

BAKİ DÖVLƏT UNİVERSİTETİ TƏLƏBƏ HÜQUQ JURNALI

Buraxılış 6

May 2020

Say 2

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

Baş Redaktor
Kənan Abdullayev

İcraçı Redaktor
Nigar Abdullayeva

Məsul Redaktor
Ceyhun Xəlilov

Məqalə Redaktorları
Ülkər Fərzəliyeva
Ramil Qocayev
Mirkənan Mahmudov
Zeynəb Hüseynova
Nərmin Hacızadə
Sevinc Sadıqova

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 6

May 2020

Issue 2

Academic Adviser

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

Editor in Chief

Kanan Abdullayev

Executive Editor

Nigar Abdullayeva

Managing Editor

Jeyhun Khalilov

Editors

Ulkar Farzaliyeva

Ramil Gojayev

Mirkanan Mahmudov

Zeynab Huseynova

Narmin Hajizade

Sevinj Sadigova

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. ON THE WAY OF NEW TECHNOLOGY – INVESTMENT FACILITATION AGREEMENT. <i>Shahlar Ibadzade</i>	92
Introduction.....	93
I. A brief abstract of Investment Facilitation	95
A. The scope and definition of Investment Facilitation.....	95
B. The principles of Investment Facilitation	98
C. The Investment Facilitation strategy and its sound at WTO.....	100
II. What Investment Facilitation Agreement contains?.....	101
A. The key features of the Investment Facilitation Agreement	101
B. The aims of Investment Facilitation Agreement.....	103
C. Investment Facilitation Agreement for sustainable development	107
III. Proposals on Investment Facilitation at the WTO	108
A. Proposal by FIFD and MIKTA.....	108
B. Proposals of Russia and China.....	110
C. The Proposals by Brazil and Argentina.....	111
IV. Is the Republic of India against Investment Facilitation Agreement at WTO?.....	112
A. The arguments on demotivation of Investment Facilitation Agreement	113
Conclusion.....	114
2. THE INVESTIGATION, PROSECUTION, AND RESOLUTION OF PARALLEL PROCEEDINGS. <i>Fatima Eyyub</i>	115
Introduction.....	116
I. Judicial doctrines regulating the issue of parallel proceedings.....	117
A. Judicial propriety.....	117
B. Judicial comity	120
Conclusion.....	122
3. EFFECTIVE INVESTIGATION AS A PART OF POSITIVE OBLIGATIONS OF A STATE: IN THE CONTEXT OF NORTHERN IRELAND CONFLICT. <i>Elkhan Heydarlı</i>	124
Introduction.....	125
I. Positive obligations of states according to Article 2 of the ECHR	126

II. Effective investigation and its key elements as a procedural obligation.	128
III. Collusion and its traces in the conflict in Northern Ireland.....	131
Conclusion.....	133
4. FÖVQƏLADƏ VƏZİYYƏTLƏR VƏ İNSAN HÜQUQLARI PANDEMİYA KONTEKSTİNDƏ. <i>Murad Alızade</i>.....	135
Giriş.....	136
I. Fövqəladə vəziyyətlərdə insan hüquq və azadlıqlarının təminatı.....	137
A. Hökumətin səlahiyyətləri və insan hüquqları.....	137
B. Beynəlxalq hüquqda fövqəladə vəziyyət anlayışının təsbiti və tətbiqi şərtləri.....	139
C. Azərbaycan Respublikası Qanunvericiliyində “fövqəladə vəziyyət” anlayışı.....	145
D. AR Qanunvericiliyinə əsasən fövqəladə vəziyyətlərdə insan hüquq və azadlıqlarının təmin olunması.....	147
II. Epidemiyalarla mübarizə şəraitində insan hüquq və azadlıqlarının müdafiəsi.....	149
A. Epidemiyaların qarşısının alınması: karantin rejimi, yoxsa fövqəladə vəziyyət?.....	149
B. İctimai sağlamlıq hüququ ilə sərbəst hərəkət azadlığının kəşiməsi ...	156
Nəticə.....	160
5. ELEKTRON İMZANIN KOMMERSİYA ƏMƏLİYYATLARINDA İSTİFADƏSİ: HÜQUQİ TƏNZİMLƏNMƏ VƏ PRAKTİKİ BOŞLUQLAR. <i>Fidan Ələkbərova</i>.....	161
Giriş.....	162
I. Elektron imza nədir?.....	164
A. Yaranma tarixi və əhəmiyyəti.....	164
B. Anlayışı və hüquqi qüvvəsi.....	165
C. Funksiyaları və elementləri.....	167
D. İşləmə mexanizmi və növləri.....	169
II. Elektron imzanın sertifikatlaşdırılması zəruridirmi?.....	171
A. Sertifikatlaşdırmanın əhəmiyyəti və sertifikata dair tələblər.....	171
B. Sertifikatın verilməsi qaydası və sertifikat mərkəzləri.....	175
III. Elektron imza sahibi kimdir?.....	176
A. Elektron imza sahibi hesab olunan şəxslər, onların hüquq və öhdəlikləri.....	176

B. E-imzanın başqa şəxslər tərəfindən istifadə edilməsi.....	178
IV. Elektron sənəd nədir?	179
A. Elektron sənəd anlayışı.....	179
B. Elektron müqavilələr elektron sənədlərin növü kimi.....	181
C. Elektron sənədin məxfiliyi və təhlükəsizliyi	183
V. Elektron ticarət nədir?.....	184
A. E-ticarət anlayışı və əhəmiyyəti	184
B. E-ticarət müqavilələrinə dair tələblər	186
C. Beynəlxalq e-ticarət	189
VI. Elektron imzanın Azərbaycan Respublikasında, beynəlxalq sənədlərdə və xarici ölkələrin qanunvericiliklərində tənzimlənməsi	190
A. Azərbaycan Respublikasında elektron imzadan istifadə	190
B. Birləşmiş Millətlər Təşkilatında elektron imzanın hüquqi tənzimlənməsi	193
C. Avropa İttifaqında elektron imzanın hüquqi tənzimlənməsi	194
D. Amerika Birləşmiş Ştatlarında elektron imzanın hüquqi tənzimlənməsi	194
E. Rusiya Federasiyasında e-imza	195
F. Türkiyə Cümhuriyyətində e-imza	196
Nəticə.....	197
6. UNIDROIT PRİNİPLƏRİNİN BEYNƏLXALQ KOMMERSİYA MÜQAVİLƏLƏRİNƏ TƏTBİQİ VƏ ORTAYA ÇIXAN PROBLEMLƏR. <i>Amil Cəfərquliyev</i>	199
Giriş	200
I. UNIDROIT Prinsiplərinin qəbuluna zərurət və bu prinsiplərin mahiyyəti	201
A. Beynəlxalq ticarət hüququ sahəsində kodifikasiyanın zəruriliyi və bu istiqamətdə görülmüş işlər	201
B. UNIDROIT Prinsiplərinin qəbul edilməsi və bu prinsiplərin təbiəti...	203
C. UNIDROIT Prinsiplərinin özünəməxsus xüsusiyyətləri	205
II. UNIDROIT Prinsiplərinin təcrübədə beynəlxalq kommersion müqavilələrinə tətbiqi imkanları	207
A. Müqavilə tərəflərinin dövlətdaxili hüququ tətbiq ediləcək hüquq kimi seçdikləri halda UNIDROIT Prinsiplərinin dövlətdaxili hüquq normalarının təfsir edilməsi və tamamlanmasındakı rolu	207

B. Müqavilə tərəflərinin tətbiq olunacaq hüquq kimi UNIDROIT Prinsiplərini seçməsi halı və prinsiplərin müqavilənin bir hissəsinə çevrilməsinin mümkünlüyü	212
C. Hüququn ümumi prinsiplərinin və “ <i>lex mercatoria</i> ”nın tətbiq olunacaq hüquq kimi seçildiyi halda UNIDROIT Prinsiplərinin tətbiqi imkanları ..	215
D. Müqavilə tərəflərinin tətbiq olunacaq hüquq kimi heç bir hüququ seçmədikləri halda UNIDROIT Prinsiplərinin tətbiqi imkanları.....	219
Nəticə.....	223
7. BEYNƏLXALQ CİNAYƏTLƏRƏ GÖRƏ DÖVLƏT RƏSMİLƏRİNİN İMMUNITETİ. Rəfiqə Məlikova	225
Giriş	226
I. Şəxsi immunitet və funksional immunitet nədir?	228
II. Milli məhkəmələr qarşısında dövlət rəsmilərinin həbs və tutulmaya qarşı immuniteti	232
III. Dövlətlərin qarşılıqlı və beynəlxalq məhkəmələr qarşısındakı öhdəlikləri arasında ziddiyyət	234
Nəticə.....	240
8. AİHM QƏRARLARININ MİLLİ-HÜQUQİ TƏNZİMETMƏYƏ TƏSİRİ. Rəyaf Məhərrəmov	242
Giriş	243
I. Nəzəriyyədə olan mövcud problemlər	243
II. Alman hüququ	244
III. Türk hüququ	246
A. Konstitusiyə Məhkəməsi Qərarlarının Yanaşması	248
B. Danıştay Qərarlarının Yanaşması.....	250
C. Ali Məhkəmə Qərarlarının Yanaşması	250
IV. Azərbaycan hüququ.....	251
Nəticə.....	254

Jurnal haqqında

Bakı Dövlət Universiteti Tələbə Hüquq Jurnalı BDU Hüquq fakültəsi Tələbə Elmi Cəmiyyətinin nəşri olmaqla tələbələr tərəfindən təşkil olunan və müvafiq akademik yoxlama qaydası ilə redaktə edilən yeganə jurnal olub milli, beynəlxalq və müqayisəli hüquqda mövcud olan müasir hüquq problemlərinə akademik səviyyədə peşəkar yanaşmanı təbliğ edir. Jurnalın əsası 2014-cü ilin noyabr ayında qoyulmuş və 2015-ci ildən başlayaraq dünyanın ən böyük hüquqi araşdırma bazası olan HeinOnline bazasında yerləşdirilməkdədir. Nəzəri fikirləri, dünya dövlətlərinin məhkəmə və qanunvericilik təcrübəsini ümumiləşdirərək mübahisəli məqamlara aydınlıq gətirmək, hüquq cəmiyyətinə həm elmi, həm də praktiki müstəvidə yaradıcı düşüncə və hüquqi tənqid qabiliyyətini, hüquq mədəniyyətini aşılamaq Jurnalın əsas prinsipidir. Jurnal tərkibindəki məqalələr vasitəsilə aktual məsələlərə hüquqi əsaslandırma istinad etməklə mümkün həllərin irəli sürülməsini və yenilikçiliyi prioritet məqsəd kimi müəyyənləşdirir. Hüquq tələbələrinin hüquqi yazı və hüquqi düşüncə bacarıqlarını üzə çıxararaq inkişaf etdirməklə onları akademik araşdırmaya həvəsləndirmək və bunu sağlam elmi rəqabət ənənəsinə çevirmək Jurnalın daimi məramını təşkil edir.

