdir”.⁹⁸

Məhkəmə 12 oktyabr 2021-ci ildə Somali ilə Keniya arasındakı dəniz sərhədini müəyyən edən işə mahiyyəti üzrə qərar vermişdir”.

Ötən il başa çatmış bu iş ilə Egey dənizindəki delimitasiya problemi arasında oxşarlıqlar mövcuddur. Hər iki ölkənin delimitasiyası ilə bağlı fərqli baxışlara malik olduğunu müəyyən edən məhkəmə işin daha ədalətli həllinə nail olmaq üçün iki fərqli məsələni təhlil etmişdir:

i. Bərabər məsafə metodu. Bu metoda görə sahil zolağından ikiyə bölünən bucaq keçirilir.⁹⁹ Sonra bu xəttə uyğun olaraq hər iki ölkənin yerləşdiyi materikdən bərabər məsafədə yerləşən nöqtələr bu xətt üzərində birləşdirilir.¹⁰⁰ Qeyd edək ki, bu məsələ Türkiyə ilə Yunanıstan arasında həll olunmamış delimitasiya mübahisəsində mühüm rol oynayır.

ii. Bundan əlavə, qeyd etmək lazımdır ki, Somalının delimitasiya üçün təklif etdiyi xəritə çox maraqlı əsaslarla rədd edilmişdir. Belə ki, BƏM Somalının təklif etdiyi delimitasiya xəritəsini Keniya ilə Tanzaniya, Tanzaniya və Mozambik arasındakı xəritələrlə müqayisə etmişdir. Bu bölgülərin ekvatora yaxın yerdə aparılması, eləcə də Keniyanın müstəsna iqtisadi zonadan əhəmiyyətli dərəcədə məhrum olacağına görə məhkəmə əvvəlki təcrübəni davam etmişdir. Türkiyə ilə Yunanıstan arasındakı Egey mübahisəsində də BƏM-dən oxşar qərar gözləmək olar. Çünki tezis əvvəlində qeyd etdiyimiz kimi, Egey dənizindəki bölünmə Türkiyənin Aralıq dənizindəki yurisdiksiyasına və Şərqi Aralıq dənizindəki ərazi sularının bölünməsinə birbaşa təsir edəcəkdir. Yunanıstanın Egey dənizində dəstəklədiyi delimitasiya tezisi Türkiyəni həm Ege, həm də Aralıq dənizlərində materiklə, yəni Anadolu ilə məhdudlaşdıracaqdır. Bununla belə, Türkiyə öz yurisdiksiyasına düşməli olan müstəsna iqtisadi zona ilə bağlı hüquqlarından ciddi şəkildə məhrum olacaq və bundan yararlanma bilməyəcəkdir.

E. Ərazi və Dəniz Mübahisəsi (Nikaraqua Kolumbiyaya qarşı)

“Delimitasiyanı həyata keçirmək üçün Məhkəmə öz yurisprudensiyasında əvvəllər müəyyən etdiyi və tətbiq etdiyi üç mərhələli prosedura əməl etmişdir:

i. Əvvəlcə, o, başlanğıc xətti nöqtələrini seçmiş və Nikaraqua sahilləri ilə Nikaraqua sahilləri ilə üzvəüz müvafiq Kolumbiya adalarının qərb sahilləri arasında müvəqqəti orta xətt çəkmişdir.

⁹⁸ Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya).

⁹⁹ Nugzar Dundua, Delimitation of Maritime Boundaries Between Adjacent States – The Nippon Foundation Fellow, 53 (2006-2007).

¹⁰⁰ Dany Channraksmeychhoukroth, The Three Equidistance Lines in Maritime Delimitation: What and Why? (2015), https://www.academia.edu/15191034/The_Three_Equidistance_Lines_in_Maritime_Delimitation_What_and_Why (son baxış 6 iyun 2022).

ii. İkinci, Məhkəmə ədalətli nəticə əldə etmək üçün müvəqqəti orta xəttin tənzimlənməsini və ya dəyişdirilməsini tələb edə biləcək hər hansı müvafiq halları nəzərdən keçirmişdir. Məhkəmə, qeyd etmişdir ki, Kolumbiyanın müvafiq sahilləri ilə Nikaraqua arasındakı əhəmiyyətli fərq (təxminən 1:8,2) ilə delimitasiya xəttinin bu və ya digər Tərəflərin onun sahillərinin daxil olduğu dəniz əraziləri ilə əlaqələrini kəsdiyi vəziyyətdən yayınmaq zərurəti oxşar halları təşkil edir. Məhkəmə qeyd etmişdir ki, müvəqqəti orta xəttə hansı düzəlişlərin edilməli olduğunu və ya bu xəttin hansı şəkildə dəyişdirilməsini müəyyən edərkən haqlı narahatlıqları nəzərə alınmalı olsa da, Tərəflərin davranışı, təbii ehtiyatlara çıxış məsələləri və ərazidə artıq həyata keçirilmiş delimitasiyalar bu işdə müvafiq hallar deyildir. Nikaraqua materiki ilə “Alburquerque Cays”, “San Andrés”, “Providencia” və “Santa Catalina”-nın qərb sahilləri arasındakı müvafiq ərazidə, əlaqə əks sahillərdən biri idi, müvafiq vəziyyətlər müvəqqəti orta xəttin şərqi doğru sürüşməsinə tələb etmişdir. Bu məqsədlə Məhkəmə müəyyən etmişdir ki, Nikaraqua və Kolumbiya adalarında yerləşən başlanğıc xətti nöqtələrinə müxtəlif əmsallara, yəni Kolumbiya başlanğıc xətti nöqtələrinin hər birinə bir əmsal və Nikaraqua başlanğıc xətti nöqtələrinin hər birinə üç əmsal verilməlidir. Bununla belə, Məhkəmə hesab etdi ki, beləcə qurulmuş xəttin şimala və ya cənuba uzadılması ədalətli nəticəyə gətirib çıxarmayacaq, çünki bu, Kolumbiyaya müvafiq ərazinin Nikaraquaya verildəndən əhəmiyyətli dərəcədə daha böyük payla qalmasına səbəb olacaqdır. Nikaraquanın müvafiq sahili Kolumbiyanın müvafiq sahilindən səkkiz dəfə çox idi. Üstəlik, Nikaraqua sahillərinin daxil olduğu əsas Kolumbiya adalarının şərqi sahilindən Nikaraquanı kəsəcəkdə. Məhkəmənin fikrincə, sərhəd xəttini Nikaraqua sahilindən 200 dəniz mili kənarındakı xəttə davam etdirməklə ədalətli nəticə əldə edilməli idi. Şimalda bu xətt “Roncador”un 12 dəniz mili ərazi sularının xarici sərhədinin ən şimal nöqtəsindən keçən paraleli izləyəcəkdə. Cənubda dəniz sərhədi əvvəlcə “Alburquerque” və Şərq-Cənub-Şərq adacıqlarının 12 dəniz mili ərazi sularının xarici sərhədini, sonra Şərq-Cənub-Şərqi adacıqların ərazi sularının ən şərq nöqtəsindən paralel keçəcəkdir. Bu şəraitdə “Quitavueño” və “Serrana”nın sərhəd xəttinin Nikaraqua tərəfinə düşməsinin qarşısını almaq üçün bu xüsusiyyətlərin hər birinin ətrafındakı dəniz sərhədi onların 12 dəniz mili ərazi sularının xarici sərhədini izləyəcəkdir.

iii. Üçüncü və sonuncu, Məhkəmə işin bütün hallarını nəzərə alaraq bu yolla əldə edilmiş delimitasiyanın nəticəsini qeyri-bərabər edəcək qeyri-mütənasiblik yaratmadığını yoxlamışdır. Məhkəmə təsbit etdi ki, sərhəd xətti müvafiq ərazini Tərəflər arasında təxminən 1:3,44 nisbətində Nikaraquanın xeyrinə bölməklə bərabər müvafiq sahillərin nisbəti isə təxminən 1:8,2 olmuşdur. Məhkəmə belə nəticəyə gəldi ki, bu xətt qeyri-bərabər nəticə yarada biləcək dərəcədə qeyri-mütənasibliyə səbəb olmamışdır”.

Göründüyü kimi, BƏM-in bu qərarı da daxil olmaqla, ilk növbədə, problemin həlli istiqamətində bir neçə addım müəyyən edilir.¹⁰¹

¹⁰¹ Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment of 19 November 2012.

Ə. Birləşmiş Millətlər Təşkilatının “Dəniz Hüququ haqqında” Konvensiyası (Dəniz Hüququ üzrə Beynəlxalq Tribunal)

Hüquq münasibətləri sosial hadisə olduğu üçün daim yenilənir. Elm, texnologiya, mühəndislik və digər sahələrdə inkişaf hüquq münasibətlərinin inkişafına zəmin yaradır. Buna uyğun olaraq da bəşəriyyətin varlığında mühüm rol oynayan dənizlərdə, okeanlarda, çaylarda, boğazlarda, kanallarda və digər su obyektlərində hüquqi münasibətləri tənzimləyən dəniz hüququ ilə bağlı daim inkişaf edən beynəlxalq münasibətlər və qanunvericilik mövcuddur. Əvvəldə də qeyd etdiyimiz kimi, “UNCLOS” bu sahəni tənzimləyən təkmlil beynəlxalq konvensiyadır və ona qoşulmaq dövlətlər üçün öhdəliklər yaradır.

Hal-hazırda “UNCLOS”-a dərindən təhlil etməzdən əvvəl aydınlaşdırmalıyıq ki, bu, Türkiyə üçün məcburidir, ya yox? Bu suala düzgün cavab tapmaq üçün, əvvəlcə, müəyyən etməliyik ki, “UNCLOS” beynəlxalq adət hüququndan irəli gəlirmi?

Yuxarıda qeyd edildiyi kimi, “UNCLOS” dəniz hüququ üzrə 4 konvensiyadan sonra qəbul edilmişdir. Buna görə də bir sıra norma və qaydalar əvvəlki formada qalmışdır. Lakin “UNCLOS” çoxlu yeni norma və qaydaları ehtiva edir. Bu baxımdan, beynəlxalq hüquq “UNCLOS”-un məcburi xarakter daşdığına görə qarşımıza bir sual qoyur.

Birincisi, “Müqavilələr Hüququ haqqında” Vyana Konvensiyasının 34-cü maddəsində açıq şəkildə qeyd olunan ümumi qaydaya görə müqavilə onun razılığı olmadan üçüncü dövlət üçün nə öhdəliklər, nə də hüquqlar yaradır.¹⁰² Bu o deməkdir ki, “UNCLOS”-u imzalayana və ratifikasiya edənə qədər Türkiyə üçün hüquq və öhdəliklər yaranmayacaqdır.

Digər tərəfdən, “UNCLOS”-un bəzi müddəaları beynəlxalq adət hüququnu təşkil edir. Bununla belə, dövlətlər arasında yaranan mübahisələr və anlaşılmazlıqlar səbəbindən “UNCLOS”-un bəzi müddələrinin beynəlxalq adət hüququ kimi tanınması və tətbiqi hələ də problemlili məsələdir, dəqiq və aydın cavabı yoxdur.¹⁰³

Bundan əlavə, 12 mil qaydası beynəlxalq adət hüququndan irəli gəlsə belə, bu prinsipin Egey dənizində tətbiqi hələ də sual altındadır. Çünki “UNCLOS”-u imzalamaqdan imtina edən 16 ölkədən biri olaraq Türkiyə Egey dənizində 12 mil qaydasına qarşı çıxmaqdadır. İstənilən bir dövlət əvvəldən beynəlxalq adət hüququna etiraz edmişdirsə, bu adət hüququ həmin dövlətə münasibətdə tətbiq olunmur. Bu səbəbdən də 12 mil qaydası adət hüququ olsa belə, Egey dənizində tətbiq edilə bilməz.¹⁰⁴

Nəhayət, qeyd etmək lazımdır ki, hətta Türkiyənin “UNCLOS”-u

¹⁰² Yuxarıda istinad 48, maddə 34.

¹⁰³ Yuxarıda istinad 54.

¹⁰⁴ Yuxarıda istinad 56.

ratifikasiya etdiyi halda belə, ərazi sularının delimitasiyası və Dəniz Hüququ üzrə Beynəlxalq Tribunalın yurisdiksiyası ilə bağlı mübahisənin yolverilməzliyi hələ də problemlə məsələ olaraq qalacaqdır. Çünki Yunanıstan "UNCLOS"-u ratifikasiya edərkən Tribunalın yurisdiksiyasına aşağıdakı qeyd-şərt qoymuşdur:

"UNCLOS"-un 298-ci maddəsinin 1-ci bəndinə əsasən Yunanıstan Respublikası bəyan edir ki, o, aşağıdakı mübahisələrlə bağlı Konvensiyanın XV hissənin 2-ci bölməsində nəzərdə tutulmuş prosedurların heç birini qəbul etmir:

- a) Dəniz sərhədlərinin delimitasiyası ilə bağlı 15, 74 və 83-cü maddələrin və ya tarixi körfəzlərin və ya hüquqların təfsiri və ya tətbiqi ilə bağlı mübahisələr;
- b) Hərbi fəaliyyətlə bağlı mübahisələr, o cümlədən qeyri-kommersiya xidməti ilə məşğul olan dövlət gəmiləri və hava gəmilərinin hərbi fəaliyyətləri, eləcə də 297-ci maddənin 2-ci və ya 3-cü bəndlərinə əsasən məhkəmə və ya tribunalın yurisdiksiyasından çıxarılan suveren hüquqların və ya yurisdiksiyanın həyata keçirilməsi ilə bağlı hüquq-mühafizə fəaliyyəti ilə bağlı mübahisələr;
- c) Əgər Təhlükəsizlik Şurası məsələni öz gündəliyindən çıxarmaq qərarına gəlmirsə və ya tərəfləri onu bu Konvensiyada nəzərdə tutulmuş vasitələrlə həll etməyə çağırmasa, Birləşmiş Millətlər Təşkilatının Nizamnaməsi ilə ona həvalə edilmiş funksiyaları yerinə yetirdiyi mübahisələr"¹⁰⁵.

Nəticə

Yüz illik tarixi olan Egey dənizinin delimitasiyası problemi kifayət qədər mürəkkəbliyi ilə seçilir. Bu səbəbdən də məqalədə beynəlxalq müqavilələr, hər iki dövlətin hüquqi mövqeyi və BƏM-in oxşar işlərdəki yanaşması, habelə tətbiq etdiyi metod və prinsiplər araşdırılmışdır. Sonda gəlinən nəticə isə belədir: Egey dənizi Türkiyə və Yunanıstan arasında BƏM tərəfindən tətbiq edilən orta xətt prinsipi əsasında bölünməlidir.

Qeyd etmək lazımdır ki, bu bölgü zamanı bəzi yunan adaları Türkiyənin ərazi suları daxilində qalacaqdır. Bu məqam Yunanıstan tərəfi üçün adaların təhlükəsizliyi baxımından müəyyən narahatlıq doğursa da, həmin adaların Lozanna və Paris müqavilələrinə uyğun olaraq silahsızlaşdırılmış statusu bu narahatlığı aradan qaldırır. Çünki delimitasiya Yunanıstanın istədiyi şəkildə aparılsa belə, yunan tərəfi müqavilə şərtlərinə uyğun olaraq həmin adalarda hərbi birləşmə saxlaya bilməz. Hər iki ölkə NATO-ya üzv olsa belə, Yunanıstanın narahatlığını aradan qaldırmaq üçün iki qonşu ölkə arasında təhlükəsizlik məsələlərini tənzimləyən daha spesifik və yeni bir pakt və ya müqavilə imzalana bilər.

Bir başqa problem doğuracaq məqam isə Türkiyənin ərazi suları daxilində qalacaq yunan adalarının ərazi sularının müəyyən edilməsi ilə bağlıdır.

¹⁰⁵ Declarations made by States Parties under article 298, <https://www.itlos.org/en/main/jurisdiction/declarations-of-states-parties/declarations-made-by-states-parties-under-article-298/> (son baxış 25 May 2022).

Düşünürük ki, bu zaman ən əlverişli variant həmin adalara 1923-cü il Lozanna müqaviləsi, habelə 1947-ci il Paris Sülh Müqaviləsində nəzərdə tutulduğu kimi 3 dəniz mili genişliyində ərazi sularının verilməsidir.

Hər iki ölkənin dəyişməz mövqeyi nəzərə alınmaqla, bu böhranın daha da genişlənilib qlobal bir xarakter almaması məqsədilə Egey dənizindəki ərazi sularının delimitasiyasının yuxarıda göstərilən prinsip və metodlar daxilində həll edilməsi tövsiyə edilir.

Vugar Ibrahimov*

DEMOCRACY AND CITIZENSHIP: FRANCHISING RIGHT TO VOTE TO NON- CITIZENS

Abstract

Right to vote and active participation of the members of any given society in a decision-making process are inevitable elements of the democracy. Thus, in any society, the voice of each individual is of great importance. Recent trends, especially the increasing influx of migration, are changing the nature of the societies in almost all countries and emerging diversities bring new challenges. These challenges urge governments to implement policies to deal with them. One of the challenges is the right to vote (global suffrage) for foreigners. Almost in all countries the right to vote is reserved for the citizens (nationals). The potential question here is: whether the voting rights should be extended to everyone in the society or at least to the non-citizens with legal residence. To find an answer to this question this article will first examine the reciprocal relationship between democracy and citizenship and delve into the notion of 'democracy' as a constitutional principle and will discuss its indispensable constituent components. The constitutional frameworks and legislations of the target countries, namely, New Zealand, Chile, Malawi and Uruguay and of the European states will be exemplified and compared. Later, under the light of its findings the paper will try to seek an answer to the main research question.

Annotasiya

Səsvermə hüququ və cəmiyyətin istənilən üzvünün qərarların qəbulu prosesində fəal şəkildə iştirakı demokratiyanın əvəzolunmaz elementləridir. Belə ki, hər hansı bir cəmiyyətdə hər bir fərdin səsinin eşidilməsinin böyük əhəmiyyəti vardır. Son tendensiyalar, xüsusən də artan miqrasiya axını, demək olar ki, bütün ölkələrdə cəmiyyətlərin xarakterini dəyişir və yaranan müxtəlifliklər yeni çağırışlar gətirir. Bu çağırışlar hökumətləri onlarla mübarizə aparmaq üçün siyasət həyata keçirməyə sövq edir. Belə çağırışlardan biri əcnəbilər üçün səsvermə hüququdur (qlobal seçki hüququ). Demək olar ki, bütün ölkələrdə səsvermə hüququ vətəndaşlar üçün nəzərdə tutulur. Burada potensial sual yaranır: səsvermə hüququ cəmiyyətdəki hər kəsə və ya ən azı qanuni yaşayış yeri olan qeyri-vətəndaşlara şamil edilməlidir? Bu suala cavab tapmaq üçün bu məqalə ilk növbədə demokratiya və vətəndaşlıq arasındakı qarşılıqlı əlaqəni araşdıracaq, konstitusion prinsip kimi "demokratiya" anlayışını tədqiq edəcək və onun əvəz edilməz tərkib hissələrini müzakirə edəcəkdir. Hədəf ölkələrin, yəni Yeni Zelandiya, Çili, Malavi və Uruqvay və Avropa dövlətlərinin konstitusiyaya çərçivələri və qanunvericilikləri nümunə kimi təhlil və müqayisə ediləcəkdir. Bundan sonra, araşdırmanın nəticələrinin işığında məqalə əsas tədqiqat sualına cavab verməyə çalışacaqdır.

CONTENTS

Introduction	212
--------------------	-----

* Vugar Ibrahimov is a PhD Candidate in Law (2022) at Martin-Luther-University Halle-Wittenberg, Germany, Chair of Public Law. Main research area: International Migration Law, Citizenship, and Identity Issues.

I. Understanding democracy and citizenship	213
II. Democracy as a constitutional principle and its constituent components.....	217
A. Rule of law	217
B. Citizenship and participatory democracy	219
C. Global suffrage: how does international law regulate?	220
III. Constitutional frameworks and legislative schemes on right to vote.....	222
A. Countries grant voting rights to non-citizens.....	223
B. Voting rights for non-citizens in European/Nordic countries	225
IV. Franchising right to vote to non-citizens: discussion.....	227
Conclusion	230

Introduction

With growing globalization after 1990s, although some say it is in decline,¹ it is safe to argue that, nowadays, the majority of the countries comprise people with diverse cultural backgrounds.² As of 2020 the number of international migrants was estimated to be around 281 million which equates to 3.6 per cent of the global population.³ This diversity raises several significant and, perhaps, contentious questions. For instance, disputes between “aboriginal” majorities and “foreign” minorities⁴ are becoming more frequent over the topics on language rights, regional autonomy, political representation and the right to be heard (right to vote), educational standards, land claims, immigration and naturalization laws, and even national symbols like the national anthem or holidays and so on.⁵ Consequently, the greatest problem facing democracies today is finding solutions that are both morally justifiable and politically feasible to cope with these issues⁶ now with an increasing influx of migrants.

One of the boiling disputes, *inter alia*, is about granting voting rights to the proportion of the population who are legal residents in any country either with the nationality of other countries or without nationality at all, thus, being stateless. This article shall humbly try to find an answer to the question whether right to vote should be franchised to these persons. To better

¹ Peter Zeihan, *The End of the World is Just the Beginning: Mapping the Collapse of Globalization*, 11-17 (2022).

² Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, 1-10 (1995).

³ World Migration Report 2022, United Nations International Organization for Migration, available at <https://publications.iom.int/books/world-migration-report-2022> (last visited August 14, 2022).

⁴ Rachel Busbridge, *Multicultural Politics of Recognition and Postcolonial Citizenship: Rethinking the Nation*,

⁵ Veronica Benet-Martinez and Ying-Yi Hong, *The Oxford Handbook of Multicultural Identity*, 438-462 (2014).

⁶ Kymlicka, *supra* note 2, 1-10.

understand the governing dynamics on the matter, this entry will first examine the reciprocal relationship between democracy and citizenship by providing historical development of these two notions basing on the existing literature and practice. The paper will then delve into the “democracy” as a constitutional principle and its indispensable constituent components, namely, the rule of law, the inclusion of the society members in the decision-making process and global suffrage shall be discussed. To shed light on the existing black letter laws, in the next section, the article will exemplify the constitutional frameworks of the target countries, namely, New Zealand, Chile, Malawi and Uruguay – countries that grant voting rights to non-citizen legal residents (although they are also limited). In comparison, the legislative schemes of Germany, the United Kingdom as well as the Nordic European countries – Denmark, Norway, and Sweden shall also be covered. Lastly, the paper will try to seek an answer to the main research question under the light of its findings.

I. Understanding democracy and citizenship

The link between democracy and citizenship (nationality) has long been established.⁷ To better understand this relationship this section shall discuss the main perceptions and definitions of “democracy” and “citizenship”.

“Democracy” – the word can be traced back to the ancient Greece. In the Greek language “*demos*” means “people” and “*kratos*” means “the rule, sway, governance or authority”, thus, in combined “democracy” means “the rule of people” or “popular authority or governance”.⁸ Today, the word “democracy” is used widely all-over the world and has been reflected in most of the constitutions.

Different definitions and perceptions of the democracy do exist in the legal and political literature. For instance, Plato perceived democracy as the rule of “opinion” over the “knowledge”, therefore, he was mostly in an opposing position to it.⁹ For Aristotle, democracy was a requirement for a good governance, however, it was by no means sufficient.¹⁰ According to him, if we are discussing justice and good governance, we are referring to a complexity of various ideas, ideals, and procedures a complexity that never stays the same.¹¹

In the words of Meriam Charles “*democracy is a form (kind) of political organization in which the majority of the community determines the general control*

⁷ Richard Bellamy, *Citizenship: a Very Short Introduction*, 97-124 (2008).

⁸ Definition of Democracy, Oxford Reference, Oxford University Press, <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780195148909.001.0001/acref-9780195148909-e-241> (last visited Aug. 8, 2022).

⁹ Bernard Crick, *Democracy: A Very Short Introduction*, 1-2 (2002); *See generally* Anders Dahl Sørensen, *Plato on Democracy and Political Technē* (2016).

¹⁰ Carnes Lord, *Aristotle’s Politics*, 106, 138, 169 (2013).

¹¹ Bernard Crick, *supra* note 9, 1-2.

and direction of the community in line with understandings and procedures that allow for popular involvement and agreement".¹² Some also argue that several additions have been made to the classical definition of the democracy, such as social or legal equality, individual liberalism, good governance and so on.¹³ And for some scholars, since democracy's definitions and operationalizations vary, we may establish a broad difference between "minimal" and "maximal" conceptions of the democracy.¹⁴ The minimal (most basic) definition of the democracy emphasizes the significance of the "means" such as fair elections, observance of the human rights and universal suffrage, while maximal definition, on the other hand, incorporate not only the democratic methods but also "ends" or "results" (such as economic and social rights).¹⁵ Different doctrines have historically defined the democracy in a specific way.¹⁶ For example, in the Soviet doctrine of democracy, the dictatorship of the communist party was considered as a "democracy" for the poorer proportion of the population, i.e., proletariat.¹⁷ Therefore, some consider Soviet communism more dangerous for democracy than fascism (in Italy) and national socialism (in Germany).¹⁸

As it will be used in this entry, the term "democracy" broadly refers to a system of collective decision-making processes that emphasize equality among participants (citizens).¹⁹ This definition focuses on collective decision-making in which decisions are taken by certain members of the community that are intended to be legally binding on all other community members.²⁰ This term also includes a wide range of organizational forms and democratic decision-making processes. And these decision-making processes are realised by the participation of the community members, thus through the right to vote.²¹ Since, the right to vote at national elections is reserved for only citizens in all countries the citizenship stands at the centre of the discussion for the operationalisation of the democratic institutions.

"Citizenship" (or "Nationality") - is one of the most essential notions in

¹² Charles E. Merriam, *The Meaning of Democracy*, 10 *The Journal of Negro Education* 309, 309 (1941); See generally Charles E. Merriam, *The New Democracy and the New Despotism* (1939); See also Charles E. Merriam, *What is Democracy?* (1941).

¹³ Walter James Shepard, *Democracy*, 180 *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 94, 95 (1935).

¹⁴ Siddhartha Baviskar, Mary Fran T. Malone, *What Democracy Means to Citizens – and Why It Matters*, 76 *European Review of Latin American and Caribbean Studies* 3, 4 (2004).

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Only some of the doctrines could be covered in a very short research paper.

¹⁷ N. S. Timasheff, *The Soviet Concept of Democracy*, 12 *The Review of Politics* 506, 506 (1950); Vladimir I. Lenin, *State and Revolution in J. Fineburg eds.*, 80 (1935); Hans Kelsen, *Foundations of Democracy*, 66 *Ethics*, 6 (1955).

¹⁸ Kelsen, *supra* note 17, 1.

¹⁹ Democracy, the Stanford Encyclopedia of Philosophy, <https://plato.stanford.edu/entries/democracy/> (last visited Aug. 8, 2022).

