

BAKİ DÖVLƏT UNİVERSİTETİ TƏLƏBƏ HÜQUQ JURNALI

Buraxılış 5

May 2019

Say 2

Elmi Məsləhətçi
Prof., h.e.d., Əmir Əliyev

Baş Redaktor
Elvin İsayev

İcraçı Redaktor
Sevinc Sadıqova

Məsul Redaktor
Kənan Abdullayev

Məqalə Redaktorları

Əzizə Abdullayeva

Məhəmməd Səfərli

Günel Məmmədzadə

Nicat Rəsulzadə

Süsən Səfərova

Nihad Hüseynov

Təsisçi: Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsi



ISSN: 2412-5555

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

Vebsayt: www.lr.bsulawss.org

E-Poçt: lawreview@bsulawss.org

BAKU STATE UNIVERSITY

LAW REVIEW

Volume 5

May 2019

Issue 2

Academic Adviser

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

Editor in Chief

Elvin Isayev

Executive Editor

Sevinj Sadiqova

Managing Editor

Kanan Abdullayev

Editors

Aziza Abdullayeva

Mahammad Safarli

Gunel Mammadzade

Nijat Rasulzade

Susan Safarova

Nihad Huseynov

Founder: Baku State University Law School



ISSN: 2412-5555

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

Website: www.lr.bsulawss.org

Email: lawreview@bsulawss.org

MÜNDƏRİCAT/CONTENTS

1. FIGHTING FIRE WITH FIRE: A REPEAT VIOLATOR POLICY FOR THE WTO. <i>Michael Goodyear</i>	174
Introduction	175
I. General Principles of the WTO Agreement	177
II. Dispute Settlement under the WTO	178
III. Evaluating the Current DSU	180
A. Advantages of the DSU	180
B. Problems with the DSU	182
IV. Strategies for Greater Compliance	183
A. Specific Reporting Requirements	184
B. Earlier Retaliation.....	184
C. Carousel Retaliation	185
D. Cross-Retaliation.....	186
E. Collective Retaliation.....	187
F. Injunctions	188
V. Repeat Violator Policy	188
A. The Policy.....	188
B. Implementation	191
Conclusion	193
2. THE EU REGULATION BRUSSELS IV: A COMPARATIVE STUDY BETWEEN THE SUCCESSION LAW OF THE UNITED STATES AND ITALY. <i>Petra Domenighini</i>	194
Introduction	195
I. Freedom of Disposition v Forced Heirship Rules.....	196
II. The EU Regulation no. 650/2012, “Brussels IV”	199
III. Conflict of Laws	201
A. Common law prospective	201
B. The Italian System	202
IV. The “Brussels IV” scenario	203
A. The Competent Court	203

B. The Choice of Law	204
V. The Renvoi	207
VI. Implementation Hurdles: The Public Policy Exception	208
VII. Effect of the Regulation on Cross-Border Estate Planning	209
A. The Competent Court and the “Last Habitual Residence Factor”	209
B. The Test of Close Connection	210
C. The Choice of the Decedent.....	210
D. The Renvoi	212
VIII. The Public Policy Concern.....	214
Conclusion	215
3. TRUTH, JUSTICE, AND RECONCILIATION IN THE WAKE OF CLERIC SEXUAL ABUSE IN AMERICA. <i>Kevin H. Govern</i>.....	216
Introduction	217
I. A History of Cleric Sexual Abuse – 1950’s Through 2000’s	217
II. Contemporary Criminal Prosecutions of Cleric Sexual Abuse	220
III. Prosecuting The Church as a Racketeer Influenced and Corrupt Organization?	225
IV. Restorative Justice as Future Component of Remediating Cleric Sexual Abuse.....	229
Conclusion	231
4. LEGAL BINDINGNESS OF SECURITY COUNCIL RESOLUTIONS: “SECURITY COUNCIL RESOLUTION 853 (1993)”. <i>Nurana Mammadova</i>.....	233
Introduction	234
Conditions for the bindingness of SCR, and how these conditions are provided in the SCR 853?.....	235
A. Breach of Peace.....	236
B. Language of SCR	237
C. “Acting under Chapter VII of the Charter of UN”	240
Conclusion	241

5. HANSI MÜLKI HÜQUQ VƏ VƏZİFƏLƏR ƏDALƏTLİ MƏHKƏMƏ ARAŞDIRMASI HÜQUQU İLƏ QORUNUR?. <i>Jalə Bayramova</i>	243
Giriş	244
I. Məhkəmənin “mülki hüquq və vəzifələr” anlayışına muxtar yanaşması.....	245
II. Mülki hüquq və vəzifələr anlayışının tərkibinə daxil olan hüquqlar hansı xarakterə sahib olmalıdır?	246
III. Vətəndaşlararası münasibətlərdəki mübahisələr.....	247
IV. Dövlət və vətəndaş arasındakı mübahisələr nə zaman 6-cı maddənin əhatə dairəsinə düşür?	248
V. Daha da genişləndirmə?.....	250
Nəticə	251
6. QÜSURLU MƏHSULLARA GÖRƏ TƏQSİRSİZ MƏSULİYYƏT: AVROPA HÜQUQU VƏ AZƏRBAYCAN QANUNVERİCİLİYİNİN MÜQAYİSƏLİ TƏHLİLİ. <i>Nihad Hüseynov</i>	253
Giriş	254
I. Məhsula görə məsuliyyət hüququ nədir?	255
II. Avropa və Azərbaycan hüququnda məhsula görə məsuliyyət	256
A. Avropa hüququnda məhsula görə məsuliyyət hüququ	256
B. Azərbaycan hüququnda məhsula görə məsuliyyət	259
III. Sərt məsuliyyət konsepsiyası və paralel məsuliyyət rejimləri	259
A. Sərt məsuliyyət konsepsiyası	259
B. Paralel məsuliyyət rejimləri	260
IV. Məhsul anlayışı	262
A. Avropa hüququ.....	262
B. Azərbaycan hüququ.....	263
V. Zərərə görə məsuliyyət daşıyan şəxslər	264
A. Avropa hüququ.....	264
B. Azərbaycan hüququ.....	267
VI. Zərər anlayışı.....	268
A. Avropa hüququ.....	268
B. Azərbaycan hüququ.....	270

IX. Məsuliyyəti istisna edən hallar	271
A. Avropa hüququ.....	271
B. Azərbaycan hüququ.....	274
Nəticə	275
7. PATENT QANUNVERİCİLİYİNİN (DE LEGE FERENDA) MÜQAYİSƏLİ TƏHLİLİ: PATENT MÜVƏKKİLLƏRİNİN STATUSU, YETƏRSİZ MƏSULİYYƏT VƏ BƏZİ İNSTİTUSİONAL MƏSƏLƏLƏR KONTEKSTİNDƏ. Zəhra Nəzərova	276
Giriş	277
I. Patent müvəkkillərinin hüquqi statusuna dair milli normativ- hüquqi bazada bəzi boşluqlara münasibət	279
II. Sənayə mülkiyyətinin mühafizəsində “yetərsiz” məsuliyyət. Kriminallaşdırma prosesində sovet dönəminin qalıq izləri	284
A. Yetərsiz məsuliyyət cinayət-hüquqi aspektdə	284
B. Patent hüquqlarının qorunmasında inzibati məsuliyyətin spesifikasiyası.....	287
III. Əqli Mülkiyyət Agentliyinin statusunun publik hüquqi şəxs qismində müəyyən edilməsi ilə bağlı həyata keçirilməli olan zəruri normativ tədbirlər	290
IV. Patent hüquqları universal və regional təminatlar sistemində	292
A. Universal müqavilələr.....	292
B. Regional sistemlər	293
V. Patent hüquqlarının pozulmasına dair mübahisələrdə səlahiyyətli məhkəmə orqanlarının xüsusatlari	294
A. İxtisaslaşdırılmış dövlətdaxili prosessual mexanizmlər.....	294
B. Beynəlxalq ədalət mühakiməsi orqanları: labüd perspektivlər ...	297
Nəticə	299

*Michael Goodyear**

FIGHTING FIRE WITH FIRE: A REPEAT VIOLATOR POLICY FOR THE WTO

Abstract

The Trump presidency and other reactionary conservative governments present an immensely powerful danger to the World Trade Organization (“WTO”). The WTO is largely built on Members’ willingness to comply with its rules, and the current Dispute Settlement Understanding (“DSU”) is too weak to deter an avowed enemy of the WTO such as President Trump. This poor enforcement system particularly hurts developing countries, which lack the power under the DSU to effectively deter economic giants like the United States.

The recent Doha Round was supposed to create a more effective enforcement mechanism under the DSU, but it fell apart before any such changes were made. The most prominent alternatives raised in the Doha Round are ultimately problematic either because they do not address the weakness of retaliation under the DSU or because they are unlikely to be approved by the WTO Membership. A new, more plausible suggestion would be the creation of a repeat violator policy, which would provide for much stronger retaliation against those Members who repeatedly disregard the WTO Agreement. Such a policy would be especially aimed at serious threats to the WTO, such as the Trump administration, and could likely be achieved without going through the formal amendment process, making it the most viable measure for countering these new threats to the WTO.

Annotasiya

Trump və digər mürtəcə konservativ hakimiyyətlər Ümumdünya Ticarət Təşkilatı (ÜTT) üçün böyük təhlükə mənbəyidir. Üzvlərinin könüllü olaraq öz qaydalarına uyma iradəsi üzərində qurulan ÜTT-nin Mübahisələrin Həlli Mexanizmi (MHM) Prezident Trump kimilərinin qarşısını almaq üçün çox zəifdir. Bu cür zəif icra mexanizmi, əsasən, inkişaf etməkdə olan ölkələrə təsir edir, hansılar ki, MHM nəzdində ABŞ kimi böyük ekonomik “div”lərin qarşısını almaqda aciz qalırlar.

İndiki Doha Dairəsi MHM nəzdində daha effektiv icra mexanizmi yaratmaq məqsədilə təşkil olunmuşdu, lakin hər hansı bir dəyişiklik edilmədən dayandırıldı. Doha Dairəsində bir çox alternativlər irəli sürüldü, lakin bu alternativlər problematik olması ilə fərqlənirdi. Alternativlər ya MHM nəzdində qisas məsələsinin zəifliyinə toxunmur, ya da ÜTT üzvləri tərəfindən qəbul olunma ehtimalı çox aşağı olması ilə seçilirdi. Yeni və daha ağlabatan üsul təkrar pozucu siyasəti olardı. Bu siyasətə görə ÜTT Müqavilələrini davamlı olaraq pozan üzvlərə qarşı daha güclü təsir üsulları tətbiq olunmalıdır. Bu siyasət, xüsusilə, ÜTT-yə qarşı Trump hakimiyyəti kimi ciddi təhdidləri hədəfləyir və rəsmi diuzəliş prosesindən keçmədən qəbul olunması ehtimalı daha çoxdur. Bu da bu siyasəti ÜTT-yə qarşı olan təhdidlərə münasibətdə ən uyğun üsul edir.

Contents

Introduction	175
--------------------	-----

* J.D. Candidate, University of Michigan Law School (2020); A.B., University of Chicago (2016). I would like to thank Professor Donald Regan for his helpful insights into the world of the WTO.

I. General Principles of the WTO Agreement	177
II. Dispute Settlement Under the WTO	178
III. Evaluating the Current DSU.....	180
A. Advantages of the DSU	180
B. Problems with the DSU.....	182
IV. Strategies for Greater Compliance	183
A. Specific Reporting Requirements	184
B. Earlier Retaliation	184
C. Carousel Retaliation.....	185
D. Cross-Retaliation.....	186
E. Collective Retaliation.....	187
F. Injunctions	188
V. Repeat Violator Policy.....	189
A. The Policy	189
B. Implementation.....	191
Conclusion	193

Introduction

Despite the well-established economic wisdom of lowering tariffs and improving access to free trade,¹ in recent years countries have reverted to protectionism.² Pundits think developing countries need tariffs to counter rich countries' subsidies, which they cannot afford.³ Yet it is actually wealthier countries that are leading this tariff trend.⁴ In particular, American President Donald J. Trump has been increasing tariffs with alarming alacrity.⁵

Developing countries have been a major focus of the World Trade Organization (WTO), which specifically sought to protect them during the

¹ See Arthur S. Guarino, *The Economic Effects of Trade Protectionism*, (2018), <https://www.focus-economics.com/blog/effects-of-trade-protectionism-on-economy> (last visited Sept. 2, 2019); Paul Krugman, *International Economics: Theory & Policy*, 25-26 (2012).

² See World Trade Organization, *Rate of New Trade Restrictions from G20 Economies Doubles Against Previous Period* (2018), https://www.wto.org/english/news_e/news18_e/monit_04jul18_e.htm (last visited Sept. 2, 2019).

³ Stephen Devadoss, *Why Do Developing Countries Resist Global Trade Agreements?*, 15 J. INT'L TRADE & ECON. DEV. 191, 204-205 (2006).

⁴ *Supra* note 2.

⁵ Bob Bryan, *Trump's Trade War with China is Intensifying* (2018), <https://www.businessinsider.com/trump-tariffs-what-is-a-tariff-meaning-for-prices-consumer-2018-3> (last visited Sept. 2, 2019).

Doha Round.⁶ The Doha Declaration was in part based on creating separate, looser liberalized trade standards for developing countries in order for them to achieve their development needs.⁷ Despite this focus, these countries are now at greater risk not because of the existing WTO rules, but because larger, wealthier countries will not follow those rules.⁸

Under its Dispute Settlement Understanding (“DSU”), the WTO has a structured system to address any violations of the WTO’s founding agreement, the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization (“WTO Agreement”).⁹ If a Member is found to violate the WTO Agreement and refuses to come into compliance, the complaining Member’s only retaliatory weapon is suspending concessions, or imposing tariffs of its own in retaliation.¹⁰

The retaliation remedy for WTO violations has already been criticized for providing a poor tool for smaller countries¹¹ and offering less than what a country could gain under public international law.¹² But despite recommendations for the WTO to adopt an alternative mode of punishment for violating countries, including the introduction of financial damages¹³ and class actions,¹⁴ retaliation has remained the lone weapon of WTO Members against violations.

Retaliation was effective as a threat to help lower average tariffs from 40% at the end of World War II to 5% by 2003.¹⁵ However, the WTO system is largely based on willingness to comply and work towards a common goal of lower tariffs on a global scale. The Trump presidency poses a unique and dangerous problem to this structure. President Trump has already threatened to withdraw from the WTO,¹⁶ demonstrating the shakiness of the world’s largest economy’s commitment to the WTO and its goals. In

⁶ World Trade Organization, Ministerial Declaration 20, WTO Doc. WT/MIN(01)/DEC/1, ¶ 2, 3 (2001) (hereinafter Doha Declaration).

⁷ See *id.*, ¶ 13.

⁸ See Mukhisa Kituyi, *A Trade War Will Hit Developing Countries the Hardest* (2018), <https://www.japantimes.co.jp/opinion/2018/06/19/commentary/world-commentary/trade-war-will-hit-developing-countries-hardest/#.W6Ka35NKho4> (last visited Sept. 2, 2019).

⁹ Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (1994), Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2. (hereinafter DSU).

¹⁰ *Id.*, art. 22.

¹¹ Fabien Besson & Racem Mehdi, *Is WTO Dispute Settlement System Biased Against Developing Countries? An Empirical Analysis* (2004), <https://ecomod.net/sites/default/files/document-conference/ecomod2004/199.pdf> (last visited Sept. 2, 2019).

¹² See Marco Bronckers & Freya Baetens, *Reconsidering Financial Remedies in WTO Dispute Settlement*, 16 J. INT’L ECON. L. 281, 298-99 (2013).

¹³ *Id.*, 299-300.

¹⁴ Phoenix X.F. Cai, *Making WTO Remedies Work for Developing Nations: The Need for Class Actions*, 25 EMORY L. REV. 152, 158-59 (2011).

¹⁵ William Davey, *The World Trade Organization: A Brief Introduction*, in *International Trade Law*, 87, 89 (Joost H.B. Pauwelyn, 3rd ed. 2016).

¹⁶ Christine Wang, *Trump Threatens to Withdraw from World Trade Organization* (2018), <https://www.cnbc.com/2018/08/30/trump-threatens-to-withdraw-from-world-trade-organization.html> (last visited Sept. 2, 2019).

response to American tariffs on their goods, several countries unilaterally imposed retaliatory tariffs without going through the WTO's dispute resolution system.¹⁷

Too much of the WTO regime hinges on trust, and without an effective enforcement mechanism, an anti-WTO leader of a large country, such as President Trump, will undermine the entire WTO.¹⁸ This Note will first explain the values and structure of the WTO. It will then discuss the dispute resolution system under the DSU, as well as its advantages and shortcomings. It will then discuss several alternative enforcement methods suggested by WTO Member states and scholars, including TRIPS cross-retaliation and collective retaliation. While each of these methods has potential, there is another solution more specifically designed for Members who repeatedly breach the WTO Agreement: a repeat violator policy. This Note suggests such a repeat violator policy as a solution. It would provide a graduated response by the WTO to increased non-compliance by Member states, imposing much stronger retaliatory measures on consistent violators to strengthen the ability of developing countries to fight WTO non-compliance. This in turn will raise the chances of wealthy countries coming back into compliance with the WTO Agreement.

I. General Principles of the WTO Agreement

The WTO Agreement created the WTO in 1994 with the goal of “raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, and expanding the production of and trade in goods and services.”¹⁹ At the same time, it was “allowing for the optimal use of the world's resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development.”²⁰ The overarching purposes of the WTO Agreement are the “substantial reduction of tariffs and other barriers to trade and . . . the elimination of discriminatory treatment in international trade relations.”²¹ The WTO Agreement incorporates the General Agreement

¹⁷ See Marc L. Busch, *What Trump's Trade War Could Mean for the WTO and Global Trade* (2018), <https://hbr.org/2018/06/what-trumps-trade-war-could-mean-for-the-wto-and-global-trade> (last visited Sept. 2, 2019); Doug Palmer, *U.S. Launches 5 WTO Cases Against Retaliatory Tariffs* (2018), <https://www.politico.com/story/2018/07/16/us-challenges-retaliatory-tariffs-at-the-wto-1578925> (last visited Sept. 2, 2019).

¹⁸ See, e.g., Jakob Hanke, *Europe Fears Trump Is Out to Kill the World Trade Organization* (2018), <https://www.politico.eu/article/wto-donald-trump-protectionism-brussels-fears-trump-wants-the-wto-to-fail/> (last visited Sept. 2, 2019).

¹⁹ Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, pmbl. (1994) (hereinafter WTO Agreement).

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

on Tariffs and Trade 1994 (“GATT”), the General Agreement on Trade in Services (“GATS”), the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (“TRIPS”), and associated legal instruments, and binds all WTO Members to them.²²

In particular, the WTO Agreement carves out protections for developing countries. The preamble of the WTO Agreement stipulated that there is “need for positive efforts designed to ensure that developing countries, and especially the least developed among them, secure a share in the growth in international trade commensurate with the needs of their economic development.”²³ They “will only be required to undertake commitments and concessions to the extent consistent with their individual development, financial and trade needs or their administrative and institutional capabilities.”²⁴ Under the previous GATT regime, the Members even agreed to make exceptions to the Most Favored Nation requirement,²⁵ one of the central requirements of the GATT, for developing countries.²⁶

II. Dispute Settlement under the WTO

The WTO is relatively rare among international agreements in that it actually has an enforcement mechanism.²⁷ This fact alone sets the WTO out as a potential example of how to enforce future international agreements.²⁸ The WTO Agreement establishes a complaint process, panels and an appellate body to administer disputes, and procedures for holding accountable countries that violate the WTO.²⁹

All trade disputes between WTO Members are regulated through the DSU, which is itself a part of the WTO Agreement.³⁰ The WTO’s Dispute Settlement Body (“DSB”) administers all disputes under the WTO Agreement and is the mechanism to preserve the rights and obligations of WTO Members.³¹ In this role, the DSB establishes panels for reviewing disputes, adopts panel and Appellate Body reports on the disputes, maintains surveillance of implementation of rulings and recommendations

²² *Id.*, art. II(2) (encompassing the WTO Agreement and Annexes 1, 2, and 3). The exception is Annex 4, which contains plurilateral agreements that are binding only on those countries that have accepted them; *Id.*, art. II(3).

²³ *Id.*, pmb.

²⁴ *Id.*, art. XI(2).

²⁵ *Id.*, art. I.

²⁶ Differential and More Favourable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries, L/4903 (1979); GATT BISD (26th Supp.) 203-205 (1989) (hereinafter Enabling Clause).

²⁷ Oona Hathaway & Scott J. Shapiro, *Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law*, 121 YALE L.J. 252, 266 (2011).

²⁸ Matus Stulajter, *Problem of Enforcement of an International Law – Analysis of Law Enforcement Mechanisms of the United Nations and the World Trade Organization*, 33 J. MOD. SCI. 325, 330–332 (2017).

²⁹ DSU, *supra* note 9.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Id.*, art. 2, 3.

from the panels and Appellate Body, and authorizes the suspension of concessions and other obligations under the WTO Agreement.³²

In any WTO dispute, the two Members must first consult with each other to try to find a solution before having a panel adjudicate the dispute.³³ Any party to the dispute can request good offices, conciliation, or mediation at any time, and, if the parties agree, can continue to consult while the panel process proceeds.³⁴ If consultation fails, the complaining party may request a panel to adjudicate the dispute.³⁵ After receiving arguments from both sides and gathering relevant information, the panel will issue its interim report to the parties for comments.³⁶ The panel will meet with the parties to discuss any comments and will then circulate its final report to the entire WTO membership.³⁷ Provided that there is not a consensus among WTO Members to not adopt the panel report, the report will then be referred to the DSB for formal adoption.³⁸ However, if one of the parties has filed for appeal, the panel report will not be considered for adoption until after the Appellate Body rules on the dispute.³⁹ After hearing the dispute, the Appellate Body's report will go through the same formal adoption process as a panel report.⁴⁰

If the panel or Appellate Body finds a Member's trade measure to be inconsistent with the WTO Agreement, it will recommend that the Member conform to the Agreement and may suggest ways in which the Member could implement the recommendations.⁴¹ If the adopted report recognizes a WTO infringement, the infringing Member has a duty to comply with the recommendations and rulings of the DSB to remedy it.⁴² Thirty days after the report is adopted, the Member who violated the WTO Agreement will inform the DSB of its intentions regarding the implementation of the recommendations and rulings of the DSB.⁴³ The recommendations and rulings must be implemented within fifteen months unless the parties extend this time due to exceptional circumstances.⁴⁴ The DSB will observe the Member's implementation of the adopted recommendations or rulings and any WTO Member can raise the issue of non-adoption in front of the DSB at any time.⁴⁵

³² *Id.*, art. 2.

³³ *Id.*, art. 4.

³⁴ *Id.*, art. 5.

³⁵ *Id.*, art. 6.

³⁶ *Id.*, art. 15.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Id.*, art. 16.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Id.*, art. 17.

⁴¹ *Id.*, art. 19.

⁴² *Id.*, art. 21.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

If the Member fails to implement the recommendations and rulings within a reasonable time, the DSU authorizes compensation or the suspension of concessions or other obligations under Article 22.⁴⁶ The purpose of Article 22 is to induce compliance.⁴⁷ First, the parties will discuss adequate compensation for the violating Member's continued noncompliance.⁴⁸ If these negotiations fail, the complainant may then request authorization from the DSB to retaliate by temporarily suspending concessions or other obligations under the WTO Agreement to the violating Member.⁴⁹ The type of concessions that will be suspended will be influenced by the trade sector under which the panel or Appellate Body found the violation, the broader economic elements related to the suspension of the concession, and the degree of the violation.⁵⁰ If the violating Member objects to the suspension of concessions, the retaliation measure will be taken before an arbitrator who will determine if the retaliation is at the right level.⁵¹

III. Evaluating the Current DSU

A. Advantages of the DSU

While the exact impact of the differences between the 1947 GATT and the 1994 DSU has perhaps been overstated,⁵² the changes are undoubtedly important advances.⁵³ For starters, the WTO is an actual organization, which gives it logistical support, financing, and a structure.⁵⁴ The GATT system did not supply any of these things, effectively having a dispute settlement body that was in a holding pattern for nearly fifty years.⁵⁵ Naturally the lack of any administrative support severely hampered the day-to-day functioning of GATT panels.⁵⁶ The establishment of the WTO Secretariat to perform the

⁴⁶ *Id.*, art. 22.1.

⁴⁷ *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas – Recourse to Arbitration by the European Communities Under Article 22.6 of the DSU*, WTO Doc. WT/DS27/ARB/ECU, ¶ 76 (2000) (hereinafter *EC – Bananas (22.6)* (Ecuador)).

⁴⁸ DSU, *supra* note 9, art. 22.2.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Id.*, art. 22.3.

⁵¹ *Id.*, art. 22.6.

⁵² See Marc L. Busch & Eric Reinhardt, Testing International Trade Law: Empirical Studies of GATT/WTO Dispute Settlement, in *The Political Economy of International Trade Law: Essays in Honor of Robert Hudec* 457, 464 (Daniel M. Kennedy & James D. Southwick, eds., 2002).

⁵³ See World Trade Organization, *Historic Development of the WTO Dispute Settlement System*, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_settlement_cbt_e/c2s2p1_e.htm (last visited Apr. 9, 2019).

⁵⁴ See Joost H.B. Pauwelyn, *International Trade Law*, 99-100 (3rd ed. 2016).

⁵⁵ *Id.*, 89-90.

⁵⁶ *Ibid.*

WTO's administrative duties⁵⁷ and a procedure for creating a yearly budget⁵⁸ was essential to reforming the dispute resolution system.⁵⁹

The DSU also covers the entire WTO Agreement. While the GATT only covered its namesake agreement, the DSU covers all agreements contained within the WTO Agreement, including the GATS, the TRIPS, the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures ("SPS"), and the Agreement on Technical Barriers to Trade ("TBT").⁶⁰ This is vital in actually enforcing the entire WTO Agreement. In addition, the service and intellectual property sectors are substantially more important now than in 1947, vastly increased in size compared to their nascent levels in the middle of the twentieth century.⁶¹ Covering the GATS and the TRIPS was thus vital for operating in the world of twenty-first century trade.⁶²

Perhaps most importantly, the WTO Agreement removed the unanimous consent rule for adopting panel decisions.⁶³ The dispute resolution system under GATT had no formal structure and all reports had to be affirmed by consensus among all WTO Members, which made it nearly impossible for GATT reports to be implemented.⁶⁴ Therefore a losing defendant, who was after all a Member itself, could just block the report, stopping it from being approved.⁶⁵ The DSU removed the consensus requirement and provided for the adoption of all panel decisions, provided that a majority of WTO Members did not oppose the adoption.⁶⁶ This meant that panel decisions would actually be adopted and could not be struck down by the violating member itself.

Finally, the DSU provided for an Appellate Body to review panel decisions, which had not existed under the GATT.⁶⁷ The existence of an Appellate Body allows corrections for unfair or ill-considered decisions by the panels.⁶⁸ It also allows a permanent body to develop precedent for the future, which guides panels, which are only created for the individual dispute, in adjudicating disputes.⁶⁹ Furthermore, the existence of an

⁵⁷ WTO Agreement, *supra* note 19, art. VI.

⁵⁸ *Id.*, art. VII.

⁵⁹ For example, the Secretariat assists in the dispute resolution process by maintaining a list of potential individuals to serve on panels and assisting the panels with research, secretarial, and technical support; DSU, *supra* note 9, art. 8.4, 27.

⁶⁰ DSU, *supra* note 9, art. I.

⁶¹ Pauwelyn, *supra* note 54, 90.

⁶² *Ibid.*

⁶³ DSU, *supra* note 9, art. XI.

⁶⁴ *Supra* note 54.

⁶⁵ *See id.*, 129.

⁶⁶ *Supra* note 9.

⁶⁷ Pauwelyn, *supra* note 54, 135.

⁶⁸ Anne Marie Lofaso, *A Practitioner's Guide to Appellate Advocacy*, 3 and 4 (2010).

⁶⁹ Appellate Body Report, *United States – Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico*, WTO Doc., WT/DS344/AB/R, ¶ 158 (Apr. 30, 2008) ("It is well settled that Appellate Body reports are not binding, except with respect to resolving the particular dispute between the parties. This, however, does not mean that subsequent panels are free to disregard the legal interpretations

appellate body adds legitimacy to the dispute settlement process and increases the likelihood that WTO Members will respect the final report.⁷⁰

B. Problems with the DSU

While the DSU is certainly an improvement on the old GATT dispute settlement system, it still has several weaknesses. Potential improvements to the DSU have been considered practically since the signing of the WTO Agreement, and have featured prominently in the Doha Round.⁷¹

Like the GATT, the DSU is largely premised on political willingness for compliance. The current WTO system does not work unless countries are inclined to cooperate.⁷² This is in part due to the weakness of the DSU sanction system. With sanctions limited to retaliation, the DSU does not have serious enough teeth to cow a determined and powerful country from breaching the WTO.⁷³ This is a particular problem now, given the reluctance of prominent world leaders to follow the WTO.⁷⁴ Even back in 2014, before Trump became U.S. President, countries only complied with dispute settlement rulings ninety percent of the time.⁷⁵ Between 1995 and 2005, the rate of full compliance was much lower, only amounting to nine percent.⁷⁶ The current retaliation regime has been criticized as ineffective and even counter-productive to the goal of the WTO Agreement.⁷⁷

One worry is that wealthier countries could just price out of WTO compliance.⁷⁸ If the compensation or retaliation endured for the WTO violation is lower than the profit gained from non-compliance, countries would be tempted to simply pay the price of violation, even if this choice decreased overall wealth for the world.⁷⁹ This price-out system benefits wealthier developed countries that can afford to eat the costs of non-compliance while forcing poorer developing countries to simply endure the

and the *ratio decidendi* contained in previous Appellate Body reports that have been adopted by the DSB.”).

⁷⁰ Claus-Dieter Ehlermann & Donald M. McRae, *Reflections on the Appellate Body of the World Trade Organization (WTO)*, 97 PROC. ANN. MEETING (AM. SOC’Y INT’L L.) 77, 80 (2003).

⁷¹ Thomas A. Zimmermann, *Negotiating the Review of the WTO Dispute Settlement Understanding*, 93 (2006).

⁷² SYLVIA OSTRY, *THE POST-COLD WAR TRADING SYSTEM: WHO’S ON FIRST?*, 238 (1997).

⁷³ See Arie Reich, *The Effectiveness of the WTO Dispute Settlement System: A Statistical Analysis*, EUI WORKING PAPERS, 31 (2017).

⁷⁴ See, e.g., Edward Helmore, *Trump: US Will Quit World Trade Organization Unless It “Shapes Up”* (2018), <https://www.theguardian.com/us-news/2018/aug/30/trump-world-trade-organization-tariffs-stock-market> (last visited Sept. 2, 2019).

⁷⁵ *WTO Dispute Settlement: Resolving Trade Disputes Between WTO Member* (2014), https://www.wto.org/english/thewto_e/20y_e/dispute_brochure20y_e.pdf (last visited Sept. 2, 2019).

⁷⁶ Gary Horlick & Judith Coleman, *A Comment on Compliance with WTO Decisions, The WTO: Governance, Dispute Settlement and Developing Countries*, 773 (Merit E. Janow et al. eds., 2008).

⁷⁷ See Sarah R. Wasserman Rajec, *The Intellectual Property Hostage in Trade Retaliation*, 76 MD. L. REV. 169, 184–186 (2016).

⁷⁸ See Peter B. Rosendorff, *Stability and Rigidity – The Dispute Settlement Procedure of the WTO*, 99 AM. POL. SCI. REV. 389, 390-391 (2005).

⁷⁹ *Ibid.*

violations.⁸⁰ In fact, large democratic states are far less likely to comply with the WTO Agreement than economically smaller states.⁸¹ Litigation costs are a further impediment to developing countries pursuing WTO dispute resolution.⁸²

The current dispute settlement enforcement methods of compensation and retaliation do not benefit developing countries very much. Even if developing countries could eventually be granted compensation or allowed to retaliate through the DSB, compensation depends on the violator's willingness to negotiate and smaller countries do not have the economic clout to force an economic powerhouse like the United States or China to comply.⁸³ Furthermore, there is a backlash associated with retaliation. Besides hurting the violating Member, the further curbing of trade will hurt the complainant's own economy, including individual economic actors, in that country.⁸⁴ By reducing imports, the country is hurting their own production market, which in turn will negatively impact its competitiveness in the global economy.⁸⁵

The impact of retaliation backlash will be particularly disparate for smaller developing countries. Imposing tariffs on their chief importers would be potentially ruinous to their economy, especially if the measure blocked the importation of food or essential component parts such as screws.⁸⁶ This situation was demonstrated in *EC – Bananas*, where Ecuador had little power to influence the European Union to change its WTO non-compliant policies and in fact could have fared much worse.⁸⁷

IV. Strategies for Greater Compliance

The Doha Ministerial Conference was charged with revising the WTO dispute settlement procedure in line with earlier discussions leading up to and following the Seattle Ministerial Conference in 1999.⁸⁸ While the Doha Round raised a variety of suggestions for improvements, including greater

⁸⁰ See James Smith, *Inequality in International Trade? Developing Countries and Institutional Change in WTO Dispute Settlement*, 11 REV. INT'L POL. ECON. 542, 547 (2004).

⁸¹ See Eric Reinhardt, *Aggressive Multilateralism: The Determinants of GATT/WTO Dispute Initiation (1948-1998)*,

https://www.iatp.org/sites/default/files/Aggressive_Multilateralism_The_Determinants_of.pdf.

⁸² Henrik Horn, Hakan Nordström, & Petros C. Mavroidis, *Is the Use of the WTO Dispute Settlement System Biased?* (1999), <http://econ-law.se/Papers/Disputes000117.PDF> (last visited Sept. 2, 2019).

⁸³ Asim Imdad Ali, *Non-Compliance and Ultimate Remedies Under the Dispute Settlement System*, 14 J. PUB. & INT'L AFF. 15 (2003) ("The threat and economic impact arising when a developing country raises barriers against a large industrial economy is generally not significant").

⁸⁴ Zimmermann, *supra* note 71, 156-157.

⁸⁵ *Id.*, 157.

⁸⁶ See, e.g., Chad P. Brown, Euijin Jung and Eva (Yiwen) Zhang, *Trump's Steel Tariffs Have Hit Smaller and Poorer Countries the Hardest* (2018), <https://piie.com/blogs/trade-investment-policy-watch/trumps-steel-tariffs-have-hit-smaller-and-poorer-countries> (last visited Sept. 2, 2019).

⁸⁷ See Appellate Body Report, *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WTO Doc. WT/DS27/AB/R (1997) [hereinafter *EC – Bananas*].

⁸⁸ See generally Zimmermann, *supra* note 71, 93-111.

panel and Appellate Body transparency and increased political control over the adoption of reports, the negotiations largely came to nothing.⁸⁹ The General Council did reaffirm its commitment to improving the dispute settlement system,⁹⁰ however, this is the longest the WTO Agreement, or its predecessor, the GATT, have gone since being revised by a Ministerial Conference.⁹¹

A. Specific Reporting Requirements

One suggestion during the Doha Round was instituting specific reporting requirements for the Member in breach.⁹² Within six months of adopting the panel or Appellate Body report, the Member would have to submit regular reports on the progress of implementing the recommendations and rulings until the parties agree that the issue has been remedied.⁹³

If the breaching party did not cooperate, the compensation or retaliation structures would activate in the same way they already do under the DSU.⁹⁴ While reporting requirements would better show whether the country has taken steps to comply with the WTO Agreement, it would not apply any more pressure on Members to actually comply with the WTO Agreement. While transparency in reporting may be helpful for other reasons,⁹⁵ it is unlikely to lead to greater compliance. By not adding any stronger punishment, this measure would just encourage more information on violations without giving any greater impetus for compliance. This might make WTO Members aware of non-compliance sooner, but it would not fix the problem of non-compliance itself.

B. Earlier Retaliation

Another idea is moving the determination of the level of nullification and the reciprocal level of retaliation earlier in the dispute settlement process.⁹⁶ Such a move would likely shorten the dispute process and may force earlier compromise.⁹⁷ The current dispute settlement process takes about three years, effectively creating a three-year “free pass” for countries violating the

⁸⁹ See *The Doha Round Finally Dies a Merciful Death* (2015), <https://www.ft.com/content/9cb1ab9e-a7e2-11e5-955c-1e1d6de94879> (last visited Sept. 2, 2019).

⁹⁰ See Decision Adopted by the General Council, WTO Doc. WT/L/579 (2004).

⁹¹ See Jacob M. Schlesinger, *How China Swallowed the WTO*, (2017), <https://www.wsj.com/articles/how-china-swallowed-the-wto-1509551308> (last visited Sept. 2, 2019).

⁹² Special Session of the Dispute Settlement Body, WTO Doc. TN/DS/9 art. 21.6(b) (2003).

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ See, e.g., Sijie Chen, *China's Compliance with WTO Transparency Requirement: Institution-Related Impediments*, 4 AMSTERDAM L.F. 25 (2012).

⁹⁶ See, e.g., Amendments to the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (Mexico), WTO Doc. TN/DS/W/40 (2003); Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding (Ecuador), WTO Doc. TN/DS/W/26 (2002).

⁹⁷ Zimmermann, *supra* note 71, 154-55.

WTO.⁹⁸ Allowing earlier retaliation would shrink the benefit of the “free pass” period for violating countries.

Such a change, however, could lead to an arms race in retaliation.⁹⁹ Moving the retaliation process earlier means that the permission to retaliate may be revoked if the Appellate Body later finds that the defendant actually was in compliance with the WTO Agreement. That Member would then be incentivized to file for retaliation in response to the premature sanctions the initial complainant imposed on it. Earlier retaliation would create the opportunity for messy and needless retaliation battles. In addition, if the retaliation methods themselves are unchanged, even earlier retaliation would probably lead to the same levels compliance as later retaliation. Therefore, earlier retaliation would not be a stronger deterrent; instead, it would just create a messy system of premature retaliation and counter retaliation.

C. Carousel Retaliation

Another suggestion, first raised in 1999, is carousel retaliation.¹⁰⁰ Carousel retaliation would allow a retaliating Member to rotate the list of products subject to retaliation in the hopes that this would pressure Members to comply with the WTO Agreement.¹⁰¹ The unpredictability of this system was a concern for Members such as the European Union,¹⁰² but this very unpredictability could make retaliation a greater weapon by applying pressure on a wider number of domestic industries in the violating country.

Carousel retaliation’s greatest strength is its unpredictability and ability to strike at a variety of different industries. This strategy might apply pressure on several different industries, encouraging more lobbying to force a change in the infringing Member’s policy.¹⁰³ Industries that have not been affected yet might also agitate for change to avoid the hammer of carousel retaliation striking them next.

While this could apply more pressure on the government to comply with DSB decisions, it also could encourage industries to endure and wait for the retaliation to move to a different article of trade. Similarly, it would also still be limited to a set number of trade articles at a time, increasing the range but not the strength of the retaliation. The unpredictability could also backfire by harming a larger number of consumers and producers in the retaliating

⁹⁸ John H. Jackson, *The Case of the World Trade Organization*, 84 INT’L AFF. 437, 452 (2008).

⁹⁹ For example, a WTO litigation arms race is already underway over American tariffs and the retaliatory tariffs countries have applied in return outside of the WTO framework. See, e.g., David Lawder, *U.S. Launches Five WTO Challenges to Retaliatory Tariffs* (2018), <https://www.reuters.com/article/us-usa-trade-wto/u-s-launches-five-wto-challenges-to-retaliatory-tariffs-idUSKBN1K62GT> (last visited Sept. 2, 2019).

¹⁰⁰ *Id.*, 159.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Id.*, 160.

¹⁰³ *Id.*, 159.

country as well.¹⁰⁴ Furthermore, carousel retaliation has proved a deeply unpopular idea, and has only been wholeheartedly endorsed by the United States.¹⁰⁵

D. Cross-Retaliation

Several developing countries have suggested the alternative of cross-retaliation, where they get to choose the sector in which they will suspend concessions, as a way to balance the scales for developing countries.¹⁰⁶ The WTO primarily authorizes retaliation under the violated agreement.¹⁰⁷ This means, for example, that a GATT violation would be met with suspension of concessions in goods, not services or intellectual property. This system creates an imbalance between countries. Developing countries are mostly producing goods, which would be covered under the GATT, while larger economic powerhouses such as the United States or the European Union have an increasingly high percentage of their trade in services or intellectual property, covered by the separate GATS and TRIPS.¹⁰⁸ Therefore it is almost impossible for a developing country, with little to no service or intellectual property trade of its own, to retaliate against this rich vein of trade wealth of larger countries.

This “same category of trade” retaliation, while the main retaliation system, is not the only one. Under the current version of the WTO Agreement, if retaliation in the same trade sector is not effective, countries can resort to cross-retaliation.¹⁰⁹

More readily allowing cross-retaliation, or retaliation against trade in a different sector, is a potential solution to the imbalance in power between developing and developed countries under the DSU. Several scholars have particularly advocated for cross-retaliation in regards to intellectual property.¹¹⁰ Intellectual property includes highly lucrative copyrights and patents, which are almost exclusively held by wealthy countries.¹¹¹ The ability to nullify these intellectual property rights in the complaining

¹⁰⁴ Lenore Sek, Cong. Research Serv., RS20715, Trade Retaliation: The “Carousel” Approach, 6 (2002).

¹⁰⁵ Bryan Mercurio, Retaliatory Trade Measures in the WTO Dispute Settlement Understanding: Are There Really Alternatives?, in *Trade Disputes and the Dispute Settlement Understanding of the WTO: An Interdisciplinary Assessment* 397, 440 (James C. Hartigan, ed., 2009).

¹⁰⁶ Dispute Settlement Understanding Proposals: Legal Text (India), WTO Doc. TN/DS/W/47 (2003).

¹⁰⁷ DSU, *supra* note 9, art. 22.3(a).

¹⁰⁸ See World Trade Organization, *Participation of Developing Countries in World Trade: Overview of Major Trends and Underlying Factors* (1996),

https://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/w15.htm#Footnote9 (last visited Sept. 2, 2019);

Edward Gresser, *U.S. Share of World Intellectual Property Revenue – 39 Percent*, (2014),

http://www.progressive-economy.org/trade_facts/u-s-share-of-world-intellectual-property-revenue-39-percent/ (last visited Sept. 2, 2019).

¹⁰⁹ DSU, *supra* note 9, art. 22.3(b), (c).

¹¹⁰ See Wasserman Rajec, *supra* note 77, 197–98.

¹¹¹ See, e.g., WIPO, *World Intellectual Property Indicators*, 30 (2017) (showing that the largest producers of patents are China, the United States, Japan, Korea, and Europe).

country is more likely to actually affect wealthy countries and to spur the powerful industries that have lucrative copyrights and patents to lobby the government for compliance.¹¹²

In practice, however, TRIPS cross-retaliation has not proved very effective. For example, it was approved in *EC – Bananas* for Ecuador against the European Union, but Ecuador did not actually use it and settled for the European Union lowering its tariffs twenty years in the future.¹¹³ In *United States – Gambling*, the Appellate Body authorized Antigua to suspend American copyrights, but Antigua has not taken any action and the illegal American trade measure remains in place.¹¹⁴ In *United States – Cotton*, Brazil received the right to suspend American pharmaceutical patents, but ended up settling for cash rather than pursuing patent suspension.¹¹⁵ These cases undermine the argument that TRIPS retaliation, at least by itself, will lead to compliance. In fact, it reinforces the notion that wealthy countries will just price out or will not be affected enough to be forced into compliance.

E. Collective Retaliation

The African Group suggested the alternative of collective retaliation as a way to help developing countries have greater economic power in enforcing compliance with the WTO Agreement.¹¹⁶ Under this method, if a developed Member breached its obligations to a developing Member, all WTO Members would be allowed to retaliate.¹¹⁷ Related to this suggestion is the idea of a class action, where all countries affected by the measure could retaliate.¹¹⁸ Both methods would allow the collective power of many developing states to combine and bear down on the violating member.

At first glance, collective retaliation provides a strong alternative to the current retaliation regime. Collective retaliation would undoubtedly provide a stronger deterrent to violating the WTO. It also specifically focuses on empowering less economically powerful countries in the dispute settlement procedures.

Collective retaliation, at least as suggested by the African Group, and class actions would have to be formally adopted as amendments to the WTO Agreement by the WTO Membership. Since the DSU does not have a provision for collective retaliation, it would have to be added to the WTO Agreement through an amendment. Amendments require the high burden

¹¹² See Wasserman Rajec, *supra* note 77, 198.

¹¹³ *Id.*, 201; *EC – Bananas*, *supra* note 87.

¹¹⁴ Arbitrator Decision, United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WTO Doc. WT/DS285/ARB (2007).

¹¹⁵ Arbitrator Decision, United States - Subsidies on Upland Cotton, WTO Doc. WT/DS267/ARB/2 (2009).

¹¹⁶ Negotiations on the Dispute Settlement Understanding (African Group), WTO Doc. TN/DS/W/15 (2002).

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Cai, *supra* note 14, 158-59.

of unanimous approval by all WTO Members,¹¹⁹ which makes collective retaliation, despite its potential promise, highly unlikely. This suggestion provoked staunch opposition and did not make it onto the Doha Round draft.¹²⁰ It conjures up images of punitive action rather than the WTO ideals of compliance.¹²¹ So while collective retaliation is a potentially powerful retributory system, it is unlikely to be achieved through amending the WTO Amendment.

F. Injunctions

Mexico has suggested the alternative of instituting an injunction system where the panel could rule that the measure in question should be suspended until the panel issues its final report.¹²² Injunctions would have the benefit of stopping the offending behavior immediately instead of suffering through the three-year “free period.”¹²³ This would also go toward the WTO goal of compliance with the WTO Agreement as quickly as possible.

However, the injunction doesn’t actually increase the strength of deterrence. It would merely move the current WTO enforcement mechanisms earlier. One potential benefit of an injunction would be that it can be used in tandem with other suggested changes to the WTO dispute settlement system.

Like with collective retaliation, it is unlikely that the WTO Membership would adopt injunctions. The suggestion faced significant pushback and was not adopted in the final text of the Doha Round.¹²⁴

The potential unintended consequences of injunctions would also militate against adopting such a system. The injunction system could encourage more frivolous litigation for the purpose of stopping trade measures or applying pressure on other countries. There would also be the issue of how to compensate countries when an injunction is incorrectly applied. In addition, the implications for further loss of sovereignty beyond what the WTO Members have agreed upon would only exacerbate the pre-existing arguments that the WTO infringes on state sovereignty.¹²⁵

¹¹⁹ WTO Agreement, *supra* note 19, art. X(8).

¹²⁰ Zimmermann, *supra* note 71, 161.

¹²¹ M.S. Korotana, *Collective Retaliation and the WTO Dispute Settlement System*, 10 ESTEY CTR. J. INT’L L. AND TRADE POL. 196, 204–05 (2009).

¹²² Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding (Mexico), WTO Doc. TN/DS/W/23 (2002).

¹²³ See Jackson, *supra* note 98, 452.

¹²⁴ Zimmermann, *supra* note 71, 165.

¹²⁵ See, e.g., Kyle Bagwell & Robert Staiger, *National Sovereignty in the World Trading System*, 22 HARV. INT’L R. 54 (2001).

V. Repeat Violator Policy

A. The Policy

A new suggestion to improve compliance with the WTO Agreement is instituting a repeat violator policy into the practices of the DSB. A repeat violator policy would punish the infringing Member more depending on the number of violations during a given period of time. Repeat violator policies are used in a variety of other areas of law to counter the type of problem raised by habitual offenders, which is the danger raised by American President Trump and others.

For example, repeat infringer policies are required under the U.S. Digital Millennium Copyright Act for online third-party platforms to escape liability.¹²⁶ These can take the form of either a set number of strikes before being banned from the website¹²⁷ or a graduated response of progressively harsher punishments.¹²⁸ This approach balances the rights of copyright owners and copyright users, and has been effective at stopping repeat infringers.¹²⁹ For example, in *Ventura Content, Ltd. v. Motherless, Inc.*, the website owner, only a small business, had terminated the accounts of over 1,000 repeat infringers.¹³⁰ U.S. courts have struck down repeat infringer policies that are too lenient on repeat infringers.¹³¹

There are also repeat offender laws in U.S. criminal law, including the well-known three-strikes laws.¹³² While these criminal repeat offender laws may not be as successful as advocates had hoped, they did increase deterrence to at least a degree and would be improved through meaningful review.¹³³ There is strong logic behind the principle, even if these laws have been poorly applied in many cases.

A graduated response repeat violator policy could create greater deterrence for the WTO as well. As the DSU currently stands, whether a country violates the WTO Agreement one time or a hundred times, the

¹²⁶ 17 U.S.C. § 512(i) (2018).