About the Review

Baku State University Law Review is the only student-run and peer-reviewed academic journal in Azerbaijan and a publication of Student Academic Society of Baku State University Law School. It was founded in November 2014 and has been placed in HeinOnline since 2015. The Review promotes academic and professional approach to contemporary legal issues which exist in national, international and comparative law. Clarification of debatable issues with induction of theoretical concepts, judicial and legislation practice of foreign countries, foster legal criticism skills, creative thinking, and legal culture on both academic and practical sphere are basic principles of the Review. With its published articles, the Law Review promotes possible solutions to actual legal issues with reference to legal reasoning and opportunities given by legal scholarship and determines avoiding repetition as prior purposes of Review. Encouraging law students to academic research with making them improve their legal writing and legal thinking skills and make this as a fair competition are permanent goals of the Review.

*Shahlar Ibadzade**

ON THE WAY OF NEW TECHNOLOGY – INVESTMENT FACILITATION AGREEMENT

Abstract

It should be noted that, following the establishment of the Working Group on Trade and Investment (WGTI), the key debate was on the exact description of the investment in the World Trade Organization (WTO). When it comes to the need for foreign investment, it is clear that it was an opportunity for workers to increase exports, to grow the economy, and to succeed in Sustainable Development Goals (SDGs) and Member States that were against such foreign investment to gather and lift the multilateral investment problem and call it investment facilitation. In contrast to the full clarification on the meaning of trade facilitation, investment facilitation is a wider term that is not well defined and confused with investment promotion. Therefore, the article discusses, on the one hand, the initial data on Investment Facilitation – scope, principles, its importance to the WTO, and, on the other hand, the proposed model Investment Facilitation Agreement and the proposals and views of some international organizations and states. As a result, the advantages and disadvantages of Investment Facilitation Agreement are noted.

Annotasiya

Qeyd etmək lazımdır ki, Ticarət və İnvestisiyalar üzrə İşçi Qrupun (TİİQ) yaradılmasından sonra əsas mübahisələr Ümumdünya Ticarət Təşkilatına (ÜTT) qoyulan sərmayənin dəqiq təsviri ilə bağlı idi. Xarici investisiyaya ehtiyac olduğunda, işçilər üçün ixracatı artırmaq, iqtisadiyyatı böyütmək, davamlı inkişaf məqsədlərinə nail olmaq və bu cür xarici investisiyaların əleyhinə olan ÜTT-yə üzv dövlətlərin çoxtərəfli investisiya problemini aradan qaldırmaq üçün yeni bir fürsət yaradıldı və buna “İnvestisiya Asanlaşdırılması” adı verildi. “Ticarətin asanlaşdırılması” mənası haqqında tam anlayışı olmasının əksinə, “investisiya asanlaşdırılması” dəqiq müəyyənləşdirilməmiş və investisiya təşviqi ilə qarışdırılan daha geniş bir anlayışdır. Buna görə də məqalədə bir tərəfdən İnvestisiya Asanlaşdırılması haqqında irəli sürülmüş ilkin məlumatlar – əhatə dairəsi, prinsipləri, ÜTT-də əhəmiyyəti, digər tərəfdən isə hazırlanmaqda olan model İnvestisiya Asanlaşdırılması Müqaviləsi və beynəlxalq qurum və bəzi ölkələrin təklif və fikirləri müzakirə olunmuşdur. Nəticədə isə “İnvestisiya Asanlaşdırılması Müqaviləsi”nin üstünlükləri və əlverişsiz tərəfləri qeyd edilir.

CONTENTS

Introduction.....	93
I. A brief abstract of Investment Facilitation	95
A. The scope and definition of Investment Facilitation	95
B. The principles of Investment Facilitation	98

* LL.M. student in European Financial law and International Trade and Investment law at the Europa-Institut of Saarland University.

C. The Investment Facilitation strategy and its sound at WTO.....	100
II. What Investment Facilitation Agreement contains?.....	101
A. The key features of the Investment Facilitation Agreement	101
B. The aims of Investment Facilitation Agreement.....	103
C. Investment Facilitation Agreement for sustainable development	107
III. Proposals on Investment Facilitation at the WTO	108
A. Proposal by FIFD and MIKTA.....	108
B. Proposals of Russia and China.....	110
C. The Proposals by Brazil and Argentina.....	111
IV. Is the Republic of India against Investment Facilitation Agreement at WTO?.....	112
A. The arguments on demotivation of Investment Facilitation Agreement	113
Conclusion.....	114

Introduction

Steve Jobs said that “The overall point is that new technology will not necessarily replace the old one, but it will date it”. The discussions of the multilateral rules on investment started from the 1948 draft Havana Charter for setting up the International Trade Organization (ITO), and the exact Charter highlighted the foreign direct investment problems while introducing responsibilities of investors in front of host countries to propagate most-favored-nation treatment¹ and national treatment.² However, it failed to touch on issues such as dispute settlement, performance requirements, and others, which will be discussed in the next chapters. On the other hand, several countries such as the US, Canada, the UK, and Australia were not eager to present national treatment of most-favored-nation treatment to the other member states under the Havana Charter. The planned ITO could not be established because of disagreements on some problems, with the US Congress’s contrast to the very fact that its sovereignty is often challenged in some areas by foreign bodies. Thus, the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) was signed by the member states and came into effect in 1948, but the GATT did not introduce the investment issue either until the Uruguay Round in the late 1980s and early 1990s. During this eighth round of

¹ The most-favored-nation (MFN) provision requires a state to grant any advantages, rights or exemptions that is provided to another state with a trade agreement, to all other member nations of the WTO as well.

² National treatment is the concept of providing the same treatment to others as to the state's own citizens.

multilateral trade negotiations, the member states agreed upon preparation and acceptance of the Agreement on Trade-Related Investment Measures (hereinafter TRIMs).

The Agreement on TRIMs ensures a series of rules on domestic regulation about a foreign investment that is implemented by a state as a component of its industrial policy. It is a necessary point to mark that the 9th Article of the Agreement on TRIMs which was reviewed by the Council for Trade in Goods, enounced as below:

“... In the course of this review, the Council for Trade in Goods shall consider whether the Agreement should be complemented with provisions on investment policy and competition policy”.³

In this way, the wealthy members of the WTO may form out settled agenda to discuss the investment policy assembled with the competition policy in the future.

After the creation of the WTO, nearly 27 states that were members of Organisation for Economic Cooperation Development (OECD) initiated the discussion on the Multilateral Agreement on Investment (MAI) in 1995. The objective was to provide a broad multilateral framework for international investment with high standards for the liberalization of investment regimes, investment protection, effective dispute settlement procedures, open to non-OECD countries.⁴ This starting was a simultaneous movement and showed its result with the new proposal of an investment agreement by the EU and Canada in 1996. Despite the proposals by member states, the negotiations of OECD stopped in 1998 because of the strong civil society pressure and French stubbornness that did not need its audio-visual sector to be lined by the OECD MAI. Actually, the biggest defect of those discussions was that the MAI was aimed at the developing world, but they were not in the negotiable spot.

As a result, the trade ministers of the member states raised the investment issue at the WTO's First Ministerial Conference in late 1996. They agreed upon the establishment of the group which was called WGTI and this group would research the relations between investment and trade and find out the range of discussing investment out of the circle of the General Agreement on Trade in Services (GATS) in which Mode 3 of supply-included investment in services and the Agreement on TRIMs.⁵

It is necessary to depict that after the establishment of WGTI, the major discussion was upon the exact description of the investment at the WTO. A

³ Agreement on Trade-Related Investment Measures, art. 9 (1994), https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/18-trims_e.htm (last visited March 16, 2020).

⁴ Multilateral Agreement on Investment (1995), <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/multilateralagreementoninvestment.htm> (last visited Dec. 16, 2019).

⁵ World Trade Organization, Singapore Ministerial Declaration, https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min96_e/wtodec_e.htm (last visited March 13, 2020).

wider description of investment was accepted with several WGTI documents. However, the perpetually growing nature of international economic relations has formed other foreign investment meanings such as investment in intellectual properties, technology, contractual rights, and services.⁶

When it comes to the necessity of foreign investments, it is obvious that they were an opportunity to make places for employees, enlarge exports, develop the economy and succeed in SDGs. and the member states which were against such foreign investment gathered and raised the multilateral investment issue and called it as investment facilitation.

As a result of this introduction, the definition and scope of investment facilitation, its principles, and strategy at the WTO, Investment Facilitation Agreement (IFA) and the proposals for IFA, and last but not least the Republic of India which is against IFA will be discussed and examined in this paper.