²⁰ *Ibid.*

²¹ David S. Tatel, *The Right to Vote*, 159 *Proceedings of the American Philosophical Society*, 1 (2015).

politics, and it is also one of the most extensively debated topics among legal and political scholars.

Citizenship entails “belonging” to a select group of people who decide how a particular political community's citizens inhabit collectively.²² It has, therefore, traditionally been associated with the privileges of “affiliation” or “belonging” to a specific type of political community in which those who have a certain status are permitted to take part on an equal footing with their fellow citizens in deciding how society is to be governed.²³ And that community's character in many ways reflects the contributions its residents make.²⁴ In particular, how much and how it respects people as equals is heavily influenced by their involvement or lack thereof.²⁵

The starting point of the definition of the ‘citizen’ could be in Diderot and d'Alembert's *Encyclopédie* (1753) under the entry “*citoyen*”.²⁶ The *Encyclopédie* defines the citizen as “*celui qui est membre d'une société libre de plusieurs familles, qui partage les droits de cette société, et qui jouit de ses franchises*”, meaning “*citizen is the one who is a member of a free society of several families, who shares the rights of this society, and who enjoys its immunities*”.²⁷ A citizen could only be a man and families were unquestionably the foundational blocks of the society.²⁸ “Nationality” was also described in the sixth edition of the *Dictionnaire de l'Académie Française*, in 1835, as a definite term for state membership.²⁹ Swiss philosopher, diplomat and legal theorist Emmerich de Vattel characterised the “national” of a state as an extension of the sovereignty of the state itself.³⁰ This definition is quite interesting since it categorises the citizenship as extending part of state sovereignty, which means without the state, citizenship cannot exist.

In legal literature, “citizenship” and “nationality” are mostly used as interchangeable politico-legal terms with the only difference at national and international levels. As Paul Weis puts it and now the traditional view is that: “*Conceptually and linguistically, the terms “nationality” and “citizenship” emphasize two different aspects of the same notion: state membership.*³¹ “Nationality” stresses the international and “citizenship” the national, municipal, aspect. Under the laws of the most states citizenship connotes full membership, including the possession of political rights; some states distinguish between different classes of

²² John C. Torpey, *The Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship and the State*, 15 (2018).

²³ Richard Bellamy, *supra* note 7, 12.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ See generally Denis Diderot, *Citizen* (2005). Available at: <http://hdl.handle.net/2027/spo.did2222.0000.070> (last visited Aug. 8, 2022).

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Guido Zernatto, Alfonso G. Mistretta, *Nation: The History of a Word*, 6 *The Review of Politics*, 351, 351 (1944); Maximilian Koessler, “*Subject*”, “*Citizen*”, “*National*”, and “*Permanent Allegiance*”, 56 *Yale Law Journal*, 58, 61 (1946).

³⁰ See generally Emer de Vattel, *The Law of Nations* in B. Kapossy and R. Whatmore eds. (2008).

³¹ Paul Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, 4-5 (2nd ed. 1979).

members (subjects and nationals)".³² Some also of the opinion that nationality refers to the legal "link" or "bond" that exists between a citizen/national and the state and gives rise to rights (the main right to have other rights).³³

Citizenship has been also reflected in some international landmark cases. For instance, The International Court of Justice in the "Nottebohm" case held that: "*Nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interest and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties*".³⁴ Nationality is thus determined by one's social link to the country of one's nationality, and once established, confers rights and obligations on both the state and the citizen/national. Nationality has also been defined as creating "personal jurisdiction of the individual under international law against other states by the state".³⁵ In turn, "citizenship" is a means of preserving the state's common norms and values as a social and political community.³⁶ Citizenship is also the highest of municipal law's political rights/duties.³⁷ This difference between the two words is also recognized in research by the International Law Association.³⁸

Moreover, citizenship, in political theory, typically is described as a package of individual rights and obligations as a member of the political community.³⁹ Thomas Humphrey Marshall, an author of the seminal essay on citizenship, identifies three elements of citizenship: civil, political and social rights and argues that citizenship requires the balance between these three kinds.⁴⁰ The civil element includes basic freedoms of the individual (speech, faith and thought etc.), liberty and the right to justice. Participation in the exercise of political power constitutes the political element of citizenship. Lastly, the social element comprises the security and welfare rights of the society members based on the livelihood standards in that particular society.⁴¹

For the purposes of the present article "citizenship" and "nationality" and consequently "citizen" and "national" shall interchangeably be used as synonyms.

³² *Ibid.*

³³ Alice Edwards and Laura van Waas, *Nationality and Statelessness under International Law*, 11 (2014).

³⁴ *Nottebohm Case (second phase) (Liechtenstein v. Guatemala)*, International Court of Justice, I. C. J. Reports, 4 (1955).

³⁵ Alfred M. Boll, *Nationality and Obligations of Loyalty in International and Municipal Law*, 24 *Australian Yearbook of International Law* 37, 37 (2005).

³⁶ Edwards and Waas, *supra* note 33, 12.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *See generally* International Law Association Committee on Feminism and International Law, *Report on Women's Equality and Nationality in International Law* (2000). Available at: www.unhcr.org/3dc7cccf4.pdf (last visited Jun. 21, 2022).

³⁹ *See* Bryan S. Turner, *Citizenship and Social Theory* (1st ed. 1993).

⁴⁰ T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class and Other Essays*, 49, 59, 61-64, 77 (1950).

⁴¹ *Id.*, 8.

II. Democracy as a constitutional principle and its constituent components

The principle of democracy is reflected in the constitutions of many countries. For example, Article 20 of the Basic Law (1949) of Germany states that “*The Federal Republic of Germany is a democratic and social federal state*”.⁴² Similarly, Article 1 of the French constitution (1958) defines that “*France shall be an indivisible, secular, democratic and social Republic*”.⁴³ Canadian constitution also prescribes the similar democratic rights of its citizens in Article 1.⁴⁴ In the constitutions of these countries, defining democracy as one of the constitutional principles can be understood as an adherence to the principle of democracy and as the authority of the population that is predominantly recognised and reflected in the leading legal document of the country. With new developments, such as digital citizenship,⁴⁵ etc., democracy has started to entail new dimensions. For instance, the interaction (the communication) between the citizens and the state has been evolving by the application of the new technologies and through the digitalisation of society.⁴⁶

Although new dimensions emerge, for the purposes of this entry, conventional elements of democracy, namely, the rule of law principle, the inclusion of the society members in the decision-making process and global suffrage shall be thoroughly explored.

A. Rule of law

The term “rule of law”, for the first time, was used by the English republican writer James Harrington, in his tracts *The Prerogative of Popular Government* (1657) and *The Commonwealth of Oceana* (1656), in moderately different terms: “*an empire of laws and not of men*”.⁴⁷ Later, “rule of law” as principle arose in the 1800s and 1900s in the challenging evolution of civilian society to safeguard individual liberties against an oppressive state.⁴⁸

Sovereign governments rule over human beings, but the rule of law

⁴² The Basic Law for the Federal Republic of Germany, adopted by the Parliamentary Council on 8 May 1949, was ratified in the week of 16 to 22 May 1949 by the parliaments of more than two thirds of the participating German Länder. Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/ (last visited Aug. 8, 2022).

⁴³ The Constitution of France (1958). Available at: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/anglais/constitution_anglais_oct2009.pdf (last visited Aug. 8, 2022).

⁴⁴ The Constitution of Canada (1867). Available at: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/> (last visited Aug. 8, 2022).

⁴⁵ Birgit Joeger, Digital Citizenship – a Review of the Academic Literature, in Thuid Hustedt (ed.), *Der Moderne Staat* (dms), 1 (2021).

⁴⁶ Karen Mossberger, Toward Digital Citizenship, Addressing Inequality in the Information Age in Chadwick, Andrew and Howard, Philipp N. (eds.), 173-185 (2008).

⁴⁷ Spencer Zifcak, *Globalisation and the Rule of Law*, 29 (1st ed. 2006).

⁴⁸ Political philosophers – John Locke and Immanuel Kant are prominent witnesses to this evolution. See generally *Debates in German Public Law* in Hermann Pünder and Christian Waldhoff (eds.), 99 (2014).

guarantees that the process is channelled as much as feasible through rulemaking and the efforts to apply trustworthy laws. The state assures, in other words, that each person has a fair warning before breaking laws, but if acts so, then he or she must have a right to a fair hearing (access to justice).⁴⁹ No one could be penalized without the laws.⁵⁰

Brian Z. Tamanaha simply puts the rule of law principle as “*government officials and citizens are bound by and abide by the law*”.⁵¹ This means that all the state authorities and every single member of the given society must obey the law and shall be equal before it. According to him rule of law comprise several components: i) individuals must believe in the rule of law and devote themselves to it; and ii) they must take it as a necessary and appropriate element of their culture. Only by doing so the rule of law could be durable, covering generations and occasions.⁵² Thus these findings establish an important link between the rule of law and the principle of democracy itself.

The rule of law guarantees basic standards, how to evaluate any governmental action which impairs the individual freedom.⁵³ Thus, according to this principle, each and every intervention of the state should be justified. This justification must be provided by the state and should prove state’s actions in the light of the freedom of the person.⁵⁴

Furthermore, linking the rule of law and social state is one of the strongly debated issues. As the state is built on the foundations of the rule of law, the constitution ensures freedom through the giving of rights. Every state must, however, also control the limits of liberties and those constraints which, for example, must be in place to assist the attainment of social goals for the benefit of the public.⁵⁵ For example, this kind of discussion has started in Germany when German Basic Law was adopted in 1949. Since then, in constitutional law context the connection between the rule of law and the social state is being examined.⁵⁶

At supranational level, i.e., in the European Union (EU) law the rule of law principle has another dimension. In essence, the EU cites the rule of law as one of its *raison d’être* – the most important reason or purpose for someone or something’s existence, along with other values.⁵⁷ The rule of law is profoundly incorporated into EU primary law – under Article 2 of the Treaty on European

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Brian Z. Tamanaha, *The History and Elements of the Rule of Law*, *Singapore Journal of Legal Studies* 232, 233 (2012).

⁵² *Id.*, 246.

⁵³ Pünder and Waldhoff, *supra* note 48, 30.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Id.*, 97.

⁵⁶ *Id.*, 101.

⁵⁷ Oliver Mader, *Enforcement of EU Values as a Political Endeavour: Constitutional Pluralism and Value Homogeneity in Times of Persistent Challenges to the Rule of Law*, 11 *Hague Journal on the Rule of Law* 133, 136 (2019).

Union (TEU), it is recognized as one of the basic values. It also functions as one of the guiding principles for EU's external action (Article 21 TEU), is twice referenced in TEU preamble and entrenched in the Charter of Fundamental Rights of the European Union preamble.⁵⁸

B. Citizenship and participatory democracy

Involvement of the citizens or participation of all society members in decision-making procedure and electing representatives for these purposes are among the cornerstones of the democracy.⁵⁹ As mentioned in the definitions above, democracy means the rule of people, thus the participation of the population in the decision-making procedure is very important for democracy.

Citizen involvement has long been a subject of legal and political discussions and also an essential block of knowledge and action as one of the motivators of modern debates.⁶⁰ However, not all policymakers, politicians, NGOs and companies advocate the participation in order to achieve the democratic empowerment of non-citizens⁶¹ and there are several reasons for this. First, some believe that this kind of participation may lead to a number of undesired outcomes, including higher staff workload, additional resource allocation, increasing levels of public scrutiny, unfavourable media coverage, and increased levels of indifference or distrust of government.⁶² On the other hand, supporters of involvement of the non-citizen legal residents argue that for the better ruling – and for better governance, their participation is of utmost importance.⁶³

The societies have become more pluralistic, and this new pluralistic nature requires specific approach. Every society has a very specific mind sets and rules and for it accepting new members from different cultures is not an easy task. There should be a commission period of that “newcomer”. However, today, the borders between different cultures, nations, and even countries become transparent. As a result, different legal systems start to coexist together where leads to the legal pluralism.⁶⁴ Some define legal pluralism as a coexistence of two or more legal systems on the same social level.⁶⁵ Legal

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Richard Bellamy, *supra* note 7, 12.

⁶⁰ Dorien Zandbergen, Rivke Jaffe, *Participation: Citizenship, Democracy and Responsibilization*, 26 *Etnofoor* 7, 7-10 (2014).

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *See generally* Kathe Callahan, *Citizen Participation: Models and Methods*, 30 *International Journal of Public Administration* (2007); Maureen M. Berner, Justin M. Amos, Ricardo S. Morse, *What Constitutes Effective Citizen Participation in Local Government? Views from City Stakeholders*, 35 *Public Administration Quarterly* 128, 129 (2011).

⁶³ *See generally* Thamy Pogrebinski, David Samuels, *The Impact of Participatory Democracy: Evidence from Brazil's National Public Policy Conferences*, *Comparative Politics*, 46 (2014).

⁶⁴ Brian Z. Tamanaha, *The Rule of Law and Legal Pluralism in Development*, 2. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1886572 (last visited Jun. 20, 2022).

⁶⁵ Sally Engle Merry, *Legal Pluralism*, 22 *Law & Society Review* 869, 870 (1988).

pluralism may also be characterized in terms of a conception that co-exists in the same geographic area as legal systems, networks or regimes.⁶⁶ None of these definitions of the “legal pluralism” is straightforward and nor widely acceptable. As these definitions imply, we might call legal pluralism if there are two or more formal or informal legal contexts at the same time. These diverse systems need not always to be comparable or “friendly” to one another. One significant question, however, is: If these alternative legal components may fulfil tasks of the rule of law that state legal systems fail to do so or do not will to do so at all?⁶⁷ As Paul Schiff Berman contends “*legal pluralism provides not just a broader explanation of the world we live in, but also a potentially helpful alternative approach to the construction of procedural mechanisms*”.⁶⁸ Granting some rights to some portion of the society can sometimes cause disagreements and this might deprive some part of the society in active decision-making procedure of that society. Here we again land in the issue of the inclusion of all in the “game”. If some portions of the pluralistic society are not included in this procedure, can we say that we have fully functioning democracy?

C. Global suffrage: how does international law regulate?

As mentioned above, one of the main constituting elements of the democracy is suffrage or right to vote. The ability to modify the system is, of course, dependent on the freedom to vote without interference. It is the ultimate check on the government and the genuine guarantee of any liberty,⁶⁹ since the aim in a democracy is to seek the agreement and mandate of the population. Elections, defined as a method of filling public positions through a competitive battle for the people’s vote, have become associated with democracy, as they provide ordinary voters the right to pick their leaders. As a result, elections have become one of the yardsticks for determining a country’s level of democracy.⁷⁰

The historical development of “right to vote” or “suffrage” are not covered in this article. However, it should be noted that it has past long way to reach to the current understanding as we have today. Not all members, even nationals of any society had the right to vote at first. Throughout history, suffrage was progressively extended to poorer males and women in Western nations. Newly developing countries tended to offer rights more broadly

⁶⁶ Matej Avbelj, *The EU and the Many Faces of Legal Pluralism Toward a Coherent or Uniform EU Legal Order?*, 378 (2006).

⁶⁷ Tamanaha, *supra* note 64, 2.

⁶⁸ Paul Schiff Berman, *Global Legal Pluralism*, 80 *Southern California Review* 1155, 1156 (2007).

⁶⁹ See generally James W. Prothro, Charles M. Grigg, *Fundamental Principles of Democracy: Bases of Agreement and Disagreement*, 22 *The Journal of Politics* (1960).

⁷⁰ See generally Gerald M. Rosberg, *Aliens and Equal Protection: Why Not the Right to Vote*, 75 *Michigan Law Review* (1977); See *Concepts and Principles of Democratic Governance and Accountability*, 19 https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=56a283ae-50ff-0c9b-7179-954d05e0aa19&groupId=252038 (2011) (last visited July 21, 2022).

straight away, so that political rights are now universal in virtually all countries with any type of elections. However, the path from representational government to broad democracy was lengthy and winding.⁷¹ Only in the second part of the twentieth century, more than 150 years after the establishment of representative institutions, did universal suffrage become an unassailable norm.⁷²

The global suffrage, now, has been reflected in a lot of international and legal instruments. The United Nations General Assembly overwhelmingly approved the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) in 1948⁷³, recognizing the critical role that fair and free elections play in guaranteeing the basic right to participatory governance. Article 21 of the UDHR states: *“Everyone has the right to take part in the government of his/her country, directly or through freely chosen representatives”*.⁷⁴ While the right to vote is universally acknowledged as a fundamental human right, it is not effectively enforced for millions of people worldwide. Non-citizens, young people, minorities, those who commit crimes, the homeless, handicapped people, and many others are consistently disenfranchised for a number of reasons, including poverty, illiteracy, intimidation, or rigged voting processes. The development of election monitoring groups has a significant influence in combatting disenfranchisement. Governments all over the globe are struggling to fulfil the challenge posed by the UDHR in terms of free and fair elections.⁷⁵

Another international instrument – the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) in Article 25 specifies that: *“Every citizen shall have the right and the opportunity, without any of the distinctions mentioned in article 2 and without unreasonable restrictions: (a) To take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives; (b) To vote and to be elected at genuine periodic elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret ballot, guaranteeing the free expression of the will of the electors; (c) To have access, on general terms of equality, to public service in his country”*.⁷⁶ Thus, these provisions are strongly related with Article 2 which states that: *“Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status”*.

While Article 2 of the ICCPR states that voting and participation in

⁷¹ See generally Adam Przeworski, *Conquered or Granted? A History of Suffrage Extensions*, 39 *British Journal of Political Science* (2009).

⁷² *Ibid.*

⁷³ The Universal Declaration of Human Rights (1948).

⁷⁴ *Id.*, art. 21.

⁷⁵ See generally University of Minnesota Human Rights Center, Study Guide: the Right to Vote, <http://hrlibrary.umn.edu/edumat/studyguides/votingrights.html> (last visited August 8, 2022).

⁷⁶ The International Covenant on Civil and Political Rights, art. 25 (1966).

elections is a universal right that cannot be denied because of one's "status", people all over the globe are being systematically or unwittingly disenfranchised because of not having the citizen status in the societies that they live in.⁷⁷ For example, there are millions of legal residents living and working (also paying taxes as nationals do) in different countries without (or with very limited rights at local level) the right to vote and to participate in governance of the society. There are few countries which grant voting rights to non-citizens that are conditional on fulfilling certain requirements of residency. The legislative schemes of these countries shall be discussed later.

At Council of Europe level, the European Convention on Human Rights (ECHR; formally the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)⁷⁸ has also several articles stipulate the voting rights. For example, Article 3 of Protocol I of ECHR, state parties agree to organize free elections by secret ballot at regular intervals under conditions that would enable the free expression of the people's opinion in the choosing of the legislature. Articles 9, 10, and 11 of the Convention further regulate the right to freedom of opinion, expression, and peaceful assembly.⁷⁹ At United Nations – in a General Comment on ICCPR Article 25, the Committee on Human Rights, an UN-appointed group of human rights experts, defined international election standards in 1996.⁸⁰ According to the committee, the mandates of Article 25 should be examined in light of the following: i) Protecting every citizen's right to participate in the conduct of public affairs, including the right to vote and be elected; ii) Peoples' right to self-determination; iii) Every citizen's rights must be protected; and so on.⁸¹ The United Nations and the OSCE perform extensive election monitoring efforts across the world, especially in weak democracies and post-conflict and nation-building situations.

In an American continent⁸², at EU level⁸³ and also within the context of other regional organizations, right to vote is prescribed as well. However, not all these international and regional instruments are covered in this article. In general, from the nature of all international and regional instruments, it can be concluded that any limits or restrictions on voting rights should be justified basing on objective and fair criteria.

III. Constitutional frameworks and legislative schemes on right to vote

In general, no country is granting voting rights to the non-citizens, or they

⁷⁷ *Id.*, art. 2.

⁷⁸ The European Convention on Human Rights (1950).

⁷⁹ *Id.*, art. 9, 10, and 11.

⁸⁰ CCPR General Comment No. 25, art. 25 (1961).

⁸¹ *Id.*, para. 2, 3 and 21.

⁸² The American Convention on Human Rights, art. 23 (1978).

⁸³ Charter of Fundamental Rights of the European Union, art. 39-40 (2000).

do so conditionally based on their residency terms and statuses. In this section, the constitutional frameworks and legislative schemes on right to vote of four target countries, namely New Zealand, Chile, Malawi and Uruguay, and of some western European countries shall be discussed.

A. Countries grant voting rights to non-citizens

New Zealand is commonly regarded as having the world's most lenient and inclusive approach to non-citizen voting rights.⁸⁴ It is one of the nations that allow non-citizens to vote in national elections and grant voting rights to permanent residents after just one year of residency.⁸⁵ In 1975, with an enactment of Citizenship Act of New Zealand the right to vote expanded to include non-citizen residents,⁸⁶ meaning they were granted active voting rights (to elect), however, not to be elected until full naturalisation. Having dual nationality is not a bar, as well.⁸⁷ One of the main reasons was UK's abandoning its imperial and Commonwealth-based conceptualizations. Thus, the UK citizens had voting rights in New Zealand since 1956.⁸⁸ Later they were automatically granted voting rights when they dropped their attachment with the UK. Some argue that extending voting rights fosters inclusion and conveys a message that immigration is an integral part of the society.⁸⁹ This means that by including everyone in the decision-making process, countries may attain greater satisfaction of its society members.

Another country that grants voting rights to the non-residents is Chile, since 1925. The expansion of political participation privileges to this category was not the consequence of internal immigrant populations or special political organizations' pressure.⁹⁰ Instead, it looked to be a kind of acknowledgement by the Chilean state for the significant contribution made by many of those migrants to the host society. Although obviously ahead of its time, such an expansion was fairly restricted, as it only permitted certain foreigners fulfilling residency requirements.⁹¹ With the adoption of the present Constitution in 1980 a more extensive involvement of non-citizen inhabitants was established. According to the Article 14 of the Chilean Constitution,

⁸⁴ See generally Kate McMillan, *National Voting Rights for Permanent Residents: New Zealand's Experience*, 12 *New Zealand Journal of Public and International Law* (2014).

⁸⁵ *Id.*, 21.

⁸⁶ Fiona Barker and Kate McMillan, *Access to Electoral Rights New Zealand*, 8 (2016).

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ See Electoral Act (1956); The 1975 Electoral Amendment Act withdrew the British subject matter requirement, although it wasn't replaced with a citizenry requirement unlike Australia and Canada at its historic intersection.

⁸⁹ See generally Marco Martiniello, *Political Participation, Mobilisation and Representation of Immigrants and Their Offspring in Europe* in Rainer Bauböck eds. (2005); See generally Fiona Barker, Kate McMillan, *Constituting the Democratic Public: New Zealand's Extension of National Voting Rights to Non-Citizens*, 12 *New Zealand Journal of Public and International Law* (2014).

⁹⁰ Gabriel Echeverria, *Access to Electoral Rights Chile*, 7-9 (2015). Available at: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/38291/EUDO_CIT_ER_2015_20.pdf;sequence=1 (last visited Aug. 9, 2022).

⁹¹ *Ibid.*

foreigners who have resided in Chile for more than five years, may exercise the right to vote in the circumstances and manners prescribed by law provided that they meet certain requirements.⁹² While Article 14 of the Constitution establishes the basic legal framework for non-citizen residents' franchise, the precise criteria, modalities, and processes are governed by Organic Constitutional Law No. 18700 on Voting and Scrutiny.⁹³ According to this law the citizens with suffrage rights and foreigners registered in the Electoral Registry who are at least 18 (eighteen) years old are entitled to vote (Article 60).⁹⁴ Thus, under Chilean law, all non-citizen residents from any nation have equal voting rights. Foreigners are not allowed candidacy rights since the primary requirement for running for any public office is citizenship.⁹⁵

Malawi is another country that is granting voting rights to the non-citizen who are legally residing in the territory of the country. According to the Article 77 of Malawian Constitution, the ordinary non-citizens who are residing in Malawi for seven years are qualified to be registered as a voter in a constituency, are entitled to vote at national elections.⁹⁶ The unqualifying grounds are three-fold: i) mental incompetency of a person according to the laws in force; ii) if a person sentenced to death by a court having jurisdiction in the country either before or after the appointed day; iii) if a person violates any law relating to elections that are in force at the time of, or after, the commencement of this Constitution.⁹⁷ But such disqualification shall be valid only with respect to registration for the election in question and the concerned person might qualify for the next elections.⁹⁸ Malawian citizens or non-citizens who have been ordinarily resident in Malawi for seven years have right to vote at national elections.⁹⁹ Like in New Zealand and Chile this right is active voting right, thus, non-citizens cannot exercise passive voting rights, hence, they cannot be elected for public offices.

Lastly, Uruguay is among the countries extending voting rights in national elections. Article 78 of the Uruguay's Constitution specifies that Foreign men and women i) of good conduct; ii) having a family; iii) who possess some capital or property within the country or are engaged in some profession, craft, or industry; and iv) have habitually resided at least 15 (fifteen) years in the territory of the country; have the right to vote without the necessity of

⁹² Constitution of Chile, art. 14 (1980).

⁹³ Law No. 18.700, Organic Constitutional Law on Voting and Scrutiny (last amended in 2016), <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30082> (last visited Aug. 9, 2022).

⁹⁴ Organic Constitutional Law on Voting and Scrutiny, art. 60 (1988).

⁹⁵ Echeverria, *supra* note 90, 6.

⁹⁶ Constitution of Malawi, art. 77 (1994).

⁹⁷ *Id.*, para 3.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Malawi National Assembly, Electoral System (1994). http://archive.ipu.org/parline-e/reports/arc/2195_94.htm (last visited August 9, 2022).

previously obtaining legal citizenship".¹⁰⁰ Thus, Uruguay gives right to vote to the non-citizens in national elections if they reside in Uruguay for minimum fifteen years. The residency should be proved by legal documentation. Some scholar considers the laws of Uruguay as a stark contrast to New Zealand's residency requirement of one year.¹⁰¹ They argue that, while Uruguay's right to vote is non-discriminatory (de jure), its residency requirement raises the question of how other franchise criteria may discriminate against permanent immigrants.¹⁰²

B. Voting rights for non-citizens in European/Nordic countries

At European Union (EU) level, right to vote is given to all EU member countries' nationals to participate at local (municipal elections) where they reside within the EU.¹⁰³ Thus any person who is residing within EU (irrespective of the citizenship) has a right to vote and to stand as a candidate in municipal elections in a member state of the EU.¹⁰⁴ The concerned person must fulfil the following requirements: i) the person should be a citizen of the EU;¹⁰⁵ and ii) should not be national of the member state of residence, but in any event satisfy requirements of that state.¹⁰⁶ Thus regulation of the EU stipulates the voting rights of EU nationals (and that is only at municipal level) and granting right to vote to non-EU residents stays at whole discretion of the member states of the EU.

Some countries have extended these local election rights to non-EU countries' nationals who are residing in their territories. In 1950s, Denmark, Norway, and Sweden created the Nordic Passport Union, allowing Nordic people to freely work and live in any Nordic country.¹⁰⁷ Finland and Iceland became members in 1965.¹⁰⁸ Sweden was the first country in Western Europe to permit foreign citizens to cast ballots in local and state elections in 1975 with an equal qualification time of three years of residence.¹⁰⁹ Following the reform, this matter has been extensively contested for many years. Left-wing

¹⁰⁰ Constitution of Uruguay, art. 78 (1966).