¹²⁷ See, e.g., *Enforcement Actions for Intellectual Property Rights Infringements Claims on Alibaba.com*, <https://rule.alibaba.com/rule/detail/2043.htm> (last visited Nov. 1, 2018) (laying out a three-strike suspension policy for intellectual property violations).

¹²⁸ *Comcast's DMCA Repeat Infringer Policy for Xfinity Internet Service*, COMCAST, <https://www.xfinity.com/support/articles/comcast-dmca-compliance-policy> (last visited Nov. 3, 2018) (setting out a multi-tier repeat infringer policy going from persistent on-screen notice to suspension and finally to termination).

¹²⁹ See Katherine Oyama, *Why the Digital Millennium Copyright Act Is Working Just Fine* (2014), <https://www.digitalmusicnews.com/2014/04/10/dmcaworkingjustfine/> (last visited Sept. 2, 2019).

¹³⁰ *Ventura Content, Ltd. v. Motherless, Inc.*, 885 F.3d 597, 602 (9th Cir. 2018).

¹³¹ *BMG Rights Management LLC v. Cox Communications, Inc.*, 881 F.3d 293, 299 (4th Cir. 2018).

¹³² See Ian Ayres, Michael Chwe, & Jessica Ladd, *Act-Sampling Bias and the Shrouding of Repeat Offending*, 103 VA. L. REV. ONLINE 94 (2017); see, e.g., *Ewing v. California*, 538 U.S. 11 (2003) (affirming a three-strike sentence by a California state court).

¹³³ See, e.g., Michael Vitiello, *Three Strikes Laws: A Real or Imagined Deterrent to Crime?* (2017), https://www.americanbar.org/groups/crsj/publications/human_rights_magazine_home/human_rights_vol29_2002/spring2002/hr_spring02_vitiello/ (last visited Sept. 2, 2019).

punishment is the exact same, a judgment that may lead to equivalent retaliation. Particularly for wealthier countries that can price out of complying with the WTO Agreement,¹³⁴ equal punishment per the crime does not result in deterrence for larger violations.

The WTO Agreement is largely built on Members complying willingly. That is what makes American President Trump's slew of illegal tariffs so damaging. A concerted effort to defy the WTO, at least with the current DSU, would knock the whole WTO structure down.¹³⁵ Such a danger needs an equally threatening response.

A WTO repeat violator policy would create gradually stronger responses to repeated WTO non-compliant behavior. For example, if Country X were only found to violate the WTO Agreement once in several years, the DSU system would act as it currently does. However, if Country Y launches several measures that violate the WTO Agreement in a short period of time, this would trigger the repeat violator policy and the Members who are unfairly affected by the illegal measures would be given a wider range of retaliation abilities if compliance were not forthcoming.

This would involve several steps. The first part of this repeat violator policy would be allowing all countries negatively affected by the illegal measure (or measures) to retaliate. The second would be to allow the combined countries to strike at an increasingly large number of the non-compliant Member's trade sectors. The DSB would take sustained violations into account in determining if this is a repeat violator, and if so, how much retaliation is appropriate. In addition, the DSB would take intent into consideration. In the case of President Trump, for instance, his clear intent to damage the WTO¹³⁶ would be a consideration in favor of greater retaliation. This repeat violator policy would thus meet the WTO's goal of pressuring Members to comply earlier to avoid larger, more crippling retaliation.

An additional benefit of a repeat violator policy is that it would not block any other suggested innovation from working too. In fact, the repeat violator policy would likely work best in tandem with aspects of carousel retaliation, cross retaliation, and collective retaliation. Therefore, it does not block later improvements to the dispute settlement procedures.

One potential problem would be that developing countries do not file complaints with the WTO as much as wealthy countries. However, while developing countries did not use Article 21.5 complaints for the first nine years of the WTO, they have since been using them with increasing

¹³⁴ See Rosendorff, *supra* note 78, 390-91.

¹³⁵ Martin Hesse, *WTO Faces Existential Threat in Times of Trump* (2018), <http://www.spiegel.de/international/world/world-trade-organization-in-trouble-amid-trump-trade-war-a-1215802.html> (last visited Sept. 2, 2019).

¹³⁶ See, e.g., Hanke, *supra* note 18; James Kosur, *Leaked Document Shows Trump Wants to Destroy WTO Relationship* (2018), <https://hillreporter.com/leaked-document-shows-trump-wants-to-destroy-wto-relationship-3281> (last visited Sept. 2, 2019).

frequency.¹³⁷ Providing developing countries with a vehicle to fight on a more even playing field with wealthy violating countries is also likely to boost their confidence that their actions would actually make a difference. The bandwagon effect is also helpful. When one Member files a compliant, other Members are likely to join in.¹³⁸

Of course, the hope would be that the repeat violator policy would never have to be used. Few WTO disputes lead to retaliation, since usually the Member that is in violation will come into compliance.¹³⁹ Retaliation has only been used sparingly in the past: from 1995 to 2013, there were only 36 requests for retaliation for non-compliance.¹⁴⁰ There would be no greater risk under the repeat violator system to WTO-compliant countries than before. The repeat violator policy would strike only at those especially egregious WTO non-compliant Members, such as the Trump White House, whose very actions threaten to undermine the entire WTO.

B. Implementation

Another benefit of introducing a repeat violator policy into the DSU is that it could potentially be implemented without a formal amendment. Amendments are a major stumbling block to innovation in the WTO, since there needs to be consensus among all 164 Members for an amendment to the WTO Agreement to be implemented,¹⁴¹ which would be enormously difficult. This is a major reason why the alternatives of collective retaliation and injunctions are unlikely to be successful.

The key to avoiding the formal amendment process is ambiguous language in the DSU itself. The DSU Article 22.4 stipulates that the “level of the suspension of concessions or other obligations authorized by the DSB shall be equivalent to the level of the nullification or impairment.”¹⁴² While this language is constraining, it, and the rest of the DSU, does not actually define equivalence, nor does it say anything about only allowing one area of trade retaliation. In fact, Article 22.4 says it should be “equivalent to the level of the nullification or impairment.”¹⁴³

There is no definition of “equivalent” in the DSU or any other part of the WTO Agreement; even context and state practice do not provide any clues to its true meaning.¹⁴⁴ The non-binding, but informative, WTO’s Handbook on

¹³⁷ Zimmermann, *supra* note 71, 74-75.

¹³⁸ *Id.*, 86.

¹³⁹ See generally, Bruce Wilson, *Compliance by WTO Members with Adverse WTO Dispute Settlement Rulings: The Record to Date*, 10 J. INT’L ECON. L. 397 (2007).

¹⁴⁰ Diego Bonomo, *Hitting Where It Hurts: Retaliation Requests in the WTO* (2014), <https://voxeu.org/article/retaliation-wto> (last visited Sept. 2, 2019).

¹⁴¹ WTO Agreement, *supra* note 19, art. X(8).

¹⁴² DSU, *supra* note 9, art. 22.4.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ See generally, Memorandum from Thibault Fresquet, Kai Kan, & Farzan Sabet to the Permanent Mission of Canada, *Retaliation under the WTO system: When does Nullification or Impairment Begin?* (2016), <https://georgetown.app.box.com/s/a1edn1ep3ch86tnss53wvvyev2g05p0w> (last

the WTO Dispute Settlement System says “equivalent” means “that the complainant’s retaliatory response may not go beyond the level of the harm caused by the respondent.”¹⁴⁵ Harm is a subjective measure, and it would be nearly impossible to calculate the exact amount of harm flowing from a violation’s resulting trade reverberations and economic and political effects.¹⁴⁶ Particularly given the lack of an appellate body for retaliation arbitration panels, there is a multitude of interpretations for what “equivalent” might mean and no singular definition that is mandated.¹⁴⁷ For example, one arbitration panel that directly engaged the meaning of “equivalence” found that it is in reference to the level of WTO-inconsistency, which is nebulous at best.¹⁴⁸

Therefore, if a Member flagrantly violates the WTO repeatedly with the goal of weakening it, it is arguable that this is an extreme degree of nullification and impairment that warrants an equally extreme response under the language of the DSU. Particularly helpful for developing countries, Article 21.8 notes that the DSU shall also consider the impact of WTO-inconsistent actions on the economy of the developing country.¹⁴⁹

Furthermore, treaty interpretation standards support allowing repeat violator policy without the need for a formal amendment. Under the Vienna Convention on the Law of Treaties, the terms of a treaty should be interpreted in good faith according to their ordinary meaning and in terms of their context, object, and purpose.¹⁵⁰ The preamble of the WTO Agreement explicitly states that a purpose of the WTO is the “elimination of discriminatory treatment in international trade relations.”¹⁵¹ Furthermore, the preamble recognizes the need to help developing countries share in international trade.¹⁵² These purposes give context surrounding the DSU and support the proposition that it should be interpreted in a way to enforce compliance with the WTO and provide strength to developing countries to protect their WTO trade interests. The repeat violator policy would thus be directly in line with and would further the purposes of the WTO Agreement.

visited Sept. 2, 2019); *see also* Henrik Horn & Petros C. Mavroidis, *Remedies in the WTO Dispute Settlement System and Developing Country Interests* (1999), https://www.iatp.org/sites/default/files/Remedies_in_the_WTO_Dispute_Settlement_System_.htm (last visited Sept. 2, 2019).

¹⁴⁵ WTO, *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System*, 82 (2004).

¹⁴⁶ *See* Yuka Fukunaga, *Securing Compliance Through the WTO Dispute Settlement System: Implementation of DSB Recommendations*, 9 J. INT’L ECON. L. 383, 423 (2006).

¹⁴⁷ David Jacyk, *The Integration of Article 25 Arbitration in WTO Dispute Settlement: The Past, Present and Future*, 15 AUSTL. INT’L L. J. 253 (2008).

¹⁴⁸ *See EC – Bananas (22.6)(Ecuador)*, *supra* note 47, ¶ 159 (limiting the estimation of Ecuador’s losses in actual and potential trade and trade opportunities in the relevant goods and service sectors).

¹⁴⁹ DSU, *supra* note 9, art. 21.8.

¹⁵⁰ Vienna Convention on the Law of Treaties, art. 31(1) (1969).

¹⁵¹ WTO Agreement, *supra* note 19, pmbl.

¹⁵² *Ibid.*

Even if the repeat violator policy must be implemented through the amendment process, passing an amendment might be possible. The current weak WTO dispute settlement system poses serious dangers to the continued vitality of the WTO and change is certainly needed.¹⁵³ This impetus for a substantive change to the dispute resolution system could be used to make a stronger push for amending the DSU to include a repeat violator policy. Also, unlike with collective retaliation or injunctions, the repeat violator policy would be limited to only affecting the worst, most flagrant offenders. This would make it more palatable to the WTO membership at large.

Conclusion

The rise of anti-WTO leaders in powerful countries is a new and dangerous phenomenon that needs an innovative solution. The Doha Round fell apart and failed to deliver a substantive change to the DSU. While suggestions such as cross-retaliation or injunctions have their merits, they are not created with a serial WTO violator in mind and would be unlikely to be adopted. A repeat violator policy, on the other hand, is directly calibrated to this risk and could likely be implemented by the DSB directly rather than the difficult formal amendment process. It is true that almost certainly one hundred per cent compliance with the WTO Agreement will remain elusive.¹⁵⁴ However, the DSB needs to use an innovative strategy tailored to today's problems to preserve the WTO in the face of the most serious threat it has encountered since its creation. The repeat violator policy is that strategy.

¹⁵³ See Reich, *supra* note 73, 31.

¹⁵⁴ See Wasserman Rajec, *supra* note 77, 184–85.

*Petra Domenighini**

THE EU REGULATION BRUSSELS IV: A COMPARATIVE STUDY BETWEEN THE SUCCESSION LAW OF THE UNITED STATES AND ITALY

Abstract

The European Union continues to shape rules and norms on a global level and offers a rich and diverse economic, political and cultural environment. Indeed, European countries constitute an attractive business location for a large number of individuals and companies. On the level of the individual citizen of the EU and elsewhere, this EU-effect has resulted in an increase of bi-national marriages. Such developments often result in conflicts of jurisdiction and conflicts in applicable laws regarding inheritances. The present paper is an informative tool for international wealth planning lawyers who deal with succession planning for clients that either reside in a European Union Member State, are married to an EU citizen, or hold assets in the EU by providing an insight on the EU Succession Regulation, No. 650/2012. Indeed, the regulation might indirectly apply to individuals residing in States of the U.S.A. pursuant to the key provisions of Articles 20 and 36. The present analysis deals not only with issues of jurisdiction, recognition and enforcement of court judgments and applicable law, but also with the acceptance of notarial deeds, the formal and substantial validity of testamentary dispositions and other succession agreements.

Annotasiya

Avropa İttifaqı (Aİ) global səviyyədə normalar və qaydalar formalaşdırmağa və müxtəlif iqtisadi, siyasi və mədəni mühit yaratmağa davam edir. Əslində, Avropa ölkələri əksər şəxslər və şirkətlər üçün cəlbedici biznes yerləri kimi qəbul olunur. Şəxslərə münasibətdə bu cür "Avropa İttifaqı effekti" millətlərarası evliliklərin sayında olan artımda da müşahidə olunur. Bu cür hadisələr adətən yurisdiksiyaların və tətbiq olunan hüquqların (xüsusən də vərəsəliklə bağlı) ziddiyyətinə gətirib çıxarır. Bu məqalə müştəriləri Aİ Üzv Dövlətlərin birində yaşayan, Aİ vətəndaşı ilə ailə quran və ya Aİ-də əmlaka sahib şəxslər olan və vərəsəlik planlaması ilə məşğul olan beynəlxalq sərvət planlama hüquqşünasları üçün No. 650/2012 nömrəli Aİ Vərəsəlik Direktivi vasitəsilə informativ bir vasitə kimi nəzərdə tutulub. Əslində, 20-ci və 36-cı maddələrə nəzər saldıqda Direktivin bilavasitə ABŞ-da yaşayan şəxslərə də tətbiq olunduğunu görə bilərik. Bu məqalə yalnız yurisdiksiya, məhkəmə qərarlarının tanınması və icrası ilə bağlı məsələləri deyil, həmçinin, notarial hərəkətlərin qəbulu, vəsiyyətnamələrin etibarlılığı və digər vərəsəlik razılaşmalarını da analiz edir.

Contents

Introduction	195
I. Freedom of Disposition v. Forced Heirship Rules	196
II. The EU Regulation no. 650/2012, "Brussels IV"	199
III. Conflict of Laws.....	201

* The University of Akron School of Law, Juris Doctor (2018).

A. Common law prospective	201
B. The Italian System	202
IV. The “Brussels IV” scenario	203
A. The Competent Court	203
B. The Choice of Law.....	204
V. The Renvoi	207
VI. Implementation Hurdles: The Public Policy Exception	208
VII. Effect of the Regulation on Cross-Border Estate Planning	209
A. The Competent Court and the “Last Habitual Residence Factor”	209
B. The Test of Close Connection	210
C. The Choice of the Decedent.....	210
D. The Renvoi.....	212
VIII. The Public Policy Concern	214
Conclusion	215

Introduction

As globalization continues to make the world smaller, the number of potential issues estate-planning practitioners will encounter grows larger.¹ In the not too distant past, the phrase “multi-jurisdictional planning” meant there was a New York domiciliary with a Florida vacation home.² With 50 states and the District of Columbia, the United States essentially has 51 different jurisdictions, each having its own set of succession laws and probate procedures.³

To avoid estate administration, especially in states in which administration involves cumbersome, time-consuming, and expensive court supervision, estate lawyers implement techniques such as a revocable *inter vivos* trust.⁴ This instrument is set up during a person’s life and allows

¹ The American Bar Association Section of International Law, *The New EU Regulation (Brussels IV): Understanding the Impact on Cross-Border Planning and Administration*, 1 (2016). Available at: <https://shop.americanbar.org/PersonifyImages/ProductFiles/237345198/Session%205.pdf>.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*, probate is the judicial proceeding for providing and establishing the validity of a purported will. Its principal function is to establish that the instrument is indeed the last will and to affirm the validity of the legal rights flowing from its terms. For further information: See Leigh-Alexandra Basha, *A Guide to International Estate Planning*, 60 (2nd ed. 2014).

⁴ *Ibid.* Indeed, revocable trusts have become the most commonly used trusts in the United States since they allow to avoid ancillary probate and generally ensure the property goes to the intended beneficiary. Usually a “pour over” will is part of the plan, devising all of the testator’s probate estate to the revocable trust. Alan Newman, *Revocable Trust and the Law of Wills: an Imperfect Fit*, 43 *Real Property, Probate and Trust J.* 523, 524 (2008).

to title real property to another person.⁵ Such a technique, however, would not be available in a place that doesn't recognize that legislative entity.⁶

Each European country, including Italy, has its own set of rules, namely forced heirship rules, which designate those persons whom the testator cannot deprive of the portion of his estate reserved for them by law, except in cases where the testator has just cause to disinherit them.⁷ Therefore, anyone owning property in Europe needs to appreciate that local laws may apply and ultimately impact the disposition of the property located in those jurisdictions.⁸

I. Freedom of Disposition v. Forced Heirship Rules

While in the United States the laws of each state differ, they also have many similarities.⁹ The laws are all based on the English common law, except for the state of Louisiana.¹⁰ Thus, all the states have the office of executor, sometimes denominated personal representative, and treat the estates as separate entities.¹¹ All states have a right of election for the surviving spouse, and no state, except Louisiana in limited circumstances, provides an absolute right of inheritance or forced heirship for children and other relatives.¹²

The American law of succession embraces freedom of disposition¹³, authorizing dead hand control, to an extent that is unique among modern legal systems.¹⁴ Within the American legal tradition, a property owner may even exclude her blood relations and subject dispositions to ongoing conditions, as a separate stick in the bundle of rights called property.¹⁵

The freedom of disposition presents only a few of the limitations which include wealth transfer taxation and a handful of other policy limitations, such as the surviving spouse elective share.¹⁶

The Italian legal system, instead, falls within the civil law tradition.¹⁷ Under Italian law the principle of "unity of succession" applies, meaning that the

⁵ Black's Law Dictionary, 435 (9th ed. 2009). Available at: <https://thelawdictionary.org/trust-intervivos/>.

⁶ See Leigh-Alexandra Basha, *supra* note 3, 693. The trust concept, rooted in equity, is a product of the common law legal system and is distinct from the civil law system, which does not generally recognize such concept.

⁷ *Supra* note 5.

⁸ Basha, *supra* note 3, 61.

⁹ Louis Garb and John Wood, *International Succession*, 923 (4th ed. 2015).

¹⁰ *Ibid.*, Louisiana laws are mainly based on the Napoleonic Code, governing law also in France, but reflect also many common law principles adopted over the years.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ Also the United States Supreme Court, in *Hodel v. Irving*, 481 U.S. 704,716 (1987), held that the ability to transmit property at death is a constitutionally protected right that includes the prerogative to exclude.

¹⁴ Dukemier and Sitkoff, *Wills, Trusts, Estates*, 1 (9th ed. 2013).

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Id.*, 2. Under the Restatement (Third) of Property, donative transfers follow the donor's intention unless prohibited by law and descendants are not protected from intentional disinheritance.

¹⁷ Garb and Wood, *supra* note 9, 437.

same law will apply to entire succession, no matter where the estate is situated.¹⁸ Italy does not have a federal system of government and the same law of succession is applied throughout Italy.¹⁹ The principal source of the law of succession is “Il Codice Civile” (The Civil Code), in particular, the Second Book, entitled “Delle Successioni” (Law of Succession).²⁰

The freedom of testation is limited in that certain heirs are entitled to a percentage of the share that the law reserves to them, known as forced heirship rules.²¹ The amount of these reserved share varies depending on which family members survive the decedent, and the degree of relationship with the deceased.²²

In the absence of children, the surviving spouse is entitled to at least one-half of the estate of the deceased, even if there are other surviving heirs.²³ Moreover, the spouse inherits the right to live in the family home and to use the furnishings belonging to the home for life, provided that at the time of death such assets either were held in common ownership with the deceased or belonged to the decedent.²⁴

In the absence of a surviving spouse, the surviving child takes at least one half of the estate.²⁵ If there are several children, each is entitled to a reserved share divided equally from a total of two-thirds of the estate.²⁶

If there is a surviving spouse and children, then, in the case of a single child, he or she is entitled to one third of the estate, as is the surviving spouse.²⁷ In the case of several children, one half of the estate is divided between the children in equal shares and the surviving spouse takes one quarter.²⁸ The

¹⁸ *Ibid.* The principle has a dual meaning in that all the property and the rights of decedent constitute a single entity passing to the heirs and that a single body of law applies to the succession as a whole, without regard to whether the property is moveable or non-moveable.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.* In 1942, Italy adopted a new Civil Code whose intestate succession rules were generally based on those contained in the 1865 Code, and so modelled indirectly on the Napoleonic Code. All the articles of the Italian Civil Code reported on this paper can be found in their English version on Mario Beltramo, *The Italian Civil Code*, 154 (1969). [Hereinafter *Civil Code*].

²¹ Garb and Wood, *supra* note 9, 437.

²² *Civil Code*, *supra* note 19, 133.

²³ *Ibid.* Art. 540 titled “Reserve in Favour of the Spouse” disposes that one-half of the estate of the parent is reserved to the spouse, unless as disposed by art. 542 both spouse and children survive the decedent.”

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.* Art. 537 titled “Reserve in Favour of Children” disposes that “One-half of the estate of the parent is reserved in favour of the child, if he leaves only one, and two-thirds if there are more than one.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Civil Code*, *supra* note 19, 154. Art. 542 titled “Concurrence of Children and Spouse” establishes that “[i]f one who dies leaves, in addition to the spouse, only one child, the share of the estate reserved respectively for the child and the spouse is one third each.”

²⁸ *Ibid.* “When there is more than one child, the total share of the estate reserved for them is one half and one fourth is reserved to the surviving spouse”.

children's reserved shares are subject to the right of the spouse to live in the family home.²⁹

In the absence of children, ascendants, persons with whom one is related in the ascending line such as one's parents³⁰, have the right to one-third of the estate.³¹ If they take in concurrence with the surviving spouse, they have a right to take one quarter of the estate and the surviving spouse takes half.³²

The decedent is free to decide which property is to be left to those entitled to a reserved share as long as such property is part of the succession and equals or exceeds the value of the share, according to art. 549 of the Civil Code.³³ All limitations deliberately imposed to reduce the value of the share are void.³⁴

In addition, art. 458 of the Italian Civil Code³⁵ prohibits all agreements by which a person disposes of his or her own succession, including all agreements transferring or renouncing rights of inheritance upon the death of a living person.³⁶

Essentially, the civil law concept of estate does not correspond to common law concept, in that the forced heirship rules do not merely operate on the decedent net estate as intended in common law, but extend their effect to all the estate.³⁷ Furthermore, in a civil law system the estate is not limited to the property possessed by the decedent at the time of death, but also includes what the decedent would have possessed at death had he or she not made any gratuitous transfers during his or her lifetime.³⁸ Thus, lifetime gifts are considered and reintegrated into the estate; so they could further reduce the small share of the estate over which the decedent has testamentary freedom.³⁹

These rules apply anytime the decedent died intestate.⁴⁰ These rules also apply when the decedent left a valid will to correct any distribution made by

²⁹ The relevant compulsory share also applies to adopted children and children born out of the marriage. Half-siblings have the right to the reserved share in the succession of their biological parent.

³⁰ *Supra* note 5, 23.

³¹ *Civil Code*, *supra* note 19, 133. Art. 538 titled "Reserve in Favour of Ascendants" states that if one who dies leaves ascendants but no children, one third of the estate is reserved for such ascendants..

³² *Id.*, 135. Art. 544 titled "Concurrence of Ascendants and Spouse."

³³ *Ibid.* Art. 549 titled "Prohibition of Burdens or Conditions on Share of Forced Heirs" recites that "[T]he testator cannot impose burdens or conditions on the share belonging to the forced heirs, subject to application of the rules contained in Title IV of this book.

³⁴ Garb and Wood, *supra* note 9, 442. The testamentary dispositions that violate the elective share are valid until challenged by the person entitled to the share.

³⁵ *Civil Code*, *supra* note 19, 133. Art. 458 titled "Prohibition of Succession Agreements" recites that "Any agreement by which one disposes of his own succession is void. Any act by which one disposes of the rights that can belong to him by a succession not yet opened, or renounces such rights, is equally void."

³⁶ Garb and Wood, *supra* note 9, 443.

³⁷ *Id.*, 454.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ See *supra* note 34.

⁴⁰ Kenneth Reid, *Comparative Succession Law, Intestate Succession*, 68-69 (2015).

the testator in violation of the “forced heirship” provisions that are meant to protect his heirs.⁴¹

II. The EU Regulation no. 650/2012, “Brussels IV”⁴²

After the 2012 adoption of the Regulation (EU) 650/2012 (the Succession Regulation), commonly referred to as “Brussels IV”, European conflict of laws in the area of succession has changed.⁴³ As a consequence, an American citizen owing property in Italy and making plans for his or her estate should take into account not only the Italian choice of law principles as described, but also consider the recently enforced European law.⁴⁴ Indeed, Italy is part of the European Union and any EU regulation has immediate legal effect in each Member State when it comes into force and supersedes national law.⁴⁵

It has become easier and more common for an individual, as a result of the harmonization of laws of Europe over the years, to hold property in multiple European jurisdictions.⁴⁶ Because of that, there was a lack of uniformity of succession law.⁴⁷ The European Union (EU) moved rather slowly in creating a uniform set of rules to govern succession.⁴⁸

After a failed attempt to create some uniformity in the Hague Conference in 1989, with an international agreement on the law applicable to succession to the estates of deceased persons⁴⁹, little progress occurred until quite recently.⁵⁰

The EU regulation 650/2012, enacted in August 17, 2015, provided that all the EU countries⁵¹ share a uniform rule that determines what law will apply to the disposition of a decedent’s property in these jurisdictions.⁵²

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Regulation (EU) 650/2012 of the European Parliament and of the Council of July 4, 2012, on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in Matters of Succession and on the Creation of a European Certificate of Succession, 2012 O.J. (L 201) 107.

⁴³ The regulation is also referred to as Succession Regulation. See at:

<https://www.step.org/policies/european-succession-regulation-regulation-eu-no6502012>

⁴⁴ Ralph H. Folsom, *Principles of European Union Law*, 72 (2005).

⁴⁵ Ralph H. Folsom, *Principles of European Union Law*, Thomson West, (2005).

⁴⁶ *Supra* note 1, 4.

⁴⁷ The issue for a decedent having property in multiple jurisdictions and who has executed only a will (for example in the jurisdiction of domicile) is if such will is valid in other jurisdictions where the property is located. See Basha, *supra* note 3, 60.

⁴⁸ Garb and Wood, *supra* note 9, 454.

⁴⁹ The agreement was ratified only by Argentina, Luxembourg, Netherlands and Switzerland. Barbara R. Hauser, *European Harmonization, Trusts & Estates*, 62-63 (2010).

⁵⁰ *Id.*, Italy signed the Hague Convention on The Conflict of Laws Relating to The Form of Testamentary Dispositions in 1961, but it was never subsequently ratified by Italy.

⁵¹ Except the United Kingdom, the Republic of Ireland and Denmark.

⁵² The scope of the regulation defined by art 1 is: “to provide a common test for determining the law governing succession, to provide courts of such jurisdiction to determine disputes related to the succession, to facilitate the mutual recognition and enforcement of decisions, and to provide the creation of a uniform certificate of inheritance.”

The new legislative scenario will significantly change estate planning and administration for those who hold property in any of the 25 countries that are “Member States” under the Brussels IV.⁵³ However, even if the regulation does not directly apply to non-Member States, art. 20 of “Brussels IV” may lead indirectly to the application of the law of third countries to residents or domiciled or property owners in a Member State.⁵⁴

The regulation limits itself to property transferred by succession.⁵⁵ It does so, contrary to other estate planning instruments that are based on non-probate tools such as life insurance, pension plans or joint ownership.⁵⁶ The regulation also excludes from its scope “the creation, administration and dissolution of trusts”⁵⁷ and any “property rights, interests and assets created or transferred otherwise than by way of succession, for instance by way of gifts”.⁵⁸ In addition, the regulation doesn’t address estate or inheritance taxes imposed by the Member States, either.⁵⁹

Matrimonial property arrangements are excluded from its scope.⁶⁰ Thus, Member States that have community property regimes or other similar concepts will still have laws that effectively restrict the right of testamentary freedom by deeming a certain part of the estate reserved to the surviving spouse.⁶¹

⁵³ The 25 EU countries are referred to as “Member States” in these materials and include: Austria, Belgium, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Hungary, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, Netherlands, Poland, Portugal, Romania, Slovakia, Slovenia, Spain, and Sweden. Though the United Kingdom, the Republic of Ireland and Denmark will not adopt the Regulation in lieu of their own succession laws, there is still some uncertainty as to whether under the terms of the Regulation they are given the same treatment as Member States or “third States” by the 25 states that will be applying the Regulation. The U.S. is clearly a “third State” under the terms of the Regulation. Some authoritative commentators suggest that the distinction should be not so much between Member States and non-Member States, but rather between states that are bound by the Regulation (EU) 650/2012 and those that are not. Under this approach, Denmark, U.K. and Ireland would then be considered as Member States not bounded by the terms of the Regulation (EU) 650/2012.

⁵⁴ Article 20 states that: “any law specified by this regulation shall be applied whether or not it is the law of a Member State”. The meaning of universal application is that conflict of law rules must be applied also to non Member States. This choice is consistent with the unitary nature of the regulation which aims to achieve the uniformity of private international law with regard to succession matters. This is relevant especially in the event that a third State does not provide for equality among heirs. Then, the application of the law will be declined based on public policy exception. See Haris P. Pamboukis, in H. Pamboukis (ed.), *EU Succession Regulation No 650/2012, A Commentary*, 51 (2017).

⁵⁵ *Supra* note 1, 7. See art 1, section 2(f) of the regulation 650/2012.

⁵⁶ Some commentators argue it should also apply to non-probate assets for the same policy reasons that extend wills rules to non-probate assets. Dukemier and Sitkoff, *supra* note 14, 6.

⁵⁷ See art 1, section 2(j) of the regulation no. 650/2012.

⁵⁸ See art 1, section 2(g).

⁵⁹ Art. 1, section 1. The exclusion refers also to whether the Member State will release the assets before any tax liability has been satisfied. *Supra* note 1, 7; Garb and Wood, *supra* note 9, 454.

⁶⁰ See art 1, section 2(d) of the regulation 650/2012. Currently, the matrimonial property regime is regulated by each EU member pursuant to its private international conflict of law rules, including any international convention.

⁶¹ *Supra* note 1, 37.

III. Conflict of Laws

By comparing the basic principles of the law of succession in the United States to the Italian system it is evident that in the United States estate planners have great latitude in structuring an estate to achieve the decedent's dispositive goals.⁶² However, this flexibility doesn't automatically apply when assets are located abroad and may be subject to the succession laws of the jurisdiction where the property is situated.⁶³ Indeed, while the right to give property as one chooses is the core of U.S. succession law, the right to receive an inheritance is a cornerstone of many European jurisdictions' succession laws.⁶⁴

Different prospectives arise in the two legal systems when there is a conflict of laws issue.⁶⁵

A. Common law prospective

American citizens with property in European countries must first identify to what extent the various laws on succession apply.⁶⁶

Under the usual common law rules of choice of law, the law of the state where the decedent was domiciled at death governs the validity of a disposition by will of personal property.⁶⁷ However, the law of the state where real property is located governs the validity of a disposition by will of that property.⁶⁸ Consider the following example.⁶⁹ A person executes a will while domiciled in Illinois, then moves permanently to New Jersey and dies owning Florida real estate, some tangible personal property, and some stocks and bonds.⁷⁰ New Jersey law will govern the validity of the disposition of the tangible and intangible personal property, and Florida law will govern the validity of the disposition of real estate.⁷¹ Almost all the states in the United States have a statute⁷² that recognizes the validity of a will executed with the formalities required either by the state where the testator was domiciled at death, by the state where the will was executed, or by the state where the testator was domiciled when the will was executed.⁷³ Because the law is not uniform, a specific statutory procedure denominated model execution ceremony will assure that the instrument will be valid in all states

⁶² *Id.* For a more detailed overview about the advantages and disadvantages of the freedom of the testator in the United States, see Elaine Lam, *Disinheritance v. Forced Heirship*, 32 *Probate and Property* 41 (2018).

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ See Basha, *supra* note 3, 3.

⁶⁶ *Id.*, 9.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Dukemier and Sitkoff, *supra* note 14, 6.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Such as the Unif. Probate Code, section 2-506 (1990), 8pt 1 U.L.A. 291 (2013).

⁷³ Dukemier and Sitkoff, *supra* note 14, 6.

notwithstanding where the testator is domiciled at death or at the time of execution or where the property is located.⁷⁴

However, if the decedent owns property in a foreign country or may die while having domicile there, the law of the foreign country should be examined and the will executed in compliance with such law.⁷⁵ This issue arose for example when James Gandolfini⁷⁶ devised real estate in a will drafted according to common law rules, without taking in consideration Italian succession law.⁷⁷

Further complications can arise if a decedent decides to draft two wills, one according to Italian law of successions and one based on common law rules, which can lead to costly litigation, such as Luciano Pavarotti's case.⁷⁸

B. The Italian System

Italian conflict of laws rules apply the principle of the unity of succession, whereby the same national law applies to the entire succession, no matter where the estate property is situated.⁷⁹

The general applicable law to succession in Italy before the enactment of Brussels IV was the national law of the decedent's citizenship to be determined at the time of his or her death.⁸⁰ Where the decedent has many nationalities which do not include the Italian citizenship, the laws of the state with the closest connection applies, otherwise the Italian citizenship prevails for the determination of the applicable law.⁸¹

As an exception to general rule, a person can make his or her estate subject to the law of the state of residency, by explicitly declaring the choice in the will.⁸²

⁷⁴ *Ibid.*, for a more extensive explanation of the model execution ceremony.

⁷⁵ Jeffrey A. Schoenblum, *Multistate and Multinational Estate Planning*, 151 (2012).

⁷⁶ James Gandolfini, the actor who played Tony Soprano, died on June 19, 2013. Kleinberg et al, *Estate Planning: Misfires of the Rich and Famous*, Westlaw, 20170727P NYCBAR 89 (2017).

⁷⁷ "Mr. Gandolfini's will, dated December 19th, 2012, provides that he left his home in Italy in trust for his children until they both reached the age of 25. However, Italian inheritance law dictates how the property is left to heirs. In this instance, Gandolfini's children automatically receive half of the estate and his wife receives a quarter of it. Mr. Gandolfini had the right to dispose only of the last quarter.

⁷⁸ Nick Pisa, *Pavarotti's Widow Breaks Silence on Will*, 2008 <https://www.nysun.com/arts/pavarottis-widow-breaks-silence-on-will/82260/> (last visited 26 August 2019).

⁷⁹ Garb and Wood, *supra* note 9, 454.

⁸⁰ This is the provision under Article 46, Law no. 218 of 1995 (Italian International Private Law).

⁸¹ , Law no. 218/95, art. 19.

⁸² In this case, the law chosen will regulate the entire succession, subject to any reserved shares in the estate in favour of the heirs who are resident in Italy at the time of death. It follows that if there are non-resident children, the exception to the general rule will deprive a spouse or children of the reserved shares to which they would otherwise have been entitled by applying the Italian law.

IV. The “Brussels IV” scenario

The revolutionary step under Brussels IV is to unify the succession rules that apply to an estate, rather than allowing any number of succession laws to possibly apply to the same assets in different circumstances. Therefore, Italian law is now governed by the European law of succession.⁸³

A. The Competent Court

Art. 4.⁸⁴ of the Succession Regulation sets out habitual residence⁸⁵ as a general ground for international jurisdiction. The European legislator has not indeed designated a particular court in the jurisdiction of the Member States that is competent.⁸⁶

The comprehensive jurisdictional function of art. 4 with regard to succession is restricted in two cases.⁸⁷ Article 12 provides that the court may decide not to rule on assets located in a third State if it deems that its decision will possibly not be recognized and declared enforceable in that state of the location of the estate, in whole or in part.⁸⁸ The second case is when the decedent has chosen his law of nationality as the law governing the succession. In this case, under Article 6 of the regulation the court, may decline jurisdiction.

The underlying rationale behind the system of allocation of jurisdiction in the regulation is that it should provide an exhaustive set of rules determining the jurisdiction of the courts of the Member States to rule on any succession matter falling within the relevant scope of application, without leaving any room for the application of domestic rules of jurisdiction. With this comes the inherent advantage of pursuing a greater extent of uniformity. This objective is accomplished also through the rules of art. 10 of the regulation, which dictates additional connecting factors.

When the decedent’s residence cannot be located in any Member State at the time of his or her death, art. 10 of Brussels IV applies.⁸⁹ Such provision introduces three subsidiary factors to be considered.⁹⁰ The first factor is the nationality of the decedent which must be that of a Member State.⁹¹ When the factual elements of nationality are not met, the courts must refer to the previous habitual residence of the decedent, provided that it was in a Member State and that five years have not elapsed since the decedent changed

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Art. 4 states that: “The courts of the Member State in which the decedent had his habitual residence at the time of death shall have jurisdiction to rule on the succession as a whole.”

⁸⁵ Defined as “center of the decedent’s life”. Haris P. Pamboukis, *supra* note 54, 119.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Haris P. Pamboukis, *supra* note 54, 119.

⁸⁷ Defined as “center of his life”.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ George Panopoulos, in H. Pamboukis (ed.), 145.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Id.*, 146.

residence to a non-Member State.⁹² Finally, if the jurisdiction cannot be determined neither through the decedent's nationality, nor through the previous habitual residence, the jurisdiction must be found by identifying a single or proportionally insignificant part of the decedent's property in a Member State.⁹³ Thus, there is a hierarchical interrelation among the factors recited in art. 10.⁹⁴

The subsidiarity of art. 10 however is related to Member States only.⁹⁵ Therefore, the fact that a third state court recognizes its competency to rule on the succession of a decedent who had his last habitual residence in that state, does not preclude a member State from establishing jurisdiction over the same dispute by virtue of Art. 10.⁹⁶

In any case, art. 10 does not solve conflicts related to the application of the three factors.⁹⁷ Therefore, the following hypothetical situation does not find its discipline under Brussel IV: whenever both a third state court where the decedent had his habitual residence recognizes its jurisdiction over a dispute and at the same time also a Member State established its jurisdiction according to art 10.⁹⁸

B. The Choice of Law

The principal choice of law provisions of the regulation 650/2012 is art. 23⁹⁹ according to which the applicable law shall govern the entire estate, effectively eliminating any distinction between real property and other kind of of property.¹⁰⁰

1. The "Last Habitual Residence" Factor¹⁰¹

In terms of what law will apply, according to Article 21(1) "the law applicable to the succession as a whole shall be the law of the State in which the deceased had his habitual residence at the time of death."¹⁰² European countries have developed different connecting factors with reference to their international private law. Brussels IV introduced a uniform rule: the law of

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Id.*, 147.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Id.*, 146. For example, if the decedent was a Greek national and his last residence was located outside of the European Union and he owned assets in both Greece and Italy, the jurisdiction of Italian courts may not be established under art, 10 (2) or art. 10 (1) (b), since Greek courts have jurisdiction pursuant to art 10(1)(a).

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Id.*, 151. Therefore, the second paragraph of art. 10 provides for jurisdictional powers only to a limited extent, as opposed to the jurisdiction of the first paragraph which is general.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ "The law determined pursuant to Article 21 or Article 22 shall govern the succession as a whole."

¹⁰⁰ Garb and Wood, *supra* note 9, 3.

¹⁰¹ The European legislator confers international jurisdiction to the courts of the Member State in which the decedent had his last habitual residence. Alfonso-Louis Calvo Caravaca in Caravaca et al (ed.), *The EU Succession Regulation, A Commentary*, 127.

¹⁰² This in the absence of a choice of law.

the decedent's place of "habitual residence" at the time of death shall govern.¹⁰³ This is a key term used by the EU legislator to establish, under certain conditions, both the applicable law as well as the competent jurisdiction of the Member State of succession.¹⁰⁴ As such, it can only have an autonomous and uniform interpretation throughout the EU¹⁰⁵ having regard to the context of the provisions and the goals of this specific regulation.¹⁰⁶

While this rule seems to simplify matters, there are two issues in applying it.¹⁰⁷ First, the term "habitual residence" isn't a defined term in the regulation, but the recitals provide guidance on how it should be construed.¹⁰⁸ The preamble states: "In order to determine the habitual residence, the authority dealing with the succession should make an overall assessment of the circumstances of the life of the decedent during the years preceding his death and at the time of his death, taking into account of all relevant factual elements, in particular the duration and regularity of the decedent's presence in the State concerned and the conditions and reasons for that presence." The habitual residence so determined should reveal a close and stable connection with the State concerned, considering the specific aims of this Regulation." Notwithstanding such guidance, the preamble to the regulation also states that determining a decedent's habitual residence "may prove complex."

Furthermore, the Regulation doesn't require a minimum amount of time needed in order to validly establish a "habitual residence".¹⁰⁹ Considering how easily a European citizen can establish his residence in any of the EU countries, this significantly amplifies the possibilities available to the deceased person to subject his succession to various applicable laws starting from August 17th, 2017. Further clarity may be found in the European Court of Justice case that defines the "habitual residence" as situated in the place where a person has established his interests not to be confused with a mere temporary and occasional presence as, in principle, it should have a certain length and express a sense of stability.¹¹⁰ Personal and familiar ties should prevail over a person's professional connections to a place.¹¹¹ However, the importance of the place where a person engages in a profession may vary

¹⁰³ Garb and Wood, *supra* note 9, 3.

¹⁰⁴ *Supra* note 1, 11.

¹⁰⁵ *Ibid.*, the interpretation is not left to the single Member States.

¹⁰⁶ See *supra* note 50, 9. This concept finds its roots in the international legal community: it's often found in the Hague Conventions of private international law (see Article 3(2) of the 1989 Hague Convention), and it's also used by the majority of the private international law EU sources of law on both commercial and family law matters.

¹⁰⁷ *Supra* note 1, 11.

¹⁰⁸ *Ibid.*; See also, Garb and Wood, *supra* note 9, 3.

¹⁰⁹ *Supra* note 1, 12.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ See *supra* note 91.

depending on how central that profession is to the individual.¹¹² Though the preamble provides examples, it provides no answers or bright line rules.¹¹³

2. The Test of Close Connection¹¹⁴

Another issue in applying the factor of “habitual residence” is that the primary test can be displaced in exceptional cases.¹¹⁵ The law of a different jurisdiction may apply if “it is clear from all the circumstances of the case that, at the time of death, the deceased was manifestly more closely connected with a State” other than that of the habitual residence.” There’s no clear rule on what constitutes a situation in which this exception would be implemented.¹¹⁶ Thus, there’s a general rule that’s not entirely clear and an exception that’s not entirely clear¹¹⁷, and uncertainty as to what law will apply that can make structuring an estate plan extremely difficult for individuals who may be borderline cases.¹¹⁸

This exception is seen by authoritative authors as something that should be interpreted in strict terms, and certainly not to avoid the application of “forced heirship” rules that would otherwise come into play based on the laws of the decedent’s last habitual residence.¹¹⁹

3. The Choice of the Decedent

Courts can apply the exception of the closer connection on their own, unless there is a specific choice of law made by the decedent pursuant to Article 22.¹²⁰ Under Article 22 of the Regulation, “[a] person may choose, as the law governing his succession as a whole, the law of the State whose nationality he possesses at the time of making the choice or at the time

¹¹² *Supra* note 1, 12.

¹¹³ *Ibid.* There is no hierarchy among the factors indicated by recital 23 of the Succession Regulation. However, in a globalized world mobility can give rise to a divergence between family home and place of business. In this case there is no doubt that the location of the family home is predominant for determining the habitual residence of a person having his place of business or employment elsewhere. In determining the location of the family home, it is critical to consider where there are children and their place of education. The qualitative predominance of the family is a principle confirmed by recital 24 of the Succession regulation.

¹¹⁴ This exception clause has the advantage to provide an answer to the criticism expressed in the private international law theory of the United States about the mechanistic conflict of laws rules, by bringing flexibility and by better transposing the private international law theory of proximity. The disadvantage is the relative uncertainty caused with respect to the predictability of the solutions chosen, particularly by the decedent. Haris P. Pamboukis, *supra* note 54, 208.

¹¹⁵ Garb and Wood, *supra* note 9.

¹¹⁶ Recital 25 explains that “where, for instance, the decedent had moved to the State of his habitual residence fairly recently before his death and all the circumstances of the case indicated that he or she was manifestly more closely connected with another State, the law applicable to the succession should not be the law of the State of the habitual residence of the decedent but rather the law of the State with which the deceased was manifestly more closely connected.”

¹¹⁷ *Supra* note 1,13.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ This exception can only be accomplished by relying on the “order public” principles mentioned by Article 35 of the Regulation..

¹²⁰ Alfonso-Louis Calvo, *supra* note 93, 321.

of death.”¹²¹ While the Regulation may create a new default rule that has some uncertainties¹²², it allows any individual with property in one of the 25 Member States to proactively select the law of his citizenship, which should be valid even if the chosen law does not provide for a choice of law in matters of succession¹²³, thus greatly extending the possibilities offered to the testator.

If, for some reason, the individual wishes to revoke his choice of law that was properly made, he must do so through the appropriate steps according to art. 22(4)”.¹²⁴ Therefore, in the absence of an election regarding the choice of law, under the regulation or consequently to a revocation¹²⁵, the default rule remains the law of the jurisdiction of habitual residence.¹²⁶ Such law would be applied by a Member State also to determine the validity of the testamentary instrument.¹²⁷ However, the timing is different.¹²⁸ Indeed, the succession law that governs the administration of the estate would be determined by the habitual residence at the time of the person’s death, while the law regarding the validity of the document would be based on the place where the person was habitually residing at the time the document was executed.¹²⁹ That is true unless the decedent chose another state law.¹³⁰

V. The Renvoi

The regulation no. 650/2012 implicitly does not adopt the doctrine of *renvoi*.¹³¹ The concept of *renvoi* is an aspect of private international law that can create further complexity in determining what law will apply.¹³² The underlying issue of *renvoi* is whether one jurisdiction will accept another

¹²¹ *Supra* note 1, 15.

¹²² *Ibid*; Indeed, it does not have to be a Brussels IV Member State.

¹²³ Recital 40 of Brussels IV specifies that: “It should however be for the chosen law to determine the substantive validity of the act of making the choice”; that is to say, whether the person making the choice may be considered to have understood and consented to what he was doing. The same should apply to the act of modifying or revoking a choice of law.”

¹²⁴ *Supra* note 1, 15. Thus, a revocation of the will or a codicil amending the specific election would effectively revoke the choice of law previously elected.

¹²⁵ The regulation does not address the problems potentially raised by a revocation that occurs by operation of law, devised especially under common law systems, which consider events like a marriage, divorce, birth or adoption of children, to be the cause of a revocation. Consequently, if the testator does not replace such dispositions his succession will be subject to intestacy rules. The problem arises if also the choice of law dispositions should be deemed without effect. A correct interpretation of the regulation should, however, suggest to give this problem a negative reply.

¹²⁶ *Supra* note 1, 15.

¹²⁷ *Ibid*.

¹²⁸ *Ibid*.

¹²⁹ Art 24 (2) of the regulation recites that “Notwithstanding paragraph 1, a person may choose as the law to govern his disposition of property upon death, as regards its admissibility and substantive validity, the law which that person could have chosen in accordance with Article 22 on the conditions set out therein.”

¹³⁰ *Ibid*.

¹³¹ Garb and Wood, *supra* note 9, 4.

¹³² *Supra* note 1, 22.

jurisdiction's law calling for another law to apply.¹³³ This confusion can be avoided as a result of the regulation to the benefit of the individual making an election. Under the terms of the Regulation, no *renvoi* would apply if an individual made an election for a certain law to apply.¹³⁴

Even if the operation of *renvoi* is further restricted by Article 34¹³⁵ of the regulation it is not totally abolished.¹³⁶ Indeed, in the absence of an election, Member States will accept *renvoi* from any non-Member States.¹³⁷

VI. Implementation Hurdles: The Public Policy Exception

One issue that may concern planners is whether the election will have the desired effect in practice or, in other words, whether each of the 25 Member States will implement another country's law identified by an election or the decedent's habitual residence in the absence of an election.¹³⁸ Article 35 of the regulation may provide a method for a Member State not to apply the default regulatory standard "only if such application is manifestly incompatible with the public policy (*ordre public*) of the forum."¹³⁹ For instance, relevant case law in the Italian courts illustrates how public policy concerns come into play when the applicable foreign law does not establish any forced heirship rule and reaches the conclusion that in such case the foreign law is not be against public policy. However, this "public policy exception" should be used in exceptional circumstances¹⁴⁰, and in accordance with the principles already established by European Court of Justice.¹⁴¹ Thus, the parameter to evaluate whether the concrete consequences arising from the application of foreign law is unacceptable is to determine whether such law is inconsistent

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Art. 22 of "Brussel IV".

