

BAKU STATE UNIVERSITY

LAW REVIEW

Volume 3

May 2017

Issue 2

Academic Adviser

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

Editor in Chief

Kanan Madatli

Executive Editor

Gulnaz Salmanova

Managing Editor

Mahammad Gurbanov

Editors

Gunel Abdullayeva

Nigar Abishova

Aydan Alasgarova

Mehran Amirli

Gulnar Atakishiyeva

Shahla Ibrahimova

Nubar Huseynli

Nurlan Mammadli

Amrah Rahmanov

Ziya Shivakhanli

Gunel Zalova

Founder: Baku State University Law School



ISSN: 2415-5555

Publisher: Baku State University Law School

Student Academic Society | www.bsulawss.org

Website: www.lr.bsulawss.org

Email: lawreview@bsulawss.org

BAKİ DÖVLƏT UNİVERSİTETİ

TƏLƏBƏ HÜQUQ JURNALI

Buraxılış 3

May 2017

Say 2

Elmi Məsləhətçi

Prof., h.e.d., Əmir Əliyev

Baş Redaktor

Kənan Mədətli

İcraçı Redaktor

Gülnaz Salmanova

Məsul Redaktor

Məhəmməd Qurbanov

Məqalə Redaktorları

Günel Abdullayeva

Nigar Abışova

Gülnar Atakişiyeva

Şəhla İbrahimova

Aydan Ələsgərova

Mehran Əmirli

Nübar Hüseynli

Nurlan Məmmədli

Əmrah Rəhmanov

Ziya Şivəxanlı

Günel Zalova

Təsisçi: Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsi



ISSN: 2415-5555

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

Vebsayt: www.lr.bsulawss.org

E-Poçt: lawreview@bsulawss.org

CONTENTS

CONFLICT OF VALUES IN A GLOBAL SPACE, IN THE BACKGROUND OF DIFFERENT VIEW OF NATURAL LAW. <i>JUDr. Mgr. Ivan Liška</i>	118
Introduction	119
I. Values and natural law	120
II. The universalization of Western legal tradition.....	122
III. Conflict of values.....	124
Conclusion	129
THE HIGH PRICE TO PAY FOR THE CLOUD: HOW CLOUD BASED STORAGE APPLICATIONS STREAMLINE DATA STORAGE, BUT POSE LEGAL ISSUES AND SECURITY RISKS TO PRIVATE SECTOR EMPLOYERS AND EMPLOYEES ALIKE. <i>Maryam Najibova</i>	131
Introduction	132
I. The basics of cloud applications	134
A. Cloud in the workplace.....	135
II. Misclassification of employees: wage and hour concerns.....	137
III. Employee privacy concerns.....	141
IV. Employer privacy and trade secrets	149
V. Protected health information in the cloud and health information portability and accountability act violations	152
VI. Cloud applications and the future: proposed solutions	155
A. Wage and Hour.....	156
B. Employee Privacy	158
C. Employer Privacy	160
D. PHI and HIPAA Compliance	162
Conclusion	163
ACCESS TO INFORMATION. <i>Gulnaz Alasgarova</i>	165
Introduction	165
I. Right to information	166
II. Limitation of access to information.....	168

A. Information on the protection of national security and fight against terrorism.....	168
B. Limitation of access to the internet by State.....	171
C. Censorship on the internet contents	172
III. Informators' roles on the access to information.....	172
Conclusion	176
 SHADOW BANKING AND HOW TO REGULATE ITS NEW MODEL?	
<i>Nurlan Mammadli</i>	178
Introduction	179
I. Rise and understanding shadow banking	180
A. Rise of shadow banking	180
B. Understanding shadow banking.....	181
II. Shadow banking vs. traditional banking.....	182
III. Structure of shadow banking system	184
A. Structured Investment Vehicles (SIV).....	184
B. Special Purpose Vehicles (SPV).....	184
C. Money Market Funds (MMFs).....	185
D. Repo Markets	185
IV. The new model of shadow banking	185
V. Legal regulation.....	187
A. How the necessity to regulate appeared?	187
B. Introduction to the legal regulation	187
C. Structural regulation.....	187
D. The regulation which tends to rise economic efficiency.....	188
VI. The importance of legal disputes in order to regulate shadow banking	190
A. Chinese model.....	190
B. Role of legislation	190
C. Arbitration as the way of resolving disputes.....	191
Conclusion	192

UNDERSTANDING LIKELIHOOD OF CONFUSION AT INTELLECTUAL PROPERTY LAW OF AZERBAIJAN. <i>Elnur Karimov</i> ..	193
Introduction	193
I. Understanding trademark and its regulation at the law of Azerbaijan	194
A. Legislation of Azerbaijan Republic on trademark	194
B. Understanding trademark: “mark” or “trademark” translation error?	195
C. People whose rights of ownership are protected: attempter, owner or juridical person	197
D. Registration of trademark in Azerbaijan.....	198
II. Likelihood of confusion at Intellectual Property Law of Azerbaijan	200
A. Absolute and other bases of refusal of the registration	200
B. The role of likelihood of confusion among absolute and other bases	201
C. Practical aspects of examining of likelihood of the confusion.....	202
Conclusion	207
“GOD’S WORK” ON BANKRUPTCY PROCESS. <i>Gulnaz Salmanova</i>	209
Introduction	209
I. What is Investment Banking? Traditional banking?	212
A. Merge and adjunct: buy or create.....	214
B. Underwriting and Initial Public Offerings (IPOs)	216
C. Assets management.....	217
II. Bankruptcy process of investment banks	218
A. Bankruptcy process on ex-ante and ex-post: how does bankruptcy provisions help banks?	218
B. Main reasons of bankruptcy of the banks at financial crisis in 2007 ..	219
C. How did it effect the investment banks?	222
1) <i>The Collapse of Lehman Brothers</i>	223
2) <i>Rescue of Bear Stearns</i>	225
III. Dodd-Frank Act and Volcker Rule: New period of investment banks	227
Conclusion	229

WOMEN’S LEGAL STATUS IN SECULAR AND ISLAMIC COUNTRIES.	
<i>Sanam Mustafayeva</i>	231
Introduction	231
I. Sources of women’s rights in secular and Islamic countries	232
A. Woman in the Holy Quran.....	232
B. Women’s rights in international law	234
II. Application of islamic law nowadays and women's legal status in Islamic countries.....	235
A. Women’s legal status in Saudi Arabia	236
B. Women’s legal status in Iran	237
C. Women’s legal status in Iraq	238
D. Women’s legal status in Pakistan.....	240
III. Women’s legal status in secular countries.....	241
A. The relation to muslim women and their dresses in Europe	242
B. Women’s social and economical status in the U.S.	245
IV. Necessary reforms on the muslim women’s rights	247
A. Measures for Islamic countries	247
B. Regulation of women’t legal status in the U.S.	247
C. Regulation of women’t legal status in Europe.....	248
Conclusion	248
EXTRADITION IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND HUMAN RIGHTS IN THIS CONTEXT. Leyla Həşimova	250
Introduction	250
I. Extradition as a main way of fight against crime.....	251
A. Understanding extradition	251
B. Extradition or transfer?	252
C. Historical development.....	252
D. Sources of extradition.....	253
II. Application of extradition	255
A. Application conditions.....	255
B. Bases of refusal of extradition.....	257

C. Re-extradition	261
III. Human rights in the context of extradition	261
A. Death penalty and extradition.....	263
B. Discrimination and extradition	264
C. Prohibition of torture and extradition	265
D. Right to fair trial and extradition	266
Conclusion	267

MÜNDƏRİCAT

CONFLICT OF VALUES IN A GLOBAL SPACE, IN THE BACKGROUND OF DIFFERENT VIEW OF NATURAL LAW. *JUDr. Mgr. Ivan Liška* 118

Introduction	119
I. Values and natural law	120
II. The universalization of Western legal tradition.....	122
III. Conflict of values.....	124
Conclusion	129

THE HIGH PRICE TO PAY FOR THE CLOUD: HOW CLOUD BASED STORAGE APPLICATIONS STREAMLINE DATA STORAGE, BUT POSE LEGAL ISSUES AND SECURITY RISKS TO PRIVATE SECTOR EMPLOYERS AND EMPLOYEES ALIKE. *Maryam Nayibova* 131

Introduction	132
I. The basics of cloud applications	134
A. Cloud in the workplace.....	135
II. Misclassification of employees: wage and hour concerns.....	137
III. Employee privacy concerns.....	141
IV. Employer privacy and trade secrets	149
V. Protected health information in the cloud and health information portability and accountability act violations	152
VI. Cloud applications and the future: proposed solutions	155
A. Wage and Hour.....	156
B. Employee Privacy	158
C. Employer Privacy	160
D. PHI and HIPAA Compliance	162
Conclusion	163

İNFORMASİYAYA ÇATIMLILIQ. *Gülnaz Ələsgərova*..... 165

Giriş	165
I. İnformasiya əldə etmək azadlığı.....	166
II. İnformasiyaya çatımlılığın məhdudlaşdırılması.....	168

A. Milli təhlükəsizliyin müdafiəsi və terrorçuluğa qarşı mübarizə faktlarını əhatə edən informasiya	168
B. İnternetə çıxışın dövlət tərəfindən məhdudlaşdırılması.....	171
C. İnternet kontent üzərində senzura	172
III. İnformasiyaya çatımlılıqda informatorların rolu.....	172
Nəticə.....	176
KÖLGƏ BANKÇILIĞI VƏ ONUN YENİ MODELİNİ NECƏ TƏNZİM ETMƏLİ? Nurlan Məmmədli.....	178
Giriş	179
I. Kölgə Bankçılığının anlayışı və meydana gəlişi.....	180
A. Kölgə Bankçılığı termininin meydana gəlməsi?.....	180
B. Kölgə bankçılığının anlayışı	181
II. Kölgə bankçılığı və Ənənəvi bankçılıq	182
III. Kölgə bankçılığı sisteminin tərkibi	184
A. Strukturlaşdırılmış İnvestisiya Alətləri (SIV)	184
B. Xüsusi Məqsədli Hüquqi Şəxslər (SPV).....	184
C. Valyuta Bazarı Fondları (MMFs)	185
D. Repo Müqaviləsi Bazarları	185
IV. Kölgə Bankçılığının Yeni Modeli	185
V. Hüquqi tənzimlənmə	187
A. Nəyə görə hüquqi tənzimlənməyə ehtiyac yarandı?	187
B. Hüquqi tənzimlənməyə giriş.....	187
C. Tərkibi tənzimlənmə	187
D. İqtisadi səmərəliliyi artırmağa yönələn tənzimlənmə	188
VI. Hüquqi mübahisələrin Kölgə Bankçılığının tənzimlənməsində rolu.....	190
A. Çin modeli	190
B. Qanunvericiliyin yeri	190
C. Arbitraj hüquqi mübahisələrin həlli yolu kimi.....	191
Nəticə.....	192

AZƏRBAYCAN ƏMTƏƏ NİŞANI HÜQUQUNDA QARIŞDIRILMA EHTİMALI ANLAYIŞI. Elnur Kərimov	193
Giriş	193
I. Azərbaycan hüququnda əmtəə nişanı anlayışı və qeydiyyatı	194
A. Əmtəə nişanı haqqında Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyi	194
B. “Əmtəə nişanı” anlayışı: “mark” və “trademark” tərcümə xətası? ...	195
C. Əmtəə nişanına sahiblik hüququ qorunan şəxslər - “təşəbbüs”, “sahibkar” yoxsa “hüquqi şəxs”?	197
D. Azərbaycanda əmtəə nişanlarının qeydiyyatına alınması	198
II. Azərbaycan əmtəə nişanı hüququnda qarışdırılma ehtimalı	200
A. Əmtəə nişanının qeydə alınmasından imtinanın mütləq və digər əsasları.....	200
B. Qarışdırılma ehtimalının mütləq və digər imtina əsasları arasın-da yeri.....	201
C. Qarışdırılma ehtimalının yoxlanılmasının təcrübi aspektləri.....	202
Nəticə.....	207
“TANRININ İŞİ” İFLAS PROSESİNDƏ. Gülnaz Salmanova	209
Giriş	209
I. İnvestisiya bankçılığı nədir? Ənənəvi bankçılıq?.....	212
A. Birləşmə və Qoşulma: Al və ya Yarat	214
B. Anderrayting və İlk kütləvi təklif (IPOs)	216
C. Aktivlərin idarə olunması (asset management).....	217
II. İnvestisiya banklarının iflas prosesi	218
A. Ex-ante və ex-post halında bank iflası: İflas normaları banklara necə kömək edir?	218
B. 2007-ci il maliyyə böhranında bankların iflasına uğramasının əsas səbəbləri	219
C. İnvestisiya bankları bundan necə təsirləndilər?	222
1) <i>Lehman Brothers</i> çöküşü.....	223
2) <i>Bear Stearns-in qurtarılması</i>	225
III. Dodd-Frank Qanunu və Volcker Rule: İnvestisiya banklarının yeni dövrü	227

Nəticə..... 229

DÜNYƏVİ VƏ İSLAM ÖLKƏLƏRİNDƏ MÜSƏLMAN QADINLARIN HÜQUQİ STATUSU. Sənəm Mustafayeva 231

Giriş 231

I. İslami və dünyəvi ölkələrdə qadın hüquqlarının mənbəyi..... 232

A. Qurani Kərimdə qadın hüquq subyekti kimi 232

B. Beynəlxalq hüquq normalarında əks olunan qadın hüquqları..... 234

II. Müasir dövrdə İslam hüququnun tətbiqi və bu ölkələrdə qadınların vəziyyəti235

A. Səudiyyə Ərəbistanında qadınların hüquqi vəziyyəti 236

B. İran İslam Respublikasında qadınların hüquqi vəziyyəti..... 237

C. İraqda qadınların hüquqi vəziyyəti 238

D. Pakistanda qadınların hüquqi vəziyyəti..... 240

III. Dünyəvi ölkələrdə müsəlman qadınların hüquqi vəziyyəti..... 241

A. Avropada müsəlman qadınlar və onların geyimlərinə - hicab, niqab və pərəncə (burqa) – olan münasibət..... 242

B. ABŞ-da müsəlman qadınların sosial və hüquqi vəziyyəti 245

IV. Müsəlman qadın hüquqlarının müdafiəsinə dair zəruri islahatlar 247

A. İslam ölkələri üçün nəzərdə tutulan tədbirlər..... 247

B. ABŞ-da müsəlman qadınların hüquqi mövqeyinin tənzimlənməsi üsulları 247

C. Avropada müsəlman qadınların hüquqi mövqeyinin tənzimlənməsi üsulları 248

Nəticə..... 248

BEYNƏLXALQ CİNAYƏT HÜQUQUNDA EKSTRADİSİYA VƏ BU KONTEKSTDƏ İNSAN HÜQUQLARI. Leyla Həşimova 250

Giriş 250

I. Ekstradisiya cinayətkarlıqla mübarizənin başlıca beynəlxalq hüquqi vasitəsi kimi 251

A. Ekstradisiya anlayışı..... 251

B. Ekstradisiya yoxsa təhvilvermə?..... 252

C. Tarixi İnkişaf	252
D. Ekstradisiyanın mənbələri	253
II. Ekstradisiyanın tətbiq qaydası.....	255
A. Tətbiq şərtləri.....	255
B. Ekstradisiya tətbiqindən imtinanın əsasları.....	257
C. İki dövlət arasında gerçəkləşən ekstradisiya və üçüncü dövlət (re- extradition).....	261
III. Ekstradisiya kontekstində insan hüquqları	261
A. Ölüm cəzası və ekstradisiya	263
B. Ayrı-seçkiliyin yolverilməzliyi və ekstradisiya	264
C. İşgəncələrin qadağan olunması və ekstradisiya	265
D. Ədalətli məhkəmə araşdırması hüququ və ekstradisiya	266
Nəticə.....	267

*JUDr. Mgr. Ivan Liška**

Conflict of values in a global space, in the background of different view of natural law

Abstract

This article is dedicated to the importance of values and their perceptions of the different understanding of the natural law. It is essential to define the legal point of view, the context in which we explore the concept. It could be, for example, the context of natural or positive law, whether the context of subjective or objective law, etc. This define is especially important in understanding international instruments that are dedicated, for example, human rights, while drawing inspiration from different culture, different historical experience and perception at different sources of law. It is important to bear in mind the purpose of an international document, which must be capable of applicability. In order, not to create documents that are not signatories to the applicable due to misunderstanding and underestimation of the diversity of cultures and perception of terms.

Annotasiya

Bu məqalə dəyərlərin və onların təbii hüququn fərqli aspektindən dərk olunmasının əhəmiyyətində həsr olunmuşdur. Anlayışı tədqiq ediyimiz kontekstdə hüquqi mövqenin müəyyən edilməsi vacibdir. Bu, misal üçün, təbii və ya pozitiv hüquq, eləcə də subyektiv və ya obyektiv hüquq kontekstində ola bilər. Bu müəyyən etmə məsələni müxtəlif mədəniyyətlərdən, fərqli tarixi təcrübə və fərqli hüquq mənbələrində qavrayışdan təsirlənildikən insan hüquqlarına həsr olunmuş beynəlxalq ədətləri anlamaq üçün xüsusilə əhəmiyyətlidir. Düzgün dərk edilməmə, mədəniyyətlərin və şərtlərin diqqətdən qaçırılmasına yoll verməmək istiqamətində imzalanma qüvvəsi olmayan sənədləri yaratmamaq üçün tətbiq edilə bilinən beynəlxalq sənədin məqsədini yadda saxlamaq vacibdir.

Contents

Introduction	119
I. Values and natural law	120
II. The universalization of Western legal tradition.....	122
III. Conflict of values.....	124
Conclusion	129

* PhD student of Faculty of Law at Paneuropean University in Bratislava, Slovakia.

Introduction

The term “value” is one of the most used terms in the theory of law. For man is the value of what feels right, great, beautiful or desirable, what is needed and important for him. It is something good, profitable for us. Throughout his life, man tries to create some values, protect them, and seek to maintain and develop. Fulfilling values gives meaning to our existence. Per John Finnis the knowledge is the value.¹ Clyde Kluckhohn appropriate to define value as explicit or implicit, for individual or group, characteristic imagination (concept) of desirable affecting choice possible way, means and objectives of activity.² Values represent a certain ideal of and command respect (they are attractive and their achievement is perceived as a necessity). They are so certain standards, individual or cultural (social, moral), by which are things, events or behaviour compared and approved.³ For individual value is generally considered to be what is the subject of his needs, what is needed is derived from the relationship between the need and by what it can be satisfy. It is the same in society, and further in the rule of law. The rule of law has also sought to create, protect, preserve and develop values. This need is satisfied by law, thus fulfilling the rule of law. The hierarchical structure of these principles, however, is not static, and changes over time depending on the development needs of the society. Needs, in comparison with the values, are for society more primary, and therefore they are determined by them. Needs in society, as basic motives of behaviours, are inciting society to action to effect on state and its law. Values may thus appear as a sort of contrast in compare with needs, because values determine the direction of development and goal of an effort. ⁴ Per Dworkin, different values form a coherent system where together they do not compete but rather complement each other.⁵

If we look at the concept of value from a legal standpoint, it is essential to define the legal point of view, the context in which we explore the concept. It could be, for example, the context of natural or positive law, whether the context of subjective or objective law, etc. In the legal theory in general exists disagreement on the question "What is law?". The theoretical disagreement is problematic, which is the reason why most legal philosophers claim to be the only apparent disagreement. It can be concluded, that all practitioners, lawyers and judges, agree with legal bases. Ronald Dworkin called this view

¹ "To think of knowledge as a value is not to think that every true proposition is equally worth knowing, that every form of learning is equally valuable, that every subject-matter is equally worth investigating." John Finnis, *Natural law and natural rights*, 62 (2011).

² Clyde Kluckhohn, *Velký sociologický slovník*, 379 (1996).

³ Miloš Večeřa, *Sociologie práva*, 130 (2006).

⁴ Ivan Liška, *Hodnota principov v právnom štáte: Princípy v práve*, Paneurópska vysoká škola, 125 (2015).

⁵ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, 7-13 (1986).

on agreement of fundamental rights like “ordinary fact”. According to Dworkin, law is flux matter of what previously decided legal institutions, such as legislative bodies, city councils and courts. And to any such body ruled that employees can claim compensation for injuries that caused them colleagues, so it is the law. If it decides otherwise, it is the law. So, the question of the law can always be that we will peer doing books where they kept records of institutional decisions. The law exists as mere facts and what the law is, does not depend on that, what it should be.⁶

I. Values and natural law

The law is normative legal system, and from other normative systems (religion, morality, internal rules of legal entities) do differ in their enforceability of law, as major subject in the territory. A feature of the legal system is the ability of enforcement of the law by public authorities, and the law is subordinated to all entities of legal relations, including the state. It’s important to discuss about issue of the modern rule of law, whose core is natural law theory and the idea of it, that human rights and fundamental freedoms belong to man, not taking into account the positive law seen as a applied and independent law. By these rights and freedoms, derived from natural rights of individual, are those, which are based on his intellect, character, or the “will of God”.⁷ These rights belonged to all, by not taking account of attributes such as social status or nationality.⁸

Natural law is understood as a law independent of the will of the people, universal and irrevocable, which can be justified by the idea that “law of nature can be identified people and practically implemented by again using only natural abilities - human mind. Natural law is therefore existing, by mind recognizable order, “the natural order of things” (*Rerum ordre*). Natural law is preceding to variable law of people, and is standing over it.⁹ It is expected from the law, that for the society, it will be basis of justice, freedom and equal conditions for its recipients. The relation between law and values would be placed in the content of law, which is created by values of normative legal system. Influence of values is felt also in the enforcement of the law by state, which is implemented, not only by sanctions, at the breach, as well as by preventive measures. Preventive measures are as a means of protecting the values contained in the law. The law that protects the values that society, at that time, prefers and prioritizes. Precisely the time factor plays an important role, because the character and perception of preferred values of society

⁶ *Ibid*, at 22-23.

⁷ We are talking about rights inalienable, inviolable, inalienable and imprescriptible.

⁸ Miloš Večeřa, *Teória práva*, 106–107 (2006).

⁹ Eva Ottová, *Teória práva*, 41 (2006).

(sometimes the values themselves) change over time and influence as well as on changes in the law.¹⁰ In terms of law, ethics and philosophy value determines the criteria by which one considers its decisions. Values can be understood as subjectively appreciated needs, which in the law, are creating means, but also the ultimate purposes, to achieve other purposes. Values are formed by an objective factor - the value committed to specific need; and the subjective element - the result, of the process of subjective assessment of the needs, is the value. Between need and value exists inverse relationship. In the hierarchy of the system of values are those values that are currently unmet need, scant satisfied or as an appeared to subject (individual, company or social group). Values, that are at risk at any given time, thus shifted in the hierarchy of values at the leading partitions. Real need however, is not so important in this alignment, as rather the subjective valuation of the real, respectively supposed needs. As Aleš Gerloch correctly points out, it is possible in this connection give an example, that the basic and indispensable necessity of life, oxygen, doesn't use to be stated on the scale of values¹¹, its necessity is not adequately priced in the state constitution, because it is in normal living conditions fully accessible. But already in such fundamental values, which until recently did not have to be protected by legislation, see nowadays changes.¹²

Part of the notion of "value" is a comparison of better and worse, good and bad, correct and wrong. Social values create space for classification. Perhaps all individuals must go through daily situations that require: judge, compare, evaluate, choose and confront. For positive in society it considers what is fair, honest, moral, ethical, or moral. "Value" therefore requires a distinction between worst and better way out. Legislative system should provide the necessary objective responses to subject and thus help to reach a right conclusion, conduct a better choice.

In the hierarchy of values of the legal system, in terms of anti-discrimination legislation, the value of freedom is in private law primacy over

¹⁰ "Studies show variability of value orientation of people or social groups, and therefore variability in attitudes as a result of changes in value preferences." Aleš Gerloch, *Teórie práva*, 247 (2009).

¹¹ Aleš Gerloch, *Teórie práva*, 247 (2009).

¹² Slovenia in year 2016 became the first country of the European Union, which has incorporated into its constitution the right to water. They literally in the Slovenian Constitution added the following sentence: "Water resources in the public interest, which is administered by the state. Water resources are primarily and permanently used to supply people with drinking water and domestic water, and in this sense water is not a commodity market. This change. in the value position of the society, demonstrates the EU citizens' initiative in 2014, through which excluded water supply and management of water resources from the rules of the European internal market. The guardian: Slovenia adds water to constitution as fundamental right for all (2016),

<https://www.theguardian.com/environment/2016/nov/18/slovenia-adds-water-to-constitution-as-fundamental-right-for-all> (last visited 01.02.2017).

value of equality. Number of values, but mainly value of freedom, is the value of a universal character, whose status is in the foreground, and that in most legal cultures. In other countries, are emerging values stemming from religion or tradition, that can be completely in contradiction with the values of the continental legal system (such as inequality: the situation of men and women in countries with Islamic legal system "Sharia", the Indian family law, in the Russian labour law, etc.)

II. The universalization of Western legal tradition

It is believed for centuries of Western culture¹³ on its civilizing mission, which wants to bring freedom and enlightenment to nations, that, according its, were not so lucky to be born in the society of Western values. In international relations, it manifested in various forms - from colonization to conditioning the foreign aid by observance human rights and by democratization of the country. Even today, Western societies are trying to import its values and its culture to non-Western societies. These efforts tend them termed universalistic, in the understanding of non-Western societies it is a new colonialism and cultural imperialism. Due to the current protests and criticism of non-Western societies universalism concept is gaining more and more negative connotations. On the other side of the spectrum stood cultural relativism, which is one of the main points of criticism of Asian contemporary Western understanding of human rights.

Universalism as an ideology of Human Rights proclaims that human rights "are independent of place, ideology and value systems, and is therefore fully taking into account cultural specificities and absolutely excluded in all situations."¹⁴ The theory of universalism is a relatively modern, it began to spread mainly after the Second World War in connection with the adoption of the Universal Declaration of Human Rights. Principles anchored in the Declaration are therefore attributed to universality and applicability in all cultures and societies, a departure from these principles is not justifiable for any reason. Wide dissemination of universalism, however, is particularly associated with the end of the Cold War - victory of the Western bloc should indicate the superiority of its values, which are distributed to regions in which previously have not been enforced, such as in the regions of Asia, North Africa and the Middle East. Values that universalism of human rights asserts, have their roots in the French Revolution, Christian universalism and philosophy of natural law - is thus rooted in the concrete political and

¹³ For purpose of this article will consider the West European, respectively North American.

¹⁴ Fernand de Varennes, *The Fallacies in the "Universalism versus Cultural Relativism": Debate in Human Rights Law*. Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law, 83 (2006).

philosophical premises, which come mostly from the West.¹⁵ The idea of universalism is based on the conviction that human has the universal right to human dignity, which is often hampered by the state and must therefore be protected. Further, it assumes that people around the world share the need for freedom of thought and expression, the need of association with others, the need to develop their mental abilities, have adequate food, clothing and accommodation.¹⁶ The concept of these universal needs itself thus contains the idea of universalism, but also elements of individualism in relation to the recipient. But there is a big difference between universal implementation of human rights, which de facto does not exist, and universal standard of human rights which can be discussed. In addition to the mentioned, there in the Western sense of human rights exists also conflict between individual and collective rights and the civil-political and socio-economic rights. Western individualistic concept of civil and political rights keeps their hegemony. This brings us to the crucial debate, about the universality of human rights, which is between universalism and cultural relativism. Universalists argue in favour of general applicability rights accord to idea of the universal essence of human nature. Cultural relativists, in contrast, spoke out against the individualistic notion of rights derived from Western legal tradition. They criticize the idea that the law would not necessarily be part of the culture from which it comes.¹⁷ However, the concept of human rights does not expect universal rights, but the universalization of Western legal tradition.

In the opinion of Michael Ignatieff¹⁸ was universalism (in the late 90s) of last century criticized by three directions - from Islam, from the West itself and from East Asia. Islamic criticism is particularly directed to the western secularization and family law, which is not in accordance with Islamic tradition.¹⁹ Critique, which comes of the West itself, opposes imperialist attempts to dominate the rest of the world using the ideology of human rights.²⁰ Asian critique rejects the functionality of Western values in the Asian area in favour of promoting its own path for development and prosperity. Michael Ignatieff notes that while the Islamic critique is based on the inability of

¹⁵ Michael Freeman, *Human Rights and Asian Values: Contesting National Identities and Cultural Representations in Asia*, 44 (2000).

¹⁶ Paul J. Magnarella, *Communist Chinese and Asian Values Critique of Universal Human Rights: Journal of Third World Studies*, 179–192 (2004).

¹⁷ Which would mean, that at UN headquarters in New York and Geneva and the various declarations of human rights formulated and finalized, doesn't exist particulate culture. But of course this particulate Culture exists at this level.

¹⁸ Michael Ignatieff, *The Attack on Human Rights*, 102 (2001).

¹⁹ Islamic criticism comes mainly from the mouth of the most orthodox religious leaders of countries like Iran or Taliban regime, universalization of human rights would bring attention to the individual, which is a concept that is rejected by Iran.

²⁰ Between Western critics belong example Samuel Huntington, Peter Schwab or Adamantia Polis.

Islamic states to benefit from the globalized economy, the Asian critique has basis just in the economic success of these countries. For proponents of universalism, it is the expression of the existence of certain shared set of values that requires every individual to live in human dignity. For opponents of universalism, by contrast, only it attempts to create a uniform world culture.²¹ Another argument against the universality of human rights is their criticism as another form of modernization theory. Human rights are perceived as modern, as those that arose in Europe and thus depict the West as a place of progress. On the contrary, non-western cultures are perceived as backward, ruled by inequality, patriarchal systems and religious fundamentalism. Probably the best-known issue in this case is the question of the equality of women. Women are illustrated as victims of the culture in which they were born. Modernity, as without culture, it should set them free. Such views overlook the fact, that violence against women has many social and political causes, mostly local conflicts and inability of state.²² Such culturalisation of the rights distracts from wider issues relating to inequality and bad government policies. In non-Western societies, can be identified indigenisation in which could be seen the tendency of traditionalism. This refers to the autochthonous cultural traditions, which seeks to revitalize and attaches them to the normative content. Traditionalism arises as a necessity of defence against the forces and ideas that could disrupt the existing political and social order, in this case against the universalism of western values. Traditionalism is often part of a broader political conservatism and attempt of local leaders to preserve the stability of the regime. Political elites are presented as successors of ancient traditions, such a tactic increases their legitimacy. That is why it is supported by cultural relativism and the highest official circles of countries such as in Malaysia, Singapore or Indonesia. Cultural relativism can thus arise, so to say assertively in response to the progress and the belief that the reason for this progress is currently home values. Or it can also be developed in a more defensive attitude, as trying to prevent other values increase in domestic system.

III. Conflict of values

Understanding of human rights may therefore be due to different values, culture and religion, thus giving rise to criticism of accepted international human rights documents. This is reflected the first time already in 1948 for the

²¹ Michael Freeman, *Human Rights and Asian Values: Contesting National Identities and Cultural Representations in Asia*, 45-46 (2000).

²² For example: The group rape in Pakistan are not the result of Pakistani culture, but local (and international) politics. Female submission is based more on government laws on property and inheritance, or the dominance of men in the money economy than of patriarchal culture.

approval of the Universal Declaration of Human Rights. However, despite debate about the universal nature of human rights enshrined in the Declaration, none of the then representatives voted against.²³ Only Saudi Arabia abstained, but this can be evaluated as a certain gesture of political goodwill, whereas, during the debate raised a number of substantive objections.²⁴ The most serious complaints had to the provisions on free marriages.²⁵ Conflict of Muslim approach to the understanding of enforcement in the Declaration is clear. Saudi Arabia on this issue quite clearly expressed the view that the development of the draft of the Universal Declaration were largely considered the standards recognized by western civilization, while not "more ancient" civilizations, that have passed the stage of experiments and have established institutes such as marriage, which in the course century confirmed their development.²⁶ Obviously, the representatives of the country entered felt that in this case there is a proclamation civilization superiority of one over the other. However, the fundamental core of the conflict in the understanding of human rights is that the UDHR is a secular text stemming from human reason, the Muslim approach is looking for the original source of man in the will of Allah and the Koran, and understands them as the principles of the divine nature, which, unlike secular documents, are not subject to change.

Despite puzzled adoption of the Universal Declaration, the Muslim world didn't conceive hatred for to search for an answer to the question of enshrining and protection of human rights. In 1976 was adopted the Universal Declaration of Peoples' Rights (Right of Peoples). This document is surprisingly secular versus others.²⁷ Thus creation of a regional system of cooperation countries, beyond their borders, providing frame for the adoption of document about Human Rights. Afterwards followed by other documents as the Declaration of Human Rights in Islam (1981), Islamic Universal Declaration of Human Rights (1981), Green Charter of Human

²³ It must be recalled that most of the countries that today we match to the Arab world at the time of the adoption of the Universal Declaration still under colonial rule. At the time of the Universal Declaration were members of the United Nations only in Egypt, Iraq, Lebanon, Saudi Arabia and Syria.

²⁴ Along with Brazil, they demonstrated opposed the excessively materialistic concept of the Declaration.

²⁵ Marriage was perceived by the Saudi delegation only in quantitative terms but qualitative aspect was not taken into account.

²⁶ Michael Ignatieff, *The Attack on Human Rights*, 103 (2001).

²⁷ Universal Declaration of Peoples' Rights:

http://www.algerie-tpp.org/tpp/en/declaration_algiers.htm

There are individual provisions of recipients between individuals but are focused on the rights of nations. The document is full of proclamations to overcome colonialism, but its major drawback is the almost complete absence of pointing to individual rights.

Rights (1988), and last but not least the Cairo Declaration of Human Rights in Islam.

This latter document, adopted in Cairo in the year 1990, the above mentioned different in several respects. As the preamble of the Declaration implies, this document expressing the need for adopting a document on human rights, and in this sense it can be understood as a reaction of the Muslim world to the Universal Declaration of Human Rights from the year 1948. Unlike the Universal Declaration of Human Rights, it is not a secular document, which is in it is very clearly stated that this is a "contribution to the efforts of mankind to enforce the human rights to protect man from exploitation and oppression and to ensure the freedom and right to life in dignity in accordance with the Sharia."²⁸ In a similar vein, the text of the document bears. Ideological sources of the Declaration are not a natural law as is the case in Western documents, but the revelation mediated captured prophet in the Koran.²⁹ As for the actual legislative text, that begins with Rule 1, expressing, that all human beings are part of one family associated subordination to Allah and origin of the first man - Adam. "All men are equal in terms of basic human dignity and basic obligations and responsibilities, without any discrimination on the basis of race, colour, language, belief, sex, religion, political affiliation, social status or other considerations. The true religion is the guarantee for enhancing such dignity along the path to human integrity. " ³⁰ In contemplating this declaration, has to be seen its religious dimension, not just legal or political. The Declaration is not a legally binding document, but rather should be a model for legislation in the States. Unlike the previous document Arab Charter on Human Rights, it is applicable to the protection of human rights adopted within the framework of the Arab League. Thus, while the Cairo Declaration is a document that focuses on the whole Muslim world, the Arab Charter has had a regional instrument of protection of human rights within the Arab League. This goal, however, has fallen. In contrast to the Cairo Declaration, text of the Charter adopted in the year. 1994 was never put into practice as a legally binding document. The text of the Charter has been extensively rewritten in the process of preparing a

²⁸ Cairo Declaration of Human Rights in Islam:

<http://www.oic-oci.org/english/article/human.html>.

²⁹ Cairo Declaration of Human Rights in Islam:

<http://www.oic-oci.org/english/article/human.htm>. This statement can be clearly inferred from the last paragraph of the preamble, which is an expression of faith in that fundamental rights, freedoms are an integral part of Islam and are inherently irrevocable, and no one can violate or ignore them because they are binding the commandments of God.

³⁰ Here we could see the conflict between this sentence and the preceding sentence about equality in religion. It looks like mix of ideas of universalism of General declaration of human rights with no secularity.

version of the Charter of the year 2004.³¹ The pressure to perform this move comes especially from NGOs and the UN High Commissioner for Human Rights. The process of revising the Charter were also involved by independent experts and non-governmental organizations. Despite these steps, this Charter is also subjected to criticism, because it is still a certain compromise on certain rights, or at least the parts that were enshrined in the Charter because of their inapplicability in some countries of the region. In this criticism is seen a conflict in values and differences in the perception of human rights in Western society and in Muslim society. The criticism concerns the restriction of religious freedom, freedom of conscience and expression and the prohibition of capital punishment of youths under the age of 18 years, which is not absolute in Charter. The Charter indeed mentions Islam and its legal system as the basis from which derive principles such as equality, respect for human dignity and respect for life. In contrast to its predecessors, the Arab Charter on Human Rights adopts the principles of the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.³² Art. 1 proclaims the need for promotion of human rights at the core of national interests and also goal is enshrined the principle of universality, indivisibility, dependence and interdependence of all human rights. The Charter, at the first glance, is alleviating the relativistic approach of the older documents. One of the disputed part of the Charter, which causes some tension today, the second paragraph of Article. One of the disputed part of the Charter, which causes some tension today, is the second paragraph of Art. 2, which rejects racism and Zionism, and all forms of foreign occupation. Especially the call to make every effort to combat these unfortunate events, especially in the context of the elimination of anti-Zionism, may cause some concern. The right to life is enshrined in Art. 5. Article 6 establishes restrictions on the death penalty. Under this article, the death penalty can be imposed only for the most serious crimes and pursuant to a final court judgment. Interesting is the formulation of Article 7, which on the one hand, prohibits the capital punishment imposed on a person younger than 18 years, unless it will be permit by laws in force at the time of the offense. The wording of the article is not clear on its effects. It is difficult to determine, whether Article 7 takes effect ex nunc, so that the entry into force of the Charter is not punishable by the death of a person under 18 years, unless this person committed the offense for which the death penalty

³¹ It was so because the Arab Charter on Human Rights has become the subject of much criticism from human rights organizations in the region as well as beyond its borders due to the fact that backfired in the fulfilment of international human rights standards RISHMAWI, M.: The Revised Arab Charter on Human Rights: A Step Forward, in: Human Rights Law Review, 363, 363 (2005).

³² League of Arab States, Arab Charter on Human Rights, (2004): <http://hrlibrary.umn.edu/instree/loas2005.html> (last visited at 28.01.2017).

imposed before the time of effectiveness of the Arab Charter. The second option, which can result from the text of Article 7, is simply the one that, where at the moment of committing a crime for imposing the death penalty permitted by law to impose the death penalty to persons under 18 years, the death penalty may be imposed despite the effect of the Arab Charter. In this case will be important to answer the question: Which law has been applied at the moment of the crime? In this provision, would be desirable existence of an international judicial body type, that the case law precise and settled interpretation and application of this provision. In this case is going on about human life and the right to preserve itself, what is currently generally regarded as the right to the highest value. Significant in this case is that the brightness differences in interpretation can cause irreparable damage. In compare with provision of Arab Charter Article 6, paragraph 5, of the International Covenant on Civil Political Rights is saying clearly: Sentence of death shall not be imposed for crimes committed by persons below eighteen years of age. From the wording of the Covenant it is clear that at this point, death sentences to persons younger than 18 years is not permitted. What's more, despite its contradictory wording of Article 7 is not one of the provisions listed in Article 4, paragraph 2, as subjects, which can't be derogated. The opposite applies if the right to life (Art. 5), which cannot be derogated from. The opposite applies with the right to life (Art. 5), which cannot be derogated from. It can therefore be said that, for example, in a situation of threat to national security, the limitations of imposing the death penalty contained in the Arab Charter on Human Rights passed, respectively depart from them in national legislation. Article 8 provides for protection against torture and inhuman treatment. States, that are parties to the contract, must ensure the protection against torture and inhuman treatment of each individual, which is located on their territory. If we compare it with the text of the International Covenant and Civil and Political Rights, we can see that Covenant is in the power of provisions a step further when he says, not only on the prohibition of inhuman and cruel treatment but also banning imposing such penalties.³³ Some principles of the protection from torture are not enshrined in the Charter, e.g. it is the lack of a ban on the use of evidence obtained by torture, or cruel treatment in legal proceedings against a person who has been torture or cruel treatment undergone. Also in the Charter, there is no provision that would prohibit the use of torture under any circumstances and in any situation, including the state of war, threat of war, internal political crisis etc. One of the partial topics in the perception of a conflict of values are the rights of women. Legal relationships Muslim countries to the status and

³³ International Covenant on Civil and Political Rights. Article 7, (published under number 120/1976).

rights of women often resonates as a problematic issue especially when compared with women's rights in the European system of human rights. As noted above, the Charter precludes any discrimination based on sex. Equally condemns the use of violence in the family, but remains on conservative positions regarding marriage. Article 33 is speaking in general about the protection of the family as the fundamental unit of society. The Charter stipulates that no marriage cannot be concluded without the full consent of the intending spouses. However, as regards the rights and responsibilities of spouses during marriage and its dissolution, charter them closer says nothing and leaves the treatment of the issue to national law states. The only explicit prohibition applies to the use of violence against women and children in family relationships Also the Charter resigned on the issue of equality between spouses and leaves free rein to national legislation which no further action can be explained by the Charter to traditional forms of family organization.

Conclusion

On the one hand, it is possible for the said lack Charter take a critical stand on the other, it is questionable whether pressure from international society does not cause rejection of the entire catalogue of human rights. The question also remains whether it would be appropriate to intervene in the centuries formed the traditions and values of the Muslim world, which could be at the expense of the applicability of the results of laws. In this case the international legislatures and politicians have to approach to the issue sensitively and empathetically, if they would fulfil their objectives. First, given the fact, that the community of Muslim states is created by countries at different stages of development and with different legal systems and different cultures. Otherwise, I could come to disappointment, if not taken into account because of the social and cultural reality in the territory, remained modern document taking into account universal human rights standards will be inapplicable and would apply only formally. Normatively anchored catalogue of human rights is qualitatively better basis for the promotion of human rights as a legal vacuum, or enforcement of a foreign model for the protection of human rights. The application of religious documents, principles of human rights normative documents can have in the long term serious deficiencies. Islam, as well as every major religion is not built as a solid monolith, and there are a number of directions in it and learnings. This inevitably affects the law, which is interpreted by different authorities, often from different conclusions. The second problem of this system is that it is a kind of revelation of God's truth and therefore cannot be subject to criticism and thus no changes. Only interpretation can be changed. However, the dynamics of social development brings changes and the law has to reflect them, if it wants to remain functional

and applicable. However, transnational sources of law, which establishes a standard of human rights protection can play an important role as a unifying element transboundary individual jurisdictions and thus create room for better protection of human rights, values of nations, which will contribute to regional development in regions, which has vicissitudes of internal conflicts.

Maryam Nayibova*

The High Price to Pay for the Cloud: How Cloud Based Storage Applications Streamline Data Storage, but Pose Legal Issues and Security Risks to Private Sector Employers and Employees Alike

Abstract

The advent of new cloud-based technologies has generated questions and concerns over their application in the workplace. While everyday users store mounds of information in the cloud without realizing it, businesses specifically chose cloud-storage for convenience and in a lot of cases necessity. This however may open them up to liability beyond that of “data breaches.” While the courts in United States has addressed this issue in the realm of privacy concerns to public employees (i.e. government employees), private sector employees and employers alike are left in the dark as to their obligations and liabilities.

This article will discuss generally what cloud-computing is, what legal issues it poses in the areas of wage and hour law, intellectual property law and general privacy considerations for both the employer and employee alike. It will also examine whether necessity exists for employers to safeguard utilization of cloud based storage in the workplace, if they chose to store protected health information, and the likelihood of impending necessity to re-draft employment agreements to protect work product and other privileged client information that may be stored in the cloud. This article will also look at any existing or proposed legislation and review any cases on the issue that have been decided in the country, that could help both sides in navigating the ever advancing world of cloud computing. Finally, this article attempts to propose adequate solutions where legislation and the courts have failed.

Annotasiya

“Cloud” əsaslı texnologiyaların inkişafı özü ilə birlikdə bu texnologiyanın iş mühitində tətbiqi ilə bağlı suallar və problemlər meydana gətirdi. Gündəlik istifadəçilər səbəbini dərk etmədən xeyli informasiya saxladıkları halda, bizneslə məşğul olanlar cloud-bazalardan sırf rahatlığına və bir sıra əhəmiyyətli məsələlərə görə istifadə edirlər. Lakin belə istifadə nəticədə onları “məlumat pozuntuları” üçün məsuliyyətlə üzbaşüz qoyur. ABŞ məhkəmələri bu məsələyə dövlət işçilərinin şəxsiyyətinin pozulması çərçivəsində baxdığından özəl sektor işçilərinin və işəgötürənlərinin oxşar öhdəlik və məsuliyyətləri məqamı qaranlıq qaldı.

Məqalədə ümumiyyətlə “cloud” kompyuterçiliyin nə olduğu, əmək haqqı və iş vaxtı, əqli mülkiyyət hüququ və həm işçi, həm də işəgötürənlər üçün ümumi şəxsilik baxımından

* Maurice A. Deane School of Law at Hofstra University, Juris Doctor Candidate.

hansı hüquqi məsələləri meydana çıxardığı müzakirə edilir. Məqalədə eləcə də, hər iki tərəfə inkişafda olan “cloud” kompyuterçilik diünyasında maneəvə yardımçı olmaq üçün mövcud və ya təklif olunmuş qanunvericilik və qəbul edilmiş hər hansı bir məhkəmə işinin olub olmaması araşdırılmışdır. Nəhayət, məqalədə qanunvericilik və məhkəmələrin uğursuz olduğu məsələlər üzrə adekvat həllər təklif edilməyə çalışılır.

Contents

Introduction	132
I. The basics of cloud applications	134
II. Misclassification of employees: wage and hour concerns.....	137
III. Employee privacy concerns.....	141
IV. Employer privacy and trade secrets	149
V. Protected health information in the cloud and health information portability and accountability act violations	152
VI. Cloud applications and the future: proposed solutions	155
Conclusion	163

Introduction

Gone are the days of storing important papers in boxes spread out all over the office. Gone are the days of contracting with an outside vendor to come and pick up the boxes of papers and transport them to a secure off site storage. Nowadays, even though employers still contract with third parties, they do so in order to store their data and documents in the cloud, by purchasing “infrastructure platforms” and not physical storage space.¹ Storage has gone from a warehouse space to a fictitious but all to real space in the cloud.² As of 2013, majority of U.S. businesses were utilizing some sort of cloud storage.³ The phrase can be heard in every office, however not everyone understands exactly what it means, and very few comprehend the implications its use has in the workplace.⁴ If you tell an everyday employee that the cloud is a “collection of larger servers located elsewhere

¹ Samara Lynn, *20 Top Cloud Services for Small Businesses*, (Dec. 11, 2012), <http://www.pcmag.com/article2/0,2817,2361500,00.asp>.

² *Id.*

³ Reuven Cohen, *The Cloud Hits the Mainstream: More than Half of U.S. Businesses Now Use Cloud Computing*, *Forbes* (Apr. 2013), <http://www.forbes.com/sites/reuvencohen/2013/04/16/the-cloud-hits-the-mainstream-more-than-half-of-u-s-businesses-now-use-cloud-computing/>. (last visited Oct. 22, 2015).

⁴ Toby Merrill, *Cloud Computing: is Your Company Weighing Both Benefits & Risks?* ACE Group, (Apr. 2014), <http://www.acegroup.com/us-en/assets/privacy-network-security-cloud-computing-is-your-company-weighing-both-benefits-risks.pdf>. (last visited Oct. 22, 2015).

and maintained by a vendor," he or she may look at you with a blank stare.⁵ This is because it is a fairly new technology, and businesses are still learning to navigate their way through the cloud, even though its advent can be traced back to the 1960s.⁶ Nowadays, any business from construction companies to Information Technology providers and law firms are more than likely to utilize some kind of cloud applications.⁷ One may ask: 'what exactly is the cloud? And where is it? And what does it have to do with private sector employment?'

This note will discuss in detail what cloud-computing is, what legal issues it poses in the areas of wage and hour law, employee and employer privacy considerations, necessity for employers to safeguard their application if they chose to store protected health information in the cloud, and the likelihood of impending necessity to re-draft employment agreements to protect work product and other privileged client information that may be stored in the cloud.⁸ This paper will start with a discussion on how employers and employees utilize public cloud applications in the workplace, primarily focusing on mid to bigger sized companies with varied employee pool: part time, full time etc. The paper will then focus on the specific issues that arise when employers use cloud based applications in the workplace are employee privacy issues, such as possible breach of Computer Fraud and Abuse Act, as well as possibility of trade secret theft, wage and hour violations and possible Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA) violations.⁹ The first half of the paper will delve into what cloud computing is and how employers chose to utilize it.¹⁰ The last section will offer possible solutions that employers and employees alike can agree on in the workplace, as well as discussion on what actions the legislature could implement to find a uniform solution.¹¹

⁵ Ian Schaefer, *5 Employment Law Considerations When Cloud Computing*, Law 360, (Apr. 8, 2015), <http://www.law360.com/articles/523645/5-employment-law-considerations-when-cloud-computing>. (last visited Oct. 22, 2015).

⁶ Arif Mohamed, *A History of Cloud Computing*, Computer Weekly (Mar. 2009), <http://www.computerweekly.com/feature/A-history-of-cloud-computing>. (last visited Oct. 22, 2015).

⁷ Cohen, *supra* note 3.

⁸ *Id.* Since so many businesses are choosing to move to the cloud, a revolution in employee-employer relationship is on the way. Robert Milligan, *Neglect of Cloud Computing Policies In Workplace Can Provide Perfect Storm for Trade Secret Theft*, TRADE SECRETS LAW (Oct. 10, 2013), <http://www.tradesecretslaw.com/2013/10/articles/trade-secrets/neglect-of-cloud-computing-policies-in-workplace-can-provide-perfect-storm-for-trade-secret-theft/>

⁹ Schaeffer *supra* note 5.

¹⁰ See discussion *infra* part II.

¹¹ See discussion *infra* Part VII.

I. The basics of cloud applications

Chances are, we all have used cloud applications recently. If you used Gmail or DropBox, you have been utilizing cloud applications.¹² For a lot of businesses, cloud computing is a useful, emerging tool that seemingly makes data and information storage an easier task for any business.¹³ It allows for a large bandwidth, which means more information can be stored at a lower cost to businesses.¹⁴ Simply put, cloud computing allows a user to store, and subsequently have access to data and information over the internet, through a third party vendor, as opposed to a computer's hard drive.¹⁵ A very important aspect of cloud computing to note, is the absence of a hard drive, a tangible area where information is stored.¹⁶ The beauty of cloud applications is that you can potentially work from anywhere, be it on the beach, on your couch or in your office building, just on a different floor.¹⁷ The possibilities of mobility are limitless.

What a lot of people don't understand is that the term "cloud computing" encompasses a lot more than what their perceptions of the definition are: it is a term that "doesn't describe a single thing – rather it is a general term that sits over a variety of services from Infrastructure as a Service at the base, through Platform as a Service as a development tool and through Software as a Service replacing on-premise applications."¹⁸ Complications arise when one tries to discern what exactly cloud-based application is. Let us now break the terms down.

There are three categories of cloud storage: private, public and hybrid.¹⁹ The most common would be a consumer cloud service, which would be labeled public, an example of which is your run of the mill email providers: Gmail, Yahoo, Outlook etc., as well as services such as Box.com, DropBox, and Google Drive.²⁰ These services would be utilized to simply store information a user may need to access on a different device, in a different place.²¹ In this instance, a user is utilizing an Internet based application to

¹² Schaefer, *supra* note 5.

¹³ Merrill, *supra* note 3.

¹⁴ Schaefer, *supra* note 5.

¹⁵ Eric Griffith, *What is Cloud Computing?* (Apr. 2015), <http://www.pcmag.com/article2/0,2817,2372163,00.asp>. (last visited Oct. 22, 2015).

¹⁶ *Id.*

¹⁷ *Id.*

¹⁸ Ben Keeps, *Understanding the Cloud Computing Stack: SaaS, PaaS, IaaS*, http://www.rackspace.com/knowledge_center/whitepaper/understanding-the-cloud-computing-stack-saas-paas-iaas (Last updated, October 22, 2013).

¹⁹ *Id.*

²⁰ Merrill, *supra* note 4.

²¹ *Id.*

store information.²² The way a company with cloud needs would utilize cloud storage is similar to how a consumer would, by simply picking one that would meet the company's needs and start using it.²³ However, an employer would have to choose a cloud storage service carefully, and consider a lot more than an individual consumer would, like security, possibility of breach, storage needs and cost.²⁴

A. Cloud in the workplace

When it comes to businesses utilizing cloud applications, there is a whole different world of cloud.²⁵ As mentioned earlier on, cloud computing's humble beginning was in the 1960s.²⁶ However, it did not become wildly popular or even user friendly until the late 1990s, with introduction of Salesforce, which delivered applications via a website.²⁷ With each redesign, a user was moving away from utilizing a computer's hard drive, and into an intangible space in the "cloud."²⁸ There are three types of business cloud computing applications: IaaS (infrastructure as service), PaaS (Platform as service) and SaaS (software as service).²⁹ The most commonly used cloud application by employers is SaaS: SaaS uses a third party vendor to manage the storage and delivery of information.³⁰ The concept is simple: a user would be able to access applications through the Internet.³¹ An example of such application would be SalesForce, a client relationship management application (CRM) that provides personalized cloud storage services to businesses for a wide range of needs, such as client contact information and marketing and sales data.³² A control of Software as Service application mostly lies in the cloud manager's hand, which is usually a third party vendor.³³ PaaS gives the user access to tools that are maintained by the cloud providers and that can be used to develop applications and to make those applications available to the user's customers.³⁴ The most likely demographic to use PaaS would be Software developers working on a development project, because PaaS is not ideal for large storage or portability

²² Lynn, *supra* note 1.

²³ Virtela Blog, <http://www.virtela.net/enterprise-vs-consumer-cloud/> (June 29, 2012).

²⁴ *Id.*

²⁵ Merrill, *supra* note 3, at 1.

²⁶ Mohamed, *supra* note 5.

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.*

²⁹ Lynn, *supra* note 1.

³⁰ Merrill, *supra* note 4.

³¹ *Id.*

³² Salesforce, <http://www.salesforce.com/what-is-salesforce/?d=7013000000mA5n&internal=true> (last visited Oct. 22, 2015).

³³ Merril, *supra* note 3, at 2.

³⁴ Keeps, *supra* note 9.

that businesses may require.³⁵ When utilizing IaaS, cloud buyers rent space in a virtual data center from an IaaS provider.³⁶ Rather than purchasing servers, software, datacenter space or network equipment, clients instead buy those resources as a fully outsourced service on demand.³⁷ This would require businesses to outsource for cloud storage, and lead to inability for speedy access to the stored data, which is not desirable for companies wanting to conduct regular, uninterrupted business.³⁸

When implemented and structured correctly, cloud computing storage poses numerous benefits to both employees and employers.³⁹ Availability of alternative ways of accessing and storing information provides more flexibility in the workplace, having more employees work remotely and eliminating offsite storage allows employers to scale down on office size and other expenses, thus allowing for higher salaries.⁴⁰ It expedites daily activities by allowing easy access to data, fosters collaboration between team members, no matter where they may be at the time, and it is a lot more cost effective than storing files off site.⁴¹ Cloud computing is also a way to for companies' to save money in another way: it can cut companies' information technology costs by twenty percent or more.⁴² Additionally, cloud computing can minimize time wasting behaviors as it provides for greater visibility for employers, albeit sometimes at the cost of employee privacy.⁴³ However, the flip side is that employees use personal devices at work or perform work related tasks off the clock.⁴⁴ Not only productivity, but also security of valuable information stored in the cloud may be at risk: public cloud environments are massive, providing hackers with a larger "attack

³⁵ *Id.*

³⁶ Profit Bricks, <https://www.profitbricks.com/what-is-iaas> (last visited Oct. 22, 2015).

³⁷ Keeps, *supra* note 9.

³⁸ *Id.*

³⁹ Jim Lynch, *What Are the Benefits and Drawbacks of Cloud Computing*, TECHSOUP, <http://www.techsoup.org/support/articles-and-how-tos/what-are-the-benefits-and-drawbacks-of-cloud-computing>. (last visited Oct. 22, 2015). (Feb, 2015).

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ See Lynch *supra* note 39; See also Merrill, *supra* note 3 (stating that other benefits include reduced hardware needs, an environmentally friendly choice and advantage in the market).

⁴² J. Nicholas Hoover, *Compliance in the Ether: Cloud Computing, Data Security and Business Regulation*, 8 J. BUS. & TECH. L., 255, 260. "These savings come from reduced deployment time, limited customization, the self-service nature of cloud services, the lack of up-front costs on technology infrastructure, and often simpler user interfaces that require less training." *Id.*

⁴³ *Id.*

⁴⁴ See Merrill, *supra* note 4; see also Hoover *supra* note 42 (stating that "the lack of control and transparency inherent in cloud computing opens up the risk that malicious employees working for the cloud provider could take possession of data to which they should not even have access.").

surface" to probe in comparison to private networks.⁴⁵ The mix up of devices and clouds can have a dangerous effect on privacy and confidentiality of business related information.⁴⁶

II. Misclassification of employees: wage and hour concerns

While the benefits of cloud applications give businesses a one up in the competitive market, and make operations cheaper and more efficient, employers may get caught up in cost effective aspects and overlook the basic but crucial concerns regarding wage and hour law.⁴⁷ How are the two subjects related? With the help of cloud storage, both employees and employers are "less tethered to their offices, homes, and even their physical computer systems than ever before."⁴⁸ Also, with proliferation of Bring Your Own Device (BYOD) policies, it becomes easier for employees to access work related files at lunch, and after hours especially if they are able to synch their device with the work cloud.⁴⁹ This means more employees working from home, at their own pace, always connected, and always online, not necessarily punching in their hours.⁵⁰ With easy accessibility, comes the desire and need to answer emails at any time.

Under FLSA, "work not requested but suffered or permitted to be performed is work time that must be paid for by the employer."⁵¹ An employee may feel the urge to answer his or her boss's emails at 1am, if they have access to it. With new legislation afoot from the Department of Labor, the minimum salary level for the "white collar" overtime exemption will more than double from the current level of \$23,660, meaning that more than an estimated 5 million employees will suddenly require overtime pay for work done after hours.⁵² Since 2000, "white collar" workers have been

⁴⁵ Lynch *supra* note 39.

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ See Schaefer, *supra* note 5.

⁴⁸ Journal of Internet Law, July 20, 2010.

⁴⁹ Patrick J. Beisell, Something Old and Something New: Balancing "Bring Your Own Device" to Work Programs with the Requirements of the National Labor Relations Act, 2014 U. Ill. J.L. Tech. & Policy 497, 501 (2014).

⁵⁰ Amy D. Cabbage, *Rethinking the 24/7 Response* (Sept. 2015), <http://mcbrayeremploymentlaw.com/category/wage-and-hour/>; see also Merrill *supra* note 4. "BYOD policies Bring Your Own Device, or BYOD, refers to the cost-effective and employee-friendly policies some companies have adopted, allowing employees to bring their own smartphones, tablets, and laptops to work, then use them to access privileged company information and applications." *Id.*

⁵¹ US Department of Labor, Fact Sheet #22: Hours Worked Under the Fair Labor Standards Act (FLSA), <http://www.dol.gov/whd/regs/compliance/whdfs22.pdf>. (last visited Oct. 22, 2015).

⁵² *Supra* note 50.

working longer hours, and one of the main reasons for this is the blurring of line between on the clock and off the clock thanks to advances in technology, like cloud computing.⁵³ Technological advances present a plethora of incentives for employees to telecommute.⁵⁴ While this may mean that those who typically could not enter the workforce (like working parents) will do so now, it also may present difficulty for employers to follow the FLSA regulations and comply with other wage and hour laws.⁵⁵ In recent years, the U.S. Government has been cracking down on employers who misclassify their employees and impending legislature allocates \$41 million to Wage and Hour Division of the Department of Labor.⁵⁶ This means that cloud computing comes at a time where employers need to be vigilant in making sure their workers are paid for over time and paid the proper salaries for any work they do in the office and at home.

Issues with overtime pay and classifications do not only arise with regard to telecommuters. More often than not, issues like this arise with regards to employees who have access to work email and files from home and work on projects on their own time.⁵⁷ Non-exempt employees must be paid for any and all work done, regardless whether it is at home, office, on their way to home or to work, or on vacation.⁵⁸ The FLSA defines the term "employ" to include the words "suffer or permit to work."⁵⁹ Suffer or permit to work means that if an employer requires or allows employees to work they are employed and the time spent is probably hours worked.⁶⁰ This presents difficulty to employers, as it becomes hard to gauge what hours the employee actually worked while out of the office.⁶¹ Concerns regarding nonexempt employees who by law are eligible for overtime pay are more than likely to rise in these instances.⁶² Department of Labor sets out regulations for overtime pay by stating, "an employer who requires or permits an employee to work overtime is generally required to pay the employee premium pay

⁵³ Ashley M. Rothe, *Blackberries and the Fair Labor Standards Act: Does A Wireless Ball and Chain Entitle White-Collar Workers to Overtime Compensation?* 54 St. Louis U. L.J. 709, 711 (2010).

