

BAKU STATE UNIVERSITY LAW REVIEW

Volume 2 | Issue 1 | December | 2015

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

Editorial Board

Editor-in-Chief

Mehran Amirli

Executive Editor

Amrah Rahmanov

Managing Editor

Vaqif Nasirov

Editors

Gunel Abdullayeva

Nigar Abishova

Gulnar Atakishiyeva

Shahla Ibrahimova

Kanan Madatov

İlham Zulfuqarli

Founder: Baku State University Law School



ISSN: 2412-5555

Publisher: Baku State University Law School

Student Academic Society | www.bsulawss.org

Website: www.lr.bsulawss.org

Email: lawreview@bsulawss.org

Contents

Legal Theory

[in Az.]	1. Concept and Types of Gaps and Way of Filling the Gaps in the Context of Positive Law. <i>Vaqif Nasirov</i>	8
	Introduction.....	8
	I. Existence of the Gap in Positive Law.....	9
	II. Classification Criteria of the Concept of Gap.....	10
	A. Classification Through Approach to the Essence of Law	10
	B. Classification Through Emergence of a Gap in Legislation	11
	C. Actual Existent Gaps in Legislation.....	12
	D. Other Gaps.....	13
	III. Ways of Elimination of Gaps.....	15
	Conclusion	17

Human Rights Law

[in Eng.]	2. The Protection of the Freedom of Expression in Europe: Analysis of Article 10 of the ECHR. <i>Elvin Abbasli</i>	18
	Introduction.....	18
	I. The Area of Protection	19
	II. Limitations to Freedom of Expression	21
	Conclusion	22

Civil Law

[in Az.]	3. Influence of Donation to Heirship Shares. <i>Gunel Abdullayeva</i>	24
	Introduction.....	24
	I. Comparison between Legal Nature of the Gift Contract and the Testament.....	25
	II. Influence of the Gift, which is Based on the Gift Contract, to Third Persons' Rights on Defining Heirship Shares	26
	A. The Donation Which Causes Abuse of Law or Violation of Third persons' rights.....	26
	B. In which cases and when may descendants not want to demand the gift?.....	28
	III. The Analysis of Other Conditions Which Require Adjusting the Gift in Partitioning.....	29
	A. When is the Gift Adjusted in Partitioning in Foreign Practice?.....	29

B. The Points Which Make Adjusting the Gift Important.....	32
IV. The Analysis of Results of Consideration of Gifts and Deceased's Debts for Donee.....	33
A. Solving Problems of the Donee Who Got a Promise about the Gift	33
B. Solving Problems of the Donee Which Appear after Receiving the Gift	34
V. Adjusting the Gift in the Case of Marital Property.....	34
A. The Necessity of including the Gift to the Marital Property	34
B. Approaches Which Reflect Different Manifestations about Determining the Joint Property Regime	35
Conclusion	36

[in Az.] 4. The Principle of Freedom of Contract and <i>Bona Fide</i> . Limitless Freedom of Contract? <i>Gulnar Atakishiyeva</i>	38
Introduction.....	38
I. Emergence of Freedom of Contract.....	39
II. Will Principle That Creates Freedom of Contract	39
III. Restrictions of Freedom of Contract	41
IV. <i>Bona Fide</i>	44
A. <i>bona Fide</i> in Azerbaijan	45
V. Legal Characterization of <i>Bona Fide</i>	45
A. Is <i>Bona Fide</i> a Moral or a Legal Rule?.....	45
B. Is <i>Bona Fide</i> the Standard or the Principle of Law?.....	46
VI. <i>Bona Fide</i> within the Scope of Freedom of Contract. Restriction or Assurance?.....	47
Conclusion	48
[in Az.] 5. The Role of Standard Form Insurance Contracts at Enforcing Claims from the Insurance "Policies". <i>Shahla Ibrahimova</i>	50
Introduction.....	50
I. Insurance Policies.....	51
II. Ambiguity of Insurance Policies and Doctrinal Approach to This Context	55
III. Ways to solve arisen problem.....	58
Conclusion	61

Criminal Law

[in Az.]	6. Basis of Criminalization and Decriminalization. <i>Nigar Abishova</i>	62
	Introduction.....	62
	I. Crime as the Base of Criminal Responsibility.....	63
	II. The Role of Punishment in Criminalization.....	66
	III. The Difference between Criminal and the Other Regulations.....	68
	Conclusion.....	69

Competition Law

[in Az.]	7. International Practice on the Fight against Illegal Horizontal Agreements (Cartels) of Undertakings. <i>Eldar Qojayev</i>	70
	Introduction.....	70
	I. History and General Characterization of Cartels.....	71
	II. Concepts about Illegal Agreements.....	74
	III. The Fight against Cartels.....	76
	IV. "Leniency" Program.....	79
	Conclusion.....	80
[in Az.]	8. Law of Competition: Abuse of Dominant Position. <i>Ilham Zulfugarli</i>	82
	Introduction.....	82
	I. Definition of Dominant Position and Criteria for Determining It.....	84
	A. Definition of Dominant Position.....	84
	B. Criteria for Determining Dominant Position.....	87
	II. Definition of Abuse and Circumstances Considered as Abuse.....	90
	A. Definition of Abuse.....	90
	B. Circumstances Considered as Abuse.....	91
	Conclusion.....	94

Tax Law

[in Eng.]	9. How to deal with BEPS? <i>Mehran Amirli</i>	96
	Introduction.....	96
	I. Big Picture of BEPS.....	97
	A. Occurrence of BEPS.....	97

	B. Defining the “Tax Base”	99
	II. Dissection of BEPS	99
	A. Tax Competition of States.....	99
	B. Tax Havens.....	100
	C. Digital Economy or E-commerce.....	101
	D. Hybrid Mismatch Arrangements	102
	E. Transfer Pricing	103
	F. Anti-avoidance Rules.....	103
	G. Corporate Tax Structures	103
	H. How to Deal with It?	105
	Conclusion	106
[in Eng.]	10. Transfer Pricing. <i>Amrah Rahmanov</i>	107
	Introduction.....	107
	I. Transfer Pricing	108
	II. Arm’s Length Standard	109
	III. Transfer Pricing Methods	109
	A. Traditional Transaction Methods	110
	B. Transactional Profit Methods.....	112
	IV. Formulary Apportionment	114
	V. Advanced Pricing Arrangements (Agreements).....	115
	VI. Transfer of Intangibles.....	115
	A. Licensing.....	116
	B. Cost Sharing Agreements.....	116
	VII. Profit Split as the Most Appropriate Method in Many Cases.....	116
	Conclusion	117
IT Law		
[in Eng.]	11. Software License Agreements: Main types, Legal Aspects, and Regulations. <i>Kanan Madatli</i>	118
	Introduction.....	118
	I. Understanding Software License Agreements.....	119
	A. What is a Software License Agreement?	119
	B. Some Important Types of Software License Agreements - “Click-wrap” and “Shrink-wrap” Licenses.....	120

C. Shrink-wrap, Click-wrap and Browse-wrap agreements.....	124
II. Legal Aspects of Software License Agreements	128
A. How does the law regulate Software License Agreements?.....	128
B. Open source licenses and their regulations	131
Conclusion	133

Medical Law

[in Az.] 12. Medical Law: Proper Medical Treatment, Malpractice and Complication as Legal Facts. <i>Dunay Khasayli</i>	135
Introduction.....	135
I. Theoretical Basis of Medical law	136
II. Proper Medical Treatment: Medical Malpractice and Complication as Legal Fact in Medical Law.....	141
A. Proper Medical Treatment.....	141
B. Malpractice	142
C. Complication	144
III. Relations Regulated by Medical Law	145
Conclusion	146

Case Analysis

[in Eng.] 13. Case of Islam-Ittihad Association v. Azerbaijan Republic. <i>Ramin Aliyev</i> ...148	
Introduction.....	148
I. Details of the Case: Agenda and Activities of the Association, Domestic legislation and the Court Findings	149
II. Striking Balance between the National Interests and Universal Values: A Legal Necessity or a Legal Circumvention.....	150
III. Factors Affecting FORB Environments in Azerbaijan Positively and Negatively.....	152
IV. Public and Private aspects of FORB	153
Conclusion	153

BAKI DÖVLƏT UNIVERSİTETİ

TƏLƏBƏ HÜQUQ JURNALI

Buraxılış 2 | Say 1 | Dekabr | 2015

Elmi Məsləhətçi

h.e.d., prof. Əmir Əliyev

Redaksiya Heyəti

Baş Redaktor

Mehran Əmirli

Redaksiya Heyətinin Sədri

Əmrah Rəhmanov

Məsul Katib

Vaqif Nəsirov

Redaktorlar

Günəl Abdullayeva

Nigar Abışova

Gülnar Atakişiyeva

Şəhla İbrahimova

Kənan Mədətov

İlham Zülfüqarlı

Təsisçi: Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsi



ISSN: 2412-5555

Nəşr edən: Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsi

Tələbə Elmi Cəmiyyəti | www.bsulawss.org

Vebsayt: www.lr.bsulawss.org

E-poçt: lawreview@bsulawss.org

Mündəricat – Contents

Hüquq Nəzəriyyəsi – Legal Theory

1. Boşluq anlayışı, növləri və boşluqların aradan qaldırılma mexanizmi pozitiv hüquq kontekstində. <i>Vaqif Nəsirov</i>	8
Giriş	8
I. Pozitiv hüquqda boşluğun mövcudluğu	9
II. Boşluq anlayışının təsnifat meyarları	10
A. Hüququn mahiyyətinə yanaşma meyarına görə təsnifat	10
B. Qanunvericilikdə boşluğun meydana gəlmə zamanı baxımından təsnifat.....	11
C. Qanunvericilikdə faktiki mövcud olan boşluqlar	12
D. Digər boşluqlar.....	13
III. Boşluqların aradan qaldırılması mexanizmləri.....	15
Nəticə.....	17

İnsan Hüquqları – Human Rights

2. The Protection of the Freedom of Expression in Europe: Analysis of Article 10 of the ECHR. <i>Elvin Abbasli</i>	18
Introduction.....	18
I. The Area of Protection	19
II. Limitations to Freedom of Expression	21
Conclusion	22

Mülki Hüquq – Civil Law

3. Bağışlamanın vərəsəlik payına təsiri. <i>Günəl Abdullayeva</i>	24
Giriş	24
I. Bağışlama müqaviləsinin hüquqi təbiətinin vəsiyyət etmə ilə müqayisəsi	25
II. Bağışlama müqaviləsi əsasında verilmiş hədiyyənin vərəsəlik payının müəyyən edilməsi zamanı nəzərə alınmamasının üçüncü şəxslərin hüquqlarına təsiri	26
A. Hüquqdan sui-istifadəyə əsas verən, yaxud kreditorların mənafeyinin tapdanmasına gətirən bağışlama.....	26
B. Vərəsələr hədiyyəni hansı hallarda və nə üçün tələb etmək istəməyə bilər?...28	
III. Mirasın bölüşdürülməsində hədiyyənin nəzərə alınmasına əsas verən digər halların təhlili	29
A. Beynəlxalq təcrübədə hədiyyə nə zaman miras bölgüsündə nəzərə alınır?29	

B. Hədiyyənin nəzərə alınmasını vacib edən məqamlar	32
IV. Hədiyyənin miras qoyanın borcları üçün hesaba alınmasının hədiyyə alan üçün nəticələrinin təhlili	33
A. Bağışlama vədi edildikdə hədiyyə vəd olunan tərəf üçün yaranan problemlərin həlli	33
B. Hədiyyə verildikdən sonra yaranan problemlərin həlli	34
V. Ailə münasibətləri zamanı hədiyyənin nəzərə alınması	34
A. Hədiyyənin birgə mülkiyyətə daxil edilməsinin zəruriliyi	34
B. Birgə mülkiyyət rejiminin müəyyən olunması əsasının fərqli təzahürünü əks etdirən yanaşmalar	35
Nəticə	36
4. Müqavilə azadlığı prinsipi və <i>Bona fide</i> . Sərhədsiz müqavilə azadlığı? <i>Gülnar Atakişiyeva</i>	38
Giriş	38
I. Müqavilə azadlığının yaranması	39
II. Müqavilə azadlığını yaradan iradə azadlığı	39
III. Müqavilə azadlığının məhdudlaşdırılması	41
IV. <i>Bona fide</i>	44
A. Azərbaycanda <i>bona fide</i>	45
V. <i>Bona fide</i> nin hüquqi xarakteristikası	45
A. <i>Bona fide</i> əxlaq normasıdır, yoxsa hüquq norması?	45
B. <i>Bona fide</i> hüquqi standartdır, yoxsa hüquq prinsipi?	46
VI. Müqavilə azadlığı çərçivəsində <i>bona fide</i> . Məhdudiyət, yoxsa təminat?	47
Nəticə	48
5. Sığorta “siyasət”indən məhkəmə qaydasında iddia qaldırılmasında standart şərtlə sığorta müqavilələrinin rolu <i>Şəhla İbrahimova</i>	50
Giriş	50
I. Standart şərtlə sığorta müqavilələri	51
II. Sığorta müqavilələrinin dilinin anlaşılmazlığı və bu kontekstə doktrinal yanaşma	55
III. Yaranan problemin həlli yolları	58
Nəticə	61

Cinayət Hüququ – Criminal Law

6. Kriminallaşdırma və dekriminallaşdırmanın əsasları.	
<i>Nigar Abışova</i>	62
Giriş	62
I. Cinayət – cinayət məsuliyyətinin əsası kimi	63
II. Cəzanın kriminallaşdırma fəaliyyətində rolu	66
III. Cinayət hüquqi tənzimləmənin digər hüquqi tənzimləmələrdən fərqi	68
Nəticə	69

Rəqabət Hüququ – Competition Law

7. Təsərrüfat subyektlərinin qeyri-qanuni üfüqi sazişləri (kartellər) ilə mübarizəyə dair beynəlxalq təcrübə. <i>Eldar Qocayev</i>		70
Giriş	70	
I. Kartellərin ümumi xarakteristikası və tarixi	71	
II. Üfüqi sazişlərə dair konsepsiyalar	74	
III. Kartellərlə mübarizə	76	
IV. “Leniency” (Güzəşt) Proqramı	79	
Nəticə	80	
8. Rəqabət hüququ: Hökmran mövqedən sui-istifadə		
<i>İlham Zülfüqarlı</i>	82	
Giriş	82	
I. Hökmran mövqe anlayışı və onun müəyyən edilmə meyarları	84	
A. Hökmran Mövqe anlayışı	84	
B. Hökmran Mövqenin müəyyən edilmə meyarları:	87	
II. Sui-istifadə anlayışı və sui-istifadə hesab edilən hallar	90	
A. Sui-istifadə anlayışı	90	
B. Sui-istifadə hesab edilən hallar	91	
Nəticə	94	

Vergi Hüququ – Tax Law

9. How to Deal with BEPS? <i>Mehran Amirli</i>		96
Introduction	96	
I. Big Picture of BEPS	97	
A. Occurrence of BEPS	97	

B. Defining the “Tax Base”	99
II. Dissection of BEPS	99
A. Tax Competition of States.....	99
B. Tax Havens.....	100
C. Digital Economy or E-commerce	101
D. Hybrid Mismatch Arrangements	102
E. Transfer Pricing	103
F. Anti-avoidance Rules.....	103
G. Corporate Tax Structures	103
H. How to Deal with It?	105
Conclusion	106
10. Transfer Pricing. <i>Amrah Rahmanov</i>	107
Introduction.....	107
I. Transfer Pricing	108
II. Arm’s Length Standard	109
III. Transfer Pricing Methods	109
A. Traditional Transaction Methods	110
B. Transactional Profit Methods.....	112
IV. Formulary Apportionment	114
V. Advanced Pricing Arrangements (Agreements).....	115
VI. Transfer of Intangibles.....	115
A. Licensing	116
B. Cost Sharing Agreements	116
VII. Profit Split as the Most Appropriate Method in Many Cases.....	116
Conclusion	117

İnformasiya Texnologiyaları (İT) Hüququ – IT Law

11. Software License Agreements: Main Types, Legal Aspects, and Regulations. <i>Kanan Madatli</i>	118
Introduction.....	118
I. Understanding Software License Agreements	119
A. What is a Software License Agreement?	119
B. Some Important Types of Software License Agreements - “Click-wrap” and “Shrink-wrap” Licenses	120

C. Shrink-wrap, Click-wrap and Browse-wrap Agreements	124
II. Legal Aspects of Software License Agreements.....	128
A. How does the Law Regulate Software License Agreements?	128
B. Open Source Licenses and Their Regulations.....	131
Conclusion	133

Tibb Hüququ – Medical Law

12. Tibb hüququ: Düzgün tibbi müdaxilə, malpraktis və komplikasion hüquqi fakt qismində. <i>Dunay Xasaylı</i>	135
Giriş	135
I. Tibb hüququnun nəzəri əsasları	136
II. Düzgün “tibbi müdaxilə”, tibbi malpraktis və komplikasion tibb hüququnda hüquqi fakt kimi	141
A. Düzgün tibbi müdaxilə.....	141
B. Malpraktis.....	142
C. Komplikasion.....	144
III. Tibb hüququ ilə tənzimlənən ictimai münasibətlər	145
Nəticə.....	146

Məhkəmə İşinin Təhlili – Case Analysis

13. Case of Islam-Ittihad Association v. Azerbaijan Republic <i>Ramin Aliyev</i>	148
Introduction.....	148
I. Details of the Case: Agenda and Activities of the Association, Domestic Legislation and the Court Findings.....	149
II. Striking Balance between the National Interests and Universal Values: a Legal Necessity or a Legal Circumvention	150
III. Factors Affecting FORB Environments in Azerbaijan Positively and Negatively.....	152
IV. Public and Private Aspects of FORB.....	153
Conclusion	153

Vaqif Nəsirov*

Boşluq anlayışı, növləri və boşluqların aradan qaldırılma mexanizmi pozitiv hüquq kontekstində

Annotasiya

Məqalədə ilkin olaraq hüquqda boşluq anlayışının təbii və pozitiv hüquq aspektindən izah olunmasına çalışılmışdır. Bundan əlavə, tanınmış alimlərin baxış bucaqları, boşluqların anlayışı və növləri, boşluqların aradan qaldırılma mexanizmləri, Azərbaycan və xarici ölkələrin təcrübələri araşdırılmış və məqalənin strukturunun təşkilində önəmli yer tutmuşdur. Nəticədə boşluqların aradan qaldırılmasının qanunvericilik fəaliyyətində və cəmiyyətdəki münasibətlərin tənzimlənməsində rolu vurğulanmışdır. Həll kimi, müstəsna hallarda hakimlərə hüquq yaradıcılığı prosesində diskresion səlahiyyət verilməsi təklif olunur.

Abstract

In the article the concept of lacunae is tried to be analyzed from points of view of natural and positive law. In addition, well-known scholars' perspectives, notion and types of lacunas, ways for in order to get dispose of lacunas, practices of Azerbaijan and foreign countries are examined and those are dissected at the core of article. In the conclusion, the role of elimination of lacunae in legislation and regulation of social relations is emphasized. As a solution it is suggested that in order to eliminate obstacles of lacunae in special hard cases judges should be granted with discretion regarding their role in lawmaking process.

Giriş

Hüquq qaydasının nəticə olaraq həll olunması üçün qarşısına qoyduğu təməl məqsədin ictimai münasibətləri tənzimləməsi olduğunu əsas götürsək, bu tənzimlənmənin qismən məqsədmüvafiq olmaması (həmin hüquq normasının ruhuna zidd olması) və ya tamamilə mövcud olmaması hüquqda boşluğun anlayışı ilə üst-üstə düşür. Təbii hüquq məktəbi nümayəndələri hüququn qapalı bir sistem olduğunu əsas gətirərək heç bir halda hüquqda boşluq anlayışını qəbul etməyib boşluğun yalnız insan beyninin məhsulu olan qanunlarda mövcud ola biləcəyini irəli sürürlər. Pozitiv hüquq məktəbinin görkəmli müfəkkirlərindən olan H.L.A. Hart hüquq sisteminin özü-özünü təmin edə bilən bir sistem olmadığını əsas gətirərək pozitiv hüquqda boşluğun ola biləcəyi fikri ilə razılaşıır.¹ Hər hansı bir hüquq sisteminə daxil olan ölkələrin hüquq qaydası yaratmağa səlahiyyəti olan orqanı yaratdığı hüquq qaydası ilə indiki və gələcəkdə baş verəcək (bəzən keçmişə də şamil oluna bilər) münasibətlərin tam həllinə nail olmağa çalışsa da, əsasən cəmiyyətin və münasibətlərin aktiv inkişafı və normal olaraq səlahiyyətli orqanın tam

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

¹ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, s. 124 (2nd edn., with a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, Clarendon Press, Oxford 1994)

mükəmməl olmasının mümkünsüzlüyü hüququn təzahür forması olan qanunda boşluqların olmasına gətirib çıxarır.²

I. Pozitiv hüquqda boşluğun mövcudluğu

Hüquqda boşluq dedikdə münasibətin tənzimlənməsi üçün yazılı və yaxud yazılmamış (adət normaları) hər hansı bir hüquq qaydasının münasibəti tənzimlənməməsi və ya mövcud olmaması kimi başa düşüldüyü halda, qanunda boşluq dedikdə isə münasibətin tənzimlənməsində istifadə olunacaq hüququn realizə forması kimi yalnız yazılı hüquq normasının - qanunun münasibəti tənzimlənməməsi və ya mövcud olmaması başa düşülür.³ Hüququn mükəmməl bir sistem olmasını və boşluq anlayışının mövcudluğunu qəbul etmədiyimiz anda hüququn tətbiqinə və hakimlərin hüquqyaratma səlahiyyətlərinə müəyyən məhdudiyyətlər qoyaraq bu səlahiyyətlərin mövcud olduğu anqlo-sakson hüquq sistemlərinin mexanizminin qeyri-işlək hala gəlməsinə şərait yaradırıq. Pozitiv hüquqda boşluğun ola biləcəyini bir çox ölkələr öz qanunvericilik praktikalarında göstərmişlər. Bunlara misal olaraq Avstriya Mülki Məcəlləsinin 7-ci paragrafını və İsveçrə Mülki Məcəlləsinin 1/2 paragrafını göstərmək olar.⁴ Lakin Fransa Mülki Məcəlləsinin 4-cü maddəsində qanunun münasibəti ümumiyyətlə və ya qismən tənzimləyə bilməməsini bəhanə gətirərək işə baxmaqdan boyun qaçıran hakim üçün məsuliyyət təsbit olunmuşdur.⁵ Buna uyğun olaraq digər bir hal isə Azərbaycan Respublikası Mülki Məcəlləsinin 11-ci maddəsində göstərilən "Mülki qanunvericiliyin analogiya üzrə tətbiqi" hallarında qanun münasibəti birbaşa tənzimləmədikdə və onların tətbiqində işgüzar adət olmadıqda oxşar münasibətləri tənzimləyən mülki qanunvericilik normalarının tətbiq edilməsi göstərilmişdir və Fransa Mülki Məcəlləsinə oxşar olaraq məhkəmənin mülki işlərə baxmaqdan imtina etməsi məhdudlaşdırılmışdır.⁶ Hər iki hala nəzər yetirdiyimizdə hakimlərin qanunda boşluğun və ya qismi boşluğun olmasını irəli sürməsi və ya boşluq olduğu zaman hansı mexanizmlə aradan qaldırılmasının göstərilməməsi⁷ həmin ölkələrin öz qanunlarında boşluq olma ehtimalını rədd etməsini açıq şəkildə göstərir. Dövlət özünün bəzi sərt tənzimlədiyi sahələrdə boşluq ola bilməsinə heç bir şərtlə qəbul etmir. Belə ki, sözügedən bu sahələrin dövlətin və cəmiyyətin təməlinin formalaşmasında bilavasitə iştirak etməsi və hər hansı bir boşluğun ola bilmə ehtimalının mövcudluğunun təməli sarsıda bilməsi dövlətin bu addımının anlaşılabilən hesab olunmasına əğlabatan

² Sururi Aktaş, Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, EUHFD, C. XIV, S. 1–2, s. 1 (2010)

³ *Yenə orada*

⁴ *Yenə orada*, s. 3

⁵ *Tam mətn*: <http://codes.droit.org/cod/civil.pdf> s. 9 (son baxış 30 noy. 2015)

⁶ Azərbaycan Respublikası Mülki Məcəlləsi, ss. 60-61 (Hüquq Yayın Evi, Bakı, 2014, 30 sentyabr, 2014-cü il tarixinədək olan əlavə və dəyişikliklərlə)

⁷ Aktaş, s. 3

səbəb verir. Dünya təcrübəsində dövlətlərin öz cinayət və vergi qanunvericiliklərində bu halın tətbiqi açıq şəkildə görünür. Azərbaycan Respublikası Cinayət Məcəlləsinin 1.3-cü maddəsində “Cinayət məsuliyyətini müəyyən edən və cinayət törətmiş şəxsin cəzalandırılmasını nəzərdə tutan qanunlar yalnız bu Məcəlləyə daxil olduqdan sonra tətbiq edilə bilər”, 5.1-ci maddəsində “əməlin (hərəkət və ya hərəkətsizliyin) cinayət sayılması və həmin əmələ görə cəza və digər cinayət-hüquqi xarakterli tədbirlər yalnız bu Məcəllə ilə müəyyən edilir” və 5.2-ci maddəsində “Cinayət qanununun analogiya üzrə tətbiqinə yol verilmir” şəklində ifadə edilmiş sərt göstərişlərdə dövlətin bu normalarla həmin qanunvericilik aktında boşluğun qəbul ediləbilməzliyini açıq şəkildə bəyan etdiyinin şahidi olur.⁸ Dövlətin hər hansı bir münasibəti hüquqdan kənar (əxlaqi və ya dini səbəblərə görə) hesab edərək öz qanunvericiliyi ilə bu tip münasibətləri tənzimlənməsinə ehtiyac duymaması qanunda boşluğun olması demək deyil.⁹

II. Boşluq anlayışının təsnifat meyarları

A. Hüququn mahiyyətinə yanaşma meyarına görə təsnifat

1. Hüquqda boşluq

Boşluğu pozitiv hüququn çatışmazlığı¹⁰ kimi qəbul etdikdə hüquqda boşluq terminini düzgün qəbul etməyimizin və bu zaman mübahisələrin həllinin mümkünsüz olduğu qənaətinə gəlirik. Halbuki yuxarıda qeyd etdiyim kimi müasir hüquq sistemləri münasibəti tənzimləyə bilməyən hüquq normasının olmamasını irəli sürərək işə baxmaqdan boyun qaçırmanı hakimlər üçün məhdudlaşdırmışdır. Hüquq yaratma mexanizminin mövcudluğu şəraitində heç bir halda hüquqda boşluq anlayışı qəbul edilə bilməz. Müasir hüquq sistemlərində hakimlərin işə baxmaqdan boyun qaçırmalarının məsuliyyət yaratması və hakimlərin son həmlə olaraq hüquq yaradıcısı kimi qəbul edilməsi bunu bir daha sübut edir.

2. Qanunda boşluq

Qanun boşluğu normada lazımi qanuni tənzimləmənin edilməməsi kimi başa düşülür.¹¹ Qanun boşluğu termini hal-hazırkı hüquq sisteminin vəziyyəti əsas götürülərək pozitiv hüququn çərçivəsi daxilində plana zidd olan çatışmazlıq mənasını özündə ehtiva edir.¹² Hər hansı bir hüquq tənzimləməli olduğu münasibəti təsbitini tapmış qanunla tənzimləyə bilmirsə, bu qanunda boşluq adlanır.¹³ Qanunda boşluq adətən qanunverici tərəfindən qərəzsiz şəkildə bilməyərəkdən buraxılan boşluqlardan ibarət

⁸ Tam mətn: <http://www.e-qanun.az/code/11> (30 noy. 2015)

⁹ Çiğdem Kırca, Örtülü (Gizli) boşluk ve bu boşluğun doldurulması yöntemi olarak amaca uygun sınırlama (Teleologische Reduktion), s. 1

¹⁰ Aktaş, s. 17

¹¹ Kırca, s. 1

¹² *Yenə orada*, s. 2

¹³ Gökhan Akpınar, Özel Hukukta Boşluk Kavramı (Anlamı, Türleri, Tespiti, Sonuçları) s. 4

olaraq dar və geniş mənada mövcud olur.¹⁴ Hökmdaxili boşluqlardan fərqli olaraq qanun boşluqlarında hakim öz individual baxışı və diskresion səlahiyyətindən istifadə edərək boşluqları doldura bilməz.¹⁵ Həqiqətən, bir qanunda boşluğun ola biləcəyini deyə bilməyimiz üçün həmin münasibətin hüquq sistemi tərəfindən tənzimlənməsinin vacib olub-olmamasını təsbit etməliyik. Yerli əxlaq və ya din normalarına zidd olan bir əməlin qarşısının alınmasında istifadə olunacaq qanun normasının mövcud olmaması təbii haldır və qanun boşluğu hesab edilə bilməz, çünki yerli əxlaq və din normaları əsas mənbə kimi qəbul edilmir.¹⁶

B. Qanunvericilikdə boşluğun meydana gəlmə zamanı baxımından təsnifat

1. İlkin boşluq

İlkin boşluq o halda mövcud olur ki, hüquqi tənzimləməni tələb edən hallar qanun qəbul edilərkən artıq mövcud olur, lakin qanunverici normativ hüquqi aktı tərtib edərkən onları nəzərə almır.¹⁷ Qanunda ilkin boşluğa daha çox təkmil hüquqi tənzimləmə mexanizminin mövcud olmadığı qeyri-demokratik rejimlərin bərqərar olduğu dövlətlərdə təsadüf edilir.

2. Sonrakı boşluq

Sonrakı boşluq dedikdə tənzimlənən sosial sferanın inkişafı nəticəsində hüquqi tənzimləmə predmetinə daxil olan yeni münasibətlərin yaranması ilə əlaqədar olaraq meydana çıxan boşluq başa düşülür. Bu sferadakı münasibətlər artıq qanunverici tərəfindən tənzim olunduğu üçün yeni yaranan münasibətlər hüquqi tənzimləmədən kənar qalır və bu da qanunvericilikdə sonrakı boşluğun yaranmasına gətirib çıxarır.¹⁸ Məhz bu cəhət qanunvericilikdəki müvafiq boşluqların sonrakı boşluq adlandırılmasını şərtləndirir. Beləliklə, hətta baxmayaraq ki, müəyyən sferanın hüquqi tənzimlənməsi zamanı qanunverici hüquqi proqnozlaşdırmadan tam mənası ilə istifadə edir, qanunvericilikdə sonrakı boşluğun yaranmasının qarşısını almaq mümkün deyil və bu hal müəyyən mənada təbii hadisədir. Deməli, istənilən halda, hətta mütərəqqi hüquqi tənzimləmə mexanizminin mövcud olduğu dövlətdə qanunvericilikdə boşluğun olması labüddür. Odur ki, prinsip etibarı ilə, hüquqi tənzimləmənin tamamilə mövcud olmadığı hallarda olduğu kimi hüquqda boşluq onlar üzə çıxdıqca qanunverici tərəfindən aradan qaldırılmalıdır.

¹⁴ Aktaş, s. 16

¹⁵ *Yenə orada*

¹⁶ Akpınar, s. 4

¹⁷ Протасов В.Н. Проблемы теории права и государства: вопросы и ответы. М. Новый юрист (1999) *Tam mətn:* <http://bibliotekar.ru/teoria-gosudarstva-i-prava-4/35.html> (son baxış: 03.12.2015)

¹⁸ *Yenə orada*

C. Qanunvericilikdə faktiki mövcud olan boşluqlar

1. Açıq boşluq

Qanunda düzünə və ya əks mənada tənzimlənməsi lazım gələn ictimai münasibət haqqında heç bir məsələnin həllinə toxunulmamışdırsa, yaranmış bu boşluq açıq boşluq termininin məzmunu ilə üst-üstə düşür.¹⁹ Hüququn əsas məqsədini və fundamental nəzəriyyələrini əsas götürərək qanunda tənzimlənməsi mütləq olduğu halda konkret vəziyyətə dair məsələnin həll oluna bilməsi üçün tətbiqi mümkün olan qanun norması mövcud deyilsə, bu hal açıq boşluğun olmasını göstərir.²⁰ Açıq boşluqlar cəmiyyətdə mövcud olan hər hansı bir münasibətin qanunverici tərəfindən qanun normalarında açıq şəkildə təsbit olunmaması mənasını verir və özünü bariz şəkildə göstərir.

2. Qapalı (gizli və ya istisna) boşluq

Qanunvericilikdə göstərilmiş hadisəyə münasibətdə qanun norması mövcud olsa da, lazım olan istisnalar verilmədikdə və ya normanın həcmünün çox böyük olması nəticəsində yekun məna ədalətə zidd bir vəziyyət alarsa, burada qapalı boşluq mövcud olur.²¹ Açıq boşluqda normanın mövcud olmaması əsas götürülürdüsə, qapalı boşluqda norma mövcud olsa belə, onun məzmunundakı çatışmazlıqlar əsas götürülür. Qanun normasının ilk baxışdan münasibəti tənzimlədiyi kimi görünməsi, bu boşluğun gizli və ya qapalı olması və daha sonra gözə çarpması qapalı boşluğun var olmasına dəlalət edir.

3. Qərəzli boşluq

Qərəzli boşluqlar qanunvericinin bir münasibəti öz iradəsilə və bilərəkdən tənzimləmədiyi zaman meydana gələn boşluqlardır.²² Qərəzli boşluqlar hakimin səlahiyyəti ilə aradan qaldırıla bilən *qayda daxili boşluqlar* kimi (irəlidə haqqında məlumat veriləcək), adətən bilərək, qərəzli şəkildə buraxılan boşluqlardır və yuxarıda göstərilən eyni misalları bu hal üçün də tətbiq etmək olar. Qanunvericilikdə az təsadüf edilən qərəzli boşluqlar qanunvericinin subyektiv iradəsinin məhsuludur və bu hallar əsasən qanunvericinin hüquq siyasəti ilə sıx bağlı olur.

4. Qərəzsiz (bilməyərəkdən) boşluq

Bu tip boşluqlar qərəzli boşluqlardan fərqli olaraq qanunvericinin istəmədiyi və ya fərqiində olmadığı şəkildə meydana gəlir. Qərəzsiz boşluqlar əsasən qanunvericinin laqeydliyi, unutkanlığı və diqqətsizliyi nəticəsində buraxılan boşluqlardır.²³ Buna misal olaraq "Terrorçuluğa qarşı mübarizə

¹⁹ Mustafa Dural, Suat Sarı, Türk Özel Hukuku, Cilt I, (Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri), s. 108 (İstanbul 2004)

²⁰ Kırca, s. 4

²¹ Aktaş, s. 20

²² Kırca, s. 13

²³ Aktaş, s. 22

haqqında” Azərbaycan Respublikası qanununun “Terrorçuluğa qarşı mübarizə aparan dövlət orqanlarına kömək göstərilməsi” adlı 6-cı maddəsində deyilir: “Dövlət və yerli özünüidarəetmə orqanları, mülkiyyət formasından asılı olmayaraq təşkilatlar, ictimai birliklər, vəzifəli şəxslər və vətəndaşlar terrorçuluğa qarşı mübarizə aparan dövlət orqanlarına kömək etməyə borcludurlar. Terrorçuluğun aşkar edilməsində və qarşısının alınmasında, habelə bu fəaliyyət nəticəsində dəyə biləcək zərərin minimuma endirilməsində kömək edə biləcək məlumatlar və hadisə barəsində hüquq-mühafizə orqanlarına xəbər vermək hər kəsin borcudur.”²⁴ Bu maddədən də göründüyü kimi dövlət vətəndaşın üzərinə məlumat verməsi barədə vəzifə qoysa da, vəzifənin icra olunmaması hallarında hansı cür sanksiyanın tətbiqi barədə heç bir məlumat göstərilməmişdir. Bu hal qanunvericinin qərəzsiz boşluğa yol verməsinin bariz nümunəsidir.

5. Real boşluq

Real boşluq qanunverici tərəfindən qanunda öz həllini tapması vacib olan bir tənzimləmənin edilmədiyi və ya bir məsələ haqqında hər hansı bir qaydanın iştirak etməməsi kimi ifadə olunur. Amma real boşluğa qapalı boşluğu əhatə edəcək şəkildə tərif verilməlidir.²⁵ Əslində real boşluq digər boşluqların mövcudluğu ilə formalaşmış qeyri-real boşluğu izah etmək üçün istifadə olunur.

6. Qeyri-real boşluq

Qeyri-real boşluq qanunda mövcud olan bir tənzimləmənin yetərli və qənaətbəxş hesab edilməməsidir. Bununla yanaşı, qanunun mətni ilə ruhunun bir-birinə uyğun gəlməməsi, digər bir qanun norması ilə ziddiyyət təşkil etməsə belə, yenə də qəbul ediləbilməz olması qeyri-real boşluğun əsas xüsusiyyətlərindəndir. Bu tip boşluqların aradan qaldırılması hakimin səlahiyyətləri çərçivəsində deyil. Ancaq qanunvericinin səhv hüquq siyasətilə bağlı qərarı qənaətbəxş hesab edilə bilməz.²⁶

D. Digər boşluqlar

1. Qayda (hökm) daxili boşluq

Qayda daxili (*Intra Legem*) boşluq qanun çərçivəsi daxilində mövcud olan və aradan qaldırılması labüd olan boşluqlardır. Qanunverici faktiki hüquq normasını bir çərçivə şəklində müəyyən edərək mövcud boşluqların doldurulmasını hakimin ixtiyarına buraxmışdır.²⁷ Belə ki, bu tip boşluqların bilərəkdən buraxılması və belə boşluqların geniş mənada boşluq hesab edilməsi həmin boşluqların qanun boşluğu hesab edilməsini mübahisə obyektinə çevirir. Qanun boşluğu qayda daxili boşluqdan fərqli bir anlayışdır.

²⁴ Tam mətn: <http://e-qanun.az/framework/3855>

²⁵ Aktaş, s. 18

²⁶ Aktaş, s. 18, Akpınar, s. 10

²⁷ Kırca, s. 3

Əgər hökm daxili boşluq mövcuddursa, faktiki münasibətin həllinə müvafiq qanun norması da mövcuddur, lakin tətbiqi üçün digər ünsürlərin də köməyinə ehtiyac vardır. Qanun boşluğunun mövcud olması üçün isə ya münasibəti tənzimləyən normanın ümumiyyətlə mövcud olmaması, ya da mövcud olsa belə, tənzimləmə bilməməsi əsas götürülür.²⁸ Misal olaraq, Azərbaycan Respublikası Mülki Məcəlləsinin 50.1-1-ci maddəsində “Qeyri-hökumət təşkilatlarının adında Azərbaycan Respublikasının dövlət orqanlarının adlarından, habelə Azərbaycanın görkəmli şəxsiyyətlərinin adlarından (onların yaxın qohumlarının və ya vərəsələrinin icazəsi olmadan) istifadə edilə bilməz” deyə bir müddəə təsbitini tapmışdır. Hakim bu maddə üzrə işə baxdıqda hansı adların maddədə göstərilən adlara uyğun olub-olmadığını qanunda birbaşa göstərilməsə belə, digər ünsürləri nəzərə alaraq qərar qəbul edir. Beləliklə, hökmdaxili boşluq geniş mənada boşluq hesab edilərək hər zaman hakimin diskresion səlahiyyəti ilə birbaşa əlaqəli olur.

2. Peczenik təsnifatlandırması

Peczenik pozitiv hüquqda təfsir olunmaq yolu ilə aradan qaldırılan boşluqları *təfsir edilən hüquqda boşluq*²⁹ adlandıraraq boşluğun bu növlərini klassik boşluq növlərindən ayıraraq təfsir kontekstində incələmişdir:³⁰

A) Çatışmazlıq boşluğu³¹ – mövcud hüquq sisteminin tənzimlənməsi vacib olan müəyyən bir məsələni tənzimləməməsi halında meydana gələn boşluqlar kimi başa düşülür.

B) Əsassızlıq (uyğunsuzluq) boşluğu³² – bu tip boşluqlar qanun normasının məntiqi əsassızlığı nəticəsində əmələ gəlir. Müəllif misal olaraq, Danimarka Konstitusiyasının bir-birinə zidd olan iki maddəsini göstərmişdir. Belə ki, maddənin birində ilk məclisin baş tutması üçün nəzərdə tutulmuş yetərsayın 78 üzv olduğunu bildirdiyi halda, buna zidd olaraq, digər maddədə isə yetərsayın 79 üzv təşkil etdiyi bildirilmişdir. Tətbiq üçün daha üstün hüquqi qüvvəyə malik normativ aktın olmamağı buradakı boşluq məntiqsiz boşluq adlandırmağımıza əsas verir.

C) Qeyri-müəyyənlik boşluğu³³ – bir hüquq normasının mənasındakı qeyri-müəyyənlik və ya ikimənalılıqdan qaynaqlanır. Müəllifə görə əgər qeyri-müəyyənliyin mövcud olduğu halları boşluq kimi dəyərləndirsək, qeyri-müəyyənlik boşluğunun aradan qaldırılması ilə hüquq normasına təfsir verilməsi fəaliyyəti bir-birindən fərqləndirilməlidir.

²⁸ Akpınar, s. 5

²⁹ *İngiliscə: Gaps in interpreted law*

³⁰ Alexander Peczenik, *On Law and Reason*, s. 18 (Springer, 2009)

³¹ *İngiliscə: Insufficiency gap*

³² *İngiliscə: Inconsistency gap*

³³ *İngiliscə: Indeterminacy gap*

D) Aksioloji boşluq³⁴ - maraq kəsb edən hüquq qaydasının müəyyən bir əxlaqi dəyərlə ziddiyyət təşkil etməsi nəticəsində meydana gəlir. Əgər mövcud qanun norması bir münasibətin tənzim edilməsini əxlaqi olaraq qəbul edilməz səviyyədə təşkil etmişdirsə, burada aksioloji boşluq mövcuddur. Müəllifə görə bu cür boşluqların aradan qaldırılmasında mütləq əxlaqın təməl prinsiplərinə söykənmək lazımdır.

III. Boşluqların aradan qaldırılması mexanizmləri

Pozitiv hüquqda müxtəlif cür boşluq növləri olduğu kimi həmin boşluqların aradan qaldırılmasının da müxtəlif üsulları vardır. Üsulların müxtəlifliyinin əsas səbəblərindən biri də hüquq sistemlərinin müxtəlifliyidir. Bu üsulların əsasən 3 növü fərqləndirilir:³⁵

1) *Boşluqların aradan qaldırılmasında analogiyanın tətbiqi* əsasən iki cür – qanunun analogiyası və hüququn analogiyası üsulu ilə aparılır. Bu iki anlayış “Normativ hüquqi aktlar haqqında” Azərbaycan Respublikası Qanununda öz əksini tapmışdır. Belə ki, qanunvericiyə əsasən qanunun analogiyası dedikdə “konkret ictimai münasibətləri tənzimləyən qanunvericilik normaları olmadığına görə həmin ictimai münasibətlərə oxşar ictimai münasibətləri tənzimləyən qanunvericilik normalarının tətbiq edilməsi” başa düşülürsə, hüququn analogiyası dedikdə isə “hüququn analogiyası – yalnız konkret ictimai münasibətləri deyil, həm də oxşar ictimai münasibətləri tənzimləyən qanunvericilik normaları olmadığına görə həmin ictimai münasibətlərə qanunvericiliyin məğzinin, hüququn ümumi prinsiplərinin və ya hüququn konkret sahələrinə aid prinsiplərin tətbiq edilməsi” başa düşülür. Bəzi alimlər analogiya ilə yanaşı analogiyaya bənzər olan subsidiar hüquq tətbiqini irəli sürürlər. Bu o zaman mövcud olur ki, bir qanunvericilik sahəsində boşluğun doldurulması üçün digər sahənin normalarından istifadə olunur. Beləliklə, subsidiar hüquq tətbiqetmə qanunun sahələrarası analogiyasıdır. Boşluğun aradan qaldırılmasının bu üsulunun klassik analogiyanın tətbiqindən əsas fərqi ondadır ki, klassik analogiyanın tətbiqi zamanı eyni sferadakı münasibətləri tənzimləyən qanunvericiliyin digər norması tətbiq olunduğu halda, subsidiar hüquq tətbiqetmədə hüquq normaları onların bilavasitə tənzimləmə predmetinə aid olmayan ictimai münasibətlərə öz təsirini göstərir. Adətən, subsidiar hüquq tətbiqetmə yaxın hüquq sahələri arasında, məsələn, mülki, ailə, əmək, mənzil və s. istifadə olunur.³⁶

2) *Hakimə qanunvericilik səlahiyyətinin verilməsi* ilk növbədə qanunvericilikdə faktiki münasibəti tənzimləyən normanın mövcud olmaması, bundan əlavə, qanunvericilikdə də müəyyən olunduğu kimi hakimin baxmalı olduğu digər mənbələr sırasından hüququn əsas prinsiplərində və adət normalarında da

³⁴ *İngiliscə: Axiological gap*

³⁵ Aktaş, s. 24

³⁶ Морозова Л.А, Теория государства и права, s. 260 (Учебник, М., 2010)

mövcud münasibətin həllinə dair tənzimləmə olmadığı halların mövcudluğuna əsaslanır. Hakimin yaratdığı hüquq yalnız faktiki işlə bağlı olmamalıdır. Hakim tənzimlənəcək münasibətlə yanaşı eyni tipli digər münasibətlərin də tənzimlənməsini mümkün edən ümumi bir norma yaratmalıdır.³⁷ Bu səlahiyyət hakimə normanın təfsir oluna bilməməsi nəticəsində verilir. Roman-german hüquq sistemi ölkələrinin bir çoxu (Türkiyə, İsveçrə) ümumi mənada presedent hüququnu və hakimin qanunverici kimi çıxış etməsini qəbul etməsələr də, öz mülki məcəllələrində yuxarıda qeyd etdiyim kimi son hərəkət olaraq hakimlərə bu səlahiyyətin verilməsini təsdiq edirlər. Problem ondadır ki, başlıca narahatçılıq doğuran hal roman-german hüquq sisteminə daxil olan ölkələrin hüquqşünasları məhkəmədən qanun yaratmasını gözləməsələr də, boşluqların mövcud olduğu hallarda belə işi təmin etməyi ondan tələb edirlər.³⁸ Səlahiyyət müəyyən edən ölkələrdə hakimin qərar qəbul etdiyi zaman presedent kimi sayıla bilən digər məhkəmə qərarlarına, doktrinalara və özünün hüquq düşüncəsinə əsaslanaraq ədalət çərçivəsində qərar çıxarması nəzərdə tutulub. Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyində bəzi digər roman-german hüquq sistemi ölkələrində olduğundan fərqli olaraq heç bir halda hakimə qanunverici səlahiyyət verilməyib. Hakimin analogiyanın tətbiqini reallaşdırma bilmədiyi halda Azərbaycan Respublikası Konstitusiyasının 130-cu maddəsinin VI hissəsinə əsasən Konstitusiya Məhkəməsinə müraciət göndərə bilər.

3) Bir çox alimlər *haqq-ədalətə, məntiqə, reallığa əsaslanaraq qərar qəbul etməni* hakimə qanunverici səlahiyyətlərin verilməsini özündə ehtiva edən müstəsna hal kimi və ya hüququn analogiyası kimi qiymətləndirsələr də, digərləri isə bunun qanunvericilikdəki boşluqların aradan qaldırılmasında mühüm roluna görə ayrıca təsnifatlandırmışdılar. Bəzi ölkələr bu üsulu öz qanunvericiliklərində də göstərmişlər. Belə ki, 1987-ci ildə qəbul olunmuş və 1988-ci ildə qanuni qüvvəyə minmiş Luiziana Mülki Məcəlləsinin 4-cü maddəsində faktiki məsələ bu cür tənzimlənməyə çalışılmışdır: “Müəyyən bir münasibətin tənzimlənməsi yazılı hüquqda və ya adət və ənənələrdə öz təsbitini tapmadığı halda belə hakim işə baxmalıdır. Bu zaman hakim haqqa, məntiqə və yayılmış tətbiq növlərinə istinad etməklə ədalətli qərar çıxarmalıdır.”³⁹ Digər bir ölkənin qanunvericiliyinə nəzər yetirsək, Rusiya Mülki Məcəlləsinin 6-cı maddəsinin 2-ci paragrafında belə deyilir: “Qanunun analogiyasının mümkün olmadığı hallarda tərəflərin hüquq və vəzifələri, Mülki Məcəllənin ümumi prinsipləri və ruhuna uyğun tətbiq edilən hüququn analogiyası yolu ilə və xoş niyyət, məntiqə uyğunluq və ədalətlə tənzim-

³⁷ Akpınar, s. 12

³⁸ Michael Bogdan, *General Principles Of Law And The Problem Lacunae In The Law Of Nations*, s. 1

³⁹ Aktaş, s. 25

lənir.”⁴⁰ Ölkə qanunvericilərinin məsələyə bu cür diqqət yetirmələri boşluğun aradan qaldırılmasının bu növünün digərlərindən ayrılmasına əsas gətirən alimlərin öz fikirlərində yanılmadığı qənaətinə gəlməyimizə səbəb olur.

Nəticə

Cinayət və vergi sahəsindəki kimi qanunvericinin ciddi şəkildə tənzimləməyə çalışdığı bəzi sahələr istisna olmaqla pozitiv hüquqda boşluqların mövcudluğu müasir hüquq sistemləri tərəfindən inkar olunmur.⁴¹ Girişdə də vurğulanmış olduğu kimi, boşluğun yalnız pozitiv hüquqda mövcudluğu ilə bağlı bir sıra mütəfəkkirlərin də fikrini əsas götürərək *hüquqda boşluq* termininin doğru olmadığı fikrini irəli sürmək olar. Müasir qanunverici ilk növbədə XIX əsrə qədər mövcud olmuş qanunverici orqanın yaratdığı qanun normalarında boşluğun ola bilməsi ehtimalının inkar edilməsi fikrindən çəkinərək əsas məqsədin cəmiyyətin normal fəaliyyətinin, qanunun və qanunvericilik sisteminin daimi işlək vəziyyətdə saxlanılmasının təmin olunmasının vacibliyini dərk edərək qanunvericilikdə boşluqların aradan qaldırılmasını təmin etməlidir. Yuxarıda göstəriləyi kimi hüquqda boşluğun təsnifatlara ayrılmasının əsas səbəbi boşluqların mövcud olmasının nədən qaynaqlandığını və aradan qaldırılmadığı hallarda hansı fəsadlara yol açacağını, boşluğun növlərinin daha dərinədən dərk edilməsinin boşluqların aradan qaldırılmasının təmin olunmasında mühüm rol oynamasını diqqətə çatdırmaqdır.

⁴⁰ *Yenə orada*, s. 26

⁴¹ Kadir Çekirdekoğlu, *Hukuk metodolojisinde kıyas, vergi hukukunda kıyas yasağı ve aksi ile kanıtlama*, s. 1, Aktaş, s. 28

*Elvin Abbasli**

The Protection of the Freedom of Expression in Europe: Analysis of Article 10 of the ECHR

Annotasiya

Diqqətinizə çatdırılan bu məqalə Avropa İnsan Hüquqları Konvensiyası və digər beynəlxalq sənədlərdə geniş şəkildə əks olunan ifadə azadlığı ilə bağlı məsələləri əhatə edir. Məqalə Avropa hüquq sistemində ifadə azadlığının qorunma sahəsi, məhdudiyyətlər üçün qanuni əsaslar və bununla bağlı məhkəmə təcrübəsini analiz edərək, ifadə azadlığının qeyd olunan müxtəlif elementlərinə qısaca nəzər salır.

Abstract

The current article deals with the issues regarding freedom of expression, which has been thoroughly manifested in the European Convention on Human Rights and other international documents. The article takes a look at different sides of the freedom of expression in European legal system - the area of protection, the legitimate grounds for restrictions and relevant case law, briefly analysing those elements.

Introduction

Freedom of speech or expression is considered as one of the key elements of the modern civil societies. Throughout the history the speech has been the main tool for transmitting ideas, thoughts, and information among the people. Despite the fact that the expression of the new ideas, which mostly had shocking effects in the societies, were exposed to the attacks and threats by the authorities, the defenders of it never gave up and continued to fight that freedom. It goes without saying that the freedom of expression has been the “accelerator” of the human development and prosperity for ages.

This right has been embodied in several international documents related to human rights and freedoms. For example, Article 19 of the Universal Declaration of Human Rights (“UNHR”), which was adopted in 1948, states that: *“Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers”*. That provision was followed by Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), adopted in 1966. Article 19 of ICCPR states that: *“1. Everyone shall have the right to hold opinions without interference. 2. Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of*

* Baku State University Law School, 2nd year Master’s Degree student on Human Rights

frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice.

3. *The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:*

(a) For respect of the rights or reputations of others;

(b) For the protection of national security or of public order (ordre public), or of public health or morals."

As it is obvious, article 19 of ICCPR defines the freedom of expression in a comprehensive way and reveals the restrictions to that right as well.

The freedom of expression was also enshrined in the article 10 of the European Convention on Human Rights ("Convention"). This has a central part to play in the protection of other rights under the Convention. Besides this, freedom of expression may frequently conflict with other interests, indeed with other rights protected by the Convention, for instance the right to a fair trial, the right to respect for private life, and the right to freedom of thought, conscience and religion. Where there is a conflict between freedom of expression and some other interests, the European Court of Human Rights ("ECHR") is engaged in some sort of weighing exercise to determine the priority of one over the other.¹

In *Handyside v. UK*², the Court stated:

'Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive but also to those that offend, shock or disturb the state or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society".'

I. The Area of Protection

The characteristic feature of the freedom of expression is that it preserves activities which carry a risk of harming or actually damage the interests of others of public interest. Publication of some information which damages the reputation of an individual or harms certain group of people or their beliefs is tolerated and this should be considered as one the essential values of a democratic political system. Recent tragic events in France arising from the publication of caricatures by "Charlie Hebdo" revealed the conflict between freedom of expression and religious beliefs of a certain group of people, but the importance of the former makes authorities take measures in order to protect that right.

¹ D J Harris, M O'Boyle and C Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, pp. 372-373 (2nd ed. 2009).

² *Case of Handyside v. The United Kingdom*, A/24 para 49 (1976).

Freedom of expression includes the right to communicate and to express oneself in any medium, including through words, pictures, images and actions (including through public protest and demonstrations).

The type of expression protected includes:³

- political expression (including comment on matters of general public interest);
- artistic expression; and
- commercial expression, particularly when it also raises matters of legitimate public debate and concern.

As it is seen from the list aforementioned, “expression” does not merely mean words, still less spoken words, but extends to pictures, images and actions intended to express an idea or to present information. Equally, the means of protected expression go beyond speech to print, radio and television broadcasting, artistic creations, film, and probably electronic information system.

The political expression is given a special attention and perseverance. Equally, the Court is of the view that artistic expression, which is vital for fostering individual fulfilment and the development of ideas, are also robustly protected by Article 10. In *Markt Intern Verlag v. FRG*⁴, the government objected the allegations stating that information in a trade magazine fell outside Article 10, being directed to the promotion of the economic interests of a group of traders, and thus an aspect of the right to carry on business. The Court, conversely, described the item as “information of a commercial nature” but held that it was protected by Article 10 as that Article did not apply “solely to certain types of information or ideas or forms of expression”.

It should also be mentioned that as all kinds (political, artistic, commercial), forms (words, pictures, sounds) and media (speech, print, film, television etc.) of expression may fall within Article 10, it does not follow that they must all be treated equally by states. The margin of appreciation which Article 10 permits may be applied differentially (but not discriminatorily).

Meanwhile, the issue about the protection of the access to information and its extent is not completely backed by the Court. In *Leander v. Sweden*⁵, the applicant sought confidential information in government files, on the basis of which he believed he had been denied a job, in order that Article 10 gave him no protection. Rather, the general duty on the state is not to block access to information which is available.⁶

³ The European Convention on Human Rights, Article 10, Freedom of expression.

⁴ Case of *Markt Intern Verlag v. FRG*, A/165 para 25-26 (1989).

⁵ Case of *Leander v. Sweden*, A/116 para 74 (1987).

⁶ Case of *Z v. Austria* No 10392/83, 56 DR 13 (1988).

Besides this, Article 10 distinguishes between “information” and “ideas” and makes it clear that the freedom of expression is not restricted to verifiable, factual data. It also covers opinions, criticism, value judgements, speculation: for these latter instances, in particular, there is no room in general for the argument that Article 10 extends only to “true” information.

The final sentence of Article 10 (1) is also interesting and can be regarded unique in the Convention. It defines the wide power for states to continue to regulate the licensing issues for broadcasting and television. In a word, this sentence gives an entitlement to the states to make technical or financial licensing decisions.

II. Limitations to Freedom of Expression

Freedom of expression is not an absolute right and Article 10(2) defines basis for restrictions and limitations to this freedom. One of those criteria is “prescribed by law” and the term “law” has been extensively construed so as to include not only statutory laws, but also unwritten laws in order to reflect the legal cultures of common law countries.⁷ The Court has identified two sub-tests that must be satisfied for a norm to be a “law”: those of accessibility and of foreseeability (or clarity). The sub-test of accessibility can be fulfilled if the citizen is able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. A more rigorous assessment is required for the sub-test of foreseeability. The foreseeability is one of the requirements included in the phrase “prescribed by law” in Article 10(2). A norm cannot be regarded as a “law” unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen-if need be, with appropriate advice-to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.⁸

The second paragraph of Article 10 lists nine legitimate purposes for which restrictions on the freedom of expression can be justified. These are: a) the protection of national security; b) the protection of territorial integrity; c) the protection of public safety; d) the prevention of disorder or crime; e) the protection of health; f) the protection of morals; g) the protection of reputation or rights of others; h) the prevention of the disclosure of information received in confidence; and i) the maintenance of the authority and impartiality of the judiciary.⁹

When considering the issue on “limitations”, it should also be mentioned that there exists a big difference between communication addressed to an audience consisting of an ordinary individual, a few individuals, or even the general populace, and communication addressed to those who hold power as rulers, elected or unelected, representatives and officials. There is also an

⁷ Case of *Sunday Times v. UK* (No 1), A 30 (1979).

⁸ Case of *Müller and others v. Switzerland*, A/133 (1988).

⁹ D. J. Harris and O’Boyle and Warbrick, p. 474.

appreciable difference between messages put out by individuals on their own responsibility, and messages that originate from officialdom or are circulated by some media organization.¹⁰ Currently, it is generally accepted that the communication addressed to state officials, government authorities should be tolerated and State Parties to the Convention should abolish the provisions on application of criminal liability for defamation, especially in the cases related to the media.