¹³⁵ Art 34(1) of the regulation states that: "No *renvoi* shall apply with respect to the laws referred to in Article 21(2), Article 22, Article 27, point (b) of Article 28 and Article 30."

¹³⁶ Garb and Wood, *supra* note 9, 4.

¹³⁷ *Ibid.* The *renvoi* would include the rules of private international law of the non-Brussels IV State, so far as those rules include a *renvoi* to the law of a Brussels IV State or to the law of another non-Brussels IV State.

¹³⁸ Especially perhaps the law of a non-Member State.

¹³⁹ *Supra* note 1, 30; See also, Jennifer Bost, *Comment: Nothing Certain about Death and Taxes (and Inheritance): European Union Regulation of Cross-Border Successions*, 27 Emory Int'l L. Rev., 1164 (2013).

¹⁴⁰ Recital 58 of Brussels IV states that: "the courts or other competent authorities should not be able to apply the public-policy exception in order to set aside the law of another State or to refuse to recognize or, as the case may be, accept or enforce a decision, an authentic instrument or a court settlement from another Member State when doing so would be contrary to the Charter of Fundamental Rights of the European Union, and in particular Article 21 thereof, which prohibits all forms of discrimination."

¹⁴¹ Dieter Krombach v André Bamberski, C-7/98, ECR I-1935, 37 (2000) "[...] the infringement would have to constitute a manifest breach of a rule of law regarded as essential in the legal order of the State in which enforcement is sought or of a right recognized as being fundamental within that legal order."; Renault, C-38/98, ECR I-2973, 30 (2000); Gambazzi, C-394/07, ECR I-2563, 27 (2009).

with to the principles of the *forum* state, but including the EU principles, most notably the fundamental rights¹⁴² or if the application of the foreign law constitutes an evasion of the law of the jurisdiction.¹⁴³

VII. Effect of the Regulation on Cross-Border Estate Planning

One of the objectives of the Cross-Border Succession Regulation is "to allow citizens to efficiently plan and to organize their succession in advance in a cross border context." Cross-border successions present unique difficulties and problems for testators, beneficiaries, and administrators.¹⁴⁴

As mentioned above, the regulation only has an impact on various components of succession law. It does not touch upon taxation, trusts, marital rights, and many other important issues. Thus, the Regulation does not make cross-border planning easy, but increases the ability to avoid mistakes.¹⁴⁵

A. The Competent Court and the "Last Habitual Residence Factor"

In order for the courts of the Member States to be competent there must be sufficient connection between the dispute and the EU Member State's court.¹⁴⁶

An example clarifies how the conflict of jurisdiction provision would operate.¹⁴⁷ Suppose a U.S. citizen was habitually resident in Florida at the time of his death, but two years before the court's procedure started, his habitual residence was in Italy, where he still owns an apartment. In this case case competency is determined by article 20, which establishes that the the Italian court has a general jurisdiction over his succession as a whole.¹⁴⁸ The court will apply Florida law to the U.S. citizen's mobile assets and to his immovable assets located in Florida; while Italian law will apply to the succession of the apartment located in Italy, because Florida law makes a

¹⁴² As of December 1, 2009, with the entry into force of the Treaty of Lisbon, the Charter of Fundamental rights became legally binding on the EU institutions and on the national governments, just like the EU Treaties themselves.

¹⁴³ Recital 26 of the regulation states that: "[n]othing in this Regulation should prevent a court from applying mechanisms designed to tackle the evasion of the law, such as *fraude à la loi* in the context of private international law."

¹⁴⁴ These problems include: (1) determining which member state's judicial system has legal competency to handle a particular cross-border succession; (2) resolving conflict of laws issues; (3) limited freedom of choice of law for testators; (4) restricted recognition and enforcement of judgments, non-contentious decisions, and notarial deeds; and (5) being recognized as an heir or administrator of an estate with assets and heirs located in multiple countries.

¹⁴⁵ *Supra* note 1, 9.

¹⁴⁶ Alfonso-Louis Calvo, *supra* note 93, 131.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ *Id.*, 14. On the contrary a dispute regarding the succession of a person who died in Italy and who had Italian nationality, but habitually resided in France, cannot be filed before the Italian judge. See Alfonso-Louis Calvo, *supra* note 93, 133.

renvoi to the law of the place where the property is located, Italy, and this *renvoi* must be accepted pursuant to Article 34(1)(a).

B. The Test of Close Connection

Another example clarifies how the choice of law rule under Brussels IV would apply in a case involving an international client.¹⁴⁹

While vacationing in Italy, a U.S. citizen has a serious car accident.¹⁵⁰ The nature and extent of the injuries suffered because of this accident force him to be hospitalized in an Italian health care facility, against his will, for about six months.¹⁵¹ During that time, and not knowing how his recovery will progress, his wife decides to temporarily move to Italy with the couple's minor child in order to be able to better assist him.¹⁵² The wife rents a small apartment, opens an Italian bank account where she deposits a substantial amount of money needed to cover the husband's medical expenses as well as her family's ordinary needs, and enrolls the child into a local preschool.¹⁵³ She does not sell the family's main residence located in California as she hopes to be able to return to the United States as soon as possible.¹⁵⁴ As a consequence of ongoing and concurring major health issues, the husband suddenly dies in Italy. He dies intestate leaving real and personal property both situated in California.¹⁵⁵

In this case, an Italian court might decide that even though the decedent's "habitual residence" is in Italy, pursuant to the terms of Article 23(1) of the Succession Regulation, the husband is "more closely connected" to California law using the exception of Article 23(2).¹⁵⁶

Thus, the application of the connection test may change only the applicable law as to the governing standards, not the competent court, now California: this may easily lead to situations where EU courts apply the laws of a third country.¹⁵⁷

C. The Choice of the Decedent

Choice of law provisions give a U.S. citizen, including dual citizens, who would otherwise be potentially exposed to forced heirship rules, constitute an additional flexibility created through Brussels IV. Art. 22 provides the ability to effectively reclaim the common law freedom of testation by making this election.¹⁵⁸

¹⁴⁹ *Supra* note 1, 14.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Id.*, 15. At the same time, international estate planners should be very sensitive to the implications connected to the fact that their client has (or might have) more than one citizenship. For example, in

Timing is of essence for making the election, both in terms of what law will apply and the effectiveness of the election.¹⁵⁹ A U.S. jurisdiction's law may be chosen if the person making the election is a U.S. citizen at the time of the election or at the time of death.¹⁶⁰ It would be relevant for those considering expatriation to a jurisdiction that has less testamentary freedom.¹⁶¹ Likewise, an individual who is in the process or plans to obtain the U.S. citizenship may still make the election to have U.S. law apply prior to becoming a citizen, provided that the person ultimately dies a U.S. citizen.¹⁶²

The regulation requires that an individual seeking to avail himself of the new ability to select the law of one's nationality must do so "in a declaration in the form of a disposition of property upon death [...]".¹⁶³ For a U.S. citizen, this would be his last will, provided that it's valid in the designated U.S. jurisdiction.¹⁶⁴ In making the election, the testator should state that the chosen law applies to the disposition of property and administration of the estate. In addition, the testator must follow the validity and admissibility of the last will and testament dictated by the chosen law.¹⁶⁵

There are some issues that must be considered in applying this election.¹⁶⁶ One question, of particular concern for United States citizens, is what law would apply if the election was made.¹⁶⁷ Article 22 recites that a person can choose the law of "the country whose nationality he possesses[...]".¹⁶⁸ This

this regards Italy relies on the Italian law of February 5, 1992 no. 91, effective as of August 16, 1992 (as implemented by the Presidential Decree of October 12, 1993 no. 572) whose article 13, letter d), includes a little-known provision that defines the conditions under which it is possible to automatically re-establish a previously lost Italian citizenship solely based on the continuous legal residence in Italy for more than one year.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ *Ibid.* For those who are U.S. citizens for life, this timing requirement is of little concern.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² As this provision of the regulation was not effective until August 17, 2015, no effect will be given to the election for those who die prior to that date. Individuals may have validly made the election prior to August 17, 2015- provided that it complies either with the provisions of the Regulation or in application of the rules of private international law which were in force at the time when the choice was made in the of state his habitual residence or the state(s) whose nationality he possessed - and it will be valid if the individual survived until August 17, 2015.

¹⁶³ Art. 24(2) of Brussels IV.

¹⁶⁴ *Supra* note 1, 16.

¹⁶⁵ Choice of law applies also to the validity of the instrument chosen. *See* recital no. 50 of Brussels IV.

¹⁶⁶ *Supra* note 1, 20.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Art. 22 of the Succession Regulation states that:

"1. A person may choose as the law to govern his succession as a whole the law of the State whose nationality he possesses at the time of making the choice or at the time of death.
A person possessing multiple nationalities may choose the law of any of the States whose nationality he possesses at the time of making the choice or at the time of death.
2. The choice shall be made expressly in a declaration in the form of a disposition of property upon death or shall be demonstrated by the terms of such a disposition.
3. The substantive validity of the act whereby the choice of law was made shall be governed by the chosen law.

provision presumes that the country has a single law of succession.¹⁶⁹ However, the United States has no national law of succession as each U.S. state has its own set of laws.¹⁷⁰ So the question becomes which U.S. state's law would apply.¹⁷¹ The regulation provides that art. 36 applies.

In most situations the conflict-of-law rules designate the domicile as determining factor, however there isn't any national law on point. Thus, there is a tenuous argument to be made that domicile would be the appropriate determination of what U.S. state's law should apply. The prevailing argument is to the contrary that the United States do not have conflict-of-laws provisions for purposes of Brussels IV.

The regulation provides that in cases in which a country doesn't have internal conflict-of-laws rules, the individual's nationality is the determinative factor, the law of the territorial unit where the decedent had "the closest connection" will apply, which will likely often be the same place as the domicile. For example, prior to the regulation coming into force, the law of a Member State could call for a U.S. state's law to apply to an estate of a person domiciled in the Member State.¹⁷² Thus, the U.S. state's law would call for the law of the Member State to apply as the decedent was domiciled there.¹⁷³

D. The Renvoi

In the absence of an election, if the U.S. jurisdiction's conflict of law applied a Member State's law to real property located in that Member State, that European jurisdiction would accept the *renvoi* and apply its own succession law.¹⁷⁴ Thus, for those habitually residing in the United States holding real property in a Member State, relying on the new Brussel IV rule wouldn't remove the property from potential forced heirship rules.¹⁷⁵

The following example illustrates how powerful the new tool can be.¹⁷⁶ Mark is a U.S. citizen residing in Arizona who teaches English literature at a college level.¹⁷⁷ In 2010, Mark accepts a non-tenure position with a University in Italy, and decides to relocate there with the intention to eventually return to Arizona, where he spends every Christmas.¹⁷⁸ In Italy,

4. Any modification or revocation of the choice of law shall meet the requirements as to form for the modification or revocation of a disposition of property upon death."

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² Generally, U.S. succession law for all but real property is based on the decedent's domicile.

¹⁷³ A U.S. individual domiciled outside of the United States who makes an election for a U.S. state's law to apply would do so even if that state's conflict-of-law rules would have applied the law of the person's domicile.

¹⁷⁴ *Supra* note 1, 22.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ *Id.*, 28.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ *Ibid.*

he meets Alessandra, an Italian citizen, whom he marries in Italy in 2011.¹⁷⁹ The couple, married in a separate property regime, had an only child, Lavinia, a dual Italian-American citizen.¹⁸⁰

Shortly after the marriage Mark buys an apartment in Italy using his own separate funds.¹⁸¹ The apartment is titled in Mark's name only as his sole and separate property.¹⁸² In December 2012, while in Arizona for Christmas as usual, Mark executes legal documents that establish an Arizona living trust and a pour-over Arizona will.¹⁸³ He appoints his sister and his brother-in-law (both U.S. citizens residing in Arizona) as the co-trustees.¹⁸⁴ While his trust documents have a provision that clearly elects Arizona law as the sole applicable law, his Arizona will doesn't.¹⁸⁵ Mark's intention is to register his trust in Italy and eventually transfer the apartment's title into the trust.¹⁸⁶ However, this never gets accomplished for various reasons. In the spring of 2015 Mark, who uses a motorcycle for his commute to fight the Italian traffic, has a very serious accident.¹⁸⁷ In the event that Mark recovers and takes care of his estate planning needs there are two possible scenarios, depending on whether Mark demise occurs before or after the entry into force of Brussels IV.¹⁸⁸

1. Before "Brussels IV"

In the event that Mark died before August 17, 2015, his Arizona will, though valid, would not have specified the applicable law.¹⁸⁹ Assuming that one could interpret Mark's Arizona will as tacitly selecting Arizona law as the applicable law to his succession, questions would have arisen over the

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ *Ibid.*; According to the transitional provisions of art. 83 of Brussels IV:

“1. This Regulation shall apply to the succession of persons who die on or after 17 August 2015.

2. Where the decedent chose the law applicable to his succession prior to 17 August 2015, that choice shall be valid if it meets the conditions laid down in Chapter III or if it is valid in application of the rules of private international law which were in force, at the time the choice was made, in the State in which the decedent had his habitual residence or in any of the States whose nationality he possessed.

3. A disposition of property upon death made prior to 17 August 2015 shall be admissible and valid in substantive terms and as regards form if it meets the conditions laid down in Chapter III or if it is admissible and valid in substantive terms and with regard to the form in application of the rules of private international law which were in force, at the time the disposition was made, in the State in which the decedent had his habitual residence or in any of the States whose nationality he possessed or in the Member State of the authority dealing with the succession.

4. If a disposition of property upon death was made prior to August 17th, 2015 in accordance with the law which the deceased could have chosen in accordance with this Regulation, that law shall be deemed to have been chosen as the law applicable to the succession.”

¹⁸⁹ *Ibid.*

validity of such “tacit election”.¹⁹⁰ From the Italian law perspective, and particularly under Article 46(2), of the Private International Law no. 218/95, a choice of law is no longer valid if, at the time of his death, the testator lived in a different state than the one selected to govern his succession.¹⁹¹ The default criterion of the national law of the deceased would lead to the application of the U.S. jurisdiction’s laws, including its conflict- of-law provisions, that imply the application of the law of the decedent’s domicile to all but the real property.¹⁹² Thus, Italian laws would control the distribution of Mark’s main asset, the apartment located in Italy, according to the forced heirship rules.¹⁹³

2. After “Brussels IV”

If instead the regulation was in effect at the time of Mark’s demise, he would be considered an “habitual resident” of Italy, according to the first default factor of “last habitual residence”. If his will were interpreted as not having a clear election of Arizona law as the applicable law, then Italian law would apply to his succession as a whole, including his assets located outside the territory of Italy. Whereas, if his will may now be interpreted as having a “tacit choice of law” electing Arizona law as the sole applicable law, pursuant to Article 34(2), *renvoi* to Italian laws would not apply.

In order to avoid a negative possibility, a U.S. citizen similarly situated should draft a provision in his Arizona will specifying a clear election of “Arizona substantive law, with no regard to its conflict of law rules” as the only applicable law suggested. Because he is a resident of Italy, the language of such choice of law provision should also make reference to article 22 of the Regulation (EU) 650/2012, to make it clear that he is fully aware of the legal implications of his choice.

VIII. The Public Policy Concern

In a standard case of a U.S. citizen, or any other nationality for that matter, claims of violating public policy or trying to evade a certain applicable law should be fairly limited in the case of an individual electing a choice of law since the choice is fairly limited under the terms of the regulation.

A testator can only choose the law of his nationality, not that of his place of residence, place of domicile or location of property. Nationality, as opposed to residence or location of property, is a fairly fixed factor. The ability to choose one law to govern all succession matters prevents a testator from actively trying to *forum* shop a certain set of succession laws.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ *Ibid.*; See *supra* note 43, 8.

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ *Ibid.*

In addition, even if a court in one of the Member States decided not to accept the election of a U.S. state's law by a U.S. citizen, the decedent would not be left in a worse a position than had the election not be made.

Thus, the court would then presumably apply the law of the decedent's habitual residence or the law that the forum country could have applied in the absence of the regulation.

Conclusion

In Europe a large part of the estate administration is based on unwritten rules and local custom implementing the rules that are written.¹⁹⁴ The EU remains over two dozen separate nations, each with its own legal system.¹⁹⁵ The implementation of the regulation is not an elimination of all of these systems, but a change to each of them.¹⁹⁶ Lawyers in Member States may now put the regulation into practice.¹⁹⁷

In the U.S. it will be determinative how jurisdictions will react in the event of a choice of law that designates U.S. common law as the applicable law.¹⁹⁸ While some U.S. jurisdictions may have mechanisms to refuse the imposition of foreign forced heirship rules on property, they may claim jurisdiction over such matter, through the ability to choose the law that governs.¹⁹⁹ Others recognize more traditional rules such as the law of domicile applying over all, but real property located outside of its jurisdiction. However, the new choice of law provisions that are very broad under the Regulation may go further than certain U.S. laws allow. How U.S. jurisdictions will adopt to the way this Regulation applies will take time and be a state specific law analysis.²⁰⁰ The real issues may arise in more technical areas, such as basis for fiduciary fees, or whether items are included on accountings or inventories, and how the property is included for purposes of determining a spousal elective share.²⁰¹

¹⁹⁴ Jennifer Bost, *supra* note 139, 1172-1174.

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ For example, New York's choice of law provisions EPTL § 3-5.1 does not apply to real property outside of its borders. However, in terms of choice of law issues, New York's conflict of law rules seem to include not only a jurisdiction's substantive law but its choice of law rules, which would include the Regulation.

²⁰¹ Jennifer Bost, *supra* note 139, 1174.

*Kevin H. Govern**

TRUTH, JUSTICE, AND RECONCILIATION IN THE WAKE OF CLERIC SEXUAL ABUSE IN AMERICA

It is essential that we, as a Church, be able to acknowledge and condemn, with sorrow and shame, the atrocities perpetrated by consecrated persons, clerics, and all those entrusted with the mission of watching over and caring for those most vulnerable. Let us beg forgiveness for our own sins and the sins of others.

-Pope Francis, 2018¹

Abstract

Recent revelations of Roman Catholic cleric² sexual abuse in America between the 1950's and 2000's have similar patterns to other offender groups regarding onset, career duration, and recidivism.³ As a source of future abuser-perpetrators, "previously abused clerics as well as clerics who exhibited an early onset of abuse were more likely to accumulate police investigations."⁴

Annotasiya

Amerikadakı 1950-2000 illəri arasında Roma Katolik ruhanilərinin cinsi istismarı ilə bağlı son açıqlamalar cinayət başlama, karyera müddəti və residivizmlə əlaqədar digər cinayətkar qruplara bənzər nümunələrə malikdir. Gələcək sui-istifadə edənlərin mənbəyi olaraq "əvvəlcədən sui-istifadə edən din adamları, habelə sui-istifadənin erkən başlanğıcını nümayiş etdirən ruhanilər polis araşdırmalarını daha çox toplamışdılar."

Contents

Introduction	217
I. A History of Cleric Sexual Abuse – 1950's Through 2000's.....	217
II. Contemporary Criminal Prosecutions of Cleric Sexual Abuse.....	220
III. Prosecuting The Church as a Racketeer Influenced and Corrupt Organization?	225

* Marquette University Law School, J.D. (1987). The Judge Advocate General's School, U.S. Army, LL.M (1995). University of Notre Dame School of Law, LL.M on International and Comparative Law (2014). Professor of Law, Ave Maria School of Law (2007 – present).

¹ Pope Francis Condemns Child Sex Abuse and Church Cover-Ups (2018), <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-45249109> (last visited 26 Jul. 2019)

² "Cleric", Catholic Encyclopedia, <http://www.newadvent.org/cathen/04049b.htm>, (last visited 26 Jul. 2019).

³ Alex Piquero, Uncollaring the Criminal – Understanding Criminal Careers of Criminal Clerics, 35 Criminal Justice and Behavior 583, 583 (2008). Available at: https://www.researchgate.net/publication/240281552_Uncollaring_the_CriminalUnderstanding_Criminal_Careers_of_Criminal_Clerics

⁴ *Id.*, 583.

IV. Restorative Justice as Future Component of Remediating Cleric Sexual Abuse.....	229
Conclusion	231

Introduction

This article will first outline a history of the systemic problems of Roman Catholic cleric sexual abuse from 1950 through contemporary times in the U.S. Stemming from the revelations of, and investigations regarding such abuses, the article then surveys some of the most notable past and ongoing civil and criminal prosecutions of Roman Catholic sexual abuse cases. Following that, contemporary theories of criminal liability will be examined as an alternative to – rather than an adjunct with – civil tort lawsuits given their inadequacy to deter future abuse. In particular, the challenges and opportunities will be reviewed to using state and federal Racketeer Influenced and Corrupt Organizations (RICO) Act⁵ prosecutions for extended criminal penalties and a civil cause of action for acts performed by both clerics and Church decision-makers acting as part of an ongoing criminal organization. Finally, as an element of restorative justice, focusing on the rehabilitation of offenders through reconciliation with victims and the community at large, this article will suggest how forums for listening and sharing, through stories and prayer, will allow dioceses to support healing and reconciliation in the light of the Gospel, yet concurrent with and as an adjunct to legal proceedings.⁶

I. A History of Cleric Sexual Abuse – 1950’s Through 2000’s

Clergy sexual abuse has been “well documented from the earliest years of the Catholic Church [but] the present era is unique.”⁷ It would well exceed the scope of this article to trace the civil and canonical approaches to clergy sexual abuse prior to the 20th Century, let alone outside the U.S. The preeminent international leader in educating for justice, John Jay College of Criminal Justice, conducted the landmark studies on cleric sexual abuse at the request of the U.S. Conference of Catholic Bishops (USCCB) National Review Board under the 2002 Charter for the Protection of Children and Young People.

⁵ 18 U.S.C. §§ 1961–1968 (1990), <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-I/chapter-96>

⁶ *See, e.g.*, Truth and Reconciliation Commission, Roman Catholic Diocese of Saskatoon, <https://rcdos.ca/office-social-justice/truth-and-reconciliation-commission> (2018), (last visited 26 Jul. 2019).

⁷ Rev. Thomas Doyle, A Very Short History Of Clergy Sexual Abuse in the Catholic Church (2018), <https://www.crusadeagainstclergyabuse.com/htm/AShortHistory.htm> (last visited 26 Jul. 2019).

The 2004 John Jay report entitled *The Nature and Scope of Sexual Abuse of Minors By Catholic Priests and Deacons in the United States 1950-2002*⁸ was followed by a 2011 report on *The Causes and Context of Sexual Abuse of Minors by Catholic Priests in the United States, 1950-2010*,⁹ and two additional supplementary reports.¹⁰

The 2004 Report indicated that some 10,667 allegations had been made against 4,392 priests in the U.S., and that 17.2% of the victims had siblings who were also allegedly abused.¹¹ This number constituted approximately 4% of the 110,000 priests who had served during the period covered by the survey (1950–2002), but the John Jay researchers conceded “the percentage of all priests with allegations of sexual abuse is difficult to derive because there is no definitive number of priests who were active between the years of 1950 and 2002.”¹² The report found that, over the 52-year period covered by the study, “the problem was indeed widespread and affected more than 95 percent of the dioceses and approximately 60 percent of religious communities.”¹³ While it is impossible to know the total numbers of sexual offenses in the studied period, the incidence of reported offenses “follow[ed] a regular curve, rising steadily from 1950 to its height in the mid-1970s and then steadily decreases until the end of the study period.”¹⁴

While the 2004 Report delved deeply into offense characteristics of victim demographics, the specific acts committed and loci of the crimes committed, 2011 Report noted there was no single “cause of sexual abuse of minors by Catholic priests was identified as a result of their research”:

[C]ultural changes in the 1960s and 1970s manifested in increased levels of deviant behavior in the general society and also among priests of the Catholic Church in the United States. Organizational, psychological, and situational factors contributed to the vulnerability of individual priests in this period of normative change [with an ...] increase in incidence until the late 1970s and the sharp decline by 1985. Although no specific institutional cause for the increase in incidence was found, factors specific to the Catholic Church contributed to the decline in the mid-1980s. Analyses of the development and influence of seminary education throughout the historical period is consistent with the continued suppression of abuse behavior in the twenty-first century. The priests who engaged in abuse of minors were not

⁸ John Jay College of Criminal Justice, *The Nature and Scope of Sexual Abuse of Minors By Catholic Priests and Deacons in the United States 1950-2000*, Report (2004).

⁹ John Jay College of Criminal Justice, *The Causes and Context of Sexual Abuse of Minors By Catholic Priests and Deacons in the United States 1950-2000*, 2011 (2011 Report).

¹⁰ *See, e.g.*, John Jay College of Criminal Justice, *Nature and Scope Study, Supplementary Report* (2006), and *see also* John Jay College of Criminal Justice, *Child Sexual Abuse: A Review of the Literature* (2004).

¹¹ *Supra* note 10, 4.

¹² *Id.*, 4.

¹³ *Id.*, 27.

¹⁴ *Id.*, 88.

found, on the basis of their developmental histories or their psychological characteristics, to be statistically distinguishable from other priests who did not have allegations of sexual abuse against minors.¹⁵

The inherent limitations of both reports, however was a focus on sexual abuse of minors, and not that of seminarians or the response of seminary leaders,¹⁶ and some critics have found fault with the studies' omissions and methodologies. For instance, Judith Reisman, Professor at Liberty University, and colleague co-authors Mary MacAlister, Cynthia Dunbar, and Alisa Jordheim, critiqued the John Jay studies; they concluded that five socio-historical phenomena were either ignored or glossed over by the drafters, each of which contributed to the creation of "an environment in which mass child sexual abuse could occur and flourish in the Church as in society at large" and was "critical to understanding "the causes and consequences of the global child sexual abuse pandemic of which priest abuse is but one component."¹⁷ Distinguishing between distinction between the expertise of criminologists who wrote the John Jay studies and psychologists, Dr. Richard Fitzgibbons and Dale O'Leary opined that

*Competent mental-health professionals should offer a second opinion about the causes of the crisis in regard to the psychological conflicts in the priests. Also, priests and seminarians with deep-seated homosexual tendencies have a serious responsibility to pursue appropriate treatment and spiritual direction in order to protect adolescent males, in particular, and the Church from further damage.*¹⁸

Having existed in the shadows of religious life and practices, light is being cast upon a "culture of predation" after recent revelations that ex-cardinal Theodore McCarrick "reportedly sexually preyed upon seminarians and young priests for decades without any impediment."¹⁹ Another key dynamic is understanding the "connection between priests who abuse minors and priests who are sexually active with adults."²⁰ Church analysts and seminarians interviewed by the National Catholic Register suggest that

¹⁵ *Supra* note 11, 2.

¹⁶ *See, e.g.*, Rev. Thomas Berg, Want to Address Priest Sexual Abuse? The Catholic Church Needs to Overhaul Its Seminaries (2018), <https://www.washingtonpost.com/religion/2018/10/18/want-address-priest-sex-abuse-catholic-church-needs-overhaul-its-seminaries/> (last visited 26 Jul. 2019).

¹⁷ Judith A. Reisman, Mary E. McAlister, Cynthia Dunbar and Alisa Jordheim, Dr. Kinsey, The Present Crisis in The Church, 38 (2018). Available at: http://www.drjudithreisman.com/archives/Inside_The_Vatican_2018-12.pdf

¹⁸ Richard Fitzgibbons and Dale O'Leary, Sexual Abuse of Minors by Catholic Clergy, The Linacre Quarterly, August 1, 2011, <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1179/002436311803888276>.

¹⁹ Peter J. Smith, How a 'Culture of Predation' Puts Seminarians at Risk for Abuse (2018), <http://www.ncregister.com/daily-news/how-a-culture-of-predation-puts-seminarians-at-risk-for-abuse> (last visited 26 Jul. 2019).

²⁰ Rev. Thomas Berg, The Problem Of Sexually Active Priests (2018), <https://www.firstthings.com/web-exclusives/2018/07/the-problem-of-sexually-active-priests> (last visited 26 Jul. 2019).

double lives among the clergy and failures in celibacy formation are among key factors that make priests-to-be vulnerable, and that the focus on “child sexual abuse” may underplay the seriousness of the moral and legal crimes of sexual abuse of adults, and even more fundamentally evidence a “focus ... on the vulnerability of the adult rather than the status and actions of the abusive cleric” and the “power dynamics ... crucial to understanding this.”²¹ Criminology researchers Alex Piquero, Nicole Piquero, Karen Terry and Tasha Youstin attempted to categorize the criminal careers of criminal clerics, and concluded that

*[S]ome of the clerics’ criminal career parameters evince similar patterns to those from other offender samples, there are important differences with respect to onset, career duration, and recidivism. In addition, previously abused clerics as well as clerics who exhibited an early onset of abuse were more likely to accumulate police investigations, whereas married clerics were more likely than unmarried clerics to evince a higher number of police investigations.*²²

In summation, diverse expert and lay opinions exist regarding the circumstances of, and motivations for, clergy sexual abuse in general, but vulnerabilities and patterns of abuse which make prevention, detection, and remediation possible for lay-religious cooperation.

II. Contemporary Criminal Prosecutions of Cleric Sexual Abuse

While the scourge of cleric sexual abuse existed well before the late 20th Century,²³ one of the most notable, nationally publicized cases arose in 1985 when a pedophile Louisiana priest, Gilbert Gauthé, pleaded guilty to 11 counts of molestation of boys.²⁴ The plea was pursuant to Louisiana Statutes;²⁵ Gauthé had been indicted the previous October on 11 counts of aggravated crimes against nature, 11 counts of committing sexually immoral acts with minors, one count of aggravated rape (sodomizing a boy under the age of 12) and 11 counts of crimes of pornography involving juveniles.²⁶ Unfortunately, his career offender status had only just begun. He served less than 10 years in prison. At some point he was defrocked. There have been multiple civil suits and settlements involving Gauthé, including but not

²¹ *Ibid.*

²² Piquero, *supra* note 3, 597.

²³ *See, e.g.*, 2004 Report, *supra* note 10.

²⁴ Jon Nordheimer, Sex Charges Against Priest Embroil Louisiana Parents (1985), <https://www.nytimes.com/1985/06/20/us/sex-charges-against-priest-embroil-louisiana-parents.html> (last visited 26 Jul. 2019).

²⁵ *See, e.g.*, Louisiana Laws Revised Statutes, 14 Criminal Law (2018). Available at: <https://law.justia.com/codes/louisiana/2017/code-revisedstatutes/title-14/>

²⁶ Jason Berry, The Tragedy of Gilbert Gauthé (1985), http://www.bishop-accountability.org/news/1985_05_23_Berry_TheTragedy.htm (last visited 26 Jul. 2019).

limited to him pleading no contest in 1997 to abuse of a 3-year-old boy in TX and was sentenced to 7 years' probation. He was charged also in 1997 of raping a girl in LA 20 years previously. He spent two years in a Lafayette LA jail but was released when those charges were dropped. As of 2008, Gauthé was living near Houston, TX. He was arrested in April 2008 for failing to register as a sex offender and served two years in county jail. He was released in April 23, 2010.²⁷

Beyond the criminal indictment, the Lafayette Diocese and a number of insurance companies paid out-of-court settlements of at least \$4.2 million to nine families of Gauthé's victims in Vermilion Parish, and eleven known additional suits had claims approaching \$114 million.²⁸

Aside from Gauthé's notorious actions, and accompanying media attention, a considerable series of books and articles on cleric sexual abuse were published during the 1990's,²⁹ with interest and even greater grist for such writings continuing today. But it was only in early 2002 that "a moral panic surfaced, alleging widespread child and youth sexual abuse by priests"³⁰ especially in the wake of a series of Pulitzer award-winning Spotlight investigative reports published by the Boston Globe³¹ leading to "national and international reaction and produc[ing] changes in the Roman Catholic Church."³² The Boston Globe published results of an investigation that led to the criminal prosecutions of five Roman Catholic priests under Massachusetts criminal law, potentially only addressing the tip of a crisis iceberg inasmuch as Cardinal Bernard Law at the time said he "cannot estimate" how many priests had molested children.³³ The Boston Globe also discovered that "[u]nder an extraordinary cloak of secrecy, the Archdiocese of Boston in the last 10 years has quietly settled child molestation claims against at least 70 priests."³⁴ Another accused priest who was involved in the Spotlight scandal also pleaded guilty. As a relevant aside to the impact of this journalism, the 2015 biographical drama film *Spotlight* won the Academy Award for Best Picture, along with Best Original Screenplay, from six total nominations.³⁵ In its continuing investigative journalism, the Boston

²⁷ Assignment record – Rev. Gilbert J. Gauthé (2017),

http://www.bishopaccountability.org/assign/Gauthé_Gilbert_J.htm (last visited 26 Jul. 2019).

²⁸ Berry, *supra* note 28.

²⁹ See, e.g., Stephen Rosetti, *Slayer of the Soul: Child Sexual Abuse and the Catholic Church*, (1990); Mark Laaser & Nancy Hopkins, *Restoring the Soul of a Church*, (1995).

³⁰ Sexual and Other Abuse by Religious Leaders: A "perfect panic" (2018), http://www.religioustolerance.org/clergy_sex.htm (last visited 26 Jul. 2019).

³¹ The 2003 Pulitzer Prize Winner in Public Service – The Boston Globe (2003), <https://www.pulitzer.org/winners/boston-globe-1>. (last visited 26 Jul. 2019).

³² *Ibid.*

³³ Scores of Priests Involved in Sex Abuse Cases – Settlements Kept Scope of Issue out of Public Eye (2002), <https://www.bostonglobe.com/news/special-reports/2002/01/31/scores-priests-involved-sex-abuse-cases/kmRm7JtqBdEZ8UF0ucR16L/story.html> (last visited 26 Jul. 2019).

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Spotlight* (2015), <https://www.imdb.com/title/tt1895587/awards>. (last visited 26 Jul. 2019).

Globe alleged that “[a]t least 271 clergy — a mix of permanent and visiting *priests*, pastors, chaplains, deacons, religious order clerics, and nuns — have been accused of sexual abuse in the Boston Archdiocese” as of 2015.³⁶

The Pittsburgh Post-Gazette, in comparing clergy sexual abuse cases in Kentucky and Pennsylvania, found that because Kentucky had no statute of limitations for prosecuting felonies; investigative reporter Peter Smith uncovered that

*Between 2003 and 2017, six Catholic priests from the Archdiocese of Louisville, Kentucky’s largest diocese, were convicted of sexual offenses against minors, which took place as many as four decades earlier. Two former lay teachers from Catholic schools were similarly convicted. Some victims were in their 50s by the time their cases went to trial.*³⁷

By contrast, in New York, the Syracuse diocese's list of abusive priests contains the names of "dozens" of people who, until recently, could no longer be prosecuted for sex crimes against children, according to Onondaga County District Attorney William Fitzpatrick, under the assumption that some of those cases might have had the statute of limitations run.³⁸ Nevertheless, the New York attorney general’s office has issued subpoenas to every Catholic diocese in the state to “embark on an expansive investigation of sex crimes committed and covered up by Catholic priests.”³⁹ This is all the more significant under the newly enacted New York Child Victims Act, effective August 14, 2019, such that the statute of limitations for criminal prosecution of a sexual offense committed against a child shall not begin to run until the child turns 23 years of age, and provides that a civil action for sexual offenses against children shall be brought before the child is 55 years old.⁴⁰

Aside from Kentucky and New York, a number of other states are actively investigating and in some cases prosecuting clergy sexual abuse at the time of this writing. Connecticut’s Bishop Frank Caggiano of Bridgeport was “the first bishop to raise the issue of clerical sex abuse during [October 2018’s]

³⁶ Database of Accused Clergy in Boston Archdiocese (2015),

<https://www3.bostonglobe.com/metro/2015/11/06/least-clergy-have-been-accused-child-sex-abuse-boston-archdiocese/5cKpjVOPhEh7IYnCwRqIJI/story.html?arc404=true> (last visited 26 Jul. 2019).

³⁷ Peter Smith, A Tale of Two States on Clergy Abuse Prosecutions, Pittsburgh Post-Gazette (2018), <https://www.post-gazette.com/news/faith-religion/2018/11/19/Pennsylvania-Kentucky-clergy-sex-abuse-prosecutions-statute-of-limitations/stories/201810120152> (last visited 26 Jul. 2019).

³⁸ New York Criminal Procedure Law § 30.10.

³⁹ Julie Zauzmer and Michelle Boorstein, New York Attorney General’s Office Has Issued Subpoenas to Every Catholic Diocese in the State (2018),

<https://www.washingtonpost.com/news/faith-religion/wp/2018/11/19/Pennsylvania-Kentucky-clergy-sex-abuse-prosecutions-statute-of-limitations/stories/201810120152> (last visited 26 Jul. 2019).

⁴⁰ New York State Senate, Senate Bill S2440. Available at:

<https://www.nysenate.gov/legislation/bills/2019/S2440>

Vatican summit on young people.”⁴¹ Three months into a state investigation of child sexual abuse by Roman Catholic clergy, Illinois Attorney General Lisa Madigan in November 2018 said that the number of violators “is more extensive than the Church previously has disclosed to the public.”⁴² In August 2018, Missouri Attorney General Josh Hawley launched “an investigation into sex crimes within the Roman Catholic Church, adding that the Archdiocese of St. Louis had offered to open its files to his office;” thereafter St. Louis Archbishop Robert Carlson promised Hawley’s office would have “unfettered” access to archdiocese records.⁴³ Some 33 priests and religious brothers would be identified with credible allegations of sexual abuse in the Diocese of Jefferson City, MO, for which Bishop W Shawn McKnight would apologize including for “the incomplete transparency we have lived under by not making all their names public.”⁴⁴ Nebraska’s Attorney General requesting Nebraska’s bishops for records of allegations and investigations dating back to January 1, 1978, covering reports of sexual exploitation, including child pornography. The New Mexico Attorney General’s Office is “seeking all documents related to potential abuse by priests and other clergy from all Catholic dioceses – Santa Fe, Gallup and Las Cruces – in New Mexico.”⁴⁵ New Jersey Attorney General Gurbir Grewal established a task force in September 2018 to begin a similar investigation into the state’s four dioceses,⁴⁶ with the first priest arrested and charged with multiple counts of sexual assault of a child in January 2019.⁴⁷ The Archdiocese of Oklahoma City planned to review the files of every priest who had served since 1960 for “credible allegations of child sexual abuse (that) were reported, substantiated, prosecuted or admitted to,”

⁴¹ Crux Staff, *Bridgeport Prelate Says Accountability Key for Bishops’ Fall Summit* (2018), <https://cruxnow.com/synod-of-bishops-on-youth/2018/10/23/bridgeport-prelate-says-accountability-key-for-bishops-fall-summit/> (last visited 26 Jul. 2019).

⁴² Chuck Goudie, Barb Markoff, Christine Tressel and Ross Weidner, *AG Madigan: There Are More Abusive Priests Than Dioceses Disclosed* (2018), <https://abc7chicago.com/ag-madigan-there-are-more-abusive-priests-than-dioceses-disclosed/4788991/> (last visited 26 Jul. 2019).

⁴³ Jack Suntrup and Nassim Benchaabane, *Missouri Attorney General Josh Hawley Launches Investigation into Clergy Sex Crimes* (2018), https://www.stltoday.com/news/local/crime-and-courts/missouri-attorney-general-josh-hawley-launches-investigation-into-clergy-sex/article_55724a79-aa4f-5cc3-b4f8-67e6d7b03c1f.html (last visited 26 Jul. 2019).

⁴⁴ Diana Stancy Correll, *33 Priests, Religious Brothers Identified in Missouri Diocese Sex Abuse Investigation* (2018), <https://www.washingtonexaminer.com/news/33-priests-religious-brothers-identified-in-missouri-diocese-sex-abuse-investigation> (last visited 26 Jul. 2019).

⁴⁵ Angela Kocherga, *Ag Seeks Records On Potential Abuse From All Dioceses In State*, *Albuquerque Journal* (2018), <https://www.abqjournal.com/1217199/nmag-requests-documents-on-potential-abuse-from-all-nm-dioceses.html> (last visited 26 Jul. 2019).

⁴⁶ Office of the Attorney General, *AG Grewal Establishes Task Force to Investigate Allegations of Sexual Abuse by Clergy in Catholic Dioceses of New Jersey* (2018), <https://nj.gov/oag/newsreleases18/pr20180906a.html> (last visited 26 Jul. 2019).

⁴⁷ Joseph De Avila, *First Priest Arrested in New Jersey Sex-Abuse Investigation* (2019), <https://www.wsj.com/articles/first-priest-arrested-in-new-jersey-sex-abuse-investigation-11547771360> (last visited 26 Jul. 2019).

its leaders announced in late August.⁴⁸ In Wyoming, the Cheyenne Police department said it has “reopened an investigation into sex abuse allegations against an unnamed church official, stemming from his time in the diocese from the 1970s through the 1990s.”⁴⁹ Most recently in March 2019, the West Virginia Attorney General filed a civil lawsuit against the state’s Wheeling-Charleston Diocese and retired bishop Michael J. Bransfield alleging that “they knowingly employed pedophiles and failed to conduct adequate background checks on those working at the diocese’s schools and camps.”⁵⁰

The most notorious ongoing investigation of late was marked by a recently released Pennsylvania Grand Jury report;⁵¹ the 1,400-page document, compiled over two years, implicated 300 priests in the sex abuse of over 1,000 minors across six of the state’s eight dioceses (Philadelphia and Altoona–Johnstown, were the subject of previous investigations).⁵² That Pennsylvania grand jury recommended eliminating the statute of limitations entirely for future cases.⁵³ Already netting a guilty plea post Grand Jury report, “David Poulson, who was a priest in Pennsylvania’s Diocese of Erie for four decades until this year, pleaded guilty in a court in Brookville to corruption of minors⁵⁴ and endangering the welfare of children,⁵⁵ both third-degree felonies,” according to Attorney General Josh Shapiro’s office.⁵⁶ Specifically, “Poulson assaulted one boy multiple times and attempted to sexually assault another boy,” Shapiro said in the release.⁵⁷

Since the Gauthe case of the mid-1980s, the sophistication of investigation, and vigor in prosecution have both increased, and the public has become

⁴⁸ Pilar Melendez, *The 10 States Actually Investigating Clergy Sexual Abuse After Pennsylvania’s Horrifying Report* (2018), <https://www.thedailybeast.com/the-10-states-actually-investigating-clergy-sexual-abuse-after-pennsylvanias-horrifying-report> (last visited 26 Jul. 2019).

⁴⁹ Ray Sanchez, Rosa Flores, Meridith Edwards and Kevin Conlon, *Police Reopen Sex Abuse Investigation of Former Wyoming Bishop* (2018), <https://www.cnn.com/2018/08/23/us/wyoming-bishop-sex-abuse-investigation/index.html?no-st=1545200698> (last visited 26 Jul. 2019).

⁵⁰ *State of West Virginia ex. Rel Patrick Morresey v. Diocese of Wheeling-Charleston and Michael J. Bransfield* (2019), Circuit Court of Wood County, <https://ago.wv.gov/Documents/Diocese%20complaint.PDF>, *cited with authority in* Claire Hansen, *West Virginia Sues Catholic Church for Covering Up Sex Abuse* (2019), <https://www.usnews.com/news/national-news/articles/2019-03-19/west-virginia-sues-catholic-church-for-covering-up-sex-abuse> (last visited 26 Jul. 2019).

⁵¹ Office of the Attorney General, Commonwealth of Pennsylvania, *Pennsylvania Diocese Victims Report* (2018), <https://www.attorneygeneral.gov/report/> (last visited 26 Jul. 2019).

⁵² Tara Burton, *The Decades-Long Catholic Priest Child Sex Abuse Crisis* (2018), <https://www.vox.com/2018/9/4/17767744/catholic-child-clerical-sex-abuse-priest-pope-francis-crisis-explained> (last visited 26 Jul. 2019).

⁵³ Smith, *supra* note 39.

⁵⁴ Pennsylvania Statutes, 18 Pa.C.S.A. Crimes and Offenses § 6301. Available at: <https://codes.findlaw.com/pa/title-18-pacsa-crimes-and-offenses/pa-csa-sect-18-6301.html>

⁵⁵ Pennsylvania Statutes, 18 Pa.C.S.A. Crimes and Offenses § 4304. Available at: <https://codes.findlaw.com/pa/title-18-pacsa-crimes-and-offenses/pa-csa-sect-18-4304.html>.

⁵⁶ Sheena Jones and Jason Hanna, *Priest Accused of Child Sexual Abuse in Grand Jury Report Pleads Guilty to Felony Charges* (2018), <https://www-m.cnn.com/2018/10/17/us/pennsylvania-priest-guilty-plea/index.html?r=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F> (last visited 26 Jul. 2019).

⁵⁷ *Ibid.*

much more aware of such investigations and prosecutions in equal measures because of media attention and prosecutorial trial publicity, if not transparency of church officials and dioceses.

III. Prosecuting The Church as a Racketeer Influenced and Corrupt Organization?

Aside from victims pursuing civil suits and statue authorities undertaking criminal prosecutions against clergy under state civil and criminal statutes, another emergent remedy merits an in-depth discussion. The federal Racketeering Influenced and Corrupt Organizations (RICO) law, 18 U.S.C. §§ 1961–1968,⁵⁸ was passed in 1970 in what has been described as the "ultimate hit man" in mob prosecutions; prior to RICO, prosecutors could only try mob-related criminals individually. Given its present breadth, governmental and civil parties use RICO regarding prosecution of all individuals in a corrupt organization of both legal and illegal enterprises.⁵⁹ The statute requires proving that an "enterprise" engaged in a "pattern of racketeering activity" in violation of federal criminal laws over a substantial period.⁶⁰ In conjunction with federal fraud statutes, even business disputes may be styled as RICO cases, alleging crimes to engage in a "scheme or artifice to defraud."⁶¹

This is a significant remedy because unlike most criminal statutes, "RICO contains a civil component that allows it to be used to turn ordinary business disputes that would be filed in state courts into federal cases [and] proving a violation results in the award of triple damages plus attorney's fees, so plaintiffs have an incentive to look for ways to turn their grievances into a RICO suit."⁶²

Several authors have claimed that the federal RICO statutes are ill-equipped to reach the sexual misconduct of a clergyperson in regard to a parishioner or congregant, given the elements of proof required compared to the organizational hierarchy and composition of parishes, dioceses and archdioceses, and must include proof of an "enterprise," and predicate acts in a "pattern of racketeering activity."⁶³ One such critic found U.S. bankruptcy law more suitable for American dioceses, as "[u]nlike RICO, the point of bankruptcy law is not to destroy the organization filing for bankruptcy, but to allow for it to make a fresh start after paying its debts as

⁵⁸ *Supra* note 5.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Peter J. Henning, RICO Lawsuits Are Tempting, But Tread Lightly (2018), <https://www.nytimes.com/2018/01/16/business/dealbook/harvey-weinstein-rico.html> (last visited 26 Jul. 2019).

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

⁶³ *See, e.g.*, Bradley J.B. Toben and Chris Helge, Sexual Misconduct of Clergypersons with Congregants or Parishioners – Civil and Criminal Liabilities and Responsibilities (2011). Available at: <https://www.baylor.edu/content/services/document.php/132158.doc>

best it can."⁶⁴

There is precedent, however that goes contrary to this criticism and supportive of applying RICO against American dioceses. Specifically, *Miskovsky v. State* was an Oklahoma case from 2001 for a state court RICO prosecution involving a distinctive set of facts involving racketeering by use of a law practice to engage in criminal sexual behavior.⁶⁵ This prosecution relied upon a parallel development to the Federal RICO statutes, beginning in 1972, with the enactment of RICO-based statutes by 33 states, the Commonwealth of Puerto Rico and the Territory of the United States Virgin Islands.⁶⁶ Ten states and the U.S Virgin Islands have RICO statutes that include sex crimes against children as predicate acts,⁶⁷ and eight states and the U.S Virgin Islands allow recovery and/or alternative bases for criminal fines for criminal based on personal injury.⁶⁸ The legal scholar Laura Russell has noted that, in pursuing liability for the Church and its decision-makers,

*For those states that do not have RICO statutes or those whose RICO statutes are inadequate, prosecutors could possibly utilize alternative theories of criminal liability, including reckless endangerment and hindering prosecution. Finally, prosecutors could rely on the master-servant relationship between the predatory priests and their bishop, cardinal, and/or archdiocese to pursue criminal charges against the employer or supervisor for the criminal acts committed by the predatory priests.*⁶⁹

One of the earliest attempts to apply the RICO statute to US. clergy abuse was the lawsuit against Cardinal Roger M. Mahony in 2002, with allegations that Mahony protected abusive priests as head of the archdiocese, a pattern of behavior that constitutes a criminal enterprise under California and U.S. Federal law.⁷⁰ According to documents released in 2013, "as part of a nearly \$650 million settlement the L.A. archdioceses paid to over 500 victims we learned that Mahony aided and abetted pedophile, child abusive priests for

⁶⁴ Cathleen Kaveny, *Not The Mafia – Why The Rico Does Not Apply to The Church* (2019), <https://www.commonwealmagazine.org/not-mafia> (last visited 26 Jul. 2019).