I. A brief abstract of Investment Facilitation

Nowadays, an investment is identified as a significant mechanism of progress and development. For progress and acceptance of IFA at the international level, the EU, some WTO's member states, and states of Asia and America initiated, this mechanism regards to the closer relation among trade, development, and investment. By this relation, the above-mentioned states clarified the definition and scope of investment facilitation, its principles, and the core investment facilitation strategy.

A. The scope and definition of Investment Facilitation

Although the understanding of trade facilitation, which aims to simplify, harmonize and modernize the trade processes such as export and import procedures, has been completed, the definition of investment facilitation is the fundamental problem for now. Investment facilitation is a wider term and it is not well specified and mixed with the investment promotion. However, several international organizations clarified the understanding of investment facilitation.

One of these international organizations is OECD. According to the OECD's approach, investment facilitation should be taken into consideration in a wider aspect.⁷ It becomes from the confusion between investment facilitation and trade facilitation. The policy of OECD shows that investment facilitation was not clearly defined and mixed with investment promotion⁸

⁶ John Gara, *Scope and definition of investment*, CUTS Centre for Int. Trade, Economics & Environment, Putting our fears on the table: Analyzes of the proposals on investment and competition agreements at the WTO, 75-78 (2003).

⁷ Ana Novik, Alexandre de Crombrughe, *Towards an International Framework for Investment Facilitation*, 2 (2018), <https://www.oecd.org/investment/Towards-an-international-framework-for-investment-facilitation.pdf> (last visited Jul. 15, 2020).

⁸ Investment promotion means to bring investment opportunities to the attention of potential investors, provides capital, jobs, skills, technology and exports, and increases productivity, innovation and wages in a state.

several times because of the Investment Promotion Agencies (IPAs).⁹ IPAs were created in nearly all states for facilitation and promotion of investment.¹⁰ Their activities can be classified via five principal functions:

- *Image building*¹¹ – It includes the promotion and embracement of the host state's positive image that shows such a state as a beneficial investment direction;
- *Investment generation*¹² – It interacts the direct marketing techniques and aims the special markets, entities, businesses, and sectors;
- *Investor servicing*¹³ – This one ensures the potential investors with the support for the promotion of their creation period;
- *Aftercare*¹⁴ – It targets the maintenance of existing entities and promotion of re-investments with support to the investors for facing their obstacles;
- *Policy advocacy*¹⁵ – Lastly, this one defines blockages at the investment environment and provides policy suggestions for the salvation of them.

That is why the OECD differentiates investment promotion and investment facilitation as the following:

*“... The investment promotion concerns the marketing of a state or a territory as an investment destination. On the other hand, the investment facilitation focuses on making the creation, operation, and growth of existing investment simple for investors. Therefore, functions such as image building and investment generation belong to the investment promotion, while others relate to the investment facilitation. The approach of OECD is while the promotion is rather about the attraction of possible investors, which have not selected an investment location yet, the investment facilitation launches before the establishment phase when an investor begins being interested in the location and touches upon the policy framework. Under OECD's approach, investment facilitation also involves investment retention, as retaining satisfied current investors is just as essential as encouraging new investors and relies equally on the investment policy system's efficiency, clarity, continuity, and predictability”.*¹⁶

The second international organization, which clarified investment facilitation, is the World Bank. According to the approach of the World Bank, investment facilitation is a sub-function under investment promotion.¹⁷ It

⁹ *Supra* note 7, 3.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Id.*, 3.

¹⁷ Investment Policy and Promotion: Attracting, Retaining, Growing Foreign Investment, and Maximizing Impact for the Local Economy, 1,

<http://pubdocs.worldbank.org/en/333181496748288324/pdf/Investment-Policy-and-Promotion.pdf> (last visited Jul. 14, 2019).

identifies investment facilitation as the simplest and budget-effective activity, which promotes foreign investment.¹⁸ Under the investment policy of the World Bank, states have to define their value proposition as an attractive investment destination and attracting Foreign Direct Investment (FDI) helps to link a state's local economy to international value chains in main fields.¹⁹ Therefore, it means that the World Bank accepts investment facilitation as a specific tool to make progress on the effective policies and to promote good practices for attraction and facilitation of FDI.

The other intergovernmental body, which clarified investment facilitation hugely, is the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). Concerning the UNCTAD's approach to investment facilitation, there are two distinct activities on investment that are facilitation and promotion. The latter promotes a special location for investment, which is so beneficial for an investor.²⁰ The former ease investor's establishing business and improving it in host states.²¹ So, UNCTAD declares that the promotion and facilitation of investment are side by side.

When it comes to the status of investment facilitation, UNCTAD defines it as the following:

*“... a structural gap between domestic and international investment policies. Therefore, UNCTAD accepted the Global Action Menu for Investment Facilitation, which targeted to fill this structural gap. This Menu is planned to support current investment policies. Thus, it does not include investment security policy initiatives that are well and clearly defined in current national regulatory frameworks and IIAs”.*²²

As it is mentioned above to fill in the gap, ten sections of action with a range of choices are suggested by the Menu. The Menu is founded on the Investment Policy Framework of UNCTAD which in its 1st edition of 2012 already introduced action on investment facilitation and valuable insights and strategies of investment facilitation and promotion attempts around the globe over the past years.²³ The Action Menu includes:

- Promoting transparency and accountability of investor-relevant investment policies and regulation and procedures;
- Boosting predictability and continuity during the implementation of investment policies;
- Improving the quality of administrative processes for the investment;
- Constructing productive relationships between shareholders in the practice of investment policies;

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Id.*, 1-2.

²⁰ Global Action Menu for Investment Facilitation, 1 (2016), https://unctad.org/system/files/official-document/tdb63crp2_en.pdf (last visited Jul. 17, 2019).

²¹ *Ibid.*

²² *Id.*, 2.

²³ *Id.*, 3.

- Appointing a lead department, pivotal point or facilitator of investment with a mandate to do so;
- Creating frameworks for tracking and evaluating facilitation of investment;
- Strengthening foreign collaboration on facilitation of investment;
- Enhancing investment facilitation activities in partners of the developing country, through funding and technical support;
- Supplementing investment facilitation by improving global cooperation to encourage the development of investment, including through clauses in IIAs.
- Strengthening investment policy and encourage proactive investment in developing country partners, through building capacity.²⁴

As a result of this Action Menu, it should be highlighted that the Action Menu provides significant steps to encourage investment facilitation in minimum-income states. It is so critical since any facilitation activity can never be viewed in distinction from the larger investment for development strategy. Such successful investment facilitation activities will promote the development and redirecting of investment into sustainable growth, including the build-up of efficient capacity and vital infrastructure.²⁵

Last but not least, as an inter-governmental forum – Asia Pacific Economic Cooperation (APEC) made some critical points about investment facilitation, such as to promote foreign investment and enhance the administration's effectiveness and productivity during the investment cycle phases.²⁶ In 2015, the first time the APEC reported Investment Facilitation Action Plan in which it mentioned the exact principles, scope, and definition of investment facilitation.²⁷ According to the IFAP, investment facilitation applies to steps taken by governments to encourage international investment and to optimize the efficacy and productivity of their operation across all phases of the investment process.²⁸

B. The principles of Investment Facilitation

Each topic, obviously, has certain principles that are considered in this regard as norms. In line with the scope and concept of investment facilitation, its concepts are very varied due to the approaches of the international organizations that have launched the IFA.

There was no exact list of principles until APEC reported IFAP in 2015. When the member states of APEC agreed on IFAP, there was a special clause where 8 principles were listed.²⁹ After the agreement by the member states,

²⁴ *Id.*, 3-5.

²⁵ *Id.*, 5.

²⁶ Investment Facilitation Action Plan by APEC, 5 (2015), http://mddb.apec.org/Documents/2019/CTI/WKSP4/19_cti_wksp4_014.pdf (last visited Jul. 17, 2019).

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Id.*, 7

²⁹ *Id.*, 5.

the IEG was assisted by PSU on analysis of IFAP and mainly IFAP principles. At the end of the analysis, the PSU provided the below-mentioned list of principles:³⁰

- 1st Principle – The investors have the right to opt the type of establishment;
- 2nd Principle – There are dispute resolution mechanisms among investors, host governments and private entities;
- 3rd Principle – All investors have the right to fair treatment during the implementation of local laws and investment principles;
- 4th Principle – The law of “*silence is an agreement*” are being enforced;
- 5th Principle – There is encouragement for the function of political advocacy in IPAs;
- 6th Principle – Members should support and implement global legal standards because of defending intellectual property rights;
- 7th Principle – Several activities which are documented to promote regular feedback of investment processes provide that strategies are basic, transparent, and at the lowest probable expenditure;
- 8th Principle – Positive participation in global and local projects should be focused on promoting investment facilitation and making skills.

These eight IFAP principles are part of several policies and initiatives to tackle issues of non-discrimination, transparency, and dispute resolution for supporting a better investment climate. It means that according to the approach of APEC to investment facilitation, its key principles are transparency, non-discrimination, and dispute resolution.

When it comes to the approach by UNCTAD, its approach is mainly based on the idea of investment facilitation's scope. According to UNCTAD's approach, investment facilitation includes a broad variety of fields and targets the attraction of investments, allowing investment to move easily and assistance for the benefit of host states.³¹ Such an approach makes a strong impact on the accepted principles by UNCTAD. In 2016, UNCTAD declares in the report that the several key principles of investment facilitation are:

- Transparency;
- The efficiency of operations;
- Practicality;
- Cooperation and;
- Coordination.³²

The UNCTAD also mentioned in the report that starting from the pre-establishment step till the completion of the investment, but also during the entire life of the investment project, investment facilitation operates.³³ For

³⁰ *Ibid.*

³¹ United Nations Conferences on Trade and Development, World Investment Report, 117 (2016), https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf (last visited Jul. 18, 2020).

³² *Id.*, 117.