Article 10(2) reveals “duties and responsibilities” of persons exercising their freedom of expression. The notion of “duties and responsibilities” has been invoked in relation to different bearers of expression rights, including politicians, civil servants, lawyers, the press, journalists, editors, authors and publishers, and even artists such as novelists. This notion puts a significant importance with respect to special categories of civil servants, such as diplomats, judges, intelligence agents, and police officers. The Court has found that the obligations imposed on special categories of public officials, including police officers, to refrain from political activities to ensure that, their balanced or political neutral views were compatible with the duties and responsibilities under Article 10(2).¹¹ With respect to journalists, the Court has consistently stressed their duties and responsibilities to act in good faith to provide accurate and reliable information in accordance with ethics of journalism. For example, journalists accused of defamation are required to provide *prima facie* reliable evidence for supporting their claim, failing which the Court may demand the proof of the veracity of allegations. As said in *Steel and Morris v. UK*, it is not in principle incompatible with Article 10 to place on a defendant in libel proceedings the onus of proving to the civil standard the truth of defamatory statements, namely that the statement is substantially true on the balance of probabilities. Nevertheless, they are not required to establish the truth of all aspects of information they report in the press. In relation to statements considered false assertions of facts, the Court may take into account whether the applicants were responsible for the production or publication of such statements, and whether they intended to deceive other persons through such information.

Conclusion

Freedom of expression, enshrined in Article 10 of the Convention, can be considered as one of the main elements of the civil society and democratic political system. Informed discussion of matters of public concern is of high value because of its role in the working of a democratic society. “Expression”

¹⁰ Paul Sturges, *Limits to Freedom of Expression? Considerations arising from the Danish cartoons affair*, IFLA Journal 32, 181-188, p. 185 (2006).

¹¹ Case of *Rekovenyi v. Hungary* 1999-III para 46 GC; and Case of *Otto v Germany* No 27574/02 Hudoc (2005).

has been interpreted widely and all the means for engaging in expression have been brought within the scope of Article 10(1). However, this wide right is not an absolute right and Article 10(2) allows some limitations to it. The Court always struggles with the conflict between the individual right and the public interest. The rhetoric of its judgements in support of freedom of expression is strong and it has been through Article 10 cases that the requirements of “law” as the basis for interference was first set down. In order to justify limitations, relevant authorities need to show the basis embodied in Article 10(2). The margins of appreciation in this Article can be considered very wide but the jurisprudence of the Court reminds states that their powers are unlimited. Because many of these issues are both multinational and economic, for those Convention states which are members of the European Union it is encouraging that the development of European Community law has paid attention to the standards of the Convention. Besides this, recent events happening in Europe and other parts of the world shows that the freedom of expression should be protected and the attacks to free speech and expression need to be prevented by relevant authorities, otherwise, the democratic values, such as the pluralism and diversity of opinions can be under threat of terror and despotism.

Günel Abdullayeva*

Bağışlamanın vərəsəlik payına təsiri

Annotasiya

Məqalə bağışlama əsasında əldə edilmiş hədiyyələrin vərəsəlik münasibətləri bərqərar olduğu halda nə kimi rol oynamasından bəhs edir. Burada hədiyyənin miras əmlakın açılması zamanı cəlb edilməsinin hansı hallarda ədalətli və məqsəduyğun olması göstərilmişdir. Bu barədə Fransa, Almaniya, İngiltərə, Türkiyə və sair ölkələrin mülki qanunvericilik sistemi milli qanunvericiliklə müqayisə edilərək mənfi və müsbət məqamlar qiymətləndirilmiş, Azərbaycan Respublikası Mülki Məcəlləsində daha ədalətli hüquq normasının müəyyən olunması barədə tövsiyələr əks olunmuşdur. Habelə məqalədə ailə əmlakına edilmiş hədiyyənin hansı hallarda birgə mülkiyyət hesab olunması və miras bölgüsündə necə nəzərə alınması məsələsinə toxunulmuş, birgə mülkiyyət rejimi qaydasının qanuni nikahdan əlavə, daha hansı hallarda nəzərə alınmalı olmasına dair müxtəlif müəlliflərin yanaşması əks olunmuşdur.

Abstract

The article is dedicated to the role of received gifts as donation when inheritance relationships are set up. There is shown in which cases concerning the donation is rather fair. There is appreciated negative and positive points by comparative analysis with civil legislature of France, Germany, England, Turkey and other countries and national civil legislature. There are shown recommendations on determining fair and more perfect legal norms in the Civil Code of the Republic of Azerbaijan. In addition, the article covers the cases in which gifts to marital property should be considered as the shared ownership property and how should be adjusted in the partitioning of shares. There are reflected approaches of different authors about in which cases the rule of the shared ownership property should be established besides marriage.

Giriş

Mülki hüquqda vərəsəlik münasibətlərilə əlaqədar məsələlərin həllinə tələbat daim əhəmiyyət kəsb etmişdir. Digər hüquq münasibətlərindən fərqli olaraq, hər bir şəxsin vərəsəlik hüquq münasibətinin subyektı ola bilmə imkanı mütləqdir. Bu zaman ortaya çıxa biləcək problemlərdən biri də odur ki, miras qoyan şəxsin ölümündən qısa müddət əvvəl bağışlama əqdini etmiş olması, habelə nikah münasibətində olduğu şəxsə qarşı belə bir əqdi icra etməsi vərəsəlik münasibətinə müəyyən dərəcədə təsirini göstərir. Xüsusilə də, müddətin az olması belə bir əqdin uydurma olub əhəmiyyətsiz xarakter daşması imkanını ortaya çıxara bildiyindən bu tip hüquq münasibətlərində bağışlanan əşya miras açılan zaman diqqətdən tam da kənar qalmamalıdır. Belə ki, onun vərəsəlik payına, miras əmlakın həm aktiv, həm də passivinə təsiri digər vərəsələrə haqsızlıq edilməməsi məqsədilə nəzərə alınmalıdır. Buna baxmayaraq, belə təsirin qiymətləndirilməsi məsələsinə bağışlama hüquq münasibətində əvəzsiz hədiyyə əldə edən tərəfin hüquqlarının tapdanması kimi yanaşmaq

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

olmaz. Bu səbəbdən məqalədə hansı hallarda bağışlanan əşyanın mirasdan kənar qalıb-qalmaması məsələsindən danışılacaq. Bundan əlavə qanunvericiliyin belə hallarda tənzimləmə üsulunun məqsədəuyğunluq dərəcəsi və optimallığına nəzər yetiriləcəkdir. Həmçinin beynəlxalq təcrübədə rast gəlinən həll yolları ilə yerli qanunvericiliyin müqayisəli təhlili aparılaraq mənfəət və müsbət cəhətlər araşdırılacaq, daha ağılabatan həll üsulları qeyd olunacaqdır.

I. Bağışlama müqaviləsinin hüquqi təbiətinin vəsiyyət etmə ilə müqayisəsi

Vərəsəlik münasibətlərində miras qoyan şəxsin ölümündən sonra əmlakının sonrakı aqibəti barədə sərəncam verə bilmə imkanı vəsiyyət etmə nəticəsində gerçəkləşir. Vəsiyyət etmə ilə bağışlama əqdi hüquqi təbiətinə görə bəzi oxşarlıqlara malikdir. Belə ki, hər ikisi qeyri-kommersiya xarakteri daşıyır, o cümlədən hər ikisi əvəzsiz əqdlərdir və əsasən, qəbul edən tərəf üçün qazandırıcı əqd kimi çıxış edirlər. Buna baxmayaraq, onların hüquqi təbiətində fərqli məqamlar mövcuddur ki, bu da onlara verilən anlayışlarda nəzərə çarpır. İlk əvvəl, vəsiyyət etmə birtərəfli əqd olduğu halda, bağışlama əqdi müqavilə əsasında gerçəkləşdiyindən ikitərəfli əqd formasında təzahür edir. Belə ki, vəsiyyətnamədə yalnız miras qoyanın iradəsi əks olunur, bağışlama müqaviləsində isə hədiyyə qəbul edən şəxsin razılığı tələb olunur, yəni onun qəbul etməsi əsasında müqavilə bağlanmış sayılır. Bundan əlavə, digər fərqli məqamlar Azərbaycan Respublikasının Mülki Məcəlləsinin (bundan sonra AR Mülki Məcəllə) 666.1-ci maddəsində bağışlama müqaviləsinə verilən anlayışda əks olunub: “Bağışlama müqaviləsi *sağ ikən* bağlanan elə bir müqavilədir ki, onun əsasında hədiyyə verən öz əmlakının *bir hissəsini* bağışlamaqla hədiyyə alanı zənginləşdirir, həm də hədiyyə alan tərəfindən heç bir cavab xidməti ilə şərtləndirilmir”. Burada bağışlamanın vəsiyyət etmədən fərqli olaraq sağ ikən realizə edilməsi əks olunmuşdur. Vəsiyyət edərkən şəxsin bütün əmlakı barədə sərəncam verə bilmə imkanının olmağına baxmayaraq, bağışlama zamanı əmlakın bir hissəsinin hədiyyə olunmasının nəzərdə tutulması bütövlükdə bağışlamanın ağılasığmaz olmasından irəli gəlir. Vərəsəlik münasibətlərində vərəsələrə keçən öhdəliklə bağışlama zamanı hədiyyə qəbul edənin üzərinə qoyula bilən öhdəliklər də xarakterinə görə fərqlənir. Belə ki, AR Konstitusiyaya Məhkəməsinin “AR Mülki Məcəllənin 666.1, 670.1, 670.3 və 673.1-ci maddələrinin şərh edilməsinə dair” Plenum Qərarında deyilir: “Hədiyyə verən hədiyyə alanın üzərinə özünün bəhrələnməsi ilə bağlı olmayan müxtəlif öhdəliklər qoya bilər ki, bunlar dövlət mənafeyi, ictimai mənafe, hədiyyə verənin və ya başqa şəxslərin xeyrinə nəzərdə tutula bilər. Lakin öhdəlik bağışlamanın mahiyyətinə zidd olmamalı və ya hər hansı maddi

təminat əldə edilməsi ilə bağlı olmamalıdır".¹ Bu səbəbdən həmin öhdəliklərin yerinə yetirilməməsinə görə müqavilədən imtina edilməsi məntiqəuyğundur. Belə görünür ki, bağışlama əsasında yaranan öhdəlik subyektiv xarakterə malikdir və vərəsəlik münasibətlərində ümumi faydalı məqsədlərlə əlaqədar olan vəsiyyəət tapşırığı ilə oxşarlıq təşkil edir. Hədiyyə edilərkən ümumi faydalı məqsəd naminə qoyulan şərtin, əsasən, *donorun* – hədiyyə verənin ölümündən sonra da yerinə yetirilməsi tələb olunur.² O ki qaldı, vərəsəlik qaydasında miras əmlakın passivinə daxil olan öhdəliklərə, bunlar obyektiv xarakterə malikdir.

Xarici ölkələrdə bağışlama və miras vergisi (*gift and estate tax*) müəyyən edilmişdir. Lakin burada nəzərdə tutulan dəyər həddi fərqli müəyyən olunmuşdur. Məsələn, Amerika Birləşmiş Ştatlarında hər il inflyasiyaya əsasən, dəyişən bağışlama vergisinə cəlb olunma həddi 14 min dollardan yuxarı dəyərdə olan hədiyyə üçün müəyyən edildiyi halda, miras üçün 5.43 milyon dollar nəzərdə tutulmuşdur.³ Bağışlamaya nəzərən mirasda həddin yuxarı göstərilməsində məqsəd odur ki, miras qoyan ölükdən sonra onun aqibətinin müəyyən olunması şərtidir. Ancaq bağışlama sırf hədiyyə verənin istəyindən asılıdır. Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyində bağışlama və miras ilə əlaqədar verginin müəyyənləşdirilməməsi heç bir əvəz qarşılığında edilməyən bir qazandırma əqdi olmaları ilə əlaqədardır. Lakin nəzərə almaq lazımdır ki, bağışlamanın vergidən azad olması vergidən yayınma məqsədilə də bu müqaviləyə müraciət edilməsinə imkan yaradır. Bu səbəbdən verginin müəyyən olunması yalan əqd kimi bağışlama müqaviləsindən sui-istifadə edilməsi imkanının qarşısını alacaqdır. Miras vergisinin müəyyənləşdirilən həddi isə külli miqdarda əldə olunan qazandırmalara aid olduğundan ədalətsiz sayılmamalıdır.

II. Bağışlama müqaviləsi əsasında verilmiş hədiyyənin vərəsəlik payının müəyyən edilməsi zamanı nəzərə alınmamasının üçüncü şəxslərin hüquqlarına təsiri

A. Hüquqdan sui-istifadəyə əsas verən, yaxud kreditorların mənafeyinə tapdanmasına gətirən bağışlama

Əlbəttə ki, məsələyə bu aspektdən yanaşılması bağışlama predmetinin hədiyyə verənin əmlakının yarısından çox ola bilməsi, habelə borcu olduğu təqdirdə bağışlama halını istisna etmək məqsədi güdmür. Lakin bu müqavilə

¹ AR Konstitusiyə Məhkəməsinin "AR Mülki Məcəlləsinin 666.1, 670.1, 670.3 və 673.1-ci maddələrinin şərh edilməsinə dair" 19 dekabr 2012-ci il tarixli Plenum Qərarı

² Manfred Pieck, *A Study of the Significant Aspects of German Contract Law*, 3 Ann. Surv. Int'l & Comp. L. 111, s. 141, 1996

³ Internal Revenue Service Announces 2015 Estate and Gift Tax Limits (2014), <http://www.forbes.com/sites/ashleaebeling/2014/10/30/irs-announces-2015-estate-and-gift-tax-limits/> (son baxış 3 dekabr, 2015)

əsasında borcu olan şəxsin borcunu ödəməzdən qabaq belə bir sərəncam verməsi, daha sonra isə borcu ödəmək iqtidarında olmaması kreditor üçün də xoşagəlməz vəziyyət meydana gətirir. Baxmayaraq ki, AR Mülki Məcəllənin 673.2.2-ci maddəsinə əsasən, bağışlama vədindən, vəd verildikdən sonra hədiyyə verənin əmlak münasibətləri bağışlamayı onun üçün son dərəcə ağır yükə çevirə biləcəyi dərəcədə dəyişərsə, imtina edilə bilər, lakin bu imtina hədiyyə verən tərəfin iradəsindən asılı olması ilə səciyyələnir. Belə ki, təminatlı kreditor üçün belə bir hal risk təşkil edir. Bunu belə əsaslandırmaq olar ki, əksər hallarda borc verilən zaman kreditor borca təminat istəməsə belə, borclunun əmlak aktivinə bələd olaraq etimad edir. Əgər belə bir məlumat mövcud olarsa, böyük həcmdə bağışlama əqdi borc ödəmədiyi təqdirdə kreditorun mənafeyinə təsir edəcəkdir. Hətta belə bir hal hüquqdan sui-istifadəyə də yol açmaq imkanına malikdir. Belə ki, borclu borcunu ödəyə bilmədiyi təqdirdə mülkiyyətində olan əşyaya məhkəmə tərəfindən tutma yönəldilməsindən, əlindən çıxmasından ehtiyat edərək ailə üzvlərindən birinə və ya digər yaxın hesab etdiyi şəxsə bağışlaya bilər. Hərgah bu halda bağışlama müqaviləsinin uydurma əqd kimi mövcud olması da mümkündür, hansı ki, AR Mülki Məcəllənin 340-cı maddəsinə əsasən, əhəmiyyətsizdir. Lakin belə bir etibarsızlıq halı olmadıqda belə üçüncü şəxslərin mənafehlərinin təmin olunması zəruridir. Vərəsəlik münasibətlərində isə mirasa ölənlərin şəxsin əmlakının passiv qismi, yəni öhdəlikləri də daxil olduğundan borclunun aktivlərinin vərəsəlik payına daxil olması kreditorların mənafehlərinin tapdanması üçün əsas yaratmır. Buna görə də, əşyanın mülkiyyətçisi olan borclu vərəsələri borcu ödəməkdən azad olsun deyə də bağışlama əqdi edə bilər ki, bu zaman müqavilənin etibarlılıq şərtləri gözlənilsə də, hüquqdan sui-istifadə edilməsi əks olunacaqdır. Burada həm sağ qalma halında, həm də ölüm hadisəsi baş verdiyi təqdirdə meydana çıxıb bilən problemlərin tənzimlənmə mexanizminin yaradılması zəruridir. Belə ki, əvvəla, bağışlayan şəxs sağ qalsa belə, borcunu ödəmək üçün bağışlanan əmlakı geri tələb edə bilməyəcək. Çünki AR Konstitusiyaya Məhkəməsinin müvafiq Plenum Qərarında 673.2-ci maddənin yalnız bağışlama vədi ilə əlaqədar olması qeyd olunub.⁴ Sözsüz ki, belə bir halda hədiyyəni artıq əldə etmiş şəxsə qarşı geri qaytarmaq tələbinin qoyulması ədalətli sayılmaz. Lakin hədiyyə əldə edənin payına mütənasib şəkildə borcu ödəməyə cəlb etmək hüququnun kreditora keçməsi və ya borclu qarşısında bağışlanan qazandırmaların borcun ödənilməsinə cəlb edilməsinə dair tələb hüququnun yaranması imkanı təmin

⁴ *Yenə orada*. Mülki Məcəllənin 673.2-ci maddəsi ilə konsensual bağışlama müqaviləsinin, hədiyyə verənin bağışlama barəsində verdiyi vədin ləğv edilməsi və onun icrasından imtina edilməsi halları tənzimlənir. MM-in 673.1-ci maddəsində göstərilən hallardan əlavə olaraq, vəd verildikdən sonra hədiyyə verənin əmlak münasibətləri bağışlamayı onun üçün son dərəcə ağır yükə çevirə biləcəyi dərəcədə dəyişməsi və ya hədiyyə verənin ailə hüquq münasibətləri üzrə əvvəllər olmamış, yaxud çox cüzi həcmdə olmuş öhdəliklərin yaranması barəsində verdiyi vədin ləğv edilməsi və onun icrasından imtina edilməsi hallarına aiddir.

olunarsa, daha məqsədəuyğun olar. O cümlədən borclu öldükdən sonra vərəsələr də hədiyyəni tələb etməkdən boyun qaçıra bilər. Türkiyə Mülki Məcəlləsinin 562.1-ci maddəsində bənzər tənzimləmə qaydası təsbit olunmuşdur. Burada deyilir ki, *vərəsələr ödəmə qabiliyyəti olmadığı halda bağışlanan əşyanın geri verilməsinə dair iddia qaldırmazsa, bu hüquq kreditora keçir*. Əslində AR mülki qanunvericiliyinin belə bir hüququ tanımamağına əsas kimi, bu hüquq münasibətinin nisbi xarakter daşmasını göstərmək olar.⁵ Lakin belə bir müddəanın təsbitinin əhəmiyyəti bağışlanan əşyanın borcun ödənilməsi zamanı yayınması üçün miras qoyanın hüquqdan sui-istifadə etməsinin, belə bir məqsədi olmadığı halda belə, kreditorların mənafeələrinin tapdanmasının qarşısını alacaqdır. Sui-istifadə halının olmaması üçün ən azından, borc yarandıqdan sonra edilən bağışlamanın borcun ödənilməsində nəzərə alınması tövsiyə olunandır.

B. Vərəsələr hədiyyəni hansı hallarda və nə üçün tələb etmək istəməyə bilər?

Bağışlayan şəxs borcunu ödəməzsə, mülki məsuliyyətə, habelə mülki iş üzrə məhkəmə qərarını icra etmədiyi təqdirdə AR Cinayət Məcəlləsinin 306-cı maddəsinə əsasən, cinayət məsuliyyətinə cəlb olunacaqdır. Bu xarakterdə mənfi nəticələrin müəyyən olunması dövlət tərəfindən kreditorun hüquqlarının pozulmamasına qarşı təminat yaradır. Lakin vərəsələr mirasdan imtina etdiyi halda borclar yalnız miras əmlakın aktivinə yönələcək. Əslinə qalsa, AR Mülki Məcəlləsində vərəsələrin borcların ödənməsi zamanı məsuliyyət həddinin müəyyən olunmasında ziddiyətli bir məqam nəzərə çarpır. Belə ki, Mülki Məcəllənin 1306-cı maddəsində deyilir ki, *vərəsələr miras qoyanın kreditorlarının mənafeələrini alınmış aktivdə özlərindən hər birinin payına mütənəsb surətdə bərabər borclu kimi tam ödəməyə borcludurlar*. Burada borcun həm tam şəkildə, həm də alınmış aktiv həcmində ödənməli olması qeyd edilmişdir. Bəs bu müddəa miras aktivinin borcdan az dəyərdə olduğu halda tam ödənməməsini ifadə edir? Mülki Məcəllənin 1307-ci maddəsində vərəsələrin kreditorların borclarının ödənilməsi zamanı sübut etmə yükü əks olunmuşdur. Belə ki, burada mirasın notarius tərəfindən siyahıya alındığı haldan başqa, vərəsənin miras qoyanın borclarının mirasdan çox olduğunu sübut etməli olması göstərilir. Belə çıxır ki, sübut edildikdə vərəsələr kreditorlar qarşısında maksimum miras əmlakın aktivini həcmində məsuliyyət daşıyacaqlar. Belə bir hüquq normasının müəyyən edilməsində məqsəd onlar üçün məsuliyyətdən azad olmaq imkanının təmin edilməsi kimi görünür. Bu məsələnin dəqiqləşdirilməsi baxımından bir əsas da budur ki, AR Vergi

⁵ Nisbi xarakter daşıyan hüquq münasibətlərinin mövcudluğu zamanı tərəflərin yalnız bir-birinə qarşı hüquqlara malik olması və öhdəlik daşması səbəbindən həmin hüquqların üçüncü şəxslər tərəfindən irəli sürülməsi nəzəriyyəçilər tərəfindən qəbul edilmir. Yalnız tələbin güzəşti halı istisnadır. O da hüquq münasibəti tərəflərinin iradəsi əsasında mümkün olur.

Məcəlləsinin 77.4.3-cü maddəsində vergi öhdəliyinə xitam verilməsi hallarından biri kimi vergi ödəyicisinin vəfat etmiş və ya Azərbaycan Respublikası mülki qanunvericiliyi ilə müəyyən edilmiş qaydada ölmüş elan olunması halı göstərilmiş və ardınca həmin anda vergi borclarının ödənilməsinə tənzimləməklə əlaqədar belə bir norma təsbit olunmuşdur: *“Vəfat etmiş və ya ölmüş hesab edilmiş şəxsin əmlak vergiləri üzrə borcları və rəsəlik əmlakının dəyəri hədlərində ödənilir”*. Bu da bir daha miras passivinin çox olduğu halda borcun qalan hissəsinin ödənilməsi məsələsinin müəmma altında qaldığını təsdiq edir. O cümlədən bütün və rəsələrin mirasdan imtina etməsi halında belə, miras əmlak dövlətə keçsə də, məsuliyyət yenə də miras əmlakın aktivinin dəyəri həddində olacaq. Belə ki, Mülki Məcəllənin 1314-cü maddəsində əks olunan *dövlətin və rəsələri olmayan əmlak ona keçdiyi halda kreditorların borclarına qarşı və rəsə kimi məsuliyyət daşımaları olması* zamanı və rəsələr üçün nəzərdə tutulan yüngülləşdirici norma analogiya əsasında dövlətə də şamil olunacaqdır. Bütün bunlar ona əsas verir ki, hədiyyənin dəyəri borca bərabər və ya ondan az olarsa, və rəsələrin bağışlanan əşyaya dair məcburi payın tamamlanması üçün iddia qaldırmaqda marağı olmayacaqdır. Belə ki, həmin pay da borcun ödənilməsi üçün tələb olunacaqdır. Bu səbəbdən də kreditorların mənafeyinə təmin olunması üçün yuxarıda təklif olunan müddəanın qanunvericiliyə daxil edilməsi və bu əsasda kreditorların hədiyyə alana qarşı tələb hüququnun tanınması Mülki Məcəllənin 6.1.7-ci maddəsində əks olunan *“mülki hüquqların maneəsiz həyata keçirilməsinə şərait yaradılması”* prinsipi ilə də uzlaşmış olacaq.

III. Mirasın bölüşdürülməsində hədiyyənin nəzərə alınmasına əsas verən digər halların təhlili

A. Beynəlxalq təcrübədə hədiyyə nə zaman miras bölgüsündə nəzərə alınır?

Bağışlanan əşyanın mirasın bölüşdürülməsi zamanı təsirinə dair AR Mülki Məcəlləsində nəzərdə tutulan yeganə hüquq norması 1200-cü maddədir. Burada qeyd olunub: *“Miras qoyan əşyanı üçüncü şəxsə bağışladıqda, məcburi paya hüququ olan şəxs, əgər bağışlanmış əşya mirasa daxil olsaydı, onun məcburi payının arta biləcəyi məbləğdə məcburi payın tamamlanmasını tələb edə bilər. Əgər mirasın açıldığı vaxtdək hədiyyənin verilməsindən iki il keçirsə, hədiyyə hesaba alınmır”*. Ancaq qanunvericilikdə və rəsələrin nəzərdə tutulan yaxın dövr ərzində bağışlama əsasında əldə etdiklərinin mirasda digər əsaslar üzrə nə kimi rol oynaması məsələsinə toxunulmamışdır. Bu hal əslində İngiltərə, Uels kimi ümumi hüquq sistemli ölkələr üçün də səciyyəvidir.⁶ Belə ki, həmin ölkələrdə də bağışlanan əmlak

⁶ Eleanor Cashin Ritaine, *National Succession Laws in Comparative Perspective*, s. 148 (University of Lorraine, Metz, France 2013) *“In common law countries such as England and Wales.*

yalnız məcburi payın ödənilməsi halında nəzərə alınır. Buna baxmayaraq, miras əmlakın tərkibi sayılmır.⁷ Böyük Britaniya parlamenti tərəfindən 12 noyabr 1975-ci il tarixli "Inheritance (Provision of Family and Dependents)" - "Vərəsəlik (Ailə və onun üzvlərinin təminatı)" haqqında Aktda qanunvericilikdə vərəsələrin onlara miras qaldığı halda belə əldə etdikləri qazandırmalar (*advancements*) ağılabatan həcmdə olmadıqda və məcburi payı böyük həcmdə zədələdikdə daha çox həcmdə miras payı əldə edən şəxsə qarşı iddia qaldıra bilmək hüququ əks olunmuşdur.⁸ O cümlədən sözügedən hüquq miras qoyanın ölümündən 6 il sonra da böyük həcmli bağışlamalara dair nəzərdə tutulmuşdur.⁹ Türkiyə Cümhuriyyətində isə mülki qanunvericilik bu halda həmin əşyanın nəinki məcburi payın tələb edilməsi zamanı, üstəlik qanun üzrə vərəsəlik rejimi bərqərar olduğu halda mirasın bölüşdürülməsində nəzərə alınmalı olmasını təsbit etmişdir. Qanuni vərəsələrlə yanaşı, digər şəxslərə edilmiş qazandırmalar o zaman nəzərə alınır ki, məcburi payın tamamlanması lazım olsun.¹⁰ Almaniya Mülki Məcəlləsində isə bu hal barədə qanun üzrə vərəsələrin əldə etdiklərini geri vermək öhdəliyi belə ifadə olunmuşdur: "Qanun üzrə vərəsəlik zamanı vərəsələr miras qoyanın sağlığında qəbul etdikləri bütün qazandırmaları mirasın bölünməsi üçün təhvil verməlidirlər, bir halda ki, miras qoyan qazandırma əqdini tərtib edərkən əksini müəyyən etmiş olmasın. Digər şəxslərə edilmiş hədiyyələr isə o halda mirasın bölüşdürülməsi zamanı geri verilir ki, miras qoyan hədiyyə edərkən bu halı nəzərdə tutmuş olsun."¹¹ Burada da Türkiyə Mülki Məcəlləsindəki kimi qanun üzrə vərəsələrin mirasın bölüşdürülməsi zamanı əldə etdikləri hədiyyə barəsində təslim etmə öhdəliyi qoyulub. Habelə 2052-ci maddədə göstərilib ki, onlar vəsiyyət üzrə vərəsə olsalar, lakin payları qanun üzrə vərəsəlik rejimi müəyyən olunduqda nəzərdə tutulan paylarla eyni olarsa, yenə bu qayda tətbiq olunur.¹² Lakin

It is to be noted that lifetime transfer of property is governed by lex situs and therefore does not fall into the deceased's estate that may be governed by a foreign lex successionis".

⁷ *Yenə orada "Lifetime gifts are therefore excluded from the estate for the purposes of calculating the amount of forced heir ship shares, as this property is not part of the estate at death".*

⁸ *Inheritance (Provisions of Family & Dependents), UK, 1975 "An order for the payment to the applicant out of that estate of a lump of such amount as may be so specified"*

⁹ *Yenə orada*

¹⁰ Ahmet Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, s. 440 (5-ci nəşr. 2013)

¹¹ *Almaniya Mülki Məcəlləsinin 250-ci maddəsi "Descendants who inherit as heirs on intestacy are obliged to have whatever they received from the deceased during his lifetime as an advancement adjusted in the partitioning between the heirs, unless the deceased directed otherwise when giving the advancement. Other gifts inter vivos must be adjusted if the deceased directed adjustment when he made the gift" İngilis dilinə tərcümə olunmuş tam mətn:*

http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/

¹² *Almaniya Mülki Məcəlləsinin 2052-ci maddəsi "If the deceased has appointed the descendants as heirs to what they would receive as heirs on intestacy, or if he has defined their shares of the inheritance in such a way that they have the same proportion to each other as the shares of the*

2056-cı maddəyə əsasən, digər hallarda hədiyyə nəticəsində payın digərlərindən çox olması artıq dəyəri ödəmək öhdəliyi yaratmayacaqdır. Türkiyə mülki qanunvericiliyi bir sıra qazandırmaların normalda qəbul edilə bilən həddən yuxarı olduğu halı nəzərə alır. Belə ki, Türkiyə Mülki Məcəlləsinin 675-ci maddəsində normal hesab olunan hədiyyələr və evlənmə əsnasında verilmiş normal miqdarda qəbul edilən hədiyyələr miras bölünərkən miras əmlaka daxil edilməyə (*denkleştirme*) tabe deyil. Lakin belə bir misala nəzər yetirək: “Miras qoyan sağlığında övladlarından birinin təhsili üçün 60.000 manat xərcləyib. Bu məbləğ ümumi qaydada rast gəlinən və normalda qəbul edilən təhsil üçün nəzərdə tutulmuş xərclərdən daha yüksək olması səbəbilə miras bölünərkən hesaba alınır”.¹³ Burada qanunvericinin məqsədini belə izah etmək olar ki, miras qoyanın sağlığında etdiyi bu qazandırma digər vərəsələrin əldə edə biləcəyi paya təsir edərək onlar üçün ədalətsiz nəticə yarada bilər. Sözügedən hal məcburi payın tamamlanmasıyla bağlı iddia (*tenkis*) ilə eynilik təşkil etmir. Belə ki, həmin zaman tək cə qanuni vərəsələr deyil, digər şəxslərin də əldə etdikləri hədiyyə, habelə vəsiyyətnamə əsasında əldə olunan qazandırmalar nəzərə alınır. Lakin miras qoyan bunu bağışlamışdırsa, buna onun iradə ifadəsi kimi baxmaq daha məqsədəuyğundur. Əslində Fransa Mülki Məcəlləsinin 1077-1-ci maddəsində də qanuni vərəsələrə edilmiş hədiyyənin miras əmlakın balansına daxil edilə bilməsi halı nəzərdə tutulmuşdur.¹⁴ Lakin buradakı müddəa fərqli xarakter daşıyır. Belə ki, bu iddianın irəli sürülməsi üçün əsas məcburi payın tamamlanması ilə əlaqədardır. Bu baxımdan sözügedən müddəa AR mülki qanunvericiliyi ilə oxşarlıq təşkil edir. Belə ki, vərəsə öz qanuni payının tamamlanması məqsədilə bu formada iddia irəli sürə bilməz.¹⁵ Yəni qanuni vərəsəlik rejimi üzrə vərəsə olsa belə, hədiyyəni təslim etmə öhdəliyi nəzərdə tutulmamışdır. Həmçinin burada əldə etdiyi hədiyyəyə iddia ediləcək şəxslər dairəsi yalnız qanuni vərəsələrlə məhdudlaşmışdır. Hədiyyə verilmiş şəxslər qanuni vərəsələr sırasından deyildirsə, onlara qarşı iddia qaldırıla bilməz. Azərbaycan, o cümlədən, Türkiyə mülki qanunvericiliyində isə belə məhdudiyət nəzərdə tutulmayıb. Belə ki, bağışlama və vəsiyyət edilən istənilən şəxsə qarşı məcburi payın tamamlanması ilə bağlı iddia irəli sürülə bilər. Jersey (Fransa ərazisində yerləşən və muxtariyyətə malik olan qurum)

inheritance on an intestacy, then in case of doubt it is to be assumed that the descendants are to be obliged to adjust their advancements under sections 2050 and 2051”

¹³ Kılıçoğlu, s. 441

¹⁴ Fransa Mülki Məcəlləsinin 1077-1-ci maddəsi “*A descendant who did not participate in a partition made by gift or who received a part below his portion of the reserve may bring an action for abatement where there does not exist at the opening of the succession property not included in the partition and sufficient to form or make his reserve complete, account being taken of the gratuitous by which he may have profited*” İngilis dilinə tərcümə olunmuş tam mətn:

http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/file/Code_22.pdf

¹⁵ Fransa Mülki Məcəlləsinin 1077-2-ci maddəsi “*A child not yet conceived at the time of a partition made by gift has a similar action to form or make his hereditary share complete*”

mülki qanunvericiliyində geri tələb edilə bilməyən hədiyyələrin siyahısı (*rapport a la masse*) öz əksini tapmışdır. Bunlar ərzaq üçün pul, geyim, təhsil almaq və ixtisas əldə etmək üçün edilən ödəmələr, uzufrukt əsasında əldə olunmuş bəhərlərdir.¹⁶ Burada bağışlama predmetinin sərf edilərək tükənməsi əsas olaraq göstərilmişdir. Bundan əlavə, burada qanunvericinin məqsədini belə izah edə bilərik ki, xərclənən məbləğ normal həddən çox olsa da, miras qoyanın arzu və məqsədinin böyüklüyü ilə uzlaşacaqdır. Necə ki, vəsiyyətnamə üzrə miras qoyan öz əmlakının ölümündən sonrakı aqibətini azad iradəsi əsasında müəyyən edirsə, bağışlama əsnasında da iradəvi şəkildə əmlakına dair sərəncam verir.

B. Hədiyyənin nəzərə alınmasını vacib edən məqamlar

Məlumdur ki, AR mülki qanunvericiliyində miras əmlak üzərində həm vəsiyyət, həm də qanun üzrə vərəsəlik rejiminin yarana bilməsi halı tanınır. Bu hal AR Mülki Məcəllənin 1172-ci maddəsində əks olunmuşdur. O cümlədən eyni şəxsin hər iki əsas üzrə vərəsə ola bilmə imkanı da mövcuddur. Həmin qayda isə məcəllənin 1259-cu maddəsinin məzmunundan aydın olur.¹⁷ Bu baxımdan miras qoyanın bağışlama əqdinə vəsiyyət etmə kimi yanaşmaq daha məqsədamüvafiq olar. Belə halda hədiyyə, üzərində vəsiyyət üzrə vərəsəlik rejimi yaranan miras payı kimi, qanun üzrə vərəsəlik rejimi bərqərar olmuş əmlaka daxil olmamalıdır. Bu səbəbdən də AR Mülki Məcəlləsindən Türkiyə mülki qanunvericiliyində əks olunan sözügedən müddəə ilə eynilik təşkil edən 1277-ci maddənin çıxarılması mütərəqqi bir hal kimi qiymətləndirilməlidir. Lakin anqlo-sakson hüquq sistemi ailəsinə də xas olan bu cəhətin mənfi tərəfi borcların ödənilməsi zamanı ortaya çıxır. Bu səbəbdən hədiyyənin vərəsəlik münasibətləri zamanı miras əmlakın passivi baxımından nəzərə alınması zəruridir. Belə ki, borcların ödənilməsi zamanı vəsiyyət üzrə vərəsələr öz paylarına mütənasib şəkildə məsuliyyət daşıyırsa, bu vəziyyətin hədiyyə verilən şəxsə də şamil olunması ədalətli nəticə əldə olunması baxımından effektiv olar. O cümlədən belə bir müddəanın təsbiti miras qoyanın bağışlama əqdi etməklə digər vərəsələrdən fərqli olaraq hədiyyə alanı borclardan azad edib, digər vərəsələri daha çox ağır nəticəyə məruz qoyma ehtimalını da aradan qaldırır. Bu baxımdan Fransa və Türkiyə qanunvericisinin mirasın bölüşdürülməsi zamanı məhz qanuni vərəsələrə edilmiş hədiyyələrin miras əmlaka daxil edilməsinə dair hüquq norması müəyyənləşdirməkdə məqsədi aydın olur. Əmlaka daxil olan əşyanı qanuni vərəsəyə bağışlamaq borcun ödənməsindən yayınmaq, yəni hüquqdan sui-istifadə edə bilmək üçün daha

¹⁶ Timothy Hanson və Barbara Corbett, *Forced Heirship – Trusts and other problems*, tam mətn: https://www.jerseylaw.je/Publications/jerseylawreview/june09/JLR0906_Hanson.aspx (son baxış 29 noy. 2015) (2009)

¹⁷ AR Mülki Məcəlləsi 1259-cu maddə “*Əgər müxtəlif əsaslar üzrə vərəsəyə mirasdan bir neçə pay düşürsə, o bir payı qəbul edər, digərindən imtina edə bilər, yaxud bütün paylardan imtina edə bilər*”

əlverişlidir. Milli qanunvericilikdə məcəllənin 673.2.2-ci maddəsində əks olunan hal baş verdikdə bağışlama vədindən imtina hüququ vərəsələr üçün də nəzərdə tutulub, lakin borcun miqdarı hər zaman vərəsələrin onu ödəyə bilmək iqtidarında olmamağı vəziyyətinə gətirmir. Bundan əlavə, borcun ödənilməsi məcburi payın azalmasına səbəb olmadıqda bağışlanan qazandırmalar mirasdan kənar qalır. Bununla da bağışlanan əşyanın əmlak passivindən azad olması vərəsəlik payını əldə edənlər üçün ədalətsiz nəticə yaradır. Belə ki, göstərilən hal vərəsələrin paylarının daha çox azalmasına səbəb olur. Buna görə də hədiyyə verilən şəxsin əldə etdiyi əşyanın dəyərinin ona düşən pay kimi nəzərə alınması digər vərəsələrin borclara dair öhdəliyini yüngülləşdirməyə imkan verəcəkdir.

IV. Hədiyyənin miras qoyanın borcları üçün hesaba alınmasının hədiyyə alan üçün nəticələrinin təhlili

A. Bağışlama vədi edildikdə hədiyyə vəd olunan tərəf üçün yaranan problemlərin həlli

Hədiyyə əvəzsiz bir qazandırma olduğu üçün hədiyyə edən və onun vərəsələrinin bağışlama vədindən imtina etməsi ilk baxışda problemlə görünməyə bilər. Lakin belə bir müqavilə qarşı tərəfdə həmin sərəncama etimad edərək müəyyən planlar qurmağa əsas verə bilər ki, müqavilədən imtina olunması hədiyyə alan üçün, o bu halı qabaqcadan yəqin etməsə belə, ağır nəticələrə səbəb ola bilər. Bağışlama vədinin etibarlı sayıla bilməsi üçün tələb AR Mülki Məcəlləsinin 668.1.5-ci maddəsində göstərilmişdir. Burada gələcəkdə bağışlama vədi edildikdə bu vədin notarial qaydada təsdiqlənməli olması qeyd olunub. Oxşar müddəa Almaniya Mülki Məcəlləsinin 313-cü maddəsində də əks olunub.¹⁸ Belə ki, əmlakın bir hissəsi və ya hamısının başqasına verilməsinə dair söz verildikdə bu vəd ilə bağlı müqavilə məhkəmə və ya notarial qaydada təsdiq edilməlidir. Sözsüz ki, hədiyyə verən şifahi qaydada etdiyi vədi tam şəkildə yerinə yetirərsə, həmin vəd yazılı və notarial qaydada təsdiqlənməsə belə, bağışlamanın etibarlılığına xələl gəlməyəcək. Müqavilənin bu cür forma şərtinə tabe tutulmasına səbəb isə mübahisə yarandıqda sübutu təmin etməkdir.¹⁹ Lakin vəddən imtinaya əsas verən hallar olduqda formal tələblər gözləndiyi təqdirdə belə, qarşı tərəfin müqaviləyə etimad göstərməsi səbəbindən zərərə məruz qala bilməsi ehtimalı nəzərə alınmayıb. Belə ki, AR Mülki Məcəlləsində hədiyyə verənin məsuliyyəti sadəcə hədiyyə ilə əlaqədar dəyən zərər barədə və zərərin qəsdən, yaxud kobud ehtiyatsızlıq səbəbindən vurulması zamanı nəzərdə tutulur. Burada zərər əşyanın qüsuru ilə bağlıdır. Vəd ilə əlaqədar zərərdən

¹⁸ Almaniya Mülki Məcəlləsi 313-cü maddə *“Contracts by which a person promises to transfer or to subject to a usufruct all or part of his currently-owned property must be judicially or notarially authenticated”*

¹⁹ Pieck, s. 115

isə bəhs edilmir. Qanunvericilik bağışlamanı edəcək şəxsin mənafeyini, onun üçün ağır nəticələr törədə bilən vəziyyət yarandığı zaman qoruduğu kimi, vədi qəbul etmiş şəxs üçün də müdafiə mexanizmi nəzərdə tutulmalıdır. Bağışlamanın əvəz tələb etməyən sərəncam olmasına baxmayaraq, bağışlama vədinin notarial qaydada təsdiqi vədi qəbul edən şəxs üçün müsbət nəticə yaratmalıdır. Belə ki, şəxsin real zərəri ağılabatan həddə ödənilməlidir.

B. Hədiyyə verildikdən sonra yaranan problemlərin həlli

Yuxarıda borcların ödənilməsi zamanı bağışlanan əşyanın hesaba alınması barədə təklif əks olunmuşdur. Bu baxımdan həmin anda da hədiyyə əldə etmiş şəxsin mənafeələrinin qorunması təmin olunmalıdır. Qeyd etmək lazımdır ki, Almaniya Mülki Məcəlləsinin 528-ci maddəsində AR mülki qanunvericiliyindən fərqli olaraq hədiyyə edənin *əqdi yerinə yetirdikdən sonra* da ondan imtina etməsinə əsas kimi yoxsullaşması (*improverishment*), özünə və ya ailə üzvlərinə qarşı əvvəl nəzərdə tutulmamış öhdəliyin yaranması halı göstərilmişdir. Belə olduqda verilmiş hədiyyə qaytarıla bilər. Həmçinin hədiyyə əldə edən hədiyyəni qaytarmaqdan imtina edib lazımi məbləği ödəyə də bilər.²⁰ Almaniya mülki qanunvericiliyi hədiyyənin verildikdən sonra da qaytarıla bilməsinin mümkünlüyünü təsbit edir. Belə iddia əsassız varlanmaya (*unjust enrichment*) dayanaraq edilir. Bu səbəbdən bağışlamaya görə fayda əldə etmək üçün edilən xərc ödənmədiyi təqdirdə hədiyyə əldə edən müqaviləyə etimadından irəli gələn zərəri tələb edə bilməli və ya hədiyyəni geri vermədən zərər xaricində qalan dəyəri bağışlayan şəxsə ödəməlidir.

V. Ailə münasibətləri zamanı hədiyyənin nəzərə alınması

A. Hədiyyənin birgə mülkiyyətə daxil edilməsinin zəruriliyi

Məlumdur ki, AR mülki qanunvericiliyinə əsasən, ailə-nikah münasibətlərinin yaranması birgə mülkiyyət rejiminin bərqərar olmasına əsas verir. Yəni nikah bağlandıqdan sonra AR Ailə Məcəlləsinin 32.2-ci maddəsində göstərilən əsaslar üzrə əldə olunmuş əmlak ər və arvadın birgə mülkiyyətinə daxil olur. 34-cü maddədə ər-arvadın hər birinin ayrılıqda mülkiyyətinə daxil olan əmlak əks olunmuşdur: "Nikaha daxil olanadək onlara məxsus olan əmlak, habelə nikah dövründə hədiyyə şəklində və ya vərəsəlik qaydasında, digər əvəzsiz əqdlər üzrə əldə etdikləri əmlak ər-arvadın hər birinin ayrıca mülkiyyətindədir". Lakin burada ər-arvadın bir-birinə etdikləri hədiyyənin

²⁰ Almaniya Mülki Məcəlləsi 528-ci maddə " *To the extent that the donor, after fulfillment of the condition, is not a position to maintain himself reasonably and to meet the maintenance obligation incumbent upon him by law in relation to his relatives, his spouse, his civil partner, or his previous spouse or civil partner, he may demand return of the gift from the donee under the provisions on the return of unjust enrichment. The donee may avoid return by paying the amount required for maintenance*"

burada əks olunan hədiyyə ilə eyni rejimə tabe olması məsələsi mübahisəli xarakter daşıyır. Almaniya mülki qanunvericiliyinin bu məsələyə münasibəti belədir ki, birgə mülkiyyət rejimi altında ailə əmlakından edilən hədiyyənin yarısı hər iki şəxs tərəfindən edilmiş hesab olunur, lakin başqa biri tərəfindən ər və ya arvada edilən hədiyyə onun öz mülkiyyəti hesab olunur.²¹ Bu cür qaydanın mövcud olması əslində daha məqsədəuyğundur. Belə ki, nikah tərəfindən biri hədiyyə etməklə öz əmlakına dair sərəncam verir və belə bir əqd nəticəsində əmlakında baş verən azalmanı qəbul edir, lakin diqqətdən qaçırmaq olmaz ki, həmin bağışlama onların birgəyaşama vəziyyəti nəzərdə tutularaq edilmişdir. O cümlədən bağışladığı hədiyyənin zərurət olduqda özünün də faydalana bilməsi imkanını nəzərə almışdır. Bu səbəbdən müəyyən miqdarda dəyərə malik hədiyyələr birgə mülkiyyətə aid edilməlidir. Bunun nəticəsində ər və ya arvad öldükdə hədiyyənin yarısı miras əmlaka daxil edilməlidir. Lakin istənilən hədiyyənin birgə mülkiyyətə daxil edilməsi düzgün deyil. Belə ki, bu qayda dəyəri böyük olan hədiyyələrə tətbiq olunmalıdır. Necə ki, AR Ailə Məcəlləsinin 34.2-ci maddəsində ər-arvadın ayrıca mülkiyyətinə onların şəxsi istifadəsində olan əşyalar aid edilərkən zinət əşyaları barəsində istisna göstərilmişdir, bağışlama zamanı da zinət əşyaları və onlardan daha dəyərli əşyalar birgə mülkiyyətə daxil olmalıdır.

B. Birgə mülkiyyət rejiminin müəyyən olunması əsasının fərqli təzahürünü əks etdirən yanaşmalar

Bir sıra müəlliflər birgə mülkiyyət rejiminin nə vaxt bərqərar olunması məsələsinə müxtəlif cür yanaşırlar. Belə ki, faktiki nikah münasibətlərinin yaranması, bu münasibətlərin davam etmə müddətinin də əmlak üzərində birgə mülkiyyətin mövcudluğuna təsir göstərə bildiyini qeyd edirlər. Burada həmin yanaşmaları əks etdirməkdə məqsəd odur ki, birgə mülkiyyət rejimi tanınarsa, həmin şərtlərlə müşahidə olunan münasibətlər çərçivəsində edilən hədiyyələrin üzərində də hər iki tərəfin mülkiyyət haqqı yaranar və yarısı ölən tərəfin miras əmlakına daxil olar. Lakin faktiki münasibətlərin vərəsəlik münasibətlərində oynadığı rol xarici praktikada fərqli şəkildə təzahür edir. AR Mülki Məcəlləsinin 1193-cü maddəsinə əsasən, ər və ya arvadın məcburi pay almaq hüququ var. Xarici praktikada faktiki nikah münasibətlərində ər və ya arvad üçün bu hüququn tanınması ilə onların əmlak üzərində digər nikah münasibətində olan şəxslər kimi birgə mülkiyyət rejiminin yaranması hər zaman üst-üstə düşür. İngiltərə və İrlandiyada faktiki ailə münasibətlərində olan şəxslər üçün müəyyən müddət şərti ilə qanuni vərəsə

²¹ Almaniya Mülki Məcəlləsi 2054-cü maddə “ *Half of a gift made from marital property under the community of property regime is deemed to have been made by each of the spouses. However, if the gift is made to one of descendant who is descended only one of the spouses, or if one of the spouses must reimburse the marital property for the gift, it is deemed to have been made by that spouse*”

olmaq, habelə məcburi paya iddia etmək hüququ tanınıb.²² Belə ki, əgər şəxslərin övladı olarsa, 2 il birgə yaşadıda, əks halda isə 5 il birgə yaşadıda məcburi pay hüququna sahib olurlar.²³ Lakin burada birgə mülkiyyət rejiminə əsas verilməməsinin səbəbi odur ki, evlənməmək birgə yaşayışla müşayiət olunsa belə, onların münasibətlərinə “üzərində ailənin formalaşdığı və bu səbəbdən dövlətin qoruduğu və təminat verdiyi nikah institutu”²⁴ kimi ciddi xarakter verməmək məqsədi güdür. Hətta bəzi müəlliflər məcburi pay hüququnun tanınmasını da məqsədəuyğun saymayaraq belə əsaslandıma irəli sürür ki, onların evlənməmək hüquqları olsa belə, vəsiyyət etmək hüquqları da vardır. Yəni lazım gəlsə, belə bir sərəncam verərlər. Bu səbəbdən məcburi pay onlar üçün nəzərdə tutulmamalıdır.²⁵ Əslində bu daha doğru mövqedir. Çünki əks halda ailə institutu nəzərdə tutulduğundan daha kövrək və az əhəmiyyətli xarakter daşıyacaqdır. Lakin bir sıra müəlliflər bu ciddiyyəti müəyyən etməkdən yayınmaq vəziyyətinin eynicinsli nikah münasibətlərində olan şəxslərə şamil etməyin düzgün olmamasını vurğulayırlar. Belə ki, əksər dövlətlər marginal azlıqlara belə bir imkan tanımadığından və bu səbəbdən nikah qeyri-mümkün olduğundan məcburi pay üçün nəzərdə tutulan birgə yaşayış müddətinin²⁶ onlar üçün, qanuni nikah münasibətlərində olduğu kimi, birgə mülkiyyət rejimini müəyyən etməsi və bu səbəbdən də əldə olunan ailədaxili hədiyyələrin ölkə qanunvericiliyindəki kimi birgə mülkiyyətə daxil edilməsi daha ədalətli hesab olunur.²⁷ Əslində belə qaydanın müəyyənləşdirilməsi hədiyyənin yarısının mirasa daxil edilməsini təmin edər və bununla da hədiyyə edən tərəfin digər qanuni vərəsələri üçün də müsbət nəticə yaradılmasına səbəb olar.

Nəticə

Bağışlama əqdi nəticəsində əldə olunan qazandırma digər qanuni vərəsələr baxımından ədalətsiz hesab olunmamalıdır. Lakin bu o demək deyil ki, həmin hədiyyə vərəsəlik münasibətlərindən irəli gələn məsələlərdən tamamilə kənar qalmalıdır. Belə ki, AR mülki qanunvericiliyi bir neçə əsas üzrə vərəsəliyi tanıdığından, vəsiyyətnamə olmasa belə, hədiyyə sanki vəsiyyət üzrə əldə edilmiş miras rejiminə tabe tutularsa, qalan əmlak üzərində isə qanun üzrə vərəsəlik hüququ tanınarsa, daha məqsədəuyğun olar. Çünki, sözügedən əqd miras qoyanın iradəsini əks etdirdiyindən bu

²² Inheritance (Provisions of Family & Dependents), UK, 1975

²³ Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act (2010)

²⁴ İrlandiya Konstitusiyası maddə 41.3.1

²⁵ Clare Nicolle Jersey's forced heirship laws and the rights of a "common law" partner (2015) <http://linkedin.com/pulse/jerseys-forced-heirship-laws-rights-common-law-partner-clare-nicolle/> (son baxış 4 dekabr 2015)

²⁶ Övladları olması halı mümkün olmadığından sadəcə 5 il birgə yaşamaq şərti nəzərdə tutulur.

²⁷ Brian Sloan, *The Concept of Coupledness in Succession Law*, 70 (3) Cambridge Law Journal 623, s. 626 (2011)

məsələ üzrə vəsiyyətlə eyni mahiyyət kəsb edəcəkdir. Belə olduqda hədiyyə mirasın bölüşdürülməsi zamanı bərabərlik yaratmaq məqsədilə mirasa daxil edilməli deyil. Çünki əks halda onun mirasa daxil edilmək üçün geri tələb olunması miras qoyanın iradəsinin etinasızlıqla qarşılanmasını ifadə edəcəkdir. Buna baxmayaraq, miras qoyanın borclarının ödənilməsi zamanı hər bir vərəsə əldə olunmuş paya mütənasib olaraq məsuliyyət daşdığından digər vərəsələr üçün ədalətsiz nəticə yaranmasını deyərək hədiyyə əldə edənənin payına hədiyyənin dəyəri də əlavə olunmalı və mütənasiblik bu qaydada müəyyən edilməlidir. Belə qayda həm vərəsələr üçün, həm də kreditorların mənafeyi baxımından ədalətli və uğurlu nəticə yaradacaqdır. Belə ki, həm hədiyyə əldə etməmiş vərəsələrin payı daha çox azalmaq məcburiyyətində qalmayacaq, habelə vərəsələr borc çox olduğundan mirasdan imtina etməli olmayacaq, həm də miras aktivinin həcmində azalması kreditorların maraqlarını təmin etməmiş vəziyyətdə qoymayacaq. Üstəlik belə bir qayda miras qoyanın, vərəsələrinin maksimum olaraq miras aktivi həcmində məsuliyyət daşıyacağını nəzərdə tutaraq onun bir hissəsini borcun ödənməsindən azad etmək məqsədilə bağışlama müqaviləsindən sui-istifadə etməsinə imkan yaratmayacaq. Əslində belə bir sui-istifadə daha çox qanuni vərəsələrə hədiyyə etməklə müşayiət olunsaydı da, bəzən digər vərəsə olmayan şəxslərə də edilə bilər. Habelə bağışlayan şəxs vicdansız bir niyyət güdmədən də hədiyyə edə bilər, hansı ki, sonradan öz qazancı ilə borcunu ödəyəcəyini də güman etmişdir. Buna baxmayaraq, kreditorun mənafeyi təmin oluna bilməmişdirsə, xoş niyyətlə (*good faith*) edilmiş hədiyyə belə borcun ödənilməsinə tabe tutulmalıdır. Bu səbəbdən də sözügedən qaydanın sadəcə qanuni vərəsələrə deyil, həm də digər şəxslərə şamil olunması ədalətli olacaqdır.

Bundan əlavə, ailə-nikah münasibətləri zamanı edilmiş hədiyyə üzərində yaranan mülkiyyət rejiminin qanunvericilikdə təsbit olunması və onun birgə mülkiyyətə daxil edilməsi məqsəduyğundur. Belə ki, hər iki tərəfin mülkiyyəti hesab olunacaq hədiyyənin yarısı tərəflərdən biri öldüyü halda onun mirasına daxil edilməli və bu əsasda bölgü aparılmalıdır.

Gülmar Atakişiyeva*

Müqavilə azadlığı prinsipi və *Bona fide*. Sərhədsiz müqavilə azadlığı?

Annotasiya

Məqalə mülki hüququn əsas təməl prinsiplərindən olan müqavilə azadlığı və onun çərçivəsində "bona fide" prinsipindən bəhs edir. Məqalədə müqavilə azadlığının yaranması, onun yaranmasında iradə azadlığının rolundan bəhs olunur. Eyni zamanda məqalədə müqavilə azadlığının əslində necə bir azadlıq vəd etdiyi, bu azadlığın nisbi və ya mütləq olması, onun hansı hallarda məhdudlaşdırılmasına yol verilməsinin mümkünlüyü analiz edilmişdir. Həmçinin məqalədə "bona fide" prinsipinin yaranması, onun hüquqi xarakteristikasının təhlili aparılmışdır. Milli qanunvericiliyimizə bu prinsiplə bağlı dəyişiklik edilməsi təklif edilmişdir. Müqavilə azadlığı çərçivəsində bona fidenin yeri və bu prinsipə təsiri araşdırılmışdır.

Summary

This article reveals freedom of contract, one of the basic principles of civil law and within it depicts the principle of "bona fide". It illustrates the appearing of freedom of contract and as well as gives a description about the role of will principle. At the same time, the article reveals what kind of promises that freedom gave, whether it was relative or absolute. There is also analyzed in which situations it has to be limited. As well as the establishment and legal characteristics of "bona fide" principle was analyzed. It was offered to our legislation system to change it. Within freedom of contract, the place and influence of the "bona fide" have been fully investigated.

Giriş

Müqavilə azadlığı prinsipi Avropa müqavilələr hüququndakı kimi bütün müasir hüquq sistemlərində XIX əsrdən etibarən mənimsənmiş bir prinsipdir. Bu prinsip mülki hüququn ən təməl prinsipi olaraq qarşıya çıxır. Bu isə şəxslər arasındakı münasibətlərin fərdi azadlıqla idarə olunduğu cəmiyyətlərdə ən təbii olan haldır. Ancaq bütün azadlıqlar kimi müqavilə azadlığı prinsipi də sərhədsiz və mütləq deyil. Tarix boyu cəmiyyətin sürətli inkişafı, iqtisadi və sosial dəyişikliklər bu prinsipin daha güclü olan tərəfindən sui-istifadəsinə gətirib çıxarmışdır. Amma bu prinsipə olan böyük ehtiyac nəzərə alınaraq Avropa və digər müasir hüquq sistemlərində həll yolu kimi müqavilələr hüququnda prinsipin müəyyən qədər məhdudlaşdırılması nəzərdə tutulmuşdur.