⁶⁵ *Miskovsky v. State*, 31 P.3d 1054, 1059 (Okla. Crim. App. 2001). Miskovsky, "an Oklahoma City lawyer, was charged with racketeering by using his law practice to engage in criminal sexual behavior with both adult female clients and children of clients from 1976 through 1996. He was also charged with attempting, through a former law partner, to get an important witness for the State to change her story before his trial in 1999."

⁶⁶ John E. Floyd, *Introduction: RICO State by State: A Guide to Litigation Under the State Racketeering Statutes* (2017), <https://www.americanbar.org/groups/gpsolo/> (last visited 26 Jul. 2019).

⁶⁷ Laura Russell, *Pursuing Criminal Liability for the Church and Its Decision Makers for Their Role in Priest Sexual Abuse*, 81 Wash. U. L. Q. 885, 887 (2003).

⁶⁸ Those jurisdictions are Arizona, Florida, Idaho, Mississippi, Nevada, New Mexico, Ohio, Oklahoma, and the U.S. Virgin Islands. *Id.*, 887.

⁶⁹ *Supra* note 67, 888.

⁷⁰ Andrew Chicchillo, *Joseph Chicchillo vs. Archdiocese of Los Angeles, Complaint for Racketeering, Personal Injuries*, Superior Court of the State of California, Los Angeles County, Central District (2002). Available at: <https://www.bishop-accountability.org/resources/resource-files/courtdocs/CicchilloComplaint.pdf>

years.”⁷¹ On the day the first of more than 500 clergy abuse cases was scheduled for jury selection, the archdiocese and its insurers were set to pay an average of \$1.2 million to \$1.3 million per person.⁷²

In a subsequent, 2004 case, former seminarian Philip Hower filed a RICO suit against lawsuit against the Dioceses of Tucson, Harrisburg, Columbus, and others, as well as against a number of prominent bishops, including Keeler and Kicanas.⁷³ The litigant alleged that his ordination was blocked because he had blown the whistle on activities of certain corrupt clergy; the case settled with the defendants not admitting wrongdoing and the terms not disclosed (typical of a civil settlement).⁷⁴

As this article was being written, clergy sex abuse victims filed a bellwether pair of national lawsuits against the U.S. Catholic Church. The class action suit names the Holy See as the defendant in one suit, and the USCCB in the other.⁷⁵ As related by initial reports, the lawsuits filed November 12, 2018 in the District of Columbia demanded that the church produce the names of all accused sex offenders listed in the church’s secret archives nationwide, and also seek “financial damages for assault, gross negligence, emotional distress and wrongful death, for the families of those who committed suicide after being abused by a priest or other Catholic official.”⁷⁶ That, is, remedies sought are: actual, consequential, compensatory, economic, punitive and RICO treble damages, along with declaratory and injunctive relief and legal fees.⁷⁷ These suits accuse the Church of “cheating and defrauding Plaintiffs and Class members out of their childhood, youth, innocence, virginity, families, jobs, finances, assets — in short, their lives.”⁷⁸ There is no way to predict the outcome, although the journalist Tom Jackman notes “the Holy See has successfully avoided liability in the United States by claiming it did not have direct authority over priests,” but that may well be affected by a letter from the Congregation of Bishops in Rome to stop the U.S. bishops’ meeting at their national

⁷¹ Protesters Demand Criminal Investigation, Resignation of Ex-LA Archbishop Roger Mahony, (2018), <http://cbslocal.com/2018/09/17/protesters-demand-criminal-investigation-resignation-of-ex-la-archbishop-roger-mahony/> (last visited 26 Jul. 2019).

⁷² Gillian Flaccus, L.A. Archdiocese Agrees to \$600 Million Abuse Settlement (2007), <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/07/14/AR2007071400968.html> (last visited 26 Jul. 2019).

⁷³ Matt Abbott, Settlement Reached in Church Rico Case (2005), http://www.bishop-accountability.org/news2005_07_12/2005_09_05_Abbott_SettlementReached.htm (last visited 26 Jul. 2019).

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Tom Jackman, U.S. Catholic Church Hit with Two National Lawsuits by Sex-Abuse Victims, (2018), https://www.washingtonpost.com/crime-law/2018/11/15/us-catholic-church-hit-with-two-national-lawsuits-by-sex-abuse-victims/?utm_term=.d2cbd70e2574I (last visited 26 Jul. 2019).

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Dave Sutor, Class Action Abuse Lawsuit Names Bishops and Vatican (2018), https://www.tribdem.com/pennsylvania/class-action-abuse-lawsuit-names-bishops-and-vatican/article_bbaa8382-e7bc-11e8-802e-cfd3415afe85.html (last visited 26 Jul. 2019).

⁷⁸ Jackman, *supra* note 75.

conference in Baltimore to address the issue.⁷⁹ Nevertheless, the U.S. bishops continued to define their response to sexual abuse despite that call for delay.⁸⁰ Opining on the bishops' potential liability, Jackman quoted Mitchell A. Toups, one of the lead attorneys in the class-action case, saying "If that's not command responsibility, I don't know what is."⁸¹

Aside from these RICO actions, and nearly the same time, a Pittsburgh class action lawsuit was filed by Carlson Lynch of Pittsburgh, Berger Montague of Philadelphia and Nye Peabody of California for injunctive relief – "specifically, an admission that the Catholic Church covered up what was going on for years and the release of the records it has maintained."⁸² Reportage indicates

*The lawsuit was filed against all eight Roman Catholic dioceses in Pennsylvania: Allentown, Altoona-Johnstown, Erie, Greensburg, Harrisburg, Philadelphia, Pittsburgh and Scranton – along with each Diocese's bishops: Alfred Andrew Schert, Mark Leonard Bartchak, Lawrence T. Persico, Edward C. Malesic, Ronald William Gainer, Charles Joseph Chaput, David Zubik and Joseph Bambera, respectively.*⁸³

As another, innovative, alternative means of liability being pursued, lawyer Jeff Anderson in Minnesota filed a federal lawsuit on behalf of six sexual abuse survivors against the USCCB under the "maintenance of a public hazard" or nuisance doctrine.⁸⁴ This lawsuit also seeks injunctive relief, that being "disclosure of identity of all offenders and their histories known only to the Bishops who continue to keep this information secret."⁸⁵ At a press conference organized by Anderson, a "Minnesota survivor ... explain[ed] how the same legal theory was used to excavate information on known offenders, including the offender who sexually abused him, and how this excavation needs to happen across the country through this lawsuit."⁸⁶

⁷⁹ Jack Jenkins, Vatican Instructs U.S. Bishops to Halt Voting on Sex Abuse Measures (2018), <https://religionnews.com/2018/11/12/vatican-instructs-u-s-bishops-to-halt-voting-on-sex-abuse-measures/> (last visited 26 Jul. 2019). *See also* Doe v. Holy See, 557 F3d 1066 (9th Cir. 2009), ruling that the Holy See cannot be held liable because of no relationship of employment in the case.

⁸⁰ Thomas Reese, Bishops Continue to Define Response to Sex Abuse Despite Vatican Call for Delay (2018), <https://religionnews.com/2018/11/15/bishops-continue-to-define-response-to-sex-abuse-despite-vatican-call-for-delay/> (last visited 26 Jul. 2019).

⁸¹ Jackman, *supra* note 75.

⁸² Nicholas Malfitano, Pittsburgh Class Action Wants Catholic Church to Admit to Sexual Abuse Cover-Up (2018), <https://www.forbes.com/sites/legalnewsline/2018/10/30/pittsburgh-class-action-wants-catholic-church-to-admit-to-sexual-abuse-cover-up/#29ed46bed2bf> (last visited 26 Jul. 2019).

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Jeff Anderson & Associates PA, U.S. Conference of Catholic Bishops Sued by 6 Sexual Abuse Survivors (2018), <https://www.andersonadvocates.com/Posts/News-or-Event/2321/US-Conference-of-Catholic-Bishops-Sued-By-6-Sexual-Abuse-Survivors---Baltimore-Press-Conference-Today.aspx> (last visited 26 Jul. 2019).

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*

In sum, traditional individual prosecutions for crimes, RICO cases pursuing hierarchical, leadership liability, injunctive relief, and “public nuisance” cases are means by which clergy individually and collectively are being called to task and being held accountable for past abuses.

IV. Restorative Justice as Future Component of Remediating Cleric Sexual Abuse

The worldwide association for restorative practitioners, Restorative Practices International (RPI), defines restorative justice as an approach to problem solving that is based around three basic concepts:

That when crime (or wrongdoing) occurs, the focus is on the harm that has been done to people and relationships;

When harm has been done, it creates obligations and liabilities; and

The way forward involves wrongdoers, victims and the community in efforts to heal the harm and put things right.⁸⁷

The practice of restorative justice emerged in the late 1970's and 1980's in various countries as a way of dealing constructively with wrongdoing and violations of social trust.⁸⁸ In particular, restorative justice has been a part of so-called “restorative peacebuilding, and explores its implications for the work of the United Nations Peacebuilding Commission (Commission) and post-conflict societies.”

The Australian criminologist John Braithwaite defines restorative justice as

A process where all stakeholders affected by an injustice have an opportunity to discuss how they have been affected by the injustice and to decide what should be done to repair the harm. With crime, restorative justice is about the idea that because crime hurts, justice should heal. It follows that conversations with those who have been hurt and with those who have inflicted the harm must be central to the process.⁸⁹

As early as 2000, the USCCB made a statement on Responsibility, Rehabilitation, and Restoration: A Catholic Perspective on Crime and

⁸⁷ Restorative Practices International, What is Restorative Justice? (2018), <https://www.google.com/search?q=Zehr+Mika+restorative+Justice&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b-1-ab> (last visited 26 Jul. 2019).

⁸⁸ Can Restorative Justice Help the Church Heal from Sex Abuse Scandals? (2018), https://www.americamagazine.org/faith/2018/12/06/can-restorative-justice-help-church-heal-sex-abuse-scandals?utm_source=Newsletters&utm_campaign=7715feadd2-DEC_10_ISSUE_NO_TRIAL_2018_12_14&utm_medium=email&utm_term=0_0fe8ed70be-7715feadd2-58767397 (last visited 26 Jul. 2019).

⁸⁹ John Braithwaite, *Restorative Justice and De-Professionalization*, 13 *The Good Society* 28, 28 (2004), http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/RJ_De-Professionalization_2004.pdf.

Criminal Justice.⁹⁰ In that statement, the USCCB sought to assess how the criminal justice system “can become less retributive and more restorative,” inasmuch as “[a] Catholic approach leads us to encourage models of restorative justice that seek to address crime in terms of the harm done to victims and communities, not simply as a violation of law.”⁹¹ The USCCB also “[e]ncourag[ed] innovative programs of restorative justice that provide the opportunity for mediation between victims and offenders and offer restitution for crimes committed.”⁹²

A notable innovator and champion for such restorative has been former Wisconsin Supreme Court Justice Janine P. Geske, an emeritus distinguished professor of law at Marquette University Law School, renowned for her expertise in alternative dispute resolution and restorative justice, and founder of the Restorative Justice Initiative (RJI) at Marquette.⁹³ She has run restorative justice programs in state prisons in Wisconsin, and brought about neighborhood healing through restorative justice.⁹⁴

As a progression of that work, Professor Geske adapted restorative justice practices to counteract the “ripple effect of the harm caused by the clergy abuse scandal” and “how we should explore utilizing restorative justice to address the damage of this scandal on Catholics and Catholic institutions.”⁹⁵ for use in the context of clerical sexual abuse. She has been integral to restorative practices in the Archdiocese of St. Paul and Minneapolis, under a \$210 million settlement reached in the bankruptcy of the St. Paul-Minneapolis Archdiocese, what attorneys for more than 400 survivors of clergy sexual abuse are calling the “largest settlement ever reached in a Catholic bankruptcy case.”⁹⁶ The settlement agreement required the archdiocese to hold a one-day conference on restorative justice and reconciliation within 18 months of the settling its bankruptcy;⁹⁷ in late April, 2018 Geske conducted two parish “healing circle” sessions.⁹⁸

⁹⁰ U.S. Conference of Catholic Bishops, *Responsibility, Rehabilitation, and Restoration: A Catholic Perspective on Crime and Criminal Justice* (2000), <http://www.usccb.org/issues-and-action/human-life-and-dignity/criminal-justice-restorative-justice/crime-and-criminal-justice.cfm> (last visited 26 Jul. 2019).

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid.*

⁹³ Restorative Justice Initiative, Marquette University Law School (2018), <https://law.marquette.edu/community/restorative-justice-initiative>.

⁹⁴ See Janine P. Geske and India McCanse, “Neighborhoods Healed Through Restorative Justice”, Faculty Publications Paper 521 (2008), <http://scholarship.law.marquette.edu/facpub/521>.

⁹⁵ Janine P. Geske, *Restorative Justice and the Sexual Abuse Scandal in the Catholic Church*, 8 *Cardozo J. of Conflict Resolution* 651, 652 (2007). Available at: <https://cardozo.jcr.com/vol8no2/651-658.pdf>

⁹⁶ Brian Roewe, \$210 Million Settlement Announced in St. Paul-Minneapolis Archdiocese Bankruptcy Case (2018), <https://www.ncronline.org/news/accountability/attorney-abuse-survivors-announces-st-paul-minneapolis-settlement> (last visited 26 Jul. 2019).

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Maria Wiering, Parishes Explore Healing Circles’ Potential for Restorative Justice (2018), <http://thecatholicspirit.com/news/local-news/parishes-explore-healing-circles-potential-for-restorative-justice/> (last visited 26 Jul. 2019).

Rather than having such measures imposed by court order, the preferable approach to restorative justice would be for clergy leadership to assume responsibility in the face of terrible damage done to the church and proactively implement same.⁹⁹ As part of ongoing Marquette RJI efforts, Bishop Cupich has called such restorative justice a "much-needed effort to bring healing in what is a historically challenging but also decisive moment for our church."¹⁰⁰

Conclusion

Saint Pope John Paul II presciently opined in July 9, 2000 that:

*We are still a long way from the time when our conscience can be certain of having done everything possible to prevent crime and to control it effectively so that it no longer does harm and, at the same time, to offer to those who commit crimes a way of redeeming themselves and making a positive return to society. If all those in some way involved in the problem tried to ... develop this line of thought, perhaps humanity as a whole could take a great step forward in creating a more serene and peaceful society.*¹⁰¹

Notwithstanding this prescience, it is not entirely clear that "Pope John Paul understood the 'cancer' of clergy sexual abuse immediately," according to former Vatican spokesman Joaquín Navarro-Valls.¹⁰² Responding to questions at a briefing on John Paul II's time leading the Catholic church from 1978 to 2005; Navarro-Valls conceded: "I don't think anyone did."¹⁰³

Sexual predators knew, victims knew, but at various junctures the public and law enforcement investigators faced a nearly insurmountable challenge to transparency and accountability, especially in the United States regarding clergy sexual abuse. At the time of this writing, "facing aggressive investigations into sex abuse scandals, Catholic dioceses around the country are releasing their own list of accused priests,"¹⁰⁴ most notably a letter from

⁹⁹ Willy Thom, Church Culture Must Change After Sex Anuses Scandal (2011), <http://www.catholicnews.com/services/englishnews/2011/church-culture-must-change-after-sex-abuse-scandal-archbishop-says-cns-1101420.cfm> (last visited 26 Jul. 2019).

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ U.S. Conference of Catholic Bishops, *supra* note 87.

¹⁰² Joshua McElwee, Vatican: John Paul II Took 'Immediate' Action on Sexual Abuse (2014), <https://www.ncronline.org/news/accountability/vatican-john-paul-ii-took-immediate-action-sexual-abuse> (last visited 26 Jul. 2019).

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Campbell Robertson, List of Priests Accused of Sexual Abuse Are Spilling Out Across the Country (2018), https://www.nytimes.com/2018/12/14/us/catholic-priests-sexual-abuse-lists.html?ref=collection%2Ftimestopic%2FRoman%20Catholic%20Church%20Sex%20Abuse%20Cases&action=click&contentCollection=timestopics®ion=stream&module=stream_unit&version=latest&contentPlacement=1&pgtype=collection (last visited 26 Jul. 2019).

the Diocese of Syracuse accompanying a list of priests credibly accused of sexual abuse.¹⁰⁵

This article outlined the history of cleric sexual abuse from 1950 through contemporary times, and surveyed past civil and criminal prosecutions of Roman Catholic sexual abuse cases. Contemporary theories of criminal liability may be either an alternative to – or an adjunct with – civil tort lawsuits, and injunctive relief is increasingly sought to investigate as well as to deter future abuse. Time will tell the impact of ongoing state and federal RICO Act prosecutions not just on perpetrators but also clerics and Church decision-makers remaining in active ministry. Restorative justice, forums for listening and sharing, through stories and prayer, may well offer the most opportunity for fostering healing and reconciliation within the bounds of the law yet not directly involving courts or legal processes. Restorative justice strongly shines the light of the Gospel on this scourge, where agents of such justice are mindful of the words of the Apostle Paul, in his Second Epistle to the Corinthians that “[a]ll this is from God, who reconciled us to himself through Christ and gave us the ministry of *reconciliation*.” Remediative and restorative measures outside the courts must augment legal remedies within halls of justice for multifaceted and effective means to address the past and ongoing criminal and civil law and public health crises arising from cleric sexual abuse, and to help prevent future abuses from taking place.

¹⁰⁵ Roman Catholic Diocese of Syracuse (2018), <https://drive.google.com/file/d/15RgQYwK3eh2zYlcUrUAAtfZT-Fn8QOAgU/view> (last visited 26 Jul. 2019).

*Nurana Mammadova**

LEGAL BINDINGNESS OF SECURITY COUNCIL RESOLUTIONS: “SECURITY COUNCIL RESOLUTION 853 (1993)”

Abstract

Keeping peace is one of the notable duties of the Security Council of United Nations. Security Council fulfills this duty with direct intervention to the conflicts breaching peace, with the adoption of decisions or recommendations concerning such conflicts. One of such conflicts has occurred between the Republic of Azerbaijan and the Republic of Armenia at the end of 1980's and the beginning of 1990's. Security Council has adopted 4 resolutions concerning this conflict in 1993, and these resolutions have not been enforced yet. That is why, it is important to define, in the international law, their binding or non-binding character for their enforcement. In this article, the conditions for the legal bindingness of the resolutions of Security Council (hereinafter referred to as “SCR”) and their appearance or non-appearance in the SCR 853 on Nagorno-Karabakh were analyzed.

Annotasiya

Birləşmiş Millətlər Təşkilatının Təhlükəsizlik Şurasının diqqətəlayiq vəzifələrindən biri sülhün qorunmasıdır. Təhlükəsizlik Şurası bu vəzifəsini sülh əleyhinə olan münaqişələrə birbaşa müdaxilə, həmin münaqişələrlə bağlı qərar və tövsiyələr qəbul etmək və s. yollarla yerinə yetirir. Sülh əleyhinə olan belə münaqişələrdən biri 1990-cı illərin əvvəlində Azərbaycan Respublikası və Ermənistan Respublikası arasında baş vermişdir. Bu münaqişə ilə bağlı Təhlükəsizlik Şurası 1993-cü ildə 4 qətnamə qəbul etmiş, lakin bu günə qədər bu qətnamələr yerinə yetirilməmişdir. Buna görə də beynəlxalq hüquq sferasında bu qətnamələrin məcburi yoxsa qeyri-məcburi xarakterli olmasının müəyyənləşdirilməsi onların həyata keçirilməsi üçün böyük əhəmiyyət daşıyır. Bu məqalədə Təhlükəsizlik Şurası qətnamələrinin məcburiliyinin şərtləri və həmin şərtlərin Təhlükəsizlik Şurasının Dağlıq Qarabağla bağlı 853 sayılı qətnaməsində əks olunub-olunmaması araşdırılmışdır.

Contents

Introduction	234
Conditions for the bindingness of SCR, and how these conditions are provided in the SCR 853?	235
A. Breach of Peace.....	236
B. Language of SCR	237
C. “Acting under Chapter VII of the Charter of UN”	241
Conclusion	241

* Baku State University, 3rd year LL.B student.

Introduction

As a result of the purposeful aggression policy of Armenia in the period of 1990-1992, the Nagorno-Karabakh region (according to the administrative territorial division of Azerbaijan until 1991, this area included the districts of Shusha, Khojavand, Askeran, Hadrut, Aghdere and Khankandi) being inseparable part of Azerbaijan, total area of which is 4,400 square kilometers was occupied.¹ Although this conflict has other historical aspects, it has begun with the obvious claims of Armenians to the territory of the Republic of Azerbaijan in 1988 and the first victims of this conflict were two Azerbaijani young persons killed by Armenians near the town of Askeran on 22 February 1988, because of their peaceful demonstration against the decision of the regional soviet of Nagorno-Karabakh Autonomous Oblast (*hereinafter referred to as NKAO*) (NKAO was established in 1923 by USSR in Nagorno-Karabakh that was previously and historically the territory of the Republic of Azerbaijan).²

After this beginning point of the conflict, from the perspective of law, the following main events happened: 1) on 1 December 1989 Supreme Soviet of Armenian SSR had adopted a decision on the unification of Armenian SSR and Nagorno-Karabakh; 2) on 10 January 1990 the Presidium of Supreme Soviet of USSR had adopted a decision on the non-compliance of the above mentioned decision of the Supreme Soviet of Armenian SSR with the Constitution of USSR, because the unification of the Nagorno-Karabakh which is the territory of the Azerbaijan SSR without the consent of Azerbaijan SSR was unlawful; 3) on 18 October 1991 the Republic of Azerbaijan declared its independence; 4) and on 26 November 1991 the Supreme Soviet of the Republic of Azerbaijan adopted a law on the cancellation of NKAO.³

As the Republic of Azerbaijan declared its independence, the territories that belonged to it before the establishment of USSR had to be considered the territory of independent Republic of Azerbaijan based on principle of “uti-possidetis”. Accordingly, Nagorno-Karabakh was the territory of the Republic of Azerbaijan before the establishment of USSR and that is why it had to belong to the Republic of Azerbaijan. However, the Republic of Armenia had separatist intentions about the Nagorno-Karabakh region of the Republic of Azerbaijan. So, the conflict began to grow, and as a result, the territories of the Republic of Azerbaijan, namely, “on 26th of December 1991 Khankandi, on 26th of February 1992 Khojaly, on 8th of May 1992 Shusha, on 2nd of October 1992 Khojavand, on 17th of June 1993 Aghdere

¹ Amir Aliyev, *Azerbaijan in the Target of International Crimes: Legal Analysis*, 44 (2018).

² Cabinet of Ministers of the Republic of Azerbaijan, <https://cabmin.gov.az/az/page/69/> (last visited 13 Apr. 2019).

³ *Ibid.*

were occupied. In addition, seven adjacent districts of Nagorno-Karabakh – Lachin, (18.05.1992), Kalbajar (02.04.1993), Aghdam (23.07.1993), Fuzuli (23.08.1993), Jabrayil (23.08.1993), Gubadly (31.08.1993), Zangilan (29.10.1993) were completely or mostly occupied by Armenians.”⁴

United Nations Security Council (*hereinafter* - SC) has adopted 4 resolutions, namely Resolution 822 (30 April 1993), Resolution 853 (29 July 1993), Resolution 874 (14 October 1993) and Resolution 884 (12 November 1993) concerning these occupied territories of the Republic of Azerbaijan. Even though these resolutions were adopted in 1993, today is 2019 and 26 years has passed from their adoption, they still remain non-realized. That is why, thousands of victims of this conflict are still living beyond their childbirth homes and they cannot go to their homeland. This issue – the violation of rights of thousands of people makes the determination of the legal bindingness or non-bindingness of SCR on Nagorno-Karabakh necessary and essential. This article will address only one of these 4 resolutions – Resolution 853 of SC on Nagorno-Karabakh.

The SCR can be binding or non-binding.⁵ That is why, the main goal of this article is the determination of legal bindingness or non-bindingness of the above-mentioned resolution for its realization. For the determination of such an issue, this article will firstly define the conditions for binding force of SCR and then will analyze each of these conditions separately in relation to SCR 853 on Nagorno-Karabakh.

Conditions for the bindingness of SCR, and how these conditions are provided in the SCR 853?

The primary responsibility of the SC is the maintenance of international peace and security.⁶ The Charter of UN indicates that when SC makes a decision on the restoration or maintenance of the international peace and security, the members of the United Nations must carry out these decisions of the SC.⁷ In other words, unlike recommendations of the SC, its decisions are binding upon all the members of UN.⁸ It means, if the resolutions of SC on Nagorno-Karabakh have decision character, they are binding and must be realized obligatorily, but if they are of recommendation nature, they are not binding and they may be realized or not.

In the international law, the conditions for bindingness of SCR are not clearly defined by the articles or norms of international legal acts. However, such conditions can be defined on the base of the analysis of the Charter of

⁴ Aliyev, *supra* note 1, 44-45.

⁵ Marko Divac Öberg, *The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ*, 5 *European Journal of International Law* 879, 880 (2005).

⁶ Malcolm N. Shaw, *International Law*, 1206 (6th ed. 2008).

⁷ UN Charter, art. 25 (1945).

⁸ Shaw, *supra* note 6, 1208.

UN, the decisions and advisory opinions of International Court of Justice (*hereinafter referred to as ICJ*), existing practice etc.

After analyzing the three above-mentioned sources – Charter of UN; the decisions and advisory opinions of ICJ; and existing practice, the following conditions can be defined for the bindingness of SCR:

- 1) Existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression;
- 2) The language of the resolution.

Apart from these conditions, there is also one practical aspect which is about the inclusion of the sentence like “Acting under Chapter VII of UN Charter” to the operative paragraphs of the resolution. Detailed examination of the conditions and this practical aspect will define the binding or non-binding character of Resolution 853. That is why, firstly what they mean and secondly whether or not they appear in the SCR on Nagorno-Karabakh will be analyzed in the sections below.

A. Breach of Peace

This condition comes from the Article 24 of the Charter of UN, which says that maintenance of international peace and security is the primary responsibility of the SC. This means that if there is a threat or danger to the maintenance of peace, or the peace has already been breached, the SC has to take certain measures for the prevention of such a threat to the maintenance of peace or for the restoration of the already breached peace. That is why, for the determination of the bindingness of the SCR on Nagorno-Karabakh, firstly, the existence of such a threat to the maintenance of peace or such a breach of peace should be defined.

Before defining the above mentioned issues in the Nagorno-Karabakh conflict, it has to be noted that Resolution 853 has reaffirmed the Resolution 822 of SC on Nagorno-Karabakh, and in that resolution, the aggressor or invading party is defined as “local Armenian forces”,⁹ however, it has to be the Republic of Armenia. This issue will be analyzed in the following section clearly.

The territorial problem between Republic of Armenia and Azerbaijan Republic has historically existed and reached its peak point in 1990’s. Accordingly, Resolution 853 was adopted in 1993 – the time of 1990’s conflict. As to the information of the State Committee for Affairs of Refugees and Internally Displaced Persons of the Republic of Azerbaijan, during 1990’s,

Armenian military aggression has caused occupation of 17 thousand km² of the most fertile land, destruction of 900 settlements, 150 000 houses, 7000 public buildings, 693 schools, 855 kindergartens, 695 medical institutions,

⁹ Security Council Resolution 822, para. 4 (1993).

927 libraries, 44 temples, 9 mosques, 473 historical monuments, palaces and museums, 40 000 museum specimens, 6000 industrial and agricultural enterprises, 2670 km highways, 160 bridges, 2300 km water communications, 2000 km gas communications, 15 000 km power lines, 280 000 hectare forests, 1 000 000 hectare lands suitable for agriculture and 1 200 km irrigation systems of the Republic of Azerbaijan. As a result of military aggression by Armenia, 20 thousand Azerbaijanis were killed, 100 thousand people were wounded, 50 thousand people got injuries of various degrees and became disabled and 4011 people got lost. Armenian aggressors have destroyed with special brutality cultural objects that form Azerbaijani cultural heritage in the occupied territories. In these territories they have plundered and burnt 12 museums and 6 picture galleries, 9 palaces of historical importance.¹⁰

In Resolution 853, it has clearly noted such a breach of peace stating in the *Preamble* of the resolution that “Concerned that this situation continues to endanger peace and security in the region”. As a neutral party, such a note of the SC in the *Preamble* affirms that the peace and security was endangered by the reason of this conflict.

So, the first criteria for the bindingness of the resolutions of SC exists in Resolution 853 on Nagorno-Karabakh.

B. Language of SCR

The base of this condition is the Advisory Opinion on Namibia of ICJ.¹¹ In this opinion, ICJ has noted that the language of a resolution of the SC should be carefully analyzed before a conclusion can be made as to its binding effect and for the exercise of Article 25 of UN Charter, the terms of the resolution to be interpreted, the discussions leading to it, the Charter provisions invoked and, in general, all circumstances that might assist in determining the legal consequences of the SCR should be taken into consideration.¹² That is why, in this criteria of the bindingness, the language of the SCR on Nagorno-Karabakh will be analyzed.

The first issue concerning the language of this resolution is the use of “local Armenian forces” wording in the Resolution 822 which was reaffirmed by the Resolution 853. In that resolution, the invading party is defined as these local Armenian forces of the Nagorno-Karabakh, but in fact it has to be the Republic of Armenia, because of the reasons explained below.

¹⁰ State Committee for Affairs of Refugees and Internally Displaced Persons of The Republic of Azerbaijan, <http://www.qmkkd.gov.az/en/pages/15.html> (last visited 20 Mar. 2019).

¹¹ Advisory Opinion Concerning Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276, International Court of Justice, para. 114 (1971).

¹² *Ibid.*

First of all, as it was noted in the “Breach of Peace” criteria, there was a huge damage to the Azerbaijan Republic as a result of this conflict, which in no way could be made by only the local forces of Nagorno-Karabakh. They were not militarily capable to do such a violence. Accordingly, in his report concerning the Nagorno-Karabakh conflict, David Atkinson - a member of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (*hereinafter* - PACE), a rapporteur on the Karabakh conflict for the PACE has noted:

This report concerns the armed conflict between Armenians and Azerbaijanis over the Nagorno-Karabakh region and its surrounding districts which are under the occupation of Armenian forces.¹³ According to the information given to me, Armenians from Armenia had participated in the armed fighting over the Nagorno-Karabakh region besides local Armenians from within Azerbaijan. Today, Armenia has soldiers stationed in the Nagorno-Karabakh region and the surrounding districts, people in the region have passports of Armenia, and the Armenian government transfers large budgetary resources to this area.¹⁴

After this report, in the resolution 1416 PACE has noted that:

Considerable parts of the territory of Azerbaijan are still occupied by Armenian forces, and separatist forces are still in control of the Nagorno-Karabakh region.¹⁵

This is the fact of the recognition of the occupation of Nagorno-Karabakh by the Republic of Armenia in the level of Council of Europe. In addition to the above mentioned sentence, the Assembly has also reaffirmed the followings in that resolution: 1) secession of a regional territory from a state may only be achieved through a lawful and peaceful process based on the democratic support of the inhabitants of such territory but not in the wake of an armed conflict leading to ethnic expulsion and the de facto annexation of such territory to another state; 2) the occupation of foreign territory by a member state constitutes a grave violation of that state’s obligations as a member of the Council of Europe; 3) it also reaffirmed the right of displaced persons from the area of conflict to return to their homes safely and with dignity.¹⁶

There are also other facts defined by neutral parties that determines the personality of the occupier. For example, the International Crisis Group (*hereinafter* - ICG), which is a non-governmental and non-profit organization whose aim is the preventing war and shaping peace, has prepared the Europe Report No. 166, called “Nagorno-Karabakh: Viewing the conflict

¹³ Explanatory Memorandum of the Report on the topic “The Conflict over the Nagorno-Karabakh region dealt with by the OSCE Minsk Conference”, para. 2 (2004).

¹⁴ Explanatory memorandum of resolution 1416 of PACE by the Rapporteur, para. 6 (2005).

¹⁵ PACE resolution 1416, para. 1 (2005).

¹⁶ *Id.*, para. 2 (2005).

from the ground” in 2005. In this report, firstly it has defined the number of the members of the military force of the Nagorno-Karabakh and then it has noted that “based on its population, Nagorno-Karabakh cannot sustain such a large force without relying on substantial numbers of outsiders; according to an independent assessment, there are 8,500 Karabakh Armenians in the army and 10,000 from Armenia.”¹⁷

Here, besides the provision of military personnel, provision of weaponry and assistance with military training should also be paid attention to. As ICG has defined,

*There is a high degree of integration between the forces of Armenia and Nagorno-Karabakh. Senior Armenian authorities admit that they give substantial equipment and weaponry. Nagorno-Karabakh authorities also acknowledge that Armenian officers assist with training and in providing specialized skill.*¹⁸

This is the another evidence of the very close relations of Nagorno-Karabakh and the Republic of Armenia in the military issues.

In addition to the above mentioned facts, ICG has also defined that the economy of Nagorno-Karabakh is closely tied to the Republic of Armenia and is highly dependent on its financial inputs.¹⁹ As the economy is one of the crucial factors for the existence of any community, such high dependence of the economy of Nagorno-Karabakh from Armenia means that it cannot exist without the economic assistance of the Republic of Armenia.

Another fact is the use of “Urges the Government of the Republic of Armenia to continue to exert its influence to achieve compliance by the Armenians of the Nagorno-Karabakh region of the Azerbaijani Republic” sentence by SC in the operative paragraphs of Resolution 853.²⁰ Such a sentence obviously shows that SC also recognizes influence of the Republic of Armenia on Nagorno-Karabakh.

So, all of these analyzed facts are the indications of the personality of the actual occupier – the Republic of Armenia. As it is stated in the Human Rights Watch (Helsinki report), Armenian military involvement in Azerbaijan makes Armenia a party to the conflict and makes the war an international armed conflict, as between the government of Armenia and Azerbaijan.²¹

In the *Preamble* of the Resolution 853, the SC has reaffirmed the respect for sovereignty and territorial integrity of all States in the region, also the

¹⁷ International Crisis Group, “Nagorno-Karabakh: Viewing The Conflict from The Ground”. Europe Report No. 166, 9 (2005).

¹⁸ *Id.*, 10 (2005).

¹⁹ *Id.*, 12 (2005).

²⁰ Security Council Resolution 853, para. 8 (1993).

²¹ Human Rights Watch/Helsinki, *Seven Years of Conflict in Nagorno-Karabakh*, 127 (1994).

inviolability of international borders and the inadmissibility of the use of force for the acquisition of territory.²² Inclusion of such sentences to the *Preambulas* of resolutions shows that SC draws attention to these principles of international law, which were violated in the related conflict. In early 1990's, the Republic of Armenia being irrespective to the principles of international law, broke the borders of Azerbaijan Republic, and used force for the separation of the Nagorno-Karabakh from Azerbaijan Republic and acquisition of it to the Republic of Armenia as discussed above. So, reaffirmation of these principles define precisely the intent of SC for the adoption of these resolutions, which is the provision of the respect for the territorial integrity and sovereignty of Azerbaijan Republic.

The SC in its 853 Resolution has noted that it “condemns the seizure of the district of Aghdam and of all other recently occupied areas of the Azerbaijan Republic, and further condemns all hostile actions in the region, in particular, attacks on civilians and bombardments of inhabited areas”.²³ The important point in this sentence is that the SC recognizes the seizure and occupation of Aghdam and other recently occupied territories of the Azerbaijan Republic and also it affirms that the civilians and inhabited areas were attacked.

One of the other main issues regarding the “Language Criteria” in this Resolution is the use of the word “to demand” that importantly affects the language of the Resolution. In the operative paragraphs of the Resolution 853, SC has noted that it “demands the immediate cessation of all hostilities and the immediate complete and unconditional withdrawal of the occupying forces involved from the district of Aghdam and all other recently occupied areas of the Azerbaijan Republic”.²⁴ In the Cambridge English Dictionary, the word “to demand” is defined as “to ask for something forcefully, in a way that shows that you do not expect to be refused”.²⁵ And in the English Oxford Living Dictionary this word is described as “to ask authoritatively or brusquely”.²⁶ This means that when SC made this Resolution, it had an exact intent of the realization of the request of this sentence and it ordered the immediate cessation of all hostilities and the withdrawal of all occupying forces from the occupied areas of Azerbaijan Republic.

The analysis of the language of the Resolution 853 of SC shows that this resolution has a binding character because of the correlated meanings of its sentences. The SC, firstly, reminds the principles of international law, condemns the seizure of the territories of the Azerbaijan Republic, and

²² Preambula of SCR 853, para. 8 and 9 (1993).

²³ *Supra* note 21, para. 1.

²⁴ *Id.*, para. 3.

²⁵ Cambridge Dictionary, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/demand> (last visited 30 Mar. 2019).

²⁶ See at <https://en.oxforddictionaries.com/definition/demand> (last visited 30 Mar. 2019).

demands the immediate and unconditional withdrawal of all occupying forces therefrom. So, the second criteria for bindingness of SCR is provided in the Resolution 853 of the SC on Nagorno-Karabakh.

C. “Acting under Chapter VII of the Charter of UN”

When the resolutions of SC which are accepted by the world community as the binding ones are analyzed, many of them contains the sentence like “Acting under Chapter VII of the Charter of UN” in the *Preambula*. Concerning the Resolution 853 on Nagorno-Karabakh, it should be noted that such a sentence was not indicated in its *Preambula*. However, the ICJ in its advisory opinion on Namibia notes that:

It has been contended that Article 25 of the Charter applies only to enforcement measures adopted under Chapter VII of the Charter. It is not possible to find in the Charter any support for this view. Article 25 is not confined to decisions in regard to enforcement action but applies to “the decisions of the Security Council” adopted in accordance with the Charter.²⁷

As it is mentioned above, article 25 of the Charter is about the realization of the decisions of SC and it definitely demands all the parties of the Charter to realize these decisions. Non-inclusion of the “Acting under Chapter VII of the Charter of UN” sentence to the Resolution 853 could make it non-binding one, but this opinion of ICJ denies such criteria for the bindingness of SCR. This means that non-inclusion of such a sentence to the resolution does not affect the bindingness of this resolution and does not make it non-binding one.

Conclusion

In this article, the conditions for the bindingness of the resolutions of SC are defined on the base of the Charter of UN (Breach of peace), practice and the advisory opinion of ICJ on Namibia (Language of SCR). The analysis of the practice and these conditions of bindingness shows that the SCR 853 on Nagorno-Karabakh can be defined as a binding resolution because of the following reasons: 1) the military aggression of the Republic of Armenia has caused the invasion of the Nagorno-Karabakh and 7 adjacent districts thereof, has caused the death of thousands people and has endangered the peace; 2) when the language of the resolutions is analyzed the recognition of the occupation by the SC and the exact intention of SC on the withdrawal of the armed forces from the occupied territories of the Azerbaijan Republic is obviously seen; 3) even though the sentence like “Acting under Chapter VII of the Charter of UN” is not noted in them, the advisory opinion of ICJ states that bindingness is not only applied to the Chapter VII enforcement actions

²⁷ *Supra* note 12, para. 113.

and non-inclusion of such a sentence does not affect the bindingness of the concerned resolution. This means that the conditions for bindingness of SCR are provided in the Resolution 853.

The bindingness of this resolution means that it must be realized by concerned parties of the conflict. Accordingly, the conclusion of this article is that this resolution has binding character and the parties to the discussed conflict has to carry out what this resolution demands from them.

At the end of this article, I want to note my two important suggestions regarding the above analyzed issues. The first suggestion of mine is the amendment of the "local Armenian forces" wording with the "military forces of the Republic of Armenia", because of the facts that are defined in the "Language of SCR" criteria. Additionally, my second suggestion is the reconsideration of the Resolution 853 because of the fact that thousands of people have been made to leave their childbirth areas as a result of this conflict, and they still cannot go to those places, however, the binding character of this resolution can be proved by the international community as this article does, and this binding resolution can make the occupiers withdraw their forces from Nagorno-Karabakh.

*Jalə Bayramova**

HANSI MÜLKİ HÜQUQ VƏ VƏZİFƏLƏR ƏDALƏTLİ MƏHKƏMƏ ARAŞDIRMASI HÜQUQU İLƏ QORUNUR?

Annotasiya

Bu məqalə vətəndaşların hüquq və azadlıqlarının qorunmasının beynəlxalq təcrübəsinə həsr olunub. Məqalədə İnsan hüquqları və azadlıqlarının müdafiəsi haqqında Avropa Konvensiyasının (Bundan sonra – Konvensiya) ədalətli məhkəmə hüququndan bəhs edən 6-cı maddəsinin 1-ci hissəsində təsbit edilən “mülki hüquq və vəzifələr” anlayışının xarakteristikası verilir, eləcə də hansı pozuntuların həmin maddənin əhatə dairəsinə düşdüyü izah olunur. Bununla yanaşı, bu yazıda Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsinin məhkəmə təcrübəsindən çıxış edərək vətəndaş və dövlət arasında olan münasibətlərin hansı hallarda Konvensiyanın 6-cı maddəsinin əhatə dairəsinə düşdüyü praktiki misallarla aydınlaşdırılır.

Bu məqalədən Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsinə şikayət hazırlayanlar, müraciət prosedurlarını öyrənmələr və eyni zamanda hüquq sahəsində təhsil alanlar faydalana bilərlər.

Abstract

In this article, the author discusses the international practices related to the protection of human and civil rights and fundamental freedoms. The article determines when a person's "civil rights and obligations" falls within Article 6 of the European Convention on Human Rights, and which characteristics should the rights and obligations have to be considered. Furthermore, the author addresses the case law of the European Court of Human Rights, and explains when state action determining civil law and obligations falls into Article 6 of the Convention.

The paper is open source for those individuals who prepare complaints to submit to the European Court of Human Rights, desire to study appeal procedures and at the same time, study in the field of law.

Mündəricat

Giriş	244
I. Məhkəmənin “mülki hüquq və vəzifələr” anlayışına muxtar yanaşması.....	245
II. Mülki hüquq və vəzifələr anlayışının tərkibinə daxil olan hüquqlar hansı xarakterə sahib olmalıdır?	246
III. Vətəndaşlararası münasibətlərdəki mübahisələr	247
IV. Dövlət və vətəndaş arasındakı mübahisələr nə zaman 6-cı maddənin əhatə dairəsinə düşür?	248
V. Daha da genişləndirmə?	250

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

Nəticə.....251

Giriş

Konvensiya bir sıra birinci nəsil hüquqları tənzimləyir. Bunlardan biri də bir çox ərizələrin əsaslandığı 6-cı maddədir. Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsinə (Bundan sonra – *Məhkəmə*) göndərilən müraciətlər üçün qəbul edilənlik şərtləri müəyyən olunmuşdur. Ərizələr Konvensiyasının və onun Əlavə Protokollarının maddələrinə əsaslanmadıqda (*ratione materie*) Məhkəmə tərəfindən qəbul edilməyən hesab olunur.¹ Bu səbəbdən Konvensiyanın müxtəlif maddələrində əks olunan hüquqların əhatə dairəsinin müəyyən edilməsi böyük əhəmiyyət daşıyır.

Konvensiyada təsbit olunan hüquqlardan biri də ədalətli məhkəmə araşdırması hüququdur.² Bu hüququn əhatə dairəsi geniş və bir o qədər də aydın olmadığına görə həm ərizəçilər, həm də vəkillər üçün çətinlik törədir.

İnsan hüquqları və azadlıqlarının müdafiəsi haqqında Avropa Konvensiyanın ədalətli məhkəmə araşdırması hüququndan bəhs edən 6-cı maddəsinin 1-ci bəndində qeyd olunur ki:

“Hər kəs onun mülki hüquq və vəzifələri müəyyən edilərkən ... qanun əsasında yaradılmış müstəqil və qərəzsiz məhkəmə vasitəsilə, əğlabatan müddətdə işinin ədalətli və açıq araşdırılması hüququna malikdir. Məhkəmə qərarı açıq elan edilir, lakin demokratik cəmiyyətdə əxlaq, ictimai qayda və ya milli təhlükəsizlik mülahizələrinə görə, həmçinin yetkinlik yaşına çatmayanların maraqları və ya tərəflərin şəxsi həyatının müdafiəsi bunu tələb etdikdə yaxud məhkəmənin fikrincə aşkarlığın ədalət mühakiməsinin maraqlarını poza biləcəyi xüsusi hallar zamanı ciddi zərurət olduqda mətbuat və ictimaiyyət bütün proses boyu və ya onun bir hissəsində məhkəmə iclasına buraxılmaya bilər.”

Konvensiyanın qeyd olunan maddəsinin 1-ci hissəsində mühakimə standartları nəzərdə tutulmuşdur. Bunlar qanun əsasında yaradılmış müstəqil məhkəmə tərəfindən qərəzsiz, əğlabatan müddətdə, açıq, çəkişməli, tərəflərin bərabərliyi təmin edilən, çatımlı, qanunsuz yolla əldə edilmiş sübutlardan istifadə edilməyən, əsaslandırılmış qərarla bitən, ədalətli məhkəmə araşdırması prosesi kimi standartlardır. Qeyd olunan standartlar bütün hüquqlar üçün deyil, yalnız “mülki” hüquq və vəzifələr baxımından tətbiq olunur. Buna görə də, 6-cı maddənin pozuntusuna istinad edə bilmək üçün pozulduğu iddia edilən hüququn “mülki” hüquq anlayışının tətbiq dairəsinə düşməsi lazımdır. Lakin qeyd olunan maddə “mülki hüquq və vəzifələr”in əhatə dairəsinə özündə əks etdirmir. Bunu yalnız Məhkəmənin qəbul etdiyi qərarlardan çıxan nəticə əsasında müəyyən etmək mümkün olur. Bu baxımdan da bu məqalədə məhkəmənin “mülki

¹ Avropa İnsan Hüquqları Konvensiyası, mad. 35.3 (1950).

² Yenə orada, mad. 6.1.

hüquq və vəzifələr” anlayışına muxtar yanaşmasından,³ bu anlayışın tərkibinə daxil olan hüquqların hansı xarakterə malik olmasından, vətəndaşlar arasında mübahisələrdən, dövlət və vətəndaş arasında olan hüquqların hansı hallarda 6-cı maddənin əhatə dairəsinə düşməsindən bəhs olunur.

I. Məhkəmənin “mülki hüquq və vəzifələr” anlayışına muxtar yanaşması

Məhkəmənin təcrübəsində baxılan işlərdə özünü məhdudlaşdıran və məhkəmə aktivizmi⁴ təfsir üsullarından istifadə edilir. Hər bir məsələyə fərdi yanaşan məhkəmə həm Avropa Şurasına üzv dövlətlərin qanunvericiliklərini və qeyd olunan hüquq pozuntusuna yanaşmasını, həm də Konvensiyanın məqsədlərini və işin hallarını nəzərə alaraq hansı növ təfsir ilə yanaşacağına qərar verir. Məhkəmənin verdiyi qərarlar digər dövlətlər üçün, həm də bu sahədə ədalətli mühakimə işinin necə davam etdirilməsi üçün “mayak” rolunu oynayır. Hər bir qərara görə üzv dövlətlər milli qanunvericiliklərini uyğunlaşdırmalı və eyni hallar üzrə digər pozuntuların baş verməsinin qarşısını almalıdır. Nəzərə alsaq ki, 43 üzv dövlətin fərqli qanunvericilikləri və anlayışları mövcuddur, Məhkəmə hər bir anlayışa uyğun işlərə baxsa, həm həmin məhkəmə işləri öz “mayak” rolunu itirər, həm də Məhkəmənin işini çətinləşdirər. Əlavə olaraq dövlət öz qanunvericiliyindəki dar anlayışlardan sui-istifadə edərək şəxslərin hüquqlarını məhdudlaşdırmağa bilər. Məsələn, “işgəncə” konsepti A ölkəsi üçün yalnız qeyri-insani rəftarla məhdudlaşa bilər, B ölkəsi üçün isə həm də şərəf və ləyaqəti alçaldan rəftarda ola bilər. Hər ölkənin anlayışı ilə yanaşsaq, A ölkəsi vətəndaşlarının hüquqları, B ölkəsi vətəndaşlarının hüquqlarından daha limitli olacaqdır. Belə bir problemin qarşısını almaq üçün məhkəmə muxtar yanaşma⁵ anlayışını ortaya qoymuşdur.⁶ Hər bir məhkəmə işində fərqli ölkələrin qanunvericiliklərindəki anlayışlardan əlavə əsas anlayışlara məna verilir. Məsələn, “cinayət” və “tutulma” anlayışı *Engel və digərləri Niderlanda qarşı* məhkəmə işində, “şahid”, “mənzil”, “mülkiyyət”, “cinayət ittihamı” və digər anlayışların hər biri də fərqli-fərqli işlərdə öz əksini tapmışdır. Bu verilən anlayışlardan ən çox profillisi Konvensiyanın 6-cı maddəsinin ilk cümləsində öz əksini tapmış “mülki hüquq və vəzifələr” anlayışıdır.⁷ Məhkəmə tərəfindən izah olunan “mülki hüquq və vəzifələr” anlayışı bəzi hallarda üzv dövlətlərin milli qanunvericiliyindəki anlayışdan

³ Georgiadis Yunanıstana qarşı, Qərar, AİHM, para. 34 (1997).