³³ *Ibid.*

establishing such an environment for investment, investment facilitation has a huge role and that is why the member states should take into consideration the principles declared by UNCTAD.³⁴

The other international forum is G20 under which the 19 states and the EU adopted the G20 Guiding Principles for Global Investment Policymaking in 2016. The approach of G20 was mostly focused on the efficient environment for investment. In this regard, the G20's target was to promote transparency, availability, and guiding foreign investment policy climate, to enhance economic and sustainable development.³⁵ As a conclusion of these targets, G20 declared non-binding principles below:

- Investment policies should be based on transparency, clarity, non-discrimination, and predictability;
- Investment policies should ensure effective safeguards and legal clarity for investors and investments;
- Investment policies and the other investment-affected measures should be logical and consistent;
- The right to control the investment for valid public policy reasons are reconfirmed by Policymakers;
- Investment policies should encourage and enable cooperation by investors with foreign best practices.³⁶

The above-mentioned principles are taken into account by OECD as well. In accordance with the approach of OECD to the definition of investment facilitation, it suggested the same principles as transparency, predictability, efficiency and additionally, OECD mentioned several specific points of these principles. According to the OECD, these principles are not contentious under the liability of the host state and can be adopted one-sidedly by all states, but there should be assets and political intent.³⁷ In conclusion, with the suggestion of OECD about principles of investment facilitation in 2018, this issue was clarified once at all.

C. The Investment Facilitation strategy and its sound at WTO

As it's discussed above, each international body has its own approach to investment facilitation which makes each of these intergovernmental organizations create its own investment facilitation strategy. Investment facilitation strategy is a package of all ideas and approaches by international

³⁴ *Ibid.*

³⁵ G20 Trade Ministers Meeting Statement, 1-2 (2016), <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/G20-Trade-Ministers-Statement-July-2016.pdf> (last visited Jul. 18, 2020).

³⁶ G20 Guiding Principles for Global Investment Policymaking, 1-2 (2016), <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/G20-Guiding-Principles-for-Global-Investment-Policymaking.pdf> (last visited Jul. 18, 2020).

³⁷ Towards An International Framework For Investment Facilitation, 7 (2018), <https://www.oecd.org/investment/Towards-an-international-framework-for-investment-facilitation.pdf> (last visited Jul. 16, 2019).

bodies which is not binding.³⁸ Starting from 2015, international bodies such as UNCTAD and the World Bank clarified basic ideas such as the scope, definition, principles of investment facilitation.³⁹ As the result, they constructed the whole various investment facilitation strategy which impacted lots of developed states and such member states carried it to the WTO.⁴⁰

While it was affecting states' views upon investment facilitation, several developed countries launched the drafts for investment facilitation agreement where those whole ideas and approaches by international bodies were mentioned. These attempts sounded in a well-prepared four structured discussions at the WTO.⁴¹ These discussions focused on four key matters in four linked conferences:⁴²

- 1st Conference on 28 June 2018 about Improving the transparency and predictability of investment measures;
- 2nd Conference on 23 July 2018 about Streamlining and speeding up administrative procedures and requirements (APRs);
- 3rd Conference on 21 September 2018 about Enhancing international cooperation, information sharing, the exchange of best practices, and relations with relevant stakeholders, including dispute prevention;
- 4th Conference on 26 October 2018 about Facilitating greater developing and least-developed Member participation in global investment flows.

Consequently, these four structured debates and the member states' suggestions at the WTO made the foundation of today's IFA.

II. What Investment Facilitation Agreement contains?

The numerous methods and ideas have clearly made the control of IFA an issue. That's because of the numerous final conclusions that have been generated by international institutions and, as a consequence, there are plenty IFA versions that distinguish from one another. While multiple revisions of the IFA exist, there are also several similar points, such as main elements, goals, and the relationship with sustainable development.

A. The key features of the Investment Facilitation Agreement

When each piece of knowledge was evaluated by international institutions, the IFA was constructed, which describes a combination of different processes and declares the main features of investment facilitation. As it is mentioned

³⁸ Policy Framework for Investment User's Toolkit: Chapter 2. Investment Promotion and Facilitation, 4 (2011),

<http://www.oecd.org/investment/toolkit/policyareas/investmentpromotionfacilitation/41246119.pdf> (last visited Jun. 29, 2019).

³⁹ *Id.*, 2.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Pradeep S. Mehta and Sanjay Kumar Mangla, *Investment Facilitation at the World Trade Organization: Progress and Road Ahead*, CUTS International 3, 10 (2019).

⁴² *Id.*, 13-16.

above, these major components were accepted by international bodies that were up to make a clarification of investment facilitation. The well-prepared key components of IFA were introduced by OECD in 2016. These key features are:⁴³

- “... Tools and services provided by the host government to help investors navigate through the various regulations and procedures when investing;
- Policies to improve the transparency, predictability, and effectiveness of the regulatory framework for investment, and ensure sustainable and responsible business practices; and;
- Processes to make these tools and policies useful and impactful.”

Encouraging liable and sustainable investment, IFA includes a statewide approach by presenting a transparent, predictable, and effective governmental and administrative investment framework for new and current investors. That’s why IFA combines the above-mentioned key features, which the host states should follow to reduce or remove probable and current barriers against the investors when they agreed to invest and actually increase the significant assistance to the economy.

The IFA’s first element concerns unique frameworks and services which may be offered by the host government to assist investors in overcoming current legislation and other barriers. Such frameworks and services may involve:⁴⁴

“... (a) one-stop-shop (if appropriate) or single window for incoming investors; (b) online business registration system; (c) information portal on legal and administrative procedures to start and operate a business; (d) client service charters for all authorities dealing with investors; and (e) systematic aftercare services to existing investors, with a focus on those with strong RBC records.”

On the other hand, facilitation programs should never be restricted to upcoming investors. As it was declared by OECD:⁴⁵

“... Encouraging the growth of current investors by assisting them to resolve the obstacles they face in the management of their companies is as critical as encouraging upcoming investments. Investor aftercare functions are critical, particularly in the retention of investors, just as after-sales activities within a private entity seeking to retain client faith. Aftercare steps are numerous but a valuable step is to build an ombudsman or negotiator as a centerpiece within the state to avoid and settle any future conflicts and to promote contact with other relevant parties.”

Going beyond these specific tools;⁴⁶

⁴³ *Supra* note 37, 5.

⁴⁴ *Id.*, 5-6.

⁴⁵ *Id.*, 6.

⁴⁶ *Id.* 6-7.

“... investment facilitation involves the improvement of the business environment through policy reform. Such policies must ensure a supportive atmosphere for investors to behave properly and efficiently and equate the playing field for many other investors to encourage investment in developing industries, such as green factories. On the other hand, political reform may also increase the effectiveness of the current investment system, streamlining new legislation and legislated regulation, strengthen structural frameworks, and make investment less burdensome by implementing fewer deadlines, removing needless processes, and modifying the remaining ones.”

Lastly, institutional frameworks assist investment facilitation tools and policies. OECD highlights that,⁴⁷

“... institutional state-private interaction is an example of a key process for host governments to receive feedback from the private sector on existing legal and administrative bottlenecks faced by investors when investing or reinvesting. It will enable governments to include the most effective frameworks and policies to respond to the issues posed by the private market. In addition, a successful state-private dialogue will also permit the authority to clarify policies to companies, which will undoubtedly also encourage upcoming investment.”

B. The aims of Investment Facilitation Agreement

The whole approaches and ideas by intergovernmental bodies, which were discussed above appear because of the targets, main aims of such intergovernmental bodies. Since such targets are placed in the centre of these ideas and approaches. Although there are lots of different approaches, the four key aims were discussed at the WTO. They encompass:⁴⁸

- Develop the transparency and predictability of investment initiatives;
- Streamlining and improving administrative processes and requirements;
- Improve global cooperation, sharing of knowledge, interchange of best practices and ties with relevant shareholders, including the avoidance of conflicts;
- Promote attendance of bigger developing and less developed Member States in international investment trends.

The implementation of investment facilitation agreement can promote transparent and reliable investment schemes for both international and local investors. IFA`s transparency and predictability aspects are:⁴⁹

- *“... Timely publication of relevant legislation;*
- *Notification obligations;*
- *Enquiry points/single windows;*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Investment Facilitation at the World Trade Organization, 10 (2019), http://www.cuts-geneva.org/pdf/KP2018-Study-Investment_Facilitation_at_the_WTO.pdf (last visited Jun. 29, 2020).

⁴⁹ *Id.*, 13.

- *Advance publication of draft laws and regulations, opportunity to comment (and consideration of comments), and explanation of their purpose and rationale; as well as reasonable time frames between their publication and entry into force; and*
- *Administrative procedures to ensure the consistent and impartial application of investment-related laws and regulations to domestic and foreign investments alike.”*

When the discussion is about the release of data related to investment, the starting point is to make accessible information on investment initiatives in a transparent and timely manner. There is a list of data under which the information can be made accessible to the public.⁵⁰

“... Firstly, the releasing information can be legislation, rules, processes, and judicial or administrative decisions. Secondly, the international agreements, which are related to FDI, can be press released. Thirdly, if permission is needed to invest in a state, the data related to such an issue can be published. Lastly, the other sets of data, which are easily available to the public, can be released.”

So, after the first sub-target that we discussed above, there is the second sub-target of transparency which includes the methods of taking action to make the information accessible to the public:

“... Two ways exist for making the data available to the public. The first one is authorized newspaper or online means to make information publicly available, including widely available and consumer-friendly online platforms and official websites. This method is quite useful to publish any data that is needed. The second method is releasing language. The information can be easily published via using different languages. As a result, the data will be known at the international level.”⁵¹

The period between the release date and entrance into force of legislation is the third sub-target of transparency. This period is required to give a chance to investors and other related parties, such as shareholders, some amount of time to coordinate their strategies about current legislation. The other sub-target is also related to the release date of the legislation. It is to make the suggested legislation available to the public and give a chance to comment on it. It means that the suggested legislation is published and the investors are allowed to comment on the legislation within some period and in some extraordinary situations, the time frame is excepted.⁵²

The other target of transparency is the responsibilities of notifying. Under this target, there are forms of information to be noticed:

- *“... Notification of laws, regulations, and administrative procedures of general application;*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Id.*, 13-14.