Ümumi olaraq dürüst, qəbul edilən və nəticələri bilinən insan hərəkətlərini əsas olaraq götürsək, cəmiyyət içində qarşılıqlı inam və etik qaydalara əsaslanan vicdanlılıq (*latınca – bona fide; ingiliscə – good faith*) mövcuddur, hansı ki bu hüququn ümumi olaraq baxış bucağının bir parçasıdır. Sözü gedən vicdanlılığın müqavilələr hüququnda həqiqi yeri nədir və hansı məhdudiyyətlərə tabedir? Bu məhdudiyyətlər hüquqi münasibətlər,

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

hüquqlar və azadlıqlarla çərçivələnməlidirmi? Ya da son dövrlərdə roman-german hüquq sistemlərində hakim olan baxışa paralel olaraq bu qaydalar birbaşa hüquqların deyil, hüquqi münasibətlərin, yəni dolayısı ilə müqavilə azadlığı prinsipinin sərhədi ola bilərmi?

I. Müqavilə azadlığının yaranması

Feodalizm dövrünün qaydalarına müvafiq olaraq insanların statusu onların torpaq mülkiyyəti ilə bəlli olurdu. İnsanın cəmiyyətdəki yeri və hüquqları birbaşa olaraq onun statusu ilə bağlı idi. Belə bir dövrdə cəmiyyətin müxtəlif təbəqələrindən olan insanların istədikləri hər hansı bir məsələ ilə bağlı müqavilə bağlamaq azadlıqlarının olması da real deyildi.

XVII və XIX əsrlərdə isə şəxsiyyətin azadlığını elan edən düşüncə axınları meydana gəlmiş və bu axınlar siyasi təsirini 1789-cu il Fransa burjuva inqilabında göstərmişdir. XVII əsrdə başlayan və XIX əsrdə tam olaraq yaşanan sənaye inqilabı sənaye cəmiyyətini yaradaraq istehsal sahəsində "sərbəst sahibkar modeli"ni hakim mövqeyə gətirmişdir.¹

XIX əsrdə isə klassik liberal iqtisadiyyat nəzəriyyəsinin təməlini qoyan Adam Smith'in "icazə verin etsinlər, icazə verin keçsinlər" şəklindəki şüarında bazardakı qiymətin yaranmasına hüquqi yollarla müdaxilə edərək müqavilə bərabərliyini yaratmağa çalışmanın bazar iqtisadiyyatının balansını pozacağı ifadə edilmişdir.² İradə azadlığı ilk vaxtlar hüquqi olmayan anlayış olaraq müqavilə azadlığını yaradan iradə azadlığı kimi, kökü etibarlı ilə dövlətin sosial həyatdakı qoruyucu (paternalist) siyasətini rədd edərək tərəflərin hər bir sahədə müstəqilliyinin təsis edilməsini qarşıya məqsəd qoyan iqtisadi və siyasi hərəkət olaraq qəbul edilmişdir.³ Bu halda dövlətin məsələyə qarışa biləcəyi tək vəziyyət bazarın bazar qiyməti ətrafında yarana bilməsi üçün etibarlı olan sosial və siyasi çərçivə qaydalarını təmin etməkdir. Kapitalist iqtisadi həyatda şəxslərin ehtiyac duyduğu bazar mühitini qoruya bilən hüquqi qələbin məhz "müqavilə" olduğu qəbul edilməkdədir.⁴

II. Müqavilə azadlığını yaradan iradə azadlığı

Ümumiyyətlə, iradə azadlığı haqqında mübahisələr, fikirlər çox köhnə dövrlərdən etibarən mövcuddur və dövrümüzdə iradə azadlığına dair fikirlərin təməli Kanta əsaslanır. Kant iradə azadlığını "*Die Metaphysik der Sitten*" (*Groundwork of the Metaphysics of Morals*) adlı əsərində göstərdiyi üç prinsipdən sonuncusu olaraq göstərmişdir. Kanta görə bütün əmrlər birbaşa iradənin məhsuludur. Buna görə də o, qayda qoyandır. Şəxs isə əxlaq

¹ L. Sirmen, *Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku*, s. 41 (1972)

² Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of Wealth of Nations*, s. 29 (1776)

³ Nathan Isaacs, *The Standardizing of Contracts*, 27 Yale L.J. 34, s. 34 (1917-1918)

⁴ Zöllner *Die, Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes und Richterstaat*, s. 24 (1996)

qaydalarını həm qoyan, həm də onu icra edən subyektdir.⁵ İradə azadlığının mülki hüquqdakı əksi elə məhz müqavilə azadlığıdır.⁶ Müstəqil olan hər bir şəxsin mülki hüquq münasibətlərini arzu etdiyi kimi qura bilməsini və şəxsin öz davranışlarının sərhədlərini yenə özünün müəyyən etməsini ifadə edən iradə azadlığı anlayışı vasitəsilə hüquq münasibətinin tərəfləri öz azad iradələrini ortaya qoyurlar.⁷ İradələrin bu formada ətrafa əks etdirilməsi eyni zamanda şəxsin fərdi mənfəətinə də uyğundur, çünki heç kim öz mənfəətinə uyğun olmayan bir vəziyyəti öz iradəsi ilə yaratmaq istəmir. Üstəlik qurulan hüquqi münasibət bir “müqavilə formasında” özünü göstərsə, hər iki tərəfin eyni azadlığa sahib olması da əslində qayda olaraq bərabər vəziyyətdə olduqlarının işarəsidir. Tərəflər arasında haqlı mənafeələrin balansını qoruyan bu vəziyyət ilə şəxs mülki hüquq münasibətlərində özü özünün qanuni qoruyucusuna çevrilir.⁸ Müqavilələr hüquq tərəflərə iradələrini ifadə etmək azadlığı verir və bunu qoruyur, iradəyə bu cür hörmət müqavilənin təbiətindən irəli gəlir.⁹

Mülki hüquqda müqavilə azadlığı prinsipi, iradə azadlığından yaranan 3 təməl prinsipdən biri olmasına baxmayaraq, bu prinsip, zaman-zaman iradə azadlığı ilə eyni mənada işlədilmişdir və hətta zaman-zaman onu üstələmişdir.¹⁰ Bu vəziyyətin səbəbi isə əslində müqavilə anlayışının özü ilə bağlıdır. Çünki müqavilələr qarşılıqlı, bir-birinə uyğun olan və bu uyğunluqdan hüquqi nəticələr yaradan iradə bəyanlarının dəyişməsidir.¹¹ Dolayısı ilə azadlıq olmadan nə iradə, nə iradə bəyanı, nə də müqavilə olmayacaq.

Müqavilə azadlığı prinsipinin tərəflərə münasibətlərini qanuni çərçivə içində sərbəstcə formalaşdırmaq imkanı verdiyi XIX əsr “müqavilə illəri” olaraq qəbul edilmişdir.¹² XIX əsrdə müasir hüquq sistemlərinin təməlləri formalaşmağa başlayarkən hüquq sistemləri müqavilə tərəflərinə müqavilə şərtlərini ümumi olaraq sərbəst iradə ilə qərarlaşdırma biləcəkləri bir sahə

⁵ Vasfi Raşit Sevig, *Ahlakın Umumiyyətlə Hukuk ve Hususiylə Mukaveleler Üzerindeki Tesiri*, s. 558 (1958)

⁶ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku. Genel Hükümler*, s. 119 (2008)

⁷ Engel, *Traite Des Obligations En Droit Suisse*, s. 94 (1997)

⁸ Fransız Mülki məəcəlləsində bu vəziyyət açıq bir şəkildə 1134-cü maddə də göstərilib. Beləcə müqavilənin yaradıcı ünsürü olan şəxslərin iradəsi birbaşa hüquq mənbəyi halına gəlir. Maddədə qanuni olaraq qurulan müqavilələrin tərəflər üçün qanun yerinə keçəcəyi qeyd edilmiş, beləliklə ortaya çıxan tərəddüdlərdə müqavilənin *lex contractus* qanun rolunu öhdəsinə götürməsi nəzərdə tutulub (*Les conventions legalement formees tiennent lieu de loi a ceux qui les ont faites*).

⁹ Morris Cohen, *The Basic of Contract*, 46 Harv. L.Rev. 553, s. 553, (1933)

¹⁰ İradə azadlığından yaranan digər 2 təməl prinsip isə müqavilənin bağlayıcılığı (*the binding force of contract*) və müqavilənin nisbiliyidir (*privity of contract*). Bax G. Ripert, *The Moral Rule in Civil Obligation*, s. 217 (1949)

¹¹ Zufferrey-Werro, *Le Contract Contraire aux Bonnes Moeurs*, s. 7 (1988)

¹² Hurst J. W., *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth Century United States*, s. 18 (1956)

buraxaraq müqavilə azadlığı (freedom of contract) prinsipini qəbul etmişdir. XIX əsrdən etibarən müqavilələr hüququnda hakim olan bu prinsip müqavilənin şərtlərinin tərəflərin şəxsi iradəsi ilə müəyyənləşmə bildiyi müddətdə (individualism) yaxşı nəticə vermiş və bu müddət bir əsrə qədər davam etmişdir.¹³ Ümumiyyətlə, müqavilələr hüququnu delikt hüququndan ayıran da elə məhz iradə azadlığıdır. Əgər delikt hüququnun əsasını öhdəliklər və vəzifələr təşkil edirsə, müqavilələr hüququnun əsasını isə şəxsin iradəsi nəticəsində yaranmış öhdəliklər və vəzifələr təşkil edir.¹⁴

Mülki hüququn dinamik quruluşu ancaq müqavilə azadlığı prinsipi ilə qoruna bilər və buna görə mülki hüquq, yeni əsrin və texnologiyanın gətirdiyi yeniliklərə hər hansısa xüsusi bir qanun dəyişikliyi olmadan da uyğunlaşa bilər.¹⁵

III. Müqavilə azadlığının məhdudlaşdırılması

Heç bir azadlıq mütləq deyildir, təbii ki, müqavilə azadlığı da müəyyən çərçivədə məhdudlaşdırılmalarla qarşılaşmışdır. Bu məqamda üzərində düşünülməyən əsas sual isə bu cür məhdudlaşdırılmanın nə üçün lazım olduğu və belə məhdudlaşdırılmaların müqavilə azadlığı prinsipinin təbiətinə zidd olub-olmamağıdır. Bu sualların cavabı və məhdudlaşdırılmalar isə hər hüquq sistemində müxtəlif cür tənzimlənir. Bu tənzimləmənin formaları hər ölkənin qanunvericiliyinə uyğun olaraq fərqli və bəzən də oxşar normalar şəklində təzahür edir.

A. Kontinental hüquq sistemində

Almaniya hüququnda Ümumi Əməliyyat Şərtləri hüququnun tənzimlənməsinə dair qanunda ümumi şərtlər istifadə olunaraq bağlanmış müqavilələrin hər birindən iş, vərəsəlik, ailə və şirkətlər hüququ sahələrindəki müqavilələr istisna olmaqla bəhs edilir.¹⁶ Qanun ümumi əməliyyat şərtlərinin müqavilənin qurulduğu anda açıq bir şəkildə digər tərəfin diqqətinə çatdırılmasını, qarşı tərəfə ümumi əməliyyat şərtlərinin məğzini anlaması üçün lazım olan vaxt və imkanın verilməsi ilə qarşı tərəfin ümumi əməliyyat şərtlərinin istifadəsinə razılıq şərtini müəyyənləşdirir. Burada olduqca müxtəlif normalar göstərilmişdir. Məsələn, müqavilənin hər hansı hissəsi ilə bağlı iradələr uyğun olmazsa, bu hissə müqavilənin hissəsi olaraq götürülmür, qeyri-adi şərtlər, digər tərəfin vəziyyətini ağırlaşdıran və

¹³ G. Güngör, *Milletlararası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, s. 35-36 (2000)

¹⁴ Randy E. Barnett, *Contract is not Promise; Contract is Consent*, 45 *Suffolk U. L. Rev.* 647, s. 651 (2012)

¹⁵ H. Hatemi, R. Serozen, A. Arapçı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, s. 27 (1992)

¹⁶ Y. Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının denetlenmesi*, s. 40 (2001) "Alman hukukunda, Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin kanun, genel işlem şartları kullanılarak akdedilen sözleşmelerin tümünü, iş, miras, aile ve şirketler hukuku alanlarında akdedilen sözleşmeler hariç olmak üzere, konu edinmektedir."

ya onun üçün əlverişsiz olan şərtlər də həmçinin bura daxildir. Əlavə olaraq, bu qanunun 10-cu maddəsində etibarlılıq baxımından hakimin diskresion səlahiyyətində olan hökm ifadə edə bilən “boz siyahı” (grey list) və 11-ci maddəsində isə qadağan edilmiş müqavilə şərtlərini ifadə edən “qara siyahı” (black list) göstərilmişdir.¹⁷

Almaniya qanunvericiliyindəki qeyd etdiyimiz bu normaların böyük bir qismi AR Mülki Məcəlləsinin “Əqdlərin etibarsızlığı” fəslində də müəyyən olunmuşdur. Eyni zamanda AR Mülki Məcəlləsinin “müqavilə azdlığı” adlı 390-cı maddəsində prinsipin anlayışı verilərkən qeyd edilir ki, fiziki və hüquqi şəxslər azad surətdə müqavilələr bağlaya və bu müqavilələrin məzmununu müəyyən edə bilərlər. Onlar bu Məcəllədə nəzərdə tutulmayan, lakin ona zidd olmayan müqavilələr də bağlaya bilərlər. Bu normadan da görünür ki, qanunvericilik hər kəsə azad müqavilə bağlamaq imkanını verir, lakin bunu məcəllədə tutulan bəzi hallarla məhdudlaşdırır, bunun əsas səbəbi isə, qanunveriliyin cəmiyyət və dövlətin mənafelərini qorumaq məqsədindən irəli gəlir.

İsveçrə qanunvericiliyi isə müqavilə azadlığını böyük ölçüdə qoruyaraq onun üç təməl ünsürünü göstərmişdir¹⁸:

1. Müqavilənin qarşı tərəfini seçərək müqaviləni bağlamaq və ya bağlamamaq;
2. Müqavilənin şərtlərini tərəflərin müəyyən etməsi;
3. İsveçrə qanunvericiliyində göstərilmiş müqavilə tiplərindən ayrılmaq.

Və demək olar ki, İsveçrə qanunvericiliyində haqsız rəqabətin qarşısının alınması haqqında qanun və mülki məcəllənin bəzi maddələri istisna olmaqla, müqavilə azadlığının məhdudlaşdırılması və ya başqa sözlə, müqavilə tərəflərinə hər hansı məhdudlaşdırma müəyyənləşdirən normalar nəzərdə tutulmamışdır.¹⁹

Fransada isə 10.01.1978 tarixli qanunla yaradılan komissiya vicdanlı olmayan kommersiya fəaliyyəti ilə məşğul olan satıcıların istifadə etdikləri müqavilə tiplərinin araşdırılması və vicdanlı olmayan müqavilə şərtlərinin ləğvini, ya da yenidən təşkilini təklif etmək səlahiyyətinə sahibdir.²⁰

Hollandiya hüququnda da Almaniya hüququna bənzər normalar istifadə edilməkdədir. Burada məqbul olmayan şəkildə çətinlik gətirən (unreasonably onerous), dözülməsi çox çətin olan şərtlərin etibarsız sayılmasının mümkünlüyü göstərilmişdir.²¹

1994-cü ilin sonlarında *International Institute for the Unification of Private Law* – UNIDROIT-in söyləri nəticəsində ortaya çıxan və Romada yayımlanan Beynəlxalq Kommersiya Müqaviləsi üçün Prinsiplər (Principles of

¹⁷ Atamer, s. 41

¹⁸ F. Dessemontet, T. Ansay, Introduction to Swiss Law, s. 5 (2003)

¹⁹ Atamer, s. 44

²⁰ *Yenə orada*, s. 45

²¹ The Dutch General Conditions Bill, Article 2.2 (1981)

International Commercial Contracts) müqaviləyə söykənən və beynəlxalq kommertiya müqavilələri üçün ümumi qaydalar ehtiva edən prinsiplərdir.²² Bu prinsiplərin Ümumi Qaydalar başlıqlı birinci hissəsində yer alan müqavilə azadlığı prinsipinin tənziqlənməsi ilə bağlı şərhə müqavilə azadlığının tətbiqində bəzi istisnaların ola biləcəyi vurğulanmışdır. Bu isə dövlətlərin, cəmiyyətin marağının qorunması məqsədi daşıyır.

B. Anqlo-amerikan sistemində

01.02.1978 tarixində İngiltərədə qüvvəyə minən "Haqsız Müqavilə Şərtləri haqqında Akt" (Unfair Contract Terms Act) fərdi və standart müqavilələri əhatə edir. Qanunda əsas etibarilə fərdi və standart müqavilələrdə yer alan və kommertiya fəaliyyəti ilə məşğul olan müqavilə tərəfinin hüquqi məsuliyyətini aradan qaldıran və ya məhdudlaşdıran haqsız məsuliyyət qeydləri ilə təminat qeydlərinin yer aldığı daşınar əşya satışı (sale) və ya kreditlə satış (hire-purchase) müqavilələri ilə bağlı tənziqlənmələr yer alır. Qanun bəzi müqavilə şərtlərini etibarsız hesab etdiyi halda digərlərinin "məqbul sayılan" meyarlara (*reasonableness test*) görə dəyərləndirilməsini nəzərdə tutur.²³

İngiltərədə ən yüksək instansiya məhkəməsi olan Lordlar Palatasının *Director General v. First National* mübahisəsi nəticəsində verdiyi qərarında haqsız şərtlər (unfair terms) anlayışının tərifi vermişdir. Buna görə, haqsız şərt istehlakçının zərərinə olaraq, xoş niyyətə zidd və tərəflərin müqavilədən yaranan haqq və öhdəlikləri arasında mühüm bir ölçüdə balanssızlığa yol açan şərtədir. Xoş niyyət isə hər mücərrəd hadisənin şərtlərinə görə şərh edilərək diqqətə alınmalıdır.²⁴

Amerika hüququnda müəssisələrlə imzalanan standart müqavilələrə bənzər müqavilələrdə yer alan şərtlər vicdanlılığa zidd olduqda (principle of unconscionability), doktrina daxilində ələ alınmasına və vicdanlılığa zidd müqavilə şərtləri hüquqi nəticə yaratmamaqdadır.

Vahid Kommertiya Məcəlləsində (*Uniform Commercial Code*) yer alan vicdanlılığa zidd olmaq prinsipi müqavilənin mövzusu ilə müqavilənin tərəflərinin hüquqi vəziyyətinin araşdırılması əsasına söykənir.²⁵ Qanun əsas etibarı ilə standart halda bağlanan daşınar əşya satışlarında istifadə olunmaq üçün yaradılmış olmaqla bərabər, həmçinin bütün müqavilə tiplərini əhatəyə alacaq şəkildə istifadə olunmaqdadır. Əsas məqsəd isə güclü tərəfin öz

²² *Tam mətn*

<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf> (son baxış 28 noy. 2015)

²³ Atamer, s. 46-47

²⁴ *Director General of Fair Trading v First National Bank*, 2001, UKHL 52, All England Law Reports (2002) 1 ALL ERHL, s. 105

²⁵ Arzu Oğuz, *Karşılaştırmalı Hukuk*, s. 59

gücünü sui-istifadəsinin qarşısını almaq və zəif tərəfin gözlənilməyən hüquqi nəticə ilə qarşı-qarşıya qalmasına mane olmaqdır.

Ümumi hüquq sisteminin əsasını təşkil edən presedent hüququnun (*case law*) mühüm mənbəyi olan "Restatement"lərə²⁶ baxıldığında müqavilə azadlığının hər şeydən əvvəl qanunlar (statute) ilə qadağan olunmuş məsələlərdə və ümumi hüquq sistemində zidd olan hallarda məhdudlaşdırılacağı nəzərə çarpmaqdadır.²⁷

Göründüyü kimi, qoyulan belə məhdudlaşdırıcılar heç də müqavilə azadlığının məhdudlaşdırılması demək deyil. Sadəcə onun bəzi çərçivələrə salınaraq zəif tərəfin hüquqlarını qorumaq və ya hər hansısa tərəfin qəsdən zəif vəziyyətə salınmasının qarşısını almaq, ən əsası bu prinsipin ədalətli işlək mexanizmini təmin etməkdən ibarətdir.

IV. *Bona fide*

Ədalətin təməlini sədaqət və vicdanlılıq təşkil edər, bu, sözlərin və müqavilələrin davamlılığı və gerçəkliyi deməkdir. Qanunlar nə qədər təfərrüatlı normalar müəyyən etsə də, hüquqların istifadəsində və öhdəliklərin yerinə yetirilməsi zamanı edilən hərəkətlərin hər birini tənzimləmək imkanına malik deyildir. Elə buna görə də hər zaman bütün bu münasibətləri doğru bir formada nizama sala biləcək qaydaya ehtiyac duyulmuşdur. Belə ehtiyacın məhsulu da məhz "*bona fide*" prinsipidir.

Roma hüququnda "başqasına zərər verməmək, heç kimə pislik etməmək" dəyərlərinə bağlı olan "*bona fides*" və daha sonralar "*aequitas*" anlayışları "sirr saxlamaq, insanlar arasındakı etibarlılığın zəiflərinin qorunması" dəyərlərini əsas almaqdadır.²⁸ *Bona fide* termini Romada söz ilahəsi *Fidesdən* ilham alınaraq ortaya çıxmışdır. O zamanlarda Fidesin oturduğu yer insanın sağ əli olaraq qəbul edilməkdəydi. Dolayısı ilə razılığa gələn şəxslər əl verir və beləliklə, vədlərini ilahənin ədalətinə etibar edərdilər ki, dövrümüzdəki əl verərək

²⁶ "Restatement"lər bütün hüquq sahələrindəki mühüm qərarlara yer verən və bu qərarları müqayisəli bir şəkildə tənqid edən qərarlar toplusudur. *Restatement an attempt by the American Law Institute "...to present an orderly statement of general common law of United States including in that term not only the law developed solely by judicial decision, but also the law that has grown from application by the courts of statutes"* Bax Steven, Law Dictionary, s. 464

²⁷ Restatements of Law, Contracts, Vol. I, Sections 1-346 as adopted and promulgated by the American Law Institute at Washington D.C., 6.05.1923, s.181 (ALI Publications, St. Paul 1932)

²⁸ Bu mənada "*bone fide*" anlayışı gündəlik dildə, əxlaqi dəyərlərdə (*pudor, probitas, continentia*); sosial həyatda (*dignitas, Gloria*); quruluşmada (*imperium*) və hüquqda (*iustitia, aequitas*) da istifadə olunmuşdur. B.e.ə III əsrdən, b.e VII-VII əsrlərinə qədər davam edən bu müddətdə bu anlayış əvvəlcə *bone fide* mübahisələrində və *bone fide* razılaşmalarında (müqavilələri) istifadə olunmuş sonra isə, *jus commun* ilə bərabər ümumi hüquqda doğruluq anlayışını içində əridən bir iradə ilə bərabər bir anlam qazanmış və *aequitas* anlayışına yaxınlaşmışdır. Əxlaqın hüquq içində diqqət yetirilməsinə və tərəflərin iradələrinin müəyyən bir nöqtəyə qədər əhəmiyyət qazanmasına imkan yaradan "*bonus pater familias*" anlayışı bu məqamda önə çıxmağa başlamışdır. Bax Jaluzot, B., *The Good Faith in Comparative Contract Law, Japanese, German and French Law Compared*, s. 19 (2001)

razılaşmaq adəti də buradan gəlmişdir.²⁹ *Bona fide* heç bir aldatma və fırıldaqçılıq olmadan xoş niyyəti ifadə edir.³⁰ Elə bu səbəblə də demək olar ki, bütün inkişaf etmiş hüquq sistemlərinin qanunvericiliyində *bona fide* öz əksini “xoş niyyət” (good faith)³¹ termini ilə tapmışdır.

A. Azərbaycanca *bona fide*

Bona fide anlayışı keçdiyi dövr ərzində içində daha çox həqiqəti və ədaləti axtaran bir forma alaraq dövrümüzdə “good faith”, Azərbaycan qanunvericiliyində isə “vicdanlılıq” olaraq təsbit olunmuşdur. Düşünürəm ki, “vicdanlılıq” termini “*bona fide*” və ya “good faith” anlayışlarını tam əhatə etmir. Hətta Mülki Məcəlləmizdə bunun dəqiq anlayışı verilməmişdir, yalnız məcəlləmizin müvafiq maddəsində³² “öhdəliklərin icrası zamanı vicdanlılıq” şəklində bəhs olunmuşdur. Vicdanlılıq çox geniş mənəni ifadə edən və hər kəs tərəfindən müxtəlif qarşılanan və dərk edilən nisbi bir anlayışdır. Üstəlik hər kəs tərəfindən dərk edilən “vicdan azadlığı” ifadəsi ilə mülki hüquqdakı “vicdanlılığın” qarışdırılması və insanların vicdanlılığı hüquqi deyil, mənəvi kateqoriya kimi qiymətləndirməsi müəyyən anlaşılmazlıqlara gətirib çıxarır. Həmçinin məcəlləmizdə *bona fidenin* anlayışının verildiyi xüsusi normanın olmaması da bu cəhətdən prinsipin mahiyyətinin anlaşılmasında və işləklik mexanizmində çətinlik yaradır. Belə geniş və nisbi anlayışın qurulan hüquq münasibətindəki rolu da ona verilən anlayışdan dolayı nisbi olur. Zənnimcə, bunun daha dəqiq şəkildə ifadəsi üçün “vicdanlılıq” əvəzinə “xoş niyyət” termini istifadə olunarsa və məcəlləmizdə bu prinsipə onun mahiyyətinin açıldığı və anlayışının verildiyi xüsusi norma həsr olunarsa, prinsipin istifadəsi təmin olunar və işləklik mexanizmi artar.

V. *Bona fidenin* hüquqi xarakteristikası

Dünya hüquq ədəbiyyatlarında *bona fidenin* necə qaydalar olduğu, necə tənzimlənməsi, ümumiyyətlə, hansı xarakterə malik olması müəyyən suallar yaratmışdır. Bu anlayışın əslində əxlaq norması, yoxsa bir hüquq norması olması, əgər hüquq normasıdırsa, necə bir hüquq norması olması, imperativ və ya dispoziitiv xarakterə malik olması daim mübahisə mövzusu olmuşdur.

A. *Bona fide* əxlaq normasıdır, yoxsa hüquq norması?

Cəmiyyətdə insanlar arasındakı münasibətləri nizama salan yeganə vasitə hüquq normaları deyildir. Çünki, qanunlar (yazılı hüquq normaları) bütün şəxsi münasibətləri deyil, yalnız insanların bir-biri ilə olan münasibət və davranışlardan tipik olanlarını nizama salır. Qalan digər münasibətlər isə

²⁹ Vasfi Sevig, *Ahlakın Umumiyyətlə Hukuk ve Mukaveleler Üzerine Tesiri*, s. 525 (1958)

³⁰ *Good faith: without fraud or deceit*. Bax Stevan H. Gifis, *Law Dictionary, Barron's Legal Guides*, s. 60

³¹ *A total absence of any intention to seek an unfair advantage or to defraud another party; an honesty and sincere intention to fulfil one's obligation*. Bax Steven Gifis, *Law Dictionary*, s. 238

³² AR Mülki Məcəlləsi. Maddə 425

cəmiyyətdə sosial normalar ilə tənzimlənir. Sosial normalar yazılı hüquq normalarının yaranmasına birbaşa təsir edir. Əxlaq normaları bunlar içərisində mühüm yer tutur və insanların həm mənəvi, həm də ətraf mühitə təzahür edən hərəkətlərinin qaydaya salınmasında əhəmiyyətli rol oynayır.

Əxlaq normaları fəlsəfi olaraq cəmiyyətdəki haqq, ədalət, vicdanlılıq, ya da ümumi əxlaq kimi anlayışlara bünövrə olan, hüquq normalarının mənimsənilməsinə kömək edən və cəmiyyətdəki vicdanlılığı yaradan etik normalar bütünüdür.³³ Bu anlamda əxlaq normalarının hüquq normaları ilə bənzərlikləri və fərqli cəhətlərinə nəzər yetirdikdə görürük ki, *bona fide* də qanununverici tərəfindən qanuni bir nizamlama mövzusu olaraq pozitiv hüquq içində ümumi bir hüquq norması vəziyyətinə gəlmişdir.³⁴ O halda ümumi və universal dəyərlərin ifadəsi olan bu prinsipə əməl olunmaması hər nə qədər etik bir dəyərin ifadəsi olsa da, hüquqa əməl olunmaması nəticəsini yaradacaqdır.³⁵ Bu məqamda, bəlkə də, Huberin ifadəsi ilə vicdanlılığın (*bona fide*) "hüquq etikasına istinad etdiyini"³⁶ söyləmək məsələnin doğru bir xülasəsi olacaqdır.

B. *Bona fide* hüquqi standartdır, yoxsa hüquq prinsipi?

Hüquqi standartlar xüsusi məsələlərə də uyğunlaşdırılan, hər vəziyyət üçün istifadə olunan ortaq bir sosial davranış ölçüsü kimi nəzərdən keçirilir. Bunlar dəyişdirilməz normalardan fərqli olaraq daha çox hakimə yol göstərici ümumi təlimatlar kimi çıxış edir. Bu səbəblə müəyyən və dəqiq anlayışları yoxdur və istifadə olunduqları formalara görə fərqli anlayışlar ifadə edə bilirlər. Bundan fərqli olaraq prinsiplər hüquqi nəticəsi bəlli olan, hüququn müəyyən bir tətbiq sahəsinin xüsusiyyətlərini əks etdirən, mücərrəd və ümumi normalardır. Bunların ən diqqətə çarpan xüsusiyyətləri mücərrəd bir hadisəyə birbaşa tətbiq olunmamaqlarıdır. XX əsrə qədər Almaniya hüququnda *bona fide* (*Treu und Glauben*) normalarının icrasında (BGB, §242), müqavilələrin şərhində, müqavilə şərtlərinin qiymətləndirilməsində və digər vəziyyətlərdə bir təlimat kimi qəbul edilmiş, daha sonra Federal Ali Məhkəmənin 26 may 1914 tarixli qərarı ilə bunların ümumi normaların xüsusi

³³ Bu eyni zamanda əxlaqın da təməlidir. Ateş, s. 67

³⁴ Jaluzot, s. 67

³⁵ AR MM 425-ci maddəsində göstərilən öhdəliklərin icrası zamanı vicdanlılıq da bu mənada vicdanlılığa əməl olunmamasının hüquqa zidd nəticələr yaratdığını göstərir.

³⁶ Bone fide, mühakimə haqqının müqavilə hüququnda əxlaqi etikanı artırmağa yönəldiyini düşünsək, müqavilə öncəsi və ya sonrası kimi bir fərqləndirmə etməyin məntiqli olmadığına diqqət çəkir. Həmçinin müəllif müəyyən bir əxlaq prinsipinə bağlı qalmaqdan, xoşniyyətin (good faith) içində olan və realizə ola biləcəyi vəziyyətə görə şərh edilməsini üstün tutur.

Müəllifə görə xoş niyyət universal həll yolu ola bilməz, ancaq ən sadə şəkildə əxlaqi məsələlərin sadə şəkildə həll yolunu tapdığı bir mexanizma ola bilər.

R. Brownsword, N. J. Hird, G. Howells, Good Faith in Contract, Concept and Context, s. 7 (1998)

bir ifadəsi olduğu qeyd edilmişdir. Bu vəziyyət Fransa Mülki Məcəlləsində də (Maddə 1134 və 1135) eyni cür ifadə olunmuşdur.³⁷

Hər iki məcəllədə əksini tapan bu hal *bona fide*nin təlimat əhəmiyyətli bir norma olmamasını, əksinə mühüm hüquqi nəticələr doğuran bir prinsip olduğunu əks etdirir. Lakin bununla belə, bu demək deyil ki, *bona fide* imperativ bir hüquq normasıdır. Ümumi qəbul edilən fikirlərə görə, *bona fide* əsas etibarlı ilə əmredici mahiyətə malik olan hüquq norması deyildir.³⁸ O, sadəcə mülki hüquq münasibətlərinin xoşniyyətə əsaslanaraq daha ədalətli şəkildə qurulmasını özündə ehtiva edir.

VI. Müqavilə azadlığı çərçivəsində *bona fide*. Məhdudiyyət, yoxsa təminat?

Hüququn hədəfi olan ədaləti yaratmaq üçün pozitiv hüququn (*de lege lata*) kifayət etmədiyi məqamlarda həmin məsələlər bəzən ayrı bir hüquq sistemi ilə (məsələn: İngilis hüququnda olduğu kimi *Rules of Equity*), bəzən də bizim hüquq sistemimizdə olduğu kimi (*de lege ferenda*) əsas ədalət prinsipləri ilə həll edilməkdədir.³⁹ Ümumiyyətlə, hüquq anlayışı, “hüquq münasibətlərindən”, “vəzifələrdən”, “azadlıqlardan” və “haqlardan” ibarətdir. Bu mənada ümumi və obyektiv bir hüquq norması yaradan *bona fide* şəxslər baxımından “ümumi bir vəzifə” rolunu oynayır.

Ümumiyyətlə, diqqət etsək görərik ki, ümumi, hər kəs üçün məcburi olan vəzifələr fərdi azadlıqların da son sərhədini müəyyən edir. *Bona fide* də belə bir ümumi vəzifə rolunu oynayır. Hər bir müqavilə tərəfi vicdanlı şəkildə davranmağa borcludur. Tərəflər bu vəzifədən və ya başqa sözlə onların üzərinə düşən bu öhdəlikdən imtina edə və ya onu məhdudlaşdırmağa bilməz. Şəxslərin təsbit olunan hüquq və azadlıqları başqalarının hüquq və azadlıqlarının ləğvinə yönəlmiş hər hansı fəaliyyətlə məşğul olmaq və ya hər hansı əməl törətmək və ya onları məhdudlaşdırmaq hüququna malik olması kimi şərh oluna bilməz.⁴⁰

*Bona fide*nin düzəldici və tamamlayıcı iki funksiyası mövcuddur.⁴¹ İsveçrə Federal Məhkəməsi öz qərarında müəyyən etmişdir ki, *bona fide* müqavilə azadlığına məhdudiyyət gətirmir, lakin bütün müqavilələrdə *bona fide* prinsipinə əməl olunmalıdır fikri məhdudiyyət sayılacaqdır. “Nə *bona fide* (orada good faith), nə də hüquqdan sui-istifadə qadağası ümumi olaraq müqavilə ədalətini təmin etmək üçün mövcud deyildir. Müqaviləyə bağlılıq sadəcə müqavilənin məzmununun hüquq nizamının təməl prinsipləri ilə qarşıdurması, iradənin meydana gəlməsində əskiklik olması (...) hallarında

³⁷ Jaluzot, s. 69-70

³⁸ Şener Akyol, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, s. 7 (1995)

³⁹ Brownsword, Hird, Howells, s. 11

⁴⁰ European Convention on Human Rights, article 17

⁴¹ Atamer, s. 171

müqavilənin ləğvinə qərar verilməsinə imkan yaradır".⁴² Yekun nəticədə qərarla ifadə olunur ki, müqavilə tərəflərin iradəsinə, istəklərinə və qanunvericiliyin müəyyən etdiyi bütün qaydalara uyğundursa və tərəflərin mənafeləri təmin olunursa, o zaman bəzi hallarda *bona fide* prinsipinə uyğun olmaya da bilər.

Əgər *bona fide*ni müqavilə azadlığı üçün məhdudiyət hesab etsək, o zaman hər zaman müqavilə tərəflərindən birinin hüquqlarının pozulması ehtimalı ilə razılaşıb onu qəbul etmiş olarıq. Ümumiyyətlə, *bona fide*nin müqavilə azadlığı üçün məhdudiyət hesab edilməsi eyni zamanda bu iki prinsipin müqayisəsi mənasına da gəlir, hansı ki, subyektlərin belə bərabər olduğu mülki hüquqda müqavilənin yaranması və davamlılığını təmin edən bu iki prinsipin belə bir müqayisəsi düzgün olmazdı. Əksinə, bu iki prinsipini bir-birini tamamlayan vahid bir struktur olaraq nəzərdən keçirmək daha məntiqli bir yol olar. Çünki bir prinsipin varlığı digərinin daha ədalətlə işləməsinə təmin edir.

Nəticə

Keçmiş dövrlərdə təsəvvürü mümkün olmayan müqavilə azadlığı prinsipi müasir dövrdə hüququn əsas prinsipi halına gəlmişdir, hansı ki, müasir dövrün hüquq sistemini müqavilə azadlığı olmadan təsəvvür etmək nəinki mümkün deyil, hətta ağlasığmazdır. Məqalədə də bəhs olunduğu kimi natarazlıq və bərabərsizlik vəziyyətləri bu prinsipin heç bir məhdudiyət olmadan işləməsinə icazə vermir. Bu səbəblə hüququn əsas məqsədi olan ədaləti təmin etmək üçün müqavilə azadlığına müəyyən məhdudiyətlər gətirilib. Müxtəlif ölkələrdə müxtəlif cür təzahür edən bu məhdudiyətlər şəxslərin hüquqlarının çərçivəyə salınması deyil, əksinə onların inkişafını təmin edən vasitə qismində çıxış edir. Lakin bu məhdudiyətlər hər zaman ədaləti bərpa etmək iqtidarında olmur. Bu zaman hüququn nizamlaya bilmədiyi bu cür hallarda daha universal bir qaydaya ehtiyac yaranır ki, bu da qarşımıza *bona fide* olaraq çıxır. Bütün inkişaf etmiş hüquq sistemlərində (*good faith*), eləcə də Azərbaycan qanunvericiliyində vicdanlılıq adı ilə müəyyən olunan *bona fide* ümumi qayda olaraq təsbit olunmuşdur. Bu prinsip hüquq etikasına aid üstün bir qaydadır və elə buna görə də müqavilə münasibətlərində tərəflər arasındakı inamı yaradan da bu prinsipin təməlindəki etik və əxlaqi dəyərlərdir. *Bona fide* yalnız münasibət qurulan zaman nəzərə alınmır, eyni zamanda müqaviləyəqədərki məsuliyyət (*culpa in contrahendo*) zamanı da nəzərə alınır.⁴³ Mübahisə yarandığında məhkəmədə

⁴² ATF 115 II 232. Bu qərarla Federal Məhkəmə öhdəliklər və qarşı tərəfin öhdəlikləri arasındakı natarazlıqların təkə ümumi əxlaq ziddiyyət yaratmayacağına və yenə həmin qərarla hüququn sui-istifadəsinin təkə öhdəliklər arasına bərabərsizliyi düzəltməyə imkan verməyəcəyi qənaətinə gəlmişdir

⁴³ Mehran Əmirli, *Culpa in contrahendo – Müqaviləyəqədərki məsuliyyət*, 1 Bakı St. U.L. Rev. 59, s. 60 (2015)

hakimin nəzərə almağa borclu olduğu və hətta tərəflər bildirməsə belə, onun nəzərə almalı olduğu qayda şəklində ortaya çıxır.

Bəzi fikirlərdə *bona fide* müqavilə azadlığını məhdudlaşdıran bir prinsip olaraq dəyərləndirilir, lakin bu məhdudiyyət deyil, əksinə, müqavilə tərəflərinin hüquq və öhdəliklərinin əhatəsinin müəyyən edilməsində, müqavilənin şərh edilməsində, tamamlanmasında və qarşılıqlı inama məna verilməsində ehtiyac duyulan bir prinsipdir.

Nəticə olaraq tərəflər qarşılıqlı iradələri bir-birinə uyğun olduğu müddət ərzində müqavilə azadlığının sərhədlərini keçmədən müqavilənin məzmununu istədikləri kimi müəyyən edə bilərlər və hətta qarşılıqlı razılaşdırılmış iradə *bona fide*yə əks olsa belə, buna görə müqavilə etibarsız sayılmayacaqdır.

Şəhla İbrahimova*

Sığorta “siyasət”indən məhkəmə qaydasında iddia qaldırılmasında standart şərtli sığorta müqavilələrinin rolu

Annotasiya

Məqalədə sığorta müqavilələrindən məhkəmə qaydasında iddiaların qaldırılmasında sığorta müqaviləsinin standart şərtlərinin rolundan danışılmışdır. Standart şərtli müqavilə kimi sığorta müqavilələrinin bağlanması müqavilə azadlığı prinsipinin mahiyyətindən irəli gələn müqavilənin bağlanmasında tərəflərin bərabərliyi və müqavilə şərtlərinin müəyyən olunmasında güclərin bərabərliyi məsələləri araşdırılmışdır. Məqalədə həmçinin mövzunun mahiyyətini əhatə edən haqlı gözləntilər və *contra proferentem* doktrinaları və onların tətbiq olunduqları yurisdiksiyalarda məhkəmə iddialarının həllinə necə təsir göstərməsi təhlil olunmuşdur. Məqalədə dövlətin sığorta fəaliyyəti üzərindəki nəzarətinin qaldırılan məhkəmə iddialarının həllinə necə təsir etdiyini göstərməklə, məhkəmələrə bu mövzuda qaldırılan iddiaların həlli zamanı hansı müddəaların nəzərə alınmalı olduğu tövsiyə edilmişdir.

Summary

In this article, the role of standard form contracts in enforcing claims from insurance policy analyzed. The issues about equality of parties and the lack of bargaining power on deciding the terms of contract which arises from the principle of freedom of contract and took place in the binding process of insurance policy as a standard form contract have been discussed. Doctrine of reasonable expectations and doctrine of *contra proferentem* which embrace the matter of subject and how they effect to the court decisions in the jurisdictions where they had been implemented is also analyzed in the article. In the article it is shown that how the governmental control over insurance industry effects to the court decisions over insurance policy and some clauses about the solution of cases on this subject which should be considered during the process recommended to the courts.

Giriş

Sığorta müqaviləsi sığortalının müəyyən haqq ödəməsi müqabilində sığortaçının onu gələcəkdə yarana bilən hər hansı riskdən, müqavilənin tərəflərinin nəzarətindən kənar baş verə biləcək hər hansı təhlükədən qoruması ilə bağlı razılaşmadır. Burada qoruma deyərkən baş verən sığorta halının meydana gətirdiyi zərərin qarşılığının ödənməsi başa düşülür. Müqavilədə sığorta olunan qismində çıxış edən tərəf sığorta hadisəsi baş verən zaman sığorta marağı olan şəxsdir. Sığorta marağı sığorta olunanın sığorta müqaviləsi ilə qorunan hər hansı əmlak mənafeyinə sığorta hadisəsi baş verən zaman dəyən zərərin sığortaçı tərəfindən qarşılanaq əvəzidir. Bu zərərin əvəzi sığortaçı tərəfindən o zaman ödənilir ki, arzu olunmayan hadisə, baş verən hal müqavilədə sığorta hadisəsi kimi nəzərdə tutulsun. Sözügedən hallar sığorta müqaviləsi bağlanarkən standart şərtlər

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

şəklində müştərilərə təqdim olunur və bağlanacaq müqavilənin tərkib hissəsi sayılır. Müqavilənin standart şərtlərinin bütün müqavilələr üçün eyni və dəyişdirilə bilməyən olması, hətta müqavilənin tərəfi olaraq sığortalının həmin standart şərtləri mübahisələndirmək haqqının olmaması sığorta müqavilələrində tərəflərin qeyri-bərabərliyi prinsipinə gətirib çıxarır. Bu qeyri-bərabərlik özünü bütün müqavilələrin başlıca prinsipi olan müqavilə azadlığı prinsipinin pozulmasında göstərir. Belə ki, istənilən tipli müqavilənin bağlanması tərəflərin iradələrinin uzlaşmasını bəyan edir. Tərəflərin iradələri müqavilənin şərtlərini müəyyən edərkən uzlaşır. Standart şərtlə müqavilələrdə bir tərəf müqavilənin şərtlərini hazırlayır, digər tərəfə isə bu şərtləri ümumiyyətlə mübahisələndirmək haqqı vermir, ya da cüzi bir hissənin dəqiqləşdirilməsi üçün imkan yaradır. Belə müqavilələrdə tərəflərin iradələrinin uzlaşması ilə yanaşı tərəflərin müqavilənin bağlanması barədə olan razılığı da əsas götürülür. Amma müqavilə azadlığı prinsipinin bu qədər dar çərçivəyə salınması öz təsirini bu tipli razılaşmalardan, xüsusilə, sığorta müqavilələrindən qaldırılan məhkəmə iddialarında göstərir. Beləliklə, sığorta müqavilələrinin standart şərtlə olması sığortalının müqavilə azadlığı haqqını pozurmu? Bəs əgər müqavilənin standart şərtlərini müqavilənin hər iki tərəfi qarşılıqlı razılaşma əsasında müəyyən edərsə, bu problem aradan qalxarmı? Bu məsələnin həyata keçirilməsi realdır mı?

Sığorta müqaviləsinin standart şərtləri qeyd olunduğu kimi sığortaçı tərəfindən tərtib olunur. Müqavilənin şərtlərinin anlaşılıqlı dildə yazılması tələb olunan əsas şərtlərdən biridir. Lakin müqavilənin dilinin ikimənalılıığı, anlaşılmazlığı sığorta hadisəsi baş verən zaman sığorta halının müəyyən edilməsində əsas rol oynayır. Belə ki, sığortaçının hadisə baş verəcəyi təqdirdə sığorta hadisəsi sayacağı hallar müqavilənin standart şərtlərində öz əksini tapır. Ancaq hər zaman anlaşılan dildə yazılmayan bu şərtlər sığortalının haqlı gözləntilərini boşa çıxarır. Hüquqlarının bərpasını istəyən hər bir sığortalı da müqavilənin yazı dilinin anlaşılmazlığı səbəbilə məhkəməyə müraciət edir. Bəs burada əsas məsələ müqavilənin şərtlərinin yazıldığı dilin anlaşılmazlığındadır, yoxsa həmin şərtləri müqavilənin sadəcə bir tərəfinin yazmasında? Məqalədə bu sualların cavablarını araşdıracam.

I. Standart şərtlə sığorta müqavilələri

Müqavilə iki və daha artıq tərəf arasında ortaqlıq konsensusa gəlməklə əldə olunan razılaşmadır. Ənənəvi baxışda isə, müqavilə tərəflərin onun məzmununu ümumi olaraq dərk etməsini vurğulamaq üçün müəyyən edilmiş "iradələrin görüşüdür".¹ Burada iradələrin görüşü kimi qeyd olunan ifadə iradələrin uzlaşması mənasını ehtiva edir. Müqavilə bağlanan zaman iradələrin uzlaşmasını tərəflər bir-birinə əks olan maraqlarını

¹ Bu ifadə "*Baltimor and Ohio R. Co. v. US*" (1923) işində ABŞ Ali Məhkəməsi tərəfindən istifadə olunmuşdur.

uyğunlaşdırmaqla danışıqlar apararaq razılaşma şəklində əldə edirlər. Bu razılaşmanı təmin etmək üçün tərəflər hansı şərtin müqavilənin məzmununa daxil olmasını müzakirə edir.

Standart şərtli müqavilələr digər standart tipli əşyalar, məsələn, standart maşınlar, standart ölçülər, standart mənzillər və s. kimidir.² Necə ki digər standart olan varlıqlar eyni forma və dəyişilməz xarakterlərə malikdirsə, müqavilənin standart şərtləri də müqavilənin dəyişilməz və sabit tərkib hissəsidir.

Standart şərtli müqavilələrdə müqavilənin məzmununu müqavilənin bir tərəfi yazır, digər tərəfə çox cüzi dəyişiklik imkanı verilir və həmin tərəfin müqaviləni imzalaması ilə müqavilə bağlanmış sayılır.³ Bu tipli müqavilələrdə müqavilənin standart şərtlər yazılan hissəsi ya müqavilənin mətnində göstərilməyərək ayrıca toplu şəkildə müqavilə mətnindən kənar tərtib olunur və imzalanan müqavilənin mətnindən ona göndəriş edilməklə müqavilənin tərkib hissəsi sayılır, ya da müqavilə mətnində göstərilməklə müqavilənin tərkib hissəsinə çevrilir. Standart şərtli müqavilənin məzmununu yazan tərəf onu dəfələrlə müqavilə bağlamaq üçün öz mənafeyini ən yaxşı təmin edə bilən səviyyədə yazır və müqavilənin digər tərəfini "qəbul et və ya rədd et"⁴ vəziyyətində qoyur. Bu vəziyyət müqavilədə tərəflərin qeyri-bərabərliyi məsələsini ortaya çıxarır, yəni tərəflərin müqavilənin məzmununun yazılmasında bərabər haqlara malik olmadığını bildirir. Müqavilə azadlığı prinsipinə nəzər yetirsək, prinsipin təmin etdiyi başlıca qaydalardan biri də odur ki, müqavilə bağlayan tərəflər müqavilənin məzmununu, şərtlərini, müqavilə mətnini müəyyən etməklə bərabər hüquqlara malikdir. Həmçinin müqavilələr hüququ da "danışıqların aparılmasında güclərin bərabərliyi" və "müqavilə azadlığı" prinsiplərini göz önünə çəkir, hansı ki bu prinsiplər standart şərtli müqavilələri xarakterizə eləmir.⁵ Yəni bu prinsiplər standart şərtli müqavilələrin tərtib olunmasında öz təsirini göstərə bilmir. Bununla yanaşı, bu tipli müqavilələrdə müqavilənin məzmununu tərtib edən tərəf o qədər böyük gücə sahib olur ki, müqavilə tərəfləri arasında öz "hökmran mövqeyini" bərqərar edə bilir. Nəticə olaraq müqavilənin məzmununu yazan tərəf, qarşı tərəfi "qəbul et və ya rədd et" vəziyyətində qoymaq üçün kifayət qədər gücə sahib olduqda, real müqavilə azadlığı zədələnir, müqaviləyə tərəfdar çıxan tərəf gələcəkdə müqavilənin

² David Chappell, *Parris Standard Form of Building Contract*, s. 4 (2001)

³ Azərbaycan Respublikası Mülki Məcəlləsi, Maddə 417

417.1. Müqavilənin standart şərtləri əvvəlcədən ifadə edilmiş, dəfələrlə istifadə üçün nəzərdə tutulan elə şərtlərdir ki, bunları bir tərəf (təklif edən) digər tərəfə təqdim edir və əvvəlcədən müəyyənləşdirilmiş normalardan fərqlənən və bu normaları tamamlayan qaydalar onların vasitəsi ilə müəyyənləşdirilir.

⁴ Elena D'Agostino, *Contracts of Adhesion between Law and Economics*, s. 9 (2015)

⁵ Kessler, *Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract*, 43 Colum. L. Rev 629, s. 629 (1943)

təbiətindən irəli gələn hər hansı risk baş verdikdə özü üçün yararlanacağı təminatları müəyyən etməkdə azad olmur.⁶ Lakin sözügedən azadlıq nə qədər məhdudlaşdırılsa da, "rədd et" bu tipli müqavilələrdə çox nadir hallarda rast gəlinən cavabdır.⁷

Bəs nəyə görə mülki hüquq subyektləri bu müqavilələri bağlamaq məcburiyyətindədir? Çünki mülki hüquq subyektlərinin müqavilə azadlığı prinsipi vardır, bu prinsipdən müqavilənin məzmununu yazan tərəf onu yazan zaman öz mənafeyini ən yaxşı şəkildə müəyyən edərək istifadə edirsə, digər tərəf də əvvəlcədən məzmunu yazılmış müqavilələrin içərisindən öz mənafeyini ən yüksək səviyyədə təmin edən müqaviləni seçməklə istifadə edir. Yəni müqavilə bağlayarkən tərəflərin güddüyü mənafeyi bir tərəf müqavilənin standart şərtlərini hazırlamaqla təmin edirsə, digər tərəf də öz mənafeyinə uyğun müəyyən etdiyi müqaviləni təklif edən şirkəti seçməklə təmin edir.

Bütün bunları mövzumuza tətbiq etsək, burada müqavilənin məzmununu yazan tərəf kimi sığortaçı çıxış edir. Bir sığortaçı müştəriləri ilə dəfələrlə imzalamaq üçün özü sığorta müqaviləsinin məzmununu hazırlayır. Hazırladığı şərtlərdə öz mənafeyi ilə yanaşı sığortalının mənafeyini də nəzərə almalıdır. Ona görə ki, sığorta bazarında onunla birgə bu əsaslarla müştərilərə müqavilə təklif edən rəqibləri var və hər bir müştəri, təbii olaraq, öz mənafeyinə ən çox uyğun gələn müqaviləni təklif edən sığortaçı ilə razılaşacaq. Rəqabət şəraitinin təmin etdiyi əsaslardan biri də ən keyfiyyətli malı ən ucuz qiymətə bazarda təklif edən təsərrüfat subyektlərinin əmtə bazarında üstünlüyü əldə etməsidir. Beləliklə, yaranan rəqabət şəraitində sığorta müqaviləsi bağlamaq arzusunda olan müştərilər ən sərfəli şərtlərlə sığortalanma təklif edən sığortaçı ilə müqavilə bağlayırlar. Belə bir rəqabət şəraitində sığortaçılar müştərilərinə əlavə hüquqlar verərək sığorta bazarında üstünlüyə nail olmağa çalışırlar, yəni müştərinin hüquqlarını öz mənafeyi ilə birgə düşünürlər. Bu şərait müştərilərin çərçivəyə salınmış hüquqlarının genişləndirilməsinə gətirib çıxarır. Ancaq bu yenə də tərəflərin müqavilə hüququnun prinsiplərindən irəli gələn haqlarının bərabərliyini tam bərpa etmir. Çünki, müştərilərə təklif olunan yeni üstünlüklər onların haqlarını nə qədər genişləndirsə də, artan haqlara müvafiq olaraq sığorta haqqının da artması müqavilə bağlanan zaman tərəflərin bərabər hüquqlara malik olmadığını bir daha sübut edir. Burdan belə bir qənaətə gəlmək olar ki, əgər müqavilənin məzmununu hər iki tərəfin iradəsinə müvafiq olaraq tərtib olunsaydı, o zaman əsl bərabərlik təmin olacaqdı. Yəni müqavilənin məzmununu tərəflər

⁶ Comment, *Administrative Regulation of Adhesion Contracts in Israel* s, 66 Colum. L. Rev. 1340, s. 1340 (1966)

⁷ Lenhoff, *Contracts of Adhesion and the Freedom of Contract: A Comparative Study in the Light of American and Foreign Law*, 36 Tul. L. Rev. 481, s. 484 (1962)

qarşılıqlı razılaşma şəklində tərtib etsələr, tərəflər arasındakı “hökmran mövqe” də aradan qalxar, müqavilə azadlığı da tam təmin olunmuş olar.

Bəs irəli sürülən bu ideyanın reallaşması nə dərəcədə mümkündür? Sığorta müqavilələri standart şərtlə müqavilələr olduğundan və standart şərtlə müqavilələrin də təbiətindən irəli gələrək, sığortaçı müqavilənin standart şərtlərini minlərlə sığortalı ilə həmin şərtlə müqavilənin bağlanması nəzərə alaraq yazır. Bu halda sığortaçının hər bir sığortalı ilə bağlayacağı müqavilənin məzmununu qarşılıqlı şəkildə müzakirə edərək tərtib etməsi heç də real deyil. Çünki sığortaçı bağladığı minlərlə müqavilənin hər biri üçün yeni məzmun tərtib edə, yeni şərtlər müəyyənləşdirə, yeni riskləri nəzərə ala bilməz. Belə bir nizamlama ona görə mövcud deyil ki, yaranan situasiyanın mümkünlüyü ağılsızdır. Bu, minlərlə sığortalının hər biri ilə ayrı-ayrılıqda bağlanacaq müqavilələri ehtiva edir: minlərlə bir-birindən fərqli müqavilə, minlərlə bir-birindən fərqli şərt və minlərlə bir-birindən fərqli risk. Yarana bilən belə vəziyyət sığorta şirkəti üçün son dərəcə ağırlaşdırıcı bir hal yaratmaqla yanaşı, vəziyyətin heç də ağılabatan bir nəticə olmadığını ortaya qoyur. Ancaq bu, heç də ona dəlalət etmir ki, müqavilənin tərkib hissəsinin tərtib olunmasında hər iki tərəfin iradə bəyanının olması belə bir nəticəyə gətirib çıxarır deyərək sığortaçı bu şəraitdən istifadə edərək ancaq öz mənafeyini təmin edəcək məzmununda müqavilə hazırlasın. Başqa aspektdən yanaşsaq, sığorta müqavilələrində müqavilənin tərkib hissəsinə yalnız sığortaçı tərtib etdiyinə görə, bu müqavilələrdə tərəflərin müqavilə üzrə haqlarını və öhdəliklərini bir-birinə müvafiq şəkildə müəyyənləşdirmək sığortaçının üzərinə düşür. Sığortaçının burada sığortalıya təklif etdiyi haqlara uyğun müəyyən etdiyi sığorta haqqı, həm də onun özünün müqavilə üzrə yerinə yetirəcəyi öhdəliyinə görə tələb etdiyi məbləğdir. Yəni sığortalı onun sığorta müqaviləsindən irəli gələn haqlarına uyğun olaraq sığortaçı tərəfindən müəyyən edilmiş sığorta haqqını ödəyir. Bu haqlar sığorta riskinin yaranacağı təqdirdə sığortalının sığortaçı tərəfindən təmin ediləcəyi əmlak mənafeyidir. Sığortaçının sığorta müqaviləsinin məzmununu müəyyən edərkən sığortalıya təklif etdiyi əlavə haqlar isə sığorta riskinin törəyə biləcəyi halların sayının artırılmasıdır. Riskin baş verdiyi və yaranan nəticənin sığorta hadisəsi sayıldığı halların sayının artırılması sığortalının hadisə nəticəsində dəyən zərərinin sığortaçı tərəfindən qarşılınması ehtimalını artırır. Bu şərait sığortalının xeyrinə olmaqla bərabər sığortaçının da əmlak mənafeyini müdafiə edir. Çünki riskli hadisələr daha geniş miqyasda nəzərdə tutulduqda sığortalı nə qədər çox sığorta haqqı ödəyirsə, sığortaçı da sığortalının əldə etdiyi haqlarına müvafiq olan öhdəliklərini yerinə yetirmək üçün o qədər çox qazanc əldə edir. Bu şərtlər altında sığorta şirkətləri arasında yaranan rəqabət şəraiti özünü təklif olunan haqların qarşılığında nəzərdə tutulan ən sərfəli sığorta haqqının müəyyən edilməsində göstərir.