⁴ Masa Marochini, *The Interpretation of the European Convention on Human Rights*, 63-84 (2014).

⁵ Bəzi ədəbiyyatlarda *avtonom yanaşma*.

⁶ David Harris, Michael O'Boyle, Edward Bates, and Carla Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, 20 (4th ed. 2018).

⁷ AİHK-in 6-cı maddəsi üzrə Təlimat (mülki hüquqi aspekt), 8 (2016).

fərqlənə bilir.⁸ 1997-ci il 29 May tarixində qərar verilmiş *Georgiadis Yunanıstana qarşı* məhkəmə işinin 34-cü bəndində qeyd olunur ki:

“Mülki hüquq və öhdəliklər” anlayışı yalnız üzv dövlətlərin daxili qanunvericiliyinə istinad edilərək şərh edilmir və 6-cı maddənin 1-ci hissəsi mübahisənin həllini tənzimləyən və yurisdiksiyası müəyyən edilən dövlət orqanının xarakterindən asılı olmayaraq tətbiq edilir.”⁹

Konvensiyanın qəbulu zamanı maddə barədə müzakirələr aparılarkən “mülki hüquq və vəzifələr” anlayışı dedikdə xüsusi hüquqda göstərilən vətəndaşlar arasındakı mülki hüquqları əks etdirən hüquq və vəzifələr başa düşülürdü.¹⁰ Bu səbəbdən vətəndaş və dövlət arasında baş verən və mülki xarakterə sahib olan inzibati mübahisələr 6-cı maddənin əhatə dairəsindən kənar qalırdı. Aydın ki, Konvensiyanın əsas məqsədi üzv dövlətləri pozuntuya yol verməkdən çəkindirməkdir. Konvensiyanın məhz bu məqsədini nəzərə alan Məhkəmə şəxslərin hüquq və azadlıqlarını qorumaq üçün “mülki hüquq və vəzifələr” anlayışını genişləndirmiş və, ümumilikdə, bütün hüquq və vəzifələrin xarakterini müəyyən edən şərtlər qəbul etmişdir.

II. Mülki hüquq və vəzifələr anlayışının tərkibinə daxil olan hüquqlar hansı xarakterə sahib olmalıdır?

Məhkəməyə görə, xarakterinə, müvafiq üzv dövlətlərin daxili qanunvericiliklərində öz əksini tapmasına görə və Vahid Avropa anlayışı (Avropa Konsensusu)¹¹ nəzərə alınaraq mülki hüquqların Konvensiyanın 6-cı maddəsinin əhatə dairəsinə düşüb-düşməməsinə dair qərar verilir. Qısaca olaraq qeyd edək ki, Konvensiya digər insan hüquqları konvensiyalarına nisbətən milli hüquqa daha tez təsir göstərən beynəlxalq hüquqi sənəd olduğu üçün üzv dövlətlər onu qəbul edərkən dövlətlərin tərəf olduğu inzibati hüquq münasibətlərini ədalətli məhkəmə hüququndan kənar tutmaq istəmişdilər. Düzdür, məhkəmənin özü zamanla mülki hüquq və vəzifələrin dairəsini genişləndərək bəzi inzibati hüquq və vəzifələri də bu anlayışa aid çalışmışdır. İndi də Məhkəmənin təfsirinə görə mülki hüquq və vəzifələri xarakterinə göz ataq:

Birinci, Konvensiyadakı “mülki hüquq və vəzifələr” anlayışına fikir verdikdə pozuntunun xarakterini analiz etməyə ehtiyac vardır.¹² Pozuntunun xarakteri məsələsi daha çox dövlət və şəxslər arasında olan inzibati xarakter daşıyan işlərdə nəzərdən keçirilir. Xüsusi hüququn xarakterinə oxşar ümumi hüquqa aid olan məsələlər (pul, mülkiyyət, sosial müdafiə, sosial müavinət və digər), yəni vətəndaşlar və dövlət arasında baş

⁸ Ringeyzen Avstriyaya qarşı, Qərar, AİHM, para. 94 (1971).

⁹ Yuxarıda istinad 3.

¹⁰ Yuxarıda istinad 6, 381.

¹¹ Köniq Almaniyaya qarşı, Qərar, AİHM, para. 89 (1978).

¹² Yenə orada, para. 90.

verən mübahisələr xüsusi hüquqi xarakter daşdıqda 6-cı maddənin əhatə dairəsinə düşür.¹³ Burada önəmli olan aspekt odur ki, ya sözügedən dövlət qurumları mülki hüquqlara malik qurum qismində çıxış edir¹⁴, ya da onların qərarlarının nəticəsi xüsusi hüquqda nəzərdə tutulmuş hüquq və vəzifələr üçün həlledici rol oynayır.¹⁵

İkinci, Məhkəmə Avropa Şurası üzv dövlətlərinin Vahid Avropa anlayışını nəzərə alır.¹⁶ Məhkəmənin əsas məqsədlərindən biri Avropa Şurasının məqsədləri ilə üst-üstə düşür. Bu, üzv dövlətlər arasında birliyə nail olmaqdan ibarətdir. Belə bir birlik dedikdə nəinki iqtisadi, siyasi, həm də hüquq sahəsində birliyi nəzərdə tutur.¹⁷ Muxtar yanaşma Avropa konsensusunu güdən aktiv bir təfsir metodudur. Burada məqsəd ondan ibarətdir ki, Avropa Şurasında tətbiq ediləcək vahid anlayışlar yaradılsın. Bu anlayışlar qəbul edildikdə, yəni hər dəfə daha bir məsələni 6-cı maddənin əhatə dairəsinə daxil etdikdə Məhkəmə Avropa Şurası üzv dövlətlərinin vahid şəkildə qəbul etməsini istədiyi anlayışları verir. Burada bir çox dövlətdə artıq həmin anlayışların yer tapması vacibdir. Yalnız bu halda, yəni Avropa konsensusunu əldə etdikdə yeni anlayışı ortaya qoymaq mümkündür.

Üçüncü, Məhkəmə müvafiq dövlətin qanunvericiliyinə əhəmiyyət verir. Yalnız yuxarıda deyildiyi kimi bu şərt tək formada bəhs edilən hüququn Konvensiyanın 6-cı maddəsinin əhatə dairəsinə düşüb-düşmədiyini müyyən etmir. Bu şərt *Köniq Almaniya Federativ Respublikasına qarşı* işinin 89-cu bəndində Məhkəmə tərəfindən belə izah olunur:

“Konvensiyanın mənası çərçivəsində hər hansı hüququn mülki hüquq hesab edilib-edilməməsi həmin hüququn hüquqi tövsifi əsasında deyil, müvafiq dövlətin daxili qanunvericiliyində daşdığı maddi məzmunu və doğurduğu nəticələr əsasında müəyyən edilməlidir.”

Bu üç şərtin hər birini ödədikdə həmin mübahisə “mülki hüquq və vəzifələri” əks etdirən mübahisə kimi qəbul edilir.

III. Vətəndaşlararası münasibətlərdəki mübahisələr

Məhkəmə ilk əvvəllər yalnız fiziki şəxslər arasındakı qarşılıqlı münasibətlərdə onların hüquq və vəzifələrinin bütün hallarda mülki hüquq və vəzifə olduğuna qərar vermişdi.¹⁸ Bu münasibətlər müqavilə hüququ,¹⁹

¹³ Yəni orada, para. 95.

¹⁴ Yəni orada.

¹⁵ H. Fransaya qarşı, Qərar, AİHM, para. 47 (1989).

¹⁶ Yuxarıda istinad 11.

¹⁷ Statute of the Council of Europe, art. 1 (1949).

¹⁸ Nula Moul və Katarina Harbi, İnsan Hüquqları haqqında Avropa Konvensiyasının 6-cı maddəsinin tətbiqinə dair məlumat kitabçası, No. 3, 14 (2016).

¹⁹ Yuxarıda istinad 8.

kommersiya hüququ²⁰, delikt hüququ,²¹ ailə hüququ,²² əmək hüququ²³ və mülkiyyət hüququ²⁴ xarakterinə sahib olmalı idi.

Yuxarıda sadalanan hər bir hüquq sahəsində mülki hüquqi xarakter olduğuna görə onlar Konvensiyanın 6-cı maddəsinin tərkib hissəsinin əhatə dairəsinə düşür.

Bu da onu əsas gətirir ki, yerli qanunvericilikdə təsdiqini tapmış hüquqların “mülki hüquq və vəzifələr” anlayışı kimi Məhkəmə tərəfindən qəbul edilməsi üçün yerli qanunvericilikdəki həmin anlayışlar Məhkəmənin irəli sürdüyü avtonom yanaşmaya uyğun olmalıdır.

İşin xarakteri də əhəmiyyətli rol oynayır. Ringeyzen Avstriyaya qarşı işinin 16-cı bəndində Məhkəmə bu cür bildirir:

Buna görə də hər hansı məsələnin necə (mülki, kommersiya, inzibati hüquq və s. əsasında) tənzimlənməli olduğunu müyyən edən qanunvericiliyin və məsələni həll etmək səlahiyyətinə malik olan orqanın (ümumi məhkəmə, inzibati orqan və s.) xarakteri az əhəmiyyət daşıyır.”

IV. Dövlət və vətəndaş arasındakı mübahisələr nə zaman 6-cı maddənin əhatə dairəsinə düşür?

Bu hissədə yuxarıda sadalanan şərtlər nümunələrlə daha detallı şəkildə nəzərdən keçiriləcəkdir.

6-cı maddənin əhatə dairəsinə düşən işlərin predmetinə nəzər yetirdikdə bəzi əsas götürülən şərtlər diqqəti çəkir. Əgər həmin predmet mülkiyyətlə bağlı olsa (və ya mülkiyyət hüququ ilə birbaşa əlaqədirdə), kommersiya məqsədi ilə məşğul olmaq hüququna şamil olunursa, sosial sığorta və müavinət və pulla əlaqədirdə (kompensasiya, şəxsə dəyən ziyan), ailədə dövlətlə əlaqəli məsələlərə toxunursa (uşağın dövlət himayəsinə verilməsi²⁵) və digər hallarda dövlətlə vətəndaş arasında olan münasibət xaraktercə fərdi şəxslər arasındakı mübahisələrlə oxşar olur. Yəni burada xüsusi hüquq sisteminin əlamətləri ümumi hüquq sisteminin əlamətlərinə nisbətən üstünlük təşkil etməli,²⁶ iddia tələbləri ən azı maddi xarakterə sahib olmalı və maddi hüquqların pozuntusu ilə əlaqələndirilməlidir.

Dövlətlə şəxs arasında yaranan mübahisələr nəticəsində vətəndaşın maddi hüquq və vəzifələri yaranırsa:

Maddi hüquq və vəzifələr pulla bağlı olan, nəticəsində maddiyyat olduğu üçün mülki hüququn aspektinə düşür. Burada iki şərt öz əksini tapır. İlk öncə, baxılır ki, hüquq maddi hüquq və vəzifədir, ya yox, əgər deyilsə, ikinci

²⁰ Edifikasyon Març Qalyeqo İspaniyaya qarşı, Qərar, AİHM, para. 30-37 (1998).

²¹ Golder Birləşmiş Krallığa qarşı, Qərar, AİHM, para. 40 (1971).

²² Rasmussen Danimarkaya qarşı, Qərar, AİHM, para. 31-32 (1984).

²³ Buchholz Almaniya Federativ Respublikasına qarşı, Qərar, AİHM, para. 45-52, (1981).

²⁴ Pretto və başqaları İtaliyaya qarşı, Qərar, AİHM, para. 9, 19 (1983).

²⁵ Olsson İsveçə qarşı, Qərar, AİHM, para. 88 (1988).

²⁶ Yuxarıda istinad 6, 380-381.

növbədə dövlətin qərarı maddi hüquq və vəzifələrə yol açır, ya yox.²⁷ Bu hüququ başa düşə bilmək üçün vergi misalına üz tuturuq. Əslində Məhkəmənin şərhinə görə, verginin təyin olunmasında onun nisbəti və vergi mükəlləfiyyəti 6-cı maddənin əhatə dairəsinə düşmür. Çünki verginin təyin olması, miqdarının müəyyən edilməsi dövlətin funksiyalarını yerinə yetirməsi üçün əsasdır. Milli qanunvericilikdəki qanuni əsaslar Məhkəmə tərəfindən mübahisə olunmasa da, qanunun səhv tətbiqi nəticəsində yaranmış mübahisələr 6-cı maddənin əhatə dairəsinə düşəcəkdir. Burada publik hüquqi xarakter xüsusi hüquqi xarakterdən daha üstündür. Lakin verginin yanlış hesablanması kimi məsələlər 6-cı maddənin xarakterinə düşür. Çünki burada nəticə vətəndaş maddi hüququ və vəzifələr üçün həlledicidir. Məsələn, şəxs verginin yanlış hesablanmasına görə əlavə miqdarla yüklənib. Bu hallarda vətəndaşın üzərinə qoyulmuş bəzi öhdəliklərin götürülməsi tələb olunur.

Bununla yanaşı ictimai hüquq sahəsinə daxil olan digər mübahisələrdə bu maddənin əhatə dairəsindədir. Məsələn, özəl klinikanın işlədilməsi,²⁸ tikinti icazəsi,²⁹ peşə fəaliyyətini həyata keçirmək şərtləri ilə bağlı inzibati icazə,³⁰ lisenziya,³¹ peşə xəstəliyi və ya qəzasına görə təzminat ödənilməsi³² və digərləri.

Lisenziya mübahisələri: Lisenziyanın verilməsi, onun dayandırılması və ya ləğvinin şərtləri dövlətin funksiyasının yerinə yetirməsi üçün vacib olsa da, sahibkarlıq hüququna toxunduğuna görə lisenziyanın verilməsi barədə məhkəmə mübahisəsi zamanı baş verə biləcək pozuntular nəticə etibarilə şəxsin maddi hüquq və vəzifələrinə aid olunur. Onun lisenziyadan ala biləcəyi gəlirin qarşısını alır. Bu səbəbdən 6-cı maddənin əhatə dairəsinə düşür.

Maraqlı bir məqam odur ki, lisenziyanın verilməsi ilə onun dayandırılması və xitam verilməsi arasında fərq vardır. Lisenziya dayandırıldıqda və ya ona xitam verildikdə müəssisənin maddi qazancının qarşısı alınır.³³ Yəni həmin şəxsin lisenziyanı istifadə edib qazanc əldə edəcəyi ilə bağlı "legitim gözləntisi" mövcuddur. Lakin lisenziya verilmədikdə burada əslində heç bir maddi qazancın qarşısı alınmır. Çünki lisenziya verildikdən sonra həmin müəssisənin işləyib qazanc əldə edəcəyi mübahisəlidir.

²⁷ Yəni orada, 383.

²⁸ Yuxarıda istinad 11, para. 94-95.

²⁹ Sporrong və Lönnroth İsveçə qarşı, Qərar, AİHM, para. 79 (1982).

³⁰ Benthem Hollandiyaya qarşı, Qərar, AİHM, para. 36 (1986).

³¹ İastridis Yunanıstana qarşı, Qərar, AİHM, para. 67 (1999).

³² Chaudet Fransaya qarşı, Qərar, AİHM, para. 30 (2009).

³³ Yuxarıda istinad 31.

Dövlət rəsmiləri tərəfindən yol verdiliyi iddia edilən pis rəftara görə təzminatın tələb edilməsi³⁴ maddi xarakterinə görə 6-cı maddənin əhatə dairəsinə düşür. Məsələn, *X Fransaya qarşı* işdə Məhkəmə bildirir:

“Baxmayaraq ki, məsələnin detalları Fransada ümumi hüquqa aiddir, dövlətin yol verdiyi pozuntunun nəticələri maddi hüquq və vəzifələri əhatə edir, yəni fiziki zərərə görə veriləcək maddi kompensasiyaya aiddir.”

Bu kimi kompensasiyaların ödənilməsi, həmçinin qanunsuz tutulma, müqavilənin pozulması, məhkəmə prosesinin səbəbsiz gecikdirilməsi, polis tərəfindən pis rəftara görə veriləcək kompensasiya hallarına da aiddir.³⁵

Dövlət qulluğuna qəbul, dövlət qulluğunda irəliləmə, dövlət qulluğunda tənbeh məsələləri hələ də 6-cı maddənin əhatə dairəsinə daxil deyil.³⁶ Habelə immiqrasiya və vətəndaşlıq məsələləri, pulla ölçülməyən və ya vətəndaş birbaşa inzibati aktın təsiri ilə əmlak itkisinə məruz qoymayan inzibati hüquq mübahisələri də 6-cı maddənin əhatə dairəsinə düşür.³⁷

Mülkiyyətə aid olan şəxs və dövlət arasındakı bütün mübahisələr 6-cı maddənin əhatə dairəsinə düşür. Çünki mülkiyyətin maddi dəyəri vardır. Bundan əlavə maddi hüquq və vəzifələr nəticəsinə gəlidiyi üçün cinayət prosesindəki mülki iddialar da³⁸ 6-cı maddənin əhatə dairəsinə düşür.

Konvensiyanın 6-cı maddəsinin əhatə dairəsinin geniş olduğunu sübut edən aspektlərdən biri isə buraya sosial müavinət və sosial müdafiə hüquqlarının da aid olmasıdır. İlk dəfə *Feldbrugge Niderlanda qarşı* və *Deumeland Almaniyaya qarşı* işlərində Məhkəmə xüsusi hüquq aspektinin ümumi hüquq aspektindən daha geniş olduğu qərarına gəlmişdir. Hər bir vətəndaşın maddi cəhətdən bərabər olmasını hədəfləyən Məhkəmə 6-cı maddənin əhatə dairəsinə bu cür genişləndirərək bu hüquqların həm iqtisadi, həm də maddi xarakteristikaya uyğun olduğunu bildirmişdir. Məsələn, social sığorta müavinətləri,³⁹ məcburi sosial sığorta ödəmələri,⁴⁰ peşə xəstəliyi ilə bağlı məhkəmə prosesləri⁴¹ və s. kimi münasibətlər bu qəbildəndir.

V. Daha da genişləndirmə?

Belə hesab edirəm ki, şərtlərdən biri kimi göstərilən Avropa Konsensusu əslində istifadə ediləcək anlayışın gələcək taleyini həll edir. Əgər üzv

³⁴ Aksoy Türkiyəyə qarşı, Qərar, AİHM, para. 92 (1986).

³⁵ Yuxarıda istinad 6, 385.

³⁶ F. Mehdiyev, *Nəzəriyyə və Təcrübədə İnsan Hüquqları*, 135 (2013).

³⁷ Pellegrin Fransaya qarşı, Qərar, AİHM, para. 53-56 (2000).

³⁸ *Bax*, Perez Fransaya qarşı, Böyük Palata Qərarı, AİHM, para. 70 və 71 (2004); Sigalas Yunanıstana qarşı, Qərar, AİHM, para. 29 (2005); Gorou Yunanıstana qarşı, Böyük Palata Qərarı, AİHM, para. 24 (2009).

³⁹ Salesi İtaliyaya qarşı Qərar, AİHM, para. 19 (1993).

⁴⁰ Schouten və Meldrum Niderlanda qarşı Qərar, AİHM, para 48 (1994).

⁴¹ Eternit Fransaya qarşı, Palata Qərarı, AİHM, para. 32 (2012).

dövlətlərin konsensusu olduqda digər hüquqlar da artıq Konvensiyanın 6-cı maddəsinin əhatə dairəsinə düşə bilər. Ümumilikdə, Məhkəmə genişləndirici təfsirdən istifadə edərək hər zaman hüquq və azadlıqların çərçivəsinə daha çox hüquqlar əlavə etmişdir. Zaman keçdikcə və yeni-yeni hüquqlar ortaya çıxdıqca onların da bu maddənin əhatə dairəsinə düşmə ehtimalı önəmli rol oynayır. Ədalətli məhkəməyə araşdırmasına nail olmadan Konvensiyadakı hüquqlar müdafiə oluna bilməz. Məhz bu səbəbdən yuxarıda sadalanan maddənin dairəsinə düşən məsələlərlə yanaşı, Konvensiyada öz əksini tapmış hüquqlarla bağlı mübahisələr də ədalətli məhkəmə araşdırması hüququnu təmin etmək üçün mülki hüquq və vəzifələr adlanır. Nəzərə almaq lazımdır ki, yeni protokollar əlavə olunur. Əlavə olunacaq yeni protokollar da 6-cı maddənin əhatə dairəsinə düşməlidir. Ümumilikdə, ədalətli məhkəmə hüququ şərti hüquqdur: həm mütləq, həm də nisbi rol oynayır. Konvensiyanın 6-cı maddəsinin institusional⁴² təminatları mütləq olduğu halda, prosedural⁴³ təminatlar nisbidir. Bu səbəbdən mütləq təminatlar hər bir hüququn məhkəmə tərəfindən aydınlaşdırıldığı halda təmin olunmalıdır. Konvensiya əslində çox limitli xarakter daşıyır, belə ki, yalnız protokollar əlavə olunmaqla şəxslərə yeni hüquqlar verilə bilər. Bu da o deməkdir ki, artıq dövlətlər hər hansısa insan hüquqlarını qorumaq istəmirsə, yeni protokolu ratifikasiya etməməklə bundan boyun qaçırmağa bilərlər. Lakin 6-cı maddənin əhatə dairəsinin genişləndirilməsi ən azından institusional təminatların ədalətli məhkəmə araşdırılması zamanı verilən protokolları ratifikasiya etməkdən boyun qaçıran dövlətlərin insan hüquqlarını məhdudlaşdırmasının qarşısını ala bilər.

Bu səbəbdən belə hesab edirəm ki, 6-cı maddənin əhatə dairəsi məqsədlərə uyğun daha da genişləndirilməlidir.

Nəticə

Konvensiyanın 6-cı maddəsində qeyd olunan “mülki hüquq və vəzifələr” elə bir anlayışdır ki, ərizəçiyə nemətlər qazandırır, ona hüquqlar verir (maddi imkanları əldə etmək məqsədilə) və ya ərizəçinin üzrinə əlavə öhdəliklər qoyur. Bu anlayış digərlərindən fərqli olaraq daha geniş əhatə dairəsinə malikdir. Buna səbəb hər bir pozuntunun daxili instansiyalardan keçərək Məhkəməyə göndərilməsidir. Doğrudur, ədalətli məhkəmə hüququ hal-hazırda bütün məsələləri əhatə etmir. Lakin 6-cı maddənin əsas şərtlərindən biri olan “mülki hüquq və vəzifələr” anlayışı klassik hüquq interpretasiyasından kənarıdır, daimi inkişaf edir və əhatə dairəsi çox genişdir. İnzibati hüquqda dövlətlə şəxs arasında olan mübahisələr

⁴² Burada, qanun əsasında yaradılmış, müstəqil və qərəzsiz.

⁴³ Burada, ağlabatan müddət, açıq, ədalətli, çəkişməli, çatımlı, qanunsuz sübut əsasında əldə olunmayan, tərəflərin bərabərliyi təmin olunmuş, əsaslandırılmış qərarla bitən.

nəticəsində vətəndaşın yaranan maddi hüquq və vəzifələri və onun kommersiya fəaliyyətinə təsir edən inzibati orqanın hərəkətləri, hətta cinayət ittihamlarında mülki iddialar, hökumətin yolverdiyi hüquq pozuntuları nəticəsində dəyən zərər, sosial müavinət və sosial müdafiə haqları da anlayışın təsir dairəsinə düşür. Bir çox məsələni maddi dəyər, xüsusi hüquq xarakterinin daha üstün olması ilə bu anlayışın tərkibinə salmaq olur. Məhz bu səbəbdən Konvensiyanın 6-cı maddəsi inkişaf edir və daimi özünü genişləndirir.

Nihad Hüseynov*

QÜSURLU MƏHSULLARA GÖRƏ TƏQSİRSİZ MƏSULİYYƏT: AVROPA HÜQUQU VƏ AZƏRBAYCAN QANUNVERİCİLİYİNİN MÜQAYİSƏLİ TƏHLİLİ

Annotasiya

İstehsalçıların öz qüsurlu məhsullarına görə məsuliyyəti hər bir ölkənin istehlakçıların qorunması siyasətində əsas rol oynayır. 1985-ci ildə qəbul olunan Məhsula görə Məsuliyyət Direktivi bu sahədə Aİ qanunvericiliyinin yekcins müddəalarını müəyyən edir və Avropanın məhsula görə məsuliyyət hüququnun özəyini təşkil edən sərt (təqsirsiz) məsuliyyət prinsipini təcəssüm etdirir. Digər bir sıra qeyri-Aİ ölkələri kimi Azərbaycan Respublikası Aİ-nin məhsula görə məsuliyyət qanunvericiliyinin əsas prinsiplərini mənimsəmiş və bu cür məsuliyyət növünü öz Mülki Məcəlləsinə birləşdirmişdir. Hazırkı məqalə Aİ və Azərbaycan qanunvericiliyinin məhsula görə məsuliyyətlə bağlı müqayisəli təhlilini aparır, Azərbaycanın məhsula görə məsuliyyət hüququndakı çatışmazlıqları və boşluqları ortaya çıxarır və Azərbaycan qanunvericiliyində dəyişikliklər üçün bir sıra təkliflər irəli sürür. Məqalədə, həmçinin məhsula görə məsuliyyət hüququnun həm Aİ-də, həm də Azərbaycanda tarixi inkişafı və sərt məsuliyyət məfhumu müzakirə olunur.

Abstract

Liability of producers for their defective products plays a major role in every country's consumer protection policy. The Product Liability Directive which was adopted in 1985 lays down the uniform provisions of the EU legislation in this regard and embodies the strict (no-fault) liability principle which is at the core of European product liability law. Like many other non-EU countries, the Republic of Azerbaijan has adopted the underlying principles of EU product liability legislation and incorporated that kind of liability to its Civil Code. Present article carries out comparative analysis of EU and Azerbaijani legislations regarding the product liability, reveals shortcomings and loopholes in the Azerbaijani product liability law and puts forward several proposals for amendments in the Azerbaijani legislation. The historical development of product liability law both in EU and Azerbaijan and the concept of strict liability are also discussed in the article.

Mündəricat

Giriş	254
I. Məhsula görə məsuliyyət hüququ nədir?	256
II. Avropa və Azərbaycan hüququnda məhsula görə məsuliyyət	257
A. Avropa hüququnda məhsula görə məsuliyyət	257
B. Azərbaycan hüququnda məhsula görə məsuliyyət	259
III. Sərt məsuliyyət konsepsiyası və paralel məsuliyyət rejimləri	259

* Bakı Dövlət Universiteti, Hüquq fakültəsi, 4-cü kurs SABAH qrupları tələbəsi.

A. Sərt məsuliyyət konsepsiyası	259
B. Paralel məsuliyyət rejimləri	260
IV. Məhsul anlayışı.....	263
A. Avropa hüququ.....	263
B. Azərbaycan hüququ	264
V. Zərərə görə məsuliyyət daşıyan şəxslər	265
A. Avropa hüququ.....	265
B. Azərbaycan hüququ	267
VII. Zərər anlayışı.....	269
A. Avropa hüququ.....	269
B. Azərbaycan hüququ	270
IX. Məsuliyyəti istisna edən hallar.....	271
A. Avropa hüququ.....	271
B. Azərbaycan hüququ	275
Nəticə.....	275

Giriş

Təsəvvür edin ki, mağazaya daxil olaraq şüşə qabda qazlı içki alırsınız. Həmin şüşə qabın qapağını açarkən şüşə partlayır və siz bədən xəsarəti alırsınız. Bu zaman sizə dəyən zərərə görə kim məsuliyyət daşıyır? Siz satıcıya qarşı iddia qaldırmalısınız, yoxsa məhsulun istehsalçısına qarşı? Siz istehsalçının təqsirini sübut etməyə borclusunuzmu?

Bu suallar bizi bu məqalə boyunca haqqında geniş olaraq bəhs edəcəyimiz, ingilis dilli ədəbiyyatda *product liability* adlanan qüsurlu məhsullara görə məsuliyyət (bundan sonra “məhsula görə məsuliyyət”) hüququna yönləndirir.

Məhsula görə məsuliyyət Avropa hüququnda “Üzv Dövlətlərin keyfiyyətsiz məhsullara görə məsuliyyətlə bağlı qanunlarının, qaydalarının və inzibati müddələrinin yaxınlaşdırılması haqqında” Direktiv¹ (bundan sonra “Direktiv”) ilə tənzimlənir.

Bu sənəd qüsurlu məhsulların istehlakçılara vurduğu zərərə görə məsuliyyətlə bağlı yekcins Avropa hüququnu formalaşdırır və özündə təqsirsiz və ya sərt məsuliyyət prinsipini ehtiva edir. Qeyd etmək lazımdır ki,

¹ Council Directive 85/374/EEC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, Official Journal L210 (1985).

ədəbiyyatda təqsirsiz məsuliyyət (no-fault liability) və sərt məsuliyyət (strict liability) prinsipləri sinonim olaraq işlədilir və eyni məfhumu ifadə edir.²

Məhsula görə sərt məsuliyyət prinsipi Azərbaycan qanunvericiliyinə Avropa hüququ təməl alınaraq Azərbaycan Respublikasının Mülki Məcəlləsinin (bundan sonra "MM") 9-cu bölməsinə (mülki hüquq pozuntularından (deliktlərdən) əmələ gələn öhdəliklər) 61-ci fəsil olaraq, "malın, işin və ya xidmətin qüsurları nəticəsində dəyən zərərin əvəzinin ödənilməsi" adı altında daxil edilmişdir.

Bu məqalənin məqsədi də bu sahədə Azərbaycan qanunvericiliyinin əsaslandığı Avropa modeli ilə onun müqayisəli təhlilini aparmaq, Azərbaycan qanunvericiliyindəki boşluqları və çatışmazlıqları aşkar etmək və bununla bağlı qanunvericiliyin təkmilləşdirilməsi üçün təkliflər irəli sürməkdir.

Həmçinin oxucunun diqqətinə çatdırmaq istərdik ki, bu məqalədə məhsula görə məsuliyyətlə bağlı Avropa hüququ ilə Azərbaycan qanunvericiliyinin bütün elementlərinin müqayisəli təhlilini aparmaq demək olar mümkünsüz olduğundan, yalnız ən önəmli hesab etdiyimiz və Azərbaycan qanunvericiliyi daxilində təkmilləşdirilməsi zəruri olan məsələlərə toxunulmuşdur. Lakin qüsurlar anlayışı, sübutetmə yükü və iddia müddətləri kimi önəmli elementlərin müqayisəli təhlili bu məqalədə əhatə olunmamışdır. Ümid edirik ki, bu məqalə gələcəkdə bu mövzu ətrafındakı araşdırmaları stimullaşdıracaq və məqalədəki qeyd etdiyimiz çatışmazlıqlar da növbəti araşdırmalar zamanı müxtəlif müəlliflər tərəfindən aradan qaldırılacaqdır.

Beləliklə, araşdırmamızın nəticəsi olaraq irəli sürdüyümüz iddialar aşağıdakılardır:

1. MM-nin 1128.1-ci maddəsində məhsulun "mal, iş və xidmət" kateqoriyalarına ayrılması ləğv olunmalı, onların əvəzinə yekcins "məhsul" anlayışından istifadə olunmalıdır;
2. Satıcının/icraçının istehsalçı ilə eyni əsaslarla olan məsuliyyəti aradan qaldırılmalıdır;
3. MM-yə malın, işin və ya xidmətin qüsurları nəticəsində dəyən zərərin əvəzinin ödənilməsi kontekstində vurulan zərərlərin əvəzinin ödənilməsi mexanizminə dair normalar əlavə olunmalıdır;
4. MM-nin 1131-ci maddəsində nəzərdə tutulan malın, işin və ya xidmətin qüsurları nəticəsində vurulmuş zərər üçün məsuliyyətdən azad edilmə əsasları Avropa hüququna uyğunlaşdırılmalıdır.

² Biz məqalənin adını müəyyən edərkən ilk baxışdan oxucuya daha aydın olsun deyə "təqsirsiz məsuliyyət" anlayışından istifadə etməyə üstünlük verdik. Lakin xarici ədəbiyyatda "sərt məsuliyyət" anlayışından daha çox istifadə edildiyinə görə biz də məqalənin davamında "sərt məsuliyyət" anlayışını işlətməyə qərar verdik.

I. Məhsula görə məsuliyyət hüququ nədir?

Hüququn bir çox digər sahəsi kimi məhsula görə məsuliyyət hüququnun da əhatə dairəsi olduqca genişdir və onun müəyyən edilməsi asan deyil. Həm ABŞ-da, həm də Almaniyada məhsula görə məsuliyyət bəzən geniş mənada istifadə olunur və həm deliktə, həm də müqaviləyə əsaslanan iddiaları əhatə edir. Bəzən isə o, dar mənada istifadə olunur və yalnız deliktə əsaslanan iddiaları əhatə edir.³ Bu sahədəki ən önəmli müəlliflərdən biri olan Jane Stapleton qeyd edir ki, məhsula görə məsuliyyət ən geniş mənada hüququn məhsulların təchizi ilə əlaqəsi olanların üzərinə bu məhsulların vəziyyətinə görə dəyən zərərlər üçün qoyduğu məsuliyyəti bildirir.⁴

1960 və 1970-ci illərdə formalaşan amerikan nümunəsini izləyərək bir çox ölkələr bu sahədə öz qanunları ilə bağlı islahatlar aparmış və məsuliyyətin daha sərt standartlarını qəbul etmişdir.⁵

Məhsula görə məsuliyyət hüququnun yaxın zamanlarda dünya boyunca yayılması özünü xüsusi qanunvericilikdə ifadə edib və belə qanunvericilik, əsasən, 3 formada olur:

1. Məhsula görə məsuliyyəti müəyyən edən spesifik və sərbəst aktın qəbul olunması;
2. Məhsula görə məsuliyyət qaydalarının mülki məcəllələrin delikt fəsilələrinə birləşdirilməsi;
3. Məhsula görə məsuliyyət qaydalarının istehlakçıların hüquqlarının qorunması haqqında daha əhatəli qanunların tərkib hissəsi olaraq qəbul olunması.⁶

Məsələn, Almaniya Federativ Respublikasında 1-ci hal, Azərbaycan Respublikasında 2-ci hal, Birləşmiş Krallıqda isə 3-cü hal izlənilmişdir.

Ədəbiyyatda məhsula görə məsuliyyətin 3 faydalı təsiri kimi aşağıdakılar qeyd olunur:

1. Firmaları məhsul təhlükəsizliyini inkişaf etdirməyə təşviq edir;
2. Məhsulların qiymətlərinin onların risklərini əks etdirməsinə səbəb olur;
3. Zərərçəkən istehlakçıları kompensasiya ilə təmin edir.⁷

³ Hartwin Bungert, *Compensating Harm to the Defective Product Itself – A Comparative Analysis of American and German Products Liability Law*, 66 Tulane Law Review 1179, 1184 (1991-1992).

⁴ Jane Stapleton, *Product Liability*, 9 (1994).

⁵ Mathias Reimann, *Liability for Defective Products at the Beginning of the Twenty-First Century: Emergence of a Worldwide Standard*, 51 American Journal of Comparative Law 751, 751 (2003).

⁶ Yenə orada, 758.

⁷ A. Mitch Polinsky & Steven Shavell, *The Uneasy Case for Product Liability*, Discussion Paper No. 647, Harvard Law School, 2 (2009).

II. Avropa və Azərbaycan hüququnda məhsula görə məsuliyyət

A. Avropa hüququnda məhsula görə məsuliyyət hüququ

Direktivdən əvvəl Avropa ölkələrinin heç birinin məhsula görə məsuliyyətlə bağlı spesifik qanunvericiliyi yox idi.⁸ Buna baxmayaraq, hər bir Üzv Dövlətin məhkəmələri öz mülki məəcəllələrindəki bəzi müddəaları tətbiq edərək bir-birindən fərqlənən, fərdi istehlakçıya zərər vura bilən malların dizaynı, istehsalı və yayılması hallarında tətbiq olunan milli rejimlər inşa etmişdilər.⁹

Məsələn, Alman Mülki Məcəlləsinə (Bürgerliches Gesetzbuch) (bundan sonra "BGB") görə, delikt müddəalarına əsasən iddia qaldıran şəxs iddiasının əsaslandığı bütün faktları, yəni hüquqlarının və ya maraqlarının pozulmasını, cavabdehin ehtiyatsızlığını və s. sübut etməlidir.¹⁰ Bu çərçivədə Alman Federal Ali Məhkəməsi (Bundesgerichtshof) alman delikt hüququna qayğı öhdəliyini (duty of care) daxil etmişdir. Bundan əlavə, alman məhkəmələri və hüquq alimləri istehsal qüsurlarını (Herstellungsfehler), dizayn qüsurlarını (Konstruktionsfehler) və xəbərdarlıq etməmə və ya təlimat qüsurlarını (Instruktionsfehler) bir-birindən fərqləndirən sistem formalaşdırmışdır.¹¹

1987-ci ildən əvvəl Birləşmiş Krallığın da qüsurlu məhsulların səbəb olduğu itkiyə görə sərt məsuliyyət sistemi yox idi.¹² Burada məhsula görə məsuliyyət müqavilə hüququ ilə məhdud idi, harada ki, cavabdehi (istehsalçı, təchizatçı, satıcı və s.) və iddiaçını (istehlakçı) bağlayan müqavilə münasibəti var idi. Müqavilə münasibəti olmadıqda isə "privity of contract" doktrinasına əsasən məhsula görə məsuliyyət müqavilə hüququnun əhatə dairəsindən çıxırdı və qayğı öhdəliyi vasitəsilə delikt məsuliyyətinin sahəsinə daxil olurdu.¹³ Beləliklə, 1987-ci ildən əvvəl Birləşmiş Krallıqda qüsurlu malların səbəb olduğu zərəərə görə məsuliyyət delikt və müqavilə hüququ əsasında nəzərdən keçirilməli idi.¹⁴

Avropa Komissiyası 1976-cı ildə Direktivin qəbul edilməsi üçün təklifini irəli sürərkən onu belə əsaslandırır ki, məhsula görə məsuliyyətlə bağlı Üzv Dövlətlərin qanunlarındakı fərqlər birbaşa olaraq müxtəlif yollarla ümumi bazarın təsisatına və işləməsinə təsir göstərir və buna görə də aradan

⁸ Barbara Pasa & Gian Antonio Benacchio, *The Harmonization of Civil and Commercial Law in Europe*, 101 (2005).

⁹ Yəni orada.

¹⁰ Yəni orada, 110.

¹¹ Yəni orada.

¹² Patricia W. Devlin, *Disharmony in the European Community's Product Liability Law: Is the United Kingdom Off-key*, 4 *Temple International & Comparative Law Journal* 133, 141 (1990).

¹³ Yuxarıda istinad 8, 110.

¹⁴ Aubrey L. Diamond, *New Trends in Product Liability Legislation in the United Kingdom: The Consumer Protection Act*, 16 *Journal of Legislation* 15, 15 (1989).

qaldırılmalıdır.¹⁵ Oxşar fikir Direktivin preambulasında da öz əksini tapır. Belə ki, preambulada qeyd olunur ki, Üzv Dövlətlərin qanunvericiliklərindəki fərqliliklər rəqabəti təhrif edə və daxili bazarda malların hərəkətinə təsir göstərə bilər.¹⁶

Eyni zamanda, Avropa Ədalət Məhkəməsi (bundan sonra "AƏM") də bir neçə qərarında qeyd etmişdir ki, qüsurlu məhsulların səbəb olduğu zərərə nəzərən istehsalçıların mülki məsuliyyətinin uyğunlaşdırılmış sistemini yaratmaqda Direktivin məqsədi tacirlər arasında təhrif olunmamış rəqabəti təmin etmək, malların azad hərəkətini asanlaşdırmaq və istehlakçıların qorunması səviyyəsində olan fərqlilikləri önləməkdir.¹⁷ Direktiv, həmçinin müasir texnoloji istehsalın təbiətində olan risklərin zərərçəkən şəxslər və istehsalçılar arasında ədalətli bölüşdürülməsini təmin etməyə çalışır.¹⁸

Direktivin 21-ci maddəsinə əsasən, Avropa Komissiyası Direktivin tətbiqi ilə bağlı hər 5 ildən bir Şuraya hesabat təqdim edir.¹⁹ İndiyə qədər 1995, 2001, 2006, 2011 və 2018-ci illərdə olmaqla, Komissiya tərəfindən Direktivin tətbiqi ilə bağlı 5 hesabat (bundan sonra müvafiq olaraq "I, II, III, IV, V hesabat") qəbul olunmuşdur. Bundan əlavə, Direktivin tətbiqi ilə bağlı bir neçə digər sənədlər də qəbul olunmuşdur ki, məqalənin növbəti fəsillərində onlar da ayrıca müzakirə olunacaqdır.

Komissiyanın II hesabatında qeyd olunur ki, Direktiv aşağıdakı əsas elementləri özündə ehtiva edir:

1. İstehsalçının təqsirsiz məsuliyyəti;
2. Zərərçəkənin zərərə, qüsura və onlar arasındakı səbəbli əlaqəyə nəzərən sübut etmə yükü;
3. Zərərin kompensasiyası üçün maddi qarantuya təmin etmək məqsədi ilə istehsal zəncirindəki bütün operatorların birlikdə və ayrılıqda məsuliyyətləri;
4. Direktivdə aşkar şəkildə bildirilən müəyyən faktların mövcudluğunu sübut etdiyində istehsalçının məsuliyyətdən azad olması;
5. Yekcins son tarixlər sayəsində məsuliyyətin müddətlə məhdudlaşdırılması;

¹⁵ Commission of the European Communities, Proposal for a Council Directive Relating to the Approximation of the Laws, Regulations and Administrative Provisions of the Member States Concerning Liability for Defective Products, COM(76)372, 13 (1976).

¹⁶ Yuxarıda istinad 1, 29.

¹⁷ Commission of the European Communities v French Republic, C-52/00, EU:C:2002:252, Judgment, ¶17, (25 April 2002) (French Republic); Commission of the European Communities v Hellenic Republic, C-154/00, EU:C:2002:254, Judgment, ¶13, (25 April 2002) (Hellenic Republic); María Victoria González Sánchez v Medicina Asturiana SA, C-183/00, EU:C:2002:255, Judgment, ¶26, (15 April 2002) (Medicina Asturiana SA).

¹⁸ N. W and Others v Sanofi Pasteur MSD SNC and Others, C-621/15, EU:C:2017:484, Judgment, ¶32, (21 June 2017).

¹⁹ Yuxarıda istinad 1, mad. 21.

6. Zərərçəkənə qarşı məsuliyyəti məhdudlaşdıran və ya istisna edən müddəaların qanunsuzluğu.²⁰

Eyni zamanda, hesabatda qeyd olunur ki, Direktiv 2 səbəbə görə qüsurlu məhsullara qarşı müdafiə səviyyəsini artırmağa kömək edir:

1. O, istehsalçıları təhlükəsiz məhsul istehsal etmək üçün əllərindən gələnin ən yaxşısını etməyə təşviq edir;

2. O, zərərçəkən şəxsə istehsalçıdan kompensasiya əldə etməyə imkan verir.²¹

B. Azərbaycan hüququnda məhsula görə məsuliyyət

Hazırda qüvvədə olan MM, 61-ci fəsildə malın, işin və ya xidmətin qüsurları nəticəsində dəyən zərərin ödənilməsi adı altında bu cür delikt növünü müəyyən etmişdir. Köhnə 1964-cü il MM isə belə bir delikt növünü tanımırdı.²²

Müvafiq fəsil özündə 5 maddə ehtiva edir və malın, işin və ya xidmətin qüsurları nəticəsində dəyən zərərin ödənilməsi əsasları, zərər üçün məsuliyyət daşıyan şəxslər, zərərin əvəzinin ödənilməsi müddətləri, məsuliyyətdən azad edilmə əsasları və sübutetmə yükü haqqında müddəaları əhatə edir.

Keyfiyyətsiz mal vermək, mal haqqında yanlış və yarımçıq informasiya vermək nəticəsində zərər vurmaq faktı həmin öhdəliyin əmələ gəlmə və yaranma əsasını təşkil edir.²³ Nəzərdə tutulan delikt öhdəliyinin ən başlıca xüsusiyyəti ondan ibarətdir ki, bu öhdəlik zərər vuranın dəyən zərərin əvəzini zərərçəkənin onunla müqavilə münasibətlərində olub-olmamasından asılı olmayaraq ödəmək vəzifəsini nəzərdə tutur.²⁴

III. Sərt məsuliyyət konsepsiyası və paralel məsuliyyət rejimləri

A. Sərt məsuliyyət konsepsiyası

Direktivlə birlikdə ortaya çıxan Avropa modelinin tam olaraq dərk edilməsi üçün sərt məsuliyyət konsepsiyasının və onun digər müqavilə və müqavilədənəkar öhdəlik sistemləri içərisində tutduğu yer anlaşılmalıdır.

Təqsir delikt məsuliyyətinin zəruri subyektiv şərtidir. Təqsirin qəsd və ehtiyatsızlıq formaları fərqləndirilir. Mülki hüquqda təqsirin qəsd forması odur ki, şəxsin əməlindən onun şüurlu surətdə delikt törətməyə meyl etməsi

²⁰ Commission of the European Communities, Report from the Commission on the Application of Directive 85/374 on Liability for Defective Products, COM(2000) 893 final, 5 (January 2001).

²¹ Yəni orada, 9.

²² Sabir Allahverdiyev, Azərbaycan Respublikasının Mülki Hüquq Kursu, 979 (3-cü cild, 2018).

²³ Yəni orada, 980.

²⁴ Yəni orada.

müəyyən olunur. Ehtiyatsızlıq formasında şəxs şüurlu surətdə deliktə doğru meyl göstərmir.²⁵

Ənənəvi delikt hüququ haqqında ədəbiyyatlara nəzər salarkən yuxarıdakı abzasa oxşar fikirlərə rast gəlinir. Həqiqətən də MM-nin 1096.1 və ya BGB-nin 823(1)-ci maddələrində delikt məsuliyyətinin əmələ gəlməsi üçün təqsir zəruri şərt olaraq qeyd olunmuşdur. Lakin Direktivin preambulasında qeyd olunur ki, müasir texnoloji istehsalın təbiətində olan risklərin ədalətli bölüşdürülməsi probleminin adekvat olaraq həll olunmasının tək vasitəsi istehsalçının təqsirsiz məsuliyyətidir.²⁶

Öz məqsədlərinə çatmaq üçün Direktiv sərt məsuliyyət prinsipini müəyyən edir.²⁷ Sərt məsuliyyət o mənaya gəlir ki, hadisəyə səbəb olan şəxs zərərin lazımı qayğı nəticəsində qarşısının alınma bilinəməyəcəyinə baxmayaraq, zərərçəkənin zərərinə görə məsuliyyət daşıyır.²⁸ Yəni təqsirsiz delikt məsuliyyəti zamanı zərər vuranın təqsirinin olub-olmaması heç bir əhəmiyyət kəsb etmir. Məsələn, Direktivin 4-cü maddəsinə əsasən, zərərçəkən sadəcə zərəri, qüsuru və onların arasındakı səbəbli əlaqəni sübut etməlidir.²⁹ Bu zaman ondan cavabdehin təqsirinin sübut edilməsi tələb olunmur.

Azərbaycan dilli ədəbiyyatda mülki hüquq pozuntusunun məhdud tərkibi konsepsiyasına rast gəlinir. Mülki hüquq pozuntusunun məhdud tərkibi konsepsiyasının tərəfdarlarının fikrincə, mülki hüquq pozuntusunun dörd elementindən³⁰ birinin (məsələn, təqsir) mövcud olmadığı hallarda da mülki hüquq pozuntusu yaranır və zərər vuran mülki-hüquqi məsuliyyət daşıyır.³¹ Delikt məsuliyyətinin əmələ gəlməsinin məhdud şərtləri yalnız hüquqa zidd əməldən və səbəbli əlaqədən ibarətdir. Bu cür məsuliyyət təqsir kimi şərtin hüquqi əhəmiyyət kəsb etməməsinə görə təqsirsiz delikt məsuliyyəti adlanır.³²

B. Paralel məsuliyyət rejimləri

Sərt məsuliyyət prinsipinə aydınlıq gətirdikdən sonra onun digər məsuliyyət rejimlərinə, yəni müqavilə öhdəliklərinə və ya ənənəvi delikt öhdəliyinə nəzərən hansı mövqedə olmasını müəyyən etmək lazımdır.

Direktivin 13-cü maddəsinə əsasən, onun müddəaları Direktiv bildirildiyi zaman mövcud olan müqavilə və ya qeyri-müqavilə məsuliyyəti hüququna və ya xüsusi məsuliyyət sisteminə əsasən, zərərçəkən şəxsin sahib olduğu hər

²⁵ Yəni orada, 919-920.

