

BAKI DÖVLƏT UNIVERSİTETİ

TƏLƏBƏ HÜQUQ JURNALI

Buraxılış №1

Təsisçi: Bakı Dövlət Universiteti Hüquq Fakültəsi

2015

Elmi məsləhətçi
h.e.d., prof. Əmir Əliyev

Redaksiya Heyəti

Baş redaktor
Orxan Abdulkərimli

Redaksiya heyətinin sədri
Mehran Əmirli

Məsul katib
Məhəmməd Əsgərov

Redaksiya heyətinin üzvləri

Günəl Abdullayeva
Gülnar Atakişiyeva
Vaqif Nəsirov
Nərgiz Yusifova
İlham Zülfüqarlı



HÜQUQ FAKÜLTƏSİ
TƏLƏBƏ ELMİ CƏMİYYƏTİ

BAKU STATE UNIVERSITY LAW REVIEW

Volume №1

Founder: Baku State University Law School

2015

Academic advisor

S.J.D., prof. Amir Aliyev

Editorial Board

Editor-in-chief

Orkhan Abdulkarimli

Executive editor

Mehran Amirli

Clerk-in-charge

Mahammad Asgarov

Editors

Gunel Abdullayeva

Gulnar Atakishiyeva

Vagif Nasirov

Nargiz Yusifova

Ilham Zulfugarli



LAW SCHOOL
STUDENT SCIENTIFIC SOCIETY

Contents

Constitutional law

[in Azeri]	1. The problematical moments in the constitutional status of the Constitutional Court of Azerbaijan Republic. <i>Gunel Abdullayeva</i>	8
	Introduction	8
	I. The reasons of necessity of existing of constitutional control	9
	II. The place of the Constitutional Court in the separation of powers	10
	III. The collision of the implementing function of the Constitutional Court with the field of activity of the legislative branch	13
	IV. The positive and negative influence of the activity of the Constitutional Court in the improvement of legislature	15
	Conclusion	16
[in Azeri]	2. The problem of the conformity of changes to the "Law on citizenship of the Republic of Azerbaijan" to Constitution. <i>Nargiz Yusifova</i>	17
	Introduction	17
	I. The changes to the law.....	18
	II. Coordination of the principles.....	20
	Conclusion.....	22

International law

[in Azeri]	3. Self-determination principle. <i>Mahammad Asgarov</i>	23
	Introduction	23
	I. The principle in international sources	24
	II. Internal and external aspects of the right of self-determination	26
	III. Content of the principle	28
	Conclusion.....	29
[in Azeri]	4. The diplomatic asylum: international legal problems and the appropriate solving methods. <i>Vaqif Nasirov</i>	30
	Introduction	30
	I. Emergence of the concept of diplomatic asylum	30
	II. The approach in Azerbaijan	31
	III. Different thoughts and opinions of scholars	31
	IV. Fundamental elements.....	33
	V. Territorial classification	33

Conclusion	34
------------------	----

Human rights

[in Azeri] 5. The prohibition of torture in the context of human rights. <i>Fidan Abdürəhimli</i>	35
[in English] 6. Defining threshold between torture and inhuman or degrading treatment. <i>Hemide Sadiqova</i>	44

Civil law

[in Azeri] 7. The contract of sale and defect. Guarantee debt against a defect. <i>Gülənar Atakishiyeva</i>	51
Introduction	51
I. Legal nature of contract of sale	52
II. What is a defect?	52
III. Guarantee debt against a defect	53
IV. Legal defects	55
V. Aliud	56
VI. Conditions for seller's responsibility for defect, and purchaser's obligations	57
Conclusion	57
[in Azeri] 8. Culpa in contrahendo – Precontractual liability. <i>Mehran Amirli</i>	59
Introduction	59
I. Literal and legal meaning of the term.....	59
II. The historical progress of culpa in contrahendo and its place in legal systems	60
III. Legal nature of culpa in contrahendo.....	61
IV. Culpa in contrahendo as a type of liability.....	62
V. Culpa in contrahendo in national law	64
Conclusion	66
[in Azeri] 9. Exclusion of co-owner: should majority obey to minority? <i>Amrah Rahmanov</i>	67
Introduction	67
I. The situation of co-ownership	68
II. Termination of co-ownership relations	69
III. Should majority obey to minority?	71
Conclusion	73

[in Azeri]	10. Which criterias should be taken as a basis on reckoning of compensation of moral injury. <i>Ilham Zulfuqarli</i>	74
	Introduction	74
	I. General principles	75
	II. Common elements which influenc determining amount of moral compensation	75
	III. Mənəvi təzminatın miqdarının müəyyən edilməsinə təsir göstərən ümumi ünsürlər.....	76
	A. The severity degree of suffering and torture.....	76
	B. Criterias with regard to victim	78
	C. Criterias with regard to perpetrator	81
	Conclusion	83

Commercial law

[in Azeri]	11. Public policy rule in the International Commerce Arbitration: Azerbaijani perspective. <i>Ruslan Mirzayev</i>	84
------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

[in English]	12. Doctrine of separability in International Commercial Arbitration. <i>Ayten Mustafayeva</i>	93
	Introduction.....	93
	I. Doctrine of separability in International Commercial Arbitration	94
	II. Separability in case law.....	96
	III. Doctrine of separability in Azerbaijani law.....	97
	Conclusion	98

Tax law

[in English]	13. Taxation of E-commerce. <i>Orkhan Abdulkarimli</i>	99
	Introduction.....	99
	I. Definition of E-commerce and E-payment	100
	II. International taxation.....	101
	III. Legal basis of cyber taxation	103
	IV. E-signature and E-commerce taxation.....	106
	Conclusion	108

Mündəricat – Contents

Konstitusiya hüququ – Constitutional law

1. Azərbaycan Respublikası Konstitusiya Məhkəməsinin konstitusion hüquqi statusundakı problemlə məqamlar. <i>Günəl Abdullayeva</i>	8
Giriş	8
I. Konstitusiya nəzarətinin mövcud olmasının zərurət səbəbləri	9
II. Konstitusiya Məhkəməsinin hakimiyyət sistemində yeri məsələsi.....	10
III. Konstitusiya Məhkəməsinin həyata keçirdiyi funksiyanın qanunverici hakimiyyətin fəaliyyət sferası ilə toqquşması	13
IV. Konstitusiya Məhkəməsinin fəaliyyətinin qanunvericiliyin təkmilləşdirilməsinə mənfi və müsbət təsirləri.....	15
Nəticə.....	16
2. “Azərbaycan Respublikasının vətəndaşlığı haqqında” Qanunda edilmiş dəyişikliklərin Konstitusiyaya uyğunluğu məsələsi. <i>Nərgiz Yusifova</i>	17
Giriş	17
I. Qanuna edilmiş dəyişikliklər.....	18
II. Prinsiplərin uzlaşması məsələsi.....	20
Nəticə.....	22

Beynəlxalq hüquq – International law

3. Xalqların özünü müəyyən etmə prinsipi. <i>Məhəmməd Əsgərov</i>	23
Giriş	23
I. Prinsip beynəlxalq mənbələrdə	24
II. Xalqların özünü müəyyən etmə hüququnun daxili və xarici aspektləri	26
III. Prinsipin məzmunu.....	28
Nəticə.....	29
4. Diplomatik sığınacaq: beynəlxalq hüquqi problemlər və müvafiq həll üsulları. <i>Vaqif Nəsirov</i>	30
Giriş	30
I. Diplomatik sığınacaq anlayışının meydana gəlməsi.....	30
II. Azərbaycanda baxış bucağı	31
III. Alimlərin fərqli düşüncələri və qənaətləri	31
IV. Fundamental elementlər.....	33
V. Ərazi təsnifatı.....	33

Nəticə.....	34
-------------	----

İnsan hüquqları - Human rights

5. İnsan hüquqları kontekstində işgəncəyə məruz qalmamaq hüququ. <i>Fidan Əbdürrəhimli</i>	35
6. Defining threshold between torture and inhuman degrading treatment. <i>Hemide Sadiqova</i>	44

Mülki hüquq - Civil law

7. Alqı-satqı müqaviləsi və qüsurlar. Qüsura qarşı təminat borcu. <i>Gülzar Atakişiyeva</i>	51
Giriş	51
I. Alqı-satqı müqaviləsinin hüquqi təbiəti	52
II. Qüsurlar nədir?	52
III. Qüsura qarşı təminat borcu	53
IV. Hüquqi qüsurlar	55
V. Aliud	56
VI. Satıcının qüsura görə məsuliyyət daşımamasının şərtləri, alıcının vəzifələri	57
Nəticə	57
8. Culpa in contrahendo – Müqaviləyəqədərki məsuliyyət. <i>Mehran Əmirli</i>	59
Giriş	59
I. Terminin hərfi və hüquqi mənası	59
II. Culpa in contrahendonun tarixi inkişafı və hüquq sistemlərində yeri.....	60
III. Culpa in contrahendonun hüquqi təbiəti	61
IV. Culpa in contrahendo məsuliyyət növü kimi	62
V. Milli hüquqda culpa in contrahendo	64
Nəticə	66
9. Paylı mülkiyyətçinin çıxarılması: çoxluq azlığa tabedir? <i>Əmrah Rəhmanov</i>	67
Giriş	67
I. Paylı mülkiyyət halı.....	68
II. Paylı mülkiyyət münasibətlərinin xitamı	69
III. Çoxluq azlığa tabedir?.....	71
Nəticə.....	73

10. Mənəvi təzminatın müəyyən edilməsində hansı meyarlar əsas götürülməlidir? <i>İlham Zülfüqarlı</i>	74
Giriş	74
I. Ümumi prinsiplər	75
II. Mənəvi təzminatın miqdarının müəyyən edilməsi barədə nəzəriyyələr	75
III. Mənəvi təzminatın miqdarının müəyyən edilməsinə təsir göstərən ümumi ünsürlər	76
A. İztirab və sarsıntının ağırlıq dərəcəsi	76
B. Zərərçəkənlə əlaqəli meyarlar	78
C. Təqsirkarla əlaqəli meyarlar	81
Nəticə	83

Kommersiya hüququ – Commercial law

11. Beynəlxalq Kommersiya Arbitrajında ictimai qayda: Azərbaycan perspektivi. <i>Ruslan Mirzəyev</i>	84
12. Doctrine of separability in International Commercial Arbitration. <i>Ayten Mustafayeva</i>	93
Introduction	93
I. Doctrine of separability in International Commercial Arbitration	94
II. Separability in case law	96
III. Doctrine of separability in Azerbaijani law	97
Conclusion	98

Vergi hüququ – Tax law

13. Taxation of E-commerce. <i>Orkhan Abdulkarimli</i>	99
Introduction	99
I. Definition of E-commerce and E-payment	100
II. International taxation	101
III. Legal basis of cyber taxation	103
IV. E-signature and E-commerce taxation	106
Conclusion	108

Azərbaycan Respublikası Konstitusiyaya Məhkəməsinin konstitusion hüquqi statusundakı problemlə məqamlar

Annotasiya

Məqalə Konstitusiyaya Məhkəməsinin hakimiyyət sistemində tutduğu mövqeyi qiymətləndirmə istiqamətindədir. Bundan əlavə onun yaradılmasını zəruri edən şərtlər, bununla bağlı nəzəriyyələr və onların müasir dövrdə əsaslandırılması, fəaliyyətinin əhəmiyyətindən də bəhs edilir. Əsas olaraq, burada onun aid olduğu hakimiyyət qolu ilə səlahiyyətlərinin xarakterinin uzlaşma məsələsi, qanunvericilikdə onun üçün müəyyən olunmuş hüquqi statusun uyğun olub-olmaması, funksiyasının digər hakimiyyət orqanlarının yerinə yetirdiyi funksiyalarla toqquşma məqamlarından bəhs edilir. Bu məsələlərlə bağlı ABŞ, Fransa, İtaliya və başqa xarici dövlətlərin təcrübəsinə də müraciət edilərək müqayisəli təhlil aparılmış, müsbət və mənfi tərəflər qiymətləndirilmişdir. Son olaraq mövcud olması məqsədəuyğun və effektiv hesab edilən tövsiyələr məqalənin nəticə hissəsində əks olunmuşdur.

Summary

This article is dedicated to the evaluation of place of Constitutional Court in the separation of powers. In addition, the necessity of establishment of the Court, the theories with regard to this establishment and their contemporary reasoning, and significance of its activity is analyzed. The article covers the conformity between character of authorities of Constitutional Court and its affiliation to the branch of separation of powers, suitability of the legal status defined in legislation, the collision of its functions with other branches of separation of powers. The comparative analyzes of the practice formed in the USA, France, Italy and other countries and demonstrated the pros and cons. There is appropriate and effective suggestions given on this issue at the conclusion part of the article.

Giriş

Hüquqi dövlətin əsaslandığı mühüm prinsiplərdən biri “hakimiyyətin bölünməsi” prinsipidir. Belə ki, hər bir hakimiyyət qolu digərinin müdaxiləsi olmadan, çəkəndirmə və tarazlaşdırma mexanizmi əsasında öz funksiya və səlahiyyətlərini realizə edir. Konstitusiyaya nəzarətini həyata keçirən Azərbaycan Respublikası Konstitusiyaya Məhkəməsinin (bundan sonra AR Konstitusiyaya Məhkəməsi) isə aid olduğu hakimiyyət qolu ilə onun səlahiyyət dairəsi arasında ziddiyyətli məqamlar mövcuddur. Bəli, Konstitusiyaya dövlətin ali qanunu olaraq müstəsna əhəmiyyət kəsb etdiyindən bütün qanunvericiliyinin ona zidd olmaması üçün nəzarət sisteminin effektivliyi tələb olunur. Lakin AR Konstitusiyaya Məhkəməsi qanunverici hakimiyyətə məxsus funksiyaların bir qismini də həyata keçirir. Belə ki, digər məhkəmələrdən fərqli olaraq, o, hüquqyaratma fəaliyyətini yerinə yetirir. Üstəlik, məhkəmə hakimiyyəti orqanı olaraq da qiymətləndirilməsində qarışıq məqamlar təzahür edir. Bu isə məsələnin bir sıra problemlə təərəflərini üzə çıxarır.

*Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsi, II kurs, SABAH qrup tələbəsi

I. Konstitusiyə nəzarətinin mövcud olmasının zərurət səbəbləri

Müasir dövr inqilablarından sonra bir çox dövlətlər üçün səciyyəvi cəhətlərdən biri konstitusiyə qəbul etmək olmuşdur. Hər dövlətin maddi mənada konstitusiyası ola bilsə də, formal mənada heç də bütün dövlətlərin konstitusiyası yoxdur. Ən yüksək hüquqi qüvvəyə malik ali qanun hesab edilən konstitusiyə məhz formal konstitusiyadır, hansı ki, daha çox kontinental hüquq sistemi ölkələri üçün xarakterikdir. Azərbaycan Respublikası Konstitusiyasının (bundan sonra AR Konstitusiyası) 147 və 148-ci maddələrindən də görüldüyü kimi, Konstitusiyanın hüquqi qüvvəsi Azərbaycan Respublikasının qanunvericilik sistemində ən yüksəkdir. Bu səbəbdən digər qanunvericilik aktlarının Konstitusiyaya zidd olmaması, onda əks olunan normaları, prinsipləri inkar edən müdələrin qanunvericilikdən təmizlənməsi, Konstitusiyanın hakimiyyətin yeganə mənbəyi olan xalqın iradəsi əsasında qəbul olunmuş qaydalara əks olan aktlardan mühafizə olunması zərurət kəsb edir. Çünki zaman keçdikcə qəbul edilən normativ sənədlərin sayı hədsiz dərəcədə artdığından onların qeyri-konstitusion olma riski xeyli çoxalır. Həmçinin konstitusiyə nəzarəti digər hakimiyyət qollarının ehtimal edilən pozuntulara yol verməsinin qarşısını alır.

Əvvəla, onu qeyd etmək lazımdır ki, Konstitusiyə nəzarəti orqanının qanunların Konstitusiyaya “zidd olmaması”na nəzarət etməsi daha məqsədəuyğun olar.¹ Çünki “Konstitusiyaya uyğunluq” dedikdə qanunvericiliyin fəaliyyət sferası bir növ məhdudlaşır. Belə ki, bu, azadlıq prinsipinin müasir dövrümüzdəki təzahürü² ilə üst-üstə düşür. İctimai münasibətlər çox mürəkkəb olduğundan və intensiv şəkildə inkişaf etdiyindən qəbul edilən qanunların Konstitusiyə ilə ziddiyyət təşkil etməməsinə nəzarət daha məqsədəmüvafiqdir. Konstitusiyaya uyğunluq yoxlanıldıqda tənzimlənmə predmetinin Konstitusiyada təsbit olunmuş olması lazımdır. Yəni, “uyğunluq” termini o halda işlədilməlidir ki, hər hansı institutun barəsində onu inkişaf etdirən aşağı səviyyəli qanunvericilik aktları qəbul edilmiş olduğu halda həmin institutu birbaşa tənzimləyən normalar Konstitusiyada təsbit edilmiş olsun. Konstitusiyə isə ən ümumi normalardan ibarət olduğundan əksəriyyət hallarda yoxlanan aktın tənzimlənmə predmeti Konstitusiyada xatırlanmır. “Konstitusiyaya uyğunluq” məsələsinin isə konstitusiyə nəzarətini həyata keçirən orqanların təfsir etmə fəaliyyətində nəzərə alınması daha məqsədəuyğundur.

Konstitusiyə nəzarətini əsalandırmaq üçün 3 əsas nəzəriyyə mövcuddur: 1) *orqanik nəzəriyyə*; 2) *institusional nəzəriyyə*; 3) *təbii hüquq və ya ictimai müqavilə nəzəriyyəsi*. *Orqanik nəzəriyyəyə* əsasən Konstitusiyə müəssisələr hakimiyyətinin aktı olduğu səbəbindən müəssisələr hakimiyyətinə, yəni indiki qanunverici hakimiyyətə nisbətən aşağı səviyyəli hakimiyyətə malik olan orqanların aktları müəssisələr hakimiyyətinin aktına zidd olmamalıdır. *İnstitusional nəzəriyyə* isə bunu əsas götürür ki, Konstitusiyə hakimiyyət orqanları üçün “oyun qaydaları”nı müəyyən edir. Bu orqanlardan heç biri digərinin səlahiyyətlərinə qəsd etməməlidir. Federativ dövlətlərdən ötrü isə mərkəzin və federasiya subyektlərinin səlahiyyət dairələrinin həddinə riayət

¹ Boris Aleksandroviç Straşun. Xarici ölkələrin konstitusiyə (dövlət) hüququ, s. 123 (Bakı, 2007)

² XVII əsrə qədər azadlıq prinsipinin mahiyyəti “qanunla icazə verilməyən hər şey qadağan edilir” şəklində anlaşılırdı. Lakin müasir dövrdə bu prinsip “qanunla qadağan edilməyən hər şeyə icazə verilir” mahiyyətində qəbul edilir.

edilməsi xüsusilə vacibdir. O ki qaldı *təbii hüquq və ya ictimai müqavilə* nəzəriyyəsinə, onun nümayəndələri belə hesab edir ki, Konstitusiya idarə edənlər və idarə edilənlər üçün, ilk növbədə, insan və vətəndaş hüquqları üçün zəmanət müəyyən edir və konstitusiya nəzarəti orqanı da həmin qaydalara riayət olunmasına, onların düzgün icra edilməsinə nəzarət etməlidir.³ Bu nəzəriyyələrin hər birinin müddəaları doğru hesab edilir. Belə ki, onlar müəyyən mənada bir-birini tamamlayır. Orqanik nəzəriyyənin əsas ideyası konstitusiya nəzarətinin normativ sistemin iyerarxik quruluşu ilə şərtlənməsini ifadə edir, hansı ki Konstitusiyanın 148-ci maddəsində bu, əks olunub. Lakin o dövrün ideologiyası əsasında formalaşmış bu nəzəriyyənin indiki vəziyyətdə şərhli “müəssisələr hakimiyyəti”nin yox, xalqın qəbul etdiyi Konstitusiya aktının üstün qüvvəsi ilə əlaqələndirilməlidir. İnstitusional nəzəriyyəyə gəldikdə isə o, mahiyyət etibarilə hakimiyyət bölgüsünün effektiv nəticəsini təmin etməkdə Konstitusiya nəzarətinin əhəmiyyətini vurğulayır. Təbii hüquq nəzəriyyəsinin müddəaları isə AR Konstitusiyasının 12-ci maddəsində təsbit edilmiş dövlətin ali məqsədindən biri olan insan və vətəndaşların hüquq və azadlıqlarının təmin edilməsinin əsas zəmanətçisi qismində konstitusiya nəzarəti orqanının çıxış etdiyini göstərir. Bütün bunlar Konstitusiya nəzarətinin mühüm əhəmiyyətini təsdiq edir.

II. Konstitusiya Məhkəməsinin hakimiyyət sitemində yeri məsələsi

Azərbaycan Respublikasında konstitusiya nəzarətini həyata keçirən orqan AR Konstitusiya Məhkəməsidir. 1995-ci il 12 noyabrda qəbul edilmiş Azərbaycan Respublikası Konstitusiyasının “Keçid müddəaları” hissəsinin 11-ci bəndində bir il ərzində Konstitusiya Məhkəməsinin yaradılmalı olması göstərilmişdi. Bu proses bir qədər gecikdiyindən 1998-ci ilədək, yəni Konstitusiya Məhkəməsi təsis olunana qədər onun səlahiyyətlərinin bir qismini AR Ali Məhkəməsi həyata keçirmişdir. Məlum olduğu kimi, müasir konstitusionalizmin vətəni olan ABŞ Ali Məhkəməsinin özü konstitusiya nəzarətini həyata keçirir. Lakin nəzərə almaq lazımdır ki, ABŞ ümumi hüquq sistemində daxil olan dövlətdir və belə ölkələrdə məhkəmə hakimiyyətinin səlahiyyətlərinin dairəsi olduqca genişdir. Üstəlik, konstitusiya nəzarətinin amerikan sistemində o, adi mülki, cinayət, inzibati və digər “konstitusiyaya aid olmayan” işləri həll edən ümumi yurisdiksiyalı məhkəmələr tərəfindən həyata keçirilir.⁴ Kontinental hüquq sistemində daxil olan dövlətlər üçün isə bu xüsusiyyət xarakterik deyil. Elə məhz bu səbəbdən də sivil hüquq ölkələrində konstitusiya nəzarətini ali məhkəmə həyata keçirmir. Azərbaycan Respublikasında da Ali Məhkəməyə həmin səlahiyyət müvəqqəti olaraq zərurətdən irəli gəlidiyi üçün verilmişdir. Onu da qeyd etmək lazımdır ki, bu dövr ərzində konstitusiya nəzarəti fəaliyyəti məhsuldar şəkildə realizə olunmamışdır. Bu səbəbdən Konstitusiya Məhkəməsinin məhkəmə hakimiyyəti orqanı olması ziddiyyətli fikirlərlə qarşılaşır. Bu orqanın “məhkəmə” adlandırılmasına bir çox dövlətin təcrübəsində rast gəlinir. Buna baxmayaraq heç də bu dövlətlərin hamısı onu məhkəmə hakimiyyətinə aid etmirlər. Məsələn, İtaliya Konstitusiya nəzəriyyəsinə Konstitusiya Məhkəməsinin digər hakimiyyət qollarından ayrıca

³ Straşun, s. 124

⁴ Mıdhed Qəfərov, Hikmət Eyvazov. Hüquq mühafizə orqanları, s. 139 (Bakı, 2012)

fəaliyyət göstərdiyi vurğulanır.⁵ Həmçinin İtaliya Konstitusiyasında digər hakimiyyət qolları 5-ci bölmədə əks etdirildiyi halda, Konstitusiya Məhkəməsindən 6-cı bölmədə bəhs olunur. Bənzər hal Bolqarıstan Konstitusiyasında da əks olunub. Burada Konstitusiya Məhkəməsinə xüsusi fəsil ayrılmasıyla bərabər, ölkənin Konstitusiya Məhkəməsi haqqında qanununda qeyd edilir ki, Konstitusiya Məhkəməsi qanunverici, icra və məhkəmə hakimiyyətindən müstəqildir. Üstəlik, Konstitusiya Məhkəməsi özünün 16 dekabr 2013-cü il 18 sayılı qərarında qeyd edib ki, o, məhkəmə sisteminin tərkib hissəsi deyil, üç hakimiyyətdən kənarında dayanmaqla öz səlahiyyətlərini müstəqil olaraq bu hakimiyyət qolları ilə bərabər həyata keçirir.⁶ Əslinə qalsa, “Konstitusiya Məhkəməsi haqqında” AR Qanununun 5.1-ci maddəsində onun müstəqilliyi prinsipi belə açıqlanır: “Konstitusiya Məhkəməsi müstəqil dövlət orqanıdır və təşkilati, maliyyə, habelə hər hansı cəhətdən qanunvericilik, icra və məhkəmə hakimiyyəti orqanlarından, yerli özünüidarə orqanlarından, habelə hüquqi və fiziki şəxslərdən asılı deyildir”. Bu, çox mütərəqqi norma hesab edilməlidir. Lakin AR Konstitusiyasının 125-ci maddəsinin II bəndində Konstitusiya Məhkəməsinin məhkəmə hakimiyyətinə aid olması qeyd edilir. Həmçinin onun hüquqi statusunu tənzimləyən norma da digər məhkəmə hakimiyyəti orqanları ilə eyni fəsil daxilində təsbit olunub. Bundan əlavə, İtaliya Konstitusiya Məhkəməsinin digər hakimiyyət qolları ilə həm əlaqəli, həm də ayrı olmasını anlamağa əsas verən məqam onun təşkili qaydasında da özünü büruzə verir. Belə ki, İtaliya Konstitusiyasının 135.1-ci bəndinə görə Konstitusiya Məhkəməsi hakimlərinin üçdə biri parlament, üçdə biri prezident, üçdə birini isə Ali və İnzibati Ali məhkəmələri tərəfindən təyin edilir. AR Konstitusiyasının 130-cu maddəsinin II bəndinə görə AR Konstitusiya Məhkəməsinin hakimlərini AR Prezidentinin təqdimatı əsasında AR Milli Məclisi təyin edir. Burada hakimiyyət qollarının hər biri iştirak etsə də, heç biri müstəqil şəkildə seçmir. Hətta bu prosedura Ali Məhkəmə hakimlərinin seçilməsi qaydası ilə üst-üstə düşür. Bəli, bu cəhət onu məhz məhkəmə hakimiyyəti orqanı kimi dəyərləndirməyə əsas verə bilər. Lakin onu da qeyd etmək lazımdır ki, Konstitusiya Məhkəməsinin təyinatı digər məhkəmələrlə uzlaşmır. Onun təşkili qaydasının İtaliyadakı kimi olması AR Konstitusiyasının 130-cu maddəsinin III bəndinin 8-ci hissəsində göstərilmiş olan qanunvericilik, icra və məhkəmə hakimiyyətləri arasında səlahiyyətlər bölgüsü ilə bağlı yaranan mübahisələrin həll edilməsi funksiyası baxımından daha məqsəduyğundur. Əslində “məhkəmə” sözünü termindən əlavə, etimoloji aspektdən təhlil etdikdə “mühakimə edən təsisat, orqan” başa düşülür. Konstitusiya Məhkəməsi də mühakimə fəaliyyətini realizə edir. Lakin onu da demək lazımdır ki, bu fəaliyyət heç də məlum olan məhkəmə hakimiyyəti orqanlarının funksiyaları ilə eynilik təşkil etmir. Belə ki, konstitusiya məhkəmə icraatında tərəflər arasındakı mübahisə həll olunmur. Burada iddiaçı tərəf yox, sorğu verən tərəf icraatın həyata keçirilməsinin səbəbkarı qismində çıxış edir. Həmçinin burada mühakimə olunan iddiaçı ilə cavabdeh arasındakı məsələ deyil, normativ-hüquqi aktlardır. Konstitusiya Məhkəməsinin digər məhkəmələrlə iyerarxik münasibəti də mübahisə doğurur. Onun ali məhkəmə hakimiyyəti orqanı kimi qiymətləndirilməsi şəklində də düşüncə yaranır. Amma onu da qeyd

⁵ Marilisa D'Amico. Constitutional law of Italy, s. 209 (Kluwer Law International BV. The Netherlands, 2013)

⁶ Fərhad Abdullayev. Azərbaycan Respublikasının Konstitusiya Məhkəməsinin hüquqi mövqeləri, s. 36 (Bakı, 2013)

etmək lazımdır ki, Konstitusiya Məhkəməsinə edilən müraciət onun dördüncü instansiya kimi çıxış etdiyini göstərmir. Çünki o, hər hansı aktı qüvvədən düşmüş elan etsə belə, bu norma ilə əlaqələndirilmiş mübahisə birbaşa həll olunmur. Konstitusiya məhkəmə icraatı başladılarkən mübahisə hansı instansiyada saxlanılıb, yaxud hansı instansiya həmin mübahisəni sözügüdə hüquq norması ilə həll edibsə, iş həmin instansiya məhkəməsinə qərara yenidən baxması, dəyişdirməsi üçün geri göndərilir. Bu minvalla yenə də mübahisənin həlli nəticəsi digər məhkəmələrin fəaliyyətində əks olunur. Ancaq bu, Konstitusiya Məhkəməsinin ədalət mühakiməsini həyata keçirməsini inkar etmək üçün yetərli sayılmaz. Çünki onun hüquq normalarını mühakimə etməsi məhz ədaləti təmin etmək məqsədi daşıyır. Və bu yolla digər məhkəmə instansiyasında baxılan məsələnin necə həll olunmasına əsaslı təsir göstərə bilər. Bu da, baxmayaraq ki, işə mahiyyəti üzrə baxmır, Konstitusiya Məhkəməsinin dolayı üsulla ədalət mühakiməsini həyata keçirdiyini deməyə imkan verir. Lakin nəzərə alınmalıdır ki, qanunverici hakimiyyət orqanının da qanun qəbul etmə, hüquqyaratma fəaliyyətinin təyinatı ədaləti bərpa etmək məqsədidir. Belə ki, o, qanunları və digər hüquqi aktları məhz hüquqtətbiq etmə orqanı olan məhkəmələr üçün qəbul edir. Xüsusilə, kontinental hüquq sistemi ölkələrində məhkəmələrin mübahisələri həll etməsində məhz qanunvericilik ən əhəmiyyətli istiqamətləndirici kimi çıxış edir və onun fəaliyyətinin nəticələri böyük həcmdə məsələləri həll etməyə imkan yaradır. Bu isə onun ədalət mühakiməsini həyata keçirməsini, məlum olduğu kimi, göstərmir.

İkinci olaraq, parlamentlə Konstitusiya Məhkəməsi arasında bu aspektdə belə bir fərqləndirmə də irəli sürülür ki, Konstitusiya Məhkəməsində icraatın başlanma səbəbi əksər hallarda konkret mübahisələrdən törəyir. Lakin bunun əksini iddia edərək demək mümkündür ki, AR Ali Məhkəməsinin qanunvericilik təşəbbüsü hüququndan istifadə edərək Milli Məclisə göndərdiyi qanun layihələrinin əksəriyyətinin kökündə də səbəbkar olaraq çox zaman konkret mübahisələr dura bilər. Yəni bu fərqləndirmə də Konstitusiya Məhkəməsinin məhkəmə hakimiyyəti orqanı kimi tanınması üçün güclü arqument sayılmamalıdır.

Digər tərəfdən Konstitusiya Məhkəməsində icraatın prosessual qaydalarla həyata keçirilməsi onun məhkəmə kimi dəyərləndirilməsini əsaslandırmağa imkan yaradır. Çünki, həqiqətən də, belə prosedur sırf məhkəmələr üçün xarakterikdir. Belə ki, ədalət mühakiməsinə sosial münafişələrin xüsusi orqan tərəfindən qanunla müəyyənləşdirilmiş prosessual qaydada baxılıb həll edilməsi kimi tərif verilir.⁷ Yəni bu baxımdan Konstitusiya Məhkəməsinin məhkəmə hakimiyyətinə aid olan orqan kimi qiymətləndirmək mümkündür.

Lakin Konstitusiya Məhkəməsinin məhkəmə hakimiyyəti qoluna aid olmamasını əsaslandıran belə bir arqument də irəli sürmək olar ki, Konstitusiya Məhkəməsinin səlahiyyət dairəsi heç də digər məhkəmə hakimiyyəti orqanlarının səlahiyyətlərinin xarakteri ilə uzlaşmır. Sadəcə demək mümkündür ki, "bu institut məhkəmə hakimiyyəti ilə hibrid təşkil edir".⁸ Hətta 1995-ci ildə Çexiya Konstitusiya Məhkəməsi müvafiq məsələyə baxaraq müəyyən etmişdir ki, Konstitusiya Məhkəməsi məhkəmə sistemi orqanı deyildir və onun xaricində fəaliyyət göstərir.⁹

⁷ Ziyafət Əsgərov. Konstitusiya hüququ, s. 427 (Bakı, 2012)

⁸ Abdullayev, s. 34

⁹ Constitutional courts and European integration, Science and technique of democracy № 36, s. 7 (2005)

Bir sıra müəlliflər isə Konstitusiya Məhkəməsinin digər üç hakimiyyət qolundan ayrılmasını məqsədəuyğun saymırlar. Onların fikrincə, belə olan halda Konstitusiya Məhkəməsi bu hakimiyyət orqanlarının fəvqündə durur. Bu zaman isə hakimiyyət bölgüsü prinsipinin əhəmiyyəti qalmır. Lakin sözügedən məsələdə Konstitusiya Məhkəməsinin üstün hakimiyyətə malik olması dəstəklənmir. Sadəcə onun fərqli xarakterinin konstitusion hüquqi statusunda əks olunması daha məqsədəuyğun hesab edilir.

III. Konstitusiya Məhkəməsinin həyata keçirdiyi funksiyanın qanunverici hakimiyyətin fəaliyyət sferası ilə toqquşması

Konstitusiya nəzarətinin daha effektiv olması üçün bir qrup alimlər onun elə normativ-hüquqi aktı qəbul edən orqan tərəfindən həyata keçirilməsinin tərəfdarıdır. Belə ki, qanunverici hakimiyyətin səlahiyyətində olan məsələnin məhkəmə hakimiyyəti orqanı tərəfindən həyata keçirilməsinin parlamentin suverenliyinə xələl gətirdiyi düşünülür. Lakin Hans Kelzen bu məsələyə dair iki arqument gətirir: 1) *dövlət orqanının suverenliyindən danışmaq düzgün deyil, çünki suverenlik ancaq dövlətə xasdır*; 2) *Konstitusiya Məhkəməsinin ayrıca bir hakimiyyət qolu hesab edilməsi məqsədəuyğun deyil*. Burada yalnız qanunvericilik fəaliyyəti istisnaqlı təşkil edir. Belə ki, Konstitusiyaya uyğun olmayan və ya zidd gələn normaları müəyyən edib onların tətbiqini məhdudlaşdıraraq o, bir növ "neqativ qanunverici" kimi çıxış edir.¹⁰ Əslində hakimiyyət qolları öz funksiyalarını həyata keçirərkən çəkindirmə və tarazlaşdırma mexanizmi əsasında fəaliyyət göstərdiklərindən onların bir-birinin imkanlarını ağılabatan həddə qədər məhdudlaşdırması müəyyən dərəcədə qəbul edilə bilər. Lakin bir-birinin fəaliyyət sferasına əsaslı dərəcədə təsir göstərmələri o qədər də uğurlu hesab edilməməlidir. Belə ki, Konstitusiya Məhkəməsi hər zaman sorğu əsasında baxdığı normanı təfsir edərkən ziddiyyət və ya çatışmazlıq gördükdə onun tətbiqini məhdudlaşdırmır, bəzi hallarda ona elə formada təfsir verir ki, artıq orada yeni və ya dəyişdirilmiş hüquq normaları da öz əksini tapır. Belə hallar isə artıq Konstitusiya ədliyyəsinin yalnızca "neqativ qanunverici" kimi çıxış etdiyini söyləməyə mane olur. Çoxları bu arqumenti qəbul etməsə də, Amerika hüquqşünası F. Lourens bildirir ki, "yalnız ən sadələvh insanlar inanırlar ki, Ali Məhkəmə yalnız hüquq normasını təfsir edir, yəni onu yazan insanların nə demək istədiklərini tədqiq edir. Məhkəmə sadə təfsirdən uzağa gedərək Konstitusiya doktrinasını yaradır və genişləndirir".¹¹ Məsələn, Konstitusiya Məhkəməsi Plenumunun "Azərbaycan Respublikası Mülki Məcəlləsinin 178.8-ci maddəsinin (Mənzil, bağ, qaraj və ya başqa kooperativin üzvü, pay yığımına hüququ olan digər şəxslər kooperativin verdiyi mənzil, bağ, qaraj və ya ayrı qurğu üçün pay haqqını tam verdikdə həmin əmlaka mülkiyyət hüququ əldə edirlər) şərh edilməsinə dair" 25 oktyabr 2010-cu il tarixli Qərarında qeyd olunur ki, "kooperativin üzvü və pay yığımına hüququ olan digər şəxslər kooperativin verdiyi mənzil, bağ, qaraj və ya ayrı qurğu üçün pay haqqını tam verdikdə həmin əmlaka sahiblik və istifadə etmək hüququnu, Daşınmaz Əmlakın Dövlət Reyestrində qeydə alındıqdan sonra isə sərəncam vermək hüququnu əldə edirlər". Burada Konstitusiya Məhkəməsi sözügedən normanı məhdudlaşdırıcı

¹⁰ Hans Kelsen. General theory of law and state, s. 146-149 (1st edn. Cambridge. Mas., Harvard U., 1945)

¹¹ Friedman Meir Lawrence. American law, s. 154 (Yale University Press, 2004)

təfsir etməkdən daha çox dəyişdirmiş, hətta deyə bilərik ki, yenilik gətirmişdir. AR Konstitusiyasının 29-cu maddəsinin III bəndində mülkiyyət hüququnun sahiblik, istifadə və sərəncam haqlarından ibarət olduğu göstərilir. Bu səbəbdən Konstitusiya Məhkəməsinin mülkiyyət hüququnun əsasına təsir edən belə bir qərarını sadəcə “şərh” olaraq qiymətləndirmək qəbul edilən deyil. Hətta bu qərarı bir çoxları ədalətə yaxın hesab etsələr belə, bu onun yeni norma yaratmamalı olmasını istisna etmir. Hərgah bu şərhin Konstitusiyaya uyğun olmaması da nəzərə çarpır. Həmçinin mülki hüquq nəzəriyyəsində də “məhdud mülkiyyət hüququ” anlayışına rast gəlinmir.

Müasir konstitusionalizmin vətəni olan ABŞ-da konstitusiya nəzarətini həyata keçirən xüsusi bir orqan yoxdur. ABŞ Ali Məhkəməsi konstitusiya nəzarətini xüsusi iddia qaydasında deyil, konkret işə məhkəmədə baxılması ilə əlaqədar yalnız sonrakı konstitusiya nəzarəti qaydasında həyata keçirir. Konstitusiyaya uyğun olmayan qanun, yaxud onun bir hissəsi, məhkəmənin səlahiyyətində olmadığından, ləğv edilmir və qanunlar külliyyatında qalır. Lakin məhkəmələr tərəfindən tətbiq edilmir, yəni hüquqi qüvvəsini itirir.¹²

Ümumi hüquq sistemli ölkələrdə onsuz da məhkəmə hüquqyaratma fəaliyyətini həyata keçirir. Bu səbəbdən Amerika modeli ölkələrində konstitusiya nəzarətini həyata keçirən məhkəmənin həmçinin hüquqyaratma fəaliyyətini həyata keçirməsi elə də qərribə qarşılanmalı deyil. Kontinental hüquq sistemi ölkələrində təzahür edən Avropa modeli konstitusiya nəzarətini həyata keçirən orqanın isə yeni norma yaratması və ya dəyişdirməsi haqlı olaraq mübahisələrə səbəb olur. Hüquqyaratma fəaliyyəti özündə həm norma yaratma, həm dəyişdirmə, həm də ləğv etmə elementlərini birləşdirsə də, konstitusiya nəzarəti mexanizminin zəruri istiqaməti Konstitusiyaya zidd olan hüquqi aktların ləğvi ilə əlaqədardır. O ki qaldı yeniliyə, bunu qanunverici hakimiyyətin yerinə yetirməsi daha məqsədəuyğundur. Həmçinin Konstitusiya Məhkəməsi Plenumunun “Əmək pensiyaları haqqında” Azərbaycan Respublikası Qanununun 8.1 və 8.3-cü maddələrinin Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyasına uyğunluğunun yoxlanılmasına dair 1 dekabr 2010-cu il tarixli Qərarında Konstitusiya Məhkəməsinin norma yaratma səlahiyyətinin olmadığını göstərən müddəa əks olunmuşdur. Burada deyilir ki, Konstitusiyanın 7-ci maddəsində təsbit olunmuş hakimiyyətlərin bölünməsi prinsipinə görə Konstitusiya Məhkəməsi normayaradıcı, yəni hər hansı hüquq münasibətlərinin tənzimlənməsində dair normativ-hüquqi akt qəbul edən, o cümlədən hər hansı normativ-hüquqi akta əlavə və dəyişikliklərin edilməsi təşəbbüsünə malik orqan deyil, səlahiyyətli subyektlərin sorğu və müraciətləri, fərdi şikayətlər əsasında qanunverici, icra və məhkəmə hakimiyyəti orqanları və yerli özünüidarəetmə orqanları tərəfindən qəbul olunmuş aktlar üzərində konstitusiya nəzarətini həyata keçirən ali konstitusiya ədalət mühakiməsi orqanıdır.¹³ Bu da Konstitusiya Məhkəməsinin normayaratma fəaliyyətinin dəstəklənmədiyini sübut edir. Bununla yanaşı, artıq son dövərlərdə Konstitusiya Məhkəməsinin də qərarları mənbə kimi qəbul edilir. Məhkəmə qərarının mənbə qismində çıxış etməsi isə roman-german hüquq sistemi ölkələri üçün o qədər də xarakterik deyil.

¹² Veniamin Yevgeneviç Çirkin. Xarici ölkələrin Konstitusiya hüququ, s. 440-441 (Bakı, 2000)

¹³ Abdullayev, s. 77

IV. Konstitusiya Məhkəməsinin fəaliyyətinin qanunvericiliyin təkmilləşdirilməsinə mənfəət və müsbət təsirləri

Konstitusiya nəzarətinin siyasi orqan olan parlament tərəfindən həyata keçirilməsi, əlbəttə ki, düzgün olmazdı. Nəzərə alsaq ki, Konstitusiyada təsbit olunmuş ən dəyərli müddəalar insan hüquq və azadlıqlarıdır, siyasi orqanlar tərəfindən nəzarətin həyata keçirilməsinin isə insan hüquqlarına təminat yaratmadığı şübhəsizdir.¹⁴ Bu səbəbdən də Konstitusiya Məhkəməsinin hüquqi xarakter daşıyan bir orqan olaraq bu funksiyaları yerinə yetirməsi məqsəduyğundur. Lakin onun bu fəaliyyəti səmərəli həyata keçirməsi, qanunverici hakimiyyətin səlahiyyətləri ilə toqquşmaması üçün onların normalara təsir aspektlərinin uzlaşdırılaraq müəyyən olunması gərəkir. AR Konstitusiyasının 96-cı maddəsində qanunvericilik təşəbbüsü hüququna malik olan dövlət orqanları sırasında AR Konstitusiya Məhkəməsinin adı keçmir. Əslində AR Konstitusiya Məhkəməsinin belə bir hüququnun olmaması onun lazım bildiyi halda qanunverici orqandan asılı olmayaraq hər hansı aktı ləğv edə bilmə və təfsir etmə üsulu ilə normaya təsir göstərə bilmə səlahiyyətindən irəli gəlir. Lakin Konstitusiya Məhkəməsi bunu hər nə qədər də hüquqtətbiqedici orqan üçün etsə də, edilən dəyişikliyin, gətirilən yeniliyin qanunvericilik qaydasında əks olunmaması onun qeyri-təkmilliyinin aradan qalxmasını təmin etmir. Halbuki belə bir halda Konstitusiya Məhkəməsinin nəinki təşəbbüs, hətta göstərişinin Milli Məclis tərəfindən icra edilməsi ən azından qanunvericiliyin daha müntəzəm və sabit olmasına gətirib çıxara bilər. Doğrudur, bir hakimiyyət qolunun digərinə məcburi göstəriş verməsi "hakimiyyətin bölünməsi" prinsipi ilə qətiyyətlə uzlaşmır. Lakin onu da nəzərə almaq lazımdır ki, Konstitusiya Məhkəməsinin qərarlarında Milli Məclisə müəyyən dəyişikliklərlə bağlı tövsiyələr əks olunsa da, həmin qanunları tətbiq etməli olan məhkəmələr üçün parlamentin bu tövsiyələri müsbət qiymətləndirib-qiymətləndirməməsi əhəmiyyət kəsb etmir. Bu səbəbdən də qanunlardakı yeniliklər və düzəlişlərin belə prosedural qaydası ən azından hakimiyyət qolları arasında səlahiyyət bölgüsünün daha səmərəli olmasını təmin etmiş olar.

Fransada konstitusiya nəzarətini həyata keçirən orqan olan Konstitusiya Şurasının qanunvericiliyin daha təkmil olmasına effektiv təsir göstərə bilməsinin təmin olunması üçün onun fəaliyyət mexanizmi fərqli qaydada müəyyən olunmuşdur. Bu orqan siyasi xarakterli dövlət orqanı olaraq ədalətliyin daha müntəzəm təmin olunması məqsədilə elə normayaradıcılığı mərhələsində nəzarət funksiyasını həyata keçirir. Bu əlamət "kvazi məhkəmələr"ə xasdır və onlar tək-cə növbəti nəzarəti deyil, həmçinin ilkin nəzarəti də həyata keçirir.¹⁵ Bu təcrübə - Konstitusiya Məhkəməsinin hüquqyaratmadan əvvəl qanunvericilik prosesinə cəlb olunması bizim sistemdə AR Konstitusiyasının 153-cü maddəsinə əsasən Konstitusiyaya dəyişiklik edilməsi barədə Milli Məclis və yaxud AR Prezidenti tərəfindən təklif irəli sürüldüyü halda baş verir. Lakin onun bu halda rəy verməsi həlledici rol oynamadığından Fransa Konstitusiya Şurasının fəaliyyəti ilə uyğunluq təşkil etmir. Şura hələ qanun layihəsi qəbul edilməzdən əvvəl onun Konstitusiyada göstərilən prinsiplərlə, normalarla ziddiyyət təşkil edib-etməməsini yoxlayır və qanun qəbul edildikdən sonra bu qanundan irəli gələ biləcək ədalətsizliyin qarşısının alınması təmin olunur. Lakin nəzərə almaq

¹⁴ Ergün Özbudun. Türk anayasa hukuku, s. 342 (Ankara, 1995)

¹⁵ Qəfərov, Eyvazov, s. 140

lazımdır ki, belə şəkildə həyata keçirilən prosedur olduqca böyük çətinlik törədə bilər. Belə ki, konstitusiya nəzarət orqanının iş yükü kifayət qədər artır. Bundan əlavə deyə bilərik ki, qəbul edilən qanunun bir müddət sonra cəmiyyətə təsirinin nə dərəcədə və hansı aspektdə olacağını əvvəldən təxmin etmək bir çox hallarda mümkün və səmərəli şəkildə olmur. Yəni ictimai münasibətlər olduqca mürəkkəb və dinamik dəyişmə, inkişaf etmə sürətinə malik olduğundan onun sonrakı dövrün tələbinə uyğunlaşdırmağın əhəmiyyəti vurğulanmalıdır. Həm də qanunun cəmiyyətdə nə formada təzahür tapacağını əvvəlcədən güman etməklə onu əyani şəkildə müşahidə etmək arasında böyük fərq var. Bir sözlə, ikinci halda həyata keçirilən tənzimləmə daha çox faydalı ola bilər. Bu baxımdan konstitusiya nəzarətinin Azərbaycanda üstünlük verilmiş formasını dövrün tələbinə uyğun hesab etmək olar.