¹⁰¹ David C. Earnest, *Noncitizen Voting Rights: A Survey of an Emerging Democratic Norm*, 5 (2003).

¹⁰² *Id.*, 14.

¹⁰³ Council Directive 94/80/EC of 19 December 1994 laying down detailed arrangements for the exercise of the right to vote and to stand as a candidate in municipal elections by citizens of the Union residing in a Member State of which they are not national.

¹⁰⁴ Council Directive 94/80/EC of 19, art. 3 (1994).

¹⁰⁵ According to the Treaty on European Union (TEU), Article 9, every national of a Member State is a citizen of the EU, however, this citizenship is additional to and does not replace national citizenship.

¹⁰⁶ *Supra* note 104.

¹⁰⁷ Nordic Agreements and Legislation. Available at: <https://www.norden.org/en/information/nordic-agreements-and-legislation> (last visited Aug. 9, 2022).

¹⁰⁸ See generally Kees Groenendijk, *Local Voting Rights for Non-Nationals in Europe: What We Know and What We Need to Learn* (2008).

¹⁰⁹ See generally Martin Ericsson, *Enfranchisement as a Tool for Integration: The 1975 Extension of Voting Rights to Resident Aliens in Sweden*, 38 *Immigrants & Minorities* (2021).

parties sought to expand the right to vote to national elections, while right-wing parties opposed such a move.¹¹⁰ Denmark is another Nordic country that grants foreigners with right to vote in municipal and regional elections (not in national ones) even if they do not possess Danish citizenship. For this, foreign national should meet two requirements.¹¹¹ First, they must have permanent residency and they must reside in Danish Commonwealth (Denmark, Faroe Islands or Greenland) for four years before the election day.¹¹²

Norway is also among the Nordic countries that grant voting rights to the non-citizen residents in only local (municipal) elections. In 1978, Nordic Passport Union citizens were granted voting and eligibility rights for municipal and county elections with a three-year residency requirement.¹¹³ In 1983, these privileges were extended to all foreign residents. Registration of voters is automatic with registration of the residency. Currently, resident nationals of Nordic Passport Union nations have the same right to vote in local elections as Norwegian citizens, without regard to the period of residency.¹¹⁴

In Germany, apart from EU citizens (as noted earlier they are only allowed to participate in local or European elections) no voting rights are granted to the non-citizens to participate at national or local (municipal) elections. In 1989, two *Länder* - states including West Berlin established limited voting rights for resident foreigners in the Federal Republic of Germany. In Hamburg, all legally residing foreigners who had been in the state for a minimum of eight or more years were eligible to vote in municipal elections, whereas in Berlin only five years of residency was a requirement.¹¹⁵ Schleswig-Holstein likewise gave resident foreigners' voting rights in municipal elections.¹¹⁶ However, these two German states' franchised rights were short-lived; the Federal Constitutional Court decided in 1990 that both the Hamburg and Schleswig-Holstein's legislation breached the Basic Law.¹¹⁷ In its decision, the court concluded that the constitutional provision providing German citizens voting rights had to be construed to include only those of German nationality. Court further asserted that the governments should make it simpler for immigrants to become naturalized rather than granting

¹¹⁰ *Id.*, 235.

¹¹¹ The Right to Vote in Denmark, <https://www.norden.org/en/info-norden/right-vote-denmark> (last visited Aug. 3, 2021).

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Act on Elections to the Storting, para. 2.2 (2002).

¹¹⁴ Harald Waldrauch, Electoral Rights for Foreign Nationals: a Comparative Overview of Regulations in 36 Countries, 73 (2003).

¹¹⁵ See generally Gerald L. Neuman, *We are the People: Alien Suffrage in German and American Perspective*, 42 Michigan Journal of Law (2021).

¹¹⁶ David C. Earnest, Voting Rights for Resident Aliens: A Comparison of 25 Democracies, 6 (2003).

¹¹⁷ See generally Donald P. Kommers, *The Federal Constitutional Court: Guardian of German Democracy*, 603 The Annals of the American Academy of Political and Social Science (2006). Available at: <http://www.jstor.org/stable/25097759> (last visited Aug. 9, 2022).

them the right to vote in municipal elections.¹¹⁸

In the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (the UK) the nationals of Ireland and “qualified” citizens of Commonwealth nations are granted full voting rights and the opportunity to run for office in the UK since they are not considered foreigners under the law.¹¹⁹ This is a relic of the circumstances before to 1983, when they had the status of British subjects. Thus, the Commonwealth citizens and citizens of the Republic of Ireland may register to vote in national elections.¹²⁰ Brexit had a huge impact over the voting rights of EU citizens in the UK and reciprocally UK citizens’ rights in the EU countries. UK nationals no longer have the right to vote or run for office in European Parliament or municipal elections in their EU Member State of residence.¹²¹

This section of the article briefly described the selected countries’ national constitutional frameworks and legislative schemes on granting voting rights to the non-citizens (or non-citizen residents) in national or local (municipal) elections. In the next section, the main reasons behind the existing differences shall be discussed.

IV. Franchising right to vote to non-citizens: discussion

As mentioned earlier, participation of the members of any given society in a decision-making process is of utmost importance for the operationalisation of the democracy. In this context the right to vote is a tool to realise this participation. As new challenges hugely impact the composition of the communities in all countries, thus, some people migrate from one country to another, granting right to vote to “newcomers” becomes one of the debatable issues. In most countries, regardless of the duration in or proximity of their ties to the state, these groups of people are disenfranchised to attend to the decision-making processes.¹²² Then why do nations afraid to grant these rights to non-citizens who are not “ready” to be part of that “nation”, where again this “readiness” is commissioned in accordance with the rules dictated by that very nation?

Some scholars try to classify the pro and contra-arguments for granting voting rights to the non-citizens.¹²³ Supporting arguments could be categorised as following. First, longer non-nationals live in a community, the more difficult it is to defend their exclusion from public decision-making.¹²⁴

¹¹⁸ Groenendijk, *supra* note 108, 7.

¹¹⁹ Earnest, *supra* note 116, 6.

¹²⁰ *Id.*, 10.

¹²¹ EU And UK Citizens’ Rights after Brexit (2020),

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/651975/EPRS_IDA\(2020\)651975_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/651975/EPRS_IDA(2020)651975_EN.pdf) (last visited Aug. 3, 2022).

¹²² Heather Lardy, *Citizenship and the Right to Vote*, Oxford Journal of Legal Studies, 17 (1997).

¹²³ *Supra* note 116, 5.

¹²⁴ Ko-Chih R. Tung, *Voting Rights for Alien Residents-Who Wants It?*, 19 The International Migration Review, 452 (1985).

By time, immigrants with “acceptable” backgrounds are becoming an integral part of the society they live, they establish strong ties with locals and after some time it becomes hard to exclude them from this general procedure. Second, all members of the community who pay taxes on a regular basis must be represented in government entities that decide how public money are spent and regulations that apply to all citizens are made.¹²⁵ This means, since they are contributing as all other citizen members of the society, all of them must have, in return, the right to participate in the decision-making procedure to spend those funds. Third, giving immigrants voting rights encourages their political involvement and, as a result, facilitates their assimilation into the host community.¹²⁶ As mentioned earlier, inclusion is one of the important elements of democracy. With 2015 Development Agenda, which some call “one of the most powerful political visions in history”,¹²⁷ states undertook that they promote inclusive societies in order to achieve better solutions for existing global problems. Fourth, the ability to vote in municipal elections motivates non-nationals to get naturalized to vote in national elections and obtain access to public-sector jobs.¹²⁸ This positive approach, however, is not welcomed in all countries. As described earlier, the German Constitutional Court has in its landmark decision concluded that, voting rights are rights of the German citizens.¹²⁹ State must exercise other measure to ease the naturalisation procedure rather giving voting rights to the non-citizens. Consecutively, the German Nationality Act, which came into effect in 2000, may be viewed as a fulfilment of the court’s suggestion: it enabled *jus soli* (birth right citizenship) acquisition of German nationality by children of settled immigrants and permitted dual nationality for some immigrants.¹³⁰ Lastly, giving the voting rights to the long-term resident immigrants signals to the majority of the population that they want to stay.¹³¹ Of course, this is highly debatable. Not all local populations can easily accept the foreigner as part of their societies. However, non-acceptance of minor (or some) portion of the society cannot be regarded as a satisfactory or justifying ground to hamper the international human rights to vote of non-citizens.

Contra arguments to franchise right to vote to non-citizens could be as followings. First, governments in the countries of origin may attempt to influence the political process through their citizens. This is one of the main

¹²⁵ Taxation and Representation, <https://votingrights.ie/resources/taxation-and-representation/> (last visited Aug. 3, 2021).

¹²⁶ See generally William J. Ball, *From Community Engagement to Political Engagement*, 38 Political Science and Politics (2005).

¹²⁷ See generally Samuel O. Idowu, René Schmidpeter and Liangrong Zu, *The Future of the UN Sustainable Development Goals* (1st ed. 2020).

¹²⁸ Lardy, *supra* note 122, 17.

¹²⁹ Kommers, *supra* note 117.

¹³⁰ *Supra* note 116, 6.

¹³¹ See generally Christina Boswell and Gianni D’Amato, *Immigration and Social Systems: Collected Essays of Michael Bommes* (2012).

principles of international law that no country should interfere the integral matters of any other country with this or that way.¹³² Second, by definition, voting rights are related to nationality; only full citizens should participate in political decision making.¹³³ However, some argue that the restriction of voting rights to people who lack legal citizenship status is difficult to reconcile with different political theories' assessments of the importance of political involvement.¹³⁴ Third, if certain immigrant groups develop their own political parties, others may start single-issue parties that are undermining existing local ones.¹³⁵ Although, this sounds against the spirit of the international human rights instruments, it is used for populist politicizations. Fourth, once local voting rights are provided, the case for withholding voting rights in national elections becomes weaker (albeit it might be claimed that national voting rights could lead to conflicting loyalties, as is the case with dual nationality).¹³⁶ Fifth, giving immigrants voting rights reduces their desire to get naturalized. As mentioned above, this was exactly the point of German Constitutional Court that, state must focus and simplify the naturalization procedure, instead of granting voting rights to non-citizens.¹³⁷ Historically, the German courts considered the right to vote as a communal, rather than an individual, right. This right is also linked to a historical notion of German nationality as an ethnic construct; thus, the right to vote is a collective right of the German nation.¹³⁸ Lastly, allowing non-nationals to vote disrupts the present power balance, with certain parties gaining more than others from the immigrant vote.¹³⁹ In some countries, some parties try to dismantle power balance by airing populist speeches and attract the votes of people with migration backgrounds and foreign origins. This process may disrupt the power balance, which in the end again may result undesired consequences.

In any given society any given rights to the citizens or non-citizens could only be guaranteed and implemented by observing principle of rule of law. If the law should be the only rule anyone who is subject to the influence of that law should be entitled to demand the right to take part in designing of that very law. At least, those residing in a community for longer period are entitled to enjoy such rights.

¹³² UN Charter, art. 2; Niki Aloupi, *The Right to Non-intervention and Non-interference*, 43 Cambridge Journal of International and Comparative Law 566, 588 (2016).

¹³³ Irem Bulut, Irem Mete, *Granting Privilege in Regard to Voting Rights*, 12 GSI Articleletter 156, 156 (2015); Laughlin McDonald, *Whatever Happened to the Voting Rights Act - or Restoring the White Privilege*, 7 J. S. Legal History, 207 (1999).

¹³⁴ Lardy, *supra* note 122, 97.

¹³⁵ See generally Edgar Grande, Tobias Schwarzbözl, Matthias Fatke, *Politicizing immigration in Western Europe*, 26 Journal of European Public Policy (2018).

¹³⁶ See generally Simon Green, *Between Ideology and Pragmatism: The Politics of Dual Nationality in Germany*, 39 The International Migration Review (2005).

¹³⁷ German Constitutional Court, Judgment of 13 October 1990. BVerfGE 8 3: 37.

¹³⁸ See generally Merih Anil, *The New German Citizenship Law and Its Impact on German Demographics: Research Notes*, 25 Population Research and Policy Review (2007).

¹³⁹ See generally Carole Edelsky, *Democracy in the Balance*, 82 Language Arts (2004).

Considering the international and regional human rights instruments, one may conclude that right to vote is one of the important rights of all human beings. As described almost in all these instruments, in no case human rights can be deprived from their right to elect, decide, and participate in the decision-making procedure of the society where they are themselves are part of.

Although it seems very plain, from political point of view, it is obvious that there is no single approach to this problem all over the world. As given above, untying right to vote from citizenship might also hamper the traditional conception of the citizenship. Neither citizenship is understood as same phenomena in all countries, nor the legislative schemes of all countries are homogeneous in terms of granting voting rights to the non-citizens. If one considers the citizenship as ethno-genetic relationship between the members of any given society, then inclusion of non-citizens would far more challenging and in these kinds of societies there always would be visual or invisible borders between different groups. Most of the nation states are following this trend at the moment. There are countries, where considerable portion of their residents are foreign citizens. Luxembourg is one of these countries, however, in this country right to participate in national elections is not granted even to other EU nationals, let be any other foreign national.¹⁴⁰

In a world of rising international migration, the exclusion of a large number of resident foreigners from the electorate is a major source of concern. Many scholars believe that cultural variables primarily influence public sentiments toward immigration.¹⁴¹ It seems it is difficult for most of the states to give up part of their sovereignty¹⁴² – the right that comes with the nationality, to the non-citizens residents. As some argue, all countries including developed ones tend to overlook the existence of this or similar situations.¹⁴³ However, considering the global developments this can be hugely changed in the future.

Conclusion

Even if some claim that globalization is on the decline, it is safe to conclude that today's majority of countries are made up of people from various cultural backgrounds. This diversity prompts several important and complex questions. For instance, disputes over language rights, regional autonomy, political representation, and the right to vote, educational standards, land claims, immigration and naturalization laws, and even national symbols like the national anthem or holidays are becoming more common between 'aboriginal' majorities and 'foreign' minorities. Therefore, finding solutions that are both morally acceptable and politically practical to deal with these

¹⁴⁰ Christine Fauvelle-Aymar, *The Welfare State, Migration, and Voting Rights*, Public Choice, 111-112 (2014)

¹⁴¹ *Id.*, 105.

¹⁴² Vattel *supra* note 30.

¹⁴³ Ko-Chih R. Tung, *supra* note 123, 467.

difficulties now with an increasing number of migrants is the biggest challenge facing democracies today.

Giving voting rights to the fraction of the population who are legally residing in any country but have the nationality of another country or have no nationality at all, i.e., are stateless, is among the widely contested issues. This article humbly tried to find an answer to the question whether right to vote should be franchised to these persons. To better understand the governing dynamics on the matter, this entry first examined the relationship between democracy and citizenship. Since the right to vote is mostly come with citizenship, it was concluded that citizenship occupies important part thereof. Taking the “democracy” as a constitutional principle, in later section of the article, its indispensable constituent components were discussed. As one of the main elements, the rule of law is a guarantor of the equal participation of the citizens in a decision-making process. It is also a mechanism or norm that secures the equality of all citizens before the law, prevents arbitrary form of government and use of power. Then article exemplified the constitutional frameworks and legislations of the target countries, namely, New Zealand, Chile, Malawi and Uruguay and for the sake of comparison, of other western European and Nordic countries, with a purpose to illuminate the black letter laws. During the analyse of the different legislations of the countries several motives, on which countries tend to base their action in terms of granting voting rights, were revealed. For example, in Chilean case, country hugely considered the contributions of migrant workers and shaped its legislative approach basing on these contributions. In all countries right to vote is either limited with municipal elections or conditioned with very high residency requirements. One could conclude that the nations are not ready yet to franchise full voting rights to non-residents.

Lastly, as of the third decade of the XXI century, seemingly, we stand far away from the ideal democratic environment in a broader sense, where all members of the community feel to be part of that very community and have chance to have a say in the governing matters. However, there is a light in the end of the tunnel. Under the light of recent political developments, such as adapting 2030 Development Agenda and considering the vital elements of the democracy and giving a huge importance to the inclusive societies, also with unprecedented development of the technological means, existing tendencies shall presumably be subject to the positive developments in favour of the non-citizen residents in the forthcoming future.

*Ulkar Farzaliyeva**

LAW GOVERNING ARBITRATION AGREEMENT: EXCERPTS FROM THE AZERBAIJANI LEGISLATION

Abstract

Although international commercial arbitration has been quite famous recently as a dispute resolution mechanism, the question of what law governs the arbitration agreement remains unsolved both internationally, and in local jurisdictions. With enough conundrums attributed to this question, the main purpose of this article is to study the law governing arbitration agreements from the perspective of Azerbaijani arbitration law and pinpoint the necessity of its determination. The article continues by arguing how the problem can be solved if faced before Azerbaijani courts and elaborates on possible solution mechanisms based on local laws and court decisions at hand.

Annotasiya

Beynəlxalq kommersiya arbitrajı mübahisələrin həlli mexanizmi kimi son vaxtlar kifayət qədər məşhur olsa da, arbitraj sazişinin hansı qanunla tənzimlənməsi məsələsi həm beynəlxalq, həm də yerli yurisdiksiyalarda həlsiz qalmışdır. Kifayət qədər çətinliyə səbəb olan bu sualla birlikdə, məqalənin əsas məqsədi arbitraj sazişinə tətbiq olunan hüququ Azərbaycanın arbitraj qanunvericiliyi prizmasından öyrənmək və onun müəyyənləşdirilməsinin zəruriliyini dəqiqliklə ifadə etməkdir. Məqalə Azərbaycan məhkəmələri qarşısında problemin necə həll oluna biləcəyini müzakirə etməklə davam edir və yerli qanunlara və mövcud məhkəmə qərarlarına əsaslanaraq mümkün həll mexanizmlərini ətraflı şəkildə araşdırır.

CONTENTS

Introduction	233
I. Need for a separate law governing the arbitration agreement	235
A. When does the issue arise?	235
B. Why is the issue problematic?	236
II. What law governs the arbitration agreement?	238
A. The law of the main contract	238
B. The law of the seat	240
C. Validation principle	241
D. Parties' intention – french model	242
E. Swiss model	243
III. Azerbaijani perspective on the law governing the arbitration agreement ...	243

* Baku State University, LL.B. 2022.

A. Growing popularity of arbitration and economic growth	244
B. Separability doctrine	244
C. Silence on the law governing the arbitration agreement	245
D. When may the issue arise?	245
E. Possible conflict of laws rules in Azerbaijan. What conclusion can be derived?	251
Conclusion	255

Introduction

It is widely known that arbitration, which has been a preferred dispute settlement mechanism for disputes arising out of cross-border transactions throughout the last decades, cannot simply exist without a valid and effective agreement to arbitrate since the choice of the parties to resolve their disputes in arbitration is reflected in arbitration agreements. Such arbitration agreements are distinct contracts from the contract they are included or incorporated into (hereinafter “main contract” or “underlying contract”), thereby they have their own object, existence, and their governing law can be different from the law governing the main contract.

The law governing arbitration agreement (hereinafter referred to as “arbitration agreement” or “arbitration clause”) having an undeniable role in determining the arbitration agreement's validity, effect, and scope, is indispensable in today's world of international commercial arbitration. It requires a separate inquiry and is difficult to discern since the parties generally do not choose a separate governing law for the arbitration agreement while they choose the substantive law of the main contract and a seat for the arbitration.

Although the question had been raised before, the discussion on the determination of law governing arbitration agreements had never actually been finalized and lose its popularity in the academic world. On that note, with its recent judgment in the case of *Kabab-Ji SAL (Lebanon) v. Kout Food Group* [2021], UKSC 48 (hereinafter referred to as “*Kabab-Ji v. KFG*”),¹ the Supreme Court of the United Kingdom has made considerable changes in its approach to the question of the law governing the arbitration agreement thereby making it the focal point of discussion again.

From the very early times, the international commercial arbitration commenced, and the literature on the basis of arbitration agreements was introduced, there has been a discussion² on why there must be a separate law

¹ *Kabab-Ji SAL (Lebanon) v. Kout Food Group* (Kuwait) (2021).

² See Gary B. Born, *The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective*, 26 *Singapore Academy of Law Journal* 814, 817 (2014); See generally Renato Nazzini,

governing the arbitration agreement and how it should be identified.³ During this time, there have been different solution mechanisms proposed – which will later be discussed in this article – yet there has been no agreement in the international sphere. Meanwhile, courts of different jurisdictions and tribunals have presented diverging methods for providing a uniform answer yet failed in doing so. Therefore, the issue remains a “Gordian knot”⁴ and with no agreed way of determination, thereby making it not only an issue of academic but also of practical importance.

While each country seems to provide a separate solution mechanism in this regard,⁵ in Azerbaijan, the issue has been left unaddressed by legislation and the courts, despite a recent rise in the recourse to arbitration by national companies mostly in their cross-border commercial disputes. The precise way of determination of the law governing arbitration agreement is vital for the legal certainty, predictability, and economic growth of one’s country since the development of arbitration and arbitration law is often understood as directly proportional to the growth of businesses in the country.⁶

The present Article intends to examine the need for a separate inquiry into the law applicable to the arbitration agreement and how it causes a dilemma in the practice of the courts and tribunals both in the international sphere and in Azerbaijan. The first chapter will address possible case situations where the examination of the law governing the arbitration agreement is necessary, whereas the following chapter will elaborate on the four main options of identifying the law governing the arbitration agreement (law of the main contract, law of the seat, transnational approach, pro-arbitration approach) based on the available conflict of laws rules. The later chapter, on the other

The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles, 65 International and Comparative Law Quarterly 681, 687; *See also* Ibrahim F. I. Shihata, *The Power of The International Court to Determine Its Jurisdiction*, 187 (1965).

³ *See generally* Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 508 (2020).

⁴ *See* Jim Yang Teo, Darius Chan, *Ascertaining the Proper Law of an Arbitration Agreement: The Artificiality of Inferring Intention When There is None*, 37 *Journal of International Arbitration* (2020).

⁵ Katharina Plavec, *The Law Applicable to the Interpretation of Arbitration Agreements Revisited*, 4 *University of Vienna Law Review* 82, 85-89 (2020); *See also* Maxi Scherer, Ole Jensen, *Towards a Harmonized Theory of the Law Governing the Arbitration Agreement*, 10 *Indian Journal of Arbitration Law*, 3 (2021); *See also* Naomi Tarawali, Patrick Gerardy, *The Law Governing the Arbitration Agreement – A Fresh Look at an Old Debate after the UK Supreme Court’s Enka Judgment and Recent Clarification by the German Federal Court of Justice*, 19 *German Arbitration Journal* 208, 208-215; *See generally* Rolf Trittman, Inka Hanefeld, *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, 84 (2nd ed. 2015); *See also* *Hamlyn & Co. v. Talisker Distillery A. C.* 202, para. 208 (1894); *See generally* *Kabab-Ji SAL v Kout Food Group*, UKSC, 48 (2021); *See also* Ibrahim Amir, *The Proper Law of the Arbitration Agreement: A Comparative Law Perspective: A Report from the CIARB London’s Branch Keynote Speech* (2021), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/05/21/the-proper-law-of-the-arbitration-agreement-a-comparative-law-perspective-a-report-from-the-ciarb-londons-branch-keynote-speech-2021/> (last visited Mar. 17, 2022).

⁶ Jordi Paniagua, *The Economic Impact of International Commercial Arbitration* (2021), <https://events.development.asia/materials/20210317/economic-impact-international-commercial-arbitration> (last visited Mar. 17, 2022).

hand, is more specific and will determine the possibilities that the question of the applicable law of arbitration agreement may arise before Azerbaijani courts and provide an analysis of Azerbaijani legislation to propose practicable solution mechanisms.

I. Need for a separate law governing the arbitration agreement

A. When does the issue arise?

The arbitration agreements have their own object and existence, or in other words, are separable from the main contract. This comes from the separability doctrine (also referred to as “separability presumption”)⁷ which is a legal fiction that has been incorporated to arbitration practice. It is reflected in New York Convention on the on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (hereinafter “NYC”),⁸ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (hereinafter “Model Law”),⁹ European Convention on International Commercial Arbitration (hereinafter “European Convention” or “Geneva Convention”)¹⁰ and other international instruments¹¹ taking a complementary approach.

As per its influence, when there is an international arbitration agreement which sets the jurisdiction of the arbitral tribunal for cross-border disputes, the issue of determining the applicable law will always arise. Possible cases where the tribunal or the court will have to determine the law governing the arbitration agreement are:¹²

1. *When respondent party before a state court requests from the court to refer a case to arbitration;*
2. *When an arbitral tribunal is deciding on its jurisdiction: Acting with the principle of Kompetenz-Kompetenz,¹³ arbitral tribunals have the power to determine their own jurisdiction. When the tribunal is exercising this power and*

⁷ *Supra* note 3, 355-357; *See* C v. D EWCA Civ 1282 (2007); *See also* XL Insurance Ltd. v. Owens Corning, 1 All ER (Comm) 530 (2001).

⁸ United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards, art. 2 (1958).

⁹ UNCITRAL, Model Law on International Commercial Arbitration, art. 16 (1985).

¹⁰ European Convention on International Commercial Arbitration, art. 6 (2) (1961).

¹¹ *Supra* note 8, art. 81 (1).

¹² Julian David Mathew Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan Kröll, Comparative International Commercial Arbitration, para. 6-30 (2003).

¹³ *See* Born, *supra* note 3, 1048-1051; *See also* Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, International Commercial Arbitration, para. 416 (1999); *See* Stephen M. Schwebel, Luke Sobota, Ryan Manton, International Arbitration: Three Salient Problems, 11 (1987); *See also* Shihata, *supra* note 2, 25-26; Manuel Arroyo, Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, 647 (2nd ed. 2018); *See generally* American Bureau of Shipping (ABS) v. Copropriété Maritime Jules Verne et al. (2002); *See generally* Continental Commercial Systems v. Davies Telecheck International, B. C. J. No. 2440 (1995); *See also* BNA v. BNB, SGCA 84 (2019).