²⁶ Yuxarıda istinad 1, 29.

²⁷ European Commission, Evaluation of the Directive 85/374/EEC concerning liability for defective products, 3, (June 2016).

²⁸ Richard Posner, Economic Analysis of Law, 160 (1986).

²⁹ Yuxarıda istinad 1, mad. 4.

³⁰ Burada 4 element kimi zərər, hüquqa zidd hərəkət, səbəbli əlaqə və zərər vuranın təqsiri nəzərdə tutulur.

³¹ Yuxarıda istinad 22, 922.

³² Yəni orada, 922-923.

hansı hüquqlara təsir etmir.³³ Bu, o deməkdir ki, birincisi, Üzv Dövlətlərə ümumi məsuliyyət qaydalarının (həm delikt, həm də müqavilə) tətbiqinə davam etməyə icazə verilir, ikincisi, 13-cü maddə Üzv Dövlətlərə xüsusi sərt məsuliyyət sistemi saxlamağa imkan verir.³⁴

AƏM qeyd edir ki, Direktivin 13-cü maddəsi Üzv Dövlətlərə Direktivdə nəzərdə tutulandan fərqli məhsula görə məsuliyyət sistemi saxlamaq imkanı vermiş kimi şərh oluna bilməz³⁵ və Direktivin 13-cü maddəsində istinad olunmuş hüquqlar elə şərh olunmalıdır ki, Direktiv tərəfindən ortaya qoyulan qaydalar sistemi digər əsaslara söykənən müqavilə və ya qeyri-müqavilə məsuliyyət sistemlərini əngəlləməsin.³⁶

Burada fundamental problem Direktivi implementasiya edən qanunvericiliklə əvvəlcədən mövcud olan qanunvericilik arasındakı münasibətin müəyyənləşdirilməsidir.³⁷ Təbii ki, burada da fikir ayrılıqları yaşanır. Bəziləri milli hüququn onilliklər boyunca məhkəmələr və alimlər tərəfindən formalaşdırılmış mərkəzi mövqeyini saxlamağın tərəfdarı olsalar da, digərləri Direktivin istehlakçıları qorumağa kifayət etdiyini irəli sürürlər.³⁸

Komissiyanın II hesabatında göstərilir ki, bir çox Üzv Dövlətdə Direktivi tətbiq edən milli qaydalar çox vaxt digər məsuliyyət tənzimləmələri ilə birlikdə tətbiq olunur.³⁹ Eyni zamanda, II hesabatda göstərilir ki, fərqli məhsula görə məsuliyyət qaydalarının birgə mövcudluğu bir tərəfdən Direktivin qaydalarının tətbiqini məhdudlaşdırarsa da, istehlakçıların daha yüksək səviyyədə qorunmasına icazə vermişdir.⁴⁰

Məsələn, Almaniyada bu gün məhsula görə məsuliyyət 3 mənbəyə əsaslanır:

1. Müqavilə hüququ;
2. Ənənəvi (təqsirə əsaslanan) delikt hüququ;
3. Sərt məsuliyyət.⁴¹

Alman hüququnun ümumi prinsiplərinə əsasən bu rejimlər paralel hüquqi əsaslar əmələ gətirirlər və Direktivin 13-cü maddəsi də bu yanaşmanı qoruyur.⁴²

³³ Yuxarıda istinad 1, mad. 13.

³⁴ Cees van Dam, *European Tort Law*, 425 (2013).

³⁵ French Republic, yuxarıda istinad 17, ¶21; Hellenic Republic, yuxarıda istinad 17, ¶17; *Medicina Asturiana SA*, yuxarıda istinad 17, ¶30.

³⁶ French Republic, yuxarıda istinad 17, ¶22; Hellenic Republic, yuxarıda istinad 17, ¶18.

³⁷ Yuxarıda istinad 8, 126.

³⁸ Yəni orada.

³⁹ Yuxarıda istinad 20, 8.

⁴⁰ Yəni orada.

⁴¹ Stefan Lenze, *German product liability law: between European Directives, American Restatements and common sense, Product Liability in Comparative Perspective*, 101 (Duncan Fairgrieve red., 2005).

⁴² Yəni orada.

Alman hüququnda həm müqavilə, həm də deliktdə zərərə görə məsuliyyət təqsirə əsaslanır.⁴³ Müqavilə hüququ alman hüququnda məhsula görə məsuliyyətlə bağlı əsas rol oynayır. Müqavilə məsuliyyəti yalnız iddiaçı və cavabdeh arasında müqavilə münasibəti olduqda yaranır (məsələn, mal alğı-satqısı zamanı).⁴⁴

Məhsula görə məsuliyyət hüququ Almaniyada, əsasən, delikt hüququna əsaslanır. O, BGB-nin 823(1)-ci maddəsinə görə ümumi qayğı öhdəliyinin (Verkehrspflicht) pozulmasına və 823(2)-ci maddəsinə əsasən qanunda nəzərdə tutulan öhdəliklərin (Schutzgesetz) pozulmasına görə məsuliyyəti ehtiva edir.⁴⁵ 823(1)-ci maddəni ehtiva edən məhkəmə işlərinin nəticəsi məhkəmənin istehsalçının qayğı öhdəliyini pozmasını müəyyən etməsindən asılıdır və buna görə də, bu maddəyə əsasən məhsula görə məsuliyyət hüququnun təkamülü daha çox məhkəmə qərarlarından asılı olmuşdur.⁴⁶

Qüsurlu məhsullara görə sərt məsuliyyət rejimi Almaniyada 1989-cu il tarixli “Qüsurlu Məhsullara görə Məsuliyyət” haqqında qanunla (Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte) tənzimlənir. Manfred Wandt qeyd edir ki, bu qanun Almaniyanın məhsula görə məsuliyyətlə bağlı müstəqil hüququnu əvəz etməkdənsə, ənənəvi BGB doktrinasında əlçatan olmayan sərt məsuliyyət iddiasını əlavə edir.⁴⁷ Sərt məsuliyyət rejimində istehsalçı öz diqqətsizliyinə görə məsuliyyətli deyil, qüsurun mövcudluğu nəticəsində məsuliyyətlidir.⁴⁸ Lakin qeyd etmək lazımdır ki, Alman hüququ texniki mənada sərt məsuliyyət konsepsiyasına sahib deyildisə də, məhkəmələrin ehtiyatsız davranışa görə sübutetmə yükünü istehsalçıya ötürməsi meylinə görə hüquqi nəticə sərt məsuliyyətə yaxın idi.⁴⁹

Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyinə nəzər saldıığımız zaman da oxşar bölgünü görə bilərik. Azərbaycanda paralel olaraq fəaliyyət göstərən müqavilə, ənənəvi delikt və sərt məsuliyyətə əsaslanan delikt öhdəlikləri zərərçəkən şəxslər üçün öz irəli sürüləcək iddalarını müəyyənləşdirmək üçün seçim imkanı yaradır.

⁴³ Charles Szladits, *Comparative Aspects of Product Liability*, 16 Buffalo Law Review 229, 233 (1966).

⁴⁴ Yuxarıda istinad 41, 101.

⁴⁵ Yenə orada, 102.

⁴⁶ Joachim Zekoll, *The German Products Liability Act*, 37 American Journal of Comparative Law 809, 810 (1989).

⁴⁷ Manfred Wandt, *German Approaches to Products Liability*, 34 Texas International Law Journal 71, 72 (1999).

⁴⁸ Frank Peter Schuster, *Main Structures of Product Liability in German Private and Criminal Law*, 20 Stellenbosch Law Review 426, 442 (2009).

⁴⁹ Roderich C. Thummel, *German Product Liability Law*, 26 International Business Lawyer 57, 57 (1998).

IV. Məhsul anlayışı

A. Avropa hüququ

Direktivə görə məhsul dedikdə başlıca kənd təsərrüfatı məhsulları və oyun istisna olmaqla, digər daşınar və ya daşınmaz əşyaya birləşdirilmiş olsa belə, bütün daşınar əşyalar başa düşülür. Başlıca kənd təsərrüfatı məhsulları, ilkin emaldan keçmiş məhsullar istisna olmaqla, torpaq, heyvandarlıq və balıqçılıq məhsulları deməkdir. Məhsul anlayışı, həmçinin elektriki də ehtiva edir.⁵⁰ Bundan əlavə, Üzv Dövlətlərin bir neçə məhkəmə işində qan bankından təchiz olunan qanın da Direktivə görə məhsul hesab oluna biləcəyi nəzərdə tutulmuşdur.⁵¹

Başlıca kənd təsərrüfatı məhsulları və oyuna nəzərən Direktiv Üzv Dövlətlərə onları öz qanunvericiliklərində məhsul hesab edib-etməmək imkanı verirdi.⁵² Lakin 2000-ci ildə bu seçim BSE (bovine spongiform encephalopathy) xəstəliyinin fəsadlarının aradan qaldırılması məqsədi ilə 1999/34/EC nömrəli direktiv ilə ləğv edildi və edilən dəyişiklik nəticəsində başlıca kənd təsərrüfatı məhsulları da Direktivin məqsədləri üçün məhsul hesab olunmağa başladı.

Direktivin preambulasında qeyd olunur ki, təqsirsiz məsuliyyət yalnız sənayedə istehsal olunmuş daşınar əşyalara, həmçinin daşınmaz əşyaların tikintisində istifadə olunan və ya onlara quraşdırılmış daşınar əşyalara tətbiq olunmalıdır.⁵³ Direktiv xammaldan tutmuş mürəkkəb sənaye məhsullarına qədər, hazırda isə inkişafda olan rəqəmsal texnologiya məhsulları da daxil olmaqla, bütün növ məhsulları əhatə edir.⁵⁴

Almaniya qanunvericiliyinə əsasən, məhsul dedikdə bütün daşınar əşyalar (digər daşınar və ya daşınmaz əşyaya birləşdirilmiş olsa belə), həmçinin elektrik başa düşülür.⁵⁵

Yeni texnologiyaların inkişafı ilə bağlı V hesabatda qeyd olunur ki, məhsulların bu gün 1985-ci ildə olduğundan daha mürəkkəb olmasına baxmayaraq, Direktiv adekvat alət olmağa davam edir.⁵⁶

Aİ-nin daxili bazara qarşı mövqeyi məhsula görə məsuliyyət haqqında müddəalarla dəstəklənən ümumi təhlükəsizlik qaydalarına əsaslanır. Xidmətlərə görə müqavilə və ya qeyri-müqavilə məsuliyyət rejimi və məhsullar üçün spesifik müqavilə və ya qeyri-müqavilə məsuliyyəti milli

⁵⁰ Yuxarıda istinad 1, mad. 2.

⁵¹ Yuxarıda istinad 34, 427.

⁵² Yuxarıda istinad 1, mad. 15(1)(a).

⁵³ Yuxarıda istinad 1, 29.

⁵⁴ European Commission, Commission Staff Working Document: Liability for Emerging Digital Technologies, SWD(2018) 137 final, 6, (April 2018).

⁵⁵ Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte, §2 (1989).

⁵⁶ European Commission, Report from the Commission on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC), COM(2018) 246 final, 2, (May, 2018).

hüquqa buraxılmışdır.⁵⁷ Avropa Komissiyasının Direktivlə bağlı dəyərləndirmə sənədində açıqca qeyd olunur ki, xidmətlər Direktivin əhatə dairəsinin xaricindədir.⁵⁸

B. Azərbaycan hüququ

MM-nin 1128.1-ci maddəsində qeyd olunur ki, malın, işin və ya xidmətin konstruksiya, resept və ya digər qüsurları (keyfiyyətsiz məhsul) nəticəsində, habelə mala (işə, xidmətə) dair yanlış və ya yarımçıq informasiya nəticəsində fiziki şəxsin həyatına, sağlamlığına və ya əmlakına dəyən zərərin əvəzini malın satıcısı və ya istehsalçısı, işi görmüş və ya xidməti göstərmiş şəxs (icraçı), təqsirli olub-olmadığına və zərərçəkənin onlar ilə müqavilə münasibətlərində olub-olmadığına baxmayaraq, ödəməlidir.⁵⁹

1128.5-ci maddədə isə təsbit olunur ki, istənilən daşınar əşya digər daşınar və ya daşınmaz əşyanın bir hissəsi olduqda da, habelə elektrik cərəyanı məhsul sayılır. Əkinçilik nəticəsində əldə edilmiş və hələ emal olunmamış kənd təsərrüfatı məhsulları, heyvandarlıq, arıçılıq və balıqçılıq məhsulları (natural kənd təsərrüfatı məhsulları) məhsullara aid edilmir. Ov yolu ilə əldə edilmiş məhsullar barəsində də eyni qayda tətbiq edilir.⁶⁰

1128.5-ci maddədə nəzərdə tutulan anlayış məhsula görə məsuliyyətlə bağlı Avropa modelində və ona əsaslanan digər milli qanunvericiliklərdə nəzərdə tutulan anlayışlara oxşar olsa da, 1128.1-ci maddə bir qədər çaşqınlıq yaradır. Belə ki, 1128.1-ci maddədən görünür ki, məhsul anlayışı altında mal, xidmət və iş başa düşülür. Qanunvericilikdə bir növ məhsulun 3 kateqoriyası nəzərdə tutulub.

Bundan əlavə, müvafiq maddədə xidmət və iş məhsul olaraq qeyd olunub. Fikirləşirik ki, 1128.5-ci maddədə məhsulun anlayışı verildiyinə görə 1128.1-ci maddədə nəzərdə tutulan anlayışın ən məntiqli açıqlaması odur ki, qanunverici orqan burada xidmət və iş məhsul kimi nəzərdə tutarkən xidmətlərin və işlərin icrası zamanı icraçı tərəfindən istifadə olunan qüsurlu məhsullara görə məsuliyyət müəyyən edir. Belə olduqda da, işin və xidmətin məhsul olaraq qeyd edilməsi həm lüzumsuz, həm də çaşdırıcı olur.

Həm Direktiv, həm də onu implementasiya edən Almaniya, Birləşmiş Krallıq kimi ölkələrin qanunvericilikləri mal, iş və ya xidmət kimi anlayışların yerinə məhsul anlayışından istifadə edirlər.⁶¹

Azərbaycan qanunvericiliyi üçün ilk təklifimiz 1128.1-ci maddənin ilk cümləsində nəzərdə tutulan “mal, iş və xidmət” anlayışlarının “məhsul” anlayışı ilə əvəz edilməsidir.

⁵⁷ Yuxarıda istinad 54, 4.

⁵⁸ Yuxarıda istinad 27, 3.

⁵⁹ Azərbaycan Respublikasının Mülki Məcəlləsi, mad. 1128.1 (1999).

⁶⁰ Yəni orada, mad. 1128.5.

⁶¹ Yuxarıda istinad 1, mad. 1; Yuxarıda istinad 55, §1(1); Consumer Protection Act, mad. 2(1) (1987).

V. Zərərə görə məsuliyyət daşıyan şəxslər

A. Avropa hüququ

Direktivin 1-ci maddəsinə görə istehsalçı məhsulunda olan qüsurun səbəb olduğu zərər görə məsuliyyət daşıyır.⁶² Direktivdən açıq-aşkar göründüyü kimi zərərə görə məsuliyyət daşıyan şəxs dedikdə istehsalçı başa düşülür. Ona görə məqalənin bu hissəsində Direktivin istehsalçı olaraq kimləri nəzərdə tutması araşdırılır. Direktivin istehsalçı ilə bağlı müddəaları aşağıdakı kimidir:

1. Direktivə görə, istehsalçı dedikdə son məhsulun istehsalçısı, hər hansı xammalın istehsalçısı və ya tamamlayıcı hissənin istehsalçısı başa düşülür. İstehsalçı anlayışı, həmçinin məhsula öz adını, əmtəə nişanını və ya digər fərqləndirici xüsusiyyətini qoymaqla özünü onun istehsalçısı kimi təqdim edən şəxsləri də əhatə edir.⁶³

2. Direktivin 3-cü maddəsinin 2-ci paragrafına görə öz sahibkarlıq fəaliyyəti çərçivəsində satış, kirayə, icarə və ya hər hansı formada distribusiyaya üçün Aİ-yə məhsul idxal edən şəxs, Direktivdə nəzərdə tutulmuş şəkildə istehsalçı hesab olunur və istehsalçı kimi məsuliyyət daşıyır.⁶⁴

3. Direktivin 3-cü maddəsinin 3-cü paragrafına əsasən, məhsulun istehsalçısının müəyyən oluna bilinmədiyi hallarda, məhsulun təchizatçısı zərərçəkən şəxsə əqlabatan müddət ərzində məhsulun istehsalçısının və ya onu məhsulla təchiz etmiş şəxsin şəxsiyyəti barədə məlumat verməzsə, məhsulun hər bir təchizatçısı ilə məhsulun istehsalçısı kimi davranılır. İstehsalçının adı bildirilsə belə, məhsul 3-cü maddənin 2-ci paragrafında istinad olunan idxalçının şəxsiyyətini bildirmirsə, eyni qayda idxal olunan məhsullara nəzərən də tətbiq olunur.⁶⁵

AƏM-in fikrincə, 3-cü maddənin 3-cü paragrafı bu cür şərh olunmalıdır ki, iddia edilən qüsurlu bir məhsuldan zərər çəkən şəxsin həmin məhsulun təchizatçısına qarşı hüquqlarını həyata keçirmədən öncə əqlabatan şəkildə həmin məhsulun istehsalçısını müəyyən edə bilmirsə, milli məhkəmənin işin hallarının işığında müəyyən etdiyi şəkildə təchizatçı öz təşəbbüsü ilə və dərhal zərərçəkən şəxsə istehsalçının və ya öz təchizatçısının şəxsiyyəti barədə məlumat verməzsə, onunla məhsulun istehsalçısı kimi davranılır.⁶⁶

Bu müddəalar qüsurlu məhsulların dövriyyəyə buraxılmasının qarşısını almağa və onları istehsal və ya distribusiyaya edən və ya onlardan hər hansı yolla mənfəət əldə edənləri cəzalandırmağa çalışır.⁶⁷

Jane Stapleton qeyd edir ki, Direktivə əsasən, sadəcə 3 tərəf başlıca olaraq məsuliyyət daşıyır: istehsalçı, Aİ-ə məhsul idxal edən şəxs və *own-brand*

⁶² Yuxarıda istinad 1, mad. 1.

⁶³ Yenə orada, mad. 3(1).

⁶⁴ Yenə orada, mad. 3(2).

⁶⁵ Yenə orada, mad. 3(3).

⁶⁶ *Aventis Pasteur SA v OB*, C-358/08, EU:C:2009:744, Judgment, ¶64, (2 December 2009).

⁶⁷ Yuxarıda istinad 8, 114.

istehsalçı. Sırf təchizatçıların, məsələn topdan və pərakəndə satıcıların məsuliyyəti ikinci dərəcəlidir.⁶⁸

Fransa Respublikası Direktivin müddəalarını öz qanunvericiliyinə köçürərkən öz sahibkarlıq fəaliyyəti zamanı hər hansı təchizatçının məhsulunda olan təhlükəsizlik qüsurlarına görə istehsalçı ilə eyni əsasda məsuliyyət daşdığına nəzərdə tutmuşdur. Lakin AƏM qeyd edir ki, təchizatçının bütün hallarda və istehsalçı ilə eyni əsaslarla məsuliyyətini nəzərdə tutmaqla Fransa Respublikası öz öhdəliklərini yerinə yetirməmişdir.⁶⁹ AƏM 2006-cı ildə yenidən Fransa Respublikasının eyni səbəbə görə öhdəliklərini pozduğunu qeyd etmişdir.⁷⁰ Eyni zamanda, AƏM Danimarka Krallığının da distribusiyaya zəncirində yer alan ara təchizatçıları istehsalçılarla eyni şərtlər altında məsuliyyətli edən müddəalar qəbul etdiyinə görə öz öhdəliklərini pozduğunu qeyd etmişdir.⁷¹ Bu, o deməkdir ki, təchizatçılarla istehsalçılar eyni əsaslarla məsuliyyətli hesab oluna bilinməzlər.

AƏM Direktivin qəbul olunması zamanı yüksək nöqtəyə çatan hazırlıq işlərini (travaux préparatoire) nəzərə alaraq bildirir ki, Direktiv tərəfindən yaradılan hüquq sistemində istehsal və marketinq zəncirində yer alan iqtisadi operatorların oynadığı rollar ölçüldükdən sonra qüsurlu məhsulların səbəb olduğu zərəərə görə məsuliyyət prinsipinə istehsalçıların üzərinə qoyulmuşdur və yalnız müəyyən olunmuş hallarda idxalçıların və təchizatçıların məsuliyyəti nəzərdə tutulmuşdur.⁷²

AƏM təsdiq edir ki, Direktivin müddəalarına uyğun olaraq qüsurlu məhsulun təchizatçısını məsuliyyətli hesab etməyin mümkünlüyü zərərçəkən şəxs üçün iddia qaldırmağı daha sadə edərdir.⁷³ Lakin təchizatçıların üzərinə bu cür məsuliyyətə qarşı sığorta etdirmək öhdəliyinin qoyulması məhsulları əhəmiyyətli dərəcədə daha bahalı edərdir.⁷⁴ Bundan əlavə, bu, hər təchizatçı öz təchizatçısına qarşı reqres qaydasında tələb irəli sürəcəyinə və zənciri istehsalçıya qədər geri aparacağına görə məhkəmə icraatlarının çoxluğuna gətirib çıxarardır.⁷⁵ İşlərin böyük əksəriyyətində təchizatçının məhsulu aldığı vəziyyətdə satmaqdan artıq heç nə etmədiyi və məhsulun keyfiyyətinə yalnız

⁶⁸ Jane Stapleton, *Products Liability in the United Kingdom: The Myths of Reform*, 34 Texas International Law Journal 45, 51 (1999).

⁶⁹ French Republic, yuxarıda istinad 17, ¶49.

⁷⁰ Commission of the European Communities v French Republic, C-177/04, EU:C:2006:173, Judgment, ¶55, (14 March 2006).

⁷¹ Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark, C-327/05, EU:C:2007:409, Judgment, ¶18, (5 July 2007).

⁷² Centre hospitalier universitaire de Besançon v Thomas Dutreux and Caisse primaire d'assurance maladie du Jura, C-495/10, EU:C:2011:869, Judgment, ¶25, (21 December 2011).

⁷³ Skov Æg v Bilka Lavprisvarehus A/S and Bilka Lavprisvarehus A/S v Jette Mikkelsen and Michael Due Nielsen, C-402/03, EU:C:2006:6, Judgment, ¶28, (10 January 2006).

⁷⁴ Yenə orada.

⁷⁵ Yenə orada.

istehsalçı təsir etdiyinə görə qüsurlu məhsula görə istehsalçının məsuliyyətli olmasının uyğun olduğu düşünülmüşdür.⁷⁶

II hesabatda qeyd olunur ki, bəzi rəylər təchizatçının məsuliyyətini müəyyən etmək fikrini rədd edir. Əsas arqument budur ki, təqsirsiz məsuliyyət prinsipinin təchizatçıya necə tətbiq olunacağını görmək çətindir. Təchizatçı saxlamağa və ya nəqliyyata görə yaranan hər hansı qüsura görə məsuliyyətli olsaydı, bu, təqsir əsaslı məsuliyyət konsepsiyasına yaxınlaşardı. Digər problemlər isə məsuliyyətli şəxsi (istehsalçı və ya təchizatçı) müəyyən etmək və təchizatçının sferasına düşən qüsurları sübut etmək olardı.⁷⁷

Almaniyanın "Qüsurlu Məhsullara görə Məsuliyyət" haqqında qanununun 4-cü maddəsi də istehsalçı anlayışına Direktivdəkinə oxşar açıqlama gətirir.⁷⁸ Ənənəvi qanunlar ilə müqayisədə, 4-cü maddə mümkün məsuliyyətli tərəflərin əhatə dairəsini genişləndirir.⁷⁹

Xidmətlərin icrası zamanı icraçıların qüsurlu məhsullardan istifadə etməsinə görə məsuliyyətli olub-olmaması ilə bağlı AƏM qeyd edir ki, xidmətlərin göstərilməsi zamanı Direktivin 3-cü maddəsində nəzərdə tutulan şəkildə istehsalçı olmayan, xidmətlərin göstərilməsi zamanı qüsurlu avadanlıqlardan və ya məhsullardan istifadə edən icraçının xidmətləri qəbul edən şəxsə vurduğu zərəmə görə məsuliyyəti Direktivin əhatə dairəsinə düşür.⁸⁰

Lakin AƏM, həmçinin hesab edir ki, Direktivin mətnində heç nə bu nəticəyə gəlməyə əsas vermir ki, qüsurlu məhsullara görə istehsalçının məsuliyyətini müəyyən edən Aİ qanunvericiliyi, Üzv Dövlətlərin xidmətlərin göstərilməsi kontekstində istifadə olunan qüsurlu məhsulların səbəb olduğu zərəmə görə kompensasiya müəyyən etmək imkanını rədd edir.⁸¹

B. Azərbaycan hüququ

MM-nin 1128.1-ci maddəsinə əsasən, zərərin əvəzini malın satıcısı və ya istehsalçısı, işi görmüş və ya xidməti göstərmiş şəxs (icraçı), təqsirli olub-olmadığına və zərərçəkənin onlar ilə müqavilə münasibətlərində olub-olmadığına baxmayaraq, ödəməlidirlər.⁸²

MM-ə əsasən məsuliyyət daşıyan şəxslər dedikdə (1) istehsalçı, (2) satıcı və (3) icraçı (iş və xidmət kontekstində) başa düşülür.

MM-nin 1128.6-cı maddəsində nəzərdə tutulur ki, son məhsulu, məhsulun əsas ünsürünü və ya hissəsini istehsal etmiş şəxs istehsalçı sayılır. Öz adından, əmtəə nişanı ilə və ya digər fərqləndirici nişanla istehsalçı kimi çıxış edənlərin hamısı istehsalçı sayılırlar.⁸³

⁷⁶ Yəni orada.

⁷⁷ Yuxarıda istinad 20, 23.

⁷⁸ Yuxarıda istinad 55, §4.

⁷⁹ Yuxarıda istinad 46, 812.

⁸⁰ Yuxarıda istinad 72, ¶39.

⁸¹ Yəni orada, ¶32.

⁸² Yuxarıda istinad 59.

⁸³ Yəni orada, mad. 1128.6.

MM-nin 1128.8-ci maddəsinə əsasən, əgər istehsalçını müəyyənləşdirmək mümkün deyildirsə, hər hansı məhsul göndərən (bu barədə tələb verildikdən sonra bir ay ərzində onun istehsalçı barəsində zərərçəkənə məlumat verdiyi hallar istisna olmaqla) və ya ona bu məhsulu göndərmiş şəxs istehsalçı sayılır. İstehsalçının adı məlum olsa da, məhsulu ilk satanın kim olduğunu müəyyənləşdirmək mümkün olmadıqda idxal malına da bu qayda tətbiq edilir.

MM-nin nəzərdə tutduğu istehsalçı anlayışına nəzər saldıığımız zaman görürük ki, 1128.6-cı və 1128.8-ci maddələrdə nəzərdə tutulan istehsalçı məfhumu Direktivin 1-ci maddəsi ilə oxşarlıq təşkil edir.

Burada əsas problem satıcının və icraçının məsuliyyəti ilə bağlıdır. MM-ə görə, malın qüsurları nəticəsində vurulmuş zərərin əvəzini zərərçəkənin seçimi üzrə məhsulun satıcısı və ya istehsalçısı ödəməlidir.⁸⁴ Digər bir maddəyə əsasən isə işin və ya xidmətin qüsurları nəticəsində vurulmuş zərərin əvəzini işi görmüş və ya xidməti göstərmiş şəxs (icraçı) ödəməlidir.⁸⁵

MM-ə görə, keyfiyyətsiz məhsulun nəticəsində vurulmuş zərəri məhsulun satıcısı ödədiyi halda bu Məcəllənin 1114.2-ci maddəsinin müddəaları tətbiq edilir.⁸⁶ 1114.2-ci maddədə isə qeyd olunur ki, birlikdə vurulmuş zərərin əvəzini ödəmiş zərərvuran digər zərərvuranların hər birindən zərərçəkənə ödədiyi əvəzin həmin zərərvuranın təqsirinin dərəcəsinə uyğun məbləğdə hissəsini tələb edə bilər. Təqsirin dərəcəsinə müəyyənləşdirmək mümkün olmadıqda hissələr bərabər sayılır.⁸⁷

Məcəllədən görünür ki, şəxsə keyfiyyətsiz mal nəticəsində zərər vurularsa, həmin şəxs mümkün olan variantlardan birini seçir, yəni ya məhsulun satıcısına, ya da istehsalçıya iddia verir.⁸⁸ Lakin zərəre görə məsuliyyət daşıyan şəxslərlə bağlı Avropa hüququnu müzakirə edərkən gördük ki, təchizatçıların (bizim halda satıcıların) istehsalçılarla eyni əsaslarla məsuliyyət daşması doğru deyildir. Çünki bu, təchizatçıların öz risklərini sığorta etdirmələrinə səbəb olur və bu da məhsulun qiymətinin bahalaşmasına gətirib çıxarır. Eyni zamanda, satıcılar/təchizatçılar əksər hallarda məhsulları aldıkları kimi satırlar və məhsulun keyfiyyətinə təsir göstərmirlər. Yuxarıda da göstəriləyi kimi satıcının reqres hüququnu nəzərdə tutmaq reqres hüququna əsaslanan iddialar zənciri yaradır və bu da məhkəmə işlərinin sayının artmasına və təchizatçıların yenə də sonda istehsalçılara qarşı iddia qaldırmalarına gətirib çıxarır.

Buna görə də, Azərbaycan qanunvericiliyi üçün növbəti təklifimiz satıcının/icraçının istehsalçı ilə eyni əsaslarla olan məsuliyyətinin aradan qaldırılmasıdır.

⁸⁴ Yenə orada, mad. 1129.1.

⁸⁵ Yenə orada, mad. 1129.2.

⁸⁶ Yenə orada, mad. 1129.4.

⁸⁷ Yenə orada, mad. 1114.2.

⁸⁸ Yuxarıda istinad 22, 982.

VI. Zərər anlayışı

A. Avropa hüququ

Direktivə görə zərər aşağıdakı mənaya gəlir:

1. Ölüm və ya sağlamlığa dəyən ziyan nəticəsində yaranan zərər;
2. Qüsurlu məhsulun özündən başqa digər əşyanın hissəsinə dəyən zərər və ya onun məhv olması.

Bundan əlavə, dəyən zərərin Direktivin məqsədləri üçün zərər hesab olunması üçün bir sıra digər şərtlər də qarşılanmalıdır. Belə ki, Direktivə əsasən, əşyaya dəyən zərər minimum 500 Avro dəyərində olmalıdır. Əşya adi qaydada şəxsi istifadə və ya istehlak məqsədləri üçün nəzərdə tutulmalıdır və zərərçəkən şəxs tərəfindən əsasən şəxsi istifadə və istehlak üçün istifadə edilmiş olmalıdır.⁸⁹

Direktiv zərər qaydalarının harmonizasiyasına cəhd etməmişdir.⁹⁰ Üzv Dövlətlər arasında qalan fərqlərdən biri də zərər kimi vacib məsələlərlə bağlı milli hüquq əsasında qərar verilməsidir.⁹¹

Komissiya tərəfindən qəbul olunan "Green Paper"də, həmçinin professional və ya kommersiya məqsədli istifadə üçün nəzərdə tutulan məhsullara dəyən zərərin Direktivin əhatə dairəsində olub-olmadığı da müzakirə olunur.⁹² Burada rəylər, əsasən, mənfidir və nəticədə qeyd olunur ki, bununla bağlı Direktivə dəyişiklik etməyə ehtiyac yoxdur.⁹³ AƏM də qeyd edir ki, professional istifadə üçün nəzərdə tutulan və bu məqsədlə işlədilən əşya Direktivdəki "zərər" termini ilə əhatə olunmur.⁹⁴ Lakin Direktiv Üzv Dövlətlərə həmin cür əşyalar üçün Direktivdə nəzərdə tutulan sistemə uyğun məsuliyyət sistemi müəyyən etməyə mane olmur.⁹⁵

Bundan əlavə, məhsulun özünə dəyən zərərin Direktiv tərəfindən əhatə olunması məsələsi II hesabatda müzakirə olunur və bu sahədə də dəyişikliyə ehtiyac olunmadığı qeyd olunur.⁹⁶

Maraqlıdır ki, Direktivi öz qanunvericiliyinə implementasiya edərkən Fransa Respublikası zərərin minimum 500 Avro dəyərində olması tələbini müəyyən etməmişdir. O, öz mövqeyini 4 faktla əsaslandırır:

1. Minimum məbləğ zərərçəkən şəxsi məhkəmədə iddia qaldırmaq hüququndan məhrum etməklə, məhkəməyə çatımlılıq kimi əsas hüququ pozur;

⁸⁹ Yuxarıda istinad 1, mad. 9.

⁹⁰ Yuxarıda istinad 8, 116.

⁹¹ Yuxarıda istinad 34, 424.

⁹² Commission of the European Communities, Green Paper: Liability for defective products, COM(1999) 396 final, 3 (July 1999).

⁹³ Yuxarıda istinad 20, 25.

⁹⁴ Moteurs Leroy Somer v Dalkia France and Ace Europe, C-285/08, EU:C:2009:351, Judgment, ¶17, (4 June 2009).

⁹⁵ Yəne orada, ¶31.

⁹⁶ Yuxarıda istinad 20, 25.

2. Minimum məbləğ həm istehsalçılar, həm də istehlakçılar arasında ədalətsiz bərabərsizliklər yaratdığına görə bərabər rəftar prinsipinə ziddir;

3. Minimum məbləğ delikt məsuliyyətini bütövlükdə istisna edən qayda ilə eyni effektdə malikdir və fransız hüququna görə, bu, ictimai siyasətə ziddir;

4. 28 iyul 1999-cu ildə Komissiya qüsurlu məhsullara görə məsuliyyət haqqında "Green Paper"də minimum məbləğin ləğv olunmasını təklif etmişdir.⁹⁷

1-ci fakt eyni zamanda Yunanıstan Respublikası tərəfindən də irəli sürülmüşdür.⁹⁸ Lakin AƏM qeyd edir ki, Aİ qanunvericiliyi tərəfindən edilən seçimin nəticəsi budur ki, həddindən artıq sayda məhkəmə icraatlarının qarşısını almaq üçün kiçik maddi zərərlər zamanı qüsurlu məhsullardan zərər çəkən şəxslər Direktiv tərəfindən ortaya qoyulan məsuliyyət qaydalarına əsaslanma bilməzlər, ancaq adi müqavilə və ya qeyri-müqavilə məsuliyyəti hüququ əsasında iddia qaldıra bilərlər.⁹⁹

Qeyri-maddi zərərə görə kompensasiya tamamilə milli hüquqla nizamlanır.¹⁰⁰

B. Azərbaycan hüququ

MM-nin 1128.1-ci maddəsinə əsasən, fiziki şəxsin həyatına, sağlamlığına və ya əmlakına dəyən zərərin əvəzini zərər vuran şəxs ödəməlidirlər. Malın, işin və ya xidmətin qüsurları nəticəsində əmlaka zərər vurulan hallarda bu qayda yalnız o şərtlə tətbiq edilir ki, keyfiyyətsiz məhsul digər əmlaka zərər vurmuş və həmin digər əmlak öz təyinatına görə, əsasən, istehlak məqsədi üçün istifadə edilmiş olsun.¹⁰¹

Məcəllənin müvafiq maddəsində göstərilən zərər obyektləri (şəxsin həyatı, sağlamlığı və əmlakı) Avropa modelinə əsaslanan məhsula görə məsuliyyət hüququna uyğun gəlir. Bundan əlavə, zərərin obyektı olan əmlakın zərər vuran məhsulun özünü və professional məqsədlər üçün istifadə olunan əmlakı istisna etməsi də həm Direktivə, həm də ona əsaslanan Avropa ölkələrinin qanunvericiliklərinə uyğun gəlir.

Yuxarıda da qeyd etdiyimiz kimi Direktiv zərərə görə ümumi qaydaları müəyyən edib, onların ödənilmə formasını və s. milli hüquqa buraxmışdır. Lakin MM-də malın, işin və ya xidmətin qüsurları nəticəsində dəyən zərərin əvəzinin ödənilməsi qaydaları barədə normalar müəyyən edilməmişdir.

Hesab edirik ki, qanunverici orqan burada zərərə görə ümumi qaydaların tətbiqini nəzərdə tutmuşdur. Fikrimizcə, zərərin əvəzinin ödənilməsi barədə ümumi normalardan məhsula görə məsuliyyət hüququnda nəzərdə tutulan

⁹⁷ French Republic, yuxarıda istinad 17, ¶27.

⁹⁸ Hellenic Republic, yuxarıda istinad 17, ¶27.

⁹⁹ Yenə orada, ¶30.

¹⁰⁰ Henning Veedfald v Århus Amtskommune, C-203/99, EU:C:2001:258, Judgment, ¶27, (10 May 2001).

¹⁰¹ Yuxarıda istinad 59.

zərərlərin əvəzinin ödənilməsi üçün istifadə etmək adekvat tədbir olmazdı. Çünki məhsula görə məsuliyyət hüququ yuxarıda göstərilən şəkildə özünəməxsus xüsusiyyətləri ilə xarakterizə olunur. Məsələn, burada sırf maliyyə itkiləri¹⁰² və mənəvi zərər əhatə olunmur.

Burada maraq doğuran məsələlərdən biri də “Mənəvi zərərin ödənilməsi barədə qanunvericiliyin məhkəmələr tərəfindən tətbiqi təcrübəsi” haqqında Azərbaycan Respublikası Ali Məhkəməsinin Plenumunun 3 noyabr 2008-ci il tarixli qərarıdır.¹⁰³

Belə ki, qərarla qeyd olunur ki, mülki qanunvericilikdə müəyyən olunmuş zərərvuran şəxsin təqsirindən asılı olmayaraq maddi məsuliyyət daşması halları eyniliklə mənəvi zərərin ödənilməsi barədə iddialara da aiddir¹⁰⁴ və məhkəmə MM-nin 1128.1-ci maddəsinə istinad edərək hesab edir ki, mənəvi zərər mənəvi sarsıntı və izzətlərin əvəzinin ödənilməsinə yönəldildiyi üçün istehlakçıların hüquqları pozulduğu hallarda mənəvi zərərin məbləği malın (işin, xidmətin) dəyərindən deyil, istehlakçının məruz qaldığı mənəvi sarsıntı və ya izzətlərdən asılı olaraq müəyyən edilməlidir.¹⁰⁵ Bu qərara istinad edən Azərbaycan Respublikası Ali Məhkəməsinin Mülki İşlər Üzrə Məhkəmə Kollegiyası 26 fevral 2009-cu il tarixli qərarında malın, işin və ya xidmətin qüsurları nəticəsində dəyən zərərin əvəzinin ödənilməsi kontekstində mənəvi zərər müəyyən etmişdir.¹⁰⁶

Mənəvi zərərlə bağlı yuxarıda nəzərdə tutulan məsələlərin və zərərin əvəzinin ödənilməsi mexanizmi ilə bağlı digər məsələlərin aydınlaşdırılması üçün bizim Azərbaycan qanunvericiliyi üçün növbəti təklifimiz malın, işin və ya xidmətin qüsurları nəticəsində dəyən zərərin əvəzinin ödənilməsi kontekstində vurulan zərərlərin əvəzinin ödənilməsi mexanizminə dair qaydaların müəyyən edilməsidir.

IX. Məsuliyyəti istisna edən hallar

A. Avropa hüququ

Direktivin 7-ci maddəsinə əsasən, istehsalçı aşağıdakı halları sübut edərsə, məsuliyyət daşımır:

- a. Məhsulu dövriyyəyə o buraxmayıb;
- b. Şərtləri nəzərə alaraq bu yəqindir ki, zərəre səbəb olan qüsür, məhsul onun tərəfindən dövriyyəyə buraxılan vaxt mövcud olmayıb və ya qüsür sonradan yaranıb;

¹⁰² Yuxarıda istinad 68, 52 (1999).

¹⁰³ Bax: <http://supremecourt.gov.az/post/view/165> (Son baxış tarixi: 15 May 2019-cu il).

¹⁰⁴ “Mənəvi zərərin ödənilməsi barədə qanunvericiliyin məhkəmələr tərəfindən tətbiqi təcrübəsi” haqqında Azərbaycan Respublikası Ali Məhkəməsinin Plenumunun qərarı, №9 (3 noyabr 2008).

¹⁰⁵ Yəni orada, ¶11.

¹⁰⁶ Azərbaycan Respublikası Ali Məhkəməsinin Mülki İşlər Üzrə Məhkəmə Kollegiyasının qərarı (İş No: 2(102)501/09), 5 (26 fevral 2009).

c. Məhsul onun tərəfindən satış və hər hansı formada iqtisadi məqsədlə distribusiyaya üçün istehsal olunmayıb və ya onun sahibkarlıq fəaliyyəti zamanı distribusiyaya olunmayıb;

d. Qüsurlu məhsulun səlahiyyətli orqanlar tərəfindən qəbul edilən tənzimləmələrə riayət edilməsinə görədir;

e. Məhsul dövriyyəyə buraxılan zaman elmi və texniki biliyin vəziyyəti qüsurlu aşkar olunmasını mümkün edəcək vəziyyətdə deyildi;

f. Qüsurlu məhsulun tərkib hissəsinin uyğunlaşdırıldığı məhsulun dizaynına və ya məhsulun istehsalçısı tərəfindən verilən təlimatlara aiddir (istehsalçının məhsulun tərkib hissəsinin istehsalçısı olduğu hallarda).¹⁰⁷

Yuxarıda nəzərdə tutulanlardan əlavə, Direktivin 8.2-ci maddəsinə əsasən, əgər zərər həm məhsulun qüsurlu olmasına görə, həm də zərərçəkən şəxsin və ya onun məsuliyyətli olduğu şəxsin təqsirinə görə baş verərsə, istehsalçının məsuliyyəti azaldıla və ya ləğv oluna bilər.¹⁰⁸

7-ci maddənin "a" bəndinə görə, əgər istehsalçı məhsulu dövriyyəyə buraxmayıbsa, o, bu məhsulun qüsurlu nəticəsində dəyən zərəmə görə məsuliyyət daşımır. AƏM məhsulun "dövriyyəyə buraxılması" ifadəsinə aydınlıq gətirmişdir. Belə ki, *Henning Veedfeld v Århus Amtskommune* işində məhkəmə qeyd edir ki, qüsurlu məhsul insan orqanının transplantasiyaya hazırlanması və orqana dəyən zərərin bu hazırlıq müalicəsindən qaynaqlandığı halları əhatə edən xüsusi tibbi xidmətlərin göstərilməsi zamanı dövriyyəyə buraxılmış hesab olunur.¹⁰⁹ Bu, o mənaya gəlir ki, istehsalçı harada baş verdiyindən asılı olmayaraq, əgər məhsulu 3-cü tərəfin (bu həm istehlakçı, həm də daşıyıcı ola bilər) ixtiyarına vermişdirsə, bu zaman müvafiq maddənin tələbləri qarşılanmış hesab olunur.¹¹⁰ AƏM *O'Byrne v. Sanofi Pasteur* işində açıqca qeyd edir ki, məhsul istifadə və ya istehlak üçün ictimaiyyətə təklif edildiyi formada istehsalçı tərəfindən həyata keçirilən istehsal prosesini tərk edir və marketing prosesinə daxil olursa, dövriyyəyə buraxılmış sayılır.¹¹¹

7-ci maddənin "b" bəndi qüsurlu məhsulun istifadəsi zamanı təbii olaraq əmələ gəlməsini nəzərdə tutur. Lakin məhsul çox tez sıradan çıxarsa, bu zaman məhsulun dövriyyəyə buraxıldığı zaman qüsurlu olması hesab olunur.¹¹² Burada istehsalçı sadəcə sübut edə bilər ki, digər satılan eynicinsli məhsulların heç birində bu qüsurlu yox idi və ya məhsulların istehsalı zamanı bütün tələb olunan standartlar gözlənilmişdir.¹¹³ Bu halda istehsalçı məsuliyyətdən xilas olmaq üçün bütün zəruri tədbirləri gördüyünü sübut

¹⁰⁷ Yuxarıda istinad 1, maddə 7.

¹⁰⁸ Yuxarıda istinad 1, maddə 8(2).

¹⁰⁹ Yuxarıda istinad 100, §18.

¹¹⁰ Yuxarıda istinad 34, 433.

¹¹¹ *Declan O'Byrne v Sanofi Pasteur MSD Ltd and Sanofi Pasteur SA*, C-127/04, EU:C:2006:93, Judgment, §27 (9 February 2006).

¹¹² Yuxarıda istinad 34, 433.

¹¹³ Yuxarıda istinad 7, 119.

etməli olacaq. Buna görə də istehsalçının buradakı məsuliyyəti ehtiyatsızlığa əsaslanan məsuliyyətə çevriləcəkdir.¹¹⁴

7-ci maddənin "c" bəndi ilə bağlı *Henning Veedfald v Århus Amtskommune* işində AƏM-ə təqdim olunan suallardan biri də tamamilə ictimai əsaslarla maliyyələşən və xəstənin hər hansı ödəniş etmədiyi tibbi xidmətlərin göstərilməsi çərçivəsində istehsal və istifadə olunan məhsulların müvafiq maddə ilə əhatə olunub-olunmadığı idi.¹¹⁵ Belə ki, burada cavabdeh iddia edirdi ki, xəstə tibbi xidmətlərə görə ödəniş etmədiyinə görə, həmin tibbi xidmətlərin göstərilməsi zamanı istifadə olunmuş məhsullar iqtisadi məqsədlə istehsal olunmamış sayılmalıdır.¹¹⁶ AƏM bu fikri rədd edərək qeyd edir ki, ictimai fondlar tərəfindən maliyyələşən tibbi xidmətlərə görə xəstə birbaşa ödəniş etməsə də, həmin ictimai fondlar vergi ödəyicilərinin ödənişləri hesabına fəaliyyət göstərirlər və buna görə də xidmətlərin ictimai fondlar tərəfindən maliyyələşməsi məhsulların iqtisadi və ya sahibkarlıq məqsədləri üçün istehsal olunmasını istisna etmir.¹¹⁷ Beləliklə, məhkəmə qərar verir ki, 3-cü halda nəzərdə tutulan müddəalar ictimai fondlar tərəfindən maliyyələşən tibbi xidmətlərin göstərilməsi zamanı istifadə olunan məhsullardan dəyən zərərlərə şamil olunmur.¹¹⁸

7-ci maddənin "d" bəndinə nəzərən, bu istisna tətbiq olunan hüquq normasının düzgün olmadığı və istehsalçının 2 bəla (tətbiq olunan standartları pozmaq və ya bazara qüsurlu məhsul buraxmaq) arasında seçim etmək məcburiyyətində olduğu hallara şamil olunur.¹¹⁹ Burada da əsas xüsusiyyət obyektiv olaraq dəyərləndirilə biləcək elementlərdən ziyadə, cavabdehin davranışının qiymətləndirilməsidir.¹²⁰

Direktivin 7-ci maddəsinin "e" bəndinə əsasən, istehsalçı onun məhsulu dövriyyəyə buraxdığı zaman elmi və texniki biliyin vəziyyətinin qüsuru aşkar etməyə imkan verəcək səviyyədə olmadığını sübut edərsə, məsuliyyət daşımır. Bu müddəa Direktivin ən önəmli müddəalarından biri olmaqla yanaşı, eyni zamanda ən mübahisəli və üzərində ən çox fikir ayrılıqlarının yaşandığı müddəalardan biridir.

AƏM nəzərdə tutur ki, Direktivin 7(e) maddəsi istehsalçının fəaliyyət göstərdiyi sənayə sektorunda istifadə olunan praktikalar və ya təhlükəsizlik standartlarına deyil, məhsulun dövriyyəyə buraxıldığı zaman elmi və texniki biliyin vəziyyətinə (belə biliyin ən qabaqcıl səviyyəsi də daxil olmaqla) istiqamətlənir.¹²¹ Müddəa istehsalçının faktiki və ya subyektiv olaraq

¹¹⁴ Yenə orada.

¹¹⁵ Yuxarıda istinad 100, ¶19.

¹¹⁶ Yenə orada, ¶20.

¹¹⁷ Yenə orada, ¶21.

¹¹⁸ Yenə orada, ¶22.

¹¹⁹ Yuxarıda istinad 34, 434.

¹²⁰ Yuxarıda istinad 8, 119.