⁵² *Ibid.*

- Notification of places and URL of websites where relevant information concerning investment is made publicly available;
- Notification of enquiry/ focal/ contact points;
- Notification of other relevant information (e.g. competent authorities); and
- Notification of inventory of investment measures."⁵³

While the first point of notifying is about the forms of information, the second point is the methods of alerts:

*"... Such alerts' methods include mainly digital devices, which are cellphones, personal computers, laptops, notebooks and others. The notification through digital devices has a significant place in this mechanism because, in a couple of minutes, the investor can easily be notified about the investment-related data."*⁵⁴

When it comes to the role of the connection spots above mentioned they have an essential role in the IFA:

*"... The role of connection spots is mostly related to being connected with the authority, current and potential investors. The very first action of them is to reply to the data request about released legislation. If there is any need for explanation on released legislation, the connection spots will have the obligation to explain. The second one is to reply to any requisition of authorities, current and potential investors. The other activity is to make the legislation and the other related data accessible to the public via newspaper and/or digital devices. As it is obvious, the role of connection spots in releasing the data to the public is undoubtedly significant. The last but not least activity of connection spots is to suggest and ensure help to investors."*⁵⁵

While the targets of transparency are being discussed, the exceptions to such criteria should also be taken into account.⁵⁶ There are certain situations in which the demand for transparency can not be the issue. One of the situations is relating to "know-how", which includes confidential data and it means the confidential data is excepted from transparency requirement.⁵⁷ The second one is relating to force majeure, which means unforeseeable extraordinary situations.

Streamlining and improving administrative processes and requirements are the second targets of IFA. The target APR, which occurs almost in all states, can be in different types. It concerns the submission and review of the application and contains questions in respect of which the documentation is required. Because of certain reasons such as inadequate legislation, dysfunctional legislative system, absence of administrative capability and unproductive administrative behaviour, APRs limit the investment. On the

⁵³ *Id.*, 14.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

other hand, limited data sharing and little communication that made between the different organizations creates another level of complication, which limits the investment too. The objective of IFA in that regard is to ignore such issues for fastening the processes. It involves:⁵⁸

“(1) reduction in the number of administrative procedures, formalities or approval requirements; (2) simplifying documentation and procedural requirements as much as possible; (3) review of application forms to make them simple and clear; (4) and publication online of a checklist and a set of guidelines on application requirements to assist applications.”

The other targets of IFA related to APRs are:⁵⁹

- To transfer the whole application process related to an investment to the electronic platforms;
- To reduce the time duration of the administrative process and notify investors;
- To notify investors about the dismissal of their submission and give them a chance to correct and re-apply again;
- To ensure non-discrimination on the availability of public services.

When it comes to improving global cooperation, sharing of knowledge, interchange of best practices and ties with relevant shareholders, including the avoidance of conflicts through IFA, it should be noted that global cooperation is an essential factor in promoting foreign investment.⁶⁰ In accordance with the discussions at the WTO:⁶¹

“... This is a multidimensional mechanism for foreign relations at regional, international and intergovernmental levels. The main tasks of global cooperation include data sharing, supervision, multilateral discussion and negotiation; interorganizational collaboration, conflict avoidance, and technical support. The cooperation under IFA eases the whole procedure for investors because the authorities, agencies, and investors keep in touch with one another and make useful data sharing. While the cooperation is going on, the connection spots may also assist the investors and promote them to share the practices between states and strengthen the ties between them.”

On the other hand, conflict avoidance is defined as a focal point of IFA. Creating a supreme body for assisting investors with the administrative processes is an essential point in front of IFA.⁶²

The last target of IFA is to promote attendance of bigger developing and less developed Member States in international investment trends.⁶³ To promote investment facilitation, integration by developing and less developed member states in international investment trends is the main

⁵⁸ *Id.* 14-15.

⁵⁹ *Id.*, p. 15.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 15-16.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.* p. 16.

⁶³ *Ibid.*

target.⁶⁴ There are several barriers in front of this aim, which are lack or inadequacy of organizational capability, economic capital, and the cohesion of policies, global collaboration, and economic prosperity. In this way, the member states, which drafted the IFA, are going to improve:

- *“sharing and promoting best practices;*
- *inter-agency consultations and coordination among domestic authorities (e.g. taxation authorities, international finance experts) on government measures;*
- *consideration of challenges faced by developing and least-developed members in implementing the multilateral framework’s provisions (e.g. lack of institutional capacity, infrastructure, human resource); and provide them technical assistance and build their capacity;*
- *strengthen the institutional mechanism, non-discrimination, address challenges faced by micro, small and medium-sized enterprises (MSMEs), institutional issues (e.g. creation of a WTO Investment Facilitation Committee), and the relationship between proposed investment facilitation framework and governance issues;*
- *special and differential treatment.”*⁶⁵

C. Investment Facilitation Agreement for sustainable development

According to the JMSIF at WTO, the implementation of provisions in IFA would foster progress in all dimensions of investment facilitation such as investment climate, finance, and social side of it. Although investment facilitation is separated from investment promotion, they are also essential parts of investment policy.⁶⁶ As it is mentioned above that, the OECD presented the connection among laws and policy through its PFI in which the scope of investment policy was described widely and from the aspect of sustainable development. Seemingly, the investment policy touches upon not just the rules, laws, regulations related to the acceptance of investors, the laws created and the security of their properties, as well as to the targets and prospects of the addition of investment to the sustainable development, such as ones set out in the local development strategies.⁶⁷

The goal of PFI stimulated foreign investment for integrated and sustainable development and as a result, it led to social and economic prosperity. At this point, the IFA comes to help and aims for sustainable

⁶⁴ Joint Ministerial Statement on Investment Facilitation for Development, 1 (2017) https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=240870 (last visited Jul. 18, 2020).

⁶⁵ *Supra* note 37, 16.

⁶⁶ Pradeep S. Mehta and Sanjay Kumar Mangla, *Investment Facilitation at the World Trade Organization: Progress and Road Ahead*, CUTS International 3, 10 (2019).

⁶⁷ Policy Framework of Investment, 23 (2015). <https://www.oecd.org/mcm-2018/documents/Policy-Framework-for-Investment-2015-CMIN2015-5.pdf> (last visited Jul. 18, 2019).

investment facilitation. According to the ICTSD's report, sustainable investment facilitation is for establishing favorable domestic circumstances for greater sustained FDI that flows to meet long-term investment purposes.⁶⁸ While ICTSD's report was focusing on sustainable investment facilitation, the PFI was fostering adequate duty and obligations for authorities, entities, society.⁶⁹ It was also enhancing transparency and promoting investors who were into sustainable development and reducing destitution and repose on mutual ideals in a democratic society such as protection of human rights.⁷⁰ Although the government's duty remains to provide an effective public governance structure to promote investment movements, PFI describes the growing impact of non-state actors in influencing investment activities at a worldwide scale and as a result enhancing the influence of promoting better social and cultural relations among civil communities.⁷¹

When it comes to the intergovernmental level, the IFA does not clearly specify what it really should include. However, the IFA does not involve the provisions related to (1) market access; (2) investment security; (3) the ISDS. Because of all these activities, the OECD proposed 10 action lines for enhancing sustainable development and give a chance to developing states to become one of the developed countries under the roof of the Global Action Menu for Investment Facilitation, which was, discussed in previous chapters above.⁷²

III. Proposals on Investment Facilitation at the WTO

Up-to-date, at the WTO, the Russian Federation, Mexico, Australia, Turkey, Indonesia, and Korea as MIKTA, 14 member states under FIFD, Brazil, Argentina & Brazil, China have presented their portfolio of investment facilitation. Such promoters of investment facilitation stress the value of the FDI to reach SDGs, increase exports and generate opportunities throughout their claims in favor of an intergovernmental mechanism for investment facilitation.⁷³

A. Proposal by FIFD and MIKTA

The Informal WTO Discussion about investment facilitation for development was initiated by FIFD, which consisted of fourteen developing and less developed member states in April 2017.

⁶⁸ The Evolving International Investment Law and Policy Regime: Ways Forward, 8 (2016), http://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/E15_Investment_Law_Policy_regime_report_2016_1002.pdf (last visited Jul. 18, 2019).

⁶⁹ *Id.*, 11.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Id.*, 11-13.

⁷² *Id.*, 45.

⁷³ *Supra* note 41, 10.

“The purpose of FIFD on launching such discussion was to analyze the stimulation of member states about investment and to encourage them, to debate the increasing connection between investment and trade and to find out the way of assistance by WTO to the member states. The members of FIFD proposed an agreement to facilitate and promote the investment as Trade Facilitation Agreement of WTO. The FIFD mentioned the targets of investment facilitation, which were transparent, secure and better business environment for investment and made a result that such an agreement would ease the establishment of the investment in host states for investors and encourage the potential investors.”⁷⁴

The members of FIFD also highlighted that the aim is not to modify or make additions to the investment policies of member states. Hence, such an agreement mainly focused on enforcement and maintenance of consistent effective predictable policies and strategies.⁷⁵

When it comes to promoting better global cooperation for investment facilitation, the second aim of IFA was this one for FIFD's proposal.⁷⁶ In accordance with the FIFD's approach, the home and host states of investors should have deeper cooperation and communication between them.⁷⁷ While UNCTAD was guessing that, the developing states should have another two and half-trillion dollars for investment annually to attain the 2030 SDGs, the FIFD members supported this idea and referred to Investment Report by UNCTAD in which the FDI declared an important and consistent asset to finance developing states.⁷⁸ As a result of initiated informal discussion, the other seven discussions were held at the WTO. The main features of such debates were (1) to develop the predictability and transparency of investment initiatives; (2) to improve and streamline the administrative processes; (3) to strengthen global cooperation and to meet the demands of developing states; and lastly (4) to solve issues related to investment facilitation such as communication between state and investor, overcoming ombudsman of investors and social responsibility.⁷⁹

On the other hand, the MIKTA had the same approach to investment facilitation and IFA as the members of FIFD. In March 2017, the investment workshop took place among the delegations from Mexico, Turkey, Korea, Australia, and Indonesia. The special connection between investment, trade, and development was recognized also by these 5 states. Under the MIKTA's approach, although the WTO has an essential role in the centre of investment debates, the WTO should take into account the relevant researches on

⁷⁴ *Id.*, 12.