Nəticə

Dövlət və xalq üçün böyük əhəmiyyət və dəyər kəsb edən Konstitusiyaya nəzarətin siyasi deyil, hüquqi xarakterli orqan tərəfindən həyata keçirilməsi əslində mütərəqqi haldır. Lakin onun hakimiyyət sistemində yerinə nəzər saldıqda konstitusiya nəzarəti orqanının digər hakimiyyət qollarından ayrı olması daha məqsədəuyğundur. Bu, Konstitusiya Məhkəməsinin digər hakimiyyət orqanlarından üstün olması kimi qiymətləndirilməməlidir. Sadəcə olaraq o, digər hakimiyyət qolları arasında balanslaşdırılmış nizamın yaradılmasını təmin etdiyindən konstitusiya hüquqi statusunun fərqləndirilməsi zəruridir. Və Konstitusiya Məhkəməsinin hüquqyaratma fəaliyyətinin yalnız ləğv etmə elementindən istifadə etməsi, yaxud normaya onu dəyişən xarakterdə şərh verdiyi zaman qısa vaxt ərzində həmin müddəaların qanunvericilikdə təsbit olunması mexanizminin formalaşması daha uğurlu nəticələrə gətirib çıxarar. Belə ki, konstitusiya nəzarəti orqanının fəaliyyətinin nəticələrinin qanunvericilik sistemində əks olunması onun daha da mükəmməlləşməsinə təmin etmiş olar. Konstitusiya Məhkəməsinin qərarlarının mənbə kimi çıxış etməsinə zərurət də məhz belə bir mexanizmin mövcud olmamasından irəli gəlir. Bir halda ki, AR Konstitusiyasında AR Konstitusiya Məhkəməsinin məhkəmə hakimiyyəti qoluna aid olduğu göstərilir, bu zaman onun qərarlarının mənbə olaraq qəbul edilməsi doğru olmaz. Çünki məhkəmə qərarının mənbə sayılması kontinental hüquq sistemi ölkələrinə xas cəhət deyil. Hətta qeyd etmək lazımdır ki, Konstitusiya Məhkəməsinin məhkəmə sisteminə aid olmamasının tərəfdarı olan müəlliflər belə onun hüquqyaratma funksiyasına malik olmasını dəstəkləmir. Bu səbəbdən də Konstitusiya Məhkəməsinin konstitusiya hüquqi statusu ilə əlaqədar mübahisəli aspektlər ortaya çıxır. Halbuki hakimiyyət sistemində olan bu tip problemlərin aradan qaldırılması onun funksiyasına və göstərdiyi təsirə etimadı möhkəmləndirmək üçün çox böyük əhəmiyyət kəsb edir. Ona görə də buna diqqət yetirilməsi olduqca vacib sayılmalıdır.

Nərgiz Yusifova*

“Azərbaycan Respublikasının vətəndaşlığı haqqında” Qanunda edilmiş dəyişikliklərin Konstitusiyaya uyğunluğu məsələsi

Annotasiya

Məqalədə "Azərbaycan Respublikasının vətəndaşlığı haqqında" qanuna edilmiş dəyişikliklərlə Konstitusiyanın müvafiq maddələri arasında yaranan fikir ayrılıqları ətraflı təsvir edilir. Vətəndaşlığın əldə edilməsi qaydaları, vətəndaşlığın əldə edilməsinin "qan hüququ" və "torpaq hüququ" prinsiplərinin uzlaşması məsələsinin qanunvericilikdə öz əksini necə tapması, həmçinin vətəndaşlığın itirilməsinin yeni əsasları barədə fikirlər məqalədə qeyd edilmişdir. O cümlədən, bütün bu məsələlərin bir sıra xarici ölkə qanunvericilikləri, beynəlxalq sənədlərlə müqayisəsi məzmununda öz əksini tapmışdır.

Summary

The article is about the conflict arose between provisions of Constitution and recent changes to the "Law on Citizenship of the Republic of Azerbaijan". The methods of acquisition of citizenship, the reflection of conformity of the principles of acquisition of citizenship as "right of the blood" and "right of the soil", and new grounds of loss of citizenship is taken place in the article. There is a comparative analyses of these problems in legislation of various countries, international documents.

Giriş

Vətəndaşlıq şəxslə dövlət arasında qarşılıqlı hüquq və vəzifələrin mövcudluğunda təzahür edən sabit, möhkəm, siyasi-hüquqi əlaqədir.¹ İnsanın istifadə edə biləcəyi hüquq, daşıya biləcəyi vəzifə bu şəxsin həmin dövlətin vətəndaşı olub-olmamasından birbaşa asılıdır. Dövlət vətəndaşını müdafiə etməlidir, vətəndaşı xarici ölkənin ərazisində olduqda belə onlara himayəçilik etməlidir. Vətəndaşlıq ayrıca şəxs və dövlət arasında hüquqi əlaqəni bildirir, bu zaman həmin şəxsin etnik mənşəyi göstərilmir². Vətəndaşlıq çox geniş və mürəkkəb məsələdir. O, vətəndaşlığı olmayan (apatridlər), ikili vətəndaşlığı olan (bipatridlər) şəxslərin, əcnəbilərin hüquqi statusu və bu sahədə digər məsələləri özündə ehtiva edir və çoxlu sayda normativ aktlarla tənzimlənir. Vətəndaşlıq məsələsi ilk növbədə Azərbaycan Respublikası Konstitusiyasının 52-ci və 53-cü maddələri, daha sonra "Azərbaycan Respublikasının vətəndaşlığı haqqında" Azərbaycan Respublikasının 30 sentyabr 1998-ci il tarixli qanunu, "Vətəndaşlıq haqqında" 7 noyabr 1997-ci il tarixli Avropa Konvensiyası, "Çoxvətəndaşlıq hallarının azaldılması və çoxvətəndaşlıq hallarında hərbi vəzifələrin icrası haqqında" 1963-cü il tarixli Konvensiya, "Apatridlərin statusu haqqında" 1954-cü il tarixli Konvensiya, "Vətəndaşsızlıq hallarının azaldılması haqqında" 1961-ci il 30 avqust tarixli Konvensiya və digər bu kimi beynəlxalq sənədlərlə nizama salınır.

*Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsi, II kurs, 1430-cu qrup tələbəsi

¹ Ziyafət Əsgərov. Konstitusiya hüququ, s. 286 (Bakı, 2011)

² "Vətəndaşlıq haqqında" Avropa Konvensiyası Maddə 2, Bənd a

I. Qanuna edilmiş dəyişikliklər

Məlum olduğu kimi Azərbaycan Respublikasının vətəndaşlığı haqqında 30 sentyabr 1998-ci il tarixli qanuna 30 may 2014-cü il tarixdə dəyişikliklər edilmişdir. Və bu dəyişikliklərdə diqqəti çəkən və nəzər yetirilməli olan bir sıra məqamlar mövcuddur:

a) Vətəndaşlığın əldə olunması

Dəyişikliklərə daxil olan və ən çox diqqəti cəlb edən məqamlardan biri qanunun 12-ci maddəsinin yeni redaksiyasıdır:

"Azərbaycan Respublikasının ərazisində doğulmuş və hər iki valideyni əcnəbi olan uşaq Azərbaycan Respublikasının vətəndaşı hesab edilmir. Azərbaycan Respublikasının ərazisində doğulmuş və valideynlərindən biri əcnəbi, digəri isə vətəndaşlığı olmayan şəxs olan uşaq Azərbaycan Respublikasının vətəndaşı hesab edilmir.

Azərbaycan Respublikasının ərazisində doğulmuş və hər iki valideyni vətəndaşlığı olmayan şəxs olan uşaq Azərbaycan Respublikasının vətəndaşıdır".

Ümumiyyətlə, ilk növbədə qeyd etmək lazımdır ki, valideynlərin hər ikisi eyni dövlətin vətəndaşı olduqda uşaqların vətəndaşlığı barədə heç bir problem yaranmır. "Qan hüququ" prinsipi istisnasız tətbiq olunur. Problem valideynlər müxtəlif dövlətlərin vətəndaşları ya da vətəndaşlığı olmayan şəxslər olduqda yaranır. Belə olan halda "torpaq hüququ" prinsipi öz yardımçı rolunu oynayır. Əvvəlki redaksiyadakı qanunda maddə yalnız hər iki valideyni vətəndaşlığı olmayan şəxs olan uşağın vətəndaşlığını tənzimləyirdi və bu barədə heç bir fikir ayrılığı ortaya çıxmırdı. Bu maddənin yeni redaksiyası isə tək-cə vətəndaşlığı olmayan şəxslərin yox, valideynlərinin hər ikisi əcnəbi və ya valideynlərindən biri əcnəbi digəri vətəndaşlığı olmayan şəxslərin övladlarının vətəndaşlığını tənzimləyir. Maddənin bəndlərinə nəzər saldıqda, Azərbaycan Respublikası Konstitusiyasının 52-ci maddəsi ilə ziddiyyətə rast gəlinir. Belə ki, Konstitusiyanın 52-ci maddəsi bəyan edir ki, *Azərbaycan Respublikasının ərazisində və ya Azərbaycan Respublikasının vətəndaşlarından doğulmuş şəxs Azərbaycan Respublikasının vətəndaşıdır.* Əvvəlki redaksiyada 12-ci maddənin yalnız bir bəndi mövcud idi və bu Konstitusiyaya ilə heç bir ziddiyyət əmələ gətirmirdi. Göstərilirdi ki, *Azərbaycan Respublikasının ərazisində doğulmuş və hər iki valideyni vətəndaşlığı olmayan şəxs olan uşaq Azərbaycan Respublikasının vətəndaşıdır.* Lakin maddəyə əlavə edilmiş bəndlərlə bağlı bir sıra anlaşılmazlıqlar yaranır. Yeni redaksiyada göstərilir ki, *Azərbaycan Respublikasının ərazisində doğulmuş və hər iki valideyni əcnəbi olan, həmçinin Azərbaycan Respublikasının ərazisində doğulmuş və valideynlərindən biri əcnəbi, digəri isə vətəndaşlığı olmayan şəxs olan uşaq Azərbaycan Respublikasının vətəndaşı hesab edilmir.* Konstitusiyaya isə əksinə, Azərbaycan Respublikası ərazisində doğulan istənilən şəxsi Azərbaycan Respublikasının vətəndaşı hesab edir. Belə olduğu təqdirdə, edilmiş bu dəyişiklərin ölkəmizin ən yüksək hüquqi qüvvəyə malik, qanunvericilik sisteminin əsası hesab edilən Konstitusiyaya ilə ziddiyyətini görmək heç də çətin deyil.

b) Vətəndaşlığın itirilməsi

Vətəndaşlığın itirilməsi əsasları 2 hissəyə bölünür. Könüllü (*voluntary*) və qeyri-könüllü (*involuntary*). Bir çox ölkələrin hüququ bəyan edir ki, vətəndaşlığın itirilməsi könüllü olaraq başqa dövlətin vətəndaşlığını qəbul etdikdə əmələ gələ bilər. Bu müddəaların şərhindən isə belə məna hasil olur ki, könüllü

itirilmə vahid anlayış deyil. Əksər ölkələrin qanunvericiliyi belə hesab edir ki, vətəndaşın açıq-aydın başqa dövlətin vətəndaşlığını qəbul etməsi barədə məlumat bildirməsi könüllü olaraq vətəndaşlığın itirilməsi hesab edilsin. Məsələn, Avstriyada şəxs Avstriya universitetinə professor təyin edilərsə, avtomatik olaraq Avstriya vətəndaşlığını əldə edir. Bəzi ölkələr bu müddəaya belə şərh verir ki, bu qeyri-könüllü vətəndaşlıqdır. Bir sıra digər dövlətlərin qanunvericiliyinə görə isə vətəndaş başqa milliyyəti (vətəndaşlığı) qəbul edərsə və bundan imtinaya görə heç bir güc tətbiq edilmirsə vətəndaşlıq itirilir.³ 18-ci maddədə edilmiş dəyişikliklərə nəzər yetirək:

"Azərbaycan Respublikası vətəndaşlığının itirilməsi üçün əsas hesab edilir:

- 1) Azərbaycan Respublikası vətəndaşının digər dövlətin vətəndaşlığını könüllü əldə etməsi;*
- 2) Azərbaycan Respublikası vətəndaşının xarici dövlətin dövlət və ya bələdiyyə orqanlarında, yaxud silahlı qüvvələrində və ya digər silahlı birləşmələrində könüllü xidmət etməsi;*
- 3) Azərbaycan Respublikası vətəndaşının dövlətin təhlükəsizliyinə ciddi zərər vuran davranışı;*
- 4) Azərbaycan Respublikasının vətəndaşlığını əldə etmiş şəxsin vətəndaşlığa qəbul olunmaq üçün zəruri məlumatı qəsdən saxtalaşdırması və ya saxta sənəd təqdim etməsi".*

Əvvəlki redaksiyada vətəndaşlığın itirilməsinin yalnız bir əsası göstərilmişdisə və bu əsas Azərbaycan Respublikası vətəndaşlığını əldə etmiş şəxsin vətəndaşlığa qəbul olunmaq üçün zəruri olan məlumatı qəsdən saxtalaşdırması və ya saxta sənəd təqdim etməsi nəticəsində vətəndaşlığı itirməkdən ibarət idisə, dəyişikliklərdən sonra bu əsasların sayı dördə qalxdı. Vətəndaşlığı itirmək üçün yeni əsaslardan biri Azərbaycan Respublikası vətəndaşının digər dövlətin vətəndaşlığını könüllü əldə etməsidir. Bu müddəanın özündə də müəyyən anlaşılmazlıq mövcuddur. Bildiyimiz kimi Azərbaycan Respublikası ikili vətəndaşlığı tanımır. İkili vətəndaşlığın tanınmaması o demək deyil ki, Azərbaycan Respublikası ikili vətəndaşlığı qadağan edir. Bu, onu bildirir ki, Azərbaycan Respublikasının vətəndaşı başqa dövlətin vətəndaşlığını qəbul edə bilər, lakin Azərbaycan Respublikası qarşısında yalnız onun qanunlarından irəli gələn məsuliyyəti daşıyır və onun qanunlarına tabedir. Azərbaycan Respublikası Vətəndaşlığı haqqında qanunun yeni 10-cu maddəsi də bunu təsbit edir: *Azərbaycan Respublikasının vətəndaşı olan şəxsin ikili vətəndaşlığı olduqda, (Azərbaycan Respublikasının vətəndaşlığı ilə yanaşı digər dövlətin (dövlətlərin) vətəndaşı olduqda) həmin şəxsin xarici dövlətin vətəndaşlığına mənsubiyyəti Azərbaycan Respublikasının beynəlxalq müqavilələrində nəzərdə tutulmuş və ya Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyasının 109-cu maddəsinin 32-ci bəndinə müvafiq surətdə həll edilmiş hallar istisna olmaqla tanınmır.* Dəyişikliklər bildirir ki, Azərbaycan Respublikası vətəndaşı başqa dövlətin vətəndaşlığını könüllü qəbul etdikdə, öz ölkəsinin vətəndaşlığını itirir. Burdan belə nəticə çıxır ki, ikili vətəndaşlıq ümumiyyətlə mövcud ola bilmir. Digər tərəfdən, "Vətəndaşsızlıq hallarının azaldılması haqqında" 1961-ci il 30 avqust tarixli konvensiyanın 7-ci maddəsinin 4-cü bəndinə əsasən (Azərbaycan Respublikası 31 may 1996-cı il tarixli 105-IQ

³ United States Office of Personnel Management Investigations Service. Citizenship laws of the world, s. 5 (2011)

nömrəli qanunu ilə bu konvensiyaya qoşulmuşdur) başqa dövlətin vətəndaşlığını qəbul etmiş şəxs müvafiq razılığa gələn dövlətin qanununda müəyyən edildiyi müddətə (bu müddət 7 ildən az olmamalıdır) fasiləsiz xaricdə yaşayarsa, öz vətəndaşlığını saxlamaq niyyətini müvafiq icra hakimiyyəti orqanına bildirmədiyi təqdirdə vətəndaşlığını itirə bilər. Yəni iki dövlətin vətəndaşlığını qəbul edənlərin vətəndaşlığını itirməsi azı 7 il ərzində fasiləsiz xarici ölkədə yaşayan vətəndaşlara şamil edilir. Lakin qanuna edilmiş dəyişiklikdə bu müddət nəzərdə tutulmamışdır.

18-ci maddənin ikinci bəndinə nəzər saldıqda aydın olur ki, bu bənd vətəndaşlığın itirilməsi əsaslarından biri kimi Azərbaycan Respublikası vətəndaşının xarici dövlətin dövlət və bələdiyyə orqanlarında, yaxud silahlı qüvvələrində və ya silahlı birləşmələrində könüllü xidmət etməsini nəzərdə tutur. Qeyd olunan dəyişikliyin mənfə cəhətini onda görürəm ki, bu, Azərbaycan vətəndaşlarının xarici ölkələrə inteqrasiyası və onun xarici ölkələrin orqanlarındakı fəaliyyətinin genişlənməsinə, güclənməsinə, onların xaricə inteqrasiyasına mane olan haldır. Baxmayaraq ki, dövlətlərin çoxu öz vətəndaşlarının xarici dövlət orqanlarında iştirakında maraqlıdır və bu sahədə geniş tədbirlər görür.

Vətəndaşlığın itirilməsi əsaslarından digəri isə, Azərbaycan Respublikası vətəndaşının dövlətin təhlükəsizliyinə ciddi zərər vuran davranışdır. Təəssüf ki, qanunda dövlətin təhlükəsizliyinə ciddi zərər vuran davranış adı altında hansı hərəkətin nəzərdə tutulduğu göstərilməmişdir. Dövlətin təhlükəsizliyinə ciddi zərər vuran davranışın hansı orqan tərəfindən, hansı əsaslara görə müəyyən edilməsi haqqında göstərişlər də müəmmalıdır.

II. Prinsiplərin uzlaşması məsələsi

Bildiyimiz kimi vətəndaşlığın əldə edilməsinin müxtəlif formaları mövcuddur. İnsanın doğulduğu andan vətəndaşlıq əldə etməsi *filiyasiya* adlanır. Bu halda vətəndaşlıq "qan hüququ" (*jus sanguinis*) və "torpaq hüququ" (*jus soli*) prinsipləri əsasında həll edilir. "Qan hüququ" prinsipinə görə uşağın hansı ölkənin ərazisində doğulduğundan asılı olmayaraq, valideynlərinin vətəndaşlığını əldə edir. "Torpaq hüququ" prinsipinə görə isə uşağın valideynlərinin hansı ölkənin vətəndaşı olub-olmamasından asılı olmayaraq, onun vətəndaşlığı doğulduğu ölkənin ərazisi ilə müəyyən olunur. Uşaq hansı ölkənin ərazisində doğulubsa, o ölkənin də vətəndaşlığını əldə edir. Torpaq hüququ prinsipi tətbiq olunan ölkələrdə uşaqlar vətəndaşlığı doğulduqları ölkə üzrə avtomatik əldə edərkən, qan hüququ prinsipi tətbiq olunan ölkələrdə vətəndaşlıq uşaqlara valideynlərinin vətəndaşlığına uyğun olaraq irsən keçir.⁴ "Torpaq hüququ" prinsipi adətən Amerika qitəsindəki ölkələrdə tətbiq edilir.⁵ Çox vaxt hər iki prinsip bu və ya digər dərəcədə birləşdirilir. Bu həmçinin Azərbaycan Respublikası Konstitusiyasında da belədir. Konstitusiyanın 52-ci maddəsində göstərilir ki, Azərbaycan Respublikasının ərazisində və Azərbaycan Respublikasının vətəndaşlarından doğulan şəxs Azərbaycan Respublikasının vətəndaşıdır. Burada "torpaq hüququ" və "qan hüququ" prinsipi eyni dərəcədə tətbiq olunur. Konstitusiyamızın 52-ci maddəsi də "Azərbaycan Respublikası

⁴ Graziella Bertocchi. Citizenship Laws and International Migration in Historical Perspective, s. 4 (November 2004)

⁵ Boris Aleksendreviç Straşun. Xarici ölkələrin konstitusiya (dövlət) hüququ, s. 187 (Bakı 2007)

ərazisində və ya Azərbaycan Respublikası vətəndaşlarından doğulan şəxs Azərbaycan Respublikasının vətəndaşıdır" cümləsində "və ya" bağlayıcısı işlətməklə "torpaq hüququ" prinsipini "qan hüququ" prinsipinə bərabərləşdirir. Ümumiyyətlə, bu və ya digər vətəndaşlığın seçilməsi və ya ona üstünlük verilməsi başlıca olaraq həmin dövlətin demoqrafiya sahəsindəki siyasətilə şərtlənir və ona uyğun olaraq müəyyənləşdirilir. Əgər dövlət öz əhalisinin sayının sürətlə artmasında maraqlıdırsa, o zaman o hər iki qaydanı tam həcmdə tətbiq edə bilər. Buna misal olaraq, Meksika Konstitusiyasının 30-cu maddəsinin A bəndini misal göstərə bilərik. Həmin hissəyə müvafiq olaraq:

- 1) uşaqların valideynlərinin hansı milliyyətə, yəni vətəndaşlığa malik olmasından asılı olmayaraq, respublikanın ərazisində doğulmuş uşaqlar;
- 2) hər iki valideyni-atası yaxud anası meksikalı olub xaricdə doğulmuş uşaqlar;
- 3) Meksikaya məxsus hərbi gəmidə ticarət gəmisində və ya təyyarədə doğulmuş uşaqlar doğulduğu andan meksikalıdırlar.⁶

Amerika qitəsi ölkələrində olduğu kimi bizim qanunvericiliyimizdə də iki prinsip bərabərləşdirilir. Əslində isə bizdə demoqrafik vəziyyət yaxşıdır, ölkə əhalisi köç hesabına deyil, təbii artım hesabına yaranıb və başqa yerlərdən buraya köçü həvəsləndirməyə heç bir ehtiyac yoxdur. 52-ci maddənin üçüncü cümləsi isə qeyd edir ki, valideynlərindən biri Azərbaycan Respublikası vətəndaşı olan şəxs Azərbaycan Respublikasının vətəndaşıdır. Əgər bu müddəa olmasaydı, "torpaq hüququ" prinsipini "qan hüququ" prinsipinə tabe etdirmək olardı. Lakin bu cümlədən çıxan nəticə qeyd etdiyimiz kimi torpaq hüququ prinsipini qan hüququ prinsipinə köməkçi bir prinsip kimi qəbul etməyə imkan vermir. Qanuna edilmiş dəyişikliklərlə bu problem qeyd etdiyimiz qaydada həll olunmağa istiqamətlənmişdir. Bunun üçün 12-ci maddəyə nəzər salaq:

"Azərbaycan Respublikasının ərazisində doğulmuş və hər iki valideyni əcnəbi olan uşaq Azərbaycan Respublikasının vətəndaşı hesab edilmir. Azərbaycan Respublikasının ərazisində doğulmuş və valideynlərindən biri əcnəbi, digəri isə vətəndaşlığı olmayan şəxs olan uşaq Azərbaycan Respublikasının vətəndaşı hesab edilmir. Azərbaycan Respublikasının ərazisində doğulmuş və hər iki valideyni vətəndaşlığı olmayan şəxs olan uşaq Azərbaycan Respublikasının vətəndaşıdır".

Fikir verdikdə görmək olur ki, bu elə də asan həll olunan məsələ deyil. Əsas məsələ normativ hüquqi aktların iyerarxiyasındadır. Əgər bu prinsip həll olunmalıdırsa, qeyd etdiyimiz qaydada ilk əvvəl konstitusiyanın müddəaları dəyişilməlidir. Çünki normativ hüquqi aktların iyerarxiyası sistemində ən yüksək hüquqi qüvvəyə Konstitusiya malikdir. Qanunlar isə Konstitusiyaya tabedir və onun müddəalarına uyğun olmalıdır. "Azərbaycan Respublikasının vətəndaşlığı haqqında" Qanun da Konstitusiyadan aşağı hüquqi qüvvəyə malikdir və sonradan qəbul olunmasına baxmayaraq Konstitusiyanın mənasını və təsirini dəyişə bilməz. Qanun sözügedən problemi aradan qaldırmaq iqtidarında deyil. Bunun üçün isə referendum vasitəsilə Konstitusiyanın 52-ci maddəsi dəyişilməlidir.

⁶ Straşun, s. 187

Nəticə

Vətəndaşlığın itirilməsi şərtlərinin bu qədər sərtləşdirilməsi özündə bir sıra müsbət və mənfi cəhətləri ehtiva edir. İlk növbədə qeyd etmək istəyirəm ki, bu şərtlərin bu qədər sərtləşdirilməsi vətəndaşa öz dövləti ilə olan hüquqi əlaqələrinə daha ciddi önəm verilməli olduğu tələbini özündə əks etdirir. Digər tərəfdən qeyd olunması vacibdir ki, bu şərtlərin bu qədər sərtləşdirilməsi vətəndaşsızlıq hallarının artmasına gətirib çıxaracaq. Bu gün dünyanın müxtəlif ölkələrində, ən əsası da Rusiya və Gürcüstanda yaşayan vətəndaşlarımızın sayı milyonlardır. Onların məcburi səbəblərə görə Rusiya və yaxud digər dövlətlərin vətəndaşlığını qəbul etməsi onları Azərbaycan Respublikası vətəndaşlığından məhrum edir. Qeyd edək ki, "Vətəndaşsızlıq hallarının azaldılması haqqında" 1961-ci il 30 avqust tarixli Konvensiyanın, o cümlədən "Apatridlərin statusu haqqında" konvensiyanın (Azərbaycan Respublikası bu Konvensiyanı 1996-cı il 31 may tarixli 106-IQ sayılı qanunu ilə ratifikasiya etmişdir) əsas məqsədi vətəndaşsızlıq hallarının azaldılmasıdır. "Apatridlərin statusu haqqında" Konvensiyanın 5-ci fəslinin 32-ci maddəsində qeyd edilir:

"Razılığa gələn dövlətlər, imkan daxilində apatridlərin assimilyasiyasını və naturalizasiyasını asanlaşdıracaqlar. O cümlədən onlar naturalizasiya işini sürətləndirmək və bununla bağlı rüsum və xərclərin mümkün qədər azaldılması üçün özlərindən asılı olan hər şeyi edəcəklər".

Əksinə, bu dəyişikliklər isə hüquqda anomaliya sayılan vətəndaşsızlıq hallarının sayının artmasına gətirib çıxaracaq. Belə olduğu təqdirdə, bu mövzuda daxili qanunvericiliyimizlə beynəlxalq sənəd arasında anlaşılmazlıq yaranır.

Bütün bu məsələlərin eyni zamanda başqa dövlətlərin vətəndaşlığına mənsub olan Azərbaycan Respublikası vətəndaşlarının hüquqi vəziyyətinə mənfi təsir göstərə biləcəyini, qanunvericilikdə mövcud olan kolliziyaları nəzərə alaraq, qanunda olan bu müddəaların dəqiqləşdirilməsi, sanksiyaların yumşaldılması vacib və arzuolunan məsələdir.

Xalqların özünü müəyyən etmə prinsipi

Annotasiya

Məqalədə müasir beynəlxalq hüququn 10 əsas prinsipindən biri olan "xalqların özünü müəyyən etmə" prinsipi araşdırılmışdır. Məqalənin məqsədi prinsipin realizəsi zamanı meydana çıxma biləcək qeyri-müəyyənlikləri aradan qaldırmaqdan ibarətdir. Həmçinin müxtəlif beynəlxalq sənədlərin təhlil edilməsi yolu ilə beynəlxalq hüququn aktual və mübahisəli problemlərindən biri kimi özünü müəyyən etmə hüququnun daxili və xarici aspektləri, realizəsinin həddləri müəyyən edilmiş, məzmunu açılaraq xalq, millət və milli azlıq terminləri fərqləndirilmiş, bu hüququn yalnız xalqlara məxsus olması qənaətinə gəlinmişdir. Eləcə də, xalqların özünü müəyyən etmə hüququnun yalnız müstəmləkə əsarəti altında olan xalqlara şamil edilməsi, onun realizəsinin separatizmə yol açmasının mümkünsüzlüyü, beynəlxalq hüququn digər prinsipləri ilə sıx qarşılıqlı əlaqədə olması və uzlaşması məqalənin əsas məzmununu təşkil edir.

Summary

This article is dedicated to the research of one of the 10 core principles of the international law - the "self-determination" principle. The goal of this article is to eliminate all uncertainties emanating from implementation of the abovementioned principle. Being one of the topical and contentious issues of international law, the principle of self-determination, its internal and external aspects, limits and frameworks it can be used within, and its context have been revealed throughout the article, terms "nation, nationality and ethnic minority" have been differentiated in the end. It is noted that this principle is adhered to nations only. The following ideas contain the cornerstone of the article: principle of self-determination is extended to nations under colonial suppression; implementation of the principle should not lead to separatism; recognition of the correlation of the mentioned principle with other ones within international law.

Giriş

Beynəlxalq hüququn ən mühüm, ən yüksək hüquqi qüvvəyə malik olan *jus cogens* normalarından biri "Xalqların özünü müəyyən etmə" prinsipidir. Bu prinsip digər əsas prinsiplər kimi bütövlükdə beynəlxalq birlik tərəfindən tanınır, qəbul edilir və yalnız beynəlxalq birliyin özü tərəfindən ləğv edilə bilər. Xalqların özünü müəyyən etmə hüququ prinsip kimi imperativ olmaqla bütün dövlətlərin üzərinə "erga omnes" öhdəliklər qoyur.¹ Lakin beynəlxalq hüquqda ən çox müzakirə olunan məsələlərdən biri də bu prinsipdir. Xalqların özünü müəyyən etmə prinsipinə müxtəlif dövrlərdə fərqli mənalar verilmişdir. Bu prinsipə tam bir anlayış vermək elə də asan olmamışdır. Səbəbi isə hər bir dövlətin xalqların özünü müəyyən etməsinə öz maraqlarına uyğun şəkildə yanaşması olmuşdur. Bəzi yanaşmalara görə xalqların özünü müəyyən etməsi dedikdə dövlətin vətəndaşlarının öz hökumətlərini seçməsi, digər bir yanaşmaya görə xalqın öz idarəetmə formasını müəyyən etməsi başa

*Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsi, II kurs, SABAH qrupu tələbəsi

¹ Lətif Hüseynov, *Beynəlxalq hüquq*, s. 27-28 (Bakı, 2012)

düşülür.² İki əsrdən artıq bir inkişaf yolu keçmiş prinsipə dəqiq anlayışın verilməməsi müxtəlif zamanlarda bu termindən etnik və dini münaqişələr yaratmaq məqsədi ilə istifadə edilməsinə yol açmışdır. Bu məsələnin aktuallığı və mühüm əhəmiyyəti ondan ibarətdir ki, özünü müəyyən etmə prinsipindən bir çox dövlətlərin ərazi bütövlüyünün pozulması məqsədi ilə istifadə edilir.³ Beynəlxalq hüququn əsas prinsipi kimi xalqların özünü müəyyən etmə hüququ dövlətlərarası münasibətləri gərginləşdirmək üçün deyil, əksinə onları tənzimləmək funksiyası daşıyır. Məqalədə müxtəlif beynəlxalq hüquqi sənədlərdə xalqların özünü müəyyən etmə prinsipinin hansı formalarda ifadə olunmasını araşdırmaqla onun əsas məğzini açmağa, eyni zamanda, mahiyyəti araşdırarkən aşağıdakı suallara cavab tapmağa çalışacağıq. Xalqların özünü müəyyən etmə hüququnun məzmunu nədən ibarətdir? Ümumiyyətlə bu hüquqdurmu? Hüququn subyektində kimlər çıxış edə bilər, milli azlıqlar özünü müəyyən etmə hüququndan istifadə edə bilərlərmi? Xalq və millət dedikdə nə nəzərdə tutulur? Özünü müəyyən etmə nəyi ifadə edir? Bu prinsip bütün xalqlara şamil olunurmu? Nəzərə alsaq ki, dünyada 4 minə yaxın xalq və millət, 195-ə yaxın isə rəsmən tanınan dövlət var, o zaman bu prinsipin bütün xalqlar tərəfindən realizəsi hansı mənfi hallara gətirib çıxara bilər? Prinsipin daxili və xarici aspektləri nələrəndən ibarətdir? Özünü müəyyən etmə hansı şərtlərlə şamil olunur, realizəsi necə məhdudlaşır? Beynəlxalq hüququn digər prinsipləri ilə qarşılıqlı əlaqəsi nədən ibarətdir, özünü müəyyən etmə prinsipi dövlətin ərazi bütövlüyü, eləcə də dövlət suverenliyi prinsipinə ziddirmi? Xalqların özünü müəyyən etmə və ayrılma hüququnun qarşılıqlı əlaqəsi nədən ibarətdir? Prinsipini separatizmdən nə fərqləndirir? Dağlıq Qarabağ münaqişəsi xalqın özünü müəyyən etməsidir, yoxsa milli azlığın separatçılıq fəaliyyəti?⁴

I. Prinsip beynəlxalq mənəblərdə

XIX əsrdən sürətlə inkişaf etməyə başlayan milliyyətçiliklə bərabər özünü müəyyən etmə termini birləşmələrə və böyük dövlətlərin yaranmasına səbəb olurdusa, XX əsrin başlanğıcından etibarən mikro-millətçiliyin artması səbəbi ilə bu termindən böyük dövlətləri parçalamaqda vasitə kimi istifadə olunmağa başlandı. Böyük dövlətlərin zəifləməsi ilə bir sıra xalqlar öz müstəqil dövlətlərini qurmaq məqsədi ilə mübarizəyə başlamışdır.⁵ Özünü müəyyən etmə termini ilk yarandığı vaxtdan ikinci dünya müharibəsinə kimi beynəlxalq hüquqda olmayan, siyasi termin kimi mövcud olmuşdur. Xalqların özünü müəyyən etməsi hüquq kimi ilk dəfə Birləşmiş Millətlər Təşkilatının (BMT) Nizamnaməsində öz əksini tapmaqla beynəlxalq hüquqa daxil olmuşdur. Nizamnamənin 1-ci maddəsinin 2-ci bəndində "Millətlər arasında, xalqların hüquq bərabərliyi və özünü müəyyən etmə prinsipinə hörmət əsasında dostluq münasibətlərini inkişaf etdirmək, universal sülhün möhkəmləndirilməsi üçün digər müvafiq tədbirlər görmək BMT-nin əsas məqsədlərindən biri kimi verilir. Xalqların özünü müəyyən etmə prinsipi həmçinin Nizamnamənin beynəlxalq iqtisadi və sosial

² Toğrul Aliyev. Dağlıq Karabağ sorunu və uluslararası örgütler, s. 63 (Ankara, 2006)

³ Qulu Novruzov. Müasir beynəlxalq hüquqda xalqların və millətlərin öz müqəddəratını təyinetmə, s. 6 (Bakı, 2014)

⁴ Rahim Məmmədov. Xalqların özünü müəyyən etmə prinsipinin normativ məzmunu haqqında (müasir interpretasiya). Beynəlxalq hüquq və inteqrasiya problemləri (elmi-analitik və praktiki jurnal) No.4 (20), s. 10 (2009)

⁵ Hüseyin Ali. Uluslararası hukukta kendi geleceğini belirleme (self-determination) hakkı, s. 1-2 (Ankara 2013)

əməkdaşlıq adı altında IX bölməsinin 55-ci maddəsində verilmişdir: *Millətlər arasında, xalqların hüquq bərabərliyi və özünü müəyyən etməsi prinsipinə hörmət əsasında sülh və dostluq münasibətləri üçün zəruri olan sabitlik və əmin-amanlıq şəraitini yaratmaq məqsədilə Birləşmiş Millətlər Təşkilatı həyat şəraitinin yüksəldilməsinə, iqtisadi, sosial, səhiyyə və buna müvafiq sahələrdə beynəlxalq problemlərin həllinə, beynəlxalq əməkdaşlığa, insanların əsas hüquq və azadlıqlarına hamılıqla hörmət və riayət edilməsinə dəstək verir.*

Özünü müəyyən etmə hüququ ilk dəfə BMT Nizamnaməsində beynəlxalq hüququn yeddi əsas prinsipindən biri kimi müəyyən olunsa da, mahiyyəti tam açıqlanmamışdır. BMT Baş Assambleyasının “Müstəmləkə ölkələrinə və xalqlarına müstəqilliyin verilməsi haqqında” 14 dekabr 1960-cı il tarixli, 1514 (XV) sayılı qətnaməsinin qəbul olunmasından sonra prinsipin mahiyyəti nisbətən konkretləşdi. Qətnamənin 2-ci maddəsi özünü müəyyən etmə prinsipinin məzmununun açılması baxımından böyük əhəmiyyət daşıyır. Belə ki: *Bütün xalqların özünü müəyyən etmə hüququ vardır, o hüquqa istinadən xalqlar öz siyasi statuslarını azad şəkildə müəyyənləşdirir və öz iqtisadi, sosial, mədəni inkişaflarını həyata keçirirlər.*⁶ Həmçinin bu sənədlə dövlətin ərazi bütövlüyünün pozulmasına yönəlmiş hər cür cəhdin BMT Nizamnaməsində öz əksini tapmış məqsəd və prinsiplərlə bir araya sığmadığı da öz təsdiqini tapmışdır.⁷

1966-cı il “Mülki və siyasi hüquqlar”, eyni zamanda, “İqtisadi, sosial, mədəni hüquqlar” haqqında beynəlxalq Paktların 1-ci maddəsində vurğulanır: *Bütün xalqlar özünü müəyyən etmə hüququna malikdirlər. Bu hüquq sayəsində onlar öz siyasi statuslarını sərbəst müəyyən edir və öz iqtisadi, sosial və mədəni inkişaflarını sərbəst təmin edirlər. Bu Paktda iştirak edən bütün dövlətlər, o cümlədən, özü idarə olunmayan və asılı ərazilərin idarə olunmasında məsuliyyət daşıyan dövlətlər BMT-nin Nizamnaməsinə uyğun olaraq özünü müəyyən etmə hüququna hörmət edərək onun həyata keçirilməsini təşviq etməlidirlər. İnsan hüquqları ilə bağlı əvvəllər vahid sənəd kimi baxılan 1966-cı il tarixli “Mülki və siyasi hüquqlar haqqında” Pakta özünü müəyyən etmə müddəasını aşağıdakılarla bağlı daxil etmək qərara alınmışdır: a) o, “...digər insan hüquqlarının mənbəyi və ya qaçılmaz şərtidir, çünki, özünü müəyyən etmə hüququ həyata keçirilmədən fərdi hüquqların həqiqi gerçəkləşməsi mümkün deyildir”; b) Pakt tərtib edilərkən Nizamnamənin məqsəd və prinsiplərinin, o cümlədən, xalqların hüquq bərabərliyi və özünü müəyyən etmə prinsipinin həyata keçirilməsi nəzərdə tutulmalıdır; c) insan hüquqları haqqında ümumi Bəyannamənin bir sıra müddəaları özünü müəyyən etmə hüququ ilə bilavasitə bağlıdır; ç) bu hüquq Pakta daxil edilməzsə, o natamam və səmərəsiz olacaqdır.*⁸

BMT Baş Assambleyasının 24 oktyabr 1970-ci il tarixli, 2625 (XXV) sayılı qətnaməsi əsasında qəbul etdiyi “Dövlətlər arasında dostluq münasibətlərinə və əməkdaşlığa aid beynəlxalq hüquq prinsipləri haqqında” Bəyannamədə beynəlxalq hüququn yeddi əsas prinsipi, o cümlədən xalqların özünü müəyyən etmə prinsipi təsbit olunmuşdur. Eyni zamanda, Bəyannamənin giriş hissəsində xalqların özünü müəyyən etmə prinsipinin beynəlxalq hüququn digər prinsiplərinin ayrılmaz tərkib hissəsi olması əks olunmuşdur.⁹ Bu Bəyanna-

⁶ Ali, s. 33

⁷ Əmir Əliyev. İnsan hüquqları, s. 41 (Bakı, 2013)

⁸ Novruzov, s. 17

⁹ Abdullah Uz. Teori və uygulamada self-determinasyon hakkı. Uluslararası hukuk ve politika, cilt 3, No.9, s. 67 (2007)

mənin vacib əhəmiyyəti ondan ibarətdir ki, BMT Nizamnaməsində ilk dəfə əks olunmuş yeddi prinsipin mahiyyəti açıqlanmışdır. Beynəlxalq sənədin digər bir üstün cəhəti o idi ki, xalqların hüquq bərabərliyi və özünü müəyyən etmə prinsipinin xalqlar baxımından bir hüquq olması, bu hüquqa əməl edilməsinin dövlətlər üçün məcburi olması əks olunmuşdur.¹⁰ Sözügedən aktda özünü müəyyən etmənin aşağıdakı mümkün formaları dəqiqləşdirilir: suveren və müstəqil dövlətin yaradılması; müstəqil dövlətə azad birləşmə və ya onunla vəhdət təşkil etmə; yaxud xalqın azad şəkildə müəyyənləşdirdiyi istənilən digər siyasi statusun həyata keçirilməsi.¹¹

1975-ci il Helsinki Yekun aktında bu prinsip BMT Nizamnaməsinin məqsəd və prinsiplərinə, eləcə də dövlətlərin ərazi bütövlüyünə aid olan normalarına uyğun şəkildə həyata keçiriləcəyi öz ifadəsini tapmışdır. Avropa Şurasının "Milli azlıqların müdafiəsi haqqında" Çərçivə Konvensiyasının Preambulasında da milli azlıqların hüquqlarının dövlətin ərazi bütövlüyü təmin olunmaqla həyata keçirilməsinin zəruriliyi xüsusi qeyd olunur. 21-ci maddədə birbaşa göstərilir ki, həmin Çərçivə Konvensiyasının heç bir müddəası dövlətin suveren bərabərliyi, ərazi bütövlüyü və siyasi müstəqilliyinə zidd tövsif edilə bilməz.¹²

1981-ci il tarixli "İnsan və xalqların hüquqlarına dair Afrika Xartiyası"nın 19-cu maddəsi xalqların hüquq bərabərliyinə, 20-ci maddəsi isə xalqların özünü müəyyən etməsinə həsr olunmuşdur. Xartiyanın 20-ci maddəsində verilir: "Bütün xalqların "mövcud olmaq" - yaşamaq hüququ var. Eləcə də, xalqların özünü müəyyən etməsi onların alınmaz və ayrılmaz hüququ kimi təsbit olunmuşdur və onlar siyasi statuslarını azad şəkildə təyin etmək, iqtisadi və sosial inkişafın istiqamətlərini sərbəst şəkildə seçmək hüququna malikdirlər.¹³ Bu hüquq hər bir xalqa ayrılmaz olaraq verilsə də, Xartiyanın özündə də göstərilir ki, xalqların bu hüquqdan istifadəsi beynəlxalq hüququn digər prinsiplərinə zidd olmadan beynəlxalq əməkdaşlığa xidmət etməlidir. Oxşar şəkildə də Xalqların özünü müəyyən etmə hüququ 1990-cı ildə imzalanan Yeni Avropa üçün Paris Xartiyasında da dövlətin ərazi bütövlüyü başda olmaqla beynəlxalq hüququn digər prinsiplərinə zidd olmadan həyata keçirilə biləcəyi təsbit olunmuşdur.¹⁴ Prinsip həmçinin BMT Beynəlxalq Məhkəməsinin bir sıra qərarlarında və məsləhət xarakterli rəylərində də öz əksini tapmışdır.¹⁵

II. Xalqların özünü müəyyən etmə hüququnun daxili və xarici aspektləri

Mənbələrdə qeyd etdik ki, xalqların özünü müəyyən etmə hüququ vardır və dövlətlər də bu hüquqa hörmət etməlidirlər. Lakin mənbələr xalqların bu hüququ necə həyata keçirəcəkləri məsələsini cavabsız qoymuşdur. İlk dəfə özünü müəyyən etmə anlayışı daxili anlamda yaransa da, müasir dövrdə əhəmiyyətinə görə onun xarici aspekti daha əsasdır. Ümumilikdə götürsək, özünü müəyyən etmənin xarici tərəfi müəyyən ərazinin beynəlxalq hüquqi statusunun müəyyənləşdirilməsi deməkdir. Özünü müəyyən etmənin daxili

¹⁰ Akif Kütükçü. Uluslararası hukukda self-determinasyon hakkı ve Türk cumhuriyetleri. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, sayı 12, s. 269 (2004)

¹¹ Novruzov, s. 19

¹² Əliyev, s. 42

¹³ Malcolm Shaw. International Law, s. 270 (4th edn., 2003)

¹⁴ Jorri Duursma. Fragmentation and the international relations of micro-states (self-determination and statehood), s. 76 (Cambridge, 1996)

¹⁵ Hüseynov, s. 39

formasını isə xalqların öz inkişaflarının bütün məsələlərdə həllini bildirir. Özünü müəyyən etmənin xarici tərəfindən istifadə hüququna müstəmləkə və xarici asılılığın digər formaları şəraitində, həmçinin xarici işğal şəraitində olan xalqlar malikdirlər.¹⁶ BMT Baş Assambleyasının qəbul etdiyi qərarlarda da xalqların özünü müəyyən etmə hüququnun xarici aspektinə geniş yer verilmişdir. Baş Assambleyanın 1514 sayılı qərarından bir gün sonra qəbul etdiyi 1541 (XV) və 2625 (XXV) sayılı "Dostluq münasibətlərinin qurulması" haqqında qərarlarında yer alan özünü müəyyən etmənin tətbiqi istiqamətlərində onun xarici aspekti tənzimlənmişdir. BMT aşağıdakı halları özünü müəyyən etmənin tətbiqi istiqamətləri kimi müəyyən etmişdir:¹⁷ suveren və müstəqil bir dövlət qurulması; sərbəst şəkildə müstəqil bir dövlətlə birləşmə və ya ona inteqrasiya; xalqın sərbəst müəyyən etdiyi digər bir siyasi status.

Xalqlara öz suveren dövlətlərini yaratmaq hüququ verən özünü müəyyən etmənin xarici forması dövlət sərhədlərinə toxunulmazlığına hər hansı bir açıq təhlükə yaratmamalıdır.¹⁸ Suveren dövlətçilik özünü müəyyən etmə hüququnun xarici formasının nəticəsi hesab edilir. Müstəqil dövlətlərin daxilində olan ərazi birlikləri və etnik qruplar özünü müəyyən etmənin xarici deyil, daxili tərəfini həyata keçirmək hüququna malikdirlər.¹⁹

Özünü müəyyən etmənin daxili aspekti dedikdə, heç bir təzyiq olmadan xalqın istədiyi idarəetmə formasını seçmək hüququ başa düşülür. Başqa sözlə desək, bu xalqın yaşadığı sistemin siyasi və sosial quruluşuna təsir göstərməsi və idarəsi altında yaşadığı hökuməti seçməsidir.²⁰ Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyasının "Xalqın suverenliyi" adlı 2-ci maddəsində deyilir: *Sərbəst və müstəqil öz müqəddəratını həll etmək və öz idarəetmə formasını müəyyən etmək Azərbaycan xalqının suveren hüququdur.* Özünü müəyyən etmənin daxili forması dövlətdə yaşayan, sadəcə müəyyən etnik, dini və irqi qruplara deyil, burda yaşayan hər kəsə tanınmış bir hüquqdur və dolayısı ilə, dövlətin bütün əhalisi bu hüquqdan istifadə edə bilər.²¹ Əsasən, prinsipin daxili aspekti beynəlxalq hüquqda bir problem yaratmamışdır. BMT Nizamnaməsində ilk yeddi prinsipdən biri olan dövlət suverenliyi onun daxili işlərinə müdaxiləyə yol verməmişdir. Lakin insan hüquqları haqqında normaların yaradılması və getdikcə əhəmiyyətinin artması klassik mənada dövlət suverenliyi prinsipini zəiflətməmişdir. Bu səbəbdən daxili aspektin əhəmiyyəti getdikcə artır.²² Özünü müəyyən etmənin daxili aspektinin insan hüquqları ilə əlaqəsi onun əhəmiyyətini xeyli artırır.

İrqi ayrı-seçkiliyin ləğvi üzrə Komitə 1996-cı ildə özünü müəyyən etməni daxili və xarici xüsusiyyətlərə ayıran və daxili xüsusiyyəti "hər bir vətəndaşın ictimai həyatın idarə olunmasının bütün mərhələlərində iştirak etmək hüququ" kimi verən 21 sayılı Ümumi Tövsiyəni qəbul etdi. Kanada Ali Məhkəməsi qeyd edir ki, özünü müəyyən etmə hüququnun daxili tərəfi insanların dövlətin mövcud vəziyyəti çərçivəsində öz siyasi, iqtisadi, sosial və mədəni inkişaf

¹⁶ Novruzov, s. 52

¹⁷ Ali, s. 68

¹⁸ Füsün Arsava. Self-determinasyon hakkı ve Kosova. Uluslararası hukuk ve politika dergisi. Cilt 5, No. 17, s. 7 (2009)

¹⁹ Novruzov, s. 53

²⁰ Ali, s. 74

²¹ Doğan Kılınc. Self-determinasyon ilkesinin azınlıklar açısından değerlendirilmesi. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi. Cilt 12, sayı 1-2, s. 955 (2008)

²² Ali s.76

sahəsində fəaliyyətidir.²³

III. Prinsipin məzmunu

Xalqların özünü müəyyən etmə prinsipinin məzmunundan danışmaq üçün müəyyən məsələləri aydınlaşdırmaq lazımdır. Prinsipin adında yer alan “xalq”, “özünü müəyyən etmə” terminləri hansı mənə yükü daşıyır?