II. Sığorta müqavilələrinin dilinin anlaşılmaqlığı və bu kontekstə doktrinal yanaşma

Sığorta müqavilələrindən qaldırılan məhkəmə iddialarının ikinci əsas səbəbi də müqavilənin dilinin anlaşılmaqlığıdır. Anlaşılmaqlıq və ikimənəlilik sığorta siyasətində müqavilə məzmununun yazılmasında “sevimli” alətlər kimi istifadə olunur.⁸ Bu vəziyyətdə elə görünür ki, müqavilə bağlanarkən sığortaçı müştəriləri inandırır ki, müqavilə sığorta obyektinin məruz qala biləcəyi bütün riskləri əhatə edir, amma məhkəmədə iddia qaldırılan zaman məhkəməni inandırır ki, heç bir risk əhatə olunmayıb.⁹ Yaranan çəşqinliğin əsas səbəbi olaraq müqavilənin yazıldığı dilin anlaşılmaqlığı göstərilir. Yəni yazılan müqavilənin məzmunu ilə tanış olan zaman sığortalı hansı hallarda sığorta obyektinə zərər dəyəcəyi təqdirdə sığortaçının dəyən zərəri qarşılıyacağı hallar ilə tanış olur. Sonradan zərər meydana gələndə sığortaçı zərərin meydana gəldiyi halı müqavilədə sığorta halı kimi nəzərdə tutmadığını deyir. Sığorta müqaviləsi bağlananda sığortalının müqavilənin bağlanmasındakı marağı onun sığortaladığı əmlakına dəyə biləcək hər hansı itki zamanı sığortaçının ödəyəcəyi sığorta ödənişidir. Yəni sığortalı müqavilə bağlanan zaman elə fikirləşir ki, onun sığorta marağı, bağladığı müqaviləyə müvafiq olaraq sığortaçı tərəfindən təmin olunacaq. Lakin zərər ortaya çıxan zaman sığortaçının zərərin meydana gəldiyi hadisəni sığorta hadisəsi saymaması nəticəsində sığortalının müqavilədən irəli gələn haqlı gözləntiləri boşə çıxır.

Belə olan halda sığorta müqavilələrindən qaldırılan məhkəmə işlərində məhkəmələr adətən sığortalının haqlı mənafeələrini təmin edir. Məhkəmələr adətən bu məsələdə sığorta müqaviləsinə müqavilədən çox istehlakçı məhsulu kimi yanaşır.¹⁰ Bir neçə il sığorta haqqı ödəyəndən və yalnız iddia yaranandan sonra sığortalı başə düşür ki, onun əldə edəcəyini fikirləşdiyi sığorta məbləği sadəcə xəyal imiş.¹¹ Sığortalıların haqlı gözləntilərini müdafiə edən doktrina mövcuddur - *haqlı gözləntilər doktrinası*. Doktrina son 40 ildə Amerika Birləşmiş Ştatlarında sığorta hüququndan qaldırılan məhkəmə iddialarının həll olunmasında birbaşə təsirini göstərib. Haqlı Gözləntilər Doktrinası ilk dəfə 1970-ci illərdə doktrinanın yaradıcısı olan Professor Robert Kitonun Harvard Hüquq Jurnalına yazdığı məqalə ilə hüquq elminə gəlmişdir. Bu doktrinanın əsas məqsədi sığortalının haqlı mənafeələrini boşə çıxarmamaqdır. Yəni doktrinanın müəllifi məhkəmələri sığortalıların haqlı mənafeələrini təmin etməyə çağırır. Haqlı gözləntilər doktrinası elə bir

⁸ Eugene Anderson, James J. Fournier, *The Reasonable Expectations Doctrine: Understanding the Law and the Lore behind Upholding the Reasonable Expectations of Insurance Policyholders*, 1 Risk Management and Insurance Review 72, s. 72 (1997)

⁹ *Yenə orada*

¹⁰ *Yenə orada*

¹¹ *Yenə orada*, s. 73

prinsipdir ki, sığorta müqaviləsinin təfsir olunması zamanı sığortalının haqlı gözləntilərinə bir bələdçi olaraq güvənir.¹² Haqlı gözləntilər doktrinası altında hətta sığorta müqaviləsində zərərin qarşılınması barədə şərt nəzərdə tutulmasa da, məhkəmələr iddianı adətən sığortalının xeyrinə həll edir.¹³

Kommentatorlar doktrinaya olan əsas 4 yanaşmanı göz önünə çəkirlər: 1) müqavilənin dilinin anlaşılmaqlığı; 2) haqsız nəticədən yayınma; 3) sığortalının məqsədini irəli çəkmək; 4) üçüncü şəxslərin maraqlarının qorunması.¹⁴ Bu yanaşmalar doktrinaya istinad edərək qərar qəbul edən məhkəmələrin ona hansı yöndən müraciət etdiyini bildirir. Birinci yanaşmanın tərəfdarları olan məhkəmələr doktrinaya müqavilənin dilinin anlaşılmaqlığından qaldırılan məhkəmə iddialarının həlli zamanı istifadə edirlər. Bu yanaşma bildirir ki, əgər sığorta müqaviləsinin dilində anlaşılmaqlıq varsa, bu anlaşılmaqlıq sığortaçının əleyhinə təfsir olunur. İkinci yanaşmanın tərəfdarları olan məhkəmələr sığortaçının müqavilənin şərtlərini ədalətli yazacağı təqdirdə sığorta müqaviləsinin aydın - anlaşılmaqlı olmayan dilindən imtina edirlər. Bu yanaşmaya tərəfdar çıxan məhkəmələr öz yanaşmalarını belə əsaslandırırırlar ki, müqavilənin şərtləri üzərində qeyri-adi nəzarəti əldə edən sığortaçı sığorta sənayesində kritik təcrübədən və riskin hərtərəfli müəyyənləşdirilməsindən xəbərdardır. Əlavə olaraq, onlar qeyd edirlər ki, sığortaçılar realizə ediblər ki, sığortalıların bir çoxu müqavilədə nəzərdə tutulan şərtləri, ümumiyyətlə, oxumurlar. Nəticə olaraq, bu yanaşmanın tərəfdarları müqavilənin şərtlərinin sığortaçı tərəfindən ədalətli və haqsız nəticələrə gətirməyən səviyyədə yazılmasını üstün tutur.¹⁵ Üçüncü yanaşmanın tərəfdarları doktrinaya, qaldırılacaq məhkəmə iddiasının həlli zamanı sığorta müqaviləsinin əsas məqsədini - riskli hadisə baş verən zaman meydana gələn zərərin qarşılınması öhdəliyini yerinə yetirmək üçün müraciət edir. Nəhayət, dördüncü yanaşmanın tərəfdarları doktrinaya, sığortalı və üçüncü şəxslərin maraqlarını qorumaq üçün müraciət edirlər. Burada üçüncü şəxslər deyərəkən ailə üzvləri, işçilər və sığortalının günahsız zərərçəkənləri aiddir. Bu yanaşma adları sadalanan 4 yanaşma içərisində ona ən az müraciət olunandır.¹⁶

Haqlı gözləntilər doktrinası məhkəmələrin ona dəfələrlə müraciəti nəticəsində prinsipə çevrilmiş və 20 il istinad olunma müddəti ərzində sığorta müqavilələrindən qaldırılan məhkəmə iddialarının, 100-dən çox məhkəmə işinin həllində əsas mənbə olmuşdur. Lakin 20 ildən sonra doktrinaya ABŞ məhkəmələrində istinad olunduğundan və ABŞ-ın məhkəmə sistemində presedent hüququnun əsas mənbə hesab olunduğundan doktrina yavaş-

¹² Robert Keeton, *Insurance Law Rights at Variance with Policy Provisions*, 83 Harv. L. Rev. 961, s. 970 n.14 (1970), David J. Seno-dan birbaşa.

¹³ *Yenə orada*

¹⁴ David J. Seno, *The Doctrine of Reasonable Expectations in Insurance Law: What to Expect in Wisconsin*, 85 Marq. L. Rev. 859, s. 886 (2002)

¹⁵ *Yenə orada*, ss. 8-10

¹⁶ *Yenə orada*, ss. 12-14

yavaş aradan qalxmış, doktrinanın əsas müddəaları *contra proferentem*¹⁷ doktrinasının tərkibi altına keçmişdir. *Contra proferentem* müqavilə hüququnun elə doktrinalarındandır ki, müqavilənin təfsir olunması zamanı, onun anlaşılmaz və ya ikili məna xarakteri daşıyan şərtləri o şərti yazan tərəfə qarşı istifadə olunmalıdır. Bu, adətən müqavilənin məzmununu onun iki tərəfindən birinin yazması hallarında baş verir. Bu hallar standart şərtli müqavilələr üçün xasdır. Bildiyimiz kimi, standart şərtli müqavilələrə sığorta müqavilələri də aiddir. Sığorta müqavilələrindən qaldırılan məhkəmə iddialarının həllində *contra proferentem* doktrinasını əsas götürmək olar. Amerika Birləşmiş Ştatlarının bir çox məhkəmələrində *contra proferentem* doktrinası bu tipli məhkəmə iddialarının həllində baza rolunu təşkil edir. Çünki sığorta müqavilələrində müqavilənin şərtlərini yazan sığortaçı sığortalanan əmlaka zərər dəyəcəyi təqdirdə zərərin qarşılmasını öz üzərinə öhdəlik olaraq götürür. Burada, təbii ki, sığortaçı sığorta ödənişini müəyyən etdiyi qaydalara uyğun, zərərin hansı hallarda meydana gələcəyini müəyyən etdiyi təqdirdə həyata keçirir. Lakin, bununla belə, sığortaçı bu hüququndan bəzən sui-istifadə edərək müqavilə şərtlərini ikimənalı və anlaşılmaz şəkildə yazır. Bir sıra məhkəmələr isə ədalətli qaydalar yazıldığı təqdirdə müqavilənin yazılma dilinin ikimənalı və ya anlaşılmaz olmasının tərəfdarıdır. Bu mənada ki, əgər sığortaçının yazdığı qaydalar tam ədalətli və sığorta müqaviləsinin bağlanma məqsədini tam əhatə edirsə, o zaman müqavilənin yazılma dilindəki mürəkkəblik və anlaşılmazlıq başa düşüləndir. Burada sığorta müqaviləsinin bağlanmasının əsas məqsədi deyərəkən sığortalıya sığortaladığı əmlaka görə baş verən itkinin əvəzinin ödənilməsi başa düşülür. Bu mənada sığortaçının neçə illərin təcrübəsindən əldə etdiyi detalları, sığortalanmış əmlaka dəyən zərərin meydana gətirəyi halları sığortalının da mənafeyini düşünərək yazacağı şərtləri ən ədalətli şəkildə müqavilədə müəyyən etməsi tərəflər arasında yaranan münasibəti haqsız nəticələrə gətirməz. Yəni sığortaçının müqaviləni mürəkkəb və anlaşılmaz dildə yazıb ədalətli şərtlər qoyması, müqaviləni aydın dildə yazıb ədalətsiz şərtlər qoymasından üstün tutulur. *Contra proferentem* qaydası da yaranacaq problemin həlli zamanı müqavilə şərtlərini yazan tərəfin yazdığı şərtlərə görə məsuliyyətini nəzərdə tutan prinsipdir. Amma doktrinaya görə nəzərdə tutulan bu məsuliyyət yalnız müqavilənin dilinin anlaşılmazlığı və mürəkkəbliyi kontekstində yaranır.

Azərbaycan Respublikası Mülki Məcəlləsinin 419.2-ci bəndində göstərilir:
“Müqavilənin standart şərtləri təfsir edilərkən rast gəlinən bütün qeyri-müəyyənliklər, onları özündə əks etdirən şərtlərin müqaviləyə daxil edilməsini təklif etmiş tərəfin ziyanına (əleyhinə) təfsir edilir”.

¹⁷ *Contra proferentem* terminin hərfi mənası - əşya onu təklif edən və ya irəli sürən tərəfə qarşı istifadə olunmalıdır, hüquqi mənası - təfsir məzmunu yazana qarşı yönəlməlidir, *Bax Black's Law Dictionary*, s. 393 (4th edition 1968)

Digər bir tərəfdən yanaşsaq, müqaviləni bağlayacaq sığortalı müqavilənin şərtlərinin yazılmasında və ədalətliyiində sığortaçıya güvənib müqaviləni bağlayır. Müqavilə bağlanmadan da artıq öz maraqları ilə bağlı inandırılan, müqaviləyə dəvət edilən, qurulacaq müqavilənin etibarlılığına güvənən tərəf *culpa in contrahendo* məsuliyyəti ilə qorunur.¹⁸ *Culpa in contrahendo* müqaviləyə qədərki məsuliyyətdir və yaranan vəziyyətdə tətbiqi ona görə əlverişlidir ki, o, burada sığortaçının məsuliyyətini də tənzimləyir. Ona görə ki, sığortaçı da müqavilə şərtlərini müqavilə bağlanandan əvvəl yazır və onu sonradan dəyişdirmir. Həmçinin, baxmayaraq ki, sığorta müqavilələri aleator tipli müqavilələrdir,¹⁹ ancaq hansı hallarda sığortalanan əmlaka dəyən zərərin qarşısının alınacağı əvvəlcədən nəzərdə tutur.

III. Yaranan problemin həlli yolları

Araşdırmalardan da göründüyü kimi sığorta müqavilələrindən qaldırılan məhkəmə iddialarının meydana gəlməsinin əsas səbəbi müqavilənin növünün standart şərtləli olmasıdır. Nəticə olaraq, standart şərtləli müqavilələrdən yaranan hüquqi problemlər genişmiqyaslı sənayeni və fərdi müştəriləri təngə gətirib.²⁰

Xarici ölkələrin praktikasından:

- 1) Bu münasibətdə ədalətli razılaşma əldə etmək üçün icra hakimiyyəti orqanları ekspertiza həyata keçirib və dövlət hakimiyyəti bu mövzuda istehlakçının yanında. ²¹ – ABŞ
- 2) 1958-ci ildə İsrailin qanunverici orqanı tərəfindən standart şərtləli müqavilələrdən doğan problemlərin həllinin öyrənilməsində daha effektiv üsullar təklif etmək üçün komissiya təyin olunub. ²²– İsrail
- 3) 1975-ci ildə Montpellierdə keçirilən simpoziumun nəticəsində Avropada standart şərtləli müqavilələr üzərində nəzarətin milli məhkəmələr tərəfindən həyata keçirilməsi nəzərdə tutulub. ²³

Bir çox dünya dövlətlərinin praktikasından müşahidənin nəticələri göstərir ki, yaranan problemin həlli yollarından ən başlıcası dövlətin bu sahədə nəzarətini qurmaq və davamlı olaraq həyata keçirməkdən ibarətdir. Yəni əgər

¹⁸ Mehran Əmirli, *Culpa in Contrahendo - Müqaviləyəqədərki Məsuliyyət*, 1 Baku St. U.L. Rev. 59, s. 66

¹⁹ Aleator tipli müqavilələr elə müqavilələrdir ki, tərəflərin və ya bir tərəfin öhdəliyinin icrasına qeyri-müəyyən bir hadisənin baş verməsi nəticəsində başlanır.

²⁰ Comment, *Administrative Regulation of Adhesion Contracts in Israel*, 66 Colum. L. Rev. 1340 (1966), s. 1340

²¹ ABŞ prezidenti Franklin Ruzveltin inzibati idarə orqanlarına tapşırığı:
-Bir tərəfdə maraq dairələri güclü olan subyektlər, digər tərəfdə marağı qarşı tərəfindən zəif olan fərdi kütlə arasında mübahisə yaranarsa, qanun qarşısında bərabərliyi təmin etmək üçün bu mübahisələrə inzibati tribunallarda baxılmalıdır.

²² Comment, *Administrative Regulation of Adhesion Contracts in Israel*, 66 Colum. L. Rev. 1340 (1966), s. 1344

²³ EC Symposium 1975, Ewoud H. Hondiusdan birbaşa.

bu tipli müqavilələrin bağlanması nəticəsində yaranan münasibətlərdə iştirak edən tərəflərdən biri iri bazar subyektləri, digəri isə müqavilənin bağlanmasında güddüyü marağı qarşı tərəfinkindən az olan fərdi şəxslədirsə və dövlət də yaranan münasibətlərdə tərəflərin eyni səviyyədə bərabər olmadığından xəbərdardırsa, o, bərabərliyi təmin etmək naminə olmasa da, yaranan münasibətlərə nəzarəti həyata keçirərək sabitliyi təmin etməlidir. Dövlətin bu sahədə nəzarəti iri təsərrüfat subyektləri olan sığortaçıların fəaliyyəti, onların sığorta müqaviləsinin şərtlərini hazırlayarkən hansı müddəaları rəhbər tutması, digər tərəfin vəziyyətini ağırlaşdıracaq şərtlərin qoyulmaması üzərində aparılır.

Standart şərtlə müqavilələrin müvafiq probleminə akademik yanaşma əvəzinə dövlət tənzimlənməsi məntiqli cavabdır.²⁴ 1970-ci ildə Avropa ölkələrindən yalnız İtaliyanın Mülki Məcəlləsində standart şərtlə müqavilələrlə bağlı təminatlar nəzərdə tutulmuşdur. Daha sonra 1971-ci ildə İsveç, 1973-cü ildə Böyük Britaniya, 1974-cü ildə Danimarka, 1976-cı ildə Almaniya Federativ Respublikası, 1978-ci ildə Fransa və 1978-ci ildə Finlandiya bu sahədə yeni qanunvericilik aktı qəbul etdilər.²⁵ Təqdirəlayiq bir haldır ki, Azərbaycan Respublikasının 1999-cu ildə qüvvəyə minmiş Mülki Məcəlləsində də müqavilənin standart şərtləri ilə bağlı tənzimlənmə nəzərdə tutulmuşdur. MM-in XX fəslinin 3-cü paragrafında müqavilənin standart şərtlərinin anlayışı, onların müqavilənin tərkib hissəsinə çevrilməsi, onların qeyri-adi müddəaları və onların etibarsızlığı barədə normalar mövcuddur.

XX əsrin 70-ci illərində Avropada standart şərtlə müqavilələrə məhkəmələrin nəzarəti mövcud idi. Bu nəzarət passiv nəzarət forması hesab olunurdu. Çünki əvvəlcədən müəyyən edilmiş şərtləri məhkəmələr yalnız problemlərin həlli zamanı müşahidə edə bilir, qoyulan şərtin ədalətsizliyini müəyyən etdikdə qanunverici orqanlara bu barədə məlumat verirdi. Qanunverici orqan da məhkəmələrin işin hallarından aşkar etdiyi ədalətsiz şərtlər nəticəsində yaranan problemlərin qarşısını almaq məqsədilə qanunvericilikdəki boşluqları aşkara çıxarıb bu problemləri qanunlara əlavələr etməklə həll edə bilirdi.²⁶ Sonralar bu qanunların icrasına nəzarət üçün dövlətin xüsusi təyinatlı nəzarət xarakterli orqanları tərəfindən müqavilələrin standart şərtləri üzərində nəzarət həyata keçirilməyə başlandı.

²⁴ Prausnitz, *The Standardization of Commercial Contracts in English and Continental Law*, s. 145 (1937)

²⁵ Ewoud H. Hondius, *Unfair Contract Terms: New Control System*, 26 *Am. J. Comp. L.* 525, s. 526 (1978)

²⁶ *Yenə orada*, s. 528. Məhkəmə nəzarətinin ilkin dövrlərində iddialar nəticəsində aşkar olunmuş problemlər barədə qanunverici orqana məlumat verilmirdi. Məhkəmələr yalnız problemin yarandığı şirkətə aşkara çıxardığı ədalətsiz şərtlər barədə məhdudiyət qoya bilirdi. O zaman alman hüquqşünasları belə bir fikir irəli sürdülər ki, məhdudiyət yalnız ona qarşı iddia qaldırılan şirkətə qarşı deyil, bu sahədə fəaliyyət göstərən bütün şirkətlərə qarşı qoyulsun.

Bu nəzarət növü hal-hazırda da mövcud olmaqla sığorta fəaliyyəti üzərində nəzarətin əsasını təşkil edir.

Respublikamızda mövcud problemin qarşısını almaq üçün sığorta qanunvericiliyini daha da təkmilləşdirmək, sığorta sektorunda dövlət nəzarətini gücləndirmək lazımdır. Sığorta qanunvericiliyinin sırf sığorta münasibətlərindən qaldırılan məhkəmə iddialarının qarşısının alınması yönündə təkmilləşdirilməsi sığorta nəzarətinin həyata keçirilməsində dövlətin məqsədləri ilə də üst-üstə düşür. Dövlətin sığorta nəzarətini həyata keçirməkdə məqsədi bu sahədə qeyri-bərabər olan bazar subyektlərinin bərabərliyini təmin etmək, "hökmran mövqe"də olan sığortaçının ədalətsiz və qanunsuz şərtlər qoymasının qarşısını almaq və bu bərabərliyin sığortalının qanuni mənafelərini qorumaqdan ibarətdir. Buna görə də sığortaçı və sığortalı arasındakı yaranmış problemlərin bir daha baş verməməsi üçün onlar arasında yaranan problemlərin nədən qaynaqlandığını araşdıraraq onların bir daha meydana gəlməsinin qarşısının qanunvericiliyin təkmilləşdirilməsi yolu ilə alınması məqsədə uyğundur.

Sığorta müqavilələrindən qaldırılan məhkəmə iddialarının həllində məhkəmələrin qəbul etdiyi qərarlar da öz növbəsində nəzarətin bir növüdür. Məhkəmələrin iddiaların həlli zamanı bərpa etdiyi ədalət iddianı qaldıran tərəfin dövlət orqanına olan inamının göstəricisidir. Yəni məhkəmələr iddianı təmin edərkən, hansı tərəfin xeyrinə təmin etməsindən asılı olmayaraq, qərarı tam ədalətli və tərəflərin qanuni mənafelərinə toxunmayacaq şəkildə təmin etməlidirlər. Onların qəbul etdiyi qərarlar dövlətin adından çıxarıldığına görə, qərarın ədalətliliyi də tərəflərin dövlətə inamını səciyyələndirir. Buna görə də məhkəmələrin işlərə baxılması zamanı aşağıdakı müddəaları qeydə almaları məqsədəuyğun olar:

- Sığorta müqaviləsinin şərtlərinin yazılmasını müqavilənin bir tərəfi həyata keçirir.
- Sığortalının və sığortaçının sığorta müqaviləsini bağlamaqda məqsədləri sığortalanan əmlaka dəyən hər hansı zərərin qarşılınmasıdır.

Əslində bu iki müddəə bir-biri ilə sıx bağlıdır. Sığorta müqaviləsinin şərtlərini yazanın sığortaçı olması ilə birlikdə məhkəmələr onu da nəzərə almalıdır ki, sığortaçının müqaviləni bağlamaqda məqsədi sığortalanan əmlaka dəyəcək zərərin qarşısını almaqdır. Bununla birlikdə sığortaçı, fəaliyyəti üzrə sığorta bazarındakı təcrübəsindən baş verə biləcək riskləri nəzərə alaraq müqavilənin şərtlərini yazmalıdır. Bu mənada, əgər hüquq sığortaçıya müqavilə şərtlərini tək tərəfli şəkildə yazmağa icazə verirsə, deməli, ona şərtləri ən ədalətli şəkildə müəyyən edəcəyinə görə etimad edir. Bu etimadı eyni qaydada müqaviləni bağlayan sığortalı da göstərir və risk baş vermə anında sığortaçının zərəri qarşılınmaması sığortalının etimadını boşa çıxarır. Buna görə də, hakimlər qərar vermə anında etimad məsələsini nəzərə

alsalar, bu həm məhkəmələrin bu sahədə daha ədalətli qərar çıxarmasına, həm də vətəndaşların dövlətə - məhkəmələrə olan inamının daha da möhkəmlənməsinə təkan verir. Digər tərəfdən, sığortaçı müqavilənin şərtlərini ədalətə uyğun müəyyən etməlidir. Çünki sığorta müqaviləsi standart şərtlə müqavilə kimi onsuz da ağır şərtlə müqavilədir, bir də şərtləri ədalətsiz olaraq müəyyən etməklə ağırlaşdırmaq vicdanlılıq prinsipinə uyğun gəlmir. Bu mənada nəzarətin bir rolu da bu halların qarşısını almaqdan ibarətdir.

Nəticə

Sığorta müqavilələrindən qaldırılan məhkəmə iddialarında müqavilənin standart şərtlə olması əsas rol oynayır. Belə ki, müqavilə azadlığına əsasən tərəflərin birlikdə razılışı qərar verməli olduğu müqavilənin şərtlərini standart şərtlə müqavilələrdə müqavilənin bir tərəfi yazır, digər tərəfin bu şərtləri ya ümumiyyətlə, dəyişdirmək imkanı olmur, ya da olsa belə çox cüzi seçim imkanı olur. Müqavilə azadlığı prinsipinin mahiyyətindən irəli gələn müqavilə bağlanarkən tərəflərin bərabərliyi və müqavilənin şərtlərini müəyyən etməkdə bərabərlik prinsipləri standart şərtlə müqavilələrdə pozulur. Müqavilənin şərtlərini müəyyən edən sığortaçı sığortalanan əmlaka dəyən zərərin baş verəcəyi halların sayını artırmaqla sığortalının əmlak mənafeələrini qoruyur, lakin artan sığorta risklərinə müvafiq olaraq sığorta haqqının da artması tərəflərin sığorta müqaviləsi bağlanarkən heç də bərabər hüquqlara malik olmadığını bir daha sübut edir. Sığortaçı artırdığı sığorta riskləri ilə sığortalının müqavilədən irəli gələn tələblərini, özünün isə öhdəliklərini artırmış olur. Lakin artan hüquqa müvafiq olaraq sığorta haqqının da artması ilə sığortalının öhdəliyi, sığortaçının isə tələbləri artır. Yəni müqavilə azadlığı yenə də tam bərpa olunmur. Amma yenə də mülki hüquq subyektləri sığorta müqavilələrini bağlayırlar və hüquqlarının bərabər olmadığını bilə-bilə qarşı tərəfə - sığortaçıya müqavilə şərtlərinin ədalətliliyi və bağlanan müqavilə nəticəsində sığortalanan əmlaka dəyən zərərin qarşılanaacağı barədə etimad göstərir. Sığorta hadisəsi baş verən anda zərərin ödənməməsi isə sığortalının etimadını boşa çıxarır. Sığorta bazarında baş verən belə halların qarşısının alınması üçün dövlətlər 3 nəzarət növünü həyata keçirir: 1) qanunverici - qanunda qoyulan qadağalar və tənzimləmələr vasitəsilə, 2) icraedici - qanunların icrasına nəzarət edərək, 3) məhkəmə - qaldırılan iddiaları ən ədalətli şəkildə bərpa edərək. Sığortalılar müqavilə bağlayanda sığortaçıya göstərdiyi etimadı, iddia qaldıranda məhkəməyə də göstərir. Hakimlər isə iddianı təmin edərkən gərək ilk növbədə şərtləri müqavilənin bir tərəfinin yazdığını və müqavilə bağlanarkən tərəflərin məqsədlərini nəzərə alaraq qərar çıxarsınlar.

*Nigar Abışova**

Kriminalaşdırma və dekriminalaşdırmanın əsasları

Annotasiya

Məqalədə cinayət məsuliyyətinin əsasında duran fəlsəfi baxışlar, cinayət məsuliyyətinə cəlb edilmənin əsası kimi çıxış edən cinayətin anlayışına dair nəzəriyyələr araşdırılaraq qanunvericiliyimizdə cinayətə verilən anlayışla müqayisə edilmişdir. Eyni zamanda cinayət törədən şəxsin cəzaya məruz qalması nəzərə alınaraq cəzanın məqsədlərinə dair nəzəri fikirlər, onun kriminalaşdırma fəaliyyətində rolu, cinayət hüququn hüquqi məsuliyyət nəzərdə tutan digər hüquq sahələri ilə fərqli xüsusiyyətləri tədqiq edilmişdir. Nəticədə kriminalaşdırılma və dekriminalaşdırma fəaliyyətində nəzərə alınmalı olan törədilmiş əməlin cinayət hesab edilmə meyarları məqalədə öz əksini tapmışdır.

Abstract

In this article the philosophical approaches were explored on which the criminal responsibility is based and the definitions of the crime which were given in different theories were compared with the definition in our Criminal Code. Considering that the person who committed a crime will get a punishment, theoretical thoughts about the aims of punishment, its role in the criminalization process and the distinctive features of the criminal law were investigated here. As a result the guiding principles which must be considered in criminalization and decriminalization process are represented in the article.

Giriş

Ölkəmizdə cinayət hüququnun yeganə mənbəyi sayılan AR Cinayət Məcəlləsinə qüvvəyə mindiyi tarixdən bu günə qədər bəzi əməllərin məcəlləyə daxil edilməsi, bəzilərinin isə məcəllədən çıxarılması ilə müşayiət olunan, eyni zamanda törədilməsinə görə nəzərdə tutulan cəzanın növü, həddi və həcmində xeyli dəyişikliklər edilmişdir. Cinayət cəmiyyətdə daim mövcud olan məfhum olduğundan cinayət hüququnun maddi mənbəyi hesab etdiyimiz ölkənin siyasi, sosial-iqtisadi əsaslarında baş verən mütəmadi dəyişikliklərin formal mənbə olan cinayət qanununda əksini tapması təbii haldır. Bu dəyişikliklərin xeyli hissəsinin bu və ya digər əməlin məcəlləyə cinayət olaraq daxil edilməsi, bəzilərinin isə məcəllədən çıxarılması ilə bağlı olduğunu nəzərə alsaq, bu əməllərin kriminalaşdırılmasının və ya dekriminalaşdırılmasının hansı əsaslarla həyata keçirilməsi araşdırılmağa layiq məsələ olaraq diqqət çəkir. Məqalədə bu məsələyə aydınlıq gətirmək üçün əməlin cinayət hesab edilməsinin meyarları, cinayət hüquqi tənzipləmənin preventiv funksiyasının həyata keçirilməsinin effektivliyi, o cümlədən hüquqazidd əməlin nəticələrinin aradan qaldırılması baxımından hüquqi məsuliyyət nəzərdə tutan digər hüquq sahələrində mövcud olan tənzipləmədən fərqi, o cümlədən kriminalaşdırma və dekriminalaşdırma

* Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsi, 3-cü kurs, SABAH qrupu

fəaliyyətinin ölkəmizdə və digər ölkələrdə həyata keçirilməsinin müqayisəsi kimi məsələlərə toxunacağam.

I. Cinayət – cinayət məsuliyyətinin əsası kimi

İnsan cəmiyyətin üzvü kimi digər insanlarla daim ictimai münasibətdə olub qarşılıqlı vəzifələr daşıyır. Eyni zamanda cəmiyyət üzvlərinin bu münasibətlərlə əlaqədar daşdığı vəzifələrin yerinə yetirilməməsi səbəbi ilə bir-birini məsuliyyətə cəlb etmək haqqı tanınır.¹Fəlsəfədə məsuliyyətə əxlaqi baxımdan müəyyən bir hərəkətin şəxsə aidliyinin şərtlərini xarakterizə edən, yəni şəxslə öz davranışı arasındakı əlaqəyə istinad edən səbəblilik və şəxsin digər cəmiyyət üzvləri tərəfindən öz əməlinə görə cavab verməyə cəlb olunması hallarını şərtləndirən, yəni şəxslə onun mənsub olduğu cəmiyyətin qarşılıqlı əlaqəsinə istinad edən cavabdehlik yanaşmaları mövcuddur.² Cinayət məsuliyyətinin cinayət əməlinə görə şəxsin sanksiyaya məruz qalmasını nəzərdə tutması bu məsuliyyətin fəlsəfi əsasının cavabdehlik yanaşmasına söykənməsinin göstəricisidir.³ Belə ki, hüquq ədəbiyyatında cinayət məsuliyyətinin bir əlaməti kimi onu vətəndaşlıqla əlaqələndirərək vətəndaşların siyasi birliyin əsaslarını zədələyən, onun dəyərlərinə qarşı hörmətsizlik ifadə edən əməllərə görə cavabdehlik daşması fikrinə rast gəlinir və cinayət hüququnun əsas məqsədinin müəyyən növ əxlaqazidd əməlin ümumi maraqlara zərərliyini müəyyənləşdirərək ona müvafiq cavab tədbirinin tətbiq edilməsi olduğu söylənilir. Eyni zamanda cinayət məsuliyyətinin xüsusi əlaməti kimi törədilən əməlin cəza ilə cavablandırılması göstərilir. Cəzanın qınayıcı xüsusiyyəti isə yalnız xüsusilə ciddi əməllərin bu üsulla sanksiyalaşdırılmasını tələb edir.⁴

Beləliklə, cinayət hüququnun əsasında bir insanın səbəb olduğu, digərinin isə həyatının itirilməsi, bədən xəsarəti alması və ya əmlakının itirilməsi və s. formalarda məruz qaldığı zərərin qarşısını almaq məqsədi dayanır. Bunun üçün zərəre səbəb olan əməlin törədilməsinin çətinliyini artırmağa yönəlmiş tədbirlər həyata keçirilir. İlk növbədə bu, həmin əməlin törədilməsi üçün gözə alınan riskin artırılması üsulu ilə yerinə yetirilir. Digər bir üsul isə zərər vurmuş şəxslərə qarşı əvəzçixma tədbiri kimi cəzanın müəyyən olunmasıdır. Bundan əlavə, gələcəkdə bu tipli əməlləri törətməsi mümkün olan şəxslərin hərəkətlərinin məhdudlaşdırılması yolu ilə zərər vurulmasının qarşısının alınması üsulundan istifadə olunur.⁵

¹ Massimo Renzo, *Responsibility and Answerability in the Criminal Law*, in *The Constitution of the Criminal Law*, 209, s. 214 (redaktorlar: R. A. Duff, Lindsay Farmer, S. E. Marshall, Massimo Renzo, Victor Tadros 2013)

² *Yenə orada*, ss. 209, 210

³ G. Watson, *Two Faces of Responsibility*, 24 *Philosophical Topics* 1996, s. 227 (Massimo Renzo, s. 210 birbaşa)

⁴ Renzo, s. 215 (birbaşa)

⁵ Larry Alexander, Kimberly Kessler Ferzan and Stephen J. Morse, *Crime and Culpability – A Theory of Criminal Law*, ss. 3-5

Cinayət hüquqi ədəbiyyatda cinayət hüququnun törədilən əmələ görə bu əməli törətmiş şəxsin cəzaya məruz qalması və cinayət hüquqi mühakimənin qınayıcı xarakter daşması kimi təməl əlamətləri ilə yanaşı mühakimə olunan şəxsin əsassız olaraq məsuliyyətə cəlb edilməsindən səmərəli müdafiə olunmasını təmin etməsi kimi mühüm funksiyaya malik olması bildirilir. Bu funksiya digər iki əlamətin icrasının təminatıdır.⁶ Çünki cinayət törətməsi ehtimal olunan şəxsin ədalətli mühakimə edilməməsi cinayət hüququnun nüfuzunun itirilməsinə və beləliklə, cinayət-hüquqi tədbirlərin çəkendirici funksiyasının səmərəli həyata keçirilməməsinə gətirib çıxarır.

AR-də cinayət məsuliyyətinin əsasını AR Cinayət Məcəlləsinin 3-cü maddəsi müəyyənləşdirir. Belə ki, yalnız bu Məcəllə ilə nəzərdə tutulmuş cinayət tərkibinin bütün əlamətlərinin mövcud olduğu əməlin törədilməsi cinayət məsuliyyəti yaradır. Bu maddədən aydın olur ki, şəxsə qarşı cinayət-hüquqi yurisdiksiyanın tətbiq olunması üçün məhz bu Məcəllədə göstərilmiş əməlin törədilməsi tələb olunur. Elə isə əməlin bu Məcəlləyə cinayət əməli olaraq daxil edilməsinin əsasları nədir? Nəyə görə hüquq pozuntusu hesab edilən, əxlaqi baxımdan qınanmaya məruz qalan bütün əməllər cinayət əməli kimi qiymətləndirilmir?

Qərbdə cinayət hüququnun hüdudlarının genişlənməsi və mahiyyətə cinayət sayılmayacaq əməllərin kriminallaşdırılması nəticəsində şəxslərin ədalətsiz şəkildə cəzanın yaratdığı məhrumiyyətlərə məruz qalması, o cümlədən cinayət hüququ ilə digər hüquq sahələrinin sərhədlərinin bu kimi fəaliyyət nəticəsində itməsinə dair fikirlər mövcuddur.⁷ Bəzi müəlliflər reallıqda kriminallaşdırmanın vahid ölçüsünün olmadığını,⁸ bu səbəbdən meydana çıxma biləcək həddindən artıq kriminallaşdırma fəaliyyətinin hüquq qaydasının özünə dağıdıcı təsir göstərərək onun nüfuzunun aşağı düşməsinə, vətəndaşların bu qayda və tənzimləmələrə etinasız yanaşaraq ondan yan keçməsinə yol açdığını⁹ bildirirlər. Bu səbəbdən kriminallaşdırma fəaliyyətinin söykənəcəyi vahid prinsiplərdən ibarət kriminallaşdırma nəzəriyyəsinin yaradılmasını təklif edirlər.¹⁰ Bu fikirləri nəzərə alsaq, ilk növbədə hər hansı bir əməlin cinayət sayılmasının meyarlarını müəyyənləşdirmək lazımdır.

Roman-german hüquq sisteminin formalaşmasında əsas rol oynamış ölkələrdən biri olan Almaniyanın cinayət hüququnun əsas nəzəriyyələrindən olan *Rechtsgut* cinayət hüququnun əsas məqsədinin və cinayət hüquqi xarakterli zərərin müəyyən edilməsində təməl rol oynayır. Belə ki, bu

⁶ Victor Tadros, *Criminalisation and Regulation*, University of Warwick Law School Legal Studies Research Paper No. 2009-08, s. 3

⁷ John C. Coffee, JR, *Does "Unlawful" Mean "Criminal"?: Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law*, 71 B.U. L. Rev. 193, s. 193 (1991)

⁸ Douglas Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law* (2008), s. 8

⁹ *Yenə orada*, ss. 12-13

¹⁰ *Yenə orada*, s. 18

nəzəriyyəyə əsasən hüquqla qorunan nemətlərin müdafiəsi cinayət hüququnun əsas funksiyasını təşkil edir. Bu nemətlərə zərər yetirməyən istənilən əməl kriminallaşdırılmamalı və cinayət hüququnun hüdudlarından kənar qalmalıdır. Bu nemətlər elə nemətlərdir ki, onlar insanın cəmiyyətdə mövcudluğu üçün olduqca zəruri rol oynayır və onlar cəza institutunun tətbiqi vasitəsilə dövlətin məcbureddici gücü ilə qorunmalıdır. Bu nəzəriyyəyə normativ baxışa əsasən nəzəriyyə qanunvericiyə nəyin cəzalandırılmalı olduğuna və ya nəyin cəzadan kənar qalmalı olduğuna dair istiqamət verir.¹¹ Alman alimi Feyerbax cinayəti fərdin subyektiv hüquqlarına zərər yetirən əməl kimi qiymətləndirir. Onun əksinə olaraq Birnbaum cinayətə bu cür yanaşmanın olduqca məhdud olduğunu əsas gətirərək cinayətin tək cəzalı fərdlərin hüquqlarına deyil, ümumilikdə dövlət tərəfindən müdafiə edilən nemətlərə təcavüz edən və ya buna təhlükə yaradan əməl olduğunu bildirirdi. Bu baxış nəticə etibarilə cinayət sayılan əməllərin sayını artıraraq kriminallaşdırma fəaliyyətinin genişləndirilməsinə əsas verdi. Belə ki, XIX əsr müəlliflərindən olan Karl Bayndinqin fikrinə əsasən insanın mövcudluğu üçün əsas olan nemətlərin qanunverici tərəfindən öz səlahiyyətinə əsaslanaraq qanuni qadağalar şəklində müəyyən edilmiş normalarla qorunduğu qənaətinə gəlinmişdir.¹² Klaus Roksinin fikrincə, Rechtsgut konsepsiyası Almaniya Konstitusiyasında sadalanan fərdlərin əsas haqlarına əsaslanan hüquqi dövlətin məqsədlərindən qaynaqlanır. Bu anlayış həqiqi cinayət növlərinin legitimləşdirilməsinə, dövlətin cəzalandırıcı gücündən kənar qalmalı olan əməllərin isə dekriminallaşdırılması nəticəsinə gətirib çıxarır.¹³

Digər bir müəllif konstitusiyada sadalanmasına və ya dərindən əhəmiyyətli və ya tarixi köklərə malik olmasına görə fundamental sayılan azadlıqları məhdudlaşdıran qanunların əhəmiyyətli dərəcədə dövlətin məcbureddici maraqlarına cavab verməli olmasından və qeyri-fundamental azadlıqları məhdudlaşdıran qanunların dövlətin məqsədlərinə cavab verəcək rəşional mahiyyətə malik olmalı olduğundan¹⁴ törədilməsinə görə cəza vasitəsilə şəxsi məhrumiyətə məruz qoyacaq əməllərin kriminallaşdırılmasında da dövlətin məcbureddici marağının zəruri olmasını irəli sürür. Bundan əlavə o, cəzanın qınayıcı mahiyyətini nəzərə alaraq yalnız qınanmağa layiq əməllərin kriminallaşdırılmalı olmasını, hər bir cinayət hüquq normasının əhəmiyyətli dərəcədə vurulan zərərin qarşısını almağa yönəlməli olduğunu bildirir.¹⁵

¹¹ Markus Dirk Dubber, *Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law*, Buffalo Legal Studies Research Paper Series No. 2005-02, ss. 4-5

¹² *Yenə orada* s. 7

¹³ *Yenə orada* ss. 8-9

¹⁴ Douglas Husak, *Limitations on Criminalization and the General Part of Criminal Law*, in *Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part* 13, ss. 21,22 (eds. Stephen Shute, A. P. Simester, 2002)

¹⁵ *Yenə orada* s. 45

AR Cinayət Məcəlləsinin 14.1-ci maddəsinə əsasən bu Məcəllə ilə cəza təhdidi altında qadağan olunmuş ictimai təhlükəli əməlin (hərəkət və hərəkətsizliyin) təqsirli olaraq törədilməsi cinayət sayılır. Sadalananları nəzərə alsaq əməlin ictimai təhlükəliliyi dedikdə bu əməlin dövlətin məcbureddici gücü vasitəsilə qorumaqda maraqlı olduğu obyektlərə əhəmiyyətli dərəcədə zərər vurmaması başa düşülməlidir. Dövlətin cinayət hüquq normaları ilə qorumaqda maraqlı olduğu obyektlər AR Cinayət Məcəlləsinin 2.1-ci maddəsində sadalanan sülh və insanlığın təhlükəsizliyi, AR Konstitusiyasının 3-cü fəslində sadalanmış insan və vətəndaşın əsas hüquq və azadlıqları, mülkiyyət, iqtisadi fəaliyyət, ictimai qayda və ictimai təhlükəsizlik, ətraf mühit, AR konstitusiya quruluşu olaraq müəyyənləşdirilib. Deməli, əməlin cinayət hesab olunması üçün ilk növbədə bu obyektlərə əhəmiyyətli zərər vurmaması, cəzanın qınayıcı təsirinə məruz qalmağa layiq olması zəruridir.

Anlayışdan göründüyü kimi cinayət əməlinin ilkin əlaməti kimi onun cəza təhdidi altında törədilməsi göstərilir. Cinayət törətdiyinə görə şəxsə məcburiyyət tədbiri kimi cəzanın tətbiq edildiyini nəzərə alsaq, hansı əməllərə görə cəza tətbiqinin müəyyənləşdirilməsinin, yəni cəzanın kriminallaşdırma fəaliyyətində rolunun aydınlaşdırılması vacibdir.

II. Cəzanın kriminallaşdırma fəaliyyətində rolu

AR Cinayət Məcəlləsinin 41.1-ci maddəsinə əsasən *cəza məhkəmə hökmü ilə təyin edilən cinayət-hüquqi xarakterli tədbirdir. Cəza cinayət törətməkdə təqsirli hesab edilən şəxsə tətbiq olunur və həmin şəxs barəsində bu Məcəllə ilə müəyyən edilən məhrumiyyətlər yaradılmasından və ya onun hüquq və azadlıqlarının məhdudlaşdırılmasından ibarətdir.* Maddənin məzmunundan da aydın olduğu kimi cəza tətbiq edilən şəxs bir sıra məhrumiyyətlərə məruz qalır. Məsələn, qanunvericiliyimizə əsasən cinayət törətmiş şəxslərə cərimə tətbiq edildikdə o, əmlakından, nəqliyyat vasitəsini idarə etmə hüququndan məhrum edildikdə o, bu hüquqdan, nəhayət ən ciddi cəza növü olan azadlıqdan məhrum etmə cəzasına məruz qaldıqda insana məxsus ən ali nemət olan azadlığından məhrum olur. Üstəlik cəzanın tətbiqi təkcə şəxsin cəza çəkdiyi müddət üçün deyil, həm də bundan sonrakı dövrdə onun üçün müəyyən məhrumiyyətlər yaradır. Belə ki, cəzanın tətbiqi hüquqi nəticə olaraq məhkumluq yaradır ki, bununla da şəxs gələcəkdə müəyyən vəzifə tutmaq hüququnu itirir və sosial həyatda bir sıra çətinliklərlə üzləşir. Odur ki, hər hansı bir əməlin kriminallaşdırılması ilə bu əməli törədən şəxsin cəzaya məruz qalmasının labüdlüyündən və onun üçün sadalanan məhrumiyyətlərin yaranacağı səbəbindən bu əməllərin cinayət olaraq müəyyənləşdirilməsi zamanı cəza amili ciddi şəkildə nəzərə alınmalıdır. Yəni kriminallaşdırma fəaliyyətini həyata keçirərkən dövlətin qarşısına çıxan əsas

suallardan biri kimi dövlətin hansı əməllərə görə cəza müəyyənləşdirə bilməsi çıxış edir.¹⁶

Cəzanın kriminallaşdırma fəaliyyətində rolunu müəyyən etmək üçün ilk növbədə onun mahiyyəti və məqsədlərini müəyyənləşdirmək lazım gəlir. Hüquq elmində bu haqda bir sıra nəzəriyyələr mövcuddur. Ekspressivist və retributivist nəzəriyyənin tərəfdarları fərqli yöndən cəzanın tətbiqinin əsasında ictimai qınağın olduğunu təsdiqləyirlər. Belə ki, ekspressivist nəzəriyyəyə görə cəza qınayıcı xüsusiyyətə malik olduğundan cəzanın tətbiq edilməsi əsasları ictimai qınağın tətbiq edilməsinin əsasları kimi göstərilir. Retributivist nəzəriyyənin tərəfdarları cəzanı törədilmiş əmələ görə qisas tədbiri kimi xarakterizə etdiyindən cəzaya məruz qalan şəxsin bu cəzanın tətbiqiylə yaranan məhrumiyyətlə yanaşı ictimai qınaqdan da əziyyət çəkdiyini bildirirlər. Bu fikirlərin əksinə olaraq heç də əxlaqi baxımdan bütün yanlış əməllərin cəzaya məruz qalmasının düzgün olmadığına, əmələ cəza vasitəsilə cavab verilməsi üçün bu əməlin sadəcə yanlış yox, ümumi baxımdan yanlış olması əsas gətirilir. Yəni, bu əməli törədən şəxsin cəzaya məruz qalmasında onun bu əmələ görə sadəcə cavabdehlik deyil, eyni zamanda dövlət qarşısında cavabdehlik daşması əsas şərtidir. Cəzanın qınayıcı funksiyasının kriminallaşdırma fəaliyyətində dövlət tərəfindən ciddi qınağa məruz qalmalı əməlin müəyyənləşdirilməsi istiqamətində rolu olsa da, əməl kriminallaşdırılarkən cəzanın cinayət sayılacaq əməlin qınanmasının zəruriliyi baxımından deyil, məhz hansı əməlin cinayət olaraq cəzaya məruz qalmasının müəyyənləşdirilməsinə istiqamət verdiyi bildirilir.¹⁷ Bundan əlavə utilitar nəzəriyyə tərəfdarları cəzanın çəkindirici funksiyasını əsas gətirərək retributivistlərin əksinə olaraq onun primitiv qisas almaq məqsədi daşmadığını və ictimai faydalı məqsədə malik olduğunu bildirirlər. Digər tərəfdən cəza institutunun ümumilikdə utilitar, fərdlərə yönəldikdə isə retributivist məqsəd daşmasına dair fikir mövcuddur.¹⁸ Cəzanın tədbir olaraq faydalılığı konsekuensializm və instrumentalist nəzəriyyələr tərəfindən də izah olunur. Birinci nəzəriyyəyə görə hərəkətin doğru və ya yanlış olması onun səbəb olduğu nəticələrlə müəyyənləşdirilir. Instrumentalist nəzəriyyə cəzaya malik olduğu yaxşı nəticələrə görə bəraət qazandırmaqla, konsekuensializmdən fərqli olaraq hərəkətin nəticələrinin onun doğru və ya yanlış olmasına dəlalət etmədiyini bəyan edir.¹⁹

AR cinayət qanunvericiliyinə əsasən cəza sosial ədalətin bərpası, məhkumun islah edilməsi və həm məhkumlar, həm də başqa şəxslər tərəfindən yeni cinayətlərin törədilməsinin qarşısını almaq məqsədi daşıyır.

¹⁶ Husak, ss. 77-88

¹⁷ Tadros, ss. 4-8

¹⁸ Malcolm Thorburn, *Criminal Law as Public Law*, Criminal Law and Public Theory, Part I, 25 (2011)

¹⁹ Tadros, s. 8

Müddəadan da aydın olduğu kimi sadalanan nəzəriyyələr cəzanın məqsədlərinin müəyyənləşdirilməsində bizim qanunvericiliyimiz tərəfindən də əsas götürülüb. Belə ki, sosial ədalətin bərpası və məhkumlarla yanaşı digər şəxslər tərəfindən cinayətlərin törədilməsinin qarşısının alınması cəzanın ictimai faydalılığını, onun çəkendirici funksiyasını, məhkumun islah edilməsi, onun dövlət tərəfindən törətdiyi əmələ görə məhrumiyətlərə və qınağa məruz qalmasını və bu yolla etdiyi əməlin mahiyyətini dərk edərək gələcəkdə bu tipli əməllərdən çəkinməsinə ehtiva edir.

Beləliklə, cəzanın cinayət hüququnun vəzifələrinin və funksiyalarının həyata keçirilməsində mühüm rolunu nəzərə alaraq dövlət kriminallaşdırılma fəaliyyətini həyata keçirərkən cinayət hesab ediləcək əməli törədən şəxsin cəzaya məruz qalacağını göz önünə gətirməli, cəzanın törədilən əmələ proporsionallığına diqqət ayırmalı²⁰ və törədilməsinə görə cəza nəzərdə tutulacaq əməlin həqiqətən də belə ciddi məcburiyyət tədbirinə layiq olub-olmadığına fikir verməlidir. Əks halda daha az ictimai təhlükəliliyə malik olan əmələ görə vətəndaşların cəzaya məruz qalması cəzanın məqsədlərinin əksinə olaraq həm şəxsin özü, həm də ictimaiyyət üçün mənfi nəticələrə səbəb ola (məsələn, şəxsin layiq olmadığı halda azadlığından məhrum edilməsi halında cəzaçəkmə müəssisələrində cinayətkar fəaliyyətə vərdiş etmiş şəxslərlə yanaşı cəza çəkməsi nəticəsində cinayətkar mühitə cəlb olunması), cinayət hüququnun vəzifələrinin layiqincə yerinə yetirilməməsi ilə nəticələnmə bilər.

III. Cinayət hüquqi tənzimləmənin digər hüquqi tənzimləmələrdən fərqi

Hüquq qaydasının zəruriliyini şərtləndirən amillərdən biri onun zərərli fəaliyyətin qarşısını almasıdır.²¹ Zərərli davranışla mübarizə aparan hüquq sahələrindən biri kimi cinayət hüququnun inzibati və delikt hüququndan fərqləndirən xüsusiyyətlərinin müəyyənləşdirilməsi zəruridir.

Ümumi hüquq sahəsi kimi cinayət hüququnu xüsusi hüquq sahəsindən fərqləndirən əsas xüsusiyyətlərdən biri onun hüqazidd hərəkətə görə fərqli xarakterli tədbir müəyyən etməsidir. Delikt hüququ cinayət hüququndan fərqli olaraq cəzalandırma deyil, əvvəlki vəziyyətin bərpası və kompensasiya etmək məqsədi daşıyır.²² Əlavə olaraq cinayət hüquq normalarının qadağanedici xarakteri, ifadə üsulu da onun fərqləndirici xüsusiyyətlərindən hesab olunur.²³ İnzibati hüquqla cinayət hüququnun fərqlərinə gəldikdə isə cəzaların yalnız məhkəmələr, inzibati sanksiyaların isə digər dövlət orqanları

²⁰ Husak, s. 83

²¹ Katarina Svatikova, *Economic Criteria for Criminalization: Why Do We need The Criminal Law?*, Rotterdam Institute of Law and Economics (RILE) Working Paper Series No.2008/12, s. 3

²² *Yenə orada*, s. 13

²³ Coffee JR, s. 225

tərəfindən də tətbiq edilə bilməsi²⁴, cəzanın yaratdığı qınayıcı effekt²⁵ və məhkumluq bu iki tənziyyətəni fərqləndirir. Bundan əlavə törədilən əməlin cəza vasitəsilə qadağan edilməsi cinayət hüququnun daha yüksək tərbiyəedici rola malik olmasının göstəricisidir.²⁶

Beləliklə, hər hansı bir əməlin cinayət sayılması üçün onun həcmə böyük zərərə səbəb olması, bu cür əməllərin qarşısının alınmasında cinayət hüquqi vasitələrin effektivliyi, bu əməlin kriminallaşdırılmasının cinayət hüququnun məqsədlərinə uyğunluğu kimi amillər nəzərə alınmalıdır.

Nəticə

Daima yenilənən iqtisadi, sosial, siyasi münasibətlərin iştirakçılarının hüquqlarının müdafiəsi, bu münasibətlərin inkişafı üçün təhlükəsiz mühitin formalaşdırılmasında cinayət hüququnun xüsusi rolunu nəzərə alsaq, kriminallaşdırılma və dekriminallaşdırılma fəaliyyəti olduqca əhəmiyyətli rola malikdir. Odur ki, hər hansı yeni bir əməlin kriminallaşdırılması və ya dekriminallaşdırılması zamanı cinayət hüququnun təbiətini müəyyənləşdirən və onu digər hüquq sahələrindən fərqləndirən xarakterik xüsusiyyətlər nəzərə alınmalı, əməlin cinayət hesab olunması üçün dövlətin məhz cinayət hüquqi məcburetmə vasitəsilə qorumaqda maraqlı olduğu obyektlərə qəsd etməsində ifadə olunan ictimai təhlükəlilik, əməlin mahiyyətinin onu törədən şəxsi cəzanın məruz qoyacağı məhrumiyyətlərə, onun qınayıcı effektinə kifayət qədər əsas verməsi və bu xarakterli əməllərin qarşısının alınmasında yalnız cinayət hüququnun tərbiyəedici funksiyasının tətbiq edilə bilməsi kimi meyarlar araşdırılmalıdır. Bunun əksi olaraq sadalanan meyarlara uyğun gəlməyən əməllərin cinayət hesab edilməsi və ya mahiyyətcə ictimai münasibətlərə ciddi surətdə xələl yetirən əməllərin əsassız olaraq dekriminallaşdırılması cinayət hüququnun funksiya və vəzifələrinin effektiv yerinə yetirilməməsi, vətəndaşların hüquqlarının bu yolla pozulması onlarda hüquq qaydasına etinasızlıqla yanaşmaq kimi arzuolunmayan nəticələrə səbəb ola bilər.

²⁴ Svatikova, s. 15

²⁵ *Yenə orada*, s. 18

²⁶ Coffee JR, s. 224

Eldar Qocayev*

Təsərrüfat subyektlərinin qeyri-qanuni üfüqi sazişləri (kartellər) ilə mübarizəyə dair beynəlxalq təcrübə

Annotasiya

Müasir ticarətdə üfüqi sazişlər mənfəət əldə edilməsi yollarında biri kimi çıxış edir. Üfüqi sazişin tərəfi olan şirkətlər bazarda qeyri-rəqabət mühiti yaradaraq qiymət manipulyasiyası və ya digər vasitələrlə öz rəqiblərini bazardan çıxardır və ya yeni rəqiblərin bazara girməsinə mane olurlar. Bununlada bu cür sazişlər bir başa azad bazar iqtisadiyyatına ağır zərbə vurur və istehlakçıların hüquqlarını kobud surətdə pozur. Məqalədə kartellərin ümumi xarakteristikasına, tarixinə, üfüqi sazişlər haqqında konsepsiyalara, kartellər əleyhinə qanunvericiliyə və Güzəşt Proqramlarına yer verilmişdir. Sonda Güzəşt Proqramlarının daha təkmil olması üçün şərtlər təhlil edilmişdir.

Abstract

In modern business, horizontal (cartel) agreements become one of the ways of controlling the market conditions for the benefits of agreed parties. The main idea of these agreements is creating uncompetitive market with different means to increase the profits of the group. This kind of agreements makes hard impact on the free economic market and violates the rights of the consumers, thereby cancelling growth of business incentives. The history and description of cartels, the concepts of investigating and legislation against the horizontal agreements, "Leniency" Program will be discussed in this article. In the end, conditions in order to improve "Leniency" Programs will be examined.

Giriş

Azad bazar iqtisadiyyatı, sahibkarlığın inkişafı və istehlakçıların daha səmərəli təhçiz olunmasına mane olan və ağır zərbə vuran ən ciddi qeyri-qanuni münasibətlərdən biri müvafiq əmtəə (iş və xidmət) bazarında istehsal zəncirinin eyni səviyyəsində olan rəqib şirkətlər arasında baş verən sövdəgər sazişlər və davranışlardır. Bu cür münasibətlər hüquqi və iqtisadi elmi ədəbiyyatda daha çox üfüqi sazişlər və ya kartel sazişləri adlandırılır.