*when a party decides to challenge the jurisdiction of the tribunal, the law governing the arbitration agreement “governs the inquiry”;*¹⁴

3. *When respondent party before an arbitral tribunal applies to a state court, acting as claimant, requesting that the court finds it has the jurisdiction;*

4. *When a state court is deciding on the recognition and enforcement of a foreign arbitral award.*

More precisely, we are required to have an applicable law of arbitration agreement in the following cases: (1) whether the parties have consented to submit their dispute to arbitration; (2) whether they had the capacity to do so; (3) whether they have complied with the form requirements set out for arbitration agreements; (4) whether they are legally bound by it; (5) whether the agreement bind non-signatory third parties; (6) what does the included terms mean; (7) whether the dispute can even be arbitrated; (8) in which case the arbitration agreement can be terminated, (8) whether they have complied with form requirements, etc.¹⁵

Notably, there is not one law governing the arbitration agreement because there should be, in fact, laws governing various aspects of the arbitration agreement.¹⁶ Indeed, most of the aforementioned cases where we need an arbitration agreement are governed by several laws.¹⁷ Accordingly, the substantive validity, i.e. whether the parties have intended to enter into an arbitration agreement; formal validity, i.e. the form requirements of the arbitration agreement; the scope, i.e. whether the disputed issue is covered within the scope of the arbitration agreement; the effect, i.e. whether the arbitration agreement binds the third parties, and other issues regarding the arbitration agreement are, though not necessarily, governed by different laws.¹⁸

B. Why is the issue problematic?

As mentioned above, the issue of law governing arbitration agreement remains unsolved for the decades and causes difficulties before courts and/or

¹⁴ See Koh, S. Unpacking the Singapore Court of Appeal’s Determination of Proper Law of Arbitration Agreement in *BNA v. BNB* (2020), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/01/19/unpacking-the-singapore-court-of-appeals-determination-of-proper-law-of-arbitration-agreement-in-bna-v-bnb/> (last visited Mar. 17, 2022); See also Koh, S. A Critical Review of the Singapore High Court’s Determination of the Proper Law of the Arbitration Agreement in *BNA v BNB* (2019), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/09/20/a-critical-review-of-the-singapore-high-courts-determination-of-the-proper-law-of-the-arbitration-agreement-in-bna-v-bnb/> (last visited Mar. 17, 2022).

¹⁵ James Hope, Lisa Johansson, Stockholm Arbitration Yearbook, Chapter 9: What Is the Governing Law of the Arbitration Agreement? A Comparison Between the English and Swedish Approaches, 146 (2021); See *supra* note 3, 490.

¹⁶ ICDR Young and International, Where to Go & What to Do When You Get There: Identifying the Law Governing the Arbitration Agreement (2021), <https://www.youtube.com/watch?v=7tB5FrBC4ZY> ((last visited Mar. 17, 2022).

¹⁷ *Ibid.* See also, *supra* note 3, 477-478.

¹⁸ *Id.*, 76.

arbitral tribunals. The reasons for this difficulty can be structured in following way:¹⁹

To begin with, the parties usually fail to insert in their arbitration clauses or agreements which law is applicable to it.²⁰ In fact, they merely select the governing law of the main contract and frequently neglect to specify which law will govern the agreement to arbitrate.²¹

Additionally, for identifying the law governing arbitration agreement, one needs to know which conflict of law rules (also referred to as “choice-of-law rules”) will govern the process of identification of applicable law. In that regard, there is legal uncertainty on the issue as there has been differing and complex approaches by the arbitral tribunals and the national courts on the matter, particularly due to the lack of choice-of-law rules to be applied in the identification process.²² Several choice-of-law rules suggested to be used in the determination of the law governing the arbitration agreement are: (i) NYC, (ii) Model Law, (iii) three-tiered test from *Sulamérica*, (iv) conflict of law rules of *lex arbitri*. In a few words, according to NYC Article V (1) (a), the law governing the arbitration agreement shall be the law the parties have chosen (explicitly or impliedly), and if not any, the law of the seat (default rule). Three-tiered test also refers to explicit or implied choice of the parties, however, if not any, the law having the closest connection to the arbitration agreement.

Furthermore, there is widespread misunderstanding about the possibility of distinct laws controlling various components of arbitration agreements.²³ Academics and case law²⁴ have occasionally advocated opinions on applying the same approaches regarding the law governing the substantive validity of the arbitration agreement to the cases where a law governing any other aspect of arbitration agreement was required.

Lastly, as adjudicated by Prof. Ms. Scherer in her research²⁵ on 80 jurisdictions reflecting their approaches on the question of law governing the arbitration agreement, most of the jurisdictions prefer the law of the seat as the law governing the main contract as they encompass 51%, thus being the majority.²⁶ In contrast, the jurisdictions selecting the law of the main contract as the law governing arbitration agreement contain 34% of the map.²⁷ The other options are the Swiss and French models, respectively holding 9% and

¹⁹ See *supra* note 16.

²⁰ *Sulamérica Cia Nacional De Seguros v. Enesa Engenharia SA*, EWCA Civ 638, para. 11 (2012); See Teo, *supra* note 4, 636.

²¹ *Ibid.*

²² *Supra* note 3, 488.

²³ *Id.*, 477-478.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Amir, *supra* note 5.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

6% roles.²⁸ Moreover, this map shows, all major jurisdictions, be it England or US, do not take a clear path in answering the question.²⁹

Thus, as a result of lack of consistent approach and confusion regarding the nature of the law governing the arbitration agreement, there is no definitive solution and all we have are presumptions.

II. What law governs the arbitration agreement?

To find out which law governs the arbitration agreement, one has to find out which choice of law rules to rely on. Along with determining the appropriate conflict of law rules, one must determine which law is preferred under that rule.

The academic literature and the case law³⁰ on the law governing arbitration agreement are full of controversy when it comes to determination of the governing law of the arbitration agreement, since all choice of law rules give effect to the parties' choice, be it express or implied. Further, while some choice of law rules point out to the law having the closest connection when the choice of the parties is impossible to identify, some determine fallback rules. In that regard, the controversy on the law governing arbitration agreement focuses on four assumptions: 1) law of the main contract; 2) law of the seat; 3) a national approach of French courts; 4) validation principle.

This Chapter will address the discussions on each issue by specifying the opinions of both supporting and adverse groups briefly.

A. The law of the main contract

One of the commonly supported opinions is that the law of the main contract should be construed as the implied choice of the parties or the law having the closest connection to the laws governing the arbitration agreement. Notably, the courts do not consider the law of the underlying contract as an express choice of law governing the main agreement but rather jump to the second and the third stages of their determination, because they consider the arbitration agreement a distinct contract from the main contract for all purposes.³¹

1. Discussion favoring the law of the main contract

The supporting position on the law of the main contract always being the law governing the arbitration agreement comes from the text of the NYC, since it indicates that the arbitration agreement is governed by “the law to which the parties have subjected [the arbitration agreement] or, failing any indication thereon [by the parties], [...] the law of the country where the

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ See Born, *supra* note 2, 817; See also *supra* note 3, 508; See Nazzini, *supra* note 2, 687; See also Shihata *supra* note 2, 187.

³¹ See *BCY v. BCZ SGHC 249* (2016).

award was made".³² The wording as "failing any indication thereon" seems to support the position that the choice of law of the main contract should be deemed as "any indication" by the parties.³³ Also, it has been accepted that the parties intend to govern all their disputes arising from a contract with the same body of law unless they point to the contrary.³⁴ This is because the parties are generally unaware of the application of a separate law to the arbitration agreement. This position affirmed by the UK Supreme Court in *Enka v Chubb*, is consistent with *the Fiona Trust & Holding Corp v Privalov* case³⁵, where the House of Lords held that "construction of an arbitration clause should start from the assumption that the parties, as rational businessmen, are likely to have intended any dispute arising out of their relationship into which they have entered or purported to enter to be decided by the same tribunal".³⁶

2. Discussions against this approach

Some suggest, the separability doctrine should prescribe that the law governing the main agreement cannot be applied to the agreement to arbitrate as far as the parties choose so expressly or impliedly.³⁷ To put it differently, the rationale of the courts and the literature on the application of the separability doctrine is comprised of that the separability doctrine will not prevent the application of the same law to the main contract and the arbitration agreement, because the separability doctrine acts as a protection mechanism for the arbitration agreement to prevent it from becoming invalid, non-existent or ineffective in the case that the main agreement it is included in is invalid, non-existent or ineffective³⁸ and comes at stake when the effectiveness, existence and/or the validity of the contract is in danger. Thus, the law of the main contract can govern the arbitration agreement either as an express or implied choice, and even as the law having the closest connection to it.³⁹

³² United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards, art. V (1) (a) (1958).

³³ *Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group*, UKSC 48, para. 33-35 (2021).

³⁴ *See Born*, *supra* note 2, 825; *See also supra* note 3, 506.

³⁵ *Enka Insaat Ve Sanayi A.S. v. OOO Insurance Company Chubb*, UKSC 38, para. 107 (2020).

³⁶ *Fiona Trust & Holding Corp v. Privalov*, UKHL 40, para. 7 (2007).

³⁷ *See Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group*, UKSC 48, para. 33-35 (2021); *See also* Blake Primrose, *Separability and stage one of the Sulamérica inquiry*, 33 *Arbitration International* 139, 144 (2017); *See generally* Karan Rukhana, Saisha Bacha, *The Doctrine of Separability: Through Lens of Darwinism*, 10 *Indian Journal of Arbitration Law* (2021); *BCY v BCZ SGHC* 249, para. 60 (2016).

³⁸ *See Lew*, *supra* note 12, para. 6-1 (2003); *See also* *Sulamérica Cia Nacional De Seguros v. Enesa Engenharia SA*, EWCA Civ 638 para. 26 (2012).

³⁹ *Enka Insaat Ve Sanayi A. S. v. OOO Insurance Company Chubb*, UKSC 38, para. 283 (2020).

B. The law of the seat

Several jurisdictions, both common and civil law, have applied the substantive law of the arbitral seat as the law governing the arbitration agreements, and particularly, their validity.⁴⁰

Particularly, the approach of the tribunals and the courts somehow differ in relation to the application of the law of the seat: On the one hand, they apply it as an implied choice of parties by indicating that the parties choose the law of the arbitration agreement when they choose the seat of arbitration. On the other hand, some courts and tribunals apply the law of the seat as the law having the closest connection to the arbitration agreement.⁴¹ Furthermore, the second part of the Article V (1) (a) of NYC and the identical instruments provide for a default rule by indicating that, when there is no agreement between the parties on the choice of law of the agreement to arbitrate, it will be governed under the law of the country where the award was made, namely the law of the arbitral seat.⁴²

Although the rationale behind the application of the law of the seat to the arbitration agreements has not been very “well-articulated”⁴³, the main reasons favoring this approach are the separability doctrine, the procedural nature of the law of the seat, and sometimes, its neutrality.

1. Separability doctrine

As having already been conveyed in the previous paragraph, the separability doctrine does not affect the choice of law of the arbitration agreement in the sense of preventing the law of the main contract being applicable to the agreement to arbitrate. Thus, the separability doctrine is not really a strong argument in favor of choosing the law of the seat as the proper law.

2. Procedural nature of the law of the seat

It has been articulated that the purpose of the arbitration agreement is completely different from that of the main contract since the main contract deals with the substantive relations between parties⁴⁴ whereas the arbitration agreement, by providing for the jurisdiction of the arbitral tribunal, has procedural nature.⁴⁵ By this, law of the seat is considered as more connected with the arbitration agreement, since the seat and seat’s law deal with the procedural side of the arbitration.⁴⁶ It regulates the interference of the national

⁴⁰ *Supra* note 3, 17.

⁴¹ *See generally* FirstLink Investments Corp Ltd. v. GT Payment Pte Ltd. (2014); *See also* XL Insurance Ltd. v. Owens Corning, 1 All ER (Comm) 530 (2001).

⁴² UNCITRAL, *supra* note 9, art. 36 (1) (a) (i); *See supra* note 33, art. 100, V (1) (a); *See also supra* note 10, art. VI (2).

⁴³ *Supra* note 3, 17.

⁴⁴ Nazzini, *supra* note 2.

⁴⁵ Neil Kaplan, Michael Moser, Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles, 145 (2018).

⁴⁶ *Supra* note 3, 18.

courts to arbitral process.⁴⁷ Much importantly, seat country is mostly where the arbitration agreement is performed. The courts of the seat also have crucial supporting and supervisory roles in arbitral process, such as aiding in the formation of the arbitral tribunal and the collection of evidence, as well as for deciding on the tribunal's jurisdiction, and the award's validity.⁴⁸

3. *Neutrality*

One of the tendencies in international commercial arbitration is that, the parties, as they most of the time have different nationalities, intend to resolve their disputes in a neutral place.⁴⁹ For such reason, it has been suggested that the law of the neutral seat should be applicable to the arbitration agreement as the implied choice of parties, since the parties choosing a neutral seat would not intend to govern the arbitration agreement with the law of the one of their country of nationality, but rather with a neutral law.⁵⁰

On the contrary, some suggest that, the neutral consideration, which aims at ensuring a fair adjudication, normally focuses on the integrity of the decision-makers and rarely the governing law of the arbitration agreement.⁵¹

C. Validation principle

A more recent approach regarding the choice of law for the arbitration agreements is taking a pro-arbitration approach in deciding the law governing the substantive validity of the arbitration agreement.⁵²

The validation principle proposes that whenever the choice of law of arbitration agreement results in posing a serious risk to the substantive validity of the arbitration agreement, the law validating it, be it the law of the seat or the underlying contract, should be upheld.⁵³ The supporters of this principle underline the importance of giving effect to the parties' common intention when they are concluding the agreement to arbitrate, and the wording of Article V (1) (a) of NYC.⁵⁴ As believed by Born, the text of the article, when using the wording as "shall recognize", puts the obligation on the Contracting States to recognize and give full effect to the agreement to arbitrate made by parties.⁵⁵

Furthermore, Born considers acting on validation principle as a safe path, since the the validation principle, giving effect to parties' true intentions, is

⁴⁷ Kaplan, *supra* note 47; *See also* Nazzini, *supra* note 2, 702.

⁴⁸ *Supra* note 9, arts. 6, 11 (3); 11 (4); 13 (3); 14 (1); 16 (3); 27; 31 (3); 34 (2).

⁴⁹ Enka Insaat Ve Sanayi A.S. v. OOO Insurance Company Chubb, UKSC 38, para. 142 (2020).

⁵⁰ *Id.*, para. 143.

⁵¹ *Id.*, para. 244.

⁵² Born, *supra* note 2, 823-824.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Supra* note 4, 644; *See also* Mihaela Maravela, Hold on to Your Seats, Again! Another Step to Validation in Enka v Chubb Russia? (2020), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/05/hold-on-to-your-seats-again-another-step-to-validation-in-enka-v-chubb-russia/> (last visited March 17, 2022).

⁵⁵ Born, *supra* note 2, 824.

able to provide for a consistent and uniform international practice on the issue of law governing arbitration agreement without harming the mixed (substantive or procedural) nature of the arbitration agreement, whereas choosing other options would do so.⁵⁶ As per his opinion, choosing the law of the seat by default harms the substantive nature of the arbitration agreement, whereas choosing the law of the main contract by default harms its procedural nature and avoids separability doctrine entirely.⁵⁷

Notwithstanding the number of its supporters, the validation principle is not favoured by everyone. In fact, there is enough contrary view to the validation principle among scholars and in case law.⁵⁸ It has been argued that nothing in the language of these provisions or the negotiations of the contracting parties indicates such obligation.⁵⁹

As a side note, although one might consider the opinion of the English Court in *Kabab-Ji v. KFG* as preventing the application of the validation principle wholly, by indicating that the validation principle cannot 'create an agreement which would not otherwise exist'⁶⁰, the court meant to limit the application of validation principle to the cases of determining the law applicable to the substantive validity of the arbitration agreement only, rather than in finding the law governing the existence of an arbitration clause.

D. Parties' intention – french model

A transnational approach can be seen in French courts, where they refer to the arbitration agreement as an "autonomous" contract from all national legal systems.⁶¹ As per their approach, the arbitration agreements are governed by *règles matérielles*, the general principles of international law.⁶² As far as one can see, the French court refused to apply conflict of law rules for the determination of the applicable law to the agreement to arbitrate and instead chose to rely on the common intention of the parties; thus, an international principle as the proper law.⁶³

Nevertheless, this position is a cause for concern. As elucidated in *Dallah* and *Astro* cases, it is risky to take a likewise approach because it may prevent the enforcement of the award if the country where the award is sought to be enforced refuses to tolerate a de-localised arbitral system.⁶⁴

⁵⁶ Born, *supra* note 2, 814.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Supra* note 4, 643.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group*, UKSC 48, para. 51 (2021).

⁶¹ Nazzini, *supra* note 2, 688.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Alexander J. Belohlavek, *The Law Applicable to the Arbitration Agreement and the Arbitrability of a Dispute*, 3 Yearbook on International Arbitration 27, 32-33 (2013).

⁶⁴ James Spigelman, *The Centrality of Contractual Interpretation: A Comparative Perspective*, 19 (2013).

E. Swiss model

The Swiss model provides a rare example of the choice of law analysis by offering a mix of the abovementioned approaches.⁶⁵ Article 178 (2) of the Swiss Law on Private International Law prescribes a regime for determining the applicable law of the agreements to arbitrate. Article 178 (2), like most approaches, provide for the parties' choice. Alternatively, however, it articulates that, in the absence of the parties' choice, the law of the arbitration agreement should be either the law of the underlying contract or the Swiss law, under which the agreement is valid.

To put it simply, if the agreement deems to be invalid under the law of the main contract, it paves the way for the application of Swiss law "if [the agreement] conforms to" it.⁶⁶ Herewith, the Swiss law takes a pro-arbitration approach or affirms the validation principle since it allows an arbitration agreement to be deemed as a valid one if it complies with any of the mentioned three laws mentioned in the Article. Moreover, it is pertinent to note that validation principle, as its wording suggests, only provides a choice of law analysis for identifying the law governing the validity of the arbitration agreement, not for its existence or interpretation.

III. Azerbaijani perspective on the law governing the arbitration agreement

Azerbaijani arbitration law consists of Civil Procedural Code of the Republic of Azerbaijan (hereinafter "CPC"), Law "On International Arbitration", and the international conventions it is a party of: NYC, Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States and European Convention.⁶⁷ Notably, CPC Articles on the recognition and the enforcement of the arbitral awards, and the Law "On International Arbitration" are the verbatim adoption of NYC to a great extent.⁶⁸

As previously reviewed, determining the law governing arbitration agreements is a "hot topic" in national courts of foreign countries. Law governing the arbitration agreements, an issue of value for determining the validity, effect, and scope of the arbitration agreements, undisputedly, may come into question before Azerbaijani courts as well.

⁶⁵ Lew, *supra* note 12, para. 6-63.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ See Gunduz Karimov, Law and Practice of International Arbitration in the CIS Region, Chapter 3: Azerbaijan, 89 (2017); See also Farkhad Mirzayev, Aikhan Asadov, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Russia and Former USSR States, Azerbaijan: Recognition and Enforcement of Arbitral Awards, 307 (2021); See also Ruslan Mirzayev, Legislation and Practice of Commercial Arbitration in Azerbaijan (2019), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/04/03/legislation-and-practice-of-commercial-arbitration-in-azerbaijan/> (last visited Mar. 17, 2022).

⁶⁸ *Ibid.*

A. Growing popularity of arbitration and economic growth

Arbitration is a reliable and predictable dispute resolution mechanism having more than one general welfare effects:⁶⁹ greater GDP, reduced consumer prices, and higher producer pricing, etc. According to data, arbitration has raised worldwide GDP by around 13%, and specifically, 15% for NYC members.⁷⁰ On that perspective, even the mere joining the NYC sends the message that a country is open for business.⁷¹

Azerbaijan is a developing country who is in very much a need of the economic growth, and thereby the increase of both foreign and domestic businesses in the country. Therefore, as per the need for constant tendency towards economic growth and growth of businesses in Azerbaijan, examining Azerbaijani approach on the question of law governing the arbitration agreement may have practical significance, given that arbitration is one of the best means for a prosperous business chance in any country.

B. Separability doctrine

The separability doctrine serves as the primary basis for the possibility that the arbitration agreement can be governed by a different source of law than the main contract. Therefore, to answer the question of law governing arbitration agreement, it must firstly be determined whether the separability doctrine it is embodied in Azerbaijani arbitration law.

According to Law “On International Arbitration”, an agreement to arbitrate can be formed as an arbitration clause and a separate arbitration agreement.⁷² More directly, Article 16.1 of the Law stipulates that, “The arbitral tribunal may decide on its jurisdiction, including any objection to the existence or validity of the arbitration agreement”.

For this purpose, the arbitration clause, which is an integral part of the contract, should be construed as an agreement independent of other contract terms. The arbitral tribunal's decision on the invalidity of the contract shall not invalidate the arbitration clause “*ipso jure*”.⁷³

Like Azerbaijani arbitration law, Azerbaijani scholars treated arbitration agreement independently as well, thus highlighting the possible consequences separability doctrine might have in the relations between commercial parties.⁷⁴

Thus, to encapsulate, Azerbaijani law also requires a separate determination of the proper law of arbitration agreement.

⁶⁹ Paniagua, *supra* note 6.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Law on International Arbitration of The Republic of Azerbaijan, art. 7.1 (1999).

⁷³ *Id.*, art. 16.1.

⁷⁴ See Sabir Allahverdiyev, International Private (Civil) Law Course of The Republic of Azerbaijan, 775 (2007); See also Zavar Gafarov, Atakhan Abilov, International Private Law (2nd ed. 2007).

C. Silence on the law governing the arbitration agreement

Azerbaijani arbitration law, albeit incorporating the separability presumption, does not provide for its consequences. It does not enumerate how the arbitration agreement's validity, existence, effect, and interpretation, which is deemed to be independent from the underlying contract, will be determined. Most importantly, there is no express conflict of laws rules for identifying the law governing arbitration agreement or do not straightforwardly specify under which laws these issues should be defined.

This conclusion would be supported by the analysis of Law "On International Arbitration" and CPC as well. Article 7 of the Law provides the definition of the "arbitration agreements" and sets out requirements for its formal validity.⁷⁵ Further, Article 28 delineates the rules for determining the law that will govern the substance of the dispute.⁷⁶ Apart from that, the law mentions nothing about applicable laws, leaving the question unanswered. By the same token, CPC does not have express mention of any law that may apply to the arbitration agreement.

Therefore, neither CPC nor Law "On International Arbitration" expressly states which law will govern the arbitration agreement if the Azerbaijani courts decide on the matter and which choice of law rules should apply in determining the law governing the arbitration agreement.

On that note, this silence is not only limited by the Azerbaijani arbitration law but also by the Azerbaijani court practice. As will be elaborated in the following paragraphs, the issue rarely went before Azerbaijani courts, and when they faced it, they avoided delving into the specifics and made irrelevant decisions.

Set aside, despite the silence in legislation and in court practice, as further will be elaborated, Sabir Allahverdiyev had addressed the issue in his book. He asserted that, the status of an arbitration agreement will be determined by the law governing the arbitration agreement (proper law) and it will be determined according to the closest connection rule.⁷⁷

D. When may the issue arise?

1. The recognition and the enforcement of arbitral awards

When the losing party does not perform the arbitral award voluntarily, the winning party may seek the recognition and enforcement of an arbitral award in the national courts of the country where the losing party has its assets.⁷⁸ In Azerbaijan, the issue is dealt with by the Supreme Court of the Republic of

⁷⁵ *Supra* note 77.

⁷⁶ *Id.*, art. 28.

⁷⁷ Allahverdiyev, *supra* note 79, 779.

⁷⁸ See Muhammad Atiab Mahdi, *The Effectiveness of International Commercial Arbitration System and a Critical Analysis* (2012).

Azerbaijan (hereinafter “Supreme Court”).⁷⁹ While carrying out this function, the Supreme Court has to consider several circumstances set out in the legislation on recognizing and enforcing arbitral awards, i.e. the CPC and the Azerbaijani Law “On International Arbitration”.⁸⁰ Before embracing the role of the law governing the arbitration agreement during the recognition and enforcement of the arbitral awards, we have to address the relevant Articles and what they provide for.

The legislation in this respect is vague and contains many loopholes since there are two Articles in CPC – Article 465 and 476 – setting out grounds for the refusal of the “decision of arbitral tribunals”. Even though they seem identical at first glance because of their names, they are different in nature and content. Their differences had been set out by many scholars and practical lawyers, however, they were applied identically in the court practice.⁸¹

The differences were firstly identified in judicial level in the famous Constitutional Court decision made on the complaint of the “POSCO DAEWOO” Corporation.⁸² In this case, Supreme Court refused the recognition and enforcement of the arbitral award rendered by the Korean Commercial Arbitration Council based on Article 465 of the CPC.⁸³ The Constitutional Court had decided that the decision of the Supreme Court shall be considered invalid due to non-compliance with Article 476 of the CPC, and the Supreme Court shall reconsider the case.⁸⁴ Even though Constitutional Court did not indicate how the two articles differ, it reasoned its decision only based on Article 476.⁸⁵

According to abovementioned Azerbaijani scholars and practitioners, Article 465 deals with the recognition and enforcement of decisions of “arbitrazh” of foreign countries - the instance courts dealing with economic cases.⁸⁶

This reasoning comes from the differences in the language and the nature of Article 465 and Article 476. At the same time, it is Article 476 that is identical

⁷⁹ The Civil Procedural Code of The Republic of Azerbaijan, art. 464 (1999).

⁸⁰ *Supra* note 77, art. 36; *See Id.*, art. 464-464, 472-476.

⁸¹ *See* The Supreme Court of the Republic of Azerbaijan, № 10-2(102)-28/2021 (2021); *See also* The Supreme Court of the Republic of Azerbaijan, № 10-2(102)-33/2021 (2021); *See* The Supreme Court of the Republic of Azerbaijan, № 2-2(102)-31/2020 (2020).

⁸² The Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan, The decision of the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan “On checking the compliance of the decision of the Supreme Court of the Republic of Azerbaijan dated May 16, 2018 on the complaint of ‘POSCO DAEWOO’ Corporation with the Constitution and laws of the Republic of Azerbaijan” (2019). Available at: <https://constcourt.gov.az/az/decision/407> (last visited Mar. 17, 2022).

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Arshad Huseynov, Commentary on The Civil Procedural Code of The Republic of Azerbaijan, 1378 (2015); *See* Sara Hasanli, Enforcement of International Arbitration Awards in The Republic of Azerbaijan (2020), <https://lawels.com/2020/06/06/xarici-arbitraj-q%C9%99rarlarinin-az%C9%99rbaycan-respublikasinda-t%C9%99tbiqi/> (last visited Mar. 17, 2022); *See also* Mirzayev, *supra* note 70.

to Article 36 of Law “On International Arbitration” and NYC.⁸⁷ In contrast, Article 465 sets dissimilar grounds for the refusal of the recognition and enforcement. More importantly, it does not mention arbitration agreements and their possible invalidity as grounds for refusal, while Article 476 does.⁸⁸ Therefore, to stave off any judicial imputation, it must be noted that Article 465 does not have any relevance for the determination of the law governing the arbitration agreement.

The discussion of the law governing the arbitration agreement during the recognition and enforcement of arbitral awards is significant because laws require the arbitral award to be based on and within the scope of a valid arbitration agreement.⁸⁹ According to Article 476 of CPC and Article 36 of the Law “On International Arbitration,” “recognition and enforcement of the arbitral award may be refused if there is any evidence that the arbitration agreement has been declared invalid under the law to which **the parties are subject**, and if there is no such law determined in the agreement, by the law of the country where the award was made”.⁹⁰

More clearly, according to Article 476 of CPC and Article 36 of the Law “On International Arbitration,” the Supreme Court shall refuse to recognize and enforce arbitral awards made based on or within the scope of the invalid arbitration agreements. Therefore, the Supreme Court has to determine the arbitration agreement – more specifically, its validity and scope – to decide whether the arbitral awards were made according to a valid arbitration agreement and within its scope. It means, to act under these articles, Supreme Court needs identify to under which law it shall determine the arbitration agreement’s validity, and according to which conflict of law rules it shall determine the law governing the arbitration agreement.