Özünü müəyyən etmə prinsipinin mahiyyətinin birmənalı qəbul edilməməsinin səbəblərinin biri kimi hər hansı beynəlxalq sənəddə “xalq” anlayışının dəqiq tərifinin verilməməsidir. Beynəlxalq hüquqda xalq bir qayda olaraq, etnik anlamda başa düşülmür. Beynəlxalq-hüquqi anlayış kimi “xalq” hər hansı milli və ya etnik qrupu deyil, məhz dövlətin (və ya dövlətçilikdən qeyri-qanuni məhrum edilmiş ərazinin) bütün əhalisini bildirir. Yəni, xalq *ethnos* kimi deyil, *demos* kimi başa düşülür. Yalnız xalq bütövlükdə bu hüququn daşıyıcısıdır. Xalqın bir hissəsinin, o cümlədən, milli azlıqların belə bir hüququ yoxdur. Bu tezis beynəlxalq hüquqda geniş qəbul edilmişdir.²⁴ AR Konstitusiyasının 5-ci maddəsində də qeyd olunur ki, Azərbaycan xalqı vahiddir və onun vahidliyi dövlətin təməlini təşkil edir. Azərbaycan Respublikası suveren bir dövlət kimi Azərbaycan Respublikası ərazisinin bir hissəsində deyil, bütün ərazisində yaşayan vahid Azərbaycan xalqının, o cümlədən, etnik azlıq olan ermənilərin iradə ifadəsinin və özünü müəyyən etməsinin nəticəsidir. Xalqın bir qismi bütün xalqın ərazisi üçün taleyüklü əhəmiyyət kəsb edən qərar qəbul edə bilməz.²⁵ BMT Baş Assambleyasının 47/135 sayılı 18 dekabr 1992-ci il tarixli “Milli, etnik, dini və dil azlıqlarına məxsus şəxslərin hüquqları haqqında” qətnaməsinə müvafiq olaraq, demək olar ki, xalqların özünü müəyyən etmə prinsipi milli azlıqların hüququ deyildir. Etnik, dini və dil azlıqları yalnız mədəni muxtariyyətə malikdirlər, onların maraqlarına demokratik dövlət çərçivəsində hörmət edilir.²⁶ Azərbaycan Respublikası milli azlıqların hüquqlarının müdafiəsinin təminatı üçün “Milli azlıqların müdafiəsi haqqında” Çərçivə Konvensiyası, “Regionlar dillər və ya azlıqların dilləri haqqında” 1992-ci il Avropa Xartiyası, 1994-cü il Minsk Konvensiyası və digər beynəlxalq konvensiyalara qoşulmuş mühüm dövlətdaxili tədbirlər həyata keçirmişdir.²⁷ Yəni milli azlıqların hüquqlarına demokratik dövlət çərçivəsində hörmət edilir.

Bəs xalq millətdən nə ilə fərqlənir? Millət dedikdə, insanların ümumi mədəniyyət, ədəbi dil, din, ərazi, sabit iqtisadi əlaqələr və psixoloji xarakter ümumiliyi əsasında formalaşan tarixi birliyi başa düşülür. Lakin BMT Nizamnaməsində əks olunmuş millət anlayışı ilə bu millət anlayışı fərqlənir. Belə ki, BMT - millətlər təşkilatı adlansa da, Nizamnamə əksəriyyət münasibətləri dövlətlərarası münasibətlər kimi qəbul edir. Beləliklə, millət termini dövlət anlamında işlədilir. Hüquqşünas Q. B. Staruşenko qeyd edir ki, özünü müəyyən etmə hüququ “özünü müəyyən etmiş ərazi”nin bütün əhalisinə (xalqına) məxsusdur. Millətlər hüququ haqqında isə o halda danışmaq olar ki, əgər o, “özünü müəyyən etmiş ərazi”də yalnız yaşasın.²⁸

Məsələnin ikinci tərəfinə gəlsək, “özünü müəyyən etmə” dedikdə nəzərdə tutulur ki, hər bir xalq xaricdən müdaxilə olunmadan sərbəst olaraq özü öz siyasi

²³ Shaw, s. 273

²⁴ Hüseynov, s. 39

²⁵ Novruzov, s. 82

²⁶ Məmmədov, s. 10

²⁷ Əliyev, s. 207

²⁸ Məmmədov, s. 7

statusunu müəyyən edə bilər və öz iqtisadi, sosial və mədəni inkişafını həyata keçirə bilər. Müstəmləkə altında olan və ya işğal olunmuş ərazinin bütün əhalisi üçün bu aşağıdakı hallarda ifadə oluna bilər: müstəqillik əldə edilməsində və suveren dövlət qurulmasında; hər hansı bir müstəqil dövlətə qoşulmaqda; hər hansı müstəqil dövlətlə birləşməkdə²⁹

Özünü müəyyən etmə hüququnun həyata keçirilməsi dövlətlərin suverenliyi və ərazi bütövlüyü ilə uzlaşmalıdır və sesessiyaya (dövlətdən müəyyən ərazinin ayrılmasına) yol verilə bilməz.³⁰

Nəticə

Məqalə mövzusunun təşkil edən beynəlxalq hüququn əsas prinsiplərindən biri olan xalqların özünü müəyyən etmə prinsipini araşdırıb bu nəticələrə gəldik: Özünü müəyyən etmə xalqlara verilən hüquqdur, bu hüququn daşıyıcısı yalnız və yalnız xalq ola bilər, xalqın müəyyən hissəsinin, o cümlədən, milli azlıqların belə bir hüququ yoxdur. Etnik, dini və dil azlıqları yalnız mədəni muxtariyyətə malikdirlər. Onların maraqlarına demokratik dövlət çərçivəsində hörmət edilir. Beynəlxalq hüquqda və Azərbaycan Respublikasının qanunlarında azlıqların hüquqları hərtərəfli tanınır və onlara hörmət edilir. Dağlıq Qarabağda yaşayan ermənilər azlıq olduqları üçün, eləcə də, özünü müəyyən etmə hüququndan bir dəfə istifadə etdiklərindən, bu hüquqdan onların ikinci dəfə istifadə etmələri beynəlxalq hüquq normalarına ziddir, yəni onlara bu prinsip şamil edilə bilməz.³¹ Eyni zamanda BMT-nin "Müstəmləkə ölkələrinə və xalqlarına müstəqilliyin verilməsi haqqında" 14 dekabr 1960-cı il tarixli, 1514 (XV) sayılı Qətnaməsinin, eləcə də, bir sıra digər beynəlxalq sənədlərin təhlili göstərir ki, bu hüquq heç də bütün xalqlara deyil, müstəmləkə əsarətində olan xalqlara şamil olunmalıdır. Həmçinin, adı çəkilən hüquq müvafiq xalqın azad iradəsi yolu ilə həyata keçirilir, yəni müstəmləkə əsarəti altında olan xalq özünü müəyyən etmə hüququnu həyata keçirərkən ona xaricdən hər hansı təzyiq, məcburiyyət və ya müdaxilə olmamalıdır. Özünü müəyyən etmə hüququ iki formadan ibarətdir: daxili aspekt kimi heç bir təzyiq olmadan xalqın istədiyi idarəetmə formasını seçməsi; xarici aspekt kimi isə onun suveren və müstəqil bir dövlət qurması, sərbəst şəkildə müstəqil bir dövlətlə birləşmə və ya ona inteqrasiyası, həmçinin xalqın sərbəst müəyyən etdiyi digər bir siyasi status nəzərdə tutulur. Özünü müəyyən etmə prinsipi beynəlxalq hüququn digər prinsipləri ilə sıx əlaqədə götürülməli, məzmununun qeyri-müəyyənliyi digər prinsiplərlə, o cümlədən, dövlətlərin ərazi bütövlüyü, dövlətin suverenliyi, eləcə də, əsas insan hüquq və azadlıqlarına hörmət edilməsi prinsipləri ilə məhdudlaşmalıdır. Başqa sözlə desək, xalqların özünü müəyyən etmə hüququ müasir dövrdə demokratik idarəçilik rejimidir. Beynəlxalq hüquq bu prinsipdən separatçılıq məqsədilə istifadə olunmasını tanımır. Ümumiyyətlə, beynəlxalq sülhü və əməkdaşlığı təmin etmək, dövlətlərarası münasibətləri tənzim etmək üçün beynəlxalq hüquqda xalqın özünü müəyyən etmə hüququnu realizə etməsi müstəqil dövlətin parçalanmasına əsas ola bilməz. Çünki bu prinsip demokratik idarəçiliklə bağlı qəbul olunmuşdur.³²

²⁹ Hüseynov, s.40

³⁰ *Yenə orada*

³¹ Məmmədov, s. 10

³² Shaw, s. 270

Vaqif Nəsirov*

Diplomatik sığınacaq: beynəlxalq hüquqi problemlər və müvafiq həll üsulları

Annotasiya

Məqalədə daha çox siyasi aspektdən tənzim olunmağa çalışılan və demək olar ki, hüquqi baxımdan tənzimlənməmiş qalan diplomatik sığınacaq hüququndan bəhs edilir. Məqalənin strukturundan da məlum olduğu kimi sığınacaq hüququnun yaranma tarixi, xarici və yerli alimlərin məsələ ilə əlaqədar fikirlərində fərqli məqamları, fundamental elementlər və ərazi təsnifatı yer alır. Münasibətlərin hüquqi tənzimlənməsinin effektivliyini təmin etmək üçün vahid beynəlxalq hüquqi aktın labüdlüyünün səbəbləri və nəticələri təhlil edilmişdir.

Summary

This article is about the diplomatic asylum which is mainly regulated by political aspect rather than the legal point of view. As it is shown in the structure of the article, the history of establishment of right to asylum, the differences in the approaches of the local and foreign scholars, fundamental elements and territorial classification is discussed in the article. The reasons and outcomes of essence of the uniform international legal document for legal regulation of the relations is analyzed.

Giriş

Ilk baxışdan daha çox siyasi məsələyə bənzəsə də və nə qədər siyasi iradələr tərəfindən tənzimlənsə də lakin sırf hüquqi aspektdən məsələyə yanaşıb və yaranan ciddi problemlərə öz çərçivəmdə hüquqi şərh və həll variantları bildirmək istərdim. Diplomatik sığınacaq haqqında geniş məlumat verməzdən öncə bu fikri diqqətinizə çatdırmaq istəyirəm və məqalənin sonunda özünüz də bunun şahidi olacaqsınız ki, diplomatik sığınacaq haqqında global tənzimləmə mexanizmi yoxdur və beynəlxalq hüquqda da beynəlxalq hüququn subyektivi olan dövlətlərə diskresion səlahiyyət verilərək bu məsələ çox nisbi tənzimlənməmişdir.

I. Diplomatik sığınacaq anlayışının meydana gəlməsi

Suverenliyin bir təzahür forması olaraq müdafiə olunma mənasında sığınacağın meydana gəlmə tarixi qədim yunan şəhər-dövlətlərinin mövcud olduğu dövrə qədər uzanır. Diplomatik sığınacağın tətbiq olunması isə 15-16-cı əsrlərdə Avropada daimi təmsilçilik hüququna malik olan nümayəndəliklərin açılması və diplomatik imtiyazların genişlənməsi nəticəsində meydana gəlmişdir.¹ Yerli səlahiyyətli şəxslərin səfirliyin yerləşdiyi məkana daxil olmaları qadağan olunduqdan sonra təqib olunan şəxslərin bu yoldan istifadə etmək cəhdləri artmışdı. Lakin bu vəziyyət hər zaman problemli məsələyə çevrilmiş, beləliklə, dövlətlər arasında ixtilaf yaranmağa başlamışdır. Beynəlxalq hüquqi tənzimlənməyə nəzər yetirdikdə də diplomatik sığınacağa nadir hallarda icazə

*Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsi, 2-ci kurs, SABAH qrupu tələbəsi

¹ Maarten Den Heijer. Diplomatic Asylum and the Assange Case. Leiden Journal of International Law vol. 26, № 2, s. 401 (2013)

verildiyini görə bilərik, buna dövlətlərin sığınacaq hüququnu verməkdən çəkindiklərini də demək olar.

II. Azərbaycanca baxış bucağı

Ölkəmizdə bu hüquq konstitusion hüquq kimi təsbit olunmuşdur. Belə ki, diplomatik sığınacağın da daxil olduğu siyasi sığınacaq Azərbaycan Respublikası Konstitusiyasının 70-ci maddəsinin 1-ci hissəsində özünə bu cür yer tapmışdır: *“Hamılıqla qəbul edilmiş beynəlxalq hüquq normalarına uyğun olaraq Azərbaycan Respublikası əcnəbilərə və vətəndaşlığı olmayan şəxslərə siyasi sığınacaq verir”*. Lakin yuxarıda da qeyd etdiyim kimi beynəlxalq hüquqda siyasi sığınacaq haqqında hamılıqla qəbul edilən normalar məcmusu yoxdur. Beynəlxalq hüquq dövlətin müəyyən şəxslərə siyasi sığınacaq vermək hüququnu və başqa dövlətlərin bu hüquqa hörmət etmək vəzifəsini təsbit edir.² Beynəlxalq hüquq üçün əhəmiyyətli olan məsələ sığınacaq verildəndən sonra ortaya çıxan hüquqi nəticədir və deməli, sığınacaq beynəlxalq hüquq nəticəsində deyil, dövlət daxili qanunvericilik əsasında verilir. Ümumiyyətlə beynəlxalq hüquqda (Ümumdünya İnsan Hüquqları Bəyannaməsinin 14-cü maddəsində təsbit olunmuş və ümumməcburi xarakter daşıyan)³ “sığınacaq hüququ” bir norma kimi təsbit olunduqda dispoitiv norma kimi müəyyən olunur və əslində “sığınacaq hüququ” deyil, “sığınacağa müraciət hüququ” kimi nəzərdə tutulur.

III. Alimlərin fərqli düşüncələri və qənaətləri

Rus alimi V. T. Batiçko beynəlxalq hüquq elmində “sığınacaq” anlayışının müəyyən olunmasında iki yanaşmanın olduğunu qeyd edir. O göstərir ki, bir qrup alimlər bu institutu “dövlətin sığınacaq vermək hüququ” kimi, digərləri isə “şəxsin sığınacaq almaq hüququ” kimi başa düşür.⁴ Sığınacaq hüququnu “dövlətin sığınacaq vermək hüququ” kimi tanınması ilə bağlı birinci qrup müəlliflərin fikrini daha məqsədə müvafiq hesab etmək olar. Çünki qeyd etdiyim kimi Ümumdünya İnsan Hüquqları Bəyannaməsində “siyasi sığınacaq” hüququ insan hüquqlarından biri kimi təsbit olunsada əslində siyasi sığınacağın verilməsi dövlətin onun suverenlik hüququndan irəli gələn diskresion səlahiyyətidir. İnsan hüquqları ilə dövlətin diskresion səlahiyyəti tərs mütənəsiblik təşkil etdiyindən və dövlətin bu hüquqları təmin etməsi məcburi xarakter daşdığından, belə bir hüququn konvensiyada insan hüquqları kimi təsbit olunması formal hüquqi və məntiqi baxımından düzgün hesab edilməməlidir.

“Beynəlxalq hüquq” dərslisinin müəllifi L. Hüseynov şəxsin sığınacaq hüququnu məhdud xarakterli insan hüququ kimi səciyyələndirərək, onun məhdudluğu deyərəkən hüququn əhatə etdiyi subyektlər dairəsini nəzərdə tutduğunu bildirir.⁵ Fikrimcə, bu məsələdə məhdudluğu subyektlər dairəsində deyil (subyektlər dairəsi əcnəbilər və vətəndaşlığı olmayan şəxslər kimi götürülsə də dolayı yolla, yəni xarici ölkə bucağından baxdığımızda həmin ölkənin vətəndaşları da bu hüququn subyektinə çevrilirlər) məsələni tənzimləyəcək vahid beynəlxalq normalar sisteminin mövcud olmamasındadır.

² Lətif Hüseynov. *Beynəlxalq hüquq*. s. 98 (Bakı, 2012)

³ Ümumdünya insan hüquqları bəyannaməsi Baş Assambleyanın 1948-ci il 10 dekabr tarixli 217-ci A (III) qətnaməsi ilə qəbul və bəyan edilib.

⁴ Батычко В.Т. *Международное право Конспект лекций*. Таганрог: ТТИ ЮФУ, 2011.

http://www.aup.ru/books/m232/9_5.htm

⁵ Hüseynov, s. 98

Daha sonra müəllif siyasi sığınacağa belə bir tərif vermişdir: “Siyasi sığınacaq hüququ şəxsin subyektiv hüququ olub, vətəndaşı olduğu və ya daimi yaşadığı ölkədə siyasi motivlər əsasında məruz qaldığı təqiblərdən yaxa qurtarmaq üçün şəxsin başqa bir dövlətdən, onun ərazisinə keçməyə və orada yaşamağa icazə almaq hüququdur”. Bu sığınacaq siyasi əsaslara görə verildiyi üçün “siyasi sığınacaq” ifadəsi işlədilir. Burada “siyasi əsaslar” geniş mənada işlədilir və bu anlayışa ictimai fəaliyyətinə, dini əqidəsinə, irqi, etnik və ya dövlət mənsubiyyətinə görə təqib olunması daxildir. Daha sonra müəllif dövlətlərin praktikasında siyasi sığınacağın iki formasına rast gəldiyini bildirir: *ərazi sığınacağı və diplomatik sığınacaq*. Dövlətin hər hansı bir şəxsə siyasi sığınacaq verməsi bir sıra beynəlxalq-hüquqi nəticə doğurur:

- 1) Dövlət sığınacaq verdiyi şəxsi geri verə bilməz;
- 2) Dövlət sığınacaq verdiyi şəxsə onun hər hansı bir ölkədə hüquqları pozulan zaman diplomatik müdafiə təmin edə bilər (daha doğrusu, kvazi-diplomatik müdafiə, çünki diplomatik müdafiə dövlətin yalnız öz vətəndaşlarına göstərilə bilər);
- 3) Dövlət sığınacaq verdiyi şəxsin fəaliyyətinə görə məsuliyyət daşıyır, yəni o, həmin şəxsin tərki etdiyi dövlətə qarşı zorakılıq aktları törətməsinə yol verməməlidir.

Müəllifin qənaətə gəldiyi bu nəticələr beynəlxalq adət kimi tətbiq olunsada bəzi prinsiplərlə bir başa səsleşir. Məsələn, birinci nəticə birbaşa “non-refoulement” prinsipi ilə üst-üstə düşür.⁶

Diplomatik sığınacaqda adətən diplomatik münasibətlər çərçivəsində şəxsi təqib edən dövlətin (bu dövlət əsasən “territorial state” - “ərazi dövləti” adlanır) sahib olduğu suverenlik hüququ ilə şəxsi müdafiə edən dövlətin (protective state) həmin dövlət tərəfindən tanınan diplomatik toxunulmazlığı arasında toqquşma baş verir və münaqişəyə yol açır. Lakin bəzən bu hadisə dinc yollarla həll olunur. Məsələn, Pekindəki ABŞ səfirliyinə sığınan ÇXR vətəndaşı *Chen Guangcheng*-in, Çin onun daxili işlərinə qarışdığı üçün ABŞ-dan üzr istəməsinə tələb etsə də, ölkədən çıxarılmasına icazə verilmişdir.⁷

Bu məsələni araşdıran alimlər əsasən eyni fərqləndirici məsələlərə toxunmağa çalışmışlar. Belə ki, müəlliflər ölkə daxilində alınan siyasi sığınacaq xaricdəki diplomatik nümayəndəlik və konsulluqlarda alınan siyasi sığınacağı fərqləndirməyə çalışmışlar, baxmayaraq ki, dövlətin konsulluğu, səfirliyi onun ərazisi sayılır və diplomatik immunitetə malikdirlər. Lakin prof. Z. Əsgərov fərqləndirici xüsusiyyət kimi “Diplomatik əlaqələr haqqında Vyana konvensiyası”nın 41-ci maddəsini əsas götürərək, diplomatik nümayəndəliyin qeyri-təmsilçilik məqsədlər üçün istifadə edilməsinin yolverilməzliyini göstərmişdir.⁸ Siyasi sığınacaq hüququndan sui-istifadə edilməməsi üçün ona qoyulan məhdudiyətlərdən birini və ən əsasını BMT-nin Nizamnaməsində nəzərdə tutulmuş məqsəd və prinsiplərə zidd olan siyasi cinayətlər törətmiş şəxslərə siyasi sığınacaq hüququ verilməməsi təşkil edir. Bu hüquq terror aktları törədən, aparteid çıxışları edən, ictimai qaydanı pozan və əhalinin sağlamlığı, mənəviyyəti üçün təhlükəli olan şəxslərə şamil edilmir. Ərazi sığınacağı bir çox ölkələrin praktikasında daha çox yaşansa da diplomatik sığınacaq daha az rast

⁶ Hüseyinov, s. 99

⁷ Ahmet Hamdi Topal. Uluslararası Hukuk Açısından Diplomatik Sığınma ve Assange Olayı. İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (1), s. 53 (2014)

⁸ Ziyafət Əsgərov. Konstitusiya Hüququ, s. 304 (Bakı, 2011)

gəlinən hadisə kimi bilinir. Lakin Latın Amerikasında diplomatik sığınacaq qəbul olunmuş praktikadır və "Sığınacaq haqqında" 1928-ci il Konvensiyasında və xüsusən "Diplomatik sığınacaq haqqında" 1954-cü il Konvensiyasında öz əksini tapmışdır.⁹

Siyasi sığınacaq almış şəxsin hüquqi rejiminə gəldikdə isə, bu bir qayda olaraq, vətəndaşlığı olmayan şəxslərin hüquqi rejimi ilə bir tutulur.¹⁰ Lakin bir çox dövlətlərdə siyasi sığınacaq almış şəxsə adaptasiya olması üçün bəzi imtiyazlar verilir. Siyasi sığınacaq almış şəxsin hüquqi rejiminin əcnəbilərlə yox, vətəndaşlığı olmayan şəxslərlə bərabər tutulmasının əsas səbəbi bundan ibarətdir ki, təqib edilən və sığınacaq almış şəxs, qaçdığı dövlət tərəfindən vətəndaş olduğu üçün malik olduğu hüquqlarının müdafiə olunmaması səbəbilə belə addım atmışdır. Və faktiki olaraq vətəndaşlar üçün təsbit olunmuş hüquqları qorunmadığından bu şəxsi əcnəbilərin hüquqi rejiminə tabe etmək düzgün olmazdı.

IV. Fundamental elementlər

Diplomatik sığınacaq anlayışının fundamental elementlərini bu cür göstərə bilərik; belə ki, sığınacaq terminindəki şəxs, müdafiə olunduğu və ya qaçdığı dövlətin vətəndaşı ola bildiyi halda, üçüncü bir dövlətin də vətəndaşı ola bilər. Dövlət sığınma tələb edən şəxsin bu tələbini öz ərazisində və ya səlahiyyəti altında olan digər bir yerdə qəbul edə bilər. Dövlət bu hərəkəti ilə öz cavabdehliyini qısa zaman kəsiyi çərçivəsində deyil, uzun zamanlı müdafiəni təmin etməlidir. Təqib olunan şəxsi öz müdafiəsi altına alan dövlət bu qərarı aldığı andan şəxsin qorunması üçün bir sıra tədbirlər görməli və labüd təhlükələrə qarşı şəxsi müdafiə etməlidir.¹¹

V. Ərazi təsnifatı

Siyasi sığınacağı dövlət ərazisinə sığınma (territorial asylum) və dövlət ərazisindən kənarında sığınma (extraterritorial asylum) kimi ikiyə ayıra bilərik.¹² Lakin dövlətin konsulluğu və səfirliyinin onun ərazisi sayıldığını və diplomatik immunitetə sahib olduqlarını düşünsək, bu təsnifatın mənasız olduğunu görürük. Tarixə nəzər saldıqda isə səfirliyin yerləşdiyi ölkənin icazə vermədiyinə görə uzun müddət, hətta illər boyu səfirlik ərazisində yaşayan şəxsləri göstərə bilərik. Bu ölkələr səfirliyin ərazisinə müdaxilə etməsələr də, həmin şəxsin ölkədən çıxmasına icazə verməmişlər. Macarıstanla ABŞ arasında baş vermiş *Mindszenty* hadisəsinə nəzər salaq. 1956-cı ildə katolik kilsəsinin başçısı olan Mindszenty kommunizm əleyhinə çıxışlarına görə təqib olunur və Macarıstandakı ABŞ konsulluğuna sığınır. Buna baxmayaraq, o zamankı Macarıstan hökuməti şəxsin ölkəni tərk etməsinə icazə vermədiyi üçün Mindszenty 15 il ərzində ABŞ konsulluğunda yaşamaq məcburiyyətində qalır. Və 1971-ci ildə 15 il sonra icazə verilməsilə birlikdə ölkəni tərk edir.¹³

⁹ Əsgərov, s. 304-305. Hüseynov, s. 98-99. Батычко В.Т. Международное право Конспект лекций. Тарангор: ТТИ ЮФУ, 2011. http://www.aup.ru/books/m232/9_5.htm

¹⁰ Əsgərov, s. 304-305

¹¹ Rene Vark. Diplomatic Asylum: Theory, Practice and Case of Julian Assange, Proceedings of the Estonian Academy of Security Sciences, №11, s. 241 (2012)

¹² Topal, s. 53

¹³ Heijer, s. 404.

Nəticə

Beləliklə, müasir beynəlxalq hüquq bütövlükdə diplomatik sığınacaq hüququnu tanımır. Beynəlxalq hüquqda dövlətlər üçün məcburi olan sığınacaq verilməsi və ondan istifadə qaydalarını təsbit edən xüsusi beynəlxalq hüquqi akt mövcud deyil, hətta, "Mülki və siyasi hüquqlar haqqında" Paktda belə bu instituta toxunulmur.¹⁴ Beynəlxalq hüquq çərçivəsində universal tənzimlənmə dünya siyasətini müəyyənləşdirən böyük dövlətlərin maraqlarına uyğun gəlmədiyindən diplomatik sığınacaq məsələsi beynəlxalq hüququn müasir dövrdə ən mühüm problemlərindən biri olaraq tənzimlənməmiş qalmışdır. Hazırki dövrə qədər bu problemin beynəlxalq təşkilatlar tərəfindən həllinə dəfələrlə cəhd göstərilə də siyasi maraqların müxtəlifliyinə görə konkret beynəlxalq hüquqi akt qəbul olunmamışdır. Lakin tarixən bir sıra beynəlxalq regional aktlarla insan hüquqlarını müdafiə etməyə yönəlmiş bir məsələ kimi diplomatik sığınacaq hüququ regional səviyyədə təsbit olunmuş və tətbiqi təcrübəsi mövcuddur. Bu halı beynəlxalq hüququn müqavilə azadlığı prinsipinə əsaslanması ilə izah etmək mümkün olsa da, hətta regional normalar universal normalara münasibətdə "lex specialis" qismində çıxış etsə də, siyasi sığınacağın bir növü olsa da diplomatik sığınacağın verilməsi əslində 1961-ci il "Diplomatik əlaqələr haqqında"¹⁵ Vyana Konvensiyasının müddəalarına uyğun gəlmir, digər bir tərəfdən əsas etibarilə dövlətlərin maraqları ilə uzlaşmır. Bu hüququn tanınması sadəcə olaraq dövlətlərin diskresion səlahiyyəti kimi xarakterizə oluna bilər.

¹⁴ Батычко В.Т. Международное право. Конспект лекций. Таганрог: ТТИ ЮФУ, 2011.

http://www.aup.ru/books/m232/9_5.htm

¹⁵ "Diplomatik əlaqələr haqqında" Vyana Konvensiyası, BMT Müqavilələr Toplusu, № 500, s. 95

*Fidan Əbdürrəhimli**

İnsan hüquqları kontekstində işgəncəyə məruz qalmamaq hüququ

Annotasiya

Məqalədə işgəncənin hüquq doktrinasında, eləcə də milli və beynəlxalq hüquqi sənədlərdə verilmiş anlayışları, mütləq insan hüququ olan işgəncəyə məruz qalmamaq hüququnun müxtəlif regional, beynəlxalq və milli hüquqi aktlarda təsviri qeyd olunmuşdur. Bundan başqa, hansı hərəkət və halların işgəncə hesab olunması, qəddar rəftarın anlayışı barədə məlumat verilmişdir. Həmçinin, işgəncə hallarının qarşısının alınması üçün mövcud beynəlxalq və milli müdafiə mexanizmlərinin fəaliyyət prinsiplərinə toxunulmuş, sonda AİHM-də işgəncə və qəddar rəftarla bağlı verilmiş şikayətlər və çıxarılmış qərarlardan nümunələr gətirilmişdir.

Summary

The article is dedicated to the definition of torture, the reflection of the prohibition of torture as fundamental human rights in national and international legal documents. Beside to that, there is given the definition of the degrading treatment and criteria for actions and conditions constituting the torture. The international and national human rights protection mechanisms with regard to prevention of torture, and petitions addressed to and decisions made by ECHR on torture and cruel treatment is included to the content of the article.

İnsan hüquqları fenomeninə müxtəlif hüquq nəzəriyyələrində fərqli anlayışlar verilmişdir. Təbii insan hüquqları nəzəriyyəsinə görə hüquq ilahi iradənin ifadəsidir və insanlara Allah tərəfindən, məhz, sadəcə insan olduqları üçün verilmişdir. Bu hüquqlara azadlıq, mülkiyyət, yaşamaq, bərabərlik və s. aiddir. Təbii hüquq nəzəriyyəsinin məşhur nümayəndələrindən olan Con Lokka görə, təbii hüquqlar insanlarla birgə doğulduqlarından onlardan ayrılmazdır, heç kəs, heç vaxt, heç yerdə bu hüquqları poza bilməz. Həmçinin, Lokk insanın təbii hüquqlarını yaşamaq, azadlıq və mülkiyyət hüquqları olaraq üç yerə ayırmışdır.¹ Təbii insan hüquqlarının əsas müddəaları insan hüquqlarının mütərəqqi mənbələrindən sayılan ABŞ 1776-cı il “İstiqlaliyyət Bəyannaməsi”ndə, Fransa Burjua İnqilabının dövrünə görə möhtəşəm nəticəsi olan “İnsan və vətəndaş hüquqları haqqında Bəyannamə”də öz əksini tapmışdır. İstiqlaliyyət Bəyannaməsində deyilir: Biz bu həqiqətləri aşkar bilirik ki, insanlar bərabər yaradılıblar və onlara Tanrı tərəfindən müəyyən ayrılmaz hüquqlar verilmişdir və bunların sırasına yaşamaq, azadlıq, xoşbəxtliyə can atma hüququ da daxildir. Belə hüquqların təmin edilməsi üçün insanlar ədalətli, idarə olunanların razılığına güvənən hökumət qurur, odur ki, hər hansı dövlət həmin hüquqları pozarsa, xalqın onu dəyişməyə, ləğv etməyə, əvəzində isə həmin prinsiplərə dayanan, insanların əmin-amanlığına və güzəranına daha yüksək

*Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsi, IV kurs, 1406-cı qrup tələbəsi

¹ Əmir Əliyev. İnsan hüquqlarının beynəlxalq hüquqi müdafiəsi, s. 58 (Bakı 2009)

təminat verən yeni quruluş yaratmağa haqqı vardır.²

XIX əsrin sonu və XX əsrin əvvəllərində yaranan pozitiv hüquq nəzəriyyəsinə görə isə, hüquq tamamilə dövlətin iradəsi və əmr və göstərişlərindən ibarətdir. Buna görə də insanlar heç bir təbii hüquqa malik deyillər. İnsan yalnız qanunla müəyyən olunan və qanunvericilik aktlarında öz əksini tapan hüquqlara malikdir – insan hüquqları qanundan kənar ola bilməz. Buradan belə nəticəyə gəlinir ki, insan hüquqları onların qabiliyyəti, mənşəyi, şəxsiyyəti ilə bağlı deyil, yalnız dövlətin qanunları ilə əlaqədardır. İnsan hüquqlarının içərisində mütləq hüquqlar, yəni dövlətin heç bir halda geri çəkilməyəcəyi hüquqlar fərqləndirilir. Mütləq hüquqlara dörd hüquq aid edilir: 1) yaşamaq hüququ, 2) işgəncələrə məruz qalmamaq hüququ, 3) köləlikdə və asılı vəziyyətdə saxlanılmamaq hüququ və nəhayət, 4) qanunsuz cəzaya məruz qalmamaq hüququ. Bu hüquqların təmin edilməsindən dövlət heç bir halda, yəni fəvqəladə vəziyyət, hərbi vəziyyət, dövlətdaxili qeyri-sabitlik, müharibə şəraiti və təhlükəsi və s. hallarda boyun qaçıra bilməz. Bu məqalədə yuxarıda göstərilən mütləq hüquqlardan ikincisi, yəni işgəncələrə və digər qəddar, qeyri-insani və ya insan ləyaqətini alçaldan rəftar və cəzaya məruz qalmamaq hüququ haqqında beynəlxalq hüquqda və milli qanunverici-liyimizdəki normalara, Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsinin bir neçə qərarına nəzər salınacaq.

Ümumiyyətlə, dilimizdə istifadə olunan “işgəncə” sözü əsl etibarilə farsçada olan “şikəncə” sözündən olub, Azərbaycan türkcəsinə “işgəncə” formasında keçmişdir. İşgəncə əziyyət etmək, əzab vermək, iztirab vermək kimi mənalar daşıyır. İşgəncə ərəbcədə “əzab” qavramını ifadə edir. İşgəncənin tarixi kifayət qədər qədimdir. Cəmiyyətin inkişafı mürəkkəb xarakter aldıqca, işgəncənin də formaları “təkmilləşdirilmişdir” və normal insan ağına gəlməyəcək qədər dəhşətli növləri tətbiq olunmuşdur. İşgəncə dindirmənin üsulu kimi yeni yaranmış fenomen deyil. İlk yazılı qanunlardan bəri subyektlərdən məlumatların alınması üçün istifadə olunmuşdur. İşgəncələr keçmişdə müxtəlif vaxtlarda Avropada həyata keçirilmişdir.³ Kilsə qanunlarının işgəncə tətbiqini nəzərdə tutan normaları, inkvizisiya məhkəmələri, tükürpərdiciliyinə görə öndə gedən Çin işgəncələri, 1936-38-ci illərdə Sovet Sosialist Respublikalar İttifaqının “qara siyahısına” düşən şəxslərə etdikləri və nasist alman faşizmi və Qarabağ müharibəsində ermənilərin həmvətənlərimizə qaşı törətdikləri qeyri-insani davranışlar və vəhşiliklər yaddaşıımızdadır.

İşgəncə insan hüquqlarının ciddi zorakı pozuntusudur və beynəlxalq hüquqla qəti şəkildə qadağan olunur. İşgəncənin qadağan olunması çox sayda beynəlxalq sənədlərdə və humanitar sazişlərdə öz əksini tapmışdır. O, həmçinin, beynəlxalq ümumi hüququn prinsipi kimi də çıxış edir və “jus cogens” olaraq dövlətlərin işgəncəni qadağan edən sənədləri ratifikasiya edib-etməməsindən asılı olmayaraq üzərinə öhdəlik qoyur. İşgəncə BMT-nin insan hüquqlarının standartlarının formalaşdırılmasının inkişaf prosesində ilk əlaqəli işlərindən biri olmuşdur. 1948-ci il 10 dekabr tarixli ÜİHB-in 5-ci maddəsində göstərilir: Heç kim işgəncələrə və yaxud ağır, qeyri-insani və ya onun ləyaqətini alçaldan rəftara və cəzaya məruz qalmamalıdır. Eyni məzmunlu digər bir norma 1950-ci

² V. V. Lazarev. Ümumi hüquq və dövlət nəzəriyyəsi. Tərcümə, s. 47 (Bakı, 2007)

³ Interrogation and Torture University of Washington, Seattle, CSEP 590 TU University of California, Berkeley, PP 190/290-009 By Barbra Ramos (UCB GSPP), Christopher DuPuis (UW PMP), Dennis Galvin (UW PMP), Eiman Zolfaghari (UW PMP), Sean David Cardeno (UCB GSPP), s. 4 (December 7, 2005)

il Əsas İnsan hüquqları və azadlıqlarının müdafiəsinə dair Avropa Konvensiyasında da əksini tapmışdır. Adı çəkilən aktın 3-cü maddəsində qeyd olunur: Heç kəs işgəncəyə, qeyri-insani və ya ləyaqəti alçaldan rəftara və cəzaya məruz qalmamalıdır. 1966-cı il Mülki və siyasi hüquqlara dair Beynəlxalq Paktın 7-ci maddəsində işgəncənin qadağan olunmasına dair norma aşağıdakı formada öz əksini tapmışdır: Heç kim işgəncələrə və ya ağır, qeyri-insani və ya onun ləyaqətini alçaldan rəftara və ya cəzaya məruz qalmamalıdır. Əsasən də, heç bir şəxs özünün sərbəst razılığı olmadan tibbi və ya elmi təcrübələrə məruz qalmamalıdır. Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyasında şərəf və ləyaqətin müdafiəsi hüququ başlığı altında 46-cı maddənin 3-cü bəndinə görə heç kəsə işgəncə və əzab verilə bilməz. Heç kəs insan ləyaqətini alçaldan, rəftara və ya cəzaya məruz qala bilməz. Özünün könüllü razılığı olmadan heç kəsin üzərində tibbi, elmi və ya başqa təcrübələr aparıla bilməz. İşgəncəni qadağan edən və sırf onunla bağlı məsələləri nizama salan, daha geniş məzmunlu bir akt "İşgəncə və digər qəddar, qeyri-insani və ya insan ləyaqətini alçaldan rəftar və ya cəza növləri əleyhinə" 1984-cü il BMT Konvensiyasıdır. İşgəncənin qarşısının alınmasına və cəzalandırılmasına dair 1985-ci il tarixli Amerika Konvensiyası, İşgəncənin və qeyri-insani və ya insan ləyaqətini alçaldan rəftar və ya cəzanın qarşısının alınmasına dair 1987-ci il Avropa Konvensiyası da xüsusi müqavilələr olmaqla sırf işgəncəyə dair məsələləri tənzimləyirlər. İşgəncələrin aradan qaldırılması və onların cəzalandırılması haqqında Amerika Konvensiyasının 2-ci maddəsində hər hansı şəxsə cinayət istintaqı məqsədilə qorxu vasitəsi, həmin şəxsin cəzalandırılması vasitəsi, preventiv tədbir, sanksiya və ya hər hansı başqa məqsədlə fiziki və ya psixi ağrı, yaxud əzab vermək vasitəsi kimi tətbiq olunan hər hansı qəsdən törədilən əməl işgəncə kimi qiymətləndirilir. 1981-ci il Afrika Xartiyasının 5-ci maddəsi də işgəncəni qadağan edir. İşgəncələrin qadağan olunması baxımından İnsan hüquqlarının Ümumislam Bəyannaməsi də mühüm rol oynayır. Bəyannamədə göstərilir ki, heç kəsə mənəvi iztirab, yaxud cismani işgəncə verilə bilməz, onun özünə, yaxud qohumlarının və yaxın adamlarına zərər vuran rəftar edilə bilməz, heç kəs cinayət törətməyini etiraf etməyə, yaxud onun mənafeyinə zərər vuran hərəkətlərə razılıq verməyə məcbur edilə bilməz.⁴ İşgəncələri və digər qəddar, qeyri-insani və ya insan ləyaqətini alçaldan davranışların qadağan olunmasını özündə ehtiva edən beynəlxalq sənədləri ratifikasiya edib-etməməsindən asılı olmayaraq bütün dünya dövlətləri həmin hərəkətləri öz qanunvericilik sistemləri ilə qadağan etməlidirlər. Həmin Konvensiyanı ratifikasiya etməmək dövlətləri beynəlxalq sferada öhdəliklərdən və məsuliyyətdən azad etmir.

Bütün adı çəkilən sənədlərdə işgəncəyə verilən anlayış məzmun baxımından və mahiyyətə fərqlənmirlər. Bununla belə, ədəbiyyatlarda ümumi olaraq işgəncənin əlamətləri kimi aşağıdakı halları göstərilməmişdir:

- kəskin ağrı və əzabla müşayiət olunması;
- qəsdlə edilməsi;
- hər hansı bir şəxsə, ondan və ya üçüncü şəxsdən məlumat, yaxud etiraf əldə etmək üçün, onu, özünün, yaxud üçüncü şəxsin törətdiyi, yaxud törədilməsində şübhəli bilindi, şübhə doğuran hərəkətə görə cəzalandırmaq üçün, həmçinin onu, yaxud üçüncü şəxsi qorxutmaq və ya məcbur etmək üçün edilsin;

⁴ Əmir Əliyev. İnsan hüquqlarının beynəlxalq-hüquqi müdafiəsi. s. 268 (Bakı 2009)

- və səlahiyyətli və ya rəsmi şəxslərin razılığı və ya göz yumması ilə həyata keçirilsin.

Kəskin ağrı və əzabla müşayiət olunması dedikdə, elə vasitələrdən (alətlərdən, ifadələrdən, hərəkətlərdən və s.) istifadə olunması başa düşülür ki, həmin vasitələrlə işgəncə verilən şəxsin fiziki və psixi sağlamlığına ciddi xəsarətlər yetirilir, həmçinin həmin hərəkətlər şəxsin bədənində və şüurunda qalıcı "yaralar" qoyur. Qəsdlə edilməsi onu ifadə edir ki, burada təqsirin məhz ehtiyatsızlıq yox, qəsd forması ilə həmin hərəkətlər törədilir və ya hərəkətsizliyi işgəncə yaradan hallar baş verir. Yəni işgəncə həyata keçirən şəxs, etdiyi hərəkətin mahiyyətini, ondan doğacaq halları görür, şüurlu şəkildə dərk edir və əksər hallarda bunu arzulayır. Nəyə görə əksər hallarda? Çünki bəzən işgəncəni "əmr qulları" istəmə-dən də əmrə tabe olaraq həyata keçirmək məcburiyyətində olurlar. İşgəncə, ümumiyyətlə, bir anda baş verib bitmir, adətən, daha "təsirli" olması üçün müəyyən müddət davam etdirilir. Buna görə də işgəncənin ehtiyatsızlıqdan edilməsi məntiqdən kənar qalır və qəsdlə törədilməsi onun əsas əlamətlərindən sayılır.

Hər hansı bir şəxsə, ondan və ya üçüncü şəxsdən məlumat, yaxud etiraf əldə etmək üçün, onu, özünün, yaxud üçüncü şəxsin törətdiyi, yaxud törədilməsində şübhəli bilindi, şübhə doğuran hərəkətə görə cəzalandırmaq üçün, həmçinin onu, yaxud üçüncü şəxsi qorxutmaq və ya məcbur etmək üçün edilməsi, aydındır ki, onun məqsədini ifadə edir. Məhz, məlumat almaq məqsədilə şəxslərə işgəncə verilə bilər. Səlahiyyətli və ya rəsmi şəxslərin razılığı və ya göz yumması ilə həyata keçirilməsi dedikdə isə, bəzən işgəncənin birbaşa həmin səlahiyyətli şəxslərin özünün "aktiv" iştirakı ilə, bəzən isə sadəcə onların razılığı həyata keçirilməsi başa düşülür.

İşgəncə və digər qəddar, qeyri-insani və ya insan ləyaqətini alçaldan rəftar və ya cəza növləri əleyhinə BMT Konvensiyasının 1-ci maddəsində işgəncəyə anlayış verilmişdir. Belə ki, bu Konvensiyanın məqsədləri üçün «işgəncə» dedikdə, hər hansı bir şəxsə, ondan və ya üçüncü şəxsdən məlumat, yaxud etiraf əldə etmək üçün, onu, özünün, yaxud üçüncü şəxsin törətdiyi, yaxud törədilməsində şübhəli bilindi, şübhə doğuran hərəkətə görə cəzalandırmaq üçün, həmçinin onu, yaxud üçüncü şəxsi qorxutmaq və ya məcbur etmək üçün, yaxud hər hansı xarakterli ayrı-seçkiliyə əsaslanan hansısa səbəbə görə dövlətin vəzifəli şəxsi, yaxud rəsmi şəxs kimi çıxış edən başqa bir şəxs tərəfindən, yaxud onların təhriki və ya məlumatlılığı, yaxud göz yumması ilə qəsdən fiziki, yaxud mənəvi cəhətdən güclü ağrı və ya əzab verən hər hansı hərəkət başa düşülür. Yalnız qanuni sanksiyalar nəticəsində baş verən, bu sanksiyaların ayrılmaz tərkib hissəsi olan, yaxud onların təsadüfən doğurduğu ağrı və ya əzablar bu anlayışa daxil deyil.

Türk hüquq ədəbiyyatında göstərilir ki, məhz Konvensiyada verilən anlayışın məzmununa görə işgəncə fiziki və mənəvi olmaqla iki yerə bölünür. Fiziki işgəncə dedikdə, insanın bədəninə bilavasitə tətbiq olunan işgəncə başa düşülür. Məsələn, mütəmadi olaraq döymək, dağlamaq, yandırmaq, zəncirə vurmaq, elektrik vermək, soyuq suya salmaq, suda boğulmağa şərait yaratmaq, uzunmüddətli təcrid edilmək, gərgin əmək, cinsi istismar və təcavüz və s. fiziki işgəncə hərəkətləridir. Bununla bərabər beynəlxalq hüquqla işgəncə hesab olunan hərəkətlərin konkret siyahısı verilməmişdir. Lakin işgəncə hər bir halda qəddar, qeyri-insani və insan ləyaqətini alçaldan hərəkət hesab olunmuşdur. Yuxarıda sadalananlarla bərabər parlaq işığa məruz qalmaq, davamlı yüksək

səslərə məruz qalmaq, yuxusuz, ac və susuz saxlanılmaq kimi hərəkətlər də işgəncə hesab olunur. Mənəvi işgəncə dedikdə isə, fiziki olmayan, lakin insana təsir edən, psixi vəziyyətin pozulmasına səbəb olan hərəkətlər başa düşülür. Məsələn, şəxsə, ailə üzvlərinə və ya sevdiklərinə söymək, söydürmək, ləyaqətini alçaltmaq, şəxsə inandığını dandırmaq və s. Ölüm cəzasına məhkum olunmuş şəxslərin cəzanın icrasını gözləmələri də bəzi müəlliflər tərəfindən işgəncə kimi dəyərləndirilir.

İşgəncə özlüyündə dar və geniş mənada başa düşülür. Dar mənada işgəncə dedikdə, şübhəli və ya təqsirləndirilən şəxsin ifadəsini almağa və onu dindirməyə səlahiyyətli şəxslərin, şübhəli və ya təqsirləndirilən şəxsə təqsirini etiraf etmək, cinayəti təsdiq edən sübutları ələ keçirmək, dindirmə zamanı şübhəli və ya təqsirləndirilən şəxsin ifadəsindəki ziddiyyətlərin aradan qaldırılmasını təmin etmək, cinayətin digər iştirakçılarını ələ vermək və ya törədilməsi mümkün digər cinayətlər haqqında məlumat almaq üçün onda fiziki və ya psixi zərər, ya da təhlükə meydana gətirən və ya insan ləyaqəti ilə uzlaşmayan hər cür maddi və mənəvi edilən kobud rəftar başa düşülür. Geniş mənada işgəncə dedikdə isə, cinayət mühakiməsindən əlavə inzibati və intizam mühakimələrində təqsirləndirilən şəxslə yanaşı, şahid, ekspert və müdafiə tərəfinin digər iştirakçılarını da əhatəsinə alan qavram başa düşülür.⁵

Qeyri-insani rəftar anlayışı altında konkret şəraitdə bəraət qazandırılmayan qəsdən güclü fiziki və ya mənəvi əzab yetirilməsi kimi rəftar başa düşülür. İşgəncəyə dair resurslarda qeyd olunur ki, işgəncənin qadağan olunması çoxçeşidli rəftar və cəzaları əhatə edir. Lakin heç də bütün pis rəftarları və ya cəzaları, qadağan edilən hərəkətlərdən biri kimi tövsif etmək olmaz. Pis rəftar minimum ağırlıq dərəcəsinə malik olmalıdır. Bu minimumun qiymətləndirilməsi istər-istəməz nisbi xarakter daşıyır. Belə ki, bu işin bütün hallarından, məsələn, rəftarın müddətindən, onun fiziki və ruhi nəticələrindən və bəzi hallarda qurbanın cinsindən, yaşından və sağlamlıq durumundan asılıdır. Rəftarın ləyaqəti alçaldan rəftar və ya cəza kimi tövsif edilməsi üçün sözügedən rəftar konkret ağırlıq dərəcəsi həddinə çatmalıdır. Rəftar o halda ləyaqəti alçaldan rəftar kimi sayıla bilər ki, o: “qurbanları başqaları qarşısında kobud surətdə alçaldır və ya onların fiziki və ya mənəvi müqavimətini qıra bilən qorxu, əzab və acizlik hisslərinin yaranmasına səbəb olur”.

İşgəncə faktları ibtidai istintaq hərəkətlərindən dindirmə hallarında tətbiq olunma ehtimalı daha yüksəkdir. Şəxsdən ifadə verməsini, təqsiri üstələnməsini və etiraf etməsini tələb etmək üçün qeyri-qanuni olsa da bu yollara baş vurulur. Hətta İsrail yeganə demokratik dövlətdir ki, məhkumdan məlumat almaq üçün “yüngül fiziki təzyiqin” yolverilən olduğunu qəbul etmişdir.⁶ Lakin qanunən şəxsin azad surətdə iradəsini ifadə etməyən, yəni könüllü olmayan, təzyiqlə, işgəncə ilə ifadə verməsindən, təqsirini etiraf etməsindən məhkəmədə sübut kimi istifadə oluna bilməz. Lakin buna nə dərəcədə əməl olunur, o səlahiyyətli şəxslərin vicdan məsələsidir.