Özlüyündə müəyyən əmtəə bazarında rəqib şirkətlər arasında, qiymətin və keyfiyyətin müəyyən olunması, istehsal və satış həcminin məhdudlaşdırılması, bazarın əmtəə və istehlakçı qruplarına görə bölünməsinə dair qeyri-qanuni razılaşması (üfüqi müqaviləsi) olan kartelin yaranmasında məqsəd süni əmtəə (xidmət) qıtlığı yaratmaq, bazara giriş imkanlarını məhdudlaşdırmaq və qiymət manipulyasiyası vasitəsilə əlavə gəlir əldə etməkdir. O da, qeyd edilməlidir ki, özündə hüquqi, iqtisadi, statistik, bazar təhlili əməliyyat-axtarış və sair müxtəlif fəaliyyət elementlərini

* Azərbaycan Milli Elmlər Akademiyasının Fəlsəfə və Hüquq İnstitutunun dissertantı, Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsi, Kommersiya hüququ və Mülki Proses kafedrasının müəllimi.

birleşdirən gizli kartel sövdələşməsinin araşdırılması mahiyyətə mürəkkəb bir prosesdir.

I. Kartellərin ümumi xarakteristikası və tarixi

Müasir tipli kartellərin formalaşması XIX əsrin son rübündən inkişaf etmiş ölkələrdə sənayenin yeni mərhələyə daxil olması ilə əlaqədar meydana gəlmiş və ona qarşı ilk müvafiq qanunvericiliyin yaranması da, XIX əsrin sonu XX əsrin birinci rübünə təsadüf edir. Təbii ki, buna qədər də, istehsal xüsusilə də, ticarətdə buna bənzər münasibətlər və müvafiq tənzipləmə vasitələri mövcud olmuşdur.

Hələ 1776-cı ildə siyasi-iqtisadın banisi Adam Simit (1723-1790-cı illər) Londonda nəşr olunmuş beş bölmədən ibarət "Xalqların sərvətinin təbiəti və səbəbləri haqqında traktat" (qısa şəkildə "Xalqların Sərvəti") adlı əsərində məhz bu cür halları nəzərə alaraq, qeyd edirdi ki, *"Eyni ticarət sahəsində çalışan adamlar, hətta əyləncə və şənliklərdə belə, nadir hallarda bir araya gəlirlər, ancaq bu görüşlərdə də danışıqlar ictimaiyyət əleyhinə gizli sövdələşmə və ya qiymətlərin qaldırılması kimi bir fırıldaqla başa çatır"*¹.

Kartellərin iqtisadiyyat üçün zərərli, cəmiyyət üçün isə çox təhlükəli olmasını sübut edən çoxsaylı və müxtəlif istiqamətli tədqiqatlar mövcuddur. Kartellərin xüsusiyyətləri və təsirlərini elmi şəkildə araşdıran Edvard Meyson kartellərin hətta böyük beynəlxalq münaqişələrə səbəb ola bildiyini nəzərə alaraq, qeyd edir ki, *"Kartellər Hitleri meydana çıxardı, Hitler isə müharibəni törətdi."*²

Almaniya Federativ Respublikasının Kansleri olmuş (1963 – 1966-cı illər), iqtisadçı alim Ludviq Erhard qeyd edirdi ki, *"Almaniyanın iqtisadiyyat tarixində işsizlərin sayı heç vaxt kartellərin çiçəkləndiyi dövrdəki qədər çox olmayıb. Kartellər həmişə aşağı həyat standartı ilə məhdudlaşmalı olublar"*³. 1890-cı ildə ABŞ-da Şerman aktı ilə yaradılan ilk antiinhisar qanunvericiliyinin 1-ci maddəsində məhz qeyri-qanuni üfüqi sazişlər (trestlər) ilə mübarizəyə aiddir. *"Trestlər və sair ticarəti məhdudlaşdıran qeyri-qanuni davranışlar; bu davranışlara görə cəza"* adlı həmin maddədə göstərilir:

"Müxtəlif ştatlar arasında və ya xarici ölkələrlə ticarəti və sahibkarlıq münasibətlərini məhdudlaşdıran trest və ya başqa formada birlik yaradan hər bir müqavilə və ya gizli sövdə qeyri-qanuni elan edilir. Bu maddə ilə qeyri-qanuni elan edilmiş istənilən müqaviləyə qoşulan və ya hər hansı birlik və ya gizli sövdələşmədə iştirak edən hər bir şəxs ağır cinayət törətməkdə təqsirkar hesab edilir və buna görə məhkəmənin mülahizəsinə uyğun olaraq, əgər o korporasiyadırsa 100 000 000

¹ Adam Smith, An Inquiry Into The Nature And Causes Of The Wealth Of Nations. Book IV, Part III, Chapter VIII, Para 49, s. 538 (Pennsylvania State University 2005)

² Edward S. Mason, Cartels and American Security, in Controlling World Trade: Cartels and Commodity Agreements, s. 280 (2008)

³ Ludwig Erhard, Wohlstand für alle (Prosperity for all), s. 185 (Düsserdorf/Vienna, 8th edition, 1964)

dollaradək və ya digər şəxsdirsə 1 000 000 dollaradək cərimə və ya 10 ilədək azadlıqdan məhrumetmə və ya göstərilən hər iki növ cəza ilə cəzalandırılır".⁴

Şerman Qanununun 1-ci maddəsinin sanksiya hissəsindən göründüyü kimi, trest (kartel) tipli birliklərin yaradılmasında hər hansı cür iştiraka görə kifayət qədər ağır cəzalar nəzərdə tutulmuşdur. Burada nəzərdə tutulan cəzaların məbləği və müddəti tarixən bir neçə dəfə dəyişdirilmiş və ağırlaşdırılmışdır. Maddədən o da aydın görünür ki, Aİ qanunvericiliyindən fərqli olaraq, ABŞ-ın antitrest (rəqabət) qanunvericiliyində trest tipli üfüqi birliklərin yaradılmasında iştirak ağır cinayət hesab edilir və buna görə cinayət cəzası nəzərdə tutulur. Yəni ABŞ antitrest (rəqabət) qanunvericiliyi trest tipli üfüqi birliklərin yaradılmasında iştirakı kriminallaşdırır.

ABŞ-ın antitrest (rəqabət) haqda Şerman Qanununun 1-ci maddəsi ilə əlaqədar onu da qeyd etmək lazımdır ki, burada Avropa Birliyinin yaranmasına dair Roma sazişinin (1957-ci il) indiki 101-ci maddəsindən fərqli olaraq, qeyri-qanuni davranışların növləri spesifik şəkildə fərqləndirilmir. Bu məsələnin həlli öz əksini müvafiq məhkəmə qərarlarında (presedentlərdə) və normativ sənədlərdə tapır.

Dünyada ilk dəfə ABŞ-da Şerman aktının birinci maddəsi ilə nəzərdə tutulan qeyri-qanuni üfüqi sazişlər ilə mübarizəyə dair normalar daha sonra Avropada və dünyanın digər regionlarında qəbul edilərək, yeni inkişaf mərhələsinə daxil olmuşdu. Hazırda bu sahədə beynəlxalq və regional təşkilatlar tərəfindən hazırlanmış bir sıra prinsiplər, model qanunlar, qaydalar və sair mövcuddur.

Almanca "**kartell**" (latınca "**carta**" – "**sənəd**" sözünün mənasını dəyişmiş forması) sözündən olan "**kartel**" termini ABŞ qanunvericiliyində (ingiliscə – "**cartel**") "**Industrial combination**" (sənaye inhisarlarının birləşməsi) və ya "**Trust**" (Trest) terminləri ilə ifadə olunur və məna etibarilə müəssisə və ya təsərrüfat subyektlərinin birləşmələri anlamına gəlir. Bu gün bir sıra dünya ölkələrinin qanunvericiliyində müvafiq münasibətləri ifadə etmək üçün birbaşa termin kimi istifadə edilməsə də, "**kartel**" in hüquqi və iqtisadi anlamı bəlli olmaqla, elmi və populist ədəbiyyatda və rəsmi sənəd və çıxışlarda geniş istifadə olunur. Məsələn, "Antiinhisar fəaliyyəti haqqında" Azərbaycan Respublikası Qanununun 10-cu maddəsində bu cür münasibətlər "**qeyri-qanuni üfüqi sazişlər**" kimi, ifadə olunmuşdur.

Qeyd etmək lazımdır ki, II Dünya Müharibəsindəki bir sıra inkişaf etmiş dünya ölkələrində rəqabət mühiti və qanunvericiliyinin vəziyyəti öz milli çəkarları əlavə olunmaqla təxminən həmin dövr Almaniyasındakı kimi idi. Belə ki, Yaponiyada biznes ailə və qohumluq əlaqələri əsasında qurulduğundan hökumət üçün maliyyə və sənaye nəhəngləri olan zaibatsular vasitəsilə ölkədə müharibəyə meyilli mühit yaratmaq asan idi. "**Zaibatsu**"

⁴ 15 U.S. Code § 1 - Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty,
<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/1> (son baxış 12 okt. 2015)

yapon sözü olub, hərfi mənası sənaye və maliyyə biznesi konqlameratlarını ifadə etmək üçün istifadə edilirdi. Onların gücü iki dünya müharibəsi arasındakı dövrdə Yaponiya iqtisadiyyatının əhəmiyyətli hissəsini nəzarətdə saxlamağa imkan verirdi.

Müəyyən tarixi şəraiti və xüsusi iqtisadi vəziyyəti nəzərə almaqla həmin fikri Cənubi Koreyada rəqabət (antiinhisar) qanunvericiliyinin formalaşmasına da şamil etmək olar. Burada da *“çæbol”*lar yapon zaibatsuları, alman kartelləri, amerika trestləri, fransız və ingilis inhisarları kimi iqtisadiyyatda hökmranlıq edirdilər. Məhz Cənubi Koreyadan danışdıqda qeyd etmək lazımdır ki, burada rəqabət (antiinhisar) qanunvericiliyinin formalaşmasına ölkədə mövcud olmuş hərbi-siyasi gərginliklə əlaqədar bir qədər gec – XX əsrin 60-cı illərində başlamışdır.

Beynəlxalq və milli səviyyələrdə fəaliyyət göstərməsindən asılı olmayaraq, xarici hüquq ədəbiyyatında *“kartel”* termini əsasən müəssisələrin aşağıdakı sövdəgər hərəkət və ya razılaşmalarını ifadə etmək üçün istifadə olunur:

- Qiymət müəyyənləşdirilməsi kimi tanınan iki və daha çox rəqib təsərrüfat subyektinin biri-biri ilə bazarda mövqə uğrunda rəqabət aparmaq əvəzinə, birbaşa və ya dolayısı ilə müəyyən əmtəə (xidmət) bazarında qiymət manipulyasiyası (artırılması, azaldılması və ya sabit saxlanması);
- İstehsal (xidmət) və/və ya təhizat həcmnin müəyyənləşdirilməsi kimi qiymətləndirilən iki və ya daha çox rəqib təsərrüfat subyektinin müəyyən əmtəənin istehsalının (xidmətin göstərilməsinin) və təhizatının məhdudlaşdırılması və ya qarşısının alınması ilə əlaqədar razılaşması;
- Bazarın bölüşdürülməsi kimi qiymətləndirilən iki və ya daha çox rəqib təsərrüfat subyektinin öz aralarında biri-birinin müştərilərini və ya potensial müştərilərini cəlb etməmək haqda razılaşması (müştərilərin bölüşdürülməsi) və/və ya əmtəənin (xidmətin) satışının ərazi prinsipi üzrə aparılması haqda razılaşması (ərazi bölgüsü);
- Kollektiv boykot adlandırılan iki və ya daha çox təsərrüfat subyektinin, yeni rəqib şirkətlərin müvafiq əmtəə (xidmət) bazarına girməsinin məhdudlaşdırılması, və onunla işgüzar əlaqələrdən imtina (boykot) edilməsinə dair müqaviləsi;
- Tender (müsabiqə) sövdələşməsi (dələduzluğu) adlanan, müəyyən bir şirkətin tenderdə qalib gəlməsi məqsədilə, digər şirkət (və ya şirkətlər) arasında tenderdə iştirak etməmək və ya tender üçün süni olaraq, daha əlverişsiz (məsələn, yüksək qiymət) təkliflə çıxış etmələri və bunun müqabilində həmin tenderin nəticəsindən və ya gələcəkdə başqa tenderlərdən mənfəət əldə etmələrini nəzərdə tutan gizli saziş.

Avropa Birliyinin yaranmasına dair Roma sazişinin indiki 101-ci maddəsi təsərrüfat subyektləri arasındakı müəyyən növ müqavilələri qadağan edir. Bu cür münasibətlərə ilk növbədə müvafiq əmtəə bazarında digər təsərrüfat subyektlərinin fəaliyyətinə və istehlakçıların seçiminə müxtəlif vasitələrlə (qiymət, keyfiyyət, bazarların ərazi, istehsal həcmi, istehlakçı qrupları və sair üzrə bölgüsü) birbaşa mənfəət təsir göstərən qeyri-qanuni razılaşmalar aiddir.

Aİ çərçivəsində azad rəqabət mühitinin və qanunvericiliyinin pozulmasına görə qadağan edilən və cəza tətbiq edilməsi nəzərdə tutulan hal və hərəkətlərin təsnifatı 101-ci maddənin 1-ci hissəsinin dispozisiyasında aşağıdakı kimi verilmişdir:

- a) alış və ya satış və yaxud digər ticarət şərtlərinə birbaşa və ya dolay vasitələrlə qiymət müəyyənləşdirmək;
- b) istehsal, bazarlar, texniki inkişaf və ya investisiyanı məhdudlaşdırmaq və ya nəzarətdə saxlamaq;
- c) bazarları və ya təchizat mənbələrini bölüşdürmək;
- d) eyni cür müqavilələrə müxtəlif şərtlər tətbiq etməklə, digər ticarət partnyorlarına əlverişsiz rəqabət şəraiti yaratmaq;
- e) partnyorlarla xarakterinə görə və ya ticarət təcrübəsinə müvafiq olaraq bu müqavilələrin predmeti ilə bağlı olmayan əlavə öhdəliklərin qəbulunu şərtləndirən müqavilələrin bağlanması.⁵

Ancaq yadda saxlamaq lazımdır ki, heç də bütün üfiqi razılaşmalar qeyri-qanuni və rəqabəti məhdudlaşdıran deyil. Məhz bu cür halları nəzərə alınaraq, Roma Sazişinin 101-cimaddəsinin 1-ci hissəsinin dispozisiyasının təsiri altına düşən bir çox müqavilələr üçün həmin maddənin 3-cü hissəsində istisnalar da nəzərdə tutur. Belə ki, *“əmtə istehsalına, məhsulların çatdırılmasının (yayılmasının) yaxşılaşmasına, texniki və iqtisadi inkişafa və ya istehlakçıya keyfiyyətli və daha ucuz qiymətə mal (xidmət) əldə etməyə şərait yaradan:*

- a) sadalanan məqsədlərə çatmaq üçün, müəssisələrə zəruri olmayan kartel məhdudyyətləri tətbiq etməyə və
- b) müəssisələrə müəyyən məhsulların (xidmətlərin) əhəmiyyətli hissəsini rəqabətdən qorumaq imkanı verməyə,
 - müəssisələr arasında istənilən müqavilə və ya müqavilələr kateqoriyasına,
 - müəssisə birlikləri tərəfindən qəbul edilmiş istənilən qərar və ya qərarlar kateqoriyasına və
 - istənilən rəqabət siyasəti və ya bu cür siyasətin müxtəlif formalarına”,101-ci maddənin 3-cü bəndinə əsasən, bu maddənin 1-ci bəndində göstərilən qadağalardan istisnalar tətbiq edilir. Yəni, 101-ci maddənin 3-cü bəndində göstərilən hallar olduqda, müəssisələr (onlar arasında müqavilələr) həmin maddənin 1-ci bəndində göstərilən qadağalardan azad edilir.⁶

II. Üfüqi sazişlərə dair konsepsiyalar

Rəqib təsərrüfat subyektlərinin birgə və razılaşdırılmış hərəkətlərinin və ya hökmran mövqeydə olan müəssisənin müəyyən cür zahirən (formal)

⁵ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union - Protocols - Annexes - Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN> (son baxış 9 dek. 2015)

⁶ Treaty on Establishing the European Community (Consolidated Version), para. 2, Article 101 (Rome 1957)

qadağan olunmuş davranış nümayiş etdirməsinin iqtisadi və müvafiq əmtə bazarında rəqabət mühitinə təsiri və ya qeyri-qanuni və qəsdən edilməsi ilə əlaqədaremi fikirlərdə, inkişaf etmiş ölkələrin əksəriyyətinin qanunvericiliyində və təcrübəsində əsaslandırılmış iki yanaşma nəzərdə tutulmuşdur. Elmi ədəbiyyatda bu amillərdən asılı olaraq yaranan vəziyyətləri “öz-özünə” (latınca - “per se”) və “səbəblər qaydası” (ingiliscə - “rule of reason”) əsasında pozuntular adlandırılır və getdikcə əksər üfüqi və şaquli sazişlərin qiymətləndirilməsində onlara daha çox yer verilir.

“Öz-özünə” pozuntuqaydası–pozuntunun müvafiq bazara faktiki təsirləri və ya onu edən təsərrüfat subyektlərinin niyyətləri haqda müfəssəl araşdırma aparılmasını tələb etmir. Təsərrüfat subyektinin “öz-özünə” pozuntuya yol vermiş hesab edilməsi üçün onlar tərəfindən yalnız müəyyən növ davranışlara yol verməsi kifayətdir.

Bu qayda tam (birmənalı) olaraq, davranışın rəqabət (antiinhisar) qanunvericiliyini pozduğunu nəzərdə tutur və əsasən iqtisadi baxımdan dəyərli nəticəsi olmayan və rəqabətə əhəmiyyətli zərər vuran müəyyən növ məhdudiyətlərə tətbiq olunur. Uzun illər əldə edilmiş təcrübə göstərir ki, rəqiblər arasında müəyyən növ müqavilələr rəqabət mühiti və istehlakçılar üçün o qədər zərərli ki, bu cür davranışlar tam qadağan edilməlidir. “Öz-özünə” pozuntu hesab edilən davranışlara təsərrüfat subyektlərinin hər hansı bir təsərrüfat subyektini qrup halında boykot etməsi, qiymət sövdəgərliyi, tender dələduzluğu (sövdəgərliyi), müqavilə predmeti olan əmtəyə birbaşa daxil olmayan əlavə malın məcburi şərt kimi əsas mala qoşularaq satılması, bazarların ərazi, əmtəə və istehlakçılar üzrə bölünməsi kimi hərəkətləri bariz misal ola bilər.

Qeyd etmək lazımdır ki, rəqabət (antiinhisar) qanunvericiliyinə əsasən bu cür davranışların “öz-özünə” qanun pozuntusu hesab edilməsi üçün hər hansı müqavilənin olması tələb olunur. Anlayışına görə “müqavilə” bir nəfərdən artıq şəxsin birgə hərəkətini tələb etdiyindən, birtərəfli (tək) müstəqil biznes qərarı müqavilə formasına olan tələbi doğrultmur. Həmçinin, müqavilə yalnız xüsusi bir formada olmaya, sənədlə təsdiq edilə, şifahi mübadilə oluna və ya hətta davranışdan çıxış edərək də meydana gələ bilər (məsələn, rəqiblər arasında mütəmadi görüşlərin ardınca dərhal birgə (eyni cür) davranışın baş verməsi).⁷ “Səbəblər qaydası” prinsipinə əsasən isə formal olaraq baş vermiş pozuntunun müvafiq əmtəə (xidmət, iş) bazarında rəqabətin qarşısının alınması və ya rəqabətə təkan verməsi ilə əlaqədar şərtlərin məcmusu müəyyənləşdirilir. “Öz-özünə” pozuntu vəziyyətindən fərqli olaraq, burada niyyət və motiv gələcək nəticələrinin proqnozlaşdırılmasına müvafiqdir. “Səbəblər qaydası” tətbiq edilən hallarda qanun pozuntusunun vəziyyəti müəyyənləşdirilərkən müvafiq bazarın strukturu,

⁷ Washington State, Office of the Attorney General, Guide to antitrust laws: <http://www.atg.wa.gov/guide-antitrust-laws> (son baxış 9 dek. 2015)

spesifik xüsusiyyətləri və sahibkarlıq mühitinə hərtərəfli, real və mümkün təsirləri, pozuntunun tarixi, iqtisadi, sosial, hüquqi və sair aspektləri nəzərə alınır. Əgər araşdırılan davranış (əməl) yalnız birtərəfli mənfəət əldə etmək məqsədilə bazarada rəqabətin zəiflədilməsinə yönəlmişdirsə, bu səbəbsiz və cəzalandırılmalı olan qanun pozuntusu hesab edilir. Əks halda bu cür müqavilələrə icazə verilir.

“Öz-özünə” pozuntu hesab edilən hallardan (davranışlardan) fərqli olaraq, “səbəblər qaydası” tətbiq edilən hüquq pozuntularında təsərrüfat subyektləri arasında müqavilənin rəqabətə və istehlakçıya təsiri tam aydın deyil və müqavilə rəqabətə zidd, rəqabət yönümlü və rəqabət mühitinə təsirsiz ola bilər. Bu yanaşmaya əsasən, davranış (sövdə) ya qeyri-qanunidir və “öz-özünə” pozuntulardan daha geniş qiymətləndirmə tələb etmir ya da davranış “səbəblər qaydası” kimi tanınan yanaşmaya əsasən qiymətləndirilməli və hal üzrə zərərin və faydanın tam nəzərə alınması və balanslaşdırılması həyata keçirilməlidir. Əgər məhkəmə (konkret işə baxan orqan – E.Q) müəyyən etsə ki, müqavilənin zərəri faydasından daha çoxdur onda bu hal ticarətin (sahibkarlıq fəaliyyətinin) qeyri-qanuni məhdurlaşdırılması hesab edilir.⁸

“Səbəblər qaydası”na əsaslanan yanaşmadan ilk dəfə 1911-ci ildə “Standard Oil” işi (12 ildən artıq davam etmişdir) ilə əlaqədar, şirkətin fəaliyyətini qiymətləndirmək üçün ABŞ Ali məhkəməsinin aşağı məhkəmənin qərarını təsdiqləməklə yaratdığı presedentdə istifadə edilməsi qeyd olunur. Həmin vaxt bu qaydanın necə tətbiq edilməsi haqda əlimizdə səhih sübutlar olmasına baxmayaraq, məhkəmənin hakimi Uaytın bu cür davranışların qiymətləndirilməsi üçün “səbəblər qaydası”nda yanaşmadan istifadə edilməsinin lazım olduğunu təsdiq etmişdir.⁹

“Səbəblər qaydası”nın tətbiq dairəsi geniş olmaqla, çox sayda işgüzar müqavilələrə şamil edilir. Bu cür müqavilələrə misal kimi hökmran sahibkarlıq subyekti (və ya şirkətlərin qrupu) tərəfindən təhcizat zəncirində məhdudiyətlər, təhcizat zəncirində ayrı-seçkilik, müəyyən əmtəyə satıcı tərəfindən ekskluziv yanaşma (davranış, təklif) nəzərdə tutan halları göstərmək olar.

III. Kartellərlə mübarizə

Avropa İttifaqı son iyirmi ildə kartellə mübarizəni prioritet bir məsələ kimi qarşıya qoymuşdur. Bu sahədə fəaliyyət dinamikasını xronoloji ardıcılıqla izlədikdə görürük ki, ilbəlil aşkar olunan kartel pozuntularının sayı və bu cür qanun pozuntularına görə tətbiq edilən sanksiyaların həcmi getdikcə artır.

Barəsində sanksiya qərarı qəbul edilmiş şirkətlərin Avropa Komissiyasının qərarını mübahisələndirmək hüquqları vardır. Lakin, Avropa Ədalət

⁸ *Yenə orada*

⁹ Арментано Д. Антитраст против конкуренции. ss. 119 – 120, 431 (Пер. с англ. А.Куряева. М. «ИРИСЭН», 2005)

Məhkəməsi və Birinci İnstansiya Məhkəməsinin təcrübəsinə nəzər saldıqda məlum olur ki, bu cür appelyasiya şikayətinin təmin olunmasına nail olmaq çox çətindir. Bir qayda olaraq, məhkəmə cərimələri ləğv etmir və ya Komissiya tərəfindən tətbiq edilmiş sanksiyaların kiçik həcmdə azaldılmasına nail olunması bu sahədə iddia tərəfi üçün uğurlu bir məhkəmə işi hesab edilir. Bunun səbəbi kartel araşdırması və sübut etmə prosesinin (faktlar və dəlillərin toplanması və analizi, hüquqi və iqtisadi təhlillər və sair) çoxşaxəli, çətin və əsaslı olması və Komissiyada qərar qəbul edilənədək müxtəlif mərhələlərdən keçərək dəqiqləşdirilməsidir.

Avropa Komissiyası kartellə mübarizənin təkmilləşdirilməsini daim müvafiq qanunvericilik bazasında islahatlarla birgə aparır. Belə ki, 2006-cı ildə qəbul olunmuş qaydalara əsasən Aİ müqaviləsinin 101 və 102-ci maddələrinin pozulmasında iştirak edən şirkət əvvəllər bu cür hüquq pozuntusu törətmişdirsə, ona münasibətdə cərimənin həcmi iki dəfəyədək (nisbətdə 100%) artırılır. Ən çətin təhqiqat işlərdən biri olan kartelin açılmasını asanlaşdırmaq üçün komissiya qaydalarda bəzi dəyişikliklər aparmışdır. Nəticədə, kartelin açılmasına şərait yaratmış sövdələşmənin iştirakçısı olan şirkətin hətta, cərimədən tam azad olunmasınadək nəzərdə tutulmuşdur.¹⁰ Son onillikdə daha mühüm bir məsələ - Avropa Komissiyası tərəfindən təyin olunan cərimə əvəzinə zərərçəkənlərə kompensasiya ödənilməsinin tənzimlənməsi də, müzakirə edilməkdədir. Bu, məsələnin həlli Avropa İttifaqı miqyasında ayrı-ayrı şirkətlər və istehlakçılar üçün iqtisadi cəhətdən daha səmərəli və hüquqi baxımdan ədalətli olmaqla yanaşı, İttifaqa üzv ölkələr və digər dünya ölkələri üçün milli səviyyədə tətbiqi lazımlı olan bir pesedent olardı. Həmçinin, prosesual baxımdan kartelin açılmasına maraqlı olan tərəflərin sayını artırır.

Hazırkı qaydaya əsasən, Avropa İttifaqı çərçivəsində kartel fəaliyyəti (mövcudluğu) nəticəsində zərər çəkmiş hər hansı müəssisə və ya fərd kompensasiya almaq üçün üzv ölkələrin (milli) məhkəmələrinə müraciət edə bilər. Milli məhkəmələrdə həyata keçirilən prosesual hərəkətlər və müəyyənləşdirilən kompensasiya məbləği Komissiyanın təyin etdiyi cərimədən əlavədir (müstəqildir). Zərərlə əlaqədar məhkəmənin qərarları xəbərdaredici (çəkindirici) xarakter daşısa da, onun əsas məqsədi rəqabəti məhdudlaşdıran hərəkətlərə görə, zərərçəkənə əvəzin ödənilməsi və ya zərəre görə kompensasiya hüququnun qorunmasından ibarətdir.

Kartellərin və hökmran mövqedən sui-istifadənin sahibkarlığa və istehlakçılara ciddi ziyan vurur. Aİ qanunvericiliyinə əsasən, Aİ-nin rəqabət qanunvericiliyinin pozulmasından zərər çəkmiş hər bir şəxs tam kompensasiya hüququna malikdir. Buna baxmayaraq, milli məhkəmələrə bu

¹⁰ Guidelines for setting fines, *Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003*, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV:l26118> (son baxış 9 dek. 2015)

məqsədlə çox az müraciətlər olunur. Bu xüsusən kiçik sahibkarlar və istehlakçılar üçün çətinidir. Elə buna görə də 2007 – 2013-cü illər arasındakı dövrdə Komissiya tərəfindən aşkar edilən pozuntulardan zərərin ödənilməsi ilə əlaqədar yalnız 25 faizi üzrə mülki qaydada iddia qaldırılmışdır ki, bunlar da əsasən böyük şirkətlər tərəfindən edilmişdir.¹¹

Buna görə də, antiinhisar qanunvericiliyinin pozulması ilə əlaqədar dəymiş zərərin ödənilməsi üçün müraciət prosesində mövcud çətinlikləri aradan qaldırmaq və qaydaları təkmilləşdirmək məqsədilə Aİ-nin Rəqabət üzrə Baş Direktorluğunun təklifi əsasında Komissiya 2013-cü ilin iyul ayında 24 maddədən ibarət “Antinhisar Zərərləri ilə əlaqədar fəaliyyətüzrə Direktiv” qəbul etmişdir. “Bu Direktivin mətni 17 aprel 2014-cü ildə Avropa İttifaqının Parlamenti və Şurası arasında razılaşdırılıb”¹² və yekun qəbulu üçün Nazirlər Şurasına göndərilmişdir.

Bu Direktivə əsasən:

- zərərçəkən həm faktiki itkiyə, həm də buraxılmışmənfəətə görə tam kompensasiya ala bilər;
- iddia qaldırması üçün müddətlərin dəqiq qaydaları və kifayət qədər vaxt müəyyənləşdirilməklə zərərçəkmişlərə daha geniş imkanlar təmin edilir;
- məlumat verən kartel iştirakçısına qarşı mülki qaydada məhkəmədə iddia qaldırılarkən onların məsuliyyətini yüngülləşdirən bəzi zəmanətlər nəzərdə tutulur;
- pozuntunun dəlillərlə sübut edilməsi öhtəliyi ərizəçinin üzərindən götürülür;
- zərərçəkənlər üçün müvafiq dəlillər daha da əlçatan olur və məxfi
- məlumatların lazımı səviyyədə qorunması təmin edilir və sair.

ABŞ-in rəqabət (antitrust) qanunvericiliyi kartel sövdələşmələrinə münasibətdə daha kəskindir. Bu cür münasibətlərdə şübhələnən müəssisələrdə axtarış, telefonların dinlənməsi, şəxsi kompyuterlərin yoxlanması, şübhəli şəxslərin dindirilməsi ABŞ rəqabət orqanları tərəfindən həyata keçirilən adi hərəkətlərdir. Son on ildə bir çox Aİ üzvü ölkələri də ABŞ-in bu təcrübəsini tətbiq etməyə imkan verən müvafiq qaydalar qəbul etmişlər.

Cəzaların kəskinliyi ilə də, ABŞ antitrust sistemi fərqlənir. Buraya, böyük həcmdə cərimə və maliyyə sanksiyalarının tətbiqi, müəssisələrə və istehlakçılara dəymiş zərərin ödənilməsi, cavabdeh şirkətlərə rəqabət mühitində pozulmuş tarazlığı bərpa etmək və saxlamaq məqsədilə müəyyən hərəkətlərin edilməsi (və ya edilməməsi) ilə bağlı müxtəlif göstərişlərin verilməsi və öhdəliklərin qoyulması, habelə müvafiq hüquq pozuntusuna yol

¹¹ Alexander Italianer, Introduction, The European Antitrust Review 2015, <http://globalcompetitionreview.com/reviews/62/sections/211/chapters/2460/> (son baxış 9 dek. 2015)

¹² Antitrust: Commission proposal for Directive to facilitate damages claims by victims of antitrust violations – frequently asked questions http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-310_en.htm (son baxış 9 dek. 2015)

vermiş şəxslərin (ən nüfuzlu şirkətlərin rəhbərləri və menecerləri və hökumət rəsmiləri də daxil olmaqla) azadlıqdan məhrum edilməsi kimi cəza növləri daxildir. Problemin ciddiliyini önə çəkərək, "ABŞ hökuməti 2004-cü ildə müəssisələrə tətbiq edilən maksimum cəriməni 10 milyondan 100 milyon dollara, həbs cəzasını isə 10 ilədək artırdı".¹³

IV. "Leniency" (Güzəşt) Proqramı

Kartel sövdələşmələrinin aşkar edilməsi və araşdırılması işində, inkişaf etmiş ölkələrdə geniş yayılmış "Leniency" (güzəşt, əfv) Proqramı xüsusi əhəmiyyətə malikdir. Bu proqramın mahiyyəti, hüquqi bazası, tətbiqi, institutsional təminatı, ölkələr üzrə fərqliliyi və sair, özlüyündə geniş müzakirə və araşdırmaların mövzusuudur. Lakin, qısa olaraq, bu proqram haqqında onu demək olar ki, burada, gizli kartel sövdələşməsinin, qarşısının alınması, açılması, nəticəsinin aradan qaldırılması məqsədi ilə, vaxtında bu hüquq pozuntusu haqda rəqabət orqanına lazımi məlumat vermiş həmin kartelin iştirakçısı olan şirkətlərə münasibətdə cəza (əsasən cərimə, maliyyə sanksiyaları, müəyyən hərəkətlərin edilməsi (və ya edilməməsi), azadlıqdan məhrum etmə və s) tətbiq edilərkən güzəştlərin edilməsini nəzərdə tutur.

Həmçinin, Güzəşt Proqramı karteldə iştirak etdikləri üçün müəssisə və ya şəxslərə tətbiq edilən cəzaların bu hərəkətlərini dayandırmaları və araşdırmanın aparılmasında hüquq-mühafizə orqanları ilə aktiv əməkdaşlıq etmələrinin əvəzində təmin edilən güzəşt qaydalarını müəyyənləşdirir.

Bu qaydalar ilk dəfə ABŞ Ədliyyə Nazirliyi tərəfindən 1978-ci ildə qəbul olunmuş, 1993-cü ildə isə təkmilləşdirildikdən sonra daha da geniş tətbiq olunmağa başlanmışdır. ABŞ-in ardınca dünyanın bir sıra ölkələri kartellərin aşkar olunmasında bu Proqramın səmərəli fəaliyyətini nəzərə alaraq onun öz qanunvericiliklərinə uyğun modellərini hazırlayıb tətbiq etməyə başladılar. Avropa Kommisiyası oxşar Güzəşt Proqramı modelini ilk dəfə 1996-cı ildə qəbul etsə də, onun Aİ-yə üzv olan ölkələr arasında daha geniş yayılması bu proqramın 2003-cü ildə islahatından sonra başladı. Hazırda demək olar ki, Aİ ölkələrinin hamısının müvafiq qanunvericiliyində Güzəşt Proqramının implementasiya olunmuş uyğun modelləri fəaliyyət göstərir.

Bu gün antiinhisar (rəqabət) siyasətinin mühüm fəaliyyət sahələrindən biri kartellərin təhqiqidir. Bu istiqamətdə beynəlxalq kartellərlə mübarizə mühüm yer tutur. Bu cür kartellərlə daha səmərəli mübarizə müxtəlif ölkələrin bu sahədə qanunvericiliyinin təkmilləşdirilməsi və uyğunlaşdırılmasını zəruri edir. Bu zərurəti nəzərə alaraq, İqtisadi Əməkdaşlıq və İnkişaf Təşkilatı (İƏİT), Beynəlxalq Rəqabət Şəbəkəsi (BRŞ), Avropa Rəqabət Şəbəkəsi (ARŞ) kimi bir sıra beynəlxalq, regional və ixtisaslaşmış təşkilatlar

¹³ Antitrust Enforcement Priorities And Efforts Towards International Cooperation At The U.S. Department Of Justice, <http://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-enforcement-priorities-and-efforts-towards-international-cooperation-us> (son baxış 9 dek. 2015)

tərəfindən də Güzəşt Proqramının eyni məqsədli, mahiyyətə yaxın, lakin fərqli modelləri hazırlanmışdır.

Həm ABŞ, həm də Aİ-nin kartellərlə mübarizəyə dair qanunvericiliyi rəsmi araşdırma başlayanaqədək və ya sonra lazımı məlumatları verən müəssisələrə (və ya şəxslərə) münasibətdə cəzaların yüngülləşdirilməsi nəzərdə tutulmuşdur. Əgər əlaqədar təsərrüfat subyektləri (və ya şəxslər) müvafiq orqanların hələ məlumatı olmadığı qeyri-qanuni fəaliyyət haqda xəbər verdikdə cəzaları daha yüngül olur və ya tamamilə cəzadan azad olunurlar. ABŞ-da isə araşdırmanı aparan orqan üçün tamamilə yeni olan və təsərrüfat subyektlərinə (və ya şəxslərə) ittiham irəli sürməyə imkan verən əhəmiyyətli məlumatlar sonradan təqdim edildikdə də cəzanın tam güzəşt (əfv) edilməsi mümkündür. Sonradan təqdim edilən məlumatlara münasibətdə araşdırmanı aparan orqan onların mahiyyətə uyğun, araşdırmanın gedişini sürətləndirən, dəqiq və əhəmiyyətli olmasını tələb edir. Güzəşt Programı son 20 ildə dünya ölkələri arasında xüsusilə, geniş yayılmağa başlamışdır. Son illər Şərqi Avropa və Cənubi Amerika ölkələrində müvafiq qanunvericilik və institusional islahatlar və güzəşt proqramının tətbiqi nəticəsində əldə edilən müsbət yekunlar bu təcrübənin özünü necə doğrultmasına ən yaxşı misaldır. Lakin, bu proqramın yüz faiz effektiv və qüsursuz olması demək deyil. Buna görə də, hər bir ölkənin yerli xüsusiyyətləri nəzərə alınmaqla, sona qədər işlənmiş qaydalar olmalıdır. Əks halda təcrübə bu sistemin çox da, səmərəli olmadığını göstərir.

Rəqabət sahəsində siyasətin ümumi istiqamətləri 24 oktyabr 1993-cü il Aşqabad müqaviləsi ilə yaradılmış, Antiinhisar siyasəti üzrə dövlətlərarası Şura tərəfindən kordinasiya olunan Müstəqil Dövlətlər Birliyi (MDB) ölkələrinə gəldikdə isə, burada kartellə mübarizəyə dair göstəricilər ya yox, ya da, çox aşağı səviyyədədir. Son 10 ildə MDB ölkələrində rəqabət mühitinin sağlamlaşdırılması istiqamətdə müəyyən irəliləyişlər edilsə də, bu lazım olandan və müasir qabaqcıl təcrübədən çox uzaqdır. Post-sovet məkanında, bu gün Avropa İttifaqının üzvü olan Baltıqyanı ölkələri bu sahədə hüquqi və təşkilati islahatlar, qanunvericiliyin və yeni innovasiyaların (güzəşt proqramı da daxil olmaqla) tətbiqi və kadr hazırlığı nəticəsində azad iqtisadiyyatın hərəkətverici amili olan daha uğurlu rəqabət mühiti yaratmağa nail olmuşlar. Son illər, Latviya və Litva respublikalarının hər birində orta hesabla hər il 5 – 6 real kartel sövdələşməsi aşkar olunur.

Nəticə

ABŞ və Aİ ölkələrinin kartellərin araşdırılması ilə bağlı güzəşt (əfv) qaydalarını, bu sahədə nəzəri biliklər və tətbiqi təcrübədən gələn faktları nəzərdən keçirdikdə görürük ki, bu cür proqramların kartellərlə mübarizədə antiinhisar orqanlarının əlində təknil bir vasitə olması üçün burada ən azı aşağıdakı ilkin şərtlərin olması vacibdir:

- *Qəbul edilmiş qaydalar potensial ərizəçini məlumat verməyə həvəsləndirmək üçün*

mümkün qədər nəticələrinin qiymətləndirilməsində proqnozlaşdırıla bilən və avtomatik olmalıdır;

- *Məlumat verənin, karteldə aparıcı şirkətin (subyektin) və digər iştirakçıların sövdələşmədə rolu dəqiq müəyyənləşdirilməlidir;*
- *Məlumat verənlər ardıcılığa, məlumatın əhəmiyyətinə və araşdırmanın müxtəlif mərhələlərində davranışlarına görə fərqləndirilməlidir;*
- *İlk məlumat verənə cəzaların böyük həcmdə yüngülləşdirilməsi (əfvi) həm araşdırma başlamasınadək, həm də sonrakı vaxta verdiyi məlumat üçün təmin olunmalıdır;*
- *Cəzaların qismən yüngülləşdirilməsi (əfvi) istintaqa sonradan müraciət edərək kifayət qədər dəyərli məlumat verənlərə də təmin edilməlidir;*
- *Güzəşt (əfv) tədbirləri şirkətlərlə yanaşı şəxslərə də şamilənməlidir;*
- *Məlumat verən təsərrüfat subyektlərinə vurulmuş zərərin ödənilməsi ilə əlaqədar özəl iddialardan (tələblərdən) müdafiə olunmalıdır;*
- *Məlumat verənin şəxsiyyəti mümkün qədər gizli saxlanmalıdır;*
- *Məlumat verənlərin, xüsusən fərdlərin mükafatlandırılması da nəzərdə tutulmalıdır.*

*İlham Zülfüqarlı**

Rəqabət hüququ: Hökmran mövqedən sui-istifadə

Annotasiya

Məqalədə açıq bazar iqtisadiyyatının əhəmiyyətli hüquq sahələrindən olan rəqabət hüququnda hökmran mövqe anlayışı, onun müəyyən edilməsi meyarları və ondan sui-istifadə halları yer almışdır. Hökmran mövqe, ondan sui-istifadə, hökmran mövqeyi müəyyən edən meyarlar, rəqabət mühitini pozan digər hallar beynəlxalq praktikanın, müxtəlif ölkələrin, o cümlədən Azərbaycanın rəqabət hüququ sahəsində nəzərdə tutulan normaların və Avropa Komissiyasının vermiş olduğu qərarların təmsalında təhlil edilmişdir.

Abstract

The article is discussing the definition of dominant position, criteria to determine it and abuse of it in competition law, which is one of the most important field of law in open marketing business. Dominant position, abuse of it, criteria of determining dominant position and cases, which break the atmosphere of competition, are analyzed in the example of international practice, legal norms of Azerbaijan Republic and other countries, decisions of Commission of European Communities.

Giriş

Klassik iqtisadiyyat nəzəriyyəsinə əsasən bazar iqtisadiyyatının əsas subyektləri hesab edilən təsərrüfat subyektlərinin məqsədi ən yüksək mənfəət əldə etməklə? yəni: a) ən keyfiyyətli malı və ya xidməti; b) ən az xərclə istehsal edərək; c) ən yüksək qiymətə və maksimum miqdarda satmaqla rəqabət etməkdir. Tam rəqabət bazarlarının mühüm xüsusiyyətlərindən biri təsərrüfat subyektlərinin bazara giriş-çixışlarının sərbəst olmasıdır. Bu xüsusiyyət təmin edilən sərbəst rəqabət mühitində bütün təsərrüfat subyektlərinin öz məqsədlərini reallaşdırmaqdan ötrü bir-birilə rəqabətdə yeni üsul və texnologiyalar tətbiq etməsini, öz istehsalat xərclərini minimuma endirməyə çalışmasını zəruri edir və iqtisadi məqsəd olan məhdud resurslardan səmərəli istifadə edilməsinə nail olunur, bu da dövlətin iqtisadiyyatını ümumi halda inkişafa aparır.

Uzun müddətdir ki, bütün dünyada tətbiq edilən bu sistemin zamanla hüquqi tənzimlənməyə ehtiyacı olan problemləri üzə çıxmışdır. Belə ki, bəzən təsərrüfat subyektləri ən yüksək mənfəəti əldə etmək məqsədlərinə bir-birlərilə rəqabət aparmaqla çatmaq əvəzinə, rəqabəti məhdudlaşdıraraq, ya da tamamilə aradan qaldıraraq, kartelləşmə və ya inhisarlaşma vasitəsilə çatmaq arzusunda olurlar. Nəticə olaraq, hədəflənən iqtisadi inkişafın təmin edilməsində çətinliklər yaranır. Bu səbəblə bazar iqtisadiyyatı sistemini tətbiq edən ölkələr bazardakı rəqabət mühitini qorumaq məqsədilə qanunvericilik normaları işləyib hazırlamışlar. Amerika Birləşmiş Ştatlarında

* Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsi, 4-cü kurs, 1418A qrup tələbəsi

(ABŞ) trest əleyhinə¹ 1890-cı ildə qəbul edilən “Sherman Act”, 1914-cü ildə “Clayton Act”,² 1957-ci il Avropa İqtisadi Birliyinin (AİB) qurucu müqaviləsi olan “Roma müqaviləsi”,³ İngiltərədə 1973-cü ildə qəbul edilən “Fair Trade Act”⁴ kimi qanunlarda nəzərdə tutulan rəqabət qaydaları, bazar iqtisadiyyatında yaranan problemlərin aradan qaldırılmasına dəstək mahiyyətli qaydalar olmaqla yanaşı rəqabət mühitinin qorunmasına və bazar iqtisadi mexanizminin düzgün işləməsinə xidmət edir.

Azərbaycan Respublikasında rəqabət hüququnun zəif inkişaf etməsi planlı iqtisadiyyatın hakim olduğu SSRİ dövlətinin tərkibində uzun müddət qalmasından irəli gəlir. Bazar iqtisadiyyatında rəqabət mühitinin qorunması ilə bağlı hazırkı qanunvericilik normalarında – AR Konstitusiyasında, “Antiinhisar fəaliyyəti haqqında”, “Təbii inshisarlara haqqında”, “Haqsız rəqabət haqqında”, “İstehlakçıların hüquqlarının qorunması haqqında” qanunlarda və digər normativ aktlarda, eləcə də hüquq ədəbiyyatlarında rəqabət hüququ ilə bağlı tam formalaşmamış, systemsiz qaydalar, fikirlər mövcuddur.

Rəqabət hüququ sahəsində aparılan tədqiqatlarda iqtisadi nəzəriyyələrin son dövrlərdə aktuallığı daha da artmışdır. Belə mövzular içərisində rəqabət hüququ tənzimləmələrində mərkəz mövqeyə sahib olan təsərrüfat subyektlərinin bazar gücü, bazara giriş maneələri, geri qaytarılmayan xərc tez-tez işlədilən ifadələrdir. Rəqabət hüququnun əsas məqsədi bu elementləri özündə ehtiva edən sistemlərdə rəqabətin yaranması və maneəsiz işləməsi üçün əlverişli şəraitin yaradılmasıdır. Bunun üçün bazara giriş-çıxış maneələrinin vaxtında müəyyən edilməsinə və qarşısının alınmasına istiqamətlənmiş tədbirlər görmək başlıca vəzifədir.

Rəqabət mühitinin pozulması hallarından biri kimi bazarda əmtəələrin tədaviyə əhəmiyyətli təsir edə bilən bazar subyektlərinin öz mövqelərindən sui-istifadəsi çıxış edir. Belə pozulma hökmran mövqedən

¹ The Antitrust Laws, FTC, <https://www.ftc.gov/9tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws> (son baxış 17 noy. 2015)

Sherman Act 1890, ABŞ-da trest əleyhinə (yəni anti-monopoliya) qəbul olunmuş ilk qanundur. Trest (monopoliya) yaratmaq və bu məqsədlə gizli sövdələşməyə girməklə azad ticarətin aparılmasını əngəlləmək cinayət hesab edilmişdir.

² The Clayton Act works with the Sherman Act to improve business practices, <http://www.antitrustlaws.org/Clayton-Act.html> (son baxış 17 noy. 2015)

ABŞ-da Şerman aktını bir qədər yumşaldan və rəqabəti böyük ölçüdə məhdudlaşdıran cəhdləri qadağan edən qanundur. Bazardakı ümumi məhsulun əsas hissəsini istehsal edən təsərrüfat subyektlərinin inkişafının nəzarət altına alınması məqsədlə qəbul edilmişdir.

³1957-ci ildə Almaniya, Fransa, İtaliya, Belçika, Niderland və Lüksemburq tərəfindən insanların, əmtəənin, xidmət və kapitalın sərbəst hərəkətinə mane olan bütün maneələrin ləğvi barədə bağlanmış beynəlxalq müqavilə.

⁴ Fair Trading Act 1973, chapter 41, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/41> (son baxış 17 noy. 2015) İngiltərədə 1973-cü ildə qəbul edilmiş və istehlakçıların hüquqlarının qorunmasına yönəlmişdir.

sui-istifadə adlanır. Məqalədə hökmran mövqedən sui-istifadə nəticəsində yaranan problemlərdən və onların həllində hansı metodların təsirli olmasından söhbət açılacaq.

I. Hökmran mövqe anlayışı və onun müəyyən edilmə meyarları

A. Hökmran Mövqe anlayışı

“Antiinhisar fəaliyyəti haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanununda⁵ hökmran mövqe anlayışı “təsərrüfat subyektinin öz iqtisadi potensialının üstünlüyünə əsaslanaraq rəqabətə həlledici təsir göstərməyə imkan verən və bununla da bazarın digər iştirakçılarının bazara daxil olmasını çətinləşdirən müstəsna vəziyyəti” kimi qiymətləndirilib. Eyni zamanda bazar payı 35%-dən və ya qanunvericiliklə müəyyən olunmuş digər həddən⁶ çox olan təsərrüfat subyekti hökmran mövqe tutmuş hesab edilir.

Əmtəə bazarında heç bir rəqibin olmadığı, resursların əldə edilməsi, malların (işlərin, xidmətlərin) satılmaq imkanlarının məhdud olduğu, bazara girişdə maneələrin, güzəştlərin və ya başqa səbəblərin mövcudluğundan digər subyektlərin bazara daxil olmasına çətinliklər yarandığına görə müəyyən təsərrüfat subyektinin (subyektlərinin) təsirli rəqabətlə qarşılaşmadığı şəraitdə müvafiq əmtəə bazarında əmtəələrin tədavülünün ümumi qaydalarına (şərtlərinə) həlledici təsir göstərə bildiyi müstəsna vəziyyət hökmran mövqe hesab edilir.⁷ Bu anlayış rəqabət məəcəlləsi layihəsinə əlavə edilən 17.1-ci maddədə nəzərdə tutulmuşdur.

Hökmran mövqedə hesab edilə bilməsi üçün təsərrüfat subyekti özbaşına hərəkət etməklə müstəqil şəkildə bazarı idarə etməlidir. Bu vəziyyət inhisarçılıq kimi başa düşülməməlidir. Hər nə qədər inhisarçılığa oxşasa da hökmran mövqe ilə inhisarçılıq fərqli anlayışlardır. İnhisarçılıqda bazarda yalnız bir təsərrüfat subyekti fəaliyyət göstərir və təbii olaraq o, hökmran mövqedə hesab edilir. İnhisarçılığın olmadığı birdən çox təsərrüfat subyektinin fəaliyyət göstərdiyi bazarlarda da hökmran mövqedə olma vəziyyəti mövcud olur. Bir digər anlayış isə bazarda lider vəziyyətdə olmaqdır. Bu anlayış da hökmran mövqedən fərqləndirilməlidir. Bazarda lider olan təsərrüfat subyekti adətən bazarda fəaliyyət göstərən digər subyektlərin fəaliyyətini nəzərə alaraq hərəkət etdiyindən bazar şərtlərini müstəqil olaraq müəyyən etmək iqtidarında olmur. Halbuki hökmran mövqe müəyyən bazardakı bir və ya birdən çox təsərrüfat subyektinin rəqiblərindən

⁵ Antiinhisar fəaliyyəti haqqında Azərbaycan Respublikasının Qanunu, 4 Mart, 1993, 4-cü maddə

⁶ Eldar Qocayev, *Antiinhisar (Rəqabət) Qanunvericiliyinin Müqayisəli Təhlili* (26 yanvar, 2013) “Bank, sığorta, lizinq, qeyri-hökumət təqəüid fondları xidmətləri bazarında maliyyə təsisatlarının payı 25%-dən çox olduqda, qiymətli kağızlar bazarında qiymətli kağızları idarəedənin payı 10%-dən çox olduqda”

⁷ *Yenə orada*

və müştərilərindən asılı olmadan müstəqil hərəkət edərək qiymət, tələb, təklif, istehsal miqdarı kimi iqtisadi parametrləri müəyyənləşdirə bilmə iqtidarındadır.

Avropa Komissiyası *United Brands*⁸ işi ilə bağlı çıxardığı qərarında hökmran mövqe sayıla bilən vəziyyəti müəyyən etmişdir. Qərarla “rəqiblərindən, müştərilərindən, mal göndərənlərindən və istehlakçılardan əhəmiyyətli dərəcədə müstəqil olan müvafiq bazardakı effektiv rəqabətin davam etməsinə maneə törədə bilən iqtisadi gücə sahib təsərrüfat subyektlərinin” mövqeyi hakim mövqe hesab edilir. Türk qanunvericiliyində⁹ hökmran mövqeyə “müəyyən bazarda bir və ya daha artıq təsərrüfat subyektinin, rəqiblərindən və istehlakçılardan müstəqil olaraq qiymət, təklif, istehsalat, bazara çıxarılan mal miqdarı kimi iqtisadi parametrləri müəyyən etmə gücü” kimi anlayış verilmişdir.

Ümumilikdə müvafiq bazarda hər hansı bir təsərrüfat subyektinin hakim mövqe vəziyyətində olub-olmamasının düzgün təyin edilməsi hakim mövqenin müəyyən edilmə ölçüsü olan meyarların təhlili nəticəsində həll olunur. İlk olaraq müvafiq bazarın müəyyən edilməsi vacibdir. Bununla bağlı Avropa Komissiyasının *Continental Can*¹⁰ işi üzrə çıxardığı qərarında, hakim mövqenin yalnız müəyyən bir bazarda mövcud olmasını və bu bazarın təyin edilməsinin vacibliyi vurğulanmışdır.

Hökmran mövqenin müəyyən edilmə meyarlarına keçməzdən əvvəl bazara giriş maneələri, texnoloji üstünlük, əqli mülkiyyət və patent hüquqları, yüksək investisiya xərci, təsərrüfat subyektinin mövcud olan lakin istifadə edilməyən istehsalat həcmi (istehsal potensialı) kimi anlayışlara toxunmaq yerində olardı. Sadalanan bu anlayışlar rəqabət hüququnda hökmran mövqenin müəyyən edilməsi ilə sıx bağlı olub, onun sərhədlərinin daha düzgün təyin edilməsinə şərait yaradır.

(a) **Bazara giriş maneələri** - bazara giriş maneələri tarif normaları, normadan kənar tənzimləmələr və digər inzibati tənzimləmələrdən yaranan beynəlxalq ticarətin normal inkişafına təsir göstərən müxtəlif siyasi və hüquqi tədbirləri ifadə edir. Belə maneələrin əsas xüsusiyyəti müvəqqəti xarakter daşımamalarıdır. Bazara girişdə maneələr yaradan tədbirlər Ümumdünya Ticarət Təşkilatı (ÜTT)/Tariflər və Ticarət üzrə

⁸ Judgment of the Court of 14 February 1978, *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission of the European Communities, Chiquita Bananas*, Case 27/76, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61976CJ0027&from=EN> (son baxış 22 noy. 2015)

⁹ 4054 sayılı Rekabetin Korunması Kanunu, maddə 3

¹⁰ Judgment of the Court of 21 February 1973, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities*, Case 6-72, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61972CJ0006&from=EN> (son baxış 23 noy. 2015)

Baş Saziş (GATT) kimi çoxtərəfli, regional və ya digər ikitərəfli ticarət müqavilələrində nəzərdə tutulan qaydalara zidd tədbirlərdir.

- (b) *Texnoloji üstünlük, əqli mülkiyyət və patent hüquqları* - bazarda mövcud olan bir təsərrüfat subyektinin texnologiya cəhətdən digər subyektlərdən rəqabət olunmayacaq səviyyədə üstünlüyünün olması, həmçinin faydalı model/patent kimi qanuni inhisar hüququ yaradan əqli mülkiyyət hüquqlarının bir çoxuna sahib olması bazara yeni subyektlərin girişində çətinlik yarada bilər. Bu məsələ ilə bağlı Avropa Komissiyası Michelin¹¹ və Tetra Pak¹² işləri üzrə verdiyi qərarında avtomobil şini istehsalı və maye qidaların qablaşdırılmasında istifadə edilən sistemi yüksək texnologiya kimi qiymətləndirdiyindən bazara giriş maneəsi hesab etmişdir. Antiinhisar fəaliyyəti haqqında qanun patent-lisenziya inhisarçılığının 5 şərtini müəyyən etmişdir. Bu şərtlər¹³ müvafiq əmtəə bazarında patent və lisenziyalar üzərində inhisar hüququndan sui-istifadə edən idarəetmə orqanlarının və təsərrüfat subyektlərinin qeyri-qanuni fəaliyyətini səciyyələndirir. Lakin qanunda əqli mülkiyyət hüquqları ilə bağlı heç bir norma nəzərdə tutulmamışdır. Əqli mülkiyyət hüquqları mütləq hüquqlardır və öz sahibinə müəyyən müddət ərzində əqli məhsulu ilə bağlı yalnız ona məxsus olan müəyyən maddi və mənəvi hüquqların təminini şərtləndirir. Əqli mülkiyyət hüquqlarının yaratdığı belə inhisarçı xüsusiyyət nəticəsində həmin hüquqlara sahib olan şəxs hüquqların aid olduğu sahə üzrə başqalarının bu hüquqların məzmununu təşkil edən patentdən, faydalı modeldən, sənaye nümunələrindən və ya əsərlərdən istifadə etməsini məhdudlaşdırıla bilər.
- (c) *Bazara girişdə yüksək investisiya* - bazara giriş üçün çox yüksək investisiya xərcinin tələb olunduğu bazarlarda təsərrüfat subyektinin hökmran mövqedə sayıla bilməsi üçün nisbətən daha aşağı bazar payına (35%-40% kimi)¹⁴ sahib olan, lakin mənsub olduğu qrup

¹¹ Judgment of the Court of 9 November 1983 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61981CJ0322&from=EN> (son baxış 24 noyabr 2015)

¹² Judgment of the Court of First Instance (Second Chamber) of 6 October 1994 – <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61991TJ0083&from=EN> (son baxış 24 noy. 2015)

¹³ Antiinhisar fəaliyyəti haqqında Azərbaycan Respublikasının Qanunu, Bakı, 4 Mart 1993, 12-ci maddə “*Bu şərtlərə patent sahibinin ondan istifadə etməməsi və bu patentə lisenziya verməkdən əsassız imtina etməsi, lisenziya alanın texniki siyasətinin məhdudlaşdırılması, lisenziyalasdırılmış texnologiyanın lisenziya alan tərəfindən mənimsənilməsinin məhdudlaşdırılması, lisenziya alanın kommersiya fəaliyyətinin məhdudlaşdırılması, lisenziya sahibi tərəfindən lisenziya satılarkən onun haqqının ödənilməsi rejiminin şərtləşdirilməsi daxildir*”

¹⁴ Qocayev, “*Qabaqcıl beynəlxalq təcrübə yalnız konkret bazar payını 35% kimi aşağı bir həddi hökmranlıq üçün kifayət saymır. Bununla yanaşı bazara daxil olma və ya fəaliyyətin genişləndirməsində maneələr, habelə digər əvəzedici məhsullar və ya xidmətlərin yaxınlığının və s. müqayisəli təhlilləri də əhatə edilməlidir*”

baxımından ciddi maliyyə üstünlüyü olan təsərrüfat subyektlərinin hökmran mövqedə olduqları qəbul edilə bilər.¹⁵

- (d) ***İstehsal potensialı*** - müvafiq bazarda hakim mövqedə olub-olmadığı müəyyənləşdirilməyə çalışılan təsərrüfat subyektinin istehsal potensialının böyüklüyü bazara giriş əldə etməyə çalışan yeni subyektlər üçün maneə olub, bazara girişdə çətinlik törədə bilər.¹⁶ Bununla bağlı Avropa Ədalət Məhkəməsinin daha əvvəl qeyd etdiyimiz Hoffmann La Roche işində Roche-in bütün dünyadakı vitamin tələbini təmin edə bilən istehsal potensialına sahib olmasını məhkəmə yüksək bazar payına sahib olma, yəni hökmran mövqe kimi qəbul etmişdir.