⁷⁵ Investment Facilitation (2017)

https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc11_e/briefing_notes_e/bfinvestfac_e.htm (last visited Jul. 18, 2019).

⁷⁶ *Supra* note 41, 9-10.

⁷⁷ *Id.*, 7-9.

⁷⁸ *Id.*, 7.

⁷⁹ *Supra* note 75.

investment facilitation by the other intergovernmental bodies such as G20, UNCTAD, OECD, and APEC. As a result of its debates, the MIKTA mentioned the elements of IFA, which are (1) MFN; (2) transparency and predictability; (3) easy and effective administrative processes; and lastly (4) global cooperation and coordination. In general, according to the proposals of MIKTA and FIFD, serious matters such as investment security, market access, ISDS should be avoided from the content of IFA.⁸⁰

B. Proposals of Russia and China

After the discussion of simple ideas and approaches of FIFD and MIKTA, the proposals of Russia and China were much better and detailed than the former ones. Starting from the proposal by Russia, made on 30 March 2017, which was so structured and well explained. According to Russia's proposal, the goals of possible agreement related to the investment were to establish an open, consistent and transparent administrative strategy for the favor of investors without non-discrimination to any rights of the other investors and their investments.⁸¹

The first main component of Russia's proposal is transparency.⁸² According to the approach of Russia, the provisions of the regulations should be transparent and the regulations should ensure a safe and predictable investment environment.⁸³ The second one is about domestic regulation.⁸⁴ This component mainly focused on easing the administrative processes in the state. The administrative processes include getting required permits, paying fees, periods of administrative activities, and the others. Dispute settlement is also considered the necessary one.⁸⁵ Owing to Russia's proposal, the regulations should have a clause for the settlement of conflicts related to investment and the investor should have access without any discrimination to the arbitral or judicial tribunals. The other key component is feedback. According to this element, the investor should ensure the state with the feedback related to its actions on investment in the state. Finally, yet importantly, the IFA should contain the clause about market access, which provides the investor to apply for the control of the market access for sustainable development.⁸⁶ Thus, unlike FIFD and MIKTA, Russia proposed

⁸⁰ MIKTA Investment Workshop Reflections, 1 (2017), https://www.wto.org/english/forums_e/business_e/mikta_investment_workshop_reflections.pdf (last visited Jul. 18, 2020).

⁸¹ Communication from the Russian Federation (2017), https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=236414,236189,236149,235996,235960,235961,235962,235526,235438&CurrentCatalogueIdIndex=8&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True (last visited Jul. 18 2020).

⁸² *Id.*

⁸³ *Supra* note 41, 11.

⁸⁴ *Supra* note 81.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*

the IFA with the market access clause and touched upon dispute settlement a bit.

On the other hand, on April 21, 2017, the Republic of China made a proposal regarding IFA, which was the second well-structured proposal for future IFA. China gave three lists of option units for the promotion of investment facilitation and IFA.⁸⁷ According to the proposal, the first main component for China was to improve the transparent investment policy.⁸⁸ Thus, China mentioned the publication and notification methods, as well as, accepted investors' right to comment drafts of legislation related to investment, which was discussed in the previous chapters. The second key component was to enhance the effective investment-related administrative process. Under the roof of this component, China aimed to promote and make deeper communication between states and investors and to encourage foreign investments to decrease the fees and charges of investors.⁸⁹ The last main component was focused on developing and less developed states by announcing a special approach to these states because of their status. According to China's proposal, unlike developed member states, these developing and less developed states should get various treatment during some reasonable period.⁹⁰ Hence, it is clear that agreeing upon the transparency and simplified administrative processes by both states' proposals was for the attraction of investors.

C. The Proposals by Brazil and Argentina

After the discussion of the proposals by FIFD, MIKTA, Russia, and China, the other draft and approaches related to IFA belong to the proposal by Brazil & Argentina on 24 April 2017. According to the proposal, the delegations of Brazil and Argentina declared that the investment is about not only service or good, but both of them should also be taken into account for clarity. That is why careful consideration should be taken for creating a specific system of investment facilitation in general and IFA both for services and goods. Therefore, Brazil and Argentina proposed context, transparency, formalities and paperwork standards, admission of copies, application procedure, single electronic portal, local arrangements, multilateral arrangements, special treatment, technical assistance as the key components of IFA.⁹¹ According to the proposal, the scope of the IFA is limited to the goods and services. On the

⁸⁷ *Supra* Note 41, 7.

⁸⁸ Possible Elements of IFA–Communication from China (2017).

⁸⁹ *Id.*, 1.

⁹⁰ *Id.*, 3.

⁹¹ Possible Elements of A WTO Instrument on Investment Facilitation, Communication from Argentina and Brazil (2017),

other hand, these states also take into account, use the methods of notification, and accept investors' right to comment on the draft law and regulations. Brazil and Argentina propose a special list of principles for application procedure for making it easy and clear for investors such as;⁹²

"... Most-favored nation treatment; right to regulate; electronic documents; transparency; national focal point; cooperation among national focal points; notification; single electronic window; processing of applications; appeals and review; prior commitment; publication; corporate social responsibility; and WTO Committee on investment facilitation."

As China's proposal, these states accept the different treatment for developing and less developed states in some amount of time.⁹³ It is obvious from the key components, Brazil and Argentina mixed all ideas by organizations and states and created a new approach to investment facilitation. The main point here was the excluded clauses by Brazil and Argentina, which encompass the market access, investment security, and ISDS as the FIFD, MIKTA, and China.

As a result of all these proposals by FIFD, MIKTA, Russia, China, Argentina & Brazil, Brazil prepared the first draft of IFA and proposed it in the structured discussions on investment facilitation on 31 January 2018. The draft agreement describes all the discussed issues in previous chapters. The agreement's preamble starts declaring the aim of investment facilitation and IFA. The Agreement consisted of 9 sections and 20 articles in which the scope of the agreement, the MFN principle, transparency clause, notification method, application process exception to MFN principle, and the other key components mentioned.⁹⁴ In conclusion, Brazil mentioned that the aim of IFA was to encourage investors to invest and to achieve SDGs. That is why the common clauses such as market access, investment protection, and ISDS were not highlighted in the agreement.

IV. Is the Republic of India against Investment Facilitation Agreement at WTO?

In spite of the proposals by the members about IFA, there are also some other member states which are against a MAI. One of these member states is The Republic of India that does not run counter to IFA per se, but it is against a MAI under the auspices of WTO.

⁹² WTO, Structured Discussions on Investment Facilitation, Communication from Brazil (2018), https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/DDFDDocuments/241891/q/Jobs/GC/169.pdf (last visited Jun. 30 2020).

⁹³ *Supra* note 88.

⁹⁴ *Supra* note 92, 2-9.

A. The arguments on demotivation of Investment Facilitation Agreement

In September 2017, the BRICS summit was held in China and during this summit, some of the BRICS countries including India agreed on the key elements of investment facilitation among them. Increasing transparency, boosting productivity, and promoting cooperation were the goals of investment facilitation.⁹⁵ For such promotion and facilitation of investment by EU in India, India and EU mounted investment facilitation mechanism that involves the identification and implementation of solutions for procedural impediments experienced by EU companies and investors in the establishment or activity of their operations in India.⁹⁶

Nevertheless, India had severe concerns about the potential structured IFA as soon as the WTO allowed for systematic negotiations. Therefore, a settlement with obligatory guarantees on (a) market access; and (b) ISDS would lead to an agreement on FDI standards and arbitration provisions by granting policy area. In this regard, India made it clear that the discussions on the BRICS forum would not be used for a parallel WTO agreement although it agreed to participate in the BRICS investment facilitation mechanism. At the same time, India rejected the proposal when the EU and Canada started an informal discussion on the potential multilateral investment agreement in the WTO with ISDS. The assistance of the leading developed countries to the IFA at the meeting of the WTO General Council gives credibility to India's hesitations. India resisted the appearance of the IFA on the agenda of the forthcoming ministerial meeting of the WTO General Council held on 10 May 2017.⁹⁷

The key ground for supporting this view is that India has evolved as a capital-exporting country. While proposing that India should join the initiatives of the EU and Canada to create an MIA, it points out that India's OFDI has risen enormously over the last one and a half decades, already than a billion dollars in 2000-01 to more than 26 billion dollars in 2019-20.⁹⁸ The developing acknowledgment of India as an exporter of capital is also reflected in the UNCTAD journal - Transnational Corporations' decision to have a specific matter on external investment from the Republic of India. Such counterview may mean that, as a capital exporter and a home state, India has

⁹⁵ Outlines for BRICS Investment Facilitation (2017), <http://www.brics.utoronto.ca/docs/170831-investment.html> (last visited Jul. 17, 2020).

⁹⁶ *Id.*, 1.

⁹⁷ Centre William Rappard Meeting (2017), https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=237843,236414,236189,236149,236159,236015,235996,235960,235961,235962&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=False&HasS (last visited Jul. 16, 2020).