⁵ Hasan Doğancı. İşkencenin tarixi, yasaklanma süreci, uluslararası insan hakları metinlerindeki ve iç hukukumuzdaki yeri: http://www.caginpulisi.com.tr/eski_sitemiz/27/49-50-51-52-53.htm

⁶ Interrogation and Torture, s. 590 (University of Washington, Seattle, CSEP). Barbra Ramos, Christopher DuPuis, Dennis Galvin, Eiman Zolfaghari, Sean David Cardeno. TU, s. 190/290-299 (University of California, Berkeley, 2005)

Konvensiyanın 2-ci maddəsi hər bir iştirakçı dövlətə öz yurisdiksiyasında olan hər hansı ərazidə işgəncə hərəkətlərinin qarşısını almaq üçün təsirli qanunvericilik, inzibati, məhkəmə tədbirləri, yaxud digər tədbirlər görməsi öhdəliyini qoymuşdur. Həmçinin, eyni maddədə göstərilir ki, necə olursa-olsun, heç bir müstəsna hal – müharibə vəziyyəti və ya təhlükəsi, daxili siyasi qeyri-sabitlik, yaxud hər hansı digər fəvqəladə şərait – işgəncəyə haqq qazandıra bilməz. Bu isə mütləq insan hüquqlarının başlıca təminat formasıdır. Maddənin 3-cü bəndində isə vəzifə etibarilə yüksək rəisin, yaxud dövlət hakimiyyəti orqanının əmrinin işgəncə verilməsinə haqq qazandırmadığı qeyd olunmuşdur. Bu zaman qeyri-qanuni əmrin yerinə yetirilməsinə görə məsuliyyət yarana bilər.

3-cü maddədə iştirakçı dövlətlərin üzərinə heç bir şəxsi ona işgəncə veriləcəyini ehtimal etməyə ciddi əsaslar mövcud olduğu halda başqa bir dövlətə sürgün etməmək, qaytarmamaq və ya ekstradisiya etməmək kimi öhdəliklər qoyur. Səlahiyyətli hakimiyyət orqanları belə əsasların olub-olmadığını müəyyən etmək üçün işlə əlaqədar bütün halları, o cümlədən müvafiq hallarda həmin dövlətdə insan hüquqlarının davamlı olaraq kobudcasına, biabırçı və kütləvi surətdə pozulması praktikasının mövcudluğunu nəzərə alırlar. Bu zaman bir dövlət ərazisində insan hüquqlarını mütəmadi pozuntuları yaşanan, işgəncə faktları həyata keçirilən başqa dövlət barəsində İşgəncələr əleyhinə Komitəyə bu faktların araşdırılmasının vacibliyi barədə məlumat verə bilər.

Konvensiyanın 13-cü maddəsində qeyd olunur ki, hər bir iştirakçı dövlət yurisdiksiyasında olan hər hansı ərazidə işgəncələrə məruz qaldığını iddia edən hər bir şəxsin bu dövlətin səlahiyyətli hakimiyyət orqanlarına şikayət verməsi və onlar tərəfindən belə şikayətlərə təcili və obyektiv baxılması hüququnu təmin edir. Şikayət və şahid ifadələrinə görə iddiaçı və şahidlərin pis davranış, yaxud hədə-qorxudan müdafiəsini təmin etmək üçün tədbirlər görülür. Burada qeyd etmək yerinə düşərdi ki, Azərbaycan Respublikasında İnsan hüquqları üzrə Müvəkkil insan hüquqları pozuntusu barədə qanuni tələblərə uyğun şikayət ərizəsi alındıqda, həmin ərizədə qeyd olunmuş faktların araşdırılması məqsədilə, AR-ın İnsan hüquqları üzrə Müvəkkili haqqında Qanunun 12-ci maddəsinin 12.2.1-ci hissəsində göstərildiyi kimi, maneəsiz və əvvəlcədən xəbərdarlıq etmədən dövlət hakimiyyəti və yerli özünüidarə orqanlarına, hərbi hissələrə, cəzaçəkmə müəsisələrinə, istintaq təcridxanalarına, müvəqqəti saxlama yerlərinə daxil olmaq, cəzaçəkmə müəsisələrində, istintaq təcridxanalarında, müvəqqəti saxlanılma yerlərində saxlanılan şəxslərlə görüşmək və təkbətək söhbət etmək kimi hüququ vardır. Ombudsmana belə bir hüququn verilməsi istintaq təcridxanasında, müvəqqəti saxlama yerlərində və cəzaçəkmə müəsisələrində işgəncə törədilməsinin aradan qaldırılmasına da müsbət təsir göstərir. Belə bir hüquq Ombudsmanla yanaşı, vətəndaş cəmiyyətinin əsas ünsürlərindən olan bəzi qeyri-hökumət təşkilatlarına da verilmişdir. QHT-lərin isə beynəlxalq sferada yeri hər kəsə məlumdur. Onlar yerləşdikləri dövlətin ərazisində insan hüquqlarının vəziyyəti barədə dövlətlə bərabər məruzələr hazırlayaraq səlahiyyətli beynəlxalq qurumlara təqdim edirlər. Bəzən isə, dövlətin göstərmədiyi nüansları öz məruzələrində əks edərək obyektivliyi təmin edirlər. Belə hüquq tanınan qeyri-hökumət təşkilatlarının nümayəndələrinin də, cəzaçəkmə müəsisələrinin rəislərinə məlumat verməklə cəzaçəkmə müəsisələrinə baş çəkə bilər, məhkumlarla görüşə bilərlər, sosial sorğuların aparılmasına onları cəlb edə bilərlər. Cəzaçəkmə müəsisəsinə baş çəkmək hüququ, həmçinin, kütləvi informasiya vasitələrinin nümayəndələrinə də

məxsusdur. Kütləvi informasiya vasitələrinin nümayəndələrinin və digər şəxslərin müəyyən müddətə azadlıqdan məhrum etmə və ömürlük azadlıqdan məhrum etmə növündə cəzanı icra edən müəssisələrə baş çəkmələri yalnız Ədliyyə Nazirliyi və bəzi hallarda Müdafiə Nazirliyi tərəfindən müəyyən edilmiş hallarda və qaydada həyata keçirilə bilər. Bütün bunlar cəzaçəkmə müəssisələrində məhkum olunmuş şəxslərə qarşı işgəncə faktlarının tətbiq edilməsində müəyyən mənada preventiv xarakter daşıyır. Qanunvericiliyin belə müddəaları dövlətdaxili hüququmuzun beynəlxalq hüquq normaları ilə harmonizasiyasında mühüm rol oynayır.

Belə ki, cəzaların icrasına Cəzaların İcrası Məcəlləsinə müvafiq olaraq bir sıra nəzarət formaları mövcuddur, Ədliyyə Nazirliyinin, Müdafiə Nazirliyinin, məhkəmənin, ictimai təşkilatların və prokurorluğun nəzarəti mövcuddur. Həmin Məcəllənin 20-ci maddəsində qeyd edilir ki, ictimai təşkilatlar məhkumların islah edilməsində iştirak edir və cəzanı icra edən müəssisə və ya orqanların fəaliyyətinə ictimai nəzarəti həyata keçirirlər. Azərbaycan Respublikasının Cəzaların İcrası Məcəlləsinin məhkumların əsas hüquqları adlanan 10-cu maddəsinin 3-cü bəndində göstərilir ki, cəzaları icra edən müəssisə və ya orqanın işçi heyəti məhkumlara qarşı münasibətdə nəzakətli olmalıdır. Məhkumlar qəddar və ya insan ləyaqətini alçaldan rəftara məruz qalmamalıdırlar. Məhkumlara məcburetmə tədbirləri yalnız qanuna əsasən tətbiq edilə bilər. İşgəncələr əleyhinə Konvensiyanın digər bir diqqətə-layiq maddəsi 14-cü maddədir. Maddədə qeyd olunur ki, hər bir iştirakçı dövlət işgəncə qurbanının əvəz almasını və hüquqi sanksiya ilə möhkəmləndirilən ədalətli və adekvat kompensasiyanı, o cümlədən mümkün qədər daha tam reabilitasiya vasitələri əldə etməsini öz hüquq sistemində təmin edir. İşgəncə qurbanı işgəncə nəticəsində ölərsə, kompensasiya almaq hüququ onun öhdəsində olanlara verilir. Konvensiyanın 17-24-cü maddələrində İşgəncələr əleyhinə Komitənin yaradılması əsasları və işləmə prinsipi öz əksini tapmışdır. Məlum aktda o da göstərilir ki, Konvensiya bütün dünya dövlətlərinin qoşulması üçün açıqdır.

Beynəlxalq humanitar hüquqda işgəncələrin qadağan olunması öz ifadəsini 1949-cu il 4 Cenevrə Konvensiyasında və ona əlavə edilən 1977-ci il Protokolunda tapmışdır. Silahlı konflikt kontekstində törədilən işgəncələr müharibə cinayətləri hesab olunur. Azərbaycan Respublikasının Cinayət Məcəlləsinin işgəncə başlığı altında təsbit edilən 113-cü maddəsində tutulmuş və ya azadlığı başqa cür məhdudlaşdırılmış şəxslərə fiziki və ya psixi iztirablar vermə 7 ildən 12 ilədək müddətə azadlıqdan məhrum etmə ilə cəzalandırılır. Bu norma qanunvericiliyimizə AR Milli Məclisinin haqqında danışılan Konvensiyanı 31 may 1996-cı ildə ratifikasiya etməsilə daxil olmuşdur. Lakin bu normaya görə məsuliyyət işgəncə faktı bir şəxsə yox, mülki əhalinin iki və daha artıq nümayəndəsinə qarşı törədildikdə yaranır. Əgər işgəncə sülh və ya müharibə zamanı hər hansı mülki əhaliyə qarşı genişmiqyaslı və ya sistematik hücumların həyata keçirilməsi halları olmadıqda baş verirsə, bu zaman AR CM-in 133-cü maddəsi ilə, yəni əzabvermə ilə tövsif olunur. AR CM-in 133-cü maddəsində göstərilir ki, bu Məcəllənin 126 və 127-ci maddələrində göstərilən nəticələrə səbəb olmayan mütəmadi olaraq döyməklə və ya sair zorakı hərəkətlərlə güclü fiziki ağrı və ya psixi iztirablar vermə iki ilədək müddətə islah işləri və ya eyni müddətə azadlıqdan məhrum etmə ilə cəzalandırılır.

İndi isə, Avropa İnsan hüquqları Məhkəməsində işgəncə və digər qəddar davranışlarla bağlı baxılan işlərə və qəbul olunan bir neçə qərara nəzər salmaq.

Belə işlərdən biri Korobovun Ukraynaya qarşı (39598/03 no.) işidir. Ərizəçi Korobov S.ə verdiyi borcunun qaytarılması üçün 2000-ci il 18 aprel tarixində onunla görüşməyə qərarlaşdırır. Lakin 11 aprel 2000-ci il tarixinə Korobov haqqında cinayət işi açılır və şəxs 18 aprel tarixində saat günorta 15:00-16:00 arası polis əməkdaşları tərəfində tutularaq müvafiq orqana gətirilir. Lakin şəxsin tutulması vaxtı tərtib olunan protokolda saat 21:00 göstərilir. Korobov AİHM-nə verdiyi ərizəsində göstərir ki, o 18 aprel tarixində saat 15:00-21:00 arasında polis əməkdaşı tərəfindən döyülmüş, ona əzab və elektrik şoku verilmiş, eyni hal 26 aprel tarixində də təkrarlanmışdır. 2000-ci ilin may ayının əvvəlində tibbi müayinədən keçərkən şəxsin kürəyində, sinəsində və aşağı ətraflarında qançır izləri aşkarlanmışdır. 2002-ci ildə Korobov hədə-qorxu ilə pul tələb etməyə görə 3 illik həbs cəzasına məhkum olunmuşdur. Bu müddətin iki ilini sınaq müddəti təşkil edirdi. İttiham apelyasiya məhkəməsində qüvvədə saxlanıldıqdan sonra, Ali Məhkəmə Korobovun kassasiya şikayətini ləğv etmişdir. Belə ki, zərərçəkmiş və onun vəkilinin xəbəri olmadan məhkəmə iclası keçirilmişdir. Çoxsaylı müraciətlərinə baxmayaraq prokuror qəddar davranışla bağlı cinayət işi açmaqdan imtina etmişdir. Yalnız 2005-ci ildə istintaq başlanır və şahidlərin dindirilməsindən sonra 2008-ci ildə mümkün sübutlar tədqiq olunmadan məhkəmə cinayət işi üzrə icraata xitam verən yekun qərarı qüvvədə saxlamışdır. AİHM-nə verdiyi şikayətdə Korobov Avropa İnsan Hüquqları Konvensiyasının 3-cü "işgəncəyə məruz qalmamaq hüququ", 6-cı "ədalətli məhkəmə araşdırması" və 41-ci "əvəzin ədalətli ödənilməsi" maddələrinə istinad etmişdir. AİHM Korobovun polis əməkdaşı tərəfindən işgəncəyə məruz qaldığını, ədalətli məhkəmə araşdırması qaydasının pozulmasını təsdiqləyərək, Ukrayna dövlətinə zərərçəkmişə 21000 avro məbləğində təzminat ödəməsi barədə yekun qərar çıxarmışdır. Digər bir iş Yavuz Çəliyın Türkiyəyə qarşı (34461/07 no.) işidir. Ərizəçi 1968-ci il təvəllüdü Türkiyə vətəndaşı İstanbulda yaşayan Y. Çəlik AİHB-nin 3-cü maddəsinin pozulması ilə əlaqədar verdiyi şikayətdə təsdiq etmişdir ki, 2006-cı ilin oktyabrında polis əməkdaşını təhqir etmə və ona hücum etmə ilə təqsirləndirilərək gətirildiyi yerli polis məntəqəsinin həyətində polis əməkdaşı tərəfindən sifətinə yumruq zərbəsi endirilmiş və boğazından tutularaq nəfəs almasına maneçilik törədilmişdir. Həmçinin, vurğulamışdır ki, onun iddiasının araşdırılması adekvat aparılmamışdır. AİHM yekun qərarında Türkiyə hökumətinə zərərçəkmişə 11700 avro (mənəvi zərərə görə) təzminat ödənilməsi öhdəliyi qoymuşdur.

Rupa Rumıniyaya qarşı işində (no. 2. (37971/02)) isə Avropa Konvensiyasının 3, 6 və 13-cü maddələrinə istinadən verdiyi şikayətdə göstərmişdir ki, 2000-ci ildə küçədə gedərkən polisə şəxsiyyət vəsiqəsini təqdim etməkdən boyu qaçırdıqdan sonra polis əməkdaşını vurmuş və onun nəqliyyat vasitəsinə zərər yetirmişdir. Cinayət işi üzrə icraat ərizəçinin əleyhinə qurulmuşdur. Belə ki, Rupa iddia edir ki, sorğu zamanı o mütəmadi olaraq döyülmüşdür və hadisənin araşdırılması effektiv həyata keçirilməmişdir. Həmçinin o, şikayətində effektiv müdafiə üsulundan məhrum edildiyini göstərmişdir. Əlavə olaraq, Avropa konvensiyasının 6-cı maddəsinə istinad edərək göstərmişdir ki, dövlət ittihamçısı onun özünün sərbəst olaraq vəkil seçməsinə izn verməmiş və dövlət hesabına vəkil təyin edilmişdir, həmin vəkil isə ona adekvat köməklik göstərməmişdir. AİHM yekun aktunda zərərçəkmişə 5200 avro mənəvi zərərə görə və 5000 avro da vəkile ödənilmiş xərclərin kompensasiya edilməsi qərarına gəlmişdir.

Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsində maraq doğuran qəddar və insan ləyaqətini alçaldan cəza və rəftara dair işlərdən biri də Dudreviçlərin Xorvatiyaya qarşı işidir (52442/09). Ərizəçilər: Daniel Dudreviç, anası Katiça Dudreviç və atası Duro Dudreviç ərizələrində göstərmişlər ki, 16 iyun 2009-cu il tarixində axşam saat 21:30 radələrində bir restoranda Daniel ilə bir qrup şəxs arasında mübahisə baş vermişdir. Restoranın həyətində baş verən mübahisədə şəxslərdən biri Danielin qardaşını Roma mənşəli olmasına görə təhqir etmişdir. Polisin gəlməsi ilə dava da sonlanmışdır. Polislər davada iştirak edən bir neçə şəxsi, Danieli və qardaşını polis məntəqəsinə aparmışlar. Bir saat sonra valideynləri polis məntəqəsinə gəldikdə, polis işçisi Katiçanı kobud formada maşından düşürmüş, qollarını buraraq sinəsinə zərbə vurmuş və belindən tutmuşdur. Həmin gün Katiça və Daniel xəstəxanada qarın, sinə, baş və burun nahiyələrindəki kontuziyaya görə müayinə olunmuşlar. 9 iyul 2009-cu ildə polis Danielin qardaşı da daxil olmaqla davada iştirak edən bir neçə şəxsi ictimai qaydanı pozmalarına görə ittiham etmiş və onları cərimələmişdir. Daniel də davada iştirak etdiyi üçün təqsirləndirilmiş və ona töhmət verilmişdir.

Katiça Dudreviç ictimai qaydanı pozmağa və polisi təhqir etməyə görə təqib olunmuşdur. Eyni zamanda o, ona hücum edən iki nəfər polis işçisindən şikayət etmişdir, lakin sübut yetərsizliyindən işə xitam verilmiş, həmçinin məhkəmə də şikayət lazımı formada tərtib edilmədiyi üçün işə baxmaqdan imtina etmişdir. 2008-ci ilin dekabrından başlayaraq Danielin valideynləri bir neçə səlahiyyətli orqana şikayətlə müraciət etmişlər ki, onların oğulları məktəbdə mütəmadi olaraq Roma əsilli olduğu üçün təhqir olunur və döyülür. Məktəbin səlahiyyətli şəxsləri məsələ ilə bağlı iki məruzə hazırlamış və bildirmişlər ki, Daniel həmişə müəllim və tələbələrlə mübahisə yaşayan bir şagirdədir və məktəb nümayəndələri onunla problemlərini həll etməsi üçün söhbət etmişlər, həmçinin, oğullarının davranışı barədə Danielin valideynlərinə də məlumat vermişlər. Məhkəməyə verilən şikayətlərin əsasını da Danielin döyülməsi və təhqir olunması barədə səlahiyyətli orqanlara müraciət olunmasına baxmayaraq problemin həll edilməməsi çıxış etmişdir. Şikayətdə Konvensiyanın 3, 8 və 41-ci maddələrinə istinad olunmuşdur. Məhkəmə müəyyən etmişdir ki, Xorvatiya Daniel və Kaçita Dudreviçlərə 6000 avro mənəvi zərərə və 1000 avro məhkəmə xərclərinə görə kompensasiya ödəməlidir.

Sonda qeyd etmək zəruridir ki, insan ali varlıq olduğu üçün onun işgəncəyə məruz qalması nə hüquqi cəhətdən, nə də mənəvi baxımdan qəbul ediləndir. Bu gün də dünyanın bir neçə dövlətində və hətta “demokratiyanın beşiği” adlandırılan ABŞ-nin xeyli ştatında ölüm cəzasının qalması və bunun, fikrimcə, həddən artıq əzab verən növlərinin tətbiq olunmasını (məsələn, elektrik masası) insanın mənşəyinə mütənəsb deyil. Doğrudur, ola bilər ki, o cəzaya layiq görülən şəxslər o masada əyləşməmişdən əvvəl kimlərəse fiziki və ya mənəvi çox dəhşətli işgəncələr vermişlər. Elə qatı cinayətkarlar ola bilər ki, cəmiyyətdən bir dəfəlik təcrid olunması qanunən ədalətlidir, qanuna görə sosial ədalət bərpa edilmiş olur, yenə də ölüm cəzasının qaldığı dövlətlərdə yalnız güllələnmə formasının tətbiqinin tərəfdarıyam. Hərçənd elə cinayətlər törədilir ki, güllələmə ilə cinayətin qurbanı olmuş şəxslərin yaxınları mənəvi rahatlıq tapmırlar, yüngül qalır cinayətin yanında. Bununla belə xeyli sayda dövlətlərdə istintaq səhvi nəticəsində haqsız ölüm cəzasına məhkum olunmuş şəxslər məlumdur. Lakin, hər bir halda ölüm cəzasını ləğv etmiş dövlətlərin bu addımını müsbət dəyərləndirmək lazımdır.

Defining threshold between torture and inhuman degrading treatment

Summary

“Everyone has the right to have his physical, mental, and moral integrity respected and not to be exposed to torture, inhuman or degrading treatment” – this is one of the main provisions of the international conventions, covenants or other treaties regarding human rights. Prohibition of torture is one of the fundamental rights, which cannot be derogated in any cases and should always be respected. But the definition and distinction of torture and inhumane or degrading treatment is one of the most crucial issues in the sphere of human rights law which causes major debates and discussions. Although regional and universal legal documents prohibit torture, or cruel, inhuman and degrading treatment and punishment, none of them has defined the borders between these terms: torture and inhumane or degrading treatment. In this article, I will try to generalize some ideas in regard to this issue.

Annotasiya

“Hər kəsin fiziki, əqli və mənəvi toxunulmazlıq və işgəncəyə, qeyri-insani və alçaldıcı rəftara məruz qalmamaq hüququ vardır” – bu qayda beynəlxalq müqavilələrin, paktların və digər hüquqi sənədlərin əsas müddəalarından biridir. İşgəncənin qadağan olunması fundamental insan hüquqlarından biri olaraq heç bir halda azaldıla bilməz və hər zaman hörmət olunmalıdır. Lakin, hüquq debatlarına və müzakirələrə səbəb olan işgəncə, qeyri-insani və alçaldıcı hərəkətin ayrılıqda mənalarda yaranan qarışıqlıqlar ən ciddi məsələlərdəndir. Regional və beynəlxalq hüquqi sənədlərin işgəncə, qəddar, qeyri-insani və alçaldıcı hərəkətləri qadağan etməsinə baxmayaraq, bu anlayışlar arasındakı sərhədləri müəyyən etməmişdir. Məqalənin əsas məqsədi, bu sərhədlərin təyin edilməsinə dair müəyyən fikirləri təhlil etməkdir.

When looking at the history, prohibition of torture first was described in article 5 of the Universal Declaration of Human Rights (“UDHR”)¹ as following: *“No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment”*. Afterwards, Article 7 of International Covenant on Civil and Political Rights² dealt with this issue in a more comprehensive way compared to UDHR: *“No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation”*.

In 1984, the first binding international document-United Nations Convention against Torture (“UNCAT”)³ was adopted to mobilize anti-torture

*Baku State University Law School, 2nd year Master student of Department of Human Rights.

¹ G.A. Res. 217A, U.N. Doc. A/810 (1948)

² 999 U.N.T.S. 171 (1966)

³ G. A., res. 39/46, annex, 39 U.N. GAOR Supp. (No. 51) at 197, U.N. Doc. A/39/51 (1984, entered into force June 26, 1987)

efforts. And it can be said that only this convention can give a clear definition of torture:

“any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.”

Article 1 of the Convention defines torture as any act which consists of the intentional infliction of severe pain or suffering; it can be physical or mental, involving a public official, and for a specific purpose (obtaining information, punishment, intimidation, discrimination). When we read Article 1 in conjunction with Article 16, which requires States parties to prevent “other acts of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment which do not amount to torture as defined in article 1”, we can see that both provisions constitute that torture is an aggravated form of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

“Acts falling short of the definition in Article 1 particularly acts without the elements of intent or acts not carried out for the specific purposes outlined, may comprise cruel or inhuman treatment under Article 16 of the Convention while acts aimed at humiliating the victim constitute degrading treatment or punishment even where severe pain has not been inflicted.”⁴

Pain and suffering must intentionally be inflicted to the victim in order to qualify as torture. Therefore, even if it has been recalled at one occasion that negligence is “a well-established subjective component of criminal liability”, nevertheless, for the time being, negligence is not sufficient to qualify an act as torture under international law, whereas recklessness might suffice.⁵

Sometimes it might be difficult to distinguish Torture and cruel, inhuman and degrading treatment. Indeed, while it might be easy to differentiate between degrading and inhuman treatment/torture, the separation between inhuman treatment and torture is much more complex. Torture is a severe form of inhuman treatment, but there is no objective element of distinction between the two categories⁶.

The following elements are necessary for the qualification an act as torture:

- Nature of the act
- Intention of the perpetrator
- Purpose
- Involvement of public officials or assimilated

⁴ Manfred Nowak and Elizabeth McArthur, The distinction between torture and cruel, inhuman or degrading treatment, *Torture*, Volume 16, No 3, 2006

⁵ UNVFVT, Interpretation of torture in the light of the practice and jurisprudence of international bodies, 2011

⁶ M. Nowak, UN Convention against Torture, A commentary, Oxford Commentaries on International Law, Oxford University Press, p. 73

Some authors, including Herman Burgers who chaired the Working Group drafting the CAT in the 1980s, have argued that victims of the prohibition of torture and CIDT in the sense of Art. 1 and 16 CAT “must be understood as consisting of persons who are deprived of their liberty or who are otherwise under the factual power or control of the person responsible for the treatment or punishment”. This interpretation would, however, exclude excessive use of police force outside detention and similar factual control from the scope of application of this important human right. The European Court of Human Rights, the Committee against Torture and the Inter American Commission on Human Rights has not followed this approach. There are cases in which the excessive use of police force outside detention, by applying the proportionality test, has been found to constitute CIDT. If such use of force is disproportionate in relation to the purpose to be achieved and results in severe pain or suffering, it amounts to cruel or inhuman treatment or punishment. If such force is used in a particularly humiliating manner, it may be qualified as degrading treatment even if less severe pain or suffering is thereby inflicted.⁷

In contrast to the regional bodies, neither the Human Rights Committee nor the Committee against Torture makes absolute distinction between torture and other prohibited ill-treatment. They issued that the distinctions depend on the nature, purpose and severity of the treatment applied.

The different purposes that an act of ill-treatment must fulfill to be considered as torture or cruel, inhuman and degrading treatment are the following:

1. For extracting a confession; or
2. For obtaining for the victim or a third person information; or
3. For punishment; or
4. For intimidation and coercion; or
5. for discrimination⁸

The United Nations Special Rapporteur on Torture and other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment, Manfred Nowak, stated that: *“a thorough analysis of the travaux préparatoires of articles 1 and 16 of the Convention as well as a systematic interpretation of both provisions in light of the practice of the Committee against Torture leads one to conclude that the decisive criteria for distinguishing torture from cruel, inhuman and degrading treatment may best be understood to be the purpose of the conduct and the powerlessness of the victim, rather than the intensity of the pain or suffering inflicted.”*⁹

The European Court of Human Rights (“Court”) considers that, in order to fall under the provision of Article 3 of the European Convention of Human Rights (“ECHR”), an act of ill-treatment, whether it is torture, inhuman or degrading treatment or punishment, must attain a minimum level of severity. The assessment of this threshold of severity is made in regard of the specific circumstances of the case and the Court considers the following:¹⁰

⁷ JH Burgers and H. Danelius, the United Nations Convention against Torture. A Handbook on the Convention against Torture and Other cruel, Inhuman or Degrading Treatment of Punishment (1988), p. 149

⁸ *Supra* note 6.

⁹ Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment of punishment, UN Doc. E/CN.4/2006/6, paragraph 39

¹⁰ *Supra* note 5.

- duration of treatment;
- physical effects of treatment;
- mental effects of treatment; and
- sex, age and state of health of the victim.¹¹

Article 3 of ECHR prohibits three different forms of ill-treatment: torture, cruel and inhuman treatment, and aims to preserve personal dignity. As we see, these notions are not identical. In certain respects their legal consequences vary, especially when such acts enter the area of international criminal law, such as the exercise of universal jurisdiction (“jus cogens” norms). However, the distinction does not cover the consequences in terms of the prohibition enshrined in that article. Article 3 absolutely prohibits all three forms of ill-treatment in all circumstances regardless of their severity. Similarly, international human rights law absolutely prohibits all forms of ill-treatment; this prohibition also applies in situations of emergency, such as war, the threat of war or terror etc. without any derogation. There does not exist such a situation in which torture would be prohibited but another form of ill-treatment allowed.

The European Court of Human Rights has examined many cases regarding torture and inhuman or degrading treatment or punishment. The Court has held that the use of physical force against persons deprived of their liberty, where that use of force has not been made strictly necessary by their own conduct, diminishes human dignity and should be regarded in as an infringement of the right set forth in Article 3 (the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment or punishment). Once the Court has determined that an act falls within Article 3, it will then define whether the treatment is ‘severe’ enough to constitute torture or cruel, inhuman or degrading treatment. In several cases, the Court has found an abuse of power by law enforcement (for example, police) which constituted torture. In determining whether torture has taken place, the Court will normally take into consideration whether the treatment was for the purpose of obtaining information or a confession, punishing or intimidating a victim. Where there has not been such a purpose, the Court has decided that there has been a cruel, inhuman or degrading treatment rather than torture.

Thus, in one case (*Ireland v. UK*), the Court held that methods of interrogation using the “five techniques” (sleep deprivation, maintaining in painful positions, deprivation of food and drink, subjection to noise and hooding) caused “*if not actual bodily injury, but at least intense physical and mental suffering...and also led to physical disturbances during the interrogation*”, and therefore fall into the category of inhuman treatment. However, it did not recognize that these practices “*occasioned suffering of the particular intensity and cruelty implied by the word torture*”.¹²

Unlike torture, “cruel, inhuman or degrading treatment” is not defined by any international human rights’ treaties.¹³ Those definitions are only used to express a form of punishment or treatment, which does not meet the threshold of torture, because such acts do not reach the level of severe pain or suffering. One of the requirements is that such acts have also to be committed by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other

¹¹ European Court of Human Rights, *Ireland v. United Kingdom*, para. 162; see also ECHR, *Selmouni v. France* para. 160

¹² *Supra note 4*, p. 7

¹³ The Human Rights Committee, General Comment 20, Art.7 of ICCPR

persons acting in an official capacity. State involvement is one of the main keys in order to talk about the existence of the torture and government carries the burden of proof in the cases regarding the detainees kept in detention places. The distinction is made in order to attach a special stigma to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering – which is classified as torture.¹⁴ Despite this distinction, cruel, inhuman or degrading treatment is not permissible under any circumstances. Although the lines between torture and cruel, inhuman or degrading treatment may sometimes be unclear, the distinction between them is also crucial, because whilst cruel, inhuman and degrading treatment is prohibited officially, in most cases a State does not have the same extent of obligations to criminalize, investigate and prosecute acts of cruel, inhuman or degrading treatment that it has regarding torture.¹⁵

As mentioned above ill-treatment must attain a minimum level of severity in order to constitute cruel, inhuman or degrading treatment. However, the specific circumstances of the incident or a particular act are very important to know whether that particular act or incident constitutes torture or cruel, inhuman or degrading treatment. There exist several relevant factors, including the duration and effect of the treatment, the health, age and gender of the victim, as well as the particular treatment involved. Acts that fall under the threshold of cruel, inhuman or degrading treatment may, for our purposes, be called as 'mistreatment'. Whilst mistreatment does not fall within the scope of CAT; the ICCPR, ECHR and AmCHR provide that those persons, who have been deprived of their liberty, should be treated as humans and with respect. Mistreatment, not amounting to cruel, inhuman and degrading treatment may be viewed as a breach of this obligation. Treatment not amounting to torture, cruel, inhuman or degrading treatment will not be dealt with in detail in this article.

Mistreatment → Cruel, inhuman or degrading treatment → Torture,
Least severe → severe → most severe.

Whilst the definition of torture remains the same or similar in most domestic legal systems, there can be some differences in what is conceived to be 'severe pain and suffering' by national governments and courts. There may also be differences in the level of severity or specific factors viewed necessary for a particular act in order to amount cruel, inhuman or degrading treatment. However, international judicial bodies such as the European Court of Human Rights and UN Committee against Torture, as well as some domestic courts have developed a case law which may provide useful guidance and benchmarks as to what treatment is likely to be viewed as torture or cruel, inhuman or degrading treatment and what will fall below that level.¹⁶

In *Aksoy v. Turkey* case, the Court held that a form of treatment, known as 'Palestinian hanging' (a person is stripped naked, his/her arms are tied together behind his/her backs and then he/she is suspended from his/her arms) amounted to torture. The Court has held that beatings to the soles of the feet and a blow to the chest resulting in a fall and broken sternum amounted to torture.¹⁷ The Human Rights Committee has considered a combination of beatings, 'Palestinian hanging', the act of being pushed into water until asphyxiation, a

¹⁴ See *Selmouni v France* no. 25803/94 [1999] ECHR 66, (28 July 1999) paragraph 96

¹⁵ *Prisoners Abroad*, 89 – 93 Font hill Road, Torture, cruel, inhuman and degrading treatment

¹⁶ *Supra note 15*

¹⁷ *Salman v. Turkey*, , ECHR/21986/93/2000

treatment where a person is made to stand with legs apart and arms raised for 20 hours and psychological torture to constitute torture¹⁸. The Committee Against Torture has held that a man who was stripped naked, handcuffed to a bar, attached to the wall, beaten with a baton for an hour and subsequently denied medical attention, food or water or the possibility of using the lavatory for three days, was tortured.¹⁹

The US judicial bodies have made a clear distinction between cruel, inhuman and degrading treatment and torture. The US Department of Justice has previously suggested that the following acts would likely amount to torture: severe beatings using instruments such as iron barks, truncheons or clubs; threats of imminent deaths such as mock executions; threats of removing extremities; burning, especially burning with cigarettes; electric shocks to genitalia or threats to do so; rape or sexual assault or injury to an individual's sexual organs, or threatening to do any of these sorts of acts; and forcing the prisoner to watch the torture of others.

Both the United Nations Human Rights Committee and the Inter-American Court of Human Rights, after considering psychological torture, has decided that the threat of infliction of a serious physical injury can, in some cases, be regarded a form of "psychological torture".²⁰

When the European Court of Human Rights decided a case brought by Ireland against the UK about the treatment of detainees in various holding centers, police offices and military barracks in Northern Ireland, the Court held that the combined use of five interrogation techniques: wall-standing, hooding, subjection to noise, deprivation of sleep and deprivation of food and drink amounted to cruel inhuman and degrading treatment but did not amount to torture, because the suffering involved by those acts did not reach the requisite level of intensity and cruelty implied by the term of torture. According to the Court's view, the distinction between torture and cruel, inhuman or degrading treatment derived principally from a difference in the intensity of the suffering inflicted.

With regard to the severity of the treatment, the assessment must – as for ill-treatment – be based on both objective criteria and those which pertain to the circumstances of the particular case. The threshold of the pain required by the ICTY definition ("severe" rather than "serious") is higher than that for cruel and inhumane treatment. The Elements of Crimes of the Rome Statute for the International Criminal Court, on the other hand, require "severe physical or mental pain or suffering" for both forms of ill-treatment. In other words, they require a higher level of pain for both forms and the only differentiation between them is the purpose of the treatment. This was indeed the compromise reached as a part of a package, even though the majority of delegations felt that the threshold of "severe" would be too high and inconsistent with the Statute. Along similar lines as the Elements of Crimes, some experts have challenged the necessity for a hierarchy of suffering between inhuman treatment and torture. For these authors, the only distinguishing element between torture and inhuman

¹⁸ Estrella v Uruguay CCPR/C/18/D/74/1980

¹⁹ Dimitrijevic v Serbia and Montenegro CAT/C/35/D/172/2000

²⁰ United Nations. Human Rights Committee. Miguel Angel Estrella v. Uruguay, No. 74/1980 of March 29, 1983. Inter-American Court of Human Rights in Cantoral Benavides case, *supra*, para.102.

treatment should be the purpose of the act for “qualifying” as torture. An argument in favor of this doctrine is certainly that it is difficult to determine the threshold of intensity between serious and severe suffering. It is also somewhat absurd to think of treatment to be more severe than “inhuman’.

In this article, I try to clarify what is torture in different legal documents and case laws and what is the main distinction between torture and inhuman or degrading treatment. After all important issues that I mentioned in my article we can come to the conclusion that there is a need for further clarification of inhuman and degrading treatment, which will contribute for better differentiation between those acts and torture.

Gülnar Atakişiyeva*

Alqı-satqı müqaviləsi və qüsurlu mal. Qüsura qarşı təminat borcu

Annotasiya

Məqalədə mülki hüququn ən mühüm müqavilələrindən olan alqı-satqı müqaviləsində qüsurlu mal vermə, qüsura qarşı təminat borclarının anlayışı verilmişdir. Alqı-satqı müqaviləsində qüsurlu mal vermə halları məişətdə tez-tez rast gəlinir və istər alıcı, istərsə də satıcı üçün müəyyən problemlər yaradır. Məqalənin giriş hissəsi alqı-satqı müqaviləsinin hüquqi təbiətindən bəhs edir, daha sonra beynəlxalq və milli qanunvericilikdə qüsurun nə olduğu və hansı hallarda qüsurlu mal vermə adlandırıldığı məqalənin məlumatlandırıcı hissəsinə təşkil edir. Məqalədə göstərilən qüsura qarşı təminat borcları verilən əşyanın müqaviləyə uyğun gəlmədiyi hallarda satıcının məsuliyyətinə müəyyən edir və alıcının mənafeyi baxımından əhəmiyyət daşıyır. Qüsurlu mal vermənin qarşısının alınması və yaranacaq problemlərin həllində məqalədə göstərilən alıcının vəzifələri, satıcının borcları zəruri əhəmiyyət daşıyır. Eyni zamanda məqalədə milli qanunvericilik üçün yeni olan "aliud" anlayışından bəhs olunub.

Summary

The article is about defective merchandise, concept of guarantee debt against defect in the sales contract, which is one of the most important contracts of civil law. The cases of defective merchandise in the sales contract are often encountered in daily life and create some problems for both the buyer and the seller. The introductory part of the article is about the legal nature of a contract of sale, then the meaning of defect in international and national legislation, and in which cases it's called defective merchandise, are forming the informative part of the article. As shown in the article, an object, which is guaranteed with debt against a defect in cases when it breaches a contract, defines the responsibility of a seller and is important in a buyer's term of interest. In the prevention of a defective merchandise and the solution of arising problems, the obligations of a buyer and a seller's debts, which are mentioned in the article, are crucial. At the same time, the concept of "aliud", which is new for the national legislation, is mentioned in the article.

Giriş

Dövlətlərarası ticarətdə ortaya çıxan uyğunsuzluqların ən önəmli məsələlərindən biri də malların müqaviləyə uyğun olmaması problemidir. Bununla bağlı "Əmtəələrin beynəlxalq alqı-satqısı müqavilələri" haqqında BMT Konvensiyasında (Vyana Konvensiyası) qüsurlu icra, "malların müqaviləyə uyğunsuzluğu" məsələləri dəqiqliklə tərtib olunmuşdur. Burada qüsurlu mal vermə və icranın qüsurlu olması ilə yanaşı, satıcının məsuliyyəti məsələsi də xüsusi incələnilir. Qeyd etmək lazımdır ki, qüsurlu mal vermə və satıcının məsuliyyəti və təminatı məsələsi sadəcə beynəlxalq ticarətdə deyil, həmçinin gündəlik həyatda da böyük əhəmiyyət kəsb edən məsələdir. Qüsurlu mal vermə və qüsura qarşı təminat borcu öz təməlini Roma hüququndan götürmüşdür. Bu günə qədər öz aktuallığını qorumuş və hələ də

*Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsi, II kurs, SABAH qrupu tələbəsi

mülki hüququn əsas tədqiqat obyektlərindən biridir.

I. Alqı-satqı müqaviləsinin hüquqi təbiəti

Mülki hüquq bir sıra müqavilələrlə zəngindir. Hər bir müqavilə digərlərindən öz hüquqi təbiətinə görə fərqlənir. Alqı-satqı müqaviləsi demək olar ki, bu müqavilələr içərisində öz istifadəsi baxımından ən önəmli yer tutan müqavilədir desək, heç də yanılmırıq. Alqı-satqı müqaviləsi mülki hüquqda əşyanın mülkiyyətə verilməsi ilə əlaqədar müqavilələr qrupuna aid edilir. Hər iki tərəfə borc yükləyən bir müqavilədir. Azərbaycan Respublikasının Mülki Məcəlləsinin 567-ci maddəsində alqı-satqı müqaviləsinə belə bir anlayış verilir: *Alqı-satqı müqaviləsinə görə satıcı əşyanı alıcının mülkiyyətinə verməyi, alıcı isə əşyanı qəbul edib əvəzində müəyyənləşdirilmiş pul məbləğini (qiyməti) ödəməyi öhdəsinə götürür.* Roma hüququnda da alqı-satqı müqavilələrindən geniş danışılır və burada konsensual müqavilə kimi qeyd edilirdi. Roma hüququna görə satıcının əsas vəzifəsi müəyyən əşyanı (*merx*) alıcının sahibliyinə (*vacua possessio*) vermək, alıcının əsas vəzifəsi müəyyən məbləğdə pul vəsaitləri üzərində mülkiyyət hüququnu-haqqı ödəməyi (*pretium*) alıcıya vermək idi. Burdan da görünür ki, satış razılıq tələb edən bir aktdır. Tərəflərin qarşılıqlı razılığı bir əşya, bir qiymət və bunların qarşılıqlı olaraq dəyişdirilməsi öhdəliyindən ibarətdir.¹ Həmçinin də satış bir əşyanın yalnız pul qarşılığında dəyişdirilməsini nəzərdə tutan aktdır. Həmçinin alqı-satqı müqaviləsi pul ilə əşyanın bir-biri ilə dəyişdirilməsi nöqtəsində tərəflərin qarşılıqlı olaraq borc altına girməsinə şərait yaradır, tam iki tərəfə borc yükləyən, yəni qarşılıqlı öhdəlikləri öz üzərində cəmləyən bir müqavilədir. Roma hüququnda bu, *contract synallagmaticum* adlanır.

Alqı-satqı müqaviləsinin predmetini təşkil edən əşya hər şeydən əvvəl daşınar və daşınmaz olmaqla 2 yerə bölünür. Amma bu demək deyil ki, alqı-satqının predmetini yalnız maddi, cismani varlığı olan əşyalar təşkil edir.² Alqı-satqı müqaviləsinin predmeti alacaq haqları, əmlak haqlarına girən digər haqlar, vərəsəlik payı və bu kimi şeylər ola bilər. Qısaca demək olar ki, pul ilə dəyişdirilməsi mümkün və iqtisadi dəyəri olan bütün maddi və qeyri-maddi varlıqlar alqı-satqının predmeti ola bilər.³

II. Qüsurlu nədir?

Alqı-satqı müqaviləsinin hüquqi təbiətindən də danışarkən də məlum oldu ki, bu müqavilədən söhbət gedə bilməsi üçün bir predmet olmalıdır. Hansı ki, bunlar müəyyən əşyalar və ya haqlar ola bilər. Amma demək olmaz ki, bütün əşyalar alqı-satqı müqaviləsində qeyd olunan xüsusiyyətləri daşıyır. O zaman artıq qüsurdan söhbət gedir. Qüsurlu və qüsurlu mal vermə nədir? Sadə bir şəkildə deyə bilərik ki, qüsurlu mal vermə alqı-satqı müqaviləsinin predmetinin müqaviləyə uyğun gəlməməsidir. Vyana Konvensiyasında qüsura fərqli bir anlayış verilərək, qüsurlu termini əvəzinə "müqaviləyə uyğunluq" terminindən istifadə edilir.⁴

¹ Haluk Tandoğan. Borçlar Hukuku özel borç ilişkileri cilt 1, s. 78

² Yargıtay. TD.25.1.1955 E.5998/K.578 Olgaç, no. 9

³ Tandoğan, s. 79

⁴ Yeşim M. Atamer. Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 181 (İstanbul, 2005)

Qüsür deyərkən söhbət sadəcə maddi qüsurlardan getmir. İlk öncə qüsurlar özlüyündə 2 cür olur: maddi və hüquqi qüsurlar. Hansı ki, artıq adlarından da məlum olduğu kimi maddi qüsurlar əşyanın özündə olan, gözlə görülə biləcək və hiss ediləcək qüsurlardır. Hüquqi qüsurlar isə əşyanın hamısının və ya bir hissəsinin alıcı tərəfindən istifadəsinin hüquqi cəhətdən məhdudlaşdırılmasıdır.

Qüsurların təsnifatı bununla da bitmir. Qüsurlar açıq və qapalı olur. Açıq qüsurlar alıcı tərəfindən görülən və ya görülməli olan qüsurlardır. Qapalı qüsurlar isə alıcının görə bilməsinin mümkün olmadığı qüsurlardır. Məsələn, telefonun ekranında olan hər hansı bir zədə alıcı tərəfindən görülə biləcək açıq bir qüsurdur, lakin telefonun mikrosxemindəki qüsür alıcının görə bilməyəcəyi qapalı bir qüsurdur.

Amma burda diqqət ediləcək bir məqam var ki, qüsür nə zaman yaranır? Dolayı yolla buna belə bir izah gətirmək olar ki, alıcı malı alır və hər şeyin müqaviləyə uyğun olduğu zənn edir, lakin o an və ya bir müddət sonra müəyyən hüquqi və ya maddi qüsurların fərqi var. Bu zaman biz qüsurlu mal vermədən danışırıq. Qeyd etmək lazımdır ki, qüsuru bildirmə satıcının alıcı qarşısındakı bir mükəlləfiyyətidir. Bu bir borc deyildir. Buna diqqət etmək lazımdır, çünki satıcı bu mükəlləfiyyətini yerinə yetirməsə, bunun nəticələrinə də göz yummağa məcbur olacaq.

Hansı ki bəhs etdiyimiz bu mükəlləfiyyət qanunvericilikdə də öz əksini tapır. Mülki Məcəlləsinin 581-ci maddəsində əşyaların keyfiyyəti haqqında məlumat verilir. Burada göstərilir ki, satıcı alıcıya müqaviləyə uyğun keyfiyyətdə əşya verməyə borcludur. Burada əşyanın keyfiyyəti dedikdə, onun yararlılıq, dəyərliklik dərəcələrini, qüsursuzluğunu və digər zəruri xassələrini özündə ehtiva edən və onu başqa əşyalardan müsbət mənada fərqləndirən əlamətləri anlaşılır. Həmçinin kriteriyalardan biri əşyanın miqdarıdır. Vyana konvensiyasına edilən düzəliş qüsurlu icra və "müqaviləyə uyğunluq" başlığı altında az və artıq icra ifadələrində əhatə edilmişdir. Beləliklə, qüsurlu icra və əskik icra arasındakı sərhədin müəyyən edilməsi praktik bir əhəmiyyət kəsb etməyəcək.⁵

Qüsuru yaradan səbəblərin birincisi müqavilənin predmetinin alıcının əşya haqqındakı subyektiv təsəvvürünə uyğun gəlməməsidir. Digər dördü isə əşyanın obyektiv olaraq qəbul edilmiş ümumi təsəvvürlərə uyğun gəlməməsidir.⁶

III. Qüsura qarşı təminat borcu

Həmin bu qüsurlara görə müəyyən təminat borcu var. Burdakı təminat nədir? Satılan əşyanın lazım olan dəyərlərə cavab verməməsi və müqaviləyə uyğun gəlməməsinə görə satıcının məsuliyyətini müəyyən edən borcdur.⁷

Ticarət satışlarında, ümumiyyətlə, digər tərəfə nəzərən xüsusi qorumaya möhtac bir tərəf olmadığına görə Vyana konvensiyasında hər iki tərəfin

⁵ Benjamin K. LEISINGER. Fundamental Breach Considering Non-Conformity of the Goods, s. 127-128 (2007)

⁶ Peter SCHLECHTRIEM, Petra BUTLER, UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods, s. 113 (Berlin, Heidelberg 2009)

⁷ Kenan Tunçomağ. Türk Borçlar Hukuku, II cilt, s. 73 "satıcının satılana qüsurları müəyyən etmə borcu" ifadəsini işlədir.

mənfiyyətlərini tarazlaşdıraraq qüsura qarşı təminat borcundan bəhs edilir.⁸

Həmçinin qüsura qarşı təminat borcu da mülkiyyəti nəql borcunun tamamlayıcısıdır. Hansı ki burda alıcının tək məqsədi faydalı bir şeyin mülkiyyətinə sahib olmaqdır.⁹

Amma vacib olmayan qüsuralara görə satıcı məsul tutulmur. Qarşısı alına bilinməyən kiçik keyfiyyət əskiklikləri yaxud da buna bənzər, lakin bərpası mümkün olan qüsuralara görə də satıcının məsuliyyəti olmur.

Qüsura görə təminat borcu qanuni bir borcdur. Çünki satıcı heç əşyanın qüsuruz olduğunu dilə gətirməsə belə yenə də bu borcu qanunən mövcud olur. Satıcının əşyanın qüsuruzluğuna təminat verib-verməməsi prinsipial bir fərq daşımır və hər bir halda satıcının məsuliyyəti meydana gəlir.