B. Hökmran Mövqenin müəyyən edilmə meyarları:

“Antiinhisar fəaliyyəti haqqında” Qanun hökmran mövqeni hansı meyarlar nəzərə alınmaqla və ya sırf hansı çərçivədə təsərrüfat subyektinin bazarda hökmran mövqedə olub-olmamasını müəyyənləşdirmək üçün norma nəzərdə tutmamışdır. Yalnız müəyyən hallara toxunmaqla bazarda hansı hərəkət və ya hərəkətlərin inhisarçılıq yaradan fəaliyyət hesab edilməsini göstərmişdir. Beynəlxalq təcrübədə hökmran mövqenin müəyyən edilmə meyarları vardır ki, bu meyarların təhlili təsərrüfat subyektinin müvafiq bazarda hökmran mövqedə olub-olmamasını aydınlaşdırmağa imkan verir. Belə bir tənzimləmə metodunun Azərbaycan Rəqabət Hüququ üçün də müəyyən edilməsi arzu ediləndir.

1. Bazar payı, müstəqillik və iqtisadi güc

Hökmran mövqenin müəyyənləşdirilməsində əsas olan başlıca meyar təsərrüfat subyektinin müvafiq bazardakı payıdır. Hətta bəzi hallarda sadəcə “pay” meyarı digər meyarlar nəzərə alınmadan hökmranlığın təyinində əsas götürülə bilər. Bu məsələyə tipik misal kimi müvafiq bazarda inhisarçı mövqedə fəaliyyət göstərən təsərrüfat subyektlərini göstərmək olar. Avropa qanunvericiliyi inhisarçılıqla yanaşı çox yüksək bazar payı olan təsərrüfat subyektinin, müəyyən edilmiş müddət ərzində davamlı və müstəqil şəkildə göstərdiyi fəaliyyəti hökmran mövqedə olma kimi qiymətləndirsə də, yüksək payın konkret olaraq nə qədər olmasının ölçüsünü verməmişdir. Lakin bazar payı çox aşağı olan təsərrüfat subyektinin digər meyarlar nəzərə alınmadan bazardakı mövqeyinin hökmran mövqe kimi qiymətləndirilməsi yolverilməzdir.

Ümumilikdə beynəlxalq təcrübədə 50%-in üzərində olan bazar payı hökmran mövqenin mövcud olmasını göstərən əhəmiyyətli göstəricidir. Bununla yanaşı 40%-in üzərində olan bazar payları da təhlükəli sərhəd

¹⁵ Emine Ulaş, Rekabet Hukukunda Hakim Durum ve Hakim Durumdaki Teşebbüsler, s. 35 (Yüksek Lisans Tezi. İstanbul, 2007)

¹⁶ Yenə orada, ss. 35-36

sayılır. Avropa Komissiyası yuxarıda adı çəkilən Roche qərarında müxtəlif vitamin bazarlarındakı 65% bazar payını, Michelin qərarında 57% bazar payını hökmran mövqə üçün kifayət saymışdır. Virgin-British Airways¹⁷ ilə bağlı qərar da isə British Airways-in 39,7% nisbətində bazar payı və digər meyarların təsiri ilə hökmran mövqedə olması qəbul edilmişdir.

Hökmran mövqedə olub-olmaması aydınlaşdırılan subyektin mütləq bazar payı ilə yanaşı, ən yaxın rəqib və ya rəqibləri ilə olan bazar payları arasındakı fərqə, yəni nisbi bazar payına da diqqət yetirilməlidir. Məsələn, 45% bazar payına sahib bir subyektin hökmran mövqedə olub-olmamasının, yəni müştərilərindən və rəqiblərindən müstəqil hərəkət edib-etmədiyini aydınlaşdırılarkən bu subyektin ən yaxın iki rəqibinin bazar paylarının 18%, 10% olması vəziyyəti ilə 35%, 20% olması vəziyyətində gəlinən nəticələr müxtəlifdir.

Bazar payının hesablanması zamanı müvafiq bazarın təyin edilməsi çox vacib şərtidir. Müvafiq bazar özündə üç cür bazar anlayışını birləşdirir: *a) mal və ya xidmət bazarı; b) coğrafi bazar; c) mövcud zamandakı bazar.*

a. Müvafiq mal bazarı “istehlakçı tərəfindən xüsusiyyətləri, qiymətləri və istifadə məqsədləri əvəzləşdirilə bilən məhsullardan ibarət bazarıdır”. Müvafiq mal bazarı müəyyənləşdirilərkən tələbin və təklifin əvəzləşdirilə bilməsi şərti əsasdır. Tələbin əvəz olunması dedikdə, müvafiq mal bazarına aid olan məhsulların istehlakçılar tərəfindən xüsusiyyət, qiymət və istifadəsində heç bir müxtəlifliyin olmaması və bu məhsullardan birinin digərinə dəyişdirilə bilməsi başa düşülür.¹⁸ Avropa təcrübəsində tələb əvəzləşdirilməsi “çarpaz qiymət elastikliyi” ilə müəyyən edilir. Əgər bir məhsulun qiymətində meydana gələn artımlar istehlakçıları əhəmiyyətli sayda digər məhsullara yönləndirə bilirsə bu məhsullar arasında əvəzləşdirmənin mümkün olduğu qəbul edilir və qiymət elastikliyi yüksək olan məhsullar eyni mal bazarına¹⁹ aid olur.

Təklifin əvəzləşdirilməsi tələb əvəzləşdirilməsi qədər effektiv sayılmasa da, müvafiq mal bazarının müəyyənləşdirilməsində əksər hallarda nəzərə alınır. Təklifin əvəzləşdirilməsi dedikdə, hər hansı bir məhsulu istehsal edən təsərrüfat subyektinin qısa zaman ərzində çətinlik çəkmədən başqa məhsulu da istehsal etmə potensialına malik olması başa düşülür. Bu tip məhsulların təklif baxımından əvəzləşdirilməsi mümkün sayılır və onlar da eyni mal bazarına aid olur.

Mal və ya xidmət bazarında təsərrüfat subyektinin hökmran mövqeyi müəyyən edilərkən bir məsələ də subyektin istehlakçılara təqdim etdiyi mal

¹⁷ Commission Decision of 14 July 1999 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (IV/D-2/34.780, Virgin/British Airways), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000D0074&from=EN>, (son baxış 25 noy. 2015)

¹⁸ Ulaş, s. 42

¹⁹ Eyni mal bazarı dedikdə, bu tip məhsulların eynicinsli olması, yəni hər ikisinin eyni bir mal bazarına aid olması başa düşülür.

və ya xidmətlərdə seçim müxtəlifliyinin təmin olunmasıdır. Müvafiq mal bazarında, məsələn, “alkoqollu içkilər bazarında” hökmran mövqedə olmayan inhisarçı sırf “şampan bazarı” baxımından hökmran mövqedə ola bilər.

b. Coğrafi bazar təsərrüfat subyektlərinin bazar fəaliyyətlərinin sərhədləridir. Təsərrüfat subyektinin hökmran mövqedə olduğunun isbatı üçün müvafiq mal bazarının coğrafi sərhədlərinin müəyyənləşdirilməsi vacibdir. Çünki coğrafi aspektdən hər hansı məhdudiyət qoyulmadan müvafiq malın ticarət sisteminin bütün sahələrinə aid edilməsi iqtisadi həqiqətlərə zidd olduğu kimi, Rəqabət hüququnun məqsədilə də bir araya sığmır. Məsələn, zəruri tələbat malları bazarındakı qiymət ortalaması demək olar ki, Azərbaycanın bütün yerlərində eynidir. Lakin qış vaxtı Qubanın ucqar kəndlərində qar uçqunu və digər fəvqəladə halların yaratdığı problemlər yolların bağlı qalması və bunun nəticəsində əhalinin zəruri tələbat mallarını digər ərazilərdən (qonşu kəndlərdən) əldə edə bilməməsi həmin coğrafi bazarda təsərrüfat subyektinin hökmran mövqeyini müəyyənləşdirən zaman nəzərə alınmalıdır.

c. Avropa İqtisadi Birliyinin qurucu müqaviləsi olan Roma müqaviləsində müvafiq bazarın mal və coğrafi meyarı ilə yanaşı **zaman (müddət) meyarının** olduğu da qəbul edilir. Müvafiq bazarın zaman meyarı təhlil edilən mal bazarının müxtəlif zaman kəsiklərində, rəqabət hüquq qaydalarında ciddi fərqliliklər göstərməsi halında əhəmiyyət kəsb edir. Xüsusilə, fəsil dəyişikliyinə və fəvqəladə halların meydana çıxardığı fərqli rəqabət qaydaları bəzi mal bazarlarının həmin dövrə uyğun olaraq ayrıca qiymətləndirilməsinə ehtiyac yarada bilər.

Təsərrüfat subyektinin iqtisadi gücü hökmran mövqenin müəyyən edilməsində nəzərə alınan faktorlardandır. İqtisadi gücün sərhəddi və onun aşılması həddi rəqəm olaraq göstərilə bilər. Təsərrüfat subyektinin iqtisadi gücü onun mənsub olduğu ölkəyə, sektora görə dəyişir.

2. Daimilik

Təsərrüfat subyektinin hökmran mövqedə sayıla bilməsi üçün tək bazar payının həcmi deyil, eyni zamanda onun bazarda hakimiyyətinin davamlı olması şərti də vacib amildir. Müvəqqəti hakimlik hökmran mövqedə olma kimi qiymətləndirilə bilməz. Bir təsərrüfat subyekti tək başına bazara sahib olsa da, əgər bu bazara yeni girişlər mümkündürsə, belə müvəqqəti vəziyyət, hökmran mövqedə olma kimi göstərilə bilməz. Daimilik müddətinin hər hansı konkret həddi müəyyən edilməmişdir. Hökmran mövqedə olma müddətinin minimum həddi Avropa İqtisadi Birliyi ölkələrində 5 il müəyyən edilmişdir. Müddətlər konkret işin hallarına uyğun olaraq hesablanır.

3. Rəqabət Ölçüsü

Hakim mövqenin müəyyən edilməsində sadəcə məlum təsərrüfat subyektinin deyil, eləcə də digər rəqib firmaların bazar payı və məlum

subyektin bu firmalarla rəqabət etmək qabiliyyəti nəzərə alınır. Bazar payının həcmnin çox olması hökmran mövqə üçün kifayət etmir, eyni zamanda bazardakı təsərrüfat subyektlərinin öz aralarındakı rəqabət qabiliyyəti hökmran mövqenin təyinində əsas götürülür.

Rəqabət qabiliyyəti *mövcud rəqabət qabiliyyəti* və *potensial rəqabət qabiliyyəti* olmaqla iki cür təsnifləşdirilir. Mövcud rəqabət qabiliyyəti müvafiq bazarın müəyyən edilməsində nəzərə alınmır, sadəcə hökmran mövqenin təyin edilməsində əsas meyar rolunu oynayır. Potensial rəqabətdə əsas əhəmiyyət kəsb edən amil bu rəqabətin reallaşma ehtimalı və mövcud rəqabətə çevrilməsi üçün tələb olunan müddətdir. Potensial rəqabətin reallaşma ehtimalı və reallaşma müddəti aydınlaşdırılarkən hüquqi maneələr, investisiyanın həcmi, paylama və xidmət şəbəkəsinin qurulması, marka, uzun müddətli tədarük müqavilələri, xammala çatımlılıq, qonşu bazarlardan gələn rəqabət, digər coğrafi bazarlardan təmin edilən idxalat kimi hallar nəzərə alınmalıdır.

II. Sui-istifadə anlayışı və sui-istifadə hesab edilən hallar

A. Sui-istifadə anlayışı

Bazarda təsərrüfat subyektinin hökmran mövqedə olması hüquqa zidd hesab edilmir, lakin bu mövqedən sui-istifadə edərək öz öhdəliklərini pozma, bazardakı mövcud rəqabət qaydalarını aradan qaldırmağa çalışma, habelə əhəmiyyətli dərəcədə mənfə yəndə dəyişdirmə və ya buna cəhd etmə subyektin hüquqi məsuliyyətini yaradır.

Hüquqazidd hesab edilən sui-istifadə anlayışı olduqca geniş və mücərrəd anlayışdır. Ümumi mənada, sui-istifadə bir hərəkətin, səlahiyyətin yaxud hüququn dürüstlük və əxlaq qaydalarına zidd, başqalarını istismar etmək şəkilində və ya həmin səlahiyyətin yaxud hüququn məqsədinə, təyinatına zidd olaraq istifadə edilməsidir. Rəqabət hüququ baxımından sui-istifadə hökmran mövqedə olan təsərrüfat subyektinin rəqabəti məhdudlaşdıran, aradan qaldıran və ya onun qarşısının alınmasına yönələn, haqsız qazanc və üstünlük əldə edilməsinə səbəb olan hərəkətləridir. Bu tip hərəkətlərin edilməsi bazarda fəaliyyət göstərən bütün təsərrüfat subyektlərinin deyil yalnız hökmran mövqedə olan təsərrüfat subyektinin məsuliyyətini yaradır. Belə izah etmək olar ki, hökmran mövqedən sui-istifadə edilməsi hökmran mövqedə olan təsərrüfat subyektinə məxsus olub, yalnız onun tərəfindən törədilə bilər.

Səbəbli əlaqə:

Hökmran mövqedən sui-istifadənin müəyyən edilməsində hökmran mövqə ilə sui-istifadə arasında səbəbli əlaqə axtarılır. Səbəbli əlaqə axtarıllarkən diqqət yetirilməli olan məsələ odur ki, səbəbli əlaqənin harada? - *sui-istifadə nəticəsində yaranan mənfə hallarla* hökmran mövqə arasında, yoxsa

təsərrüfat subyektinin sui-istifadəyə yol açan davranışı ilə hökmran mövqe arasında axtarılmasıdır.

(a) *Sui-istifadə nəticəsində yaranan mənfi hallarla hökmran mövqe arasında səbəbli əlaqə:*

Təsərrüfat subyekti tərəfindən öz hökmran mövqeyindən sui-istifadə etməklə qiymət manipulyasiyaları²⁰ aparılması bazarda həm istehlakçıların, həm də rəqiblərinin vəziyyətini ağırlaşdıraraq haqsız rəqabətə yol açır. Məsələn, əsas bazarda hökmran mövqedə olan təsərrüfat subyektinin digər qonşu bazarlarda da mövqe tutmaq istəməsi və bu istəyi reallaşdırmaqdan ötrü əsas bazardakı hökmran mövqeyinin yaratdığı iqtisadi gücdən istifadə edərək qonşu bazarlara qiymət manipulyasiyası etməklə girməsi həmin bazarlarda olan rəqabət mühitini alt-üst edir. Hökmran mövqe əsas bazarda olsa da, qiymət manipulyasiyası qonşu bazarlarda həyata keçirilir və mənfi hallara yol açır. Təsərrüfat subyektlərinin rəqabət qaydalarını pozan belə hərəkətlərinin, hökmran mövqe və ondan sui-istifadə edilməsi arasında səbəbli əlaqəni verilən bu misalda aydın görmək olur. Belə ki, qiymət manipulyasiyasının edilməsi digər bazarda həyata keçirilsə də, ona şərait yaradan əsas bazardakı hökmran mövqe olmuşdur. Təsərrüfat subyektinin belə mövqeyi olmasaydı, o zaman o, qonşu bazarlarda bu tip manipulyasiyalar həyata keçirmək iqtidarında olmazdı. Beləliklə, qiymət manipulyasiyası (sui-istifadə) və hökmran mövqe arasında səbəbli əlaqə yaranmış olur.

(b) *Təsərrüfat subyektinin sui-istifadəyə yol açan davranışı ilə hökmran mövqe arasında səbəbli əlaqə:*

Təsərrüfat subyektinin öz hökmran mövqeyindən istifadə etməklə kontragentə sərfəli olmayan və ya müqavilələrin məzmununa aid olmayan müqavilə şərtlərinin ona məcburi qəbul etdirməsi zamanı əlavə öhdəlik müqavilələrinin bağlanmasını nümunə kimi göstərmək olar. Təsərrüfat subyekti hökmran mövqedə olmasaydı, o bu müqavilələri rahatlıqla öz müştərilərinə imzalada bilməzdi, başqa sözlə desək, müştəri belə müqavilədən imtina edə bilərdi. O səbəbdən subyektin belə sui-istifadə hallarına yol açan hərəkətləri ilə hökmran mövqedə olması arasında səbəbli əlaqə vardır.

B. Sui-istifadə hesab edilən hallar

Hökmran mövqedən sui-istifadə edilən hallar öz içərisində iki cür təsnifləşdirilir. Bunlara **1) Rəqabətə zidd olan sui-istifadə halları** və **2) İstismar şəklində edilən sui-istifadə halları** aiddir. Belə təsnifləşdirmənin əsasında duran məsələ hökmran mövqedən sui-istifadənin məqsədini

²⁰ "Antiinhisar fəaliyyəti haqqında" Azərbaycan Respublikasının Qanunu, Maddə 8: "Qiymət manipulyasiyası bazarda əlavə üstünlük əldə etmək məqsədilə qiymətlərin yüksəldilməsi, azaldılması və ya bir səviyyədə saxlanılmasıdır." (4 mart 1993)

aydınlaşdırmaq və bilavasitə kimləri hədəf olaraq seçdiyini müəyyənləşdirməkdir.

Təcrübədə hökmran mövqedən sui-istifadə edilməsi hallarının həddən artıq geniş olmağını nəzərə alaraq onlara bir neçə kazus tipli nümunə göstərməklə kifayətlənirəm.

1. Qiymət manipulyasiyası:

Qiymət manipulyasiyası hökmran mövqedə olan təsərrüfat subyektinin iqtisadi gücünə arxalanaraq potensial rəqiblərinin rəqabət aparmaq qabiliyyətlərinin aradan qaldırılması şəkilində qiymətləri azaldaraq onların bazarda qala bilməmələrini təmin etməsi, bazardan çıxardıqdan sonra isə qiymətləri yüksəldərək həmin dövrdəki zərərini kompensasiya etməsidir. Avropa Komissiyasının ECS-AKZO²¹ işi üzrə çıxardığı qərarında kimya sənayəsi nəhəngi AKZO öz bazar fəaliyyətini genişləndirmək istəyən ECS-yə qarşı tətbiq etdiyi qiymət manipulyasiyasına görə cərimə edilmişdir. 1979-cu ilə qədər sadəcə benzoil-peroksid istehsal edən ECS, polimer bazarına giriş əldə etmək istəyərkən AKZO tərəfindən ona xəbərdarlıq edilmiş, lakin ECS bu xəbərdarlığa məhəl qoymamış, buna cavab olaraq AKZO, benzoil-peroksid bazarında qiymətləri kəskin surətdə azaltmışdır. Komissiya AKZO şirkətinin bu hərəkətini hökmran mövqedən sui-istifadə kimi qiymətləndirmişdir.

2. Mal verməkdən/xidmət göstərməkdən imtina:

Hökmran mövqedə olmayan subyektlərin müqavilə azadlığı prinsipi çərçivəsində istədikləri vaxt bazarın digər subyektlərinə mal verməkdən (xidmət göstərməkdən) imtina etmək hüquqları olsa da, hökmran mövqedə olan təsərrüfat subyektinin uzun müddət mal verdiyi (xidmət göstərdiyi) hər hansı bir subyektə haqlı səbəb olmadan mal verməkdən (xidmət göstərməkdən) imtina etməsi öz mövqeyindən sui-istifadə kimi qiymətləndirilir və rəqabətin pozulmasına səbəb olur. Əgər hökmran mövqedə olan subyektin verəcəyi mal (göstərəcəyi xidmət) müvafiq bazarda fəaliyyət göstərilməsi üçün həyati əhəmiyyət kəsb edirsə, daha əvvəldən ticarət əlaqələri olan subyektlərlə yanaşı bazara yeni girmək istəyən subyektlərə də mal verməkdən imtina etməsi hökmran mövqedən sui-istifadə kimi qiymətləndirilir.

Mal və ya xidmət verilməsindən imtina ilə bağlı Avropa Ədalət Divanının verdiyi ilk qərar Commercial Solvents²² işi üzrə olmuşdur. Vərəm

²¹ Commission Decision of 14 December 1985 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty (IV/30.698 - ECS/AKZO) (Only the Dutch text is authentic) (85/609/EEC)- <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31985D0609&from=EN> (son baxış 30 noy. 2015)

²² Judgment of the Court of 6 March 1974. -Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities - Joined

xəstəliklərinin müalicəsində istifadə edilən dərmanın xammaddəsinin təşkil edilməsində bazarda hökmran mövqeyə sahib olan Commerical Solvents bu dərmanın istehsalçısı olan Zoja adlı subyektə, özünün də bu dərmanı istehsal etmək niyyətinin olması səbəbilə, dərmanın xammaddəsinə satmaqdan imtina etmişdir.²³ Ədalət Divanı Commercial Solvents'in bu hərəkətini dərman bazarındakı rəqiblərin "rəqabət qabiliyyətini aradan qaldıran hal" kimi qiymətləndirmiş və bunu rəqabət qaydalarına zidd saymışdır.

Məlumat verməkdən imtina ilə əlaqədar İTT Promedia/Belgacom²⁴ işi üzrə Avropa Komissiyasının vermiş olduğu qərarla, Belçikada hakim mövqedə olan telekommunikasiya operatorunun, mobil rabitə operator bazarına giriş əldə etmək istəyən subyektə məqbul şərtlərin olmasına baxmayaraq, telefon xidmətindən faydalanan müştərilər barədə məlumat verməkdən imtina etməsi hökmran mövqedən sui-istifadə kimi qiymətləndirilmişdir.

3. Rəqiblərin istehsal xərclərinin yüksəldilməsi və rəqabətdə əlverişsiz vəziyyətə gətirmə:

Rəqabətin ziddinə yönələn sui-istifadə hallarının demək olar ki, hamısı rəqiblərin istehsal xərclərini yüksəltməklə onları rəqabətdə əlverişsiz vəziyyətə gətirir. Məsələn, mal və ya xidmətdən imtina zamanı rəqiblər alternativ tədarük qaynaqları axtarmağa başlayırlar ki, bu da onları əlavə xərclərlə üz-üzə qoyur. Oxşar şəkildə qiymət manipulyasiyaları da rəqibləri, rəqabət apara bilmək üçün öz maliyyə xərclərindən aşağı səviyyədə satış aparılması tendensiyası ilə üz-üzə qoyur. Nəticədə hökmran mövqedə olan təsərrüfat subyektinə qədər iqtisadi gücə sahib olmayan subyektlər bazardan silinib gedir, bazara girmək istəyən potensial rəqiblər isə bazara girişdə maneələrlə qarşılaşır.

Rəqiblərin xərclərinin yüksəldilməsinə yönələn hərəkətlərdən biri də yüksək məbləğli reklam və təqdimat tipli taktiki üsullarla hələ bazara girməmiş subyektlərin belə xərcləri ödəmək məcburiyyətində qoyulması halıdır. Hökmran mövqedə olan təsərrüfat subyektinə böyük məbləğdə maliyyə vəsaiti olması səbəbilə reklam işlərinə külli miqdarda vəsait xərclədiyindən hələ bazara giriş əldə etməyən subyektlərin bazarda fəaliyyət göstərə bilməsi üçün onların da belə böyük maliyyə həcmli reklam işləri aparmaları lazım gəlir. Qeyd edilən bu hal rəqabət hüquq qaydaları ilə ziddiyyət təşkil edir və hökmran mövqenin sui-istifadə edilməsi halı kimi qiymətləndirilir.

cases 6 and 7-73, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61973CJ0006&from=EN> (son baxış 30 noy. 2015)

²³ Ulaş, ss. 81-82

²⁴ Judgment of the Court of First Instance (Fourth Chamber, extended composition) of 17 July 1998, ITT Promedia NV v Commission of the European Communities, Case T-111/96, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61996TJ0111&from=EN> (son baxış 1 dek. 2015)

4. Əlavə öhdəliklərin müəyyən edilməsi:

Hökmran mövqedəki subyektin bir mal və ya xidmətlə birlikdə digər bir mal və ya xidmətin satılmasını əlavə öhdəlik kimi irəli sürməsi hökmran mövqenin istismar yönümlü sui-istifadə edilməsidir. Müqavilənin qurulmasını, ticarət və işgüzar qaydalarla heç bir əlaqəsi olmayan əlavə öhdəliklərə bağlayan şərtlər “qandallama şərtləri”²⁵ adlandırılır. Bir-birindən ayrılı bilən iki növ mal və ya xidmətin bir müqavilədə əlavə öhdəlik şəkilində nəzərdə tutulması hökmran mövqedən sui-istifadə edilməsi kimi qiymətləndirilir. Məsələn, hökmran mövqedə olan dondurma istehsalçısının malların bazara paylanmasını həyata keçirən şəxslə bağladığı müqavilədə dondurma ilə yanaşı təsərrüfat subyektinin emblemini özündə əks etdirən soyuducunun da bazar qiymətinə uyğun olaraq alınmasını tələb etməsi hökmran mövqedən sui-istifadə halı yaratmasa da, dondurma ilə birlikdə limonad alınması və ya soyuducunun bazar qiymətindən 20 qat daha artıq bir qiymətə satılması şərti əlavə öhdəlik yaradır və hökmran mövqedən sui-istifadə halıdır.

5. Ayrı-seçkilik:

Hökmran mövqedə olan təsərrüfat subyektlərinin ən geniş tətbiq etdiyi sui-istifadə halı eyni səviyyədə olan alıcılara bərabər, eyni növ hüquq və öhdəliklər üçün fərqli şərtlər irəli sürərək birbaşa və ya dolayı yolla ayrı-seçkilik etmələridir. Ayrı-seçkiliyin rəqabət qaydalarının pozulmasına təsiri iki cür ola bilər. Birincisi, hökmran təsərrüfat subyektinin, alıcıları özündən asılı vəziyyətə salaraq rəqib subyektlərin onlara mal və ya xidmət göstərməsinə maneə törətməsi şəkilində, ikincisi fərqli şərtlər tətbiq edərək alıcılar arasındakı rəqabət mühitini pozması şəkilində mövcud ola bilər.

Nəticə

Rəqabət hüququnda təsərrüfat subyektinin hökmran mövqedən sui-istifadə etməsini müəyyənləşdirərkən ən birinci təsərrüfat subyektinin varlığını, ikinci müvafiq bazarı və müvafiq coğrafi bazarı müəyyən etmək lazımdır. Daha sonra rəqabət hüququnun qaydalarının pozulub-pozulmadığının aydınlaşdırılması üçün təsərrüfat subyektinin müvafiq bazarda hökmran mövqedə olub-olmaması məsələsi həll edilməlidir. Hökmran mövqenin müəyyənləşdirilməsində başlıca meyar təsərrüfat subyektinin rəqiblərindən və müştərilərindən müstəqil olaraq müvafiq bazardakı iqtisadi parametrləri təyin etmək iqtidarında olub-olmamasıdır. Bununla yanaşı müvafiq bazardakı bazar payı (mövcud qanunvericilik baxımından 35% və daha yuxarı) hökmran mövqenin olmasını göstərən əsas faktordur. Xüsusilə, oliqopoliya (sadəcə 3-4 təsərrüfat subyektinin aktiv

²⁵ Ulaş, s. 111

olduğu) bazarlarında tək başına olmasa da, birlikdə hökmran mövqenin olub-olmamasına diqqət yetirilməlidir.

Hökmran mövqenin təyin edilməsi hələ təsərrüfat subyektinin hüquqi məsuliyyətini yaratmır. Belə məsuliyyətin yaranması, onun bu mövqedən rəqabət hüququnun qaydalarının ziddinə istifadə edib-etmədiyi halının aydınlaşdırılmasından sonra mümkündür.

Mehran Amirli*

How to Deal with BEPS?

Abstract

Rise of various multinational corporations and increasing development of cross-border activities make an unfathomable impact on regular and broadly utilized paradigms and regulations. This impact makes the long-acting phenomena more muddled or create new ones and these progressions create challenges for tax authorities as well. Issues of taxation of multinationals and corporate tax avoidance is referred as Base Erosion and Profit Shifting (BEPS). This article is devoted to examine BEPS and propose a solution in this respect. In this regard, loopholes of international taxation, tax competition of states, tax havens, digital economy, hybrid mismatch arrangements, transfer pricing are analyzed, corporate tax structures of some multinationals (Apple and Amazon) is depicted and as a solution, foundation of International Tax Organization is suggested and its possible modus operandi is proposed.

Annotasiya

Çoxlu sayda transmilli korporasiyaların yaranması və sərhədlərarası iqtisadi münasibətlərin artan inkişafı geniş istifadə olunan anlayışlar və tənzimləmələrə böyük təsir göstərir. Bu təsir uzun zamandır işlənən fenomenləri ya mürəkkəbləşdirir ya da yeni problemlər yaradır ki, bu dəyişikliklər, eyni zamanda, vergi orqanlarına çətinliklər yaradır. Korporasiyaların vergidən yayınması ümumi şəkildə Baza Eroziyası və Mənfəətin Yerdəyişdirilməsi (BEMY) kimi adlandırılır. Bu məqalədə BEMY-in araşdırılmasına və bunun üçün həll yolunun verilməsinə həsr olunub. Bunun üçün beynəlxalq vergi hüququndakı boşluqlar, dövlətlərin vergi rəqabəti, ofşor zonalar, elektron ticarət, hibrid maliyyə əməliyyatları, transfer qiymətləri, "Apple" və "Amazon" kimi korporasiyaların vergi strukturu və vergi planlaşdırması araşdırılır və Beynəlxalq Vergi Təşkilatının yaradılması həll yolu kimi verilir və onun fəaliyyətinin necə həyata keçirilməsi təklif olunur.

Introduction

Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) is set of arrangements for avoiding or reducing or negating tax.¹ These instruments are an outcome of tax planning strategies developed by Multinational Enterprises (MNEs). Reasons for BEPS are opportunities and advantages caused because of globalization and vastness of cross-border economic relations. In this manner, MNEs shift their income to jurisdictions with low taxation or no taxation via different means. These means can be traditional transfer pricing rules, absence of taxable presence because of E-commerce transactions, hybrid entities, abuse of differences between tax jurisdictions, which create double non-taxation and so on. In spite of the fact that BEPS has

* Baku State University Law School, 3rd year student, SABAH group.

¹ Tax avoidance is not infringement of letter of law, but spirit of law. See Reuven Avi-Yonah, et al., *Global Perspectives on Income Taxation Law*, p. 101 (2011) or see Zoë Prebble & John Prebble, *Comparing the General Anti-Avoidance Rule of Income Tax Law with the Civil Law Doctrine of Abuse of Law*, 62:4 Bull. Int'l Tax. 151, p. 151 (April 2008)

been existing for a considerable length of time², recent news stories and vocal position of civil society and non-governmental organizations or “public outcry”³ appear expanded consideration paid for corporate tax issues.⁴ The mainstream of complaints on corporate taxation that multinationals do not pay fair share tax.

In the article, generally, BEPS will be examined and it will be suggested establishment of International Tax Organization in order to deal with these issues.

I. Big Picture of BEPS

A. Occurrence of BEPS

Rise of various multinational corporations and increasing development of cross-border activities make an unfathomable impact on regular and broadly utilized paradigms and regulations. This impact makes these long-acting phenomena more muddled or creates new ones and these progressions create challenges for tax authorities as well. Income of multinationals is referred as “stateless income”, which means “income derived by a multinational group from business activities in a country other than the domicile of the group's ultimate parent company, but which is subject to tax only in a jurisdiction that is not the location of the firm's customers or the factors of production through which the income was derived, and is not the domicile of the group's parent company”.⁵

Occurrence of Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) is closely related to international or cross-border transactions and relations among or within Multinational Enterprises (MNEs). What matters is, multinationals can

² Pascal Saint-Amans & Raffaele Russo, *What the BEPS are we Talking About?*, OECD.ORG, <http://www.oecd.org/ctp/what-the-beps-are-we-talking-about.htm> (Last visited Nov. 10, 2015)

³ “The recent public outcry about the taxation of multinationals has certainly been marked by passion and emotion, and has reached a crescendo of late. [...] there emerged a growing sense of outrage by the public about the role of large multinationals (particularly in the financial services industry) in triggering the crisis, and a heightened awareness [...] whether multinationals were paying their “fair share of tax.” See more: Manal S. Corwin, *Sense and Sensibility: The Policy and Politics of BEPS*, 19th Annual David R. Tillinghast Lecture on International Taxation at New York University School of Law on September 30, 2014. Video available at: <http://www.law.nyu.edu/news/global-tax-policy-manal-corwin-tillinghast-lecture> (last visited Nov. 17, 2015), transcript of video – Manal S. Corwin, *Sense and Sensibility: The Policy and Politics of BEPS*, Current and Quotable Tax Notes, p. 134 – is available at: <https://www.kpmg-institutes.com/content/dam/kpmg/taxwatch/pdf/2014/beps-corwin-tillinghast-tn-100614.pdf> (last visited Nov. 17, 2015)

⁴ OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing (hereinafter *Addressing BEPS*) <http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>, p. 13

⁵ Edward D. Kleinbard. *The Lessons of Stateless Income*, 65 Tax L. Rev. 99, p. 99 (2011-2012)

successfully avoid or negate or keep their income away from corporate tax under current taxation rules.

As there are various taxation regimes of states, there is international tax regime, which attempt to manage tax collection matters of MNEs. International tax regime consists of more than two thousand double taxation agreements.⁶ Parties to the treaties intend to minimize double taxation level to effective tax rate. For instance, resident of country A operates and gains its corporate wage in country B. Both country A and B want to subject the corporation to tax at the same time. This issue is generally solved by states with tax agreements. A tax treaty or a double tax agreement is an agreement entered into by those countries designed primarily to control the way in which income is taxed by those countries.⁷ However, no all states make an agreement concerning this issue or nonetheless, despite those double taxation agreements, MNEs can avoid or reduce taxation of their income through different arrangements successfully.

Thus, primary reasons why BEPS rises are (i) loopholes in international taxation because of jurisdictional contrasts and ill-regulated tax rules or non-regulated taxation issues; (ii) misunderstandings among these jurisdictions because of the competition based taxation. In the following chapter, most of BEPS issues in the context of international taxation will be dissected.

Notable initiatives on aforementioned international taxation issues have been taken by Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) and European Union (EU). Efforts of OECD on international taxation are mainly based on coordination. Coordination principle has been established against competition based international taxation. In reports and action plan of OECD⁸, as a common sense, it is suggested that states should work together under international rules (*for instance, treaty*) in order to eradicate tax dodging and tax MNEs according to those rules. However, some economists consider this effort as a complete waste of time: "it entirely ignores the basic truth about corporate taxation. Which is that corporations never pay it in the first place."⁹

⁶ Reuven Avi-Yonah, *International Tax as International Law*, p. 3 (2007)

⁷ Robert L. Deutsch, Roisin M. Arkwright, *Principles and Practice of Double Taxation Agreements*, p. 3 (2008)

⁸ "Final BEPS package for reform of the international tax system to tackle tax avoidance" was published on OECD's website. Package Contains 15 Actions. See BEPS 2015 Final Reports <http://www.oecd.org/ctp/beps-2015-final-reports.htm> (last visited Nov 23, 2015). Executive summary is available here: <http://www.oecd.org/ctp/beps-reports-2015-executive-summaries.pdf> (last visited Nov 23, 2015)

⁹ Tim Worstall, *The OECD's BEPS Corporate Tax Plan Is A Complete Waste Of Time And Effort, Counter Productive Even*, <http://www.forbes.com/sites/timworstall/2015/10/06/the-oecd-s-beps-plan-is-a-complete-waste-o-bbf-time-and-effort-counter-productive-even/> (last visited: 16 Nov, 2015)

B. Defining the "Tax Base"

The phrase "tax base" means amount of income or presence which should be levied or broadly "the base of tax means the thing, transaction or the amount on which the tax is raised".¹⁰ Different territorial tax jurisdictions across the worldwide have different approaches in regard to determine and/or compute the tax base.

In this respect, there is European Union (EU) approach, which requires its members adapt their tax regulation to common rules established by EU Commission. Proposed Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) would imply a three-step approach:¹¹

- (1) Determination of corporate taxable income of group members based on a harmonized set of tax accounting regulations;
- (2) Consolidation of the individual, i.e. the group members', corporate tax bases to the common tax base;
- (3) Allocation of the consolidated tax base to group members located in different Member States by formula apportionment.

It has been reported that, "in the absence of common corporate tax rules, the interaction of national tax systems often leads to over-taxation and double taxation, businesses are facing heavy administrative burdens and high tax compliance costs."¹² It should be considered that, each tax jurisdiction has right to tax income of corporations within its jurisdiction in accordance to its tax law; therefore, aforementioned Directive ascertains common rules for just determining tax base in favor of better conditions for economy within EU.

II. Dissection of BEPS

A. Tax Competition of States

Tax competition means states' effort on reducing tax rate over corporate income. Tax rate is overall percentage for levying taxable corporate income or tax base of corporations laid down on appropriate tax regulation. While reducing tax rate states intend to draw corporations' attention with creating preferences for them. MNEs use these preferential regimes in order to shift income to tax havens. Because of less tax rate than many other countries, in preferential regimes taxation of earned profit turns out to be less. These advantages can be created as alluring environment for Research and Development (R&D). For instance, UK Patent Box rules enable companies to

¹⁰ Subhajit Basu, *Global Perspectives on E-Commerce Taxation Law*, p. 175 (2007)

¹¹ Christoph Spengel, York Zöllkau (*editors*), *Common Corporate Tax Base (CC(C)TB) and Determination of Taxable Income. An International Comparison*, p. 5 (2012)

¹² European Commission. COUNCIL DIRECTIVE on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB), p. 4 (2011) (available at http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/company_tax/common_tax_base/com_2011_121_en.pdf last visited Nov. 20, 2015)

apply lower tax rate (10%) for profits earned from patented inventions;¹³ Under Netherlands Innovation Box rules 5% tax rate is applied to profits earned from intangibles.¹⁴ On the other hand, it should be contemplated that corporate income tax rates in UK and Netherlands are, respectively, 20% and 25%.¹⁵ Another evidence is investigation of European Commission (EC) whether Luxemburg, Netherlands and Ireland while taxing corporate income of Apple, Starbucks and Fiat comply with EU state aid rules. Outcome of investigation is "tax rulings of Luxemburg and Netherlands that artificially reduce a company's tax burden are not in line with EU state aid rules".¹⁶ According to EC, appropriate "tax rulings under investigation endorsed artificial and complex methods to establish taxable profits for the companies. They do not reflect economic reality. This is done, in particular, by setting prices for goods and services sold between companies of the Fiat and Starbucks groups (so-called "transfer prices") that do not correspond to market conditions".¹⁷

Abovementioned tax competition is considered as harmful tax practices and regarding this issue it is suggested or required share of data, transparency and cooperation.¹⁸

B. Tax Havens

For MNEs tax haven as a means to an end is favorable jurisdiction, where a recipient is located for obtaining money from subsidiaries all over the world, with no or low taxation. Mostly, tax havens are countries with low economic status and those countries tend to attract more and more investment or

¹³ HM Revenue and Customs, Patent Box.

<http://www.hmrc.gov.uk/manuals/cirdmanual/CIRD200000.htm>

¹⁴ Baker & McKenzie. Improved Tax Regime for Intangibles in the Netherlands, p. 2

http://www.bakermckenzie.com/files/Uploads/Documents/Locations/Amsterdam/br_netherlands_innovationbox_2012.PDF (last visited Nov 29, 2015)

¹⁵ OECD Statistics. Corporate income tax rate,

<http://stats.oecd.org//Index.aspx?QueryId=58204>

¹⁶ European Commission - Press release - Commission decides selective tax advantages for Fiat in Luxembourg and Starbucks in the Netherlands are illegal under EU state aid rules,

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5880_en.htm (last visited Nov. 30, 2015)

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ See more OECD, Harmful Tax Competition (1998)

<http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>; European Commission,

Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on Tax Transparency to Fight Tax Evasion and Avoidance

http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/company_tax/transparency/com_2015_136_en.pdf; OECD, Countering Harmful Tax Practices More Effectively,

Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 - 2015 Final Report

<http://www.oecd.org/tax/countering-harmful-tax-practices-more-effectively-taking-into-account-transparency-and-substance-action-5-2015-final-report-9789264241190-en.htm>

another sort of money. As solution to tackle tax havens action plan is suggested by some authors contains three measures:¹⁹

- (i) to create a worldwide register of financial wealth, recording who owns which stocks and bonds;
- (ii) to levy sanctions proportional to the costs that tax havens impose on other countries;
- (iii) to rethink the taxation of companies, as not to subject worldwide consolidated profits of corporations to tax, but their country-by-country income.

C. Digital Economy or E-commerce

Electronic commerce or E-commerce is such commercial activities that parties to the transaction interact digitally or over internet. As transactions are settled digitally, customary or conventional rules applied on so-called ordinary commercial activities turn out almost inapplicable in the realm of e-commerce. Because in ordinary commercial activities taxable presence can be determined, which established through long stretch. However, in the case of e-commerce, that presence occurs in virtual world and it challenges the rules as residency, permanent establishment (PE) and so on. Broadly, "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".²⁰ Therefore, because of the undetermined taxable presence in e-commerce, taxation of those wide-ranged activities becomes a challenge for tax jurisdictions. On the other hand, evidence of huge amount of profits earned by e-commerce giants²¹ requires effective solution regarding this issue. Whereas it results with high loss of revenue. For instance, according to UK Public Account Committee, during 2006-2011 Google generated \$18 billion revenue in UK, but paid just \$16 million of UK corporate tax in the same period.²² Different solutions have been suggested in order to deal with challenges of e-commerce as e-signature,²³ VAT²⁴, modifications of PE rules,²⁵

¹⁹ Gabriel Zucman. *The Hidden Wealth of Nations: The Scourge of Tax Havens*, pp. 4-6 (Translated by Teresa Lavender Fagan. The University of Chicago Press. 2015)

²⁰ Orkhan Abdulkarimli, *Taxation of E-commerce*, 1 Baku St. U. L.Rev. 99, p. 99

²¹ For instance, Amazon \$67.9b, Apple \$18.3b See more Statista. Amazon's Online Sales Dwarf the Competition <http://www.statista.com/chart/2214/10-largest-online-retailers/> (last visited Dec. 1, 2015)

²² Public Accounts Committee, *Tax Avoidance – Google, Conclusions and recommendations* <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmselect/cmpubacc/112/11204.htm> (last visited Dec 3, 2015)

²³ Abdulkarimli, *supra* note 20, pp. 107-108

²⁴ Anne Michèle Bardopoulos. *eCommerce and the Effects of Technology on Taxation*, p. 274 (2015)

²⁵ OECD Final Report on BEPS, Executive Summary, *supra* note 11, p. 6

imposing the tax on net basis income (instead of gross basis income) and in order to employ this proposal create Global Tax Fund²⁶.

D. Hybrid Mismatch Arrangements

It is a matter of different treatment of debt and equity in diverse jurisdictions. It is accomplished by creating hybrid entities which is "located" between sender and recipient companies in order to transfer or shift income. Corporations exploit the difference between jurisdictions and avoid the tax as well. For instance, what is equity in country A is treated as debt in country B. "A distribution will be deductible interest for the payer from country A but a dividend bringing home foreign tax credits to the country B".²⁷ This can comply with tax law of particular state, actually letter of law, however for corporations it is another means of tax avoidance.²⁸

According to OECD, effects of hybrid mismatch arrangements are:²⁹

- Double deduction schemes: Arrangements where a deduction related to the same contractual obligation is claimed for income tax purposes in two different countries.
- Deduction / no inclusion schemes: Arrangements that create a deduction in one country, typically a deduction for interest expenses, but avoid a corresponding inclusion in the taxable income in another country.
- Foreign tax credit generators: Arrangements that generate foreign tax credits that arguably would otherwise not be available, at least not to the same extent, or not without more corresponding taxable foreign income.

As mentioned above, jurisdictional differences are underlying elements whereby tax avoidance achieved through. For instance, the US check-the-box rules allows multinationals to create entities that are treated one way in a foreign jurisdiction and another by the United States.³⁰ Therefore,

²⁶ Rifat Azam, *Global Taxation of Cross-border E-commerce Income*, 31 Va. Tax Rev. 639, p. 664 (2012)

²⁷ "The United States sees one taxpayer, by reason of the check-the-box regime or otherwise; the other country sees two. We find ownership in one person, and a secured financing; they find a transfer of ownership to another person whom we perceive as a lender. We say the true borrower is the shareholder who guaranteed the debt; they say the debtor is the corporation that signed the loan instrument." See H. David Rosenbloom, *The David R. Tillinghast Lecture: International Tax Arbitrage and "International Tax System"*, 53 Tax Law Review 137, p. 142 (2000)

²⁸ OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance issues*, p. 11 (2012)

²⁹ *Id.* p. 7

³⁰ Jeremy Scott, *Check the Box for Tax Avoidance* (2014)

<http://www.forbes.com/sites/taxanalysts/2014/02/19/check-the-box-for-tax-avoidance/> (last visited Dec. 3, 2015)

harmonization of domestic tax regulations can be cure in order to get dispose of such sort of tax avoidance.³¹

E. Transfer Pricing

Suppose A Co. and B Co. are unrelated³² parties to the transaction, which is negotiated under terms of market. In case of A Co. and B Co. becomes related parties, terms of same transaction can be manipulated in order to shift higher amount of money. Therefore, transfer pricing rules is applied on these transactions. Generally, transfer pricing rules are designed not to allow related parties to cross the line, which is determined by market forces, and require those related parties contract as independent parties. This requirement is arm's length principle, which originally developed by League of Nations in 1920s.³³ The problem with arm's length principle is determining comparable assets in a transaction concerning intangibles is hard to regulate.

F. Anti-avoidance Rules

Each state has own measures in its jurisdiction in regard to tackle tax avoidance by MNEs. For instance, the US courts have applied 'economic substance' test, which is employed when a transaction is set with no realistic economic terms.³⁴ In addition, taxation of corporations are mostly regulated according to Controlled Foreign Corporation (CFC) rules, which establishes anti-avoidance rules as well. "However, there is a certain irony, since many countries have intentionally weakened their CFC rules to improve the alleged competitiveness of their MNEs in foreign markets or to attract companies' headquarters to their jurisdictions".³⁵ Therefore, it triggers tax competition and open the doors for MNEs with advantages. As a result, anti-avoidance rules do not get to be against avoidance by any means.

G. Corporate Tax Structures

1. Apple³⁶

Apple's tax structure is simpler than more commonly used Double Irish Dutch Sandwich. The US resident Apple Inc. established its wholly owned subsidiaries – Apple Operations International (AOI), Apple Operations

³¹ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report, p. 16

³² Herein unrelated means they have no any administrative connection, or they are not connected in order to manipulate the conditions or they are independent.

³³ Addressing BEPS, p. 35-36

³⁴ Karen B. Brown, Comparative Regulation of Corporate Tax Avoidance: An Overview, *in* A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance (Edited by Karen B. Brown), p. 3 (2012)

³⁵ Hugh J. Ault, *Some Reflections on the OECD and The Sources of International Tax Principles*, 70 Tax Notes Int'l 1195, p. 1198 (2013)

³⁶ Antony Ting, *iTax - Apple's International Tax Structure and the Double Non-Taxation Issue*, British Tax Review 2014, N1, 40, p. 42-46

Europe (AOE) and Apple Sales International (ASI) in Ireland in 1980. In addition, there are third party contract manufacturers in China, which send finished products to sales.

AOI has no any employees and is operated by Apple Inc. located in the US. According to law of Ireland AOI is not resident of Ireland since residency is defined by the location of company's central management. AOI owns many subsidiaries as an intermediate company, received \$30 billion dividends between 2009 and 2011, and has not paid any corporate tax.

ASI is no resident company as well, because of the rule of residency. It receives finished products and sells them in distribution subsidiaries in Europe and Asia. The company has entered into cost sharing agreement (*transfer pricing*) with ultimate parent company Apple Inc., which provide it with economic rights to Apple's intellectual property while the legal ownership of intellectual property always rests with Apple Inc.

Although subsidiaries earns billions of dollars in Ireland, its corporate tax is not proportional to its income (for instance, in 2010, income: \$22 billion; paid tax: \$10 million). This means corporate income is not taxed in source country effectively. In this case, CFC rules should supposedly applied to income of Apple Inc. However, those rules have not been applying because all operations of Apple are pursuant to law of appropriate countries.

Shortly, Apple abuse following rulings:³⁷

1. Definition of residency in Ireland and the US;
2. Transfer pricing rules on intangibles;
3. CFC rules in the US;
4. Check-the-box rules in the US;
5. Low tax jurisdiction or tax haven.

2. Amazon³⁸

Amazon, which is online retailer headquartered in the US and was incorporated in 1994, operates 13 websites.

- Amazon [Company 1 (>95%)] limited partner] and Amazon [Company 2 (<5% general partner)], both US resident companies, participate as partners in a Luxemburg *Société en Commandite Simple* (Lux SCS), a limited liability partnership. Although Lux SCS is separate entity, it has no separate tax personality from its partners and/or Lux SCS is transparent company for tax purposes. This means Lux SCS will not be subject to Luxemburg corporate income tax and net wealth tax.

³⁷ *Id.* p. 46

³⁸ European Commission, State aid SA.38944 (2014/C) – Luxembourg. Alleged aid to Amazon by way of a tax ruling
http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/254685/254685_1614265_70_2.pdf (The subpart is analysis of the mentioned report)

- Lux SCS operates as intellectual property holding company, which was licensed by Amazon.com Inc. and other US affiliates of Amazon group through cost sharing agreement.
- Lux SCS holds all shares of Amazon EU *Société à responsabilité limitée* (hereinafter Amazon EU Sarl or LuxOpCO)
- Lux SCS licenses the IP right to LuxOpCo in return for tax deductible royalty payment.
- LuxOpCo runs all Amazon's Europe websites and holds all shares of subsidiaries located outside Luxembourg.
- Luxembourg provided Amazon with preferential tax regime, which concerns transfer pricing agreement. In addition, neither partners of Lux CSC, nor Lux CSC itself has any tangible presence in Luxembourg according to confirmed request of Amazon by Luxembourg tax authorities, which means Lux SCS will not be deemed to operate through permanent establishment in Luxembourg. Hence, Amazon takes advantage of following issues in Europe:
 1. Preferential regime or harmful tax practice;
 2. Transfer pricing rules of intangibles;

H. How to Deal with It?

Multinationals should be treated “multinationally” and/or supranationally, otherwise ongoing fight between MNEs and tax authorities will remain and latter will continue to lose billions of revenue. Although remarkable initiatives have been taken by OECD and EU in this regard, stringent measures haven't been achieved yet. Effective solution would be foundation of International Tax Organization (ITO), which could manage taxation of so-called stateless income of corporations. Supposed *modus operandi* of ITO will employ following proceedings:

- i. Requiring member states and making non-member states via economic means avoid harmful tax competition and harmonize their tax regulations;
- ii. Imposing obligation on members to provide required data;
- iii. Determining country-by-country income and calculate overall income of MNEs and tax base according to the submitted data;
- iv. Determining effective tax rate;
- v. Dividing taxed overall income between states with consideration of:
 - percentage of local activities of corporation in source(s) of income;
 - residency;
- vi. Imposing liability on tax havens proportional to their contribution for profit shifting and make corporations not to use tax havens with sanctions;
- vii. Ensuring continuous growth of cross-border economic activities.

Conclusion

In this article, main goal was providing basic information on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS), which is the most crucial problem for international taxation. In order to provide proper information underlying issues of BEPS as harmful tax practice, tax havens, hybrid mismatch arrangements, transfer pricing, taxation of e-commerce, some of corporate tax structures were analyzed and foundation of International Tax Organization was proposed as an effective solution, which could deal with this issue. This proposal does not confront with sovereignty of states because it will be accomplished under treaty and operations will be employed under states' will, as they want to subject MNEs to tax now. Probably it needs further efforts and time to attain this purpose.³⁹ Nonetheless, proper changes are inevitable in order to harmonize international tax regime and tax multinationals.

³⁹ For instance, since 1988, 92 jurisdictions have joined to Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters See http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf

*Amrah Rahmanov**

Transfer Pricing

Abstract

Nowadays, in the fast-paced world Multinational Enterprises have the significant role in international trade. On the one hand cross-border transactions among the entities of Multinational Enterprises increase worldwide trade traffic, on the other hand intra-firm transactions initiate utilization of these transactions for tax avoidance purposes. Multinationals establish their subsidiaries in offshore zones, which helps them to allocate profits to overseas with the help of transferring goods, services, and intangibles. The rules for adjusting this kind of issues, like arm's length standard and arm's length methods, especially profit split method as the most appropriate method, cost-sharing agreements, and advance pricing arrangements will be discussed in this article.

Annotasiya

Müasir dövrdə Transmilli Korporasiyaların beynəlxalq ticarətdə rolunun artması tendensiyası sürətlə inkişaf edir. Bu cür korporasiyalar öz daxillərindəki müəssisələr arasında bağlanan trans-sərhəd müqavilələrindən vergidənyayınmanın bir növü kimi istifadə edirlər. Öz filiallarını offşor zonalarda yerləşdirərək, əmtəə, xidmət və əqli mülkiyyət obyektlərini bu ölkələrə "transfer" etmək vasitəsilə gəlirlərini vergidən yayındırırlar. Məqalədə bu halların aradan qaldırılması üçün tətbiq olunan "qol uzunluğu" standartı, "qol uzunluğu" metodları, qiymət-bölişdürmə müqavilələri, qiymətlərin əvvəlcədən müəyyən edilməsi barədə razılıqlar öz əksini tapmışdır. "Mənfəətin bölüşdürülməsi" metodu bu problemlərin aradan qaldırılmasının ən məqsədmüvafiq üsulu kimi təhlil edilmişdir.

Introduction

As the international trade and business grow faster every day, integrated corporations, in our case Multinational Enterprises (hereinafter MNEs), become main actors in this field. The purpose of integration is to gather profit that flows out of MNEs group. Transfer pricing is a key for MNEs to prevent allocation of profits to other entities than theirs. As the rule of business, every corporation wants to gain more money than they would. That is why some of them use transfer pricing as a means of tax avoidance because the significant part of the profit goes to state as a tax. If MNEs use transfer pricing as a cross-border transaction, this gives them an opportunity to allocate profit among jurisdictions, which results in reducing the overall tax burden of MNEs group or avoiding tax at all. Even now, some newspapers use the phrase "transfer pricing" as tax avoidance means for MNEs. They report that income of MNEs group flows to the tax heavens like the Cayman Islands, Luxembourg, Switzerland, and Ireland. This income can even become so-called "nowhere income" or how Europeans call it "white

* Baku State University Law School, 3rd year student, SABAH group

income” because it taxed nowhere.¹ To prevent tax avoidance of MNEs by using transfer pricing tax authorities apply rules that regulate these issues. In this article some of these rules, like, arm’s length standard, arm’s length methods, formulary apportionment and rules applied to the transfer of intangibles will be discussed. The profit split method will be prescribed as the most appropriate method and why it should be considered like that.

I. Transfer Pricing

Transfer pricing, reduced to its essence, is a means of allocating costs between units of a large organization or multinational company for goods or services supplied.² Taking into account above said definition, it can be said that transfer pricing is not only subject of international taxation but also has roots in corporate law and business. From the business perspective, transfer prices are employed to increase the efficiency of intra-firm supplies between separate business units. In corporate law, controlling pricing in related-party transactions prevents "tunneling" to the detriment of creditors or minority of shareholders. As we talk about international taxation, in this field transfer pricing serves the role of allocating profits to the different units of a multinational enterprise and of allocating taxing rights to the involved jurisdiction.³ Taking into consideration importance and magnitude of these transactions, authorities divided related-party transactions (controlled) from independent party transactions (uncontrolled), because controlled transactions are one of the ways of shifting profit from one jurisdiction to another. As controlled transactions occur between associated enterprises, it is important for tax authorities to ensure, whether the transaction is in “arm's length” or not. OECD mentions the necessity of adjusting intra-group transactions with giving definition to the term "associated enterprises" in its Model Tax Convention.⁴ However, MNEs use transfer pricing for increasing their profits via avoiding tax, according to some authors using transfer pricing to decrease worldwide taxation is no longer viable.⁵ However, the reports of MNEs groups show other results. Assume MNE shifts its profit from 35% tax rate country (for instance USA) to non-tax rate country (the Cayman Islands).

¹ Lee Sheppard, Transfer Pricing as Tax Avoidance, www.forbes.com/2010/06/24/tax-finance-multinational-economics-opinions-columnists-lee-sheppard.html [last visited: Nov 20, 2015]

² Subhajit Basu, *Global Perspectives on E-Commerce*, p. 53 (2007) *See more* UN Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries [hereinafter UN Practical Manual]. Para. 1.1.6. “Transfer pricing” is the general term for the pricing of cross-border, intra-firm transactions between related parties.

³ Wolfgang Schön, *Transfer Pricing – Business Incentives, International Taxation and Corporate Law*, in *Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics*, 1 MPI Studies in Tax Law and Public Finance 47, p. 47. (Wolfgang Schön & Kai. A. Konrad eds., 2012)

⁴ OECD Model Tax Convention, Art. 9.

⁵ Robert Feinschreiber, *Transfer Pricing Methods: An Application Guide*, p. 3 (2004)

This kind of profit shifting means plus 35% more profit and it gives incentive to multinationals to employ intra-group transactions as tax avoidance means. For preventing the use of transfer pricing for this purposes, tax authorities adopted some methods, which help to adjust this issues. In the next chapters, I mentioned some of them.