⁵⁴ See Journal of Internet Law, *supra* note 48.

⁵⁵ Schaefer, *supra* note 5.

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ U.S. Department of Labor Fact Sheet #22, *supra* note 31.

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ Schaefer, *supra* note 5.

⁶² Wages and Hours Worked: Minimum Wage and Overtime Pay, <http://www.dol.gov/compliance/guide/minwage.htm>, see also U.S. Department of Labor Fact Sheet #23: Overtime pay requirement of the FLSA, <http://www.dol.gov/whd/regs/compliance/whdfs23.pdf>.

for such overtime work.”⁶³ FLSA then provides additional explanations for who is considered an exempt and non-exempt employee.⁶⁴ Minimum and maximum wage (and subsequently overtime pay provisions) according to FLSA do not apply to an exempt employee, which the act describes as “any employee employed in a bona fide executive, administrative, or professional capacity (including any employee employed in the capacity of academic administrative personnel or teacher in elementary or secondary schools), or in the capacity of outside salesman.”⁶⁵ FLSA goes on to define a lot more professions as exempt from its minimum wage and overtime provisions, and DOL sets out commonly used exemptions.⁶⁶

For the purpose of this paper, attention should be drawn to the first exemptions set out in §213, referring to any person employed in a bona fide executive, administrative or professional capacity.⁶⁷ A definition of “professional capacity” could mean anything. A boss trying to avoid paying its workers for overtime hours for work done from home, may write a job description in such a way that would warrant one in understanding that his employee works in a “professional capacity” and thus is exempt from FLSA’s requirement for overtime pay. However, FLSA will not likely allow an employer to get away with prescribing an administrative assistant or office manager with job duties akin to professional capacity.⁶⁸ Going off this standard, it becomes obvious that an employee must have advanced education and work in some sort of intellectual capacity, or as a scientist, to warrant being considered an exempt employee.⁶⁹ Or an employer may turn to another definition in FLSA referring to “Administrative Exemptions” under which an employee would be as non-exempt if certain conditions are met: 1) the employee must be compensated on a salary or fee basis (as

⁶³ U.S. Department of Labor Fact Sheet #23: Overtime pay requirement of the FLSA, <http://www.dol.gov/whd/regs/compliance/whdfs23.pdf>.

⁶⁴ 29 U.S. Code § 213 (2006).

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ U.S. Department of Labor, Fair Labor Standards Fact Advisor, <http://webapps.dol.gov/elaws/whd/flsa/screen75.asp> (last visited Oct. 22, 2015).

⁶⁷ 29 U.S. Code § 213.

⁶⁸ See U.S. Department of Labor, Fact Sheet #17D: Exemptions for Professional Employees Under the Fair Labor Standards Act (FLSA), http://www.dol.gov/whd/overtime/fs17d_professional.pdf (stating that the employee must be compensated on a salary or fee basis at a rate not less than \$455 per week; the employee’s primary duty must be the performance of work requiring advanced knowledge, defined as work which is predominantly intellectual in character and which includes work requiring the consistent exercise of discretion and judgment; the advanced knowledge must be in a field of science or learning; and the advanced knowledge must be customarily acquired by a prolonged course of specialized intellectual instruction).

⁶⁹ See *id.* (Explaining further that teachers, lawyers and medical professionals “holding a valid license or certificate permitting the practice of law or medicine is exempt if the employee is actually engaged in such a practice”).

defined in the regulations) at a rate not less than \$455 per week; 2) the employee's primary duty must be the performance of office or non-manual work directly related to the management or general business operations of the employer or the employer's customers; and 3) the employee's primary duty includes the exercise of discretion and independent judgment with respect to matters of significance.⁷⁰ Another option for employers, according to DOL, would be to pay its workers over \$100,000, even administrative and secretarial staff.⁷¹ The DOL worksheet provides that:

Highly compensated employees performing office or non-manual work and paid total annual compensation of \$100,000 or more (which must include at least \$455 per week paid on a salary or fee basis) are exempt from the FLSA if they customarily and regularly perform at least one of the duties of an exempt executive, administrative or professional employee identified in the standard tests for exemption.⁷²

However, it's not likely that a lot of employers will be willing or able to proportionally raise its employees' salaries to start at \$100,000. So what will happen to businesses that will try to cut corners with their employee classifications to avoid paying overtime? Wage and hour concerns have always been a hot button issue for unions, employees, and the government and even more so recently.⁷³ With businesses moving to cloud-based applications, employees are becoming more and more connected to the office and spending more hours from home on work related matters.⁷⁴ However, they may not necessarily see the hours they put in reflected on their pay stubs.⁷⁵ Should they raise the issues, they may be told that they are exempt, hence are not eligible for overtime pay.⁷⁶ Employers need to be cautious in properly classifying employees, and especially with regards to accurately compensating them for work done, since wage and hour lawsuits and governmental audits are becoming more and more prevalent.⁷⁷

⁷⁰ U.S. Department of Labor, Fact Sheet #17C: Exemption for Professional Employees Under the Fair Labor Standards Act (FLSA),

http://www.dol.gov/whd/overtime/fs17c_administrative.pdf. (last visited Oct. 22, 2015).

⁷¹ U.S. Department of Labor, Fact Sheet #17H: Highly-Compensated Workers and the Part 541-Exemptions Under the Fair Labor Standards Act (FLSA),

http://www.dol.gov/whd/overtime/fs17h_highly_comp.pdf.

⁷² *Id.*

⁷³ See *supra* note 5 (stating that "while the ease of access in a cloud computing workplace is certainly valuable to the business, such ease can be a double edged sword when it comes to properly compensating nonexempt employees").

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ Workplace Fairness, *Overtime Exemptions*, <http://www.workplacefairness.org/overtime-exemptions>

⁷⁶ See Schaeffer *supra* note 5.

⁷⁷ *Id.*

The way some employers are actually handling issues arising with cloud accessibility and overtime pay and trying to avoid possible lawsuits is by banning nonexempt employees from being able to have access to work email through any sort of device outside of the office, whether through mobile devices or otherwise.⁷⁸ However, while employers may institute work policy prohibiting utilizing work laptops at home or downloading apps that will allow them to remotely access their email on their phones, there are still ways for employees to access their work email through web-based email.⁷⁹ For example the ability to log into email from the employer's portal at home, presents a flexible opportunity to finish up work not complete during the day.⁸⁰ Many companies have this option, and there is not really a way to stop an employee from logging in.⁸¹ This is just one of the ways cloud based applications are blurring the lines between on the clock and off the clock.⁸² One thing is clear, cloud based applications make the workplace more accessible outside the office.⁸³ This leads non-exempt employees to put in more hours whether willfully or because the office culture demands so.⁸⁴ What the employers will do to stay in line with FLSA requirements remains to be seen.

III. Employee privacy concerns

Perhaps one of the most talked about and litigated issues in the employment sector, without even considering the role cloud computing may play, is the issue of employee privacy.⁸⁵ Employers are known to monitor activities of their employees in various ways, including scanning sent and received e-mails by anti-virus and anti-spam software, tracking a worker's every keystroke and mouse click, monitoring communications via remote computing platforms, storing copies of e-mail messages sent and received on servers where individual workers cannot access or delete the messages, logging information on actions performed by workers, including the applications used and the files accessed and printed, monitoring internet access, online sessions, electronic chat conversations, and remotely viewing what the worker is doing in real time.⁸⁶ Nearly 80 percent of large employers

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ See Roth, *supra* note 46.

⁸² *Id.*

⁸³ *Id.*

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ See Schaefer, *supra* note 5.

⁸⁶ Lothar Determann & Robert Sprague, *Intrusive Monitoring: Employee Privacy Expectations Are Reasonable in Europe, Destroyed in the United States*, 26 Berkeley Tech. L.J. 979, at 981-82 (2011).

listened to employee phone conversations and voicemails, read electronic files and e-mails.⁸⁷ While an employer may not necessarily engage in all those monitoring activities, employers do utilize one or many of the ways to monitor their staff.⁸⁸ Employers monitor their employees for three reasons: “protecting information and other intellectual property assets; increasing productivity; and avoiding liability.”⁸⁹

Once it becomes clear what employers do to monitor their employees, the second question that arises is whether or not that infringes on employee privacy rights. To answer that, we first have to look at the sources of those rights.⁹⁰ For public employees that determination is easy: The U.S. Constitution provides for civil rights of individuals against actions of state actors, i.e., state and federal governments, including government employers.⁹¹ No such rights exist for private sector employees.⁹² Private sector employers’ practice of monitoring their employees’ electronic transactions has raised questions about the appropriate balance between employees’ privacy rights in the workplace and companies’ rights to protect themselves and their employees by monitoring their employees’ electronic transactions.⁹³ Instead, private employee rights are derived from common law and are divided into four categories: (1) intrusion upon seclusion; (2) public disclosure of embarrassing private facts; (3) publicity which places a person in a false light in the public eye; and (4) commercial appropriation of a person's name or likeness.⁹⁴ Although the rights are derived from two different sources, the approach to figuring out whether or not an employee is entitled to those rights is the same.⁹⁵ The main question to be answered by courts remains the same: does the employee have a reasonable expectation to privacy?⁹⁶

While there has been a plethora of legal disputes regarding employee privacy in the workplace, application of law currently governing such matters is not as clear-cut when it comes to the use of cloud computing at

⁸⁷ Justin Conforti, *Somebody's Watching Me: Workplace Privacy Interests, Technology Surveillance, and the Ninth Circuit's Misapplication of the Ortega Test in Quon v. Arch Wireless*, 5 Seton Hall Circuit Rev. 461, at 462.

⁸⁸ Determann & Sprague, *supra* note 60 at 982.

⁸⁹ *Id.* at 982.

⁹⁰ *Id.* at 986.

⁹¹ *Id.*

⁹² Gregory T. Alvarez and Jason E. Ruff, *Private-Sector Employees and Workplace Privacy in the Electronic Era*, N.J. Lawyer Magazine, 247 N.J. Law. 24 (August 2007).

⁹³ UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE, *COMPUTER-USE MONITORING PRACTICES AND POLICIES OF SELECTED COMPANIES 1* (2002), <http://www.gao.gov/assets/240/235595.pdf>.

⁹⁴ Determan & Sprague, *supra* note 79, at 986.

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ *Id.*

work.⁹⁷ Legal disputes as to what type of privacy rights employees have in the workplace have been developing over the past few decades.⁹⁸ However the most prominent of these lawsuits have generally revolved around public sector employees. Courts have held that under the Fourth Amendment, public employees have a reasonable expectation of privacy in the workplace.⁹⁹ However, employees in the private workforce currently enjoy no privacy in their electronic mail communications, and hence no privacy in what and how they utilize cloud based applications the workplace.¹⁰⁰

First however, it is important to lay down the rules of privacy that Courts have found to apply to public employees, so we can understand the issues of privacy in the private sector as well. In the landmark case on this issue, *O'Connor v. Ortega*, the court set out a two prong tests to determine the extent of privacy in the workplace.¹⁰¹ The court stated that in order to figure out if the employer's conduct is justified, two questions had to be answered: 1) whether an employee has reasonable expectations of privacy and 2) whether employer's intrusion was justified.¹⁰² *Ortega* case involved a physician who worked at a state hospital and was responsible for training psychiatry residents.¹⁰³ The hospital officials became concerned about possible misconducts by him of the program, including but not limited to charges of sexual harassment against him by a female student and hospital employees and inappropriate disciplinary action against a resident.¹⁰⁴ While he was on administrative leave and an investigation of the charges against him was pending, the hospital officials, allegedly, in order to take inventory searched his office and seized personal items from his desk and file cabinets that were used in administrative proceedings resulting in his discharge.¹⁰⁵ The physician filed charges against the hospital, claiming that the search violated his Fourth Amendment rights.¹⁰⁶

In answering the two questions posed, the court first discussed the context under which the expectation of privacy should be reasonable stating that

⁹⁷ Ilana R. Kattan, *Cloudy Privacy Protections: Why the Stored Communications Act Fails to Protect the Privacy of Communications Stored in the Cloud*, 13 VAND. J. ENT. & TECH. L. 617 (2011).

⁹⁸ Journal of Internet Law, *supra* note 31.

⁹⁹ *O'Connor v. Ortega*, 480 U.S. 709, 718 (1987); see also *Leventhal v. Knapek*, 266 F.3d 64,78 (2d Cir. 2001) (holding that "employee had reasonable expectation of privacy in his office computer but agency possessed individualized suspicion justifying search").

¹⁰⁰ Todd M. Wesche, *Reading Your Every Keystroke: Protecting Employee E-Mail Privacy*, 1 J. High Tech. L. 101 (2002).

¹⁰¹ *Ortega*, 480 U.S. 709, at 726.

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ *Id.* at 709.

¹⁰⁶ *Id.*

“workplace includes those areas and items that are related to work and are generally within the employer’s control.”¹⁰⁷ The court held that “respondent had a reasonable expectation of privacy in his office.”¹⁰⁸ In discussing the reason behind the decision, the court stated:

Dr. Ortega did not share his desk or file cabinets with any other employees. Dr. Ortega had occupied the office for 17 years and he kept materials in his office, which included personal correspondence, medical files, correspondence from private patients unconnected to the Hospital, personal financial records, teaching aids and notes, and personal gifts and mementos.¹⁰⁹

Turning to the second prong, the court discussed what constituted a reasonable intrusion.¹¹⁰ The court ultimately remanded the case stating “public employer intrusions on the constitutionally protected privacy interests of government employees for non-investigatory, work-related purposes, as well as for investigations of work-related misconduct, should be judged by the standard of reasonableness under all the circumstance.”¹¹¹ It was left for the Court of Appeals to determine whether the conduct was reasonable.¹¹²

Years later, the Supreme Court applied the test set out in *Ortega* in a case where a city police officer brought an action against city, police department and police chief alleging that police department’s review of officer’s text messages violated Fourth Amendment.¹¹³ The court held that the city’s review of text messages was reasonable, and thus, did not violate the Fourteenth Amendment.¹¹⁴ First, the court found that indeed Plaintiff had a reasonable expectation to privacy in the content of his text messages.¹¹⁵ However, under the second *Ortega* prong, the Supreme Court held that “the search was justified at its inception because there were reasonable grounds for suspecting that the search [was] necessary for a non-investigatory work-related purpose.”¹¹⁶

Even though the Plaintiff in *Quon* was a public employee, the Supreme Court touched on areas of privacy that are relevant to private employees as well, and especially to the topic at hand.¹¹⁷ The court however also cautioned itself stating that it “must proceed with care when considering the whole

¹⁰⁷ *Id.* at 716.

¹⁰⁸ *Id.* at 709.

¹⁰⁹ *Id.* at 719.

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ *Id.* at 725.

¹¹² *Id.*

¹¹³ *City of Ontario, Cal. v. Quon*, 560 U.S. 746, 746 (2010).

¹¹⁴ *Id.* at 765.

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ *Id.* at 761.

¹¹⁷ *Id.* at 758.

concept of privacy expectations in communications made on electronic equipment owned by a government employer.”¹¹⁸ The court’s concern was mainly that judicial interpretations and rulings on matters of fairly new technology, like cloud computing and text messaging, and their implications on privacy in the workplace should be approached with the utmost care, because the societal implications of those matters have not yet become clear.¹¹⁹ The court wisely noted that changes in the dynamics of communication and information transmission are evident not just in the technology itself but in what society accepts as proper behavior.¹²⁰

After analyzing the two judicial approaches to employee privacy (keeping in mind that both deal with public employees), we next dive into another possible source of privacy protection for private employees.¹²¹ Since private employees are granted no statutory federal protection, there are alternatives that may offer some relief: the Stored Communications Act (SCA).¹²² Congress enacted the Stored Communications Act as part of the Electronic Communications Privacy Act (ECPA) of 1986.¹²³ ECPA protects against various kinds of electronic surveillance and interception of communication by public and private actors.¹²⁴ There is one downfall of ECPA: the law does not protect against service providers, who also sometimes double as employers.¹²⁵

SCA only applies to providers of an “electronic communication service” (ECS) and a “remote computing service” (RCS).¹²⁶ A provider of ECS allows its customers “to send or receive wire or electronic communications.”¹²⁷ A provider of RCS supplies “computer storage or processing services by means of an electronic communication system.”¹²⁸ The language of SCA prohibits “with the threat of fines and imprisonment: (1) intentionally accessing without authorization a facility through which an electronic communication service is provided; or (2) intentionally exceeding an authorization to access that facility; and thereby obtain[ing], alter[ing], or prevent[ing] authorized access to a wire or electronic communication while it is in electronic storage

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ *Id.* at 759.

¹²¹ Conforti, *supra* note 61 at 465.

¹²² *Id.* at 464.

¹²³ Kattan, *supra* note 70, at 628.

¹²⁴ Conforti, *supra* note 61, at 465.

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ *Id.*

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ RICHARD M. THOMPSON II & JARED P. COLE, STORED COMM’N ACT: REFORM OF THE ELECTRONIC COMM’N PRIVACY ACT (ECPA) (2015), <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R44036.pdf>.

in such system.”¹²⁹ The beauty of SCA is that there are civil remedies available to those who feel their rights under SCA have been infringed upon.¹³⁰ To determine whether a communication is subject to protection under SCA we need to first characterize the cloud provider as either ECS or RCS.¹³¹ This will help in determining what protections are allocated to communications maintained by a specific type of provider, by law.¹³²

An ECS is “any service which provides to users thereof the ability to send or receive wire or electronic communications.”¹³³ A provider that allows wire or electronic communications to be sent then is an ECS provider, in which case the SCA protects the communications, as long as the provider keeps the communication in electronic storage.¹³⁴ The question that arises with this definition is what exactly electronic storage is. Department of Justice (DOJ) defines it as communication that is “stored in the course of transmission by a service provider.”¹³⁵ The term is also defined as “(A) any temporary, intermediate storage of a wire or electronic communication incidental to the electronic transmission thereof; and (B) any storage of such communication by an electronic communication service for purposes of backup protection of such communication.”¹³⁶ There has been an ongoing disagreement between courts as to what types of communications are “stored in the course of transmission”; perhaps an unopened email would fit the bill.¹³⁷ However, there have been some major disagreements regarding this particular aspect of the definition as well.¹³⁸ So there are now two approaches to define what “stored in the course of transmission” means: the traditional approach as defined by DOJ and the new position taken by the Ninth Circuit, which holds that electronic storage applies to items even after they have been accessed.¹³⁹

RCS is defined by the Act as “the provision to the public of computer storage or processing services by means of an electronic communications system.”¹⁴⁰ An RCS provider, on the other hand offers computer storage or

¹²⁹ 18 U.S.C. § 2701 (1986).

¹³⁰ Determann & Sprague, *supra* note 60, at 982.

¹³¹ Kattan, *supra* note 70, at 632.

¹³² *Id.*

¹³³ 18 U.S.C. § 2510 (15).

¹³⁴ Kattan, *supra* note 70, at 632.

¹³⁵ *Id.* at 633.

¹³⁶ THOMPSON & COLE, *supra* note 97.

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ See *Theofel v. Farey-Jone*, 359 F.3d 1066 (9th Cir. 2004) (stating that emails left on a service provider’s server after users downloaded them through their workplace email program could be considered stored for “backup purposes.”).

¹³⁹ Cyber Telecom, <http://www.cybertelecom.org/security/ecpacontent.htm> (last visited Nov. 24, 2015).

¹⁴⁰ 18 U.S.C. §2711.

processing service to the public.¹⁴¹ To qualify for the protection of communications stored by this type of provider, the communication must be “1) maintained on behalf of the RCS provider’s customer and 2) solely for the purpose of providing storage or computer processing to the customer, such that the provider’s authority to access the communication is limited to the extent necessary to provide storage or computer processing service.”¹⁴² An RCS provider to the public shall not knowingly disclose the contents of a communication, which is carried or maintained by that service.¹⁴³ Courts have held that private messages maintained on cloud based social media networking websites, such as Facebook and MySpace are maintained by an RCS provider.¹⁴⁴ RCS fits in perfectly with the definition of cloud computing. Under the definition, a service can only be a “remote computing service” if it is available “to the public”; services are available to the public if they are available to any member of the public who complies with the mandatory procedures and pays any required fees.¹⁴⁵ Even though cloud-computing falls nicely within the definition of RCS, it is not certain to what extent communications sent this way will receive warranted protection even under the SCA.¹⁴⁶

Although a good idea, many consider that SCA “fails to provide a clear frameworks for understand whether a user has a reasonable expectation of privacy in his communications stored in the cloud.”¹⁴⁷ Critics of SCA see it as failing to keep up with the emerging technology and communication tools.¹⁴⁸ Congress enacted SCA in the 1980s and has not amended the act to include protection for items stored using cloud software.¹⁴⁹ Besides the fact that the Act is outdated, there are also issues with the ESC and RCS defining what stored communications are.¹⁵⁰ For example, some courts have held that opened email messages stored for less than 180 days with an ECS Provider are subject to discovery.¹⁵¹ The court reasoned that such emails were not in electronic storage.¹⁵² Going a step further, the court noted that cloud based

¹⁴¹ Kattan, *supra* note 70 at 636.

¹⁴² 18 U.S.C. §2703(2)(b).

¹⁴³ 18 U.S.C. §2702(a).

¹⁴⁴ *Crispin v. Christian Audigier, Inc.*, 717 F.Supp. 2d 965 (C.D. Cal. 2001)

¹⁴⁵ 18 U.S.C. 2711(2); *see also* Cyber Telecom,

<http://www.cybertelecom.org/security/ecpanutshell.htm#ecs>.

¹⁴⁶ Kattan, *supra* note 70; *see also* Theofel, 359 F.3d at 1077 (leaving up to further interpretation the question of whether the rule set out in the case applies to cloud-based email system).

¹⁴⁷ Kattan, *supra* note 70, at 644.

¹⁴⁸ *Id.*

¹⁴⁹ *Id.*

¹⁵⁰ *Id.* at 636.

¹⁵¹ *United States v. Weaver*, 636 F. Supp. 2d 769, 772 (C.D. Ill. 2009).

¹⁵² *Id.*

email does not enjoy the same privacy protections as traditional email.¹⁵³ The DOJ also recognized that there is a limited protection to cloud based emails, and applications.¹⁵⁴ Hence, even though the SCA purports to offer some protection to the public in general, and private sector employees, it fails to do so adequately in the 21st century.¹⁵⁵

There is also a tension between DOJ and the common law, one holding that opened emails are not considered to be stored on any provider and the other that protections should be granted as long as every other aspect of the definition is satisfied.¹⁵⁶ DOJ's approach favors the law enforcement by "conceptualizing the SCA not as protecting individual privacy, but as regulating how the government can obtain access to stored communications."¹⁵⁷ Even though the accent here is on the "government" one could easily imagine this playing out well in the workplace. An employer may likewise hold that web based emails that have already been opened are the property of the server provider, hence property of the employer, if the employer is also the server provider, which is often the case.¹⁵⁸ The fate of privacy in the workplace as it relates to cloud based applications and communications remains uncertain even with recent decisions.¹⁵⁹

There have been attempts to increase workers' privacy through new legislation via 1993 Privacy for Consumers and Workers Act introduced in the Senate (PCWA).¹⁶⁰ The measure would have established a standard for notice, access to information, use limitations and would prevent abuses of electronic monitoring in the workplace.¹⁶¹ The goal of the Act was to prevent abuses of electronic monitoring without prohibiting monitoring altogether.¹⁶² Employers who violate the provisions of the PCWA can be subject to both civil penalties and private civil actions.¹⁶³ The Notice of Electronic Monitoring Act (NEMA) was also introduced in 2000; NEMA would have established a private right of action against employers who

¹⁵³ *Id.*; although the matter in that case is not one of work related access to emails, it is worth noting that the court 1) differentiated between web based and traditional email and 2) held in general that web based email should not be afforded privacy protection. *Id.*

¹⁵⁴ Kattan, *supra* note 70 at 635.

¹⁵⁵ *Id.*

¹⁵⁶ *Id.* at 644.

¹⁵⁷ *Id.*

¹⁵⁸ *Id.*

¹⁵⁹ *Id.* at 645.

¹⁶⁰ KRISTEN BELL DETIENNE & RICHARD FLYNT, AMERICAN BAR ASS'N., THE BOSSES' EYES AND EARS: THE PRIVACY FOR CONSUMERS AND WORKERS ACT (1996).

¹⁶¹ Workplace Privacy, <https://www.epic.org/privacy/workplace/>, EPIC (last visited Nov. 23, 2015).

¹⁶² DETIENNE & FLYNT, *supra* note 152.

¹⁶³ Workplace Privacy, *supra* note 153.

failed to give notice of wire or network monitoring.¹⁶⁴ Unfortunately neither one of the measures went any further.¹⁶⁵

IV. Employer privacy and trade secrets

On the other hand, cloud storage makes it easier for an employee to have access to sensitive top-level information on employer's cloud, information that may not be within the employee's duties to access.¹⁶⁶ This issue will arise most commonly when an employee is allowed to bring in their own device (or so called BYOD policy): laptop and cell phone.¹⁶⁷ For example, an employee may be backing up his or her work to Box.com, or Dropbox; in such an instance, if the user also has that same application on his or her mobile device, it means that the employee can take the information with them anywhere, whether they are on or off the clock.¹⁶⁸ This policy poses a great risk of security breach to employers and leaves them vulnerable to attacks.¹⁶⁹

Moreover, former employees may still have access to the information after they leave the employers.¹⁷⁰ If this information is misused and a client is hurt in the process, employers will be subject to lawsuits by The Federal Trade Commission (FTC).¹⁷¹ In the case of specific cloud based applications, like Salesforce, where company can store all of its client data, including contact information in the cloud, it is easy for an employee to have access to such

¹⁶⁴ *Id.*

¹⁶⁵ *Id.*; See also *The Privacy for Consumers and Workers Act: Hearing Before the Subcommittee on Employment and Productivity of the Committee on Labor and Human Resources*, 103rd Cong. 103-150 (1993), <http://www.loc.gov/law/find/hearings/pdf/00161201005.pdf>. The model Consumer Privacy Act set out possible ways to approach data collection: limiting access to personal data, collecting only data necessary for business purposes.

¹⁶⁶ Margaret Keane, *Clouds, Mobile Devices And The Workplace*, LAW 360 (Oct. 23, 2012), <http://www.law360.com/articles/382923/clouds-mobile-devices-and-the-workplace>.

¹⁶⁷ *Id.*

¹⁶⁸ *Id.* At that point, personal files and business files are inextricably intertwined, jeopardizing the employer's ability to protect its own information...

¹⁶⁹ *Id.*; see also Merrill *supra* note 4 (stating that "companies should consider the risk implications of allowing access to corporate data via employees' personal devices — devices over which the company exercises little or no control").

¹⁷⁰ Brian Krebs, *Data Theft Common By Departing Employees*, THE WASHINGTON POST (Feb. 26, 2009, 12:15pm), <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/02/26/AR2009022601821.html>

¹⁷¹ See Schaeffer, *supra* note 5; see also Federal Trade Commission, *Complying With the FTC's Health Breach Notification Rule*, (Apr. 2010), <https://www.ftc.gov/system/files/documents/plain-language/bus56-complying-ftcs-health-breach-notification-rule.pdf>.

information at any time, anywhere.¹⁷² This is exactly what happened in *F.T.C. v. Wyndham Worldwide Corp.* In that case the FTC sued a hotel chain for their system being hacked and all their client information being let out into the public.¹⁷³ Granted, the information was hacked by a third party, and not an employee, the hotel would have been in the same situation if an employee would simply access the customer information on their own time, having access to the company's cloud from home, or even having synched their device with the cloud of the workplace.¹⁷⁴

Once an employee has access to employer's information and store it on a third party vendor's service, and then leaves or gets fired, the third party provider will be unlikely to cooperate in returning the potentially misappropriated information or trade secret to the employer.¹⁷⁵ Instead, they will argue that their obligation is to its "customer" which in the present instance would be the employee who created the account.¹⁷⁶ Since the cloud is basically "everywhere, by the time the issue gets resolved or not, the employee has had the information in his or her hand for a time now, and can pass it on freely.¹⁷⁷

The type of information that an employee may have access to is limitless. It can be as basic but still sensitive, as client contact information, or it can be as advanced as a business merger agreement, or a new formula for a pharmaceutical drug.¹⁷⁸ Trade secrets are a hot issue at any workplace. With cloud storage, this issue becomes even more important because of how easy cloud storage makes it to access employer's information.¹⁷⁹ Companies that store trade-secret information in the cloud "face certain risks related to the use of a third-party provider, including (1) boilerplate terms of service that allow providers to access any information uploaded to the cloud and (2) rogue employees of the provider."¹⁸⁰ Employers typically require an employee to sign straightforward confidentiality agreements at the beginning of their employment.¹⁸¹ Any employee that may come in contact with sensitive company information, by signing the agreement promises not

¹⁷² Ben Kerschberg, Data Security And The Imperative of Private Clouds, *Forbes* (Sep. 9, 2011, 10:17am). <http://www.forbes.com/sites/benkerschberg/2011/09/09/electronic-discovery-the-imperative-of-private-clouds/#24c2f109a003>.

¹⁷³ *FTC v. Wyndham*, 10 F.Supp.3d 602 (2014).

¹⁷⁴ *Id.*

¹⁷⁵ Audra A. Dial and John . Moye, Trade Secrets in the cloud: Assessing and Mitigating the Risks. 17 *J. Internet L.* 1.

¹⁷⁶ *Id.*

¹⁷⁷ *Id.*

¹⁷⁸ *Id.*

¹⁷⁹ *Supra* note 164.

¹⁸⁰ <http://apps.americanbar.org/litigation/committees/intellectual/articles/spring2014-0314-protecting-trade-secrets-stored-cloud.html>.

¹⁸¹ *Id.*

to divulge any of the information learned from his employer.¹⁸² This means, do not tell anyone about X or Y that goes on in the workplace, the method used to come to the result etc.

When employees utilize cloud applications that enable them to store information and later access it to work on it from home, the line between the confidential agreement breach and simply doing their job becomes blurred.¹⁸³ That person is opening sensitive company information to breach by storing it on the cloud and then accessing it off the clock, in an area and over the network that may not be secured.¹⁸⁴ This in turn opens employee up to causes of action for breach of the confidentiality agreement, and opens employer up to causes of action for violating the Computer Fraud And Abuse Act (CFFA).¹⁸⁵ Abuse of CFFA creates a private right of action for anyone who suffers when another intentionally accesses a computer without authorization or exceeds authorized access and obtains information from a protected computer.¹⁸⁶

In a recent Florida case, the court found that where an employee logged onto a work computer with valid credentials provided by the employer and emailed valuable documents from employer's computer to the employee's personal email address, a Computer Fraud and Abuse Act violation was maintained because the former employee continued to download the file after the employer revoked the authorization.¹⁸⁷ However, answering whether the employee had the right to access the employer's cloud, the court stated:

Nevertheless, PRLG's CFAA claim cannot survive the present summary judgment motion. As discussed above, there is no evidence before the court that Lynch accessed PRLG's cloud without authorization. Presumably, Lynch was authorized to access the firm's cloud shared drive while she was still working for PRLG. Other than Stone's allegation, which again lacks any indicia of personal knowledge, nothing in the record suggests that Lynch accessed the cloud after she left the firm. Even if Lynch intended to harm PRLG while using the shared drive to download materials while she worked for PRLG that alone would not establish that she acted "without authorization."¹⁸⁸

Difficulties arise for employers when trying to prove that an employee accessed the cloud while no longer working for the employer, as stated by

¹⁸² *Id.*

¹⁸³ *Id.*

¹⁸⁴ *Id.*

¹⁸⁵ *Id.*

¹⁸⁶ 18 U.S.C.A. § 1030 (West).

¹⁸⁷ Prop. Right L. Group v. Lynch, WL 242803 (D. Haw. May 30, 2014).

¹⁸⁸ *Id.* at *14.

the court above.¹⁸⁹ Once again, this is a great example of when the line gets blurred when employees can freely access the employers' cloud at any time, and it becomes problematic for the employer to then protect sensitive company information.¹⁹⁰ It seems that the courts are putting the burden of proof of employee's un-authorized access on the employer.

V. Protected health information in the cloud and health information portability and accountability act violations

Employers may choose to utilize cloud services to store employee information in one place, including social security numbers, contact information (phone and address), benefit information, and other protected health information (PHI).¹⁹¹ There is evidence suggesting that utilizing cloud applications to store PHI reduces compliance with HIPAA (Health Insurance Portability and Accountability Act).¹⁹² Yet others state that the cloud is the safest way to store PHI.¹⁹³ While this is an efficient way of storing employee information that is easily accessible by the HR department, without proper safeguards it can be damaging not only to employee whose information may be stolen, but also to the employer's reputation and pocket.¹⁹⁴ Employers need to be mindful of the risks involved as well as the benefits, especially in regard to the risk of data breach, as there are laws set in place that employers have to follow if a breach happens.¹⁹⁵

The Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996 govern the obligations and restrictions regarding PHI.¹⁹⁶ As recently as 2013, U.S. Department of Health and Human Services finalized the HIPAA Omnibus Rule, which expanded HIPAA's applicability beyond covered entities (i.e., health care providers, health plans and health clearinghouses) to business

¹⁸⁹ *Id.*

¹⁹⁰ See Schaeffer, *supra* note 5.

¹⁹¹ *Id.*

¹⁹² Lee Bendekgey, Healthcare IT News (Sept. 4, 2013),

<http://www.healthcareitnews.com/blog/cloud-computing-reduces-hipaa-compliance-risk-managing-genomic-data>.

¹⁹³ Scott Walters, *Why Protected Health Information (PHI) is Safer in the Cloud*, Executive Insight (Feb. 14, 2014), <http://healthcare-executive-insight.advanceweb.com/Features/Articles/Why-Protected-Health-Information-PHI-is-Safer-in-the-Cloud.aspx>

¹⁹⁴ See Schaeffer, *supra* note 5.

¹⁹⁵ *Id.*

¹⁹⁶ U.S. Department of Health & Human Services, Health Information Privacy, <http://www.hhs.gov/hipaa/for-professionals/privacy/laws-regulations/index.html>

associates.¹⁹⁷ The rule states:

Individuals, organizations, and agencies that meet the definition of a covered entity under HIPAA must comply with the Rules' requirements to protect the privacy and security of health information and must provide individuals with certain rights with respect to their health information. If a covered entity engages a *business associate* to help it carry out its health care activities and functions, the covered entity must have a written business associate contract or other arrangement with the business associate that establishes specifically what the business associate has been engaged to do and requires the business associate to comply with the Rules' requirements to protect the privacy and security of protected health information. *In addition to these contractual obligations, business associates are directly liable for compliance with certain provisions of the HIPAA Rules.*¹⁹⁸

A business associate is defined as anyone who:

[O]n behalf of such covered entity or of an organized health care arrangement (as defined in this section) in which the covered entity participates, but other than in the capacity of a member of the workforce of such covered entity or arrangement, creates, receives, maintains, or transmits protected health information for a function or activity regulated by this subchapter, including claims processing or administration, data analysis, processing or administration, utilization review, quality assurance, patient safety activities...¹⁹⁹

The Omnibus HIPAA Rule also revised the definition of business associates to expressly include particular entities, including many cloud service providers.²⁰⁰

¹⁹⁷ U.S. Department of Health & Human Services, Health Information Privacy, Covered Entities and Business Associates, <http://www.hhs.gov/hipaa/for-professionals/covered-entities/index.html>.

¹⁹⁸ *Id.*

¹⁹⁹ 45 C.F.R. 160.103; “

A definition of business associate includes Health Information Organization, E-prescribing Gateway, or other person that provides data transmission services with respect to protected health information to a covered entity and that requires access on a routine basis to such protected health information. *Id.* The rule applies to any business associate that creates, receives, maintains, or transmits PHI while carrying out certain functions or activities for a HIPAA covered entity.” *Id.*

²⁰⁰ Frank Pasquale and Tara Adams Ragone, Protecting Health Privacy In An Era Of Big Data Processing And Cloud Computing, 17 Stan. Tech. L. Rev. 595 (2014). “It expressly includes “[a] Health Information Organization, E-prescribing Gateway, or other person that provides data transmission services with respect to protected health information to a covered entity and that requires access on a routine basis to such protected health information.” *Id.*

Under this definition, a cloud service provider would be considered a business associate, and thus will need to follow the HIPAA rules.²⁰¹ Covered entities, on the other hand, must make sure that cloud providers have physical and technical controls to safeguard PHI from unauthorized access.²⁰² Employers in turn must make sure that they stay compliant with HIPAA when storing PHI in the cloud. An employer that utilizes a cloud provider for storing PHI must label the cloud provider as a business associate under the definition.²⁰³ If that is the case, the employer must have a business associate agreement in place.²⁰⁴ The difficulty lies in whether or not the employer will be willing, or able, to label cloud service provider as a business associate.²⁰⁵ The agreement must set out what type of PHI is being stored, for how long, and give a detailed explanation of where the data is going, from the moment it is being stored to the moment it will no longer be in the cloud.²⁰⁶

Both covered entities and their business associates must adhere to HIPAA privacy and Security Rules. Neither party can use or disclose the stored PHI except where permitted.²⁰⁷ This is reassuring to those whose PHI is being stored (like employees). However, employers must do their part and be mindful that data breaches are something that happens too often.²⁰⁸ Employers must take appropriate administrative, technical and physical safeguards to ensure that PHI is protected. In other words, an employer cannot just leave it up to the cloud provider to ensure that the PHI is being safely stored, even if it is the cloud provider's job.²⁰⁹ Employer bears the responsibility of ensuring that certain processes are in place to further protect the sensitive information.²¹⁰

Where employer does not comply with rules and regulations set out by HIPAA in order to protect PHI, both employer and business associates may be held liable.²¹¹ In an event of a breach, HIPAA requires compliance with its Breach Notification Rule, to affected individuals, Secretary of Health and

²⁰¹ See Schaeffer *supra* note 5.

²⁰² *Id.*

²⁰³ *Id.*

²⁰⁴ *Id.*

²⁰⁵ *Id.*

²⁰⁶ *Id.*

²⁰⁷ Pasquale and Ragone, *supra* note 168. HIPAA Rule makes business associates directly liable for compliance with certain of the HIPAA Privacy and Security Rule. *Id.*

²⁰⁸ See Schaeffer *supra* note 5.

²⁰⁹ *Id.*

²¹⁰ *Id.* Among the types of things that covered entities must do is "to perform a risk analysis to evaluate the likelihood and impact of risk to PHI." *Id.*

²¹¹ *Id.* A breach is an impermissible use or disclosure that compromises the security of the PHI. *Id.*

Human Services, and depending on the situation, to the media.²¹² Noncompliance with HIPAA can result in fines and penalties, ranging from \$50,000 to \$1.5 million per violation.²¹³ Additionally, in 2014 FTC made an administrative ruling stating that it had authority to bring data security actions against HIPAA covered entities.²¹⁴ This means that FTC now has authority to intervene where PHI is compromised by entities.²¹⁵ This will surely make the employer companies who are utilizing cloud providers to store PHI to pay more attention and to ensure that their business associate agreements set out terms and guidelines that prevent such breaches in the future.²¹⁶

VI. Cloud applications and the future: proposed solutions

With each passing year, corporations and other private employers, are utilizing cloud computing for business needs.²¹⁷ While the benefits of switching to cloud computing are numerous, an employer must weight the pros and cons when it comes to legal aspects, especially those that concern employees.²¹⁸ Unfortunately, when it comes to a solution that can help avoid the issues that cloud based applications bring into the workplace there is no one size fits all.²¹⁹ Cloud based applications are a very intricate system that need a lot of fine-tuning and attention in order to work properly. Overprotecting it will strip it of its benefits and under-protecting it will cause chaos and myriad of legal issues.²²⁰ Moreover, there is not one single cloud application that will fit the business needs of all the companies, so cloud storage and its use needs to be tailored to a particular need of a company and

²¹² Pasquale and Ragone, *supra* note 168.

²¹³ See Schaeffer *supra* note 5.

²¹⁴ Bloomberg BNA, *FTC Affirms Data Security Enforcement Authority in Rejecting LabMd Arguments*, (Jan. 27, 2014) <http://www.bna.com/ftc-affirms-data-n17179881620/>.

²¹⁵ Christine Kern, *FTC Takes Watchdog Stance Over Patient Data Encryption Standards, Health IT Outcomes* (Jan. 25, 2016), <http://www.healthitoutcomes.com/doc/ftc-takes-watchdog-stance-over-patient-encryption-standards-0001>.

²¹⁶ *Id.*

²¹⁷ Pasquale and Ragone, *supra* note 168.

²¹⁸ See Diego Rosenfeld, *Five Things To Consider When Moving to The Cloud*, Boston Business Journal (Jan. 24, 2016, 1:00am), <http://www.bizjournals.com/boston/feature/5-things/2016/01/five-things-to-consider-when-moving-to-the-cloud.html>; see also Schaeffer *supra* note 5.

²¹⁹ Vince Deluca, *Cloud Battles Intensify – It's No Longer 'One Size Fits All'*, CorpMagazine (Jul. 17, 2014), <http://www.corpmagazine.com/technology/cloud-battles-intensify-its-no-longer-one-size-fits-all/>

²²⁰ See Kerschberg *supra* note 164.

the type of work being done by its employees.²²¹ To protect their information in general, it is in the employer's (or any business' for that matter) best interest to take reasonable steps to ensure that a cloud service provider has only as much access to company information stored in the cloud as is necessary, and that both the company and provider are doing everything possible to maintain the information's secrecy.²²² A solution that will be the most constructive and has a chance in satisfying all parties involved, will require for everyone to be actively involved (depending on the situation): employers, employees and the cloud service providers.²²³ The most important and basic step that an employer needs to take is to choose the cloud provider very carefully, and has a detailed agreement in place to protect themselves and their employees.²²⁴

A. Wage and Hour

The go-to idea that from a first look seems to solve all issues of utilizing cloud applications in the workplace, is to have a thorough employment/confidentiality agreement that will set out all the dos and the don'ts for both the employee and the employer.²²⁵ Unfortunately, we live in the real world, where it is unlikely that the employer will agree to give up some of their rights to monitor employers and employees.²²⁶ The truth however, is that as more work enters cyberspace and virtual worlds, this will have a profound impact on the nature of work itself, not to mention the legal doctrines of labor and employment law, so a common ground needs to be reached.²²⁷ Still, a good place to start is at the negotiation table. While an employment agreement may not solve all the problems, it will record in writing what the parties are worried about, their expectations and help avoid any disputes arising between employees and employers.²²⁸ Moreover, since many employers already utilize an employment agreement, it will be easy to tailor it to a workplace that wants or has already moved to the cloud. After

²²¹ Sommer Figone, *One Cloud Does Not Fit All*, RAPIDSCALE (Jan. 22, 2015), <https://rapidscale.net/one-cloud-fit/>.

²²² <http://apps.americanbar.org/litigation/committees/intellectual/articles/spring2014-0314-protecting-trade-secrets-stored-cloud.html>

²²³ Pasquale and Ragone *supra* note 168.

²²⁴ Lorry Freifeld, *Keeping Employee Information Safe In The Clouds*, Training Magazine (Sept. 28, 2012), <https://trainingmag.com/content/keeping-employee-information-safe-clouds>.

²²⁵ See Schaeffer, *supra* note 5.

²²⁶ FIND.

²²⁷ Miriam A. Cherry, *A Taxonomy of Virtual Work*, 45 Ga. L. Rev. 951 (2011). The article talks about virtual life games and selection of avatars, but the author ventures on further to mention that majority of workforce is now being done in the cloud, in the ether and that will have substantial effect on labor and employment law. *Id.*

²²⁸ Richard Harroch, Forbes.

all, once a business moves to the cloud, there is no coming back, so the employment agreement will probably be used for years to come.

Employers need to be firm in communicating their policies when setting out the agreement.²²⁹ First and foremost, an employee needs to understand their scope of employment, meaning what duties they will be assigned, whether they are hourly or salaried etc.²³⁰ This may seem basic, but a lot of confusion regarding wage and hour lawsuits stem from employees and employers alike being on different pages regarding what type of responsibilities an employee has (and thus how he or she is classified for FLSA purposes).²³¹ Policies that can be implemented are ones that completely forbid answering emails or sending them within a particular time frame.²³² To be on top of the hours employees log, a thorough system of tracking should be implemented that keeps a record of employees' hours.²³³ A software system can be utilized to do this, which can monitor and track the amount of time employee spends not only at work, but also the amount of time spent on off the clock project.²³⁴ There are systems that track the amount of hours attorneys spend on a certain litigation matter, with a click of a button on a screen, a system begins to track the time being spent on a particular matter.²³⁵ Same logic can be applied to tracking hours of those employees who have to finish up a project off the clock.²³⁶

Tracking employee hours will go hand in hand with policies regarding BYOD.²³⁷ To avoid any sort of data breach, BYOD policies need to be avoided

²²⁹ Mark H. Wittow and Daniel J. Buller, *Cloud Computing: Emerging legal Issues or Access to Data, Anywhere, Anytime*, 14 J. Internet L. 1 (Jul. 2010) (stating that the need for clear and consistent communication of policies, practices and capabilities is necessary).

²³⁰ See Schaeffer *supra* note 5.

²³¹ *Id.*

²³² Cabbage, *supra* note 50 (discussing a similar policy that was implemented at a company and stating that "the company bans the sending and receiving of email from 10 p.m. to 6 a.m. on weekdays and all weekend. It does this, it says, to reduce employee stress by providing a safe harbor for employees to rest and not contemplate workplace communications.").

²³³ *Id.*

²³⁴ *Id.*; see also US Department of Labor. DOL website even offers a timesheet tracking app for mobile device to make this easier. <http://www.dol.gov/opa/media/press/whd/WHD20110686.htm>.

²³⁵ Jill Turner Lever, Grace A. Byrd, *Manage Your Risk: Five Critical Employment Issues*, 272 N.J. Law. 9, 11 (October 2011). The best approach is for employers to implement a policy prohibiting non-exempt employees from working off the clock without authorization, requiring employees to report all time worked, and lastly, paying for this time either at the regular rate or the overtime rate, as may be applicable. *Id.*

²³⁶ *Id.*

²³⁷ See Cabbage, *supra* note 50.

at all costs.²³⁸ However, for certain type of work and employees, taking work home may be absolutely necessary.²³⁹ Here too, the employer needs to be strict and come up with a uniform policy for each employee type.²⁴⁰ If for example there are employees that need to work off the clock, and are authorized to do so, those are the only ones that can either bring their laptop in, or be assigned a work laptop, that is configured to work off the network of the employer only, and that tracks the hours automatically. These policies will help avoid FLSA violations, both when non exempt employees work over 40 hours and can prevent situations where employee claims they worked more than they actually did, or when employer refuses to pay overtime claiming that the hours were not actually put in.²⁴¹

B. Employee Privacy

While public employees may enjoy a certain expectation of privacy, as it stands right now, private employees do not enjoy the same.²⁴² Unions and employee advocacy groups have been complaining about electronic monitoring for a few decades now, arguing that such practice are an invasion of privacy and “cause work related stress and low morale, and can be used in an unfair manner.”²⁴³ The status of privacy protection laws for private employees is ambiguous at best.²⁴⁴ While there is no statutory relief as of yet, all is not lost for a private employee or the employer. When it comes to privacy, employees may choose to bring a common law action for conversion against employers. While this is more of a “right of ownership” question, it does fit well with certain documents that may be stored on the cloud, whether related to work or not.²⁴⁵ In *Thyroff v. Nationwide Mut. Ins. Co.*, an employee brought an action against employer claiming conversion of his business and personal information stored on computer hard drives of leased computer.²⁴⁶ In answering whether or not conversion was an appropriate cause of action, the court stated:

We believe that the tort of conversion must keep pace with the contemporary realities of widespread computer use. We therefore answer the certified question in the affirmative and hold that the type of data that Nationwide allegedly took possession of—electronic records

²³⁸ French, et. al, *Current Status and Issues with BYOD*, Communications of the Association for Information Systems, at 192, <http://aisel.aisnet.org/cgi/viewcontent.cgi?article=3819&context=cais>.

²³⁹ *Id.*

²⁴⁰ *Id.*

²⁴¹ *Id.*

²⁴² Determann & Sprague, *supra* note 60 at 982.

²⁴³ The Private Workplace and the Proposed Notice of Electronic Monitoring Act.

²⁴⁴ *Id.* at 81

²⁴⁵ *Thyroff v. Nationwide Mut. Ins. Co.*, 864 N.E.2d 1272 (N.Y. 2007).

²⁴⁶ *Id.* at 1272.

that were stored on a computer and were indistinguishable from printed document is subject to a claim of conversion in New York.²⁴⁷

The law is well settled on employee privacy when it comes to e-mails.²⁴⁸ Regulations just need to catch up to the more current technological advances in the workplace, like cloud computing, as is evidenced from the lack of regulation on the subject.²⁴⁹ Just like it took courts a while to ascertain the privacy issues with e-mail monitoring, courts are just now starting to see more and more issues arising out of cloud computing and social media applications.²⁵⁰

That is why bringing torts action for conversion will speed up the process and bring the courts' attention to privacy issues with cloud computing. The tort action is twofold: it will be a penalty for employers and it will also possibly draw the attention of legislature. When employers are faced with lawsuits over employee privacy, someone is bound to get the government involved. Perhaps then the legislature will heed the arising issues and amend or pass a new bill that encompasses not only emails, but also documents stored in cloud-based applications.²⁵¹ This is where step two comes in: the legislature could consider reintroducing bills like NEMA (Notice of Electronic Monitoring Act) and other bills, modified to include BYOD policies and cloud based applications. When it was introduced, the Act provided that:

An employer who intentionally, by any electronic means, reads, listens to or otherwise monitors any wire communication, oral communications or electronic communication of an employee, or otherwise e monitors the computer usage of an employee without first having provided the employee notice meeting the requirements of subsection (b) shall be liable to employee for relief...²⁵²

The Act then went into describing exactly what is required from the notice meeting, what the employer must notify the employee of and when.²⁵³ The Act also provided for a relief in the form of civil action for actual damages (not less than \$5000), punitive damages and attorneys' fees and any other relief the court determines to be appropriate.²⁵⁴ As it was set out then, the Act certainly takes substantial measures to safeguard employee privacy by

²⁴⁷ *Id.* at 1278.

²⁴⁸ Todd M. Wesche, *Reading Your Every Keystroke: Protecting Employee E-Mail Privacy*, 1 J. HIGH TECH. L. 101 (2002).

²⁴⁹ *Id.*

²⁵⁰ *Id.*

²⁵¹ *Id.*

²⁵² H.R. 4908, Notice of Electronic Monitoring Act, 106th Congress (1990-2000)

²⁵³ *Id.*

²⁵⁴ *Id.*

requiring much from the employer and setting monetary damages. It's not a surprise that it did not pass since the Act on its face is very anti-employer.

Since issues of privacy related to technology in the workplace remain to be hot topics at the moment, re-introducing a new and improved NEMA will draw attention to deficiencies in the private sector that employees face, and with plethora of litigation behind this issue, perhaps this time around the legislature will be compelled to pass it. Of course NEMA would have to be revised to specifically include cloud based application used for business purposes of an employer by an employee, and set out the type of monitoring that is prohibited by an employer. To achieve this result, NEMA would have to be combined with Privacy for Consumers and Workers Act introduced in the Senate (PCWA), another legislation that failed to pass.²⁵⁵ That measure, as stated earlier, would establish various standards for: notice, access to information, use limitations and would also prevent abuses of electronic monitoring in the workplace.²⁵⁶

C. Employer Privacy

Employers and employees definitely disagree on the degree and magnitude of employer monitoring of the employee.²⁵⁷ A 1994 study found that 81% of Americans think that employers should not monitor employees, whereas 70% of workers think that electronic monitoring is very important in evaluating their workers.²⁵⁸ Although about twenty years have passed since that survey, as the world is changing and technology is taking over our lives, workplace more so than any other area, it's pretty certain that those numbers have not changed. This is certain from numerous litigations stemming out of issues of privacy in the public and the private sector employment alike.²⁵⁹

Employer privacy concerns as they relate to the use of technology in the workplace are closely related to employee privacy. If a policy or a law that is implemented favors the employee more, then employer may suffer by way of losing control over employee time, work product, inappropriate use of internet and the privacy concerning their clients.²⁶⁰ However, if an employer oriented policy is implemented, the opposite happens: employees lose all and any privacy expectations and morale.²⁶¹ There are however policies that

²⁵⁵ *Supra* Discussion Part IV.

²⁵⁶ *Supra* Discussion Part IV.

²⁵⁷ David Neil King, *Privacy Issues in the Private-Sector Workplace: Protection From Electronic Surveillance and the Emerging Privacy Gap*, 67 S. Cal. L. Rev. 441(1994).

²⁵⁸ *Id.*

²⁵⁹ See Discussion *supra* part IV

²⁶⁰ Gregory M. Huckabee & Cherry Kolb, *Privacy in the Workplace, Fact or Fiction, and the Value of an Authorized Use Policy (Aup)*, 59 S.D. L. REV. 35 (2014).

²⁶¹ *Id.*

could be structured in such a way that the two “opposing” sides will be able to balance out their interests and the privacy concerns of both the employee and the employer will be protected. Technically, their privacy issues are derived out of different concerns: employers want to protect their business interests and employees want to protect their personal space.

While majority of issues revolve around employee privacy, it is worth to note that employers are just as vulnerable.²⁶² Cloud services' distributed, Internet-based nature leaves the services open for attack and may put companies using cloud services at risk of being held legally responsible for losses of information.²⁶³ A recent survey showed that about thirty six percent of employers have policies that address the use of public cloud storage services.²⁶⁴ Employers, who value the privacy of their information, can ban the use of such cloud applications as Box, Dropbox or Google Drive and build one that is highly secured and requires access only in the office.²⁶⁵ One logical step for an employer would be to implement such policy, and spend the money on building a secure cloud based storage application. This is surely time and money consuming, but a very important solution. If an employer possesses sensitive client data and depends on safety and privacy, this will be worth the effort. Building a thorough and bulletproof cloud storage application, that is managed in house (meaning no 3rd party can have access to “manage” it), will allow employer to then also prohibit BYOD devices (by implementing a “NO BYOD” policy, to be precise). Having a secure cloud means nothing if an employee can bring in his or her own device, and then store privileged information on it and leave. Along with (or instead of) a “NO BYOD” policy, an employer can go further and implement a strict policy that covers a broad range of concerns. A policy would need cover at least the following areas: 1) cloud based application is to be utilized for business purposes only; 2) BYOD devices are not allowed; 3) company reserves the right to monitor cloud activity of an employee; 4) set out disciplinary steps to be taken if the policy is violated.

Overall, access to cloud based applications in the workplace should be treated as employer property, just as any company issues laptop or cellphone would be. With this, employer should regulate such access by implementing policies concerning the use of such devices, just like they would regulate laptops and cellphones.²⁶⁶ This is another area that can partially be mended

²⁶² See *supra* discussion Part V.

²⁶³ *Supra* note 40.

²⁶⁴ See Keane, *supra* note 137.

²⁶⁵ See *id.* (Stating that certain companies, such as IBM has recently banned the use of Box and Dropbox).

²⁶⁶ Privacy Rights Clearinghouse, Fact Sheet 40, 2014. <https://www.privacyrights.org/bring-your-own-device-risks#3b> byod employee responsibilities. For example, “as a security measure, employers often require employees who store company information on their

by way of a thorough employment contract that outlines employer privacy in regards to work product, client information and the use of cloud storage on and off the clock. This will alleviate any unexpected conflict with employees and set out ground rules for privacy from the get go. This is the area where it becomes more obvious that implementing policies that regulate employer privacy interests do not necessarily hinder regulations that protect employee privacy.

D. PHI and HIPAA Compliance

Cloud computing has the ability to make everyone's job easier in the workplace: employees, employers and Health Insurance Providers (or third-party administrators). For employers, utilizing a cloud-based application to store this information means they have access to it on as needed basis without having to go through variety of systems and people.²⁶⁷ If an employee has a question or concern or HR department needs to settle something quickly, accessing information off the cloud is much more time and money efficient than going through a third party. However, security concerns are even greater when it comes to storing PHI on the cloud; it is after all sensitive personal information at risk.²⁶⁸

One way employers can battle security breach is create their own cloud, meaning they will utilize a private cloud as opposed to a public one. This is a perfect solution for all security risk problems employers may face. As this will go hand in hand with solutions for employer privacy, the employers can kill two birds with one stone.²⁶⁹ As employers have to remain compliant with HIPAA when storing PHI, employer will have more control over monitoring the cloud service provider, since the employer will technically be the provider.²⁷⁰ This is the best solution to battle data security risks or leaving security matters to a third party.²⁷¹ Instead of ensuring that a cloud provider is adhering to HIPAA rules and then taking the fault when the contrary turns

personal devices to allow the employer to remotely delete data from the phone if the phone is lost or stolen. The same may be true when a person leaves the company." Other factors to be considered are: requirements to save and produce relevant information for legal purposes (e-discovery in particular) and consequences for deletion or alteration; processes for the end of an employment relationship and Trade secret policies and confidentiality agreements. *Id.*

²⁶⁷ See *supra* discussion Part VI.

²⁶⁸ See *supra* discussion Part VI.

²⁶⁹ See *supra* discussion Part VII B.

²⁷⁰ Lori Frefield, *Keeping Employee Information Safe in The Clouds: 3 steps to minimize risks of storing HR information and records in a cloud-computing environment*, TRAINING MAGAZINE (Sept. 2012), <https://trainingmag.com/content/keeping-employee-information-safe-clouds>. "Mitigate some of the risks of cloud computing by carefully selecting a vendor. Cloud vendors need to be thoroughly vetted based on factors such as the experience and technical expertise of personnel employed by the vendor."

²⁷¹ See *supra* Discussion Part VI.

out to be true, employer can navigate compliance issues themselves and mitigate any misconduct themselves.

Employers need to be very mindful of the risk of data breach, as their reputation and money is on the line. Legislature has gone through great steps to ensure that PHI is stored safely, as is evident from the hefty fines imposed for breach of HIPAA.²⁷² Thus, those employers that chose not to build their own private cloud will need to thoroughly research their cloud service provider. This is the most basic but very important step. The second step is to figure out if the provider is a business associate. If that is the case, they need to draft a thorough Business Associate Agreement.²⁷³ This agreement needs to cover the type of information being stored, under what circumstances and who can have access to such information, the procedures to be followed in case of a breach, the safeguards that the cloud provider will put in place to ensure not only compliance with HIPAA but prevent the information from being hacked (like encryption), and what will happen to the data once the service agreement is terminated.²⁷⁴

Conclusion

It is important to reiterate that there is no “one-solution-fits-all” approach when it comes to multi-dimensional issues with cloud-based applications in the workplace. That is to say, one set of policies will not necessarily fit to another company, as nature of business is different (doctors and accountants will most likely need cloud storage for different purposes). However, one policy, like a no BYOD policy or a thorough employment contract, can alleviate quite a few issues for a particular employer. This is what the private parties involved can do.

The Legislature can definitely get involved by passing laws that employers and employees alike will have to follow. As both the legislature and the courts speak on the matters of privacy, employers will be more compelled to implement policies that protect them from litigation. That will be one way to ensure compliance. When it comes to issues of PHI and other sensitive employee information, employers need to have bulletproof contracts set with cloud providers if they chose to go that route but the best solution remains to be designing and operating your own cloud based storage for all the needs of the employer. This will alleviate trade secret and privacy of employer’s clients. It is also important for employers to implement and ensure compliance with all the necessary policies they set forth as to cover all their bases.

²⁷² See *supra* Discussion Part VI; see *supra* note 5.

²⁷³ See *supra* Discussion Part VI.

²⁷⁴ See *supra* Discussion Part VI.

A good starting point strategy, while it will require cooperation by both parties, is to draft a thorough employment contract that can outline all the concerns of employers. This has the potential to benefit all parties involved. While it may not be the best solution when it comes to employee privacy (this will have to be done through legislature), it can set out employers' expectations and let the employees know what they are getting themselves into. While it is clear that Cloud Based Storage Applications are becoming more and more prevalent in the workplace, both legislature and employees need to adjust to seeing more regulation of its use in the workplace, and employers need to adjust to properly implementing such regulations.²⁷⁵ Whatever the risks cloud based technology provides to the workplace, one thing is sure: it promotes importance of key IT talent, meaning that it will open up a whole sector of employment for those who know the field well.²⁷⁶

²⁷⁵ Dothang Truang, *How cloud computing enhances competitive advantages: A research model for small businesses*, ResearchGate, (January 2009), https://www.researchgate.net/publication/273447113_How_cloud_computing_enhances_competitive_advantages_A_research_model_for_small_businesses. "[Cloud computing] appears to be very beneficial for businesses, but at the same time it shows some challenges. Many businesses may see cloud computing as an inevitable means of success but some others may still hesitate in adopting it." *Id.*

²⁷⁶ Schaeffer *supra* note 5.