The arbitration practice of the Supreme Court, however, is limited, and does not reflect the aforementioned issues. An analysis of a handful amount of recent Supreme Court decisions shows that, there is no uniform approach regarding which Articles of CPC shall govern the arbitration related procedures. In fact, even after the decision of the Constitutional Court on differentiating Article 465 and 476 of the Code, the Supreme Court continues to give reference to Article 465,⁹¹ and at the same time, in some decisions, avoids it.⁹²

Accordingly, because of the lack of uniformity in the practice of Supreme Court regarding the rules applicable in the procedure of the recognition and

⁸⁷ *Supra* note 77, art. 36.

⁸⁸ *Supra* note 86.

⁸⁹ *Id.*, 476. *See supra* note 77, art. 36.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *See generally* The Supreme Court of the Republic of Azerbaijan, № 10-2(102)-28/2021 (2021); *See also* The Supreme Court of the Republic of Azerbaijan, № 2-2(102)-31/2020 (2020).

⁹² *See generally* The Supreme Court of the Republic of Azerbaijan, № 10-2(102)-33/2021 (2021).

enforcement of arbitral awards, Supreme Court, if it relies on Article 465 of CPC, can even recognize and enforce arbitral awards without looking up to the validity and scope of the agreement to arbitrate. Therefore, the issue still remains baffled, and needs clear determination.

2. Azerbaijani law as *lex arbitri*?

As per the scholarly opinion, for determining the law applicable to the arbitration clause, the Tribunal is requested to apply the conflict of laws rules contained in the *lex arbitri*.⁹³ The *lex arbitri* is determined by the seat of arbitration.⁹⁴ In this case, the court or the Arbitral Tribunal will have to look through the national laws of the seat country in order to find an answer. Thus, when the arbitral tribunal exercises its right to *Komptenz-Kompetenz*,⁹⁵ it will need a law governing arbitration agreement to see if there is an existing and valid arbitration agreement referring the case to arbitration and whether the dispute in question falls within the scope of the arbitration agreement.

In that regard, if the seat of the arbitration in the case in Azerbaijan, then the arbitral tribunal will have to find out what answer the conflict of laws rules of Azerbaijan provide for the question.

3. Duty of Azerbaijani courts to refer the case to arbitration

Article 8 of the Law "On International Arbitration", provides that "The court leaves a statement of claim without consideration if a party timely invokes an arbitration agreement unless such agreement is invalid, has lost effect or cannot be executed".⁹⁶ This Article hereby subjects the court's rejection of a claim to enforce the arbitral award when an agreement to arbitrate exists to two conditions:⁹⁷

- 1) unless one of the parties objects to the jurisdiction of the court and invokes the arbitration agreement;
- 2) unless the arbitration agreement is valid, effective and can be executed.

Therefore, if one of the parties claims that the issue should not be heard before the Court on the grounds that there is an arbitration agreement, the Court shall determine if the arbitration agreement is existent, valid, operative, and capable of being performed. If such an issue arises, Azerbaijani courts will have to find which law governs the arbitration agreement to identify

⁹³ See Franz Schwarz, *Schiedsverfahrensrecht Handbuch: Band II, Die Durchführung des Schiedsverfahrens*, para. 8/125 (2016); See also *supra* note 12, para. 6-55.

⁹⁴ Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, Martin Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration, para. 3.37 (6th ed. 2015); See Pietro Ferrario, *The Adaptation of Long-Term Gas Sale Agreements by Arbitrators*, 85 (2017); See also *Danish firm v. Egyptian firm*, (final Award), ICC Case No. 5294 (22 February 1988).

⁹⁵ *Supra* note 3, 1048-1051; See Fouchard, *supra* note 13, para. 416; See also Schwebel, *supra* note 13, 11; See Shihata, *supra* note 2, 25-26; Arroyo, *supra* note 13; See generally *American Bureau of Shipping (ABS) v. Copropriété Maritime Jules Verne et al.* (2002); See generally *Continental Commercial Systems v. Davies Telecheck International*, B.C.J. No. 2440 (1995); See also *BNA v. BNB*, SGCA 84 (2019).

⁹⁶ *Supra* note 77, art. 8.1.

⁹⁷ *Ibid.*

those characteristics. Nevertheless, the court practice asserts that this issue is not deeply delved into in Azerbaijan.

There are two cases where the Court failed to take advantage of an excellent opportunity to provide a new approach in Azerbaijan and address the issue of law governing the arbitration agreement. Instead, they delivered inconsistent decisions hindering the development of the arbitration practice by the Azerbaijani legal entities.

The first one is the decision of the Supreme Court № 2-2(102)-31/2020 dated March 11 2020.⁹⁸ There, in the Court of First Instance (Baku Commercial Court), the claimant sued the respondent to pay debt and damages. This right is transferred to the claimant from the contract between the respondent and a third party, A. Afterwards, the respondent filed a complaint requesting the termination of the contract because claimant was bound by the arbitration agreement included in the contract.

In this regard, the claimant alleged that it was not bound by the arbitration agreement because:

- 1) The claimant was not a party to the contract between the respondent and A. Therefore, the arbitration agreement could not bind claimant.
- 2) The contract, which includes the arbitration agreement, was terminated.

The Respondent's complaint was not satisfied in the Court of the first instance, and it was sent to the Baku Court of Appeal.

By the decision of the Administrative-Economic Board of the Baku Court of Appeal dated October 29, 2019, No. 2-2 (103) -812/2019, the appeal was satisfied, and the proceedings were terminated. Later, a cassation complaint was filed, and the case went before the Supreme Court.

The Supreme Court held that acting under article 8 of the Law “On International Arbitration”, it could not refer the parties to arbitration because the arbitration agreement was terminated when the contract was terminated. Accordingly, it overturned the decision of the Court of Appeal and remanded the case for consideration on the merits.

Seemingly, the Supreme Court considered the arbitration agreement as terminated just because the underlying contract was terminated, therefore avoiding the whole concept of the separability doctrine and a separate law governing the arbitration agreement.

The second example is a recent decision of Supreme Court № 2-2(102)-3/2022 dated February 23 2022.⁹⁹ In this case, claimant sought to invalidate a contract between himself/herself and the respondent party because the contract was in English, and they did not understand a single word since they do not know the language.¹⁰⁰ By this, the claimant was left unaware of the

⁹⁸ See generally The Supreme Court of the Republic of Azerbaijan, № 2-2(102)-31/2020 (2020).

⁹⁹ See generally The Supreme Court of the Republic of Azerbaijan, № 2-2(102)-3/2022 (23 February 2022).

¹⁰⁰ *Id.*, para. 3.

contract provisions and thus sought to invalidate it. The contract that the claimant aimed to invalidate contained an arbitration clause.¹⁰¹ The claimant argued that the contract was entirely invalid because they did not understand English and were not aware of the contract's content.

The case went before the first instance court, and the court refused to decide on the case because there was an arbitration clause in the contract, referring the case to arbitration in Istanbul.¹⁰²

Later, the claimant, who was seemingly uninformed of the inclusion of the arbitration clause as a dispute resolution mechanism, appeared before the Court of Appeal. Taking the same path as the First Instance Court, the Court of Appeal refused to decide on the case by pointing to the arbitration clause.¹⁰³

After the case went before the Supreme Court, in the cassation instance, the Supreme Court, referring to the CPC, alluded that the case might be decided before the national courts even though there is an agreement to arbitrate subject the parties' agreement. The Supreme Court rightfully held that:¹⁰⁴

“The possibility of accepting the claim by the court should be examined [...] in accordance with the requirements of Articles 152 and 153 of the CPC, although there is a relevant contractual condition for the consideration of a specific dispute in the arbitration. If the respondent objects to the resolution of the dispute in court, the claim may be reevaluated as per the requirements of Article 259.0.5 of the Civil Procedure Code.”

By this, the Supreme Court returned the case to the Court of Appeal because it failed to apply the procedural rules on the acceptance of a claim.¹⁰⁵ The Supreme Court's position, in this case, is not quite, yet somehow in compliance with the rule established in Article 8.1 of the Law “On International Arbitration”. Here, the respondent party, with whom the Claimant had an arbitration clause, had failed to appear before the national courts. It appears, the First Instance Court and the Court of Appeal had accepted this absence by the respondent side as an objection despite their failure to show up. Nevertheless, they did not determine if the clause is valid, effective and can be executed.

In conclusion, despite rightfully sending the Court of Appeal decision back for reconsideration, the Supreme Court failed to rely on Article 8.1 of the Law “On International Arbitration” and address the court's duty to identify the validity and effectiveness of the arbitration clause. If they had complied with their duties, they had to determine the law governing the arbitration agreement.

¹⁰¹ *Id.*, para. 7.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Id.*, para. 12.

¹⁰⁴ *Id.*, para. 35.

¹⁰⁵ *Id.*, para. 38.

The aforementioned two decisions show that, although the courts had the chance to address the issue of law governing arbitration, they never chose to follow the legally incorporated doctrine of separability and make a separate inquiry for the law governing the arbitration agreement for the determination of their existence, and effectiveness. Such an approach hardly cooperates with today's world of international commercial arbitration and leaves the issue unaddressed in our case law.

4. Legal obligation arising from European Convention

The regulatory environment contains many loopholes regarding this issue, which provides sufficient room for manoeuvring to the legislator. Nevertheless, - in the author's opinion - it also generates implicit legislative obligation. For example, Article VI (2) (c) of the European Convention¹⁰⁶ to which Azerbaijan is a party,¹⁰⁷ can be interpreted as an obligation. According to this:

“In deciding the existence or the validity of an arbitration agreement, courts of Contracting States shall examine the validity of such agreement (...) failing any indication as to the law to which the parties have subjected the agreement, and where at the time when the question is raised in court the country in which the award is to be made cannot be determined, under the competent law under the rules of conflict of the court seized of the dispute”.¹⁰⁸

Therefore, the European Convention practically obliges the contracting states to have a conflict of laws rules regarding determining the law applicable to arbitration agreements.¹⁰⁹ Since Azerbaijan fails to do so, it can be considered as a violation of the convention by Azerbaijan.

E. Possible conflict of laws rules in Azerbaijan. What conclusion can be derived?

1. Laws on the recognition and enforcement of arbitral awards and their use as the conflict of law rules

There is a well-known debate on whether the choice of law rules potentially established in Article V (1) (a) of NYC should be used for determining the law governing the arbitration agreement. Despite the Article providing only the validity of the arbitration agreement, most of the time the international practice has used it in determining the laws governing every aspect of arbitration agreement.¹¹⁰

¹⁰⁶ *Supra* note 10, art. VI (2) (c).

¹⁰⁷ *See generally* Law on Accession to the European Convention on International Commercial Arbitration of The Republic of Azerbaijan (1996).

¹⁰⁸ *Supra* note 10, art. VI (2) (c).

¹⁰⁹ Daniel Ban, *The Law Applicable to Arbitration Agreements Remarks on the Codification of the New Hungarian Code of Private International Law*, 12 Romanian Arbitration Journal 41, 42 (2018).

¹¹⁰ *Supra* note 3, 532; *See also supra* note 12, para. 6-55.

Naturally, taking this path, there is a need to look into the rules on recognising and enforcing arbitral awards in Azerbaijan by applying the same logic used in NYC, as there is no explicit conflict of laws rules in Azerbaijani arbitration law for providing the answer to the question at hand.

Pursuant to article 476.0.1.1 of CPC, which sets one of the grounds for the refusal of the recognition and the enforcement of the arbitral awards, “recognition and enforcement of the arbitral award may be refused if there is any evidence that the arbitration agreement has been declared invalid under the law to which **the parties are subject**, and if there is no such law determined in the agreement, by the law of the country where the award was made”.¹¹¹

It indicates that the arbitration agreement's validity will be governed under the **law to which the parties are subject**. It gives the impression that the article, when using the language like “the law to which the parties are subject”, refers to the law of the country in which each person is incorporated.¹¹² Nevertheless, it does not do so. As underpinned by scholarly opinion,¹¹³ the language of Art. 476.0.1.1 of CPC is defective.

Principally, the second part of the Article proceeds by enunciating that the law of the seat will apply “if there is no such law determined in the agreement”.¹¹⁴ It propounds that the article subjects the arbitration agreement to the law to which the parties have subjected it, as it is apparent that the country of incorporation cannot be “determined” in any agreement - it is a legal fact. Likewise, Law “On International Arbitration”, in its identical article, subjects the arbitration agreement to “*the law to which the parties have subjected it*”.¹¹⁵

Furthermore, the relevant Article in NYC, as construed above, stipulates that the validity of the arbitration agreement will be ascertained under the law to which the parties have subjected it.¹¹⁶ It is overt that the rules on the recognition and enforcement of arbitral awards are verbatim adoption of the NYC and UNCITRAL Model Law.¹¹⁷ Furthermore, CPC itself, in its article 477, demonstrates that NYC will apply in the cases of recognition and enforcement of arbitral awards.¹¹⁸

What can be inferred from the analysis above is that article 476.0.1.1 shall be read in compliance with the Law “On International Arbitration” and NYC. Convincingly, the part stating “*the law where each party is subject to*” shall be understood as “*the law to which the parties have subjected it*”.

¹¹¹ *Supra* note 86, art. 476.0.1.1.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Huseynov, *supra* note 93, 1381.

¹¹⁴ *Supra* note 86, art. 476.0.1.1.

¹¹⁵ *Supra* note 77, art. 36.

¹¹⁶ *Supra* note 33.

¹¹⁷ *See generally* Mirzayev, *supra* note 70.

¹¹⁸ *Supra* note 86, art. 477.

Azerbaijani arbitration law, paving the way for parties' choice regarding the applicable law, is not materially different from the laws of the other countries on the same topic. Critically, Azerbaijani arbitration law does not detail what could be required to form such a choice-of-law agreement between the parties, explicitly regarding arbitration agreements. The other countries having the same conflict of laws rules in their arbitration legislation provide details in their case-law and practice;¹¹⁹ however, Azerbaijan fails.

2. Using the law “on private international law” on the interpretation of article 476 of CPC. Law of the seat or the main contract?

To find out what the “agreement of the parties” on the applicable law of the arbitration agreement means under Azerbaijani legislation, we may look at the Law “On Private International Law” in analogy and, in particular, Article 1.3.¹²⁰ It delineates that “consent of the parties to determine the applicable law should be clearly stated or directly proceed from the terms of the contract and the circumstances of the case as a whole”.¹²¹

Considering that Law “On Private International Law” governs the civil legal relations (hereinafter “agreement(s)” or “contract(s)”) with foreign elements,¹²² we shall firstly find out if the international arbitration agreements for resolving commercial law issues are the agreements with foreign elements. A contract is a contract with a 'foreign element' when the relation has an international nature and the parties belong to different jurisdictions.¹²³

Accordingly, arbitration is international when “(i) the parties to the contract belong to different jurisdictions; (ii) the place of performance under the contract is outside Azerbaijan; or (iii) the contract's subject matter is located outside Azerbaijan”.¹²⁴ The parties to arbitration agreement setting the jurisdiction for international commercial arbitration tribunals naturally belong to different jurisdictions. This alludes that the arbitration agreements we are dealing with can well be considered as the agreements with “foreign element” under the Azerbaijani Law “On Private International Law”. This belief is upheld by Azerbaijani scholars as well,¹²⁵ insinuating that the international arbitration agreements are contracts having foreign element, thus falling under the Law “On Private International Law”.

Therefore, by applying Article 1.3 of Law “On Private International Law” for the interpretation of Article 476 of CPC, altogether, “the law to which the

¹¹⁹ See Plavec, *supra* note 5; See also *supra* note 3, 486, 515, 545, 576, 582; See Tarawali, *supra* note 5; See Trittmann, *supra* note 5; Scherer, *supra* note 5, 3, 6; Hamlyn & Co. v. Talisker Distillery A.C. 202 (1894) para. 208; See generally *Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group*, UKSC 48 (2021); Amir, *supra* note 5.

¹²⁰ Law on Private International Law of The Republic of Azerbaijan, art. 1.3 (2000).

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Id.*, art. 1.1.

¹²³ Allahverdiyev, *supra* note 79, 25.

¹²⁴ *Supra* note 77, art. 1.3.

¹²⁵ Allahverdiyev, *supra* note 79, 80; See also Karimov, *supra* note 70, 110.

parties have subjected it” within the language of the Code means the laws that are “clearly stated” by the parties, or “directly proceeding from the terms of the contract” or “directly proceeding from the circumstances of the case as a whole”.¹²⁶

This corroborates, the law to which the parties have subjected the arbitration agreement includes both express and implied choices of law in the Azerbaijani arbitration law. In fact, the “clearly stated” requirement represents the express choice of law, whereas the other two signify the parties' implied choice of the arbitration agreement's governing law.¹²⁷ By this, Azerbaijani arbitration law is in the same place as other jurisdictions, either those favouring the three-tiered test or the two-step test of NYC.

3. The law having the closest connection? Is it a problem?

The second part of Article 476 provides that in the absence of the law to which the parties have subjected the arbitration agreement, the latter shall be governed by the law of the country where the award was rendered, which is equivalent to the law of the seat.¹²⁸ This is entirely in compliance with NYC and sets the law of the seat as default choice-of-law rule in the absence of any choice by the parties. This would suggest that Azerbaijan lawfully follows the NYC approach on selecting the choice of law of arbitration agreement.

However, the problem arises when we try to use the Law “On Private International Law” in the interpretation of Article 476 of CPC. Despite in the previous paragraph, we have used and identified that the Article 476 gives effect to express or implied choice of the parties and then, by default, the law of the seat in the absence of any choice, Articles 24-25 of the Law “On Private International Law” indicates something different.

Article 24, affirming the principle of party autonomy in international commercial arbitration, sets the duty for the relevant institution to determine the applicable law considering the parties' intentions.¹²⁹ This Article is followed by Article 25, according to which, in the absence of an agreement between the parties on the applicable law, the law of the country to which such agreement is most closely connected shall apply.¹³⁰

Herewith, Azerbaijani law fails to provide a uniform set of rules in the determination of the law applicable to the arbitration agreement. While Article 476 sets the ground for the application of one form of choice of law rules for the arbitration agreements, Article 25 of the Law “On Private International Law” sets for another, a more Sulamérica-like approach.

It may be suggested that Article 25 and the closest connection test set there shall be applied when there is no choice of law done by the parties regarding

¹²⁶ *Supra* note 127.

¹²⁷ *Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group*, UKSC 48, para. 39 (2021).

¹²⁸ *Supra* note 86, art. 476.

¹²⁹ *Supra* note 127, art. 24.

¹³⁰ *Id.*, art. 25.

the arbitration agreement, and there is no choice of seat. This is because the law shows no guidance for the rule set out in Article 476 about the law governing the arbitration agreement in the absence of both choice of law and the seat. Additionally, some Azerbaijani scholars assert that, the law governing the arbitration agreement should be determined according to the closest connection test.¹³¹

Moreover, it is uncertain if the Azerbaijani arbitration law regards the law of the seat as the law having the closest connection or if the closest connection test should be applied if there is no seat. These all show the possible legal collision between two norms having the same legal force in the hierarchy of norms.

4. Validation principle in Azerbaijani law?

In the absence of a clear choice of law rule, we might need to showcase how the Azerbaijani arbitration law and Azerbaijani courts contemplate the arbitration agreements to see whether they are keener to give effect to the parties' agreement or take a pro-arbitration approach, therefore favouring the validation principle.

Azerbaijan has joined NYC without any reservation. Since NYC takes the pro-arbitration approach and incorporates the validation principle in Article 2, one might argue that Azerbaijan shall take a pro-arbitration approach to act in compliance with NYC.

Azerbaijani arbitration practice is confined to a few previously mentioned cases in relation to the recognition and enforcement of the arbitral awards. Moving back to those cases and analyzing their approaches regarding the arbitration, it is not straightforward to argue that they endorse the validation principle. For instance, in Supreme Court case № 2-2(102)-3/2022,¹³² the First Instance Court and the Supreme Court defended the court's jurisdiction without looking up to the validity and effect of the arbitration agreement. In the other one, Supreme Court case № 2-2(102)-31/2020,¹³³ First Instance Court and the Supreme Court considered the arbitration agreement just in light of the termination of the underlying contract, without giving effect to the separability doctrine. Further, in the cases of recognition and enforcement of arbitral awards, the Supreme Court failed even to apply the right Article. To sum up, there is obviously a cold attitude and indifference to arbitration in Azerbaijan.

Conclusion

This Article had provided an overview of both the international perspective and specifically, the perspective derived from Azerbaijani arbitration law and court decisions regarding the issue of law governing the

¹³¹ Allahverdiyev, *supra* note 79, 779; *See also* Gafarov, *supra* note 79, 313.

¹³² *See generally* The Supreme Court of the Republic of Azerbaijan, № 2-2(102)-3/2022 (2022).

¹³³ *See generally* The Supreme Court of the Republic of Azerbaijan, № 2-2(102)-31/2020 (2020).

arbitration agreement. As shown in our discussion, determination of the law governing the arbitration agreement is challenging almost in all aspects, and Azerbaijani arbitration law and court practice lack specific regulations for dealing with such a challenging issue. Bearing in mind that arbitration has substantial importance in business context, implications of this research suggest that, having local regulations identifying ways for the determination of the law governing the arbitration agreement would be a step towards acknowledging the significance of arbitration in Azerbaijan. Therefore, the findings in the Article at hand suggests:

1. Azerbaijani arbitration law should address the issue of the law governing the arbitration more straightforwardly. One uncertainty is, which conflict of law rules will govern the matter, if faced before Azerbaijani courts. To begin with, there is a need for pinpointing a conflict of law rule to determine the law governing the arbitration agreement, be it Article 476 of CPC or the Law "On Private International Law".
2. Further, the first part of Article 476 should be amended as "law to which the parties have subjected it" in order to avoid contradictions regarding terminology. Further, there should be a more precise guide as to what the law chosen by the parties means and whether we should be relying on the Law "On Private International Law" for it. If yes, it should be made unambiguous if the closest connection test will apply to the arbitration agreements.
3. By taking the safest way, Azerbaijani arbitration law may take a similar approach to Swiss law by adding to the Law "On Private International Law", or CPC Articles on recognition and enforcement of the award a similar provision on the law governing the validity of the arbitration agreement:
"The arbitration agreement shall be deemed valid if it conforms to either the law of the main contract or the laws of Azerbaijan".
Accordingly, under this provision, the Supreme Court would be freed from
 - having to find out the appropriate conflict of law rules,
 - having to find out which law the parties have chosen by looking up the facts of the case.
4. The possible contradiction between the Article 476 of CPC and the Law "On Private International Law" shall be avoided.

*Türkan Kərimova**

TANINMAQ HÜQUQU: YENİ ƏQLİ MÜLKİYYƏT HÜQUQUNA EHTİYAC VARMI?

Annotasiya

Müasir dövrdə əqli mülkiyyət hüquqlarının sərhədləri genişlənmiş, tanınmaq hüququ da əqli mülkiyyət hüququ kimi qəbul edilməyə başlanmışdır. Tanınmaq hüququ şəxsi toxunulmazlıq hüququndan törəmə olsa da, zamanla əqli mülkiyyət hüququna xas olan xüsusiyyətlər qazanmışdır. Son illərdə məşhur şəxsləri identifikasiya edən məlumatların əmtəə nişanı olaraq qeydiyyatının artması ilə yanaşı, onların şəkil, ad və digər fərdiləşdirici məlumatlarının əmtəələrdə istifadəsi bu hüququn aktullaşmasına səbəb olmuşdur. Bu hüquq media hüququ, mətbuat azadlığı kimi sahələrə toxunduğundan və tətbiqi sahəsi kifayət qədər geniş olduğundan məqalədə tanınmaq hüququnun yalnız əmtəə nişanı aspektləri təhlil edilərək anqlo-sakson və roman-german hüquq sistemlərindəki yanaşmalara diqqət çəkilmişdir. Məqalədə, həmçinin Azərbaycan Respublikasının mövcud qanunvericiliyində tanınmış və tanınmamış şəxsləri identifikasiya edən məlumatlarının əmtəə nişanı olaraq qeydiyyatı ilə bağlı əlavə tənzimləməyə ehtiyac olduğuna diqqət çəkilmişdir.

Abstract

In modern times, the boundaries of intellectual property rights have expanded, and the right to publicity has begun to be accepted as an intellectual property right. Although the right to publicity is a right derived from the right to privacy, over time it has acquired characteristics inherent to the right to intellectual property. In recent years, in addition to the increase in the registration of information identifying famous people as trademarks, the use of their image, name and other personalizing information in goods has led to the actualization of this right. Since this right touches areas such as media rights and freedom of the press, and the scope of its application is wide enough, the article analyzes only the trademark aspects of the right to recognition, drawing attention to the approaches in the Anglo-Saxon and Romano-German legal systems. In the article, it was also pointed out that in the current legislation of the Republic of Azerbaijan, there is a need for additional regulation regarding the registration of the identification information of known and unknown persons as a trademark.

MÜNDƏRİCAT

Giriş	258
I. Tanınmaq hüququnun anlayışı, şəxsi toxunulmazlıq hüquququn yetərsizliyi və hüququn əsaslandırılması	259
A. Tanınmaq hüququnun anlayışı	259
B. Tanınmaq hüququna yaranan ehtiyac: Şəxsi toxunulmazlıq hüququ yetərsizdirmi?	261
C. Lehinə və əleyhinə mövqelər işığında tanınmaq hüququ	263
Ç. Tanınmaq hüququnun təbiəti və transfer mexanizmi	267
II. Tanınmaq hüququnun tətbiqi dairəsi və əmtəə nişanı ilə qarşılıqlı əlaqəsi ..	270

A. Tanınmaq hüququnun predmeti.....	270
B. Tanınmaq hüququ kimlərə şamil olunur?	271
C. Tanınmaq hüququ ilə əmtəə nişanı hüququ arasındakı fərq nədədir?	272
Ç. Fərdi məlumatların əmtəə nişanı kimi qeydiyyatına dair "Əmtəə nişanları və coğrafi göstəricilər haqqında" Azərbaycan Respublikası Qanununun bəzi müddələrinin təhlili.....	274
Nəticə.....	277

Giriş

XXI əsrdə bəşəriyyətin inkişafı insan fəaliyyətinin müxtəlif sahələrində özünü göstərməkdədir. İnkişafı təmin edən əsas vasitələrdən biri kimi əqli mülkiyyət hüquqları, daha doğrusu, əqli biliklərin kommersiyalaşdırılması aparıcı qüvvə rolunda çıxış edir, hüquq isə, öz növbəsində, əqli mülkiyyət nəticələrinin qiymətləndirilməsinə imkan verir.¹ Kommersiyalaşdırma prosesi əvvəllər texnoloji yeniliklər hesabına baş verirdisə, sonralar insana məxsus məlumatların kommersiya dəyəri qazanması ilə sürətlənmişdir. İncəsənət və idman kimi sahələrin inkişafı nəticəsində məşhurları fərdiləşdirən ad, ləqəb, səs, şəkil, imza və bəzən onları xarakterizə edən sözlərdən satış prosesini sürətləndirən effektiv vasitələr kimi istifadə olunmağa başlandı. Şəxsi identifikasiya məlumatlarının kommersiya məqsədli istifadəsi zamanla hüquq münasibətlərinin predmetinə çevrilərək şəxsə bu prosesə mane olmaq, həmçinin bundan faydalana bilmək hüquqlarını verdi. Buna baxmayaraq, bu münasibətləri tənzimləyən xüsusi hüquqi aktların olmaması səbəbilə cari tənzimləməni həyata keçirmək üçün əqli mülkiyyət hüquqlarına müraciət edilir.² Bununla da əqli mülkiyyət hüququnun ənənəvi növlərinin bu münasibətləri tənzimləməkdə yetərli olmadığını görən ABŞ nəzəriyyəçiləri və hakimləri "right to publicity" adlı yeni əqli mülkiyyət hüququ konsepsiyasını formalaşdırmışdılar.