Ümumiyyətlə, qüsura qarşı təminat borcunun növləri və maddi şərtləri vardır. Burda xüsusən 2 halı ayırd etmək lazımdır:

1. *Deyilən və vəd olunan xüsusiyyətlərə (əşyanın) görə təminat borcu*¹⁰

Xüsusiyyət deyərkən yalnız bu əşyanı digərlərindən fərqləndirən cəhətləri deyil, işlərdə yaygın fikirlərə görə o əşya ilə əlaqəli olan və onun dəyərinə təsiri olduğu qəbul edilən hər cür iqtisadi və hüquqi münasibətləri də anlamaq lazımdır.¹¹

Satıcı bu xüsusiyyətləri qeyd etmiş və onları vəd etmiş olmalıdır.¹² Məsələn, ən sadə şəkildə nümunə olaraq demək olar ki, mebel satışı ilə məşğul olan şəxs bunu satarkən alıcıya xüsusən bu mebellərin şabalıd ağacından olduğunu vurğulayır və bu adla satır. Əgər bu mebellər həqiqətən şabalıd ağacından olmazsa, artıq yuxarıda qeyd etdiyimiz deyilən və vəd olunan xüsusiyyətlərə görə təminat borcu yaranmış olur.

Alman və İsveçrə hüququnda bununla bağlı qəbul edilən fikirlərdən biri ondan ibarətdir ki, satıcı əgər hansısa bir xüsusiyyəti dilə gətirirsə, buna görə onun təminat borcunun yaranması üçün alıcı bunu qəbul etməlidir.¹³

Amma eyni şəkildə digər bir qrup alman və İsveçrə hüquqşünasları digər qrup alimlərlə razılaşmayaraq bildirirlər ki, burda satıcının borc yaradan tək tərəfli bir hüquqi öhdəliyi var. Alıcının bunu qəbul edib-etməməsi böyük bir fərq yaratmır. Və satıcının təminat borcunun yaranmasına görə alıcının xüsusi bir razılığına ehtiyac yoxdur.¹⁴

Xüsusiyyətlər söylənilərkən, vəd edilərkən bunlar ciddi, yəni əqdin yaranmasına təsir edəcək dərəcədə olmalıdır. Məsələn satıcının malını daha xoş göstərmək üçün etdiyi cəhdlər təminat borcunu yaratmır. Və hətta qeyd etmək

⁸ Sonja Krusinga. Non-Conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Uniform Concept, s. 60-61. (New York, 2004)

⁹ Tandoğan, s. 163

¹⁰ Tandoğan, s. 164

¹¹ Otto Schenker : Die Zusicherung von Eigenschaften beim Kauf, Diss, Bern. 1949, s. 13. Edis, s. 8. Federal Məhkəməyə görə (BGE 96 II 181) içindəkinin nə olduğunu bəlli etməyəcək neytral bir qablaşdırma düzəltməyə öhdəliyin əməl etməmə, vəd olunan xüsusiyyətə görə təminat münasibətləri ilə bağlı norma və hökmlərə tabe tutulmamalıdır.

¹² Tandoğan, s. 165

¹³ Hans Merz: Sachgewahrleistung und Irrtumsanfechtung, Festschrift Theo Guhl (Property Guarantee and challenge errors), s. 96 (Zurich, 1950)

¹⁴ Oser-Schonenberger. Schweizerisches Obligationenrecht, s. 61 (tərcümə: Necip Bilge)

lazımdır ki, sırf reklam mahiyyətində olan bəyanlar da təminat borcunu yaratmır.¹⁵

2. Vacib xüsusiyyətlərə görə təminat borcu¹⁶

Vacib xüsusiyyətlər deyərkən, bilavasitə onun istifadəsi ilə bağlı xüsusiyyətlər başa düşülür. Hansı ki, bunlar elə xüsusiyyətlərdir ki, satıcı burda hətta onların qüsurlu olduğunu bilməsə belə, yenə də məsuliyyət daşıyır. Burda satıcının bu xüsusiyyətləri xüsusi olaraq nəql etməsinə ehtiyac olmur. Çünki sözün əsl mənasında qanuni bir təminat borcundan söhbət gedir.

Vacib xüsusiyyətlərə görə təminat borcunun yaranması üçün müəyyən şərtlər olmalıdır.¹⁷ Nəzərdə tutulan xüsusiyyət əşyanın dəyərini və ya əlverişliliyini artıran, ya da azaldan bir mahiyyətdə olmalıdır.

Amma qeyd etmək lazımdır ki, alqı-satqının predmeti olan əşyanın nə məqsədlə istifadə ediləcəyi hər iki tərəf baxımından bilinməlidir.¹⁸ Nümunə üçün demək olar ki, məsələn, yalnız yaz aylarında əkilmək üçün bir toxum satılıbsa, bu xüsusiyyət haqqında satıcının alıcıya məlumat verdiyini ehtimal etmək olar. Çünki nəticə olaraq, əgər bu toxumları alıcı yay ayında istifadə etsə, heç bir bəhər əldə edə bilməyəcək. Buna görə də bunlar haqqında alıcı qabaqcadan satıcı tərəfindən məlumatlandırılmalıdır.

Ola bilər ki, müqavilənin predmetini birdən çox əşya və ya birdən çox hissəsi olan əşya təşkil edir. Əgər bunlardan hər hansı biri qüsurlu olarsa, bu zaman əşyanı geri qaytarmaq hüququ yalnız həmin qüsurlu əşyaya və ya hissəyə aid edilir. Əgər hissənin əşyadan ayrılması mümkün deyilsə, bu zaman qaytarmaq hüququ bütün əşyanı əhatə edəcək.

Amma alıcı qüsurları həmişə irəli sürə bilməz. Demək olar ki, əksər ölkələrdə müqavilədə ayrı bir şərt nəzərdə tutulmayıbsa, əşyanın qüsurları ilə bağlı tələbləri həmin əşyanın alıcıya verildiyi gündən iki il ərzində iddia verilməlidir.¹⁹

IV. Hüquqi qüsurlar

Hüquqi qüsurlar deyəndə əsasən, satılan əşyanın dəyərinə və ondan əldə olunacaq faydalara təsir edən, hüququn qoyduğu bəzi məhdudiyyətlərdən və qadağalardan yaranan qüsurlardır. Və həmçinin hüquqi qüsurların olması həmişə alıcının əlindən əşyanın alınması nəticəsini yaratmır. Hüquqi qüsurlara bir çox nümunə göstərmək olar. Məsələn, ev və ya bina tikmək üçün satılan torpaq sahəsinin üzərində hər hansı hissəsinin istifadəsini məhdudlaşdıran bir icbari qərarın olması və ya satılan sahədə yerləşən hər hansı bir tikilinin uçurulması ilə bağlı inzibati qərarın olması, satılan əşyanın rəsmi qurumlar tərəfindən təhlükəsizlik qaydalarına uyğun olmaması və s nümunələr ola bilər. Bu qüsurlar əgər alqı-satqı zamanı mövcud olmuşsa və bunu satıcı bilirmişsə, o zaman artıq onun məsuliyyəti yaranır və alıcı ona dəymiş zərərin ödənilməsinə də tələb edə bilər.²⁰ Amma burda müəyyən bir sübut etmək vəzifəsi də yaranır. Ümumiyyətlə, sadəcə hüquqi qüsurlarda deyil, həmçinin maddi qüsurlarda da tərəflər üzərinə müəyyən bir sübut etmə yükü düşür. Sübut etmə yükü alıcının üzərinə, əsasən,

¹⁵ Tandoğan, s. 166

¹⁶ Tandoğan, s. 167

¹⁷ *Yenə orada*

¹⁸ Oser-Schonenberger, s. 66

¹⁹ AR Mülki Məcəlləsi, maddə 589.2

²⁰ İdris Əsgərov. AR Mülki Məcəlləsinin komentariyası, III cild, s. 40

mövcud olan qüsurların alqı-satqı müqaviləsindən əvvəl və ya onunla eyni anda olduğunu və bunu satıcının bildiyini sübut etməkdən ibarətdir.²¹

Məişətdə çox rast gəlinən hüquqi qüsurlardan biri də əşyaya üçüncü şəxslərin hüquqlarının olmasıdır. Bununla bağlı olaraq qanunverici satıcı üzərinə üçüncü şəxslərin hüququndan azad əşya vermək vəzifəsi qoyur. Alıcının üçüncü şəxslərin hüquqları ilə yüklü olan əşyanı qəbul etməyə razılıq verdiyi hallar istisna olmaqla, satıcı alıcıya üçüncü şəxslərin hüquqlarından azad əşya verməyə borcludur. Satıcının bu vəzifəsini icra etməməsi alıcıya əşyanı qiymətinin azaldılmasını və ya alqı-satqı müqaviləsinin ləğvini tələb etmək hüququ verir. Bu şərtlə ki, alıcının həmin əşyaya hüquqları olduğunu bildiyi sübuta yetirilməsin.²²

V. Aliud

İlk öncə aydınlıq gətirmək lazımdır ki, *aliud* nədir? Aliud, alqı-satqı müqaviləsində tərəflər arasında razılaşıdırılmış əşyadan fərqli bir əşyanın verilməsidir. Məsələn, elmi-fantastik bir roman əvəzinə detektiv romanının verilməsi, orijinal bir rəsm əsəri yerinə saxtasının verilməsi və s. Amma hüquq ədəbiyyatlarında aliud qüsurlu mal vermə kimi qiymətləndirilmir. Məsələn, satıcı alıcıya 1896-cı ildə hazırlanmış bir şərab verməyi öhdəsinə götürmüş, lakin məhz o ilə aid şərab verməmiş yaxud da o, ümumiyyətlə, şərab verməmiş, o ilə aid hər hansı başqa bir içki vermişsə, bu qüsurlu əşya vermək sayılmamalıdır. İsveçrə Federal məhkəməsinin aliud ilə bağlı qərarında deyilir ki, öhdəliklərin bu cür icrası qüsurlu əşya vermək deyil, başqa növdən olan əşyanın təslimi səbəbiylə heç icra edilməmiş kimi qiymətləndirilməlidir.²³ Amma bu qərarla bağlı olan tənqidlərə görə, növ borclarında da aliud ifadəsindən istifadə olunmalı və reallıqda istənilən əşyanın təslimi və ya icra etməmə səbəbiylə təzminata dair iddia qaldırıla bilməlidir.²⁴

Bu haqda Federal Məhkəmənin ən maraqlı qərarlarından biri *Van Gogh* ilə bağlı işdə çıxarılmış qərar olub. İşin əsas məzmunu ondan ibarət idi ki, alıcının Van Qoqun özünün çəkdiyi portret deyə aldığı əsərin əslində başqa bir rəssam tərəfindən çəkilmiş olduğu ekspertlər tərəfindən edilən araşdırmada məlum olmuşdur. Bununla bağlı isə məhkəmə çıxardığı qərarında göstərmişdir ki, fərdən müəyyən edilən əşyanın satışında təslim edilən əşya alqı-satqı müqaviləsində tərəflərin razılaşıdıqları əşyanın özüdürsə, bu əşyanın dəyərini və faydasını azaldan pozuntular ona başqa bir növdən bir şey və ya ona təxmin edilən başqa bir şey imiş kimi göstərəcək dərəcədə olsa belə, satılandan başqa bir şeyin təslimi deyil, lakin sadəcə qüsurlu təslim yaxud icradan söhbət getməlidir.²⁵

Gecikmiş icra da qayda olaraq, qüsurlu icra kimi qiymətləndirilmir. Amma bu qaydada belə bir istisna özünü göstərir ki, dəniz ilə əlaqədar ticarətdə mal qərarlaşdırılmış gəmi ilə deyil, gecikmə nəticəsində ondan sonra gələcək gəmi ilə göndərilərsə, bu qüsurlu icra sayılır.²⁶

²¹ Nihat Yavuz. *Ayıplı İfa*, s. 39 (Ankara, 2010)

²² AR Mülki Məcəlləsi, maddə.572

²³ İsveçrə Federal Məhkəməsi, BGE 94 II 26, 1969 s. 325

²⁴ Kevork Acemoğlu. "Aliud" ve Federal Mahkemenin "aliud" tutumu üzerine, M.H.A.D 6, s. 18 (1972)

²⁵ İsveçrə Federal Məhkəməsi: BGE 82 II 411, (1957)

²⁶ Tandoğan, s. 173

VI. Satıcının qüsura görə məsuliyyət daşımının şərtləri, alıcının vəzifələri

Satıcının qüsurdan dolayı məsuliyyət daşıya bilməsi üçün qanunvericilikdə alıcıya da müəyyən vəzifələr yüklənmişdir. Bunlar əsasən, satılan əşyanın zamanında yoxlanılması və varlığı iddia olunan qüsurları satıcıya demək vəzifəsidir. Ən azından açıq qüsurlar zamanı alıcı görməli olduğu və ya görə biləcəyi qüsurlar barədə məlumat verməlidir. Alıcı alqı-satqı müqaviləsinin miqdar, çeşid, keyfiyyət, komplektlik, tara və ya qab haqqında şərtlərin pozulmasına dair satıcıya müqavilədə nəzərdə tutulan müddətdə, belə müddət müəyyənləşdirilmədikdə isə, müqavilənin müvafiq şərtinin pozuntusu əşyanın xarakterinə və təyinatına görə aşkar edilməli olduğdan sonra əqləbatan müddətdə bildiriş verməlidir.²⁷ Bildiriş satıcıya vaxtında verilmiş olsa, artıq satıcı bu qüsurları aradan qaldırmağa borcludur və belə olan halda da alıcının məsuliyyəti tamamilən yox olmuş olur. Lakin bildirişin vaxtında verilməməsi alıcı üçün ciddi hüquqi nəticələr doğura bilər.²⁸

Başqa prizmadan baxsaq, alıcı üzərinə qoyulan belə vəzifələrin başqa səbəbləri də vardır. Alıcı üzərinə qoyulan belə vəzifələr alıcının alqı-satqının predmeti olan əşyanın qiymətinin düşüb-qalxmasına görə qüsurları dilə gətirməsi və satıcı əleyhinə bundan istifadə etməsinin qarşısını almaq məqsədi də daşıyır.²⁹ Çünki alqı-satqıdan sonra həqiqətən qiymət düşdüüyü zaman alıcının qüsurları axtarmaq istəyi daha da çox olur.

Alıcı əşyanı yoxlayarkən bunun üçün kömək də ala bilər. Amma alıcı yaxud da alıcını təmsil edən şəxs əşya haqqında kifayət qədər məlumatı varsa, yoxlamayı özü də edə bilər. Bəzi qüsurlarda isə alıcının əşya haqqında xüsusi bir məlumatının olmasına yaxud da ekspertə ehtiyac duyulmur. Demək olar ki, məişətdə edilən alqı-satqı müqavilələrinin predmeti bu tipdə əşyalar olur.

Amma əşya yoxlanışa ehtiyac duyulan bir əşyadırsa və bunun yoxlanışını alıcı özü tək başına keçirmək iqtidarında deyilsə, o zaman tək tərəfli şəkildə hər hansısa bir ekspertə müraciət edə bilər. Lakin bu zaman alıcı üzərinə düşən əsas vəzifə isə yoxlanışın sürətlə aparılmasını təmin etməkdir.³⁰ Amma əşyaları həmişə alqı-satqı müqaviləsi bağlandığı anda yoxlamaq mümkün olmur. Məsələn, qar təmizləmə maşını alınarsa, bu yalnız qışda qar yağdığı zaman yoxlanıla bilər. Ümumiyyətlə, satılan əşyanın yoxlanılması həm alıcı, həm də satıcı baxımından gələcəkdə yaranacaq hüquqi problemlərin qarşısını alan bir üsuldür.

Nəticə

İstər beynəlxalq, istərsə də milli hüquq sistemində qüsurlar və qüsura qarşı təminat borcları yetərinə incəliklə tədqiq olunub. Əgər beynəlxalq və milli hüquq sistemlərindəki qüsurlar və qüsura qarşı təminat borcları arasında müqayisə aparsaq, istisnasız görəcəyimiz ən böyük fərq beynəlxalq hüquqda tərəflərin tamamilə bərabərləşdirilməsi və onların təminat borclarının eyni olmasıdır. Milli hüququn sistemləri isə məsələyə haqlı olaraq, bu cür yanaşmamış və alıcını daha zəif tərəf kimi nəzərə almışdır. İstər təminat, istər

²⁷ AR Mülki Məcəlləsi, maddə 595

²⁸ Əsgərov, s. 49

²⁹ Tandoğan, s. 177

³⁰ Oser-Schönenberger, s. 92

vəzifə baxımından satıcının öhdəlikləri daha böyükdür. Strukturun bu cür qurulması düşünürəm ki, yalnız müsbət nəticələr doğura bilər. Mülki dövriyyə həyatımızın mühüm komponentidir, bunu isə canlı tutan alıcılıq qabiliyyətidir. Mülki qanunvericilikdə isə alıcının qüsurlu və qüsura qarşı təminat məsələlərində qorunması ədalətlik prinsipi əsasında bilmədən aldığı qüsurlu əmlakdan sonradan qorunma hüququnu təmin edir. Amma demək olmaz ki, sadəcə alıcı düşünülmüş, satıcı kənarında qalmışdır. Alıcı üzərinə yüklənən vəzifələr satıcını müəyyən vəzifələrdən azad edir. Bununla da qanunvericilik hər iki tərəfin müdafiə hüquqlarını təmin etməklə, qüsurun aşkar edilməsini obyektiv səbəblərdən tərəflərin üzərinə qoyur.

Culpa in contrahendo – Müqaviləyəqədərki məsuliyyət

Annotasiya

Məqalədə hələ müqavilə bağlanmadan müqavilə danışıqlarındakı təqsirə görə məsuliyyət müəyyən edən culpa in contrahendo doktrinası ayrıca məsuliyyət kimi araşdırılır. Culpa in contrahendonun hərfi və hüquqi mənası, tarixi və müxtəlif hüquq sistemlərində yeri, hüquqi təbiəti, məsuliyyət sistemində yeri, milli hüquqda təsbiti kimi məsələlər təhlil edilmişdir. Azərbaycan Respublikası Mülki Məcəlləsində bu doktrina tətbiq olunsa da semantik təfsirə ehtiyac duyulduğundan müvafiq müddəalara doktrinanın işığı altında təfsir verilmiş və həmin müddəalara müəyyən dəyişikliklər edilməsi tövsiyə olunmuşdur.

Summary

In this article, culpa in contrahendo doctrine is analyzed, which requires liability for fault in contract negotiations. It is discussed issues as literal and legal meaning of culpa in contrahendo, its origin and its place in different legal systems, its legal nature, its place among liabilities, and its establishment in national law. Although this doctrine has been applied in Civil Code of the Republic of Azerbaijan, but appropriate provisions are interpreted in the light of doctrine because of necessity to semantic interpretation and it is recommended some amendments to these provisions.

Giriş

Culpa in contrahendonun hüquqda əksini tapma zərurəti vicdanlılıq və zərərə görə məsuliyyət kimi ümumi mülki hüquq prinsiplərindən irəli gəlir. Culpa in contrahendonun vicdanlılıqla bağlılığı ondadır ki, müqavilə danışıqlarında tərəflər bir-birinə etimad edib güvənir və bir tərəfin bu güvəni zədələməsi nəticəsində bağlanacaq müqavilənin qüvvəyə minməsi ya da müqavilə öhdəliklərinin icrası mümkünsüz hala gəlir və bu şəkildə güvənin və ya etimadın zədələnməsi vicdanlılıqla bir araya sığmır. Digər tərəfdən isə, müqavilə öhdəliklərinin icra olunması ilə tərəflər öz mənafeələrini təmin etmiş olurlar. Yəni tərəflərin müqavilə bağlaması onların marağı və mənfəəti ilə bağlıdır. Bir tərəfin müqavilə danışıqlarındakı təqsiri ilə müqavilənin qüvvəyə minməsinə və ya müqavilə öhdəliklərinin icra olunmasını mümkünsüzləşdirməsi qarşı tərəfin mənfəət əldə etməsinin qarşısını almaqla bərabər, ona zərər dəyməsi ilə də müşayiət oluna bilər. Bəs onda hələ müqavilə danışıqlarındakı təqsirli hərəkətə görə məsuliyyət məsələsi necə tənzim olunur? Məhz bu məsuliyyət culpa in contrahendo adlanır və məqalədə də culpa in contrahendonu (müqaviləyəqədərki məsuliyyət) ayrıca məsuliyyət kimi aydınlaşdırmağa, izah etməyə çalışacağam.

I. Terminin hərfi və hüquqi mənası

a. Hərfi məna

Culpa in contrahendo latın dilində ifadədir. Əsasən alman hüququnda

*Bakı Dövlət Universiteti Hüquq Fakültəsi, II kurs, SABAH qrupu tələbəsi

inkışaf etdirilmişdir. “Culpa in contrahendo” birləşməsi “razılaşma prosesində təqsir” kimi tərcümə olunur.¹ Yəni “culpa in contrahendo” mənaca “müqavilə danışıqlarında təqsir” kimi də anlaşıla bilər.

b. Hüquqi məna

Culpa in contrahendo məsuliyyəti hüquqi anlamda bir prinsip olaraq anlaşılır. Bunun dilimizdə “razılaşma tərəflərinin müqaviləyəqədərki danışıqlarda məsuliyyəti” və ya qısaca “müqaviləyəqədərki məsuliyyət” olaraq başa düşülməsi doğru olardı. Oxşar məna və ya anlayış fransız dilində “responsabilité précontractuelle”, ingilis dilində isə “precontractual liability” birləşmələriylə ifadə olunur.² Başqa ölkələrin hüququnda da culpa in contra-hendo olaraq bilindiyyindən, məqalədə də bu anlayışı daha çox elə bu şəkildə işlədəcəyəm.

II. Culpa in contrahendonun tarixi inkişafı və hüquq sistemlərində yeri

Roman-german hüquq sistemində daha geniş şəkildə culpa in contrahendo alman hüququnda tənzimlənmişdir. Hüquq elminə ilk dəfə Rudolf Von Jering (*Rudolph von Jhering*) tərəfindən gətirilsə də, culpa in contrahendo məsuliyyətinin əsası olan ideyalara həmin dövr alman qanunvericiliyində və Roma hüququnda rast gəlinir.³

Roma hüququnda culpa in contrahendo məsuliyyəti ayrıca olaraq tənzimlənməsə də müqavilə məsuliyyəti ilə əlaqədar təhdid (*metus*) və aldatma (*dolus*) anlayışları mövcud idi. Culpa in contrahendoya daha yaxın anlayış *dolus* hesab oluna bilər. Belə ki, əvvəllər nəzərdə tutulan qaydaya görə aldadılan tərəf müqaviləni ləğv edə bilərdi. Sonradan isə bu qayda daha da genişləndirildi. Başqa sözlə desək, sonralar tərəf təkcə aldadıldığına görə deyil, həm də qarşı tərəfin vicdanlılığa (*bona fides*) zidd bütün hərəkətlərinə görə müqaviləni mübahisələndirə bilərdi.⁴

Jering müqaviləyəqədərki məsuliyyət anlayışını işlədikdən sonra 1900-cü il Almaniyaya Mülki Məcəlləsinə (*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB) bu prinsip daxil edilsə də, zəif tənzimləndiyindən presedent hüququnda və doktrinada Məcəllədən kənar inkişaf etdirildi (2001-ci il Alman Mülki Məcəlləsinin yenilənməsində bu məsuliyyət daha geniş əks olunub: BGB § 311 – Hüquqi əqdlərdən yaranan öhdəliklər və hüquqi əqdlərlə oxşar öhdəliklər).⁵ Nəzərə almaq lazımdır ki, həmin dövrdə akademiklərin ya da professorların elmi fəaliyyəti hüququn mənbələri arasında mühüm rol oynayır və universitetlərdə yaranan və tələbələr tərəfindən öyrənilən hüquq daha sonra ölkənin hüququna çevrilirdi.⁶

Fransız hüququnda isə bu anlayış alman hüququndakı kimi öz əksini tapmır. Belə ki, fransız hüququ müqaviləyəqədərki məsuliyyət məsələsini sadəcə

¹ Steven A. Mirmin. A comparative survey of Culpa in Contrahendo, focusing on its origins in Roman, German, and French law as well as its application in American law. Connecticut Journal of International Law, vol. 8, s. 77 (1992-1993)

² Huriye Reyhan Demircioğlu. Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, s. 8 (Ankara 2007)

³ Demircioğlu, s. 25

⁴ Reinhard Zimmermann. Law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition, s. 667. (1992)

⁵ Sir Basil Markenssis, Hannes Unberath, Angus Johnston. German Law of Contract. A comparative treatise, s. 92 (Hart Publishing, 2006)

⁶ Mirmin, 80

delikt hüququ ilə tənzimləyir.⁷

Bununla oxşar anlayışa anqlo-amerikan hüquq sistemində “*promisory estoppel*”⁸ qaydasına rast gəlinir ki, bu da bir növ müqaviləyəqədərki məsuliyyət anlayışı ilə oxşarlıq təşkil edir. Eləcə də həm roman-german, həm də anqlo-amerikan hüquq sistemlərinin tətbiq olunduğu ABŞ-ın Luiziana ştatının Mülki Məcəlləsində də *culpa in contrahendo*un tətbiqi ilə bağlı müddəalara rast gəlinir (*Luisiana Civil Code. Articles: 1950; 2452*).⁹

Azərbaycan qanunvericiliyində də *culpa in contrahendo* doktrinası əks olunub. Azərbaycan Mülki Məcəlləsinin 386-cı maddəsinin 2-ci və 3-cü bəndləri *culpa in contrahendo*un tətbiqidir.

III. Culpa in contrahendoun hüquqi təbiəti

Culpa in contrahendo Rudolf von Jeringin “*Culpa in contrahendo, oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*” (1861) işi ilə onun “hüquqi kəşfi” kimi dəyərləndirilir.¹⁰ Jering bildirir ki, müqavilə danışıqlarındakı təqsirli hərəkəti ilə müqavilənin etibarsızlığına səbəb olan və müqavilənin həyata keçirilməsini mümkünsüz hala gətirən tərəf yanlış hərəkətindən digər tərəfə vurduğu zərəri ödəməlidir.¹¹ *Culpa in contrahendo* haqqında məqaləsində o, Roma hüququndakı qeyri-müqavilə əlaqələri üçün nəzərdə tutulan tərəflərə məsuliyyət yüklü edən *actio legis Aquiliae* (məsələn bir nəfər digər birindən vaxtı soruşur, o isə saati yanlış deyərək bu şəxsin gələcəkdə işini itirməsi və s. bu kimi zərərlə üzləşməsinə səbəb olarsa bu şəxs digər şəxsi məhkəməyə şikayət edə bilər) məsuliyyətini təhlil edərək yazır ki, bu cür digər tərəfin qayğısına qalmaq məsuliyyəti təkcə qeyri-müqavilə əlaqələrində deyil, eləcə də müqavilə əlaqələrində və danışıqlarında, xüsusilə, müqavilə üçün təklif veriləndən sonra müəyyən olunmalıdır.¹²

Müqavilənin bağlanması razılaşma ilə şərtlənir. Müqavilə bağlandıqdan sonra isə hər iki tərəfin müqavilədən əmələ gələn öhdəlikləri yerinə yetirmək və ya ifa, ya da icra etmək vəzifəsi yaranır. Müqavilə razılaşmasının formalaşması isə bir növ müqavilənin arxa fonunda qalır. Yəni təklif müəllifi ilə təklif edilən şəxsin təklifi qəbul etməsi ilə müqavilə bağlansa da, bundan əvvəl tərəflər iradə bəyanlarına və ya müqaviləyə yönəlmiş hərəkətləri icra edirlər. Başqa sözlə desək, “müqavilə bir anda meydana gəlmir və müqavilə bağlanmadan öncə tərəflər müqavilədən yaranacaq haqq və öhdəlikləri, yəni müqavilənin məzmunu haqqında müzakirələr və ya görüşmələr və ya danışıqlar aparırlar. Bu görüşmələrin uzunluğu və ya qısalığı müqavilənin mahiyyətinə görə dəyişir.”¹³ Tərəflər müqavilə danışıqlarına başlayanda, müqavilə bağlansa da bağlanmasa

⁷ Alyona N. Kucher. Pre-contractual Liability: Protecting the Rights of the Parties Engaged in Negotiations, s. 14

http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Kucher-paper.pdf

⁸ Anson's law of contract. 29. edn., s. 116-117.

⁹ Cem Baygın. Culpa in Contrahendo sorumluluğu ve Amerikan hukukundaki uygulaması. Erzincan Hukuk Fakültesi dergisi, s. 365 (2000).

¹⁰ Zimmermann, s. 244

¹¹ Friedrich Kessler, Edith Fine. Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study. Harvard Law Review, s. 401 (1964)

¹² Mirmin, s. 81

¹³ Mustafa Arıkan. Culpa in contrahendo sorumluluğu. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi, cilt 17, sayı 1, s. 69 (2009)

da, onların arasında etimad və güvən əlaqələri meydana gəlir.¹⁴ Bu etimadın və güvənin pozulmasına yönəlmiş hərəkət yaranacaq müqaviləyə qarşı yönəlmiş hərəkət olur. Etimadın pozulması müqavilənin bağlanmaması ilə nəticələnirsə, deməli etimad edənin zərəri yarana bilər. Bu isə o deməkdir ki, etimadı pozaraq hüquqazidd hərəkət etmiş şəxs buna görə məsuliyyət daşımış olur. Hansı ki, bu məsuliyyəti Rudolf von Jering *culpa in contrahendo* adlandırmışdı.

Başqa sözlə desək, müqavilə ani anda baş verən akt və ya hərəkət olmayıb bir neçə mərhələdən ibarət ola bilər. Müqaviləni bu mərhələlərə ayırmaq olar:

1. *müqavilə danışıqları* – bu mərhələdə tərəflər təklif və qəbul, müqavilənin məzmunu, öhdəlik və vəzifələri haqqında danışıqlar aparırlar.

2. *müqavilə razılaşması* – bu mərhələdə artıq tərəflər təklif və qəbulla və müqavilənin məzmunu ilə bağlı razılığa gəlmiş olur və müqaviləni bağlayırlar. Bu mərhələdən etibarən tərəflər müqavilə ilə bir-birinə hüquqi olaraq bağlanmış olur və onların müqavilədən əmələ gələn öhdəlikləri ifa etmək vəzifəsi yaranır.

3. *müqavilə öhdəliklərinin icrası* – bu mərhələdə isə tərəflər artıq müqavilədən irəli gələn öhdəliklərini və ya borclarını yerinə yetirir.

Culpa in contrahendo məsuliyyəti bağlanacaq müqaviləyə qarşı 1-ci mərhələdə tərəfin təqsirli hərəkətinə görə müəyyən edilir. Elə təqsirə görə məsuliyyət müəyyən olunur ki, o təqsir digər tərəfin etimadını zədələsin və ya müqavilənin qüvvəyə minməsinin qarşısını alsın ya da bağlanacaq müqavilədən irəli gələn öhdəliklərin icrasına qarşı yönəlsin. Müqaviləyəqədərki mərhələnin başlanğıcı bir tərəfin müqavilə üçün dəvəti, sonu isə ya müqavilə danışıqlarının müqavilə bağlanmadan bitməsi, ya da müqavilənin bağlanmasıdır.¹⁵ Klassik məsuliyyət anlayışına görə tərəflər müqavilə razılaşmasından sonra hüquqi olaraq bağlandığına görə bundan əvvəlki mərhələdə qarşı tərəfin təqsirinə görə məsuliyyəti müqaviləyə görə yarana bilməməsi problemi ortaya çıxır. Lakin yuxarıda göstərilən 1-ci mərhələdə tərəfləri bağlayan vicdanlılıqdır. *Culpa in contrahendo*nun hüquqda təsbit olunması ilə vicdanlılıq prinsipinə zidd olaraq digər tərəfə zərər vuran tərəfin məsuliyyəti müəyyən olunur. Deməli artıq müqavilə danışıqlarına daxil olmaq da hüquqi cəhətdən tərəflərin bağlanması deməkdir.

IV. Culpa in contrahendo məsuliyyət növü kimi

Öhdəliklər hüququ klassik bölgüsünə görə məsuliyyət (öhdəlik) yaranır:

1. müqavilədən;
2. deliktlərdən (mülki hüquq pozuntuları);
3. əsassız varlanmadan;

Amma cəmiyyət həyatında ortaya çıxan bir sıra psixoloji, iqtisadi hadisələr elə problemlər yaratmışdır ki, bunları klassik məsuliyyət bölgüsü ilə açıqlamaq imkanı qalmamışdır.¹⁶ *Culpa in contrahendo* ilk ikisi ilə əlaqəli olsa da, tam olaraq heç birinə aid edilə bilmir. İlk olaraq, *culpa in contrahendo* məsuliyyətinə ehtiyac bağlanan bir müqavilənin etibarsızlığı halında özünü göstərmişdir; müqavilə razılaşması dövründə təqsirli davranaraq qarşı tərəfi zərəre uğradan şəxsin bu davranışı tam olaraq müqaviləyə görə

¹⁴ Kessler, Fine, s. 404

¹⁵ Michael Tegethoff. *Culpa in Contrahendo in German and Dutch Law – A Comparison of Precontractual Liability*. Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 5, s. 343

¹⁶ Arıkan, s. 70

mübahisələndirilə bilmədiyindən (çünki hələ müqavilə bağlanmayıb) onun məsuliyyət daşımamasından yaranan ədalətsizlik culpa in contrahendo məsuliyyətinin inkişaf etdirilməsi ilə həll edilməyə çalışılmışdır.¹⁷ Yəni bu xüsusiyyətlər culpa in contrahendonun ayrıca məsuliyyət kimi təsbitini zəruri edir. Culpa in contrahendo məsuliyyətindən bəhs etmək üçün bağlanmış bir əqdin olması vacib deyildir.¹⁸ Çünki tərəflərin artıq danışıqlara başlaması ilə vicdanlılığa uyğun hərəkət etmək öhdəlikləri yaranır. Sonradan müqavilə bağlanmasa da, qurula biləcək müqavilə öhdəliklərinin icrasını mümkünsüzləşdirən və ya qarşı tərəfin zərərinə səbəb olan tərəf bundan məsuliyyət daşıyır.

Culpa in contrahendonun hansı məsuliyyət tipi olması ilə bağlı üç nəzəriyyə mövcuddur.

1. Müqavilə nəzəriyyələri

Culpa in contrahendonun klassik məsuliyyət bölgüsündən kənara çıxmadan ortaya qoyan bəzi fikirlər var ki, onlar müqavilə nəzəriyyələri adı altında bir araya gətirilə bilər: onların ortaq nöqtəsi müqaviləyəqədərki mərhələdəki təqsirin müqavilənin pozulmasından yaranan təqsirlə eyniləşdirilməsidir.¹⁹ Müqaviləyəqədərki mərhələdə törədilən təqsirin müqavilənin pozulmasından irəli gələn təqsirlə eyniləşdirilməsi o deməkdir ki, müqavilə qurulmadan da hər hansı müqavilə görüşmələri müqavilələrlə bağlı hüquqa tabe tutulur. Culpa in contrahendonun müqavilə məsuliyyəti ilə eyniləşdirən baxışlar içində ən qədimi sayılan “qurulacaq müqavilə nəzəriyyəsi” müqavilə öncəsi dövründə tərəflər arasında cərəyan edən görüşmələri konkret olaraq qurulacaq müqavilədən yaranacaq prinsiplərə uyğunlaşdırır və müqaviləyəqədərki razılaşma və ya görüşmə mərhələsindəki qarşılıqlı vəzifələrin qurulacaq müqavilədən ayrı, ondan müstəqil bir xarakteri olmadığını bildirir.²⁰ Culpa in contrahendo məsuliyyəti qurulacaq müqavilənin tərkib hissəsidir. Başqa sözlə desək, “müqaviləyəqədərki vəzifələr etibarlı olaraq meydana gəlməsi təsəvvür edilən müqaviləyə daxil olub, bu müqavilə ilə bütünləşir”.²¹

2. Delikt nəzəriyyəsi

Culpa in contrahendonu klassik məsuliyyət bölgüsünə aid edən digər bir nəzəriyyə də culpa in contrahendonun deliktlərlə bağlı hüquqi qaydalara tabe tutulmasını bildirir. Bu nəzəriyyənin əvvəlki nəzəriyyəyə qarşı əsas gətirdiyi nöqtə müqavilə olmadan müqavilə məsuliyyətinin yaranmayacağı və müqavilə qurulmadığına görə də meydana gələn zərər məsələsini delikt hüququ ilə tənzimlənməli olduğu fikridir.²² Bu nəzəriyyəyə görə culpa in contrahendo məsuliyyəti kimsəyə zərər verməmə (*neminem leadere*), davranışlarda lazımlı diqqəti göstərərək qarşı tərəfin güvənini sarsıtmamaq ilə bağlı ümumi bir vəzifənin pozulması formasında ortaya çıxır.²³

3. Qarışıq nəzəriyyələr.

Qarışıq nəzəriyyələrə görə işin hallarından asılı olaraq culpa in contrahendo həm müqavilə, həm də delikt məsuliyyətinin ünsürlərini daşıyır.²⁴

¹⁷ Demircioğlu, s. 59

¹⁸ Arıkan, s. 71

¹⁹ Demircioğlu, s. 57

²⁰ Baygın, s. 348

²¹ Demircioğlu, s. 58

²² Demircioğlu, s. 77

²³ Baygın, s. 347

²⁴ Demircioğlu, s. 108

Yəni bu nəzəriyyəyə görə cupa in contrahendo həm müqavilə hüququ həm də delikt hüququ qaydalarına tabe tutulmalıdır.

Alman hüququna görə müqaviləyəqədərki məsuliyyət müqavilə nəzəriyyəsinə görə həll edilsə də fransız hüququnda delikt hüququ əsas götürülür. Bu ölkələrdə iki, təxminən eyni məzmunlu məhkəmə işinə nəzər yetirək:²⁵

1. Almaniyada olan bir hadisədə xalça almaq məqsədi ilə dükana girən qadın bir neçə linoleumu nəzərdən keçirərkən bir bükülmüş linoleum aşır və onu zədələyir. Qadın dükən sahibindən məhkəməyə şikayət verir. Məhkəmə culpa in contrahendo üzərindən təhlil apararaq qadının lehinə qərar verir. Məhkəmə BGB §831-ə (səhlənkarlıqla xidmət üçün tutulmuş işçinin üçüncü tərəfə zərər vurmasına görə təzminat məsuliyyəti) görə deyil, müqaviləyəqədərki məsuliyyətə - bağlana biləcək müqavilə tərəflərinin bir-birinə diqqət göstərməsi vəzifəsinə görə məsuliyyət müəyyən edir.

2. Fransada baş verən bir hadisədə bir qadın alıcı dükanın döşəməsində sürüşür və zədələnir. O zərərlərə görə iki iddia irəli sürür: birincisi, Fransa Mülki Məcəlləsinin 1382-ci maddəsinə (*Maddə 1382. Bir şəxsin hərəkəti digər şəxsin zərərinə səbəb olursa, buna görə təqsirkar digər tərəfin zərərinə kompensasiya etməyə borclandır*) görə, ikincisi isə, müqavilə nəzəriyyəsinə görə. Məhkəmə birinci iddianı, yəni delikt iddiasını döşəmənin iddiaçının zərərinə “yaradıcı səbəb” olmadığını əsas gətirməklə rədd etdi. Həmçinin ikinci iddia da dükənçinin məsuliyyəti müqavilədən asılı deyil əsası ilə təmin edilmədi. “Alqı-satqı müqaviləsi alıcının təhlükəsizliyini təmin etmək öhdəliyini yaratır”.²⁶

V. Milli hüquqda culpa in contrahendo

Mülki Məcəllə müqavilə danışıqlarındakı təqsirli hərəkətə görə məsuliyyəti – culpa in contrahendonu müəyyən etsə də culpa in contrahendonun təsbit olunduğu müddələrin düzgün təfsir olunmasına ehtiyac var. Mülki Məcəllənin 386-cı maddəsi “*Öhdəliklərin əmələ gəlməsi əsasları*” adlanır və bu maddənin 2-ci və 3-cü bəndlərində göstərilir:

386.2. Bu Məcəllənin 385-ci maddəsində²⁷ nəzərdə tutulmuş öhdəliklər müqavilənin hazırlanması əsasında da əmələ gələ bilər.

386.3. Danışıqların iştirakçısı digər iştirakçının təqsirli hərəkəti nəticəsində bağlanmayan müqavilənin bağlanması üçün çəkdiyi xərclərin əvəzini ödəməyi digər iştirakçıdan tələb edə bilər.

386.2-də göstərilən “müqavilənin hazırlanması əsasında” ifadəsini ayrılıqda tekstual olaraq təfsir etsək çəşqinliq yarana bilər. Amma bu müddəanın sırf culpa in contrahendonun tətbiqi olduğu açıqca məlumdur və bunu nəzərə alaraq bu ifadəni “*müqavilə danışıqları əsasında*” kimi başa düşmək lazımdır. Maddənin bu bəndində göndəriş edilən 385-ci maddənin 2-ci bəndində isə

²⁵ Mirmin, s. 85; 89

²⁶ Daha ciddi zərər olsaydı, bu delikt hüququna görə təzmin olunacaqdı. Sadəcə əsas gətirilən səbəb “yaradıcı səbəb” deyildi.

²⁷ AR Mülki Məcəlləsi, Maddə 385:

385.1. Öhdəliyə əsasən bir şəxs (borclu) başqa şəxsin (kreditorun) xeyrinə müəyyən hərəkəti etməlidir, məsələn, pul ödəməli, əmlak verməli, iş görməli, xidmətlər göstərməli və i.a. və ya müəyyən hərəkətdən çəkinməlidir, kreditorun isə borcludan vəzifəsinin icrasını tələb etmək hüququ vardır.

385.2. Öz məzmunundan və xarakterindən asılı olaraq, öhdəlik tərəflərdən hər birinin üzərinə istər müqavilə münasibətləri zamanı, istərsə də belə münasibətlərdən sonra digər tərəfin hüquqlarına və əmlakına xüsusi qayğı göstərmək vəzifəsinə qoya bilər.

göstərilir ki, “*öhdəlik tərəflərdən hər birinin üzərinə istər müqavilə münasibətləri zamanı, istərsə də belə münasibətlərdən sonra digər tərəfin hüquqlarına və əmlakına xüsusi qayğı göstərmək vəzifəsini qoya bilər.*” Göstərilən bənddə hüquqi təfsir zamanı “müqavilə münasibətləri zamanı” ifadəsinin tərkib hissəsi kimi “müqavilə danışıqları”nı nəzərə almaq lazımdır.

MM 386.3-də isə müqavilə danışıqları mərhələsində müqavilə bağlanmayacağı təqdirdə müqavilənin bağlanması üçün çəkilən xərclərin tələb oluna biləcəyini göstərir. Göründüyü kimi, bu norma müqaviləyəqədərki məsuliyyəti çox dar bir çərçivəyə salmış olur: yalnız xərc, digər zərərlər deyil. Halbuki, yuxarıda sadalanan hadisələrdən də göründüyü kimi tərəfə başqa səbəblərdən də zərər dəyə bilər.²⁸ Artıq bundan əvvəlki bənd düzgün təfsir olunduqda bu müddəaya ehtiyac olmadığı açıq-aşkar görünür. Çünki 386.2-nin təfsiri zamanı müqavilə danışıqlarındakı təqsirə görə məsuliyyətin yarana biləcəyi məlum olur.

Müqayisə üçün Almaniya Mülki Məcəlləsindəki (BGB) culpa in contrahendonun tətbiq olunduğu § 311-in²⁹ 2-ci hissəsində müqaviləyəqədərki məsuliyyətin daha geniş əks olunduğunu görmək olar. Adıçəkilən maddədə göstərilir ki, öhdəliklər həm də aşağıdakı hallardan etibarən ortaya çıxır:

1. *müqavilə danışıqlarının başlamasından;*
2. *elə bir müqavilə əlaqəsinin başlamasından ki, bir tərəf potensial müqavilə əlaqəsinə gəlməklə digər tərəfə onun haqlarına, hüquqi və digər maraqlarına təsir edəcək mümkünlüyü verir ya da onu buna inandırır;*
3. *oxşar ticarət razılaşmalarından.*

Göründüyü kimi BGB culpa in contrahendonu daha geniş təsvir edərək göstərilən hallardan etibarən vurulan zərəre görə məsuliyyətin yaranmasını təsbit edir. Deməli, müqaviləyəqədərki məsuliyyət daha geniş anlayış olub, təkcə müqaviləyəqədərki mərhələdə tərəfin müqavilənin bağlanması üçün xərcləri deyil, ümumiyyətlə bir tərəfin digər tərəfi onun maraqları ilə bağlı inandırması ilə müqavilə danışıqlarının başlamasından etibarən vurduğu zərəre görə təqsirli tərəf məsuliyyət daşıyır.

Buna görə də, AR Mülki Məcəlləsindəki müqaviləyəqədərki məsuliyyətlə bağlı müddəanın üzərində düzəliş edilməsi məqsədəuyğundur. Bu ilk öncə həmin müddədə “*öhdəliklər müqavilənin hazırlanması əsasında da əmələ gələ bilər*” ifadəsinə “*öhdəliklər müqavilə danışıqları əsasında da əmələ gəlir*” kimi düzəliş edilməsi ilə həyata keçirilməlidir. Çünki əgər culpa in contrahendo Qanunda tətbiq olunursa bu daha aydın şəkildə həyata keçirilməlidir ki, tekstual olaraq da müddəa doğru şəkildə təfsir oluna bilsin.

Bu cür məsuliyyətin müəyyən edilməsi tərəflərin iradə azadlığı və müqavilə azadlığı prinsipinə də zidd deyil. Culpa in contrahendo məsuliyyəti sadəcə müqavilə tərəflərinin üzərinə danışıqlar mərhələsində vicdanlı olmaq öhdəliyi - vəzifəsi qoyur.

²⁸ Mirmin, s. 85; 89

²⁹ BGB (English translation). Book 2 (Law of obligations), Division 3 (Contractual obligations), Title 1 (Creation, subject matter and termination), Subtitle 1 (Creation), Section 311 (Obligations created by legal transaction and obligations similar to legal transactions) http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/

Nəticə

Culpa in contrahendo məsuliyyətinin hüquqda müəyyən olunması ilə müqavilə bağlanmadan danışıqlar mərhələsində bir tərəfin təqsirli hərəkəti ilə digər tərəfə vurulan zərərin hansı hüquqi rejimə tabe tutulması öz həllini tapır. Müqavilə bağlanmadan da artıq digər tərəf tərəfindən öz maraqları ilə bağlı inandırılan, müqaviləyə dəvət edilən, qurulacaq müqavilənin etibarlılığına güvənən tərəf culpa in contrahendo məsuliyyəti ilə qorunur. Deməli, müqavilə danışıqları mərhələsində vicdanlılığa, digər tərəfin etimadına və güvəninə zidd hərəkətlə qarşı tərəfin maraqlarına zərbə vuran tərəfin culpa in contrahendo məsuliyyəti ilə vurduğu zərəri kompensasiya etmək vəzifəsi və ya borcu yaranır. Bu məsuliyyətin Mülki Məcəllədə daha yaxşı əks olunması və məhkəmə praktikasında nəzərə alınması və tətbiqi sabit iqtisadi əlaqələr və qarşılıqlı güvən və etimadın təmin olunması cəhətdən böyük əhəmiyyət kəsb edir. Çünki daima inkişafda olan ticarət (kommersiya) münasibətlərində vicdanlılığa zidd hərəkətlərin kompensasiya edilməsi və ya qarşısının alınması Qanunun məqsədlərinə daha yaxşı riayət edilməsi olardı. Başqa sözlə desək Qanunda və onun tətbiqində culpa in contrahendonun geniş yer alması müqavilə tərəflərinin “etimada etimad” etməsinə səbəb olur. Xüsusilə də danışıqlar mərhələsi daha çox vaxt aparan, müəyyən hazırlıqlar tələb edən müqavilələrədəki məsuliyyətə ciddi yanaşılması vacibdir. Çünki belə müqavilələrə hazırlıq daha çox xərclə və digər zəruri işlərlə müşayiət oluna bilər və bu müqavilələr ticarətdə mühüm yer tutur. Bu, təbii ki, digər müqavilələr üçün culpa in contrahendonun arxa planda qalması demək deyil. Ümumiyyətlə culpa in contrahendonun daha effektiv tətbiqi Mülki Məcəllənin mülki hüquq subyektlərinin hüquqlarını və qanuni mənafələrini müdafiə etmək; mülki dövrüyyəni təmin etmək; sahibkarlıq (ticarət) fəaliyyətini dəstəkləmək kimi məqsədlərinin tətbiqidir.

Əmrah Rəhmanov*

Paylı mülkiyyətçinin çıxarılması: çoxluq azlığa tabedir?