⁹⁸ Direct Investment for March (2020) <https://rbidocs.rbi.org.in/rdocs/PressRelease/PDFs/PR221767A9AE9A7391487AA685190AC477B937.PDF> (last visited Jul. 18, 2020).

to do what is essential to promote the initiatives of its investors to gain access to international markets, which, in effect, will stimulate the growth of India. A brief review of India's ODFI data shows that India will expect to have a prudent approach to the IFA. While India's addition to the international ODFI has risen over the last decade, its portion of investment inflows is rising at a higher rate. The latter suggests that India is still dependent on capital imports rather than capital exports to fulfill its growth requirements. The difference between the Indian ODFI portfolio and FDI portfolio in 2020 is 49 billion dollars. It may however not be in India's desire to become a member to the agreement, the prospect of which is highly unpredictable at this point.⁹⁹

Conclusion

In this study, the analysis of investment facilitation, its principles and strategy at the WTO, the IFA, and the member states' proposals for IFA and last but not least the member states against IFA and the possible effects of this agreement on the WTO's activities were analyzed.

The active discussion of investment facilitation and IFA is laudable in the WTO, with a theory to set up an intergovernmental approach. The aspect of the "mapping exercise" taking place in the formal debate of the WTO should consider the full scope to which home countries and foreign investors can make a contribution to the facilitation of investment growth. Even though the IFA was suggested in the sense of the positive influence of foreign investment on development, it still does not comprise anything noticeable that would provide the policy space required for the development. The statement that it aims to preserve the legislative autonomy of sovereign states does not make sense, given that a significant number of IIAs have already drastically decreased the policy area of host countries, and IFA does not aim to resolve it. India will take very deliberate steps to deal with the suggestion. The opinion is that India will become a party to this agreement as India emerges as an essential source of ODFI. Nevertheless, the simple fact is that India relies far more on FDI than on ODFI to fulfill its requirements. As once Benjamin Franklin said, "*The best investment is in the tools of one's own trade*".

⁹⁹ Reji. K. Joseph, *Investment Facilitation Agreement in WTO: What It Contains and Why India Should Be Cautious?*, 20 (2017).

*Fatima Eyyub**

THE INVESTIGATION, PROSECUTION, AND RESOLUTION OF PARALLEL PROCEEDINGS

Abstract

Taking into consideration that there is a considerable amount of international courts and tribunals, this article explores both theoretical and practical approaches to the problem of parallel proceedings in international dispute settlement and tries to investigate its nature, (il)legality, and (im)possible solutions. Parallel proceedings arise wherever the same or a related dispute is submitted concurrently to more than one forum (arbitral tribunal or court) for resolution¹ and constitute a breach of public international law. In this regard, the article examines consequences of parallel proceedings and harmful results to the dispute settlement process itself and the parties as well as tries to find fruitful solutions to this issue by analyzing the legislation of different countries, the general principles of law recognized by civilized nations, judicial doctrines such as judicial propriety and judicial comity, decisions of (inter)national courts and tribunals, works of a number of authors, different views on the issue and different practices adopted in the world. In conclusion, the article summarizes all the positions studied on the issue and expresses the attitude towards this concern and its law-violating nature.

Annotasiya

Çox sayda beynəlxalq məhkəmənin və tribunalın olduğunu nəzərə alaraq, bu məqalə beynəlxalq mübahisələrin tənzimlənməsində paralel icraat probleminə həm nəzəri, həm də praktik yanaşmanı araşdırır və onun mahiyyətini, qanuni olub-olmamasını, həmçinin, mümkün və ya qeyri-mümkün həll yollarını müəyyənləşdirməyə çalışır. Paralel icraat eyni və ya əlaqəli mübahisənin həlli üçün birdən çox foruma (arbitraj tribunalına və ya məhkəməyə) müraciət təqdim edildiyi təqdirdə meydana gəlir və beynəlxalq hüququn pozuntusunu təşkil edir. Bununla əlaqədar olaraq, məqalədə paralel icraatın nəticələri və mübahisələrin həlli prosesinə və tərəflərə vurduğu zərər araşdırılır, bu məqsədlə, müxtəlif ölkələrin qanunvericiliyi, sivil xalqlar tərəfindən tanınan ümumi hüquq prinsipləri, hüquqi ədəb və hüquqi hörmət kimi doktrinalar, milli və beynəlxalq məhkəmələrin və tribunalların qərarları, bir sıra müəlliflərin əsərləri, mövzuya fərqli baxışlar və dünyada qəbul edilən fərqli təcrübələr təhlil edilərək bu məsələyə səmərəli həll tapmağa çalışılır. Son olaraq, məqalədə araşdırılan bütün mövqelər ümumiləşdirilmiş və bu problemə və onun yaratdığı qanun pozuntusuna münasibət bildirilmişdir.

Contents

Introduction.....	116
I. Judicial doctrines regulating the issue of parallel proceedings.....	117
A. Judicial propriety	117

* Academy of Public Administration under the President of the Republic of Azerbaijan, 3rd year LL.B student.

¹ Emmanuel Gaillard, *Parallel Proceedings: Investment Arbitration*, Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law [MPEiPro], A(1) (2019).

B. Judicial comity	120
Conclusion	122

Introduction

Parallel proceedings arise when the same or a related dispute is submitted concurrently to more than one forum (arbitral tribunal or court) for resolution². It mainly happens when there are two or more different dispute settlement options in two or more separate treaties between the same parties over the same or related issue. As an example, in “AmTrust Europe Ltd v Trust Risk Group SA”³ and “Monde Petroleum SA v Westernzagros Ltd”⁴, parties filed an application to the Commercial Court⁵ in order to resolve the issue of competing jurisdiction clauses in separate but related agreements between the same parties and decide whether one court will hear the case or another in order to avoid parallel proceedings. Parallel proceedings may also appear when one party prefers one court or tribunal for the resolution of the dispute and the other party prefers another one.

Parallel proceedings are regarded as a breach of international law. According to the Mox Plant Case, a procedure that could lead to two conflicting decisions on the same issue would not be helpful for the resolution of the dispute between the Parties.⁶ Also, as a compromise between the positions of Mexico, which wanted a forum selection similar to the NAFTA, and the EU, which wanted to strengthen the bilateral DSM⁷, in EC-Mexico Joint Council it was agreed that if a dispute can be brought under both agreements, a complainant is empowered to select a forum, but no parallel proceedings are allowed.⁸

Parallel proceedings are the wellspring of various difficulties in international dispute settlement. For example, they may cause delays, augment costs, create an abuse of process, encourage forum shopping or lead to conflicting results.⁹ Parties would like to avoid parallel proceedings as they would be forced to spend additional time and effort over the identical dispute with the same set of facts. Having to litigate the same cause issue twice would undermine some of the notable advantages of international arbitration, such as the speed of the proceedings and relatively lower expenses, after all.

² *Ibid.*

³ AmTrust Europe Ltd v Trust Risk Group SpA, EWHC 4169 (Comm), § 51 (2014).

⁴ Monde Petroleum SA v Westernzagros Ltd, EWHC 67 (Comm), § 35 (2015).

⁵ The High Court of Justice, Queen's Bench Division Commercial Court.

⁶ MOX Plant Case, Ireland v United Kingdom, ITLOS Case No 10, § 28 (2001).

⁷ Dispute Settlement Body of the World Trade Organization.

⁸ Decision No. 2/2000 Of The EC-Mexico Joint Council Of 23 March 2000, Art. 47(4) (2000).

⁹ David W Rivkin, *The Impact of Parallel and Successive Proceedings on the Enforcement of Arbitral Awards*, Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration (ICC Publishing), 271 (2005).

Parallel proceedings also run the risk of being characterized as an abuse of process, depending on the facts and circumstances of the particular dispute.¹⁰

These problems are complications that come from the existence of parallel proceedings in different forums at the same time. This means that they are unnecessary and should be avoided if possible.

I. Judicial doctrines regulating the issue of parallel proceedings

Given the above-mentioned issues and potentially negative impacts of parallel proceedings, it seems obvious that effective measures should be taken in order to avoid them. Now that we have identified the problems and issues caused by parallel proceedings, we will turn to the most effective and widely recognized doctrines reducing the amount of the cases being heard in multiple fora at the same time: the doctrine of judicial propriety and the doctrine of judicial comity. Examining these two doctrines, we will discuss the possible means through which tribunals could limit or prevent parallel proceedings from taking place.

A. Judicial propriety

One of the doctrines regulating the issue of parallel proceedings is that the doctrine of judicial propriety. This doctrine is a matter that the Court should examine, *proprio motu* if necessary, so as to make sure that it is not only right as a matter of law but also proper as a matter of judicial policy for the Court as a judicial body to exercise jurisdiction within the concrete context of the case. This implies that the Court would be required to engage in in-depth scrutiny of all aspects of the actual circumstances of the case.¹¹

An issue of propriety was applied in the Northern Cameroons case. In this case, the Court said that: whether or not, when seised of an Application, the Court finds that it has jurisdiction, it is not obliged to exercise it in all cases. If the Court is satisfied, whatever the nature of the relief claimed, that to adjudicate on the merits of an application would be incompatible with its judicial function, it should refuse to do so.¹² This issue of propriety had also led the Permanent Court of International Justice to refrain from exercising a part of its jurisdiction in the Free Zones of Upper Savoy and District of Gex case.¹³

¹⁰ Denise Forsten, *Parallel Proceedings and the Doctrine of Lis Pendens in International Commercial Arbitration*, 37-38 (2015).

¹¹ Judicial propriety in advisory opinions of the International Court of Justice, Separate Opinion of Judge Owada, § 2 (2004).

¹² Northern Cameroons, Preliminary Objections, ICJ Reports, 15-37 (1963).

¹³ Free Zones of Upper Savoy and District of Gex (Fr. v. Switz.), P.C.I.J. (ser.A/B) No. 46, 161 (1932).

There are two general principles of international law constituting a basis of the doctrine of judicial propriety: *lis alibi pendens* and *forum non conveniens* principles.

1. *Lis Alibi Pendens* principle

According to Black's Law Dictionary¹⁴, the phrase "*lis alibi pendens*" is defined as a lawsuit pending elsewhere. To translate from Latin, it literally means "dispute elsewhere pending."