Adıçəkilən hüquq kontinental hüquq sisteminə daxil olan ölkələrin qanunvericiliyində və əqli mülkiyyət hüququnun beynəlxalq hüquqi tənzimləmə vasitələri olan müqavilə, saziş, o cümlədən konvensiyalarda təsbit edilməmişdir. Bununla belə, bu hüququn təmin etdiyi mühafizə mexanizmi əqli mülkiyyət hüquqlarından biri olan əmtəə nişanı hüququ çərçivəsində təkrarlanır.

Məqalənin birinci hissəsində tanınmaq hüququnun anlayışı, tanınmaq

* Bakı Dövlət Universiteti, Əqli mülkiyyət hüququ magistr ixtisasının 2022-ci il məzunu.

¹ Kamran İmanov, İnnovasiyalı İnkişaf və Əqli Mülkiyyət Hüquqları, 7 (2022).

² Onur Yorulmaz, To What Extent are Personality Rights or Character Merchandising Protected in Intellectual Property Law? To What Extent They Should Be Protected?, 4 (2016).

hüququnun əsaslandırılmasına dair nəzəriyyələr, bu nəzəriyyələrə əks mövqelər, tanınmaq hüququnun təbiəti: əmlak yoxsa şəxsi qeyri-əmlak xarakterli hüquq olması və transferi məsələləri araşdırılmışdır. Məqalənin növbəti, yəni ikinci hissəsində isə tanınmaq hüququnun predmeti, tətbiq ediləcəyi subyektlər dairəsi, əmtəə nişanı ilə qarşılıqlı əlaqəsinə diqqət yetirilmiş, şəxsi fərdiləşdirən məlumatların əmtəə nişanı kimi qeydiyyatı “Əmtəə nişanı və coğrafi göstəricilər haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanununun müddəaları çərçivəsində təhlil edilmişdir.

I. Tanınmaq hüququnun anlayışı, şəxsi toxunulmazlıq hüququnun yetərsizliyi və hüququn əsaslandırılması

A. Tanınmaq hüququnun anlayışı

Girişdə qeyd edildiyi kimi, “right to publicity” adlı hüquq əqli mülkiyyət hüquqlarının ənənəvi növləri olan müəlliflik, patent, əmtəə nişanı hüququndan fərqli, sonradan təşəkkül tapmış bir hüquqdur.

“Publicity” sözü Azərbaycan dilinə “açıqlıq”,³ “aşkarlıq”,⁴ “reklam”,⁵ “məşhurluq”, “ad-san”, “şöhrət”, “media”,⁶ “ciddilik”,⁷ “kütləvilik”⁸ kimi, türk dilinə isə “publicity” “tanıtım”,⁹ “reklam”,¹⁰ “umuma açık olma”, “açıqlıq”, “alenilik”, “şöhrət”, “reklam”,¹¹ “ilan”¹² mənalarında tərcümə edilmişdir.

Azərbaycan dilində verilən izahlar içərisində reklam və media hüququnun ayrıca hüquq olması nəzərə alınaraq, məqalədə türk dilli izahlar içərisində Azərbaycan dilinə daha uyğun olan “tanıtım” sözü “tanınmaq” qismində istifadə ediləcəkdir.

Azərbaycan Respublikasının müxtəlif hüquqi aktlarında “tanınmaq” fərqli hüquqi nəticəyə səbəb ola bilən hüquqlar sırasında təsbit edilmişdir. Məsələn, “daşınmaz əşyaya mülkiyyət hüququnun tanınması”, “xarici məhkəmələrin qətnamələrinin tanınması”, “Azərbaycan Respublikasından kənarında bağlanmış

³ İngiliscə-Azərbaycanca Lüğət, 901 (2004); Qarayev Rauf, İngiliscə-Azərbaycanca Böyük Hüquq Lüğəti, 529 (2009).

⁴ İngiliscə-Azərbaycanca Lüğət, yuxarıda istinad 3, 901; Azərbaycanca-İngiliscə, İngiliscə-Azərbaycanca Lüğət, 235 (2006); Əliyeva Elmira, İngilis-Rus-Azərbaycan Lüğəti, 312 (2012); Abbasov Abbas, İngiliscə-Azərbaycanca Qısa Hüquq Lüğəti, 149 (2008); Qarayev, yuxarıda istinad 3, 529.

⁵ Qarayev, yuxarıda istinad 3, 529; Azərbaycanca-İngiliscə, İngiliscə-Azərbaycanca Lüğət, yuxarıda istinad 4, 235.

⁶ İngiliscə-Azərbaycanca Lüğət, yuxarıda istinad 3, 901.

⁷ Əliyeva, yuxarıda istinad 4, 312.

⁸ Abbasov, yuxarıda istinad 4, 149.

⁹ İngilizce-türkce Sözlük, 808. Burada bax: <https://archive.org/details/ngilizce-trkeSzluk/page/n807/mode/2up> (son baxış 23 aprel, 2022); Tebriz-Turuz, İngilizce-türkce Sözlük, 1057 (2012).

¹⁰ İngilizce-türkce Sözlük, yuxarıda istinad 9, 808.

¹¹ Tebriz-Turuz, yuxarıda istinad 9, 1057.

¹² TC Avropa Birliyi Genel Sekreterliği, Avropa Birliyi Terimleri Sözlüğü (İngilizce-Türkçe), 256 (2009); Tebriz-Turuz, yuxarıda istinad 9, 1057. Lüğətlərdəki fərqli tərcümələrə uyğun olaraq mövzu üzrə yazılacaq akademik yazılarda “Right to publicity”-yə fərqli anlayış verilə və tərcümə seçilə bilər. Müəllif tərəfindən istifadə ediləcək anlayış mütləq xarakter daşımır.

nikahın tanınması”, “Bütün fiziki şəxslərin mülki hüquq qabiliyyəti eyni dərəcədə tanınır”, “Mülkiyyət hüququ - subyektin ona mənsub əmlaka (əşyaya) öz istədiyi kimi sahib olmaq, ondan istifadə etmək və ona dair sərəncam vermək üzrə dövlət tərəfindən tanınan və qorunan hüququdur”, “Sığorta marağının mövcudluğu qanunla və ya mülki-hüquqi müqavilə ilə tanınır”¹³ və s. müddələrin tərkibində “tanınmaq” feilindən istifadə edilmişdir. Həmçinin Azərbaycan Respublikasının “Müəlliflik hüququ və əlaqəli hüquqlar” haqqında Qanununda müəllifin şəxsi (qeyri-əmlak) hüquqları sırasında “*əsərin müəllifi kimi tanınmaq hüququ (müəlliflik hüququ)*” təsbit edilmişdir.¹⁴ Normanın konstruksiyasında “tanınmaq hüququ” ifadəsindən istifadə edilsə də, bu, nəzəriyyədə hüquqa verilmiş anlayışla üst-üstə düşmür, ona görə ki müəllifin şəxsi (qeyri-əmlak) hüquqları tamamilə fərqli konsepsiyadır.

Black Law hüquq lüğətində verilən anlayışa görə “*tanınmaq hüququ şəxsin, ad, şəkil və oxşarının istifadəsini nəzarətdə saxlamaq və ya kommersiya məqsədli və onun icazəsi olmadan istifadəsinin qarşısını almaqdır*”.¹⁵ Digər anlayışa görə “*tanınmaq hüququ bir şəxsin ad və oxşarının gəlir əldə etmək üçün üçüncü şəxs tərəfindən icazəsiz istifadəsinin qarşısını almaq hüququdur*”.¹⁶

Tanınmaq hüququna verilən anlayış hüquq lüğətlərində və ABŞ qanunvericiliyində təsbit edilmişdir. Əqli mülkiyyət hüquqlarının mühafizəsinə dair beynəlxalq hüquqi aktlarda: Ümumdünya Əqli Mülkiyyət Təşkilatının “Müəlliflik hüququna dair” Müqaviləsi, “İfaçıların, fonogram istehsalçılarının və yayım təşkilatlarının hüquqlarının qorunması haqqında” Beynəlxalq Konvensiya, “Nişanların beynəlxalq qeydiyyatı haqqında” Madrid Sazişi, eləcə “Ədəbi və bədii əsərlərin qorunması haqqında” Bern Konvensiyasında tanınmaq hüququ əqli mülkiyyət hüquqları sırasında təsbit edilməmişdir. Belə ki, “Əqli Mülkiyyətin Hüquqlarının Ticarətlə Əlaqəli Aspektlərinə dair” Sazişə görə (bundan sonra TRIPS Sazişi) “*bu Sazişin məqsədləri üçün əqli mülkiyyət hüquqları dedikdə 1-ci və 7-ci Bölmələr nəzərdə tutulmuş əqli mülkiyyətin bütün kateqoriyaları başa düşülür*”. Sazişdə müəlliflik hüququ və əlaqəli hüquqlar (I bölmə), əmtəə nişanları (II bölmə), coğrafi göstəricilər (III bölmə), sənaye nümunələri (IV bölmə), patentlər (V bölmə), integrallaşdırılmış sxem topologiyaları (VI bölmə) və açıqlanmamış məlumatların mühafizəsi (VII bölmə) əqli mülkiyyət hüquqlarına aid edilir.¹⁷ “Sənaye mülkiyyətinin mühafizəsinə dair” Paris Konvensiyasına əsasən “*ixtira üzrə patentlər, faydalı modellər, sənaye nümunələri, əmtəə nişanları, xidmət nişanları, firma adları və mənşə, yaxud mənşə yerinin adları göstəriciləri və*

¹³ Azərbaycan Respublikasının Mülki Prosessual Məcəlləsi, mad. 39.1, mad. 458.2 (1999); Azərbaycan Respublikasının Ailə Məcəlləsi, mad. 148 (1999); Azərbaycan Respublikasının Mülki Məcəlləsi, mad. 25.1, mad. 152.1, mad. 889.2 (2000).

¹⁴ “Müəlliflik hüququ və əlaqəli hüquqlar haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 14 (a) (1996).

¹⁵ Black’s Law Dictionary, 4127 (8th ed. 2004).

¹⁶ Stacey Dogan, Mark Lemley, *What the Right of Publicity Can Learn from Trademark Law*, 58 Stanford Law Review 1161, 1162 (2006).

¹⁷ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, art. 1.2 (1994).

həmçinin qeyri-səmimi rəqabət sənaye mülkiyyətinin mühafizəsi obyektləridir. Sənaye mülkiyyəti geniş mənada başa düşülür və sözün tam mənasında nəinki sənaye və ticarətə, həm də kənd təsərrüfatı istehsalı və çıxarma sənayesi sahələrinə və sənaye yaxud təbii mənşəli məhsullara, məsələn, çaxıra, dənə, tütün yarpağına, meyvələrə, heyvana, yer altından çıxarılanlara, mineral sulara, pıvaya, çiçəklərə, una aid edilir”¹⁸

“Ümumdünya Əqli Mülkiyyət Təşkilatının yaradılmasına dair” Konvensiyada əqli mülkiyyət hüquqları dedikdə *“ədəbi, bədii və elmi əsərlər, ifaçıların çıxışları, fonoqramlar və yayım təşkilatlarının verilişləri və insan fəaliyyətinin bütün sahələrində ixtiralar, elmi kəşflər, sənaye nümunələri, əmtəə nişanları, xidmət nişanları, kommersiya adları, haqsız rəqabətdən müdafiə və sənaye, elmi, ədəbi və ya incəsənət sahələrdə intellektual fəaliyyət nəticəsində yaranan bütün digər hüquqlar”* nəzərdə tutulur.¹⁹

AR-in Konstitusiyasına əsasən *“müəlliflik hüququ, ixtiraçılıq hüququ və əqli mülkiyyət hüququnun başqa növləri qanunla qorunur”*.²⁰ Göndəriş edilən qanun isə *“Əqli mülkiyyət hüquqlarının təminatı və piratçılığa qarşı mübarizə haqqında”* Azərbaycan Respublikası Qanunudur. Qanunun 1.0.1-ci maddəsinə əsasən *“əqli mülkiyyət hüquqları - müəlliflik hüququnun obyektı olan əsərlərə, ifalara, fonoqramlara, yayım təşkilatlarının verilişlərinə, integral sxem topologiyalarına, məlumat toplularına, folklor nümunələrinə (ənənəvi mədəni nümunələrə), ixtiralara, faydalı modellərə, sənaye nümunələrinə, əmtəə nişanlarına, coğrafi göstəricilərə hüquqlardır”*.²¹ Göründüyü kimi, Qanunda əqli mülkiyyət hüquqlarının qapalı dairəsi müəyyən edilib. Azərbaycan hüquq ədəbiyyatında ənənəvi qəbul edilmiş iki qrup: müəlliflik hüququ və əlaqəli hüquqlar və sənaye mülkiyyəti obyektləri əqli mülkiyyət hüququna dair beynəlxalq müqavilələr fonunda müzakirə olunur.²²

B. Tanınmaq hüququna yaranan ehtiyac: Şəxsi toxunulmazlıq hüququ yetərsizdirmi?

Tanınmaq hüququ əqli mülkiyyət hüquqlarına dair beynəlxalq hüquqi aktlarda təsbit edilməsə də, o, ABŞ hüquq ədəbiyyatında və məhkəmə təcrübəsində keçən əsrdən müzakirə edilən hüquqlardan biridir. Tanınmaq hüququnun əsası şəxsi toxunulmazlıq hüququna söykənir. Şəxsi toxunulmazlıq hüququnu isə ilk dəfə hüquq doktrinasına gətirən Samuel Warren və Louis Brandeis olmuşdur. Müəlliflər şəxsi toxunulmazlıq hüququna *“tək qalmaq hüququ”* (*the right to be let alone*) olaraq anlayış vermişdirlər.²³ Sonralar bu hüquq *“İnsan hüquqlarının və əsas azadlıqların*

¹⁸ “Sənaye mülkiyyətinin mühafizəsi haqqında” Paris Konvensiyası, mad. 1.2-1.4 (1883).

¹⁹ Convention Establishing the World Intellectual Property Organization, art. 2 (viii) (1976).

²⁰ Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyası, mad. 30.2 (1995).

²¹ “Əqli mülkiyyət hüquqlarının təminatı və piratçılığa qarşı mübarizə haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 1.0.1 (2012).

²² Etibar Əliyev, Avropa Əqli Mülkiyyət Hüququ, 9 (2014); Etibar Əliyev, Beynəlxalq Əqli Mülkiyyət Hüququ, 5 (2013); Sabir Allahverdiyev, Azərbaycan Respublikasının Mülki Hüququ, 126-127 (2008).

²³ Samuel Warren, Louis Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 Harvard Law Review 190, 205 (1890).

müdafiəsi haqqında” Roma Konvensiyasında “*şəxsi həyata və ailə həyatına hörmət hüququ*” adı ilə təsbit edilmişdir. Şəxsi həyata və ailə həyatına hörmət hüququ hər kəsin öz şəxsi və ailə həyatına, mənzilinə və yazışma sirlirinə hörmət edilməsini nəzərdə tutur.²⁴ Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsinin (bundan sonra AİHM) təcrübəsində bu hüququn tətbiqi dairəsi olduqca genişdir,²⁵ belə ki, şəxsi toxunulmazlıq hüququnun şəxsi təkcə dövlət orqanlarının müdaxiləsindən deyil, həm də digər şəxslərin və ya qurumların, o cümlədən kütləvi informasiya vasitələrinin müdaxiləsindən qorumalı olduğu fikri dəstəklənir.²⁶

Şəxsi həyatın toxunulmazlığı tanınmış şəxslər də daxil olmaqla, hər bir şəxsin ad, şəkli, fiziki və mənəvi toxunulmazlığının təmin edilməsilə bağlıdır, o cümlədən kənar müdaxilə olmadan hər bir şəxsin inkişafını təmin etmək məqsədi daşıyır.²⁷

Müəlliflərin irəli sürdüyü şəxsi toxunulmazlıq konsepsiyası sonralar tanınmaq hüququnun müstəqil hüquq olaraq qəbul edilməsində mühüm rol oynamışdır. ABŞ-də bu hüququn məhkəmə təcrübəsində təşəkkülü 1953-cü ildə ABŞ İkinci Dairə Apellyasiya Məhkəməsində baxılmış “*Haelen Laboratoriesin Topps Chewing Gum-a qarşı*” olan işi ilə bağlıdır.²⁸ Bu məhkəmə işində beysbol oyunçusu saqqızların satışı zamanı şəkillərinin istifadə edilməsinə dair istehsalçıya müstəsna hüquqlar vermişdi. Bu sövdələşmədən xəbəri olan rəqib şirkət beysbol oyunçularını onunla da müqavilə bağlamağa dəvət etmişdi. Cavabdeh rəqib şirkətin əsaslandırmasına görə insanların şəkillərinin publik dərc edilməsində şəxsi toxunulmazlıq hüququndan başqa qanuni maraqları yoxdur, bu hüquq şəxsi hüquqdur və ötürülə bilməz.²⁹ Hakim Frankın mövqeyinə görə “*bu hüquq toxunulmazlıq və mülkiyyət hüququndan qaynaqlanan “toxunulmazlıq hüququna əlavə və müstəqil hüquqdur”*.”³⁰

²⁴ “İnsan hüquqlarının və əsas azadlıqların müdafiəsi haqqında” Roma Konvensiyası, mad. 8.1 (1950). Şəxsi toxunulmazlıq hüququ Azərbaycan Respublikasının Konsituziyasında da təsbit edilmişdir: “*Öz razılığı olmadan kimsənin şəxsi həyatı haqqında məlumatın toplanılmasına, saxlanılmasına, istifadəsinə və yayılmasına yol verilmir*”. Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyası, mad. 32.3 (1995).

²⁵ Axel Springer Ag v. Germany (2012). Burada bax:

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-109034%22%5D%7D> (son baxış 20 mart, 2022).

²⁶ Directorate General of Human Rights and the Rule of Law, Recommendations and Resolutions of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe in the Fields of Media and Information Society, 72 (2015).

²⁷ Von Hannover v. Germany, § 95 (2012). Burada bax:

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-109029%22%5D%7D> (son baxış 19 mart, 2022);

Sciacca v. Italy, § 29 (2005). Burada bax: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-67930%22%5D%7D> (son baxış 3 mart, 2022);

Reklos and Davourlis v. Greece, § 39-40 (2009). Burada bax: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-90617%22%5D%7D> (son baxış 13 mart, 2022).

²⁸ Eric Johnson, *Disentangling the Right of Publicity*, 111 North Western University Law Review 891, 896 (2017). Burada bax:

<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1278&context=nulr> (son baxış 12 mart, 2022).

²⁹ Haelan Laboratories, inc. v. Topps Chewing Gum, inc., 202 F. 2d., 866 (1953). Burada bax:

<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/202/866/216744/> (son baxış 21 mart, 2022).

³⁰ Yenə orada.

Şəxsin şəkli üzərində və onun dərc edilməsində müstəsna hüququ olmalıdır. Fiziki şəxslər öz şəkillərini lisenziyaya verə bilərlər, lisenziya alan şəxslər isə üçüncü şəxslər tərəfindən bu hüququn pozuntusuna yol verdiyi təqdirdə, onu müdafiə etmək hüququna malikdirlər.³¹ Hakimin fikrincə, bu hüquq şəxsi, kommersiya və mülkiyyət hüququdur.³²

Hakim Frankın mövqeyinin davamı olaraq Nimmer də identifikasiya məlumatlarının kommersiya məqsədli istifadəsi zamanı şəxsi toxunulmazlıq hüququnun adekvat olmadığı qənaətinə gəlmişdir. O, bunu şəxsi toxunulmazlıq hüququnun insan şəxsiyyətindən ayrılmaz hüquq olması ilə izah etmişdir.³³ Mahiyyətə identifikasiya məlumatlarının icazəsiz istifadəsi şəxsi toxunulmazlıq hüququnun pozuntusu olsa da, tanınmaq hüququnda şəxsi toxunulmazlıq, yoxsa mülkiyyət aspektlərinin üstünlüyü məsələsi fikir ayrılığına səbəb olur. Belə ki, Harold Gordon və Professor William Prosser mülkiyyət elementlərinin, Warren, Brandeis və Professor Edward Bloustein isə şəxsi toxunulmazlıq maraqlarının üstün olduğunu hesab edirlər. Fikri plüralizmə baxmayaraq, məhkəmə təcrübəsində tanınmaq hüququnun mülkiyyət əsaslı hüquq olması fikri dəstəklənir.³⁴ ABŞ Ali Məhkəməsi "*Zacchini-nin Scripps-Howard Broad. Co-ya qarşı*" işində tanınmaq hüququnun şəxsin onun hərəkətləri üzərində olan mülkiyyət maraqlarının mühafizəsini təmin etməsi mövqeyini dəstəklədi.³⁵

Yuxarıda qeyd edilənləri ümumiləşdirib bu nəticəyə gəlirik ki, şəxsi toxunulmazlıq və/və ya şəxsi və ya ailə həyatına hörmət hüququ fərdiləşdirici və potensial maddi dəyərə malik olan məlumatların kommersiya məqsədli istifadəsi zamanı yetərsiz hüquqi mexanizmdir. Bu baxımdan identifikasiya məlumatlarının gəlir məqsədilə istifadəsinə qadağa qoymaq və ya nəzarətdə saxlamaq, həmçinin həmin məlumatların istifadəsinə icazə verməklə özünün də faydalanmasına imkan verən yeni hüquq institutuna ehtiyac vardır.

C. Lehinə və əleyhinə mövqelər işığında tanınmaq hüququ

1. Tanınmaq hüququnun əsaslandırılmasına dair nəzəriyyələr

Əsas suala əqli mülkiyyət hüququna dair nəzəriyyələrə nəzər salmaqla cavab tapmağa çalışılacaqdır. Məhkəmənin (*Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc işi*) və Professor Nimmerin yanaşmasına istinadən tanınmaq hüququ şəxsi toxunulmazlıq hüququndan ayrılmışdır. Buna baxmayaraq, ABŞ hüquq nəzəriyyəsində və məhkəmə təcrübəsində bu hüququn məhz əqli mülkiyyət hüququ olaraq qəbul edilmə səbəbləri aydınlaşdırılmalıdır. Əqli mülkiyyət hüququ kimi qəbul edilməsini əsaslandıran nəzəriyyələr isə *əmək, utilitarianlıq, iqtisadi və əsassız varlanma*

³¹ Yenə orada.

³² Yenə orada.

³³ Melville Nimmer, *The Right of Publicity*, 19 Law and Contemporary Problems 203, 204 (1954).

³⁴ Reid Weisbord, *A Copyright Right of Publicity*, 84 Fordham Law Review 2803, 2811 (2016).

³⁵ *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, Opinion of Court, 562 (1976).

*nəzəriyyələri*dir.

Əqli mülkiyyət hüququ əqli fəaliyyətin nəticələrinə dair müstəsna hüquqlardır, başqa sözlə *“ideyalara əsaslanan qeyri-maddi mülkiyyətdir”*.³⁶ Tanınmaq hüququnun əqli mülkiyyət hüququ kimi qəbul edilməsinə dair nəzəriyyələrdən biri Con Lokkun əmək nəzəriyyəsidir. Bu nəzəriyyə hər bir şəxsin bacarıqları və əməyi nəticəsində yaradılan obyektə maddi fayda qazanmaq hüququnu nəzərdə tutur. Məşhur şəxslər populyarlığı uzunmüddətli cəhdləri və əməyi sayəsində qazanır, bu səbəbdən, onların şəkildən qazanc məqsədilə istifadə ədalətsizlikdir.³⁷ Hegel bu yanaşmaya qarşı çıxır. Belə ki, onun mövqeyinə görə insanın şəkli, onun fiziki xüsusiyyətləri, davranışları onun şəxsi əməyinin nəticəsi olmasa da, hüquqi mühafizəsi təmin edilməlidir.³⁸

Utilitarianlıq (faydalılıq) nəzəriyyəsi isə tanınmaq hüququnu *“fərdləri və hüquqi şəxsləri cəmiyyəti zənginləşdirən yaradıcı və innovativ səylərə vaxt, pul və səy sərif etməyə həvəsləndirmə üsulu”* kimi qiymətləndirir.³⁹ Utilitarianlıq nəzəriyyəsinə əsaslanan iqtisadi nəzəriyyə isə məşhur şəxslərin və ictimai xadimlərin məlumatlarının marketinq qabiliyyətinin yüksək olmasına fokuslanır. Bundan istifadə edən istehsalçılar həmin məlumatların ənənəvi ticarətdə istifadəsini genişləndirirlər.⁴⁰

İqtisadi nəzəriyyə fonunda formalaşan yanaşma tanınmaq hüququnun mahiyyətini açmağa imkan verir. Belə ki, Avropa Şurası Parlament Assambleyasının mövqeyinə görə müasir dövrdə insanların şəxsi həyatı müəyyən sektorlar üçün yüksək gəlirli əmtəyə çevrilir və daha çox ictimai xadimlərin şəxsi həyatlarının təfərrüatları satış üçün stimül rolunu oynayır.⁴¹ Bu prosesi tənziqləmək üçün isə tanınmaq hüququ ilə əlaqədar müxtəlif yurisdiksiyalarda oxşar və alternativ konsepsiyalar formalaşmışdır. Bunlardan biri *“character merchandising”*, yəni *“xarakterin əmtələşməsi”* konsepsiyasıdır. Konsepsiyanın əmtəə bazarında tətbiqinin nəticəsidir ki, istehsalçılar fiziki şəxslərə və bədii personajlara aid məlumatların istifadəsi üçün müqavilə bağlamaqla müxtəlif cizgi film qəhrəmanlarından uşaqlar üçün oyuncaqların, geyim və məişət əşyalarının hazırlanması, həmçinin

³⁶ Eliana Torres, *The Celebrity Behind the Brand International Protection of the Right of Publicity*, 5 Pace Intellectual Property, Sports & Entertainment Law Forum 116, 141 (2016); World Intellectual Property Organization, *What is Intellectual Property?*, 1 (2020); Peter Drahos, *The Universality of Intellectual Property Rights: Origins And Development*, 2 (1998); Turkey in Horizon 2020 Project, *Intellectual Property Rights*, 4 (2014); M. Kanthababu, *The What, Why and How of the Intellectual Property Rights*, 3 (2nd ed. 2020); The Institute of Company Secretaries of India, *Intellectual Property Rights-Law and Practice*, 2 (2015).