Gülnaz Ələsgərova*

İnformasiyaya çatımlılıq

Annotasiya

İnformasiyaya çatımlılıq fikir ifadə etmək azadlığının vacib ünsürlərindən biridir. İnformasiya əldə etmək mütləq hüquq olmayaraq bir sıra hallarda məhdudlaşdırıla bilər. Məqalə də məhz informasiyaya çatımlılığa, ona qoyulan məhdudiyyətlərə, onların qanuni məqsədlərə uyğun olub-olmamasını müəyyən edən beynəlxalq standartlara və informasiya əldə etmək hüququnun reallaşmasında informatorların roluna həsr olunub.

Abstract

Access to information is one of the most important cornerstones of freedom of expression. Being not an absolute right, access to information may be restricted in some cases. The article is namely dedicated to access to information, restrictions imposed on it, international standards defining their proportionality to legal aims and to the role of whistle-blowers in the realization of the right of access to information.

Mündəricat

Giriş	165
I. İnformasiya əldə etmək azadlığı.....	166
II. İnformasiyaya çatımlılığın məhdudlaşdırılması.....	168
III. İnformasiyaya çatımlılıqda informatorların rolu.....	172
Nəticə.....	176

Giriş

Söz və fikir ifadə etmək azadlığı demokratiyanın təməl sütunlarından biridir. Demokratiya toplumun özünün hökuməti və idarəçilik kursunu seçdiyi bir sistemdir. Doğru seçim etmək üçün isə siyasi qüvvələr haqqında dolğun məlumata sahib olmaq lazımdır.¹ Dolğun informasiyaya sahib olmaq isə yalnız fikir ifadə etmək azadlığını deyil, həm də informasiyaya çatımlılığı da ehtiva edir. İnformasiyaya çatımlılıq, mütləq hüquq olmayaraq, dövlət tərəfindən tənzimləmə və məhdudlaşdırıla bilər. Lakin bir çox hallarda dövlətlər hətta qanunda göstərilən çərçivələrdən də çıxaraq əllərində olan məlumatları cəmiyyətlə bölüşməkdən boyun qaçırırlar. Belə cəhdlər milli təhlükəsizliyin, ərazi bütövlüyünün, digər şəxslərin hüquqlarının qorunması

* Bakı Dövlət Universiteti Hüquq Fakültəsi, İnsan hüquqları və informasiya hüququ kafedrasının müəllimi.

¹ Dwight L. Teeter and Bill Loving, Law of Mass Communications: Freedom and Control of Print and Broadcast Media, 503 (13th ed. 2011).

ilə əsaslandırılır. Məqsədlərin qanuni olması ilə yanaşı, onların əldə olunma yolları, məhdudiyətlərin xarakteri və məqsədlərlə proporsionallığı da mühüm əhəmiyyət kəsb edir. XXI əsrdə problem odur ki, informasiyanın yayımını yüngülləşdirən internetin, sosial şəbəkələrin inkişafı dövlətlərin məlumat üzərində inhisarını saxlamaq niyyətləri ilə qarşılaşır. Bəzən dövlətlərin məlumat üzərində inhisarı qanuni çərçivədən kənara çıxır ki, bu da öz növbəsində günümüzün əsas problemlərindəndir.

İnformasiyaya çatımlılıq birbaşa şəxslər tərəfindən və ya dolayı yolla informatorlar tərəfindən həyata keçirilir. Informatorların informasiyaya çatımlılıqda rolu çox böyükdür. Buna baxmayaraq, informatorların hüquqlarının tanınması və qorunması bütün ölkələrdə eyni səviyyədə deyil.

Qeyd etmək lazımdır ki, informasiyaya çatımlılıq həтта demokratik rejimlərdə belə tam həcmdə həyata keçirilmir, çünki həmin hüquq digər qanuni maraqları ilə toqquşur. Qeyri-demokratik və keçid dövründə olan yarı-demokratik ölkələrdə isə informasiyaya çatımlılıq dövlət maraqlarından əlavə, hökumətin siyasi maraqlarının da qurbanı olur.

I. İnformasiya əldə etmək azadlığı

İnformasiya əldə etmək azadlığı ifadə azadlığının ayrılmaz bir hissəsidir. Öz fikrini ifadə etmək azadlığı hüququna öz rəyində qalmaq azadlığı, dövlət hakimiyyəti orqanları tərəfindən hər hansı maneə olmadan və dövlət sərhədlərindən asılı olmayaraq, məlumat və ideyaları almaq və yaymaq azadlığı daxildir.² Məlumat və ideyaları almaq hüququ olmadan nə azad fikir formalaşdırmaq olar, nə də ki, seçkilərdə öz iradəni ortaya qoymaq olar, çünki ümumi mənzərəni görmədən fikir yürütmək çətin olacaqdır. İnformasiya əldə etmək azadlığı yalnız digər fərdlər tərəfindən paylaşılan məlumata çıxışı ehtiva etmir, həm də dövlət orqanları tərəfindən saxlanılan məlumatlara çatımlılığı nəzərdə tutur. İnformasiya sahibi dövlət orqanları, bələdiyyələr, mülkiyyət hüququndan asılı olmayaraq hüquqi və fiziki şəxslərdir.³ Azərbaycan Respublikası Konstitusiyası da fikir və söz azadlığını tanıyır. Hər kəsin qanuni yolla istədiyi məlumatı axtarmaq, əldə etmək, ötürmək, hazırlamaq və yaymaq azadlığı vardır.⁴ Qanuni yolla istənilən məlumatı axtarmaq və əldə etmək yolları qanunvericiliklə tənzimlənir. Qeyd etmək lazımdır ki, bu sahədə AR qanunvericiliyi yetərincə çevikdir və informasiya sorğusunun təqdim edilmə üsullarının fərqli növləri müəyyən edilmişdir. Sorğuçu ya informasiya sahibinin vəzifəli şəxsinə bilavasitə və ya telefonla müraciət etmək yolu ilə şifahi, ya da sorğunu şəxsən təqdim etmək və ya

² İnsan Hüquqlarının və Əsas Azadlıqlarının Müdafiəsi Haqqında Avropa Konvensiyası, maddə 10 (1950).

³ İnformasiya Əldə Etmək Haqqında Azərbaycan Respublikasının Qanunu, maddə 3.0.5 (2005).

⁴ Azərbaycan Respublikası Konstitusiyası, maddə 50.

informasiya sahibinə poçt, telefaks, yaxud elektron poçtla göndərmək yolu ilə yazılı formada müraciət etmək hüququna malikdir.⁵ Bu da öz növbəsində texnoloji inkişafın təklif etdiyi əlaqə vasitələrini əhatə edərək formallıqdan uzaqlaşır. Yerli qanunvericilik informasiya sahibinin sorğuçuya kömək göstərmək vəzifəsini müəyyən edir⁶ və həmin vəzifə Rəsmi Sənədlərə Çıxış Haqqında Avropa Şurası çərçivəsində qəbul edilmiş Tromso Konvensiyasında da göstərilir.⁷ Qanunvericiliyimizi təhlil edərək görürük ki, yazılı sorğuda sorğuçunun kimliyi (soyad, ad) mütləq göstərilməlidir.⁸ Tromso Konvensiyası daha da irəli gedərək dövlətlərə sorğuçulara anonim qalma hüququnun verilməsini tanıyır.⁹ Bizim qanunvericilikdə həmin müddəanın olmaması fikirləşirəm ki, sui-istifadənin və eyni sorğuçu tərəfindən dəfələrlə eyni məzmunlu sorğunun göndərilməsinin qarşısının alınmasına yönəlib.

İnformasiya sorğusunun icra edilməsindən imtina proseduru üzrə Azərbaycan qanunvericiliyindəki müddəalar Tromso Konvensiyasındakılarla müqayisədə daha müəyyəndirlər. Belə ki, Azərbaycan qanunvericiliyinə əsasən imtina barədə cavabın aydın və əsaslandırılmış olması tələb olunduğu halda¹⁰, Tromso Konvensiyası imtinanın açıq-aydın şəkildə və ya üstüörtülü formada bildirilməsinə imkan verir.¹¹

İnformasiyaya çatımlılıq hüququnu effektiv edən nüanslardan biri də sorğunun icra müddətidir. Tromso Konvensiyasına görə sorğu əğlabatan müddət ərzində icra olunmalıdır.¹² Azərbaycanda isə sorğu ən qısa müddətdə, lakin 7 iş günündən gec olmayaraq icra edilməlidir.¹³ Zənnimcə, 7 iş günü əğlabatan müddətdir.

İnformasiyaya çatımlılıq üzrə Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsinin presedent hüququnu nəzərdən keçirmək məqsədamüvafiqdir. AİHM uzun müddət ərzində ifadə azadlığı çərçivəsində məlumatlara çıxış icazəsi vermək tələbini rədd etmişdir.¹⁴ Lakin 2009-cu il Társáság A Szabadságjogokert

⁵ *Yuxarıda istinad 3*, maddə 13.

⁶ *Yenə orada*, maddə 17.

⁷ Tromso Konvensiyası 2009-cu ildə qəbul olunub. Qeyd etmək lazımdır ki, Azərbaycan Tromso Konvensiyasını ratifikasiya etməyib.

⁸ *Yuxarıda istinad 3*, maddə 15.1.1.

⁹ Rəsmi Sənədlərə Çıxış Haqqında Avropa Şurası çərçivəsində qəbul edilmiş Tromso Konvensiyası, maddə 4.2.

¹⁰ *Yuxarıda istinad 3*, maddə 21.3.

¹¹ Rəsmi Sənədlərə Çıxış Haqqında Avropa Şurası çərçivəsində qəbul edilmiş Tromso Konvensiyası, maddə 8.

¹² *Yenə orada*, maddə 5.4.

¹³ *Yuxarıda istinad 3*, maddə 24.1.

¹⁴ Tobi Mendel, *İfadə Azadlığı: İnsan Hüquqları haqqında Avropa Konvensiyasının 10-cu maddəsinin şərh və mahiyyətinin başa düşülməsi üçün əyani vəsait*, 22 (Fəxrə Abbasov, 2012).

Macarıstana qarşı işində AİHM yanaşmasını dəyişdi. Buna baxmayaraq, AİHM açıq olaraq informasiya almaq hüququnun olmasını təsbit etmədi, informasiyanın əldə olunması yolunda manəların media üzərində dolayı yolla ilkin senzura qoyulması ilə bərabərləşdirdi.¹⁵ Kennedi Macarıstana qarşı işdə isə Məhkəmə vurğulayır ki, qanuni tarixi araşdırma üçün orijinal sənədli mənbələrə çıxış ərizəçinin ifadə azadlığı hüququndan istifadəsinin əsas elementi idi.¹⁶ Bu da onu göstərir ki, AİHM presedent hüququ vasitəsilə üzv-dövlətlərdən informasiya əldə etmək hüququ üzrə pozitiv öhdəliklərin yerinə yetirmək tələbini qoyur. Buraya dövlətdaxili qanunvericiliyin təkmilləşdirilməsi, hüquqtətbiqetmə praktikasının tətbiqi və inkişafı daxildir.

II. İnformasiyaya çatımlılığın məhdudlaşdırılması

A. Milli təhlükəsizliyin müdafiəsi və terrorçuluğa qarşı mübarizə faktlarını əhatə edən informasiya

İnformasiyaya çatımlılıq hüququ milli təhlükəsizliyin təmin olunması üçün məhdudlaşdırıla bilər. Əlbəttə, dövlətlər əllərində olan informasiyanı verməyə can atmırlar və informasiya üzərində inhisarı saxlamağa çalışırlar. Norman L. Rosenberg bu fenomeni "nəzarət dövləti"¹⁷ adlandırmışdır.¹⁸ II Dünya Müharibəsindən sonrakı dövrdə ifadə azadlığı anlayışı dövlət dövlət nəzarət aparatının genişlənməsini, inhisarçı KİV-lərin artmasını və onların digər güc mərkəzləri ilə əlaqələrini ehtiva edir.¹⁹ Rosenbergin irəli sürdüyü yanaşmada hökumət bütün cəmiyyəti nəzarət altında saxlayır, insanlar isə yalnız dövlətin onların görmələrini istədiyini görürlər. Bu mənada cənab Rosenbergin yanaşması real həyatla kəşifdir. Belə ki, Nikson Ağ Evi tərk etdikdən sonra hüquqşünaslarının vasitəsi ilə prezidentlik dönəminə aid yazılı sənədlərin və sənədləşmənin məhv etmək hüququnun olmasını təkid edirdi.²⁰ 1974-cü ildə Konqress prezidentin yazışmalarını hökumətin mülkiyyəti kimi tanıyan Prezident Qeydləri Qanununu (Presidential Records Act) qəbul etdi ki, nəticədə bütün yazışmalar süzgəcdən keçirilir və milli təhlükəsizliyin müdafiəsi üçün məxfi məlumat kimi qapalı saxlanılmışdır.²¹

Lakin məlumat üzərində dövlət nəzarətinin güclənməsi dalğası yalnız 2001-ci il 11 sentyabr terror aktından sonra dünya ölkələrini bürüdü. ABŞ-ın informasiyaya çatımlılıq siyasəti digər ölkələr üçün də nümunə rolunu

¹⁵ *Yenə orada*, 24.

¹⁶ *Kenedi v. Hungary*, (App. 31475/05), 26 May 2009, §43.

¹⁷ *İngiliscə - surveillance state*.

¹⁸ Dwight L. Teeter and Bill Loving, *Law of Mass Communications: Freedom and Control of Print and Broadcast Media*, 569 (13th ed. 2011).

¹⁹ Norman L. Rosenberg, *Protecting the Best Men: An Interpretive History of Libel*, Chapel Hill: University of North Carolina Press, 266 (1986).

²⁰ *Yuxarıda istinad 18*, 570 .

²¹ *Yenə orada*.

oyladı. Buş administrasiyasının informasiyaya çatımlılıq və şəxsi məlumatların qorunmasını məhdudlaşdıran siyasəti öz əksini qanunvericilikdə də tapdı. ABŞ-ın Patriot Qanunu (The USA Patriot Act) hökumətə əvvəlki kimi cinayətin baş verə biləcəyi haqqında “ağlabatan inama”²² əsaslanaraq deyil, yalnız məlumatın lazımlığı haqda “yaxşı niyyətin”²³ olmasına dayanaraq internet provayderlərdən elektron poçt və digər yazışmaların əldə etməsinə icazə verir.²⁴

Məlumat əldə etmək azadlığı terrorizmlə mübarizə sahəsində də qanuni əsaslarla məhdudlaşdırılır. Müqayisə əsasında görürük ki, ABŞ-da məhdudiyətlər Avropadakılarla müqayisədə daha genişdir. ABŞ-da həbs olunaraq gizli yerlərdə saxlananların sayı və adları cəmiyyətə açıqlanmır və məhkəmə iclasları qapalı keçirilirdi. Məhkəmələr də həmin yanaşmanı dəstəkləyərək Məlumat Azadlığı Qanunu (Freedom of Information Act) çərçivəsində hökumətin ictimaiyyətə saxlanılan şəxslər haqqında məlumatı açıqlamamaq hüququnu tanıdı.²⁵ Hökumət aşağıdakıları ehtiva edən VII istisnaya istinad etdi:

- Məlumatın açıqlanması istintaqa maneə ola biləcəksə;
- Məlumatın açıqlanması şəxsi həyata hörmət hüququna ziddirsə;
- Məlumatın açıqlanması üçüncü şəxslərin həyatına təhlükə yaradarsa.²⁶

Əlavə olaraq, Qanun hüquq-mühafizə məqsədilə tərtib olunan məlumatın yayılmasına aşağıdakı istisnaları da tanıyır:

- Məlumatın açıqlanması ədalətli mühakiməyə maneə olarsa;
- Məlumatın açıqlanması məxfi mənbəyin açıqlanmasına imkan yaradarsa;
- Məlumatın açıqlanması cinayət təqibi və ya istintaqın prosedurunun və texniki üsullarını yayarsa.²⁷

Qeyd edildiyi kimi istisnalar hüquq-mühafizə məqsədilə istifadə olunan məlumatlara aiddir. Ümumilikdə isə, Qanunun 8(B) maddəsinə görə dövlət agentlikləri milli təhlükəsizlik məqsədi ilə hər növ informasiyaya çıxışı məhdudlaşdırma bilər.²⁸ Bu da öz növbəsində daha geniş məlumat kateqoriyasının yayılmasına məhdudiyət qoyur.

Azərbaycanda da terror aksiyaları barəsində məlumatın bir kateqoriyasının açıqlanması da məhdudlaşdırılıb. Terror əleyhinə aparılan əməliyyatlar zamanı terror aksiyaları barəsində ictimaiyyətə məlumatlar

²² İngiliscə - a “reasonable belief”.

²³ İngiliscə - a “good faith” belief.

²⁴ Yuxarıda istinad 18, 572.

²⁵ Yuxarıda istinad 18, 579.

²⁶ The Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552, <http://www.justice.gov/oip/freedom-information-act-5-usc-552> (last visited March 7, 2017).

²⁷ Yenə orada.

²⁸ Yenə orada.

əməliyyat qərargahının rəhbərinin və ya əməliyyat qərargahının ictimaiyyətlə əlaqələr üzrə məsul nümayəndəsinin müəyyən etdiyi formada və həcmdə verilir.²⁹ Aşağıdakı məlumatların yayılmasına yol verilmir:

1. Terror əleyhinə əməliyyatların aparılması taktikası və texniki üsulları haqqında;
2. Terror əleyhinə aparılan əməliyyatlar zonasında və ya bu zonanın hüdudlarından kənarında olan insanların həyatına olan və sağlamlığına təhlükə yaradan və terror əleyhinə əməliyyatların aparılmasına əngəllik törədən məlumatlar haqqında;
3. Terrorçuluğa bəraət qazandıran və ya onların təbliğinə xidmət edən məlumatlar haqqında;
4. Terror əleyhinə aparılan əməliyyatlarda iştirak edən, habelə bu əməliyyatların aparılmasına kömək edən şəxslər haqqında.³⁰

Azərbaycan qanunvericiliyi terrorçuluqla mübarizə sahəsində məhdudiyyətlər müəyyən edir və həmin məhdudiyyətlərin Avropa İnsan Hüquqları Konvensiyasına və Məhkəməsinin praktikasına uyğunluğunu araşdırmaq yerinə düşərdi. AİHK fikir ifadə etmək azadlığının məhdudlaşdırılmasını qəbul edir. Ancaq məhdudiyyətin tətbiq olunması üçün əsaslar dar tövsif olunmalıdır.³¹ Konvensiyanın mətnindən də göründüyü kimi məhdudiyyətlər və sanksiyalar qanunla nəzərdə tutulmalı, demokratik cəmiyyətdə zəruri olmalı və pozuntuya mütənasib, proporsional olmalıdır. Maddə 10 digər maddələrdə göstərilən “milli təhlükəsizlik” əsasında əlavə ərazi bütövlüyünün müdafiəsi də əsas kimi tanıyır. Milli təhlükəsizlik geniş konsepsiyadır və bu sahədə məhdudiyyətlər hökuməti qanunsuz yollarla devirməyə qarşı və dövlətin təhlükəsizliyinin müdafiəsi üçün atılan addımlar kimi qiymətləndirilməlidir.³² Zana Türkiyəyə qarşı işdə Məhkəmə Türkiyənin cənubi-şərq regionunda anti-terror əməliyyatlarının keçirilməsini milli təhlükəsizliyin müdafiəsi üzrə tədbirlər kimi dəyərləndirildi.³³ AİHM bir çox hallarda dövlətin niyə məhz milli təhlükəsizlik əsasını seçdiyini dərin araşdırmır. Lakin bununla belə dövlət qanunilik, qanunun aliliyi, demokratik cəmiyyətdə lazımlılıq və proporsionallıq prinsiplərini nəzərdə saxlamalıdır və iş qərəzsiz məhkəmə

²⁹ *Terrorçuluğa qarşı mübarizə haqqında Azərbaycan Respublikasının Qanunu*, maddə 11 (1999).

³⁰ *Yenə orada*, maddə 11.

³¹ Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks and Clare Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 309 (6th ed. 2014).

³² *Yenə orada*, 316.

³³ *Zana v. Turkey* (App. 18954/91), 25 November 1997, (1999) 27 EHRR 667, ECHRR 1997-VII, § 49.

tərəfindən araşdırılmalı və nəticədə lazım olduqda xüsusi kateqoriya informasiyanın istifadəsinə məhdudiyət qoyula bilər.³⁴

Terrorçuluqla mübarizə sahəsində Azərbaycan qanunvericiliyində göstərilən məhdudiyətlər dar və məhdudlar və qanunun tətbiqində AİHM-in məhkəmə qərarlarında əks olunan standartlar istifadə olunduqda tətbiq olunan məhdudiyət və qorunan hüquqlar arasında adekvat balansı müəyyən etmək olar.

B. İnternetə çıxışın dövlət tərəfindən məhdudlaşdırılması

XXI əsrdə informasiyanın maneəsiz yayılmasına imkan verən əsas platforma ənənəvi çap KİV-lərindən daha çox internet və onun üzərindən yayımlanan saytlar və sosial şəbəkələrdir. Müsbət haldır ki, Azərbaycanda Prezident İlham Əliyevin də dəfələrlə bəyan etdiyi kimi internetə çıxış tam açıq və maneəsizdir. Lakin heç də bütün ölkələrdə vəziyyət eyni deyil.

Şimali Koreyada interneti əvəzləyən milli intranetin istifadəsi ölkənin izolyasiyasını təmin edir və İran da oxşar texologiyanın təkmilləşdirməyi planlaşdırır.³⁵ Əvvəl də qeyd edildiyi kimi internet vasitəsilə yayılan sosial şəbəkələr protestlərin, mitinqlərin, xüsusilə də Ərəb Baharı kimi tanınan inqilab dalğasının genişlənməsində danılmaz rol oynamışdılar. Ərəb Baharı yaşanarkən Suriya, Liviya, Misirdə internetə çıxış ciddi şəkildə məhdudlaşdırılmışdır. Misirdə iğtişaşlar dövründə Mübarək hökuməti bir həftə ərzində internetə giriş bağlanmışdır.³⁶ Türkiyə və Tunisdə internet tam şəkildə bağlanmasa da, bəzi sosial şəbəkələrə çıxış məhdudlaşdırılmışdır.³⁷ Türkiyənin Konstitusiyaya Məhkəməsi bəyan etmişdir ki, Twitter-in bağlanması ifadə azadlığını məhdudlaşdırır və Konstitusiyanın 26-cı maddəsini pozur.³⁸ Lakin sosial şəbəkələrə giriş məsələsi Qərbi Avropa ölkələrində də həssasdır. Belə ki, Böyük Britaniyadakı kütləvi nümayişlər zamanı hakimiyyət nümayəndələri məhdud zaman kəsiyində sosial mediaya çıxışı məhdudlaşdırma imkanlarını müzakirə etmişdir.³⁹

İnternetə çıxışla bağlı hər hansı məhdudiyət qanunda nəzərdə tutulmalı, legitim məqsədin təmin olunması üçün demokratik cəmiyyətdə zəruri olmalı və qanuni məqsədə mütənasib olmalıdır.⁴⁰ Əlbəttə, internetə və ya sosial şəbəkəyə girişin tam qadağan olunması heç bir qanuni məqsədə mütənasib

³⁴ Nolan and K. V. Russia, (App. 2512/04), 12 Feb. 2009, § 71.

³⁵ European Yearbook on Human Rights, 55 (ed. by Wolfgang Benedek, Florence Benoit-Rohmer, Wolfram Karl, Matthias C. Kettemann, Manfred Nowak 2014).

³⁶ Craig Kannaley, Egypt's Internet Shut Down, According to Reports, 27 January 2011, Huffington Post, http://www.huffingtonpost.com/2011/01/27/egypt-internet-goes-down-n_815156.html (last visited March 8, 2017).

³⁷ Yuxarıda istinad 35, 56.

³⁸ Yenə orada.

³⁹ Yenə orada.

⁴⁰ Avropa Şurası Nazirlər Komitəsinin Üzv Dövlətlərə İnternet İstifadəçiləri üçün İnsan Hüquqları Bələdçisinə dair Təvsiyəsi CM/Rec, 6 (2014).

ola bilməz və dövlətlər çalışmalıdırlar ki, dövlət sirri və ya məxfi olmayan hər bir məlumat internet vasitəsilə dövr etsin. İnsanların müdaxilə olmadan və sərhədlərdən asılı olmayaraq istədikləri məlumatı və ideyaları axtarmaq, almaq və yaymaq hüququ var. Bura siyasi çıxış, dinə dair baxışlar, başqaları tərəfindən xoş qarşılanan və ya təhqiramiz sayılmayan fikir və ifadələr eləcə də başqalarını təhqir edən, şoka sala və ya narahat edə biləcək fikir və ifadələr daxildir.⁴¹

C. İnternet kontent üzərində senzura

Heç də bütün ölkələrdə hər növ internet kontentə çıxış maneəsiz deyil. Çin açıq-aydın şəkildə internet məlumatları üzərində senzuranı tətbiq edir. Çində "Golden Shield" proqramı vasitəsi ilə Google, Yahoo, Youtube, Facebook və Twitter sosial şəbəkələrinə çıxışın qarşısı alınıb.⁴² BMT İnsan Hüquqları Komitəsi belə məhdudiyyətlərin fərq qoymadan bütün saytlara qarşı tətbiqini alqışlamır, yalnız xüsusi qanunu pozan müəyyən kontentə qarşı tətbiqini qəbul edir.⁴³ Avropa Şurası Nazirlər Kabineti Təvsiyəsində bildirir ki, dövlət orqanlarının şəxslərin ifadə və informasiya azadlığına hörmət etmək və onları qorumaq öhdəliyi vardır və bu azadlığa hər hansı məhdudiyyətlər ixtiyari olmamalıdır.⁴⁴ Ümumiyyətlə, internet kontent üzərində senzura və kontentin qadağan olunması yalnız istisna hallarda və qanuni məqsədlər çərçivəsində tətbiq olunmalıdır və heç bir halda siyasi tənqidi kontentləri yerləşdirən saytlara məhdudiyyət qoyulmamalıdır.

III. İnformasiyaya çatımlılıqda informatorların rolu

Bir çox hallarda jurnalistlərin və adi vətəndaşların dövlət orqanlarına aid olan və ya onların inhisarında olan məlumatlara çıxışı məhdud ola bilər. Bu səbəbdən ictimaiyyətdə maraq doğuran məlumatın zamanında cəmiyyətə ötürülməsində informatorların rolu danılmazdır. Informatorları gördükləri işdən çəkəndirməmək üçün onları cinayət təqibindən və digər növ məsuliyyətdən qoruyan qanunvericiliyə ehtiyac vardır. Bu sahədə Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyini təhlil etsək görərik ki, "informator"⁴⁵ anlayışı müəyyən olunmamışdır. "İnformator" termininə mənaca yaxın ifadə "məlumat mənbələri"dir. "Məlumat azadlığı haqqında" AR Qanununun 7-ci maddəsinə görə qanunvericilikdə nəzərdə tutulmuş qaydada məlumatları əks etdirən sənədlər və başqa daşıyıcılar kütləvi informasiya vasitələrinin məlumatları açıq çıxışlar məlumat mənbələri hesab

⁴¹ Handyside v. United Kingdom, (App. 5493/72), 7 December 1976, Series A № 24, (1979-80), EHRR 737, § 48.

⁴² Yuxarıda istinad 35, 57.

⁴³ Yenə orada.

⁴⁴ Yuxarıda istinad 40.

⁴⁵ İngiliscə - whistle-blower.

edilirlər.⁴⁶ Əlbəttə, məlumat mənbələri fiziki şəxsləri ehtiva etmir, lakin məlumat daşıyıcılarının dolayı olaraq informatorun kimliyinin müəyyən edilməsində rol oynaya biləcəyini nəzərə alaraq həmin müddəanı informatorların müdafiəsi ilə əlaqələndirmək olar. Bundan başqa, Kütləvi İnformasiya Vasitələri haqqında AR Qanununa əsasən, KİV redaksiyasına və ya jurnalistə şəxsin gizli saxlanmaq şərti ilə verdiyi məlumatı yayılan xəbər və materiallarda açıqlamasına və adının bildirilməməsi şərti ilə məlumat vermiş şəxsin kimliyini göstərməsinə yol verilir.⁴⁷ Jurnalist yalnız məhkəmə tərəfindən insan həyatının müdafiəsi üçün ağır cinayətlərin qarşısını almaq məqsədilə və ağır cinayət törətməkdə ittiham olunan, yaxud təqsirli bilinən şəxsin müdafiəsi üçün öz mənbəyini açıqlamağa məcbur edilə bilər.⁴⁸ Təbii, daxili qanunvericilikdəki bu müddəa jurnalistin məlumat mənbələrinin konfidensiallığına yönəlib.

Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsinin bu sahədə presedent hüququ da mənbələrin açıqlanmaması prinsipini təsbit edir. Mənbələr yalnız istisna hallarda və mühüm dövlət və ya fərdi maraqlar risk altında olduğu halda açıqlanmalıdır.⁴⁹ AİHM Goodwin Birləşmiş Krallığa qarşı işində bildirmişdir ki, demokratik cəmiyyətdə mətbuat azadlığı üçün jurnalist mənbələrinin qorunmasının vacibliyini və mənbənin açıqlanmasına dair göstərişin bu azadlıqdan yararlanmanı çətinləşdirə biləcək təsirini nəzərə alqında belə tədbir ictimai maraq naminə daha üstün tələblə əsaslandırılmadığı halda, Konvensiyanın 10-cu maddəsinə uyğun deyildir.⁵⁰ Informatorların fəaliyyəti ilə birbaşa əlaqəli olan iş Guja Moldovaya qarşı⁵¹ işdir. Məhkəmə 10-cu

⁴⁶ Məlumat azadlığı haqqında AR Qanunu, maddə 7 (1998).

⁴⁷ Kütləvi İnformasiya Vasitələri haqqında AR Qanunu, maddə 11 (1992).

⁴⁸ *Yenə orada*.

⁴⁹ *Yuxarıda istinad 14, 33.*

⁵⁰ Goodwin v. United Kingdom, (App. no. 17488/90), 27 March 1996, § 39.

⁵¹ *İşin Faktları* – 2003-cü ilin yanvarında Moldova prezidenti nitqlə çıxış edərək korrupsiya ilə mübarizənin zəruriliyini vurğuladı və hüquq-mühafizə orqanlarının əməkdaşlarını vəzifəli şəxslərin hüquqa zidd təzyiqlərinə boyun əyməməyə çağırdı. Bu nitq kütləvi informasiya vasitələrində işıqlandırıldı. Bir neçə gün sonra baş prokurorluğun mətbuat xidmətinə rəhbərlik edən ərizəçi bu idarənin aldığı iki məktubu milli qəzetə təqdim etdi. Məktublarda üzərində onların konfidensial olduğu barədə heç bir qeyd yox idi. Birinci məktubda parlament spikerinin müavininin baş prokurora müraciəti əks olunmuş və müraciətə dörd polis əməkdaşının məktubu əlavə edilmişdi, onların barəsində şəxsləri qanunsuz olaraq azadlıqdan məhrum etmə və məhbuslarla qəddar rəftar ittihamları irəli sürülmüşdü və onlar prokurorluqdan dəstək istəyirdilər. Müraciətdə baş prokurorluğun işi tənqid olunur, polislərin işi isə təqdir edilərək qeyd olunurdu ki, onlar nazirliyin "ən yaxşı bölmələrindən biridir". Müraciət spikerinin müavininin baş prokurora ünvanlanan belə bir xahişi ilə yekunlaşdı ki, həmin polislər barəsindəki "işin araşdırılmasında şəxsən iştirak etsin və işi qanunun tələblərinə ciddi əməl etməklə həll etsin". İkinci məktub nazir müavini tərəfindən baş prokurorun müaviniyə ünvanlanmışdı və orada deyilirdi ki, polislərdən biri əvvəllər məhbuslara qarşı zorakılığa görə məhkum edilib, amma sonradan amnistiyaya düşüb. Bu məktubları aldıqdan sonra qəzet prezidentin korrupsiya əleyhinə kampaniyası barədə məqalə dərc etdi, məqalədə deyilirdi ki, Moldovada qulluq mövqeyindən sui-istifadə halları

maddənin pozuntusu olaraq bildirmişdir ki, *dövlət qulluqçusu fəaliyyəti dövründə idarə daxili məlumatlardan, o cümlədən yayılması və ya dərc edilməsi cəmiyyətin maraqlarına güclü şəkildə cavab verən məxfi məlumatlardan xəbərdar ola bilər. Buna görə də Məhkəmə hesab edir ki, dövlət qulluqçusu və ya dövlət sektorunda çalışan işçi iş yerində baş vermiş qanunsuz əməl və ya hüquq pozuntuları barədə xəbər verdikdə, müəyyən hallarda hüquqi müdafiədən istifadə etməlidir. Bu, o zaman lazım ola bilər ki, müvafiq işçi və ya dövlət qulluqçusu işdə baş verənlər barədə məlumata malik olan yeganə insan və ya belə məlumata malik olan kiçik qrupun üzvlərindən biri olsun və bununla da işə götürənə və ya ümumilikdə cəmiyyətə xəbər verməklə ictimai maraqlar naminə hərəkət etmək üçün ən yaxşı vəziyyətdə olsun. Yuxarıda qeyd edilmiş tədbirlilik vəzifəsi fonunda məlumat ilk növbədə yuxarı vəzifədə olan şəxsə və ya digər səlahiyyətli dövlət orqanına açıqlanmalıdır. Yalnız bunun açıq-aşkar mümkün olmadığı hallarda məlumat son zərurət halı kimi ictimaiyyətə açıqlana bilər. Buna görə də fikri ifadə etmək azadlığına münasibətdə tətbiq olunan məhdudlaşdırmanın müntəzəm və ya digər səlahiyyətli dövlət orqanına açıqlanması üçün ərizəçinin hər hansı başqa səmərəli vasitəyə malik olub-olmadığını nəzərə almalıdır.*⁵²

Bir məsələyə fikir vermək lazımdır. Yuxarıda qeyd olunan qanunvericilikdəki müddəə yalnız jurnalist statusu olan şəxsləri ehtiva edir. Həmin şəxslərin dairəsinə KİV-in ştatlı və müntəzəm fəaliyyət göstərən ştatdankənar müxbirlərinə aiddir.⁵³ Bu o deməkdir ki, yalnız həmin insanlar informasiya mənbəyinin açıqlamasına yol verilmirlər. Bəs bloqerlər və hüquq müdafiəçiləri necə? Onlar məlumat mənbələrini məxfi saxlamağa borcludularmı və ümumiyyətlə, informatorların kimliyinin açılmasına məcbur edilə bilərmə? İnternet şəbəkəsinin genişlənməsi, sosial şəbəkələrin günlük həyatımızda rolu getdikcə artdığını görürük və qeyri-peşəkar jurnalist kimi qanun tərəfindən tanınmayan, ancaq aktiv bloqerliklə məşğul olan şəxslərin fəaliyyəti və informatorla münasibətlərinin tənzimlənməsi hüquqi müstəvidən kənar saxlanılır. Sosial şəbəkə həm siyasi aktivliyi artırır, həm də insan hüquqlarının müdafiəsi sahəsində məlumatların qısa bir zamanda ötürülməsində platforma rolunu oynayır. Təəccüblü deyil ki, "Ərəb Baharı" adı ilə tanınan 2011-ci il inqilab dalğası üçün informasiya bölüşmə platforması rolunu Youtube, Facebook və Twitter oynayır.⁵⁴ Bu səbəbdən də

geniş yayılıb. Misal olaraq qəzet spikerin müavininin dörd polis əməkdaşını açıq-aydın müdafiə etmək cəhdini göstərdi və hər iki məktubun surətlərini dərc etdi. Sonradan ərizəçi etiraf etdi ki, məktubu qəzetə o verib, amma qeyd etdi ki, bunu prezidentin korrupsiya əleyhinə kampaniyası kontekstində prokurorluğun müsbət imicini yaratmaq məqsədi ilə edib və bu məktublar konfidensial olmayıb. Lakin o, həmkarları ilə məsləhətləşmədiyinə və məxfi olduğu iddia edilən sənədləri açıqladığına görə işdən azad edildi. O, işə bərpa olunması üçün mülki məhkəmələrə müraciət etdi, amma cəhdləri uğursuz oldu.

⁵² Guja v. Moldova, (App. 14277/04), 12 February 2008 §§ 72-73.

⁵³ Yuxarıda istinad 47, maddə 49.

⁵⁴ Yuxarıda istinad 35, 40.

bloqqların informatorlarının hüquqlarının qorunması və onların təqibdən azad olunmaları sahəsində qanunvericilik yaradılmalı və təkmilləşdirilməlidir.

Informatorların hüquqlarının qorunmasından danışırkən qanun tərəfindən qoyulan çərçivə və məhdudiyyətlərə də nəzər yetirmək lazımdır. Belə ki, İnformasiya əldə etmək haqqında AR Qanununda informasiyanın təsnifatı verilir. İnformasiya istifadə üçün açıq və alınması məhdudlaşdırılan informasiyalara bölünür.⁵⁵ Məxfi və gizli, konfidensial informasiyalar qanunla məhdudlaşdırılır. Dövlət sirri məxfi, vətəndaşların mülkiyyət növündən asılı olmayaraq yaradılmış idarə, müəssisə və təşkilatların, digər hüquqi şəxslərin qanuni maraqlarının qorunması məqsədi ilə əldə olunmasına məhdudiyyət qoyulan peşə (həkim, vəkil, notariat), kommersiya, istintaq və məhkəmə sirləri, habelə fərdi məlumat konfidensial xarakter daşıyır.⁵⁶

Gizli və məxfi informasiyalar arasında kommersiya sirri üzərində dayanmaq yerinə düşərdi. Belə ki, araşdırmaçı jurnalistlərin daha çox müraciət etdikləri mövzulardan biri də korrupsiya cinayətlərinin araşdırılmasıdır. Kommersiya sirri qanunvericiliyinə nəzər yetirdikdə bəzi müddəaların jurnalistlərə və informatorlara çəkendirici təsir⁵⁷ malik olduqlarını görürük. 2012-ci ildə Kommersiya Sirri haqqında AR Qanununa edilmiş əlavə və dəyişikliyə əsasən, aşağıdakılar istisna edilməklə, hüquqi və fiziki şəxslərin bu Qanunun tələblərinə uyğun olan məlumatları kommersiya sirri hesab edilir:

4.1.2.- təsis sənədlərində əksini tapan məlumatlar (kommersiya hüquqi şəxslərin təsisçiləri, iştirakçıları və onların nizamnamə kapitalındakı payları barədə məlumatlar istisna olmaqla)⁵⁸ Bu o deməkdir ki, təsisçilər və onların kapitaldakı payı istisna olmaqla hüquqi şəxslərin təsis sənədlərində əksini tapan məlumatlar açıqdır. Lakin bəzən təsisçilərin kimliyi təsis sənədində əksini tapan digər məlumatlardan daha vacib və faydalı ola bilər. Bu da informatorları və jurnalistləri araşdırmaçılıqdan uzaqlaşdırır. Düzdür, dövlət hakimiyyəti orqanları və onların vəzifəli şəxsləri tərəfindən qanunvericiliyin pozulması faktları dövlət sirrinə aid edilməyən və məxfiləşdirilməyən məlumatlardır.⁵⁹ Burada da qanunvericilik aktlarındakı ziddiyyət üzə çıxır. Məsələn, vəzifəli şəxslərin cinayət qanunvericiliyinin vəzifə səlahiyyətlərindən sui-istifadə edərək pozduqda bu faktların araşdırılması və cinayət təqibi orqanlarına və ümumiyyətlə, cəmiyyətə KİV vasitəsilə ötürülməsinə hüquqi müstəvidə imkan yoxdur, çünki kommersiya və ya bank sirri olan məlumatları qanunsuz yolla əldə etmə və ya yayma cərimə, islah və ya 2 ilədək müddətə azadlıqdan məhrum

⁵⁵ İnformasiya əldə etmək haqqında AR Qanunu, maddə 34.

⁵⁶ Yenə orada, maddə 34.4.

⁵⁷ İngiliscə - chilling effect

⁵⁸ Kommersiya sirri haqqında AR Qanunu, maddə 4.

⁵⁹ Dövlət Sirri haqqında AR Qanunu, maddə 7.

etmə ilə cəzalandırılır.⁶⁰ Bundan başqa, açıqlanması qanunla qadağan edilən məlumatları açmağa görə fiziki şəxslər 20 man.-dan 25 man.-dək miqdarda, hüquqi şəxslər 200 man.-dan 250 man.-dək miqdarda cərimə edilir.⁶¹

Belə nəticəyə gəlmək olar ki, informatorların hüquqlarının qorunması ilə əlaqədar vahid qanunvericiliyin olmaması və qanunvericilik aktları arasında təzadlar hüquqi müəyyənliyə zərbə vurur. Bəzi hüquqi müddələrin ictimaiyyət üçün maraq kəsb edən məsələlərin xüsusi status altında qorunması və həmin məlumatların yayılmasına görə inzibati və cinayət məsuliyyətinin nəzərdə tutulması informatorlar üçün çəkindirici rolunda çıxış edə bilər. Düşünürəm ki, bu sahədə vahid və təkmil qanunvericilik aktı yaradılmalıdır.

Nəticə

İnformasiyaya çatımlılıq fikir və söz azadlığının vacib aspektlərindən biridir. İnformasiyaya çatımlılığın olmadığı bir yerdə demokratiya, şəffaflıq, azad seçkilərdən söhbət açmağa da dəyməz.

İnformasiya əldə etmək azadlığı həm dövlətdaxili qanunvericilikdə, həm də Avropa İnsan Hüquqları Konvensiyası kimi beynəlxalq sənədlərdə də öz əksini tapır. Lakin informasiyaya çatımlılıq ilk baxımdan göründüyü kimi asan tətbiq olunan azadlıq deyil. İnformasiyaya çatımlılıq qanuni müstəvidə məlumatların məxfi və ya konfidensial bəyan edilməsi vasitəsilə məhdudlaşdırıla bilər. Dövlətdən dövlətə açıqlanması məhdudlaşdırılan məlumatın siyahısı dəyişə bilər. Lakin hər bir halda informasiyanın qanunla yayılmasının qadağan olunması və ya məhdudlaşdırılması qanuni məqsədləri güdməlidir və demokratik cəmiyyətdə zəruri olmalıdır. Qeyd olunan şərtlərə əməl olunmadığı təqdirdə fikir və söz azadlığı pozulmuş hesab olunacaqdır.

İnformasiyaya çatımlılıq sahəsində dövlətin məlumatın bir şəxsdən digərinə ötürülməsinə maneə yaratmamaq və bu prosesə müdaxilə etməmək kimi neqativ öhdəliyi və əlində olan informasiya ilə bölüşmək və sorğunun daxil olduğu zaman vaxtında və dolğun şəkildə cavablandırmaq kimi pozitiv öhdəliyi var. Buna baxmayaraq, dövlətlər qanunda boşluların olması səbəbindən və ya siyasi iradənin olmaması səbəbindən insanların informasiyaya çatımlılıq azadlığını məhdudlaşdırır. Dövlətlər bəzən qanuni məqsədləri əsas gətirərək qanuni həddi aşırırlar və zəruri olduğundan da yüksək səviyyədə proporsionallıq prinsipini pozaraq internetə çıxışı məhdudlaşdırırlar və ya internet kontent üzərində senzura tətbiq edirlər.

Əsas məsələ milli təhlükəsizlik, ictimai asayiş, üçüncü şəxslərin hüquqlarının qorunması kimi qanuni məqsədlərlə şəxslərin informasiya əldə

⁶⁰ CM, maddə 202.

⁶¹ İXM, maddə 189.

etmək hüququnu tarazlaşdırılmış şəkildə həyata keçirməyə imkan yaratmaqdır.

*Nurlan Məmmədli**

Kölgə bankçılığı və onun yeni modelini necə tənzim etməli?

Annotasiya

Azad bazar iqtisadiyyatının inkişafı, hər gün yenilənən və artan maliyyə tələbatı nəticəsində yaranan və dayanmadan inkişaf edən Kölgə Bankçılığı əhatə etdiyi geniş vəsait həcmi ilə az qala bütün ənənəvi bank formalarını qabaqlayır. Məqalədə kredit əməliyyatlarının “yeni nəsil kuryeri” kimi Kölgə bankçılığının meydana gəlişi, anlayışı, tərkibindəki institutlar həmçinin hüquqi tənzimlənməsi araşdırılmışdır. Son illərdə meydana çıxan kölgə bankçılığının yeni modelinin də əks olunduğu bəzi maliyyə mütəxəssislərinin fikirləri təhlil edilmiş, hüquqi tənzimlənmənin Çin modeli təsvir olunmuşdur. Hüquqi mübahisələrin həlli və hüquqi tənzimləmə texnikasının inkişafında rolu üçün effektiv variant təklif edilmişdir.

Abstract

Shadow banking system what was arisen and improved as the result of the development of free market economy and renewal, increasing financial demand almost outstrips all traditional banking systems. In this article, the growth and concept of shadow banking have been researched as “the next generation courier” of credit transactions. I will try to show the new model of shadow banking which appeared in last years and regulation of the Chinese model. I will try to suggest a solution for the disputes and lack of regulation.

Mündəricat

Giriş	179
I. Kölgə Bankçılığının anlayışı və meydana gəlişi	180
II. Kölgə bankçılığı və Ənənəvi bankçılıq	182
III. Kölgə bankçılığı sisteminin tərkibi	184
IV. Kölgə Bankçılığının Yeni Modeli	185
V. Hüquqi tənzimlənmə	187
VI. Hüquqi mübahisələrin Kölgə Bankçılığının tənzimlənməsində rolu	190
Nəticə	192

* Bakı Dövlət Universiteti, Hüquq fakültəsi, II kurs, SABAH qrupları tələbəsi. Araşdırma müddətində yardımlarına və dəstəyinə görə h.ü.f.d, Kipr Amerika Universitetinin müəllimi Ömer Tuğsal Doruk'a təşəkkürlərimi bildirirəm.

Giriş

Dünyadakı ticarət münasibətlərinin artması və maliyyə bazarlarının genişlənməsi bankçılığın inkişafına, xüsusilə də yeni və daha mənfəətli bankçılıq üsullarının yaranmasına tələbatı artırdı. Buna görə də kölgə bankçılığı kimi əhəmiyyətli bankçılıqla¹ həm bağlı, həm də müstəqil bir sistemin yaranması bir növ qaçınılmaz hala gəlmişdi. Hər kəs tərəfindən qəbul olunmuş əmanət əsaslı banklardan fərqli olaraq bank olmayan sistemin - kölgə bankçılığının yaranması, eləcə də inkişafı barədə bütün proqnozlar onun günümüzdəki həcminə azacıq da olsa yaxın rəqəm təxmin edə bilməmişdi. Hal-hazırda kölgə bankçılığı 26 yurisdiksiya üzrə təxminən 80 trilyon dollardan artıq vəsaiti özündə cəmləşdirir.² Həmçinin əhəmiyyətli bankçılıq və digər maliyyə institutları haqqında hesabatlar göstərir ki, kölgə bankçılığının dünya maliyyə bazarında inkişafı sadalananlardan bir neçə dəfə sürətli gedir. Belə nəhəng və struktur baxımından yeni bir sistemlə müqayisədə əhəmiyyətli bankçılıq yalnız öz tarixi stabilliyi sayəsində ayaqda durur. Burada digər bir mühüm məsələ 2008-ci il global maliyyə böhranının meydana gəlməsinin başlıca səbəblərindən biri olan bu sistemin fəaliyyətinin əsas elementləri və onların hansının hüquqi tənzimlənməyə ehtiyac duymasıdır. Bəlkə elə sistemin bütünlüklə hüquqi nizamlamaya ehtiyacı var? Hüquqi tənzimlənmə obyektinə çevrilməsi müəyyən mənada mütləq olan *informasiya çatışmazlığı, risklərin artma təhlükəsinə qarşı mübarizə* kimi problemlərin hüquqla iqtisadiyyatın vəhdətində təhlili sistemin praescriptum istiqamətlərində yer alır. Kölgə bankçılığının iş prinsipi, quruluşu, bank sisteminə daxil olub-olmaması, bunlarla yanaşı valyuta əməliyyatlarının həyata keçirilməsində rolu kimi məsələlər hələ də özlüyündə xeyli qaranlıq nüanslar gizlədir.

Sistemin yaşlı hissələrinin hələ tamamilə açıqlanmadığı məlum olsa da, inkişaf və yenilənmə prosesi dayanmır.³ Kölgə bankçılığının yeni modellərinin yaranması və yazılan məqalələr göstərir ki, onun iqtisadi aspektdən düzgün anlaşılması və hüquqi tənzimlənməsi üçün yeni baxış tələb olunur.

¹ Əhəmiyyətli bankçılıq termini altında bütün əmanətçi fəaliyyətlə məşğul olan institutlar nəzərdə tutulmuşdur (kommersiya bankları, federal əmanət bankları, kredit təşkilatları və s.).

² Qlobal Kölgə bankçılığı monitorinq məruzəsi (2015)
<http://www.fsb.org/wp-content/uploads/global-shadow-banking-monitoring-report-2015>
(son dəfə ziyarət olunub: 21 sentyabr, 2016).

³ Paul Tucker, Shadow Banking, Financing Markets and Financial Stability, 2 (2010).

I. Kölgə Bankçılığının anlayışı və meydana gəlişi

A. Kölgə Bankçılığı termininin meydana gəlməsi?

Kölgə bankçılığının nə olduğunu anlamaq və onu ənənəvi banklardan fərqləndirə bilmək üçün ümumiyyətlə bankın nə olduğu, eləcə də ənənəvi bankçılığın hansı əsas növlərinin mövcud olduğunu bilmək lazımdır. Bank əmanət qəbul etmək və kredit vermək üçün lisenziyaya sahib olan maliyyə institutudur. Banklar bununla yanaşı bir sıra maliyyə xidmətləri göstərirlər, məsələn sərvətlərin idarə olunması, valyutadəyişmə, əmanət kassası və s.⁴ Bankların bölgüsünə dair əsas yanaşmaya görə banklar Kommersiya bankları, Pərakəndə banklar, İnvestisiya bankları və Mərkəzi banklar olmaqla 4 qrupa bölünürlər. Bir çox ölkələrdə banklar üzərində ya dövlət, ya da mərkəzi bank tərəfindən nəzarət həyata keçilir.⁵

Belə bir deyim var ki, əgər bir uçuş və quş kimi cikkildəyirsə o elə quşdur. Bəs bu deyim banklara da aiddirmi? Kölgə bankçılığı terminini ilk dəfə iqtisadçı Pol Makkuli 2007-ci ildə Vyominq Maliyyə simpoziumunda çıxış edərkən işlətməmişdir.⁶ Zaman keçdikcə bu terminin əhatə dairəsi genişləndi və müasir iqtisadi-hüquqi beyinləri ən çox düşündürən problemlərdən birinə çevrildi.

Ənənəvi bankçılığın mahiyyət etibarilə zəifliyi hələ 100 il bundan əvvəl ortaya çıxmışdı. Federal Ehtiyat Sisteminin son çarə kimi borcvermə fəaliyyətinə başlaması ilə bankların fəaliyyəti və bank əməliyyatlarının həcmi xeyli azaldı, lakin aradan qalxmadı. Böyük böhrandan cəmi 4 il sonra 1933-cü ildə Əmanətlərin Sığortası üzrə Federal Korporasiya federal əmanət sığortası layihəsi təqdim etdi, nəticədə banklar depozit (əmanət) əməliyyatlarından da təcrid olunaraq tamamilə sabit fəaliyyət çərçivəsinə salındı.⁷ XX əsrin sonlarına doğru dəyişkən xarakterli bazar iqtisadiyyatının kölgəsində yeni bir "bank sistemi"nin formalaşması qaçılmaz idi. Xüsusilə, 1980-ci illərin iqtisadi siyasəti və 1990-cı illərin beynəlxalq maliyyə inteqrasiyası (Maastrixt sazişi, Avropa İqtisadi Birliyinin inkişafı, Avronun dövriyyəyə buraxılması) yeni bir modelin meydana çıxmasına şərait yaratdı.⁸ 1970, 1980-ci illərdə bank tipli fəaliyyətlə məşğul olan, amma çox zəif, bəzən isə ümumiyyətlə tənzimlənməyən institutlar müxtəlif ölkələrdə böhran üçün hiposentr rolunu oynamağa başladı.

⁴ Bankın definisiyası: <http://www.investopedia.com/terms/b/bank.asp> (son dəfə ziyarət olunub: 14 noyabr, 2016).

⁵ <https://www.thebalance.com/types-of-banks-315214> (son dəfə ziyarət olunub: 15 noyabr, 2016).

⁶ Laura E. Kodres, *What Is Shadow Banking?*, 50 Finance Dev 42, 42 (2013).

⁷ Zoltan Pozsar, Tobias Adrian, Adam Ashcraft, and Hayley Boesky, *Shadow Banking* 1, (2010).

⁸ Ömer Tuğsal Doruk, *Gölge bankacılık ve Türkiye*, 25 (2014).

B. Kölgə bankçılığının anlayışı

P.Makkuli 2007-ci il Vyominq nitqində kölgə banklara bank olmayan maliyyə institutları iqtisadçılarının yetkin transformasiya adlandırdıqları fəaliyyətə yönəlmiş institut kimi ilkin anlayış vermişdi. Lakin bu anlayış yalnız ABŞ qanunvericiliyi aspektindən formulə edilmişdi. Kölgə kredit verilməsini asanlaşdırmaq məqsədilə bank qlobal maliyyə sistemində iştirak edən, dövlətin və hüququn tənzimləyici nəzarətinin obyektı olmayan maliyyə vasitəçisidir.⁹ İsveçrədə yerləşən Maliyyə Sabitliyi Şurası¹⁰ kölgə bankçılığı sistemini, şəxsiyyəti¹¹ və fəaliyyəti bank sistemindən kənar qalan kredit vasitəçiliyi sistemi kimi izah etmişdir, amma bu anlayışı da tam düzgün hesab etmək olmaz. Beynəlxalq Maliyyə İnstitutu kölgə banklara ənənəvi bankların 3 özak fəaliyyəti ilə əlaqədə nəzər salır – yüksək likvidli əmanətlər cəlb etmək¹², kredit fəaliyyətini genişləndirmək və ödəniş sistemi yaratmaq. BMİ həmçinin müasir maliyyə sistemlərində bankların özak fəaliyyətlərinin bir çoxunun qeyri-bank institutları tərəfindən fərdiləşdirildiyini, əvəz edildiyini vurğulayır. BMİ bildirişində qeyd edir ki, “qeyri-bank maliyyə vasitəçiliyi bu və ya digər şəkildə müasir maliyyənin ilk yarandığı dövrdən fəaliyyət göstərir”. Bu fərqli faktorlarla bağlıdır. Şübhəsiz ki, bu faktorlardan biri və birincisi, kölgə bankların ya çox zəif, ya da ümumiyyətlə hüquqi tənzimləməyə məruz qalmamasının qeyri-bank maliyyə institutlarının inkişafına təsiridir.¹³ Kölgə bankçılığı anlayışına dair yanaşmalardan ən orijinalı hesab edilən Pol Makkulinin öz açıqlamasına bir daha nəzər yetirək:¹⁴

...kölgə banklar özlərini ənənəvi tipli banklardakı likvidlik xətləri ilə geri çəkilmə bilən, sığortalanmamış kommersiya qiymətli kağızları ilə maliyyələşdirən vasitəçi institutlardır.

P. Makkuli kölgə bankları bütün “qeyri-bank kanal-vasitə hovuzunun - strukturunun bir parçası” kimi xarakterizə edirdi.¹⁵ Bəzi şərhçilər kölgə bankların anlayışını mərkəzi bank aktivləri və dövlət sektoru ilə əlaqəsi olmayan kredit və likvid transformasiyaları həyata keçirən maliyyə vasitəçisi kimi izah edir və bu vasitəçilərə maliyyə şirkətlərini, məhdud məqsədli maliyyə şirkətlərini, strukturlaşdırılmış investisiya alətlərini, valyuta bazarı fondlarını, qiymətli kağız kreditorlarını və dövlət dəstəklə müəssisələri də aid edirlər.¹⁶

⁹ www.investopedia.com/terms/s/shadow-banking-system.asp (son dəfə ziyarət olunub: 14 noyabr, 2016).

¹⁰ *İngiliscə*: Financial Stability Board.

¹¹ Emin Kərimov, Azərbaycan Korporativ Hüququ 33 (2014).

¹² Yəni asanlıqla nağdlaşdırıla bilən əmanətlər.

¹³ *Yuxarıda istinad 9.*

¹⁴ *Yuxarıda istinad 7, 4.*

¹⁵ Paul McCulley, PIMCO, *Teton Reflections: PIMCO Global Central Bank Focus*, 2 (2007).

¹⁶ *Yuxarıda istinad 7, 7.*

İndi qeyd edilmiş müxtəlif yanaşmaları ümumiləşdirməyə çalışaq. Kölgə bank hüquqi tənzimlənmədən kənar qalan, bank olmayan maliyyə institutlarından biri kimi maliyyə bazarında öz yerini tutmuş, aşağı faizlə kredit verən maliyyə qurumudur.

II. Kölgə bankçılığı və Ənənəvi bankçılıq

Kölgə bankçılığın mahiyyətini bazar iqtisadiyyatının xarakteri ilə formulə etmək daha düzgündür. Çünki azad bazar iqtisadiyyatının yaratdığı şərait nəticəsində ortaya çıxan, həm də onun ən əsas komponentlərini özünə qarşı çevirən kölgə bankçılığı sistemi 2008-ci il Maliyyə böhranının əsas yaranma səbəblərindən biri idi. Kölgə bankçılığın yaranması tələb və təklif yönündən iki faktorla bağlıdır:¹⁷

- a) Təklif yönündən – Maliyyə yenilikləri və hüquqi dəyişikliklər, bankların rəqabət imkanını heçə endirdi və əmanətlərin gətirdiyi fayda, eləcə də onun rəqabətə verdiyi töhfə zaman keçdikcə yoxa çıxdı.
- b) Tələb yönündən – Maliyyə əməliyyatlarına təminat tələb edilməsi kölgə bankçılığı alətlərinin təminat kimi istifadəsinə səbəb olmuşdur. Eyni zamanda, sekuritizasiyanın¹⁸ inkişafı ilə repo əməliyyatları valyuta bazarı aləti kimi geniş istifadə olunmağa başladı.

Qeyd olunmuş hər iki faktorun formalaşmasına məhkəmə qərarları və daxilində sekuritizasiya və repolara xüsusi yer verən iflas qanunu normaları ilə təkan verilmişdi.¹⁹

Kölgə bankçılığının tanınmış tədqiqatçılarından olan Qeri B. Qorton *bu sistemin yaranmasını 30-40 illik müddətə bağlayır və səbəb kimi aşağıdakıları göstərir*²⁰:

1. Ənənəvi bankçılığın əvvəlki kimi qazanc gətirməməsi;
2. İnstitusional investisiyanın getdikcə artması;
3. Təminatlı borca olan meydana çıxaran investisiyalar.

Kölgə banklara dəfələrlə tam əhatəli tərif verməyə çalışılsa da, bu hələ ki mümkün olmamışdır. Buna görə də kölgə bankçılığı sisteminin xarakteristikasını ən yaxşı şəkildə vermək üçün ənənəvi bankçılıqla müqayisəyə üz tuturuq. Uzun illər qarşılıqlı əlaqədə olduğundan hər iki sistem bir-biri ilə bir sıra oxşar və fərqli cəhətlərə malikdirlər.

¹⁷ *Yenə orada.*

¹⁸ Qeyri-likvid aktivlərin (ipoteka və s.) likvid aktivlərə (alınıb satıla bilən) çevrilməsi məqsədilə müxtəlif növ borclardan yaradılan hovuzun (portfelin) girov qoyulması ilə qiymətli kağızlar buraxılışı.

¹⁹ Andrew Merick, Gary Gorton, *Regulating the Shadow Banking*, Brooking Papers on Economic Activity, 266 (2010).

²⁰ Gorton, 2009 Aktı: Haltom, 22-23 (2010).