Annotasiya

Mülkiyyət münasibətlərinin məntiqi inkişafına uyğun olaraq ümumi mülkiyyət münasibətlərinin də dərindən tənzimlənməsinə ehtiyac yaranır. Mülki Məcəllənin 213-cü maddəsində ümumi mülkiyyətin iki növü paylı və birgə mülkiyyət halı qeyd olunur. Paylı mülkiyyət zamanı əşya üzərindəki mülkiyyət hüququ üzərində bir neçə şəxsin payının olması, mülkiyyətçilərin mənafehlərinin qorunması üçün onlar arasında müəyyən tənzimlənmənin mövcudluğu zərurətini yaradır. Paydaşlar arasındakı nizamın pozulması məntiqi nəticə olaraq hüquqi məsuliyyətin yaranmasına gətirib çıxarır. Bəzən paylı mülkiyyətçiyə ümumi qəbul olmuş sanksiyaların tətbiq olunması, məsələnin həll olunması üçün kifayət etmir. Paydaş yenidən digər mülkiyyətçilərin mənafehlərini pozmağa davam edir. Bu zaman problemin kökündən həll olunması və paylı mülkiyyət münasibətlərinin iştirakçılarının qanuni mənafehlərinin daimi olaraq digər paydaş tərəfindən pozulmasının qarşısının alınması üçün qanunvericiliyə həmin paydaşın məhkəmə qərarı ilə paylı mülkiyyət münasibətlərindən çıxarılmasını təmin edən normaın salınması zərurəti yaranır.

Summary

Common property relations need deeper adjustment in accordance with the development of property issues. Article 213 in Civil Code reflects two types of common property: co-ownership and joint ownership. In the case of co-ownership individuals have the right to proportion over the property to their shares, which make it necessary to create order for the protection of the interests of owners. Violation of order among the co-owners as a logical result leads to legal liability. Sometimes ordinary sanctions are not enough to solve the problem. When the owner so seriously violates his or her duties towards the other owners that continuation of co-ownership is unreasonable, it becomes necessary to include provisions about the exclusion of co-owner from co-ownership by court order to the legislation.

Giriş

Əşya hüquq institutu Mülki hüquq sahəsinin böyük bir hissəsini əhatə edir. Mülki hüquqda əşya dedikdə üzərində hakimiyət qurula bilən, xüsusi mülkiyyətə əlverişli və iqtisadi dəyər kəsb edən bütün cisimlər nəzərdə tutulur. Mülkiyyət hüququ əşya hüququ institunun əsasını təşkil edir və istənilən digər əşya hüquqları bu hüququn əsasında yaranır. Azərbaycan Respublikası Mülki Məcəlləsinin (bundan sonra Mülki Məcəllə) 152-ci maddəsində mülkiyyət hüququnun anlayışı verilir və hüquq sahibinə təmin etdiyi üç əsas imkan (sahiblik, istifadə, sərəncam) qeyd olunur. Bir qayda olaraq bir əşya üzərində bir şəxsin mülkiyyət hüququ olur, bu da *fərdi mülkiyyət* adlanır. Bir əşya üzərində birdən çox mülkiyyət hüququ olduqda ümumi mülkiyyət halı yaranır. Mülki Məcəllənin 213.2-ci maddəsində deyilir ki, *mülkiyyətçilərin hər birinin payı müəyyənləşdirməklə (paylı mülkiyyət) və ya belə*

*Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsi, II kurs, SABAH qrupu tələbəsi

paylar müəyyənləşdirilmədən (birgə mülkiyyət) ümumi mülkiyyət hüququ ola bilər. Birgə və paylı mülkiyyət hallarının hər ikisi geniş yayılsa da, birgə mülkiyyətə nisbətdə daha çox paylı mülkiyyət hallarında problemlərə rast gəlinir. Birgə mülkiyyət halı əksər hallarda nikaha daxil olandan sonra yaranır və ailə təsərrüfatının bir hissəsi olduğu üçün əşya üzərindəki hüquqların istifadəsi çox vaxt hər iki tərəfin razılığı ilə birgə məqsədlər üçün həyata keçirilir. Paylı mülkiyyət halında bu proses fərqlidir. Paylı mülkiyyət zamanı mülkiyyətçilər arasında mənafehlərin toqquşması ehtimalı yaranır, çünki hər bir mülkiyyətçi həmin mülkiyyəti öz mənafehi üçün istifadə etmək istəyəcəkdir. Belə olduqda digərlərinin maraqları təmin olunmamış qalacaqdır, bu hal isə birbaşa hüququn əsas məqsədi olan ictimai münasibətlərin tənzimlənməsinə ziddir. İctimai münasibətlərin tənzimlənməsinə mülki hüquq subyektlərinin mənafehlərinin təmin olunması kontekstində baxıldıqda, hüquqla ictimai münasibətlərin tənzimlənməsi deyilərkən, hər bir şəxsin mövcud şəraitdə qanuni mənafehlərinin maksimum həddə təmin olunması başa düşülür. Bütün bunları nəzərə alaraq qeyd etmək lazımdır ki, mülkiyyətçilər arasındakı xaosluq münasibətlərin, qanuni maraqların toqquşmasının qarşısının alınması üçün müəyyən nizam ehtiyac duyulur. Paylı mülkiyyətçilər paylı mülkiyyət vəziyyətini qəbul etməklə hüquq və vəzifələrə malik olurlar. Qanunverici paylı mülkiyyət münasibətlərinə daxil olmuş şəxslərin hüquq və vəzifələrini müəyyən edərək onlar arasında hüquqi nizam yaradır və mənafehlərin toqquşmasının qarşısını alır. Paydaşlar digərlərinin hüquqlarını məhdudlaşdırmamaq şərti ilə mülkiyyət hüququnu və yaranmış nizamı öz hərəkətləri nəticəsində pozmaq vəzifəsini üzərlərinə götürürlər.

Paylı mülkiyyətçilər yalnız öz istəkləri ilə paylarını ayıraraq paylı mülkiyyətçi vəziyyətindən çıxıb bilərlər, bir başqa formada isə bütün paydaşların razılığı ilə paylı mülkiyyət halına xitam verilib bilər. Öz hərəkətləri ilə yuxarıda qeyd olunmuş nizamı pozan, paylı mülkiyyət vəziyyətini qəbul edərkən üzərinə götürdüyü öhdəlikləri yerinə yetirməyən, digərlərinin hüquqlarını pozaraq qanuni mənafehlərinə zərər yetirməklə onunla birgə paylı mülkiyyət vəziyyətini davam etdirməyi mümkün edən mülkiyyətçi, digər mülkiyyətçilər tərəfindən ümumi paylı mülkiyyətlə bağlı şəriklikdən çıxarıla bilərmi?

Hal-hazırda Mülki Məcəllənin ümumi mülkiyyətlə bağlı hər hansı müddəasında və ya digər normativ hüquqi aktlarda bu məsələ ilə bağlı birbaşa norma yoxdur. Əksinə maddələrin təfsirindən bu mülahizənin əksi müəyyən olunur, yəni özünün razılığı olmadan heç bir paylı mülkiyyətçi şəriklikdən çıxarıla bilməz. Yuxarıda göstərilmiş əsasları nəzərə alaraq qeyd etmək istəyirəm ki, qanunverici tərəfindən, öz hüquqazidd hərəkətləri ilə digər paylı mülkiyyətçilərin qanuni mənafehlərini pozaraq onların paylı mülkiyyət obyektindən istifadəsini məhdudlaşdıran paydaşın səs çoxluğu ilə çıxarılması barəsində normanın Mülki Məcəlləyə əlavə edilməsi zəruridir. Birbaşa bu mövzuya keçid almamışdan əvvəl paylı mülkiyyətin xüsusiyyətlərini və xitamı hallarını qeyd etmək istəyirəm.

I. Paylı mülkiyyət halı

Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyində paylı mülkiyyət anlayışına yalnız Mülki Məcəllənin 213.2-ci maddəsində rast gəlmək mümkündür. 213.2-ci maddədə paylı mülkiyyət halı ümumi mülkiyyətin bir növü kimi göstərilir və ayrıca bir anlayış verilmir. Bizim qanunvericilikdən fərqli olaraq Qərbi Avropa

ölkələrinin mülki qanunvericiliklərində tam olmasa da, qismən bu anlayışa rast gəlmək mümkündür. Alman və Fransız mülki məcəllələrinin təsiri altında yazılmış İsveçrə Mülki Məcəlləsinin paylı mülkiyyətə aid ilk maddəsində bu terminə anlayış verilir. Məcəlləyə görə, paylı mülkiyyət bir neçə şəxsin fiziki cəhətdən bölünməyən (bölünməmiş) əşya üzərində müəyyən paya sahib olması halında yaranır.¹ Paylı mülkiyyət zamanı paylar əşya üzərində deyil, əşya üzərindəki mülkiyyət hüquq üzərində olur. Əgər paylara mütənasib olaraq əşya özü mülkiyyətçilər arasında bölünsə idi, bu zaman hər bir şəxs öz əşyası üzərində hakimiyyətə sahib olardı və ümumi mülkiyyət deyil, fərdi mülkiyyət yaranardı.² Bir əşya üzərində bir neçə şəxsin payı olması mülkiyyət haqlarının həyata keçirilməsində çətinliklər yaradır. Bu çətinliklərin aradan qaldırılması üçün qanunverici bəzi normalar müəyyən etmişdir. Mülki Məcəllənin 215.1-ci maddəsində deyilir ki, paylı mülkiyyətdə olan əşyaya sahiblik və ondan istifadə bütün mülkiyyətçilərin razılaşması əsasında, belə razılaşma əldə edilmədikdə isə məhkəmənin müəyyənləşdirdiyi qaydada həyata keçirilir. Niderland qanunvericiliyində buna oxşar bir müddəaya rast gəlmək mümkündür, orada qeyd olunur ki, mülkiyyətçilər sahiblik, istifadə və idarəetmə üçün öz aralarında müqavilə bağlaya bilərlər, bu cür müqavilə olmadıqda məhkəmə paylı mülkiyyətçilərin maraqlarını və ictimai maraqları nəzərə almaqla, ədalət prinsipinə əsaslanaraq qaydalar tərtib edə bilər.³ AR Mülki Məcəlləsində qeyd olunduğu kimi mülki hüquqlar həyata keçirilərkən üçüncü şəxslərin qanuni mənafelərinə xələl gəlməməlidir. İsveçrə qanunvericisi "*ictimai maraqları nəzərə almaqla*" ifadəsini qeyd etməklə paylı mülkiyyətçilər arasındakı razılaşmanın üçüncü şəxslərin qanuni mənafelərini pozmaması şərtini bir daha vurğulayır. Paydaşlar arasında razılığa gəlsələr belə, Mülki Məcəllədə imperativ norma ilə təsbit olunmuş səlahiyyətləri məhdudlaşdırma bilməzlər. Belə normalar Mülki Məcəllənin 215.3.1 və 215.3.2-ci maddələrini, İsveçrə Mülki Məcəlləsinin 647.1 və 647.2-ci maddələrini əhatə edir.

II. Paylı mülkiyyət münasibətlərinin xitamı

Paylı mülkiyyət institutu mülki hüquq sahəsinin çox geniş yayılmış institutlarındanıdır. Ümumi mülkiyyətin bir növü olaraq paylı mülkiyyət halı əksər hallarda vərəsəlik və ya boşanma institutlarından irəli gələrək bir çox insanların həyatına sirayət edir. Paylı mülkiyyət halının yaranması təkə bu institutları əhatə etmir, mülki hüquq subyektləri öz mənafelərini və ya faktiki imkanlarını nəzərə alaraq bir əşya üzərində ayrı-ayrı paylar şəklində mülkiyyətə sahib ola bilərlər. Paydaşlar paylı mülkiyyət münasibətini davam etdirmək istəmədikləri halda belə, buna məcburdurlarmı, yoxsa paylı mülkiyyət hüququna sahib olan şəxs payının ayrılmasını istəyə bilərmi?

Mülki hüquq sahəsi digər hüquq sahələrindən fərqli olaraq daha çox səlahiyyətverici normaların olması ilə fərqlənir. Bu şərt özünü paylı mülkiyyət

¹ Swiss Civil Code, Part Four: Property Law, Division One: Ownership, Title 18: General Provisions, Art. 647

² Sərvər Süleymanlı. Azərbaycan mülki hüquq sistemində paylı mülkiyyətin xitam olunması ilə bağlı bəzi hüquqi məsələlər, s. 2

http://journal.qu.edu.az/content.php?page=article&j_id=1092&s_id=106&a_id=1268

³ Dutch Civil Code, Book 3, Title 3.7 Community of Property, Section 3.7.1 General provisions, Article 3:168.

Niderland Mülki Məcəlləsində bir başa "müqavilə" termini deyil, "müqavilə razılaşması" (a contractual arrangement) termini qeyd olunmuşdur.

institutunda da göstərir. Belə ki, Mülki Məcəllənin 220.2-ci maddəsində *paylı mülkiyyətin mülkiyyətçisi pay barədə sərəncam verərək öz payının ayrılmasını tələb edə bilər* məzmunlu norması istənilən pay sahibinin, istənilən vaxt paylı mülkiyyət münasibətlərinə xitam verə bilməsi mənasını verir. 220.2-ci maddə şəxsin bu tələbini məhkəmə müdafiəsi ilə təmin edərək həmin tələbin həyata keçirilməsinin vacibliyini qeyd edir. Pay ayrılması mümkün olmadıqda isə digər paylı mülkiyyətçilər tərəfindən pay satın alınma, əvvəlki iki hal (ayrılma və satın alma) mümkün olmadıqda əşyanın məhkəmənin qərarı ilə satılaraq pulun paylara müvafiq mülkiyyətçilər arasında bölünməsi nəzərdə tutulur. Əşyanın satılması yalnız bütün mülkiyyətçilərin razılığı ilə mümkündür. Paylı mülkiyyətçinin paylı mülkiyyət münasibətlərindən ayrılması ilə bağlı qanunvericilik müddəalarına nəzər yetirdikdə görə bilərik ki, qanunverici bu qaydaları imperativ xarakterli normalar kimi irəli sürür. Birincisi, paydaş öz payı üzərində sərəncam verməkdə sərbəstdir, mülkiyyət hüququnun məhdudlaşdırılması yalnız bütöv əşya ilə bağlıdır. Bütöv əşya ilə bağlı sərəncam verilməsi bütün mülkiyyətçilərin razılığı ilə mümkündür. İkincisi, hətta paylı mülkiyyətçilər onlardan heç birinin öz payını ayıraraq tələb etməyəcəyi barədə razılığa gəlsələr belə bu mülkiyyət hüququnun özəyi (sahiblik, istifadə, sərəncam) olan sərəncam hüququnun məhdudlaşdırılması deməkdir. Sahiblik, istifadə və sərəncam hüquqlarının hamısının və ya hər hansı birinin tam və ya qismən məhdudlaşdırılması mülkiyyət hüququnun məhdudlaşdırılması mənasını verir və bu da hamılıqla qəbul edilmiş mülkiyyət hüququ istisna hallarda yalnız özəyinə toxunulmamaq şərti ilə məhdudlaşdırıla bilər prinsipini pozur.

Hər bir paydaş öz payı üzərində sərbəst sərəncam vermək hüququna malik olsa da, əşya ilə bağlı sərəncam verilərkən əgər paylı mülkiyyətçilər arasında hər hansı digər razılaşma yoxdursa bütün paydaşların razılığı olmalıdır. Bütün paydaşların payı birləşdikdə bir mülkiyyət haqqı meydana gəlir ki, bu mülkiyyət haqqı əşya ilə bağlı sərəncam verməyə imkan verir. Burada belə bir sual ortaya çıxır əgər bütöv əşyaya sərəncam vermək hüququ ancaq bütün paydaşlara aiddirsə bir nəfərin istəyi ilə paylı mülkiyyət halı xitam oluna bilərmi? Bununla bağlı Mülki Məcəllədə yalnız bir maddə-221-ci maddə mövcuddur. Orada qeyd olunanlara diqqət etsək görərik ki, paylı mülkiyyət halına xitam verilməsi yalnız bütün paydaşların yekdil razılığı ilə mümkündür. Mülkiyyətçilərdən hər hansı biri paylı mülkiyyətə xitam verilməsi ilə bağlı digərlərinə təklif verə bilər. Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyindən fərqli olaraq, Almaniya Mülki Məcəlləsinin 749-cu maddəsində belə qeyd olunur: *Hər bir paydaş istənilən vaxt paylı mülkiyyət münasibətlərinin ləğvini tələb edə bilər. Mülkiyyətçilər arasındakı razılaşmada bu cür tələbin irəli sürülməsi daimi və ya müəyyən müddətə istisna olursa belə, paylı mülkiyyəti ləğv etmək istəyən paydaşın vacib səbəbi olduqda tələb irəli sürülə bilər. Paydaşlar arasındakı razılaşmada bu maddəni istisna edən şərtin qoyulması əhəmiyyətsizdir.*⁴ Tələbin irəli sürülməsində bir sıra istisnalar olsa da istənilən vaxt, xüsusilə də vacib səbəb olduqda paydaş öz tələbini irəli sürə bilər. Qanunverici “vacib səbəb” anlayışının hansı hallar üçün nəzərdə tutulduğunu qeyd etmir, bu işi müddəanı təfsir edən hüquqşünasın ixtiyarına buraxır. Deməli, paydaşlar öz aralarında razılığa gələrək paylı mülkiyyət halının xitam olunması barədə təklifin verilməsini müəyyən müddətə və ya daimi olaraq istisna edə bilərlər. İsveç qanunvericisi bu

⁴ German Civil Code, Book 3, Division 8, Title 17, Section 749: Cancellation claim

məsələyə bir az fərqli yanaşır. Burada da təklifin irəli sürülməsi razılışma ilə istisna edilə bilər. Məcəllədə yalnız torpaq sahələrinə dair paylı mülkiyyət münasibətlərinin ləğvi üçün təklifin verilməsinin istisna olunma müddəti müəyyən olunmuşdur. Bu müddət maksimum 50 il təşkil edir və razılıq yalnız dövlət qeydiyyatına alındıqdan sonra etibarlıdır.⁵ Bizim Mülki Məcəlləmizdə isə təklifin hər hansı müddətə istisna olunması ilə bağlı heç bir norma yoxdur, bu cür razılışmanın əldə olunması etibarsızdır.

III. Çoxluq azlığa tabedir?

Əvvəldə qeyd etdiyim kimi, Mülki Məcəllədə paylı mülkiyyət münasibətlərinin bütün paylı mülkiyyətçilər və ya bir paydaş üçün xitam olunmasına dair yalnız iki müddəa mövcuddur. Qanunverici paylı mülkiyyət halının xitamı ilə bağlı hüquqların digər paydaşların əleyhinə istifadəsini maksimum dərəcədə məhdudlaşdırmaq üçün bu münasibətləri tənzimləyən normaları dar çərçivəyə salmışdır. Paydaşlar arasında mənafelərin toqquşmasının qarşısının alınması üçün hüquqi nizam yaradılsa da, müəyyən vaxtlarda paylı mülkiyyətçilərdən hər hansı biri paylı mülkiyyət obyektini yalnız öz mənafeləri üçün istifadə edərək, digərlərinin bu əşya üzərindəki hüquqlarını bu və ya digər formada məhdudlaşdırma bilər, buda əvvəl qeyd etdiyimiz kimi hüququn ali məqsədinə ziddir. Bəzən praktikada paydaşlardan hər hansı isə birinin və ya bir neçəsinin digər paylı mülkiyyətçilər tərəfindən paylı mülkiyyət münasibətindən uzaqlaşdırıla bilməməsi yaranmış problemin tam həll olunmasının qarşısını alır. Öz hüquqazidd hərəkətləri ilə paydaşların qanuni mənafelərini pozan, mülkiyyət hüquqlarının həyata keçirilməsini məhdudlaşdıran və ya tamamilə aradan qaldıran şəxsə hansı sanksiyalar tətbiq olunmalıdır?

Şəxsin paylı mülkiyyət münasibətinə daxil olarkən üzərinə götürdüyü ən başlıca öhdəliklərdən biri əşya üzərindəki hüquqlarını həyata keçirərkən digər paydaşların qanuni mənafelərini pozmamaqdır. Əgər hər hansı paydaş bu qaydaya riayət etməzsə digərləri neqator iddia ilə məhkəməyə müraciət edə bilərlər. Məhkəmə tərəfindən digər paylı mülkiyyətçilərin hüquqlarının bərpası və dəymiş ziyanın ödənilməsi ilə bağlı qərar çıxarıla bilər, lakin problemin həlli həmişə göründüyü kimi sadə olmur. Paydaşların qanuni maraqlarının pozulması müxtəlif formalarda təzahür edə bilər. Bu özünü əşyadan gələn gəlirin onlar arasında bölünməsinin qarşısının alınması, əşya əgər yaşayış təyinatlıdırsa ondan istifadənin məhdudlaşdırılması və ya tamamilə ləğvi kimi və s. formalarda göstərə bilər. Paylı mülkiyyətçilər arasında gəlirin bölüşdürülməsinin qarşısını alaraq həmin gəliri yalnız özü götürən şəxs barəsində yuxarıda qeyd olunmuş sanksiya aktual olsa da, yaşamaq məqsədilə nəzərdə tutulmuş daşınmaz əşyalarda bu bir az fərqlidir. Əşyanın təyinatına dair razılışmada paydaşların yalnız yaşamaq üçün əşyadan istifadəsi nəzərdə tutulmuşdursa, bu zaman dəymiş zərərin müəyyənləşdirilməsi çətinləşir. Əgər paydaşların mülkiyyətində yaşamaq üçün nəzərdə tutulmuş digər daşınmaz əşyalar varsa dəymiş zərərin müəyyən edilməsi demək olar ki mümkünsüz hala gəlir, çünki paydaşlar onların mənafeləri pozulduğu müddətcə başqa bir yerdə qalmaq üçün pul xərcləməirlər və əşya yalnızca yaşayış üçün nəzərdə tutulduğundan hər hansı formada əldən çıxmış fayda tələb oluna bilmir. Mülki hüquq münasibətləri əksər

⁵ Swiss Civil Code, Part Four: Property Law, Division One: Ownership, Title18: General Provisions, Art. 650

hallarda tərəflərin bir-birilərinə olan etimadı nəticəsində mümkün olur. Bu halda isə tərəflərin hüquqlarını qəsdən pozmuş şəxsin yenidən həmin hərəkətləri edəcəyi istisna olunmur. Əgər paydaşlar hüquqazidd hərəkət edən şəxs ilə paylı mülkiyyət münasibətlərini davam etdirmək istəmirlərsə, Mülki Məcəllədə nəzərdə tutulmuş paylı mülkiyyət halının xitamı ilə bağlı yuxarıda göstərilmiş iki normadan birinə istinad etməlidirlər. Əgər paylı mülkiyyət halının tamamilə xitamına istinad olunarsa, əşya üzərində başqalarının da hüquqlarının olduğunu bilə-bilə həmin əşya barəsində yalnız özünün mənafeələrinin təmin olunması üçün sərəncam verən şəxsin paylı mülkiyyət münasibətlərinin tamamilə xitamını istəyəcəyi inandırıcı deyil, çünki paylı mülkiyyət halı tamamilə yalnız bütün tərəflərin razılığı ilə xitam oluna bilər. Alternativ variant kimi bu cür münasibətləri davam etdirmək istəməyən paydaşlar Mülki Məcəllənin 220-ci maddəsindəki hüquqlarının həyata keçirilməsini tələb edə bilərlər. Paydaşlar öz aralarında paylı mülkiyyət halını davam etdirmək istəmələrinə baxmayaraq bir nəfərin hüquqa ziddi hərəkətləri nəticəsində paylı mülkiyyət münasibətlərindən çıxmalıdırlarmı, obrazlı şəkildə desək, konkret bu halda çoxluq azlığa tabedir?

Bütün qeyd olunanları nəzərə alsaq qanunverici heç bir halda paydaşın çıxarılmasına yol vermir qənaətinə gələrik. Bu halda hüquq pozan şəxsə qarşı yalnız digər sanksiyalar tətbiq oluna bilər, amma dünya praktikasına baxsaq bu cür münasibətlərin fərqli şəkildə tənzimləndiyini görürük. İsveç və Türkiyə Mülki Məcəllələrində birbaşa bu məsələ ilə bağlı müddəalar qeyd olunmuşdur. İsveç qanunvericisi paydaşın çıxarılmasına heçdə həmişə icazə vermir və sui-istifadə hallarının qarşısının alınması üçün müəyyən tələblər irəli sürür. Birincisi, çıxarılmanın əsası kimi hüquqazidd davranış olmalıdır. İkincisi, bu cür davranış bütün paydaşlara və ya paydaşlardan birinə qarşı baş verməlidir. Belə hərəkət təkcə paylı mülkiyyət münasibətinin iştirakçısı tərəfindən deyil, onun hərəkətlərinə görə məsuliyyət daşdığı və ya cavabdeh olduğu hər hansı digər şəxs tərəfindən də törədilə bilər. Üçüncüsü, istənilən hüquqazidd davranışı deyil, yalnız həmin şəxslə paylı mülkiyyət halının davam etdirilməsini mümkünsüz hala gətirən davranışı əsas gətirərək onu paydaşlıqdan çıxarmaq olar. Ən nəhayət dördüncüsü, paylı mülkiyyətçilərin hətta hamısı hüquqazidd hərəkət edən paydaşla bağlı razılığa gəlsə belə, paylı mülkiyyətlə bağlı şəriklikdən çıxarılma yalnız məhkəmənin qərarı ilə mümkündür. Məhkəmə bütün halları nəzərə alaraq iddianı təmin və ya rədd etmək səlahiyyətinə malikdir. Əgər paydaşlar arasında hər hansı razılaşma yoxdursa, iddianın irəli sürülməsi paydaşların səs çoxluğu müəyyənləşdirilir. İki nəfər paylı mülkiyyətçi olduqda biri-birilərinə qarşı məhkəmədə neqator iddia irəli sürə bilərlər.⁶ Hüquqazidd hərəkət törətmiş şəxsin paylı mülkiyyət münasibətlərindən kənarlaşdırılması heç də həmin paydaşın mülkiyyət hüququndan tamamilə məhrum edilməsi mənasını vermir. Bu zaman məhkəmə payın ayrılması barəsində qərar verir. Əgər payın ayrılması mümkün deyilsə və ya pay çox cüzidirsə, məhkəmə payın satılmasını tələb edə bilər. Alman hüququnda da paylı mülkiyyətçinin çıxarılmasına dair müddəaya rast gəlmək olar. Alman Mənzil Məcəlləsində qeyd olunur ki, paydaşların üzərinə götürdüyü öhdəlikləri ciddi şəkildə pozması nəticəsində onunla paydaş münasibətlərinin davam etdirilməsini mümkünsüz

⁶ Swiss Civil Code, Part Four: Property Law, Division One: Ownership, Title18: General Provisions, Art. 649b

edən şəxsdən öz payının satılmasını tələb etmək hüquqları vardır. Əvvəllər bir neçə dəfə xəbərdar edilməsinə baxmayaraq, öz öhdəliklərini pozan şəxsin hərəkətləri öhdəliklərin ciddi şəkildə pozulması kimi qəbul olunur.⁷ Göründüyü kimi yuxarıda qeyd olunmuş hər iki halda qanunverici paylı mülkiyyət münasibətinin davam etdirilə bilməməsinə diqqət çəkir. Bu həmin şəxslə digər paydaşlar arasında etimadın aradan qalxması mənasını verir. Bir-birilərinə etimad göstərməyən şəxslər arasında nəinki mülki hüquqi münasibətlərin, hətta digər ictimai münasibətlərin davam etdirilməsini tələb etmək ədalət prinsipinə ziddir.

Hal-hazırda qanunvericilikdəki tənzimləməyə görə bu cür hüquqazidd hərəkətə məruz qalmış paydaş yalnızca payını ayırmaqla gələcəkdə yenidən hüquqlarının pozulmasının qarşısını ala bilər. Payını ayıra bilməyən paydaş üçüncü daha böyük problem yaranır. Belə ki, pay ayrılma bilmədikdə satılır, lakin heç kim öz öhdəliklərini kobud şəkildə pozan mülkiyyətçi ilə paylı mülkiyyət münasibətlərinə girmək istəməz. Payını ayırmaq istəyən şəxs məcburi olaraq öz payını ən yaxşı halda çox ucuz qiymətə paydaşlardan birinə, ən pis halda isə hüquqazidd hərəkət edən paydaşa satacaqdır. Buradan belə bir nəticə çıxarmaq olar ki, şəxs digərlərinin hüquqlarını pozmasına baxmayaraq, hətta mükafatlandırılmış olur.

Nəticə

Paydaşlar arasındakı hüquqi nizamı pozan, paylı mülkiyyət vəziyyətini qəbul edərkən üzərinə götürdüyü öhdəlikləri yerinə yetirməyən, digərlərinin hüquqlarını pozaraq qanuni mənafeələrinə zərər yetirməklə onunla birgə paylı mülkiyyət vəziyyətini davam etdirməyi mümkün olmayan mülkiyyətçinin, digər mülkiyyətçilər tərəfindən ümumi paylı mülkiyyətlə bağlı şəriklikdən çıxarıla bilməsi ilə bağlı müddəanın Mülki Məcəlləyə daxil edilməsi məqsədəuyğundur.

Bu cür norma özündə yalnız məhkəməyə paydaşın çıxarılması ilə bağlı iddianın verilməsini ehtiva etməlidir. Birbaşa şəxsin digərlərinin razılığı ilə paydan məhrum edilməsi yolverilməzdir, çünki mülkiyyət hüququ konstitusion hüquqdur və şəxs yalnız məhkəmənin qərarı ilə mülkiyyət hüququndan məhrum edilə bilər.⁸ Paydaşı öz payından məhrum etməsi dedikdə isə, Mülki Məcəllənin 220-ci maddəsində nəzərdə tutulmuş payın ayrılması və ya satılması barəsində qərarın qəbul edilməsi nəzərdə tutulmalıdır.

⁷ Wohnungseigentumsgesetz, I Teil: Wohnungseigentum, 2. Abschnitt: Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, § 18 Entziehung des Wohnungseigentums.

⁸ AR Konstitusiyası, İkinci bölmə: Əsas hüquqlar, azadlıqlar və vəzifələr, III fəsil: Əsas İnsan və Vətəndaş hüquq və azadlıqları Maddə 29. Mülkiyyət hüququ.

Mənəvi təzminatın müəyyən edilməsində hansı meyarlar əsas götürülməlidir?

Annotasiya

Məqalədə ölkəmizin hüquq sistemi üçün daha çox aktualıq kəsb edən mənəvi zərərin kompensasiyasını nəzərdə tutan mənəvi təzminatın ödənilməsi zamanı onun hansı meyarlar əsasında müəyyən edilməsi təhlil edilmişdir. Mənəvi təzminatın miqdarı və təyinatı haqqında nəzəriyyələr, İsveçrə, Türkiyə və digər dünya ölkələrinin məhkəmə təcrübəsində təzminatın miqdarı ilə bağlı verilən qərarların müqayisəli təhlili verilmişdir. Mənəvi təzminatın ölçülməsinə təsir edən amillərdən biri kimi dövriyyədəki pulun alıcılıq qabiliyyəti də qeyd edilmişdir. Təzminatın müəyyən edilməsində zərərin obyektiv ağırlığı, zərərçəkmiş və təqsirkarla əlaqəli ünsürlər məqalənin əsas məzmununu təşkil edir.

Summary

This article is about important topic for now days to our country's legal system, which is compensation for moral damage. Criteria for determining compensation of moral damages were analyzed at the same time. Comparative analysis of theories about the amount, principles of moral compensation and judicial experience, court decisions for local and foreign countries (e.g. Switzerland, Turkey) are provided. One of the factors that affect the evaluation of moral compensation is identified as current purchasing power of money. Main content of the article is about determining the severity of the damage objectively and elements about victim and perpetrator.

Giriş

Məqalənin mövzusunun mənəvi zərərlə bağlı olmasının ölkəmiz baxımından əhəmiyyəti böyükdür. Bilindiyi kimi mənəvi zərər anlayışı Azərbaycan Respublikasının hüquq sistemində yeni bir anlayışdır və bu məsələni tənzimləyən normalar, təəssüflər olsun ki, azlıq təşkil etməkdədir. Mənəvi zərərlə bağlı normalar konstitusiyada, Azərbaycan Respublikası Mülki Məcəlləsində (bundan sonra AR MM), eləcə də bir sıra ayrı-ayrı qanunvericilik aktlarında nəzərdə tutulsa da, bu normalar mənəvi təzminatı tam əhatə etmir. Mənəvi təzminatın ölçülməsilə bağlı isə demək olar ki, normalar yox səviyyəsindədir. *Azərbaycan Ali Məhkəməsi Plenumunun 2008-ci il 3 noyabr tarixli "Mənəvi zərərin ödənilməsi barədə qanunvericiliyin məhkəmələr tərəfindən tətbiqi təcrübəsi haqqında" Qərarında* belə hakimlərin mənəvi zərərin miqdarını, həmçinin mənəvi təzminatı hansı kriteriyalar əsasında müəyyən etmələri barədə bir göstəriş nəzərdə tutulmamışdır. Yeri gəlmişkən, qeyd edək ki, **mənəvi zərər** və **mənəvi təzminat** iki ayrı anlayışdır. Mənəvi təzminat-şəxsiyyət haqqına hüquqa zidd əməl nəticəsində əmələ gələn şəxsin keçirdiyi izzət, ağrı və sarsıntıların kompensasiya edilməsi məqsədilə verilən təzminatdır. Şəxsin keçirdiyi bu izzət, ağrı və sarsıntılar isə mənəvi zərər adı altında birləşdirilir. Yuxarıda göstərilənləri xüsusilə bu barədə qanunvericilik normalarının olmamasını nəzərə alaraq mənəvi təzminat müəyyən edilən zaman hakimlər tərəfindən hansı meyarların əsas götürülməsi barədə məqaləmdə geniş izahat

*Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsi, III kurs, 1418A qrup tələbəsi

verməyi düşünürəm.

I. Ümumi prinsiplər

Mənəvi təzminatın miqdarının müəyyən olunması mənəvi dəyərlərin maddi şəkildə kompensasiya edilməsi halında əhəmiyyət kəsb edir. Mənəvi zərərin dəqiqliklə kompensasiyası hər zaman mümkün olmadığından mənəvi təzminatda zərərin ödənilməsi əksər hallarda maddi formada (pul formasında) ödənilən kompensasiyadır. Mənəvi zərərlə bağlı yuxarıda adı çəkilən Plenum qərarında Ali Məhkəmə mənəvi zərərin ödənilməsinin yalnız pul formasında olmasından əlavə olaraq şəxsin üzərinə bəzi vəzifələr qoymaq yolu ilə (məsələn, şərəf, ləyaqət, işgüzar və sosial nüfuza zərər vuran yanlış məlumatların təkzib edilməsi, zərərcəkən şəxsdən üzr istənilməsi) həyata keçirilə biləcəyini qəbul etmişdir.

Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyasının 127-ci maddəsinin II bəndinə əsasən hakimlər işlərə qərəzsiz, ədalətlə, tərəflərin hüquq bərabərliyinə, faktlara əsaslanaraq və qanuna müvafiq qaydada baxırlar. Bəs məhkəmələrdə hakimlər hansı meyarları nəzərə alaraq zərərcəkənin mənəvi zərərlərinə əvəz olaraq təqsirkarın hansı məbləğdə mənəvi təzminat ödəyəcəyinə qərar verirlər? Bu sualın cavabını aşağıda göstərdiyimiz meyarlarda axtarmaq yerinə düşərdi. Hakim öz mülahizə səlahiyyətlərindən istifadə edərkən ifrata qaçmamalı, özbaşınalığa yol verməməli, şəxsi qənaətinə görə qərar çıxarmamalıdır.¹ Mənəvi təzminatın maddi təzminat kimi konkret faktlara əsaslanmaması və tam şəkildə ölçülə bilməməsi, onun miqdarını müəyyən edən zaman daha ehtiyatlı və diqqətli olmağa zərurət yaradır.

II. Mənəvi təzminatın miqdarının müəyyən edilməsi barədə nəzəriyyələr

Müxtəlif hüquq ədəbiyyatlarında və hüquq sistemlərində mənəvi təzminatın ödənilməsinin bir neçə məqsədi olduğu vurğulanır. Aşağıda nəzərdən keçirəcəyimiz bu nəzəriyyələrdən hansılarının hüquq sistemləri tərəfindən qəbul edilmiş olması müəyyən ediləcək mənəvi təzminatın miqdarına, sözsüz ki, öz təsirini göstərəcəkdir. Hüquqi cəhətdən hansı məqsədə xidmət etməsi və zərəri necə kompensasiya etməsi məsələlərində gəlinən nəticəyə uyğun olaraq mənəvi təzminatın miqdarı müəyyən olunur.² Məsələn, hakim *cəza vermək* mövqeyindən çıxış edərsə, təqsirkarı, yəni zərərvuranı cəzalandırmağa kifayət edən miqdarda təzminata, zərərcəkənin mənəvi zərərlərini *qane edici* mövqedən çıxış edərsə, zərərcəkən şəxsin mənəvi zərərlərinin onu qane edən miqdarda təzmin olunmasına qərar verir.

a. Cəza nəzəriyyəsi

Bu nəzəriyyənin əsasını zərərcəkənin zərərlərini kompensasiya etmək deyil, daha çox zərərvuran şəxsə, yəni təqsirkara cəza vermək təşkil edir. Bu nəzəriyyəyə əsasən mənəvi təzminatın miqdarı müəyyən edildikdə ən yüksək miqdara qərar verilir. Çünki cəza nəzəriyyəsinin əsas məqsədi təqsirkara sanksiya tətbiq etməkdir. Təzminatın miqdarı törədilən əməlin ağırlığına (qəsd və ya ehtiyatsızlıq) uyğun olaraq azala və ya arta bilər. Cəzanın fərdilik prinsipi

¹ Mustafa Kılıçoğlu. Təzminat Hukuku, s. 1226 (2. baskı, İstanbul 2006)

² Pınar Çetin. Manevi Təzminat Davasının Hukuki Niteliği ve Özəllikle Təzminat Miktarının Belirlenmesi, s. 69 (Yüksek Lisans Tezi. Ankara, 2007)

əsas götürülərək ölən təqsirkarın vərəsələrindən, o cümlədən təqsirsiz məsuliyyət halında mənəvi təzminat tələb edilə bilməz. Mənəvi təzminatın ödənilməsində cəza nəzəriyyəsi mövqeyindən çıxış edilərsə cinayət məsuliyyəti ölüm halında mümkün olmadığından dövlətin də mənəvi təzminat ödəmək öhdəliyi olmayacaqdır.

b. Qane edici nəzəriyyə

Nəzəriyyə mənəvi dəyərləri haqsız şəkildə pozulan şəxsin yaşadığı iztirab, çəkdiyi fiziki-psixoloji ağrı, keçirdiyi sarsıntı və oxşar duyğuların onu qane edici şəkildə təmin edilməsinə yönəlmişdir. Qane edici nəzəriyyə mövqeyindən məsələyə yanaşıldıqda hüquqi və anlaşıqlığı olmayan şəxslərin qane olmaq duyğusunu dərk etmə qabiliyyəti olmadığından onlara mənəvi təzminatın ödənilməsi mümkün olmur. Əsas məqsədi zərərçəkəni razı salmaq, ona stimül vermək olduğundan nəzəriyyənin rəhbər tutulması zamanı təqsirkarın cinayət məsuliyyətinə cəlb olunması təzminatın miqdarının azalmasına səbəb olur.

c. Kompensasiya nəzəriyyəsi

Nəzəriyyəyə görə məruz qalınan zərər tam həcmdə və pul formasında kompensasiya edilməlidir. Bu zaman əsas nəzərə alınmalı məsələ təqsirkarın təqsiri deyil məruz qalınan zərərdir. Təzminatın miqdarı təqsirkarın təqsiri və ya zərərçəkənin subyektiv vəziyyəti nəzərə alınmadan obyektiv əsaslara görə müəyyən edilir. Kompensasiya nəzəriyyəsi əsasında müəyyən edilən mənəvi təzminatın əsas məqsədi məruz qalınan zərərin miqdarının kompensasiyası olduğundan lakin zərərin qarşısının alınması xüsusiyyəti əsas götürülmədiyindən kifayət qədər yüksək məbləğ tələb edilə bilməz.

III. Mənəvi təzminatın miqdarının müəyyən edilməsinə təsir göstərən ümumi ünsürlər

İlk əvvəl qeyd edək ki, elmi ədəbiyyatlarda hər nə qədər mənəvi təzminatın miqdarının müəyyən edilməsi barəsində fərqli fikirlər, nəzəriyyələr irəli sürülsə də, bütün bu fikirlər mənəvi təzminatın tam və dəqiq miqdarını müəyyən etməyə imkan vermir. Bu fikirlər və nəzəriyyələr sadəcə olaraq mənəvi təzminatın miqdarının minimum və maksimum sərhədlərini müəyyən etməyə şərait yaradır. Lakin mənəvi təzminatın miqdarı hakim tərəfindən hər bir hadisədə işin bütün halları araşdırılaraq təyin edilir. Hakim mənəvi təzminatı müəyyən edərkən bir çox çətinliklərlə qarşılaşır. Maddi zərərin müəyyən edilməsində əsas götürülən obyektiv və müsbət hadisələrdən fərqli olaraq mənəvi zərərin müəyyən edilməsində subyektiv və hissi ünsürlərlə qərar qəbul etmək lazım gəldiyindən rəhbər tutulmalı, eyni zamanda məhkəmə təcrübəsi baxımından nəzərə alınmalı olan ümumi ünsürlərin müəyyən edilməsi vacibdir.³ Bu ünsürləri *iztirab və sarsıntının ağırlıq dərəcəsi, zərərçəkənlə əlaqəli meyarlar və təqsirkarla əlaqəli meyarlar* olmaq surətilə məqaləmizdə 3 başlıq altında dəyərləndirdik.

A. İztirab və sarsıntının ağırlıq dərəcəsi

Zərər, zərərçəkənin hiss etdiyi fiziki və ya psixoloji ağrı şəklində ortaya çıxdığına görə təzminat bu ağrının dərəcəsinə mütənasib olur. Ağrının şiddəti zərərin ağırlığının müəyyən edilməsində diqqətə alınsa da, zərərin ağırlığı

³ Ferit H. Saymen. Manevi Zarar ve Tamini Sureti, s.181 (Doktora tezi. İstanbul, 1940)

obyektiv faktorlara görə dəyərləndirilir. Belə obyektiv faktorlara törədilən hüquqazidd əməlin növünü, ölçüsünü, şiddətini, davam etdiyi müddəti, zərərçəkən şəxsə mənfi fiziki və psixoloji təsirini misal göstərmək olar.⁴ Zərərin ağırlığının çox olması təzminat miqdarının yüksək olmasını, zərərin ağırlığının az olması isə təzminat miqdarının aşağı olmasını şərtləndirir. Məsələn, qüsurlu əməliyyat nəticəsində ölənlər bir şəxsin ailəsinin çəkdiyi izzətlə, çox faciəvi bir şəkildə ölənlər bir şəxsin ailəsinin yaşayacağı izzət arasında böyük fərq vardır.⁵ Bunun kimi, bir şəxsin avtomobil qəzasında yaralanaraq bir müddət xəstəxanada qalması səbəbilə məruz qaldığı mənəvi zərərin, təhqir olunması səbəbilə başqa bir şəxsə dəyən mənəvi zərər qədər ağır olmadığını obyektiv faktorları nəzərə alaraq deyə bilərik.⁶ Lakin *Azərbaycan Respublikası Ali Məhkəməsi Plenumunun 2008-ci il 3 noyabr tarixli "Mənəvi zərərin ödənilməsi barədə qanunvericiliyin məhkəmələr tərəfindən tətbiqi təcrübəsi haqqında" Qərarında* izzət və sarsıntıının ağırlıq dərəcəsinin mənəvi zərərin ödənilməsi tələbinin rədd edilməsi üçün əsas olmadığı göstərilmişdir. Daha sonra verəcəyimiz izahatlar zamanı bu mövqenin düzgün olmadığını görəcəyik.

Şəxsin indiki halda içində olduğu fiziki və psixoloji neqativ vəziyyətin gələcəkdə şəxsə hansı mənfi fiziki və psixoloji təsirlər göstərəcəyi də mənəvi təzminatı müəyyən edərkən nəzərə alınır.⁷ Beləliklə, mənəvi zərəre məruz qalan, lakin onun təsirini hiss və ya dərk etməyən azyaşlı uşaq, koma vəziyyətində olan xəstə və ya anlaşıq vəziyyətdə olan şəxslər bu səbəbdən daha az miqdarda təzminat almaqla kifayətlənmək məcburiyyətində qalırlar.⁸ Hətta sağ doğulması şərt ilə ana bətnindəki dölün müəyyən miqdarda mənəvi təzminat tələb etmək hüququnun olduğunu söyləmək mümkündür.⁹

İsveçrə Federal Məhkəməsinin mənəvi təzminatın miqdarının çox aşağı olmaması barədə belə bir qərarı vardır: "... təzminatın ədalətə uyğun olması vacibdir. Bu səbəbdən mənəvi təzminatın miqdarı iddiaçının məruz qaldığı mənəvi zərərin son həddi ilə mütənəsb olmalıdır. Xüsusilə, çox aşağı olmamalıdır".¹⁰

Təzminatın miqdarının çox aşağı olmaması vacib olduğu kimi, miqdarın çox yüksək olmaması da nəzərə alınmalıdır. Əks təqdirdə zərərçəkənə çox şişirdilmiş bir məbləğin verilməsi şəxsə fəlakəti arzulamaq kimi bir vəziyyət yaratmaqla yanaşı, eyni zamanda haqsız qazanc əldə etməsinə də şərait yaradacaqdır.¹¹

Mənəvi təzminatın miqdarının müəyyən edilməsində əsas götürülən digər meyar dövriyyədəki pulun alıcılıq qabiliyyətidir. Hakimin təzminata qərar verdiyi tarixdəki pulun alıcılıq qabiliyyətini əsas götürərək təzminatın miqdarının çox aşağı və ya yuxarı olmasını nəzər alması vacib şərtlərdəndir.

Zərərçəkən şəxsə izzət və ağırlığın mövcud olmadığı və ya zərərçəkmiş şəxsin təqsirkarı bağışlayaraq barışıq əldə olunması halında mənəvi təzminat

⁴ Çetin, s. 92

⁵ Saymen, s. 181

⁶ Çetin, s. 92

⁷ Şeref Ertaş. Manevi Taminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti, s.146 (İstanbul, 1990)

⁸ Çetin, s.93

⁹ Ertaş, s. 89-90; Kılıçoğlu, s. 1241

¹⁰ Federal Mahkeme. İsviçre. Hukuk Dairesi. 24.3.1964 Beneraz-Bechir (Frankodan eyniylə)

¹¹ Nisim Y. Franko. Şeref ve Haysiyetten Doğan Manevi Zararın Tazmini, s.147 (Doktora tezi. Ankara. 1973)

ödənilmir.¹²

İztirab və sarsıntının ağırlıq dərəcəsinə təsir göstərən faktorlardan biri də ölən və ya cismani zərərə məruz qalanın¹³ yaxınlarının mənəvi təzminat tələb etmələri halında onların zərərçəkmiş şəxslə qanbağı, qohumluq dərəcəsi və şəxsi münasibətlərinin xarakteridir. Təbiidir ki, ölən yaxınlarına ödənəcək mənəvi təzminatın miqdarı cismani zərərə məruz qalanın yaxınlarına ödənilən miqdardan çox olmalıdır.¹⁴ Yaxınlara ödəniləcək mənəvi təzminatın miqdarında qanbağı və qohumluq əlaqəsinin dərəcəsi qədər bunlardan müstəqil olaraq mövcud olan şəxsi münasibətlərin xarakteri də əhəmiyyət kəsb edir. Qanbağı və qohumluq əlaqəsinin dərəcəsi nə olursa olsun, bu şəxslər arasında münasibətlərin qənaətbəxş olmaması halında mənəvi təzminat tələbi rədd edilə bilər.¹⁵ Məsələn, ölən şəxslə çox yaxşı münasibəti olan və daimi şəkildə onun yanında qalan əmisi oğluna ödəniləcək mənəvi təzminatın miqdarı, münasibətləri pis olan və uzun zaman ərzində atasını görməyən, onunla maraqlanmayan oğula ödəniləcək təzminat miqdarından çox olacaqdır.

Ölən və ya cismani zərərə məruz qalan şəxsin yaxınlarına ödənilən mənəvi təzminatın miqdarı müəyyən edilərkən aşağıdakılar nəzərə alınmalıdır:

1. Ərin və ya arvadın təzminat tələbində evlilik həyatının müddəti, ərlə arvad arasındakı yaxınlıq, vəfat edənin ölməzdən əvvəlki sağlamlıq vəziyyəti və həyatda qalan həyat yoldaşının yenidən evlənməsi ehtimalı nəzərə alınacaqdır.

2. Uşaqların xeyrinə mənəvi təzminata qərar verərkən uşağın yaşı, fiziki və psixi sağlamlığı, uşaq evində qalıb-qalmayacağı əhəmiyyət kəsb edir. Birdən çox uşaq olarsa, xüsusi və tələb olunan səbəblər olmadığı təqdirdə onlara fərqli təzminat müəyyən edilmir.