³⁷ Anurag Pareek, Arka Majumdar, *Protection of Celebrity Rights*, 11 Journal of Intellectual Property Rights 415, 416-417 (2006).

³⁸ William Fisher, *Theories of Intellectual Property*, 4 (2000).

³⁹ Andrew Beckerman-Rodau, *Toward a Limited Right of Publicity: An Argument for the Convergence of the Right of Publicity, Unfair Competition and Trademark Law*, 23 Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal 132, 151 (2013).

⁴⁰ Torres, yuxarıda istinad 36, 117-121.

⁴¹ Yuxarıda istinad 26, 72.

məşhur aktyor və aktrisaların şəkillərinin parfüm şüşələrinə həkk edə bilmək hüququnu əldə edirlər.⁴² Bu proses bəzən “*reputation merchandising*”, yəni “*reputasiyanın əmtəələşməsi*” də adlanır. Bu konsepsiyaların formalaşması təsadüfi olmamaqla bərabər, istehlakçıların davranış formalarının təhlilinə əsaslanır. Belə ki, kommersiyalaşdırma nöqtəyi-nəzərindən istehsalçılar əmtəənin satılmasının əsas səbəbini məhsulun üzərində məşhurun adı və ya şəklinin əks olunması ilə əlaqələndirirlər.⁴³ Prosesin sürətlə getməsi səbəbilə bu münasibətlərin beynəlxalq səviyyədə tənzimlənməsi və TRIPS sazişinə də bununla bağlı müddələrin əlavə edilməsi zərurəti meydana gəlmişdir.⁴⁴

Əsassız varlanma nəzəriyyəsi isə digər şəxslərin iqtisadi dəyərə malik olan identifikasiya məlumatlarının və ya qudvilinin mənimsənilməsi, başqa sözlə, onun “*oğurlanmasına*” qarşı çıxmaqla bu hüququ əsaslandırır,⁴⁵ digər nəzəriyyə isə tanınmaq hüququnu teatr və kino sənayesinin iqtisadi və sosial vacibliyinə bağlayır, çünki məşhurların hüquqlarının müdafiəsi bu sahənin inkişafına təkan verir.⁴⁶

2. Əks mövqelər

Tanınmaq hüququnun əsaslandırılmasına yönələn nəzəriyyələrin rəngarəngliyi əks mövqelərin də çoxluğuna səbəb olmuşdur. Başlıca əks mövqe əqli mülkiyyət hüququ kimi bu hüququn ABŞ Konstitusiyasında qeyd edilən müddəaya zidd olmasıdır,⁴⁷ çünki Konstitusiya müəlliflərə və ixtiraçılara məhdud zaman çərçivəsində müstəsna hüquqlar verməklə elmin və texniki sahələrin sonrakı inkişafına nail olmağı məqsəd olaraq müəyyən etmişdir.⁴⁸ Anlaşılan odur ki, faydalılıq əqli mülkiyyət hüququna dair siyasətin əsasını təşkil edir. Tanınmaq hüququ bu siyasətə zidd mövqeyi təbliğ edir, yəni insanları məşhur olmağa vadar etməklə onları sosial cəhətdən faydalı olmaqdan uzaqlaşdırır.⁴⁹ Əsas diqqət məşhur şəxslərə investisiyanın qoyulmasına yönəlir, halbuki bir mühəndisin cəmiyyətə verəcəyi faydanı məşhur şəxs verməyə bilər.⁵⁰

Digər bir yanaşmaya görə Lanham Aktında təsbit edilən müddələrin ştatların qanunvericiliyində təsbitinə ehtiyac yoxdur, çünki təminat mexanizmləri digər hüquqların təminat mexanizmləri ilə eyni olduğuna⁵¹ və Konstitusiya və qanunlar arasında qeyri-müəyyənliyə səbəb olduğuna görə

⁴² Wipo Intellectual Property Handbook, Policy, Law and Use, 106 (2004).

⁴³ Yenə orada, 140.

⁴⁴ Torres, yuxarıda istinad 36, 117-118.

⁴⁵ Alex Berger, *Righting the Wrong of Publicity: A Novel Proposal for a Uniform Federal Right of Publicity Statute*, 66 Hastings Law Journal 845, 851 (2015).

⁴⁶ Yenə orada.

⁴⁷ Albert Vetere, *The Wrong of Publicity*, 6 Pace Intellectual Property, Sports & Entertainment Law Forum 144, 149 (2016).

⁴⁸ The Constitution of the United States, sec. 8 (1787).

⁴⁹ Fisher, yuxarıda istinad 38, 25.

⁵⁰ Zoe Argento, *Applying Genericide to the Right of Publicity*, 10 Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law 321, 328-329 (2008).

⁵¹ Torres, yuxarıda istinad 36, 141.

bu hüququn mövcudluğuna son qoyulmalıdır.⁵² Bu məhkəmə təcrübəsi baxımından da effektivdir: başqa şəxsin ad və şəkildən istifadə etmək istəyən şəxs onunla müqavilə (lisenziya) bağlayaraq istifadənin şərtlərini müəyyən edə bilər.⁵³

Əmək nəzəriyyəsinə qarşı əks mövqeyə görə məşhurluq hər zaman insanın şəxsi əməyinin nəticəsi deyil, təsadüf nəticəsində də məşhurluq qazanmaq mümkündür.⁵⁴ Məşhur olan şəxsin şəkli üzərində hüquqları yoxdur, çünki ona bu məşhurluğu qazandıran kütlə olub.⁵⁵

Hər bir hüququn qanunvericilik səviyyəsində təsbiti müəyyən məntiqə və ehtiyaca söykənir. Əmtəə nişanın məqsədi istehlakçı rifahının təmin edilməsi olsa da, tanınmaq hüququnun ictimai şəxsiyyət modelinin qurulmasını təşviq etməsini söyləmək çətindir.⁵⁶ Bu hüquq bir tərəfdən şəxsiyyəti mühafizə edir, digər tərəfdən isə identifikasiya məlumatlarının əmtəə bazarına daxil olmasına şərait yaradır.⁵⁷ O cümlədən şəxsi toxunulmazlıq hüququndan törəmə olsa da, müstəqildir, toxunulmazlıq gizliliyi, tanınmaq hüququ şəxsi məlumatların dəyər qazanması ilə əlaqədar mühafizəni təmin edir.⁵⁸

Tanınmaq hüququ həm də azad bazar iqtisadiyyatı şəraitində istehsalçıların hökmranlıq mövqeyində balanssızlığın yaranmasına gətirib çıxarır. Belə ki, böyük korporasiyalar məşhur şəxslərin şəkildən istifadə edərək daha çox istehlakçıya cəlb edə bildiyi halda, kiçik korporasiyalar hər zaman bu imkana malik olmur. Bütün əks yanaşmalara baxmayaraq, müəllif Lee şəxsiyyət prizmasından bu hüququ identifikasiya məlumatlarından istifadənin qarşısını almaqda sonuncu və ən yaxşı hüquq olaraq görür.⁶⁰ Bunun nəticəsidir ki, bəzən tanınmaq hüququ əqli mülkiyyət hüquqları, şəxsi hüquqlar və haqsız rəqabətə qarşı hüquqların kombinasiyası olaraq qiymətləndirilir.⁶¹

Fikrimizcə, tanınmaq hüququnun müstəqil hüquq olaraq təsbiti əgəlabatan olsa da, əqli mülkiyyət hüququnun bir növü kimi qəbul edilməməli və əqli mülkiyyət hüquqlarına xas olan yanaşmalar bu hüquqa tətbiq edilməməlidir. Əqli mülkiyyət hüquqları insanın əqli fəaliyyətinin nəticələrinə müstəsna hüquqlar verir. Doğrudur, tanınmaq hüququ ən geniş mənada identifikasiya məlumatlarının istifadəsinə qadağa qoymaq və onların istifadəsini nəzarətdə saxlamaq hüququ verməklə, mexanizm olaraq əqli

⁵² Vetere, yuxarıda istinad 47, 162.

⁵³ Yenə orada.

⁵⁴ Torres, yuxarıda istinad 36, 141.

⁵⁵ Argento, yuxarıda istinad 50, 329.

⁵⁶ Daniel Gervais, Martin Holmes, *Fame, Property & Identity: The Purpose and Scope of the Right of Publicity*, 25 Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal 181, 182 (2014).

⁵⁷ Yenə orada, 185-187.

⁵⁸ Yenə orada, 187.

⁵⁹ Yuxarıda istinad 50, 328.

⁶⁰ Yolanda King, *The Right of Publicity Challenges for Tattoo Copyrights*, 16 Nevada Law Journal 441, 450 (2016).

⁶¹ Torres, yuxarıda istinad 36, 122.

mülkiyyət hüquqlarına xas olan qadağa qoymaq (qanuni inhisarçılıq) funksiyasını yerinə yetirir. Buna baxmayaraq, oxşar funksiyaya malik olma tanınmaq hüququnu əqli mülkiyyət hüququ olaraq qiymələndirmək üçün yetərli deyil, çünki hüququn mühafizə predmetləri olan ad, təxəllüs, ləqəb, şəxsin şəkli əqli fəaliyyətin nəticəsi hesab edilmir. İmza, portret, məşhuru səciyyələndirən ifadələr müəlliflik hüququ ilə mühafizə edilmə potensialına malik ola bilər, bu halda imza, portret və ifadələrin icazəsiz istifadəsi müəlliflik hüququnun pozuntusu hesab edilə bilər. Nəticə etibarilə tanınmaq hüququnun əqli mülkiyyət hüququ kimi deyil, özlüyündə mülkiyyət hüququ kimi qəbul edilməsi məqbul hesab edilir. Bununla yanaşı, tanınmaq hüququ şəxsi qeyri-əmlak xarakterli hüquqlar sırasına da daxildir. Əgər şəxsin fərdiləşdirici elementləri onun razılığı olmadan əmtəə nişanı olaraq istifadə edilirə, bu onun şəxsi hüquqlarının, şərəf, ləyaqəti, işgüzar nüfuzunun zədələnməsinə səbəb olacaqdır. Qeyd edilənlərə əsasən tanınmaq hüququnda əmlak və şəxsi qeyri-əmlak hüquqlarına xas olan xüsusiyyətlər cəmləndiyində bu hüquq özünəxas, yəni “*sui generis*” tənzipləmə tələb edir. Tanınmaq hüququnda şəxsi toxunulmazlıq, şəxsi həyata hörmət hüququ, mülkiyyət hüququ, əmtəə nişanı hüququ və digər hüquqların kəsişməsində tədqiq edilməlidir.

Digər tərəfdən, bu hüququn mühafizə müddəti 10 illə 100 il arasında dəyişir. Müəlliflik hüququ müəllifin bütün həyatı və onun ölümündən sonrakı 70 ili, patent hüququ 20, 25 və ya 10 il, əmtəə nişanı isə 10 illik müddətlə məhdudlaşdığı halda, tanınmaq hüququna əqli mülkiyyət hüququ kimi uzun müddətin müəyyən edilməsi balanssızlığın yaranmasına səbəb olur. Mahiyyətcə, tanınmaq hüququ şəxsi xarakterli hüquqla mülkiyyət hüquqlarının kombinasiyasıdır, bu səbəblə onun mühafizəsi müddətsiz olmalıdır.

Ç. Tanınmaq hüququnun təbiəti və transfer mexanizmi

Tanınmaq hüququnun əmlak və ya şəxsi qeyri-əmlak xarakterli hüququ olması onun hüquqi təbiətinin müəyyən edilməsindən asılıdır. Əqli mülkiyyət hüquqları şəxsi qeyri-əmlak xarakterli hüquqlardır. AR-in Mülki Məcəlləsinə əsasən “*başqa şəxslərə verilə bilən və ya sahibinə maddi fayda və ya başqa şəxslərdən nəyi isə tələb etmək hüququ vermək üçün nəzərdə tutulan tələblər və hüquqlar qeyri-maddi əmlak nemətləridir*”.⁶² “*Şəxsi (qeyri-əmlak) hüquqlar bölünməz və özgəninkiləşdirilməz olub, əmlak hüquqlarından asılı olmayaraq müəllifə məxsusdur və əmlak hüququnun başqasına verildiyi hallarda da müəllifdə qalır*”.⁶³ “*Klassik şəxsi qeyri-əmlak hüquqları şəxsiyyətin fərdiləşməsi ilə bağlı, ad hüququ, şərəf və ləyaqət hüququ, işgüzar nüfuz hüququnu nəzərdə tutur. Bu hüquqlar şəxsiyyətin fiziki mövcudluğu və mənəvi sosial əmin-amanlığını təmin edir. Təbiətcə*

⁶² Azərbaycan Respublikasının Mülki Məcəlləsi, mad. 135.5 (1999).

⁶³ Yuxarıda istinad 14, mad. 14.2.

bu hüquqlar mütləq xarakter daşıyaraq şəxsin vəfatı ilə bitə bilər".⁶⁴ Digər bir mövqeyə görə şəxsi qeyri-əmlak hüquqları səlahiyyətli şəxsin özünəməxsus subyektiv qeyri-əmlak hüquqlarının obyektı olan nemətlərdən (həyatdan, sağlamlıq, addan və s.) istifadə etməkdə qanuni (leqal) inhisar hüququnu nəzərdə tutur.⁶⁵ Şəxsi qeyri-əmlak münasibətləri də əmlak münasibətləri ilə bağlı olan və bağlı olmayan şəxsi qeyri-əmlak münasibətləri olaraq təsnif edilir. Bu münasibətlər əqli mülkiyyət obyektlərinin yaradılması ilə əlaqədar olaraq meydana gəlir. Əmlak münasibətləri ilə bağlı olmayan şəxsi qeyri-əmlak münasibətləri elə qeyri-maddi nemətlərdir ki, insanın şəxsiyyətindən ayrılır. Buraya fiziki şəxsin həyat və sağlamlığı, şərəf və ləyaqəti, işgüzar nüfuzu və s. aid edilir.⁶⁶ Azərbaycan Respublikası Konstitusiyaya Məhkəməsinin mövqeyinə görə "qeyri-maddi nemətlər bunlarla məhdudlaşmadan şəxsi ailə sirri, hərəkət etmək azadlığı, yaşayış yeri seçmə, ad hüququ, müəlliflik hüququ, sair şəxsi qeyri-əmlak hüquqlar və digər maddi nemətləri də ehtiva edir".⁶⁷

Tanınmaq hüququnun təbiətinin müəyyən edilməsi bu hüququn üçüncü şəxslərə ötürülüb-ötürülməməsinə dair suala cavab tapmağa da imkan verir. Belə ki, ABŞ məhkəmə təcrübəsində tanınmaq hüququ lisenziya ilə verilən və vərəsəliklə ötürülə bilən hüquq olaraq qəbul edilmişdir. İnsanın adı və şəkli ilə qarşılıqlı əlaqəsi,⁶⁸ həmçinin hüququn anlayışında nəzarətedici və müstəsna xarakterli mexanizm onu mülkiyyət hüququnun bir növü kimi qiymətləndirməyə imkan verir,⁶⁹ nəticə etibarilə tanınmaq hüququ şəxsə onu identifikasiya məlumatları lisenziya ilə ötürməyə dair müstəsna hüquqlar verir.⁷⁰ Vərəsəliklə ötürmə bütün hüquqların vərəsələrə keçməsinə ehtiva etdiyi halda, lisenziya ilə transfer hüquqların bir qisminin müəyyən zaman ərzində üçüncü şəxslərin istifadəsinə verilməsini nəzərdə tutur,⁷¹ məsələn şəxs adını bir şəxsə, şəklini digər şəxsə lisenziyaya verə bilər.⁷² Beləliklə də, mülkiyyət ötürülə bilən hüquq olduğuna görə tanınmaq hüququ da şəxsiyyətdən ayrılı bilən hüquq olmaqla, əmlak hüququdur.⁷³

Əks mövqeyə əsasən bu hüquq mülkiyyət hüququ kimi başa düşülsə də, onun predmeti spesifikdir (insanın səsi, adı, şəkli və s.), bu səbəbdən də

⁶⁴ Kamran İmanov, Əqli Mülkiyyət və Şəxsi Qeyri-Əmlak Hüquqları, 14 (2016).

⁶⁵ Allahverdiyev, yuxarıda istinad 22, 26.

⁶⁶ Yenə orada, 46

⁶⁷ Azərbaycan Respublikası Konstitusiyaya Məhkəməsinin Azərbaycan Respublikası Mülki Məcəlləsinin 21 və 23-cü maddələrinin şərh edilməsinə dair 31.05.2002-ci il tarixli qərarı. Burada bax: <https://constcourt.gov.az/az/decision/65> (son baxış 3 may, 2022).

⁶⁸ Yuxarıda istinad 50, 360.

⁶⁹ Peter Felchert, Edward Rubin, *The Descendibility of the Right of Publicity: Is There Commercial Life After Death?*, 89 *The Yale Law Journal* 1125, 1127 (1980).

⁷⁰ King, yuxarıda istinad 60, 445.

⁷¹ Adam Levy, *PWND or Owned? The Right of Publicity and Identity Ownership in League of Legends*, 6 *Pace Intellectual Property, Sports & Entertainment Law Forum* 163, 177 (2016).

⁷² Torres, yuxarıda istinad 36, 124.

⁷³ Felchert, Rubin, yuxarıda istinad 69.

özgəninkiləşdirilə bilməz⁷⁴ və ənənəvi mülkiyyət növlərinə xas olan bütün hüquqlar eyni həcmdə tanınmaq hüququna şamil edilməməlidir.⁷⁵ Məsələn, tanınmaq hüququnun obyektlərindən biri də şəxsin şəkilləridir. Şəkillə bağlı hüquqlar ekstra-patrimonial və patrimonial yanaşmalara əsaslanır, bu yanaşmalar dövlətlərin qanunvericiliyində də özünü göstərir. Ekstra-patrimonial yanaşma toxunulmazlığı, patrimonial yanaşma isə şəkil üzərində müstəsna mülkiyyət hüququnun yeni növünü nəzərdə tutur. Nəticə etibarilə şəkil ABŞ hüququnda tanınmaq hüququ adlı müstəsna hüququn tərkibinə daxil olduğu halda, Fransız hüququnda dual yanaşmanın tərkibinə daxil olur.⁷⁶ Məsələn, *“Hannover-in Almaniyaya qarşı”* işində Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsinin mövqeyinə görə şəkil şəxsiyyətin əsas atributu olmaqla onun unikal xüsusiyyətlərini əks etdirir. Şəkil şəxsi inkişafda mühüm komponent olduğundan hər bir şəxsin öz şəklinin dərc edilməsini qadağan etmək hüququ vardır. AİHM qərarları şəklin icazəsiz yayımlanmasını şəxsi həyata müdaxilə olaraq qiymətləndirir və yurisdiksiyasında əqli mülkiyyət hüquqları ilə əlaqədar mübahisələrə rast gəlinmir.⁷⁷

Bunun nəticəsidir ki, şəxsi hüquqların iqtisadi aspektləri ABŞ-də əqli mülkiyyət və haqsız rəqabət, Avropa hüquq məkanında isə toxunulmazlıq hüququ çərçivəsində müzakirə edilir. ABŞ-də fərdiləşdirici məlumatların qeyri-kommersiya məqsədli istifadəsi və yayılması toxunulmazlıq, kommersiya məqsədli istifadəsi isə tanınmaq hüququnun pozuntusu kimi qiymətləndirilir.⁷⁸ Avropada tanınmaq hüququ əqli mülkiyyət hüququ olaraq qəbul edilmir⁷⁹ və onun iqtisadi aspekti ikinci plandadır.⁸⁰ Hər nə qədər hüquqların anlayışında fərqlər olsa da, alman məhkəmələri tərəfindən şəxsiyyət hüquqları konsepsiyası kommersiya məqsədli istifadə zamanı tətbiq edilən hüquqdur, bu isə hüquqların lisenziya ilə ötürülməsinə imkan yaradır.⁸¹

Hüquq sistemlərində tanınmaq hüququnun təbiəti ilə bağlı fikir ayrılığına baxmayaraq, hesab edirik ki, tanınmaq hüququ bilavasitə şəxsi eyniləşdirən məlumatların istifadəsi ilə bağlı münasibətləri tənzimlədiyi üçün şəxsi qeyri-əmlak hüququdur.

⁷⁴ Jennifer Rothman, *The Right of Publicity's Intellectual Property Turn*, 42 Columbia Journal of Law & The Arts 277, 298 (2019).

⁷⁵ Yuxarıda istinad 50, 331.

⁷⁶ Tatiana Synodinou, *Image Right and Copyright Law in Europe: Divergences and Convergences*, 3 Laws 181, 183 (2014).

⁷⁷ Von Hannover v. Germany, § 96 (2014).

⁷⁸ Inés Cantero, Dana Feinsohn, Hee-Eun Kim, Stefan Mayr and Edward Rainsford, *Exploiting Publicity Rights in the EU*, 12 (2010).

⁷⁹ Yenə orada, 16.

⁸⁰ Carolina Pina, *The Role of IP for Athletes and Image Rights*, 3. Burada bax:

https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_reg_ip_sport_sin_14/wipo_reg_ip_sport_sin_14_t_11.pdf (son baxış 20 aprel, 2022).

⁸¹ Cantero, Feinsohn, Kim, Mayr and Rainsford, yuxarıda istinad 75.

II. Tanınmaq hüququnun tətbiqi dairəsi və əmtəə nişanı ilə qarşılıqlı əlaqəsi

A. Tanınmaq hüququnun predmeti

Tanınmaq hüququ ABŞ-nin müxtəlif ştatlarının qanunvericlik aktlarında təsbit edildiyindən ştatdaxili hüquq hesab edilir.⁸² Bununla belə, ştatların qanunvericiliyində verilən leqal anlayışlar nəzəriyyədəki anlayışlarla oxşardır. Mühüm fərqlər hüququn predmeti (insana məxsus fərdiləşdirici məlumatlar), aid edildiyi subyektlər dairəsi və hüququn mühafizə müddətində özünü göstərir. Məsələn, Arizona ştatının qanunvericiliyində vətəndaşların tanınmaq hüququ mülkiyyət hüququ olaraq təsbit edilmişdir. Ad, səs, imza, şəkil, oxşarın (likeness) vətəndaşların icazəsi olmadan kommersiya məqsədli istifadəsi bu hüququn predmetinə daxildir.⁸³ Bu hüquq tamamilə və ya qismən ötürülə bilər və fiziki şəxsin sağlığında istifadə edilib-edilməməsindən asılı olmayaraq onun ölümündən sonra da qüvvədə qalır.⁸⁴

Qərbi Wisconsin ştatının normativ aktının müddəalarına əsasən şəxsin adı, şəkli və ya portretindən özünün, azyaşlıdırsa, valideyn və ya qəyyumunun razılığı olmadan istifadəsi, ticari və ya reklam məqsədilə istifadəsi şəxsi toxunulmazlıq hüququna müdaxilə hesab edilir.⁸⁵

Indiana ştatında isə tanınmaq hüququnun sərhədləri daha geniş müəyyən edilib, belə ki, şəxsin adı (yaşayan və ölü şəxslərə məxsus adlar), şəkli, imzası, səsi, oxşarlığı, xarici görünüşü, jestləri, davranış tərzini bu hüququn predmetini təşkil edir.⁸⁶ Pensilvaniya ştatında isə kommersiya məqsədlərinə fəndreyzing də daxil edilib. Subyekt fiziki şəxslərlə yanaşı, firmalar, partnyorluqlar və korporasiyalar da ola bilər. Həmçinin üçüncü şəxslərə münasibətdə qadağa qoyulub: şəxsin sağlığında və onun ölümündən 100 il ərzində şəxsin yuxarıda sadalanan məlumatlarından icazə olmadan istifadə edə bilməzlər.⁸⁷

Nyu-York ştatında isə tanınmaq hüququ ölmüş şəxslərə məxsus post-mortem hüquq olaraq qəbul edilib. Sağ şəxslərə münasibətdə isə ad, şəkil, portret və səsi şəxsi toxunulmazlıq hüququnun predmetidir.⁸⁸

Tanınmaq hüququnun predmeti şəxsi eyniləşdirməyə imkan verən məlumatlar, ad, şəkil, portret, səs, davranışlar, imza da bu hüququn

⁸² Yuxarıda istinad 60, 450.

⁸³ Publicity Rights Protection Act, art. 4-75-1102 (a) (1) (2016). Burada bax:

https://rightofpublicityroadmap.com/wp-content/uploads/2015/07/frank_broyles_publicity_rights_act_of_2016.pdf (son baxış 24 aprel, 2022).

⁸⁴ Yenə orada, mad. 4-75-1102 (b) (1), (2), (3) (A).

⁸⁵ West's Wisconsin Statutes Annotated Miscellaneous Actions, Proceedings and Procedure, art. 895.50.2 (b) (1997). Burada bax: <https://rightofpublicity.com/statutes/wisconsin> (son baxış 26 aprel, 2022). Ad, şəkil və portret Massaçussets ştatında da tanınmaq hüququnun predmetinə daxildir.

Massachusetts General Laws Annotated, chp. 214 (3A). Burada bax: <https://rightofpublicity.com/statutes/massachusetts> (son baxış 15 aprel, 2022).

⁸⁶ Indiana Right to Publicity Act, sec. 1, art. 4 (2012).

⁸⁷ Yuxarıda istinad 84.

⁸⁸ New York Civil Rights Law, § 51 (2000).

predmetini təşkil edir. Şəxsin oxşar formada təqdimatı (likeness) da bu hüququn predmeti ola bilər. Bununla bağlı işlərdən biri Amerikada bəxt çarxı verilişinin aparıcısı *“Vanna White-in Samsung Electronics America Inc., və Deutsch Associates Inc.”*-ə qarşı olan işdir. Samsung şirkəti tərəfindən reklam çarxında aparıcını təqlid edən oxşar robotdan istifadə etməsi məhkəmə tərəfindən tanınmaq hüququnun pozuntusu olaraq qiymətləndirilmişdir. Robotun videokasetlərin reklamını həyata keçirmək üçün aparıcının zinət əşyaları, saç düzümü və geyim formasına oxşar dizayn edilməsi və reklam çəkilişləri üçün aparıcıdan icazə alınmaması hüquq pozuntusunun əsas elementlərini təşkil edirdi.⁸⁹

“Tom Waits-in Frito-Lay, Inc.”-ə qarşı olan işi isə müğənninin səsinin icazəsiz istifadəsi ilə bağlıdır. Belə ki, Frito-Lay paketli qida məhsullarını istehsal edən şirkət, Tracy-Locke, Inc. şirkəti Frito-Lay-in məhsullarının reklamını həyata keçirən reklam agentliyidir. Waits-in səsinə təqlid edən reklam çarxının yayımlanmasına məhkəmə münasibət bildirdi ki, *“insanın səsi onun üz cizgiləri kimi fərdi və fərqli olmaqla bərabər, həm də şəxsiyyəti hissi yolla fərqləndirən vasitədir”*.⁹⁰ Məhkəmə iddianı təmin edərək müğənninin səsi ilə bağlı tanınmaq hüququnun pozuntusu faktını təsdiqləmişdir.