¹²¹ *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, C-300/95, EU:C:1997:255, Judgment, ¶26 (29 May 1997).

məlumatlandırıldığı və ya məlumatlandırılma biləcəyi biliyin vəziyyətini deyil, istehsalçının məlumatlandırıldığı prezumpsiya olunan elmi və texniki biliyin obyektiv vəziyyətini nəzərdə tutur.¹²² Həmçinin, müvafiq elmi və ya texniki bilik məhsul dövriyyəyə buraxılarkən çatımlı olmalıdır.¹²³

İngilis dilli ədəbiyyatda bu cür istisna *development risk* adlandırıldığına görə biz də bundan sonra onu inkişaf riski adlandırmağı məqsədamüvafiq hesab edirik. Direktivin qəbul olunması zamanı həm Avropa Parlamenti, həm də Şurası inkişaf riskinin Direktivə daxil edilməsini təşviq edirdilər.¹²⁴ II hesabatdan görünür ki, sənayedəki maraqlı tərəflər inkişaf riskinə əsaslanan istisnanın saxlanılmasının tərəfdarıdır. Onların fikrinə görə, bu cür məsuliyyət elmin və yeni məhsulların inkişafına və innovasiyasına mane olardı.¹²⁵ Bəzi Üzv Dövlətlərdə inkişaf riski hallarında belə istehsalçı məsuliyyətli sayılır.¹²⁶ Məsələn, Almaniyada 1978-ci ildən bəri dərman məhsulları sahəsində inkişaf riski məsuliyyəti istisna etmir.¹²⁷

İnkişaf riskindən danışarkən mütləq 2004-cü ildə nəşr olunmuş Fondazione Rosselli hesabatına da nəzər yetirmək lazımdır. Bu araşdırma inkişaf riski müddəasının iqtisadi təsirini analiz etmək üçün aparılmışdır.¹²⁸ Hesabatın tapıntıları bildirir ki, tez-tez istifadə olunan arqument, yəni inkişaf riski müddəasının yeniliklər üçün stimulların və istehlakçıların maraqlarının qorunması ehtiyacı arasında Direktivin balansına nail olmaqda önəmli faktor olması əsaslıdır və aşağıdakılara əsaslanır:

1. İnkişaf riski müddəası yeniliklə əlaqəli riskləri azaltdığı üçün yenilik etmək üçün stimulları qoruyur;
2. İnkişaf riski müddəası Avropa sənayesində məhsula görə məsuliyyətlə bağlı sığorta xərclərinin nisbi sabitliyinin müəyyən edilməsində və məhkəmə icraatlarının ağlabatan səviyyədə saxlanmasında açar faktordur;
3. Sərt məsuliyyət rejimində yüksək texnologiya (yüksək risk) sektorlarındakı şirkətlər, onların inkişaf riskini əhatə edən, ağlabatan sığorta siyasəti əldə etməkdə çətinlik çəkərlər.¹²⁹

7-ci maddənin "f" bəndinə əsasən, istehsalçı, qüsurlu məhsulun tərkib hissəsinin uyğunlaşdırıldığı məhsulun dizaynına və ya məhsulun istehsalçısı tərəfindən verilən təlimatlara aid olduğu zaman məsuliyyət daşımır

¹²² Yenə orada, §27.

¹²³ Yenə orada, §28.

¹²⁴ Martin Ueffing, *Directive 85/374 – European Victory or a Defective Product Itself?*, 4 MarBle Research Papers 373, 376 (2013).

¹²⁵ Yuxarıda istinad 20, 17.

¹²⁶ Yenə orada.

¹²⁷ Yenə orada, 17-18.

¹²⁸ Commission of the European Communities, Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee: Third report on the application of Council Directive on the approximation of laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC of 25 July 1985), amended by Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999), COM(2006) 496 final, 6 (September 2006).

¹²⁹ Yenə orada, 7.

(məhsulun tərkib hissəsinin istehsalçısı). H. C. Taschner-ə istinad edən Cees van Dam qeyd edir ki, bu istisna artıqdır və siyasi səbəblərə görə Direktivə daxil edilib. Direktivin digər müddəələrindən aydındır ki, məhsulun tərkib hissəsinin istehsalçısı yalnız öz məhsulu qüsurlu olduğu zaman məsuliyyət daşıyır.¹³⁰

B. Azərbaycan hüququ

MM-nin 1131-ci maddəsinə əsasən, malın satıcısı və ya istehsalçısı, işin və ya xidmətin icraçısı zərərin qarşısını almaz qüvvənin təsiri və ya istehlakçının maldan, işin, xidmətin nəticələrindən istifadə və onları saxlama qaydalarını pozması nəticəsində əmələ gəldiyini sübuta yetirərsə, məsuliyyətdən azad edilir.¹³¹

Biz MM-nin bu yanaşmasını doğru hesab etmirik. Çünki yuxarıda müzakirə olunanlardan da görüldüyü kimi sərt məsuliyyət konsepsiyasının təməlindeki fikir odur ki, zərər vuran şəxs zərərin qarşısını almaz qüvvənin təsiri altında vurulduğu hallarda belə məsuliyyət daşıyır. Maddənin ikinci hissəsində nəzərdə tutulan yanaşma isə Direktivin 8(2)-ci maddəsinə uyğun gəlir.

Bizim Azərbaycan qanunvericiliyi üçün təklifimiz budur ki, sərt məsuliyyət konsepsiyasının tələblərinə əməl edərək MM-nin 1131-ci maddəsinin birinci hissəsində nəzərdə tutulan məsuliyyəti istisna edən hal qanunvericilikdən çıxarılsın və Avropa təcrübəsini tətbiq edərək istehsalçılar və istehlakçılar arasında risklərin ədalətli bölüşdürülməsi və innovasiyanın təşviqi üçün məsuliyyəti istisna edən aşağıdakı hallar qanunvericiliyə daxil edilsin:

1. Məhsulu dövriyyəyə buraxanın istehsalçı olmadığı halda;
2. Qüsurun məhsul istehsalçı tərəfindən dövriyyəyə buraxılan vaxt mövcud olmadığı və ya sonradan yarandığı halda;
3. Məhsul istehsalçı tərəfindən sahibkarlıq məqsədi ilə istehsal olunmadığı halda;
4. Qüsurun istehsalçının məcburi normalara əməl etməsinə görə yarandığı halda;
5. İstehsalçın məhsulu dövriyyəyə buraxarkən elmi və texniki biliyin vəziyyəti həmin qüsuru aşkar etməyə imkan vermədiyi halda.

Nəticə

Yuxarıda qeyd olunanlardan da görüldüyü kimi, məhsula görə məsuliyyət hüququ həm müqavilə və ənənəvi delikt hüququnun, həm də keçən əsrin ikinci yarısından başlayaraq xüsusi məsuliyyət rejimlərinin mövzusu olmuşdur. Sahibkarlığın inkişafı istehsal olunan məhsulların kəmiyyətinin əhəmiyyətli dərəcədə artmasına gətirib çıxarsa da, həmin məhsulların

¹³⁰ Yuxarıda istinad 34, 434.

¹³¹ Yuxarıda istinad 59, mad. 1131.

istehlakçılara vura biləcəyi zərəərə görə effektiv kompensasiya sisteminin müəyyən olunması vacibdir.

Bu sahədə Azərbaycan Respublikası Avropa modelinə əsaslanan məhsula görə məsuliyyət hüququnu “malın, işin və ya xidmətin qüsurlarına görə dəyən zərərin əvəzinin ödənilməsi” adı altında öz qanunvericiliyinə daxil etmişdir.

Araşdırmamızın nəticəsi göstərmişdir ki, bu sahədəki implementasiya heç də qüsursuz olmamışdır və bununla bağlı qanunvericiliyin təkmilləşdirilməsinə ehtiyac vardır. Burada, xüsusilə, Azərbaycan qanunvericiliyində nəzərdə tutulmuş “məhsul”, “zərəər” kimi anlayışlar, eləcə də zərəərə görə məsuliyyət daşıyan şəxslər və həmin şəxslərin məsuliyyətlərini istisna edən hallar ilə bağlı müddəalar yenidən nəzərdən keçirilməli və Avropa təcrübəsinə əsasən müvafiq düzəlişlər aparılmalıdır.

Zəhra Nəzərova*

PATENT QANUNVERİCİLİYİNİN (DE LEGE FERENDA) MÜQAYİSƏLİ TƏHLİLİ: PATENT MÜVƏKKİLLƏRİNİN STATUSU, YETƏRSİZ MƏSULİYYƏT VƏ BƏZİ İNSTITUSIONAL MƏSƏLƏLƏR KONTEKSTİNDƏ

Annotasiya

Məqalədə sənaye mülkiyyətinin mühafizəsi sahəsində patent qanunvericiliyi milli prizmadan, həm də ABŞ, Türkiyə, Almaniya və digər dövlətlərin timsalında müqayisəli təhlil edilərək qanunvericilikdəki boşluqlara patent müvəkkillərinin statusu, məsuliyyət təminatı və ondakı tarixi qalıq izlər, müəyyən prosessual-intitucional məsələlərlə əlaqədar münasibət bildirilir. Universal və regional olmaqla patent hüquqlarının beynəlxalq təminat sistemi araşdırmaya cəlb olunan prioritet məsələlərdəndir. İki hüquqi sistemdə özünü büruzə verən prinsipal fərqlər və patent hüquqlarının pozulması ilə bağlı mübahisələrdə müstəsna yurisdiksiyaya malik milli-ixtisaslaşdırılmış, o cümlədən beynəlxalq ədalət mühakiməsi mexanizmləri də müəllifin diqqətindən yan keçə bilməzdi.

Abstract

In the article patent legislation in the field of the protection of industrial property is analysed not only from national side of the prisma, but also from comparative side at the examples of the USA, Turkey, Germany and other countries; the gaps in the legislation are paid attention with being related to the status of patent attorneys, provision of responsibilities, historical traces and some procedural-institutional issues. The international provision system of patent rights with being universal and regional is the priority of the involved issues in this study. Of course, the author couldn't ignore the principal differences in two legal systems, national specialized and international justice mechanisms with the exceptional jurisdiction in the disputes regarding infringements of patent laws.

Mündəricat

Giriş	278
I. Patent müvəkkillərinin hüquqi statusuna dair milli normativ-hüquqi bazada bəzi boşluqlara münasibət.....	280
II. Sənayə mülkiyyətinin mühafizəsində “yetərsiz” məsuliyyət.	
Kriminalaşdırma prosesində sovet dönəminin qalıq izləri	284
A. Yetərsiz məsuliyyət cinayət-hüquqi aspektdə.....	284
B. Patent hüquqlarının qorunmasında inzibati məsuliyyətin spesifikasiyası .	286

*Azərbaycan Respublikasının Prezidenti yanında Dövlət İdarəçilik Akademiyası, dövlət hüququ ixtisasının 1-ci kurs əyani magistrantı.

III. Əqli Mülkiyyət Agentliyinin statusunun publik hüquqi şəxs qismində müəyyən edilməsi ilə bağlı həyata keçirilməli olan zəruri normativ tədbirlər.....	288
IV. Patent hüquqları universal və regional təminatlar sistemində	290
A. Universal müqavilələr	290
B. Regional sistemlər.....	291
V. Patent hüquqlarının pozulmasına dair mübahisələrdə səlahiyyətli məhkəmə orqanlarının xüsusatlari	292
A. İxtisaslaşdırılmış dövlətdaxili prosessual mexanizmlər.....	292
B. Beynəlxalq ədalət mühakiməsi orqanları: labüd perspektivlər.	294
Nəticə.....	295

Giriş

Yaradıcılıq imkanları *Tanrıdan* verilmiş, məhz elə Onunla hüdudlanmış, şəxsiyyətdən ayrılmaz varidətdir və intellektual mülkiyyət fəvqəladə dərəcədə çoxcəhətlidir. İnsan dühası onun layiqli həyatı üçün təminat mənbəyidir. Sonuncu fikir həm də, Ümumdünya Əqli Mülkiyyət Təşkilatının Cenevrədə yerləşən mənzil-qərargahının günbəzində həkk olunub. Adam Smitin dili ilə desək, onlar özləri əqli məhsullarının nəticəsini bəlli bir “əmtəyə” çevirərək, öz yaşamlarını təmin edə bilməlidirlər.

Hələ Missuri ştatının 1789-cu il tarixli Qanununda deyilirdi ki, insana onun ağılının əməyinin nəticəsi olan mülkiyyətdən daha “artıq”, əziz digər bir mülkiyyət ola bilməz.¹ Əqli mülkiyyət hüquqları qeyri-maddi təbiətli olduğundan, bir neçə məkanda realizə edilə bildiyindən və həm də subyektlər dairəsi qeyri-məhdud olduğundan məhz belə faktorlar çoxsaylı potensial hüquq pozuntularına şərait yaradır. Bu məqamda məhz Volterin fikirləri nəzərimizdə canlanır: “Bunlar ocaqlarımızdakı oda bənzəyir: onu qonşudan götürüb, özümüzə yandırır, digərlərinə verir və beləliklə, hamıya məxsus olur...”²

Hegelə görə, intellektual məhsul verimlilik və ya faydalılıq baxımından yararlı olub-olmamasından asılı olmayaraq dövlət tərəfindən tanınmalıdır.³ Bu mövqə təbii ki, utilitarian təhlillərə sığır. Yeri gəlmişkən əqli mülkiyyətin mənşəyi barədə nəzəriyyələrdən biri sayılan *standart iqtisadi nəzəriyyənin* əsas paradigması məhz intellektual məhsulların ictimai faydalı olması və ictimai faydanı fərdiləşdirməsidir.⁴ Təsədüfi deyil ki, müasir iqtisadiyyat biliklərə əsaslanan iqtisadiyyat adlanır və onda yığılmış qeyri-maddi aktivlər maddi aktivlərlə müqayisədə heç də az rola malik

¹ Azərbaycan Respublikası Əqli Mülkiyyət Agentliyi, Əqli Mülkiyyət Hüquqları (məqalələr toplusu), 13 (2013).

² Kamran İmanov, *Ümumdünya Kitab və Müəlliflik Hüququ Günü və Azərbaycan Müəlliflik Hüquq Tarixindən*, Əqli Mülkiyyət Hüquqları (məqalələr toplusu) 127, 127 (2013).

³ Jeanne L. Schroeder, *Unnatural Rights: Hegel and Intellectual Property*, Cardozo Law, Legal Studies Research Paper No. 80 (2004).

⁴ Cəbi Gülşən, AR-da Əqli Mülkiyyət Hüququnun Konstitusiyə Hüquqi Tənzimi və Təminatları, 15 (2017).

deyil və intellektual kapitalın özü isə əsas valyuta qismində çıxış edir. Bəllidir ki, əqli mülkiyyətin qorunması sərmayələrin qoyuluşunu və ticarəti həvəsləndirir. Bu qorunmanın səviyyəsi, bir növ xarici investisiyanın hazırlıq şərtini və potensial istəyini təmsil edir.

Mülki və Siyasi hüquqlar haqqında Beynəlxalq Paktın 18-ci maddəsi fikir azadlığından bəhs etsə də, 19-cu maddədə məhz “şəxsi fikir” hüququna toxunulub:

“Hər bir insanın şəxsi fikrə malik olmaq, öz fikrini sərbəst ifadə etmək hüququ var. Bu hüquqa dövlət sərhədlərindən asılı olmayaraq hər cür informasiya və ideyaları axtarmaq, almaq, şifahi, yazılı, mətbuat yaxud bədii ifadə formaları vasitəsilə yaxud özü seçdiyi başqa üsullarla yaymaq azadlığı da daxildir.”

Əqli mülkiyyət hüquqlarının qorunması dövlətin borcudur, fransız müəllif Şatobrianın təbiri ilə desək, burada “hüquq borcu doğmur, borc hüququ doğur”.⁵ Belə hüquqların qorunması ilə əlaqədar *roman-german və ingilis-sakson hüquqi sistemlərində* başlıca fərqlərə diqqət yetirsək, ilk növbədə 2-ci tip dövlətlərdə yaradıcılıq məhsulunun daha çox cəmiyyətin maraqlarına cavab verməsi (*necessitas publica maior quam privata* - toplumun ehtiyacı fərdin ehtiyacını üstələyir) şərtinin şişirdilməsinin şahidi ola bilərik. Burada daha çox ictimai faydalılıq önəmlidir. İkincisi, roman-german hüquq sistemində hüquqi təminatların və “toxunulmazlığın” bilavasitə yaradıcılıq məhsuluna yönəlik müəyyən edilməsi, ingilis-sakson hüquqi sistemində isə daha çox yaradıcının özünə fokuslanmanın şahidiyik. Nəhayət, qitə ölkələrinin qanunvericilik aktlarında hüquqi şəxslərin əqli mülkiyyət sahəsində hüquqlarının ilkinlikdən məhrum olmasını daha qabarıq şəkildə görə bilərik.⁶

Məqalədə məhz ənənəvi intellektual mülkiyyətin növü kimi sənaye mülkiyyətinin mühafizəsi sahəsində “portfel” rolunu oynayan patentlə bağlı normativ baza tarixi-komparativ metodla təhlil edilir. Patentlər profilaktik maneə olmaqla sənayenin bütün sahələrində tərəqqi üçün təşviqat vasitələri hesab olunur. Onlar texniki innovasiya üçün əlverişli zəmin yaratmaqla bərabər, innovasiya sahəsində qüdrətin sübutu kimi çıxış edir və güclü rəqabət mövcud olan bazarlarda üstünlük əldə etmək üçün ehtiyatla istifadə edilə bilirlər. Bəzən isə ixtiranı patentlə mühafizə etmək çətin olur və ya onun qanunsuz istifadə olunmasını izləmək qeyri-mümkündür. Belə olan halda texnologiya sahibinə onu sirr olaraq saxlamaq daha sərfəlidir, nəinki “etibarsız” patent hüququ altında qeydiyyatdan keçirmək. Bununla bərabər prosedurun bahalı olması, müstəsna hüququn müddətlə məhdudlaşdırılması səbəbindən bəzi ixtiraçılar sənaye mülkiyyəti obyektini qeydiyyata almadan *know-how* səviyyədə saxlayıb öz rəqabət qabiliyyətlərini itirməməyə üstünlük verirlər. Bununla belə, patentlər biznesin katalizatorudur və patent fondlarının köməyi ilə onlar ən yenilər barədə fasiləsiz informasiya mənbəyi kimi çıxış edir. *Bir sözlə, patentin əhəmiyyətini anlamaq üçün A.Linkolnün “dövlət mülkiyyət çərçivəsini qorumaqla düha alovunu yanacaq bəsləyir...” sözlərini xatırlamaq, zənnimcə, kifayət edəcəkdir.*

⁵ Kamran İmanov, *Əqli Mülkiyyət Və Şəxsi Qeyri-Əmlak Hüquqları*, Əqli Mülkiyyət Hüquqları (məqalələr toplusu) 131, 132 (2013).

⁶ Yəni orada, 134.

I. Patent müvəkillərinin hüquqi statusuna dair milli normativ-hüquqi bazada bəzi boşluqlara münasibət

Azərbaycanda patent müvəkillərinin statusu “Patent haqqında” 25 iyul 1997-ci il tarixli Qanun (Bundan sonra – Qanun) və Nazirlər Kabinetinin 2000-ci il 15 fevral tarixli Qərarı ilə təsdiq edilmiş “Patent müvəkilləri haqqında” Əsasnamə (Bundan sonra – Əsasnamə) ilə tənzimlənir. Tədqiqatımızın gedişində rastladığımız bir neçə təəssüf doğurucu məqama diqqəti cəlb etmək niyyətindəyik:

A) Sual doğuran məsələlərdən biri patent müvəkillərinin *reyestrdən çıxarılma anının* müəyyənləşdirilməsidir ki, zənn edirik, bunu ayırd etmək çətin məsələdir. Ardıcılığı izləyək: 1) Əsasnaməyə görə, şikayət apellyasiya şurasının qərarı ilə təsdiq edildiyi halda, *həmin qərardan qanunvericiliklə müəyyən edilmiş müddətdə məhkəməyə şikayət verilmədikdə və ya qanuni qüvvəyə minmiş məhkəmə qərarı ilə Apellyasiya Şurasının qərarının ləğv edilməsi barədə şikayət təmin olunmadıqda, patent müvəkkili patent müvəkillərinin dövlət reyestrindən çıxarılır.*⁷ Göründüyü kimi həmin an və Apellyasiya Şurasının qərarının “qüvvəsi” (bu ifadə altında əslində şikayət verilməməsi və ya məhkəmə tərəfindən həmin şikayətin təmin edilməməsini nəzərdə tuturuq) arasında əlaqə yaradılır. 2) Əsasnamənin 7-ci maddəsinə görə isə şikayətə baxılarkən onun üçün qoyulan tələbləri pozan patent müvəkkilinə qarşı xəbərdarlıq edilir; *yenidən attestasiya edilir, nəticə qənaətbəxş olmadıqda reyestrdən çıxarılır* - deməli, bu məqamda onun reyestrdən çıxarılma anı sanki bir addım geriyə çəkilib. (*Peczenik təsnifat modelinə*⁸ əsasən “uyğunsuzluq” boşluğudur - “*inconsistency gap*”) Müvəkkilin reyestrdən çıxarılma anının aydın müəyyən edilməsi zərurətini görürük. Bu anlaşılmazlıqlardan (*leges ab omnius intellegi debent* – hərçənd bir az uzaqlaşdıq) sadəcə biridir.

B) Bəli, müvəkillərin reyestrdən çıxarılma *əsasları* ilə bağlı razı olmadığımız bir neçə məsələyə toxunulmalıdır. Həmin əsaslar bunlardır: a) “*vəkalət verənlə müqavilə şərtlərini kobud şəkildə pozması Apellyasiya Şurası tərəfindən təsdiq olunduğu halda (vəkalət verən tərəfindən əsaslandırılmış şikayət ərizəsi daxil olarsa)*”, b) “*yenidən attestasiyanın nəticələri qənaətbəxş olmadıqda*”.⁹ Fikrimcə, “b”-nin “a”-ya nisbətən müstəqil əsas kimi müəyyən edilməsi düzgün deyil, çünki “a” bəndindəki hal onsuzda yuxarıda qeyd etdiyimiz 7-ci maddəyə görə, “b” halını şərtləndirmək iqtidarındadır, digər tərəfdən qanunvericilikdə yenidən attestasiyanı şərtləndirən digər bir əsas yoxdur. Deməli, “a”-dan başqa yenidən attestasiyanı şərtləndirən əsas yoxdursa, “b” halının təsbiti gərəksizdir. Nəhayət, göstərilənlərin (Əsasnamədə belə əsaslara həmçinin müvəkkilin vəfatı, digər pozuntulara yol verməsi və s. hallar aid edilib) əsas kimi yox, məhz səbəb qismində müəyyənləşdirilməsini daha məqsədmüvafiq hesab edirik. Əsas qismində isə məhkəmə qərarı və ya Əqli Mülkiyyət Agentliyinin (Bundan sonra – Agentlik) qərarı çıxış edə bilərdi. Belə ki, qanunvericilik sahələrində səbəb və əsas anlayışları arasındakı belə incə cizgi heç də istisna olunmur.

C) Təkliflərimizdən biri də belə səbəblər qismində əlavə olaraq “*patent müvəkkilinin qanunvericiliyin tələbləri pozulmaqla müvafiq statusu əldə etməsi halı*”nın təsbit olunmasıdır. (Çünki attestasiyanın nəticələrinin saxtalaşdırılması halları ola bilər və s.) Xitamla bağlı müxtəlif normativ-hüquqi aktlarda (dövlət qulluğu və s.) qeyd olunan səbəbi görsək də, təəssüf ki, reyestrdən çıxarılma ilə

⁷ “Patent müvəkilləri haqqında” Əsasnamə, mad. 6 (2000).

⁸ Aleksander Peczenik and Gunnar Bergholtz, *Statutory Interpretation in Sweden*, Sudbury, 313 (1991).

⁹ Yuxarıda istinad 7, mad. 8.

bağlı belə səbəbə yer verilməyib. Eləcə də bir sıra ölkələrin qanunvericiliyində belə səbəblər qismində müvəkkilin *xəbərsiz itkin düşməsi, ölmüş elan edilməsi, məhkum edilməsi, barəsində tibbi xarakterli məcburiyyət tədbirlərinin tətbiq edilməsi, məhkəmə qərarı ilə fəaliyyət qabiliyyətsiz və ya məhdud fəaliyyət qabiliyyətli hesab edilməsi* hallarının bilavasitə göstərilməsinə baxmayaraq, (halbuki “Vəkillər və vəkillik fəaliyyəti haqqında” AR Qanununda belə hallar xitamla bağlı hallardandır.¹⁰ Təəssüf ki, AR qanunvericiliyində yalnız “*vəfat etmə halı*” sonuncu əsas kimi göstərilərək normanın dairəsi açıq saxlanılmamışdır. (məsələn, *qanunvericiliklə müəyyən edilmiş digər hallara* istinad belə yoxdur.) Ümumiyyətlə, müşahidə etdiyimiz budur ki, AR qanunvericiliyində fəaliyyətə xitam verilmə ilə bağlı demək olar ki, bütün normativ-hüquqi aktlar “qapalı norma” mövqeyindədir. (lakin bunu mübahisələndirməyəcəyik.) Sonda bildirmək istəyirik ki, qeyd etdiyimiz bu bir neçə səbəbin Əsasnamənin mətninə əlavə olunmasının vacib olması qənaətindəyik.

D) Yeri gəlmişkən, reyestrdən çıxarılan əsaslarından daha biri “*patent müvəkkili tərəfindən məzmunu həqiqətə uyğun olmayan sənədlər və məlumatlar verildiyi*” halıdır. Qeyd edək ki, maddənin qüvvədən düşmüş variantında “*bilərəkdən*” ifadəsi (mütləq şərt kimi) yer alsada, sonradan dəyişiklik edilərək həmin ifadənin normanın mətnindən çıxarılmasını uğursuz addım hesab edirik, hansı ki, qanunvericilikdə müşahidə etdiyimiz daha dəqiq tənzimləmələr kifayət qədərdir. Məsələn, “Korrupsiya haqqında” AR Qanununda maliyyə xarakterli tələblərə dair məlumatların verilməsinə münasibətdə məhz “*qəsdən*” ifadəsi işlədilib¹¹ və s. kimi çox sayılı aktlar fikrimizi təsdiq edəcəkdir.

E) Vurgulanmalı olan məsələlərdən biri də patent müvəkkili ilə vəkalət verən arasında yaranan qarşılıqlı münasibətlər zamanı meydana gəlir. Əsasnamənin 2.2-ci maddəsinə görə, vəkalət verən üzərinə düşən öhdəlikləri yerinə yetirmədikdə və ya Azərbaycan Respublikasının qüvvədə olan qanunvericilik aktlarına, *patent müvəkkilinin peşəkarlıq etikasına* qarşı çıxan tələblər irəli sürdükdə patent müvəkkili müqavilə ilə ondan aldığı tapşırığı yerinə yetirməkdən imtina edə bilər. Fəqət, patent müvəkilləri ilə bağlı onların peşəkarlıq etikasına dair tələbləri müəyyən edən xüsusi normativ-hüquqi akt və ya norma müəyyən edilmədiyindən belə tələblərin nə olması adresatda kifayət qədər sual doğuracaq. *İkincisi, əgər biz çıxış yolu kimi ən son vəziyyətdə “Vəkillərin Davranış Qaydaları haqqında” Əsasnaməyə istinad etsək belə* (bu kimi istinad dünya təcrübəsində istisna olunmayan olunmayan haldır), yenə də “Vəkillər və Vəkillik fəaliyyəti haqqında” Qanunda təsbit olunmuş etika ilə bağlı “*Vəkillərin Davranış Qaydaları haqqında*” sözügedən Əsasnaməyə istinad edən heç olmasa hər hansı blanket normadan belə “məhrum” olduğumuzu görəcəyik.

F) Diqqətəlayiq digər bir məqam patent müvəkillərinin attestasiyası üçün rüsum prosedurlarıdır ki, təəssüf doğuran üç məqamın şahidiyik. Birincisi, Əsasnaməyə görə, attestasiyadan keçmiş şəxs müvafiq bildirişi aldıqdan sonra 1 (bir) ay müddətində patent müvəkillərinin qeydiyyatına alınması, şəhadətnamə verilməsi və qeydiyyatına alınmış patent müvəkkili barədə məlumatların dərc olunması üçün müəyyən edilmiş haqqın ödənilməsinə təsdiq edən sənədləri Agentliyə təqdim etmədiyi təqdirdə attestasiyanın nəticələri ləğv edilmiş hesab edilir.¹² Bu cür yanaşmanı olduqca ədalətsiz hesab edirik. Digər tərəfdən nəzərə alsaq ki, həmin

¹⁰ “Vəkillər və vəkillik fəaliyyəti haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 23 (28 dekabr 1999).

¹¹ “Korrupsiyaya qarşı mübarizə haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 6 (13 yanvar 2004).

¹² Yuxarıda istinad 7.

şəxs Əsasnamənin digər bir tələbinə əsasən il ərzində yalnız 1 dəfə attestasiyadan keçmək üçün müraciət edə bilər, belə olan halda attestasiyanın nəticələrinin ləğvinin birmənalı qəbul edilməsi ədalətsizdir, özü də namizədin *attestasiyada iştirak etməməsinin üzrlü səbəbləri* tanındığı halda, rüsum üçün – yəni sonrakı prosedura münasibətdə *üzrlü səbəblərin tanınmaması*, fikrimizcə, məntiqli deyildir. İkincisi, Əsasnamənin mətninə edilmiş 18.12.2018-ci il dəyişikliklərinə qədər burada blanket xarakterli norma kimi “AR Dövlət rüsumu haqqında” Qanuna istinad edilmişdi, ancaq həmin qanunda nə qeydiyyat, nə şəhadətnamənin verilməsi, nə də məlumatların dərci üçün uzun müddət idi ki, rüsum qüvvədə deyildi. Göstərilən tarixdən sonra vəziyyətdən çıxış yolu kimi “rüsum”dan yan keçilsə də, yenə də *“haqqın” məbləğinin müəyyən edilməsi və ödənilməsi* qaydasına istinad edən heç bir norma görünür. Bundan başqa nədənsə müvafiq dəyişiklik edilərkən Əsasnamənin digər bir maddəsində təsbit olunmuş “ilkin olaraq ərizəyə qoşulmalı olan rüsum barədə sənəd” diqqətdən yayınmışdır, yəni attestasiya üçün həmin rüsumun da hansı aktla müəyyən edilməsi sual altındadır. *Nəhayət üçüncüsü*, Əsasnaməyə görə, müəyyən edilmiş haqların ödənilməsinə təsdiq edən sənədlər təqdim edildikdən sonra 3 (üç) gün müddətində şəxs patent müvəkkili kimi patent müvəkillərinin dövlət reyestrində qeydiyyata alınır və ona şəhadətnamə verilir. Deməli, dərc üçün ayrıca haqq ödənilməsinə dair tələbin olmasına baxmayaraq dərcə bağlı konkret müddət qanunvericilikdə öz əksini tapmamış və məhdudlaşdırılmamışdır. Xatırlatmaq yerinə düşər ki, sözügedən nüanslarla bağlı “Sənaye mülkiyyəti obyektlərinin mühafizəsi sahəsində rüsumların və ödənişlərin məbləği və ödənilməsi Qaydasının təsdiq edilməsi haqqında” AR Nazirlər Kabinetinin Qərarı qüvvədən düşmüşdür.

Patent müvəkillərinin attestasiyası ilə bağlı ixtisas dərəcəsinə (digər şərtlərə də) dair tələblərə komparativ yanaşma gərəyi duyuruq. Belə ki, milli qanunvericiliyə görə, sənaye mülkiyyətinin mühafizəsi sahəsində xüsusi kurs bitirən və ya həmin sahədə ən azı iki il stajı olan şəxslər, hüququn tətbiqi və tədrisi sahəsində ən azı iki il stajı olan hüquqşünaslar ixtira, faydalı model, sənaye nümunəsi, əmtəə nişanı və coğrafi göstəriciyə görə hüquqların qorunması sahəsində AR normativ hüquqi aktları, beynəlxalq müqavilələri üzrə zəruri biliklərə malik olmaq şərti ilə patent müvəkkili kimi attestasiyadan keçə bilərlər.¹³ Göründüyü kimi, Azərbaycanda patent müvəkkili anlayışı ümumi mənə kəsb edir, yəni sənaye mülkiyyətinin mühafizəsi sahəsində *“patent agent”* və *“patent vəkili”* anlayışları bilavasitə fərqləndirilmir, sadəcə olaraq *şəxslər və hüquqşünaslardan* söhbət gedə bilər. Lakin əksər - xüsusən də anqlo-sakson hüquqi sistemli dövlətlərdə göstərilən anlayışlarla bağlı müəyyən edilmiş prinsiplər fərqlərdən biri budur ki, agentlər əmtəə nişanı, coğrafi göstərici və digər əlaqədar obyektlərlə bağlı (ixtira, faydalı model, sənaye nümunəsi istisnadır) təmsilçilik və hüquqi məsləhət funksiyası daşımır, ali hüquq təhsilinin olması patent vəkili olduğu tək təməl şərt deyil, agent daha çox inzibati orqanlar qarşısında, patent vəkili isə məhkəmə qarşısında təmsilçilik və müdafiə funksiyasına malikdir.¹⁴ Eləcə də, agentlərin qeydiyyat proseduru, xidmətlərinin dəyəri də aydın fərq yaradır, həm də agentlərin fəaliyyətində “ilkinlik” sezilir, məsələn patent almaq üçün iddia sənədinin tərtibi və s. Odur ki, müdafiə xarakterli tədbirlərin həyata keçirilməsi ilə bağlı pozulmuş patent hüquqlarının məhkəmə mübahisələrində yalnız patent vəkiliyə danışmaq mümkündür. Ancaq Azərbaycanda agent anlayışından, ümumiyyətlə, istifadə olunmur, bütün patent

¹³ Yuxarıda istinad 7, mad. 5.

¹⁴ Burada bax: <https://www.beemlaw.com/patent-agents-vs-patent-attorneys/> (son baxış 22 aprel 2019).

müvəkillərinə ümumi olaraq məhkəmədə təmsilçilik, müdafiə və məsləhət funksiyaları həvalə edilmişdir. Hindistan, Sinqapur kimi ölkələrdə isə yalnızca “patent agent” anlayışından istifadə olunur. (Məsələn, Hindistanın 1970-ci qəbul edilmiş və indi də qüvvədə olan patent qanununda müvəkkil anlayışından istifadə olunmayıb, Sinqapurdakı isə hüquq təhsili zəruri şərtidir.¹⁵)

Staja gəlincə, milli qanunverici ən azı 2 il stajı müəyyən edərkən onun “*fasiləsizliyi tələbini*” irəli sürməmişdir.¹⁶ Maraqlıdır ki, Avstraliya qanunvericisi patent müvəkkilinin qeydiyyatına alınması üçün belə tələbə fasiləsizlik prinsipini də əlavə edir. Əgər 2 il staj fasiləli şəkildə toplanmışsa, bu zaman həmin stajın toplandığı həddə 5 il müəyyən edilərək çərçivələnir.¹⁷ Almaniyada (*patentanwältle* – *patent müvəkkili*) göstərilən müddət 3 il, Ukraynada ən azı 5 il təşkil edir.¹⁸ Kanadada bu müddət aylarla - 24 ay kimi müəyyən edilir və patent müvəkillərinin attestasiyası ABŞ-a münasibətdə çoxmərhələli prosedurlarla müşahidə olunur.¹⁹ Yeri gəlmişkən, nəzərə çarpan digər bir fərq bəzi ölkələrdə tələb kimi hüquq pozuntusuna yol verməmək şərtinin irəli sürülməsidir. Məsələn, Avstraliyada son 5 il ərzində əqli mülkiyyət sahəsində hüquq pozuntusuna görə məsuliyyətə cəlb edilməyən şəxslər attestasiyaya buraxılırlar,²⁰ halbuki milli qanunvericilikdə belə bir tələb müəyyən olunmamışdır. Həmçinin ABŞ (patent müvəkillərinin sayına görə Kaliforniya, Nyu-york və Texas ardıcıl olaraq ilk üçlüyü bölüşür), Avstraliya kimi dövlətlərin timsalında-digər ölkələrdən fərqli olaraq, Azərbaycanda patent müvəkkilinin yüksək mənəvi göstəricilərə və nüfuza malik olması tələbi qanunda və ya əsasnamədə bilavasitə təsbit edilməmişdir.²¹

Yaş senzi ilə bağlı isə AR qanunvericiliyində konkret yaş məhdudiyyətini görmürük. Yeni Zenlandiya (burada bir çox müvəkkil Trans-Tasman Müqaviləsinə əsasən həm də Avstraliyada tamhüquqlu müvəkkil hesab olunur²²) və Yaponiyada (burada onlar əmtəə nişanı, kommersiya sirlərinin mühafizəsi, gömrük sahəsində də bütün instansiyalarda səlahiyyətli idirlər) isə əks mövqeyin şahidi olmaq mümkündür. Həmçinin Yaponiyada “*benrişilər*” (“*弁理士*”) adlanan həmin şəxslərin statusu nəinki patentlə bağlı normativ baza ilə, eləcə də vəkillik fəaliyyəti ilə bağlı qanunda da (*弁護士法* - *bengoşilərin* statusu haqqında qanun, 1949-cu il) tənzimlənir, Azərbaycanda isə “Vəkillər və Vəkillik fəaliyyəti haqqında” Qanunda nəinki xüsusi norma, ümumiyyətlə, Əsasnamədə həmin qanuna istinad edən hər hansı norma yoxdur.²³ Attestasiyanın keçirilmə tezliyinə gəlincə, əksər ölkələrdə tələb ildə ən azı 1 dəfə kimi müəyyən olunsun da, Hindistanda bu göstərici ən azı 2 dəfədir.²⁴

¹⁵ Burada bax: <http://www.depenning.com/patent-agent-india.html> (son baxış 16 mart 2019).

¹⁶ Yuxarıda istinad 13.

¹⁷ The Institute of Patent and Trade Mark Attorneys of Australia, <https://ipta.org.au/> (son baxış 20 aprel 2019).

¹⁸ Burada bax: <https://ukrpatent.org/en> (son baxış 28 mart 2019).

¹⁹ Burada bax: http://www.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/eng/h_wr02066.html (son baxış 20 aprel 2019).

²⁰ Yuxarıda istinad 17.

²¹ Patent Attorneys and Patent Agents – United States, <https://www.tmlawworldwide.com/2012/12/20/patent-attorneys-and-patent-agents-united-states/> (son baxış 28 mart 2019).

²² Yuxarıda istinad 17.

²³ 弁理士法 Japan Patent Attorney Act, No.49 of April 26, 2000;

昭和二十四年六月十日法律第二百五号 No. 205 of June 10, 1949.

²⁴ Yuxarıda istinad 15.

II. Sənayə mülkiyyətinin mühafizəsində “yetərsiz” məsuliyyət. Kriminallaşdırma prosesində sovet dönəminin qalıq izləri

A. Yetərsiz məsuliyyət cinayət-hüquqi aspektdə

“Patent haqqında” AR Qanununun 24-cü maddəsinə görə, patent hüquqlarını pozan şəxslər AR İnzibati Xətalər Məcəlləsinə və AR Cinayət Məcəlləsinə uyğun məsuliyyət daşıyırlar. Lakin göstərilən məqamda hesab edirik ki, patentlə bağlı hüquqlara qəsd edən əməllərin kriminallaşdırılmasına münasibətdə qanunverici digər əqli mülkiyyət obyektlərindən fərqli olaraq sənaye mülkiyyəti obyektlərinə qəsd edən əməllərə görə inzibati məsuliyyətin müəyyən edilməsinə kifayət qədər etinasız yanaşma nümayiş etdirir. AR CM-nin 166-cı maddəsinə görə, ixtiraçılıq və patent hüquqlarını pozma, yəni ixtiradan və ya səmərələşdirici təklifdən qanunsuz istifadə etmə və ya ixtira yaxud səmərələşdirici təkliflərin mahiyyəti barədə məlumatları müəllifin razılığı olmadan və rəsmi dərc edilənədək yayma, müəllifliyi mənimsəmə, şərikli müəllifliyə məcbur etmə, əgər bu əməllər nəticəsində xeyli miqdarda ziyan vurulmuşsa, cinayət məsuliyyəti yaranır. Burada diqqətimizi çəkən iki məsələ vardır. İlk olaraq “Patent haqqında” AR Qanununda səmərələşdirici təklif anlayışından istifadə edilmir, eləcə də aydındır ki, o, patentlə müəllifliyi, ilkinliyi təsdiq edilən və istifadəsi üçün müstəsna hüquq verilən obyektlər sırasında göstərilməmişdir. Deməli, normanın mətnindən belə aydın olur ki, onda səmərələşdirici təklifə münasibətdə hüquqların pozulması patent hüquqlarının yox, ixtiraçılıq hüquqlarının pozulması anlayışına aid ediləcəkdir və üstəlik qanunvericinin mövqeyinə görə ixtiraçılıq hüquqlarının obyektinə təkcə ixtira deyil.²⁵ Əslində ixtiraçılıq və səmərələşdirici təklif anlayışına qüvvədə olan qanunvericilikdə tərif verilməmişdir. “Əqli mülkiyyət hüquqlarının təminatı və piratçılığa qarşı mübarizə haqqında” AR Qanununun anlayışlar aparatında da əqli mülkiyyət hüquqları anlayışına səmərələşdirici təklifə olan hüquqlar aid edilməmişdir.²⁶ Eləcə də tədqiqatımıza “cəlb olunan” digər normativ hüquqi akt kimi “İxrac nəzarəti haqqında” AR Qanununun anlayışlar aparatında da əqli fəaliyyətin nəticələri anlayışına kəşflər aid edilsə də, səmərələşdirici təklif qeyd edilməmişdir.²⁷ Yeri gəlmişkən, Ümumdünya Əqli Mülkiyyət Təşkilatını təsis edən Konvensiyanın 2-ci maddəsində əqli mülkiyyət hüququnun obyektləri siyahısında da bilavasitə səmərələşdirici təklif göstərilməmişdir, hərçənd belə siyahının qeyri-qətiliyi məsələni qabartmağımıza mane olmamalıdır.

Təhlil üçün AR Konstitusiyasının 30-cü maddəsində öz əksini tapmış aşağıdakı müddəalara fokuslanaq: “Hər kəsin əqli mülkiyyət hüququ vardır. Müəlliflik hüququ, ixtiraçılıq hüququ və əqli mülkiyyət hüququnun başqa növləri qanunla qorunur.” Deməli, Konstitusiya özlüyündə “ixtiraçılıq hüququ” anlayışını təsbit edir, ancaq qanunvericilikdə ixtiraçılıq fəaliyyətinin nədən ibarət olmasına dair norma tapmaq xeyli çətindir. Bəlkə də bu, sovet dövrünün tarixi-hüquqi qalıqlarındandır. Son fikrimizi arqumentləşdirmək üçün Azərbaycan SSR 1978-ci il Konstitusiyasının müvafiq normasına diqqət yetirək: “...bu azadlıq elmi tədqiqatların, *ixtiraçılıq və səmərələşdiricilik fəaliyyətinin* daha da genişləndirilməsi...” Buradan aydın olur ki,

²⁵ Azərbaycan Respublikasının Cinayət Məcəlləsi, mad. 166 (30 dekabr 1999).

²⁶ “Əqli mülkiyyət hüquqlarının təminatı və piratçılığa qarşı mübarizə haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 1 (22 may 2012).

²⁷ “İxrac nəzarəti haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 1 (26 oktyabr 2004).

istinad edilən konstitusion normada həm ixtiraçılıq, həm də səmərələşdiricilik anlayışına toxunulub. Yeri gəlmişkən əqli mülkiyyət sahəsində o dövr üçün kifayət qədər geniş məsələləri tənzimləyən 167 maddədən ibarət SSRİ Nazirlər Sovetinin 21 avqust 1973-cü il tarixli Qərarı ilə təsdiq edilmiş “Kəşflər, ixtiralar və səmərələşdirmə təkliflərinə dair” Əsasnaməyə görə səmərələşdirmə (qeyd: 1978-ci il Konstitusiyası və qüvvədə olan AR CM səmərələşdirici, AR Əmək Məcəlləsi isə hər iki ifadəni işlətmişdir) təklifinə dəqiq anlayış verilmişdir. Nəhayət, son arqument kimi Azərbaycan SSR 1960-cı il Cinayət Məcəlləsinin “müəlliflik və ixtiraçılıq hüquqlarını pozma” adlı 140-cı maddəsinin dispozisiyasına da nəzər salaq:

“ixtiranın və ya *səmərələşdirici təklifin* müəllifliyini mənimsəmə və ya ixtiranın, yaxud səmərələşdirici təklifin müəllifini şərikli müəllifliyə məcbur etmə, habelə ixtira qeydə alınana qədər ixtiraçının razılığı olmadan onu elan etmə...”

Göründüyü kimi, burada vurğuladığımız əlamətlər demək olar ki, tam üst-üstə düşür. Ancaq 1960-cı il CM-də *xeyli miqdarda ziyan* tərkibdə nəzərdə tutulmayıb ki, bu da mühüm istisnadır. Yeri gəlmişkən, sovet dönəmi üçün əqli mülkiyyət hüquqlarına dair müstəsna əhəmiyyət daşıyan Azərbaycan SSR-in 1964-cü il Mülki Məcəlləsində²⁸ əqli mülkiyyət obyektlərinin hüquqi rejimi ilə bağlı (o cümlədən, kəşflər) müfəssəl normalara rast gəlinə də, qüvvədə olan Mülki Məcəllə belə “imkandan” məhrumdur. Əslində tənzimləmənin məqsədamüvafiq olmaması özlüyündə məcəllənin belə “iqtidara” malik olmasını əhəmiyyətsiz edir. Marafıdır ki, burada hər ikisi qeyri-ənənəvi qrupa aid edilməsinə baxmayaraq səmərələşdirici təkliflər kəşflərlə yox, məhz ənənəvi obyektlərlə birlikdə nizamlanmışdır. Belə ki, beşinci bölmə kəşflərə, altıncı bölmə isə ixtira, səmərələşdirici təklif və sənaye nümunəsi ilə bağlı hüquqlara həsr olunub. Məhz bu halın özü də sözügedən qalıqlardandır.

Növbəti marafı məsələ hüquqtəsdiqləyici sənədlərin növü ilə bağlıdır. Köhnə Mülki Məcəlləyə görə ixtiranın müəllifi öz mülahizəsinə uyğun ya ixtira üçün müstəsna hüququ dövlətə verilməklə müəllifliyinin qəbul edilməsini, ya da ixtira üçün ona müstəsna hüquq verilməklə müəlliflik hüququnun qəbul olunmasını tələb edə bilər. Birinci halda ixtira üçün müəlliflik şəhadətnaməsi, ikinci halda patent verilir. Hazırda qüvvədə olan patent qanunvericiliyində isə belə diferensasiyaya, ümumiyyətlə, yol verilməmişdir.

Son olaraq, qanunvericinin mövqeyindən digər bir nəticəyə gəlməyin qeyri-mümkün olması ilə əlaqədar səmərələşdirici təklifin ixtiraçılıq anlayışının tərkib hissəsi hesab edilməməsinin, o cümlədən həmin maddənin dispozisiyasına (eləcə də maddənin adına) zəruri dəyişikliyin edilməsinin tərəfdarıyıq, çünki: a) səmərələşdirici təklif qeyri-ənənəvidir, ixtira isə ənənəvi intellektual mülkiyyət obyektidir və patentlə mühafizə edilir; b) ixtira yalnız texniki həllə yönəlik təkliflərlə bağlı mövcuddur, səmərələşdirici təklif isə həm texniki, həm idarəçilik, həm də təşkilati təkliflərlə bağlıdır; c) yuxarıda göstərdiyimiz Əsasnaməyə görə səmərələşdirmə təkliflərinə dair hüquqtəsdiqləyici sənəd vəsiqə, ixtira ilə bağlı patentdir; ç) AR-nın Əmək Məcəlləsinin ixtiraçı anlayışı ilə səmərələşdirici anlayışı, o cümlədən ixtira və təklif arasında qoyduğu fərqlər kifayət qədər aydındır; d) sənaye mülkiyyətinin digər obyektlərinin (xüsusən də, sənaye nümunəsi) mühafizəsi ilə əlaqədar cinayət qanunvericiliyi təminatlar baxımından xeyli dərəcədə

²⁸ Azərbaycan SSR Mülki Məcəlləsi, 1, 4, 5 və 6-cı bölmələr (11 sentyabr 1964).

yetərsizdir. Odur ki, dispozisiyaya həm də sənaye nümunəsi ilə bağlı müvafiq əlavələr edilməlidir.