Kölgə bançılığı ilə ənənəvi bançılıq arasındakı fərqlər daha ətraflı şəkil 2. də əks etdirilmişdir.²¹

Ənənəvi Bankçılıq	Kölgə Bankçılığı
<p>Ehtiyatlar:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Minimum miqdar hüquqi tənzimləmə orqanları tərəfindən müəyyən edilir. • Mərkəzi bankdan kapital kəsirini doldurmaq üçün borc ala bilər. 	<p>Risk marjası²² (Haircut):</p> <ul style="list-style-type: none"> • Minimum həddi tərəflər özləri müəyyən edirlər. • Bir qayda olaraq mərkəzi bankdan yardım ya da borc almır.
<p>Depozit sığortası:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Dövlət tərəfindən təminat verilir. 	<p>Təminat:</p> <p>Nəğd, xəzinə bonosu, sekuritizasiya.</p>
<p>Əmanət faiz nisbətləri:</p> <p>Faizlər ehtiyatların aşağı səviyyədə olduğu zamanlarda depozit gəlişini sürətləndirmək üçün artırıla bilər.</p>	<p>Repo nisbətləri:</p> <p>Rezervlər aşağı səviyyədə olduqda vəziyyəti canlandırmaq üçün yüksəldilə bilər.</p>
<p>Kreditlər balans hesabatında göstərilir.</p>	<p>Sekuritizasiya edilmiş kreditlər:</p> <p>Bəzi bonolar²³ sekuritizasiya edilmiş bonolar balans hesabatı daxilində saxlanılaraq təminat kimi istifadə olunur.</p>

²¹ Doruk, yuxarıda istinad 8, 33.

²² Marja - buraxılış qiyməti ilə maya dəyəri arasında olan fərq.

²³ Bono - müəyyən miqdarda pulun, müəyyən müddətdən sonra ödəniləcəyini göstərən qiymətli kağız növüdür.

Əvvəla, hər ikisi müəyyən faizlə kredit verib gəlir götürür, maliyyə vasitəçisi kimi çıxış edir və balans hesabatı ilə əlaqəli fəaliyyət göstərir. Lakin Ənənəvi bankların vasitəçi statusu bankdakı valyutaların sahibləri ilə həmin pulu borca götürən şəxslər arasında oynadığı rolla ölçülürsə, kölgə banklar, ümumiyyətlə, depozit qəbul etmir və kredit verirlər. İkincisi, yuxarıda bir neçə dəfə müxtəlif yerlərdə qeyd edildiyi kimi ənənəvi banklar möhkəm hüquqi tənzimlənməyə məruz qaldığı halda, kölgə banklar ya tənzimlənmir, ya da çox zəif tənzimlənilirlər. Üçüncüsü, kölgə bankların kapital nəzarətindən kənar qalması onlara ənənəvi bankçılıqdan kənar göstərə biləcəkləri vasitəçilik xidmətlərini artırmağa imkan yaradır. Odur ki, ənənəvi banklar üzərində hüquqi nəzarət və tənzimlənmənin artması kölgə banklara olan tələbatı bir neçə dəfə artırır.²⁴ Nəticə etibarilə, kölgə banklar iqtisadiyyatı kreditlə təmin edir və maliyyə sektorunun likvidliyini artırır.²⁵

III. Kölgə bankçılığı sisteminin tərkibi

Kölgə bankların da ənənəvi banklar kimi əsas fəaliyyətləri kredit vasitəçiliyi üzərində qurulub. 3 aktoru vardır: pul sahibi, borclu və bankların əvəzinə xüsusi bank olmayan institut, yaxud kölgə bank. Lakin ənənəvi bankçılıqdan fərqli olaraq burada pul sahibi öz sərmayəsini banka yox, daha yüksək qaytarılma təminatı, müddət və miqdar təklif edən orta valyuta bazarları fondlarına və ya digər fondlara yerləşdirir.²⁶

Hər bir maliyyə institutunu formalaşdıran, həmçinin spesifikasiləşdirən cəhətlər onun sistem elementləridir. Kölgə bankçılığı sistemini hec-fondlar, strukturlaşdırılmış investisiya alətləri, valyuta bazarı fondları, repo müqaviləsi bazarları və digər bank olmayan maliyyə institutları təşkil edir.

A. Strukturlaşdırılmış Investisiya Alətləri (SIV)

Strukturlaşdırılmış Investisiya Alətləri qısa müddətli borclar və uzun müddətli strukturlaşdırılmış maliyyə məhsulları arasında kredit yayılmasından fayda götürməyə çalışan investisiya aktivləri hovuzudur.²⁷ SIV bank hüququnda *kanal* termini ilə də ifadə olunur.

B. Xüsusi Məqsədli Hüquqi Şəxslər (SPV)

Xüsusi Məqsədli Hüquqi Şəxs aktiv/passiv strukturlu, hətta əsas kompaniyanın iflası zamanı öhdəliklərini təmin edəcək hüquqi statusa malik yardımçı kompaniyadır. Xüsusi Məqsədli Hüquqi Şəxslərə maliyyə vəziyyəti zəif, müstəqil idarəetməyə malik və iflas etməyəcək şəkildə qurulmuş özəl

²⁴ Steven B. Schwarcz, *Regulating Shadow Banking*, 31 Rev. Banking & Fin. L. 619, 624 (2012).

²⁵ Bryan Noeth & Rajdeep Sengupta, "Is Shadow Banking Really Banking?", *A Quarterly Review of Business and Economic Conditions* 8, 8 (2011).

²⁶ *Yuxarıda istinad* 7, 11.

²⁷ Strukturlaşdırılmış Investisiya Alətləri <http://www.investopedia.com/terms/s/structured-investment-vehicle.asp> (son dəfə ziyarət olunub: 29 oktyabr, 2016).

qurumlar olaraq da anlayış verilir.²⁸ Bununla yanaşı SPV “swap”²⁹ və digər törəmə maliyyə əməliyyatlarında qarşı tərəf kimi çıxış edir.

C. Valyuta Bazarı Fondları (MMFs)

Valyuta Bazarı Fondları kommersiya sənədləri kimi qısa müddətli qiymətli kağızlara investisiya qoyan müddətsiz fondlardır. Valyuta Bazarı Ortaq Fondları isə kiçik depozit sahiblərinin vəsaitlərinin toplanaraq valyuta bazarı sekuritizasiyasına yatırılması nəticəsində əldə edilən gəlirin hissələrə uyğun olaraq depozit sahiblərinə paylanması əməliyyatını özündə əks etdirir. Bu üsulla banklar depozitorları özlərinə bağlayırlar.

D. Repo Müqaviləsi Bazarları

Repo müqaviləsi bazar iştirakçıları tərəfindən qiymətli kağızları satmaq yolu ilə bağlanan və uzun, yaxud qısa müddətli maliyyə problemlərini aradan qaldırmaq məqsədi daşıyan bir müqavilə növüdür. Satıcı qiymətli kağızları üzərinə yalnız saxlama riskinə görə faiz əlavə olunmuş eyni qiymətə sonra yenidən geri almaq şərti ilə qarşı tərəfə satır. Multi-trilyonluq müasir maliyyə bazarı olan repo bazarları (repo müqaviləsi bazarları) qısa müddətli kredit təminatında effektiv fəaliyyət göstərərək digər bir sıra geniş həcmli əməliyyatların da axıcı şəkildə davam etməsinə şərait yaradır.³⁰ Repo müqaviləsi bazarı müasir maliyyə institutlarının ən elastiklərindən biridir və bu bazarlardakı pul əməliyyatlarının illik həcmi digər institutların hər birindəkindən xeyli artıqdır. Bir qrup mütəxəssislər repo bazarlarındakı ani yüksəlişi 2008-ci il Maliyyə böhranının başlıca səbəblərindən biri olaraq görür. Bu yanaşmaya görə nəgd pul kreditorları yatırımlarının təminatından narahat olduqlarından repo və maliyyə vəsaitlərini geri çəkildilər, bu da kölgə bankçılığının tənəzzülünə və ani repo inamsızlığına³¹ səbəb oldu.³²

IV. Kölgə Bankçılığının Yeni Modeli

2007-2008-ci illərdə kölgə bankçılığının tənəzzülü tənzimlənən bankçılığın baltalanmasında və maliyyə böhranlarının baş verməsində kritik rol oynadı. XXI əsrin ilk 10 illiyində Kölgə bankçılığının ən ciddi problemlərindən biri olan yüksək risk potensialının azaldılması və aradan qaldırılması üçün müxtəlif maliyyə mütəxəssisləri və iqtisadçılar uzun mübahisələrə səbəb olmuş müzakirələrin sayını artırmış, dəyişikliklər təklif etmişdilər. Belə fikirlərin ən təkmil modelləşdirilmiş forması kölgə bankçılığın dözümsüz

²⁸ Doruk, yuxarıda istinad 8, 41.

²⁹ Swap – Əsasən maliyyə alətlərini mübadilə edən tərəflərin bağladığı törəmə müqavilədir.

³⁰ Gary Gorton and Andrew Metrick, *Banking and the Run on Repo*, Brookings Papers on Economic Activity, 9 (2009).

³¹ Repoların geri çəkilməsi nəzərdə tutulur. *İngiliscə*: run on repo.

³² <https://www.gsb.stanford.edu/insights/role-repo-financial-crisis> (son dəfə ziyarət olunub: 4 dekabr, 2016).

təbiətindən yaranan problemləri azaltmağa köklənmiş və onun özünəməxsus təbiətini pozmayan yeni modeldə əks olunub.

Bu model kölgə banklar kredit alış-verişi ilə məşğul olur, onları diversifikasiyalaşdırılmış³³ portfəllərdə toplayır və kənar sərmayəçi kapitalı tələbi risksiz borclarla maliyyələşdirirlər. Kənar sərmayəçi kapitalı tələbi risksiz borclarla yönəldir, sekuritizasiya üçün bank aktivləri və leverecin³⁴ birlikdə istifadə olunması ilə bank bazarlarla qarşılıqlı bağlantı yaradır və risklərə təsir etmək – bir çox riskləri ciddi səviyyədə azaltmaq imkanına malik olur.³⁵

Vasitəçilər balans hesabatlarındakı riskli layihələrin sayını artırdıqca, portfəllərinin sistematik riskini³⁶ və levereci yüksəldir, bir-birlərinin daxili risklərini paylaşmaqla bağlı vəziyyətdə qalırlar.³⁷ Bu modeldən ortaya çıxan yeni tənqidi nəticə budur ki, risksiz kimi görünən borclarla yönəlməni artırmaq üçün kreditləri cəmləşdirən diversifikasiya əslində vasitəçilərin məcmu quyruq risklərə³⁸ məruz qalması ehtimalını xeyli artırır.³⁹

Yeni model yanaşmasına əsasən vasitəçilər vəsait artımını əsas 2 formada təmin edirlər⁴⁰:

- i) Geri qaytarılma təminatı verilən risksiz borclarla⁴¹,
- ii) Layihələrini (ipotekalarını) sekuritizasiya etməklə.

Xülasə, yeni model kölgə bankçılığı yüksək risk yüksək qazanc prinsipi ilə işləyən köhnə modeldən fərqli olaraq risksiz sərmayəyə əsaslanır. Sekuritizasiya bankların sistematik risklərə məruz qalmasına yönəlməklə yanaşı onların fərdi risklərini⁴² də diversifikasiya etməyə imkan yaradır. Bu proses banklara risksiz borclar vasitəsilə öz balans hesabatlarını səyyar ticarət yatırımları ilə genişləndirməyə imkan yaradır.

³³ Diversifikasiya - kapitalın və investisiyanın kapital riskini azaltmaq üçün müxtəlif obyektlər arasında paylanması.

³⁴ Leverec – Bazar subyekti tərəfindən aktivlərin maliyyələşdirilməsi üçün istifadə olunan, borc götürülən vəsaitin məbləği. Borc kapitalı şəxsi kapitalından yüksək olan subyekti yüksək leverecə malik olur

<http://www.investopedia.com/terms/l/leverage.asp> (son dəfə ziyarət olunub: 11 yanvar, 2017).

³⁵ Nicola Gennaioli, Andrei Shleifer, and Robert W. Vishny, *A model of Shadow Banking*, 68 *J. Finance* 1331, 1331 (2012).

³⁶ Bütün bazarı əhatə edən risk nəzərdə tutulur.

³⁷ *Yenə orada*.

³⁸ Gerçəkləşmə faizi 0.5 və daha aşağı hesablanan risklərdir

<http://www.investopedia.com/terms/t/tailrisk.asp>. (son dəfə ziyarət olunub: 12 yanvar, 2017)

³⁹ Shleifer, yuxarıda istinad 35, 1334.

⁴⁰ *Yenə orada*, 7.

⁴¹ Risksiz borc vasitəçinin bütün aktivləri üzrə xərcin minimum həddə gerçəkləşməsini mümkünləşdirən yüksək səviyyəli təminatdır.

⁴² *İngiliscə*: idiosyncratic risk.

V. Hüquqi tənzimlənmə

A. Nəyə görə hüquqi tənzimlənməyə ehtiyac yarandı?

Maliyyə böhranları son 100 ildir ki, cəmiyyətin iqtisadi-siyasi sabilliyini, əhalinin sosial durumunu köklü surətdə laxladan qara duman olaraq tanınır. Hansı növü olursa olsun, böhran istənilən cəmiyyəti azı 10 il geri salmaq iqtidarındadır. Bundan ən böyük əziyyəti çəkənlər isə orta və kasıb əhali və kiçik sahibkarlıq olur. Maliyyə böhranlarının qarşısının alınması üzrə olan bütün müzakirələrdə gözdən qaçırılan bir məsələ var – hüquq. Özündə risk daşıyan hərəkət yalnız bir halda mümkün ola bilər, hüquq ona icazə verdikdə. Və böhrana qarşı cavab tədbirləri kimi siyasətçilərin yurisdiksiyasına daxil olan hüquqi məhdudlaşdırmalar mövcuddur.⁴³ Buna görə də 2007-2008 böhranının əvvəllərindən ortaya çıxan suallar təkcə hansı siyasi yox, həmçinin hansı hüquqi islahatların aparılacağı üzərində qurulmuşdu.⁴⁴ XXI əsr maliyyə böhranının həllinə hüquqi müdaxilə, yaxud münasibət dedikdə ilk növbədə ağıla gələn kölgə bankçılığının tənzimlənməsidir.

Kölgə bankçılığının qısa müddətli borclara arxayınlığı sistemi federal əmanət sığortasının yaranmasından öncə ənənəvi bankçılığı da sarsıdan yoluxucu inamsızlıq meyillərinə qarşı müdafiəsiz vəziyyətdə qoyur.

B. Hüquqi tənzimlənməyə giriş

ABŞ-da böhrandan sonra hüquqi tənzimlənmə istiqamətində atılan ilkin addımlar 2010-cu il Dodd-Frank aktının⁴⁵ qəbul edilməsi ilə atıldı. Akta görə, heç fonclar Qiymətli kağızlar və Mübadilə Komissiyasında⁴⁶ qeydiyyatdan keçməli, bir çox masaüstü⁴⁷ törəmə əməliyyatlar mübadilə və klirinq otağına yerləşdirilməli və bütün sistemə əhəmiyyətli institutlar Federal Ehtiyat Sistemi tərəfindən tənzim olunmalı idi.⁴⁸ Dodd-Frank-ın Kölgə bankçılığının tənzim olunmasında faydalı addımlar atmasına baxmayaraq, hələ də bəzi məsələlər barədə sükut hökm sürür.

C. Tərkibi tənzimlənmə

Kölgə Bankçılığının tərkibinə daxil olan müəssisələrin reqlyasiyası baxımından əsas yeri Valyuta Bazarı Ortaq Fondlarının, Sekuritizasiyanın və Repoların hüquqi tənzimlənməsi məsələsi tutur.⁴⁹

⁴³ Note, *Danger Lurking in the Shadow: Why Regulators Lack the Authority to Effectively Fight Contagion in the Shadow Banking System*, 127 Harv. Law Rev. 729, 729 (2013).

⁴⁴ *Yenə orada*.

⁴⁵ *Tam adı*: Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act.

⁴⁶ Securities and Exchange Commission (SEC).

⁴⁷ *İngiliscə*: Over-the-Counter (OTC).

⁴⁸ *Yuxarıda istinad* 19, 262.

⁴⁹ *Yenə orada*.

Valyuta Bazarı Ortaq Fondlarını digər valyuta bazarı fondlarından ayıran əsas xüsusiyyət onların səhm başına 1 dollarlıq aktiv dəyərini qorumağa çalışmalarıdır. Bu xüsusiyyət MMMF-lərə sığortalanmış tələbli əmanətlərlə rəqabət etmək şansı yaradır. Müasir dövrdə Valyuta Bazarı Ortaq Fondlarının hüquqi tənzimlənməsi onlar qarşısına, ancaq aşağı kredit riski olan qiymətli kağızlara investisiya yatırmaq tələbi qoydu.⁵⁰ Hal-hazırda SEC İntestisiya Şirkətləri Aktına⁵¹ (düzəliş edilmiş variantda) əsaslanan MMMF-lərin tənzimi ilə bağlı bir qrup düzəlişlər təklif etmişdir. Bunlara baxmayaraq, heç bir düzəlişin dəyişdirə bilməyəcəyi bir fakt var, o da Valyuta Bazarı Ortaq Fondlarının heç bir zaman tam olaraq sığortalana bilinməməsidir.

Sekuritizasiya müasir dünyada ən köklü maliyyə əməliyyatlarından biri kimi başa düşülür. Və bu hüquqi tənzimləmədə də özünü göstərir. Belə ki, həm ənənəvi, həm kölgə bankçılığı komponentlərinin fəaliyyətinə hər hansı bir yolla daxil olan sekuritizasiya elementləri riskləri azaltmaq üçün sadəcə müəyyən qədər azaldıla və ya cilovlana bilər.

D. İqtisadi səmərəliliyi artırmağa yönələn tənzimlənmə⁵²

Sistemin fəaliyyətində səmərəliliyin artması imkanı olduğuna görə, hüquqi tənzimlənmə kölgə bankçılığın məhdudlaşdırılması əvəzinə səmərəliliyin yüksəldilməsi və riskin yüksəlmə ehtimalının minimuma endirilməsi üzərində fokuslanmalıdır.⁵³ Tənzimləmə Bazar uğursuzluqlarını⁵⁴ korrektə edərək iqtisadi effektivliyi maksimuma çıxara bilər.⁵⁵ Burada Bazar termini ilə bütün bank olmayan – kölgə bankçılığı təşkil edən institutlar şəbəkəsi nəzərdə tutulur. Ümumiyyətlə, bazar uğursuzluğu azad bazarların ehtiyatlarını düzgün şəkildə bölüşdürə bilmədikləri vəziyyətlərdir. İqtisadçılar bazar uğursuzluğunun bir sıra nəticələrini (hallarını) müəyyən etmişlər⁵⁶:

- i) istehsal və bölgədə səmərəsizlik;
- ii) inhisar gücündən qeyri-düzgün istifadə;
- iii) bazarlarda çatışmazlıq;
- iv) mülkiyyət hüquqlarının pozulması;
- v) qeyri-sabitlik.

⁵⁰ *Yuxarıda istinad* 19, 270.

⁵¹ *İngiliscə: Investment Company Act (1940).*

⁵² *Yuxarıda istinad* 25, 631.

⁵³ *Yenə orada.*

⁵⁴ Bazar qüsuru yaxud uğursuzluğu – Fərdlərin qərar, şəxsi mənafeələrinə uyğun seçimlərinin qrup üçün rəşional nəticələr və ya fayda gətirmədiyini halları ifadə edir.

⁵⁵ Hyun Song Shin, *Financial Intermediation and the Post-Crisis Financial System*, 9 (2010).

⁵⁶ http://www.economicsonline.co.uk/Market_failures/Types_of_market_failure.html (son dəfə ziyarət olunub 16 dekabr 2016).

Şəbəkə daxilində bazar uğursuzluqlarının bir-biri ilə qarşılıqlı əlaqəli 4 forması meydana çıxır: informasiya çatışmazlığı, rasionallıq qüsuru, əsas faktorun uğursuzluğu və təşviq çatışmazlığı. İqtisadi effektivliyin artırılması istiqamətində tənzimləmə məhz bu məsələlərin nizama salınması ilə həyata keçirilir.

İnformasiya çatışmazlığı. İnformasiya çatışmazlığının məlumat bərabərsizliyi⁵⁷, xeyir və qazancın düzgün hesablanmaması, məlumat yetərsizliyi və s. formaları vardır. Kölgə bankçılığı olduqca mürəkkəb bir şəbəkə olduğundan, bu mürəkkəblik informasiya çatışmazlığının əsas requlyatoru rolu oynayan açıqlamanı sarsıda bilər. Burada kölgə bankçılığının qarışıq xarakterinin tənzimləmə hədəfinə çevirmə ilə azaldılması həll yolu kimi düşünülmüşdür.⁵⁸ Dodd-Frank Aktının da məqsədlərindən biri kölgə bankçılığı şəbəkəsinin törəmə əməliyyatların da daxil olduğu bir qismini standartlaşdırmaqdır.⁵⁹ Buna baxmayaraq, kölgə bankçılığı sistemində müəyyən miqdarda informasiya çatışmazlığı problemi qarşısını almaz olaraq qalacaqdır.⁶⁰

Rasionallıq çatışmazlığı. İnsanlar tarix boyu rasionallığı sərhədlər daxilində salaraq öz potensiallarını və ictimai faydanın faizini aşağı salmışlar. Daima yeni – anlaşılması insanlara çətin gələn məfhumlardan qaçılmış və sadə, doğma anlayışlara meyil göstərilmişdir.⁶¹ Bu misal müasir dövrdə də bazar iştirakçılarının bəzi iqtisadi addımlarının məhz riyazi-iqtisadi analizləri düzgün anlamaması səbəbindən yaranan problemlərdə özünü doğruldu.⁶²

Əsas faktor uğursuzluğu. Şərhlilər bu tip çatışmazlığı direktorlarla (menecer) şirkət sahibləri arasında yaranan mənafe münaqişələri ilə əlaqədə izah edirlər. Hüquqi tənzimlənmə hal-hazırda dövlətdaxili, yəni ölkənin özləri üçün xüsusi olaraq tətbiq edilir. Lakin yüksək ixtisaslı menecerlərin beynəlxalq səviyyədə fəaliyyətini nəzərə alaraq problemin beynəlxalq çərçivədə nizamlanmasına da ciddi ehtiyac yaranmışdır.

Təşviq çatışmazlığı. Təcrübə göstərir ki, texnologiya vasitələri kölgə bankçılığında müxtəlif və müasir məhsullar istehsalına ənənəvi bankçılıqda olduğundan daha çox yardım edir. Lakin bəzən riskin çoxşaxəli bölünməsi nəticəsində onlara nəzarət çətinləşir və stimulyasiya, demək olar ki, yox olur. Təşviq yetərsizliyindən meydana çıxan nəzarət çatışmazlığı 2008-ci il böhranının

⁵⁷ Tərəflərdən birinin digərindən artıq məlumata malik olması. (Əsasən, razılaşmanın predmeti haqqında).

⁵⁸ Yuxarıda istinad 50.

⁵⁹ Dodd-Frank Act, § 723.

⁶⁰ Yuxarıda istinad 50, 633.

⁶¹ *Yenə orada*, 634.

⁶² Məsələn, sərmayəçi müəyyən bir addımının riyazi modelini tam anlamadan faydalı olduğuna inanır və nəticədə yaranan kiçik qüsurlardan ciddi kəsir və geriləmələr doğur.

əsas səbələrindən biri hesab olunur. Bu istiqamətdə tənzimlənmə tədbirləri görülsə də problemi tam həll etmək hələ ki, mümkün deyil.⁶³

Qısaca, hüquqi tənzimlənmə sadaladığımız qüsurlara nəzarəti təşkil edə bilər, ancaq tamamilə aradan qaldırması real görünür.

VI. Hüquqi mübahisələrin Kölgə Bankçılığının tənzimlənməsində rolu

A. Çin modeli

Günümüzdə kölgə bankçılığı mübahisələrinin ən çox rast gəlinədiyi ölkə Çin Xalq Respublikasıdır. Belə ki, 2015-ci il statistikasına görə özəl kreditlərlə⁶⁴ bağlı baxılan işlər məhkəmələrə çıxarılan bütün mülki işlərin 20%-ni təşkil etmişdir.⁶⁵ Çində Kölgə bankçılığı ifadəsinin mənası kimin və hansı mənada işlətməsindən asılıdır. Çin kölgə bankçılığını dar mənada əhatə edən konsepsiya 3 kateqoriyada başa düşülür:⁶⁶

i) İlk kateqoriya kölgə banklara ən geniş baxışı əks etdirir və burada balans hesabatına daxil olmayan və bank fəaliyyətini həyata keçirən bütün bank olmayan institutlar, eləcə də kommersiya banklarına bənzərən özəl kredit firmaları nəzərdə tutulur.

ii) İkinci kateqoriyaya kommersiya banklarının biznes xarakterini oğurlayan bank olmayan institut kimi baxış daxildir.

iii) Üçüncü kateqoriyada isə qanunsuz kredit əməliyyatları istisna edilir və qeyri-bank və balansdankənar kreditlər kölgə bankçılığı sisteminə daxil edilir.

Bir çox iqtisadçı və hüquqşünaslar özünəməxsus kölgə bankçılığına görə Çini daim nəzərdə saxlayırlar. Bəs kredit müqaviləsi üzrə borclu öz öhdəliklərini icra etmədikdə nə baş verir? Belə hallarda məhkəmə nə etməlidir?

Çin xaricindəki mütəxəssislər üçün elə də böyük əhəmiyyət daşımasa da, Çindəki kölgə kredit əməliyyatları ilə bağlı hüquqi məsələlər ciddi ölçüdə artmaqda davam edir və özünə daha geniş kapital cəlb edir. Bu sahəni tənzimləyən qanunvericilik isə çox kasad və qarışıqdır. Bunun məntiqi nəticəsi kimi borclu, kreditor və xüsusən də hakimlər qarşısında kəskin qeyri-müəyyənlik dumanı meydana çıxır.

B. Qanunvericiliyin yeri

⁶³ Yuxarıda istinad 50, 637.

⁶⁴ Çində formal bankçılıq sistemindən kənar kredit əməliyyatlarını əhatə edən kölgə kreditlər əvəzinə bir çox hallarda özəl kreditlər termini işlədilir.

⁶⁵ President of the Supreme People's Court (SPC) Zhou Qiang's report to the National People's Congress, March (2015).

⁶⁶ Qingmin Yan, Jianhua Li, Regulating China's Shadow Banks, 27 (2016).

Özəl kredit işlərilə üzləşən hakimlər üçün digər bir baş ağrısı isə qanunvericilikdir. Ayırı-ayrı tənzimləmə aktlarının birtərəfli olaraq maliyyə institutlarını tənzimləməsi səbəbindən qanunvericiliyin qurulmasında əsas prinsip fərqli mənbələrin rəhbər tutulması olur.⁶⁷ Özəl sektorun xüsusən güclü olduğu sahələrdə daha ciddi mübahisələr yarandıqından yerli hakimlər mütəmadi olaraq problemlərlə üzləşirlər. Yerli məhkəmələrin təlimatlar, aktlar qəbul etməsinə baxmayaraq hələ də ümumdövlət və ali məhkəmə səviyyəsində tənzimlənməyə ehtiyac duyulur. Fikrimizcə, belə hallarda ən optimal metod əyalət – yerli məhkəmələrin səlahiyyətlərinin genişləndirilməsidir. Çünki Çin kimi böyük bir dövlətdə bütün sahələrdə və əyalətlərdə eyni dərəcədə qüvvədə olan ümumməcbureddi normalar tətbiq etməklə hüquqi tənzimlənmədən daha çox sərbəstliyə ehtiyac duyan sahələrin inkişafına maneçilik törədilə bilər.

Borclu, kreditor arası mübahisələrin əsasını borclunun öhdəliyi icra etməməsi, daha doğrusu, borclunun ümumiyyətlə yoxa çıxması halları tutur. Belə vəziyyətlərdə məhkəmə ən optimal variant kimi işə xitam verir. Bu da statistikalarda həll edilməmiş işlərin illik artımının kritik yüksəlişinə səbəb olur.

C. Arbitraj hüquqi mübahisələrin həlli yolu kimi

Kölgə bankçılığının yüksəlişi maliyyə innovasiyası və onun doğurduğu tənzimləyici arbitrajın rolunu artırdı. Arbitraj mahiyyəti etibarilə məhkəməyə alternativ bir mexanizmdir.⁶⁸ Tərəflər əvvəlcədən və ya aralarında münaqişə yaranarkən mübahisələri həll etmək üçün üçüncü bir şəxsi təyin etmək barədə razılığa gəlirlər.

Son illərin təcrübəsi göstərdi ki, tənzimlənmə hər bir halda arbitraj tənzimlənməsi ilə vəhdətdə həyata keçirilməlidir.⁶⁹ Maliyyə innovasiyaları üzərində nəzarəti ənənəvi məhkəmə qaydasında həyata keçirmək həm səmərəsiz olacaq, həm də dövrə ayaqlaşma bilməyəcəkdir. Bu qayda həm Anqlo-Sakson, həm də Roman-German məhkəmələrinin əsas mənbə kimi istifadə etdikləri qanunların yarımçıq təbiətindən xilas olmağa və yeni həll təcrübələri qazanmağa yardımçı ola bilər.

⁶⁷ Shadow Banking Cases Threaten to Overwhelm China's Courts <http://thediplomat.com/2015/06/shadow-banking-cases-threaten-to-overwhelm-chinas-courts/>.

⁶⁸ Ceyhun Səfərov, *Yerli Kommersiya Arbitrajı: məhkəmə sisteminin səmərəliliyinin təkmilləşdirilməsinin bir növü kimi*, 5 Bakı Hüquq Jurnalı 4, 4 (2014).

⁶⁹ *Yuxarıda istinad* 43, 746.

Nəticə

Beynəlxalq maliyyə böhranı kimi ciddi bir problemin başlıca səbəbkarlarından olan kölgə bankçılığı sistemi iqtisadiyyatın inkişafına verdiyi töhfəni bir neçə ayda məhv edə biləcək qədər təhlükəli xarakterə malikdir. Məqalədə qeyd etdiyim kimi azad bazar iqtisadiyyatının xalis modelini özündə nümayiş etdirən sistemin tənzimlənməsi məsələsi bank tənzimlənməsi, hüquqi tənzimlənmə və iqtisadi nəzarətin predmeti kimi görünərsə də, kölgə bankçılığı təktərəfli tənzimlənmədən uzaq bir sistemdir.

Riski azaltmaq və sistemin ümumiyyətlə cilovlanmamış cəhətlərini nəzarətdə saxlamaq üçün özündə həm iqtisadi, həm də hüquqi faktorları cəmləşdirən universal tənzimləmə sistemi və bununla bağlı mübahisələrin məhkəmə işlərindəki şərait nəzərə alınaraq həll edilməsi, xüsusən də arbitrajın mübahisələrin həllindəki rolunun artırılması kölgə bankçılığın “qorxulu” kimliyini keçmişdə qoya bilər.

Elnur Kərimov*

Azərbaycan əmtəə nişanı hüququnda qarışdırılma ehtimalı anlayışı

Annotasiya

Bu məqalədə, ümumilikdə, sənaye mülkiyyətinə daxil olan əmtəə nişanı hüququnun Azərbaycanda hüquqi tənzimlənməsindəki problemlər və çatışmazlıqlar, əmtəə nişanlarının qeydiyyatından imtina və ya qeydə alınmış əmtəə nişanlarının qeydiyyatının ləğvi üçün əsas təşkil edən qarışdırılma ehtimalı araşdırılmışdır. Qarışdırılma ehtimalının müəyyən olunması üçün axtarılan əsas meyarlar öyrənilmiş, Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyi və məhkəmə qərarlarında əmtəə nişanından tələb olunan xüsusiyyətlər model olaraq Türkiyə əmtəə nişanı hüququ ilə müqayisə edilərək, boşluqların aradan qaldırılması üçün təklif və tövsiyələr verilmişdir.

Abstract

In this article, problems and lacunae in the legal regulation of trademark law as a part of industrial property law, in general, and likelihood of confusion being a ground for disapproval of registration and cancellation of registered trademark have been studied. Main criteria sought for determination of likelihood of confusion have been analyzed, required specifications for trademarks within laws of Azerbaijan Republic and case law have been compared with Turkish trademark law taken as a model, and proposals and recommendations for filling in the lacunae in the relevant laws have been given.

Mündəricat

Giriş	193
I. Azərbaycan hüququnda əmtəə nişanı anlayışı və qeydiyyatı	194
II. Azərbaycan əmtəə nişanı hüququnda qarışdırılma ehtimalı	200
Nəticə.....	207

Giriş

Azərbaycan Respublikasının müstəqil olduğu 18 oktyabr 1991-ci il tarixindən etibarən hüququn hər sahəsində həyata keçirilən islahatlar sadəcə hüququn deyil, o cümlədən iqtisadiyyatın və ticarətin də çağdaş standart və tələblərə, geopolitik dəyişikliklərə

* Marmara Üniversitesi, Hüquq fakültəsi, 2-ci kurs magistr tələbəsi.

adaptasiyasını özündə əks etdirirdi. Müstəqilliyin elan edilməsindən sonra, Əmtəə Nişanları və coğrafi göstəricilər haqqında 12 İyun 1998-ci il tarixli Qanunun (bundan sonra “Əmtəə Nişanı Qanunu”) qəbul edilməsi ilə bu sahədəki hüquqi islahatlar dövrü başa çatmış, əmtəə nişanlarının texnologiyasının inkişafı əsrinə uyğun normalarının formalaşdırılması prosesi başlamışdır.

Azərbaycan Respublikasının hüquq sisteminin uyğunlaşdırılması prosesi ilə paralel, qanunvericilik beynəlxalq xüsusi hüquqda gedən unifikasiya proseslərinə də adaptasiya edilməli idi. Bu baxımdan, Azərbaycan Respublikası Madrid Protokollarına, Sənaye Mülkiyyətinin Qorunması haqqında 1883-cü il tarixli Paris Sazişinə, Nişanların Qeydiyyatına dair Əmtəə və Xidmətlərin Təsnifatı haqqında Nitsa Sazişi, Ümumdünya Əqli Mülkiyyət Təşkilatının Quruluş Sazişinə və sair beynəlxalq müqavilələrə üzv dövlətdir.

Məqalənin anlamında Azərbaycan əmtəə nişanı hüququ sadəcə qanunvericiliyi deyil, məhkəmə qərarları və doktrinadakı görüşləri də əhatə edəcək. Xüsusilə, qarışdırılma ehtimalından bəhs edən ikinci hissədə məhkəmə qərarlarına mövzu olan və mövzu olmasa da, mediada qarışdırılan əmtəə nişanlarına istinad edilməklə, Azərbaycan əmtəə nişanı hüququna görə iki əmtəə nişanının qarışdırılması üçün hansı kriteriyaların mövcud olduğu məsələsi işıqlandırılacaq.

I. Azərbaycan hüququnda əmtəə nişanı anlayışı və qeydiyyatı

A. Əmtəə nişanı haqqında Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyi

Türk əmtəə nişanı hüququ ilə müqayisə etsək, Azərbaycanda “əmtəə nişanı”, “faydalı model” və “sənaye nümunəsi” kimi sənaye mülkiyyətinin növlərini tənzimləyən ticarət hüququ və ya ticari qanunvericilik son illər ortaya çıxan bir tendensiyadır. Türkiyədə qanuni qüvvədə olan Türk Ticarət Qanunu kimi Azərbaycanda ticarət hüququnu tənzimləyəcək vahid bir qanun mövcud olmayıb, sənaye mülkiyyətinə daxil olan ayrı-ayrı institutlar fərqli qanunvericiliklərdə tənzimlənir. Buna səbəb isə təxminən 70 il Sovet İttifaqına daxil olan Azərbaycanın ittifaqın digər dövlətlərində olduğu kimi hüquq sisteminin ümumilikdə xüsusi mülkiyyəti və sahibkarlığı mülkiyyətin digər növləri qədər mühafizə altına almamasıdır.

¹ Bununla belə, müstəqilliyin elanından sonra, sənaye mülkiyyətini tənzimləmə dairəsinə aid edən qanunvericiliklər toplusunun birlikdə bir sənaye mülkiyyəti hüquq institutu yaratdığını söyləyə bilərik.

¹ Mübariz Yolçiyev, *Azərbaycan hukukunda endüstriyel tasarım kavramı və korunması*, 1 Qafqaz Universiteti Dergisi – Tarih, Hukuk ve Siyasal Bilimler 199, 201 (2013).

Sənaye mülkiyyətinin mühafizəsi üçün başlıca sazişlərdən olan Paris Sazişinə Azərbaycan 14 Sentyabr 1995-ci il tarixində qoşulmuşdur. Qanuni qüvvəyə mindiyi 12 İyun 1998-ci il tarixindən etibarən Azərbaycan Respublikasında əmtəə nişanlarının mühafizəsinə dair yeganə Əmtəə Nişanı Qanununun hazırlanması zamanı Paris və Madrid Sazişləri kimi beynəlxalq hüquqi mətnlərin rolu böyük olsa da, təəssüflə bildirmək lazımdır ki, bu mətnlərin daxili hüquqa implementasiyası zamanı, subyektiv faktorlar və tərcümə xətaləri tətbiq dairəsini bəzi məqamlarda daraltmış və ya genişləndirmişdir. Qanunun 2-ci maddəsinə əsasən, əmtəə nişanları və coğrafi göstəricilər haqqında Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyi Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyasından, bu Qanundan, Azərbaycan Respublikasının digər qanunvericilik aktlarından və tərəfdar çıxdığı dövlətlərarası müqavilələrdən ibarətdir. Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyasının 148.2-ci maddəsinə görə, Azərbaycan Respublikasının tərəfdar çıxdığı beynəlxalq müqavilələr Azərbaycan Respublikasının qanunvericilik sisteminin ayrılmaz tərkib hissəsidir. Bu maddəni xatırlatmağımızda məqsəd odur ki, bir çox hüquq sahəsinin mənbəyi olduğu kimi, Azərbaycan əmtəə nişanı hüququnun da başlıca mənbələri sırasında ratifikasiya edilmiş beynəlxalq müqavilə və sazişlərin də olduğu aydın olsun.

Ölkədaxili qanunvericilikdən başqa, yuxarıda haqqında qısaca bəhs etdiyimiz və milli qanunvericiliyin tərkib hissəsi olan beynəlxalq sazişlərin siyahısını Ümumdünya Əqli Mülkiyyət Təşkilatının Stokolm Quruluş Sazişi (1967), Paris, Madrid və Nitsa Sazişləri ilə bir daha xatırlamaq olar. Türkiyə Respublikasının 2017-ci ildə qəbul edilmiş Yeni Sənaye Mülkiyyəti Qanununun əmtəə nişanlarına dair hissəsinin hazırlanması zamanı istifadə edilmiş və Türkiyənin tərəf olduğu “Əmtəə Nişanları ilə əlaqədar Üzv Dövlətlərinin Hüquqlarının Uyğunlaşdırılmasına dair Birinci Direktiv (89/104 AET)” və “Birlik Əmtəə Nişanı haqqında Şura Nizamnaməsi (40/94/AET)”-nə Azərbaycan Respublikası tərəf olmasa da, “*de lege lata*”ya diqqət edilsə, bu sənədlərin də qanunvericiliyə bu və ya digər formada təsiri olduğu aydın olur.

B. “Əmtəə nişanı” anlayışı: “mark” və “trademark” tərcümə xətası?

Əmtəə Nişanı Qanununda qorunan hüququ münasibətlərin “əmtəə nişanı” olaraq müəyyən olunması, qanunun qoruduğu nişanların yalnız əmtəələrlə bağlı olan, əmtəə və malların üzərində görə biləcəyimiz işarələr olacağını düşünməyə əsas verir. Halbuki, Sənaye mülkiyyətinin qorunmasına dair 1883-cü il tarixli Paris Sazişində 1958-ci ilə qədər əmtəələrlə bağlı nişanların qorunması nəzərdə tutulsa da, 1958-ci ildə Lissabonda edilən dəyişiklikdən sonra², sadəcə əmtəələrlə əlaqədar deyil, xidmət nişanlarının da

² Richard Schnopfagen, Dietrich Heine, Vladan Katanic, Intellectual Property Law in Austria, 133 (2011).

hüquqi tənzimlənmənin obyektini olduğu qəbul edilmişdir.³ Bununla belə, Paris Sazişi bu nişanların qeydiyyatını dövlətlərin üzərinə öhdəlik olaraq qoymamış, bu kimi hallarda xidmət nişanlarının mühafizəsinin haqsız rəqabət hüququ kimi digər hüquq normaları ilə həyata keçirilməsinin labüdlüyünü vurğulamışdır.⁴

Beynəlxalq xüsusi hüquqda nişan olaraq, həm mal, həm də xidmət nişanlarının qorunması tendensiyası Azərbaycan Respublikasının əmtəə nişanı qanunvericiliyində də öz əksini tapmışdır. Belə ki, Əmtəə Nişanı Qanununun əsas anlayışlardan bəhs edən 1-ci maddəsinə görə, əmtəə nişanı – sahibkarın *əmtəələrini* və ya *xidmətlərini* digər sahibkarın əmtəələrindən və ya xidmətlərindən fərqləndirən və qrafik təsvir edilən nişan və ya nişanların hər hansı bir uzlaşmasıdır (kombinasiyasıdır). Əmtəə Nişanı Qanununun adında və bütün mətnində əmtəə nişanlarının qorunması nəzərdə tutulsa da, göründüyü kimi Əmtəə Nişanı Qanunu daha geniş qoruma təsbit edir və mal və xidmət nişanlarını mühafizə edir.

Fikrimizcə, ortaya çıxan problem ilk növbədə tərcümədən qaynaqlanır və nişanların beynəlxalq sənədlərin mətnlərində eyni zamanda bəzən “nişan” anlamında işlənən “mark”, bəzən də “əmtəə nişanı” (ticarət nişanı) mənasına gələn “trademark” kimi istifadə olunması bu sənədlərin milli hüquqa implementasiyası zamanı çətinliklərə səbəb olur. Bu isə beynəlxalq sazişlərə tərəf dövlətlərin orijinal mətnləri hərfi tərcümə ilə milli hüquqa implementasiyasından irəli gəlir. Nümunə olaraq qeyd edə bilərik ki, Paris Sazişinin orijinal mətnində həm əmtəə, həm də xidmət nişanlarının qorunmasını nəzərdə tutaraq “nişan” (mark) anlayışından istifadə olunsa da, 1994-cü il tarixli Əqli mülkiyyət hüquqlarının ticarətlə əlaqədar aspektləri haqqında Sazişin (bundan sonra TRIPs Sazişi) mətnində “əmtəə nişanı” (trademark) ilə həm əmtəə, həm də xidmət nişanları Sazişin tətbiq dairəsinə daxil edilir. Lakin, maraqlıdır ki, Azərbaycan Respublikası nə Ümumdünya Ticarət Təşkilatının (ÜTT) Quruluş Sazişinə, nə də Sazişin 1 (c) bəndinə görə, əlavəsi olan TRIPs Sazişinə tərəf dövlətdir. Bu zaman, Əmtəə Nişanı Qanununun mətnində nəyə görə “əmtəə nişanı” ifadəsindən istifadə olunduğu məsələsi sual olaraq qalır. Digər nöqtəyi nəzərdən “əmtəə nişanı” ifadəsi nişanlara ticari xarakter yükləyir. Bu sahədə yazılmış hüquq ədəbiyyatlarında məhz buna görə, əmtəə nişanlarının iqtisadi xüsusiyyətləri və funksiyalarını qabardan, əmtəə nişanlarını iqtisadi yöndən xarakterizə edən yanaşmalara da rast gəlirik.⁵

³ Paris Sazişinin 6-cı mükərrər maddəsinin 5-ci bəndinə görə, “birlik ölkələri xidmət nişanlarının qorunmasını öhdəliyinə götürür. Qorunma üçün bu nişanların qeydiyyatı lazım deyildir”.

⁴ Joanna Schmidt-Szalewski, *The International Protection of Trademarks after the TRIPs Agreement*, 9 Duke J. Comp. & Int'l L. 189, 199 (1998-1999).

⁵ William M. Landes, Richard A. Posner, *Trademark Law: An Economic Perspective*, 30 The Journal of Law and Economics 265, 309 (1987).

Bununla belə, əmtəə və xidmət nişanları istifadə sferasına görə fərqli olsalar da, hər iki növ nişanı mühafizə edən hüquq normalarındakı eynilik səbəbilə, xüsusilə, ABŞ praktikasında əmtəə nişanı üzrə ixtisaslaşmış vəkillər nişan deyərkən, həm əmtəə, həm də xidmət nişanlarına istinad edirlər.⁶

Azərbaycan əmtəə nişanı hüququ doktrinasında bu tənziqlənmə ilə bağlı bir yanaşmada, Əmtəə Nişanı Qanununun "əmtəə nişanı" ifadəsi ilə bütün növ nişanları nəzərdə tutmasında hər hansı problemin ortaya çıxmayacağı, xidmətin də əslində əmtəənin xüsusi kateqoriyası olduğu bildirilmişdir.⁷ Yenə də, terminin ifadə etdiyi birbaşa mənada hər hansı anlaşılmaqlığın ortaya çıxmaması üçün, Əmtəə Nişanı Qanununun mətnində, əksər beynəlxalq konvensiyalarda istifadə olunduğu kimi, "əmtəə nişanı" termini "nişan" ilə dəyişdirilməsini və bu terminlə xidmət nişanlarını da Əmtəə Nişanı Qanununun tətbiq dairəsi daxilində birbaşa göstərilməsini uyğun görürük.

Buna baxmayaraq, məqaləmizin bundan sonrakı qisminə, həm əmtəə, həm də xidmət nişanları üçün qanunvericilikdə bugünkü tənziqlənməni diqqətə alaraq, "əmtəə nişanı" ifadəsi istifadə ediləcək.

C. Əmtəə nişanına sahiblik hüququ qorunan şəxslər - "təşəbbüs", "sahibkar" yoxsa "hüquqi şəxs"?

Türk Yeni Sənaye Mülkiyyəti Qanununun əmtəə nişanının anlayışının verildiyi bənzər müddəası ilə müqayisə edilərsə, Azərbaycan Respublikasının Əmtəə Nişanı Qanununda Türk hüququndakından fərqli olaraq, "təşəbbüs" deyil, "sahibkar" ifadəsindən istifadə olunması da diqqət çəkir. Belə ki, Türkiyə Respublikasının Yeni Sənaye Mülkiyyəti Qanununun 4-cü maddəsinin ilk bəndinə görə, əmtəə nişanı bir təşəbbüsün mal və ya xidmətlərini başqa bir təşəbbüsün mal və ya xidmətlərindən ayırd etməsi şərtiylə, şəxs adları daxil olmaqla, xüsusilə sözlər, şəkillər, hərf, rəqəmlər və səslər, malların forması və qablaşdırılması kimi şəkillə göstərilə bilən və ya bənzər formada ifadə edilə bilən, çap vasitəsilə yayımlana və çoxaldıla bilən bütün növ işarələrdən ibarətdir.⁸ "Hüquqi şəxs" terminin istifadəsini uyğun görün doktrinal yanaşmalardan fərqli olaraq⁹, həm Türk, həm də Azərbaycan hüququnda əmtəə nişanı sahibliyi qorunan şəxslərin fiziki və hüquqi şəxslər ola bilməsinə görə, "təşəbbüs" və "sahibkar" ifadələrinin doğru istifadə olunduğunu hesab edirik. Azərbaycan Respublikasının 15 Dekabr 1992-ci il

⁶ Paul W. Fulbright, What is the Difference Between a Trade Mark, a Service Mark and a Trade Name?, (2003), (<http://www.lawofficeofpaulwfulbright.com/admin.lawofficeofpaulwfulbright.lawoffice.com/CM/Trademarks/Trademarks22.html/>), (son giriş tarixi - 20 Noyabr 2016).

⁷ Sabir Allahverdiyev, Əqli mülkiyyət hüququ: dərs vəsaiti, 487 (2006).

⁸ Cornish, W.R., Intellectual Property: Patents, Copyright, Trademarks and Allied Rights, 2nd edition Sweet & Maxwell, 440 (1993).

⁹ Sabih Arkan, Marka Hukuku, 36 (1997).

tarixli Sahibkarlıq fəaliyyətli haqqında Qanununun 3-cü maddəsinə görə, sahibkarlığın subyektləri fərdi sahibkarlar və hüquqi şəxslər ola bilər. Əmtəə nişanı hüququnda qorunan "sahibkarlıq" termini isə, Azərbaycan Respublikası Mülki Məcəlləsinin 13-cü maddəsində, "şəxsin müstəqil surətdə həyata keçirdiyi, əsas məqsədi əmlak istifadəsindən, əmtəə satışından, işlər görülməsindən və ya xidmətlər göstərilməsindən mənfəət (fərdi sahibkarlar tərəfindən gəlir) götürülməsi olan fəaliyyətdir" kimi izah edilmişdir. Başqa sözlə, istifadə olunan "sahibkar" anlayışı həm istehsal olunan mallar və göstərilən xidmətlərdən ibarət olan müstəqil fəaliyyəti həyata keçirən şəxsi ifadə edir və əmtəə və xidmət nişanlarının heç biri baxımından anlaşılmaqlıq səbəb olmur.

Xüsusilə, türk hüquq doktrinasında, həm "sahibkar", həm də "təşəbbüs" terminlərinə tətbiq edilə biləcək yanaşmalar mövcuddur. Bu ifadə formasını doğru hesab edən müəlliflərdən, Tekinalp "təşəbbüs" sözünün ayırd etmə qabiliyyətinin olduğuna görə,¹⁰ Yasaman və Kaya isə, bu ifadə ilə əmtəə nişanının kommersiya hüquqi şəxslər xaricində dərnək, vəqf kimi təşəbbüslər¹¹, habelə hüquqi şəxslərdən başqa, fərdi sahibkarlıq formasında fəaliyyət göstərən təşəbbüslər və fiziki şəxslər tərəfindən¹² istifadəsinin mümkün olması ilə əsaslandırılmışlar.

D. Azərbaycanda əmtəə nişanlarının qeydiyyatına alınması

Əmtəə Nişanı Qanununa nəzər yetirsək, əmtəə nişanının qorunması müddəti qeydiyyatın tamamlandığı tarixdən deyil, qeydiyyat üçün müraciətin edildiyi tarixdən, 10 il müddətində hesablanır. Lakin Azərbaycan əmtəə nişanı qanunvericiliyində bu tənzimlənmə ilə bağlı başlıca əskiklik, qanunvericilikdə əmtəə nişanı müraciətlərinin elan olunması və bu üsulla üçüncü şəxslərin fikir və etirazlarına təqdim edilməsi prosedurunun mövcud olmamasıdır. Qanunverici müraciətlərin müvafiq icra hakimiyyəti orqanı olan Patent İdarəsinə təqdim edildiyi zaman, müraciətlərin Patent İdarəsi tərəfindən ekspertiza nəticələrinə görə təkbəşinə dəyərləndirilməsi və qərar verilməsini tənzimləməklə üçüncü şəxslərin müraciətlər barəsində fikir və ya etirazlar irəli sürməsinin qarşısını almışdır. Əmtəə nişanlarına dair hüquq doktrinasında Azərbaycan əmtəə nişanı hüququnda əmtəə nişanı müraciətlərinin dəyərləndirilməsinin yoxlama sistemə görə idarə edildiyi, məhdud və tam yoxlama kimi iki növdən ibarət olan yoxlama sistemində Azərbaycanda qanunvericiliyin tam yoxlama sistemə üstünlük verdiyinin aydın olduğundan bəhs edilir¹³. Qeyd edək ki, bu sistem əmtəə nişanının yeniliyi (ilkinliyini) və özünəməxsusluğu da daxil olmaqla, bütün xüsusiyyətlərin qeydiyyatı üçün müraciət edilmiş əmtəə nişanında

¹⁰ Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyyət Hukuku. 4. Nəşr, 350 (2005).

¹¹ Hamdi Yasaman, Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şərhi. C I, 60 (2004).

¹² Yuxarıda istinad 9, 17.

¹³ Yuxarıda istinad 7, 490.

axtarılması üzərində qurulub. Başqa sözlə, üçüncü şəxslər qeydiyyatı üçün müraciət edilmiş əmtəə nişanlarının bazardakı əmtəə nişanlarla qarışdırılma ehtimalı olduğunu Patent İdarəsinə bildirmə bilmədiyini üçün, Patent İdarəsi ümumi xüsusiyyətlər üzərindən tam yoxlamayı həyata keçirir. Bu yoxlamanın olduqca mürəkkəb prosesdən ibarət olduğunu nəzərə alsaq, bu sahədə müasir texnologiya və sistemlərin tətbiqinin zəruriliyindən danışmaq olar. Xüsusilə, yoxlamanın bu növündən istifadə edən patent ofislərinin əmtəə nişanlarının təsvirinə görə müqayisə aparıb, oxşarlıq olan əmtəə nişanlarını ortaya çıxaracaq CORE sistemi kimi texnoloji nailiyyətlərdən istifadə etməsi qaçılmaz olur.¹⁴

Yoxlama nəticəsində Patent İdarəsinin qərarından Apellyasiya Şurasına müraciət mümkün olsa da, qanunvericiliyə əsasən, bu şuraya müraciətin subyektiviyyəti olan əmtəə nişanı qeydiyyatı üçün müraciət etmiş şəxsdir. Tam yoxlama sisteminin səbəb olduğu nəticələrdən biri kimi qərardan Apellyasiya Şurasına müraciət edə bilməyən üçüncü şəxslər bu mərhələdə də əmtəə nişanlarının qeydiyyatına mane ola bilmirlər. Qarışdırılma ehtimalı olan əmtəə nişanlarının qeydiyyatına mane ola bilməyən şəxslərin istifadə edə biləcəyi hüquqi vasitə Patent İdarəsinin və ya Apellyasiya Şurasının yekun xarakterli qərarından məhkəmədə iddia qaldıraraq hüquqlarının qorunmasını tələb etməkdir. Burada aidiyyəti məhkəmələr rolunda inzibati-iqtisadi məhkəmələr çıxış edir. Buna səbəb Patent İdarəsinin qərarlarının inzibati xarakterli olmasından əlavə, əlaqəli hüquq münasibətlərinin iqtisadi, ticari təbiətidir.

Fikrimizcə, qərar verilmədən öncə bülletəndə elan edilməyən bir əmtəə nişanı hər bir halda cəmiyyətin maraqlı şəxslər dairəsindən uzaq qalır, beləliklə, idarədaxili etiraz mexanizmlərinin üçüncü şəxslərə tanınmaması əmtəə nişanının qorunma müddətinin iddia sənədinin verildiyi tarixdən başladığını tənzimləyən Əmtəə Nişanı Qanununun 21-ci maddəsinin də qoruma çevrəsini daraldan amildir. Çünki hələ qeydiyyata alınmamış, iddiaçısına qeydiyyat şəhadətnaməsi verilməmiş əmtəə nişanını iddia sənədinin verildiyi tarixdən qorumağı seçən qanunvericinin məqsədi əmtəə nişanı müraciətinin edildiyi tarixdən qeydiyyat tarixinə qədər onu üçüncü şəxslərin qanunsuz hərəkətlərindən qorumaqdır. Əmtəə nişanı hüququ müstəsna hüquq olub hamı və hər kəsə qarşı irəli sürülə bilər. Müraciət anından belə bir haqqın iddiaçıya tanınması isə maddənin beynəlxalq sazişlərin mətnlərindən eynilə götürülməsindən irəli gəlir. Beynəlxalq sazişlərin mətnlərində, o cümlədən Türkiyə əmtəə nişanı qanunvericiliyində tam deyil, məhdud yoxlama sisteminin tətbiq olunması belə bir

¹⁴ J.K. Wu, C.P. Lam, B.M. Mehtre, Y.J. Gao, A. Desai Narasimhalu, *Content-Based Retrieval for Trademark Registration*, 3 Multimedia Tools and Applications Kluwer Academic Publishers 245, 247 (1996).

tənzimləmənin effektivliyini təmin edir. Azərbaycan əmtəə nişanı qanunvericiliyində isə, üçüncü şəxslər qeydiyyat üçün iddia sənədi verilmiş əmtəə nişanları haqqında məlumatlı olmadıqları üçün, qorunacaq mənafe də dar çərçivədə mövcud olacaqdır. Hər bir halda qeydiyyat üçün müraciət edilmiş əmtəə nişanı ilə bənzər bir nişan artıq istifadə edilməyə başlayarsa, istifadənin əmtəə nişanı haqqına təcavüz təşkil etdiyi bütün hallarda bu maddə tətbiq olunacaq; ancaq bizim qənaətimiz əmtəə nişanı haqqına təcavüzün belə bir formasının artıq bazarda mövcud olan əmtəə nişanlarına dair haqlara təcavüzdən daha az qarşılacağımız hal olduğu yönündədir.

II. Azərbaycan əmtəə nişanı hüququnda qarışdırılma ehtimalı

A. Əmtəə nişanının qeydə alınmasından imtinanın mütləq və digər əsasları

İmtinanın mütləq əsasları elə əsaslardır ki, qeydiyyatı üçün müraciət edilmiş əmtəə nişanı hər hansı üçüncü şəxsin etirazına ehtiyac qalmadan Patent İdarəsi tərəfindən təkbaşına yoxlanılaraq qeydiyyatdan imtina üçün bu əsaslar aşkar edildiyi zaman imtina edilir. Əmtəə Nişanı Qanununun 5-ci maddəsində sadalanan qeydiyyatdan imtina üçün mütləq əsaslar Patent İdarəsi tərəfindən təkbaşına yoxlanılan əsaslar olub maddənin sonuncu bəndindəki bənd istisna təşkil edir.

Əmtəə Nişanı Qanununda əmtəə nişanının qeydiyyatından imtina üçün mütləq əsaslardan başqa digər əsaslar 6-cı maddədə sadalanmışdır. Sözü gedən maddə kifayət qədər fərqli bir qoruma dairəsi müəyyən edərək, beynəlxalq sazişlərdə istifadə olunan “nisbi əsaslar” yerinə “digər əsaslar” ifadəsindən istifadə etmişdir. Digər əsasların beynəlxalq sazişlərdə sadalanan nisbi əsaslarla müqayisədə səciyyəvi cəhəti bu əsasların da Patent İdarəsi tərəfindən üçüncü şəxslərin etiraz və ya şikayətlərinə müvafiq olaraq deyil, təkbaşına yoxlamasıdır. Belə olan halda, digər əsaslar da praktiki baxımdan bir mütləq əsas xüsusiyyəti daşıyır; ancaq onlardan fərqli olaraq, digər əsasların tətbiqi ilə bir əmtəə nişanının qeydiyyatına maneə törədə bilməsi üçün əmtəə nişanının qeydiyyatı üçün müraciətdən əvvəl yaranmış və həmin əmtəə nişanı üzərində üçüncü bir şəxsə məxsus haqq mövcud olmalıdır. Başqa sözlə, mütləq əsaslar əmtəə nişanının özünəməxsus quruluşundan irəli gələn əsaslar olduğu halda, digər əsaslar əmtəə nişanı üzərində öncədən mövcud olan bir haqdan qaynaqlanır. Beləliklə, Əmtəə Nişanı Qanunu qeydiyyata qədərki müddət üçün üçüncü şəxsləri etiraz və ya şikayət prosedurlarından uzaq tutduğu kimi, haqlı olaraq, “nisbi əsaslar” yox, “digər əsaslar” ifadəsindən istifadə etmişdir. Bununla belə, biz ticari və iqtisadi fəaliyyətin qoruna bilməsi üçün üçüncü şəxslərin də bu və ya digər şəkildə əmtəə nişanlarının qeydiyyata alınması üçün ilkin və əsas yoxlama

mərhələlərində iştirakının təmin olunmasının, bülletenlərin sadəcə qeydiyyatı təsdiq edilmiş əmtəə nişanlar üçün deyil, həm də qeydiyyat üçün müraciət olunmuş əmtəə nişanlar üçün hazırlanıb nəşr edilməsinin bir metod kimi tətbiqinin tərəfdarıyıq.

B. Qarışdırılma ehtimalının mütləq və digər imtina əsasları arasında yeri

Qarışdırılma ehtimalı bir əmtəə nişanı ilə eyni və ya ayırd edilə bilməyəcək qədər bənzər əmtəə nişanlarının eyni və ya bənzər mal və ya xidmətlərdə istifadəsi zamanı ortaya çıxır. Əgər qarışdırılan əmtəə nişanlarından biri özünə xas xüsusiyyətlərdən birinə, digər əmtəə nişanlardan ayırd ediciliyə sahib deyilsə, yaxud ayırd edicilik zəif səviyyədədirsə, deməli qarışdırılma ehtimalı mövcuddur. Əmtəə nişanı üçün başlıca cəhət onun ayırd ediciliyi olmalıdır, hətta məhkəmələr əmtəə nişanlarının tanınmışlığını yoxlayarkən bu tanınmışlığın onun ayırd ediciliyi ilə nə dərəcədə əlaqəli olduğunu da nəzərə alırlar.¹⁵ Azərbaycan əmtəə nişanı hüquq doktrinasında bu məsələyə münasibət əmtəə nişanının orijinallığının olmaması ilə əlaqələndirilmiş və orijinallıq ifadəsinin Əmtəə Nişanı Qanununda istifadə olunmamasına baxmayaraq, Əmtəə Nişanı Qanunu üçün bir əmtəə nişanında axtarılan başlıca xüsusiyyət olduğu yönündədir. Orijinallıq mal və ya xidmətləri fərdiləşdirmək qabiliyyətidir.¹⁶

Türk Yeni Sənaye Mülkiyyəti Qanununun mütləq imtina əsaslarını tənzimləyən 5-ci maddəsinin eyni və ya eyni növ mal və ya xidmətlərlə əlaqədar olaraq qeydiyyata alınmış və ya daha əvvəlcədən qeydiyyat üçün müraciət edilmiş əmtəə nişanı ilə eyni və ya ayırd edilə bilməyəcək qədər bənzər əmtəə nişanların qeydiyyata alınma bilməyəcəyindən bəhs edən 5/ç bəndi Azərbaycan Əmtəə Nişanı Qanunundakı mütləq imtina əsasları arasında tənzimlənməmiş, qarışdırılma ehtimalının bu növünə digər imtina əsasları arasında, 6-cı maddənin "a" bəndində yer verilmişdir. Bu ehtimalın yoxlanılması da aydın olduğu üzrə, Patent İdarəsinə aiddir.