3. Ana və atanın mənəvi təzminat istəməsi halında da yuxarıda göstərilənlər eyni qaydada nəzərə alınır. Prinsip etibarilə ana və ataya eyni miqdarda mənəvi təzminat müəyyən edilir. Lakin onlardan yalnız biri ilə, məsələn anası ilə birlikdə yaşayan uşağın ölməsi və ya cismani zərərə məruz qalması halında ananın xeyrinə fərqli bir təzminat miqdarı müəyyən edilə bilər.

B. Zərərçəkənlə əlaqəli meyarlar

Maddi zərərin təzminində zərərçəkənin şəxsiyyəti zərərin hesablanmasına təsir etməsə də, mənəvi zərərin müəyyən edilməsində əsas meyar hesab edilir.¹⁶ Zərərçəkənlə əlaqəli meyarları *hissetmə qabiliyyəti, bədən quruluşu və dözümlülüyü, yaşı və cinsiyyəti, işgüzar nüfuzu və sosial vəziyyəti, həyat tərzini və vərdişləri, iqtisadi vəziyyəti və birgə məsuliyyət* olmaq üzrə başlıqlara ayıra bilərik.

¹² Franko, s. 150-151; Bax. IV. Hukuk Dairesi. 18.4.1977 Tüzük, E.4229, Karar. 4519

¹³ Cismani zərər anlayışına psixi pozuntu, əsəb pozuntusu və ya xəstəliyi və s. kimi halların daxil edildiyi qəbul edilmişdir. Hər hansı şəxsin cismani zərərə məruz qalması nəticəsində onun (ana, ata, ər-arvad kimi) çox yaxınlarından birinin də eyni əməl səbəbindən hüquqla qorunan sağlamlığı ağır şəkildə pozulmuşsa, onlar da qanun çərçivəsində mənəvi təzminat tələb edə bilərlər. Bu halda yaxınların zərərləri ilə hüquqazidd əməl arasında uyğun səbəbli əlaqə olması və onların zərərlərinin qanun çərçivəsində qorunması vacib şərtidir.

¹⁴ Kılıçoğlu, s. 1235

¹⁵ Ertaş, s. 92

¹⁶ Saymen, s. 181

1) Zərərçəkənin hissetmə qabiliyyəti

Mənəvi zərərin maddi ünsürlərindən biri ağrı və iztirab olduğundan, psixoloji vəziyyətin müəyyən edilməsində zərərçəkənin hissetmə qabiliyyəti əhəmiyyət kəsb edir. Nəticə etibarilə ağrı və iztirab nə qədər dərinə hiss edilərsə, mənəvi təzminatın miqdarı da bir o qədər yüksək olmalıdır.

Elmi ədəbiyyatlarda göstərilən *hissetmə qabiliyyəti* haqqında qəbul edilən nəzəriyyə belədir ki, "Zərərçəkənin hissetmə qabiliyyəti (receptivite) - ifadə edilməsinə və həssaslığına görə xarici hadisələrdən az və ya çox dərəcədə təsirlənmə qabiliyyətini ehtiva edən bu ünsür, xüsusilə, mənəvi təzminatın müəyyən edilməsində əhəmiyyətlidir. Bu ünsürü amerikan və ingilis məhkəmələri xüsusi olaraq nəzərə almaqda, fransız məhkəmələri mövqesiz qalmaqda, İsveçrə Federal Məhkəməsi isə hərtərəfli qaydada mənimsəməkdədir. Hakim əmələ gələn zərəri tam olaraq müəyyən edə bilmək üçün zərərin zərərçəkən tərəfindən hansı dərəcəyə qədər hissedildiyini araşdırır və təzminatı buna görə müəyyən edir".¹⁷

Bu ünsür haqqında Türkiyə Ali Məhkəməsinin bir qərarında belə deyilir: "Mənəvi təzminatın müəyyən edilməsində iddiaçının vəziyyəti xüsusi əhəmiyyətə malikdir. Məhkəmə düzgün nəticəyə gəlmək üçün iddiaçının sosial, iqtisadi və ailə şərtləri qədər onun hissetmə qabiliyyətini də araşdırmalıdır. Çünki iddiaçının hadisə nəticəsində hiss etdiyi ağrı və iztirabın dərəcəsi yalnız bu yolla müəyyən edilə bilər".¹⁸

Hissetmə qabiliyyətinə malik olmayanların mənəvi təzminat tələb etmək hüququnun olmadığını söyləmək düzgün sayılmaz. Bu zaman hakim insanlarda ortaq hissetmə ölçüsünü müəyyən edərək buna görə qərar verir.¹⁹ Bununla yanaşı hakim hissetmə qabiliyyətini yalnız həmin andakı vəziyyətə görə deyil eyni zamanda gələcəkdəki vəziyyətə görə də nəzərə almalıdır.²⁰ Göstərilənləri nəzərə alaraq deyə bilərik ki, hadisə anında anlaşıqz olan şəxsin hissetmə qabiliyyəti olmasa da, gələcəkdə sağlamlığı ehtimalı varsa, hadisə səbəbilə gələcəkdə hiss edəcəyi iztirab, ağrı şəxsə mənəvi təzminat tələb etmək imkanı yaradır.

2) Zərərçəkənin bədən quruluşu və dözümlülüüyü

Şəxsin bədən quruluşu və dözümlülüüyü onun yaşı və cinsiyyətinə uyğun olaraq dəyərləndirilir. Ümumi götürdükdə, gənc şəxslər fiziki ağrıya qarşı uşaq və qocalara nisbətən daha dözümlü olurlar lakin psixoloji problemləri uşaq və yaşlı şəxslər gənclərə nisbətən daha asan dəf edirlər.²¹ Bədən quruluşundakı anormallıq və ya şikəstlik kimi vəziyyətlər zərərin əmələ gəlməsinə təsir göstəriblərsə, mənəvi təzminatın miqdarı buna uyğun nisbətdə azaldılır. Lakin əksinə, məsələn bir gözü kor olan şəxsin digər gözünün də kor olması, hər iki gözü görün birisi ilə müqayisədə ona daha çox mənəvi təzminat istəmək haqqı verir.

3) Zərərçəkənin yaşı və cinsiyyəti

Fiziki ağrıya dözümlülükdən əlavə zərərçəkənin yaşı və cinsiyyəti silinməz, qalıcı fiziki zərərlərə məruz qaldığı hallarda əhəmiyyət kəsb edir. Misal olaraq, bədənin görünən bir yerində qalıcı fiziki zərər kişilərlə müqayisədə qadınlarda daha çox kədərə yol açar. O cümlədən həyatda qalma müddəti nəzərə alınarsa, silinməz fiziki zərərlər baxımından yaşlı şəxslərə nisbətən gənclərə

¹⁷ Saymen, s.183

¹⁸ Hukuk Genel Kurulu. 8.12.1965 T., E. 65/892, Karar. 450 (Hakan Topbaşdan eynilə)

¹⁹ Franko, s.143

²⁰ Saymen, s. 183

²¹ Ertaş, s.93

daha çox mənəvi təzminat ödənməlidir

4) Zərərçəkənin işgüzar nüfuzu və sosial vəziyyəti

Mənəvi təzminatın miqdarının müəyyən edilməsində zərərçəkənin işgüzar nüfuzu və sosial vəziyyəti çox mühüm amillərdən hesab edilir. Bu meyarla bağlı hüquq alimləri müxtəlif fikirlər irəli sürürlər. Bir qrup alimlər belə hesab edir ki, şəxsin şərəf və ləyaqətinin alçaldılmasına yönəlmiş hərəkətlər olduğu zaman bu hərəkətlər şəxsin işgüzar nüfuzundan və sosial statusundan asılı olaraq ona fərqli təsirlər göstərir.²² Mənəvi zərər psixoloji vəziyyətlə əlaqəli olduğuna görə eyni bir hadisə ayrı-ayrı şəxslərə müxtəlif cür təsir göstərə bilər. Məsələn, kiçik bir mühitdə yaşayan və çox az insan tərəfindən tanınan şəxsin əleyhinə qəzetlərdə və ya kütləvi informasiya vasitələrində yayılan xəbərlə bir millət vəkili, çox məşhur həkim və ya universitet professorunun əleyhinə çıxarılan xəbərin əmələ gətirəcəyi zərər arasında həm həcm, həm də məzmun etibarilə fərqliliklər olacaqdır. Buna əks olaraq digər qrup alimlər isə şəxsin şərəf və ləyaqətinin cəmiyyətdə tutduğu mövqeyə görə dəyişməsinin ədalət prinsipinə uyğun olmadığını və şəxsiyyət hüquqlarının obyektiv meyarlara əsaslanaraq dəyərləndirilməsinin vacib olduğunu söyləyirlər.²³ Şəxslərin işgüzar nüfuzuna və sosial statusuna xələl gətirə biləcək maddi zərərlərə misal olaraq bir futbolçunun ayağının, bir pianoçunun barmaqlarının qırılmasını, bir fotomodelin üzündə silinməz iz qalmasını göstəriirlər. Psixoloji vəziyyətlə əlaqəli olaraq isə belə hesab edirlər ki, zərərin sosial mövqeyə təsirini zərərçəkənin işgüzar nüfuzunun azalıb azalmadığına görə müəyyən etmək lazımdır.

Nəticə olaraq deyə bilərik ki, ikinci nəzəriyyənin birincini tənqid etməsi haqsız və yersizdir. Çünki ikinci nəzəriyyə tərəfdarları da öz mövqelərində işgüzar nüfuzdan bəhs etməklə dolayı yolla birinci nəzəriyyə tərəfdarları ilə eyni fikirləri bölüşürlər. Birinci nəzəriyyə tərəfdarlarının məsələyə baxış nöqtəsi şəxsin cəmiyyətdəki nüfuzudur. Bu vəziyyətdə birinci nəzəriyyəni yanlış hesab etmək əvəzinə sadəcə məsələyə yalnız psixoloji mövqedən yanaşdığı üçün əskik olmasını demək daha doğru olardı. Bizim mövqeyimizə görə isə mənəvi təzminatın miqdarının müəyyən edilməsi zamanı şəxsin işgüzar nüfuzu və sosial statusu hakim tərəfindən bilavasitə nəzərə alınmalıdır.

5) Zərərçəkənin həyat tərzini və vərdisləri

Əmələ gələn mənəvi zərərlərdə zərərin şəxslərin həyat tərzini dəyişib-dəyişmədiyi nəzərə alınır. Məsələn, anası xəstə olan birinin müntəzəm olaraq anasını avtomobillə xəstəxanaya aparması vacib ikən onun avtomobili idarə edə bilməyəcək vəziyyətə düşməsi və ya dininə çox bağlı olan bir kəsin ibadətlərini həyata keçirə bilməyəcək vəziyyətə düşməsinə göstərmək olar. Hər iki hal mənəvi təzminatın miqdarının müəyyən edilməsində mütləq nəzərə alınmalıdır.²⁴

6) Zərərçəkənin iqtisadi vəziyyəti

Mənəvi təzminata təsir edən ünsürlərdən biri kimi zərərçəkənin iqtisadi vəziyyəti həm məhkəmə təcrübəsi həm də hüquq ədəbiyyatları tərəfindən birmənalı qəbul edilsə də bununla bağlı müxtəlif fikirlərin mövcudluğu istisna edilmir. Belə ki:

²² Saymen, s. 182; Franko, s. 144

²³ Ertaş, s. 95; Çetin, s. 97-98

²⁴ Eickhoff şəxsin çox xüsusi qabiliyyəti sarsılmadığı hallarda bu ünsürün nəzərə alınmasının vacib olmasını irəli sürmüşdür. (Ertaş, s. 96)

1. Bir çox alim mənəvi zərərin kompensasiyasının zərərçəkənin əmlakı ilə düz mütənasib olmasını vacib sayır. Çünki hər kəsin qane olma səviyyəsi eyni deyildir. Yoxsul şəxsə çox gələn bir məbləğ varlı birinə az gələ bilər və bu da qane edici olmaz. Məsələn, iztirabını bir miqdar spirtli içki qəbul edərək aradan qaldırmağı bacaran şəxslə sarsıntısını yalnız böyük məbləğlərdə kompensasiya vasitəsilə aradan qaldıra biləcək şəxs arasında fərqlilikləri nəzərə almaq lazımdır.²⁵

2. Bəzi alimlər tərəfindən iqtisadi baxımdan zəif olan birinin zərərdən sonra həyatına eyni şəkildə davam etməkdə çətinlik çəkəcəyi qəbul edilərək bu ünsürün təzminatı artıran bir ünsür kimi qiymətləndirilməli olduğu ortaya atılır.

3. Digər bir fikir tərəfdarları isə zərərçəkənin iqtisadi vəziyyətinin yalnız onun hadisədən əvvəlki əmlak vəziyyətinə və gəlirlərinə görə deyil, eyni zamanda hadisədən sonra əldə etdiyi müavinətlər, təminatlar və digər sosial sığorta ödənişlərinə əsasən nəzərə alınmalı olduğunu bildirirlər.

Nəticə olaraq əgər mənəvi təzminatın ödənilməsində sırf zərərçəkənə stimül vermək mövqeyi əsas tutularsa, birinci nəzəriyyə baxımından sadəcə olaraq zərərin kompensasiyası mövqeyindən çıxış edilsə o zaman ikinci və üçüncü fikirlər əsas götürüləcəkdir. Bizə görə isə bu ünsür varlı şəxsə daha çox mənəvi təzminata qərar verilməsi qismində deyil, eyni zamanda yoxsul şəxsə əsassız varlanmanın yolverilməzliyi prinsipi rəhbər tutularaq mənəvi təzminat müəyyən edilməsi kimi qiymətləndirilməlidir.

7) Birgə məsuliyyət hali

AR MM-nin 458-ci maddəsini əsas götürərək deyə bilərik ki, zərərin əmələ gəlməsində təqsirkarla yanaşı zərərçəkənin də təqsiri olmuşdursa, təzminat miqdarında mütənasib olaraq azalma mövcud olacaqdır. Aydınlaşdırılmalı olan əsas məsələ zərərin tərəflərdən hansının daha ağır təqsiri nəticəsində əmələ gəlməsidir. Bu zaman yalnız zərərçəkənin təqsiri deyil, həmçinin onun qanuni nümayəndəsinin, işçilərinin və digər məsul olduğu şəxslərin təqsirli hərəkətləri də birgə məsuliyyət halını yaradacaqdır.²⁶ Əgər zərərçəkənin təqsiri baş vermiş zərərlə törədilən hüquqazidd əməl arasındakı uyğun səbəbli əlaqəni kəirsə, mənəvi təzminat istənilə bilməz. Kəsmədiyi hallarda mənəvi təzminatın ödənilməsi barədə qərar verilə bilər.

C. Təqsirkarla əlaqəli meyarlar

Mənəvi təzminatın miqdarının müəyyən edilməsində hüquqa zidd əməl törədənə bağlı meyarlar zərərçəkənlə bağlı meyarlar qədər əhəmiyyət kəsb etməsə də, mənəvi təzminatın tam və ədalətli olması üçün onları da nəzərə almaq lazımdır. Bu **meyarları təqsirkarın təqsirinin dərəcəsi, təqsirkarın sosial statusu və təqsirkarın iqtisadi vəziyyəti** olaraq üç başlığa bölmək olar.

1) Təqsirkarın təqsir dərəcəsi

Mənəvi təzminatın müəyyən edilməsində cəza nəzəriyyəsindən çıxış edən alimlər təqsirkarın təqsirinin dərəcəsinə təzminatın miqdarının müəyyən edilməsindən əhəmiyyətli ünsür kimi qiymətləndirirlər. Hər nə qədər məsələyə

²⁵ Saymen, s. 181-182; Franko, s. 144-145

²⁶ Ertaş, s. 99

bu mövqedən yanaşılmasa da, təqsirkarın təqsirinin dərəcəsinin mənəvi təzminatın miqdarının müəyyən edilməsinə təsiri vardır. Çünki ehtiyatsızlıqla zərərin əmələ gəlməsinə səbəb olan şəxslə həmin zərəri qəsdlə meydana gətirən şəxsə eyni miqdarda mənəvi təzminat müəyyən etmək ədalətsizliyə yol açır. Misal üçün əhli-kef olması səbəbilə nişanı pozan bir şəxslə nişanlı qızın gələcəyini məhv etmək, qızı çirkin böhtanlara məruz qoymaq, kin və ya düşmənçilik kimi niyyətlərlə nişanı pozan şəxs arasında mənəvi təzminat miqdarında, az da olsa, bir fərq qoyulmalıdır.²⁷

Təqsirli məsuliyyət hallarında zərərvuranın təqsirinə diqqət yetirilsə də, təqsirsiz və ya obyektiv məsuliyyət hallarında diqqət yetirilməli əsas məsələ obyektiv məsuliyyət daşıyan şəxsin təqsir dərəcəsidir.²⁸

Ağır fiziki zərər hallarında mənəvi təzminat müəyyən edilərkən təqsirkarın təqsir dərəcəsinin təzminatın müəyyən edilməsinə təsiri minimuma endirilməlidir, yəni təzminat miqdarı çox aşağı salınmamalıdır.²⁹ Zərərin əmələ gəlməsində təqsirkarla yanaşı onun təmsilçilərinin də təqsiri olarsa, o zaman bu hallar aydınlaşdırılır.³⁰

2) Təqsirkarın sosial statusu

Zərərcəkənin iztirab və sarsıntıya məruz qalmasında bu zərəri əmələ gətirənin şəxsiyyəti əhəmiyyət kəsb edən hallardan biridir. Zərəri əmələ gətirən təqsirkarın sosial nüfuzu nə qədər yüksək olarsa, bu zərərdən duyulan iztirab o nisbətdə artacaqdır. Məsələn, yolu kifayət qədər sürətli keçməməsi səbəbilə yük maşını sürücüsü tərəfindən təhqir edilən bir şəxsdə bu hadisə mənəvi zərər əmələ gətirməyə bilərsə də, eyni təhqirin sosial nüfuzu yüksək biri tərəfindən hər hansı konfransda deyilməsi və ya məqalədə dərc edilməsi böyük bir mənəvi zərəre səbəb ola bilər.³¹ Və yaxud sosial mövqe baxımından çox yüksəkdə olan birinin sadə vətəndaşlar tərəfindən təhqir olunması həmin şəxsdə zərər əmələ gətirməsə də, sosial mövqeyi yüksək olan birinin mövqe baxımından özündən aşağı şəxsləri təhqir etməsi halında həmin şəxslərdə mənəvi zərər meydana gələcəkdir. Bu səbəbdən təzminatın miqdarının müəyyən edilməsi zamanı hakim təqsirkarın sosial statusunu və cəmiyyətdə tutduğu mövqeyi nəzərə alaraq təzminata qərar verməlidir.

3) Təqsirkarın iqtisadi vəziyyəti

Təqsirkarın iqtisadi vəziyyəti ilk növbədə onun əleyhində veriləcək təzminatın hansı formada olmasını müəyyən edir. Çünki iqtisadi vəziyyəti qənaətbəxş olan təqsirkara pul formasında kompensasiya cəzası vermək yerinə onu zərərcəkmişdən üzr istəməsinə məcbur etmək daha effektiv olacaqdır.

Təqsirkarın iqtisadi vəziyyəti təzminatın miqdarına birbaşa olaraq təsir etmir. Lakin bu zaman təqsirkarın təzminatı ödəyərkən çətin vəziyyətdə qalıb-qalmayacağı əhəmiyyət kəsb edir. Mənəvi təzminatın miqdarı təqsirkarın iqtisadi cəhətdən məhvə səbəb olmamalıdır. Bu səbəblə aparılan araşdırmalarda təqsirkarın fəaliyyət qabiliyyətli olub-olmaması, ailə şəraiti, sığorta və digər təminatlarının olub-olmaması dəyərləndirilməlidir.

Birdən çox zərərcəkənin olması halında çıxarılan təzminat qərarı təqsirkarı iqtisadi cəhətdən çıxılmaz vəziyyətə salmamalıdır. Bu baxımdan

²⁷ Saymen, s. 183-184

²⁸ Çetin, s. 101

²⁹ Ertaş, s. 100

³⁰ Ertaş, s. 101

³¹ Saymen, s. 184

birdən çox zərərçəkən olarsa, o zaman müəyyən edilmiş təzminat miqdarı zərərçəkənlər arasında onların yaşadığı izzatlıqlar nisbətində bölüşdürülməkdir.³²

Nəticə

Mənəvi təzminatın miqdarı maddi təzminatdakı kimi konkret meyarlarla ölçülə bilmədiyindən mənəvi təzminatın miqdarını müəyyən edərkən hakim hər şeydən əvvəl baş vermiş hadisəni çox dərinlən analiz etməlidir. Çünki mənəvi təzminatın miqdarını təyin edən meyarlar hər hadisənin öz içində müxtəlif formada təzahür edir. Ədalətli və düzgün qərar verə bilmək üçün bu meyarların dəqiq araşdırılaraq müəyyənləşdirilməsi vacibdir. Hər hadisə baxımından müxtəlif meyarlar meydana çıxdığından dolayı bu məqaləmizdə sadəcə ümumi meyarlara toxunmaqla kifayətləndik. Məqalədə diqqət yetirildiyi üzrə mənəvi təzminatın miqdarının müəyyən edilməsi üçün nəzərə alınmalı olan meyarlar bir-birilə iç-içə keçmiş vəziyyətdədir. Bu meyarları kitab kimi üst-üstə yığaraq deyil, daha çox hər birini pəzilin bir parçası kimi qiymətləndirib, əvvəlcə parçaların hamısını birləşdirmək, daha sonra isə bütöv şəklə görmək lazımdır. Hakim “şəklə bütöv görə bildiyi” anda artıq ədalətli və düzgün qərar vermək üçün qarşısında heç bir maneə qalmayacaqdır. Son olaraq qeyd edək ki, hakimə qanunvericilik tərəfindən mənəvi təzminatın miqdarının müəyyən edilməsində çox geniş səlahiyyət verilmişdir. Hakimin bu səlahiyyətləri icra edərkən çox həssas davranmalı və zərərçəkənə haqlı olduğu, o cümlədən təqsirkərə də haqsız olduğu ölçüdə, ədalətli iradə ortaya qoyaraq təzminat müəyyən etməsi məqsədəuyğundur.

³² Franko, s. 155

*Ruslan Mirzəyev**

Beynəlxalq Kommersiya Arbitrajında ictimai qayda: Azərbaycan perspektivi

Annotasiya

Arbitraj mübahisələrin həll edilməsinin xüsusi metodu olaraq, heç də hər zaman arbitraj qərarları müvafiq dövlətlərin qanunlarına və hüquqi maraqlarına uyğun olmur. Bu problemlərdən yayınmaq üçün konvensiyalar, milli qanunlar və model qanunvericilik aktları ictimai qayda konsepsiyası şərtini qoyur. Arbitraj qərarları arbitrajın yerləşdiyi və ya ev sahibi dövlətin ictimai qayda şərtlərinə uyğun olmalıdır. Buna baxmayaraq, başqa dövlətlərdən fərqli olaraq Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyi ictimai qayda şərtini irəli sürmür. Bunun əvəzinə Azərbaycan Respublikasında arbitraj qərarları Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyası ilə uyğunluq təşkil etməlidir. Bu məqalə, bu cür qanunvericiliyin dövlətin suverenliyinə və rifahına yaratdığı riskdən və digər dövlətlərin məhkəmə qərarları və qanunvericilik təcrübəsini, alimlərin fikirlərini və beynəlxalq təşkilatların ictimai qayda konsepsiyasına dair şərhlərini müzakirə edir.

Summary

As arbitration is a private method of adjudication, arbitral awards are not always in compliance with the laws and legitimate interests of relevant states. In order to avoid such problems conventions, national laws and model laws stipulate public policy rule. Arbitral awards are required to be in compliance with the public policies of states of lex arbitri or host states. However, unlike most other countries the legislation of Azerbaijan Republic does not stipulate the public policy rule. Instead in Azerbaijan Republic arbitral awards are required to be in accordance with the Constitution of Azerbaijan Republic. The article discusses the risks such a state of legislation may pose on the sovereignty and welfare of the country and analyzes laws and court decisions of other countries, and opinions of scholars and international organizations, on interpretation of the public policy rule.

Bu konsepsiyayı milli qanunvericiliyə daxil etməkdən imtina etməsinə baxmayaraq, Azərbaycan Respublikası üzərinə götürdüyü beynəlxalq öhdəliklərlə bağlı bu konsepsiya ilə üzləşməli olur. "Beynəlxalq arbitraj haqqında" Azərbaycan Respublikasının Qanunu Birləşmiş Millətlər Təşkilatının Beynəlxalq Ticarət Hüququ üzrə Komissiyasının (UNCITRAL) 1985-ci il redaksiyadakı Beynəlxalq Kommersiya Arbitrajı üzrə Model Qanunu əsasında tərtib olunmuşdur. Qeyd edilən qanun 1999-cu ildə Azərbaycan Respublikası Milli Məclisi tərəfindən qəbul olunarkən, 34.2 b (ii) və 36.1 b (ii) maddələri istisna olmaqla Model Qanuna heç bir digər əsaslı dəyişiklik edilməmişdir.¹ Model Qanunun 34.2 b (ii)-ci maddəsi arbitraj qərarlarının mübahisələndirilməsi üçün, 36.1 b (ii)-ci maddəsi isə arbitraj qərarlarının tanınması və icrasından imtina üçün əsaslardan biri kimi arbitraj qərarının

*Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsi, Mülki proses və Kommersiya hüququ kafedrasının müəllimi, Hüquq üzrə fəlsəfə doktoru

¹ "Beynəlxalq arbitraj haqqında" Azərbaycan Respublikası Qanunu, №: 757-IQ, 18.11.1999

ictimai qaydaya uyğun olmamasını göstərir. Qeyd etmək lazımdır ki, Model Qanunun 36.1 b (ii)-ci maddəsi Azərbaycanın da qoşulduğu “Xarici arbitraj qərarlarının tanınması və icrası haqqında” 1958-ci il Nyu-York Konvensiyasının V. 2 (b) maddəsi ilə eyniyyət təşkil edir.² Yəni, Model Qanun və Konvensiyanın müvafiq maddələri arbitraj qərarlarının aidiyyəti dövlətin ictimai qaydasına uyğun olmasını tələb edir. Lakin, Milli Məclis Azərbaycan Respublikası üçün yeni olan ictimai qayda konsepsiyasını qanunvericiliyə daxil etməmək qərarına gəlmiş və qanunun 1999-cu ildə qəbul olunan versiyasında arbitraj qərarlarının ictimai qaydaya deyil, ümumilikdə Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyinə uyğun olması tələbini müəyyən etmişdir. Belə bir müddəə digər bir çox ölkələrin qanunvericiliyi ilə müqayisədə konservativ bir addım idi və beynəlxalq arbitraj qərarlarının Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyinin bütün imperativ normalarına uyğun olmasının tələb edirdi. Arbitraj qərarının hər hansı bir imperativ normaya zidd olması onun etibarsızlığına və ya onun tanınmasından və icrasından imtina olunmasına səbəb ola bilərdi. Lakin, 2005-ci ildə Milli Məclis qeyd edilən qanuna dəyişiklik edərək, beynəlxalq arbitraj qərarlarının bütün qanunvericiliyə deyil, yalnız Azərbaycan Respublikası Konstitusiyasına uyğun olması barədə müddəanı qanuna daxil etdi.³ Nəticə etibarilə, Azərbaycan Respublikası davamlı şəkildə ictimai qayda konsepsiyasını milli arbitraj qanunvericiliyinə daxil etməkdən imtina etdi.

Beynəlxalq arbitraj qərarının mübahisələndirilməsi və ya tanınma və icrasından imtina olunması üçün Konsitusiyaya və ya ictimai qaydaya uyğunluğun hansının daha geniş əhatə dairəsinə malik olduğu bəlli deyil, bu, onların şərhindən asılıdır. Lakin aşağıda aparılan analiz göstərir ki, adətən ictimai qayda daha geniş anlayışdır və konstitusiyaya əməl olunması da onun tərkib hissəsidir.

UNCİTRAL Model Qanununu belə bir dəyişikliklə qəbul edərək Azərbaycan Respublikası həm Respublika ərazisində arbitraj prosesi keçirilərkən, həm də xarici arbitraj qərarları Respublikada icra olunarkən öz ictimai qaydası ilə bağlı tələblərindən imtina etmişdir. Çünki, Azərbaycan Respublikası ərazisində qəbul olunan arbitraj qərarının mübahisələndirilməsi zamanı yalnız “Beynəlxalq arbitraj haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanunu tətbiq olunur. Xarici arbitraj qərarlarının Azərbaycan ərazisində icrasına münasibətdə isə Nyu-York Konvensiyasının müddəasına uyğun olaraq yenə də “Beynəlxalq arbitraj haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanunu tətbiq olunur. Baxmayaraq ki, Konstitusiyaya əsasən Azərbaycan Respublikasının qoşulduğu beynəlxalq sazişlər və qanunlar arasında ziddiyyət yaranarsa, beynəlxalq sazişlər tətbiq olunur⁴, Nyu-York Konvensiyası maraqlı tərəfə imkan verir ki, daha əlverişli qaydaya (rejimə) istinad etsin⁵. Konvensiyanın müddəası ikimənalı oxunsa da, burada maraqlı tərəf dedikdə xarici arbitraj qərarını icra

² “Xarici arbitraj qərarlarının tanınması və icrası haqqında” Konvensiyaya qoşulmaq barədə Azərbaycan Respublikası Qanunu, № 734-I, 9 Noyabr, 1999

³ “Beynəlxalq arbitraj haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanununda dəyişikliklər edilməsi barədə Azərbaycan Respublikasının Qanunu, №: 915-IIQD, 10.05.2005

⁴ Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyası. Maddə 151.

⁵ New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Article VII. (June 10, 1958)

etmək üçün müraciət edən tərəf nəzərdə tutulur.⁶ Bu qayda həm də Nyu-York Konvensiyasının “daha əlverişli hüquq müddəası” adlanır. Bu səbəbdən də, əgər milli qanunvericilik xarici arbitraj qərarlarının tanınması üçün daha əlverişlidirsə, arbitraj qərarının icrasında maraqlı olan tərəf Konvensiya deyil, sadəcə milli qanunvericiliyin əsasında qərarın icrası üçün müraciət edə bilər. Bu müddəa Azərbaycana tətbiq edildikdə isə nəticə belədir: əgər xarici arbitraj qərarı Azərbaycan Respublikasındakı ictimai qaydaya ziddirsə, lakin Konstitusiyaya uyğundursa, qərarın icrasında maraqlı olan şəxs milli qanunvericiləy istinadən qərarın icrasının tələb edə bilər.

Mövcud qanunvericiliyin hazırkı vəziyyətinin müsbət cəhəti ondan ibarətdir ki, qanun mücərrəd bir ictimai qaydaya deyil, məlum bir sənədə, Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyasına istinad edir, bununla da arbitrajın keçirilməsi və arbitraj qərarlarının tanınması üçün çox ərverişli bir mühit yaradır. Əlbəttə ki, qanunun dəqiqliyi biznes mühitinin inkişafına müsbət təsir göstərir. Lakin əgər tərəzinin bir tərəfində biznes mühiti (o cümlədən investisiya mühiti) durursa, digər tərəfində dövlətin suveren maraqları durur. Qanunvericiliyin hazırkı vəziyyəti dövlət maraqları və dövlətin suveren hüquqları üçün müəyyən mənada risk yarada bilər. Belə bir risk isə heç də mücərrəd deyildir.

Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyası Respublikanın qanunvericilik sisteminin əsasıdır.⁷ Təbiidir ki, heç bir konstitusiya cəmiyyətin və dövlətin bütün maraqlarını, ən azından cari maraqlarını, əks etdirə bilməz. Dövlətin və cəmiyyətin maraqlarına toxunan bir çox məsələ qanun, fərman və digər normativ və normativ xarakterli aktlarda əks olunur. Arbitraj mübahisələri bir çox hallarda digər ölkələrin qanunvericiliklərinə uyğun olaraq həll olunduqlarına görə və ya digər səbəblərdən həmin arbitraj qərarları Azərbaycan Respublikası üçün böyük əhəmiyyət daşıyan qanunlarla, Respublikada aparılan sosial və iqtisadi siyasətlə, həmçinin ölkənin daxili və xarici siyasəti ilə ziddiyyət təşkil edə bilər. Azərbaycan da daxil olmaqla, hər bir dövlətin konstitusiyada əks olunmayan cari və daimi maraqları mövcuddur. Məhz bu maraqları qorumaq üçün də əksər dövlətlər arbitraj qanunvericiliklərində ictimai qayda konsepsiyasını müəyyən edirlər. Azərbaycan kimi UNCİTRAL Model Qanununu qəbul edən və post-Sovet ölkələri olan Rusiya Federasiyası və Ukrayna belə Model Qanunu qəbul edərkən ictimai qayda konsepsiyasının öz qanunvericiliklərinə daxil etmişlərdir.⁸ İctimai qayda konsepsiyasının beynəlxalq kommersiya arbitrajı ilə bağlı milli qanunvericiliyə daxil edilib-edilməməsi barədə qərar qəbul edilərkən, ictimai qayda və müxtəlif ölkələrdə onun şərhə barədə ətraflı araşdırma aparılmalıdır.

İctimai qayda konsepsiyası yalnız kommersiya arbitrajına xarakterik bir anlayış deyil, o ölkə qanunvericiliklərinin və beynəlxalq hüququn digər sahələrində də tətbiq olunur. Məsələn, "Müqavilə öhdəliklərinə tətbiq olunan

⁶ Lew, Mistelis, Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*, s. 33-36; 66 (Kluwer Arbitration 2003); *Hilmarton Ltd. v. Omnium de traitement et de valorization* - 23 March 1994- Cour de Cassation [Supreme Court]

⁷ Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyası. Maddə 147

⁸ Law of the Russian Federation on International Commercial Arbitration, Articles 34, 36 (August 14, 1993); Law of Ukraine on International Commercial Arbitration, Articles 34, 36 (February 24, 1994)

hüquq haqqında" Roma Konvensiyasında⁹, "İnsan hüquqlarının və əsas azadlıqlarının qorunması haqqında" Avropa Konvensiyasında¹⁰, "Mülki və iqtisadi məsələlərdə aidiyyət və məhkəmə qərarlarının tanınması haqqında" Brussel Konvensiyasında¹¹, Haaqa-Visbi Qaydalarında¹² və digər beynəlxalq konvensiyalarda da ictimai qayda anlayışı mövcuddur. İctimai qayda və ya "*ordre public*" hər bir ölkədə hüquqi sistemin mövcudluğunun və fəaliyyətinin əsasını təşkil edən fundamental prinsiplərdən ibarətdir. Belə fundamental prinsiplərin qorunması üçün qanunvericiliklərdə ictimai qayda konsepsiyası mövcuddur. Dövlətlər üçün belə prinsiplərin qorunması böyük əhəmiyyətə malikdir. Bu prinsipləri qorumaq məqsədilə ictimai qayda konsepsiyası müəyyən hallarda tərəflərin iradə azadlığını məhdudlaşdırır.

Beynəlxalq kommertiya arbitrajı hüququnda ictimai qayda anlayışı bir konvensiya olaraq ilk dəfə 1927-ci ildə Cenevrə Konvensiyasında əks olunmuşdur. Cenevrə Konvensiyası müəyyən edir ki, arbitraj qərarının tanınması və icrası ölkənin ictimai qaydasına və ya hüquq prinsiplərinə zidd olmamalıdır¹³. Nyu-York Konvensiyası isə bu tələbi daraltmış və müəyyən etmişdir ki, arbitraj qərarının tanınması və icrasının ölkənin ictimai qaydasına uyğun olmaması məhkəmə tərəfindən həmin qərarın tanınma və icrasından imtinaya əsasdır¹⁴. Nyu-York Konvensiyasında qeyd olunan ictimai qayda anlayışı anqlo-sakson sisteminin ümumi hüququnda istifadə olunan və yalnız maddi məsələləri əhatə edən ictimai qaydaya istinad etmir. Konvensiyadakı anlayış həm maddi, həm də prosesual məsələləri əhatə edən, mülki hüquqdakı ictimai qayda, "*ordre public*", konsepsiyasına istinad edir. Lakin Konvensiya ictimai qayda konsepsiyasını yalnız ümumi hüququn ictimai qayda konsepsiyasına məhdudlaşdırmağa və ya hər hansı digər bir formada məhdudlaşdırmağa qadağa qoymur. Belə ki, Nyu-York Konvensiyası arbitraj qərarının tanınma və icrasına münasibətdə minimum deyil, maksimum əsasları nəzərdə tutur. Yəni, Nyu York Konvensiyasına üzv dövlətlər Konvensiyada arbitraj qərarlarının tanınma və icrasından imtina üçün nəzərdə tutulmuş əsasları məhdudlaşdırmağa və ya onlardan imtina edə bilər. Lakin dövlətlər Konvensiyada arbitraj qərarlarının tanınma və icrası üçün nəzərdə tutulmuş əsasları genişləndirə, yəni imtina üçün digər əsaslar nəzərdə tuta bilməzlər¹⁵.

"Xarici arbitraj qərarlarının tanınması və icrası haqqında" Nyu-York Konvensiyasının 5-ci maddəsinin 2-ci bəndinin "b" yarım bəndində və "Xarici kommertiya arbitrajı haqqında" UNCİTRAL Model Qanununun 34.2-ci maddəsinin "b" bəndinin 2-ci yarım bəndində və 36.1-ci maddəsinin "b" bəndinin

⁹ Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations of 1980, Article 16

¹⁰ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Articles 6, 9 (November 4, 1950)

¹¹ Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, September 27, 1968. This Convention has been replaced by Brussels, I Regulation, Articles 27, 50 (Council Regulation (EC) No 44/2001)

¹² International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, Article 6 (Amended by the Brussels Protocol 1968)

¹³ Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards, Article 1 (e) (September 26, 1927)

¹⁴ New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Article V. 2 (b) (June 10, 1958)

¹⁵ Lew, Mistelis, Kröll, s. 33-36; 66; Hilmarton Ltd. v. Omnium de traitement et de valorization - 23 March 1994-Cour de Cassation [Supreme Court]

2-ci yarım bəndində nəzərdə tutulmuş ictimai qaydanın anlayışı bu sənədlərin heç birində nəzərdə tutulmamışdır. Bu səbəbdən də, ictimai qayda konsepsiyasının anlayışı milli qanunvericiliklərlə və məhkəmə qərarları ilə müəyyən olunur.

Bir çox ölkələrdə ictimai qayda konsepsiyası milli hüquq sistemində geniş istifadə olunur və milli qanunvericiliyin bir çox sahələrinin mühüm komponentidir. Lakin beynəlxalq kommersiya arbitrajında istifadə olunan ictimai qayda anlayışı milli qanunvericiliklərkə ictimai qayda anlayışından əksər hallarda fərqlənir. Məhz bu səbəbdən də ictimai qayda konsepsiyasının geniş tətbiq olunmadığı Azərbaycan kimi ölkələrdə də beynəlxalq kommersiya arbitrajı ilə bağlı belə bir konsepsiyanın tətbiq olunmasında heç bir problem yoxdur.

Aşağıda qeyd olunduğu kimi, "Xarici arbitraj qərarlarının tanınması və icrası haqqında" Nyu-York Konvensiyasının və "Xarici kommersiya arbitrajı haqqında" UNCİTRAL Model Qanununun hazırlıq sənədləri ("travaux prepetoires"), hesabatlar və digər sənədlərdən görünür ki, ictimai qayda konsepsiyası məhz beynəlxalq arbitraj qərarlarına münasibətdə daha dar mənada şərh edilməlidir. Belə şərh bəzən sadəcə həmin konsepsiyanı dar şərh etməklə, bəzən isə "beynəlxalq ictimai qayda"ya istinad etməklə həyata keçirilir. Kommersiya arbitraj hüququ sahəsində çox nüfuzlu alimlərdən biri Nyu-York Konvensiyası ilə bağlı qeyd edir: "baxmayaraq ki, 5-ci maddəsinin 2-ci bəndinin "b" yarım bəndi bu məsələyə aydınlıq gətirmir, heç bir şübhə yoxdur ki, müddədə qeyd edilən ictimai qayda əslində həmin ölkənin məhz beynəlxalq ictimai qaydasına istinaddır."¹⁶ Aydınlıq gətirmək üçün bu məqalədə belə bir radikal ifadədən istifadə olunmalıdır ki, beynəlxalq ictimai qayda əslində həqiqi beynəlxalq ictimai qayda deyildir. Qeyd edilən ictimai qaydanın beynəlxalq ictimai qayda adlandırılmasının yeganə səbəbi isə onun beynəlxalq (xarici) arbitraj qərarlarına münasibətdə tətbiq olunmasıdır. Başqa sözlə desək, beynəlxalq ictimai qayda milli qanunvericiliyə əsasən müəyyən olunur və milli ictimai qaydanın tərkib hissəsidir. Bu məsələ ilə bağlı, məşhur alim Mauro Rubino-Sammartano qeyd edir ki, beynəlxalq ictimai qayda "milli ictimai qaydanın daha vacib və daha mühüm hissəsidir".¹⁷ Digər bir müəllif isə qeyd edir ki, beynəlxalq ictimai qayda milli "hüquq sisteminin beynəlxalq kontekstdə ədalətin fundamental tələbləri ilə bağlı mövqeyidir"¹⁸. Bu konsepsiyanın daha uğurlu adı fransız dilində istifadə olunan "*ordre public a usage international*" ifadəsidir. Bu ifadə Azərbaycan dilində "beynəlxalq istifadə üçün ictimai qayda" mənası verir. Lakin, beynəlxalq aləmdə ingilis dilində olan "*international public policy*", yəni "beynəlxalq ictimai qayda" daha geniş istifadə olunduğundan, bu məqalədə qeyd edilən konsepsiyaya məhz "beynəlxalq ictimai qayda" kimi istinad olunacaqdır.

Əksər ölkələrdə milli ictimai qayda və beynəlxalq ictimai qayda birbaşa və ya dolayısı ilə fərqləndirilir.¹⁹ Başqa sözlə desək, bir qrup ölkələrdə qanunvericilik və ya məhkəmələr birbaşa beynəlxalq ictimai qaydaya (*express*

¹⁶ Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, s. 996 (Edited by Emanuel Gaillard and John Savage, Kluwer International c. 1999)

¹⁷ Mauro Rubino-Sammartano. International Arbitration: Law and Practice, s. 506; 962 (2nd edition, Kluwer Law International 2001)

¹⁸ Goldman on International Commercial Arbitration, s. 996

¹⁹ Albert Jan van den Berg. The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation, s. 362 (Kluwer Law and Taxation Publishers 1994)

international public policy) istinad edir, digərlərində isə beynəlxalq arbitraj qərarlarına münasibətdə ictimai qayda dar şərh olunur. Beynəlxalq arbitraj qərarlarına münasibətdə ictimai qaydanın belə dar şərh olunması beynəlxalq ictimai qaydaya dolayısı ilə istinad etmək (*implicit international public policy*) adlanır.

Qeyd edilən ictimai qaydalar arasında belə fərq qoymaq təbiidir. Bu fərq, məsələn, Amerika Birləşmiş Ştatlarının Ali Məhkəməsi tərəfindən belə əsaslandırılmışdır ki, bir ölkənin məhkəməsinin hansısa yerli marağa (milli ictimai qaydaya) görə arbitraj müqaviləsini icra etməkdən imtina etməsi nəinki beynəlxalq iqtisadi fəaliyyətin ardıcılığını və gözləntilərini pozar, həmçinin müqavilə tərəflərinin məhkəmə üstünlüyü əldə etmək üçün oynadıqları lüzumsuz və destruktiv oyuna səbəb olardı.²⁰

Nyu-York Konvensiyasının Layihə Komitəsi ictimai qayda konsepsiyasının dar şərh olunmasını məsləhət görərək qeyd etmişdir ki, "konsepsiyanın tətbiqi arbitraj qərarlarının tanınması və icrasının dövlətin hüquq sisteminin əsas prinsiplərinə açıq-aydın zidd olma halları ilə məhdudlaşmalıdır."²¹ Konvensiya üzrə İşçi qrup isə qeyd etmişdir ki, "icradan ictimai qayda əsasında imtinaya əsas verən müddəa geniş tətbiq dairəsinə malik olmamalıdır."²² Baxmayaraq ki, bu tövsiyələr məcburi xarakter daşımır və məhkəmələr üçün yalnız məsləhət və ya istiqamətverici bir sənəd xarakteri daşıya bilər, əksər dövlətlərin məhkəmələri beynəlxalq arbitraj qərarlarına münasibətdə ictimai qayda konsepsiyasının dar şəkildə şərh edirlər. Aşağıda qeyd edilən məhkəmə işləri bu praktikaya daha da aydınlıq gətirir.

Amerika Birləşmiş Ştatlarında ictimai qayda konsepsiyasını dar şəkildə şərh edən ən vacib və ilk işlərdən biri Parsons və Vittemor (*Parsons & Whittemore*) işidir. Qeyd edilən məhkəmə mübahisəsində ABŞ məhkəməsi qərarında müəyyən etmişdir ki, "Konvensiyanın ictimai qayda müdafiəsi dar şərh olunmalıdır. Xarici arbitraj qərarının icrasından yalnız o halda imtina oluna bilər ki, belə icra həmin ştatın ən əsas əxlaq və ədalət anlayışını pozsun."²³

Avstriya Ali Məhkəməsi, *Oberster Gerichtshof*, müəyyən etmişdir ki, ictimai qayda konsepsiyası dar şərh olunmalıdır və ictimai qayda konsepsiyası "beynəlxalq qərarların harmoniyasını zərurət olmadıqca pozmamaq məqsədilə ancaq nadir hallarda istifadə olunmalı müstəsna bir qaydadır". Bununla yanaşı, məhkəmə qeyd etmişdir ki, ictimai qayda konsepsiyası federal konstitusiyanın, həmçinin cinayət, xüsusi və prosessual hüququn əsas prinsiplərindən ibarətdir və "xarici arbitraj qərarları yalnız Avstriyanın konstitusiyaya, cinayət, xüsusi və prosessual hüquqlarının əsas prinsiplərinə zidd olduqları halda etibarsız hesab edilə bilər."²⁴

İsveçrənin Federal Ali Məhkəməsi isə müəyyən etmişdir ki, ictimai qayda bir imtina əsası olaraq dar şərh olunmalıdır, xüsusilə də xarici qərarların tanınması və icrası kontekstində. Məhkəmə həmçinin qeyd etmişdir ki, belə hallarda ictimai qaydanın tətbiq dairəsi xarici ölkənin hüququnun tətbiqi ilə

²⁰ Scherk v. Alberto-Culver Co., 417 U.S. 506 (1974)

²¹ Report of the Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards, 28 March 1955, UN Doc. E/2704 and E/AC.42/4/Rev.1.

²² UN Doc E/CONF. 26/SR. 17

²³ Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. v. Societe Generale de L'Industrie Du Papier (RAKTA). 508 F.2d 969 (1974)

²⁴ Oberster Gerichtshof [Austrian Supreme Court], 26 January 2005, No. 30b221/04b

bağlı məsələlərlə müqayisədə daha dardır. İctimai qayda yalnız o halda pozulmuş sayılır ki, arbitraj qərarının tanınması və icrası İsveçrənin ədalət konsepsiyasına "dözülməz şəkildə zidd" olsun. Məsələn, prosesual hüquqla bağlı İsveçrə ictimai qaydası tələb edir ki, konstitusiyada da nəzərdə tutulmuş, ədalətli proses və çəkişmə prinsipləri kimi fundamental prinsiplərə əməl olunsun.²⁵

Hindistanın Ali Məhkəməsi isə məsələyə nisbətən fərqli mövqedən yanaşır. Belə ki, məhkəmə beynəlxalq ictimai qaydaya istinad etmədiyini açıq şəkildə qeyd edir. Lakin Hindistan Ali Məhkəməsi də xarici arbitraj qərarlarına münasibətdə ictimai qaydanı dar şərh edir: "beynəlxalq ictimai qayda"nın işlək bir anlayışının olmadığı şəraitdə Nyu-York Konvensiyasının 5-ci maddəsində istifadə olunan ictimai qayda ifadəsinin beynəlxalq ictimai qayda mənası verdiyini şərh etmək çətin olar. Bu səbəbdən də, qeyd edilən ifadə, Hindistan Xarici Qərarlar Aktında müəyyən olunduğu kimi, Hindistan məhkəmələri tərəfindən tətbiq olunan ictimai qayda doktrinası ilə eyni mənanı ifadə edir və dar şərh olunmalıdır.²⁶ İctimai qaydanın xarici ölkələrin məhkəmələri tərəfindən şərhli araşdırılarkən Amerika Birləşmiş Ştatlarında tətbiq olunan xüsusi bir analiz metodu diqqəti cəlb edir. Bu metod "rəqib (və ya yarışan) ictimai qaydalar" testi adlandırılı bilər. Bu rəqib ictimai qaydalar testinə əsasən tərəzinin bir tərəfində qərarı "icra etmək marağı" (*pro-enforcement bias*), digər tərəfində isə ədaləti qorumaq marağı dayanır. Bu testə əsasən qərarı icra etmək marağı o qədər vacibdir ki, o da ictimai qaydanın bir tərkib hissəsi hesab olunur. Qərarı icra etmək marağının əsasında dövlətin beynəlxalq ictimaiyyət qarşısında öhdəlikləri, beynəlxalq kommersiyanın əhəmiyyəti, arbitraj prosesinin bütövlüyü, qalib tərəfin qanuni götləntiləri, beynəlxalq arbitraj qərarlarına vahid münasibət, arbitraj qərarlarının yekunluğu və digər maraqlar dayanır. Digər ictimai qayda, ədaləti qorumaq marağına isə, həmin ərazidə ictimai qaydaya verilən anlayışa uyğun olaraq, ədalətin əsas prinsipləri, əxlaq, həyata keçirilən siyasət, sosial və digər maraqlar daxildir. Bu testi tətbiq edən məhkəmə qeyd edilən ictimai qaydaların hər ikisini nəzərdə saxlamalı və onları müqayisə etməlidir. Əgər arbitraj prosesində baş vermiş pozuntular, qərarın qanunsuzluğu və ya hansısa marağa uyğun olmaması qərarı icra etmək marağında nəzərdə tutulmuş məsələlərdən üstün deyildirsə, məhkəmə arbitraj qərarını icra edir. Əgər məhkəmə müəyyən edirsə ki, arbitraj qərarı elə maraqlara toxunur ki, onlar hətta qərarı icra etmək marağından üstündür və qorunmalıdır, məhkəmə arbitraj qərarını icra etməkdən imtina edir. Belə bir analiz kifayət qədər praqmatikdir və əhəmiyyətsiz pozuntulara görə arbitraj qərarlarının icrasından imtinanın qarşısını alır. Bu metodun əlamətlərinə məşhur Şerk (*Scherk*) işi üzrə məhkəmə qərarının əsaslandırma hissəsində²⁷ və digər ABŞ məhkəmə qərarlarında rast gəlinir.