Sənaye nümunəsinin qorunma mexanizmindən söz düşmüşkən, Azərbaycandan fərqli olaraq Türkiyədə məhkəmə-müdafiə tədbirləri, prosessual əsaslar və məsuliyyət tədbirlərini müfəssəl tənzimləyən qanunqüvvəli akt kimi qəbul edilmiş “Endüstriyel təsarımların qorunması haqqında” ayrıca normativ-hüquqi aktın mövcudluğunu vurğulamaq mütləqdir. Burada digər əsas fərqli məqam müddətlərlə bağlıdır. Əgər Azərbaycan qanunvericiliyində sənaye nümunəsi patentinin qüvvədə olma müddətinin 5 ildən artıq olmamaq şərtilə uzadılması mümkündürsə, sözügedən aktla “endüstriyel təsarımlar” üçün həmin müddət 5 illik yenilənmə dövrləri ilə 25 ildən artıq olmamaq şərtilə uzadıla bilər.²⁹

Azərbaycanda sənaye nümunəsi üçün əsas şərt yenilik və orijinallıqdır.³⁰ Müəlliflərdən M.Yolçuyev həmin meyarların müqayisəsini apararaq qeyd edir ki, orijinallıq meyarı Avropa dövlətlərində fərqli mənə yükünə malikdir.³¹ Məsələn, Almaniyada əsas məsələ yaradıcı şəxsin zehni əməyinin səviyyəsidir, adi yaradıcı insanlardan qəti fərqlənməlidir. Lakin Fransada vəziyyət fərqlidir, “səviyyə” Almaniya fərqli olaraq mühüm meyar deyil, əsas olan nəticədir. İsveçdə isə orijinallıq özündə ayırdediciliyi ehtiva edir, hansı ki, Türkiyə qanunvericisi də analoji mövqedədir. Müəllifin qeyd etdiyi, vacib məsələlərdən biri də budur ki, ixtira və faydalı modeldən fərqli olaraq sənaye nümunəsi üçün “sənayedə tətbiq ediləbilənlik”, yəni dəfələrlə istehsal olunabilənlik şərti 2009-cu ildə “Patent haqqında” AR Qanununun mətnindən çıxarılmışdır. Türkiyədə eyni vəziyyəti görsək də, Almaniya qanunvericiliyində həmin şərt hələ də öz mövcudluğunu saxlamaqdadır.³² Yeri gəlmişkən, Azərbaycan “Sənaye nümunələrinin qeydiyyatı haqqında” Haaqa Sazişinin Cenevrə Aktının (2010), eləcə də, “Sənaye nümunələrinin beynəlxalq təsnifatının təsisi haqqında” Lokarno sazişinin (2003) üzvüdür. Unutmadan bunu da qeyd edək ki, ixtira ilə bağlı da ABŞ-ın məhkəmə təcrübəsi yalnız “*yaradıcı diha parıltısı*” ilə (*flash of creative genius*) ərsəyə gəlmiş ixtiralara patent verilməsini mümkün sayır və fikrimizin ilk bariz nümunəsi ABŞ Ali Məhkəməsi tərəfindən 1850-ci ildə qəbul edilən *Hotchkiss v.Greenwood* qərarıdır, hansı ki, məhkəmə farfor qapı dəstəklərinin daha dayanıqlı və estetik olmasına baxmayaraq patentin tanınmasından göstərilən xüsusatda imtina etmişdi.³³

B. Patent hüquqlarının qorunmasında inzibati hüquqlarının qorunmasında

İkinci bir məsələ CM-nin 165-166-cı maddələrinə münasibətdə 165-ci maddənin qeyd hissəsində xeyli miqdarda ziyanın dəyərinin *1000 manatdan artıq* müəyyən edilməsidir ki, AR İnzibati Xətalər Məcəlləsində də öz növbəsində *az miqdarda* ziyanın vurulması ilə bağlı digər eyniadlı maddələri görə bilsək də,³⁴ (yəni müəlliflik hüquqlarını və ya əlaqəli hüquqları pozma; inteqral sxem topologiyasından istifadəyə müstəsna hüququn pozulması; folklor nümunələrindən istifadə tələblərinin pozulması; məlumat toplularından qeyri-qanuni istifadə edilməsi) məhz *1000*

²⁹ 554 sayılı Endüstriyel Təsarımların Korunması Haqqında Kanun Hükmündə Kararname/95

³⁰ Patent haqqında” AR Qanunu, mad. 9

³¹ Yolçuyev Mübariz, Azərbaycan Hukukunda Endüstriyel Təsarımların Korunması (Türk Hukuku İle Mukayeseli Olarak), 13 (2015).

³² Yenə orada.

³³ Tuğba Canatan Akıcı, Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye’de Patent Haklarının Gelişim Süreci, Ankara, 75. (2011)

³⁴ Azərbaycan Respublikasının İnzibati Xətalər Məcəlləsi, mad. 185-188 (29 dekabr 2015).

manatdan artıq olmayan ziyana münasibətdə patent və ya ixtiraçılıq hüquqlarının pozulmasına görə məsuliyyət müəyyən edən müstəqil normanın nəzərdə tutulmamasının şahidiyik. Təəssüf ki, yalnız AR İXM-in toxumçuluq haqqında qanunvericiliyin pozulmasına dair 287-ci maddəsində patent sahibi ilə lisenziya müqaviləsi bağlamadan bitki sortlarının toxumlarından istifadə edilməsinə və geodeziya və kartoqrafiya haqqında qanunvericiliyin pozulmasına dair 270-ci maddəsində dövlət qeydiyyatına alınmamış və ya patenti alınmamış yaxud sertifikatlaşdırılmamış geodeziya və kartoqrafiya materiallarının və məlumatlarının, xüsusi təyinatlı geodeziya və kartoqrafiya avadanlığının, cihazlarının ticarət dövriyyəsinə daxil edilməsinə görə məsuliyyət nəzərdə tutulur. Bu işə potensial hüquq pozuntularının çox kiçik bir hissəsi sayıla bilər. Eyni zamanda qeyd etdiyimiz hər iki maddədə ziyanın miqdarı belə tərkibdə müəyyən edilməyib. Odur ki, AR İXM-ə sənaye mülkiyyətinin mühafizəsi ilə bağlı müvafiq tərkibin əlavə edilməsinin zərurəti qənaətinə gəlməliyik.

Digər bir tərəfdən “Haqsız rəqabət haqqında” AR Qanununda müəyyən edilmiş maliyyə sanksiyaları aşkara çıxardığımız vəziyyətə “bərəət” qazandırmır. Rəqibin təsərrüfat fəaliyyətinin təqlidi formasında (yəni digər təsərrüfat subyektinin patent-lisenziya hüququnu pozmaq yolu ilə onun məhsulunun birbaşa təkrarlanması) haqsız rəqabətdən söz düşmüşkən vurğulanmalı olduğumuz bəzi mütləq məqamlar vardır: Azərbaycan Respublikasının müvafiq qanunvericiliyində qeydiyyata alınmamış sənaye mülkiyyəti obyektinin mümkün qorunma şərtlərindən bəhs edilmir. (Paris və TRIPS kimi beynəlxalq aktlarda da göstərilən məsələyə toxunulmurdu) Anglo-sakson hüquqi sistemə mənsub amerikalı və ingilis hüququnda qeydiyyata alınmayan və ya qorunma müddəti başa çatmış yaradıcılıq məhsullarının istər zahirən, istərsə də funksional cəhətdən birəbir təqlidi mümkün və hüquqi hesab edilir.³⁵ Çünki ingilis-sakson yanaşmasında qorunma təminatı olmayan yaradıcılıq məhsulunun təqlidi əksinə, iqtisadiyyata həyat verir, rəqabəti artırır, bazarda qiymətləri aşağı salır. (me too product...)³⁶ Tam əksinə qitə hüququnun mühüm parçası olan fransız hüququnda belə *kor-koranə təqlid (slavish imitation)* haqsız rəqabət sayılır. Maraqlıdır ki, Almaniyada Fransadakı sərt mövqedən fərqli olaraq belə təqlidə yol verilir: “*Nachahmungsfreiheit və ya freedom of imitation*”, ancaq müəyyən istisna şərtlərlə patenti alınmamış məhsulun mühafizəsi mümkündür, belə analoji vəziyyəti İspaniyaya da aid edə bilərik.³⁷ Qeyd edək ki, Türkiyədə əvvəllər bu mənada “tescilsiz” obyektlərin mühafizəsi nəzərdə tutulmasa da, (hazırda AR-da belədir) 2016-cı il “Sınai Mülkiyyət Kanunu”na görə qeydiyyata alınmayan sənaye mülkiyyəti obyektlərinin də qorunmasına təminat verilir.³⁸

Yeri gəlmişkən, növbəti təəssüf doğurucu məqamı istintaq aidiyyətinə nəzər salarkən aşkarladıq. Belə ki, AR CPM-in 215.3.1-ci maddəsinin tələblərinə görə, AR CM-nin 165.2 (müəlliflik və əlaqəli hüquqlar), 165-2 (folklor nümunələri), 165-3 (məlumat topluları), 166.2-ci (patent və ixtiraçılıq) maddələrində nəzərdə tutulmuş cinayətlərə dair işlər üzrə ibtidai istintaq prokurorluq tərəfindən aparılır. Lakin nədənsə qanunverici inteqral sxem topologiyasından istifadəyə müstəsna hüququn pozulması əməlinə görə aidiyyəti müəyyən etməyi “unudub”. Aidiyyəti müəyyən edən iki normativ hüquqi aktdan digəri kimi “AR CPM-nin təsdiq edilməsi, qüvvəyə

³⁵ Cahit Suluk, Karşılaştırmalı hukuk işığında türk hukukunda tescilsiz sinai ürünlerin haksız rekabet hükümleri ile korunması, 12 (2014).

³⁶ Yenə orada, 12-16.

³⁷ Burada bax: <http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/frmmakale/2014-1/06.pdf> (son baxış 20 aprel 2019).

³⁸ Sınai Mülkiyyət Kanunu, mad. 51 (22 dekabr 2016).

minməsi və bununla bağlı hüquqi tənzimləmə məsələləri haqqında” AR Qanununun və həmin Qanunla təsdiq edilmiş AR CPM-nin tətbiq edilməsi barədə AR Prezidentinin Fərmanında da sözügedən əməlin adı çəkilmir. Şübhəsiz, AR Konstitusiyaya Məhkəməsinin hakimi İ.Nəcəfovun öz xüsusi rəyində vurğuladığı kimi cinayət prosesində analogiya mümkün represiyaları genişləndirmir, o, cinayət-prosessual münasibətlərə və onları yaradan hüquqi faktlara dinamizm verməklə pozitiv rol oynayır.³⁹ (Qeyd: “Normativ hüquqi aktlar haqqında” AR Konstitusiyaya Qanununa görə, cinayət, inzibati xətlər və vergi qanunvericiliyində, məsuliyyətə cəlb olunma, hüquqların məhdudlaşdırılması və vəzifələrin müəyyən edilməsi hallarında hüququn analogiyasından və ya qanunun analogiyasından istifadə oluna bilməz.⁴⁰) Ancaq əminliklə deyə bilərik ki, qanunvericinin dövlət orqanının səlahiyyətləri baxımından (xüsusən də ona münasibətdə yalnız qanunda göstərilənlərə icazə verildiyini bəyan edən hüquqi aksiomu mütləqləşdirsək) hər dəfə analogiyanın “ümidinə” qalması adresat üçün heç də yaxşı vəziyyət yaratmayacaqdır. Bununla belə sevindirici hal da vardır: Azərbaycan MDB məkanında inteqral sxem topologiyalarına dair qanun qəbul edən ilk dövlətdir. Məsələ ilə əlaqədar son qeydimiz isə budur ki, ABŞ-ın məhkəmə praktikası inteqral-sxem topologiyasını ənənəvi yanaşmadan fərqli olaraq sənaye mülkiyyətinin obyekt kimi tanıyır.⁴¹

III. Əqli Mülkiyyət Agentliyinin statusunun publik hüquqi şəxs qismində müəyyən edilməsi ilə bağlı həyata keçirilməli olan zəruri normativ tədbirlər

Qeyd etmək lazımdır ki, təşkilati-hüquqi islahatların yaratdığı nəticələrlə bağlı olaraq müvafiq əlaqədar aktlarda uyumsuzluqlar - institusional bariyerlər özünü büruzə verir. “İstehlak bazarına nəzarət, standartlaşdırma, metrologiya və əqli mülkiyyət hüquqları obyektlərinin mühafizəsi sahəsində idarəetmənin təkmilləşdirilməsi ilə bağlı tədbirlər haqqında” AR Prezidentinin 2018-ci il 20 aprel tarixli Sərəncamının 2-ci hissəsinə əsasən yaradılmış Əqli Mülkiyyət Agentliyinin və onun tabeliyində olan Patent və Əmtəə Nişanlarının Ekspertizası Mərkəzinin Agentliyin fəaliyyətinin təmin edilməsi haqqında AR Prezidentinin 2018-ci il 30 iyul tarixli Fərmanının 3.3-cü bəndinə əsasən publik hüquqi şəxs olmasına baxmayaraq “Patent haqqında” Qanunda “müvafiq icra hakimiyyəti orqanının Apellyasiya Şurası” ifadələri işlənmişdir. Belə ki, 2018-ci ilin müvafiq islahatlarına qədər Apellyasiya Şurası müvafiq icra hakimiyyəti qismində Komitənin tərkibində fəaliyyət göstərsə də, artıq publik hüquqi şəxs, yəni müvafiq icra hakimiyyətinin yaratdığı qurumun tərkibindədir. Göstərilən məqamda “Patent müvəkilləri haqqında Əsasnamə”yə dəyişiklik edilərək qeyd etdiyimiz ifadələr balanslaşdırılarsa da, sözügedən qanunda hələki bunu görünür. Qısaca qeyd etmək lazımdır ki, “qanunlar bu günə nisbətdə hər zaman dünənkidir”. (tempora mutantur et nos mutamur in illis - zamanlar da, biz də dəyişirik.) Doğrudur, ilk baxışdan qanunun prezident aktına uyğunlaşdırılmaq “öhdəliyi” olmasa da, normaların məntiqi tələbatdan irəli gələn harmonizasiyası mütləqdir. (Qeyd: dəyişiklik edilməli olan aktlardan biri də “Patent haqqında” AR Qanununun tətbiq edilməsi barədə qüvvədə

³⁹ AR KM-nin “AR CPM-in 137 və 445.2-ci maddələrinin bəzi müddələrinin şərh edilməsinə dair” 12.02.2015-ci il tarixli Qərarı.

⁴⁰ “Normativ hüquqi aktlar haqqında” Konstitusiyaya Qanunu, mad. 13 (21 dekabr 2010).

⁴¹ Prof. S.S.Allahverdiyev, Azərbaycan Respublikasının Mülki Hüququ III Cild IV kitab, 6-cı fəsil (2008).

olan 1998-ci il tarixli Fərmandır.) Odur ki, keçirilən islahatlarla bağlı mövcud hüquqi vakuu diqqətdən yayınmamalıdır.

Başqa bir mübahisəli məsələ Əqli Mülkiyyət Agentliyinin, yəni publik hüquqi şəxsin əməkdaşlarının dövlət qulluqçusu hesab edilib-edilməməsidir. Əslində, cavabı Agentliyin fərmanla təsdiq edilmiş Nizamnaməsinin 1.7-ci bəndində aydın görsək də, (həmin bəndə görə “Dövlət rüsumu haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanununda nəzərdə tutulmuş müvafiq hüquqi faktların qeydiyyatı ilə bağlı xidmətlər göstərdiyinə, hüquqi hərəkətləri həyata keçirdiyinə görə Agentliyin əməkdaşları dövlət qulluqçularına bərabər tutulurlar.) “Dövlət qulluğu haqqında” AR Qanununda bu məsələyə, ümumiyyətlə, toxunulmur, publik hüquqi şəxslərin adı belə keçmir, odur ki, məsələyə mütləq şəkildə bu qanun səviyyəsində də aydınlıq gətirilməlidir. Sözügedən publik hüquqi şəxsin qanunla yox, məhz prezident tərəfindən müəyyən edilməsi də kifayət qədər mübahisəlidir. Öz təklifimizə keçməzdən əvvəl ümumən publik hüquqi şəxslə bağlı aşağıda qeyd edəcəyimiz müəlliflərin arqumentlərini mövzu ilə əlaqədar “haşiyə” olaraq nəzərdən keçirək:

AR Mülki Məcəlləsinin 43-cü maddəsinə görə, Azərbaycan Respublikası və bələdiyyələr mülki hüquq münasibətlərində eynilə digər hüquqi şəxslər kimi iştirak edir. Bu hallarda onların səlahiyyətlərini hüquqi şəxslər olmayan orqanları həyata keçirirlər. Yeri gəlmişkən, “Bələdiyyələrin statusu haqqında” AR Qanununun 11-ci maddəsinə görə bələdiyyələr hüquqi şəxsdir və əgər nazirliklərə baxsaq, Vergilər və Maliyyə Nazirliklərinin Əsasnamələrində birbaşa olaraq məhz həmin nazirliklərin hüquqi şəxs olması göstərilmişdir. Müəlliflərdən F.Mehdiyev qeyd edir ki, nazirliklərə - mərkəzi icra hakimiyyəti orqanlarına hüquqi şəxs statusunun verilməsi bütöv və vahid idarəetmə, iyerarxiya, nazirliyin məhz elə dövlətin hüquqi şəxsiyyətini təmsil etməsi, nəhayət yuxarıda göstərdiyimiz “hüquqi şəxs olmayan orqanları” ifadəsinə ziddir. AR MM-in 43.3-cü maddənin tənzimlənməsi, əslində Almaniyada hüquq sistemindən götürülmüşdür. Belə ki, Almaniya dövlət hakimiyyəti orqanlarının hüquqi şəxs statusu yoxdur.⁴² Azərbaycanda, təəssüf ki, digər çoxsaylı dövlətlərdən fərqli olaraq ümumi hüquq şəxsləri ilə xüsusi hüquq (xüsusi hüquqa tabe olan) şəxsləri arasında hədd müəyyən edilməmişdir. (*personne morale de droit public/prive*) Gürcüstanda məsələyə aydınlıq gətirən 1999-cu il tarixli “*Ümumi hüquq şəxsləri haqqında*” ayrıca qanun mövcuddur. Yenə MDB dövlətlərindən Ukrayna Mülki Məcəlləsinə baxsaq, hüquqi şəxslərin sözügedən bölgüsünün şahidi olacağıq.⁴³ Qeyd edilən məqamlarda müəlliflə razılaşmaq qeyri-mümkündür və özümüz də əlavə etmək istəyirik ki, hüquqi şəxsin əsasnaməsi yox, (nazirliklərdəki) nizamnaməsindən danışmaq olar. Hesab edirik ki, belə bənzətmə aparmaqda da haqlıyıq. Necə ki, hüquqi şəxsin onun hüquqi şəxs olmayan nümayəndəlik, filial və idarəsi üçün əsasnamədən danışmaq olar, eləcə də hüquqi şəxs qismində dövlətin onun hüquqi şəxs olmayan nazirliyinin əsasnaməsindən danışmaq mümkün olur.

Müəlliflərdən T.Cəfərov qeyd edir ki, 43-cü maddədə göstərilən “*digər hüquqi şəxslər*” ifadəsi dolayısıyla dövlətin hüquqi şəxs olması qənaətinə aparır, lakin bələdiyyələrdən fərqli olaraq dövlətin belə statusu konstitusion və ya qanunvericilik səviyyəsində bilavasitə təsbit edilməyib. Lakin Türkiyə Cümhuriyyəti Anayasasına görə, (maddə 23) dövlətin hüquqi şəxs olması “devlet ve digər kamu tüzel kişileri” ifadəsi ilə təsdiqini tapmışdır. Müəllifə görə, əsas məsələ və təəssüf doğuran hal isə

⁴² Mehdiyev Fərhad, İnzibati hüquq (Administrative Law), 15 (2010).

⁴³ Yenə orada.

AR “Publik hüquqi şəxslər haqqında” Qanunda nə dövlətin, nə də bələdiyyələrin hüquqi şəxs olması ilə bağlı heç bir müddənin yer almamasıdır ki, göstərilən fikirlə də son dərəcədə razıyıq. Yeri gəlmişkən, maraqlıdır, müəllif publik hüquqi şəxsi dövlətin “yetkinlik yaşına çatmayan” övladına bənzədir.⁴⁴

Nəhayət, Əqli Mülkiyyət Agentliyinin publik hüquqi şəxs qismində yaradılması məsələsini nəzərdən keçirək. AR-dan fərqli olaraq Türk Cümhuriyyətinin Konstitusiyasında belə bir müddəə var idi: “*Kamu Tüzel kişiliği, ancak kanunla ve ya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.*”⁴⁵ Ancaq nədənsə, 2017-ci ildə Konstitusiyaya dəyişiklik edilərək ikinci ifadədən imtina olunmuşdur.⁴⁶ Bundan əlavə tədqiqat zamanı diqqətimizi çəkən budur ki, hətta nəinki qanunla, bu Konstitusiyanın özündə belə, bilavasitə hansı orqanların publik hüquqi şəxs olması dəqiq sadalanır. Biz yuxarıda problem kimi “*qanunun fərmana tabeliyindən*” danışmışdıq. Əslində Əqli Mülkiyyət Agentliyinin qanunla yox, məhz prezident tərəfindən təsis edilməsini “qəbahət” sayırıq. Qısaca, iki dövlətdə olan nümunələrə münasibətdə ortağ məxrəcin tərəfdarıyıq. Məxrəc isə qanunlarda hər hansı sahədə göstərilmiş (çəkəndirmə və tarazlaşdırma prinsipinin məhsulu kimi) “müvafiq icra hakimiyyətinin” məhz prezidentin tətbiqedicisi fərmanı ilə hansı orqan olması sonradan müəyyən edildiyi kimi eyni qaydada, əvvəla, bu və ya digər sahədə fəaliyyət göstərəcək qurumun ilk olaraq qanunda “müvafiq icra hakimiyyətinin müəyyən etdiyi qurum” ifadəsi formasında qanunverici, sonradan isə prezident tərəfindən müəyyən edilməsini mümkün saydıq. Bununla da, hazırda yaranmış vəziyyət kimi “qanunun fərmanı izləmək öhdəliyi” aradan qaldırılmış olacaq deyə düşünürük.

IV. Patent hüquqları universal və regional təminatlar sistemində

A. Universal müqavilələr

Sənaye mülkiyyətinin hüquqi mühafizəsi üzrə tarixən ilk iki tərəfli beynəlxalq müqavilələr 1880-ci ildən sonra meydana çıxmağa başlamışdır. Odur ki, ilk bu cür müqavilə 1881-ci il Avstriya - Almaniya müqaviləsidir. Elə həmin dövrdə (1883) 11 dövlət (Belçika, Braziliya, İspaniya, Fransa, Qvatemala, İtaliya, Niderland, Portuqaliya, Salvador, Serbiya, İsveçrə) tərəfindən patent hüquqlarının beynəlxalq əsaslarının ana sütunu, konstitusiyası sayılan Paris Konvensiyası imzalanır.

• Paris Konvensiyası - Azərbaycan 1995-ci ildən iştirakçısıdır, Konvensiyanın Stokholm mətni isə SSRİ tərəfindən 1968-ci il tarixində ratifikasiya edilmişdir. Sənaye mülkiyyətinin mühafizəsi sahəsində ilk açıq tipli (WIPO-ya üzv olan bütün dövlətlərə açıqdır) beynəlxalq hüquqi akt olan bu sənəddə üzvlərin patent qanunvericiliyinin unifikasiyası və vahid beynəlxalq patentin yaradılması nəzərdə tutulmasa da, (yəni patentlərin birbirindən asılı olmaması prinsipi), milli rejimin (əcnəbilərin patent əldə etmək üçün üzvləşdiyi diskriminasiya hallarının aradan qaldırılması), eləcə də ilkinlik (prioritetlik) prinsipinin müəyyən edilməsi (avtomatik olaraq üzv olan digər dövlətlərdə də Konvensiya ilə müəyyən edilən zaman

⁴⁴ Ceferov Tebriz, Türkiyə və Azərbaycan açısından kamu tüzel kişiliği kavramının incelenmesi, 93 (2017).

⁴⁵ Burada bax: <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa82.htm>

⁴⁶ Türkiyə Cumhuriyeti Anayasası (2017-ci il dəyişiklikləri ilə), <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>

intervalında ərizə vermək üçün üstünlük hüququ) Konvensiyanın mühüm müsbət cəhətlərindən hesab olunmalıdır.

- “Patent kooperasiyası haqqında” Vaşinqton Müqaviləsi (Patent Co-operation Treaty (1970)). Müqavilə beynəlxalq axtarış orqanının yaradılmasını, ilkin beynəlxalq ekspertizanın (onun nəticələri ərizəçinin patent almaq istədiyi ölkənin milli idarələrinə təqdim edilir və məhz bu məqamda Avropa Patent sistemi PCT-dan yenidən milli ekspertizanı tələb etməyərək yalnız validasiyanı tələb etməsi ilə fərqlənir.) aparılmasını təsbit etməklə ancaq yenə də Paris Konvensiyasında olduğu kimi vahid beynəlxalq patentin yaradılmasını nəzərdə tutmur. Əsas etibarilə milli Patent Ofislərinin bürokratiyasına son qoymaq məqsədi daşıyan bu Müqavilənin patent müraciətlərində yeknesəqliyi təmin etdiyi söylənilə bilsə də, qoruma sistemində istənilən müddəalara malik deyildir.

- Beynəlxalq patent təsnifatı haqqında Strasburq Sazişi (International Patent Classification, 1971). Azərbaycan 2003-cü ildə qoşulmuşdur və yalnız Paris Konvensiyasına üzv olan dövlətlər üçün açıqdır.

- TRİPS (Trade Related Intellectual Property Right) Ümumdünya Ticarət Təşkilatının hüquqi baza və əsası sayılan Mərakeş hüquqi aktlar Paketinə daxil olan bu Saziş çoxtərəfli beynəlxalq ticarət danışıqlarının Uruqvay Raundu nəticəsində 1994-cü ildə imzalanmışdır. TRİPS patentə dair Paris Konvensiyasından sonra ikinci ən geniş əhatəli müqavilə hesab olunur, eləcə də həmin Konvensiyada olduğu kimi burada da patent hüquqlarına dair milli rejim müəyyən edilir.⁴⁷ Azərbaycan ÜTT-nin üzvü olmadığına görə təbii ki, TRİPS-in iştirakçısı deyildir.

B. Regional sistemlər

- NAFTA (North American Free Trade Agreement) Meksika, ABŞ və Kanada arasında bağlanan Şimali Amerikanı əhatə edən Razılaşmada patentə dair normalar əsas etibarilə TRİPS-ə paralel olaraq təsbit olunmuşdur. Xüsusən də belə normalar patent qüvvədə olma müddəti və məcburi lisenziya ilə əlaqədardır.

- “Avropa Patenti haqqında” Münhen Konvensiyası (EPC (1973)) ilə vahid Avropa patenti müəyyən edilərək iqamətgahı Münhendə yerləşən Avropa Patent İdarəsi yaradılmışdır. Yalnız Avropa İttifaqının üzvü olan dövlətlərlə məhdudlaşmadığından onu “*Böyük Avropa Patenti*” Müqaviləsi də adlandırırlar.

- Lüksemburq Müqaviləsi (1975) EPC-dəki təminatlar məhz qorunma mexanizmləri prizmasından tamamlanmış, haqsız rəqabət, əmtənin sərbəst dövriyyəsi üçün geniş təminatlar nəzərdə tutulmuşdur. Müştərək Apellyasiya Məhkəməsinin və Əlavə Protokola əsasən üzv dövlətlərdə ixtisaslaşmış müvafiq məhkəmənin yaradılması təsbit olunmuşdur.

- Afrika qitəsində isə ingilisdilli dövlətlər Sənaye Mülkiyyəti Təşkilatını (ARIPO-1976), fransızdilli dövlətlər isə Afrika Əqli Mülkiyyət Təşkilatını (OAPI-1977) yaratmışlar.⁴⁸

- Nəhayət, Avroasiya Patent Konvensiyası (1994, Azərbaycan 1995-ci ildən ratifikasiya ilə tamhüquqlu üzvdür.) MDB ölkələri ərazisində qüvvədədir. Konvensiya BMT-nin üzvü olan və 1883-cü il Paris, həm də 1970-ci il Vaşinqton Müqavilələri ilə əlaqəli olan digər dövlətlər üçün də açıqdır. Avrasiya Patent təşkilatının iki əsas orqanı təsis edilmişdir: 1) *İnzibati Şura*; 2) *Avrasiya Patent İdarəsi*. Yeri gəlmişkən, 2018-ci il tarixində Azərbaycandan olan nümayəndə Avrasiya Patent İdarəsinin Vitse-Prezidenti vəzifəsinə təyin edilmişdir.

⁴⁷ Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyyət Hukuku, 226 (4. Baskı 2005).

⁴⁸ Feyzan Hayal, Patent Hakkının Korunması, 35 (1998)

V. Patent hüquqlarının pozulmasına dair mübahisələrdə səlahiyyətli məhkəmə orqanlarının xüsusətləri

A. İxtisaslaşdırılmış dövlətdaxili prosesual mexanizmlər

Hər nə qədər ixtisaslaşmış milli patent məhkəmələrinin mövcudluğu qulağa xoş gəlsə də, əksər mütəxəssislər belə məhkəmələrin iqtisadi-siyasi təsirlərə qarşı daha “həssas” olduğunu, ümumi məhkəmələrlə müqayisədə hakimlərin daha çox qeyri-prosessual münasibətlərə girmək ehtimalının yüksəkliyini və aidiyyət ilə bağlı çox saylı mübahisələrə yol açma potensialını vurğulayırlar.⁴⁹ Azərbaycanda nəinki ixtisaslaşdırılmış patent, ümumilikdə əqli mülkiyyət məhkəmələrinin olmaması bir tərəfə, heç Ali Məhkəmə tərəfindən belə işlər üzrə məhkəmələr tərəfindən qanunvericiliyin tətbiqi təcrübəsinə dair qərar da qəbul edilməyib. Qeyd edək ki, AR Prezidentinin 03.04.2019-cu il tarixli “Məhkəmə-hüquq sistemində islahatların dərinləşdirilməsi haqqında” Fərmanı ilə yalnız vergi və gömrük ödənişləri, məcburi dövlət sosial sığorta haqlarının ödənilməsi ilə bağlı yaranan mübahisələrə, habelə sahibkarlıq fəaliyyəti ilə əlaqədar digər məsələlərə dair işlər üzrə ixtisaslaşmış məhkəmələrin yaradılması nəzərdə tutulur. Lakin 2016-cı il tarixli Uzunmüddətli Milli Strategiyada və ən əsası da “Azərbaycan: 2020 Gələcəyə Baxış İnkişaf Konsepsiyası”nda mühüm prioritetlərdən biri də əqli mülkiyyət sahəsində məhz institusional potensialın gücləndirilməsi, ixtisaslaşdırılmış məhkəmələrə olan tələbat idi.

Bu məsələ ilə bağlı bir sıra dövlətlərin təcrübələrini nəzərdən keçirək:

- *Rusiya.* İxtisaslaşdırılmış patent məhkəmələrinin yaradılması təşəbbüsləri hələ SSRİ-nin dağıldığı dövəmdən etibarən mövcud olsa da, belə təşəbbüslər öz leqal əsasını 2013-ci ildə (*Konstitusiyaya Qanunu ilə*) əldə etmişdir, lakin bu dəfə ixtisaslaşdırılmış məhkəmə qismində patent yox, arbitraj məhkəmələri sistemində Əqli Mülkiyyət Məhkəməsi yaradıldı. (həmçinin Ali Arbitraj məhkəməsi Plenumunun müvafiq Qərarı qeyd edilməlidir) Çox maraqlıdır ki, bu məhkəmə həm 1-ci instansiya, həm də kassasiya instansiyası kimi fəaliyyət göstərirdi.⁵⁰ Göstərilən məqam “Rusiya Federasiyası məhkəmə sistemi haqqında” və “Rusiya Federasiyası Arbitraj Məhkəmələri haqqında” Konstitusiyaya Qanunları ilə tənzimlənir. Belə ki, kassasiya icraatının predmetinə həmin məhkəmənin ilk instansiya qismində baxdığı işlər və arbitraj apellyasiya məhkəmələrinin baxdığı işlər aid edilir.⁵¹ Birinci instansiya qismində baxılan işlərin dairəsi RF Arbitraj Prosesual Məcəlləsi ilə müəyyən edilmişdir.⁵² Bir məqam da diqqətimizdən yayına bilməzdi ki, Azərbaycanda Rusiyadan fərqli olaraq məhkəmələrin statusu ilə bağlı qanunlar, yəni xüsusilə “Məhkəmələr və hakimlər haqqında” və hətta “Konstitusiyaya Məhkəməsi haqqında” Qanunlar konstitusiyaya qanunu statusuna malik deyil, Rusiyada isə əksini gördük.

- *Çin.* 1993-cü ildən etibarən dövlətin bütün ərazisində orta və yüksək xalq məhkəmələri strukturlarında əqli mülkiyyət işləri üzrə tribunallar, bəzi iri şəhər və əyalətlərində isə əqli mülkiyyət üzrə ixtisaslaşdırılmış məhkəmələr təsis edilmişdir.

⁴⁹ Jacques de Werra, *A closer look at specialized intellectual property courts*, 2016, https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2016/si/article_0009.html (last visited 30 aprel 2019).

⁵⁰ Yuxarıda istinad 4, 78.

⁵¹ Федеральный конституционный закон № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации» (28.04.1995).

⁵² Суд по интеллектуальным правам, burada bax: <http://ipc.arbitr.ru/about/about> (son baxış 12 aprel 2019).

Belə məhkəmələr hazırda Pekin, Şanxay və Quancjouda fəaliyyət göstərir. Çindəki patent sistemi avropa patent sisteminə uyğun olmaqla, əsas baza müddəaları alman qanunvericiliyi ilə üst-üstə düşür. Patent hüquqlarının pozulması ilə əlaqədar işlərə birinci instansiya kimi orta səviyyəli xalq məhkəmələri baxır. Patent hüquqlarının pozuntusu nəticəsində vurulmuş zərərin məbləği *100 milyon yuandan (10 milyon avrodan)* artıqdırsa, bu zaman həmin işlər birinci instansiya məhkəməsi kimi yüksək dərəcəli xalq məhkəmələrinin aidiyyatındadır. Əgər baxılan iş mühüm əhəmiyyətə malikdirsə, (məsələn, kütləvi informasiya vasitələrində geniş işıqlandırılan) məhkəmə həmin işə yüksək səviyyəli birinci instansiya məhkəməsində baxılması barədə vəsatət qaldırmaq səlahiyyətindədir. “Patent haqqında” ÇXR Qanunu isə 1984-cü ildə qəbul olunmuşdur və bu dövlətin Cinayət Məcəlləsinin 216-cı maddəsi nəzərdə tutur ki, patentə dair ciddi yanılma şəxsin qazancının dörd misli məbləğində cərimə, əgər qazancı müəyyən deyilsə, 200.000 yuana kimi cərimə ilə cəzalandırıla bilər.⁵³

• ABŞ-ın digər federal alt məhkəmələr sistemində Court of Claims (federal dövlətə qarşı təzminat mübahisələri ilə bağlı), Court of Tax, Court of International Trade, Court of Military Appeals kimi məhkəmə təsisatları ilə yanaşı patent və gömrük mübahisələri ilə bağlı Court of Customs and Patent də xüsusi yerə malik idi.⁵⁴ Ancaq Court of Customs and Patent Appeals 1909-cu ildən 1982-ci ilə qədər fəaliyyət göstərsə də, həmin tarixdən öz yerini Federal Dairə Apellyasiya Məhkəməsinə vermişdir. Əslində isə məhkəmə ilk olaraq Payne-Aldrich Tarif aktı ilə məhz Tarif Şurasının qərarlarından verilən şikayətlərə baxan Gömrük Məhkəməsi qismində təsis edilərək 1910-cu ildə fəaliyyətə başlamış və ilk hakimləri ABŞ prezidenti U.Taft tərəfindən təyin edilmişdir. İlk dövrlərdə belə şikayətlərdə son və qəti instansiya kimi çıxış etsə də, 1914-cü ildən Ali Məhkəməyə də şikayət hüququ tanınaraq, həm də 1922-ci il Patent Qanununa görə, onun yurisdiksiyası daha da genişlənməmiş, nəhayətində 1929-cu ildə məhkəmənin adı yuxarıda qeyd etdiyimiz kimi dəyişdirilmişdir. ABŞ Ali Məhkəməsi “*ex-parte*” *Bakelite* işində məhkəmənin təsisinin məhz ABŞ Konstitusiyasının 1-ci maddəsinin təsiri altına düşməsinə aydınlıq gətirmişdir.⁵⁵

• Türkiyə. “*Fikri ve Sınai Haklar Hukuk / Fikri ve Sınai Haklar Ceza*” adı altında ixtisaslaşmış məhkəmələr (2003-cü ildən etibarən) İstanbul, (ilk-hüquq məhkəməsi) İzmir (ilk cəza məhkəməsi) və Ankarada (hüquq və cəza məhkəmələri) fəaliyyət göstərir, ancaq sözügedən məhkəmələrin yurisdiksiyası inzibati ərazi vahidi ilə məhdudlaşır, yəni belə məhkəmələrin qurulmadığı yerlərdə patent mübahisələrinə dair işlərə digər ümumi birinci instansiya məhkəməsi (asliyə) baxır.⁵⁶ Qeyd edək ki, aidiyyat müəyyənləşdirilərkən iddia məbləğinin dəyəri nəzərə alınmır.⁵⁷ (Çində isə əksi müşahidə olunurdu) Marağımızı çəkən məsələlərdən biri də odur ki, AR-dan fərqli olaraq türk cinayət-prosessual qanunvericiliyində sənaye mülkiyyətinə qəsd edən əməllərlə bağlı işlərin prosessual qaydaları bilavasitə fərqləndirilmişdir.⁵⁸ Türk Ceza Muhakemeleri Üsulu Kanununa görə, belə işlərə baxılması əməlin törədilməsindən etibarən 1 illik müddətin ötürülməməsi halında mümkündür.⁵⁹ Belə

⁵³ Ali Məhkəmənin bülleteni, 43 (2018).

⁵⁴ Buradan baxın: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/476/5536.pdf>

⁵⁵ Lawrence M. Friedman, *American Law in the 20th century*, 427 (2002).

⁵⁶ Ulusal Fikri Haklar Strateji Belgesi ve Eylem Planı: 2015-2018, 25 (mart 2015).

⁵⁷ Yenə orada.

⁵⁸ Türk Ceza Muhakemeleri Üsulu Kanunu, mad. 344 (1929).

⁵⁹ Buradan baxın: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.1412.pdf> (last visited April 16, 2019).

işlər məhkəmədə digər işlərə baxılarkən üstünlüyə malikdir, təxirəsalınmazdır, (zərurət olmadıqca) 30 gündən artıq məhkəmə baxışı təxirə salına bilməz.⁶⁰

• *İsveçrədə* 2012-ci ildən bəri patentləşdirilmiş ixtiralarla bağlı bütün mübahisələr üzrə yurisdiksiyaya malik “*Federal Patent Məhkəməsi*” mövcuddur.⁶¹ Bu məhkəmənin qərarları yalnız birbaşa olaraq Federal Ali Məhkəmə qarşısında mübahisələndirilə bilər. Bundan əlavə, haqsız rəqabət və inhisar məsələləri birbaşa olaraq kantonların apellyasiya məhkəmələri qarşısında mübahisələndirilməlidir.⁶²

• Almaniyada da *Federal Patent Məhkəməsi (Bundespatentgericht)* 1961-ci ildən Münhendə fəaliyyət göstərir və Almaniya Konstitusiyasının 96-cı maddəsinə əsasən təsis edilmişdir. Patent mübahisələrinə baxılmasında növbəti instansiya kimi Almaniya Ədalət Məhkəməsi (*Bundesgerichtshof*) çıxış edir.⁶³

B. Beynəlxalq ədalət mühakiməsi orqanları: labüd perspektivlər

• *Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsi* dəfələrlə presedentlərində Konvensiyaya 1 sayılı Əlavə Protokolun 1-ci maddəsinin (mülkiyyətin müdafiəsi) əqli mülkiyyətə də tətbiq edilməsini vurğulamışdır.⁶⁴ Məhkəmənin icraatında olmuş işlər sırasında Avropa İttifaqı institutlarına qarşı, eləcə də həmin institutlar tərəfindən pozulmuş hüquqlarla bağlı cavabdeh kimi üzv dövlətlərinin məsuliyyət dərəcəsinin müəyyən edilməsi ilə bağlı işlər böyük maraq doğurur. *Sualı bu cür qoyaq: “Qeyd olunan institutlardan olan Avropa Patent İdarəsi tərəfindən pozulmuş hüquqlarla bağlı ərizəçinin şikayətinə AİHM-də baxılırmı? Baxılırsa, hansı əsaslarla baxılacaq?” və cavablandırmaq:* Birbaşa Roma Konvensiyasının iştirakçısı olmayan Avropa Birliyi institutlarına qarşı verilmiş ərizələr *ratione personae* əsasında qəbul edilməzdir, çünki o, üzv dövlətlərdən fərqli hüquqi şəxsdir, Konvensiyanın üzvü deyildir. Bu zaman Avropa Patent İdarəsi tərəfindən pozulmuş hüquqlarda cavabdeh qismində üzv dövlətin göstərilməsi (*məsuliyyətin transferi*) halı isə fərqlidir. Dövlət hər hansı digər beynəlxalq təşkilata səlahiyyətlərini transfer edərkən, öz suverenliyinin bir hissəsini güzəşt edərkən, həmin təşkilata üzvlüyündən doğan öhdəliklərini yerinə yetirdiyi zaman Roma Konvensiyasına uyğun ekvivalent müdafiəni təmin etməlidir. (Bosphorus Hava Yolları Turizm və Ticarət şirkətinin İrlandiyaya qarşı işində məşhur “*bosforus prezumpsiyasını*” xatırlayaq.) AİHM həmçinin Niderlanda qarşı qərarında qeyd edir ki, belə prezumpsiya yalnız o halda təkzib oluna bilər ki, işin xüsusi hallarında Konvensiya hüquqlarının müdafiəsinin açıq-aşkar natamam olduğu müəyyən edilsin.⁶⁵ Nümunə üçün *Rambus INC Almaniyaya qarşı işini* göstərə bilərik. Həmin işdə ərizəçi qeyd edir ki, Avropa Patent Ofisinin Apellyasiya Şurasının hərəkətləri özlüyündə Konvensiyanın tələbləri ilə uyğundur və Almaniya Avropa Patent Ofisinin Konvensiyadakı fundamental hüquqlara ekvivalent müdafiə təmin edəcəyinə əmin olmadan səlahiyyətlərini ona transfer etdiyindən məsuliyyət daşıyaraq cavabdehdir. Bununla belə ərizəçi Avropa Patent Ofisinin qüsurlu mövqeyini sübut edə bilməmişdir. Sonuncu məsələ ilə bağlı *Lenzing AG Almaniyaya qarşı işini* (1998) misal çəkmək yerinə düşər, hansı ki, həmin işdə

⁶⁰ Zeki Hafizoğulları, Fikir və sanat eserlərinin cezai himayesi, 3 (2014).

⁶¹ İsveçrə “Patent Məhkəməsi haqqında” Qanun, mad. 26.

⁶² Ədalət mühakiməsinin səmərəliliyi üzrə Avropa Komissiyası, Strasburq, 7 dekabr 2016.

⁶³ Buradan baxın: <https://www.bundespatentgericht.de/cms/> (last visited April 12, 2019).

⁶⁴ Anheuser-Busch Inc. Portuqaliyaya qarşı işinə dair və digər qərarlarında.

⁶⁵ Cooperatieve Producentenorganisatie Van De Nederlandse Kokkelvisserie U.A. v. Netherlands, ECHR, 13645/05 (2009).

Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsi məhz Avropa Patent Konvensiyasının Roma Konvensiyasına uyğun ekvivalent müdafiəni təmin etməsini aydın bəyan etmişdi.⁶⁶

• Avropa Birliyinin Birləşmiş Patent Məhkəməsinin hüquqi statusunun layihə-başlanğıcı 1973-cü il Avropa Patentlərinin Qrantına dair Konvensiyadan irəli gəlsə də, 2008-ci ildə AB Ədalət Məhkəməsi tərəfindən həmin razılaşmanın birliyin qərarlarına ziddiyyət təşkil etdiyini vurğulanmış, nəhayət Birliyin üzvlərindən Xorvatiya, İspaniya, İtaliya və Polşa istisna olmaqla 2013-cü ildə Komissiyanın təşəbbüsü ilə Unified Patent Court (UPC) Sazişi imzalanmışdır.⁶⁷ Təbii ki, referendumdan sonra İngiltərə ilə Avropa Birliyi arasında münasibətlərə dair Breksit problemi (hansı ki, qoyulmuş iki illik müddət başa çatır və məsələlər köklü şəkildə dəyişə bilər.) bu məsələdən də təsirsiz ötüşə bilməzdi, həm də ona görə ki, UPC Sazişinin 7-ci maddəsinə görə, məhkəmənin bölmələrindən biri məhz Londonda idi. Belə ki, təsnifata əsasən Londondakı məhkəmə mübahisələri insanın təməl ehtiyacları, kimya və metallurgiya kimi sahələrə, Münhendəki mübahisələr isə silah, partlayıcı maddə, istilik sistemləri kimi sahələrə aiddir. Ancaq bununla belə İngiltərə Məhkəmənin yurisdiksiyası çərçivəsində qalmaq niyyətindədir. Sazişə görə tək iddia sənədi özlüyündə birliyin bütün üzvlərinin ərazisində unitar patentin keçərliliyə, validasiyasına əsas olmalıdır. İspaniya və İtaliya ingilis, fransız və alman dillərinin tətbiq ediləcəyinə etiraz edərək, ümumi patent sisteminin tətbiqinə qarşı çıxsın da, Avropa Ədalət məhkəməsi həmin şikayəti əsassız hesab etmişdir. Məhkəmənin Birinci instansiya (mərkəzi Paris olmaqla, 3 hakimdən ibarət kollegial tərkibdə) və Apellyasiya instansiyasından (mərkəzi Lüksemburq olmaqla, 5 hakimdən ibarət kollegial tərkibdə), eləcə də Qeydiyyat idarəsindən ibarət tərkibdə fəaliyyət göstərməsi nəzərdə tutulur, həmçinin məhkəmə müvafiq şərhə ehtiyac yarandığı halda Avropa Ədalət Məhkəməsinə müraciət etmək səlahiyyətindədir.⁶⁸ Birlik üzvlərindən hazırda 2 dövlət - İspaniya və Polşa sözügedən Sazişi imzalamamışdır. Sazişin 89-cu maddəsi əsasən qüvvəyə minmə üçün 13 dövlətin və eləcə də, ən çox avropa patenti qeydə alınmış 3 dövlətin (Fransa, Birləşmiş Krallıq və Almaniya) ratifikasiyası zəruridir. 2018-ci ildə Latviya ilə birlikdə Birləşmiş Krallıq da Sazişi ratifikasiya etdikdən sonra yetərsay əldə olunmuşdur. Bununla belə, həmin Sazişin qüvvəyə minməsi üçün əsas maneə kimi Almaniya Federal Konstitusiyaya uyğun olub-olmaması barədə gözlənilən qərarı çıxış edir. Bəlkə də Almaniyaadakı həmin konstitusiyaya icraatı bu Sazişin digər üzvlər tərəfindən icrasını qeyri-mümkün edəcəkdir.

Nəticə

Bəhs etdiyimiz nüanslar mövzumuzun nə dərəcədə aktual olmasına şəksiz dəlalət etdi. Qanunvericinin son dövrlər əqli mülkiyyət, xüsusən də patentə dair normativ-hüquqi aktları bir daha “süzgəcdən keçirməsi”, ixtisaslaşdırılmış məhkəmələrə tələbatın qabardılması məhz belə nüanslarla bağlam yaradır. Patent müvəkkillərinin statusunu müəyyən edən qanun-qüvvəli aktdakı boşluqlar kifayət qədər olmaqla doldurulmalı, ölü mexanizmlər sıradan çıxmalı, qanunvericiliyin anlayışlar aparatında adresat üçün sualdoğuran bəzi anlayışlara aydınlıq gətirilməlidir. Əqli

⁶⁶ Rambus INC. v. Germany, ECHR, 40382/04, (2009).

⁶⁷ Burada bax: <http://www.casalonga.com/documentation/contentieux/jurisdiction-unifiee-du-brevet/?lang=en> (son baxış 12 aprel 2019).

⁶⁸ Agreement On A Unified Patent Court, 121. Available at: <https://www.unified-patent-court.org/sites/default/files/upc-agreement.pdf>

mülkiyyət hüquqlarının digər növləri kimi məhz elə sənaye mülkiyyəti obyektlərinə olan hüquqların effektiv mühafizəsi üçün inzibati məsuliyyət müəyyən edən müstəqil tərkiblərin inzibati xəta qismində nəzərdə tutulması, cinayət və cinayət prosessual qanunvericiliyində əlavə təminatların müəyyənləşdirilməsi zəruridir.

Bununla belə qanunlar bu günə nisbətə həmişə dənənkdir. *De lege lata de lege ferenda*-nın izindədir və heç vaxt da ona çata bilməyəcəkdir.