Yuxarıda araşdırdığımız maddələrdən və müqayisəli hüquqdan da aydın olduğu qədər Azərbaycan əmtəə nişanı hüququnda üçüncü şəxslər onların əmtəə nişanları ilə eyni və ya ayırd edilə bilməyəcək qədər bənzər əmtəə nişanlarının eyni və ya bənzər mal və ya xidmətlərdə, yəni rəqib olduğu sahələrdə qeydiyyatının istənilədiyi hallarda, bu iddialar bülletəndə elan olunmadığı üçün xəbərdar ola və qeydiyyata əngəl ola bilməzlər. Xüsusilə qeyd etməyi lazım bilirik ki, bu etirazların qeydiyyat üçün müraciət mərhələsində hüququ pozulma təhlükəsi qarşısında qalan əmtəə nişanının

¹⁵ Mathias Strasser, *The Rational Basis of Trademark Protection Revisited: Putting the Dilution Doctrine into Context*, *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.*, 408-409, (2006).

¹⁶ *Yuxarıda istinad* 7, 480.

gerçək sahibi belə müraciətdən hər hansı bir yolla xəbərdar olsa belə, sadəcə inzibati icraat qaydasında müraciəti yox, həm də müraciətin yekunu olaraq verilən qərarı mübahisələndirə bilər. Belə etiraz və şikayətlər ya məhkəmə qaydasında, ya da inzibati icraatın ümumi qaydaları çərçivəsində Apellyasiya Şurasına müraciətlə həyata keçirilməlidir. Belə bir tənzimləmə qaydası isə, sözsüz, əmtəə nişanı haqqına təcavüz edən və qarışdırılma ehtimalı yaradan eyni və ya ayıd edilə bilməyəcək qədər bənzər əmtəə nişanlarının asanlıqla qeydiyyatla alınmasına yol açır. Eyni hallar etiraz və ya şikayət prosedurunu izləyən əmtəə nişanının gerçək sahibi tərəfindən inzibati prosessual hüququn qaydalarına müvafiq şəkildə müvəqqəti müdafiə tədbiri istənilmədiyi hallarda həmçinin haqsız rəqabət yarada bilər.

Türk Yeni Sənaye Mülkiyyəti Qanununun nisbi imtina əsaslarını tənzimləyən 6-cı maddəsinin 1-ci maddəsində, habelə 7-ci maddəsinin 2/a bəndində haqqında bəhs edilən “xalq tərəfindən əlaqələndirilmə ehtimalı” ifadəsi (başqa əmtəə nişanları ilə qarışdırılmasa da, onlar arasında bir şirkət və ya xidmət səviyyəsində əlaqənin mövcud olması zənninə qapılma) Azərbaycan Əmtəə Nişanı Qanununda istifadə olunmamışdır. Buna baxmayaraq, fikrimizcə, qeydiyyat üçün iddiaların yoxlanılması və ya qeydiyyatdan sonra üçüncü şəxslərin etirazlarının Patent İdarəsi və ya məhkəmədə nəzərdən keçirilməsi zamanı əmtəə nişanının qarışdırılma ehtimalı və dolayısı olaraq, haqsız rəqabət yaradıb yaratmadığını müəyyən edərkən xalq tərəfindən qarışdırılma ehtimalı Əmtəə Nişanı Qanununun 25-ci maddəsinə əsasən, mütləq diqqətə alınmalı və belə ehtimal varsa, qeydiyyat əngəllənməli, bu mümkün deyilsə, qeydə alınmış əmtəə nişanının qeydiyyatı müvafiq səlahiyyətli orqanın və yaxud məhkəmənin qərarı ilə etibarsız hesab olunmalıdır.

C. Qarışdırılma ehtimalının yoxlanılmasının təcrübi aspektləri

Əmtəə Nişanı Qanununda qarışdırılma ehtimalından qeydiyyatdan imtina əsasları arasında dolayısı olaraq bəhs edilsə də, bu Qanunun 25-ci maddəsində qarışdırılma ehtimalı ifadəsindən istifadə olunmuşdur. Maddənin 2-ci bəndinə əsasən, Qeydiyyatla alınmış əmtəə nişanının sahibi razılıq olmadan ona məxsus əmtəə nişanının əhatə etdiyi əmtəə və ya xidmətlərlə eyni, yaxud onlara oxşar əmtəə və ya xidmətlər üçün eyni və ya oxşar əmtəə nişanından (işarədən) üçüncü şəxsin ticarətdə istifadə etməsinin qarşısını almaqda müstəsna hüquqa malikdir (əgər belə istifadə nəticəsində əmtəə və ya xidmətlərin *qarışdırılma ehtimalı* yaranırsa). Qarışdırılma ehtimalının təbiəti etibarilə ortaya çıxdığının prezumpsiya edildiyi an – qeydiyyatla alınmış əmtəə nişanı ilə eyni əmtəə nişanının eyni mal və ya xidmətlərdə istifadə olunması halı Əmtəə Nişanı Qanununda açıq şəkildə təsbit edilmişdir. Yəni TRIPs Sazişinin 16-cı maddəsindəki - eyni mal və ya xidmətlər üçün eyni işarənin istifadə

olunmasının qarışdırılma ehtimalının yaratdığı prezumpsiyasına olduğu kimi Əmtəə Nişanı Qanununun 25. maddəsində yer verilmişdir.

Bununla belə, Əmtəə Nişanı Qanununda qarışdırılma ehtimalının yoxlanılması zamanı kimlər tərəfindən əmtəə nişanlarının qarışdırılmasına diqqət edilməli olduğu, bütün xalqın, yoxsa cəmiyyətin maraqlı şəxslər dairəsinin fikrinin əsas götürüləcəyi məsələsi təsbit edilməmişdir. Belə olduğu halda, qeydiyyatdan keçmiş əmtəə nişanının sahibinə təqdim olunan qoruma dairəsinin uc nöqtələrini müəyyənləşdirmək üçün praktikaya, xüsusilə məhkəmə qərarlarına nəzər yetirmək tələb olunur.

Birinci instansiya məhkəmə qərarlarının birinin mövzusu olmuş bir mübahisədə, iddiaçı qismində çıxış edən sement bazarında tanınan və qeydiyyatdan keçmiş "AZBENTONİT" əmtəə nişanının sahibi "Garant İnşaat Sənaye" Ltd cavabdeh "Laçın-1" müəssisəsi tərəfindən istehsal olunan və yenidən qeydiyyatdan keçmiş "AZBETON" əmtəə nişanlı sementlərin Əmtəə Nişanı Qanununun 25-ci maddəsinə uyğun olaraq, satışının əngəllənməsini və əmtəə nişanının etibarsız elan edilməsini məhkəmədən istəmişdir. Cavabdeh şirkətin sement kisələrinin üzərindəki təsvirlərin oxşar olmadığını və "AZBETON" əmtəə nişanının Patent İdarəsi tərəfindən qeydiyyatdan keçmiş əmtəə nişanı olduğunu bildirməsinə baxmayaraq, Azad İstehlakçılar Birliyinin məsələyə münasibətinə uyğun şəkildə yekun qərar verən 1 sayılı Bakı İnzibati-İqtisad Məhkəməsi "AZBETON" əmtəə nişanlı sement kisələrinin üzərindəki yazı tipinin və rəngin "AZBENTONİT" əmtəə nişanındakı ilə eyni olduğunu və bu oxşarlıq ucbatından istehlakçıların əmtəə nişanlarını qarışdıracaqları nəticəsinə gəlmişdir. Qarışdırılma ehtimalının yoxlanılması Azad İstehlakçılar Birliyinin sement kisələrinin müştəriləri və istehlakçıları arasında həyata keçirdiyi sorğu ilə həyata keçirilmiş və istehlakçıların əksəriyyəti bu qarışdırılmanın sement kisələrinin rəngi və dizaynından qaynaqlandığını bildiriblər. Bundan əlavə, iddiaçı tərəf "AZBETON" əmtəə nişanının 18.03.2016 tarixli qeydiyyat şəhadətnaməsində sadəcə 19-cu mal və xidmət sinfində sement malları üçün qeydiyyatın tanındığını bildirərək, əmtəə nişanının nə rənginin, nə də qorunan ünsürlərin ayrıca müəyyən olunduğunu, buna görə də bu əmtəə nişanının "AZBENTONİT" əmtəə nişanının rənglərində dizaynı və paketlənməsinin, o cümlədən istifadəsinin əmtəə nişanına təcavüz təşkil etdiyini, dolayısı ilə haqsız rəqabət də yaratdığını irəli sürmüşdür. 1 sayılı Bakı İnzibati-İqtisad Məhkəməsinin yekun qərarı da bu istiqamətdə olub cavabdeh tərəfin "AZBETON" əmtəə nişanlı sement kisələrinin hər hansı bazarda satışını qadağan etmiş və dizaynın dəyişdirilməsi üçün xəbərdarlıq etmişdir. Fikrimizcə, əmtəə nişanları arasında vizual qarışdırılma sadəcə dizayn və rənglərdə deyil, eyni zamanda əmtəə nişanının adında və bu adın yazı tipindən qaynaqlanan bir qarışdırılma olduğu üçün və daha əvvəlki tarixdə qeydiyyatdan keçmiş "AZBENTONİT" əmtəə nişanı bazarda müəyyən bir tanınmışlıq səviyyəsinə çatdığına görə qarışdırılma ehtimalı daha yüksək

həddə çatdığı üçün, habelə sement istehlakçısı olan müştəri qrupunun sement alanda diqqət yetirdiklərinin əmtəə nişanının keyfiyyətinin onun adı ilə əlaqələndirdikləri üçün əmtəə nişanlarına eyni məsafədə olduqlarını nəzərə alsaq, məhkəmənin qərarı düzgün olmuşdur. Əmtəə nişanının qeydiyyat şəhadətnaməsindəki məlumatlar, rəng və əmtəə nişanının adındakı əlavə elementlərin qoruma çərçivəsinə alınmaması da cavabdehin əmtəə nişanının zəif əmtəə nişanı olduğunu və asanlıqla haqsız rəqabət yarada biləcəyini göstərir. Qeydiyyat şəhadətnaməsində sadəcə adı qorunan bir əmtəə nişanı istənilən dizaynı seçərək əmtəə nişanından istifadə edə bilməz; ancaq əlbəttə ki, əmtəə nişanının adı və rəngli dizaynı ilə birlikdə qeydiyyata alınaraq qorunduğu hallar istisna təşkil edir.

“AZBENTONİT” əmtəə nişanı ilə əlaqədar məhkəmə mübahisələrinə dair ortaya çıxan başlıca problem bu mübahisədə hər iki əmtəə nişanının qeydiyyata alınmış əmtəə nişanı olmasıdır. Çünki qeydiyyata alınmış bir əmtəə nişanının qarışdırılma ehtimalı yaratması, başqa bir əmtəə nişanı haqqına təcavüz etməsi qəbul edilə bilməz. Xüsusilə də, yuxarıda qeyd etdiyimiz kimi, üçüncü şəxslər qeydiyyat prosedurlarından kənar qaldıqları üçün, Patent İdarəsinin nəzərindən qaçan və qeydiyyata alınan əmtəə nişanlarının etibarsız elan edilməsində ciddi problemlər ortaya çıxa bilər. Türk əmtəə nişanında Ali Məhkəmə qərarları ilə artıq bir presedent formalaşdırmış görüşə görə, qanuni qeydiyyata alınmış əmtəə nişanı başqa əmtəə nişanı haqqına təcavüz etməz, buna görə etibarsız elan oluna bilməz.¹⁷ Ona görə də, qeydiyyatlı əmtəə nişanını mübahisələndirə bilmək üçün onun qeydiyyatına zidd şəkildə istifadə olunduğunu sübut etmək gərəkdir.

Sement sənayesində məhkəmə mübahisəsinə mövzu olmasa da, cəmiyyətlə, xüsusilə mediada Azad İstehlakçılar Birliyi tərəfindən mübahisələndirilən əmtəə nişanları mövcuddur. Sement sənayesində Azərbaycanda artıq müəyyən bir tanınmışlıq səviyyəsinə çatmış “GARADAGH” əmtəə nişanı ilə qarışdırılma ehtimalı yaradan “ARADAGH” və “GARLIDAGH” əmtəə nişanlı sement kisələri bazara yayılmış və bu sui-istifadə mediada tənqid edilmişdir. Qarışdırılma ehtimalı olan və haqsız yarar yaradacaq oxşar əmtəə nişanlarına sement bazarının digər məşhur əmtəə nişanı “MƏTANƏT A”-ya bənzər olan “MƏHARƏTLİ AB” və “MƏTANƏTLİ AB” nümunələri verilə bilər. Azad İstehlakçılar Birliyinin hərəkətə keçməsi ilə bazardan çıxarılan “MƏHARƏTLİ AB” əmtəə nişanındakı əsas ünsürü ifadə edən sözün mənası aydın olduğu kimi, “MƏTANƏT A” əmtəə nişanındakından fərqlidir. Bununla belə, əmtəə nişanları arasında vizual və fonetik səslənmə bənzərliyi və sement kisələrinin üzərindəki dizayn, rənglər, yazı tipi, forması əmtəə nişanları arasında qarışdırılma ehtimalı olduğunu göstərən faktorlardır. Bundan əlavə,

¹⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.1990/2999, K.1991/4754, T.23.09.1991, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

fikrimizcə, əmtəə nişanlarının eyni növdən olan mallar üçün istifadə olunması da vizual və səslənmədəki oxşarlıqla birlikdə qarışdırılma yaradan amillərdəndir. Yuxarıdakı nümunələrdəki sement kisələrinin alıcıları daha çox aldığı məhsulun keyfiyyətinə diqqət yetirən ustalar və inşaat mühəndisləri olmalarına baxmayaraq, onlar bu iki məhsul arasında seçim edərkən, fərqli amma oxşar məhsullar olaraq deyil, eyni şirkətin “AB” sinfindən məhsulu olaraq qəbul edib “MƏHARƏTLİ AB” sementini seçə bilirlər. Əlbəttə, “MƏTANƏT A” əmtəə nişanının ölkə daxilindəki tanınmışlığı da qarışdırılma ehtimalının yüksək olmasına təsir göstərir.

Bakı Apellyasiya Məhkəməsində görülmüş yeni tarixli mübahisələrdən birində iddiaçı “189 Taksi Xidməti” MMC, cavabdeh Patent İdarəsinə qarşı üçüncü şəxs “Call Center” MMC leyhinə verilmiş Bakı İnzibati-İqtisad Məhkəməsinin qərarından apellyasiya şikayəti vermişdir.¹⁸ Bu məhkəmə mübahisəsində qeydiyyata alınmış “189 Taksi Xidməti” əmtəə nişanına qarşı “Call Center” şirkət tərəfindən Patent İdarəsinin Apellyasiya Şurasına əvvəlcə etiraz edilmiş, etirazın nəticəsində Şuranın 11.11.2015 tarixli qərarı ilə əmtəə nişanının qeydiyyatı etibarsız elan edilmiş, etibarsız elan olunma haqqında qərarı 1 sayılı Bakı İnzibati-İqtisad Məhkəməsində mübahisələndirən taksi xidməti şirkəti mübahisəni yenə uduzmuşdur. Yerli məhkəmə “Call Center” tərəfindən 2009-cu il tarixindən bəri istifadənin əmtəə nişanının tanınmış olması nəticəsinə gələ bilmək üçün yetərli hesab etmiş və qeydiyyatı etibarsız elan etmişdir.

Apellyasiya Məhkəməsinə təqdim olunan sübutlarda iddiaçı tərəf “Call Center” şirkətinin iddiaçının qeydiyyatına alınmış əmtəə nişanındakı qrafik işarənin eynisini taksi xidmətində yox, taksi xidməti göstərən şirkətlər üçün çağrı mərkəzi xidməti üçün istifadə olunduunu bildirmiş və həm də şirkət adı olan əmtəə nişanındakı sözlərin başqası tərəfindən əmtəə nişanı olaraq istifadə edilə bilməyəcəyini irəli sürmüşdür. İddiaçıya görə, mübahisəyə üçüncü şəxs kimi daxil olan “Call Center” MMC-nin istifadə etdiyi təsvirlər sabit olmayıb davamlı dəyişmiş, ona görə də əmtəə nişanları arasında qarışdırılma ehtimalı yaradan hər hansı bənzərlik yoxdur. Bundan əlavə, iddiaçı üçüncü şəxsin reklam jurnallarında əmtəə nişanını istifadə etməsinin sadəcə 189 nömrəli telefona zəng edərək taksi çağırmağa təşviqdən ibarət olduğu, başqa bir istifadənin mövcud olmadığını bildirmiş və qeydiyyat şəhadətnaməsində öz əmtəə nişanının ədəd hissəsinin sözlərlə birlikdə qorunduğunu məhkəmənin nəzərinə çatdırmışdır.

Apellyasiya Məhkəməsinin mübahisəyə münasibətinə görə, diqqətə alınmalı əsas məqamlardan biri Azərbaycan Respublikası Rabitə və Yüksək Texnologiyalar Nazirliyi ilə “Call Center” MMC arasında bağlanan “Nömrə

¹⁸ Bakı Apellyasiya Məhkəməsinin 24 Oktyabr 2016-cı il tarixli 2-1(103)-2315/2016 sayılı qərarı, [http://bakuappealcourt.gov.az/uploads/images/document/Nö_2-1\(103\)-2315-2016_08e865d5992d58b2a9bf46d03149bac0.pdf/](http://bakuappealcourt.gov.az/uploads/images/document/Nö_2-1(103)-2315-2016_08e865d5992d58b2a9bf46d03149bac0.pdf/) (son giriş tarixi 6 Dekabr 2016).

qaynaqlarının ayrılması və istifadəsi" haqqında 25.12.2009 tarixli müqaviləyə əsasən, mübahisədə üçüncü şəxs olan "Call Center" MMC-yə 189 telefon nömrəsi ayrılmışdır. Məhkəmənin qərarında adı verilən 4 reklam jurnalında "Taksi Sifarişi Xidməti 189" kimi həmin üçüncü şəxsin xidməti reklam edilmişdir ki, Məhkəmə bu reklamı əmtəə nişanının istifadəsi üçün yetərli qəbul etmişdir. Qərarla həmçinin üçüncü şəxsin qeydiyyatla alınmayan əmtəə nişanında onun həm "taksi sifarişi", həm də "taksi xidməti" göstərildiyinin aşkar olduğu xatırlanmış, lakin bu ifadələrin əmtəə nişanından müstəqil olaraq qorunmaya sahib olmadığı da qeyd edilmişdir. Məhkəməyə görə, 2009-cu ildən bəri istifadə olunan "189" ədədi artıq ayırd edici elementə çevrilmişdir. Məhkəmə üçün əsas iki kriteriya bu mübahisədə ayırd edici elementin "189" ədədi olduğu və onun davamlı istifadəsi olmuşdur.

Yekun olaraq, Apellyasiya Məhkəməsi iddiaçının əmtəə nişanının Nitsa Sazişinə uyğun olaraq 39-cu xidmət sinfində¹⁹ qeydiyyatla alınacağı halda, "Call Center" MMC-nin qeydiyyatla alınmamış, ancaq istifadə olunmuş əmtəə nişanı ilə eyni və yaxud bənzər xidmət sinfində istifadə olunan eyni əmtəə nişanı olacağı və qarışdırılma ehtimalı yaranacağı ilə əsaslandıraraq, 1 sayılı Bakı İnzibati-İqtisad Məhkəməsinin qərarını dəyişdirmədən saxlamışdır.

Bizim yanaşmamız, tək bir ədəddən ibarət əmtəə nişanlarının qeydiyyatında çətinliklərin yaranmasına baxmayaraq, bu mübahisədə taksi sifarişi xidməti üçün "Call Center" MMC-nin adına qeydiyyatla alınmış telefon nömrəsinin reklam jurnallarında marketinqinin aparılması nəticəsində həqiqətən də, cəmiyyət üçün müəyyən səviyyədə tanınan əmtəə nişanına çevrildiyi üçün, iddiaçının əmtəə nişanı olaraq "189 Taksi Sifarişi Xidməti"-nin qeydiyyatla alınması xalq arasında qarışdırılmaya və iddiaçının haqsız rəqabət nəticəsində haqsız gəlir əldə etməsi ilə nəticələnəcəyi istiqamətindədir.

Haqqında bəhs etmək istədiyimiz və bazarda qarışdırılma ehtimalı yaradan digər bir hal çipsi istehsalında yeni sayıla biləcək Azərbaycan əmtəə nişanı "LİSS" və tanınmış əmtəə nişanı olan "LAY'S" nümunəsində göstərilə bilər. Mediada daha çox üzərində durulmuş bu məsələ əslində, məhsulların paketlərinin üzərindəki təsvirlərin ayırd edilməyəcək qədər oxşar olmasında cəmləşib. "LİSS" əmtəə nişanı Azərbaycanda "Arzuna" MMC tərəfindən bazara təqdim olunan çipsi markası, qarışdırılan əsas əmtəə nişanı olan "LAY'S" isə 1965-ci ildən bəri PepsiCo-nun sahiblik etdiyi Frito-Lay şirkətinin dünyada məşhur, tanınmış əmtəə nişanıdır. Mediada irəli çəkilən əsas bənzərliklər paket üzərindəki əmtəə nişanı adının qırmızı romb içərisində yazılması, "L" hərfinin yazı stili və əmtəə nişanları arasında fonetik səslənmə

¹⁹ Nitsa Sazişinin 39-cu xidmət sinfinin orijinal mətni üçün baxın, http://web2.wipo.int/classifications/nice/nicepub/en/fr/edition-20160101/taxonomy/class-39/?pagination=no&lang=en&mode=flat&explanatory_notes=show&basic_numbers=show/, (son giriş tarixi 6 Dekabr 2016).

oxşarlığının olmasıdır. Məqalədə xüsusilə vurğulanan məqamlardan biri bu məhsulların alıcı qrupudur.

Fikrimizcə də, burada diqqətimizi çəkməli olan əsas xüsusiyyət bu əmtəə nişanının istifadə olunduğu məhsulların alıcılarının geniş kütləsinin uşaqlardan ibarət olduğu, uşaqların bu iki əmtəə nişanını nə dərəcədə qarışdırdığıdır. Bu nümunədə, əmtəə nişanı haqqına təcavüzün ən geniş yayılmış formalarından biri olan bənzər paketləmə, fərqli sözlərin istifadə olunması ilə birlikdə oxşar dizayn və paketlərdən istifadə mövcuddur. Haqqında məhkəmə mübahisəsi irəli sürülməyən bu əmtəə nişanından istifadə əmtəə nişanı haqqına təcavüzlə birlikdə haqsız rəqabət yaradaraq ümumilikdə ticari və iqtisadi fəaliyyətə ziyan vurur.

Nəticə

Azərbaycan Respublikasında əmtəə nişanlarını tənzimləyən yeganə qanun olan Əmtəə Nişanı Qanunu bu günün iqtisadi vəziyyəti və terminlərin verdiyi mənə nöqtəyi-nəzərindən fərqli anlaşıla biləcək “əmtəə nişanı” (trademark) terminindən istifadəni uyğun görmüşdür. Xidmət nişanlarının da əmtəə nişanı olaraq qəbul edildiyini nəzərə alsaq, qarışıqlığın ortaya çıxmaması üçün “əmtəə nişanı” yerinə “nişan” termini, bizim fikrimizə görə, daha məqsədəuyğun olacaq.

Əmtəə Nişanı Qanunda üçüncü şəxslərin etiraz prosedurlarından uzaq tutulması qarışdırılma ehtimalı yarada biləcək əmtəə nişanlarının asanlıqla qeydiyyata alınmasına gətirib çıxaran amillərdən biridir. Yalnız qeydiyyat üçün edilən müraciətdən xəbərdar olan üçüncü şəxslər inzibati icraatın ümumi qaydaları çərçivəsində və ya məhkəmə yolu ilə haqlarını tələb edə bilərlər.

Azərbaycan əmtəə nişanı qanunvericiliyində qarışdırılma ehtimalı müraciətdən imtinanın digər əsasları arasında tənzimlənmişdir. Başqa sözlə, qarışdırılma ehtimalı Patent İdarəsi tərəfindən Əmtəə Nişanı Qanununun 6-cı maddəsinə müvafiq olaraq, təkbəşinə yoxlanılan elementdir. Qarışdırılma ehtimalının yoxlanılmasında fikri əsas alınan tək qurum Patent İdarəsi və onun daxilindəki ekspertiza şöbələridir. Qarışdırılma ehtimalının nəzərdən keçirilməsi zamanı məhkəmə qərarlarındakı ümumi əmtəə nişanıdakı sözlərin eyni və ya ayırd edilməyəcək qədər bənzərliyindən əlavə, paketlərin dizaynı, forması və məhsulların istiqamətləndiyi istehlakçı qrupu tərəfindən nə dərəcədə qarışdırılma ehtimalının yaranacağıdır. Qanun mətnində açıq şəkildə “xalq” və ya “cəmiyyətin maraqlı şəxslər dairəsi” ifadələrinə yer verilməsə də, məhkəmə qərarlarına baxdığımız zaman, kriteriya olaraq cəmiyyətin maraqlı şəxslər dairəsinin qəbul edildiyinin şahidi oluruq. Yəni qismi bir qarışdırılma da qarışdırılma ehtimalının var olduğunu təsbit etmək üçün kifayətdir. Ümumi olaraq, Azərbaycan əmtəə nişanı hüquq doktrinası və məhkəmə qərarlarında dəyərləndirmə üçün əsas alınan xüsusiyyətlər

əmtəə nişanının orijinallığı, tanınmışlığı və hər bir əmtəə nişanının özünəməxsus istehlakçı qrupunda necə qəbul edilməsi səviyyəsidir.

Gülnaz Salmanova*

“Tanrının işi” iflas prosesində**Annotasiya**

Anderrayting, Birləşmə və Qoşulma kimi fəaliyyətləri əsas istiqaməti olan investisiya bankçılığı vasitəçilik xidməti ilə nəinki bankçılıq sektorunda, bütünlükdə dünyə iqtisadiyyatında spesifik yer tutur. Məqalədə investisiya banklarının iflas prosesi və iflasına aparan səbəblər araşdırılmışdır. Bununla bağlı ex-post və ex-ante halında iflas normaları üçün müəyyənləşdirilməli olan əsas amillər açıqlanmışdır. 2007-2008-ci illərin global maliyyə böhranında investisiya banklarının oynadığı rol, “bata bilməyəcək qədər böyük” konsepti, dövlətin bu bankların iflasında və qurtarılmasında yeri və səbəbləri diskussiya edilmişdir. Sonda isə, böhrandan çıxarılan dərsələr, Dodd-Frank Uoll Strit Reformu və İstehlakçıların Hüquqlarının Qorunması Qanunu və Volcker Rule-dan doğan nəticələr analiz edilmişdir.

Abstract

Investment banking that includes traditional activities such as underwriting and Mergers & Acquisitions, with its intermediary function, is a pinnacle not only in banking system, also in global economy. The bankruptcy process of investment banking and related reasons were researched. The legal factors that should be determined for bankruptcy standards were clarified. Moreover, the role of investment banks in 2007-2008 global financial crisis, “too big to fail” concept, the position of government during the process of bank bankruptcy and bank bailouts were discussed. Finally, lessons from financial crisis, the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act and implications of Volcker Rule have been analysed.

Mündəricat

Giriş	209
I. İntestisiya bankçılığı nədir? Ənənəvi bankçılıq?	212
II. İntestisiya banklarının iflas prosesi	218
III. Dodd-Frank Qanunu və Volcker Rule: İntestisiya banklarının yeni dövrü	227
Nəticə.....	229

Giriş

İntestisiya bankları öz fəaliyyət istiqamətində istiqrazların alğı-satqısı ilə yanaşı, öz biznesini yaratmaq istəyən şəxslərə yatırımlar edir və bu sahədə məsləhətlər verir, texniki yardımlar göstərir, şirkətlərin birləşməsini, özəlləşdirilməsini və yenidən qurulmasını həyata keçirir, bununla bağlı təkliflərini verir, maliyyə ehtiyaclarını ödəmək məqsədilə səhmlərin alğı-

* Bakı Dövlət Universiteti, Hüquq fakültəsi, 3-cü kurs, 1436-cı qrup tələbəsi.

satqısında vasitəçi rolunu oynayır və razılaşıdırılmış qiymətə satılacağına zəmanət verir. Həmçinin, şirkətlərin maliyyə planları, daxili strukturu və digər məsələlərlə bağlı müsahibəlik xidmətləri göstərir. Məhz bu səbəblərlə bağlı olaraq, investisiya bankları öz sektorunda daim diqqət mərkəzində olurlar.

İnvestisiya banklarının səmərəliliyinin düzgün olaraq qiymətləndirilməsinə olan ehtiyac müxtəlif səbəblərlə izah edilir. Birincisi, investisiya bankları şirkətlər, hökumət və investorlar üçün açıq və ya özəl maliyyə əməliyyatları həyata keçirdiklərinə görə bir çox tərəfdaşa sahibdirlər. Fəaliyyət səmərəliliyinin qeyri-dəqiq qiymətləndirilməsi performans analizlərinin obyektivliyini sual altına sala bilər və dolaylı yolla da maliyyə çətinliklərini ört-basdır etməklə, bütün tərəfdaşlar üçün mənfi nəticələrə gətirib çıxara bilər. İkincisi, investisiya bankçılığı ən universallaşan sahələrdən biridir: müxtəlif ölkələrdən investisiya bankları bütün ölkədəki müştəriləri qazanmaq uğrunda bir-birləri ilə rəqabətə aparır. Bu səbəblə, investisiya banklarının səmərəliliyi qiymətləndirilərkən milli bankinq bazarına fokuslanmaq əvəzinə məsələyə ümumdünya perspektivindən yanaşmaq lazımdır. Üstəlik, bu bankçılıq risk daşıma (risk-taking) və risk transferi (risk-transferring) xidmətlərinə əsaslanan qarışıq bir biznesdir. Buna görə, risklərin düzgün qiymətləndirilməsi bu bankların səmərəliliyinin müəyyənləşdirilməsində vacib rol oynayır. Son olaraq, investisiya bankçılığı gəlirə əsaslandırılmış bir biznesdir. Xərclərin idarə edilməsi hər zaman insan resurslarının hakimiyyəti altındadır və İT, qlobal infrastruktur, məhsul platformalarına qoyulan investisiyalardan təsirlənmişdir. Bununla da, xərclər və gəlirlər arasındakı münasibətlərdən doğan problemlərlə gündəmə gəlir ki, bank aspektindən baxdıqda onların xərc bazasını zaman içərisində gəlir yaratma potensialı ilə uyğunlaşa biləcəyi görünür.

Ümumi çərçivədən nəzər yetirdikdə, banklar protsiklik davranışa meyilli olurlar. Belə ki, iqtisadiyyatın yaxşı günlərində olmalı olduğundan daha çox riskə gedirlər, məsələn, bu, aşağı standartlarla həddindən artıq kredit verilməsi ilə baş verir. Pis vaxtlarda isə, onlar qəti dəyişikliklərə gedərək, kredit verməyi maksimum azaldırlar: bunu bütün banklar eyni zamanda etdiyində böhran daha da dərinləşir. İflas prosesinin mahiyyətindən, bankların bundan nə dərəcədə təsirlənib-təsirlənmədiyindən və ya kapitalla ehtiyacının olub-olmamasından asılı olmayaraq, onlar böhran ərəfəsində kredit standartlarını daraldaraq, ekspansiya halında isə bu standartları genişləndirirlər.

Buna baxmayaraq, 2007-ci ildə ABŞ-da baş verən iqtisadi böhranın ən ağır fəsadlarından biri də ən böyük investisiya banklarının müflisləşməsi və iflası oldu. 2008-ci ilin 15 sentyabrında ən böyük investisiya banklarından biri olan Lehman Brothers öz hissələrini Barclays-a satmış, məhkəmə isə İflas

Məcəlləsinin 11-ci Fəslinin müddəalarına əsaslanılaraq iflası rəsmiləşmişdir.¹ ABŞ-ın 5-ci ən böyük investisiya bankı olan Bear Stearns-ın ipoteka təminatlı istiqrazları onun çöküşünü gətirdikdən sonra JP Morgan Chase investisiya bankı tərəfindən səhm başına 10 dollara qədər endirilmiş bir qiymətlə satın alınır, 30 milyard dollara qədər azalmış sərvəti Federal Ehtiyat Sistemi tərəfindən iflasdan qurtarılır.² Merrill Lynch isə Amerika Bankının tərkibinə qatılmışdır. Bunun davamında Morgan Stanley və Goldman Sach da müflisləşərək investisiya bankçılığı fəaliyyətini dayandırmış, hissələri satılaraq bank holding şirkəti kimi fəaliyyətə başlamışdır. Baş verən hadisələr Uoll Stritin dayaqlarını bir neçə ay içərisində alt-üst etmişdi.

Bu müddət ərzində ABŞ investisiya banklarını iflasdan qurtulmaq üçün göstərdiyi yardımlarla yanaşı, iqtisadi böhrandan doğan nəticələri aradan qaldırmaq, açıq şəkildə özünü biruzə verən səhvləri düzəltmək məqsədilə qanunvericilikdə də dəyişikliklərə gedir. 2013-cü ilin dekabrında 5 federeal agentliyin – Federal Rezerv Bankının, Federal Depozitlərin Sığortalanması Korporasiyası³, Birja və Qiymətli Kağızlar üzrə Komissiya⁴, Valyuta Yoxlanması İdarəsi⁵, Əmtəə Fyuçərlərinin Ticarət Komissiyası⁶ kollegiyaları tərəfindən, həmçinin Federal Ehtiyat Sisteminin keçmiş sədri Paul Volcker-in adı ilə “Volcker Qanunu” kimi tanınan Dodd-Frank Uoll Strit Reformu və İstehlakçıların Hüquqlarının Qorunması Qanununun⁷ 619-cu maddəsi üzərində son dəyişikliklər edilir. Bu qanunda irəli sürülən əsas motiv bankçılıq fəaliyyəti ilə investisiya bankçılığı fəaliyyətinin bir-birindən ayrılmasından ibarətdir. Təklif edilən əsas qadağalar isə bunlardır: birbaşa və ya dolaylı yollarla kapital əldə etmək, partnyorluq və qanunun yol verdiyi hallar istisna olmaqla digər mülkiyyət maraqları və ya gizli sərmayə sponsorluğu, həmçinin investisiya və ya özəl sərmayə ilə özəlləşdirmə, sponsorluq, məsləhət vermə və menecmentlik kimi vasitəçilik xidmətlərinin həyata keçirilməsi.⁸

¹ Kenneth Ayotte & David A. Skeel, Jr., *Bankruptcy or Bailouts?*, 35 *The Journal of Corporation Law*, 469, 481 (2010).

² *The Financial Crisis of 2008: Year In Review 2008* (2009), <https://www.britannica.com/topic/Financial-Crisis-of-2008-The-1484264> (son baxış Sent 15, 2016).

³ *İngiliscə*: Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC).

⁴ *İngiliscə*: Securities and Exchange Commission (SEC).

⁵ *İngiliscə*: Office of the Comptroller of the Currency (OCC).

⁶ *İngiliscə*: The Commodity Futures Trading Commission.

⁷ *İngiliscə*: Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act.

⁸ *A Closer Look the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act. The Volcker Rule Proposal: Regulator Propose Restrictions on “Covered Funds”* (2011), 2, <http://www.pwc.com/us/en/financial-services/regulatory-services/publications/assets/closer-look-volcker-covered-funds.pdf> (son baxış Sent 15, 2016).

I. Investisiya bankçılığı nədir? Ənənəvi bankçılıq?

Investisiya bankçılığı modern dünya iqtisadiyyatında maliyyə sektorunun əsas hissəsini təşkil edən, olduqca gəlirli olmasına baxmayaraq böyük risklər tələb edən bir məşğuliyyətdir. 1933-cü ildə “bank aktivlərindən daha səmərəli istifadə və təhlükəsizliyi təmin etmək, banklararası münasibətləri tənzimləmək, spekulativ əməliyyatlar zamanı yeyintinin qarşısını almaq və digər məsələləri tənzimləmək məqsədilə” ABŞ-da qüvvəyə minən Glass-Steagall Aktı ilə kommersiya və investisiya bankları bir-birindən ayrılaraq müstəqil fəaliyyət göstərməyə başladılar:⁹ artıq hər bir bankın göstərdiyi xidmət növləri qanunvericiliklə müəyyənləşdirilmişdi və investisiya bankçılığı ilə məşğul olan bank kommersiya bankçılığı sferasına daxil olan hər hansı bir fəaliyyətlə məşğul ola bilməzdi və ya əksinə. Lakin, elmi araşdırmalar onu göstərdi ki, bankçılığın kombinasiyası və anderrayting 1930-cu illəri əhatə edən Böyük Böhranda bankinq problemlərinə səbəb olmamışdır. 1990-cı illərdə məhdud fəaliyyət dairəsinin bu sahədə olan problemlərin həllində effektiv olmaması, texnologiyanın inkişafı ilə bir şirkətdən əldə edilən məlumatların bir başqasına faydalı ola bilməsi üçün sürətlə ötürülməsi bu Aktın səmərəsizliyinin bariz nümunəsi idi.¹⁰ Bu səbəblərlə, 1999-cu ildə GrammLeach-Bliley Aktının qəbul olunması ilə Glass-Steagall Aktının qüvvədən düşmüş hesab edildi və artıq banklar eyni anda həm kommersiya, həm də investisiya fəaliyyəti ilə məşğul ola bilirdilər. Qanun bankçılıq, qiymətli kağızlar və sığorta sahələrinin bir-birinə yaxınlaşmasına təkan verdi. Qanunun qəbulundakı açar hissə bütün maraqlı tərəflərin “funksional tənzimləmə” anlayışı ətrafında ümumilikdə razılaşması idi.¹¹ “Funksional tənzimləmə” ilə maraqlı hüquqi şəxslərə tətbiq olunan tənzimləyici münasibətlərinin mütəmaddililiyinə bir növ qarantıya verilirdi.¹² Nəticə olaraq isə, “funksional tənzimləmə” o dövr üçün maliyyə sistemindəki tektonik miqyas və əhatə dairəsində olan dəyişikliklərə baxmayaraq öz öhdəliklərini yerinə yetirmişdi.¹³

Amerikada fenomen kimi görülməyə başlanan bu bank növünün ənənəvi istiqaməti qiymətli kağızların alğı-satqısı olsa da, gün keçdikcə daha da genişlənən fəaliyyət dairəsi mövcuddur. Investisiya bankçılığı Britaniyada “ticarət bankçılığı”¹⁴ da adlanır ki, bunun da əsas səbəbi Britaniyada yerləşən

⁹ Banking Act of 1933, commonly called Glass-Steagall (2013), <http://www.federalreservehistory.org/Events/DetailView/25> (son ziyarət: Okt 30, 2016).

¹⁰ Carlos M. Peláez and Carlos A. Peláez, Regulation of Banks and Finance, 124 (2009).

¹¹ Cornelius Hurley, *Paying the Price for too Big to Fail*, 4(2) Entrepreneurial Bus. L.J. 351, 355 (2009-2010).

¹² *Yenə orada*.

¹³ *Yenə orada*.

¹⁴ *İngiliscə*: merchant banking.

investisiya banklarının amerikan investisiya banklarına nisbətdə maliyyə bazarlarında daha böyük üstünlüyə səbəb olmasında idi.¹⁵

İnvestisiya bankirlərinin əsas iş təcrübəsi maliyyə bazarında investorların likvidlik (nəğd pul) və birja məzənnəsi ilə təmin etmək məqsədilə qiymətli kağızların qiymətləndirilməsi və alqı-satqısı, səhmlərin birləşdirilməsi və əldə edilməsi ilə bağlı dəyərləndirmə, anderraytinq təşkil edir. Qiymətli kağızlara səhmlər və istiqrazlar, ilkin kütləvi təklifi kimi sərmayə təklifləri və digər təkliflər nəzərdə tutula bilər. Bu bankların əksəriyyəti kredit vermir və depozit qəbul etmirlər. Əslində isə, vasitəçi kimi fəaliyyət göstərir, sərmayə və istiqrazların satıcıları ilə alıcıları arasında yaranan əlaqələri uyğunlaşdırmağa çalışırlar. Şirkətlər istiqrazların bazara çıxarılmasında və yerləşdirilməsində zamanlama ilə bağlı məsələlərdə, o cümlədən maliyyələşdirilməsi zamanı qiymətləndirmədə, maliyyə bazarlarındakı təbii coğrafi bölgü səbəbilə bir növ bu banklardan asılıdırlar.¹⁶ Bu banklar ekstremal bilinməzliyinin mövcud olduğu situasiyalarda ticarəti asanlaşdırmaq üçün vardır.¹⁷ Yəni, tərəflərin sövdələşmənin bütünlüklə təsvirini görmədiyini, vacib faktların əldə edilməsinin və əlaqə qurulmasının çox çətin olduğu, kritik məlumatların üçüncü şəxslər tərəfindən asanlıqla təsdiqlənməsinin mümkün olmadığı dövrlərdə, sanki bir məhkəmə kimi qərarın verilməsini təmin edir.¹⁸

Hər bir investisiya bankının fərqli yanaşması mövcud olsa da¹⁹, bir sıra böyük banklar biznes prinsiplərini (i) korporativ və dövlət müştəriləri üçün kapital artımı və Birləşmə&Qoşulma əməliyyatlarına fokuslanan biznes idarəçiliyi; (ii) şirkətlərə kapital qoyma, vasitəçilik, risklərin idarə edilməsi xidmətləri, bununla bağlı tədqiqat aparılması, həmçinin müştərilərlə əlaqədar olmayan kapital qoyma fəaliyyətlərində iştirak etmə; (iii) fərdi investor və şirkətlərə maliyyə vəsaitlərinin idarə edilməsi üzrə təhlil və məsləhətlər verilməsi üzərində qurur.²⁰

¹⁵ Prof. Earl Kay Stice-ın fikrincə, investisiya bankları anderraytinq və Birləşmə&Qoşulma kimi funksiyalarını əsas gətirərək, əslində bu bankçılığın tam bir bank sahəsi olmadığını, ayrıca bir maliyyə institutu olduğunu göstərir.

¹⁶ Carlos M. Peláez and Carlos A. Peláez, yuxarıda istinad 10, 159.

¹⁷ Alan D. Morrison and William J. Wilhelm, Jr., *Trust, Reputation and Law: the Evolution of Commitment in Investment Banking*, 7(2) *Journal of Legal Analysis* 363, 379 (2015).

¹⁸ *Yenə orada*.

¹⁹ Məsələn, Merrill Lynch & Co. Inc. Şirkətinin fəaliyyətini kapital bazarlarının idarə olunması, investisiya bankçılığı və məsləhət xidmətləri, sərəvət və mülklərin idarə olunması, sığorta, qlobal miqyasda bankçılıq, əlaqəli məhsullar və xidmətlər əhatə edirsə, Goldman Sachs çoxşaxəli müştərilərinə qlobal investisiya bankçılığı, qiymətli kağızlar və investisiyanın idarə edilməsi ilə bağlı məhsulları təklif edir.

²⁰ David P. Stowell, *An Introduction to Investment Banks, Hedge Funds, and Private Equity: The New Paradigm*, 6 (2010).

A. Birləşmə və Qoşulma:²¹ Al və ya Yarat

İttifaqlar, birgə müəssisələr, stratejik satın almalar, birləşmələr yaratmaq və təşkil etmək Birləşmə və Qoşulma (bundan sonra – M&A) fəaliyyətinin bir hissəsini təşkil edir. M&A qısaca, iki şirkətin bir şirkət adı altında birləşməsidir. Mətbuatda bu terminlər bəzən bir-birlərinin yerinə də işlədilir və aralarındakı fərq özünü əsasən mühasibat əməliyyatlarında göstərir. Terminlər arasında elə ciddi bir fərq olmasa da, hər birinə ayrı-ayrılıqda şərh verilir: birləşmə - adətən, aktivlərinin bazar dəyəri təxminən eyni olan iki şirkətin bir ad altında “yenidən yaranmasıdır”. Bununla da, birləşən şirkətlər öz mövcudluğunu “dayandırır”. Buna həm də, “bərabərlərin birləşməsi” (merger of equals) də deyilir. Məsələn, Chrysler və Daimler-Benz şirkətləri birləşərək öz fəaliyyətlərini dayandırmış və DaimlerChrysler adı altında yeni bir şirkət kimi yollarına davam etmişdilər. Uoll Stritdən gələn ənənə ilə “acquisition” adlanan Qoşulma daha böyük bir şirkətin kiçik şirkəti satın alınması ilə onun sahibinə çevrilməsidir. Adətən, satın alan şirkət birləşdirilmiş şirkətin hüquqi cəhətdən varlığını ləğv edir, bir növ “udur”, bütün aktivlərini və öhdəliklərini öz üzərinə götürür. Örnək kimi 2004-cü ildə camaşır və qab yuma məhsullarının dünya üzrə istehsalçısı olan Procter&Gamble şirkəti, Goldman Sachs və USB investisiya banklarının vasitəçiliyi ilə bazar dəyəri təxminən 57.5 milyard ABŞ dolları olan istehlak məhsulları şirkəti Gillette-i satın almışdı.

M&A sadəcə investisiya bankının fəaliyyət dairəsinə daxil deyil, həmçinin hüquq və audit firmaları, brokerlik fəaliyyəti və ya məhz bu fəaliyyət üzrə ixtisaslaşan şirkətlər tərəfindən də həyata keçirilir. Banklar M&A-dan müxtəlif üsullarla gəlir əldə edirlər: sövdələşmənin strukturunun qurulmasında, strategiyanın – xüsusilə də, müzakirəyə açıq təkliflərdə idarə edilməsində, razılaşmanın uğurla təmin edilməsində vasitəçiliyi ilə sazişin ümumi dəyərinin bir faizindən iki faizinə qədər məbləğdə kompensasiya ala bilirlər. Bununla yanaşı, investisiya bankları M&A üzərindən maliyyələşmə işlərindən, həmçinin, M&A ilə bağlı bütün mübahisəli məsələlərdə “arbitraj departamenti” rolunu oynayaraq da gəlir əldə edə bilər.²² Bankirin missiyası səhmdarın hissəsini maksimuma çıxaran və şirkət risklərini minimuma endirən əməliyyatları tamamlamaqla, müştərilərinin etimad göstərdiyi konsultant olmaqdır.

Prinsipial olaraq, M&A ilə məşğul olan bankların məhsulları bundan ibarətdir: (i) bütün bir şirkətin və ya aktivlərinin bir qisminin satışı və ya birləşdirilməsini özündə ehtiva edən satış əməliyyatları (sell-side transactions); (ii) bütün bir şirkətin və ya aktivlərinin bir qisminin alışı-satqısını özündə ehtiva edən alış əməliyyatları (buy-side transactions); (iii)

²¹ *İngiliscə: Mergers & Acquisitions.*

²² Patrick A. Gaughan, *Mergers, Acquisitions, and Corporate Restructurings*, 16, (5th ed. 2011).

səhmdar dəyərini artırmaq, ya da şirkətin kapital strukturunu iflasdan qorumaq və ya satış əməliyyatlarını daha da asanlaşdırmaq üçün reskruzasiya və ya yenidənqurma əməliyyatları; (iv) bərabərlərin birləşməsi; (v) arzuolunmaz satınalma fəaliyyətinin qarşısını almaqla, iddiaçıya bununla bağlı stratejik və taktiki məsləhətlər verilməsindən ibarət “qərəzli satınalmalardan müdafiə”²³ məsləhət xidmətləri.²⁴ Onu qeyd etmək lazımdır ki, qərəzli satınalmalar nadirən uğurla həyata keçirilir. Bisnes qaydalarına uyğun olaraq, “başqasının əlindəkini məcburən almaq üçün döyüşə başlayan tərəf uğurlu ola bilməz”.²⁵ Təklif sahiblərinin üstün iqtisadi göstəriciləri, uzun və çətin prosesi aparmaq iradələri olmadıqca qərəzli satınalmalardan istifadə etməsi məsləhətli deyil.²⁶ Məhz bu ünsürlər satınalmanın müvəffəqiyyətli olub-olmayacağını müəyyən edir.

Bir bankir üçün M&A son dərəcə sərfəli fəaliyyətdir və sözü gedən əməliyyatların həyata keçirilməsi üçün bir çox səbəblər vardır. Ola bilər ki, kiçik sahibkarlıqla məşğul olan şəxs nağd pula ehtiyacı olduğu üçün və ya sadəcə pensiyaya çıxmaq üçün öz şirkətini satmaq istəyir. Səbəb hər nə olursa olsun, M&A konsultantları mövcud situasiyada vəziyyəti ələ alırlar. İlkin kütləvi təklifdən fərqli olaraq, birləşmə əməliyyatlarında satış təmsilçiləri, treyderlər və ya analiz mütəxəssisləri birbaşa iştirak etmir, baxmayaraq ki, araşdırma və analiz birləşmə üçün “nemət” rolunu oynayır.²⁷ Bununla belə, bank müştərinin hədəflədiyi və bankın rahatlıqla yerinə yetirməsini istədiyi “sabit müştəri razılaşmasında” kumulyativ qeyri-dəqiq gəlirlərə²⁸ görə məsuliyyət daşımır. Burada 2 əsas nüans vardır: Birincisi, əlverişli sövdələşmələri və fürsətləri dəyərləndirmə qabiliyyətinə bank deyil, müştəri malikdir. İkincisi, müştəri böyük ehtimalla özünü “imperatorluq binası” olduğunu zənn etdiyindən səhm hissələrinin dəyərini artırmağa çalışmaz.²⁹ Bank, gəlirlərin mənfi göstəricilərə sahib olacağını əvvəlcədən bildirə bilər, ancaq müştərinin yenə də öhdəliyin yerinə yetirilməsini tələb etdiyi halda, gəlirlərin arzuolunan olması (və ya olmaması) bankirin bacarıqları ilə deyil, yüksək keyfiyyətlərə (və ya aşağı keyfiyyətlərə) malik müştərinin sisteməlik mandatlaşdırmasından asılı olacaqdır. Praktikada, böyük şirkətlərin M&A razılaşmalarının təxminən yarısı tək bir təklif sahibi ilə aparılan danışıqları

²³ *İngiliscə*: hostile takeover defenses.

²⁴ Stowell, yuxarıda istinad 20, 14.

²⁵ Fred B. White, *M&A in the Banking Industry: Legal Perspective*, 1 Fordham Fin. Sec. Tax L. F. 5, 6-7, (1996).

²⁶ *Yenə orada*, 7.

²⁷ Tom Lott, Derek Loosvelt and others, *Vault Career Guide to Investment Banking*, 50 (2005).

²⁸ *İngiliscə*: Cumulative Abnormal Returns (CAR). Kumulyativ qeyri-dəqiq gəlirlər ümid edilən gəlirlə səhmlərin real gəliri arasındakı fərkdir və bütün qeyri-dəqiq gəlirlərin cəmindən ibarətdir. Bundan adətən məhkəmə işlərində və satınalmalarda səhm hissəsinin dəyərinə olan təsirini müəyyən etmək üçün istifadə olunur.

²⁹ Jack Bao, Alex Edmans, *Do Investment Banks Have Skill? Performance Persistence of M&A Advisors*, 3. <http://fic.wharton.upenn.edu/fic/papers/09/0921.pdf>.

özündə ehtiva edir. Təkliflərin çox olduğu razılaşmalarda limitli təklif sahibləri ilə nəzarət altında danışıqlar aparılır.³⁰ Potensial alıcıların siyahısını azaltmaqla məxfilik müqaviləsinin şərtlərinə uyğun olaraq, banklar “satılan” firma haqqındakı məlumat axınını bir növ nəzarət altına almış olurlar.³¹

M&A nəinki banklar tərəfindən, həmçinin bankların özünə də tətbiq olunur. Bu zaman çətin vəziyyətə düşmüş, ancaq hələ də ödəmə qabiliyyətinə malik olan bank üçün bütünlüklə satın ala biləcək bank axtarılır. Satın alan bank çətin vəziyyətə düşmüş bankların sadəcə aktiv və passivlərinin deyil, bütünlükdə hüquqi şəxsin sahibi olur. Texniki cəhətdən isə M&A çətin vəziyyətdəki bankın səhmlərinin birbaşa birləşdirilməsi və ya hər iki bankın yeni bir bank holding adı altında birləşdirilməsi yolu ilə həyata keçirilir.

ABŞ-da 2008-ci il maliyyə böhranına “cavab” olaraq 2010-cu ildə qəbul olunan Dodd-Frank Uoll Strit Reformu və İstehlakçıların Hüquqlarının Qorunması Aktı M&A razılaşmaları ilə bağlı bir sıra müddəaları özündə əks etdirir. Bu baxımdan, Akt (i) alan tərəfə kapitallaşdırma və idarəçiliyin ən yaxşı formada yerinə yetirilməsi tələbini qoyur; (ii) öhdəlik və depozitlər üzərində müəyyən məhdudiyyətlər qoyur; (iii) requlyatorlara sistemli risk yaratması ehtimal olunan razılaşmalardan çəkinməyə vadar edir.³²

B. Anderrayting və İlkin kütləvi təklif (IPOs)

Ümumiyyətlə, investisiya bankları anderrayter kimi müştərilərinə 2 müxtəlif xidmət göstərir: Qiymətli kağızlar üzrə anderrayting və kapital artımı üzrə anderrayting.

Kapital artımı üzrə anderrayting şirkətin istiqrazlarını İlkin kütləvi təklif³³ (bundan sonra – IPO) və ya təkrar təklif (yerləşdirmə)³⁴ ilə anderrayting xidmətlərinə görə emitent şirkətdən, yəni dövriyyəyə qiymətli kağızlar buraxan şirkətin gəlirlərinin təxminən 7%-i məbləğində gəlir əldə edirlər ki, bu da investisiya bankları üçün daha qazanlı fəaliyyətə çevrilir.³⁵ Emitent iştirakçı ilə bank arasında bağlanan müqavilə 2 fərqli növdə ola bilər: Birincisi, “tam öhdəlik” xarakterli anderraytingdir³⁶, bank emissiyanın satışında bütün riskləri öz üzərinə götürür, hansı ki, bankla emitent arasında razılığa gəlinmiş qiymətdən aşağı satılmayacağına qarantıya verir və məhsulun həm fərdi

³⁰ Morrison and Wilhelm, *yuxarıda* istinad 17, 390.

³¹ *Yenə orada*.

³² Michael J. Aiello and Heath P. Tarbert, *Bank M&A in the Wake of Dodd-Frank*, 127 *Banking L.J.* 909, 910 (2010).

³³ *İngiliscə*: An Initial Public Offering (IPO). IPO bir şirkətin ilk dəfə olaraq öz səhmlərini açıq bazarda kütləvi şəkildə satışa çıxarmasıdır. Başqa sözlə, şirkətin qapalı səhmdar cəmiyyəti formasından açıq səhmdar cəmiyyəti formasına keçməsidir. əsası açıq səhmdar cəmiyyəti formasında qoyulan şirkət də bu yolla ilk dəfə səhmlərini bütünlükdə və ya bir hissəsini kütləvi təklif etməsi də buna aiddir.

³⁴ *İngiliscə*: secondary offering və ya subsequent secondary

³⁵ K. Thomas Liaw, *The Business of Investment Banking*, 117 (3rd ed. 2012).

³⁶ *İngiliscə*: firm-commitment underwriting.

investorlar, həm də investisiya şirkətlərində tanınması və təmsilçiliyini həyata keçirir. İkincisi isə, “ən yaxşı səylər” prinsipinə əsaslanan anderraytingdir³⁷ ki, burada anderrayter səhmlərin satışı ilə razılaşıır, ancaq qiymət barəsində qərantıya vermir.³⁸ Bundan başqa ilkin kütləvi təklifdən sonra satılmamış emissiyanın müəyyən bir məbləğ qarşılığında anderrayter tərəfindən şirkətdən alınması kimi bir prosedura da vardır ki, bu da zəmanətli anderrayting³⁹ adlanır.⁴⁰

ABŞ praktikasında anderrayterlər firmalara yerləşdirmə xidməti göstərir və istiqrazları ixrac etdikdən sonra investorlar arasında dilerlik edərək korporativ istiqrazlar bazarında mərkəzi rol oynayır.⁴¹

IPO emitentin risk, xərc və rüsumlarla bağlı diqqətli davranmalı olduğu bir proses olsa da, bu şirkətin uğurla böyüməsi və dolayı yolla da, səhm hissələrinin artması üçün effektiv şərait yaradaraq maliyyə vəziyyəti üçün baza rolunu oynayır. Digər bir avantaj isə daha çox insanın məlumatlandırılması ilə ictimai təsiretmənin artması və şirkətin korporativ imicinin inkişaf etməsidir. Bu isə, açıq səhmdar cəmiyyətinin qurulmasından irəli gələn tələblərdən asılı olaraq, insanlar tərəfindən daha böyük etimad qazanılmasına səbəb olur. IPO riskli kapital üçün də bir çıxış nöqtəsidir.⁴²

C. Aktivlərin idarə olunması (asset management)

Aktivlərin idarə edilməsi öz-özlüyündə səhmdar kapitalı, sabit gəlirli investisiyalar və pul bazarında yatırımlar üzrə məsləhət xidmətlərinin göstərilməsidir. Bu xidmət həm fərdi investorlar, həm də təşkilatlara yönəlsə də, investisiya bankçılığında bu əsasən böyük firmalara və təşkilatlara fokuslanır. Investisiya menecerləri ilə əlaqələr qurmaq investisiya bankları üçün daha cazibəlidir. Çünki korporativ maliyyə kimi ənənəvi investisiya bankçılığı fəaliyyətində riskləri öncədən təxmin etmək və buna qərantıya verməkdənsə, aktivlərin idarə olunması kimi daha uzunmüddətli və sağlam münasibətlərin qurulması ilə xarakterizə olunan fəaliyyət daha əlverişlidir. Digər tərəfdən, aktivlərin idarə edilməsi menecmentlik ödənişi ilə yanaşı, işin icrasına edilən ödənişləri də qarşılıyır. Menecmentlik ödənişi idarə olunan aktivlərin faizindən asılıdır və bu ödənişdən əldə olunan gəlirlər daha problemsiz və proqnozlaşdırıla biləndir.

³⁷ *İngiliscə*: best-efforts underwriting.

³⁸ Liaw, *yuxarıda istinad* 35, 118.

³⁹ *İngiliscə*: standby underwriting.

⁴⁰ Black's Law Dictionary, 1665 (Edited by Bryan A. Garner, 9th ed. 2004).

⁴¹ Florian Nagler, Giorgio Ottonello, *Structural Changes in Corporate Bond Underpricing*, Baffi Carefin Centre Research Paper Series No. 2017- 48, 1.

⁴² Liaw, *yuxarıda istinad* 35, 120.