Kommersiya məqsədli istifadə daha geniş mənada başa düşülür, məhkəmə mübahisələrində ən çox rast gəlinən hal məşhur şəxslərin şəkillərindən əmtəənin satışını sürətləndirmək məqsədilə reklamlarda istifadə edilməsidir. Məhkəmə mübahisələrində təsdiqini tapmasa da, Albert Eynşteynin şəklinin General Motors şirkəti tərəfindən *“Terrain”* markalı avtonəqliyyat vasitəsinin reklamında istifadəsi, June Toney-nin şəklinin *“L’Oreal”* şirkəti tərəfindən məhsulun qablaşdırılmasında istifadəsinə dair iddiaları buna misal olaraq göstərmək olar.⁹¹

B. Tanınmaq hüququ kimlərə şamil olunur?

Tanınmaq hüququnun subyektivi ölmüş və sağ şəxslər, hüquqi şəxslər, korporasiyalar, tanınmış və tanınmamış şəxslər hesab edilir. Qanunvericilikdəki fərqli yanaşmalar ABŞ-nin məhkəmə təcrübəsində də öz əksini tapmışdır. Məsələn, Məhəmməd Əlinin məhkəmə işində məhkəmə bu hüququn tanınmış şəxslərə aid olduğu qənaətinə gəlsə də,⁹² digərlərində bu

⁸⁹ White v. Samsung Electronics America, inc., 971 F. 2d., 1395 (9th Cir. 1992). Burada bax: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/971/1395/71823/> (son baxış 1 may, 2022).

⁹⁰ Waits v. Frito-Lay, inc. § 2-1102 (1991). Burada bax: <https://casetext.com/case/waits-v-frito-lay-inc> (son baxış 2 may, 2022).

⁹¹ The Hebrew University of Jerusalem v. General Motors LLC, CV 10-03790 (2012). Burada bax: <https://casetext.com/case/hebrew-univ-of-jerusalem-v-gen-motors-llc> (son baxış 2 may, 2022); June Toney, Plaintiff-Appellant, v. L’oreal USA, inc., The Wella Corporation, and Wella Personal Care of North America, inc., Defendants-Appellees, 406 F. 3d., 905 (2004). Burada bax: <https://rightofpublicity.com/pdf/cases/tonney.pdf> (son baxış 19 aprel, 2022).

⁹² Muhammad Ali, Plaintiff, v. Playgirl, inc., Tony Yamada and Independent News Company, 447 F. Supp., 723 (1978). Burada bax: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/447/723/1621010/> (son baxış 20 aprel, 2022).

hüququn hamıya şamil edilməsi mövqeyində qalmışdır.⁹³ Birinci yanaşmanın əsasında məşhur şəxslərə məxsus identikləşdirici məlumatların tanınmayan şəxslərin məlumatları ilə müqayisədə potensial iqtisadi dəyərə malik olması dayanır.⁹⁴ William Fisher də bu hüququn tanınmış şəxsləri (celebrity) müdafiə etdiyi qənaətindədir.⁹⁵ Bu səbəblə də, tanınmaq hüququ bəzən “*şöhrəti idarə etmək hüququ*” adlandırılır.⁹⁶

Tanınmaq hüququnun tanınmış şəxslərə məxsus olması ideyası zamanla dəyişikliyə uğramışdır. Belə ki, “*Cohen v. Herbal Concepts, Inc.*” işində məhkəmə tanınmaq hüququnun subyektinin hər kəs ola biləcəyi qərarına gələrək tanınmaq hüququ kontekstində “şəxs” anlayışını aşağıdakı kimi şərh etmişdir:⁹⁷

“Qanunla müəyyən edilmiş hüquq məşhur şəxslər daxil bütün fiziki şəxslərə şamil edilir. Statutun məqsədi hüququn aid edildiyi şəxs dairəsini məhdudlaşdırmaq deyildir. Qanuni mühafizə təkcə Qrouço Marksın bığları, Bob Houpun burnu, Eddi Kantorun gözləri və ya Dolli Partonun saç düzümü kimi ictimaiyyətdə tanınan şəxslərə deyil, geniş mənada “istənilən şəxsə” şamil edilir”.

Tanınmaq hüququnun memarlarından hesab edilən Nimmer də tanınmaq hüququnun hər kəsə şamil edilməsi qənaətinə gəlmişdir.⁹⁸ Ümumdünya Əqli Mülkiyyət Təşkilatının yanaşmasına əsasən isə bu hüquq həm məşhur, həm də məşhur olmayan şəxslərin şəxsiyyətinin kommersiya məqsədli istifadəsini nəzərdə tutur.⁹⁹

Hüquqi şəxslərin də tanınmaq hüququnun subyekti ola bilməsini isə doğru hesab etmirik. Belə ki, hüquqi şəxsi identifikasiya edən məlumatlar (firma və ticarət adı, əmtəə nişanı, VÖEN və s.) fiziki şəxs ilə müqayisədə daha məhduddür və bu məlumatlardan qanunsuz istifadə ilə bağlı münasibətlər rəqabət, əmtəə nişanı və vergi hüququ çərçivəsində tənzimlənir.

C. Tanınmaq hüququ ilə əmtəə nişanı hüququ arasındakı fərq nədədir?

Professor Mark Lemleyin fikrincə, tanınmaq hüququn əqli mülkiyyət hüquqlarından müəlliflik hüququ deyil, məhz əmtəə nişanı hüququ ilə oxşar xüsusiyyətlərə malikdir: tanınmaq hüququ şəxsə adının istifadəsi ilə bağlı nəzarət imkanı verirsə, əmtəə nişanı da sahibkarın biznes adının mühafizəsini təmin edir. Hər iki hüquq sahibi ilə yanaşı, cəmiyyətin də maraqlarını

⁹³ Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co., 433 U. S., 562 (1977). Burada bax: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/562/> (son baxış 21 aprel, 2022).

⁹⁴ Yuxarıda istinad 60, 452.

⁹⁵ Yuxarıda istinad 38, 1.

⁹⁶ Yuxarıda istinad 56, 195.

⁹⁷ Cohen v. Herbal Concepts (1984). Burada bax: <https://casetext.com/case/cohen-v-herbal-concepts> (son baxış 21 aprel, 2022).

⁹⁸ Yuxarıda istinad 71, 170.

⁹⁹ WIPO Publication material, 1. Burada bax:

https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/en/wipo_smes_rom_09/wipo_smes_rom_09_q_workshop11_1-related1.pdf. (son baxış 23 aprel, 2022).

qoruyur.¹⁰⁰ Digər mövqeyə görə tanınmaq hüququ da əmtəə nişanı kimi ad üzərində yararlanmış qudvildən fayda götürmək imkanı verir.¹⁰¹

Digər oxşarlıq isə tanınmaq hüququnun əmtəə nişanı kimi mənşə bildirmək funksiyası ilə bağlıdır. Bununla yanaşı, bu iki hüquq arasında fərqlər ədəbiyyatda bu cür klassifikasiya edilmişdir ki, əmtəə nişanı hüquqları bir nişanı mühafizə etdiyi halda, tanınmaq hüququ şəxsiyyəti mühafizə edən hüquqdur.¹⁰² Bu yanaşma iki hüquq arasındakı fərqi izah etməyə yardımçı olsa da, buna tam nail ola bilmir. Əmtəə nişanı onun sahibinə nişanın istifadəsi ilə bağlı müstəsna hüquqlar verir, yəni mühafizə edilən nişan olsa da, bilavasitə bu hüquqlar onun sahibinə məxsusdur.

Qeyd edilən şərtlər ABŞ Lanham Aktında da nəzərdə tutulmuşdur. Həmin müddəanın məqsədi tanınmış şəxsin ad və şəklinin məhsul üzərində istifadə edildiyi halda istehlakçının çaşdırılmasının qarşısını almaqdır. Bu halda məşhurun məlumatları əmtəənin mənşəyini bildirmək funksiyasını daşıyır. Əmtəə ilə məşhurun şəxsiyyəti arasında əlaqənin mövcudluğu və ya məşhurun həmin əmtəənin istehsalında onun iştirakı, əmtəənin sponsorluğunun həyata keçirilməsi əmtəə nişanı hüququ çərçivəsində müzakirə edilməli məsələlərdir.¹⁰³

Ümumiyyətlə, əqli mülkiyyət hüquqları neqativ hüquqlar hesab edilir. Neqativ hüquq sahibinə qadağa qoymaq hüququ verir, məsələn patent hüququnda patentin sahibi patenti qanunsuz istifadəyə qadağa qoymaq hüququna malikdir.¹⁰⁴ Bu kontekstdə oxşar xüsusiyyətlərdən biri də müvafiq olaraq əmtəə nişanı və identifikasiya məlumatlarının icazəsiz istifadənin hüquq pozuntusuna səbəb olmasıdır. Bununla belə, əmtəə nişanı hüququnda istehlakçının çaşdırılması əsas meyar olsa da, bu, tanınmaq hüququnda əhəmiyyət kəsb etmir və icazəsiz istifadə hüquq pozuntusu yaradır.¹⁰⁵

Ədəbiyyatda tanınmaq hüququnun əmtəə nişanı hüququ olmaması qəbul edilir. Bu hüquq özündə 3 konsepti birləşdirir: mülkiyyət, şəxsiyyət və toxunulmazlıq.¹⁰⁶ Bununla belə, tanınmaq hüququnun təmin etdiyi müdafiə mexanizmini əmtəə nişanı hüququ da təmin edir, belə ki, mülki icraat çərçivəsində də iddia qaldıraraq müəyyən sanksiyaların tətbiqini tələb etmək mümkündür. Bu səbəbdən, hesab edirik ki, bu hüquq kommersiya məqsədli istənilən istifadəni özündə ehtiva edir, yəni təkcə əmtəə nişanından istifadə bununla məhdudlaşmır. Buraya reklam dərgilərində, posterlərdə, məhsulun qablaşdırılmasında məşhura aid şəkillərin istifadəsi və ya məhsulun satışını

¹⁰⁰ Mark Lemley, *Privacy, Property, and Publicity*, 117 Michigan Law Review 1153, 1170-1171 (2019).

¹⁰¹ Yuxarıda istinad 50, 335.

¹⁰² Yenə orada, 340-341.

¹⁰³ Yenə orada, 326.

¹⁰⁴ Jakob Edler, Hugh Cameron and Mohammad Hajhashem, *The Intersection of Intellectual Property Rights and Innovation Policy Making – A Literature Review*, 27 (2015). Burada bax: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_report_ip_inn.pdf (son baxış 24 aprel, 2022).

¹⁰⁵ Yuxarıda istinad 71, 172.

¹⁰⁶ Yuxarıda istinad 56, 182.

sürətləndirmək üçün məşhurun identifikasiya edici məlumatlarından istifadəsi nəzərdə tutulur.

Ç. Fərdi məlumatların əmtəə nişanı kimi qeydiyyatına dair “Əmtəə nişanları və coğrafi göstəricilər haqqında”

Azərbaycan Respublikası Qanununun bəzi müddələrinin təhlili

“Əmtəə nişanları və coğrafi göstəricilər haqqında” AR Qanununa əsasən *“sözlər, şəxsi adlar, hərflər, rəqəmlər, təsviri elementlər, əmtəələrin forması və ya onların qablaşdırılması, rənglərin və yuxarıda göstərilənlərin hər hansı uzlaşması əmtəə nişanı olaraq qeydiyyata alınma bilər”*.¹⁰⁷ Qanunda şəxsi adlar da daxil olmaqla, təsviri elementlərin əmtəə nişanı olaraq qeydiyyatı məqbul hesab edilir. Şəxsi adların əmtəə nişanı olaraq qeydiyyatı TRIPS Sazişində də öz əksini tapmışdır.¹⁰⁸

AR Mülki Məcəlləsinə əsasən *“şəxsi ad hüququ hər bir fiziki şəxsin addan, ata adından və soyaddan ibarət adı olmaq hüququ ehtiva edir. Qanunla nəzərdə tutulmuş hallarda və qaydada fiziki şəxs təxəllüsdən (uydurma addan) istifadə edə bilər”*.¹⁰⁹ Qanunun mənasına görə rəsmi adın əmtəə nişanı olaraq qeydiyyatı mümkün görünür. Məcəlləyə əsasən *“fiziki şəxsin qanunla müəyyənləşdirilmiş qaydada öz adını dəyişdirmək ixtiyarı vardır”*.¹¹⁰ Tanınmış şəxs ad və soyadını dəyişərsə, onun əvvəlki adı əmtəə nişanı olaraq qeydiyyatdan keçirilə bilərmi? MM-nin müvafiq müddələrinə istinadən fiziki şəxsin adını dəyişdirməsi, onun əvvəlki adı ilə əldə etdiyi hüquq və vəzifələrə xitam vermir və ya bunları dəyişdirmir.

Ümumiyyətlə, *“Əmtəə nişanları və coğrafi göstəricilər haqqında”* Qanunda canlı və vəfat etmiş şəxslərin şəxsi adlarının əmtəə nişanı olaraq qeydiyyatı sual doğurur, çünki Qanunun müddəaları bilavasitə tanınmış şəxslərə münasibətdə qeydiyyata mane olmaq hüququ verir. *“Əmtəə nişanları və coğrafi göstəricilər haqqında”* Qanunun 6-cı maddəsinin c bəndinə əsasən *“tanınmış şəxslərin və onların varislərinin razılığı olmadan həmin şəxslərin soyadları, adları, təxəllüsləri və bunlardan törəyən ifadələr əmtəə nişanı və ya onun elementi kimi qeydə alınmır”*.¹¹¹ Həmin Qanunun 6-cı maddəsinin tələbinə görə *“tanınmış şəxslərin özlərinin və varislərinin olmadığı halda, həmin işarələr Azərbaycan Respublikasının tarixi və mədəni sərəvətidirsə, onların qeydə alınması üçün müvafiq icra hakimiyyəti orqanının icazəsi olmalıdır”*.¹¹² Bu müddəə tanınmamış şəxslərə münasibətdə tətbiq edilmir. *“Fərdi məlumatlar haqqında”* AR Qanununda da bununla bağlı tənzimləmə

¹⁰⁷ “Əmtəə nişanları və coğrafi göstəricilər haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 4 (1998).

¹⁰⁸ Yuxarıda istinad 17, mad. 15.1.

¹⁰⁹ Yuxarıda istinad 62, mad. 26.3.

¹¹⁰ Yenə orada, mad. 26.4.

¹¹¹ Yuxarıda istinad 107, mad. 6 (c).

¹¹² Yenə orada.

yoxdur. “İnformasiya, informasiyalaşdırma və informasiyanın mühafizəsi haqqında” Qanuna əsasən *“istifadəçilər tərəfindən qanuni əsaslarla informasiya ehtiyatlarından əldə olunmuş informasiyadan kommersiya məqsədləri üçün törəmə informasiya məhsulunun yaradılmasına yalnız alınma mənbəyinə istinad edilməklə istifadə olunmasına icazə verilir. Bu halda istifadəçiyə məxsus olan mənfəət dövlət informasiya ehtiyatlarından alınmış informasiyadan deyil, törəmə informasiya məhsulunun yaradılması nəticəsində olur”*.¹¹³ Qeyd edilən müddədə isə kommersiya məqsədli istifadə törəmə informasiya məhsulunun yaradılması üçün istifadə edilə bilər. Digər tərəfdən, “Əmtəə nişanları və coğrafi göstəricilər haqqında” Qanunda qeydiyyatdan imtinanın əsası kimi tanınmış şəxslərə məxsus yalnız soyad, ad, təxəllüsləri və bunlardan törəyən ifadələrdən icazəsiz istifadə nəzərdə tutulmuşdur. Bu maddənin məzmunu qapalı dairə müəyyən edərək icazənin alınmasını soyad, ad, təxəllüsləri və bunlardan törəyən ifadələrə şamil etmişdir. Bununla belə, “Əmtəə nişanlarının qeydə alınması barədə iddia sənədinin verilməsi və ekspertizası Qaydalarının təsdiq edilməsi haqqında” Azərbaycan Respublikası Nazirlər Kabinetinin Qərarının tələblərinə görə *“iddia olunan nişana dair ərizəyə zəruri hallarda qoşulur: soyadların, adların, təxəllüslərin və onlardan törəmələrin, portretlərin və bu cür şəxslərin faksimilesini əks etdirən işarələrin əmtəə nişanı kimi qeydə alınması üçün məşhur şəxslər və ya onların varisləri, Azərbaycan Respublikasının Mədəniyyət Nazirliyi tərəfindən verilən razılıq, Azərbaycan Respublikasının elm, ədəbiyyat və incəsənət əsərlərində, onların fraqmentlərində, sitatlarda və personajlarda uzun illər işlədilmiş adların əmtəə nişanı kimi qeydə alınması üçün onlara görə müəllif hüququna və ya varislik hüququna malik şəxslərin razılığı tələb edilir”*.¹¹⁴ Nazirlər Kabinetinin Qərarı Qanundakı boşluğu qismən aradan qaldırmağa imkan verir, nəzərə alınmalıdır ki, onların məşhurlaşmasına səbəb olan ifadə və sloqanlar, həmçinin fiziki şəxsin oxşarı (likeness) da əmtəə nişanı kimi qeydiyyata alınma bilər. Oxşar müddəyə Sinqapur “Əmtəə nişanı qaydaları”-nda da rast gəlmək olar. Həmin qaydaların tələblərinə görə ərizəçinin əmtəə nişanı kimi qeydiyyata almağı arzuladığı şəklində və ya adın kimə məxsus olması, şəklində və adın məxsus olduğu şəxsin qeydiyyata icazə verməsi ilə bağlı razılığının olub-olmaması araşdırılır.¹¹⁵

Qanuna əsasən *“əmtəə nişanına dair şəhadətnamə iddia edilmiş nişanın əmtəə nişanı kimi qeydə alınması faktını, onun ilkinliyini, əmtəələrə və göstərilən xidmətlərə*

¹¹³ “İnformasiya, informasiyalaşdırma və informasiyanın mühafizəsi haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 11 (1998).

¹¹⁴ “Əmtəə nişanlarının qeydə alınması barədə iddia sənədinin verilməsi və ekspertizası Qaydalarının təsdiq edilməsi haqqında” Azərbaycan Respublikası Nazirlər Kabinetinin Qərarı, mad. 14.3 (1999). Bu yuxarıda qeyd etdiyimiz “character merchandising” adlanan “xarakterin əmtəələşməsi” konsepsiyasının AR Qanunvericiliyində təzahürüdür.

¹¹⁵ Intellectual Property Office of Singapore, Names and/or Representations of Famous People, Fictional Characters, Stories and Buildings, 8 (2020). Burada bax: https://www.ipos.gov.sg/docs/default-source/resources-library/trade-marks/infopacks/tmwm-names-and-representations-of-famous-people-fictional-character_dec2020.pdf (son baxış 12 may, 2022).

aid nişan sahibinin müstəsna hüququnu təsdiq edir və qeydə alınmış nişanın təsvirini özündə əks etdirir".¹¹⁶ Məşhur şəxs özünə məxsus fərdiləşdirici elementlərin əmtəə nişanı olaraq qeydiyyatına dair hər hansı sahibkara icazə verir. Qanunda sadəcə *icazənin* alınmalı olduğu vurğulanır, lakin bu icazənin yazılı və şifahi formada olması, onun müddəti, icazənin əmtəə və xidmətlərin hansı növünə şamil edilə bilməsi, icazə qarşılığında maddi faydanın alınmasına dair tənzipləmə nəzərdə tutulmamışdır.

2022-ci ildə Azərbaycan Respublikasının Əqli Mülkiyyət Agentliyində fındığın qablaşdırılması, saxlanması və daşınması üzrə xidmətlərin həyata keçirilməsi üçün "Nənəmin fındığı" adlı əmtəə nişanı qeydiyyatdan keçirilmişdir. Əmtəə nişanında təsviri hissədən (yaşlı qadının şəkli) başqa digər işarələr ("Nənəmin fındığı" ifadəsi, qablaşdırma forması, onun rəngi və s. elementlər) hüquqi mühafizə obyektləri deyildir. Mühafizə verilən təsviri hissədə qadının şəkli əks olunub.¹¹⁷ Qanunda icazənin yalnız tanınmış şəxslərə münasibətdə aid edilməsini nəzərə alsaq, digər şəxslərlə bağlı icazənin alınmasına ehtiyac olmadığı qənaətinə gəlmək olar. Hesab edirik ki, tanınmamış şəxslərin şəklinin əmtəə nişanı kimi qeydiyyatında da şəxsin razılığı, sağ olmadığı halda vərəsəsinin razılığı alınmalı, bu məqsədlə Qanuna ayrıca maddə əlavə edilməlidir. Razılıq olmadan şəxsin şəklinin əmtəə nişanı olaraq qeydiyyatı etibarsız hesab edilməlidir.

Eləcə də məşhur şəxsin verəcəyi icazəyə tənzipləmənin əlavə edilməsini məqsəduyğun hesab edirik. Məsələn, bu icazə lisenziya müqaviləsi formasında rəsmiləşdirilə bilər. Bu həm də icazə verildikdən sonra fərdiləşdirici məlumatların istifadə formalarının tənziplənməsinə də təsir edəcək. Məsələn, ad və ya təxəllüslə bağlı icazə verildiyi təqdirdə, onun hansı əmtəələrə münasibətdə istifadə ediləcəyinə dair qeydin olması da mühüm məsələlərdən biridir. Qanunda və NK Qərarında qeyd edilən obyektlərin əmtəə nişanı qeydiyyatına icazə verilməsi zamanı verilən hüquqların həcmindən asılı olaraq lisenziyada müəyyən edilməlidir. Ümumiyyətlə, əqli mülkiyyət hüquqlarından istifadəyə icazə verilməsi lisenziya müqavilələrinə əsaslanır. Lisenziya əqli mülkiyyət hüquq sahibinin ona məxsus hüquqları müəyyən ərazi hədudlarında və ya müəyyən müddətə digər şəxslərə ötürülməsinə dair müqavilədir.¹¹⁸ Lisenziyalar isə hüquqların sonradan digər şəxslərə ötürülməsinə icazə verilib-verilməməsindən asılı olaraq müstəsna və qeyri-müstəsna növlərə bölünür.¹¹⁹ AR-nin "Patent haqqında", "Müəlliflik hüququ və əlaqəli hüquqlar haqqında" və "Əmtəə nişanı və coğrafi göstəricilər haqqında" Qanunlarının müddəalarına əsasən lisenziyalar dövlət

¹¹⁶ Yuxarıda istinad 62, mad. 19.

¹¹⁷ Azərbaycan Respublikası Əqli Mülkiyyət Agentliyi Patent və Əmtəə Nişanlarının Ekspertizası Mərkəzi, Rəsmi Bülleten № 3, 24 (2022). Burada bax: <https://patent.copat.gov.az/files/%C6%8FMT%C6%8F%C6%8F%20%2031.03.2022%20.pdf> (son baxış 29 aprel, 2022).

¹¹⁸ European IP Helpdesk Bulletin, Intellectual Property Licensing, 2 (2019).

¹¹⁹ Yenə orada, 3.

qeydiyyatına alınmalıdır.¹²⁰ Bu tələb əqli mülkiyyət hüquqlarının izlənməsi məqsədi daşıyır. Ad, şəkil, imza və digər məlumatların əqli mülkiyyət hüquqları hesab edilmədiyi üçün lisenziyaların dövlət qeydiyyatına alınması məcburi tələb deyil.

Nəticə

Məqalənin birinci hissəsində tanınmaq hüququnun anlayışı, tanınmaq hüququna dair nəzəriyyələr və əks mövqelərə, eləcə də tanınmaq hüququnun təbiəti və transfer mexanizminə nəzər salınmışdır. Tanınmaq hüququ əqli mülkiyyət hüquqlarına dair beynəlxalq hüquqi aktlarda formulə edilməsə də, ABŞ hüquq nəzəriyyəsində və məhkəmə təcrübəsində müstəqil hüquq olaraq qəbul edilmiş və ştatların qanunvericilik aktlarında təsbit edilmişdir. Tanınmaq hüququ lisenziya ilə və vərəsəliklə ötürülə bilən hüquqdur, eyni zamanda şəxsi qeyri-əmlak xarakterlidir.

Məqalənin ikinci hissəsində isə tanınmaq hüququnun predmeti, müddəti, bu hüququn kimlərə şamil edilməsi məsələlərinə diqqət çəkilmişdir. Tanınmaq hüququ ən geniş mənada şəxsi eyniləşdirməyə imkan verən istənilən məlumatın kommersiya məqsədli istifadəsinə qadağa qoymaq və bu istifadəni nəzarətdə saxlamağa imkan verən, hər kəsə şamil edilə bilən bir hüquqdur.

Məqalənin növbəti hissələrində müzakirə edilən digər məsələ isə tanınmış şəxslərə məxsus fərdiləşdirici məlumatların əmtəə nişanı kimi qeydiyyatını nəzərdə tutan “Əmtəə nişanı və coğrafi göstəricilər haqqında” Azərbaycan Respublikası Qanununun bəzi müddələrinin şərh olunmuşdur. Qanunda tanınmış şəxslərlə yanaşı, tanınmamış şəxslərə də məxsus yüksək fərdiləşdirici məlumatların, məsələn şəkil, imza, portretin əmtəə nişanı kimi qeydiyyatı zamanı sahibindən də razılığın alınması, icazənin forması, onun müddəti, rəsmiləşdirilmə formasına (lisenziya, növləri: müstəsna və ya qeyri-müstəsna) dair müddələrin də əlavə edilməsinə ehtiyac var. Hesab edirik ki, mövcud qanunvericiliyə məşhur olmayan və vəfat etmiş şəxslərin şəkil, portret, imzalarından əmtəə nişanı kimi istifadə edildiyi təqdirdə onun vərəsələrinin bu məlumatların əmtəə nişanı kimi qeydiyyatına mane olmasına dair hüququ da əlavə edilməlidir. Eyni zamanda “Əmtəə nişanlarının qeydə alınması barədə iddia sənədinin verilməsi və ekspertizası Qaydalarının təsdiq edilməsi haqqında” Azərbaycan Respublikası Nazirlər Kabinetinin Qərarının müvafiq müddəaları ilə məhdudlaşmayan, tanınmış şəxsi identikləşdirən, əmtəə nişanı qeydiyyata alın bilən və fərqləndiricilik qabiliyyətinə malik olan istənilən məlumatın istifadəsi zamanı icazə alınması zəruridir.

¹²⁰ Əqli mülkiyyət hüquqlarının verilməsinə dair lisenziyaların növlərinə dair ətraflı burada bax: “Patent haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 19 (1997); Yuxarıda istinad 14, mad. 28.