Yuxarıda da qeyd edildiyi kimi, bəzi normativ aktlar²⁸ və məhkəmə qərarları²⁹ birbaşa beynəlxalq ictimai qaydaya istinad edir.

²⁵ Federal Supreme Court of Switzerland, decision dated December 8, 2003. The case is published by ICCA YB in 2004, available on Kluwer Arbitration

²⁶ *Renusagar Power Co. Ltd. v. General Electric Co.*, Supreme Court of India, October 7, 1993, 10 Arb. Int. 2, 141

²⁷ *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974)

²⁸ Code of Civil Procedure of France, Articles 1498, 1502; Code of Civil and Administrative Procedure of Algeria, Article 1051

²⁹ *Vigel S.p.A v. China National Machine Tool Corporation* - 8 April 2004 - Corte di Cassazione [Italian Supreme Court], First Chamber

Beynəlxalq ictimai qaydaya birbaşa istinad edən qanunlardan biri Fransada qüvvədədir. Fransa Mülki-Prosessual Məcəlləsi qeyd edir ki, arbitraj qərarının "tanınması və ya icrasının beynəlxalq ictimai qaydaya zidd olması" onun tanınma və icrasından imtina üçün əsasdır³⁰. Əlcəzair qanunvericiliyi də arbitraj qərarlarının beynəlxalq ictimai qaydaya uyğun olmasının tələb edir.³¹ Beynəlxalq ictimai qaydanın anlayışının müəyyən edilməsi məqsədilə aparılmış ən geniş və ətraflı tədqiqatlardan biri 2000-2002-ci illərdə Beynəlxalq Hüquq Assosiasiyası tərəfindən həyata keçirilmişdir. Assosiasiyanın Beynəlxalq Kommersiya Arbitrajı üzrə Komitəsi beynəlxalq ictimai qaydanın anlayışını belə vermişdir:

"dövlət tərəfindən tanınan elə prinsip və qaydalar məcmusudur ki, müvafiq prosedur (beynəlxalq prosessual ictimai qayda) və ya maddi məsələ (beynəlxalq maddi ictimai qayda) ilə bağlı onların pozulması beynəlxalq kommersiya arbitraj qərarının tanınması və icrasının qarşısını ala bilər.... Hər hansı dövlətin beynəlxalq ictimai qaydası aşağıdakılardan ibarətdir:

- ədalət və ya əxlaqla bağlı (hətta birbaşa əlaqəsi olmasa belə) dövlətin qorumaq istədiyi fundamental prinsiplər;
- dövlətin əsas siyasi, ictimai və ya iqtisadi maraqlarını qorumağa xidmət edən qaydalar (bu qaydalar həmçinin "*lois de police*" və ya ictimai siyasət qaydaları kimi də tanınır);
- dövlətin digər dövlətlərə və ya beynəlxalq təşkilatlara münasibətdə öz öhdəliklərinə əməl etmək vəzifəsi"³²

Beynəlxalq Hüquq Assosiasiyası tərəfindən aparılan tədqiqat müxtəlif ölkələrdən bir çox mütəxəssisi cəlb etmişdir. Bu tədqiqat beynəlxalq kommersiya arbitrajının ictimai qayda konsepsiyasına ümumbəşəri bir anlayış müəyyən etmək üçün uğurlu bir cəhd idi. Göründüyü kimi, tədqiqat ictimai qayda konsepsiyasının üç tərkib hissəsini müəyyən edir: əxlaq və ədalətlə bağlı dövlətin fundamental prinsipləri, *lois de police* (siyasi, ictimai və iqtisadi maraqlar) və beynəlxalq ictimaiyyət qarşısındakı öhdəliklər.

Nəticə olaraq qeyd edilməlidir ki, "Beynəlxalq arbitraj haqqında" Azərbaycan Respublikası Qanununun hal-hazırda qüvvədə olan redaksiyası beynəlxalq arbitraj qərarları mübahisələndirilərkən və ya tanınarkən ölkənin suveren maraqlarına risk yarada bilər. Belə ki, Konstitusiyaya uyğun olub, lakin dövlət siyasətinə, ictimai və dövlət maraqlarına, əsas qanunlara zidd olan bir arbitraj qərarı Azərbaycan Respublikasında tanınarkən qanunvericilikdə heç bir maneə ilə üzləşməyəcəkdir. Əlbəttə, bəlkə də bəzi məsələlərdə Konstitusiya elə geniş şərh oluna bilər ki, bir çox məsələləri əhatə etsin və ya sadəcə Azərbaycan Respublikası suveren hüquqlarına istinad edib arbitraj qərarını tanımaqdan imtina edə bilər. Lakin belə ekstrimal vasitələrə əl atmağa ehtiyac varmı? Sadəcə ictimai qayda konsepsiyasına istinad etmək imkanı olduğu halda nəyə görə ölkənin ali qanunu Konstitusiya məqsədli şəkildə geniş şərh olunmalı və ya

³⁰ Code of Civil Procedure of France, Articles 1498, 1502; Code of Civil and Administrative Procedure of Algeria, Article 1051

³¹ *Yenə orada*

³² International Law Association, Committee on International Commercial Arbitration "Final Report on Public Policy as a Bar of International Arbitral Awards" (New Delhi Conference, 2002) and Resolution 2/2002

Azərbaycan Respublikası suveren hüquqlarına istinad edərək beynəlxalq öhdəliklərini yerinə yetirməməli və beynəlxalq reputasiyasını zədələməlidir? Məqalənin nəticəsi bundan ibarətdir ki, dövlətin belə ekstrimal vasitələrə əl atmaqdan əlavə, beynəlxalq aləmdə çox geniş tətbiq olunan və dövlətin cari və daimi maraqlarını tam əhatə edən ictimai qayda konsepsiyasını qəbul etməsi daha məqsədəuyğundur. Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyası, beynəlxalq öhdəlikləri və reputasiyası daha vacibdir və onların əhəmiyyətinə görə milli hüquq sistemində yad olan ictimai qayda konsepsiyasının qanunvericilikdə qəbul edilməsi sahəsində işlər aparılmasına dəyər.

Ayten Mustafayeva*

Doctrine of separability in International Commercial Arbitration

Summary

Arbitration clause is phenomenon based on essential principles. The application and development of these principles ensures the functioning of the whole system of international commercial arbitration. One of cornerstone principles is the principle or doctrine of separability of arbitration clause. Without this principle no academicians in law, no judges or lawyers will be able to see "agreement" within the agreement. Without this principle the evolution of arbitration itself will be under question. The article tries to show the essence and importance of this principle.

Annotasiya

Arbitraj müddəası mühüm prinsiplər üzərində qurulan hadisədir. Bu prinsiplərin tətbiqi və inkişafı beynəlxalq kommertiya arbitrajı sisteminin tamamilə fəaliyyətini təmin edir. Əsas prinsiplərdən biri də arbitraj müddəasının ayrılığı doktrinasıdır. Bu prinsip olmadan heç bir akademik, hakim və yaxud hüquşünas razılaşıma içində yaranan "razılaşıma"nı görə bilməz. Bu prinsip olmadan həmçinin arbitrajın qiymətləndirilməsi sual altına düşəcəkdir. Bu məqalə adı çəkilən prinsipin vacibliyini və əhəmiyyətini göstərməyə yönəlmişdir.

Introduction

Arbitration is an alternative dispute resolution method. In order to refer their disputes to arbitration, parties shall have an arbitration agreement. International commercial arbitration is almost always consensual.¹ This is followed in the most definitions of arbitration agreement. For instance, article 7 of Model Law on International Commercial Arbitration 1985 characterizing the main elements of arbitration agreement states:

"Arbitration agreement" is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not".

It arises from the definition and the essence of arbitration that the disputes are in connection with the legal relationship, which could be reflected in a contract. The fact that the basis of arbitration is contractual is not disputed: "an arbitrator's power to resolve a dispute is founded upon the common intention of the parties to that dispute".² Arbitration clauses are generally considered "separable" or "severable" from the main contract, concluded by the parties.³ Moreover, the term "separable" is used together with such terminology as independence" or "detachment" of the arbitration. Simply all of these wordings are focused to impress "that the arbitration clause in a contract is considered to

*Baku State University Law School, 2nd year Master student of Department of Commercial Law

¹ G.A. Born, *International Commercial Arbitration*, p. 5 (2nd ed. Wolters Kluwer 2001)

² Fouchard Gaillard. *Goldman on International Commercial Arbitration*. John Savage, Emmanuel Gaillard (editors) (hereinafter *Goldman International Commercial Arbitration*), § 2.44 (1999 Kluwer Law International)

³ Born, p. 50

be separate from the main contract of which it forms part and, as such, survives the termination of that contract".⁴ The principle of severability is essential when the party claims that the contract is void, and arguing that the arbitration clause is null. Then every time the sense and the purpose of the arbitration agreement will be in risk of non-enforcement.⁵

I. Doctrine of separability in International Commercial Arbitration

The accepted doctrine of separability has been reflected in most international documents: UNICTRAL Rules and UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

The Model Law defines the doctrine in the following manner:

"Arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause."

It can be concluded that there are always two significant issues:

1. the validity of the main contract; and
2. the validity of the arbitration clause.

If the contract is void, and the arbitration clause is valid, logically the arbitration clause is still the legal basis for the award.

Notwithstanding, some reasons which affect the validity of the main contract could easily result in invalidating of the arbitration clause. Accordingly, the parties have to be capable to enter into contract. The incapacity of parties or one party to enter into the contract will invalidate it. Moreover, article V (1) (a) of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958 (New York Convention 1958) says that the recognition and enforcement of award can be refused where the parties were, under the law applicable to them, under some incapacity. However, the New York Convention 1958 has no clear and direct statement of the principle of separability. And above mentioned article V (1) (a) stating that recognition and enforcement of the award may be refused if the party against whom such measures are sought can establish that the arbitration agreement "is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made" is the only possible way to refer to this doctrine."⁶ Therefore, it is an implied reference to the doctrine of separability, as the article does not refer to the validity of the whole contract, but the validity of the arbitration agreement. Moreover, article II (3) of the New York Convention 1958 provides that court should "at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed". The heart of this and correct approach is a *prima facie* finding an arbitration agreement which is not null and void, inoperative or incapable of being performed.⁷ The wording of article II (3) sets

⁴ Goldman on International Commercial Arbitration, section I, 389.

⁵ Steven C. Bennett, Arbitration: Essential Concepts, p. 60 (ALM Publishing 2002)

⁶ Goldman International Commercial Arbitration, p. 159

⁷ Emmanuel Gaillard Prima Facie Review of Existence, Validity of Arbitration Agreement, NEW YORK LAW JOURNAL, p. 7 (December 1, 2005)

grounds to come to decision that the process of verifying an arbitration agreement is separate from the checking the validity of main contract. Thus, the invalidity of the main contract would not prevent from referring the parties to arbitration as the court accepts the severability principle.⁸

(a) "Null and void"

Article II (3) of the Convention is silent with regards to the legal standard for determining whether an arbitration agreement is null and void. For this purpose categories including fraud or fraudulent inducement, unconscionability, illegality or mistake and incapacity or lack of power can be the ones which forms null and void arbitration agreement.⁹ For example, United States courts have ruled upon the "null and void" ground pursuant to "standard breach-of-contract defenses that can be applied neutrally on an international scale, such as fraud, mistake, duress, and waiver."¹⁰

(b) "Inoperative"

The understanding of the term "inoperative" in light of article II (3) is an arbitration agreement that "was at one time valid but that has ceased to have effect". For instance, Indian courts applied Section 45 of the Indian Arbitration Act of 1996 which is the same as article II (3) of New York Convention and held that the arbitration agreement was inoperative because the parties had submitted numerous civil and criminal suits before Indian courts.¹¹

(c) "Incapable of being performed"

This situation includes cases where the arbitration proceedings cannot be held due to physical or legal impediments. In Russia, the Highest Arbitrazh Court of the Russian Federation ruled that the agreement had to contain clear language from which the true intentions of the parties to refer the dispute to an arbitration body could be ascertained.¹² Thus, arbitration clauses may be so badly drafted and result in legal difficulties to commence arbitration proceedings. In contrast to New York Convention 1958, the UNCITRAL Arbitration Rule (as revised in 2010) includes article 23 which states the "a decision by the arbitral tribunal that the contract is null shall not entail automatically the invalidity of the arbitration clause". Thus it is separate and has the autonomy from the main contract. All these documents provides for the importance of the doctrine which is not arguable. Today, the principle of autonomy of the arbitration agreement is one of the general principles of arbitration.¹³ The life of the principle can be examined through the most significant cases where the doctrine of separability was applied.

⁸ ICCA's Guide to the Interpretation Of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges Published by the International Council for Commercial Arbitration, p. 52 (2011)

⁹ *Ibid.* p 52.

¹⁰ Allen v. Royal Caribbean Cruise, Ltd., District Court, Southern District of Florida, United States of America, 29 September 2008, 08-22014

¹¹ http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmsspage&pageid=11&provision=175#navig_art_201

¹² ZAO UralEnergogaz (Russia) v OOO ABB Electro engineering (Russia), Ninth Arbitrazh Court of Appeal, Russia, 24 June 2009, No. A40-27854/09-61-247

¹³ Goldman International Commercial Arbitration, p. 157.

II. Separability in case law

The most famous example of doctrine of separability was in Sojuznefteexport case. One of the subjects matters discussed was the autonomy (i.e. separability) of arbitration clause. The contract was concluded between All-Union Foreign Trade Association "Sojuznefteexport" (Sojuznefteexport) and Joc Oil Limited (Joc Oil) in Paris on 17 November 1976. The contract contained an arbitration clause. In case of any dispute the arbitration proceedings would be held at the Foreign Trade Arbitration Commission of the USSR Chamber of Commerce and Industry, Moscow (FTAC) in accordance with FTAC's rules of procedure. The dispute was raised by Sojuznefteexport on late delivery. Joc Oil objected to the jurisdiction of FTAC, because the contract did not meet the requirements of the Decree of the Central Executive Committee and the Council of People's Commissars of the USSR of 26 December 1935 according to which, "in the event of the necessity for concluding foreign trade transactions by the above (Foreign Trade) organizations ... outside of Moscow (both on the territory of the USSR as well as abroad) such transactions ... must be signed by two persons who have received a Power of Attorney signed by the chairman of the Association".¹⁴ However these requirements were not necessary to conclude the arbitration agreement. Thus, arbitration clause contained in the contract signed on one side by the Chairman of the "Sojuznefteexport" Association V.E. Merkulow and John Deuss in the name of the firm "JOC Oil was valid. Besides the Joc Oil challenged the applicability of the principle of autonomy of the arbitration clause as it was not explicitly reflected in Soviet Union's arbitration doctrine.

The explanation and position by the Court of Appeal reviewing the case in 1989, Sir Alistair Blair-Kerr P. held that: "the Rules of the FTAC there are no direct references to the fact that an arbitration agreement (arbitration clause) is autonomous in relation to the contract. ...analysis of the Statute of the FTAC and of its Rules which have defined the competence of the Commission, and also the practice of the Commission allows the conclusion to be drawn that the independence of an arbitration clause is not subject to doubt. Thus, in the ruling of the FTAC on 29 January 1974, taken on hearing a dispute between a Soviet and an Indian organization, the arbitration agreement is treated as a procedural contract and not as an element (condition) of a material-legal contract".¹⁵ The Commission of FTAC acted within the scope of their authority. From the analysis of above case it can be said that the doctrine was successfully applied and led to the hearing of the case by the Commission of FTAC.

The other landmark decision was held on 17 October 2007, the House of Lords in Fiona Trust ruled the decision in support of the doctrine. The Lords upheld, unanimously, the Court of Appeal's ruling in a case concerning the scope and effect of arbitration clauses. Two major issues were observed:

(i) the Lords underlined the ideas of separability principle and maintained arbitration clauses should "be construed liberally, without making fine semantic distinctions between disputes "arising out of", "arising under" or "in connection with" the contract".

(ii) the Lords defined "arbitration clauses are to be treated as "distinct agreements" from the main agreements and can only be invalidated on grounds

¹⁴ Award in case no. 109/1980 of 9 July 1984

¹⁵ *Ibid.*

*that relate to the arbitration clause itself". Moreover, even in cases where that contract has been concluded by fraud, misrepresentation or bribery, only arbitration tribunals have jurisdiction to consider the validity of that contract.*¹⁶

The judgment in the Fiona Trust case is a further important affirmation that an arbitration clause is a separate contract which survives the termination of the main contract.

III. Doctrine of separability in Azerbaijani law

With regard to the Republic of Azerbaijan and its position in the application of this doctrine the fact that, it has ratified the New York Convention on 29 February, 2000 and incorporated the Model Law by adopting Law on International Arbitration dated 18 February 1999, particularly the article 16.1 of the law sets the grounds to believe the principle of separability is one, which is accepted on the national level.

In addition the Civil Code of Azerbaijan contains article 352 defines the invalidity of a part of transaction does not result in invalidity of the other parts of the contract if the contract could be concluded without including the invalid part into the transaction. This article can be a strong argument in support of the doctrine of separability. The sense of the principle of severability is to distinguish invalid main contract and invalid arbitration agreement. Arbitration is separate and thus invalidation of any part of many contract would not affect the validity of arbitration clause, which indirectly maybe read through in the above mentioned article of the Civil Code of Republic of Azerbaijan.

On this occasion, the issue of the governing law of an arbitration agreement is important. The recognition of severability principle provides arbitration agreement to be considered "separable" from the underlying contract in which it appears.¹⁷ Therefore, the substance law of main contract should not be necessarily the same to the arbitration agreement.

If the parties have identified the governing law of the arbitration agreement in a very expressive manner, then no problems would arise. Where such identification is missed, the law applicable to arbitration clause will go through some tests. For instance, courts in many countries may decide to apply the law of the seat of arbitration. On the other hand, English courts may apply the close connection principle. The attempts in defining the law most closely connected to the arbitration agreement need to concern many factors "which apply specifically to that agreement (for example, the chosen arbitration rules and the seat or the language of the arbitration)".¹⁸ It seems to be very complicated issue. However, the courts and arbitral tribunals try to establish some conditions. As an example, the recent case of *Sulamérica*, where the English Court of Appeal formulated and applied a three-stage test to define the law of an arbitration agreement:

- (i) is there an express choice of law governing the arbitration agreement;*
- (ii) if not, can a choice be implied; and*
- (iii) in the absence of a choice, with which law does the arbitration*

¹⁶ Source: http://www.whitecase.com/idq/winter_2008_ca1_4/#.VOm_mPmsXq0

¹⁷ Born, p. 28

¹⁸ Goldman International Commercial Arbitration, p. 170

*agreement have the "closest and most real connection".*¹⁹

The application of this test is logical, but leaves some doubts to the sequence of these stages. What if there may arise any other "sufficient factors" which will strictly lead to the application of the third stage displacing the stage of implying a choice of law on the basis of the chosen seat. The fact that English courts have recently developed a new three-stage step shows that the issue of governing law of arbitration clause is still the most problematic. Broadly speaking, the parties are free to choose the law applicable to the agreement. In case of not choosing the governing law, the most common criteria are: the law applicable to the contract containing the clause; the procedural law applicable to the arbitration; or the substantive law chosen by the parties or determined as applicable to settle the conflict.²⁰

Conclusion

Summarizing all the points is that the arbitration agreement is accepted as a separate agreement and the concept of the separability is essential. The following consequences exist under this principle:

- (i) The invalidity of the contract does not necessarily invalidate their arbitration agreement;
- (ii) The invalidity of the main contract does not necessarily deprive an arbitral award of validity;
- (iii) Invalidity of the parties' arbitration agreement does not necessarily invalidate the main contract;
- (iv) Substantive governing the arbitration agreement may be different from the law, governing the main contract;
- (v) The arbitration clause may survive termination or expiration of the main contract, as long as the claims arise from relations during the term of the agreement.

Overall, the doctrine of separability is widely recognized and leads to many other significant issues in arbitration law. Additionally this principle provides the effectiveness and the integrity of the arbitral process.

¹⁹ Source: www.dlapiper.com/en/europe/insights/publications/2013/03/determining-the-law-of-an-arbitration-agreement

²⁰ A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby and C. Partasides "Law and Practice of International Commercial Arbitration", p. 52 (Kluwer Law International, 2004)

Taxation of E-commerce

Summary

This article is discussing comparative approaches to the definitions of the e-commerce and e-payment. The international taxation systems, direct and indirect taxation, entity isolation and "arm's length principle" applied to entity isolation problem, resident-based and source-based taxation, destination and origin principles are the general tax concepts and issues covered in the content of article. Recognition of server as a permanent establishment and "nexus" issues with regard to taxation of e-commerce is researched in context of different tax jurisdictions. Article points out the essence of electronic signature in e-commerce taxation as a solution to identification of taxpayer, jurisdiction to tax, and goods subject to taxation. In addition, the possible framework for establishing e-signature system is supported by both legal and technological suggestions provided in the article.

Annotasiya

Məqalədə müasir ticarətin sürətlə inkişaf edən sahələrindən olan elektron ticarətin, elektron ödəniş sistemlərinin anlayışlarının müqayisəli təhlili yer almışdır. Beynəlxalq vergi sistemləri, birbaşa və dolaylı vergi tutma, müəssisələrin izolyasiyası və ona qarşı tətbiq edilən "qol uzunluğu" prinsipi, rezident və gəlir mənbəyi üzrə vergiyə cəlb etmə, təyin yeri və mənbə prinsiplərinin tətbiqi məsələləri məqalənin məlumatlandırıcı hissəsini təşkil edir. Kompüter serverinin elektron ticarətdən vergi tutma obyektini olaraq "daimi təsisat" və "əlaqə" konsepsiyası rolunu oynaması və müxtəlif yurisdiksiyalarda yaranan fərqli yanaşmalar öz əksini tapmışdır. Elektron ticarətdən vergi tutmada elektron imza sisteminin tətbiqinin imtiyazları və müvafiq olaraq hüquqi və texniki nəzarət mexanizminin yaradılmasına dair təkliflər məqalənin özəyini təşkil edir.

Introduction

The growth of e-commerce is demonstrated by the statistics of the biggest online retailers of the world: Amazon (\$67.9 billion), Apple Inc. (\$18.3 billion), Staples (\$10.4 billion), Walmart (\$10 billion), Alibaba (\$7.26 billion), Sears (\$4.9 billion), Liberty Interactive (\$4.8 billion), Netflix (\$4.4 billion), Macys Inc. (\$4.2 billion), Office Depot (\$4.1 billion), Dell (\$3.6 billion).¹ E-commerce is multifaceted kind of commerce that covers both tangible and intangible goods, has multi-jurisdictional nature and difficult to define tax jurisdiction due to the location of the server, citizenship, or residence of the person registered domain name. As a result, this creates new challenges for tax authorities. Tax authorities should identify taxpayers, verify transactions, and establish a link between a taxpayer and the transactions. The tax jurisdiction of internet sales is complicated because of the location of the transaction, real value and timing of sales, source of income, determination of the property, which can be taxed, and taxpayers. This controversial issue requires both legal and

* Baku State University Law School, English Department, 4th year student

¹ <http://www.statista.com/chart/2214/10-largest-online-retailers/> (last visited: 24.02.2015 12:57).

technological solutions. Establishing a link between a taxpayer and transaction necessitate using a reliable method of confirming the identity of vendor and buyer, the validity of a transaction, *situs* (or residence) of a taxpayer. One of the contemporary means is using the electronic signature system for overcoming abovementioned obstacles. The basic question is how e-commerce interacts with traditional principles of taxation. While some authors debate that e-commerce has not transformed the fundamentals of taxation, others argue that a need for dramatic change.² The scholars who are against the taxation of electronic commerce assumes that e-commerce tax would harm the development of e-commerce, however, the opposite group argues that the increase in online sales would end with revenue loss and decrease of public good provision and issues regarding equity.³ It is even categorized tax commentators trading in this broader discourse as 'Doubting Thomases', 'Purists', and 'Pragmatists'.⁴

I. Definition of E-commerce and E-payment

Electronic commerce could be said to comprise commercial transactions, whether between private individuals or commercial entities, which take place in or over electronic networks. The matters dealt with in the transactions could be intangibles, data products, or tangible goods. The significant aspect is the communication transactions take place over an electronic medium.⁵ These definitions cover:

- a. Business-to-Business (B2B): An e-commerce transaction between a retailer (manufacturer) and a wholesaler, such as Amazon.
- b. Business-to-Consumer (B2C): Business organization directly sells its products to the customer, such as Apple.
- c. Consumer-to-Consumer (C2C): Consumer sells his assets to another customer via an intermediate website, such as eBay.
- d. Consumer - to - Business (C2B): Consumer provides value and business consume it. For example, a consumer gives new development ideas for a software company and sells his idea to this entity.
- e. Government - to - Business (G2B): Government provides tenders, auctions for certain projects.
- f. Government - to - Citizen (G2C): Government provides a platform for its citizens (consumers) to pay taxes, register their immovable and movable property, registering birth certificate.
- g. Business-to-Government (B2G): A business organization accredited by the government provides a platform of bidding for tenders of public sector organizations and suppliers bid on the tenders.

The broader term covers e-commerce business activity and the narrower definition includes e-commerce transactions only.⁶ Based on the extent to which the Internet is utilized in the course of a transaction, e-commerce can be '*indirect e-commerce*' and '*direct e-commerce*.' Indirect e-commerce involves transaction

² Westberg, *Cross-border Taxation of E-Commerce*, (IBFD), p. 53. (2002).

³ Subhajt Basu, *Global Perspectives on E-Commerce Taxation Law*, (Ashgate), p. 15 (2007).

⁴ Cockfield 'Formulary Taxation Versus the Arm's Length Principle: The Battle Among Doubting Thomases, Purists, and Pragmatists' *Canadian Tax Journal* Vol. 52, p. 114-123 (2002).

⁵ Davies, *Computer Program Claims*, (EIPR), p. 429 (2002).

⁶ Basu, *supra* at p. 16.

where the customers use the selection, ordering and payment process (electronic cash) of the retail stores or the mail order firms who use this medium for selling, marketing, and advertising, but the delivery of product or service takes place by traditional processes. The goods and services, in digitized form, acquired directly from the internet, is referred to as 'direct e-commerce'.⁷ For example, tangible goods are considered as indirect e-commerce, in contrast, intangible goods, and data information is the type of direct e-commerce.

Electronic payments are the primary form of payment and divided into six different categories: electronic cash, smart card, electronic check and credit cards⁸, debit card, electronic fund transfer. 'Electronic money' means electronically, including magnetically, stored monetary value as represented by a claim on the issuer which is issued on receipt of funds for the purpose of making payment transactions⁹, and which is accepted by a natural or legal person other than the electronic money issuer;¹⁰

II. International taxation

Direct Taxation

This taxation system is applied to the person who bears the burden and levied from him. For example, income tax from a salary of physical persons, corporate tax from income or profits of legal entities is a type of direct taxation. Regardless the different tax policies of countries, there are basic concepts used for taxation of international transactions:

- (a) Appointing tax principles of residence-based or source-based taxation that is applied to local source income accumulated by non-residents and foreign-source income of residents;
- (b) Defining the concept of permanent establishment in creating an economic nexus for maintaining jurisdiction to tax business profits;
- (c) Using substitute means as exemptions or tax credits for performing reduction in double-taxation;
- (d) Designing inter-corporation transfer pricing regulations for multinational enterprises.

Source-based (territorial) taxation principle

This approach authorizes the 'source' country to tax income/profit of non-residents which is received in its area. The origin principle is implemented in corporate income tax, payroll tax, and withholding tax. The source country should provide the definition of a source that determines its share of the tax base and tax rate to be applied to that share.

Residence-based taxation principle

The benefit principle is must in this type of taxation regime. In this case,

⁷ *Ibid.* 3, p. 18.

⁸ Doernberg and Hinnekens, *Electronic Commerce and International Taxation*, (Kluwer Law International), p. 92 (1999).

⁹ *See.* 'payment transaction' means an act, initiated by the payer, or by the payee, of placing, transferring or withdrawing funds, irrespective of any underlying obligations between the payer and the payee; (*Point 5 of Article 4 of Directive 2007/64/EC of the European Parliament and of the Council*), Official Journal of the European Union, (2007), L 319|11.

¹⁰ *Point 2 of Article 2 of Directive 2009/110/EC of the European Parliament and of the Council*, Official Journal of the European Union, (2009), L 267|11.

country proclaims jurisdiction to tax the international income of residents, in spite of source, and it includes the interest, capital gains, royalty, and dividends which are not directly connected to property in another jurisdiction. The place of registration, incorporation or place of central management and control of a corporation has been usually the jurisdiction of residency. The main problem of this principle is the tax evasion by channeling international investment through tax havens.

Double taxation

One resident of the country makes its profit in other countries can be subject to both resident-based and source-based taxation and this constitute the double taxation. Three basic forms of double taxation: 1) residence-residence; 2) residence-source; and 3) source-source double taxation. Country of residence may avoid double taxation in income from source country by granting a tax credit to its residents for paying taxes to such jurisdiction or exempting the extraterritorial source income from the taxable income base of its residents.

Transfer Pricing

The multinational enterprises (MNEs) allocating the costs between its units for goods or services supplied. MNEs deliberately transfer the profits to its subsidiaries to avoid paying taxes or duties in one particular country. Allocating costs mean that MNEs do commercial transactions between themselves and control the prices depending on which jurisdiction they wanted the money remain in.¹¹ The arm's length principle is applied for regulating transfer pricing issues. In determining the true taxable income of a controlled taxpayer, the standard to be applied in every case is that of a taxpayer dealing at arm's length with an uncontrolled taxpayer. A controlled transaction meets the arm's length standard if the results of the transaction are consistent with the results that would have been realized if uncontrolled taxpayers had engaged in the same transaction under the same circumstances (arm's length result).¹²

Indirect Taxation

European model of value-added tax (VAT) or the US model of sales tax is an indirect and multi-stage consumption tax. U.S. lawmakers are finding appeal in an ambitious concept for overhauling the nation's income-tax system: a tax based on consumption, which is renowned in world tax practice. Lawmakers believe that moving away from taxation of income and toward taxation of consumption is economically beneficial and easy to control as European-style value-added taxes, a type of sales tax that is collected at each stage of the production process; traditional sales taxes; and taxes on carbon-based pollution.¹³ The actual taxpayer that is the person who bears the financial burden of the tax does not pay the tax directly to the public treasury. The distinction between direct and indirect taxes relates to whether the person who actually pays the money over to the tax collecting authority suffers a corresponding reduction in his income.¹⁴

Destination or Origin principle

¹¹ Basu, *supra* at p. 53.

¹² See. CFR, § 1.482-1.

¹³ John D. McKinnon, *Tax Proposals Would Move U.S. Closer to Global Norm*, (March 29, 2015 4:01 p.m. ET), <http://www.wsj.com/articles/tax-proposals-would-move-u-s-closer-to-global-norm-1427659773>.

¹⁴ *Ibid.* 11, p. 56.

Destination principle leads to the exemption of exports from consumption tax, for example, VAT or a sales tax and the tax imposed by the rate established by importing country, where is the place of consumption. However, in origin principle, the tax imposed in the place of production. These two principles are analogous to the source and resident principles of direct taxation. Origin principle is widely used by firms to produce in low-tax countries. The destination principle is supported by the European Union (EU), World Trade Organization (WTO), and the OECD. Origin principle is rarely applied in trade practice, except for trade among the members of the former Soviet Union.¹⁵

VAT and EU practice

The European Union requires all non-EU corporations selling services and digital goods online to consumers within Union to register in an EU tax authority for collecting, remitting the value-added tax according to E-commerce VAT Directive which is VAT applicable to radio and television broadcasting services and electronically supplied services. Non-resident companies can register with an interim arrangement that will function as a clearinghouse for distribution of VAT for each EU member state. Member state will distribute the value-added tax to relevant member countries where the digital goods and services were sold. This directive is mainly proposed for solving problems of taxation in business-to-consumer (B2C) sales. As will be discussed in the next part of this article, the status of a server as a permanent establishment is controversial in different jurisdictions. The European Court of Justice has held that machinery (server) alone cannot constitute a permanent establishment for VAT purposes in EU jurisdiction.¹⁶

III. Legal basis of cyber taxation

The OECD is a Paris-based international organization that establishes legal initiatives for uniform international tax principles among its thirty-four members.¹⁷ According to the Ottawa Taxation Framework Conditions of OECD for electronic commerce, the parties have agreed on the following taxation principles:

- Neutrality - taxation should seek to be neutral and equitable between forms of electronic commerce and between conventional and electronic forms of commerce. Business decisions should be motivated by economic rather than tax considerations. Taxpayers in similar situations carrying out similar transactions should be subject to similar levels of taxation.
- Efficiency - compliance costs for taxpayers and administrative costs for the tax authorities should be minimized as far as possible.
- Certainty and simplicity - the tax rules should be clear and simple to understand so that taxpayers can anticipate the tax consequences in

¹⁵ Lighthart, J.E., *Consumption Taxation in a Digital World: A Primer*, *Canadian Tax Journal*, vol. 52, No. 4 p. 1079. (2002).

¹⁶ See Marcellin N. Mbwa-Mboma, *France, OECD Take Different Views of Unstaffed Servers as Permanent Establishments*, *TAX NOTES INT'L*, p. 1107. (2002).

¹⁷ See Organization for Economic Co-operation and Development, *Model Tax Convention on Income and on Capital* (Paris, OECD, 2000) (hereinafter OECD Model Tax Treaty).

advance of a transaction, including knowing when, where, and how the tax is to be accounted.

- *Effectiveness and Fairness* - taxation should produce the right amount of tax at the right time. The potential for tax evasion and avoidance should be minimized while keeping counteracting measures proportionate to the risks involved.
- *Flexibility* - the systems for the taxation should be flexible and dynamic to ensure that they keep pace with technological and commercial developments.

[Permanent Establishment] - The Commentary of OECD Model Tax Treaty was amended to comply with contemporary e-commerce transactions involving software, digital content.¹⁸ Taxation of e-commerce is dependent on the permanent establishment (PE). The model tax convention provides the definition of permanent establishment “fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on” and it includes: a place of management; a branch; an office; a factory; a workshop.¹⁹ If we apply this rule to electronic commerce, a server will constitute a permanent establishment in following conditions: [1] server processes a cross-border transaction;²⁰ [2] the server is owned or leased by the non-resident entity;²¹ and [3] the server is established in a location for a sufficient period of time.²² The internet website is a combination of software and electronic data and does not constitute a permanent establishment, however the server which hosts the internet website is considered as permanent establishment and the place of this establishment is a “fixed place of business”.²³ Aside to the list of places counted as permanent establishment, there are following activities are omitted from this definition:

- The use of facilities solely for the purpose of storage, display or delivery of goods or merchandise belonging to the enterprise;
- The maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of storage, display or delivery;
- The maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of processing by another enterprise;
- The maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of purchasing goods or merchandise or of collecting information, for the enterprise;
- The maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of carrying on, for the enterprise, any other activity of a preparatory or auxiliary character;
- The maintenance of a fixed place of business solely for any combination of activities in place of management, branch, office,

¹⁸ *Id.*, C (12) – C (17).

¹⁹ *Ibid.* 11, Article 5.

²⁰ *Id.*, C (5) 42.8, at C (5).

²¹ *Id.*, C (5) 42.8, at C (5) - If e-commerce entity leases a hosting space on a foreign server it will not constitute a permanent jurisdiction in foreign jurisdiction.

²² *Id.*, C (5) 42.4.

²³ *Id.*, C (5) 42.2

factory, workshop, provided that the overall activity of the fixed place of business resulting from this combination is of a preparatory or auxiliary character.²⁴

A Server is not considered as a permanent establishment but constitutes a fixed place of business, because the server performs auxiliary or preparatory activities according to the directive issued by the Karlsruhe Regional Tax Office in Germany. However, according to the case in first German tax court to deal with the question that the status of the server as a permanent establishment which is based in Switzerland and in possession of German corporation would form PE in the area of Switzerland corresponding to the Tax Treaty concluded between Germany and Switzerland. The digital content transmitted to the Swiss-based server by a German corporation that gained access to the Swiss customers. The court referred to its earlier precedent in decision held that underground pipeline constitute a PE without the presence of personnel.²⁵ Beside the permanent establishment, there is a place of performing work or rendering services according to the legislation of some countries.²⁶

[Nexus] – is a legal term which means “connection” and it is used in the United States for collecting sales tax. Sales tax consists of two different parts: (a) *sales tax* – is paid for in-state transactions; (b) *use tax* – is paid for out-of-state (remote seller) transactions.²⁷ The nexus is a barrier for tax authorities of local states because *stare decisis* establishes certain requirements for a reasonable connection between a taxpayer and tax authority. The US Supreme Court case *Quill Corp. v. North Dakota* defines the borders of use tax nexus for remote sellers by demanding the physical presence of a remote vendor in the buyer's state.²⁸ This requirement was illustrated as a bright line rule that promotes fairness, efficiency and predictability in the imposition of use tax collection. Some authors try to include many elements to enlarge this definition.²⁹ Nexus is established if an entity upholds a temporary or permanent presence of people (independent sales/service, service people or agents, employees) or property (warehouses, offices, inventory). The temporary presence is constructed by way of traveling people pay a visit to states to call on customers or prospects, trade show attendance, or entrusted inventory in warehouses. The list of elements which may create a nexus between a taxpayer and tax authority is varied from state to state. In *National Bellas Hess v. Department of Revenue* case Court stated that tax authority cannot apply the use tax collection against the remote seller by referring to only connection established via mail and common carrier services that the delivery process is not managed by an entity itself.³⁰ The court

²⁴ *Ibid.* 11, Article 5.

²⁵ Arthur J. Cockfield, *The rise of the OECD as informal 'World Tax Organization' through national response to e-commerce tax challenges*, Yale Journal of Law and Technology, vol. 8, p. 151 (2006)

²⁶ location of registration place of the entity buying works or services via computer, Internet and other electronic networks, e-mail and other similar means or granting of rights to use such networks or services. – Article 168.1.5 of Tax Code of the Republic of Azerbaijan.

²⁷ *Quill Corp.*, 504 U.S. at 310–11 (1992).

²⁸ *See id.*

²⁹ See. Karl Frieden, *Cybertaxation: The taxation of e-commerce*, p. 300–16 (2000)- For example, he includes the physical presence of an Internet service provider (“ISP”) with which an electronic retailer has a contractual relationship or the presence of a website on an in-state server

³⁰ See 386 U.S. 753, 758(1967).

precedents define four conditions to be followed (1) that the taxpayer has substantial nexus with the taxing state; (2) that the tax being imposed has a substantial relationship to the services provided; (3) that the tax be fairly apportioned; and (4) that the tax not discriminate against interstate commerce.³¹

Giant brick and mortar retailers have utilized the policy known as entity isolation to evade state sales and use tax levied from e-commerce sales. Entity isolation encompasses a parent company with a physical presence in other states, creating a subsidiary with a physical presence in a just single state for the purpose of operating an e-commerce performance. The subsidiary entity is a separate corporation and therefore, is not legally considered an agent of the parent company. The subsidiary can then run business over the internet in all states yet not pay sales or use tax anywhere except the one state in which it is located, which may have no such tax. The affiliate nexus doctrine means that nexus can be established through in-state affiliates, and some states may use to establish nexus with remote sellers. However, this theory is widely regarded as a counter to the established doctrines of corporate and tax law. The traditional argument opposing the adoption of an affiliate nexus doctrine is that respect for the independence of corporate entities is essential to the proper functioning of corporations in a competitive marketplace. Examples of cases where states' efforts to establish affiliate nexus unsuccessful include *Bloomington's by Mail Ltd. v. Commonwealth Department of Revenue*³² in Pennsylvania, *SFA Folio Collections, Inc. v. Tracy*³³ in Ohio, and *SFA Folio Collections, Inc. v. Bannon*³⁴ in Connecticut. However, if multi-corporate enterprise accomplishes uniform business should be considered as solitary enterprise.³⁵

IV. E-signature and E-commerce taxation

Tax evasion and tax avoidance

There are two primary issues to identify the tax base and then to enforce the tax in a taxation of e-commerce. 'The anonymity and mobility of e-commerce makes taxation more difficult.' Even if they can identify and measure the tax base, how can they enforce taxation without third party intervention which is the practical basis of tax withholding?³⁶ In an e-commerce environment, the possibilities of hiding transactions are vast and the possibilities of identifying the parties to a transaction are in many cases virtually non-existent and this creates tax avoidance and tax evasion. Tax evasion is unlawful in any jurisdiction. Many corporations choose to locate their corporate place of management to conduct their commercial activities from states that offer low or no taxation. Such characteristics include places that are not suitable for the particular business, high employment costs, low education levels, poor infrastructure, political instability or a small consumer base. However, e-commerce is not subject to the physical restraints as a traditional business that is physically established. For

³¹ Complete Auto, 430 U.S. 274 (1977)

³² 4567 A.2d 773 (Pa. Commonwealth Ct. 1989), 591 A.2d 1047 (Pa. 1991).

³³ 3652 N.E.2d 693 (Ohio 1995).

³⁴ 2585 A.2d 666 (Conn. 1991), cert. denied, 501 U.S. 1223 (1991).

³⁵ John A. Swain, *Cybertaxation and the Commerce Clause: Entity Isolation or Affiliate Nexus?*, 75 S. Cal. L. Rev. 419, 464-67 (2002).

³⁶ Cockfield, A.J. 'Transforming the Internet into a Taxable Forum: A Case Study in E-Commerce Taxation.' *Minnesota Law Review* Vol. 85, p. 1171-1266, (2001).

example, an entity in the high taxing state can easily create a website with a server which operates from a tax haven jurisdiction. That company will easily sell its products to customers while having its financial information veiled by the privacy protection that usually tax haven country provides. States cannot rely on physical controls to prevent or deter tax avoidance and evasion on a category of digital goods and services can be transacted entirely over the internet.³⁷

E-signature and taxation

“Electronic signature” means data in electronic form in, affixed to or logically associated with, a data message, which may be used to identify the signatory in relation to the data message and to indicate the signatory approval of the information contained in the data message.³⁸ E-signature can be easily used in commercial transactions which are not limited to, supply or exchange of goods and services, investment, financing, banking, insurance, concession, joint venture, leasing, licensing, carriage of goods, and other transactions in this matter. An electronic signature is reliable solution to the following legal problems: 1) legal capacity of signatory determined by *lex domicilii*, *lex patriae*, or *lex incorporotinis*; 2) *situs* (or residence) of signatory;³⁹ 3) falsification of signatures. Legal capacity is one of the main requirements for the validity of a transaction, thus, there is an age of legal capacity for concluding an agreement in each state. Promptly, China is expanding control over the loosely regulated world of Chinese e-commerce, a prosperous sector that has created behemoths such as Alibaba Group Holding Ltd. but has also drawn opprobrium for not adequately policing fake and counterfeit goods and dubious business practices.⁴⁰ As it is seen from real business practice, faking transactions is another problem in e-commerce, the validation of e-transactions by e-signature is a good solution. The place of a signatory is essential for taxation purpose because it defines the residency and source income for jurisdiction to tax. It is sometimes easy to falsify the written signature. These problems can be solved by setting e-signature requirement in electronic commerce. The base of a tax is the thing, transaction or amount on which the tax is erected. There are income, consumption, and wealth as types of a tax base for direct taxation. Identification of tax base in e-commerce is quite a complex issue because online retailers can easily change the price of goods, burden additional hidden costs which hide the real price of goods or services. E-signature should be used for taxation of e-commerce in following procedures:

1. States should impose a requirement for registration of natural and legal persons to take part in e-commerce transactions by bilateral or unilateral treaty for both compulsions of registration and avoiding double taxation. Contracting states may prohibit e-commerce relations with non-contracting states which probably is offshore zones (or

³⁷ Basu, *supra* at p. 104-105.

³⁸ Article 2 (b) of UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures

³⁹ *See. Ibid.* 38, Article 2 (d). - means a person that holds signature creation data and acts either on its own behalf or on behalf of the person it represents.

⁴⁰ Kathy Chu and Gillian Wong, *China Tries to Clean Up E-Commerce*, (April 1, 2015 2:48 p.m. ET), <http://www.wsj.com/articles/china-tries-to-clean-up-e-commerce-1427894413>, - The Ministry of Commerce said it wants to curb the practice of falsely boosting the credibility of merchants—known as “brushing” in China—by faking transactions and customer reviews.

tax heavens) and is not intended to disclose the financial information of servers operating in its area or company registered there.

2. A tax authority of the taxing state will be able to identify the place and identity of seller for direct taxation or consumer for indirect taxation as a taxpayer.
3. Any entity which is going to engage in electronic commerce should get registered in tax authority and get certificate of e-signature for the legal entity, if it is not so, non-registered entity should bear administrative or criminal liability for tax evasion.
4. The establishment of online selling by website should be designed in the following way: the person (entity) which is online retailer should locate its e-signature on the server for concluding a transaction automatically in case of bulk offers by several buyers, and consumer should use its own authentic code given for personal e-signature for verification of order and payment. After validation of commercial transaction, the payment transaction is registered in the system of the bank which consumer has an account. The tax authority can impose a tax on the profit gained via automatically registered payment transactions in the bank account and transfer the levied tax to the account of the tax authority. Beside direct taxation, this can be even VAT or sales tax as an indirect method.
5. Nowadays, technology is highly developed and is able to filter the websites which deal with e-commerce without registration and any state is able to block such online retailers that is not registered in place of location and evading from residence or source-based taxation.
6. E-signature is suitable for tangible, intangible or data products. Main difficulty laid on the digital content such as applications, software, music, video, templates for web development and etc. In contrast, an electronic signature is a pure solution for taxation of sales of these products. In case of tangible goods, the customs authorities or post offices should check the validity of transaction by checking affixed barcode on the delivery box which can be decrypted only by the system of these authorities while exporting the goods out of the state where vendor located or shipping from warehouse owned by this entity.

The above-mentioned methods are the possible technique of enforcement of taxation in e-commerce.

Conclusion

As technological progress is going to grow, the outcome of this process becomes more complex and creates additional obstacles for tax authorities, but make more opportunities for tax evaders. The volume of e-commerce raised by billions of dollars in a previous decade and it competes with other big physical traders even more than car manufacturers, oil companies, medical corporations. This growth draws the attention of state authorities and its taxation is potential revenue for a state budget. The legal uniformity is the main requirement for

taxation of electronic commerce, and it is possible only by drafting a multilateral treaty for avoiding double taxation and putting the burden on states, natural and legal persons for registration of e-signature. Both legal and technological solutions are needed for overcoming the problem of taxation. Whether it is direct or indirect taxation, this method is a successful way of achievement in e-commerce taxation. It also solves the validity of an electronic contract which approves the age of a person acquires legal capacity to perform his civil rights. There needs an interaction of legal regulation and technical development. The unified system of banking, e-signature database, customs and post delivery services would give better results in taxation. Server as a permanent establishment is controversial in many jurisdictions, because there is no uniform interpretation and a single approach to the definition, so binding treaty between states is the only legal course that would be constructive. The main issues such as identification of taxpayers, their location, defining tax base and enforcing taxation of these elements are the main focus area of tax policy of each state, and combination of legal and digital instruments would be beneficial for elucidating tax avoidance and tax evasion in electronic commerce.