II. İntestisiya banklarının iflas prosesi

A. Ex-ante və ex-post halında bank iflası: İflas normaları banklara necə kömək edir?

“İflas” sözünün özü belə bankların müvəffəqiyyətsizliyindən törənmişdir. İngiliscə “bankruptcy” olan bu ifadə italyan mənşəli sözdür və “bankın çöküşü” mənasına gələn “*banca rotta*” ifadəsindən yaranmışdır.⁴³ Banklar, onların iflas məsələlərinin həll edilməsi yönündə korporativ iflas qanunlarına uyğun olmayan başqa üsullarla digər şirkətlərdən daha özəl və müxtəlif olaraq dəyərləndirilir.⁴⁴ Bunun səbəbi, bir sıra ölkələrdə, bank sistemindəki müflisləşmənin iqtisadiyyata müvafiq səbəblər ucbatından müflisləşən və ya ödəmə qabiliyyətini itirən başqa şirkətlərin müflisləşmələrdən daha çox zərər vurması və daha çox “yoluxma” effekti yaratmasındadır. Bu müflisləşmələr birinci növbədə depozitorların və digər kreditorların zərərinədir, uzunmüddətli bank-müştəri münasibətlərinin pozulmasına, ödəniş sistemini darmadağın etməklə birlikdə, digər banklara, maliyyə qurumlarına və hətta ümumilikdə bütün makro-iqtisadiyyata mənfi təsirini göstərir.⁴⁵

Ümumiyyətlə, iflas hüququnun əsas məqsədi kreditorlar arasında koordinasiya problemlərinin həll edilməsidir. Bank aktivləri ilə öhdəlikləri arasındakı nisbətdə nəzərə çarpacaq dərəcədə uçurum olması, əmanətlərin geri çəkilməsi zamanı bankın ödənişləri qaytara bilməməsi, ümumilikdə isə maliyyə sisteminə olan etibarın əhəmiyyətliyi səbəbindən bank sistemində koordinasiya problemlərini daha şiddətli şəkildə özünü göstərir. Bununla birlikdə, həm *ex-ante*⁴⁶, həm də *ex-post*⁴⁷ halında kreditorlarla debitor arasındakı münasibətlərin tənzimlənməsindəki effektivliyi də artırılmalıdır. Ex-ante halında iflas normaları (i) debitorlara ən optimal riskləri öz üzərinə götürməyə və bunun üçün kifayət qədər səy göstərməsinə təşviq edir; (ii) kreditorlar tərəfindən debitorlara ən optimal nəzarət yollarını göstərir; (iii)

⁴³ Peter P. Swiret, *Bank Insolvency Law Now That It Matters Again*, 42(3) Duke Law Journal 469, 471 (1992).

⁴⁴ Məsələn, Azərbaycan qanunvericiliyində kommertiya fəaliyyəti ilə məşğul olan müəssisələrin müflisləşmə və iflası ilə bağlı üsul, şərt və qaydaları müəyyənləşdirən “Müflisləşmə və iflas haqqında” qanun banklara şamil edilmir. “Banklar haqqında” qanunun X fəslə bu mövzuya həsr edilmişdir və yalnız bu qanunun müddəaları ilə müvafiq proseduralar həyata keçirilir.

⁴⁵ George G. Kaufman and Steven A. Seelig, *Post-Resolution Treatment of Depositors at Failed Banks: Implications for the Severity of Banking Crises, Systemic Risk, and Too-Big-To-Fail*, Bank Restructuring and Resolution 163, 163 (edited by David S. Hoelscher, 2006)

⁴⁶ Burada ex-ante mənasında, iflas hüququnu tənzimləyən normaların debitor və kreditorları iflasdan əvvəlki, yəni debitorun hələ ödəmə qabiliyyətinə malik olduğu dövrdə ən uyğun hərəkəti etməyə vadar etməsidir.

⁴⁷ Burada ex-post mənasında, iflas hüququnu tənzimləyən normaların artıq iflas prosesində, yəni debitorun ödəmə qabiliyyətinin mövcud olmadığı dövrdə debitor və kreditorları ən doğru hərəkəti etməyə vadar etməsidir.

iflasın ən uyğun zamanlamasına təsir edir.⁴⁸ Məhz bu halda, iflas normaları kreditörün hüquqlarının qorunmasına yönəlmir, çünki bu normalar hətta debitorun lehinə olduğu halda belə, kreditörlər daha yüksək faiz dərəcələri tələb edə bilər və ya sərt kredit siyasəti yeridə bilərlər.⁴⁹ Bu dövrdə debitorlar daha yüksək risk almağa meyilli olurlar və bu da uğursuzluqla nəticələndiyi halda iflas normalarının müəyyənləşdirdiyi sanksiyadan qaça bilmirlər. Bank iflasları da bu situasiyadan elə də fərqlənmir. Halbuki, "Banklar haqqında" qanunda iflasın ex-ante halına dair hər hansı bir müddəa öz əksini tapmamışdır, baxmayaraq ki, artıq bankların müflisləşməsi zamanı vəziyyətin ələ alınması bu normalarla tənzimləyə bilər və iflas prosesi olduğundan daha az mənfəət effekt yaradardı.

Ex-post halında iflas normaları şirkətin aktivlərinin dəyərinin maksimum qiymətləndirilməsinə və normalar dəyəri artan aktivlərin yenidən yerləşdirilməsinə yönəlir.⁵⁰ Bu hal, məhz iflas prosesini özündə əhatə edir. 2007-2008-ci illərdə baş verən global maliyyə böhranı və ondan əvvəlki dövrlərdə baş vermiş bank krizlərinə nəzər saldıqda aydın olur ki, dövlət orqanları müflisləşən maliyyə intitutları ilə hesablaşmaq üçün adətən kifayət qədər adekvat olmayan iki tədbir üsulundan birini seçmək məcburiyyətində qalırlar. Ya individual olaraq banklarla məşğul olan ümumi bir müflisləşmə prosedurasını tətbiq edilir, ya da dövlət fondları tərəfindən yenidən kapitallaşdırılırlar. Faktiki olaraq, müflisləşən və artıq iflasın bir addımlığında olan banklar üçün dünya üzrə qəbul olunmuş 3 həll metodu vardır: bankların əsas kreditörlər tərəfindən "girov alınması"; ləğvetmə; yenidən qurulma.⁵¹

Bankların yenidən qurulması, adətən onların restrukturizasiyalaşdırılması ilə baş verir. Restrukturizasiya banklararası bir fəaliyyətdir.⁵² Bu strategiyanın əsas məqsədi həm bankların, həm də ümumilikdə bank sisteminin ödəmə qabiliyyətini və rentabilliyinin bərpa edilməsidir. Bu isə, bankların birləşdirmə, satılma və ya yenidən maliyyələşdirilməsi ilə bağlı strategiyaların inkişaf etdirilməsi ilə birlikdə, aktivlərinin, əməliyyat və proseduralarının yenidən təşkili və sağlamlaşdırılmasını əhatə edir.

B. 2007-ci il maliyyə böhranında bankların iflasına uğramasının əsas səbəbləri

⁴⁸ Matej Marinc, Razvan Vlahu, *The Economics of Bank Bankruptcy Law*, 8 (2012).

⁴⁹ *Yenə orada*, 9.

⁵⁰ *Yenə orada*, 10.

⁵¹ *Yenə orada*, 11.

⁵² David S. Hoelscher and Stefan Ingves, *The Resolution of Systemic Banking System Crises*, Bank Restructuring and Resolution 3, 21 (Edited by David S. Hoelscher, 2006).

2008-ci ilin maliyyə böhranı 1930-cu illəri əhatə edən Böyük Böhrandan sonra ən ağır nəticələr doğuran böhran idi. Ümumi nəzər saldıqda, maliyyə bazarında itkilər 1.1 trilyon dollara qədər çıxması ilə, ABŞ və Avropa ölkələrində lazımi likvidliyin təmin edilməsi üçün 9 trilyon dollar daha ayrıldı.⁵³ Bir sıra müəlliflər likvidlik probleminin böhrandan yaranmasını irəli sürdüyü halda, likvidlik problemi irrasional olaraq banklardan əmanətlərin geri çəkilməsi⁵⁴ ilə əlaqəli deyil, maliyyə institutlarının ödəmə qabiliyyətlərini düzgün dəyərləndirməməsinin nəticəsi olaraq görüldü.⁵⁵ Bu cür geniş vüsət alan və miqyası universal xarakter daşıyan böhran ancaq 100 ildə bir dəfə ola bilər.

Səbəblərdən bir neçəsi üçün toxumlar hələ böhrandan təxminən 10 il əvvəl səpilməyə başlanmışdı. 2001-ci ildə köpüklənən dotcom partlayışı (dotcom bubble) və Çinin sürətlə böyüməsi kimi bir sıra qlobal hadisələr baş vermişdi ki, bunlar da 2007-2008-ci il maliyyə böhranı vuruşundan əvvəl dünya ticarət modelini və səviyyəsini yenidən formalaşdırırdı.⁵⁶

İlk dəfə aşağı faizli ipoteka bazarında (subprime mortgage market) özünü göstərən maliyyə böhranının baş verməsində ümumi səbəb kimi köpüklənən⁵⁷ iqtisadiyyatın (the burst of the bubble economy) partlayışı ilə birlikdə sistemli risklərin⁵⁸ böhrana səbəb olacaq dərəcədə artması görülürdü.⁵⁹ Aktivlərlə təmin edilmiş kommersiya sənədlərinin⁶⁰ alğı-satqısı ilə məşğul olan pul tənzimləyicilərinin (money market managers) bazarı tərk etməsi qiymətlərin artmasına və qiymətli kağızların gəlirliliyinin aşağı düşməsinə səbəb oldu.⁶¹ Aktivlərlə təmin edilmiş kommersiya sənədi bazarı

⁵³ ZHU Daming, *The Reform and Development of the U.S. Legal and Financial System – A Reflection on the 2008 World Financial Crisis*, 4(1) Peking U. Transnat'l L. Rev. 49, 49 (2016).

⁵⁴ *İngiliscə*: bank run.

⁵⁵ L. Randall Wray, *Global Financial Crisis: Causes, Bail-out, Future Draft*, 80 UMKC L. Rev. 1101, 1102 (2011-2012).

⁵⁶ Warwick J McKibbin and Andrew Stoeckel, *The Global Financial Crisis: Causes and Consequences*, The Lowy Institute for International Policy Working Papers In International Economics, No.2.09, 4 (2009).

⁵⁷ *İngiliscə*: bubble. Burada, bubble economy. Ümumilikdə bubble, mülkün tələb və təklif qanunu tərəfindən təsdiqlənməyərək suni şəkildə qiymətinin yüksəldilməsidir. Həmçinin vicdansız və əsas olmayan bir biznes layihəsidir, əsasən, şişirdilmiş və uydurma xarakterli olub, diqqətsiz investorları tələyə salmaq üçün nəzərdə tutulur. Bax: Bill Conerly, *What Is A Bubble?*, <https://www.forbes.com/sites/billconerly/2013/07/24/what-is-a-bubble/#2b4a8d4ee648> (2013) (son baxış, 4 Aprel 2017), Həmçinin *bax*: Black's Law Dictionary, 221.

⁵⁸ *İngiliscə*: Systematic Risk. Bütünlükdə bazar sektorunun təbiətində olan bir riskdir. Sistemli risk sadəcə bir şirkətə və ya sənayeyə deyil, bütün bazara təsir edir. Bu cür risklərin proqnozunu vermək və ya tamamilə qarşısını almaq mümkün deyildir. Daha ətraflı bax: *Systematic Risk*, <http://www.investopedia.com/terms/s/systematicrisk.asp> (son baxış: 4 Aprel 2017)

⁵⁹ *Yuxarıda istinad* 53.

⁶⁰ *İngiliscə*: Asset-Backed Commercial Paper (ABCP).

⁶¹ Michel G. Crouhy, Robert A. Jarrow and Stuart M. Turnbull, *The Subprime Credit Crisis of*

borcluların qeyri-ışlak olma riskini ən aza endirmək üçün təminat rolunu oynayır. Bu baxımdan, bu bazarın dağılmasında həm debitor, həm də kreditorun rolu var idi. Belə ki, bəzi kreditorlar təminatın aşağı faizli ipoteka ehtiva etməsindən narahatçılıq keçirirdilər. Bu cür şəffaflığın olmaması, hətta aşağı faizli ipotekanın olmamasına baxmayaraq, bir sıra debitorların borcları yenidən kreditləşdirmə qabiliyyətini itirməsinə səbəb olmuşdur. Beləliklə də, bəzi fondlar “yaxşı aktivləri” sataraq qısamüddətli “pis aktivləri” alaraq ticarət fəaliyyətini dayandırmış oldu.⁶² Bu isə, “yaxşı aktivlərin” qiymətinin düşməsinə və “pis aktivlərin” qiymətinin artmasına səbəb oldu.

Bankların və maliyyə institutlarının balanslarında maliyyə boşluğu yaradan müsadirə olunan ipotekalı evlərin (home foreclosures), ipoteka ilə bağlı qeyri-likvid aktivlərin çoxluğu ilə qeydə alınan maliyyə böhranı dünya iqtisadiyyatını kredit qıtlığı ilə iflic etmişdi.⁶³ 2006-cı il ərzində mənzil qiymətləri yüksək və faiz dərəcələri aşağı olduğu zaman milyonlarla ailə aşağı faizli ipoteka şərtləri ilə mənzil sahibi oldular və ya mövcud ev krediti olan ailələr tənzimlənən faiz dərəcələri ilə krediti yenidən maliyyələşdirdilər.⁶⁴ İnvestisiya bankları investirlərə risklərdən differensiasiyalaşdırılmış tranşlar sataraq, bu kreditləri ipoteka (girov) təminatlı qiymətli kağızlara⁶⁵ və borc öhdəlikləri ilə təmin olunmuş istiqrazlara⁶⁶ çevirdilər.⁶⁷ 2007-ci ilin əvvəllərində faiz dərəcələrinin artması və mənzil qiymətlərinin aşağı düşməsi nəticəsində, iki milyona yaxın mənzil sahibi ipoteka ödənişlərində artan 30% faiz dərəcələri ilə üz-üzə qalmışdı. Bununla yanaşı, heç kimin geri ödəniş etməyəcəyinə inanan banklar pul dövriyyəsinə tənzimləməyə ehtiyacı olan və bunsuz öz biznes fəaliyyətini həyata keçirə bilməyəcək şəxslərə kredit verməyi dayandırdılar.⁶⁸

İpoteka ilə bağlı istiqrazların rəsmiləşdirilməsində kredit reytingi agentliklərinin buraxdıqları səhvlər də böhranın digər bir səbəbi kimi göstərilir.⁶⁹ Belə ki, ipoteka ilə bağlı istiqrazlar icazə olmadığı hallarda bazara

07, 24 (2008)

https://www.fdic.gov/bank/analytical/cfr/bank_research_conference/annual_8th/turnbull_jarrow.pdf.

⁶² *Yenə orada*, 25.

⁶³ Eamonn K. Moran, *Wall Street Meets Main Street: Understanding the Financial Crisis*, 13 N.C. Banking Inst. 5, 8 (2009).

⁶⁴ Jennifer E. Bethel, Allen Ferrell, Gang Hu, *Legal and Economic Issues in Litigation Arising from the 2007-2008 Credit Crisis*, Prudent Lending Restored: Securitization After the Mortgage Meltdown, Chapter 5, 163, 163 (edited by Yasuyuki Fuchita, Richard Herring, and Robert Litan, 2009).

⁶⁵ *İngiliscə*: Mortgage-backed security (MBS).

⁶⁶ *İngiliscə*: Collateralized Debt Obligations (CDOs).

⁶⁷ Jennifer E. Bethel, Allen Ferrell, Gang Hu, 163.

⁶⁸ *The Financial Crisis of 2008: Year In Review 2008*,

<https://www.britannica.com/topic/Financial-Crisis-of-2008-The-1484264> 2009 (son baxış: 10 Aprel 2017).

⁶⁹ Liaw, *yuxarıda istinad* 35, 5.

çıxarıla və ya satıla bilməzdi. İnvestorlar isə çox vaxt onlara kor-koranə inanırdılar. Həmin agentlikərin reyting cədvəlləri bazar qiymətlərindəki dəyişikliklərə və 2007-2008 illəri arasındakı qiymət enmələri səbəbilə firmalar arasında yaranan təxribatı daha da qıcıqlandırmış oldu.⁷⁰

Qlobal maliyyə böhranı korporativ idarəetmədə və risklərin idarə edilməsində müvəffəqiyyətsizliyin təmsilçisi idi: ticarət (əslində isə qumar) və sürətli böyümə üzərində özbaşına və düşünülməmiş bir fokuslanmanın nəticəsi idi.⁷¹

Federal Ehtiyat Sisteminin böhran ərzində müqavilələr vasitəsilə həyata keçirdiyi və əsasında “bata bilməyəcək qədər böyük”⁷² siyasəti duran qurtarmalar “əxlaqi təhlükə”⁷³ üçün əlverişli zəmin idi. Bu halda “əxlaqi təhlükə” bankların iflasına qarşı dövlət tərəfindən üstüörtülü qarantiyasının olması səbəbilə, riskli investisiyalarla bağlı hərəkətlərdən qaçınmağa cəhd etməməsidir. Bu nəzəriyyə GrammLeach-Bliley Aktının qüvvəyə minməsindən sonra bankların niyə “birləşməyə” meyilli olmasına da aydınlıq gətirir: çox böyük və bir-birinə bağlı olan maliyyə hegemonları olmağa çalışdılar: müflis olduqları zaman hökumət də onları qurtarmaq məcburiyyətində qalacaqdı.⁷⁴ Bununla belə, “əxlaqi təhlükə” irrasional olaraq banklardan əmanətlərin geri çəkilməsindən yaranan likvidlik probleminə nəzərən daha az təhlükəli olaraq qəbul edilir.⁷⁵

C. Investisiya bankları bundan necə təsirləndilər?

⁷⁰ *Yenə orada.*

⁷¹ *Yuxarıda istinad 55.*

⁷² *İngiliscə: too big to fail.* Əslində, “bata bilməyəcək qədər böyük olmaq” termini tam olaraq düzgün ifadə deyildir. Belə ki, bir şirkət sadəcə sistemə olaraq da əhəmiyyətli ola bilər, yəni onun iflası sağlam maliyyə münasibətlərinə təsir edə bilər. Bu, şirkətin (i) çox böyük və ya (ii) fəaliyyəti maliyyə sisteminin dayaqları ilə çox bağlantılı olması ilə əlaqədardır. Bunun bariz nümunəsi kimi, 1998-ci ildə Uzunmüddətli kapital Menecmentliyi Hədc fondunu göstərmək olar: Çox böyük olmasa da, sistemdəki əhəmiyyətli və nüfuzlu şirkətlərindən biri idi. Buna görə də, bu termin daha çox “iflasa çox bağlı” (too interconnected to fail) və ya “iflas etməyəcək qədər sistemə cəhətdən nüfuzlu” (too systemically important to fail) adlandırılmalıdır. Bax: Frederic S. Mishkin, *Over the Cliff: From the Subprime to the Global Financial Crisis*, 25(1) *The Journal of Economic Perspectives* 49, 66 (2011).

⁷³ *İngiliscə: moral hazard.* “Əxlaqi təhlükə” bir tərəfin potensial zərərlərinin maliyyəni bütünlüklə öz üstünə götürmək məcburiyyətində olmadığı üçün həddindən artıq risk almağa meyilli olması nəticəsində yaranan problemi ifadə edir. Zərər riskindən yaranan izolyasiya nəticəsində sözü gedən tərəf iqtisadi gəlirlərini artırmaq üçün daha riskli davranışlarla rol oynayacaqdır.

⁷⁴ Christian Evans, *The Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act: A Missed Opportunity to Rein in Too-Big-To-Fail Banks*, 13 *Duq. Bus. L.J.* 43, 54 (2011)..

⁷⁵ Elisa S. Kao, *Moral Hazard During the Savings and Loan Crisis and the Financial Crisis of 2008-09: Implications for Reform and the Regulation of Systemic Risk Through Disincentive Structures to Manage Firm Size and Interconnectedness*, 67 *N.Y.U. Ann. Surv. Am. L.* 817, 822 (2011-2012).

1) *Lehman Brothers çöküşü*

Lehman Brothers Holding Şirkəti sərhədsiz investisiya bankçılığı və maliyyə xidmətləri göstərən dünya üzrə 2985 qurumdan ibarət bir maliyyə şirkəti idi.⁷⁶ 2007-ci ilin noyabrında sonlanan maliyyə ilində Şirkət təxminən 60 milyard ABŞ dolları gəlir və 4 milyarddan çox ABŞ dolları məbləğində qazanc əldə edərək rekord qırmışdı. Bu dövr üçün səhm hissəsinin dəyəri 65.73 ABŞ dolları olan Lehman, bir ildən də qısa müddət sonra, 12 sentyabr 2008-ci ildə öz dəyərini 95% itirərək, səhm hissəsinin dəyəri 4 ABŞ dollarına qədər düşmüşdü.⁷⁷ Bundan 3 gün sonra, ABŞ İflas Qanununun 11-ci Fəslinə⁷⁸ əsasən, iflasa qarşı müdafiə tələbini irəli sürdü, ancaq dünyanın ən böyük iflasından yayınmaq qeyri-mümkün idi. Məhz bundan 3 gün sonra, Şimali Amerikada investisiya bankçılığı işini Barclay Bankına təhvil verdi və satış proseduru məhkəmədə qısa zamanda baxılaraq, müvafiq qətnamə çıxarıldı.⁷⁹ Bununla da, tək ABŞ-da deyil, Lehmanın bütün ölkələr üzrə fillialları da ləğv edildi və yerləşdiyi ölkələr öz iflas qanunvericiliyində müəyyən düzəlişlər etmək məcburiyyətində qaldılar. 2009-cu ildə müxtəlif yurisdiksiyalarda iflas prosesini koordinasiya etmək məqsədilə "Lehman Brothers Şirkətlər Qrupu"-nun müzakirələri dayandırıldı.⁸⁰ Lehmanın iflası haqqında deyilə biləcək ən əsas şey, onun tam da "domino effekti"⁸¹ yaratması idi. Məhz onun iflasından

⁷⁶ The Lehman Brothers Default: an Assessment of the Market Impact, Committee of European Securities Regulators, Ref.: CESR/09-255, 2
<http://www.cmvn.pt/pt/Cooperacao/esma/DocumentosESMACESR/Documents/CESRRelatorioImpactoLehmanBroMercados.pdf> (2009).

⁷⁷ Rainer Kulms, *Lehman's Spill-over Effects: Cooperation v. Regulatory Arbitrage?*, 3 Peking U. J. Legal Stud. 3, 4 (2012).

⁷⁸ 11-ci Fəsilə əsasən, şirkətlərin yenidən qurulması ilə bağlı məsələlər tənzimlənir. Burada, debitor öz biznesini qorumaq və kreditörlərə müəyyən zaman limitində ödəniş etmək üçün yenidən qurulması planı təklif edir. Bu proses debitorun özünün və ya kreditörlərin aidiyyəti üzrə iflas məhkəmələrinə iddiası ilə başlanıla bilər. Ancaq hər bir halda, məhkəmə səhmdarların şəxsi mülkiyyətini şirkətin nizamnamə kapitalının artırılmasına və ya şirkətə qoyduqları investisiyalar istisna olmaqla, risk altında qoymaz. Yenidən qurulma planında kreditörlərin iddialarının təmin edilməsi müəyyən bir iyerarxiyaya əsaslanır. Borcların ödənilməsi ardıcılığında birinci sırada dövlət və federal vergi agentlikləri və işçilərinin maaşları və təminatları durur. Təminatlı, yəni ödənmə ehtimalının aşağı olduğu borclar isə ayrı bir kateqoriyada sıralanır. Planda bu borcların ödənilməsi üçün şərtlər və məbləğlər dəyişdirilə bilər. Nəticə olaraq, yenidən qurulma planı həm kreditörlər, həm də məhkəmə tərəfindən təsdiq olunmalıdır. Daha ətraflı bax: Chapter 11 – Bankruptcy Basics, <http://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics/chapter-11-bankruptcy-basics> (son baxış: 6 Mart 2017), həmçinin bax: Chapter 11 Bankruptcy, <http://bankruptcy.findlaw.com/chapter-13/chapter-11-bankruptcy.html> (son baxış: 6 Mart 2017).

⁷⁹ *Yuxarıda istinad*, 1.

⁸⁰ Warwick J McKibbin and Andrew Stoeckel, 4-5.

⁸¹ İqtisadi sahədə bir-biri ilə bağlı və əlaqəli olan qurumlara az-çox eyni dərəcədə təsir edən hər hansı bir hadisənin təsvir edilərkən bu ifadədən istifadə olunur. Dairəvi formada

sonra, bir sıra investisiya bankları öz partnyorlarına güvənərək yüksək risk almağa və yüksək kredit dayağı⁸² modelindən istifadə etməyə başladılar.

Bütün bunlar nəzərə alındıqda, 2008-ci ilin martında Bear Stearns Bankının ABŞ Federal Ehtiyat Sistemi tərəfindən qurtarıldığı kimi Lehman üçün də eyni proseduranın təşkil olunması gözlənilirdi, ancaq bu edilmədi. Böhran zamanı “bata bilməyəcək qədər böyük” olmayan bankın niyə sadəcə Lehman Brothers olması sual yaradarkən, FED şirkətin daşınmaz əmlak yatırımlarının dərin bir çuxurda olduğunu və onun qurtarılması üçün hüquqi səlahiyyətinin olmadığını açıqladı.⁸³ Lakin, sonralar FED-in səlahiyyətli şəxsləri ilə edilən müsahibələrdə əslində şirkətin az da olsa ödəmə qabiliyyətli olduğu və bununla da şirkətin qurtarıla biləcəyi bildirilmişdi.⁸⁴

Şirkətin qurtarılmamasında digər bir səbəb də, “əxlaqi təhlükədən” doğan narahatçılıq idi. Belə ki, bank sisteminə şamil olunmayan dövlət təhlükəsizliyi (government safety) artıq investisiya banklarına şamil olunurdu və Federal Ehtiyat Bankının maliyyə institutlarının daha böyük risklər alaraq “əxlaqi təhlükə” yaratmasından ciddi şəkildə ehtiyat edirdi.⁸⁵ Həqiqətən də, Lehman 2007-ci ilin avqustunda başlayan böhrandan sonra belə qaranlıq hesab fəaliyyətləri (shady accounting practices) də daxil olmaqla, leverecləri gizlətmək üçün həddən artıq səy göstərirdi.⁸⁶ Lehmanın iflasına icazə vermək, digər firmalara həddən artıq risk almanın qarşısını almaları üçün bir xəbərdarlıq rolunu oynayır.

Digər bir tərəfdən, o dövrdə gedən proseslər maliyyə bazarları üçün açıq bir sirr olaraq qalırdı və investisiya banklarından hər hansı birində problemlərin yaşanacağı halda, Lehmanın həmin siyahının başında olacağı əvvəlcədən təxmin edilirdi. Lehman investisiya bankları arasında ən çox leverecə sahib bank idi; kapitalını artırmaq istəmədi; risklərin idarə olunmasında zəif reputasiyası var idi.⁸⁷

Lehmanın əsas problemlərindən biri onun məhz biznesində idi: aktivlərinin əsas hissəsinin uzunmüddətliliyi ilə öhdəliklərinin böyük bir qismi qısamüddətli olması təzad yaradırdı. Bununla da, şirkətin bazarda

düzülmüş dominolardan birinin çökməsi bütün düzülüşün çökməsinə səbəb olmasını özündə ehtiva edən domino nəzəriyyəsiindən yaranıb.

⁸² *İngiliscə*: Leverage. İntestisiyanın gəlirliyini artırmaq məqsədilə borcdan istifadə olunması. Leverec adı maliyyə borcundan başqa törəmə qiymətli kağızlar, qiymətli kağızların marja ilə ticarəti və başqa formalarda ola bilər. Leverec gəlirliyi artırmaqla yanaşı, investisiyanın riskini də artırır. *Bax*: Maliyyə Bazarları Terminlərinin İzahlı Lügəti, 131-132 (2010).

⁸³ Revisiting the Lehman Brothers Bailout That Never Was, <https://www.nytimes.com/2014/09/30/business/revisiting-the-lehman-brothers-bailout-that-never-was.html> (son baxış: 7 Mart 2016).

⁸⁴ *Yenə orada*.

⁸⁵ Frederic S. Mishkin, *Over the Cliff: From the Subprime to the Global Financial Crisis*, 25(1) *Journal of Economic Perspectives*, 49, 53 (2011).

⁸⁶ *Yenə orada*.

⁸⁷ *Yenə orada*.

qalmağının tək yolu onun borclanmasında idi. Bundan başqa, Lehmanın qarışıq holdinq idarəetmə strukturu əlaqədar⁸⁸, bir bazar segmentində investorun etibarının itirilməsi, bütün Şirkətlər Qrupunun maddi vəziyyətinə təsir edə bilərdi.⁸⁹

Digər tərəfdən, derivativlər üzrə müqavilələrin mürəkkəbliyi və şəffaflığın olmaması Qlobal Maliyyə Böhranının əsas səbəblərindən biri kimi göstərilərkən, Lehman işində də bu məsələ müzakirə mövzusu idi. Həqiqətən də, derivativ müqavilələrlə əlaqəli Lehmana qarşı işlər onun iflası ilə asanlıqla həll olmuşdu.

2) *Bear Stearns-in qurtarılması*

Sərt ticarət mədəniyyəti ilə tanınan⁹⁰ və Amerikanın 5-ci ən böyük bankı olan 85 yaşındakı Uol Strit şirkəti Bear Stearns 15.000 nəfərlik işçi personalı ilə ipotekalı mənzil kreditlərində qabaqcıl yerlərdən birini tutur. İlk dəfə 1985-ci ildə öz səhmlərini açıq bazarda satışa buraxan şirkət qiymətli kağızlar üzrə anderrayter kimi dünyanın bir sıra nöqtəsində brokerlik xidmətləri göstərirdi.

Bear Stearns-in artıq müflisləşdiyi dövrdə ipoteka təminatlı qiymətli kağızlardan ibarət kredit portfilinə ağır zərər dəymişdi. Ancaq bir investisiya bankı kimi Şirkətin əsas problemi qısamüddətli (bu adətən "bir gecəlik" də adlanır) repo müqavilələri və öhdəliklərini yerinə yetirəcək qədər likvidliyinin olmaması idi. Bankın 2008-ci ildən etibarən 17 milyard dollardan ibarət nağd ehtiyatı 102 milyard dollar olan öhdəliyinin yalnız 17%-ni qarşılaya bilirdi.⁹¹ 11 milyard dollarlıq sərmayəsinə qarşılıq 30 qatı qədər öhdəliyi olan bankın likvidlik problemini aradan qaldıracağına bazarda etibarın olmaması, və bankın müştərisi də olan hedc fondları da daxil olmaqla, kreditorların öz əmanətlərini bankdan geri çəkməsinə və bankın

⁸⁸ Lehman Brothers Şirkətləşmə Qrupu Lehman Brothers Bancorp Inc, Lehman Brothers Commercial Corp. (LBCC), Lehman Brothers Inc. (LBI), Neuberger Berman, Lehman Brothers Holdings Plc, U.K, Lehman Brothers OTC Derivatives Inc. (LOTC) kimi şirkətlərdən ibarətdir.

⁸⁹ Warwick J McKibbin and Andrew Stoeckel, 5-6.

⁹⁰ Sərt ticarət mədəniyyəti onun risk almağa meyilli olmasından və "ağressiv" davranışından irəli gəlirdi. Bu mədəniyyət hələ yarandığı ilk illərdən mövcud idi: 1920-ci illərdə investisiya mühitinin yeni inkişaf etdiyi vaxtlarda tutarlı bir investor kimi davranan şirkət, 1930-cu illərin "Böyük Böhranı" işçi personalının sayını azaltmaqla, ancaq işçilərin əmək haqqlarını kəsmədən "sağ qala bilmişdi". Məhz bu davranışı ilə tanınan Şirkət, 2007-ci ildə Fortune Magazine-nin firmaların tərəfindən ən çox bəyənilən Şirkətlər siyahısında qiymətli kağızlar üzrə ixtisaslaşan şirkət kimi Lehman Brothers-dən sonra ikinci sırada yer tutmuşdu. Bax: America's Most Admired Companies 2007 http://archive.fortune.com/magazines/fortune/mostadmired/2007/industries/industry_52.html (son baxış: 13 Aprel 2017).

⁹¹ Yener Coşkun, *Küresel Kriz Sürecinde Yatırım Bankaları ile Diğer Finansal Araçlarda Yaşanan Finansal Başarısızlıklar ve Kamusal Müdahaleler*, 71 Bankacılar Dergisi 23, 25 (2009).

aktivlərini hətta zərərə olsa belə sataraq borclarını ödəməyə çalışmasına səbəb olmuşdur.⁹²

İnvestisiya bankları mənzil bazarındakı partlayışdan sadəcə ipotekalı kreditlərin xeyli hissəsinin satın alınması ilə deyil, həmçinin bu kreditləri ümid edilən gəlir və risklərə əsas götürərək, digər investitorları cəlb edə biləcək formada strukturlaşdırılan aktivlərə çevirərək xeyri əldə etmək istəyirdi.⁹³ İpoteka təminatlı qiymətli kağızlar və borc təminatlı istiqrazlar olaraq tanınan bu aktivlər Bear Stearns-ın 2 böyük hedc fonduyla məşhurlaşmışdı: “Yüksək dərəcəli strukturlaşdırılmış kredit strategiyaları fondu”⁹⁴ və “Yüksək dərəcəli strukturlaşdırılmış kredit strategiyaları böyüdülmüş leverec fondu”⁹⁵.⁹⁶ 2007-ci ildə bu hedc fondu 20 milyard dəyərinə borc öhdəlikləri ilə təmin olunmuş istiqrazlara sahib idi və bu derivativlər də ipoteka təminatlı qiymətli kağızlara əsaslanırdı. Beləliklə, 2006-cı ildən düşməyə başlayan qiymətlər həmin hedc fondularının sonunu gətirmişdi.

Ancaq bata bilməyəcək qədər böyük olması və sistemli risk yaratma təhlükəsi Federal Ehtiyat Sisteminin Bear-ın səhmlərinin JP Morgan tərəfindən satın alınması üçün şərait yaratmasına səbəb olmuşdu. Bəs Federal Ehtiyat Sistemini buna vadar edən nə idi? Bir investisiya bankı öz ənənəvi məşğuliyyətindən əlavə olaraq göstərilən 2 mühüm fəaliyyəti də həyata keçirə bilər: (i) səhmlərin, istiqrazların və digər qiymətli kağız və hissələr də daxil olmaqla investisiya portfelinin idarəçiliyi; (ii) əsas market-meyker (bazar iştirakçısı) və kontragent tərəf olaraq birjadankənar derivativ bazarında (over-the-counter (OTC) derivatives market) idarəçilik. İnvestisiya risklərinin normadan artıq olması səhmdarlar və kredit verənlər üçün xəbərdarlıq signalı olmalıdır, ancaq investisiya zərərlərinin bir bankın derivativ bazarında öhdəliklərini ödəmə qabiliyyətinə maneçilik törətmədiyi vaxta qədər maliyyə sistemi üçün birbaşa risk yaratmır. Bear Stearns xilas edildi, çünki qlobal maliyyə sisteminin əsas hissəsiylə olan derivativ müqavilələri onu “bata bilməyəcək qədər bir-biri ilə əlaqəli” hala gətirmişdi.⁹⁷

⁹² *Yenə orada*.

⁹³ Bryan J. Orticelli, *Crisis Compounded by Constraint: How Regulatory Inadequacies Impaired the FED's Bailout of Bear Stearns*, 42(2) Connecticut Law Review, 647, 653-654 (2009).

⁹⁴ *İngiliscə*: High-Grade Structured Credit Strategies Fund.

⁹⁵ *İngiliscə*: High-Grade Structured Credit Strategies Enhanced Leverage Fund.

⁹⁶ BRYAN J. ORTICELLI, *yenə orada*.

⁹⁷ Dwight Jaffee & Mark Perlow, *Investment Banking Regulation After Bear Stearns*, *Economists' Voice* 1, 1-2 (2008) <http://faculty.salisbury.edu/~lxarvi/data/regulation.pdf>.

III. Dodd-Frank Qanunu və Volcker Rule: İnvestisiya banklarının yeni dövrü

Maliyyə böhranından alınan ən böyük dərs daha effektiv tənzimləyici normalara olan ehtiyac idi. Dodd-Frank aktı maliyyə əməliyyatlarında standartlarını təyin etmək və növbəti maliyyə böhranının qarşısını almağa istiqamətlənmişdir.

Dodd-frank (i) maliyyə bazarında stabilliyi təhlükəyə ata biləcək prosesləri izləmək və bunun qarşısını alması üçün Maliyyə Stabilliyi Nəzarət Komitəsini⁹⁸ qurdu; (ii) ipoteka bazarını və kredit kartı sahəsi üzrə monitorunqı həyata keçirməsi üçün İstehlakçıların Maliyyə Müsafiəsi Bürosunu⁹⁹ yaratdı; (iii) derivativlərin üçüncü klirinq evi (third-party clearinghouse) tərəfindən sövdələşdirilməsini məsləhət görməklə birlikdə; (iv) FED-ə iflas edən bankları nizamlı olaraq ləğv etmək səlahiyyətini verdi.¹⁰⁰

Dodd-frank Qanununa əsasən, investisiya bankları birjadankənar derivativ əməliyyatlarında hərtərəfli tənzimləyici rejimlə üzləşmişdi.¹⁰¹ Qanun Goldman Sachs və Morgan Stanley kimi investisiya banklarının ABŞ-da svopların və qiymətli kağızlarla bağlı svopların tənzimlənməsini ABŞ Əmtəə İndeksləri Ticarət Komissiyası¹⁰² (CFTC) və Birja və Qiymətli Kağızlar üzrə Komissiya (SEC) kimi qurumlar həyata keçirməyə başladı. svopların müəyyən növlərinin mərkəzi klirinqinin həyata keçirilməsini və bu cür svopların alqı-satqısının müəyyənləşdirilmiş birjalarda və ya digər icra qurumlarında həyata keçirilməsini müəyyən edildi. Bununla yanaşı, qanun svop dilerlərinin və əsas svop iştirakçılarının CFTC-dən, qiymətli kağızlarla əlaqəli svop dilerlərinin və yenə qiymətli kağızlarla əlaqəli svop iştirakçılarının SEC-dən qeydiyyatdan keçməsinə tələb edirdi.¹⁰³

Son düzəlişləri ilə 31 yanvar 2014-cü ildə çap olunan Volcker Rule 1 Aprel 2014-cü ildə qanuni qüvvəyə minmişdi. Buna baxmayaraq, banklar Volcker-ə əsasən, öhdəliklərini hələ 2015-ci ilin 21 iyulundan etibarən yerinə yetirməyə başladılar.¹⁰⁴ Səbəb isə aydın idi: Banklar Volcker-ə nifrət edirdi. Çünki Volcker, Goldman Sachs və ya JP Morgan kimi bankların öz maliyyə vəsaitləri ilə riskli yatırımlar etməsini, onların hedc fondlarında və ya özəl investisiya şirkətlərində böyük paylara sahib olmasını qadağan edir.¹⁰⁵

⁹⁸ *İngiliscə*: Financial Stability Oversight Committee.

⁹⁹ *İngiliscə*: Consumer Financial Protection Bureau.

¹⁰⁰ Christian Evans, *yuxarıda istinad* 74, 52.

¹⁰¹ Liaw, *yuxarıda istinad* 35, 2.

¹⁰² *İngiliscə*: Commodity Futures Trading Commission (CFTC).

¹⁰³ Liaw, *yuxarıda istinad* 35, 2.

¹⁰⁴ Volcker Rule Implementation, <https://www.occ.treas.gov/topics/capital-markets/financial-markets/trading-volcker-rule/volcker-rule-implementation.html> (son baxış: 18 Aprel 2017).

¹⁰⁵ Wall Street hates the Volcker Rule. Will Trump finally kill it? <http://money.cnn.com/2017/01/09/investing/volcker-rule-trump-wall-street/> (2017) (son baxış: 18 Aprel 2017).

Volcker Rule bankların dayanıqlılığını və təhlükəsizliyini artırmaq və bu qurumların fəaliyyəti etibarilə toqquşan maraqları və yaranan konfliktləri azaltmaq məqsədilə hazırlanmışdır.¹⁰⁶ Dodd-Frank Qanununun 619-cu Fəslə ilə yanaşı, həm də ABŞ-ın Bank Holding Şirkətləri haqqında Akta¹⁰⁷ əlavə edilən VR banklara hedc fondları və özəl investisiya fondları ilə ticarət, yatırımlarla bağlı münasibətlər qurmaq və ya tərəfdaşlıq etmək, sponsorluq və ya digər münasibətlər qurmağı qadağan edir.¹⁰⁸ Volcker-də göstərilən bu “ticarət” ifadəsi əslində investisiya banklarının treyding fəaliyyətində mühüm rol oynayan “qeydiyyatda alınmış ticarət”¹⁰⁹ başa düşülməlidir. “Qeydiyyatda alınmış ticarət” dedikdə isə, bankların öz maliyyə vəsaitlərini müştəriləri üçün göstərdikləri xidmətdən gələcək məbləğ və faizlərdən daha çox aktivlərin qiymətlərindəki dəyişikliklərdən və faiz dərəcəsinin oynamasıyla əldə oluna biləcək gəlirə görə riskə atdığı fəaliyyətlər başa düşülür.¹¹⁰ Bu fəaliyyətlərə hər hansı qiymətli kağız və ya derivativlər də daxil olmaqla hər növ maliyyə sənədlərinin xüsusi bir məqsədlə, yəni qısa müddət ərzində yenidən satmaq üçün və ya qısamüddətli qiymət oynamalarından qazanc əldə etmək üçün yenidən satışının həyata keçirilməsi üçün aparılan əməliyyatlar nəzərdə tutulur.¹¹¹ Lakin bu yalnız qısamüddətli mənfəətə şamil edilir, uzunmüddətli və ya investisiya məqsədli əməliyyatlara aid edilmir. Bununla yanaşı, anderrayting, market-meykinqlə əlaqəli fəaliyyətlər, risk azaldılması ilə əlaqəli hedcinq fəaliyyəti də istisnalıq təşkil edir.¹¹²

“Qeydiyyatda alınmış ticarətin” dəqiq bir izahı olmadığına və çox əhatəli ticarət qadağasından doğa biləcək mənfi nəticələri nəzərə alaraq Volcker-in əsasında duran məntiq kimi belə göstərilir ki, maliyyə institutları spekulyativ və riskli əməliyyatlar aparmaq istəyirsə, dövlət tərəfindən verilə biləcək maliyyə dəstəyini (taxpayer resources) təhlükə altına almamalıdır.¹¹³

Qanun banklarla müştərilər arasında yaranan maraq toqquşmalarının qarşısını almaq üçün ciddi tənziqləmələri özündə ehtiva edirdi. Həmin konfliktlərə misal olaraq, böhranın yeni başladığı dövrdə Goldman Sachs-ın müştərilərinə satdığı mürəkkəb qiymətli kağızların batmasıyla bağlı “böyük mərcələrə” girərək və hətta müştərilərinə bunun xəbərdarlığını etmədən gəlir əldə etməyə çalışmasını misal göstərmək olar. Qısa, Volcker Rule nəzəri cəhətdən, dövlət tərəfindən maliyyə dəstəyinin təmin olunan bankçılıqı, belə

¹⁰⁶ Andrew F. Tuch, *Conflicted Gatekeepers: the Volcker Rule and Goldman Sachs*, 7(2) Virginia Law&Business Review, 366, 373 (2012).

¹⁰⁷ *İngiliscə*: The Bank Holding Company Act of 1956.

¹⁰⁸ Dodd-Frank Act, Sec. 619, 12 USC 1851.

¹⁰⁹ *İngiliscə*: Proprietary trading.

¹¹⁰ Gerald Epstein, *Volcker Rule: Swiss-Cheesed or Beefed Up?*, 49(2) Intereconomics, 111 (2014).

¹¹¹ Andrew F. Tuch, *yuxarıda istinad* 106, 374.

¹¹² Governor Daniel K. Tarullo, *The Volcker Rule*,

https://www.federalreserve.gov/newsevents/testimony/tarullo20120118a.htm?utm_source=Twitter&utm_medium=SM&utm_campaign=Twitter (2012) (son baxış: 25, May, 2017).

¹¹³ Gerald Epstein, *yuxarıda istinad* 110, 111.

bir dəstəyi olmayan, riskli və spekulativ bankçılıqdan ayırmaq üçün idi: bu, sanki Glass-Steagal aktının daha yumşaq versiyasına bənzəyir.

Volcker Rule-ın ən böyük mənfəət cəhəti “bata bilməyəcək qədər böyük” siyasətini əslində gözdən keçirməsinə idi. Konqres “bata bilməyəcək qədər böyük” konsepsiyasını parçalayacaq, Uoll Striti yenidən quracaq və dövlətin sığortaçı rolunu sonlandıracaq əhəmiyyətli bir qanun çıxarmaq əvəzinə, onların işləmə mexanizmasına müdaxilə etməyi rədd etdi.¹¹⁴ Bu isə, gələcəkdə yenidən böhranın baş qaldırmasını istisna etmirdi.

Nəticə

Azərbaycan Respublikasında investisiya bankçılığının fəaliyyət dairəsi hər nə qədər olduqca məhdud olsa da, dünya iqtisadiyyatında xüsusi bir mövqeyə malik olduğu danılmaz faktordur. Hal-hazırkı Respublikadakı mürəkkəb iqtisadi şəraitinə diqqət etdikdə, bu bankçılığın yayılması müzakirə obyektinə ola bilər. Belə ki, digər maliyyə institutlarının işinin asanlaşdırılmasında və ümumiyyətlə iqtisadiyyatda proseslərin dövrüyyəsinə yüngülləşdiricəyi aşkar olsa da, bu fəaliyyətin özü ilə birlikdə gətirəcəyi risklər də onu həyata keçirəcək bankirlərin professionallığından və risklərin idarə edilməsindəki peşəkəlliyindən birbaşa asılı olacaqdır. Bazar iqtisadiyyatının köklərinin hər gün daha da dərinləşdiyi dövrdə dövlət tənzimləməsinə və dövlət fondlarına ümid bağlamaq əvəzinə, məhz bu investisiya banklarından bir sıra hüquqi şəxslərin maliyyə bazarında öz mövqeyini tutması üçün birbaşa dayaq kimi istifadə oluna bilər. Nəzərə alsaq ki, Respublika ərazisində hətta dövlət fondları belə hüquqi şəxsləri aşağı faizli kreditlə maliyyələşdirərkən kommersiya banklarının vasitəçiliyindən istifadə etməli olur və verilən kreditin sonrakı taleyi barədə düşünülür, investisiya banklarının vasitəçiyi ilə bu halda maliyyələşdirilmə ilə yanaşı, pulların idarə edilməsi və yeri gəldiyi zaman bu barədə ixtisaslaşmış mütəxəssislərin hüquqi şəxsin yenidən dirçəlməsində vəziyyəti ələ almaları daha effektiv vasitədir.

Goldman Sachs-ın CEO-su Lloyd Blankfein-in “Tanrının işi” olaraq adlandırdığı investisiya bankçılığı, əlbəttə ki, qlobal maliyyə böhranından yan keçmədi. Sığorta və ümumi bank sektorunda olduğu qədər investisiya bankçılığında mühafizəkarlığın olmadığı aydın məsələdir. Ancaq, sərmayə bazası ilə aldığı yüksək risklər bir-biri ilə uyğunlaşmaması bu bankların ən böyük bəlası olmuşdu. Qısa və ya ortamüddətli qiymətli kağızları maliyyələşmələri də digər bir tərəfdən maliyyə baxımından riskləri daha da artırmışdı. Hansı ki, bu ünsür Lehman Brothers və Bear Stearns-ın da bu cür davranması onların sonunu gətirmişdi.

¹¹⁴ Christian Evans, *yuxarıda istinad* 74, 57.

Böyük Böhran dövründə o dövrki ABŞ prezidenti Franklin Ruzveltin də qeyd etdiyi kimi, ən mühüm qərarlar böhran dövründə qəbul edilir.¹¹⁵ 2007-2008-ci il böhranından çıxarılan nəticələrlə maliyyə bazarını yenidən tənzimləmək məqsədilə qəbul edilən Dodd-Frank Qanununun əsas rolu da gələcəkdə böhranların qarşısını almaq üçün real iqtisadiyyata dəstək olacaq maliyyə sisteminin qurulması idi. Volcker Rule ilə xüsusilə də Glass-Steagall Aktının qüvvədən düşməsi ilə yığılan kommərsiya və investisiya bankı arasındakı təhlükəsizlik divarını yenidən inşa edilməsinə cəhd göstərildi. Bununla da bankların diqqətini öz müştərilərinə xidmət göstərməsinə yönləndirilməyə və “böyük spekulyativ mərcələrinin” qarşısını almağa fokuslandı. Volcker Rule və Dodd-Frank stabil bankinq sektorunu formalaşdırmaq üçün ABŞ qanunvericiliyinin mühüm normalarından hesab olunur.

¹¹⁵ *Yenə orada.*

Sənəm Mustafayeva*

Dünyəvi və islam ölkələrində müsəlman qadınların hüquqi statusu

Annotasiya

Feminizm sahəsində problemlərlə qarşılaşan İslam dini və ondan törəyən İslam hüququnda qadın hüquqlarının əks olunması məsələsi hər zaman mübahisə doğurur. Müxtəlif ölkələrdə məskunlaşmış müsəlman qadınların hüquqları var ilə yox arasındadır. Bu nöqtəyi nəzərdən, məqalədə İslamda əks olunan qadın hüquqları ilə islam ölkələrində mövcud olan qadın hüquqlarının müqayisəsinə, dünyəvi ölkələrdə müsəlman qadınlara "dünyəvilik" prinsipinin şamil edilməməsi məsələsinə yer verilmiş, həm müsəlman, həm də dünyəvi ölkələrin nümunəsində ətraflı araşdırma aparılmışdır.

Abstract

Islamic religion that faces problems in the area of feminism and in the Islamic law that derives from it, the question of reflection of woman rights always creates controversy. The rights of muslim women that had been settled in different countries are between "there is" and "there is not". From this point of view a place was given to the comparison of the woman rights in Islam and the woman rights existing in Islamic countries, to the question of not applying the "secularization" principles to Muslim women in secular countries, besides these problems were investigated in the sample of both Muslim and secular countries.

Mündəricat

Giriş	231
I. İslami və dünyəvi ölkələrdə qadın hüquqlarının mənbəyi.....	232
II. Müasir dövrdə İslam hüququnun tətbiqi və bu ölkələrdə qadınların vəziyyəti.....	235
III. Dünyəvi ölkələrdə müsəlman qadınların hüquqi vəziyyəti.....	241
IV. Müsəlman qadın hüquqlarının müdafiəsinə dair zəruri islahatlar	247
Nəticə.....	248

Giriş

Tarix boyunca hər bir fərd kimi hüquqlara sahib ola bilməyən qadınlar hal-hazırda ən üst səviyyədə imkanlara malikdirlər. Lakin son dövrdə qadın hüquqlarının mövcudluğu ilə realizəsi arasında üstü qapanmayan boşluqlar vardır. Həmin boşluqları cəmiyyət ya üstü qapalı, ya

* Bakı Dövlət Universiteti, Hüquq fakültəsi, 3-cü kurs, 1436-cı qrup tələbəsi.

da açıq formada İslamla əlaqələndirir. Həqiqətən də İslam hüququ çərçivəsində qadın hüquqlarına yer verilmirmi?

Müsəlman qadınların əqidəsinə görə məruz qaldığı təzyiqlər XXI əsrdə gündəmdən düşür. İstər İslam dini rəhbər tutulan ölkələrdə, istərsə də dünyəvi ölkələrdə bu hallar fərqli formalarda təzahür edir. Buna görə də İslam dini hər zaman zidd fikirlərlə qarşı-qarşıyadır. İslam dövlətlərində qadınların məruz qaldığı hüquq pozuntularında “din” aspekti bəhanə rolunda çıxış edirsə, dünyəvi ölkələrdə müsəlman qadınların məruz qaldığı qeyri-qanuni halların əsl səbəbi onların dinidir. Mövcud vəziyyət müəyyən bir coğrafi ərazi dairəsində məhdudlaşmır. Bu səbəbdən sırf müsəlman qadınların hüquqları məsələsi araşdırmanın mövzusu olacaqdır. Məqalədə İslamda mövcud olan qadın hüquqları ilə birlikdə, müsəlman qadınlara qarşı yönələn hüquq pozuntularının səbəbləri müəyyən olunacaq və nəzəri hissə ilə tətbiq arasındakı fərq ortaya qoyulacaqdır. Müsəlman ölkələrində yaşayan qadınlarla dünyəvi ölkələrdə yaşayan müsəlman qadınların hüquqi vəziyyətinin orta və fərqli cəhətləri aydınlaşdırılacaqdır.

I. İslami və dünyəvi ölkələrdə qadın hüquqlarının mənbəyi

A. Qurani Kərimdə qadın hüquq subyekti kimi

Qurani-Kərimdə qadınların sosial vəziyyəti iki aspektdə dəyərləndirilmişdir: 1. İslamdan öncəki dövrdə qadın; 2. İslamda qadın. Burada qadınların hüquq və vəzifələri, eyni zamanda kişinin qadın qarşısında daşdığı vəzifələrə yer verilmişdir. Bir növ mövcud olan bu hüquq və vəzifələr sinallaqmatik xarakter daşıyır. İslam hüququnun tətbiqində yaranan problemləri daha dəqiq həll etmək üçün bu hüquq münasibətlərinin subyekti olan qadınların sahib olduğu hüquqların nəzərdən keçirilməsi zəruridir.

1. Yaşamaq hüququ – İslamın bərqərar olması doğulan qız uşaqlarını öldürmək adətini zamanla sıradan çıxardı. Kiçik qızların yaşamaq hüququ onların təbii hüquqlarından biri olub, Quranda öz əksini müxtəlif formalarda tapmışdır: “O, istədiyini yaradır, istədiyinə qız, istədiyinə oğlan övladı əta edir.”¹

2. Cəmiyyətdə iştirak etmək hüququ – İslamdan öncə bəzi qadınların cəmiyyətdə mövqeləri var idi, lakin bu sadəcə varlı və əsilzadə nəslinə mənsub olanlara aid idi. Bu cür qadınlardan biri Məhəmməd Peyğəmbərin (s.ə.s.) birinci həyat yoldaşı Xədicə xanım idi ki, o Məkkədə qadınlardan və bəzi kişilərdən üstün mövqeyə malik idi.² İslam yarandıqdan sonra isə təbəqəsindən asılı olmayaraq bütün qadınlara bu hüquq tanındı. Məhəmməd

¹ Meryem Arıkfıdan, İslam Hukukunda Kadın Haklarının Korunmasına Yönelik Tedbirler, 26. (2015).

² *Yenə orada*, 9.

Peyğəmbərə (s.ə.s.) biət edən qadınlar özlərinə ictimai sferada yer tapdılar. Bəziləri bu sahədə xeyli aktiv olmuş, bəziləri isə kişilərdən geri qalmayan tərzdə islahatçı tədbirlər həyata keçirmişdir. Məsələn, Harun ər-Rəşidin arvadı Zübeydə. Zübeydə xanım Məkkəyə içməli su çəkdiydikən görə sudaşıyanlar indi də şəhərin küçələrində “Eyni Zübeydə” (“Zübeydənin gözləri kimi şəffaf su”) bağıraraq gəzirlər.³

3. Ayrı-seçkiliyə məruz qalmamaq hüququ – Bir qayda olaraq həm qadınlar arasında bərabərliyi, həm də qadın və kişi arasındakı bərabərliyi özündə əks etdirir. Kimliyindən, statusundan və mövqeyindən asılı olmayaraq bütün qadınlara eyni dərəcədə hüquqların tanınması belə sübut olunmuşdur. “..Allah yanında ən üstün olanınız, günahlardan çəkinəninizdir.” İslam üçün qadın və yaxud kişi olmaq yox, önəmli olan yaxşı və təmiz bir insan ola bilməkdir. Əgər ki, İslam hüququ kişilərin mənafeyinə xitab edən bir sistem olsaydı, Qurani Kərimdə “Kişilər” adlanan bir surəyə rast gələrdik. Lakin sonuncu səmavi din kişilərdən çox qadınların qorunmasına, onların qiymətli tutulmasına önəm göstərdiyi üçün Nisa, yəni “Qadınlar” adlanan surədə qadınların mövqeyini tənzipləyir.⁴

4. Seçmək və seçilmək hüququ – Quranda qeyd olunur ki, “Ey Peyğəmbər! Mömin qadınlar Sənə gəlib biət etdiklərində onların biətlərini qəbul et və Allahdan onların günahlarının bağışlanmağını dilə. Çünki Allah rəhmli və bağışlayandır.” Biət etmək qadınların azad bir şəkildə öz rəhbərlərini seçməsi anlamına gəlir və bu hüquq İslamın bərqərar olduğu ilk dövrlərdə meydana gəlmişdir.⁵ Seçilmək hüququna gəldikdə isə, bu hüququ qadınlara qadağan edən hər hansı bir dəlil yoxdur. Əksinə Quranda qeyd olunur ki, kişi və qadınlara hər bir işdə məsuliyyət eyni dərəcədə verilir. Nisa surəsi 58-ci ayədə göstərilir: “Allah sizə əmanətləri, insanların haqlarını onlara qaytarmağı əmr edir. İnsanlar arasında hökm çıxarılanda ədalətli hökm çıxarın.”⁶

5. Təhsil hüququ – Qurani Kərimdə Ələq surəsinin birinci ayəsinin “Oxu!” deyə başlamasının mənası ondadır ki, Allah hər bir cins üçün elmi və öyrənməyi vacib bilməmişdir. Qadınlar İslamın gəlişi ilə oxu və yazı qaydalarını öyrənmiş və öyrətməyə başlamışlar.⁷

6. İqtisadi müstəqillik hüququ – Qadın ixtiyarında olan irsdən, öhdəsində olan maldan istədiyi kimi istifadə edə bilər.⁸

³ Mübariz Süleymanlı, Əhməd Ağaoğlu, “İslama görə və islamıyyətdə qadın” əsərinə elmi-tənqidi yanaşmalar, 75 (2008).

⁴ *Yuxarıda istinad 1*, 10.

⁵ *Yenə orada*, 111.

⁶ *Yenə orada*, 113.

⁷ *Yenə orada*, 104.

⁸ Əbdürrəhman Yusifpur, İslam dinində qadın məsələsi (Tərcümə: Hacı Soltan, Gərşivəz Nazim), 6 (1995).

7. Xərclərini tələb etmək hüququ – Qadının bu hüququ kişilərin vəzifəsi olaraq formalaşmışdır. Yəni kişi öz qadınının bütün xərclərini (yemək, içmək, geyim və s.) ödəməlidir. Kişi imkanı olduğu halda qadının xərclərini təmin etməsə, qadının istədiyi vasitələrlə ərindən ehtiyaclarını ödəməyi tələb etmək hüququ var. Buna nail olmadıqda, məhkəməyə müraciət edə bilər.⁹ Bu, məhkəmə müdafiəsi hüququnu ortaya çıxarır.

8. Nikahda sərbəstlik hüququ – İslamda qadının izdivacı öz əlindədir, bu məsələdə hər hansı bir məcburiyyət yolverilməzdir.¹⁰ Əgər nikah əqdində qarşılıqlı razılıq olmazsa, İslam baxımından bu müqavilə etibarlı hesab olunmur.¹¹

9. Miras hüququ – Bu hüquq Nisa surəsində öz əksini dəqiq qaydada tapmışdır.¹² Surədə qeyd olunur ki, bir oğlan övladının payı iki qız övladının payına bərabərdir. Bu, ailənin strukturu ilə bağlıdır və İslamda maddi məsələlər üzrə məsuliyyət kişiyyə verilmiş bir öhdəlikdir. Ona görə də bu qayda qadınlara qarşı ayrı-seçkilik nəzərdə tutmur.¹³

10. Eyni haqq və cəzanın verilməsi¹⁴ - Təqsirli olan hər bir şəxsə müdafiə, səmimi peşmançılıq qaydasında təqsirini etiraf etmək hüququ və törətdiyi əmələ görə məsuliyyət prinsipi nəzərə alınmaqla cəza tədbirləri tətbiq olunur.¹⁵

B. Beynəlxalq hüquq normalarında əks olunan qadın hüquqları

Orta əsrlərə nəzər saldıqda görmək mümkündür ki, İslam öz gəlişi ilə onun qəbul olunduğu cəmiyyətlərdə qadınları xilas etmişdir. Onun orta əsrlərdə Şərqi qadınlara tanıdığı hüquqlara Avropa və digər ölkələrdəki qadınlar uzun illər boyunca malik deyildilər. XIX əsrə qədər Danimarka və Fransada qadınlar miras payından məhrum idi.¹⁶ Fransada qadın həyat yoldaşının icazəsi olmadan bank hesabına pul yatıra bilməz və ya buradan pul götürə bilməzdi. İsveçdə isə qadının seçmə və seçilmə haqqının tanınmasını cəmiyyət qəbul etmək istəmirdi. Qadınlara hüquqi statusu, onların kişilərlə bərabərliyi məsələsi II Dünya Müharibəsindən sonra BMT çərçivəsində qloballaşdırılmış, buna dair bir neçə beynəlxalq müqavilə bağlanmış və dövlətlərin üzərinə bu sahədə ciddi öhdəliklər qoyulmuşdur. Bu sahədə olan ilk ciddi addımlardan biri 1948-ci il Ümumdünya İnsan Hüquqları Bəyannaməsidir və o, ayrı-seçkilik məfhumunu yekdilliklə rədd edir.

⁹ *Yenə orada*.