II. Arm's Length Standard

As laid down above arm's length standard is one of the most-used ways of regulation of 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).⁶ The benchmark of arm's length standard is a comparability, to find comparable market prices for related-party transactions. It means arm's length standard, at its core, is generally based on a comparison of the conditions in a controlled transaction with the conditions in transactions between independent enterprises.⁷ Hence, it is crucial to comprehend which attributes will be taken into account for comparison. Attributes or "comparability factors" that may be important when determining comparability include the characteristics of the property or services transferred, the functions performed by the parties (taking into account assets used and risks assumed), the contractual terms, the economic circumstances of the parties, and the business strategies pursued by the parties.⁸ Application of arm's length standard constitutes transfer pricing methods which are the ways of the comparison of transactions.

III. Transfer Pricing Methods

There are two groups of transfer pricing methods, which named as "traditional transaction methods" and "transactional profit methods" including comparable uncontrolled price (CUP), cost plus, resale price methods and transactional net margin or comparable profits, profit split methods, respectively.

⁶ CFR-1.482(b)(1).

⁷ OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (2010) [hereinafter OECD-TPG], para. 1.35.

⁸ *Id.* para. 1.36

A. Traditional Transaction Methods

Traditional transaction methods are regarded classic⁹ and the most direct means of establishing arm's length conditions¹⁰. However, in some cases transactional profit methods are more useful than the traditional transaction methods.

1. CUP method

*The comparable uncontrolled price (CUP) method evaluates whether the amount charged in a controlled transaction is arm's length by reference to the amount charged in a comparable uncontrolled transaction.*¹¹ For instance, manufacturer A transfers goods to the subsidiary B which is situated in different jurisdiction and A sells the same kind of goods to the unrelated party C or independent party D sells the same or similar goods under the same or similar conditions to the unaffiliated party E. In this regard, prices established between A and C (internal comparable) or D and E (external comparable) would be the arm's length prices for controlled transaction (which is held between A and B). However, the problem of application of CUP method is finding exact or even similar prices for controlled transactions. As noted above "comparability factors" should be considered when using uncontrolled prices for controlled transactions. In the most cases, CUP method is inapplicable, due to different conditions that appear in compared transactions: rarity and uniqueness of the products transferred¹² or in the situations when there is no internal comparable because selling products to the independent parties (in the example of A and C) is controversial with the purpose of vertical integration¹³. Despite all these facts, CUP method is accepted as the best method when it is possible to apply.

2. Resale Price method

*The resale price method determines an arm's-length price for an enterprise's controlled purchases of property by subtracting from the uncontrolled resale price an appropriate gross margin (the "resale price margin").*¹⁴ Assume K is a seller which purchased some tangibles from affiliated party L and resold these products to independent party N. After subtracting appropriate gross margin¹⁵ and other costs associated with the purchase of the product (e.g. customs duties)¹⁶ from "the resale price" (the price which is charged between K and N) this price

⁹ There are three classic methods that are used in transfer pricing cases, developed by the United States in the 1960s. See Reuven S. Avi Yonah, *International Tax as International Law: An Analysis of International Tax Regime*, p. 104. (2007)

¹⁰ OECD-TPG, para. 2.3.

¹¹ CFR-1.482-3(b)(1).

¹² Peter Harris and David Oliver, *International Commercial Tax*, p. 236-237 (2010).

¹³ Avi Yonah, p. 104-105.

¹⁴ Feinschreiber, p. 215. (by William W. Chip)

¹⁵ Harris and Oliver, p. 237.

¹⁶ OECD-TPG, para. 2.21.

becomes arm's length price for the transaction between related parties L and K. Resale price method is useful in the absence of uncontrolled prices in the open market which makes CUP method inapplicable. Resale Price Method is applied on a transactional basis, consequently, product distinctions less influence this method.¹⁷ However, it is difficult to utilize this method if there is significant time between the purchase of the goods from the related party and resell to an independent party and if the reseller includes valuable contribution to the product.¹⁸

3. Cost-plus method

However, RPM and Cost-plus method are similar to each other; the main difference is in the starting points. *The cost-plus method measures an arm's length price by adding the appropriate gross profit to the controlled taxpayer's costs of producing the property involved in the controlled transaction.*¹⁹ For example, manufacturer A sells tangible to the related party B which does not resell it to the unrelated party as in the resale price method. Nevertheless, it is needed to be found comparable prices for the purposes of establishing arm's length price for this transaction. Thus, it is necessary to find companies similar to A taking into account comparability attributes. "Then companies similar to A are found to determine what this kind of companies typically expect as a profit margin compared to their costs. The cost of the product then is multiplied with gross profit margin which is defined before."²⁰ Cost-plus method is ordinarily used for the manufacture, assembly, or other production of goods that are sold to related parties²¹ and is the most appropriate where the sold products are semi-finished²². Although, aforementioned cost plus and resale price methods are similar, the starting point of cost-plus is a manufacturer and of resale price method is a reseller to the unaffiliated party. Thus, in the cost plus method manufacturer always makes a profit, i.e. for tax purposes, the entrepreneurial risk is allocated to the purchaser of the goods, while, in resale price method it is reverse.²³

¹⁷ UN Practical Manual, para. 6.2.9.2.

¹⁸ Harris and Oliver, p. 237.

¹⁹ CFR-1.482-3(d)(2)(i)

²⁰ Avi Yonah, p. 105. *See also* Michael Kobetsky, *International Taxation of Permanent Establishments: Principles and Policy*, p. 335 (2011) "The gross profit margins for controlled and uncontrolled transactions have to be measured consistently to ensure that the uncontrolled comparator being used is a reliable indicator of arm's length prices."

²¹ CFR-1.482(d)(1)

²² "The OECD suggests that CPM is most appropriate where semi-finished products are sold between related parties, where associated parties have joint facility agreements, long-term buy-and-supply arrangements are in place, or where the controlled transaction is the provision of services." *See* Kobetsky, p. 335

²³ *Supra* note 18

B. Transactional Profit Methods

These methods are based on analysis of net return. It means transactional profit methods are more reliable in the cases when there is less or no comparable data available.

1. Comparable profit or Transactional net margin method

In Section 482, this method is considered as comparable profit method (CPM) while OECD implemented this transfer pricing method as transactional net margin method (TNMM) which has some differences between CPM that will be discussed below. *The comparable profits method evaluates whether the amount charged in a controlled transaction is arm's length based on objective measures of profitability (operating profit indicators)²⁴ derived from uncontrolled taxpayers that engage in similar business activities under similar circumstances.*²⁵ As profit based method, the benchmark for CPM is operating profit²⁶ derived from uncontrolled transactions. Application of this method is based on creating arm's length range with the help of profitability data of the independent enterprises which happen to be in the same field with the "tested party".²⁷ "The tested party is the participant in the controlled transaction whose operating profit attributable to the controlled transactions can be verified."²⁸ Arm's length range must be determined in every arm's length method. In this case, interquartile range is employed for determining true arm's length operating profit which means the range from the 25th to the 75 percentile of the results derived from the uncontrolled transaction.²⁹ If operating profit derived from controlled transactions falls either side of the range, tax authorities adjust it to the midpoint. For applying CPM, the U.S. Department of Commerce creates the Standard Industrial Classification, which classifies all businesses into categories. Then, they establish the interquartile range for related party transactions which is determined for

²⁴ "Profit-level indicators are ratios that measure relationships between profits with costs or resources" See Feinschreiber, p. 86 See also Elizabeth King, Transfer Pricing and Corporate Taxation, p. 13 "However, The Temporary Regulations emphasize accounting consistency for sample selection purposes under the CPM as applied to services, rather than resources employed and risks assumed."

²⁵ Cfr-1482-5(a)

²⁶ See Feinschreiber, p. 85 "Operating profit is gross profit less operating expenses. Operating profit includes all income derived from the business segment being evaluated but does not include interest, dividends, profits derived from unrelated activities, extraordinary gains and losses that do not relate to the continuing operations of the tested party."

²⁷ See also Harris and Oliver, p. 238 "These methods involve the comparison of an enterprise's profitability with that of a similar business enterprise. It evaluates whether the amount charged in a controlled transaction is arm's length based on objective measures of profitability derived from business activities under similar circumstances."

²⁸ Feinschreiber, p. 85.

²⁹ *Id.*, p. 86

every category.³⁰ As laid down before, profit-level indicators are the essential components of CPM.³¹ Section 482 endorses rate of return on capital employed³², ratio of operating profit to sales³³, ratio of gross profit to operating expenses³⁴ and other indicators³⁵ as profit-level indicators.

OECD changed the name of the method from comparable profit to transactional net margin method³⁶, essentially, they are similar to each other. The major difference between CPM and TNMM is that OECD prefers “dynamic” means to determine arm’s length result, rather than using statistical tools such as interquartile range.³⁷ This means TNMM should be applied transaction by transaction and should not be limited by the conventional range.³⁸

2. Profit split method

The second method of transactional profit methods is a profit split. The main idea in the profit split³⁹ method is allocating profits or losses among related parties according to their contributions to the functions performed.⁴⁰

³⁰ Avi Yonah, p. 115

³¹ See Feinschreiber, p. 85 “One or more profit-level indicators (e.g., net profit as a percentage of sales) are chosen from the third-party transactions to compare to the financial data of the tested party’s most narrowly identifiable business activity.”

³² CFR-1482-5(b)(4)(i)

³³ CFR-1482-5(b)(4)(ii)(A)

³⁴ CFR-1482-5(b) (4)(ii)(B)

³⁵ See CFR-1482-5(b)(4)(iii) “Other profit level indicators may be used if they provide reliable measures of the income that the tested party would have earned had it dealt with controlled taxpayers at arm’s length. However, profit level indicators based solely on internal data may not be used, because they are not objective measures of profitability derived from operations of uncontrolled taxpayers engaged in similar business activities under similar circumstances.”

³⁶ See Feinschreiber, p. 227 “In TNMM, the profits earned by a taxpayer in a control transaction are compared with the same measure of profitability from arm’s length uncontrolled transactions.” See also UN Practical Manual, para. 6.3.2.2.

³⁷ See King, p. 13 “The Guidelines do *not* favor the use of statistical tools, such as the interquartile range, to select a particular value within the arm’s length range. Rather, the Guidelines focus on comprehensive comparability analysis. In all case, “comparability factors” should be considered in selecting sample companies.”

³⁸ TNMM is applied transaction by transaction and not globally, which is not a very important distinction: it is very hard to do transfer pricing transaction by transaction because of the sheer number of transactions. See Avi Yonah, p. 116. See also The Guidelines start from the presumption that transactions are ideally analyzed individually and that each level of aggregation must be justified.

³⁹ See Heinz-Klaus Kroppen, Roman Dawid and Richard Schmidtke, Profit Split, the Future of Transfer Pricing? Arm’s Length Principle and Formulary Apportionment Revisited from a Theoretical and a Practical Perspective, *in* Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics 267, p. 269. (Wolfgang Schön & Kai. A. Konrad eds., 2012) “The profit split method is a two or multiple-sided method..., it does not only determine the arm’s length price..., but also determines a profit allocation for both participants/the overall group.”

⁴⁰ [...] risks assumed and resources employed. Harris and Oliver, p. 238

U.S. transfer pricing regulations provide two types of profit split method. Usage of these methods depends on the possibility of finding external market comparables. The one, which relies on comparable data more than the other, is a comparable profit split method. In this method, the allocation of the operating profits which arise from uncontrolled transactions is used to determine the proportions of the operating profits that each controlled taxpayer gains from similar transactions.⁴¹ Nevertheless, it is hard to find comparables in such situations. Therefore, MNEs use residual profit split method. The residual profit split method is applied in some steps. In the initial step the functions performed and resources employed by parties are determined. After this taxpayer values these amounts by reference to third-party criteria so as to quantify the respective contributions. As the controlled taxpayers earn markups for their contributions, they are compared to the uncontrolled markups with the help of CPM. In the second step, residual profit⁴² is to be allocated in accordance with the proportion that affiliated parties have in their hands.⁴³ Contrary to the OECD, U.S. regulations says that residual is always the result of intangibles, patents, copyrights, know-how, and the like.⁴⁴ In the most cases, especially, in the cases of transferring intangible property it is impossible to determine comparable data for business activities, which are held among associated parties, hence the need of adjusting such sort of issues made the tax authorities adopt this method. The aforementioned methods are the internationally accepted transfer pricing methods based on arm's length standard. Nevertheless, there are some different ways of adjusting transfer pricing issues besides arm's length methods. Formulary apportionment approach, advanced price arrangements, cost sharing agreements considered as means of adjusting transfer of goods, intangibles and services among associated entities.

IV. Formulary Apportionment

Formulary apportionment method is an alternative to arm's length standard. These two methods distinguish from each other at the starting point. Arm's length approach entails "separate entity approach" that means under this method the members of Multinational group is accepted as

⁴¹ Feinschreiber, p. 192 See also King, p. 31 "The comparable profit split method entails constructing a "hypothetical" multinational firm from two unrelated firms considered comparable to two individual members of a controlled group. Comparability, in this context, requires that each of the two unrelated companies artificially joined together engages in similar activities..."

⁴² See Feinschreiber, p. 193 "A residual profit remains after allocation under the first step where valuable items of intangible property are owned by the controlled group, but similar items are not owned by the uncontrolled taxpayers from whom the market returns were derived."

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Avi Yonah, p. 117

independent entities.⁴⁵ By the contrast, formulary apportionment method treats the whole Multinational group as if they are one corporation. The first step is to treat the whole group as unitary. Then tax authorities calculate the net income of the group. After these calculations, they multiply predetermined formula to the net income to find which percent of the profits of MNEs group occurs in the particular place. Formulae could be established differently. For example in California, in the birthplace of this method, tax authorities use the percentage of assets, payroll, and sales which occur in this state to create formula. As international consensus supports arm's length standard, application of formulary apportionment is limited.⁴⁶

V. Advanced Pricing Arrangements (Agreements)

An advance pricing arrangement ("APA") is an arrangement that determines, in advance of controlled transactions, an appropriate set of criteria (e.g. method, comparables and appropriate adjustments thereto, critical assumptions⁴⁷ as to future events) for the determination of the transfer pricing for those transactions over a fixed period of time.⁴⁸ This means companies negotiate with tax authorities to determine their transfer prices in advance. The purpose of these arrangements is to facilitate documentation and determination of transfer prices for intra-company transactions. APAs could be unilateral, bilateral, and multilateral which consider that APAs can be signed among MNEs and two or more tax authorities. The multilateral APAs are essential for global trading. Notwithstanding, it seems as the easiest way of establishing transfer prices, only about 150 MNEs involved in such arrangements.⁴⁹

VI. Transfer of Intangibles

The main tax avoidance incentive in transfer pricing arises from the transfer of intangibles to affiliated entities. The lack of comparables in the external market, difficulty of determining assets used in the development and the specific ways of transferring (licensing, cost sharing, ownership transferring) of these products makes the tax authority control upon this kind of intra-company transactions less effective. MNEs use this opportunity to allocate profit gained from the transfer of intangibles among jurisdictions.

⁴⁵ OECD-TPG, para. 1.6

⁴⁶ Avi Yonah, pp. 111-114 *See also* Kroppen, Darwin and Schimdtke, p. 273 "In Germany only the trade tax (the so-called Gewerbesteuer) follows the formulary apportionment approach, whereas the apportionment depends on the payroll of each plant."

⁴⁷ *See* Elizabeth King, *Transfer Pricing and Valuation in Corporate Taxation: Federal Legislation vs. Administrative Practice*, p. 65 "Critical assumptions" constitute an important part of this agreement. In essence, these assumptions lay out certain initial conditions that must remain in effect for the life of the agreement (generally three years)."

⁴⁸ OECD-TPG, para. 4.123.

⁴⁹ Avi Yonah, p. 118.

Generally, transfer of intangibles among affiliated entities happens with the help of licensing and cost-sharing agreements.

A. Licensing

Licensing is the second most direct way of transferring intangibles⁵⁰ from high-rate tax jurisdictions to low-rate jurisdictions. According to the license contract, affiliated licensee pays royalties to the licensor corresponding to the percentage which derives from the sale or sublicense of particular intangible. In vast majority cases, licensees paid token royalties. Consequently, “super royalty” or “commensurate-with-income” rule was adopted by tax authorities to adjust such sort of tax avoidance. This rule mentions that royalties must be appropriate with the income attributable to intangible.⁵¹ “Periodic adjustments” would be applied every year to ensure that royalties are appropriate with the rules embodied in Sections 482. Nonetheless, there are some conditions that entail exceptions to the periodic adjustments provisions.⁵²

B. Cost Sharing Agreements

Under cost sharing agreements (CSA), associated parties agree to allocate profits derived from developing intangible appropriate to their contributions. With the help of these agreements parties determine the profits to be allocated among jurisdictions in advance. CSAs mainly occur in research and development, the mining industry and group management services.⁵³ The parent company signs CSA with its subsidiary to shift intangible under development to the low-tax rate jurisdiction to maintain profit derived from intangible in tax heaven in this jurisdiction, thereby decreasing the overall tax of affiliated group. Actually, intangible should be under development because if the intangible is shifted in the complete form “commensurate with income” rule would be applied. However, another way of shifting profit is moving intangible to tax heavens in early stages of development to set low royalty.⁵⁴

VII. Profit Split as the Most Appropriate Method in Many Cases

As mentioned above today “traditional transaction methods” are not applicable in most cases. Even in the comparable profit method it needs

⁵⁰ Transfer of ownership is the first most direct way of transferring intangibles. In the transfer of ownership, intangibles are sold to affiliated parties.

⁵¹ Avi Yonah, p. 110

⁵² See CFR-1.482-4(f)(2)(ii) Section 482 provides five exceptions: Transactions involving the same intangible, transactions involving a comparable intangible, methods other than comparable uncontrolled transactions, extraordinary events, the five-year period.

⁵³ Harris and Oliver, p. 240

⁵⁴ Avi Yonah, p. 111

finding comparable profits derived from uncontrolled transactions. Taking into account uniqueness of intangibles, it is clear that comparables for this kind of transactions rarely exist. Therefore, profit split occurs as the most applicable method. Firstly, it is a two-sided method which means it has two stage of application. Despite the first stage, in the second stage the comparables are not needed, thus it makes the allocation of profits less depended on comparables. Secondly, if there are not comparables at all, profit split uses “internal data” of the controlled transaction, thereby allocating the profit among affiliated parties, mostly, in the cases of transferring intangibles.⁵⁵ Though, profit split method is similar to formulary apportionment, formulary apportionment employs predetermined formula, while, “profit split is applied case-by-case adjusting every transaction differently.”⁵⁶

Conclusion

An increasing number of MNEs leads to rise of the number of cross-border transactions, thereby, increasing the amount of goods, services and intangibles transferred among affiliated parties. Nevertheless, it creates incentive of tax avoidance by using transactions among associated parties. MNEs benefit from the tax rates of different jurisdictions, locating subsidiaries in low or non-tax countries. Arm’s length regulations deal with this kind of tax avoidance using transfer pricing methods. However, there are five methods, only profit split method can be applied in every case, taking consideration unique intangibles as well. Saying in a figurative way, profit split, in this case, appears as a “jack of all trades”. In the other words, profit split method makes grounds for establishing arm’s length results for transferring intangibles which is one of the main ways of shifting profit from one jurisdiction to another. Thus, profit split is the most appropriate method for preventing tax avoidance.

⁵⁵ OECD-TPG, para. 2.141

⁵⁶ Jinyan Li, *Soft Law, Hard Realities and Pragmatic Suggestions: Critiquing the OECD Transfer Pricing Guidelines*, in W. Schön and K.A. Konrad (eds.), *Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics* 71, p.75. (Wolfgang Schön & Kai. A. Konrad eds., 2012)

*Kanan Madatli**

Software License Agreements: Main Types, Legal Aspects, and Regulations

Abstract

The article is discussing one of the contemporary laws – Software License Agreements in IT law. The concept of Software License Agreements, the main types of Software License Agreements, their legal aspects, law regulations on software and other important facts are mentioned in the article. At the same time there are some cases about the topic in the article that these cases are helpful for understanding Software License Agreements. And also in the article, you can see different countries' legislations on software law and how they are implemented nowadays.

Annotasiya

Məqalədə müasir dövrün ən maraqlı hüquq sahələrindən olan İnformasiya Texnologiyaları (İT) hüququnun bir institutu – Proqramlaşdırma müqavilələrin təhlili öz əksini tapmışdır. Məqalədə Proqramlaşdırma müqavilələri, onların növləri, hüquqi cəhətləri, hüquqi tənzimləmələri və digər mühüm məsələlərə toxunulmuşdur. Bundan başqa məqalədə proqramlaşdırma müqavilələri ilə bağlı müxtəlif kazuslara yer ayrılmışdır ki, bu kazuslar mövzunun təhlilində mühüm əhəmiyyət kəsb edirlər. Məqalədə müxtəlif ölkələrin qanunvericiliklərinin proqramlaşdırma müqavilələrinə münasibəti, onların tətbiqi sahələrindən söz açılmış və bu müqavilələrin günümüzdəki əhəmiyyəti qeyd edilmişdir.

Introduction

It has been too much that contracts and agreements were prepared by depending on sides' wills and these agreements started to change their places to the digital platforms. Nowadays electronic contracts, software agreements and such kinds of contracts are the products of online platform. In this article I've mentioned one of these kinds – software license agreements.

Many contracts have different positions in digital platform, and some of them are only presented to user as a “accept” or “deny” contract. “As the user may not see the agreement until after he or she has already purchased the software, these documents may be contracts of adhesion.”¹ Software companies often make special agreements with large businesses and government entities that include support contracts and specially drafted warranties. In general, software is licensed rather than sold to protect the owner's copyright interest in the software. When software is licensed each and every user of the software enters into an agreement with the owner regarding the use of the program. Surely, it is important to know which law regulates them or how are they regulated?

* Baku State University Law School, 2nd year student, SABAH group

¹ James Boyle, Shamans, Software, and Spleens: Law and the Construction of the Information Society, p. 19 (1996)

This article consists of 2 parts. You will see software contracts, their types, “shrink-wrap” and “click-wrap” licenses, legal aspects of software license agreements, legal status of software license agreements, and other important headings.

I. Understanding Software License Agreements

A. What is a Software License Agreement?

At the core of software and software contracts is the legal concept of copyright.² Copyright is the right for the owner or licensed proprietor to prevent anyone from copying their software without paying anything for it. Since the use of software requires copying to occur, then any user of software must have permission to use and thereby copy such software.³ Hence it is important to use software license agreements for software owners and licensees to purchase their products. But what is a Software License Agreement? Many authors have different concepts about Software Agreements, but generally we can define Software License Agreement or End-User License Agreement (EULA) as a contract between licensor of software and purchaser, defining purchaser rights to use and to purchase the software.

How is the software licensed? After a software company develops a software product, the company will generally attempt to capitalize on its efforts by licensing the software to others. These transactions may take a variety of forms. The typical software license provides that the software company will deliver a “finished” software product to the user. In many cases, the software company also agrees to correct any software defects or “bugs” that are discovered, and to periodically provide the user with improved, updated versions of the software. The software user, in return, pays one fee for the software, and may also agree to pay an additional fee, or royalty, if the software he licenses is incorporated into one of the products he (the user) manufactures. In addition, the software user often promises that he will not (1) disclose any of the confidential information the software company provides to the user, (2) reproduce or otherwise copy the software, and (3) assign or sublicense the software without the consent of the software company.⁴ At the same time I want to mention that, the licensor of the software can provide a general license for the all products of company, on the other hand, the licensee can determine separate licenses for each product of

² Robert T. J. Bond, *Software Contract Agreements: Drafting and Negotiating Techniques and Precedents*, p. 58 (2004)

³ *Id.* p. 58

⁴ Terence W. Thompson, *Software Licenses as Personal Service Contracts*, 9 *Computer L.J.* 491, p. 492 (1989)

company. For example, Adobe Systems Ltd. defines both types for their products.⁵

The licensor may own all rights to the software, or may have the permission of the owner to enter into license agreements with others. The licensee may be:

- a user of software;
- a distributor of software;
- a publisher of software;
- a party who modifies, translates or adds codes to the software;
- a value added reseller;
- a joint venture partner;
- an independent maintenance company;
- a technology escrow agent;
- an independent sales representative or agent and etc.⁶

In general, if the software in question is protected by patent, copyright, or trade secret law, the license agreement allows the licensee to deal with the software as specified in the license grant provision of the agreement without infringing the licensor's copyright or patent rights⁷, or without misappropriating the licensor's trade secrets.

B. Some Important Types of Software License Agreements⁸ - "Click-wrap" and "Shrink-wrap" Licenses

1. Developer-publisher license agreements

A developer-publisher license agreement is an important type of software license agreements for all kinds of software, such as mainframe⁹, minicomputer¹⁰, and microcomputer¹¹. In the microcomputer software arena, these contracts are commonplace but vary in their approach to significant terms. For example, the license grant may transfer the developer's copyright interest to the publisher, or the publisher may acquire an exclusive license to

⁵ Adobe General Terms of Use (Last updated 7 April 2015), <http://www.adobe.com/legal/terms.html> (last visited 18.11.2015)

⁶ T. J. Bond, p. 59

⁷ *Id.* p. 60

⁸ The division of Software License Agreements is based on Robert T. J. Bond, *Software Contract Agreements: Drafting and Negotiating Techniques and Precedents*. There are many types of Software License Agreements, but when I mentioned types of Software License Agreements, I mainly substantiated to Robert T. J. Bond.

⁹ Mainframe – a large computer, generally requiring a special environmentally controlled room or data center, for processing large quantities of data (Robert T. J. Bond – *Software Contract Agreements: Drafting and Negotiating Techniques and Precedents*)

¹⁰ Minicomputer – a small computer which sometimes possesses equal features and capabilities with a large computer.

¹¹ Microcomputer - a complete computer, designed for an individual working. Synonym of personal computer (PC)

distribute the software during the term of the license agreement. Often such agreements cover several programs and it is not unusual for such agreements to cover several machine types or versions of each program, such as, a Mac and an IBM version of each program developed.¹²

Developers require minimum copyright payments in these agreements plus an advance royalty payment that is returned at a rate of less than 100% of all copyrights earned so that the developer receives some incremental revenue from initial copies distributed. Publishers will set milestones for the development of each version of program and insist that copyright advances are divided into payments that are tied to the milestones.¹³ And also, in these agreements publishers must pay attention that the license agreement includes warranty options, maintenance responsibilities, publisher rights and etc. Nowadays, many software and publisher companies use these agreements, for example, Apple Inc. uses these kinds of agreements for the marketing of its products.¹⁴

2. Escrow¹⁵ and TTP¹⁶ agreements

Although escrows play an important part in modern legal affairs, comparatively little litigation has arisen on the point. The attributes of an escrow were established early at English common law, and have been relatively unchanged by the passage of time. An escrow has been technically defined as an instrument which by its terms, imports a legal obligation, and which is deposited by the grantor with a third party to be kept by the depositary until the performance of a condition, or the happening of a certain event; and then to be delivered to the grantee.¹⁷

Software or technology escrows sometimes involve a license agreement. Software escrows historically become important when the software user licenses an important or critical application in object code and there is no commercially available substitute that could be acquired and placed in use on short notice and at a reasonable cost. If the software publisher fails to maintain

¹² T. J. Bond, p. 74

¹³ *Id.*, p. 76

¹⁴ Apple Software License Agreements (last updated May 2015), <http://www.apple.com/legal/sla/> (last visited 29.11.2015)

¹⁵ Escrow - the holding on deposit by a third party of confidential material on certain terms as to its release or control and use. In software terms it is often source code which is placed in escrow. (Robert T. J. Bond – Software Contract Agreements: Drafting and Negotiating Techniques and Precedents)

¹⁶ TTP - The abbreviation for a Trusted Third Party; an independent individual, firm or company set up or licensed by the state to provide, amongst other things, escrow services and certification or verification services for public and private key algorithms or codes used in cryptographic software, and providing authentication services in respect of digital signatures used in e-commerce. (Robert T. J. Bond – Software Contract Agreements: Drafting and Negotiating Techniques and Precedents)

¹⁷ Lawrence J. Meyer, *Escrow Agreements*, 8 Miami L.Q. 75, p. 75 (1953-1954)

and enhance the software as required by the license agreement, or if the publisher falls into bankruptcy, the user would need to program source code and technical information about the source code in order to continue to maintain and enhance the important or critical program.¹⁸ Software escrows are a subset of a broader type of escrow known as the technology escrow. The major difference between the two is that a software escrow arrangement is limited to software and related items including updates, enhancements, technical documentation, user documentation, flow charts, etc; while technology escrows are used for non-software as well as software technology. Technology escrows are used by inventors and participants in research and development joint ventures to substantiate the creation of their inventions and the timing of those inventions, by government contractors to comply with the demands of procurement and RFPs.¹⁹ The inventions or technology of such parties may or may not involve or include software. There are various approaches to software escrows. The software publisher may establish an escrow in advance of customer demand, or in response to customer demand. The escrow may serve more than one customer or only a particular customer. The escrow agent may be one of the party's banks, insurance companies, accountants, or attorneys, or it may be an independent escrow company whose primary business is escrow service. Generally speaking, sophisticated users prefer an independent escrow provider to an agent of one of the parties.²⁰

The escrow arrangement typically requires the software publisher to transfer a copy of source code to the escrow service provider who is required by contract to deliver a copy of the source code to one or more users upon the failure of the publisher to maintain the program licensed by the user(s) in executable code form, or upon the bankruptcy of the publisher²¹. The escrow service provider may hold a copy of the source code under a license agreement with the publisher, or may take title to a copy of the source code. The user may receive a copy the source code from the escrow service provider under a license from the provider, or under the terms of the user's executable code license agreement. Alternatively the user may own the copy of the source code received from the source code provider, or other arrangements could be worked out. In any event, license agreements between publishers and escrow service providers, and license agreements between escrow service providers and software users are both considered escrow license agreements.²²

Trusted Third Party (TTP) agreements are a variation upon Escrow Agreements and are becoming used in the area of cryptography and electronic

¹⁸ T. J. Bond, p. 83

¹⁹ The abbreviation of Request for Proposals.

²⁰ T. J. Bond, p. 84

²¹ J. Meyer, p. 78

²² T. J. Bond, p 85

commerce.²³ The term "Cryptography and Encryption services" is intended to encompass any service, whether provided free or not, which involves any or all of the following cryptographic functionality:

1. key management
2. key recovery;
3. key certification;
4. key storage;
5. message integrity (through the use of digital signatures);
6. key generation;
7. time stamping;²⁴

In the UK policy paper, a TTP is described as "an entity trusted by other entities with respect to security related services and activities"²⁵. This description could cover a wide range of activities which do not involve the provision of encryption services, for which reason it is arguable that TTP's not offering encryption services are not subject to the licensing regime.²⁶ However, certain exclusions are explicitly set out in the policy paper:²⁷

- Intra-company TTP's: provision of encryption services by an organisation to its own employees or within its own group of companies, or other similarly closed user groups. If, however, the customers of that organisation can use these encryption services for communication among themselves, or if the organisation extends the encryption services it provides to its employees so they may communicate with another organisation, it would not be excluded from licensing;
- when the encryption services are an integral part of another service such as pay TV;
- encryption used in home banking services;
- key management and encryption services offered to credit card companies to authenticate credit card users.

In order to provide certification or authentication of cryptographic keys and digital signatures used in cybertrade transactions a number of corporations and bankers are offering their services as TTPs who hold in escrow algorithms and keys of the cybertraders in order to provide a verification service if requested.²⁸

²³ *Id.* p. 86

²⁴ Chris Reed, Juan Avellan, *The United Kingdom Policy on Trusted Third Parties and its Implications for EDI*, 4 EDI L. Rev. 81, p. 82 (1997)

²⁵ *Licensing of Trusted Third Parties for the Provision of Encryption Services: Public Consultation Paper on Detailed Proposals for Legislation*. Department of Trade and Industry. March 1997.

²⁶ Reed, Avellan, p. 83

²⁷ The report can be found here: <https://www.gov.uk/government/publications>

²⁸ T. J. Bond, p. 86

C. Shrink-wrap, Click-wrap and Browse-wrap Agreements

1. Shrink-wrap and Click-wrap agreements

Originally, the terms of software license agreements were written on or could be read beneath the plastic wrapping that encased the packaging in which the software was sold. In theory, you would read the license agreement before purchasing and opening the packaging. The license was worded in such a way that by purchasing and opening the packaging you would automatically be bound by the terms of the license agreement. These agreements came to be referred to as shrink wrap licenses. More recently, software developers have begun including the license agreement as part of the installation of the program. When you go to install the program, the license agreement appears on your screen and you are asked to accept the terms and conditions before you are allowed to proceed with the installation of the program. Some programs permit you to print a copy of the license agreement; others do not. Because you have to click on the accept button to proceed with the installation, these types of license agreements have become known as click wrap licenses. In other word, clickwrap agreements require the user to scroll through the agreement and confirm acceptance of the terms and conditions by taking some form of positive action, such as clicking an "I accept" button, prior to use of the program. The installation or use of the software is conditional on the user accepting the agreement and thereby consenting to abide by its terms.²⁹

These contracts are by nature contracts of adhesion³⁰ - the possibility of negotiation is excluded; one simply declares one's acceptance or goes without.³¹ Shrink wrap and click wrap licenses are dramatically different from other types of agreements. First, shrink wrap and click wrap license terms cannot be examined prior to the purchase of the software. Second, if the terms of the license agreement are read, it is only after the transaction is complete. Third, the license agreement is presented to you on a take-it-or-leave-it basis. Fourth, the software is sold on the condition that you agree to the terms of the license agreement and that by opening the package, installing the software or using the program you are deemed to have accepted the terms of the license agreement. Fifth, if you do not agree with the terms of the license, you are instructed to return the software for a refund.³² Because of these differences, there are numerous issues with respect to the enforceability of shrink wrap

²⁹ Renee Zmurchyk, *Contractual validity of End-User License Agreements*, 11 Appeal Review, Current L. & L. Reform 55, p. 56 (2006)

³⁰ See Andrew Burgess, *Consumer Adhesion Contracts and Unfair Terms: A Critique of Current Theory and Suggestion* (1986)

³¹ See Ellison Kahn et al., *Contract and Mercantile Law: A Source Book: General Principles of Contract* (Vol 1. 1988)

³² Adrienne Waller, *Shrink-wrap and Click-wrap licenses*, 25 LawNow [32], [35] 19, p. 20 (2000-2001)

and click wrap license agreements.³³ There are two main reasons these issues arise. First, the license agreements purport to create a contractual relationship between the software developer and the end user and second, the terms of the license agreement are brought to the user's attention after the transaction is complete.

I mentioned above that the click-wrap and shrink-wrap licenses have some similarities and differences. And now I want to mention their unique features.

Shrink-wrap agreements have much importance on the implementation of software licenses. A shrink-wrap agreement is simply a printed standard-form agreement that is placed or printed on top of the package in which a computer program is marketed. A cellophane wrapper is placed around it - it is shrink-wrapped. Other terms used to describe this type of agreement are "box-top", "tear-me-open" or "blister-pack" agreements. They are used for mass-marketed software. The shrink-wrap agreement comes into effect when consumers break open the plastic shrink-wrap or install the software on their computers as assent to the terms of the license.³⁴

The shrink-wrap agreement purports to create a license agreement between the buyer of the computer program and its producer. It grants the user a non-exclusive license to use, subject to certain limitations, the program and accompanying documentation. Sometimes it also states that the license does not constitute a sale: ownership of the program and the copyright in the program, the accompanying documentation, and any copy made by the user remain with the software developer or publisher. Typically, the relationship entered into for the acquisition of software is either a license, or a single payment for use in perpetuity: in both cases the ownership of the copyright is not transferred to the buyer.³⁵

Are these agreements enforceable by either party? The foundation of a contract is agreement by the consent of two or more parties. The main components of agreement are offer and acceptance. At common law, no formalities are required for the conclusion of a valid and enforceable contract. So a contract may be concluded in writing or orally, or by a mixture of the two (such as where the offer is made in writing but accepted orally). A tacit (or inferred) contract is concluded partly or wholly by the conduct of the parties - the agreement is inferred from the actions of the parties.³⁶

So the terms of the shrink-wrap license printed on the packaging constitute an offer made by the owner of the copyright in a computer program to a potential buyer. In a Canadian case (*North American System Shops Ltd v. King* (1990) 27 CPR (3d) 367), a computer program was sold shrinkwrapped, but

³³ *Id.* p. 20

³⁴ Tana Pistorius, *Shrink-wrap and Click-wrap agreements: Can they be enforced?*, 7 *Juta's Business Law Review* 79, p. 79 (1999)

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Id.* p. 80

no copyright notice or license agreement was visible until the package was opened (the “license statement” appeared inside the back cover of the booklet accompanying the computer program). The court held that as the license statement was not visible or known to the defendant when he acquired the program, he bought the program without any notice of conditions attaching to the sale and was free to deal with the program as he wished.³⁷ Today, though, few computer programs are packaged in such a way that the terms of the proposed agreement are not visible.

In another case, in *ProCD, Inc. v. Zeidenberj (“PMCD”)*³⁸ it was held that a shrink-wrap license was binding on the purchaser. In this case, the purchaser had notice of the license terms as there was a disclaimer on the outside of the box indicating the transaction was subject to a software license. Under the terms contained inside the box, the purchaser had a right to return the software if the terms were unacceptable. The Court noted that shrink-wrap licenses are enforceable as a general matter unless their terms are objectionable on grounds applicable to contract, such as violation of a rule of positive law or unconscionability.³⁹

In short, a shrink-wrap agreement is a valid and enforceable contract, provided that the requirements of offer and acceptance have been met. If a consumer disputes the validity or enforceability of such an agreement, the following principles will assist the software developer: the consumer will be bound by the agreement

- if she has read it;
- if she has not read it, but the supplier drew her attention to its terms, or the agreement by its nature drew her attention to its contents.⁴⁰

2. But what about click-wrap agreements?

The use of click-wrap agreements is growing. Click-wrap agreements have evolved as a concept analogous to shrink-wrap agreements. I mentioned the concept of Click-wrap agreements above, and also these agreements have many purposes. Today there remains no doubt that legally binding contracts between users and manufacturers may be formed online. The momentous case of *Rudder v. Microsoft Corporation, (“Rudder”)*⁴¹ established that click-wrap agreements are valid and legally binding contractual agreements. In *Rudder*, Microsoft filed for a permanent stay of proceedings, claiming that the plaintiffs agreed online to the exclusive jurisdiction clause stating that the State of Washington was the governing jurisdiction for any disputes. The plaintiffs argued that the online agreement should not be enforced because

³⁷ *Id.* p. 80

³⁸ 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996) [*PmCD*]

³⁹ Zmurchyk, p. 59

⁴⁰ Pistorius, p. 81

⁴¹ (1999), 2 C.P.R. (4th) 474 (Ont. S.C.J.)

they did not receive specific notice of the clause and were therefore unaware of its existence. In rejecting the plaintiffs' claim, the Court noted that the plaintiffs were required to click an "I agree" button twice during the process and that the forum selection clause was no more difficult to read than any other term. The Court compared the online agreement to an agreement in writing, holding that it must be given the same enforcement.⁴²

Are click-wrap licenses enforceable? The recent U.S. case of *i.LAN Systems, Inc. v. Netscout Service Level Corporation*⁴³ has confirmed that a click-wrap license agreement is enforceable but, under Massachusetts law would be interpreted under the Uniform Commercial Code. Of interest in this case was that i.LAN Systems were a reseller of Netscout's products. i.LAN has signed a detailed value added reseller agreement. i.LAN having signed the VAR⁴⁴ agreement, then placed a purchase order for software products. The software products as delivered to i.LAN were subject to a click-wrap agreement which included language to the effect that nothing in the click-wrap agreement would affect any pre-existing agreements between Netscout and its licensee.⁴⁵

3. Browse-wrap agreements

Browse-wrap agreements set out the terms somewhere within the site but do not require the user to review or agree to the terms prior to use of the program.⁴⁶ "Browse-wrap" agreements, as distinct from "click-wrap" agreements, do not require the active consent of the user. Acceptance of a browse-wrap is implied from the user's browsing or other activity on the web site, even if the user has not reviewed the electronic contract.⁴⁷ Browse-wrap agreements are typically found at the bottom of a webpage in the form of a link to another page on which the terms and conditions are posted. The user is not required to review the contract, much less access the page where it's located, in order to proceed. Actually, these agreements are not so widely enforced, but there are some cases about these.

One of these cases is *Register.com, Inc. v. Verio, Inc.*⁴⁸ Distinguishing Register from Specht, the Second Circuit held that the defendant, Verio, unlike the defendant in Specht, was "fully aware of the terms on which Register offered the access." The other case on browse-wrap agreements is *Southwest Airlines*

⁴² Pistorius, p. 83.

⁴³ 183 F.Supp.2d 328, *i.LAN Systems, Inc. v. Netscout Service Level Corporation*, see the full case here: http://www.internetlibrary.com/cases/lib_case22.cfm

⁴⁴ The abbreviation of Value Added Resellers

⁴⁵ T. J. Bond, p. 82

⁴⁶ Zmurchyk, p. 57

⁴⁷ Jeffery E. Wittmann, *Electronic Contracts, Negotiation and Drafting Major Business Agreements* Conference Federated Press 2, p. 4 (2007)

⁴⁸ 356 F.3d 393. See the full case here:

http://www.duanemorris.com/site/static/356_F_3d_393.pdf

Co. v. BoardFirst, LLC.⁴⁹ In a recent case, *Southwest Airlines Co. v. BoardFirst, LLC*, the Northern District of Texas recognized the evolution of commercial transactions in enforcing browse-wrap agreements. Recognizing that "browse-wraps have become more prevalent in today's increasingly e-driven commercial landscape," the court succinctly summarized that "one general principle that emerges is that the validity of a browse-wrap license turns on whether a website user has actual or constructive notice of a site's terms and conditions prior to using the site."⁵⁰

II. Legal Aspects of Software License Agreements

A. How Does the Law Regulate Software License Agreements?

Every jurisdiction has its own national laws which vary for protecting intellectual property rights and software licenses. In the UK the law which applies includes the Copyright, Designs and Patents Act 1988, the Patents Act 1977 and the Trade Marks Act 1994. In the US the Patent Act, the United States Commercial Code, the Copyright Act, the Uniform Trade Secrets Act and various State laws all apply to intellectual property in computer programs.⁵¹ The Software License Agreements may be regulated by Patent Law, Copyright Law, Trade secret law, Trademark law, Tax law and mainly Contract Law. And also there are many EC directives, Court decisions and other international papers which regulate this field.

Most foreign countries have an absolute novelty standard that requires the patent application in that country to be filed before any sale of the invention or offer to sell it, and before any publicity, advertising, or distribution of promotional literature that describes the invention sufficiently to disclose it to the public. There is a prevailing idea that the possession of a patent gives the patentee the right to make the thing covered by the patent. This is a mistake. The Government only gives the inventor the right to prevent others from making the thing patented; that is the extent of his monopoly. If the inventor can make his or her product without infringing any prior patents, well and good, but this question does not enter into the discussion in obtaining the patent nor is the Government interested in that question. It frequently happens that an inventor may procure a broad patent on a machine of some kind, but subsequent experiments may show that the machine is costly to operate and impractical to some extent. A subsequent inventor may improve the machine and make it practical.⁵²

⁴⁹ 2007 WL 4823761 (N.D. Tex. Sept. 12, 2007). See the case here:

http://itlaw.wikia.com/wiki/Southwest_Airlines_v._BoardFirst

⁵⁰ Sam S. Han, *Predicting the Enforceability of Browse-Wrap Agreements in Ohio*, 36 Ohio N.U. L. Rev. 31, p. 42 (2010)

⁵¹ T. J. Bond, p. 104

⁵² Charles F. Murray, *Patent Law*, 3 Chi.-Kent Rev. 5, p. 7 (1924-1925)

When the software is patented, the patentee can sell or give it to a company, or a person. It is often said that you can patent an idea (or invention) but you can only copyright the expression of the idea (or invention). For an idea or invention to be patentable, it must be new, involve an inventive step, be capable of industrial application and must not be one of the statutory exceptions of which a “computer program” is one and “a method of doing business” is another.⁵³

There have been many cases on the patenting software, such as US case of *State Street Bank & Trust Co v. Signature Financial Group Inc.*⁵⁴

The UK Patents Act 1977 provides patent protection for 20 years and for countries which are signatories to the European Patent Convention the term is for the same period. Whilst it may appear harder and, therefore, less desirable to obtain patent protection in the UK than it may be in other countries such as the US, this is still no reason to discount patent protection as a means of securing suitable rights for software.⁵⁵

Copyright is at the core of intellectual property right protection for computer software and globally is recognised as the main protection for the rights of the owner.⁵⁶ The author, that is the person who creates the work, is generally regarded as the copyright owner except that, where the software program is made by an employee in the course of his employment, the employer is the first owner of the copyright.

Until recent years in many countries computer software was not specifically referred to in statutes as having its own right to protection for copyright purposes and certainly in the UK in the Copyright Act of 1956⁵⁷ there was no mention of computer programs and therefore copyright was deemed to apply to computer programs because they were “written” and therefore might well be regarded as “literary works” which were specifically referred to in the Copyright Act 1956.⁵⁸ The Copyright, Designs & Patents Act 1988 (the 1988 Act) replaces previous UK copyright statutes.⁵⁹

Whilst it is not necessary to display any statement or wording regarding copyright on a software product it is generally considered good practice to display a copyright statement as an assertion of copyright ownership and statement to the world at large as well as to the licensed user.⁶⁰ Therefore,

⁵³ T. J. Bond, p. 105

⁵⁴ 149 F 3d 40368 (Fed Cir 1998) – Cert. Denies – 1999. See the case here: <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F3/149/149.F3d.1368.96-1327.html>

⁵⁵ See the UK Patents Act 1977: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/37>

⁵⁶ T. J. Bond, p. 106

⁵⁷ See the UK Copyright Act 1956: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1956/74/contents/enacted>

⁵⁸ T. J. Bond, p. 107

⁵⁹ Brian Subirana, Malcolm Bain, *Legal Programming: Designing Legally Compliant RFID and Software Agent Architectures for Retail Processes and Beyond*, p. 142.

⁶⁰ T. J. Bond, p. 109

where the owner of a computer program wishes to assert or further enforce copyright ownership, the statement that is usually suggested is as follows:

© [name of copyright owner] [year of first publication].

Often the words “All rights reserved” are added to the copyright statement. The usual places to display the above copyright statement are:

- on all packaging for the software product;
- on the front cover or inside front cover of any accompanying documentation and user manuals;
- as an opening page on the first loading of the program so that the copyright statement is clearly displayed as the program is “scrolled through”; or
- physically on the media within which or upon which the program is embedded or incorporated.⁶¹

Trade secret protection may have originated in the 1851 English case of *Morison v. Moat*,⁶² and later it may have been first recognised in the United States in a Massachusetts case, *Peabody v. Norfolk*.⁶³ One goal in the judicial development of trade secret law has been to discourage unfair competition and trade practices.⁶⁴ A second goal has been to encourage research and innovation.

Trademark rights arise from commercial use or the intention to use them commercially followed by commercial use. Trademarks may be registered or not, but registration gives some advantages and is usually preferable to not registering your mark.⁶⁵ If a mark is registered, the registration must be renewed from time to time. The duration of trademark protection is potentially unlimited. The trademark owner’s exclusive rights to use the mark with respect to certain goods and services may continue as long as the trademark owner uses the mark in commerce⁶⁶; uses it correctly, e.g. as a trademark rather than a generic name; controls the quality of the products bearing the goods; and as long as customers continue to perceive the mark as an indicator of source or sponsorship of the products bearing the mark.

In the United Kingdom trademarks and service marks are protected by statute under the Trade Marks Act 1994⁶⁷. Under the existing law trademarks may be applied for in respect of computer programs generally speaking under Class 9 for the program itself and Class 16 for accompanying user manuals.⁶⁸

⁶¹ T. J. Bond, p. 109

⁶² (1851) 9 Hare 241. See the case here: <http://swarb.co.uk/lisc/Info18491899.php>

⁶³ 98 Mass 452 (1868)

⁶⁴ T. J. Bond, p. 111

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ See the Act here: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/26/contents>

⁶⁸ International trademark classes, <http://www.oppedahl.com/trademarks/tmclasses.htm> (last visited 01.12.2015)

One difficulty which many software houses have is that they tend to use descriptive marks as trademarks which maybe unregistrable although the Trade Marks Act 1994 is considerably more lenient than the previous UK legislation.⁶⁹ It is now possible to register not only names and words but also distinctive shapes and configurations.

As other laws, Contract law has a unique position on the regulation of Software License Agreements. The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 applies in the United Kingdom to contracts which are entered into on or after 11 May 2000. The Act enables a third party to enforce contractual rights as if it were a party to the contract.⁷⁰

The Contract Law has various regulations on softwares and cores all over the world, such as the ALI Principles or Brazilian Software Contracts and etc. The ALI Principles⁷¹ constitute specialized contract law. They apply to "agreements for the transfer of software for a consideration," including sales, licenses, leases or access contracts, whether negotiated or standard form and whether the delivery of software is by a tangible or electronic medium.⁷²

In the United States, where the transaction relates to a sale, then the Uniform Commercial Code applies and in many parts of Europe specific civil codes apply to contracts for sale. However, in Scotland, many European countries and parts of the United States, such rights can be conferred.⁷³ This is significant where software is distributed by OEMs⁷⁴, VARs⁷⁵ and other resellers appointed by the original provider. Care needs to be taken if the provider is to create a right to enforce rights against a licensee or receive the protection of any limits of liability in the sub-license.⁷⁶

B. Open Source Licenses and Their Regulations

There is considerable discussion about the different definitions and variations of what is generally understood as open source software, particularly because there is currently a divergence of opinion between different camps in whether one should use the terms "open source" or "free software" to define the movements implicit in the permissive distribution of software.⁷⁷ So, the open source licenses are licenses that comply with the Open

⁶⁹ T. J. Bond, p. 113

⁷⁰ T. J. Bond, p. 115

⁷¹ The American Law Institute (ALI) undertook a project to resolve this uncertainty in 2004. The end product was the *Principles of the Law of Software Contracts (Principles)*, which approved in May 2009.

⁷² Robert A. Hillman, *Contract Law in Context: The case of Software Contracts*, 45 Wake Forest L. Rev. 669, p. 673 (2010)

⁷³ T. J. Bond, p. 114

⁷⁴ Abbreviation of Original Equipped Manufacturers

⁷⁵ Abbreviation of Value Added Resellers

⁷⁶ T. J. Bond, p. 114

⁷⁷ Dan Burk, *Open Source Genomics*, 8 B.U.J. SCI. & TECH. L. 254 (2002)

Source Definition — in brief, they allow software to be freely used, modified, and shared.

Suffice it to say, there are different terms that can be used to describe the word “open source”: Free Software ("FS"), Open Source Software ("OSS"), Free Open Source Software ("FOSS"), Free Libre Open Source Software ("FLOSS"), Open Code, and nonproprietary software. The reason behind the many different terms and definitions is mostly historical, and comes from the fact that each denomination, particularly FS and OSS, have become attached with specific philosophies and ideologies, and, moreover, each of these definitions will usually inform the type of licenses used to distribute the work." This work will use the term "open source software" when talking specifically about the many different licenses used in software development.⁷⁸

The ability of open source software providers to dedicate their programs to free public use, while at the same time using copyright law to control the distribution and modification of their work, has long been an unresolved legal issue. A recent decision by the U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit has resolved many questions about the enforceability of open source licenses.⁷⁹

There are many popular open-source licenses on the digital platform. The following OSI-approved⁸⁰ licenses are popular, widely used, or have strong communities (as defined in the 2006 Proliferation Report):

- Apache License 2.0
- BSD 3-Clause "New" or "Revised" license
- BSD 2-Clause "Simplified" or "FreeBSD" license
- GNU General Public License (GPL)
- GNU Library or "Lesser" General Public License (LGPL)
- MIT license
- Mozilla Public License 2.0
- Common Development and Distribution License
- Eclipse Public License and etc.⁸¹

What's about future? IBM has joined the Open Source world, and the venture capital community is discovering Open Source. Intel and Netscape⁸² have invested in Red Hat⁸³, a Linux⁸⁴ distributor. VA Research⁸⁵, an integrator

⁷⁸ Andris Guadamuz Gonzalez, *Open Science: Open Source Licenses in Scientific Research*, 7 North Carolina Journal of Law and Technology 321, p. 326 (2006)

⁷⁹ Matthew A. Goldberg, *Open Source Software Licenses Held Enforceable*, 34 Litig. News 3, p. 3 (2008-2009)

⁸⁰ Abbreviation of Open Source Initiatives-Approved

⁸¹ Licenses and Standards, <http://opensource.org/licenses> (Last visited 30.11.2015)

⁸² Netscape – the most popular browser - claims 70% plus of the market.

⁸³ Red Hat, Inc. - an American software company which provides open-source software products.

⁸⁴ *Linux* – an open source operating system.

⁸⁵ See the site: <http://www.research.va.gov/>

of Linux server and workstation hardware, has announced an outside investor. Sendmail Inc,⁸⁶ created to commercialise the ubiquitous Sendmail e-mail delivery program, have announced six million dollars in funding.⁸⁷

Two internal Microsoft memos, referred to as the Halloween Documents⁸⁸, were leaked to the online public. These memos clearly document that Open Source and Linux threaten Microsoft, and there is a school of thought that suggests Microsoft will launch an offensive against them to protect its markets. It is likely that Microsoft will use two main strategies: copyrighted interfaces and patents.⁸⁹ They may also extend networking protocols, including Microsoft specific features in them that will not be made available to free software. They, and other companies, will aggressively research new directions in computer science and will patent whatever they can, before others can first use those techniques in free software. In the second Halloween document, a Microsoft staff member comments on the exhilarating feeling that he could easily change part of the Linux system to do exactly what he wanted. Additionally, it was so much easier to do this on Linux than it was for a Microsoft employee to change NT.

Open Source allows software to be shared easily. Businesses are adopting the Open Source model because it allows groups of companies to collaborate in solving a problem without the threat of an anti-trust lawsuit. Moreover, because of the advantage they gain when the computer-programming public contributes free improvements to their software.⁹⁰ However, the most reliable indication of the future of Open Source is its past.

In just a few years, it has gone from nothing to a robust body of software that solves many different problems and is reaching the million-user count.⁹¹

Conclusion

As I mentioned, all of these mean that Software License Agreements have a unique position in our life. Each type has important role and almost every country implements at least the basics of laws of Software License Agreements. Software Law is a modern law institute and it is developing day by day.

⁸⁶ Sendmail Inc – a company which regulates email connectivity, message notifications between people, companies, systems, softwares and applications located on different devices.

⁸⁷ T. J. Bond, p. 100

⁸⁸ The Halloween documents – consist of some private Microsoft memos on relating free software, open-source software and etc.

⁸⁹ Supra note 86

⁹⁰ T. J. Bond, p. 101

⁹¹ *Ibid.*

Producing new softwares, designing new software templates, preparing new contracts and licenses for softwares and such other facts affects the Software Law, and the patentees' and licensees' rights also influences softwares.

Of course, all the softwares are not these. There are, much more in the Software, including an implied indemnification obligation against infringement, streamlined parole evidence and interpretation rules focusing on issues that arise in the software licensing setting, and others.

*Dunay Xasaylı**

Tibb hüququ: Düzgün tibbi müdaxilə, malpraktis və komplikasion hüquqi fakt qismində

Annotasiya

Məqalədə dinamik inkişafda olan ictimai münasibətlərin yeni bir istiqamətinin – Tibb hüququnun yaranmasının nəzəri əsasları öz əksini tapmışdır. Həm Roman-german hüquq sistemli, həm də Anqlo-sakson hüquq sistemli ölkələrin bu sahə ilə bağlı nəzəri konsepsiya və baxışları haqda məlumat verilmişdir. Həmçinin tibb hüquq münasibətlərinin yaranmasında hüquqi fakt kimi çıxış edən malpraktis, düzgün tibbi müdaxilə, komplikasion haqda danışılır. Həmçinin məqalədə tibb hüququnun subyektləri ilə bağlı zidd fikirlərə də aydınlıq gətirilmişdir. Müasir dövrdə tibb hüququ baxımdan tənzimlənmənin vacibliyini labüdləşdirən orqan transplantasiyası, qüsurlu estetik əməliyyatlar, laboratoriyada canlı insanlar üzərində aparılan araşdırmalar haqda məlumat verilir. Məqalədə tibb hüququnun predmeti olan süni mayalanma, qanunsuz abort və klonlaşdırma haqda məlumat verilmişdir.

Abstract

The article reflects theoretical foundations of emergence of Medical law, which is the newest direction of developing and dynamic public relations. Also the article describes theoretical concepts and outlooks in both Romano-Germanic and Anglo-Saxon legal systems on this topic. Malpractice, complication and proper medical treatment are depicted as legal basis for emergence of Medical law. Controversial statements are clarified with regard to the subject. Necessity of regulation of some medical issues as transplantation, defective aesthetic, surgery, research conducted on alive people is emphasized. In the article, artificial insemination, illegal abortion and cloning are examined as well.

Giriş

İnsan hüquqlarının müdafiəsi zəminində yeni hüquq sahələrinin yaranması müasir hüquqda yaranan ictimai münasibətlərin tənzimlənməsində səmərəli üsul kimi qiymətləndirilir. Daim inkişafda olan ictimai münasibətlərin praktik tənzimlənməsi hüququn – pozitiv hüququn əsas məqsəd və vəzifəsidir. Xüsusilə insan hüquqları ilə bağlı münasibətlər təkcə dövlətdaxili hüququn deyil, beynəlxalq hüququn da diqqət mərkəzindədir. Müasir dövrdə tez-tez qarşılaşılan, böyük vüsət almış və tənzimlənməsində kolliziyalar yaranan bir problem – tibb və hüququn qarşılıqlı əlaqəsi, daha dəqiq “tibbi müdaxilələrin hüququ tənzimi” ilə bağlı münasibətlərdir. Bu problem ümumdünya səviyyəsində insan hüquqlarının pozulmasının əsas göstəricisidir. Pozulmuş hüquqlara görə məsuliyyətə gəldikdə isə vahid bir sistemin mövcud olmaması hüquq qarşısında yeni üsulların zərurilliyini qoyur. Tibb hüququ bu üsullardan biri kimi çıxış edir.