¹⁰ *Yenə orada*, 5.

¹¹ *Yuxarıda istinad 1*, 43.

¹² Ətraflı bax: Nisa, 4:11/12.

¹³ *Yuxarıda istinad 1*, 117.

¹⁴ Lalə Mönsümova, *İslamda Qadının Statusu*, 2 "Dövlət və Din" İctimai fikir toplusu, 110, 115 (2009).

¹⁵ Əl-Maidə, 5:33/34.

¹⁶ *Yuxarıda istinad 8*, 3.

XX əsrə qədər qadınlar daha çox siyasi hüquqlar tələb edir, xüsusən seçmək və seçilmək hüququna malik olmaq istəyirdilər. “Qadınların Siyasi Hüquqlarına dair Konvensiya” (1953) XX əsrdə bütün dünya qadınlarına bu hüququn tanınmasını zəruri bilmiş, “Qadınlara qarşı ayrı-seçkiliyin aradan qaldırılmasına dair Konvensiya” (1981) isə beynəlxalq arenada qadın və kişi hüquq bərabərliyini təsdiq etmişdir. Burada qadınlar üçün nəzərdə tutulan hüquqlar geniş şəkildə izah olunmuşdur: 7-ci maddə qadınlar üçün siyasi, 10-cu maddə təhsil sahəsində, 11-ci maddə məşğulluq sahəsində olan hüquqları, 14-cü maddə kənd yerlərində yaşayan qadınların vəziyyətini tənzimləyən normaları əks etdirir və üzv dövlətlər üçün ciddi vəzifələr nəzərdə tutur.

İslamda qadın hüquqlarının təsbit olunması ilə qadın hüquqlarının beynəlxalq qaydada tənzimlənməsi arasında 13 əsr fərq mövcud olsa da, verilən qərarlar və qəbul edilən normalar İslamdakı qadın mövqeyilə kəşifir.

II. Müasir dövrdə İslam hüququnun tətbiqi və bu ölkələrdə qadınların vəziyyəti

Ümumiyyətlə, müsəlman qadınının evolyusiyasını dörd mərhələyə bölmək olar: birinci - Məhəmməd peyğəmbər (s.ə.s) vaxtından əməvilərin hökmranlığına qədərki dövr; ikinci - əməvilərdən türklərə qədərki dövr; üçüncü – türklərin hakimiyyətinin dövrü; dördüncü – qadının tamamilə nüfuzdan düşməsi dövrüdür.¹⁷

Müsəlman hüququ digər hüquq sistemləri kimi özündə ehkam qaydalar hesab olunan normaları əks etdirir ki, bu normaların tətbiqi hər bir müsəlman fərd – həm fiziki şəxslər, həm də müsəlman dövlətləri üçün zəruridir. Bəzi fikirlərə görə, müsəlman hüququ müstəqil elm sahəsi deyil, İslam dininin bir qolu kimi çıxış edir.¹⁸ Hər bir halda, dövlətin konstitusiyasında rəsmi din olaraq İslam dini göstərilmişdirsə, həmin subyekt şəriət qaydalarını düzgün tətbiq etməlidir. Lakin Feminizmin iri addımlarla irəlilədiyi; mədəni ölkələrin ictimai təşkilatlarının, görkəmli xadimlərinin qadının vəziyyəti haqqında düşündüyü; nəhayət, əsrlərlə qadının qula çevrilməsinin ədalətsizliyinin dərk edilməsi və nəticədə Avropa və Amerikada qadın hüquqları gündəngünə genişlənilib kişilərin haqları ilə bərabərləşməyə doğru inkişaf etdiyi bir zamanda Asiya və Afrikada milyonlarla müsəlman qadın ən primitiv insan hüquqlarından məhrumdur.¹⁹ Müsəlman ölkələri ya müasirliyə çata bilmir, ya da İslamı dərk etmir. İslam orta əsrlərdə müasirlik carçısı kimi tanınmış, əsrlər boyunca bu cür davam etmişdirsə, niyə hal-hazırda bu belə deyil? Müsəlman xalqları İslam sayəsində sivilizasiya yaratmış, bu sivilizasiyadan qeyri-müsəlman xalqları da bəhrələnib inkişaf etmişlər. Lakin XVIII əsrdə

¹⁷ Süleymanlı, *yuxarıda istinad* 3, 66.

¹⁸ Mönsümov, *yuxarıda istinad* 14, 114.

¹⁹ Süleymanlı, *yuxarıda istinad* 3, 51.

İslam mədəniyyətinin inkişaf surəti aşağı düşmüş, müsəlman xalqlarının tərəqqi baxımından geriləməsi müşahidə olunmuşdur.²⁰ Burada yaranan problem İslam dini ilə bağlı deyil. Bunu sübut etmək üçün bəzi İslam ölkələrində olan hüquqi vəziyyətin nəzərdən keçirilməsi məqsədamüvafiq olardı.

A. Səudiyyə Ərəbistanında qadınların hüquqi vəziyyəti

Bir sıra fikirlərə görə, dünyanın heç bir yerində qadınlar Səudiyyə Ərəbistanında olduğu kimi qəribə həyat tərzini sürürlər. Səudiyyə kişiləri qadınları "baxımlı mirvari və gizli xəzinə" adlandırırsalar belə, onlara ikinci təbəqə kimi davranmağa davam edirlər. Qadın hüquqlarının qorunması məsələsi hər bir dövrdə önəm kəsb etsə də, Səudiyyə dövlətində bu məsələ kiçik bir yeri əhatə edir və ölkədə ən çox mübahisə olunan, buna baxmayaraq qaranlıq qalan mövzulardan biridir. Neçə yaşında olursa olsun, burada yaşayan qadınlar mütləq müəyyən bir kişinin himayəsində olmalıdırlar. Qadınlar qanuni nümayəndənin razılığı ilə məktəbə gedir və işləyirlər. Əks təqdirdə qadın nümayəndənin istəyinə uyğun olaraq işləmək hüququndan məhrum ola bilər. İslam qadınlar üçün iqtisadi müstəqillik nəzərdə tutursa belə, Səudiyyədə qadınlar nikah münasibətlərinə daxil olduqda bu müstəqilliyi icra edə bilmirlər. 2011-ci ildə Kral Abdullah qadınların seçki hüququnu və kral qarşısında mövcud olan orqanlarda çıxış edə biləcəklərini elan etmişdi.²¹ Son dövrlərdə bu dövlətdə qadınlara şəxsiyyəti təsdiq edən sənəd əldə etmək hüququ verilmişdir.²² Amma bu hüquq mütləq xarakter daşımır, çünki qanuni nümayəndə qadının şəxsiyyətini təsdiq edən sənədi almaq hüququnu məhdudlaşdırır. Daha dəqiq desək, bu qadınların varlığının tək hüquqi sübutu adlarının həyat yoldaşlarının şəxsiyyət vəsiqəsində əksini tapmasıdır. Boşanma zamanı onun adı atasının, əgər sağ deyilsə, qardaşının, qardaşı yoxdursa, onu az-çox tanıyan ən yaxın kişi qohumunun şəxsiyyətini təsdiq edən sənədində qeyd olunmalıdır. Bir riyad tərcüməçisinin fikrincə, qadınlar onları hər an təqib edən birisi olduğu müddət ərzində fikirlərini azad bir şəkildə ifadə edə bilməzlər. O qeyd edir ki, qadınların öz hüquqlarına malik olması üçün ilk addım, şəxsiyyəti təsdiq edən sənədə malik olmaqdır. Bunun ardınca başqa mərhələlər də gələcəkdir. Müsəlman qadınların gələcəyi üçün yaşanacaq çox şey hələ yaşanmamışdır.²³

²⁰ Əli İzzətbəyoviç, İslam və müasirlik (Tərcümə: A. Mehdiyev), 3 (1997).

²¹ Saudi Arabia: Women Can Vote, Starting in 2015, (2011),

<http://www.pbs.org/newshour/rundown/saudi-arabia-women-vote/> (son dəfə ziyarət olunub: 6 Aprel, 2017).

²² The Women of Islam, . Sunday, (2001),

<http://content.time.com/time/world/article/0,8599,185647-1,00.html> (son dəfə ziyarət olunub: 6 Aprel, 2017).

²³ *Yenə orada.*

B. İran İslam Respublikasında qadınların hüquqi vəziyyəti

İran qadınları seçki hüququ ilə hələ şahlıq dövründə ikən 1963-cü ildə təmin olunmuşdular. 1979-cu ildə baş verən inqilabdan sonra yaranan vəziyyət isə əvvəlki ilə eyniyyət təşkil etmirdi. İnqilab dövründə və ondan öncə qadınların dəstəyini qazanmaq üçün Xomeyni qadın hüquq və azadlıqlarına münasibətdə feminist vədlərlə çıxış edirdi və bunlardan bir neçəsini həyata keçirmişdi. O, kənd yerlərindəki qadınların ali təhsil almasında, parlamentdə iştirak etmək hüquqlarının təmin olunmasında böyük rol oynamışdır.²⁴

Müasir İran İslam Respublikası özünü demokratiyanın əsas götürüldüyü teokratik dövlət kimi görür və Konstitusiyasının demokratik niyyətləri əks etdirdiyini iddia edir. Ancaq İran Konstitusiyasına diqqətlə nəzər saldıqda, bu demokratiyada qadın hüquqlarının müdafiəsi sahəsində bir sıra qüsurların olduğunu görmək olur.²⁵

Hal-hazırda İranda qadın hüquqları həm artır, həm azalır.²⁶ 1979-cu ildən bu yana, İranda qadınlara qarşı ayrı-seçkilik nəzərdə tutan ailə qanunvericiliyinin dəyişdirilməsi üçün güclü sosial təzyiq vardır. İranda demoqrafik vəziyyət onu göstərir ki, əhəlinin 70%-i 30 yaşa qədərdir və onlar daha çox azadlıq tələb edir. Belə olduqda bəzi suallar yaranır. Əgər bərabərlik və ədalətlik İslamda və Şəriətdə həqiqi dəyərlədirsə, niyə bu dəyərlər qadınları ikinci planda görən və kişilərin hakimiyyəti altına salan İran ailə qanunvericiliyinə yansımamışdır? Nəticə etibarilə, İranda formalaşan feminist qrup daha çox azadlıq tələb edir. Bu feminist hərəkəti tələb edir ki, İran üzv olduğu beynəlxalq insan hüquqlarına dair konvensiyaların, beynəlxalq müqavilələrin tətbiqini sistemli şəkildə həyata keçirsin.

Quranı düzgün şəkildə təfsir etmək və dövlətin beynəlxalq arenada öz öhdəliklərini həyata keçirməsi İranda qadınlar üçün ümid yeri kimi görünür.²⁷ Lakin dövlət içindəki bu qrup elə başa düşür ki, dövlətlə dinin ayrılması qadın və ailə hüququ baxımından doğru yoldur. Amma problem hər zamanki kimi islam hüquq normalarının tətbiqində öz əksini tapır. İqtidardakı din xadimləri Quranın "ailədə patriarxal quruluş" formasında təfsirini və qanunlara bu formada tərçümə olunmasını təsdiqləməyə davam edərkən, İranda Quranın daha dinamik bir şəkildə təfsir olunmasını diqqətə alan bir hərəkət var. Bu cür təfsir qadın hüquqlarını qanun yolu ilə genişləndəcək və onları qoruyacaqdır. Sadəcə XX əsrdə Şəriətə ani geri dönüş kişilərə hədsiz hüquqlar və hakimiyyət verdiyi üçün qadınlar onların hakimiyyəti altına düşdülər. Hər xırda səbəbdən kişilər onları boşadıqda sual

²⁴ Susan W. Tiefenbrun, *The Semiotics of Women's Human Rights in Iran*, Paper No. 975512, TJSJL Legal Studies Research, 7, (2007).

²⁵ *Yenə orada*, 16.

²⁶ *Yenə orada*, 114.

²⁷ *Yenə orada*, 115.

yaranırdı ki, Şəriət beləmi deyir?²⁸ Nəticədə, qadınlar arasında bu cür müxalif qruplar meydana gəlir və onlar müsəlmançılığa və ya İrana xəyanət etmiş kimi qələmə verilir, ya da onlara Qərb tərəfdarı kimi baxılırdı. Bir çox araşdırma göstərir ki, kişilərin qazandığı bu qeyri-məhdud hakimiyyət (boşanmalar, poliqamiya) Quran və yaxud Allah tərəfindən onlara yazılı olaraq yox, sadəcə müsəlman hüquqşünaslar²⁹ və din xadimləri tərəfindən verilmişdir. Hal-hazırda Qurani Kərimin düzgün təfsirinə diqqət edən İran feministləri onun bərabərlik mesajını uğurla meydana çıxarmışlar.³⁰ Bu cür davam etdikləri təqdirdə, İranda qadın hüquqlarının məhz İslam yolu ilə müdafiəsinə həqiqi bir ümid vardır.

C. İraqda qadınların hüquqi vəziyyəti

XXI əsrin əvvəllərində İraq qadınlarının statusunu müharibələr, məzhəb düşmənçiliyi, islam hüququ ilə İraq Konstitusiyası arasındakı mübahisələr, adət-ənənə ilə müasir yaşam tərzində yaranan fərqlər müəyyən edir. İraq qadınlarına ən çox təsir göstərən amil məhz müharibə olmuşdur. 2003-cü ildə Amerika və İngiltərə ordusu ölkəyə daxil olduqda, başlayan müharibə vəziyyəti pisləşdirmiş, insan hüquqları kontekstində qadın hüquqlarını ümumən yerlə bir etmişdi. Kişilər bir qayda olaraq, döyüşçü kimi şəhid olurdusa, qadınlar həm cəmiyyətdə, həm də ailə daxilində zorakılıq, cinsi istismar və bir sıra təqiblərə məruz qalırdılar. Bəzi bölgələrdə hələ də qalmaqdadırlar. Əsgərlər tərəfindən bədbəxt edilmiş qadınlara sonradan öz ailəsi və qohumları təzyiqlər göstərir, onları öldürür, ya da intihara sövq edirlər.³¹ 2005-ci il 15 oktyabr tarixində keçirilən referendumda³² İraq Konstitusiyasına kişi və qadın bərabərliyini nəzərdə tutan 14-cü maddə əlavə olundu, lakin praktik cəhətdən bunun tətbiqinə rast gəlinmədiyi göz önündədir.³³ İraqda qadınlar ən adi hüquqlara belə malik deyillər. Məsələn, qadınlar ölkədə nəqliyyat vasitəsi kimi avtomobildən birbaşa istifadə edə bilməzlər. Bu ümumi vəziyyət Əl-Qaidə təşkilatının qadınlardan kamikadze kimi istifadə etməsinə şərait yaradır. Belə qadınların məqsədi sadəcə uğradıqları haqsızlıqlara görə intiqam almaqdır.³⁴

²⁸ *Yenə orada*, 116.

²⁹ *Yenə orada*, 117.

³⁰ *Yenə orada*, 118.

³¹ Bilgay Duman. İrak'ta Kadınların Durumu ve Siyaset: Türkmen Kadınları Örneği, 1(7-8) Ortadoğu Analiz, 98, 99 (2009).

³² Referendumdan sonrakı konstitusiya İslama zidd heç bir qərar çıxarılmayacağını açıq bir şəkildə bəyan etmişdi. Ətraflı bax: Women, Islam and the New Iraq, (2005), http://www.nytimes.com/cfr/international/20060101faessay_v85n1_coleman.html?pagewanted=print& r=0 (son dəfə ziyarət olunub: 6 Aprel, 2017).

³³ *Yenə orada*.

³⁴ *Yuxarıda istinad*, 31.

İraqda müəyyən yerlərdə əski qəbilə adətləri qaldığı üçün namusu təmizləmək adına cinayətlər hədsiz çoxdur. Hətta İraq qanunvericiliyi cinayətin tərkibində namus zəmini olduqda, bunu yüngülləşdirici hal kimi nəzərə alır. Əgər cinayət bu zəmində törədilibsə, sanksiya sadəcə 6 aylıq azadlıqdan məhrum etmə cəzasından ibarət olur.³⁵ İraq qanunvericiliyi 2002-ci ildə namus cinayətlərini kriminallaşdırmış olsa da, bugünlərdə həmin normanın tətbiqindən bəhs oluna bilməz.³⁶ BMT Əhali Fondunun (UNFPA) 2012-ci il göstəricilərinə əsasən, İraq Kürdüstanında hər il 5000 qadın namus adı altında öldürülür. Həmin ərazidə 1991-2002-ci illər arasında 446, 1999-2000-ci illərdə isə 155 qadın bu cinayətin qurbanı olmuşdur.³⁷ Bir çox qadın bu təhlükəyə dözə bilmir və cinayət qurbanı olmaqdan, intiharını seçir. 2007-ci il aprel ayının 7-də Mosul şəhəri yaxınlığında yerləşən Bəhzani ərazisində 17 yaşlı Doa Xəlil Asvadin öz kişi qohumları tərəfindən geniş kütlə qarşısında daşqalaq edilməsinin səbəbi sevgi idi. Buna görə də bir çox qadın başına gələcəkləri bilir və nisbətən "asan" ölümü seçir. Hawlati qəzetinə görə, 2011-ci ildə Süleymaniyyə və Duhokda 76 qadın eyni səbəbdən intihar etmişdir.³⁸

Səudiyyə Ərəbistanında olduğu kimi, burada da qadınların xarici pasport almaq məsələsi müstəqil çərçivədə həyata keçirilmir. İraq Xarici İşlər Nazirliyinin müvafiq bölməsi tərəfindən qadının öz yaxın kişi qohumlarının birindən icazə alması əsas tədbir kimi götürülür.³⁹ Əks mövqenin nümayəndələri tərəfindən hədəf olmalarına baxmayaraq, ölkədə qadın hüquqlarını qorumağa çalışan bir sıra feminist qruplar,⁴⁰ şiddətə və ölüm təhdidi ilə üz-üzə qalan qadınlara köməklik göstərən sığınacaqlar və qadın cəmiyyətləri də vardır.⁴¹

Bir sıra iraqılı maarifçilər Konstitusiyanın İslam qaydalarına zidd olmayan qərarlar qəbul etməsinə qadın hüquqlarını yox edən ünsür kimi baxsalar da,⁴² bir çox müsəlman ölkəsində olduğu kimi İraqda da reformistlər şəriəti dünyəvilikə dəyişmək cəhdlərini artıq tərk ediblər. Bunun əksinə, qadın hüquqlarını İslami formada insanlara təlqin etməyə çalışırlar.⁴³

³⁵ *Yenə orada*.

³⁶ Mino Alinia, *Honor and Violence Against Women in Iraqi Kurdistan*, 163 (2013).

³⁷ *Yenə orada*, 1.

³⁸ *Yenə orada*.

³⁹ *Yuxarıda istinad*, 35.

⁴⁰ *Yenə orada*.

⁴¹ *Yuxarıda istinad*, 36.

⁴² İraqılı alim İsam əl-Xəcəfiyə görə Konstitusiya "qadınları hüquqlarından asanlıqla məhrum edə bilər." Dünyəvi hərəkat liderlərindən biri və İraqdakı Qadın Azadlığı İttifaqının başçısı Yanar Məhəmmədi isə düşündürən odur ki, İslami hökumət ölkəni "qadınların alçaldıldığı və ayrı-seçkilik rəsmiləşdirildiyi Taliban hakimiyyəti altında olan Əfqanıstan halına gətirə bilər." Ətraflı bax: *Yuxarıda istinad*, 32.

⁴³ *Yenə orada*.

D. Pakistanda qadınların hüquqi vəziyyəti

Pakistan Konstitusiyasının 2-ci maddəsinə əsasən, dövlətin rəsmi dini İslam dinidir. 25-ci maddədə isə bütün vətəndaşların qanun və məhkəmə qarşısında bərabərlik hüququ göstərilmişdir. Konstitusiyaya görə, cinslər arasında hər hansı bir ayrı-seçkiliyə yol verilməsi qadağandır.⁴⁴ Lakin normanın nə dərəcədə tətbiq olunduğu sual altındadır. Pakistanda bölgələr üzrə qadınların vəziyyəti fərqlidir. Müasir dövrdə qadınların əldə etdiyi iqtisadi və siyasi hüquqlar böyük şəhərlərlə məhdudlaşır. Taliban qaydaları əsas götürülən kənar bölgələrdə isə qızlar məktəblərə göndərilir. Təhsil hüququ olub, bunu icra edə bilməyən qızlar öz hüquqlarını bilmədiyindən hər cür istismara dözürlər.⁴⁵ Şəhəratrafı yerlərdə olan qadınlar, əsasən kiçik qızlar, ticarət obyektinə kimi ailələr arasında satılır və onların yaşama hüquqları demək olar ki, müdafiə olunmur.⁴⁶ Kiçik yaşda ərə verilən qadınlar ən adi bir hərəkətində kimyəvi turşular vasitəsilə yaralanır, kor edilir. Nəticədə onlar ya şikəst qalır, ya da ağır dərəcəli yanıq səbəbilə vəfat edirlər.⁴⁷

Bir sıra cinayətlər birbaşa olaraq qadınların şəxsi toxunulmazlıq hüququnun pozulmasına yönəlir. Bunların içində ən geniş yayılanı cinsi təzyiqlərdir. Pakistan İnsan Hüquqları Komissiyası təsdiq etmişdir ki, bu ölkədə “təqsirsizlik prezumpsiyası” prinsipi yalnız kişilərin törətdiyi qeyri-hüquqi əməllərə şamil olunur. Qadınlara isə yalnız “təqsirlilik prezumpsiyası” prinsipi tətbiq edilir və onlar kişilərin törətdiyi cinayətlərin qurbanı olsalar da, təqsirli mövqeyinə düşürlər. Bunun səbəbi İslam normalarını təhrif edərək, sadəcə kişilər üçün “humanist” normalar nəzərdə tutan Hüdud qaydalarıdır.⁴⁸ İnsan Hüquqları Komissiyasının təsdiqlədiyi statistikaya görə Pakistanda hər 3 saatdan bir cinsi istismar, zorlama halları baş verir.⁴⁹

⁴⁴ Maddə 25 (A) Vətəndaşların bərabərliyi. Konstitusiyada cinsiyyətə söykənən istənilən ayrı-seçkiliyə yol verilmir. http://www.na.gov.pk/uploads/documents/1333523681_951.pdf (son dəfə ziyarət olunub: 6 Aprel, 2017).

⁴⁵ Təhsil almaq hüququ. Dövlət beş yaşından on altı yaşınadək olan bütün uşaqları qanunla müəyyən olunmuş qaydada ödənişsiz və məcburi təhsil imkanı ilə təmin edəcəkdir. http://www.na.gov.pk/uploads/documents/1333523681_951.pdf (son dəfə ziyarət olunub: 6 Aprel, 2017).

⁴⁶ Women in Pakistan – Victims of the social and economic desecration (2005), <http://www.marxist.com/women-pakistan-victims-of-desecration.htm> (son dəfə ziyarət olunub: 6 Aprel, 2017).

⁴⁷ 12 yaşında evləndirilib, 2012-ci ildə vəfat edən Tahirənin üzərinə kimyəvi turşu atılması ilə bədəninin 35%-i sıradan çıxmış, nitqində qüsurlar əmələ gəlmiş və sümüyü ilə əti bir-birindən ayrılmışdı. Bu cinayətə görə onun ərə, qayınanası və qayınatası təqsirləndirilsə də, sonradan onlar haqqında bəraət qərarı çıxarılmışdır. *Ətraflı bax*: Pakistani women use jirga to fight for rights, 2013, <http://www.bbc.com/news/world-asia-23453243> (son dəfə ziyarət olunub: 6 Aprel, 2017).

⁴⁸ Hüdud qaydaları 1979-cu ildə general Ziya-Ül Həq tərəfindən qəbul olunmuşdur.

⁴⁹ *Yuxarıda istinad*, 46.

Burada qadınlara qarşı törədilən cinayətlərə namus donu geydirilir, lakin məqsəd sadəcə mülk, pul əldə etməkdir.⁵⁰ Ziddiyyət burasındadır ki, maddi məqsədlərlə törədilən cinayətlərin qurbanları məhz aşağı təbəqənin qadınlarıdır. Bəzi qərribə hallar isə təkcə yüksək təbəqəyə aid qadınlar üçün vəziyyəti gərginləşdirir.⁵¹ İraqa yaxın cəhəti ondan ibarətdir ki, burada da namus cinayətləri adı altında minlərlə qadın qətlə yetirilmişdir. Buna adi bir səbəb kimi qadının öz seçimi ilə evlənmək istəməsi göstərilir.⁵²

Bu baxımdan, ilk dəfə qadınları qorumaq adına 2006-cı ildə Pərviz Müşərrəf tərəfindən “Qadınların Müdafiəsinə dair” qanun qəbul edilmişdir.⁵³ Təbəssüm Adnan ilk dəfə “Cərgə”⁵⁴ adlanan konsensus üsulunu irəli sürərək qadınların məruz qaldığı cinayətlərə görə təqsirli şəxslərin mühakimə olunmasına nail oldu. Bu üsula rəğbət göstərənlərlə yanaşı (kişilər belə), onu təkzib edənlər də var. İnsan Hüquqları üzrə aktivistlərdən olan Tahirə Abdullah bu üsulu hiylədən fərqli görmədiyini söyləsə də, Pakistan qadınları üçün “cərgə” ədalət naminə bir ümidir.⁵⁵

Federal Şəriət Məhkəməsi kimi yuxarı instansiya orqanları Pakistan qanunvericiliyinə aid normaların İslama zidd olduğunu elan etmişdir. Hüdud qaydaları və insan hüquqları haqqında olan qanunlar redaktə olunduğu təqdirdə, Pakistandakı vəziyyətin beynəlxalq standartlara uyğun olacağı gözlənilir.⁵⁶

III. Dünyəvi ölkələrdə müsəlman qadınların hüquqi vəziyyəti

Dünya qadınlarının təxminən yarım milyardı müsəlmandır. Onlar, əsasən, Seneqal və Filippin arasındakı geniş bir ərazidə, xüsusilə Cənubi Asiya

⁵⁰ *Yenə orada*.

⁵¹ Sind əyalətində “Quranla evləndirmək” adətı varlı ailələrin tətbiq etdiyi adətlərdən biridir. Burada məqsəd qıza düşən payın ailədə mülkiyyətində qalmasıdır. Buna görə də həmin qızlar heç vaxt evlənmir. Bu qeyri-adi hal İslama uyğun olmayan, təkcə cəhalətdən xəbər verən bir ayındır. Ətraflı bax: *Yuxarıda istinad*, 46.

⁵² Məsələn, 2014-cü ilin may ayında 30 yaşlı Fərzanə Pərvin adında hamilə bir qadın ailəsinin seçdiyi adamla yox, özünün bəyəndiyi şəxslə evləndiyinə görə Lahor yüksək instansiya məhkəməsinin önündə qohumları tərəfindən daşqalaq edilərək öldürülmüşdür. Qadının atası, qardaşı, yaxın qohumlardan bir nəfər daha və keçmiş nişanlısı bu işdə təqsirli bilinərək ölüm cəzasına, qadının digər bir qardaşı isə 10 illik həbs cəzasına məhkum edilmişdir. Ətraflı bax: Four sentenced to death for Pakistan “honour killing” (2014), <http://www.bbc.com/news/world-asia-30113128> (son dəfə ziyarət olunub: 6 Aprel, 2017).

⁵³ How Pakistani women are punished for love, (2014), <http://www.bbc.com/news/world-asia-30400690> (son dəfə ziyarət olunub: 6 Aprel, 2017).

⁵⁴ Cərgə (jirga) – Daha çox Əfqanıstanda istifadə olunur. Qəbilə şurası və ya ağsaqqallar şurası kimi tərcümə olunur.

⁵⁵ *Yuxarıda istinad*, 47.

⁵⁶ Niaz Shah, *Women, the Koran and the International Human Rights Law: The Experience of Pakistan*, 231 (2006).

yarımqitəsində cəmləşsələr də, ABŞ və Kanada ilə yanaşı Trinidad və Yaponiya⁵⁷, eyni zamanda Qərbi Avropa ölkələrində də müsəlman qadınlara rast gəlmək mümkündür. İslam dininə mənsub qadınlar dünyamiqyaslı yekcins birlik əmələ gətirməkdədirlər.

Müsəlman ölkələrində yaşayan qadınların hüquqi vəziyyətini bir neçə misal (dövlət) ilə yuxarıda göstərdik. Həmin ərazilərdə olan daxili və xarici ünsürlər qadınların inkişafına mane olur. Bir çox insana görə, dünyəvi ölkələr, xüsusilə qərbdəki yaşayış tərzini azad düşüncə və ifadə baxımından təzyiqlərdən çıxış yoludur. Elədirsə, müsəlman qadınlar dünyəvi ölkələrdə daha rahat yaşamaladırlar. Amma bu, belə deyil.

A. Avropada müsəlman qadınlar və onların geyimlərinə - hicab, niqab və pərəncə⁵⁸ (burqa) – olan münasibət.

Müsəlman qadınların dini inancları naminə geydikləri zərərsiz parça hissələri geniş mübahisələr doğurur. Müsəlman qadınlar vicdan azadlığına əsaslanaraq, bu cür geyim üçün haqlarını tələb etsələr də, Qərb dünyası baş örtüyünü patriarxal din vasitəsilə qadınlara zorla geydirilən, zülm və terrorizm nümunəsi olaraq görür. Müsəlman kişilərin ideologiyası geyimlərinə bəlli olmadığına görə, baş örtüyündən istifadə edən istənilən bir qadın İslam əleyhdarları üçün asan bir hədəf halına gəlir. Bu səbəblə, əslində təhlükəli olan insanlar görünməz ola bildiyi halda, hicablı qadınlar daha çox tədqiq edilir və təzyiqlərə məruz qalırlar.⁵⁹

Avropa ölkələri müsəlman qadınlara xas örtük məsələsi ilə - bədənlərini və üzvlərini örtən pərəncə (burqa), gözlərdən başqa bütün bədəni örtən niqab kimi çeşidli formalarla - razılaşa bilmirlər. Mübahisədə vicdan azadlığı, qadın bərabərliyi, dünyəvi adətlər, hətta terror qorxuları əsas götürülür. Bir sıra siyasi xadim etnik və dini azlıqların assimilyasiya edilməsi üçün daha böyük cəhdlərin göstərilməsini müdafiə etsə də, müsəlman qadınların örtük məsələsi Avropadakı çoxmədəniyyətlik haqqında geniş bir mübahisənin parçasıdır.⁶⁰

“Hicab” müsəlman qadınların dini inanclarına uyğun olaraq istifadə etdikləri geyim tərzini ifadə edir. Qadınlar üçün fərz hesab olunan bu geyim əl və üzədən başqa heç bir bədən üzvünün görünməməsi üçün nəzərdə

⁵⁷ Herbert L. Bodmann, *Müsəlman cəmiyyətlərində qadınlar: İslami birlik və müxtəliflik*, 11 (1998).

⁵⁸ Pərəncə - Keçmişdə özbək və tacik qadınlarının ictimai yerlərdə geyindikləri (əsasən, şəhərlərdə) xalatabənzər üst geyimi. Bu geyim qadının başını və bədənini tamamilə örtür.

⁵⁹ Adrien Katherine Wing and Monica Nigh Smith, *Critical Race Feminism Lifts the Veil?: Muslim Women, France, and the Headscarf Ban*, No 08-23, University of Iowa Legal Studies Research Paper, 745, 753 (2008).

⁶⁰ F. Osman, *Legislative prohibitions on wearing a headscarf: Are they justified?*, 4 (17) *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 1318, 1318 (2014).

tutulmuşdur.⁶¹ Qurani Kərimdə Nur surəsinin 31-ci ayəsi hicab ayəsi hesab olunur.⁶² Burada üz və əllərin istisna kimi göstərilməsinə baxmayaraq,⁶³ müxtəlif məzhəblərə görə müsəlman qadınlar ya təkə gözləri açıq formada olan çadradan – niqab, ya da bütövlükdə üzü örtən çadra növü – pərəncədən istifadə edirlər. Amma bəzi məzhəblərdə qadınlar Quranda yazılan qaydaya riayət edirlər. Bu baxımdan Avropada yaranan qadağalar tərəddüdüldür və çeşidli qaydalarla realizə olunur. Bu müxtəlifliyi bir neçə dövlətin nümunəsində görmək daha asan olardı:

i) Almaniya - 2016-cı il avqust ayında Daxili İşlər Naziri Tomas de Maiziere tərəfindən pərəncələrin qadağan olunması planları təklif edildikdən sonra həmin ilin 6 dekabr tarixində Xristian Demokratlar Partiyasının iclasında Almaniyanın Baş Naziri Angela Merkel ölkədə “qanuni olaraq, mümkün olan hər yerdə” bütöv üzü örtən çarşablardan (pərəncə) istifadənin qadağan olunacağını söyləmişdi. Bu təkliflərdən öncə Almaniya müsəlman qadınlara qarşı hər hansı bir qadağanı nəzərdə tutan qanun yox idi. Hətta 2003-cü ilin sentyabrında Federal Konstitusiya Məhkəməsi İslam dini qaydalarına uyğun olan baş örtüyü geymək istəyən bir müəllimənin lehinə qərar vermişdi. Buna baxmayaraq, qeyd olunmuşdu ki, dövlətlər yerli qaydada öz daxili qanunvericiliklərini dəyişdirə bilərlər. Nəticədə, Almaniyanın 16 əyalətinin ən az yarısı müəllimələrə hicab geyməyi qadağan etmiş, Hesse əyalətində isə bu qadağa dövlət qulluqçularına da şamil edilmişdir.⁶⁴

ii) Fransa – hicab qadağası baxımından ən qəti fikirlərə sahib olan Avropa ölkəsidir. Hətta 2011-ci il 11 aprel tarixində qitədə ictimai yerlərdə hicabı qadağan edən ilk ölkə məhz Fransa idi.⁶⁵ Lakin bu rəsmi qərardan çox əvvəl – 1989-cu ildə Fransada hicabla bağlı bir münaqişə baş vermiş, 3 müsəlman qızın təhsilinə əsassız yerə ara verilmişdi. Sonralar bu hal “Hicab problemi” adını aldı.⁶⁶ Nəticədə, 2004-cü ildə yeni bir qanunla dövlət məktəblərində şagirdlərin hər cür dini göstərişləri sərgiləyən geyimdən istifadəsi qadağan edilmişdi. Bu qanun təkə müsəlman şagirdlərə yox, digər dinə mənsub olan şagirdlərə də aid idi. Müsəlman qızlar hicabsız olmalı idisə, xristian şagirdlər də kiçik xaçlardan istifadə edə bilməzdi.⁶⁷ 2011-ci ildə qoyulan qadağaya görə fransız və yaxud hər hansı bir başqa millətə mənsub qadın cərimə ödəmədən,

⁶¹ *Yenə orada*, 1319.

⁶² *Yuxarıda istinad* 8, 7.

⁶³ “Mömin qadınlara da de ki, gözlərini haram buyrulmuş şeylərdən çevirsinlər (naməhrəmə baxmasınlar), ayıb yerlərini qorusunlar (və ya örtülü saxlasınlar), öz-özlüyündə görünən (əl, üz) istisna olmaqla, zinətlərini (boyun, boğaz, qol, ayaq və s. naməhrəmə) göstərməsinlər.” *Ətraflı bax*: Qurani Kərim, 24:31.

⁶⁴ The Islamic veil across Europe (2017), <http://www.bbc.com/news/world-europe-13038095> (son dəfə ziyarət olunub: 6 Aprel 2017).

⁶⁵ *Yenə orada*.

⁶⁶ Wing and Smith, *yuxarıda istinad* 59, 754.

⁶⁷ Osman, *yuxarıda istinad* 60, 1321.

üzlərini niqab və ya pərəncənin altında gizlədə bilməzdi. Statistika görə, 2015-ci ildə tətbiq olunan cərimələrin sayı 1546-dır. 2014-cü il 2 iyulda 24 yaşlı bir qadın bu qərarla vicdan və ifadə azadlığının pozulduğunu iddia edərək, Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsinə müraciət etsə də, AİHM dövlətin bu qərarını təsdiqləmiş, nəticədə qadının iddiası təmin olunmamışdır.⁶⁸ Human Rights Watch 2014-cü il 3 iyul tarixində verdiyi açıqlamada bildirmişdir ki, AİHM-nin niqab və ya pərəncə geyilməsi əleyhinə çıxardığı qərar müsəlman qadınların hüquqlarına müdaxilədir. Bu qadağa qadınların din və inanclarını azad bir şəkildə ifadə etmək hüquqlarını pozur.⁶⁹

iii) Türkiyə - Türkiyədə müasir və dünyəvi dövlətin əsasının qoyulması XX əsrin 20-ci illərinə təsadüf edir. M. K. Atatürkün adı ilə bağlı olan bu dövrdə islami dəyərlər bir qədər sıradan çıxmağa başladı. Bu baxımdan dini geyimlərin dövlət tənzimlənməsi Türkiyə üçün yeni bir şey deyildi, lakin Leyla Şahinin bu barədə AİHM səviyyəsində iddia qaldırması bu məsələni qabartdı. Leyla Şahin işində cavabdeh qismində çıxış edən İstanbul Universiteti dövlətdaxili qanunlara əsaslanaraq, “başı örtülü” olan qız tələbələrin və saqqallı oğlan tələbələrin (xarici vətəndaşlar daxil) dərslərə, kurslara qəbul edilməməsini tələb edirdi.⁷⁰ Lakin 2008-ci ildə Türkiyə Konstitusiyası bu cür imperativ qərarı bir qədər yüngülləşdirdi. Müəyyən şərtlərlə qadın tələbələr artıq hicabdan istifadə edə bilirdilər.⁷¹ 2013-cü ildə məhkəmə, polis və hərbi sahələr istisna olmaqla, qalan bütün dövlət qulluğu sahələrində baş örtüyünü qadağan edən normalar aradan qaldırıldı. 2016-cı ilin avqustunda isə artıq polis işçisi olan qadınlara da bu dəyişiklik şamil edildi. AK Partiya dünyəvi quruluşlu bir ölkədə qadınların təhsil hüquqlarını əllərindən almamaq adına, İslamın ictimailəşdirilməsini və bu sahədə dəyişikliklərin edilməsini demokratik dövlət üçün əsas addımlar hesab edir.⁷²

iv) Danimarka – Avropa ölkələri arasında ən qəti anti-islam davranışlarla yadda qalmışdır. 2005-ci ildə ölkə qəzetlərindən birinin yayınladığı təhqiredici xarakterli karikatura Müsəlman dünyasında Danimarkaya qarşı protestlərin və daxili qarşıdurmaların başlanğıcını qoymuşdu. 2008-ci ildə dövlət hicabın, xaçların, Yəhudi kipalarının və digər baş örtüyü kimi istifadə olunan dini və ya siyasi simvolların heç bir əsas olmadan məhkəmə qərarı ilə qadağan olunacağını elan etmişdi. Bu hərəkət İslam əleyhdarı kimi tanınan Danimarka Xalq Partiyasının (DPP) təzyiqi nəticəsində meydana çıxdı və

⁶⁸ Yuxarıda istinad, 64.

⁶⁹ France: Face-Veil Ruling Undermines Rights: European Court Upholds Discriminatory Ban (2014), <https://www.hrw.org/tr/news/2014/07/03/254417> (son dəfə ziyarət olunub: 6 Aprel 2017).

⁷⁰ Osman, yuxarıda istinad 60, 1323.

⁷¹ Çadra və boynu örtən hicablar istisna olmaqla.

⁷² Yuxarıda istinad, 64.

qadağanın məktəb müəllimləri ilə tibb işçilərinin də daxil olduğu kütləyə tətbiq olunmasını təklif etdi.⁷³

v) Rusiya – Stavropol adlanan inzibati ərazi dairəsində hicabın qadağan olunması burada bir ilk idi. Qərar 2013-cü ilin iyul ayında Rusiyanın yuxarı instansiya məhkəməsində təsdiq olunmuşdur. Vəzifəli şəxslər Çeçenistanda bu qadağanı tətbiq etməyə çalışsalar da, lakin onlar rus siyasətinə müqavimətlə qarşılaşdılar. 2007-ci ildə Prezident Ramzan Kadırov dövlət binalarında qadınlara baş örtüklərindən istifadə etmələri barədə göstəriş verdi. Bu, Rusiya qanunvericiliyinin birbaşa pozulması halını əks etdirsə də, Çeçenistanda hələ də bu qaydalar davam edir.⁷⁴

vi) Belçika – 2011-ci ildə bütün üzü örtən çadraların qadağan olunması haqqında qanun qəbul edildi və icraya yönəldildi. İctimai yerlərdə insanların kimliyini bəlli etməyən geyimlərdən istifadə etməsi qanunla qadağan olunurdu.⁷⁵

vii) Hollandiya – Pərəncələrin və ya niqabların qadağasını nəzərdə tutan qanun 2016-cı ilin noyabr ayında qəbul olunmuş, məktəblər və xəstəxanalar kimi ictimai yerlərdə pərəncələrin istifadəsinə qadağa qoyulmuşdur. Bu qadağaya təkə islami örtüklər yox, eyni zamanda idman vasitələri olan xizək maskaları və dəbilqələr də aid edilmişdi. Bu qanun yalnız Senat tərəfindən təsdiq olunduqdan sonra qüvvəyə minəcəkdə və Baş Nazir Mark Rutte bu barədə cərimə sanksiyalarının tətbiq olunmasını təklif edərək, bu cərimələri “dini natura” adlandırmışdır. 16 milyon əhalinin yalnız 5%-i müsəlmandır, təxminən 300 nəfər niqab və ya pərəncədən istifadə edir. Üzü örtməyən hicablardan ölkədə daha çox istifadə olunur.⁷⁶

viii) Digər ölkələr – İtaliyanın bəzi bölgələrində, İspaniyanın Barselona və Kataloniya ərazisinə daxil olan digər 2 kiçik şəhərində üzü örtən islami geyimlərin istifadəsinə qadağanı nəzərdə tutan qanunlar qəbul olunmuşdur. 2013-cü ilin sentyabrında İsveçrədə keçirilən anketdə bu cür qadağanın tətbiq olunmasına dair 65% lehinə səs verilmişdir. Ölkənin 26 əyalətinin istənilən birində bu cür qadağa bir ilk idi.⁷⁷

B. ABŞ-da müsəlman qadınların sosial və hüquqi vəziyyəti

Amerika Birləşmiş Ştatları dünyanın hər bir yanından olan insanlara din azadlığı verən ən əlverişli yer idi.⁷⁸ Lakin 2001, 11 sentyabrdan sonrakı dövrlərdə müsəlmanlara, İslama qarşı mənfi düşüncə və hislər o qədər

⁷³ *Yenə orada.*

⁷⁴ *Yenə orada.*

⁷⁵ *Yenə orada.*

⁷⁶ *Yenə orada.*

⁷⁷ *Yuxarıda istinad, 64.*

⁷⁸ Hidden Victims of International Terrorism: Muslim Women in the USA, (2016) <http://www.e-ir.info/2016/10/31/hidden-victims-of-international-terrorism-muslim-women-in-the-usa/> (son dəfə ziyarət olunub: 6 Aprel 2017).

artmışdı ki, Federal Təhqiqat Bürosunun (FBI) məlumatlarına əsasən, 2000-2001-ci illər arasında müsəlmanlara qarşı nifrət zəminində törədilən cinayətlərin miqdarı 1,700% artmışdı. Təcavüz, şiddət, müsəlmanları işə almamaq, müsəlmanların sorğuya çəkilməsi və məktəblərdə, iş yerlərində, həbsxanalarda mövcud din problemi nəticəsində mülki əhalinin hüquqlarının pozulması ilə bağlı şikayətlər çoxalmışdı və onların əksəriyyəti hicablı qadınlar tərəfindən bildirilirdi. Bu o deməkdir ki, ABŞ-da müsəlman qadınlar üçün din azadlığı müvəqqəti olaraq nəzərdən kənar qalmışdır. Bu ayrışikliyə ABŞ-ın "bərabərlik ölkəsi" vədlərini boşa çıxarır.⁷⁹ İstər geysinlər, istərsə də geyməsinlər müsəlman qadınlar üçün hicab demokratiyada din azadlığını təmsil edir⁸⁰ və həmin qadınların fikrincə, onlar öz çərçivələrində düzgün olanı icra edirlər.

11 Sentyabr terrorundan sonra ölkədə müsəlman qadınların istifadə etdiyi örtüklərin – hicab, niqab, pərəncə - onlara əziyyət verib vermədiyini kimi suallar yarandı. Lakin burada əsas nüans bu idi ki, qadınlar artıq müsəlman kişilərin təqib və ya təzyiqlərinə məruz qalmırdı, müsəlman qadınlar da amerikalılar kimi eyni bir düşməndən əziyyət çəkirdilər: 11 Sentyabr və ondan sonrakı bütün kütləvi hadisələrin səbəbkarı olan terrorçular.⁸¹ Bu hadisələrdən sonra müsəlman qadınlar ictimai yerlərə tək başına çıxmağa qorxurdular. Səbəb odur ki, onlar sadəcə olaraq müsəlman olduqlarını zərif bir parça ilə rəsmiləşdirirlər. Nəticədə, müsəlman qadınlar Amerikaya görə terrorist hesab olunur.⁸² Bu halları bir neçə örnəklə sübuta yetirmək mümkündür. Məsələn, 2007-ci ildə bir qadına sadəcə hicablı olduğu üçün Georgia ştatında bələdiyyə məhkəməsi zalına girilməsinə icazə verilməmişdi. 2008-ci ildə həmin ştatda hicablı bir qadın bu geyimdə məhkəmə zalına girdikdən sonra həbs cəzasına məhkum olunmuşdur.⁸³

İllərdir bu nifrət yeni dünyada baş verən saysız-hesabsız terror aktları sayəsində daha da artır və bunun cəriməsini ödəyənlər terrorçular yox, müsəlmanlar, xüsusilə də müsəlman qadınlar olur. 2015-ci il 13 noyabr tarixində Parisdə İraq Şam İslam Dövləti (İŞİD) tərəfindən törədilən hadisə 2001-ci ili təkrar etdi və qeyri-müsəlmanların qəzəbinə səbəb oldu. Nifrət zəminində baş verən cinayətlərin sayı indi daha da artmaqdadır.⁸⁴ Hətta bu gərginlik o qədər ciddi bir hal alıb ki, ABŞ universitetlərinin birində dərs

⁷⁹ *Yenə orada.*

⁸⁰ Wing and Smith, *yuxarıda istinad* 59, 760.

⁸¹ Sahar F. Aziz, *From the Oppressed to the Terrorist: Muslim American Women in the Crosshairs of Intersectionality*, 9(1), Hastings Race and Poverty Law Journal, 2, 9, (2012).

⁸² *Yuxarıda istinad*, 78.

⁸³ *Yenə orada.*

⁸⁴ Məsələn, 2015-ci ildə Londonda bir müsəlman qadının başqa bir qadın tərəfindən dəmir yoluna doğru itələnməsi, Toronto ştatında daha bir müsəlman qadının uşaqlarını məktəbə qoyub qayıdarkən döyülməsi, Nyu-Yorkdakı məktəblərdən birində oğlanların müsəlman bir qızın hicabını çıxarıb təhqir etmələri, Kaliforniyada məsciddən çıxan hicablı bir qadının təqib olunaraq bıçaqla yaralanması halları buna misal ola bilər. Ətraflı bax: *Yuxarıda istinad*, 78.

deyən siyasət üzrə professor Larycia Hawkins müsəlman qadınları dəstəkləmək üçün hicab geyərək İslam və Xristianlığın eyni bir Tanrıya yönəldiyini iddia etdikdə, ona amerikalıların sahib olduğu fikirlərini azad ifadə etmək sərbəstliyi və din azadlığı meyarları şamil olunmadı. Professor, məhz ikinci meyara görə, işindən azad edildi.⁸⁵

Əgər azadlıq və sərbəstlik məskəni Amerikada vətəndaşlar hər cür azadlıqlara malikdirlərsə, niyə müsəlman qadınlar bu hüquqlardan məhrum qalır və öz hüquqlarını müdafiə edə bilmirlər? Etmədikləri bir cinayətə görə, niyə hər zaman terrorist damğası alaraq boş yerə təqsirləndirilirlər?⁸⁶ Görünən odur ki, Amerikaya görə təqsir terroru törətməkdə yox, insanların sadəcə islam dini əqidədə olmasındadır.

IV. Müsəlman qadın hüquqlarının müdafiəsinə dair zəruri islahatlar

A. İslam ölkələri üçün nəzərdə tutulan tədbirlər

Belə bir qənaətə gəlmək olar ki, müsəlman ölkələrində mövcud problem əsas olaraq Şəriətin düzgün tətbiq olunmaması ilə bağlıdır. Hüquqi cəhətdən savadsız din xadimlərinin iqtidara gətirilməsi və normaların kişilərin lehinə təfsir olunması müasir dövrə qədərki İslam düşüncəsini əks etdirir. Lakin bir sıra müsəlman ölkəsinin nümunəsində qeyd olunduğu kimi hal-hazırda bu sahədə mübarizə aparan feminist qruplar mövcuddur və onlar əvvəllər bu sahədə çıxış yolunu İslamın olmadığı bir sferada görürdülərsə, indi onlar Quranın düzgün tətbiqinə əsaslanan feminizm hərəkatı ilə çıxış edərək bu gərgin vəziyyəti aradan qaldırmağa çalışırlar. Bu, problemin həlli üçün kifayətedici bir mübarizədir. Lakin ikinci bir məsələ xarici ünsürdür. Xarici qüvvələrin müsəlman ölkələrində apardığı müharibələr və bir çox beynəlxalq hüquq normalarının pozulmasına yönələn hərəkatların nəticəsini müsəlmanlar, xüsusilə müsəlman qadınlar çəkir. Xarici dövlətlərin yardımı ilə maliyyələşən terror qruplarının törətdiyi hüquqazidd əməllərin təqsirlisi və qurbanı müsəlman qadınlar olmamalıdır.⁸⁷ Bu baxımdan, terrorçuluğa qarşı mübarizə hərəkatlarının gücləndirilməsi müsəlman ölkələri üçün həqiqi bir çıxış yolu ola bilər.

B. ABŞ-da müsəlman qadınların hüquqi mövqeyinin tənziplənməsi üsulları

Dövlətlər tərəfindən həyata keçirilən “siyasi oyunlar” nəticəsində Qərb əhalisində formalaşan müsəlmançılıq fobiyası öz əksini cinayətkarlıqda və

⁸⁵ *Yenə orada.*

⁸⁶ *Yenə orada.*

⁸⁷ Müharibə adətləri baxımından bu hal beynəlxalq hüquq normalarının pozulmasıdır.

digər növ deliktlərdə tapır. ABŞ-ın din azadlığı barəsində olan beynəlxalq normaları təsdiq edərək üzərinə götürdüyü öhdəlikləri yerinə yetirməməsi, müsəlman qadınlara qarşı törədilən hüquq pozuntularına görə ciddi sanksiyaların müəyyən olunmaması problemləri doğuran əsas ünsürlərdir. Əhali arasında sürətlə yayılan anti-islamçı dalğanın dayandırılması zəruri haldır. Ümumtanınmış imperativ normaların tətbiqinə beynəlxalq təşkilatlar tərəfindən nəzarətin təşkil olunması və yerinə yetirilməsi müsəlman qadınların hüquqi vəziyyəti üçün lazımi tədbirlərdəndir.

C. Avropada müsəlman qadınların hüquqi mövqeyinin tənziplənməsi üsulları

Avropa ölkələrinin əksəriyyətində (hamısında yox) qadınların geyiminə qoyulan qadağa məhdud xarakterlidir, yəni onlar hicabı yox, sadəcə üzün örtünməməsini tələb edərək təkcə müsəlman qadınlara deyil, eyni zamanda cinsindən və dinindən asılı olmayaraq, hər bir kəsin üzünün açıq olmasında israr etməkdə müəyyən dərəcədə haqlıdırlar. Belə olduqda, cinayət-axtarış fəaliyyəti nisbətən asanlaşır. Lakin bunun öz-özlüyündə insan hüquqlarına müdaxilə etmiş olması mövcud vəziyyətdə kolliziya yaradır. Avropa ölkələri bu barədə belə qəti qərara gəlməlidir ki, müsəlman qadınların istifadə etdiyi örtüklər onların geyim azadlığının nəticəsidir və həmin qadınlara qarşı qoyulan məhdudiyyət/qadağalar insan hüquqları kontekstində pozuntu yaratmayacaq islahatlarla əvəz olunmalıdır. Birbaşa olaraq hicabın qadağası, onun cərimə sanksiyası ilə tətbiqinə icazə verilməsi halları isə insan hüquqları baxımından qeyri-obyektiv hesab edilir. Yaranan kolliziyanın aradan qaldırılması üçün ən azından qitə çərçivəsində problemin həllini nəzərdə tutan yeni normalara ehtiyac vardır.

Nəticə

Coğrafi mövqe ərazilərin bir-birinə uzaq olduğunu göstərsə də, buradakı problemlər bir-birilə əlaqəlidir. İran, Səudiyyə Ərəbistanı, Pakistan, İraq və digər müsəlman ölkələrində qadınlar hicab geymədiklərinə görə təzyiqa məruz qalırlarsa, ABŞ və digər Qərb dövlətlərində qadınlar sadəcə bunu etdikləri üçün döyülür, təhqir olunur və şiddətə məruz qalırlar.⁸⁸ Müsəlman qadınların məruz qaldığı təzyiqlər göstərir ki, XXI əsr üçün hər hansı bir insan hüquqlarının müdafiəsi məhfumundan bəhs etmək düzgün deyil. Əgər həm Asiya, həm Avropa, həm də Amerika qitəsində müsəlman qadınların vəziyyəti, həqiqətən, qlobal bir hal alırsa, deməli onların hüquqi vəziyyətini tənzipləyən yeni normalara ehtiyac vardır. Təklif edərdim ki, yeni dünya standartlarına uyğun, dövlətlərlə müsəlman qadınlar arasındakı

⁸⁸ *Yenə orada.*

münasibətləri, dünyada⁸⁹ müsəlman qadınların mövqeyini tənzimləyən yeni beynəlxalq normalar qəbul edilsin. Mövcud beynəlxalq normalarda qadın hüquqları sahəsində dövlətlər üçün nəzərdə tutulan öhdəliklər və yerinə yetirilmədiyi təqdirdə göstərilmiş sanksiyalar bir daha nəzərdən keçirilməklə yenidən müəyyənləşdirilsin.

⁸⁹ Həm dünyəvi, həm İslam ölkələrində.

*Leyla Həşimova**

Beynəlxalq cinayət hüququnda ekstradisiya və bu kontekstdə insan hüquqları

Annotasiya

Məqalədə ekstradisiya anlayışı, təhvilverməyə münasibətdə ekstradisiya, onun inkişaf tarixi və mənbələri, ekstradisiyanın tətbiqi üçün lazımi şərtlər, tətbiqi istisna edən hallar, üçüncü dövlət və ekstradisiya, habelə, ekstradisiya olunacaq şəxsə münasibətdə insan hüquqları təhlil olunmuşdur. Qeyd olunanlarla bağlı çatışmayan cəhətlər müəyyənləşdirilmiş, çatışmazlıqların aradan qaldırılması üçün təkliflər irəli sürülmüşdür.

Abstract

Extradition conception, extradition in the attitude to surrender, its development history and sources, necessary conditions for using of extradition, cases that exclude using, 3rd state and extradition, as well as human rights in the attitude to the person who will be extradited had been analyzed in the article. Missing features that related with mentioned had been determined and suggestions had been nominated for removing of shortcomings.

Mündəricat

Giriş	250
I. Ekstradisiya cinayətkarlıqla mübarizənin başlıca beynəlxalq hüquqi vasitəsi kimi	251
II. Ekstradisiyanın tətbiq qaydası.....	255
III. Ekstradisiya kontekstində insan hüquqları	261
Nəticə.....	267

Giriş

Beynəlxalq səviyyədə törədilən cinayətlərin sayının artması hazırda cinayətkarlıqla mübarizə mexanizmlərinin təkmilləşdirilməsinə ehtiyac yaratmışdır. Texnologiyanın sürətli inkişafı cinayət törətmiş şəxsin mühakimədən və cəzadan asanlıqla yayınmasına səbəb olur. Dövlət özünün quru, hava və su məkanında suveren hüquqlarından maksimum istifadə edərək bu yayınmaların qarşısını ala bilər. Lakin subyekt cinayəti törətdikdən sonra başqa ölkədə məskunlaşmış şəxsdirsə, suveren hüquqlar kifayət etməyəcəkdir. Ekstradisiya mexanizmi məhz burada işləməyə başlayır. Onun tətbiqi cəzasızlıq sindromunun maksimum şəkildə qarşısının

* Bakı Dövlət Universiteti, Hüquq fakültəsi, 3-cü kurs, 1436-cı qrup tələbəsi.

alınmasına yönəlir. Bu səbəbdən beynəlxalq cinayət hüququnda ekstradisiyanın müxtəlif aspektlərdən tədqiqi aktual haldır.

Məqalədə ekstradisiya anlayışı və ekstradisiya olunacaq şəxsə münasibətdə insan hüquqları tədqiq olunacaqdır. İstər anlayış və tətbiq, istərsə də insan hüquqları aspektindən ekstradisiyanın hüquqi tənziyi ilə bağlı müsbət və mənfi cəhətlər qeyd ediləcək, çətinliklərin aradan qaldırılmasına yönəlmiş təkliflər irəli sürüləcəkdir.

I. Ekstradisiya cinayətkarlıqla mübarizənin başlıca beynəlxalq hüquqi vasitəsi kimi

A. Ekstradisiya anlayışı

Cinayətkarlıqla mübarizənin milli sferadan çıxıb beynəlxalq səviyyəyə çatması bu sahədə bütün dövlətlərin ortaq mövqeyə gəlməsini qaçınılmaz etmişdir. Bu baxımdan, ekstradisiya, dövlətlərarası qarşılıqlı yardım vasitələrindən biri və ən önəmlisidir. Ekstradisiya, daha dəqiq desək, “dövlətlərarası cinayətkarların geri qaytarılması” törətdiyi cinayətlə ictimai təhlükəsizlik və ictimai qaydaya xələl gətirdiyi dövlətdən başqa bir dövlətin ərazisində olan və ya oraya qaçmış təqsirləndirilən şəxsin mühakimə olunmaq və ya cəzasının icra edilməsi məqsədilə səlahiyyətli dövlətə geri qaytarılması əməliyyatıdır.¹Hüquq ədəbiyyatlarında ekstradisiyaya müxtəlif anlayışlar verilsə də, vahid anlayış formalaşmamışdır.

Doktrinadan əlavə məhkəmələr tərəfindən verilən anlayışlar da mövcuddur. Məsələn, “Terlinden Amesə qarşı” məhkəmə işində ABŞ Ali Məhkəməsi tərəfindən verilən qərarda ekstradisiya təhvil verən dövlətin ərazisi xaricində və təhvil verilməni tələb edən dövlətin ərazi yurisdiksiyası daxilində törədilmiş cinayətdə təqsirləndirilən və ya həmin cinayətə görə məhkum olunmuş şəxsin onu mühakimə etmək və cəzalandırmaq səlahiyyətinə malik olan yuxarıdakı ikinci dövlətə təhvil verilməsi prosesi kimi nəzərdən keçirilir.² Yaxud Beynəlxalq Cinayət Məhkəməsinin Statutuna görə ekstradisiya beynəlxalq müqavilənin, konvensiyanın və milli qanunvericiliyin müddəalarına uyğun olaraq şəxsin bir dövlətdən digərinə gətirilməsidir.³ Anlayışların sayını artırmaq mümkündür. Lakin, fikir müxtəlifliyinə görə mövcud anlayışlardan çıxış edərək “ekstradisiya nədir?” sualına tam əhatəli cavab vermək olmayacaqdır. Fikrimcə, bütün əlamətləri və şərtləri nəzərə alaraq ekstradisiyaya belə anlayış verilməsi

¹ Kayıhan İçel ve Süheyl Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, 205 (2005).

² Terlinden v. Ames, 475 ABŞ 475 (1902).

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/184/270/case.html>.

³ Beynəlxalq Cinayət Məhkəməsinin Roma Statutu, maddə 102, (1998).

http://legal.un.org/icc/statute/99_corr/cstatute.htm.

məqsədəmüvafiqdir: Ekstradisiya cinayət törətmiş şəxsin mühakimə olunması və ya cəzasını çəkməsi üçün olduğu dövlətdən sorğu edən dövlətə ikitərəfli və ya çoxtərəfli müqavilələrdə müəyyən olunmuş prosessual qaydalar əsasında verilməsidir.