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

Baxmayaraq ki, tibb hüququnun tənzimləmə dairəsinə düşən ictimai münasibətlərdə hüquq pozmalar daha çoxdur, dövlətlərin hüquq sistemində tibb hüququnun müstəqil hüquq sahəsi olması məsələsi olduqca mübahisəli məsələ olaraq qalmaqdadır. Müasir dövrün insan hüquqlarının maksimum müdafiəsini təmin edən İsveç, Almaniya, Fransa, İtaliya, Türkiyə kimi dövlətlərdə tibb hüququ müasir bir hüquq sahəsi kimi həmin dövlətlərin hüquq sistemində öz yerini tapmışdır. Anqlo-sakson hüquq sistemli Böyük Britaniya, ABŞ kimi dövlətlərdə hüquq sahəsinə bölgü olmasa da, tibb hüququ qorunan hüquq və azadlıqlar içərisində xüsusi istiqaməti təşkil edir. XXI əsrdə Tibb hüququnun müstəqil hüquq sahəsi kimi inkişafını təmin edən başlıca meyar tibb sahəsində istər texniki, istərsə də insan anatomiyasının yeni xüsusiyyətlərinin aşkar edilməsi nəticəsində inkişafdır. Tibbi modernləşmə və intibah tibb hüququnun müstəqil sahə kimi mövcudluğunu və sistemli tənzimlənməsini labüdləşdirir.

I. Tibb hüququnun nəzəri əsasları

Hüquq sisteminin əsas elementlərindən biri də hüquq sahəsidir. Hüquq sahəsi – oxşar hüquq münasibətlərinin tənzimləyən hüquq normalarının məcmusudur. Amma ilk növbədə hüquq sahəsinin müstəqilləşməsi, yəni hüquq sistemində sərbəst element kimi sıralana bilməsi üçün meyarlar mövcuddur. Birinci meyar – predmetin olmasıdır. Predmet – hüquq sahəsinin tənzimlədiyi ictimai münasibətlərin dairəsidir. İkinci meyar – metod. Metod – ictimai münasibətlərin tənzimlənmə üsul və vasitələridir. Müasir dövrdə üçüncü meyar kimi – prinsiplər göstərilir. Prinsip – rəhbər, başlanğıclardır. Hüquq sahəsinin müstəqilləşdirən əsas səbəb – bu hüquq sahəsinin tənzimlənmə dairəsinə düşə biləcək münasibətlərin kütləvi olaraq mövcudluğudur. İctimai münasibət varsa, bunun hüquqi tənzimlənməsi vacib amildir. Nəzəri aspektdən bu sadaladığımız meyar və əlamətlərin mövcudluğu yeni sahənin formalaşmasında “bazis” dir. Bu yanaşma daha çox Roman-german hüquq sistemli dövlətlər üçün vacibdir. Roman-german hüquq sisteminin əsas göstəricisi hüquq sahəsidir və bu səviyyədə yanaşmanın əsasında da məhz bu dayanır. Ancaq Anqlo-sakson sistemli dövlətlər üçün əsas olan “tənzimlənməli olan münasibətin mövcudluğu”dur. Münasibət mövcuddur, pozuntu varsa, yaranmış pozuntunun aradan qaldırılması əsas məqsəddir. Bu sahədə əsas bazis rolunu hakimlərə “hüquqyaradıcı” səlahiyyətinin verilməsi oynayır. Hakim bu səlahiyyətdən istifadə eərək yaranmış mübahisəni yerindəcə praktik olaraq həll edir və bu həll növbəti eyni hal üçün presedent rolunu oynayır.

Tibb hüququnun müstəqil hüquq sahəsi olması praktik tənzimlənməyə olduqca yardımçı olur. Sual oluna bilər ki, nəyin tənzimlənməsinə? İnsan yaradılışından bəri hüquq barədə nəzəriyyələrdə, konsepsiyalarda danılmaz bir fakt dayanır. İnsanın digər hüquqlarının mövcud olmasının təməlinə duran fakt – “yaşamaq” hüququdur. Teoloji nəzəriyyədə bu hüququn

mənbəyi “ilahi qüvvə”, təbii (naturalist) hüquqda insanın mövcudluğundan doğan hüquq və digər nəzəriyyələrdə buna bənzər yanaşmalar olsa da, hər birinin ortaq cəhəti bu hüququ – “ən ali hüquq” kimi qəbul etmələridir. Bu hüquq təkcə nəzəri konsepsiyalarda deyil, beynəlxalq sənədlərdə də öz təsdiqini tapmışdır. Belə ki, insan hüquqları “Ümumdünya insan hüquqları” bəyannaməsi (1948), “Mülki və siyasi hüquqlar” haqqında pakt (1966), “Sosial, iqtisadi və mədəni hüquqlar” haqqında pakt (1966) kimi aktlarda öz əksini tapmışdır. Yaşamaq hüququnun təmini problemləri, bu hüququ təmin edən insan anatomiyası, tibblə bağlı aspektlərin araşdırılması və tənzimlənməsi vacib məsələdir. Belə ki, tibb hüququnun yaxın 50 il ərzində müstəqil hüquq sahəsi kimi mövcud olmaması o mənəni vermir ki, bu münasibətlər mövcud olmayıb və ya mövcud münasibətlərin tənzim etmə üçün bütöv sistem halında olmasa da, müəyyən tənzimlənmə olmamışdır. Tibb hüququnun ilk rüşeymləri eramızdan əvvəl Qədim Babil hökmdarı Hammurapinin qanunlarında öz əksini tapmışdır. Belə ki, onun “282” qanunlar toplusunda yazılırdı: “Yaralı və ya ölümcül vəziyyətdə olan şəxsin həyatını sonlandıracaq hər hansı müdaxilə etmiş şəxs sol əlinin kəsilməsi ilə cəzalandırılacaqdır.”¹ Hammurapi qanunlarının 10 maddəsində tibbi xətalər, tibbi ödənişlərin edilməsi və tibbi müdaxilə kimi məsələlərə toxunulur. Yustinian məcəllələrində (529-cu il) tibbi xəta, həkim səhvinə görə cəza məsələlərinə toxunulub.² Tibb hüququnun tədqiqatçıları bu hüquq sahəsinin müstəqilliyini tənzim edən hüquqi bazanın eramızın V əsrində Yunanıstanda olması fikrini irəli sürürlər və bunu “Hippokrat andı” ilə təsdiqləyirlər. Belə ki, Hippokrat andında belə deyilir: “Həkim *Apollon Aesculapions*, *hygia panacea* və bütün Tanrı və Tanrı tərəfindən olanlar adına. And içirəm, tanrı şahidliyi ilə ki, bu andımı və verdiyim sözü gücüm qüvvətim çatdığı qədər yerinə yetirəcəyəm. Bu sənətdə müəllimimi atam kimi tanıyacağam, ruzimi onunla paylaşacağam. Pula ehtiyacı olsa kisəmi onunla bölüşəcəyəm. Öyrənmək istədikləri təqdirdə onun uşaqlarına bu sənəti bir ödəniş və ya sənəd almadan öyrədəcəyəm. Reseptlərin nümunələrini, şifahi məlumatı və başqa dərsləri övladlarıma, müəllimimin uşaqlarına və həkim andı içənlərə öyrədəcəyəm. Bunlardan başqa bir kimsəyə öyrətməyəcəyəm. Gücüm çatdığı qədər müalicəmi heç bir vaxt pislik üçün deyil kömək üçün istifadə edəcəyəm. Məndən (zəhər) istifadəsi istəyənsə onu verməyəcəyəm kimi, belə bir hərəkət tərzini belə tövsiyə etməyəcəyəm. Bunun kimi bir hamilə qadına uşaq salması üçün dərman verməyəcəyəm. Lakin həyatımı, sənətimi tərtəmiz bir şəkildə istifadə edəcəyəm. Bıçağımı mesanəsində daş olan döyüşənlərdə belə istifadə etməyəcəyəm. Bunun üçün yerimi əhlinə tərk edəcəyəm. Hansı evə girərsəm girim, xəstəyə kömək üçün girəcəyəm. Qəsdli

¹ Tishra Beeson, Brittany Dawn McAllister, Marsha Regenstein, Making the Case for Medical-Legal Partnerships: A Review of the Evidence, s. 21-23 (2013)

² Marsha Regenstein, Medical ethics and law, s. 56 (2001)

olan bütün pisləklərdən qaçınacağam. İstər azad, istər kölə olsun kişi və qadınların bədənini sui-istifadə etməkdən, mazaratdan çəkinəcəyəm. İstər sənətimin icrası əsnasında, istərsə də sənətimin xaricində insanlarla münasibətdə ikən ətrafımda olub bitənləri, görüb eşitdiklərimi bir sirr olaraq saxlayacağam və kimsəyə açmayacağam.”³

Hippokrat andının məzmunundanda görüldüyü kimi həm müdaxilə, həm müdaxilənin nəticələri, həm də nəticəyə görə məsuliyyətin əsas prinsipləri orada göstərilmişdir. Hər həkim öz tibbi fəaliyyətinə başlayarkən bu andı içməklə artıq tibbi öhləliklərini müəyyən etmiş olur.⁴ Hippokrat andı Dünya Tibb Assosiasiyasının 1948-ci il Bəyannaməsində, Dünya Tibb Yığıncağının 1968 və 1985 ci il aktlarında öz əksini tapmışdır.⁵ Tibb sahəsində qəbul edilmiş bu aktlar birbaşa və ya dolayı olaraq müəyyən subyektlər üzərinə öhdəlik qoysa da, hüquq pozuntusunun həllində yaranmış kolliziyalar bəzən olduqca uzun müddət alır.

Tibb hüququnun müstəqil hüquq sahəsi olmasına qarşı olan müəlliflər buna qarşı olaraq iki konsepsiya göstərirlər: (i) tibb hüququ kompleks hüquq sahəsidir və (ii) tibb hüququ sosial təminat hüququnun bir tərkib hissəsidir.⁶ Belə ki, birinci qrup alimlərə görə tibb hüququ müxtəlifcinsli ictimi münasibətləri tənzimləyir.⁷ Bu qrupa görə tibb hüququnda məsuliyyət və cəza cinayət hüququnun əsas tənzimlənmə dairəsinə daxildir. Tibb hüququna Sosial təminat hüququnun tərkib hissəsi kimi baxan alimlər isə Tibb hüququ dedikdə onu yalnızca “tibbi yardım”la məhdudlaşdırırlar. Ancaq tibbi yardım sırf sosial təminat hüququnun predmentidir və tibb hüququ ilə dolayısı ilə olsa belə əlaqəsi yoxdur.⁸

Tibb hüququnun müstəqil hüquq sahəsi kimi xarakterizə edən mənbə, yaranan ictimai münasibətlərin kütləviliyini vurğuladıq. Əsas məsələ tibb hüququnun subyektləri və onun hansı təməl üzərində qurulması yönündə də diqqət yetirilməsidir. Tibb hüququ “üç ayaqlı” təməl üzərində qurulmuşdur.⁹ Bu təməl üç istiqamətdədir: vəzifə, hüquq və məsuliyyət (cəzanı da əhatə edir). Buna baxmayaraq bu üç istiqamət subyektlər baxımından da təsnifləşdirilir. Belə ki, bu üç təməlin ümumi anlayışı belə təstiq olunmuşdur. Subyekt üzrə:

³ Azərbaycan Milli Elmlər Akademiyası, Tibbi ensiklopediya, s. 12 (2003)

⁴ David A. Frenkel Ministry of Health, *Law and medical ethics*, 5 Journal of medical ethics 53, ss. 53-56 (1979)

⁵ World Medical Association, *Medical Ethics Manual*, s. 86 (2009)

⁶ Баратовски, Современное медицинское право в России и за рубежом, s. 31 (2003)

⁷ Иванова., Тарасова Предмет и метод права социального обеспечения, s. 108 (1983)

⁸ Tibbi yardım – maddi və ya natural formada mövcud olan “tibbi problem”in arada qaldırılması və ya aradan qaldırılma bilməyən problemlərdə yalnızca kömək edir (əlilliyi olan şəxslərə ortopedik vəsaitin verilməsi).

⁹ Tülay Yıldız Akar, *Hastane enfeksiyonlarının hukuki yansımaları*, s. 73 (2005)

1. Xəstələr
2. Həkimlər
3. Sağlıq personalı (işçiləri)

Xəstələr – istər tibbi ensiklopediya, istərsə də digər elmi mənbələrdə xəstə dedikdə, anatomik bütövlüyü,¹⁰ təbii¹¹ və ya süni¹² pozulmuş, tibbi müdaxiləyə ehtiyacı olan şəxs başa düşülür. Bəs xəstə hansı andan tibb hüququnun subyektı olur? Anatomik bütövlük pozulduqdan, xəstəxanaya və ya hər hansı sağlıq mərkəzinə gəldikdən, yoxsa ilk tibbi müdaxilə edildiyi andanmı?

Xəstənin anatomik bütövlüyünün pozulması ilə tibb hüququnun subyektı olması az tərəfdar toplamışdır. Buna əks mövqedən çıxış edən alimlər qeyd edirlər ki, anatomik bütövlüyün pozulması əksər hallarda ağrı və ya hər hansı simptomların nəticəsində müəyyən edilir. Ancaq bir halı da nəzərdə tutmaq lazımdır ki, gizli şəkildə də bu proses gedə bilər və buna saysız nümunələr göstərmək olar.¹³

İkinci qrup baxış xəstənin xəstəxana və ya hər hansı sağlıq mərkəzinə daxil olduqdan etibarən tibb hüququnun subyektı olduğu bildirilir. Bu onunla əsaslandırılır ki, xəstəxana və ya hər hansı sağlıq mərkəzinin əsas vəzifəsi xəstələrə, insanlara xidmət etməkdir. Bu fikirlərə əks fikir kimi bina və ya hər hansı bir əraziyə daxil olma xəstə ilə həkim və ya sağlıq personalı arasında ilkin münasibətlər yaranmadan subyekt kimi qiymətləndirməyə əsas verə bilməz.¹⁴

Üçüncü qrup baxış daha çox dəstəklənən baxış kimi qiymətləndirilir. Xəstəyə edilən ilkin müdaxilədən tibb hüquq münasibətləri şəxsləri öz qoruması altına alır. Elmi ədəbiyyatlarda buna bəzən “müdafiə çətiri ilə tənzimlənmə” də deyilir.¹⁵

Həkimlər – tibb hüquq münasibətində ən çox öhdəlik daşıyan subyektıdır. Baxmayaraq ki, yuxarıda sadaladığımız subyektlər də var, ancaq baş vermiş hər hansı xoşagəlməz nəticədə şüuru olaraq həkimlər günahlandırılır. Həkimlərin subyekt olması ilə bağlı iki baxış mövcuddur. Birinci baxışa görə həkim tibb hüquq münasibətlərində əsas subyekt olmaqla əsas vəzifələr də onun üzərinə düşür. Xüsusilə bu yanaşma tərəfdarlarına görə həkim tibb hüququnda xəstə və sağlıq personalından fərqli olaraq daha üstün

¹⁰ Anatomik bütövlük – insan orqanın ümumi funksional göstəricisidir.

¹¹ Anatomik bütövlük – təbii şəkildə orqanın öz fəaliyyətin nəticəsində problemlərin meydana gəlməsidir.

¹² Anatomik bütövlüyün süni şəkildə hər hansı mühiti təsir nəticəsində (qəzada qolun itirilməsi) problemin meydana gəlməsidir.

¹³ Aydın Gülen, *Tıp hukuku açısından hasta ve hekim hakları*, 20 Ankem Dergisi 16, ss. 16-19 (2006)

¹⁴ Gencer Serap, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp eğitimi Etkinlikleri – Hastane Enfeksiyonları Korunma ve Kontrol – Sempozyum Dizisi, s. 71 (2008)

¹⁵ Mustafa Kıcalıoğlu, *Doktorların ve Hastanelerin Tibbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları*, s. 47 (2011)

mövqedədir - bu üstünlük həm ixtisas, həm də xüsusi nüfuzda özünü göstərir.¹⁶ İkinci yanaşma tərəfdarları isə həkimlərin bir subyekt kimi yalnızca xəstənin arzu, tələb və ya ehtiyacı ilə bu münasibətlərdə tərəf olurlar. Ancaq bu fikrə haqlı olaraq qarşı çıxan tədqiqatlar əsaslı olaraq xəstəyə müdaxilənin onun özünün qərar vermə qabiliyyətində olmaması (huşsuz) halını göstərirlər.

Sağlıq personalı (işçiləri) – Bəzən bu qrup həkimlər adlı subyektlər hissəsinə aid edilir. Sağlıq personalı tibb bacısı, daha dəqiq, xəstə ilə birbaşa tibbi müdaxilə zəminində münasibətə daxil olan şəxslərdir. Sağlıq personalı dedikdə xidməti personal bura aid edilmir. Yalnızca Almaniya qanunvericiliyinə görə xidməti personal da sağlıq personalı qrupu daxilində tibb hüququnun subyektivi olur. Bu yalnızca xüsusilə ağır və ətraf mühitdən təcrid olunmuş xəstəliklər və onların müalicə olunduğu tibbi mərkəzlərə aid edilir.¹⁷

Tibb hüququnun müstəqil sahə kimi qəbul etməyən baxışların əsas əks arqumentləri tibb hüququna görə məsuliyyət və cəzanın insan həyatının müdafiəsi adı ilə cinayət hüququnun təsir dairəsinə aid edilməsidir. Bu halı düz qəbul etsək, yanlış cəzalandırma və məsuliyyətdən yayınma hallarına rast gəlinə bilər, daha dəqiq desək, belə hallar qaçılmazdır. İndi bir halı nəzər yetirək. Bir şəxs, həkim olmayan müəyyən motiv və məqsədlə bir şəxsi öldürür və ya ən yaxşı halda sağlamlığına zərər vurur. Digər bir halda şəxsin hər hansı motiv və məqsədi yoxdur, ehtiyatsızlıqdan, istəmədən bir şəxsi öldürür və ya sağlamlığına zərər vurur. Birincisi, bu iki halda hadisələr və nəticə sırf ölümün əldə edilməsi və ya sağlamlığa zərər vurulmasıdır. Digər bir halda həkim səhvi və ya qarışıqlıq halında təsadüfən ölüm və ya sağlamlığa zərər vurma nəticəsi alınır. Onda belə bir sual yaranır. Burada motiv və məqsəd varmı? Nəzərə alsaq ki, cinayət tərkibinin əsas göstəricisi subyektiv tərəf olan motiv və məqsəddir. Bir məsələyə diqqət etməliyik, öz vəzifə borcunu lazımcına yerinə yetirməməyə görə yaranmış halın cinayət hüququnun təsir dairəsinə salınması nə qədər doğrudur. Motiv, məqsədli və ya təsadüfən sadalanan nəticələrin yaramasına görə şəxslərin peşə yönümlü fəaliyyəti nəticəsində eyni nəticəsiyə gələn həkimlərin cinayətkar adlandırılaraq eyni cəzalandırılması düzgün deyil. Həkimlərə daha yüngül cəza verilsin deyilmir, sadəcə bu məsələ tibb hüququ sahəsində daha ətraflı tənzimlənmə bilər.¹⁸

¹⁶ Zeynep Şişli, Tibbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı Hakkında, s. 31 (2012)

¹⁷ Bura QİÇS, vərəm və bu kimi digər infeksiya xəstəlikləri aiddir.

¹⁸ 2015-ci il 2-3 sentyabr, Beynəlxalq Tibb Hüququ Konqresi – “vaka tartışması”

II. Düzgün “tibbi müdaxilə”, tibbi malpraktis və komplikasion tibb hüququnda hüquqi fakt kimi

A. Düzgün tibbi müdaxilə

Dünya dövlətlərinin əksəriyyətində “*Medical ethics and Law*” başlığı altında araşdırılan tibb hüququnda düzgün tibbi müdaxilə əsas hüquqi fakt qismində çıxış edir. Hüquqi fakt şəxsləri tibb hüququnun birbaşa subyekti edən hərəkət və ya hərəkətsizlikdir. Düzgün tibbi müdaxilə tibb etikasını adı altında bir çox ölkələrdə tədris olunmaqdadır. Tibb etikasını dedikdə tibbi təhlil və ya analizlər nəticəsində qərar qəbul etməkdə diqqətli və sistemativ reaksiyanı əks etdirir. Təbii ki, bu tərifdə tibb etikasının əsas nəticəyə köklənmiş əlamətləri sadalanmaqdadır.¹⁹ Ancaq Tibb etikasını yalnızca tibbi nüansları əhatə edir. Misal kimi xəstəyə ilkin müdaxilə, yoxlanışın edilməsi, müalicəyə başlanması və s. sadalamaq olar. Ancaq tibb hüququ çərçivəsində tibbi müdaxilə edilərkən həkim nələri xəstənin diqqətinə çatdırmalıdır, hansı halda həkim xəstəyə tibb müdaxiləyə başlaya bilər? - öyrənilir. Düzgün tibbi müdaxilə bir növ xəstənin hüquqlarının qorunması çərçivəsində ilk addımdır.²⁰ Tibbi müdaxilə zamanı həkimin tibb hüququ ilə tənzimlənən vəzifələri bunlardır:

1. Həkim xəstəyə ilk olaraq onun sağlın vəziyyəti haqqında dəqiq və ətraflı məlumat verməlidir. Həkim ilk olaraq xəstəyə yaranma səbəblərini sadalamalı və xəstə mütləq bu səbəblərdən birini öz halında görməlidir. Əks halda analiz və təhlillərdə göstərilmiş nəticənin başqa xəstəlik və ya diaqnozla bağlı olma halı nəzərdən qaçırıla bilər. Daha sonra həkim aparılmış təhlil və analizlərin cavablarını xəstənin başa düşəcəyi anlaşıqlı dildə onun nəzərinə çatdırmalıdır. Üçüncü mərhələ kimi xəstənin hal-hazırkı sağlın vəziyyəti ilə bağlı ona müəyyən həvəsləndirici, daha dəqiq ona psixoloji dəstək olan ilk addımı atmalıdır. Bu mərhələ əsasən hər dəfə təkrarlanmalıdır.²¹
2. Həkim xəstəyə mövcud tibbi halın aradan qaldırılması üçün mümkün ola biləcək müalicə üsullarını sadalamalı və prosedur haqqında məlumat verməlidir. Xəstə isə öz növbəsində üsullardan birini seçməlidir. Həkimin əsas məsuliyyəti seçilmiş müalicə üsulunun ən xeyirli və səmərəli olmasından ibarətdir.²²
3. Həkim düzgün tibbi müdaxilə zamanı xəstənin vücut bütövlüyünə yalnızca onun icazəsi ilə müdaxilə edilə bilər. Yalnızca xəstə razı olduğu halda həkim lazımi hərəkətləri icra edə bilər.²³ Vücut

¹⁹ Mark G Brennan, Maaike Möller, Yveta G. M. Coldicott, *The practical guide to Medical ethics and law*, s. 42 (2005)

²⁰ Civaner Metin. *Tıp Etiği El Kitabı*. Williams J.R. T.T.B., s. 123.(2006)

²¹ World Medical Association, *Medical Ethics Manual*, s. 342, (2009)

²² Williams, John R. (John Reynold), *Medical ethics manual*, s. 256 (1942)

²³ Ülman Yılmaz, *Araştırma Etik Kurulu Üyeleri Avrupa Konseyi Biyoetik Kurulu Klavuzu*, s. 49 (2011)

bütövlüyünün toxunulmazlığı tibb hüququnun əsas təməllərindən biridir. Hətta həkimin düzgün tibbi müdaxiləsi xəstənin icazəsi olmadan hüquq pozuntusu hesab edilir. ABŞ-da 1905-ci ildə baş vermiş hadisə də bunun ilə bağlı olub. Tarixə “Mohr və William” kimi düşən işdə həkim xəstənin sağ qulaq pərdəsindəki qüsuru aradan qaldıran zaman müşahidə edir ki, sol qulaqda da problem var və sol qulağa da tibbi müdaxilə edir və müdaxilə uğurlu olur. Buna baxmayaraq xəstə onun izni olmadan vücut bütövlüyünə tibbi müdaxilə etdiyinə görə həkimdən təzminat almışdı.

B. Malpraktis

Malpraktis tibb hüququnun əsas hüquqi faktı və terminologiyasının daha çox ümumişlək termini kimi bilinməkdədir. Malpraktis sözünün hərfi mənası “*mala – yanlış, practise - təcrübə*”, fransızca “*yanlış təcrübə*” deməkdir. İlk dəfə bu sözə XVIII yüzillikdə, dəqiq olaraq 1768-cil ildə *Ser Villiamın “Black stone”*da “*mala praxtis*” şəklində göstərilmişdir.²⁴ Malpraktis – müəyyən fəaliyyət sahəsində şəxsin öz vəzifə borcundan irəli gələn, normal elmi bilik və vərdişlər şəklində təzahür edən müəyyən hərəkətləri mövcud halda eyni fəaliyyət yönümlü şəxsin daha çox diqqət göstərərək edə biləcəyi düzgün olmayan müdaxilədir. İlk növbədə malpraktisdə əsas göstərici şəxsin düzgün olmayan fəaliyyətidir. Belə ki, bu vəziyyətdə başqa şəxs bunu etməzdi.²⁵ Ümumi olaraq malpraktis bütün sahələrdə işlənən sözdür. Tibb, hüquq, texnologiya, tikinti, qısacası bütün sahələrdə düzgün olmayan fəaliyyət, hərəkət mənasında istifadə olunur. Ancaq malpraktis daha geniş termin kimi tibb hüququnda istifadə olunmaqdadır. Malpraktis dedikdə ilk ağla gələn tibb sahəsi olur. Bəzi ədəbiyyatlarda malpraktisi seçmək üçün “tibbi malpraktis” terminindən istifadə edilir.²⁶ Tibbi anlamda malpraktis nədir? – sualı ən çox araşdırılan sualdır. Tibbi malpraktis düzgün olmayan tibbi müdaxilədir. Qısacası verilmiş bu izahda malpraktisin əsas özülü dayanır. Düzgün olmayan tibbi müdaxilə dedikdə nə başa düşülür? Düzgün olmayan tibbi müdaxilə 4 əsasdan ola bilər:

- Qəsd
- Ehtiyatsızlıq
- Tibbi bilik və təcrübə çatışmazlığı
- Kənar təsir

Qəsd - bu termin daha çox cinayət hüquqi aspektdən təsdiqə əsas versə də, tibb hüququnda bu daha fərqli öz izahını tapır. Belə ki, həkim müalicə və ya cərrahi əməliyyat dövründə dərk edir ki, ediləcək müdaxilə və ya dərman xəstəyə birbaşa ağır zərər vuracaq, ancaq buna baxmayaraq həkim ən son

²⁴ David A. Frenkel, Ministry of Health, *Law and medical ethics*, 5 Journal of medical ethics 53, ss. 53-56 (1979)

²⁵ Hakan Hakeri, *Tıp hukuku*, s. 23 (2014)

²⁶ Türkiyə ədəbiyyatlarında “*tibbi malpraktis*” işlədilir.

ümid olaraq nəticəni dərk edərək bu addımı atır. Bu, sanki, nəticəni dəqiq bildiyi halda heç bir əsas olmadan bu nəticənin əksi və ya yaxşısını düşünür.²⁷ Burada cinayət hüququ anlamda qəsdən fərqli cəhət odur ki, cinayətdə şəxsin qəsdə həm dərkə, həm də hərəkətdədir, yəni təqsirləndirilənin qəsdə birbaşa şəxsin ölümünə və ya sağlamlığına zərər vurulmaqda öz əksini tapır. Tibb hüququ baxımdan isə qəsd yalnızca həkim hərəkətidir. Bu hərəkətin əqli aspekti ölüm və ya sağlamlığa zərər vurmaq deyil.²⁸ Əlbəttə bu planlaşdırılmış, öz vəzifəindən sui-istifadə etmə hallarından kənar vəziyyət üçün keçərlidir.

Ehtiyatsızlıq – burada həkim tibbi müdaxilə zamanı hansı hərəkəti etməli olduğunu bilir, bu hərəkəti icra edir, ancaq ehtiyatsız davranaraq nəticənin sonunu görməməzlikdən gəlir.²⁹ Bu sonu hər hansı başqa həkim görə bilər, görür və görməlidir. Ola bilər ki, həkim müdaxilə üçün olduqca düzgün hərəkəti seçmişdir, ancaq nəticəni tam və ya bütöv görmədən edilmiş hərəkət tibbi malpraktis hesab ediləcək.

Tibbi bilik və təcrübə çatışmazlığı – bu səbəb müdaxilənin malpraktis kimi qiymətləndirilməsində ziddiyətə səbəb olur. Belə ki, tibbi bilik və təcrübənin çatışmazlığı ilk olaraq şəxsin həkim kimi status almasında ziddiyət yaradır. Bir qrup tətqiqatçılar bunu malpraktis kimi deyil, qanunsuz və əsassız olaraq şəxsin həkim statusunu əldə etməsi kimi qiymətləndirir. Əgər həkimin tibbi müdaxiləni etməyə kifayət qədər biliyi və təcrübəsi yoxdusa, artıq burada məsuliyyətin ikiləşməsi baş verir.³⁰ İlk növbədə xəstə ilə tibb hüququ sferasında münasibət yaratmaq üçün şəxsin həkim olması lazım və bu statusu ona verən tibbi mərkəz məsuliyyət daşmalıdır. Ancaq bu olduqca uzun prosedur və araşdırma tələb edir. Tibb hüququ çərçivəsində isə həkim birbaşa məsuliyyət daşıyan subyekt qismində çıxış edir. Tibbi bilik və təcrübənin çatışmazlığı müəyyən səbəbdən yarana bilər. Əsas amil həkimin özü bunu bilə-bilə tibbi müdaxilə etməsidir. Hüquq ədəbiyyatında buna “tibbi yetərsizlik” də deyilir.³¹

Kənar təsir – elmi ədəbiyyatda bu səbəb birmənalı qarşılanmır. Kənar təsirlər dedikdə psixoloji amil nəzərdə tutulur. Tibbi müdaxilə zamanı həkim xəstənin yaş, xəstənin tibbi vəziyyəti və üzərinə düşən öhdəliklərin ağırlığını nəzərə almaqla müdaxilənin istənilən nəticə ilə sonlanmasına təsir göstərir. Ədəbiyyatlarda bu təsirlərin malpraktisə səbəb olması qəbul edilmir. Çünki

²⁷ Esen Harun, Demirel Atay, Önel Hakan, Evcil Nihan, Ertuğrul Sahan. Hasta güvenliği bakımından algı düzeyinin belirlenmesi, s. 32 (2010)

²⁸ Cem, Özkara Ercan, Can Mesul. Yargıtayda karara bağlanan tibbi uygulama hatası dosyalarının değerlendirilmesi, s. 45 (2009)

²⁹ Saraçoğlu Kadir, Hasta ve Sağlık Çalışanı Hakları, s. 280 (2011)

³⁰ Oğuz Polat ve İşıl Pakiş, Tibbi uygulama hatalarında hekim sorumluluğu, 2:3 Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi 119, s.119 (2011)

³¹ Sayek İ. 17. Tıpta Uzmanlık Eğitim Kurultayı, s. 139 (2011)

hər bir həkim faktik olaraq bu təsirlərə vərdişkar və hazırlıqlı olmalıdır. Bu təsirlər həkimin peşə şərtləri və göstəricisi olmaqla əsaslandırılır.³²

C. Komplikasion

Komplikasion tibb hüququnda hüquqi fakt qismində çıxış edir. Komplikasion sözünün hərfi mənası – “complication” *fransızca* “qarışıq” deməkdir. Komplikasion olduqca çətin müəyyənləşir və malpraktislə düzgün tibbi müdaxilə arasında sədd kimi çıxış edir.³³ Komplikasion - tibbi müdaxilə zamanı baş verməsi əvvəlcədən müəyyənləşməsi qətiyyən mümkün olmayan, istənməyən nəticəyə səbəb olan riskli fəaliyyətdir.³⁴ Komplikasionun tərifində də görüldüyü kimi anatomik bütövlük, insan vücudu elə sistemə malikdir ki, tibbi müdaxilə zamanı bəzən nəticənin necə olması yalnızca şəxsin öz fizioloji, anatomik quruluşundan asılı olur. Həkimlər üçün ən çətin olan məhz qarışıqlıq, tibbi dildə komplikasion halında müdaxilə edilməsidir. Bu zaman həkim xəstəyə ilk olaraq müdaxilənin hər bir və nəhayət ola biləcək ən pis nəticəsini bildirməlidir. Komplikasionun digər adı “riskli tibbi müdaxilə”dir.³⁵ Risk burda xəstənin vəziyyətinə aid olan bir göstəricidir. Çünki müdaxilənin nəticəsini əvvəlcədən pis və ya yaxşı sonlanmasını müəyyən etmək mümkün olmur. Xəstə bu riski qəbul edir. Komplikasionun daha çox uzun müalicə müddəti olan, tam müalicəsi az təsadüf edilən xəstəliklərə aid edilməsi haqda yanlış bir fikir var. Komplikasion müalicəsi çox da qəliz olmayan xəstəliklər üçün də keçərlidir. Komplikasion daha çox şəxslərin fərdi göstəricisi ilə əlaqədardır. Misal üçün tibb dilində kardioloji tromb³⁶ halında şəxsin fiziki gücü olmalıdır, əks təqdirdə zəif vücuda bu müdaxilə komplikasiona səbəb ola bilər. Komplikasionun xüsusiyyəti kimi “bilgi yetərsizliyi” də göstərilə bilər.³⁷ Bu yetərsizlik həkim və ya sağlq personalının elmi və ya praktik yetərsizliyi deyil, müdaxilə ediləcək orqanın bioloji xüsusiyyətlərini tam öyrənmək mümkün olmaması ilə bağlıdır. Komplikasion halında əsas problem yaranan məsələlərdən biri də məsuliyyətdir. Hüquq ədəbiyyatında birmənalı olaraq vurğulanır ki, riskli müdaxilə haqda ətraflı məlumat xəstəyə çatdırılır və yalnızca xəstənin razılığı ilə tibbi müdaxiləyə başlanılır və xəstə bu razılıqla bir növ istənilən nəticəyə, ən pis hada ölümü qəbul edir. Həkimin komplikasiona görə məsuliyyəti yaranmır. Bu hal heç də həkimlərin öz səriştəsizliyini komplikasion adı ilə təqdim etməsi üçün əsas ola bilməz. Tibb hüququnun komplikasionun müəyyən olunması və mövcud vəziyyətin komplikasion kimi göstərilməsi olduqca çətin prosesdir. Komplikasionda

³² Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, s. 336 (2012)

³³ *Yenə orada*, s. 112

³⁴ Aydın Gülen, Tıp hukuku, s. 66 (2010)

³⁵ Sayek İnan, Tıpta Uzmanlık, s. 220 (2011)

³⁶ Kardioloji tromb – ürək damarlarının qan laxtalanması yolu ilə tıxanması.

³⁷ Chlöe-Maryse Baxter, *The practical guide to Medical ethics and law*, s. 145 (2009)

şəxsin vücud bütövlüyünə düzgün tibb müdaxilə üçün verdiyi icazədən fərqli olaraq pis nəticəni gözə alan bir icazədir. Həkim komplikasına görə hər hansı hüquq məsuliyyətinə cəlb oluna bilməz.

III. Tibb hüququ ilə tənzimlənən ictimai münasibətlər

Dövri inkişaf mövcud hüquq sahələri üçün yeni problemlər yaratmaqla yanaşı, daha fərqli və yeni münasibətləri formalaşdırır. Bu münasibətlərin tənzimlənməsi bəzən çətinlik yaradır. Tibb hüququnun yeni hüquq sahəsi olmasına, hətta bəzi baxışlara görə hüquq sahəsi kimi qəbul edilməməsinə baxmayaraq onun tənzimlədiyi ictimai münasibətlər dəyişir və dinamik tənzimlənməni labüdləşdirir. Müasir texnologiyanın inkişafı buna xüsusilə təsir göstərir. İnsan zehninin elmdə təzahürü və yeni-yeni tibb hüququ münasibətlərinin yaranması, əlbəttə ki, tənzimlənmədə də mənfilərə yol açır. Tibb hüquq münasibətləri dairəsinə daxil ola biləcək münasibətlər kifayət qədər çoxdur. Onlardan ən əsasları birbaşa tənzimlənməyə ehtiyac duyulanlardır; Abort, süni mayalanma, surraqat analıq, klonlaşdırma, orqan transplantasiyası, estetik əməliyyatlar, xüsusilə də qüsurlu estetik əməliyyatlar, laboratoriya araşdırılmalarında insanlardan istifadə və bu kimi sayısız-hesabsız münasibətləri sadalamaq olar.

Abort – müasir dövr üçün ən yaygın problemlərdən biridir. Abort - ana bətnindəki dölün inkişafına birbaşa həkim vasitəsilə müdaxilə nəticəsində onun hissələrlə ana bətnindən xaric edilməsidir.³⁸ Abortu yalnızca xüsusi ginekologiya üzrə ixtiaslaşmış şəxs – həkim-ginekoloq edə bilər. Tibb hüququnda qanunsuz abort anayışından istifadə edilir. Bu 2 aspektdə yanaşılır. Biri abortu edən subyekt - həkim baxımında, digəri isə ana bətnində döl yoxsa, uşağın olması. Döl hamiləliyin ilkin 3 ayında ana bətnindəki "canlı"dır. Bu 3 aydan sonra ana bətnindəki döldə artıq əsas orqanların formalaşması mərhələsi başlayır. Bu səbəbdən ilk 3 aydan sonra uşaq adlanır.³⁹ Bu zaman edilmiş abort qanunsuzdur. Artıq ana bətnində bir canlı böyüdüüyü üçün bu insan həyatını qəsdən sonlandırmaqdır.

Süni mayalanma – sonsuzluğun çarəsidir. Ancaq bu yönümdə olduqca böyük problemlər mövcuddur. İlk olaraq süni mayalanma zamanı istifadə olan donör hüceyrə (sperma) üçün müəyyən "bilinməzlik sistemi" mövcuddur. Ən əsas problemlərdən biri də bu sistemin pozulmasıdır. Donorun kimliyi xəstəyə müəyyən olmamalıdır. İkinci yandan donorda xəstənin kimliyini bilməməlidir. Süni mayalanma olduqca riskli işdir. Bu proses zamanı xəstənin anatomik bütövlüyünün əvvəlki vəziyyəti qorunmalıdır.

Surraqat analıq - süni mayalanmadan əsas fərqi burada qadın orqanının funksiyasını icra edə bilmədikdə (yumurtalığın yararsızlığı) həyata

³⁸ Olga van den Akker, *Psychosocial Aspects of Surrogate Motherhood*, s. 34 (2007)

³⁹ Tibbi ensiklopediya, Milli Elmlər Akademiyası, s. 228 (2003)

keçirilməsidir. Qadın orqanizmində yumurta hüceyrəsi hazırlayaraq, ovulyasiyaya yaxın onu yumurtalıqdan xaricə çıxarırlar. Eyni zamanda qadının həyat yoldaşından da sperma alınır. Xüsusi laborator şəraitdə (sınaq borusu şüşəsində) yumurta hüceyrəsini spermatozoidlərlə birləşdirirlər. Mayalanma baş vermiş olarsa, bir neçə gündən sonra rüşeymi digər qadının (surroqat ananın) uşaqlığına daxil edirlər. Bir növ "inkubator" rolunu daşıyan surroqat ana tərəfindən müvafiq dövr (9 ay) keçdikdən sonra doğulan uşağı onun bioloji valideynlərinə verirlər. Surraqat analıqda donor canlı insan olur. O, 9 ay müddətində uşağı bətnində daşıyır. Bu baxımdan surraqat analıqda həm donorun, həm də xəstənin hüquq və vəzifələri tibb hüququ vasitəsilə dəqiq müəyyənləşməlidir. Surraqat analıqda problemlə məsələ donorun hamiləliyin müəyyən hissəsində doğulacaq uşağı verməkdən imtina etməsidir.

Klonlaşdırma və laboratoriya araşdırmalarında canlı insanlardan istifadə bir birinin alt qrupu kimi çıxış edə bilər. Texnoloji inkişaf cəmiyyət həyatına xeyirləri və zərərləri ilə birgə daxil olur. Bu inkişafın ətraf mühitə göstərdiyi təsir nəticəsində yeni-yeni viruslar və xəstəliklər olduqca geniş vüsətlə yayılır. Bu səbəbdəndə xəstəliklərlə mübarizə üçün laboratriyada minlərlə insan üzərində təcrübələr aparılır. Dünya Səhiyyə təşkilatının statistikasına görə il ərzində 10 min insan laboratoriyaların qurbanı olur. Bu məsələyə tibb hüququ baxımından müdaxilə qaçılmaz hal alıb.

Orqan transplantasiyası tibb dünyasının ən yüksək nailiyyəti olmaqla yanaşı onun hüquqi tənzimlənməsi vacibdir. Çünki nəql olunan orqanların əksəriyyəti insan alverinin qurbanlarının ölümü bahasına baş tutur. BMT "İnsan alveri ilə mübarizə" komitəsinin statistikasına görə yer üzərində il ərzində 8 milyon insan orqan transplantasiyası və ya digər səbəbdən insan alverinin qurbanı olur.

Uğursuz estetik əməliyyatdan əziyyət çəkən insanlar təxmini yer üzündəki əhalinin 1-2% ni təşkil edir. Dünya Tibb Assosiasiyasının bu statistikasında həmçinin bundan əziyyət çəkənlər içərisində yalnızca məşhur deyil, minlərcə sıradan və 20-25 yaş arası şəxslərin olduğu müəyyən olunur.

Ümumilikdə isə tibb hüququnun tənzimlənmə dairəsinə düşə biləcək münasibətlər olduqca genişdir. Yuxarıda isə ən çox qarşılaşılan və tənzimlənməyə ehtiyac duyulanlar sadalanır.

Nəticə

Yeni hüquq sahəsi, müxtəlif sistemləri nəzərə alaraq yeni hüquq istiqamətinin yaranmasının labüdləşdirən şərtləri sadaladıq. Tibb hüququ da bu istiqamətlərdəndir. Tibb hüququnu müstəqil təsir sferasına daxil edən başlıca amil subyektləri və peşə xüsusiyyətidir. Tibb hüququnda əsas hüquq və vəzifələr sırf bir subyektin – həkimin tutduğu mövqə və onun peşə statusu ilə sırf bağlıdır. Bu subyektin etdiyi hüquqa uyğun olmayan davranışa görə cinayət və ya başqa hüquq sahəsinin təsir sferası altında cəzalandırılması

ədalət və bərabərlik balansını pozur. Cinayətlə bağlı aspektdə qəsdin ikili təzahürü əksəriyyət tərəfindən qəbul edilir. Qəsdin hərəkət və dərkdə olması məsələsi sırf tibb hüququ aspektdən əsaslı təsdiqdir.

Malpraktis termini ilə düzgün olmayan tibbi müdaxilənin ifadə olunması əslində hüquq sahəsinin müstəqilləşməsi yönündə ikinci əsas addımdır. Praktikada hər hansı mübahisə yarananda malpraktis aşkar edildikdə artıq məsuliyyət və cəza məsələsində kollizsiya yaranır. Çünki heç bir cinayət tərkibi malpraktisin tibb hüququ aspektdən əlamətlərinin dispoziyasından əks etdirə bilməz.

Tibb hüququ araşdırmaları və yuxarıda qeyd edilmiş müxtəlif tarixi faktlar bu hüququn mövcudluğunun əsaslılığından xəbər verir. İstər eradan əvvəl, istər də bizim eranın ardıcıl olaraq dövrlərində sistemin şəkildə olmasa da, bunula bağlı qanunvericilik nümunələrinə rast gəlinməsi üçüncü əsaslı addımdır.

Hippokrat andı içən həkimlər - tibb hüququnun subyektləri - birbaşa öz üzərilərinə öhdəlik götürürlər. Sanki bu and onların fəaliyyətini tənzimləyən başlıca prinsipdir. Tibb hüququ mütərəqqi olaraq hüquq münasibəti yaranana qədər artıq subyektin vəzifəsini müəyyənləşdirir. Onlar bilmədən belə tibb hüququnun subyekti olurlar.

*Ramin Aliyev**

Case of Islam-Ittihad Association v. Azerbaijan Republic

Abstract

The article has been dedicated to one of the challenges of our times. In general, it discusses the phenomena of freedom of religion and belief (FORB, in Azerbaijani DVEA), and reviews the legal aspects of the fight against the radical religious groups. One of the recent cases seen by the European Court of Human Rights, "Islam-Ittihad and others v. Azerbaijan", has been placed in the centre of attention in this research.

Annotasiya

Məqalə zamanəmizin çağırışlarından birinə həsr olunmuşdur. Ümumilikdə o, din və etiqad azadlığı (DVEA – ingiliscə, FORB) fenomenini, habelə radikal dini qruplara qarşı mübarizənin hüquqi aspektlərini araşdırır. Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsinin son işlərindən biri – "İslami-İttihad və digərləri Azərbaycana qarşı" işi bu araşdırmada diqqət mərkəzini təşkil edir.

Introduction

Islam-Ittihad and others v. Azerbaijan (the Case)¹ is one of the most recent cases seen by the European Court of Human Rights ("the Court"). It was lodged with the Court on 17 January 2005. Two Azerbaijani nationals appeal-ed against the Azerbaijani Government. The Court in its 13 November 2014 judgement unanimously held that there had been a violation of Article 11.

The above paragraph constitutes a very brief survey of the case. It does not seem to be a pure freedom of religion and belief (FORB) issue. Nevertheless, the details of the case prove that the freedom of association in this particular context has been closely linked to the religious activities.

Now I would like to provide a brief overview of the structure of the article. The next section has been dedicated to the details of the case. Secondly, the doctrinal issues and case law of the Court will be analysed in order to reach the middle ground between universal values and local necessities. Thirdly, Azerbaijan-specific FORB environments will be discussed. Lastly, the major outcomes of the analysis and discussions carried out in the essay will be put in the conclusory findings.

* LLM student at The Katholieke Universiteit Leuven, Belgium, Society, Law and Religion Program. In addition, the author holds Master Degree (International Law) from Baku State University Law School.

¹ For the online version of the case please

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-147866#{"itemid":\["001-147866"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-147866#{)

I. Details of the Case: Agenda and Activities of the Association, Domestic Legislation and the Court Findings

Azerbaijan was a highly secular society before the collapse of the USSR. This dissolution gave birth to the spread of Islam in the territory of CIS republics², including Azerbaijan. The 1995 Constitution clearly establishes country as a “democratic, legal, secular and unitary republic”.³ However, since 1991 several denominations of Islam has entered into competition with secularism.

The Islam-Ittihad⁴ Association was also established in 1991. The Ministry of Justice (the Ministry) of AR registered it in 1995. Its main aims included “the repair and maintenance of abandoned mosques and other places of worship, organising pilgrimages to Islamic shrines, providing material and moral aid to orphanages as well as elderly, ill and disabled people, and publishing books with a religious content” (§ 9 of the Judgement). And its actual activities encompassed the repair of some religious buildings, the provision of financial assistance to the people in need, the propagation of the historical and religious values, and publishing appropriate articles in the media.

Nevertheless, inspections of the Association’s activities by the Ministry in 2002 discovered several nonconformities between the allowed and actual actions. *The Association did not have a bank account, the sources of financing were not clear, there were no accounting records, its actual headquarters were located in a mosque. Also, the chairman and members of the Association belonged to the same religious community.*⁵ More importantly, the Ministry claimed that the Association’s actual primary activities involved religious propaganda and agitation which was acknowledged as being totally unlawful (§§ 11-16).

After exchange of correspondence between the parties, on 2 July 2003 the Ministry lodged an action with a District Court which found that “*the Association had unlawfully engaged in religious activities, and despite three warnings by the Ministry, had failed to take any measure to cease such activities*” (§ 22). The Association was dissolved on 28 August 2003.

The Association claimed that “*the Ministry had failed to specify which of the Association’s activities was qualified as “religious activity”, “Azerbaijani legislation did not provide any precise definition of what constituted a “religious activity”*” (§ 17) and “*the first instance court had put the burden of proof on it*” (§ 23). But on 20 November 2003 the Court of Appeal and on 21 July 2004 the Supreme Court upheld decisions of the previous instances.

² Galina Yemelianova, *Radical Islam in the Former Soviet Union*, Chapter 6 (2010)

³ The 1995 Constitution of Azerbaijan Republic, Article 7, item 1

⁴ The Arabic word “ittihad” means “union”, or “unification”

⁵ Galina Yemelianova, pp. 185-186

The applicants took the case to the Court claiming that the forced dissolution of the Association had violated their rights to freedom of expression and freedom of association. The major findings of the Court solely on Article 11 include:

The sanction imposed on the Association had a basis in domestic law and the law was accessible (§ 45);

Domestic courts based the dissolution of the Association on the fact that it had engaged in religious activities, despite the fact that it had the status of a non-governmental organisations (§ 48);

The Azerbaijani law, as in force at the material time, did not provide any definition of what constituted “*professional religious activity*” (§§ 47-48)⁶ and this made it impossible to foresee what constituted “*religious activity*”; Moreover, the Ministry and domestic courts, instead of giving an interpretation of “*religious activity*”, and legally proving which activities of the Association were exactly “*religious*”, strikingly, imposed the burden of proof on the Association (§ 49);

Clause 2 of the 1995 Charter of the Association contained provisions related to the organisation of pilgrimages to holy shrines, and if this kind of activity was to be considered “*religious*”, then the Ministry had omitted to request the Association to amend those provision (§ 50). Additionally, the Court rejected the alleged violation of Article 6 of the Convention (reasonable time requirement), as it could not find any proof of this claim among the materials in its possession (§§ 53-54). Apparently, on the basis of stronger legal arguments, the Court found violation of Article 11 and held unanimously that the respondent State had to pay the applicants, within three months from the date on which the judgement becomes final, 4,000 Euro in respect of non-pecuniary damage and 2,000 Euro in respect of costs and expenses.

II. Striking Balance between the National Interests and Universal Values: a Legal Necessity or a Legal Circumvention

The decision of the Court is to become final in the circumstances set out in Article 44, § 2 of the Convention and the attitude of all judges reserves due respect. However, a “legal conflict between two parties + a fundamental human right to be protected + unsuccessful domestic courts + a helpful cross-border Court = solution” formula seems to be only a visible side of the iceberg in this case. There are also religious, social, economic, political, even geopolitical aspects of the problem. Certainly, those aspects gave birth to this legal conflict, and undoubtedly, had serious impact on its resolution at the domestic level.

⁶ See also: *Seyidzade v. Azerbaijan*, no. 37700/05, §§ 31-40 (3 December 2009)

Many distinguished Western scholars are well-familiar with the mentioned aspects⁷. They are not vague claims used to circumvent international legal obligations of a state. There are real threats which require striking an adequate and necessary balance between secularism and religiosity. The notion “*striking balance*” in this context is not something new at all and it does not denote to the legal circumvention. The Court has a “*margin of appreciation*” doctrine which is understood as “*the latitude of deference or error which the Strasbourg organs will allow to national legislative, executive, administrative and judicial bodies*”.⁸ The major aim of this doctrine is “*to strike a balance between national views of human rights and the uniform application of Convention values*”⁹. This doctrine¹⁰ is a comprehensive legal tool with the well-established principles consisting of effective protection,¹¹ subsidiarity¹² and review, permissible interference with Convention rights (prescribed by law and in accordance with law; legitimate aims; necessary in a democratic society), proportionality,¹³ and the “*European Consensus*” standard.¹⁴ Moreover, there is a growing tendency of its application in international law in general¹⁵ and in international case law.¹⁶

Briefly speaking, “*The needs and resources of the community and individuals has to be given due regard while ensuring compliance with the Convention. In that, the Contracting States enjoy a wide margin of appreciation*”.¹⁷ And what are those needs and necessities of the Azerbaijani society with secular majority today? The next section may be helpful to find appropriate answers to this question.

⁷ Willy Fautré, *Non-Muslim Minorities in Azerbaijan: From Their First Inception through Russian Empire and Soviet Repression to Present-Day Secular State of Azerbaijan*, Conclusions, § 3 (October 2013). Electronic version is available at:

www.academia.edu/5201189/Non-Muslim_Minorities_in_Azerbaijan_a_Secular_State

⁸ Howard Charles Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, p. 13 (1996)

⁹ Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of ECHR*, p.3 (2001)

¹⁰ Please see:

www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/Themis/ECHR/Paper2_en.asp#P65_400

¹¹ Bernadette Rainey, *Concentrate Human Rights Law*, p. 142 (2nd ed. 2013)

¹² Paolo G. Carozza, *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, 97 *The American Journal of International Law* 38, pp. 38-79, (Jan., 2003)

¹³ Jeremy McBride, *Proportionality and the European Convention on Human Rights*, in Evelin Ellis, *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, pp. 23-37 (1999)

¹⁴ *Rasmussen v. Denmark*, No.8777/79, § 40 (28 Nov., 1984) and *Sunday Times v. United Kingdom*, no.6538/74, § 59 (26 Apr. 1979).

¹⁵ Yuval Shany, *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law*, 16 *The European Journal of International Law* 907, p. 908 (2006)

¹⁶ Three ICJ cases including “*Oil Platforms*”, “*Avena*” (only this case embraced the possibility of the use of the doctrine), and “*Wall in the Occupied Palestinian Territory*”

¹⁷ *Lautsi and others v. Italy*, no.30814/16, § 61 (18 March 2011)

III. Factors Affecting FORB Environments in Azerbaijan Positively and Negatively

There are several major factors to be discussed in this section. *First of all*, for centuries Azerbaijan has been a land of clashes and dialogues between several faiths and religions.¹⁸ Subsequently, this centuries-old and persistent, even though sometimes involuntary¹⁹ examples of multi-religious and multi-ethnic co-existence have always been the major reason behind the remarkable level of multiculturalism and tolerance existing in Azerbaijan.

Secondly, all state formations and legal systems, established in Azerbaijan in the course of the centuries, have usually stuck to the policy of multiculturalism. Several historical exceptions²⁰ to this general rule, should not damage a general positive image, as in the majority of cases, they were directed towards the goal of protection of the established beliefs.

Thirdly, current multi-religiosity has a two-fold impact on the religious economy of modern Azerbaijani society: *first of all*, the society has developed an admirably tolerant model and best practices of multiculturalism; *moreover*, it is not always an easy task to maintain the achieved *status quo* due to the phenomena of “*exported religious extremism*”.

Fourthly, Azerbaijan is a comparatively young independent state and its national security has become a target of a number of direct threats and crime. The National Security Concept²¹ (2007) of AR encompasses a non-exhaustive list of those threats.

Fifthly, although it may seem repetitious, one should mention that regional and global geopolitical dynamics do also play here their role²².

To summarise, I would like to draw a line between the positive and negative factors mentioned above. So, the long history of multiculturalism (factor 1), well-established state practices of protecting multiculturalism (factor 2), and high levels of interreligious/interethnic tolerance within the civil society (factor 3) can be considered as the positive factors, whereas the last two interconnected and interrelated factors Nos. 4 and 5, balancing

¹⁸ Please see the paragraphs 5 and 6 of the speech of the President of Azerbaijan Republic delivered at the opening ceremony of the Third Baku International Humanitarian Forum held on 31 October – 1 November, 2013. The full text is available at: <http://en.president.az/articles/9894>

¹⁹ Barbara A. West, *Encyclopaedia of the Peoples of Asia and Oceania*, pp. 147-149 (2009)

²⁰ The movement of Al-Muganna, and Khurremiyya movement. Please see: M.S. Asimov, C.E. Bosworth, *History of Civilisations of Central Asia*, Volume IV, p. 46-51 (1999). Another example may be the establishment of Shi'ism in Safavids State. Please see: Elton L. Daniel, *The Greenwood Histories of the Modern Nations: The History of Iran*, p. 87 (2001)

²¹ http://www.un.int/azerbaijan/userfiles/file/National_security.pdf

²² Tracey German, *Regional Cooperation in the South Caucasus: Good Neighbours or Distant Relatives? Chapters 4, 5, 6 and 7*, (2012)

national security interests of the state and surviving 'geopolitical waves', are factors which have negative impacts on the FORB in Azerbaijan.

IV. Public and Private Aspects of FORB

The latest acts of international terrorism prove the fact that all above-mentioned factors are not the only challenges of modernity. Unfortunately, FoRB itself may also be regarded as a unique and specific factor of threat under current circumstances. On the one hand, international community continue viewing certain suppressive measures taken by subsequent governments as anti-democratic and illegal. On the other hand, the practice proves the fact that sometimes FoRB may culminate in the emergence of territories being disobedient to the secular jurisdictions. Leaving terrorists to benefit from FoRB may thus lead to tragedies, domestic and international chaos. In other words, the most important practical difficulty here is in finding the 'golden ratio' between private and public aspects of FoRB.

This case may also be viewed as one of those cases in which a state faces with practical difficulties in finding the 'golden ratio' between private and public aspects of FoRB. The problem is that various religious manifestations seriously challenge secularism in Azerbaijan.

Thus, the Azerbaijani courts, while deciding the Ijtimai-Ittihad case, did their best to maintain a necessary balance between public and private aspects of FoRB, or secularism and religiosity. Any formulas, ideas, principles taking the Azerbaijani society back to the past must be excluded by the law.

Conclusion

Apparently, the findings of the Court in items 3, 4 and 5 above, in particular the urgency and necessity of striking balance between public and private aspects of FoRB, played a decisive role in the final outcome of the trials. The Court applied the principle of proportionality more intensely than the doctrine of "*margin of appreciation*". Consequently, "*The more intense the standard of proportionality becomes, the narrower the margin allowed to national authorities*".²³

Nevertheless, the Court, while rightly defending the freedom of association, might leave several questions open which are humbly stipulated below:

- i. Was the subject-matter of the Case a mere, legal "freedom of association conflict" between the Parties, or was it complicated with other significant elements?
- ii. Can a juridical person comprising of totally religious members be allowed to get engaged in the activities which are, at least, extremely unpredictable?

²³ Yutaka Arai-Takahashi, p. 14

- iii. What are the limits of the “*religiously motivated freedom of association*” within secular societies?

Moreover, the last sentence of § 36 in the Judgment states that, “*The Government submitted that the interference pursued the legitimate aims of “protection of public safety”, “protection of the rights and freedoms of others” and “prevention of crimes”*”.²⁴ These seem to be very serious arguments deserving due and thorough contemplations.

I’d like to share further observations which might, at least informally validate the dissolution of the Association. *First of all*, Azerbaijani administration at all levels has centuries-old practices in the adequate and equal treatment of various religious communities. The Government would hardly take any unfair and unnecessary actions against the Association without valid reasons. *Secondly*, Azerbaijani society, like any open and receptive community, is remarkably secular, but also very fragile to religious extremism. *And, last but not least*, Azerbaijan is a part of the global world. The country has no room for religions with political agendas.

²⁴ [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-147866#{"itemid":\["001-147866"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-147866#{)