B. Ekstradisiya yoxsa təhvilvermə?

Ayrı-ayrı ölkələrin qanunvericilik aktlarına nəzər saldıqda ekstradisiyaya ekvivalent olaraq müxtəlif terminlərdən istifadə olunduğunu görürük. "Transfer", "rendition", "surrender" bu qisim terminlərdəndir. Məsələn, ABŞ qanunvericiliyi "extradition" əvəzinə "interstate rendition" anlayışından istifadə etmişdir.⁴ Burada müəyyən ziddiyətli məqamlar mövcuddur. "Transfer" məhkumların bir ölkədən digərinə təhvil verilməsi prosesidir. "Rendition" isə məhkumluq elementi olmadan şəxsin və ya mülkiyyətin bir ölkədən digərinin yurisdiksiyasına verilməsidir. "Surrender" və ekstradisiya tamamilə fərqli proseslərdir. Beynəlxalq Cinayət Məhkəməsinin Roma Statutu "surrender"ə belə anlayış verir: "Surrender bu statuta görə şəxsin bir dövlət tərəfindən beynəlxalq cinayət məhkəməsinə təhvil verilməsidir"⁵ Anlayışdan da göründüyü kimi ekstradisiya dövlətlərarası proses olduğu halda, "surrender" də subyektlərdən biri dövlət, digəri isə beynəlxalq cinayət məhkəməsidir. Müəyyən əlamətlərinə görə anlayışlar üst-üstə düşsə də, ekstradisiyanı özlərində tam ehtiva etmədiklərindən birbaşa olaraq ekvivalent kimi istifadə olunması düzgün fikir hesab edilməməlidir.

Bəzi konvensiyalarda "ekstradisiya" və "təhvilvermə" terminləri birgə işlədilir. Transmilli mütəşəkkil cinayətkarlığa qarşı BMT Konvensiyasının (2000-ci il) 16-cı maddəsində deyilir: "İştirakçı dövlətin qanunvericiliyi onun öz vətəndaşlarından birini məhkəmə araşdırması və ya icraat nəticəsində təyin olunmuş cəzanı çəkməsi üçün bu dövlətə qaytarılması şərti ilə ekstradisiya etməsinə və ya hər hansı digər formada təhvil verməsinə imkan verirsə və bu iştirakçı dövlət və şəxsin ekstradisiyası üçün müraciət etmiş dövlət bu seçim ilə və digər şərtlərlə razılaşırlarsa, bu cür şərti ekstradisiya və ya təhvilvermə bu maddənin 10-cu bəndində nəzərdə tutulmuş öhdəliyin icra edilmiş sayılması üçün yetərlidir." Buradan belə nəticə çıxır ki, ekstradisiya təhvil vermənin özü yox, növlərindən sadəcə biridir və onun yuxarıda sadalanan növləri ilə eyniləşdirilə bilməz.

C. Tarixi İnkişaf

Müstəqil dövlətlərin cinayətkarı ekstradisiya etmə institutu qeyri-avropa dövlətlərində formalaşmışdır. Bunu qədim Misir, Çin, Assuriya və Babilistanda müşahidə etmək mümkündür. Tarixdə görülən ilk yazılı ekstradisiya müqaviləsi e.ə. 1280-ci ildə Hitit kralı III Hattuşili ilə Misir fironu

⁴ ABŞ Konstitusiyası, maddə IV, bölmə 2, müddə 2, <http://constitutionus.com/>.

⁵ Yuxarıda istinad 3.

II Ramzes arasında bağlanmışdır.⁶ Müqavilə hər iki dövlətin üzərinə onlardan birinin sərhədləri daxilində olan və digəri tərəfindən axtarılan şəxsləri geri vermə öhdəliyi qoyurdu. Qədim Yunanıstan və Romada ekstradisiyanın tətbiqinə yalnız Hitit-Misir müqaviləsindən sonrakı dövrlərdə rast gəlinir. Orta əsrlərdə hökmdar tanrının nüfuzunun yer üzündəki təmsilçisi olaraq qəbul edilirdi. Siyasi və dini nüfuzun kəşiməsi cinayətkarların cəzalandırılmasına, dolayısıyla, ekstradisiyanın daha çox tətbiq olunmasına yol açdı.⁷ Hüquq Qrotsinin 1625-ci ildə ortaya atdığı bir fikirlə bu gün beynəlxalq hüquqda mövcud olan “aut dedere, aut judicare” – “ya cəzalandır, ya geri ver” prinsipi formalaşmışdır. Qrotsi belə deyirdi: “Cinayətkarın olduğu dövlət şikayət üzrə iki hərəkət etməlidir: Əldə edə bilməz onu ya özü cəzalandırmalı, ya da sorğu edənə ədalətə həvalə etməli”.⁸ 19-cu əsrdən etibarən sülh şəraitinin gətirdiyi sərhədlərarası rahat keçiş imkanı, mühərrikin icadı kimi məqamlar cinayət törətməkdə şübhəli bilinən şəxslərin qaçışını asanlaşdırır, nəticə olaraq ekstradisiyanın önəmini artırır və dövlətlərarası müqavilələrin sayı artmağa başlayır.⁹ İlk dəfə 19 fevral 1791-ci il tarixli Fransa Bəyannaməsində işlədilərək dövrüyyəyə daxil olan ekstradisiya termini 1828-ci ildə yenə Fransanın bağladığı bir müqavilədə yer alır.¹⁰ Ekstradisiya ilə bağlı ilk çoxtərəfli müqavilə 1802-ci ildə İngiltərə-Fransa-İspaniya-Hollandiya arasında konkret cinayətlərlə - qəsdən adam öldürmə, dələduzluq, iflas - əlaqədar “Treaty of Amiens” adı ilə bağlanmış Amen sazişidir. Tərəfləri az olan saziş müharibələrə görə tətbiq edilə bilməmişdir.¹¹ Ekstradisiya haqqında ilk qanun isə 1833-cü ildə Belçikada qəbul edilmişdir. 20-ci əsrdə bir çox beynəlxalq sənədlərin, xüsusilə, 1957-ci il tarixli “Ekstradisiya haqqında” Avropa Konvensiyasının, 1981-ci il “İnter-Amerika” Konvensiyasının imzalanması ekstradisiyanı dövlətlərin üzərinə öhdəlik kimi qoyur. Qeyd olunanlara əsasən, deyə bilərik ki, ekstradisiya institutu quldarlıq dövründən bugünə qədər böyük təkamül yolu keçmişdir.

D. Ekstradisiyanın mənbələri

Ekstradisiyanın hüquqi tənzimlənməsindən danışarkən onun beynəlxalq və dövlətdaxili hüququn birləşdiyi nöqtədə olduğunu qeyd etmək lazımdır. Bu səbəbdən ekstradisiyanın mənbələri dövlətdaxili və beynəlxalq hüquqi aktlar olmaqla iki qrupa bölünür. İlk öncə beynəlxalq mənbələrə nəzər salaq.

⁶ Mehmet Kömürçü və Yusuf Çalışkan, *Suçluların İadesinin Uluslararası Hukukta Düzenlenişi ve Siyasi Suç İstisnasının Terörizmle Mücadeledeki Rolü*, 56 Ankara Barosu Dergisi 75, 76 (1999).

⁷ *Yenə orada*.

⁸ Sümeyra Altner, *Extradition According to the Rules of International Law and Provisions of Turkish Criminal Code*, 8(1) Çankaya University Journal of Law 21, 24 (2011).

⁹ Berat Duman, *The procedure of Extradition in Turkish Law*, 7 (24) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 663, 674 (2016).

¹⁰ Altner, *yuxarıda istinad 8*.

¹¹ Duman, *yuxarıda istinad 9*.

Ölkələr arasında yardımlaşma, dostluq münasibətlərinə və qarşılıqlı əlaqələrə əsaslanan ekstradisiyanın tətbiqi məsələsi dövlətlər tərəfindən ikitərəfli və çoxtərəfli müqavilələrlə tənzimlənməkdədir. Son vaxtlara qədər ekstradisiya haqqında ikitərəfli müqavilələrə daha çox üstünlük verilirdi. Bu sahədə imzalanmış ikitərəfli müqavilələrin sayı buna dəlalət edir.¹² Həmin müqavilələrdə adətən ekstradisiyaya səbəb olan cinayətlər, ekstradisiya üsulu və imtina əsasları göstərilir.¹³ Ekstradisiyanın tətbiqini asanlaşdırmaq üçün regional və ya beynəlxalq səviyyədə müqavilələrin imzalanması daha səmərəlidir.¹⁴ Çünki ikitərəfli müqavilələrin çoxluğu vahid tətbiq qaydasının müəyyənləşdirilməsinə maneə törədir. Hazırda müqavilə praktikasında ikitərəfli müqavilələrdən çoxtərəfli müqavilələrə keçid tendensiyası müşahidə olunur.¹⁵ Lakin bütün dünyada qüvvədə olan ekstradisiya haqqında beynəlxalq müqavilə mövcud deyildir. Çoxtərəfli müqavilələr yalnız regional səviyyədə bağlanmışdır. Onlara misal olaraq, "Ekstradisiya haqqında" Avropa (1957),¹⁶ "Mülki, ailə və cinayət işləri üzrə hüquqi yardım və hüquqi münasibətər haqqında" MDB (1993), "Təhvilvermə haqqında" Asiya-Afrika (1961) Konvensiyalarını, Ərəb Ölkələri Liqasının "Ekstradisiya haqqında" müqaviləsini (1952) və s. göstərmək olar. Qeyd olunanlardan ən çox tətbiq ediləni 1957-ci il tarixli Avropa Konvensiyası və onun Əlavə Protokollarıdır.¹⁷ O, tərəf dövlətlərin əvvəlcədən öz aralarında bağladıkları ikitərəfli müqavilələri qüvvədən salmışdır.

Ekstradisiyanın dövlətdaxili mənbələri qanunverici orqan tərəfindən ölkə ərazisində cinayətkarlıqla mübarizə mexanizmini formalaşdırmaq üçün qəbul edilən hüquqi aktlardır. Əksər ölkələrdə ekstradisiya ilə birbaşa yaxud dolayısıyla bağlı olan müddəalar konstitusiyalarda öz təsbitini tapır.¹⁸ Bununla yanaşı, dövlətlər ekstradisiyanı ayrıca qanunla¹⁹ və ya cinayət qanununun daxilində²⁰ tənzimləyə bilirlər.

Qeyd etmək lazımdır ki, ekstradisiya həm beynəlxalq, həm də dövlətdaxili mənbələrdə eyni səviyyədə tənzimlənilir. Əgər dövlətin qanunvericiliyi ilə

¹² Ən çox ikitərəfli müqavilələr ABŞ tərəfindən imzalanmışdır (100-ə yaxın). Bu onunla izah olunur ki, ABŞ-da "Ekstradisiya haqqında" Qanun yalnız 1982-ci ildə qəbul olunmuşdur. Bu vaxta qədər ABŞ təcrübəsi yalnız ikitərəfli müqavilələr əsasında formalaşmışdır.

¹³ Kömürçü və Çalışkan, *yuxarıda istinad* 6, 77.

¹⁴ Saaed Bagheri. *Extradition and the Obligation to Prosecute of Offenders in International Law (aut dedere aut judicare)* 62 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 5 (2013).

¹⁵ Robert Cryer, Hakan Friman, Darryl Robinson, Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 80 (2007).

¹⁶ European Convention on Extradition, Paris, 13. XII. 1957. Opening for signature in Paris. 13/12/1957. Entry into Force, conditions: 3 ratifications. 18/04/1960.

¹⁷ Cryer, Friman, Robinson, Wilmshurst, *yuxarıda istinad* 15.

¹⁸ Məsələn, Albaniya, Bolqarıstan, Rumıniya, Ekvador, Braziliya, Panama, Kuba, Haiti, Qvatemala Konstitusiyaları.

¹⁹ Məsələn, İsveç, Finlandiya, Fransa.

²⁰ Məsələn, İtaliya.

beynəlxalq müqavilənin müddəaları üst-üstə düşürsə, tətbiqdə hər hansı problem yaranmayacaqdır. Əgər ziddiyət varsa, hansının tətbiq ediləcəyini tərəflər öz aralarında müəyyənləşdirəcəklər.²¹

II. Ekstradisiyanın tətbiq qaydası

A. Tətbiq şərtləri

Cinayətkarlıqla mübarizə sahəsində əməkdaşlıq bir tərəfdə dövlətlərin suverenliyi və şəxsi maraqları, digər tərəfdə mübarizədə həmrəyliyin vacibliyi və ümumi maraqlar olmaqla iki istiqamətdə həyata keçirilir.²² Bu səbəbdən cinayətkarın geri verilməsi istənilən cinayətlə bağlı, habelə istənilən şəraitdə tətbiq edilə biləcək prosedur deyil.

1. Müqavilənin mövcudluğu

Ekstradisiyanın tətbiqi üçün ilk növbədə sorğu edən dövlətlə sorğu olunan dövlət arasında qüvvədə olan müqavilə olmalıdır.²³ Ekstradisiya proseduru həmin müqaviləyə uyğun həyata keçiriləcəkdir. "Ekstradisiya haqqında" Avropa Konvensiyasının 1-ci maddəsinə görə Konvensiyayı ratifikasiya etmiş dövlətlər onda göstərilən qaydalara müvafiq şəkildə qarşılıqlı ekstradisiya etməklə bağlı öhdəlik daşıyırlar. Həmin maddənin şərhində²⁴ onun 1951-ci il noyabr ayının 21-də Fransa ilə Almaniya Federativ Respublikası arasında bağlanmış ikitərəfli müqavilədən götürüldüyü göstərilir. Müqaviləyə görə tərəflər bütün şərtlərə əməl etmə öhdəliyi götürürlər.

Dövlətlər arasında heç bir müqavilə olmadan ekstradisiyanın həyata keçirilməsi istisna edilmir. Lakin belə olduqda sorğu edilən dövlət ekstradisiya tələbinə öz iradəsinə uyğun olaraq istənilən cavabı verə bilər. Praktikada əksər hallarda bu tələb qəbul edilir və əsas kimi dövlətlərarası qarşılıqlı yardımlaşma və nəzakət göstərilir.²⁵ Buna baxmayaraq, mövcud situasiya bütün dünya ölkələri üçün qüvvədə olan müqavilənin bağlanmasının vacibliyini bir daha göstərir. Çünki beynəlxalq ictimai təhlükəsizliklə bağlı məsələnin bir dövlətin iradəsinə əsasən həll olunması cinayətkarlıqla mübarizənin effektivliyinə xələl gətirir. Ekstradisiya "dövlətlər hüququ"nın tərkibindədir və müqaviləsiz tənzim dövlətlərarası münasibətin normal realizəsinə maneədir.

2. İkili Cinayətkarlıq

²¹ Altner, *yuxarıda istinad* 8, 25.

²² Cryer, Friman, Robinson, Wilmshurst, *yuxarıda istinad* 15, 73.

²³ *Yenə orada*, 80.

²⁴ Council of Europe, Explanatory Report on the European Convention on Extradition, Strasbourg, 4 (1985)

²⁵ Altner, *yuxarıda istinad* 8, 26.

Ekstradisiyanın mümkünlüyü üçün ikinci şərt ekstradisiyası tələb olunan cinayətkarın törətdiyi əməlin hər iki dövlətin qanunvericiliyinə əsasən cinayət hesab olunmasıdır. “İkili cinayətkarlıq” adlanan bu prinsip ekstradisiyanın başlıca prinsiplərindəndir. Ekstradisiya haqqında müqavilələrin əksəriyyəti bu prinsipi qəbul edir.²⁶ “İkili cinayətkarlıq” “qanunsuz cəzanın yolverilməzliyi” (nulla poena sine lege) və qarşılıqlıq prinsiplərindən törəmədir.²⁷ Bu o deməkdir ki, sorğu edilən dövlət əgər cinayətkarın törətdiyi əməl onun cinayət qanununa görə ictimai təhlükəli hesab edilmirsə, ekstradisiya tələbini qəbul etməyə məcbur edilə bilməz.²⁸ Diqqət edilməli olan məqamlardan biri də odur ki, “ikili cinayətkarlıq” cinayətin hər iki ölkədə eyni ictimai təhlükəlilik dərəcəsində olmasını deyil, cinayət hesab olunmasını tələb edir.²⁹

3. Cinayətin ağırlıq dərəcəsi

Ekstradisiyaya səbəb olan cinayət cinayətin müəyyən ağırlıq dərəcəsində olmalıdır. Cinayətin ağırlığının müəyyənləşdirilməsi isə dövlətlər tərəfindən iki fərqli sistemlə həyata keçirilir. Bu sistemlərdən birincisi “sayma sistemi”dir. Sayma sistemində ekstradisiyaya səbəb ola biləcək cinayətlər tək-tək sayılaraq ağırlıq dərəcəsi müəyyən olunur. Türkiyə ilə ABŞ arasında 6 avqust 1923-cü ildə bağlanmış ekstradisiya haqqında müqavilədə bu sistem tətbiq edilmişdir.³⁰ “Ekstradisiya haqqında” Avropa Konvensiyasında və dövlətlərarası ikitərəfli müqavilələrdə “cəzanın minimum həddi” adlanan ikinci sistem əsas götürülür.³¹ Bu sistemə görə, ekstradisiya tətbiq ediləcək cinayətlər üçün minimum cəza həddi müəyyənləşdirilir və həddi aşan cinayətlərlə bağlı ekstradisiya tətbiq edilir.³² Anqlo-sakson hüquq sistemli Birləşmiş Krallıq və ABŞ praktikasında da bu belədir. Hətta Anqlo-Sakson sistemində Roman-German hüquq sistemindən fərqli olaraq, ekstradisiyanın tətbiq oluna biləcəyi cinayətlərin siyahıya alınmasına dair cəhdlər olmuşdur.

²⁶ “Ekstradisiya haqqında” Avropa Konvensiyasının 2-ci maddəsinin 1-ci bəndində “Ekstradisiya sorğu edən tərəfin və sorğu edilən tərəfin qanunvericiliyinə müvafiq olaraq...” ifadəsi yer almışdır.

²⁷ Ilias Banketash and Susan Nash, *International Criminal Law*, 181 (2nd ed. 2003).

²⁸ Yenə orada.

²⁹ Altner, yuxarıda istinad 8, 26.

³⁰ Yenə orada, 27.

³¹ “Ekstradisiya haqqında” Avropa Konvensiyası 2-ci maddə 1-ci bənd: Ekstradisiya sorğu edən Tərəfin qanunvericiliyinə müvafiq olaraq azadlıqdan məhrum etmə ilə cəzalandırılan yaxud həbs barədə qərara uyğun olaraq maksimum müddətə - ən azı bir il müddətinə həbs cəzası və ya daha ciddi cəza ilə cəzalandırılan cinayətlərlə bağlı həyata keçirilir. Məhkum etmə və həbs cəzası yaxud tutma haqqında qərar sorğu edən Tərəfin ərazisində həyata keçirildiyi hallarda müəyyən edilmiş cəza müddətləri dörd aydan az olmamalıdır.

³² Altner, yuxarıda istinad 8, 27.

³³ Roman-German sisteminə aid hüquqi aktlarda isə yalnız ekstradisiyanı istisna edən cinayətlərin konkret dairəsi müəyyənləşdirilir.

4. Cinayət məsuliyyətinə cəlb etmə müddəti

Ekstradisiyanın tətbiqi üçün cinayətə görə məsuliyyətə cəlb olunma müddəti keçməmiş olmalıdır. "Cinayət məsuliyyətinə cəlb etmə müddətinin keçmədiyi cinayət" ifadəsi iki məsələni ehtiva edir. Birincisi, mühakimə müddəti ötmüş cinayət təqib edilə bilməyəcəyi kimi, məsuliyyətə cəlb olunma müddəti ötmüş cinayət də məhkumluq yaratmayacaqdır. İkincisi, cinayətin şikayətə tabe olması məsələsidir. Belə ki, əgər ekstradisiyanın əsası olan cinayət hər iki ölkədə şikayətə tabedirsə və şikayət şərti hələ gerçəkləşdirilməmişdirsə, ekstradisiya tələbi qəbul edilmir.³⁴

B. Ekstradisiya tətbiqindən imtinanın əsasları

Ekstradisiya hüququ baxımından ekstradisiyanın gerçəkləşməsi üçün lazımı şərtlərdən başqa, ondan imtinaya əsas olan hallar da önəm daşıyır.³⁵ Haqqında danışacağımız hallardan hər hansı biri cinayət işinin tərkibində mövcuddursa, sorğu edilən dövlət ekstradisiyadan imtina etməkdə haqlıdır.

1. Vətəndaşın verilməməsi

Doktrinada ekstradisiyaya maneə kimi nəzərdən keçirilən bu situasiyanın ən çox rast gəlinən istisna halı olduğunu qeyd etmək lazımdır. Sadə versiyada vətəndaşın verilməməsi "sorğu edilən dövlətin ekstradisiyası tələb olunan şəxs onun vətəndaşı olduğu halda ekstradisiya tələbini rədd edə bilməsi"dir.³⁶ Vətəndaşın verilməməsi hər zaman qüvvədə olan qayda deyil. Bu qaydanın ilk tətbiqinə 1736-cı il Fransa ilə Hollandiya arasındakı müqavilədə rast gəlinir.³⁷ Roman-German hüququnda dövlətin öz vətəndaşını, ən azından onun iradəsinə zidd olaraq başqa bir dövlətə verməyəcəyi qaydası prioritet hesab olunur.³⁸ Avropa dövlətləri bunu müxtəlif formalarda tənzimləyirlər. Məsələn, İsveçrə qanunvericiliyinə görə, "İsveçrə vətəndaşları geri verilə bilməz, yalnız vətəndaşın öz razılığı olduğu halda verilmə həyata keçirilir".³⁹ Digər tərəfdən İtaliyada isə "vətəndaşın

³³ Yenə orada.

³⁴ Altınar, *yuxarıda istinad* 8, 28.

³⁵ Dr. Ahmet Ulutaş, *Suçluların Geri Verilməsində Vatandaşlığın Rolü ve Türk Vatandaşlığı Kanununun 28inci Maddesinin Geri Verme Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*, 4 Ankara Barosu Dergisi, 179, 179 (2011).

³⁶ Vətəndaşlardan başqa əsirlərin də geri verilməsi istisna olunur. Hüquqi adətlərə əsasən əsirin törətdiyi cinayət əsirlikdən qaçmaqdan ibarət olduğundan ekstradisiyanın tətbiqinə yol verilmir.

³⁷ Ulutaş, *yuxarıda istinad* 35, 186.

³⁸ Yenə orada.

³⁹ İsveçrə Konstitusiyası, maddə 25.

verilməsi ancaq beynəlxalq müqavilələrdə göstərilərsə, qəbul oluna bilər"⁴⁰ qaydası tətbiq edilir. Anqlo-Sakson hüququnda bunun əksinə olaraq, ictimai təhlükəsizliyi pozmuş vətəndaşın müdafiəsi tanınmır. "Vicdanlı vətəndaş" anlayışı daha üstün tutulur. İngiltərə və ABŞ qarşılıqlı şərti ilə öz vətəndaşlarının başqa bir dövlətə verilməsini qəbul etməkdədirlər.⁴¹

Qaydanın təməlinə vətəndaşı qoruma düşüncəsi dayanır.⁴² "Ekstradisiya haqqında" Avropa Konvensiyasında "Razılığa gələn Tərəf öz vətəndaşlarının ekstradisiyasından imtina etmək hüququna malikdir" ifadəsinə yer verilərək, tərəflərə vətəndaşlarını verməməklə bağlı müstəqillik tanımıdır.⁴³

Ekstradisiyası tələb olunan şəxslər ikili vətəndaş və ya vətəndaşlığı olmayan şəxs – vətənsiz (heimatlos) ola bilər. Vətəndaşlığı olmayan şəxslərlə bağlı bu qayda heç bir önəm daşmır. İkili vətəndaşlığı olan şəxs sorğu edilən dövlətin vətəndaşdırsa, bu zaman onun ikinci vətəndaşlığı nəzərə alınmadan ekstradisiyadan imtina oluna bilər.⁴⁴

2. Siyasi xarakterli cinayət

Siyasi xarakterli cinayət törətməkdə ittiham olunan şəxslərin ekstradisiyasına yol verilmir. Ekstradisiya haqqında müqavilələrə nəzər salsaq, bu qaydanın təxminən son 160 ildə formalaşdığını görmək mümkündür.⁴⁵ Qaydanı ilk qəbul edən dövlət İngiltərədir.⁴⁶ 1833-cü il Belçikanın "Ekstradisiya haqqında" qanununda təsbit olunaraq qanuniləşdikdən sonra Qərb ölkələrinin ekstradisiya müqavilələrində yer almağa başlamışdır.⁴⁷ Haqqında danışılan istisna ilə əlaqəli ən mühüm problemlərdən biri hansı cinayətin siyasi xarakterli cinayət hesab olunacağı məsələsidir.⁴⁸ Siyasi xarakterli cinayətə "tərəddidməsi dövlətin siyasi nizamına təsir edəcək cinayət" kimi anlayış vermək olar.⁴⁹ Doktrinada siyasi xarakterli cinayətlər tam və qismən siyasi xarakter daşıyan cinayətlər olmaqla iki kateqoriyaya bölünür. Tam siyasi xarakterli cinayət birbaşa olaraq dövlət

⁴⁰ İtaliya Konstitusiyası, maddə. 26.

⁴¹ Ulutaş, *yuxarıda istinad* 37.

⁴² Məsələn, "Blogger Lapşin" işində Belarussiyada saxlanılan İsrail vətəndaşı Aleksandr Lapşinin Interpol xəttiylə Azərbaycana ekstradisiyası tələb olunur. Tərəddidən cinayətin növündən asılı olmayaraq İsrail vətəndaşının verilməməsində təkid edir. Burda məqsəd vətəndaşın başqa yurisdiksiyanın mühakiməsinə məruz qalmasının qarşısını almaqdır. The blogger jailed for visiting a country that "doesn't exist" (2017), <http://www.bbc.com/news/blogs-trending-38804499> (son dəfə ziyarət olunub: 7 Aprel, 2017).

⁴³ "Ekstradisiya haqqında" Avropa Konvensiyası maddə 6/1-a.

⁴⁴ Ulutaş, *yuxarıda istinad* 35, 191.

⁴⁵ Antje C. Peterson, *Extradition and the Political Offense Exception in the Suppression of Terrorism*, 67 (3) *Indiana Law Journal*, 767, 774 (1992).

⁴⁶ Altner, *yuxarıda istinad* 8, 29.

⁴⁷ Ulutaş, *yuxarıda istinad* 35, 191.

⁴⁸ Peterson, *yuxarıda istinad* 45, 775.

⁴⁹ Altner, *yuxarıda istinad* 8, 29.

suverenliyinə qarşı yönəlmiş dini, siyasi, irqi ideologiyaları təhlükə altına alan cinayətdir. Qismən siyasi xarakterli cinayətlər isə siyasi motiv və məqsədlə yanaşı özündə digər cinayətlərin ümumi əlamətlərini birləşdirir.⁵⁰

“Siyasi xarakterli cinayətlərə görə ekstradisiya edilməmə” qaydasında bəzi istisnalar mövcuddur. Həmin istisnalar varsa, şəxs siyasi motiv və məqsədlərlə cinayət törətmiş olsa belə, bu ekstradisiyadan imtina üçün əsas deyildir:

a) Belçika qaydası. Doktrinada “sui-qəsd hökmü” kimi tanınır.⁵¹ Bu qaydaya görə dövlət başçılara və onların ailələrinə qarşı törədilən cinayət siyasi xarakterli cinayət hesab edilmir və bu zaman cinayətkarın ekstradisiyası mümkündür.⁵²

b) Terror, ictimai qaydanı və ictimai təhlükəsizliyi pozmaq məqsədilə kütləvi şəkildə cinayət (məsələn, rejimi dəyişdirmək, dövlət rəsmilərinə sui-qəsdlər, müxtəlif binaları ələ keçirərək insanları qorxu və dəhşət içərisində saxlamaq və s.) törədilməsi;⁵³

c) Təyyarələrin qaçırılması, habelə qaçırılma zamanı törədilən bütün digər cinayətlər;⁵⁴

d) Beynəlxalq immunitetə sahib şəxslərə qarşı törədilən cinayətlər;⁵⁵

e) Soyqırım;⁵⁶

⁵⁰ James Joseph Kinneally, *The Political Offence Exception: Is the United States-United Kingdom Supplementary Extradition Treaty The Beginning of the End?* 2(1) American University International Law Review 203, 209 (1987).

⁵¹ Altınar, *yuxarıda istinad* 8, 29.

⁵² 1854-cü ildə iki Fransız vətəndaşı III Napaleonu öldürmək üçün Lille-Dunkerque xətti ilə hərəkət edən qatarın partladılmasına təşəbbüs edir. Lakin cəhd uğurla nəticələnmişdir. Əməli törədib Belçikaya qaçan şəxslər Fransa tərəfindən istənsə də, Belçika Apelyasiya məhkəməsi 1833-cü il “Ekstradisiya haqqında” haqqında qanununa əsasən siyasi cinayət törədən şəxsin ekstradisiyasından imtina edir. 22 mart 1856-cı ildə qəbul edilən qanunla Belçikada hər hansı xarici dövlət başçısına və onun ailəsinə qarşı törədilən cinayət siyasi cinayət hesab edilmir və bu zaman cinayətkarın ekstradisiyası mümkündür. Dos. Ahmet Cemal Ruhi, *Türk hukukunda suçluların iadesi*, 505 (2003).

⁵³ “Terrorizmin qarşısının alınması haqqında” Avropa Konvensiyası, 1-7 və 13-cü maddə. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168008371c> (son dəfə ziyarət olunub: 7 Aprel, 2017).

⁵⁴ “Mülki Aviasiyanın təhlükəsizliyinə qarşı qanundankənar aktların qarşısının alınması haqqında” BMT Konvensiyası 8-ci maddə. <http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/conventions/Conv3.pdf> (son dəfə ziyarət olunub: 7 Aprel, 2017).

⁵⁵ BMT-nin “Xüsusi missiyalar haqqında” Vyana Konvensiyası, 8-ci maddə. http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_3_1969.pdf (son dəfə ziyarət olunub: 7 Aprel, 2017).

⁵⁶ “İşgəncələrə və digər qəddar, qeyri-insani, yaxud ləyaqəti alçaldan davranış və cəza növlərinə qarşı” BMT Konvensiyası, maddə 8. <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx> (son dəfə ziyarət olunub: 7 Aprel, 2017).

f) Girov götürmə⁵⁷

3. Cinayətin törədildiyi yer

Sorğu edilən tərəf bütünlüklə və ya qismən onun ərazisində yaxud onun ərazisi sayılan yerdə törədilmiş cinayətlə bağlı tələb olunan şəxsin ekstradisiyasından imtina edə bilər. Çünki ərazisi hüdudlarında cinayət törətmiş şəxsləri mühakimə etmək və cinayət məsuliyyətinə cəlb etmək hər bir dövlətin suveren hüququdur. İctimai təhlükəli əməl sorğu edilən tərəfin ərazisindən kənarında törədilərsə, ekstradisiyadan yalnız iki halda imtina edilə bilər: 1) Həmin tərəfin qanunu onun ərazisi hüdudlarından kənarında törədilmiş cinayətlərə görə cinayət təqibi nəzərdə tutmamışdır; 2) Göstərilən cinayətə görə ekstradisiyaya yol verilmir.⁵⁸

4. Ne bis in idem – bir cinayət, bir cəza

Cinayət hüququnun təməl prinsiplərindən olan ne bis in idem ayrı-ayrı ölkələrin cinayət qanunvericiliyində, hətta bəzi Konstitusiyalarda⁵⁹ təsbit edilmişdir. Bu prinsipə görə cinayət törətmiş şəxs barəsində cinayət təqibi başlanmış, konkret qərarla mühakimə bitmiş yaxud əməl haqqında cinayət təqibinə ehtiyac olmadığı qənaətinə gəlinərək təqib sonlandırmışdırsa, eyni əməl barəsində təkrar mühakimə aparıla və cəza tətbiq edilə bilməz.⁶⁰ Ekstradisiyaya münasibətdə bu prinsip özünü eyni cinayətə görə təkrar ekstradisiyanın yolverilməzliyində göstərir.

5. Konkretlik qaydası

Sorğu edən dövlət ekstradisiya tələbi qəbul edildikdən sonra cinayətkar barəsində cinayət təqibi başlamamışdırsa, başladır, təqib başa çatmış, lakin cəza icra edilməmişdirsə, cəzanı icra edir.⁶¹ Qeyd olunanlar yalnız barəsində sorğu olan cinayətə münasibətdə tətbiq edilə bilər. Ekstradisiyanı tələb edən dövlət sorğu edilən şəxs barəsində tələbdə yer almayan, ekstradisiyadan əvvəl törətdiyi cinayətlə bağlı təqib başlada bilməz. Buna “ekstradisiyada konkretlik qaydası” deyilir.⁶² Sorğu edən dövlətdə bu qaydanın pozulacağına

⁵⁷ “Girov götürmə ilə mübarizə haqqında” BMT Konvensiyası, 10-cu maddə.

<http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/conventions/Conv5.pdf> (son dəfə ziyarət olunub: 7 Aprel, 2017).

⁵⁸ “Ekstradisiya haqqında” Avropa Konvensiyası, 7-ci maddə.

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680064587> (son dəfə ziyarət olunub: 7 Aprel, 2017).

⁵⁹ Məsələn, Almaniya Konstitusiyası 103-cü maddə

<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf> (son dəfə ziyarət olunub: 7 Aprel, 2017). , ABŞ Konstitusiyasına bu prinsip 5-ci düzəlişdən sonra əlavə olunmuşdur.

⁶⁰ John A.E. Vervaele. *Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*, 9(4) *Utrecht Law Review*, 211, 212 (2013).

⁶¹ Altiner, *yuxarıda istinad* 8, 39.

⁶² Banketash and Nash, *yuxarıda istinad* 27, 184.

dair əsaslı şübhələr varsa, sorğu edilən dövlət ekstradisiyadan imtina etməkdə haqlıdır.

C. İki dövlət arasında gerçəkləşən ekstradisiya və üçüncü dövlət (re-extradition)

Ekstradisiyanın tətbiqi zamanı rast gəlinən problemlərdən biri də üçüncü dövlətə yenidən ekstradisiya məsələsidir. Problem ekstradisiyası barədə sorğu olunan şəxsin üçüncü bir dövlət tərəfindən istənməsi halında konkretlik qaydası ilə əlaqəli formada meydana çıxır.⁶³ Şəxsin üçüncü dövlətə ekstradisiyası beynəlxalq sənədlərdə müxtəlif formalarda tənzimlənir. Bir qayda olaraq, dövlətlər sorğu edilən dövlətin razılığı olmadan cinayətkarın üçüncü dövlətə ekstradisiyasını qəbul etmirlər. Bu imtinanın hüquqi əsası kimi “Ekstradisiya haqqında” Avropa Konvensiyasının 15-ci maddəsi çıxış edir. Həmin maddəyə görə, sorğu edilən tərəf ekstradisiya edilən və ekstradisiyaya qədər törətdiyi cinayətlərə görə üçüncü dövlət tərəfindən axtarışda olan şəxsi sorğu edən dövlətin razılığı olmadan üçüncü dövlətə vermir. Şəxs tam azad edildikdən sonra ekstradisiya edildiyi tərəfin ərazisini tərk etmək imkanına malik olduğu halda 45 gün ərzində bunu etməzsə, yaxud 45 gün ərzində həmin ərazini tərk etdikdən sonra oraya qayıdarsa, icazə ona şamil edilməyəcəkdir. Eyni zamanda həmin şəxslər barəsində “konkretlik qaydası” da istisna edilir.⁶⁴

“Avropa Həbs Orderi” bir sıra hallarda Avropa Birliyi ölkələrinə sorğu edilən dövlətin razılığı olmadan üçüncü dövlətə ekstradisiyanı qəbul edir. Amma digər dövlətlərlə əlaqədə sorğu edilən dövlətin icazəsini məcburi şərt kimi qoyur.⁶⁵

Fikrimcə, sorğu edilən dövlətin iradə ifadəsinin həlledici təsirə malik olması düzgün hesab edilməməlidir. Burada ilk nəzərə alınacaq amil barəsində ekstradisiya sorğusu olan və tələbdən öncə törədilmiş cinayətlərin kimin mənafeyinə nə dərəcədə toxunması olmalıdır. Çünki icazə tələbinin ön planda olduğu vəziyyətdə ekstradisiya cinayətkarlıqla mübarizənin vasitəsinə deyil, sorğu edilən dövlətin şəxsi maraqlarına xidmət edən bir quruma çevrilir.

III. Ekstradisiya kontekstində insan hüquqları

Beynəlxalq cinayətkarlığın səviyyəsinin artması ilə əlaqədar olaraq ekstradisiya prosesində insan hüquqlarının qorunması məsələsi getdikcə daha çox əhəmiyyət kəsb etməyə başlayır. Ekstradisiya və insan hüquqları arasında əlaqə dövlətlərarası beynəlxalq hüquqi əməkdaşlığın qarşılıqlı

⁶³ *Yenə orada*, 301.

⁶⁴ “Ekstradisiya haqqında” Avropa Konvensiyası, maddə 14\1 b.

⁶⁵ Cryer, Friman, Robinson, Wilmshurst, *yuxarıda istinad* 15, 85.

həyata keçirilməsindən qaynaqlanır. Qarşılıqlı tələbi ekstradisiyanın tətbiqi zamanı iki meyarı qarşı-qarşıya qoyur. Dövlət: 1) cinayətkarlıqla mübarizə aparmağa borcludur; 2) həmin mübarizənin vasitəsi kimi ekstradisiyanın tətbiqində insan hüquqlarının pozulmasına yol verməməlidir.⁶⁶ Bir sıra beynəlxalq aktların qəbulundan sonra dövlətlər ekstradisiya məsələsinə tədricən insan hüquqları prizmasından baxmağa başladılar. Beynəlxalq mənbələrdə və adət hüququnda hüquqları qorunmalı olan fərdə uzun müddət ekstradisiya prosesinin subyekt kimi deyil, obyekt kimi baxılmışdır. İndi ekstradisiya prosesində fərdə hüquqları yalnız maraqlı dövlətlərdən asılı olan obyekt kimi deyil, beynəlxalq hüquqları təmin olunan, hüquqlarını müstəqil şəkildə qorumaq iqtidarında olan beynəlxalq hüquq praktikasının subyekt kimi baxılır.⁶⁷ Bu gün şəxs ədalətli olmayan mühakimə, ölüm cəzası, işgəncə və digər qəddar, qeyri-insani, ləyaqəti alçaldan rəftar və cəzaya məruz qalma riskinin mövcud olduğu bir ölkəyə göndərilə bilməz. Hər bir insan azadlıq və şəxsi toxunulmazlıq hüququna malikdir. Heç kim özbaşınalıqla həbs edilə və ya dustaqda saxlanıla, habelə, qanunla müəyyən edilən əsaslardan başqa və qanuni prosedura uyğun olmadan heç bir halda azadlıqdan məhrum edilə bilməz.⁶⁸ Cinayət törətməkdə ittiham edilən şəxs, bütün müdafiə imkanları təmin edilməklə, açıq məhkəmə araşdırması yolu ilə təqsirli olduğu qanuni qaydada müəyyən edilməyə qədər təqsirsiz hesab edilmək hüququna malikdir.⁶⁹

Ayrı-ayrı beynəlxalq müqavilələrdə bu hüquqlar natamam şəkildə təsbit edilmişdir. Yalnız "İnsan Hüquqları Haqqında" Avropa Konvensiyası hüquqların təsnifatını apararkən, onların bir neçəsini ekstradisiya ilə əlaqələndirdiyindən sistemləşməyə cəhd hesab oluna bilər.⁷⁰ Belə bir boşluğun mövcudluğu ekstradisiya olunan şəxsin hüquqlarının asanlıqla pozulmasına şərait yaradır. Bu pozuntular şəxsin həyat və sağlamlığını

⁶⁶ Coşkun Necmi Savaş, *İnsan hakları bağlamında suçluların geri verilməsi*, 1 "Ankara Barosu" dergisi 251, 253 (2013).

⁶⁷ Geert-Jan Knoops. *Surrendering to International Criminal Courts: Contemporary Practice and Procedures*, *International Criminal Law. Cases and Materials*, 248 (1st ed. 2002).

⁶⁸ Mülki və Siyasi Hüquqlar haqqında Beynəlxalq Pakt (1966), 14-cü maddə <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> (son dəfə ziyarət olunub: 7 Aprel, 2017).

⁶⁹ BMT-nin Ümumdünya İnsan Hüquqları haqqında Bəyannaməsi, 11-ci maddə, (1948) <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. (son dəfə ziyarət olunub: 7 Aprel, 2017).

⁷⁰ "İnsan hüquqları haqqında" Avropa Konvensiyasının yalnız 2-ci (yaşamaq hüququ), 3-cü (işgəncələrin qadağan olunması), 5-ci (azadlıq və toxunulmazlıq hüququ), 6-cı (ədalətli məhkəmə araşdırması hüququ), 7-ci (qanunda nəzərdə tutulmamış cəzanın yolverilməzliyi), 8-ci (şəxsi həyata və ailə həyatına hörmət hüququ), 13-cü (səmərəli hüquqi müdafiə vasitələri hüququ), 14-cü (ayrı-seçkilinin yolverilməzliyi) maddələri və konvensiyaya əlavə 6 və 13 nömrəli protokollar (ölüm cəzasının tətbiqinin yolverilməzliyi) ekstradisiya prosesinə şamil olunur.

təhlükə altında qoymaqla yanaşı, məsələnin beynəlxalq sferaya çıxmasına və dövlətin imicinin zədələnməsinə səbəb olur.⁷¹

A. Ölüm cəzası və ekstradisiya

Ölüm cəzası dövlət tərəfindən şəxsə tətbiq olunan ən ağır fiziki cəza növüdür. Onun tətbiqi zamanı “cəza” adı altında cinayətkar nəinki azadlığını itirir, eyni zamanda yaşamaq hüququndan məhrum edilir.⁷² Buna görə də mühakimənin başlandığı andan tətbiq anına qədər təqsirləndirilən şəxsə mənəvi izzət verən ölüm cəzası icra üsülü nə olursa olsun insan hüquqlarına zidd hesab olunur.⁷³

Beynəlxalq sənədlərdə sorğu edən dövlətin qanunvericiliyində ölüm cəzasının mövcudluğu insan hüquqlarının pozulma halı kimi göstərilir. Yəni ölüm cəzası cinayətkarın həmin ölkəyə ekstradisiyasını istisna etmir.⁷⁴ Ölüm cəzasının mövcud olduğu bir ölkəyə cinayətkarın ekstradisiyası “Ekstradisiya haqqında” Avropa Konvensiyasına əsasən də mümkün hesab edilir.⁷⁵ “İnsan Hüquqları Haqqında” Avropa Konvensiyasında isə məsələyə baxış nisbətən fərqlidir. Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsi ölüm cəzasının ekstradisiyaya əngəl olmadığını qəbul etsə də (2-ci maddə), sonradan bu hal 3-cü maddənin – işgəncə və digər qeyri-insani rəftarın qadağan olunması – tələbinin pozulması kimi qəbul edilmişdir.⁷⁶ Nəticə olaraq Konvensiyaya

⁷¹ Məsələn, 2007- ci ildə BMT-nin İsgəncələr Əleyhinə Komitəsində Azərbaycana qarşı işi udan jurnalist qadın Elif Pelitin ekstradisiyası barədə iş ilə bağlı Azərbaycanın mənfi təcrübəsini qeyd etmək olar. Bu işdə Azərbaycanın, xüsusilə yerli məhkəmələrini mövqeyinin təhlili ekstradisiya olunan şəxslərin insan hüquqları sahəsində Azərbaycanın cari praktikasına yenidən baxılmasının istər ekstradisiya sahəsinə aid qanunvericiliyin, istərsə də yerli məhkəmələrin praktikasının müvafiq qaydada təkmilləşdirilməsinin zəruriliyi barədə nəticələr çıxarmağa imkan verir. Daha ətraflı bax:

http://www.refworld.org/cases,CAT_47975b01c.html UNHCR, Case of Elif Pelit v. Azerbaijan.

⁷² Michael Kronenwetter, Capital Punishment. A Reference Handbook, 11. (2001).

⁷³ Savaş, *yuxarıda istinad* 66, 254.

⁷⁴ Dos. Dr. Faruk Turhan, *The development concerning the abolition of capital punishment and its effect on the Extradition Law*, 4, İktisadi və İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 239, 239, (1999).

⁷⁵ “Ekstradisiya haqqında” Avropa Konvensiyası maddə 11. İki istisna müəyyənləşdirilir. 1) Sorğu edilən dövlətin qanunvericiliyi ölüm cəzasını nəzərdə tutmursa; 2) cəzanın icra edilməyəcəyi ilə bağlı yetərli təminat verilmirsə ölüm cəzası ekstradisiyadan imtina üçün əsasdır.

⁷⁶ Məsələn, 1989-cu il tarixli “Soering Birləşmiş Krallığa qarşı” işində AİHM “... Ölüm cəzasını gözləmənin yaratdığı uzunmüddətli və get-gedə artan izzət, edam kamerasında uzun müddət saxlanılma və məhkumun xüsusilə cinayətin törədildiyi tarixdəki yaşı və psixi vəziyyəti kimi şəxsi xüsusiyyətləri nəzərə alındıqda, cinayətkarın ekstradisiyası AİHK-nın 3-cü maddəsində müəyyən olunmuş həddi aşan qeyri-insani rəftar hesab olunmalıdır. Bu qərardan sonra ABŞ ölüm cəzasının tətbiq edilməyəcəyinə təminat verdi və cinayətkarı ekstradisiya etdi. Daha ətraflı bax: <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57619> Case of Soering v. UK.

əlavə 6 və 13 nömrəli Protokollarda⁷⁷ ölüm cəzasının mövcudluğu ekstradisiyanı istisna edən hal kimi nəzərdən keçirilir.

Ölüm cəzasını daxili qanunvericiliklərindən çıxaran dövlətlər onu beynəlxalq hüquqi yardımlaşma zamanı tətbiq etməkdən də imtina edirlər. Fikrimcə, hər hansı cinayətə görə ölüm cəzasının tətbiqi həm “ikili cinayətkarlıq”, həm də “cinayətə uyğun cəza” prinsiplərinin kobud şəkildə pozulmasıdır. Cəzanın məqsədi cinayətkarın islahına nail olmaqdır. Ölüm cəzasında isə islahdan söhbət gedə bilməz. Digər bir tərəfdən ölüm cəzası ədalətsiz mühakimənin nəticəsi olaraq həyata keçirilərsə, yaxud yeni açılan hallar hökmün icrasından sonra meydana çıxarsa, yaranan mənfi nəticələrin aradan qaldırılmasını imkansız edir. Ən əsası heç bir ədalət mühakimə orqanının şəxsi həyatdan məhrum etmək hüququ yoxdur. Ölüm cəzası “ədalətin bərpası” və “cinayətkarın islahı” məqsədilə dövlət tərəfindən yeni cinayətin törədilməsidir.

B. Ayrı-seçkiliyin yolverilməzliyi və ekstradisiya

Cinayətkarın ekstradisiyasının məqsədi ya şəxsi cinayət məsuliyyətinə cəlb etmək, ya da barəsində çıxarılmış hökmü icra etməkdir. Burada əsas meyar onun törətdiyi cinayət – ictimai təhlükəli əməldir. Milli, irqi, dini mənsubiyyət, fikir azadlığının tanındığı hüquq sistemlərində siyasi əqidə və digər şəxsi keyfiyyətlər özündə ictimai təhlükəlilik ehtiva etmədiyindən şəxsin cinayət təqibinə məruz qalmasında, habelə məhkum edilməsində əsas kimi çıxış edə bilməz.⁷⁸

Beynəlxalq cinayət hüququ belə situasiyalarda şəxsin ekstradisiyasını “ayrı-seçkiliyin yolverilməzliyi” qadağasına görə qəbul etmir. “Ekstradisiya haqqında” Avropa Konvensiyasının 3\2-ci maddəsinə görə sorğu edilən tərəfin adi cinayətlə bağlı ekstradisiya tələbinin şəxsin irqi, milli, dini, siyasi əqidəsinə görə təqibi və ya cəzalandırılması məqsədilə verildiyinə və ya bu səbəblərdən hər hansı birinə görə həmin şəxsə ziyan vurulacağına kifayət qədər əsası varsa, ekstradisiyadan imtina etməkdə haqlıdır. Oxşar müddəalar “Terrorçuluğun qarşısının alınması haqqında” Avropa Konvensiyasında,⁷⁹

⁷⁷ 6 Nömrəli Protokol müharibə şəraitində və ya müharibə təhlükəsi olduqda işlənmiş cinayətlərə münasibətdə ölüm cəzasının tətbiqini mümkün hesab edir. 13 Nömrəli Protokolda isə ölüm cəzası tamamilə istisna edilir.

⁷⁸ Savaş, yuxarıda istinad 66, 260.

⁷⁹ 5-ci maddə: Əgər sorğu alan dövlətin, 1-ci və ya 2-ci maddədə göstərilən cinayət ilə bağlı ekstradisiya haqqında sorğunun şəxsi irqi, dini, milli mənsubiyyətinə və ya siyasi baxışlarına görə təqib etmək və ya cəzalandırmaq məqsədi ilə edilməsini və ya bu şəxsin vəziyyətinin bu səbəblərdən hər hansı birinə görə pisləşə biləcəyini güman etməyə kifayət qədər əsası varsa, bu Konvensiyada heç nə ekstradisiyaya dair öhdəlik müəyyən edən müddəə kimi təfsir edilməməlidir.

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168008371c>

2003-cü il tarixli “Ekstradisiya haqqında” İngiltərə qanununda⁸⁰ da təsbit edilmişdir.

C. İşgəncələrin qadağan olunması və ekstradisiya

“Mülki və Siyasi hüquqlar haqqında” Beynəlxalq Pakt⁸¹, “İnsan Hüquqları haqqında” Avropa Konvensiyası⁸² və digər beynəlxalq sənədlərdə təsbit edilən işgəncə və digər qəddar, qeyri-insani rəftar və cəzanın qadağan olunması şəxsiyyətin toxunulmazlığı ilə birbaşa şəkildə bağlıdır. AİHM-ə görə, əməlin işgəncə adlandırılması üçün şəxsə verilən fiziki və ya mənəvi əzab müəyyən ağırlıq dərəcəsində olmalıdır. Həmin ağırlıq dərəcəsində olmayan fiziki və mənəvi iztirablar şərəf və ləyaqəti alçaldan qeyri-insani rəftar hesab olunur. İşgəncə qeyri-insani rəftarın ən sərt formasıdır desək, daha düzgün olar.

Ekstradisiya olunacaq şəxsin işgəncə və ya qeyri-insani rəftara məruz qalacağı haqqında əsaslı şübhələr varsa, ekstradisiya tələbi rədd edilməlidir. Bu qayda bütün ikitərəfli və çoxtərəfli müqavilələrdə, o cümlədən daxili qanunvericiliklərdə jus cogens norma kimi qəbul edilməkdədir. İşgəncəyə məruz qalmama şəxsin məhdudlaşdırılması bütün hallarda istisna edilən (non-derogable right) hüquqlarındandır. Bu tələbə ekstradisiya olunan şəxsə münasibətdə törədilən cinayətin ağırlığından asılı olmayaraq əməl edilməlidir.⁸³

⁸⁰ 13-cü maddə: Barəsində ekstradisiya sorğusu olan cinayətlə bağlı həbs qərarı çıxarılsa da, şəxsi irqi, dini, milli mənsubiyyətinə, cinsiyyətinə, cinsi meylərinə və ya siyasi əqidəsinə görə tələb olunursa, və ya ekstradisiya olunduqdan sonra bu amillərə görə şəxsin vəziyyətinin ağırlaşacağı, hüquq və azadlıqlarının məhdudlaşacağı ilə bağlı əsaslı şübhələr varsa, ekstradisiya tələbi qəbul edilmir.

http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/41/pdfs/ukpga_20030041_en.pdf

⁸¹ 7-ci maddə: Heç kim işgəncəyə, qəddar, qeyri-insani şərəf və ləyaqəti alçaldan rəftar və cəzaya məruz qala bilməz. Heç kim razılığı olmadan tibbi və ya elmi eksperimentlərdə iştiraka məcbur edilə bilməz.

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> (son dəfə ziyarət olunub: 7 Aprel, 2017).

⁸² 3-cü maddə: Heç kim işgəncəyə, qeyri-insani və ya ləyaqəti alçaldan rəftara və ya cəzaya məruz qalmamalıdır. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (son dəfə ziyarət olunub: 7 Aprel, 2017).

⁸³ AİHM “Bensaid Birləşmiş Krallığa qarşı” işində cinayətkarların digər ölkələrə ekstradisiyası və deportasiyası barəsində səlahiyyətlərdən istifadə olunarkən işgəncə, digər qəddar, qeyri-insani rəftar və cəza qadağasının cinayətkarın törətdiyi əməlin ağırlığından asılı olmayaraq tətbiq edilməli olduğunu bildirmişdir. Daha ətraflı bax: Case of Bensaid v.UK: <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59206> (son dəfə ziyarət olunub: 7 Aprel, 2017).

D. Ədalətli məhkəmə araşdırması hüququ və ekstradisiya

Cinayət törətməkdə təqsirləndirilən şəxslərin hüquqlarının müdafiəsi sistemində əsas istiqamətlərdən biri də ədalətli və ağlabatan müddətdə mühakimə məsələsidir. Ədalətli məhkəmə araşdırması hüququ “İnsan Hüquqları haqqında” Avropa Konvensiyası⁸⁴ və “Mülki və Siyasi Hüquqlar haqqında” Beynəlxalq Paktda⁸⁵ açıq şəkildə təsbit olunmuşdur. Hər kəs, onun mülki hüquq və vəzifələri müəyyən edilərkən və ya ona qarşı hər hansı cinayət ittihamı irəli sürülərkən, qanun əsasında yaradılmış müstəqil və qərəzsiz məhkəmə vasitəsi ilə, ağlabatan müddətdə işinin ədalətli və açıq araşdırılması hüququna malikdir.⁸⁶

Ədalətli məhkəmə araşdırması hüququnun ekstradisiya ilə əlaqəsi iki istiqamətlidir: Birincisi, ekstradisiyanın tətbiq üsulu ədalətli məhkəmə araşdırması hüququnu təsbit edən Avropa Konvensiyasına görə, nə “mülki hüquq və ya öhdəlik”, nə də “cinayət ittihamı” olmadığından 6-cı maddədə göstərilən ünsürlərə uyğun olmaya da bilər.⁸⁷ İkincisi isə, cinayətkarın ekstradisiya ediləcəyi ölkədə həyata keçiriləcək mühakimə ədalətli məhkəmə araşdırması hüququ çərçivəsində gerçəkləşdirilməlidir. Bu o deməkdir ki, bu hüquq ilk növbədə sorğu edən dövlətin daxili hüququnda tanınmalı və tətbiq edilməlidir. “Drozd və Janousek Fransa və İspaniyaya qarşı” işi ilə bağlı qərarada AİHM cinayətkarın ədalətli məhkəmə araşdırması hüququnu pozacağını açıqca bəlli edən dövlətə ekstradisiyanın məsuliyyətə səbəb olacağını bildirmişdir.⁸⁸ Məhkəmədə şəxsə özünü müdafiə üçün bütün imkanlar yaradılmalıdır. Buna əsaslanaraq deyə bilərik ki, qiyabi (cinayətkarın iştirakı olmadan) mühakimə qadağan edilməlidir. Bəzi ölkələrdə qiyabi mühakimə ilə şəxsin azadlıqdan məhrum edilməsi barədə qərar çıxarılması mümkün hesab olunur. Bu situasiyada cinayətkarın

⁸⁴ 6-cı maddə: Hər kəs, onun mülki hüquq və vəzifələri müəyyən edilərkən və ya ona qarşı hər hansı cinayət ittihamı irəli sürülərkən, qanun əsasında yaradılmış müstəqil və qərəzsiz məhkəmə vasitəsi ilə, ağlabatan müddətdə işinin ədalətli və açıq araşdırılması hüququna malikdir

⁸⁵ 14\1-ci maddə: Bütün şəxslər məhkəmələr və tribunalar qarşısında bərabərdirlər. Hər bir şəxs, ona qarşı irəli sürülən istənilən cinayət ittihamına baxılması zamanı və yaxud hər hansı bir mülki prosesdə onun hüquq və vəzifələrinin müəyyən edilməsi zamanı qanun əsasında yaradılan səlahiyyətli, müstəqil və qərəzsiz məhkəmə tərəfindən ədalətli və açıq araşdırma hüququna malikdir.

⁸⁶ “İnsan hüquqları haqqında” Avropa Konvensiyası, 6-cı maddə.

http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (son dəfə ziyarət olunub: 7 Aprel, 2017).

⁸⁷ Məsələn, “Mahmutkulav and Askarov v. Turkey” işində çıxarılan qərarada Ekstradisiyanın üsulu ilə bağlı müddəalar “İnsan hüquqları haqqında” Avropa Konvensiyasında təsbit edilmədiyindən bu məsələnin AİHM-in yurisdiksiyasına aid olmadığı qeyd edilmişdir. http://www.jus.unitn.it/download/gestione/marco.pertile/20090331_0619Mamatkulov_and_Askarov_Turkey.pdf (son dəfə ziyarət olunub: 7 Aprel, 2017).

⁸⁸ Daha ətraflı bax: Case of Drozd and Janousek v. France and Spain:

<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57774> (son dəfə ziyarət olunub: 7 Aprel, 2017).

ekstradisiyası tələb edilərsə, onun tətbiqi üçün mühakimənin "İnsan Hüquqları haqqında" Avropa Konvensiyasındakı təminatlara⁸⁹ uyğun həyata keçirilmiş olması tələb olunur. Əks təqirdə ekstradisiyadan imtina edilməlidir.

Nəticə

Hüquqi qüvvəyə malik anlayışı olmayan institut tam formalaşmış institut hesab edilə bilməz. Hazırkı vəziyyətdə ekstradisiyaya münasibətdə "nə tənzimlənir?" sualı cavabsız qaldığı halda, "necə tənzimlənir?" məsələsi daha önəmli hesab edilir və tədqiqatlar bu çərçivədə aparılır. Natamamlığın aradan qaldırılması üçün ekstradisiyaya beynəlxalq səviyyədə vahid anlayışın verilməsi mütləq şərtidir. Bu, həm də düzgün hüquqi qiymət verməyə, təhvilvermənin digər növləri ilə ekstradisiya arasındakı sərhədi müəyyən etməyə imkan verəcəkdir.

Cinayətkarlıqla mübarizənin effektivliyini təmin etmək məqsədilə ekstradisiyanın hüquqi əsasını təşkil edən müqavilələrin sayı maksimum azaldılmalıdır. Çünki ikitərəfli və çoxtərəfli müqavilələrdə tənzim şərtləri arasındakı müxtəliflik dövlətlərin ortaq məxrəcə gəlməsini çətinləşdirir. Bütün dünya ölkələrinə münasibətdə qüvvədə olan ekstradisiya haqqında beynəlxalq müqavilənin qəbul edilməsi həmin müxtəlifliyi aradan qaldıra və ekstradisiyanın tətbiqini asanlaşdırma bilər. Bununla müqaviləsiz tətbiq halları istisna olunacaq və ekstradisiya özünün "dövlətlərarası" xüsusiyyətini itirməyəcəkdir.

Üçüncü dövlətə ekstradisiya zamanı nəzərə alınan amillər dəyişdirilib konkretləşdirilməli və qəbul ediləcək beynəlxalq müqavilədə dəqiq təsbit edilməlidir. II fəsilə qeyd edildiyi kimi bu zaman sorğu edilən dövlətin iradə ifadəsi deyil, törədilmiş cinayətə münasibətdə sorğu edən və üçüncü dövlətin mənafeyi prioritet olmalıdır. Belə olduqda, cinayətkarın həyat və sağlamlığı da təhlükəyə məruz qalmayacaqdır.

İnsan hüquqlarının bütün sferalarda rəhbərliyi ekstradisiya olunan şəxsə münasibətdə nədənsə özünü göstərmir. Həmin şəxsin hüquqları ilə əlaqəli müddəalar ya səpələnmiş formada mövcuddur, ya da ümumiyyətlə mövcud deyil. Mövcud normaların mənfə cəhəti ekstradiiya olunacaq bütün şəxslər barəsində yox, yalnız müqavilə bağlayan tərəf dövlətlərin həyata keçirdikləri ekstradisiya proseslərində tətbiq edilməsidir. "Prioritet" in yarımçıq tənzimi bir tərəfdən cinayətkarla hüquqazidd rəftarı mümkün edir, digər tərəfdən isə cəzanın islahedici təsirini azaldır. Bu səbəbdən qəbul ediləcək müqavilədə ekstradisiya olunacaq şəxsin hüquqları ətraflı təsnif olunmalı və bu sahədəki boşluq aradan qaldırılmalıdır.

⁸⁹ "İnsan Hüquqları haqqında" Avropa Konvensiyası 6 \3-cü maddə.

http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (son dəfə ziyarət olunub: 7 Aprel, 2017).