Being a rule of general international law *lis alibi pendens* principle requires States to avoid parallel proceedings on the identical issue, between the identical parties in several courts and tribunals. It permits a court to refuse to exercise jurisdiction when there is parallel litigation pending in any other jurisdiction.¹⁵ The fact that proceedings are pending between a plaintiff and defendant in one court with respect to a given matter is a ground for preventing the plaintiff from taking proceedings in another court against the same defendant for the same object arising out of the same cause of action.¹⁶

In recent years the attitude to the present definition of *lis alibi pendens* principle has changed. Especially with regard to the identity of the subject matter, many authors, judges argue that the similarity of issues should also be considered as the "same issue." For example, according to the decision of the ICSID Tribunal in *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v United States of America* case, the identical ground means "the same rights and legal arguments relied upon in different proceedings." In *Southern Bluefin Tuna* dispute the Tribunal accepts Article 16 of the 1993 Convention as an agreement by the Parties to seek settlement of the instant dispute justifying its decision via stating that the Parties to this dispute are the same Parties grappling not with two separate disputes but with what in fact is a single dispute arising under both Conventions.¹⁷ Furthermore, in *Glaziou v France* dispute Human Rights Committee concludes that the parallel proceedings based on substantially, not entirely identical provisions found in different instruments encounter the same subject matter.¹⁸

The European Union, a Community, based on, and characterized by the common market provides the ideal background for legal disputes arising simultaneously in different Member States. The European legislation on conflicts of jurisdiction has taken account of this and adopted the *lis pendens* principle. The provision on *lis pendens* is now to be found in Articles 27–30 of the Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil

¹⁴ Garner, B. A., & Black, H. C. Black's law dictionary (9th ed. 2009).

¹⁵ See generally, *German Interests in Polish Upper Silesia* (Germ. v. Pol.), P.C.I.J. (ser. A) No. 6 (1925).

¹⁶ Mof Oluwawo, Mojolaoluwa, *Private International Law and the Doctrine of Lis Alibi Pendens*, 4 (2017).

¹⁷ *Southern Bluefin Tuna Case* (Australia and New Zealand v Japan), § 54 (2000).

¹⁸ *Glaziou v France*, Human Rights Committee, Communication No. 452/1991, § 7.2 (1994).

and Commercial Matters (September 1968) as amended by the "Brussels Regulation." When *lis pendens* is detected in virtue of Article 27, 'every court seised second must stay its proceedings until the court first seised has decided upon its jurisdiction.' This concept, known as the 'first-come, first-served' rule, is designed to avoid irreconcilable judgments that may arise within the European Union and is conceived as a very mechanical concept that rarely allows an exception.¹⁹

According to the concept of *lis alibi pendens* principle, in case of parallel litigation, the case should be heard in the body first applied to. For example, if state A applied to the tribunal 1 alleging that state B breached its treaty obligations with regard to state A and state B files an application with a counter-submission to the tribunal 2, then the case should be heard in the tribunal 1 in order to avoid parallel proceedings. In *Turner v Grovit*²⁰ judgment on April 27, 2004, an English court, being the first court seised, issued an injunction to restrain one of the parties from pursuing the proceedings they had commenced in Spain. Even where the defendant is acting in bad faith with the intention of frustrating the current proceedings, the issue of an injunction was inconsistent with the Convention. The English court should trust the Spanish court to apply Article 27(2).²¹

2. Forum non conveniens principle

Forum non conveniens is defined as: "the doctrine that an appropriate forum – even though competent under the law – may divest itself of jurisdiction if, for the convenience of the litigants and the witnesses, it appears that the action should proceed in another forum in which the action might also have been properly brought in the first place."²² It is a principle that allows courts that have jurisdiction over a case to stay or dismiss the case upon a determination that the case may be heard more appropriately in another court.²³ The trial court is given substantial discretion in determining whether a more appropriate forum exists and, if so, whether to remain or dismiss in favor of that other court.²⁴

Although in *Owusu v Jackson*²⁵, the European Court of Justice stated that application of this principle and also the exercising of discretionary power by the Court, available under its national law, even where the jurisdiction of no other Contracting State under the 1968 Brussels Convention is in issue, and

¹⁹ See Eisengraeber, *Lis alibi pendens under the Brussels I Regulation - How to minimise 'Torpedo Litigation' and other unwanted effects of the 'first-come, first-served' rule*, Exeter Papers in European Law No. 16, (2004).

²⁰ See *Turner v Grovit* (C-159/02), (2004).

²¹ Blanke G., *The Turning Tides of Turner*, Business Law Review, 261–270 (Oct. 2004).

²² Black's Law Dictionary (8th ed. 2004).

²³ *Spiliada Maritime Corporation v Cansulex Ltd*, 476 (1987).

²⁴ See Ronald A. Brand, *Forum non conveniens*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL] (2019).

²⁵ See *Owusu v Jackson*, JUDGMENT OF THE COURT (Grand Chamber), C-281/02 (2005).

the proceedings have no connecting factors to any other Contracting State²⁶, is inconsistent with the Brussels Convention²⁷, this principle continues to be widely-recognized and applicable.

The doctrine of *forum non conveniens* is fundamental when the same claim is brought between the same parties in multiple courts. In such instances of parallel litigation, *forum non conveniens* creates an emphasis on the first to render judgment and is founded on the implicit assumption that the case should not be heard in the court seised but rather in the court most appropriately situated in light of the facts and circumstances of the case.²⁸

For an issue of propriety under the principle of *forum non conveniens* to arise before the Court because of overlapping jurisdictions, it is necessary that the defendant State contests the Court's jurisdiction or at least argue that the dispute is referred to the other court or tribunal. Several elements have to be weighed by the Court before concluding that it is inappropriate to exercise its jurisdiction. Some of those elements are as follows: the other court or tribunal might not have jurisdiction over the whole dispute; the settlement of the dispute may well be delayed; deciding the dispute would require an examination of questions of international law that are not included among those for which the other court or tribunal is thought to be particularly qualified; the procedure before the other court or tribunal would not provide the same opportunities for defense.²⁹

As a legal practice, In *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*³⁰, the Supreme Court held that federal courts have the discretion to dismiss suits properly within their jurisdiction under the doctrine of *forum non conveniens*.³¹ The doctrine makes dismissal appropriate whenever another forum exists where the suit may also be brought.³²

B. Judicial comity

Another judicial doctrine regulating the issue of parallel litigation, the doctrine of judicial comity requires, out of deference and respect, one Court in one state or jurisdiction to give effect to the laws and judicial decisions of another.³³ Comity is a principle derived from national legal systems, mostly from common law countries.³⁴ It is a flexible doctrine enabling the cooperation

²⁶ *Supra* note 16, § 7.

²⁷ Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (1968).

²⁸ *Id.*, A(3).

²⁹ Giorgio Gaja, "Relationship of the ICJ with Other International Courts and Tribunals", Statute of the International Court of Justice: A Commentary, 647-660, § 15 (3rd ed. 2019).

³⁰ *Gulf Oil Corporation v Gilbert*, 330 US 501 (1947).

³¹ *Ibid.*

³² 15 C. Wright, A. Miller & E. Cooper, Federal Practice and Procedure, § 3828 (1976).

³³ A Dictionary of Law, Oxford University Press (2014); See Also Cases: Cases: Attorney General V Jonathan Cape Ltd (1976); Newland V. Hall, 527 F.3d 1162 (2008).

³⁴ Yuval Shany, The Competing Jurisdictions Of International Courts And Tribunals, 260 (2004).

of tribunals within the international legal order.³⁵ In the sense that it functions as a principle for resolving issues of overlapping jurisdiction, it operates to allow the tribunal to limit its own jurisdiction where the exercise of that jurisdiction would be unreasonable or inappropriate in particular circumstances.³⁶ The interest of comity is especially strong where a foreign parallel proceeding is ongoing... and there is a possibility that the award will be set aside since a court may be acting improvidently by enforcing the award prior to the end of the foreign proceedings.³⁷

Comity may be exercised at three levels of multi-fora litigation. Firstly, it can be invoked if no further proceedings are initiated, but the possibility exists, and the tribunal which was charged with the case takes this into account. The second and third possibilities are if parallel proceedings have already been initiated.³⁸ If a court or tribunal exercises comity, it is not in the position to fully decline jurisdiction if there is no legal obligation to do so, as that would go beyond its power and contravene the rights of the parties to seek a ruling from that court or tribunal. Therefore, if this right has not been waived by the parties, a tribunal that exercises comity and is in doubt about there being a legal obligation of the parties to refrain from proceedings as a result of another tribunal having exclusive jurisdiction, it may only suspend proceedings.³⁹ If it declines jurisdiction, both tribunals could end up declining jurisdiction. This would result in a potential complainant, originally enjoying the possibility of bringing the case before two different fora, being left without a remedy at all.⁴⁰ This possibility was addressed in the *Southern Pacific v. Egypt* case by an ICSID tribunal. Originally the ICSID tribunal had suspended proceedings because there were parallel proceedings ongoing before the French *cour de cassation* (French Court of Cassation). However, the tribunal was aware that declining jurisdiction could lead to a "negative conflict of jurisdiction." Therefore, the ICSID tribunal had "as a matter of comity"⁴¹ not exercised its jurisdiction, while there was a decision pending by the other tribunal. After the *cour de cassation* had declined jurisdiction, the ICSID tribunal took up the case again.⁴²

Judicial comity was referred to in several cases as a basis for declining to exercise jurisdiction by courts. For instance, in 1996, The New York District Court declared not to have jurisdiction in the *Aguinda* proceedings, based on *forum non conveniens* and "international comity." Also, in the *Laker Airways v.*

³⁵ Slaughter, *A Global Community of Courts*, 44 (2003).

³⁶ Caroline Henckels, *Overcoming Jurisdictional Isolationism at The WTO – FTA Nexus: A Potential Approach for The WTO*, 19 *EJIL* 571, 584 (2008).

³⁷ *Higgins v. SPX Corporation*, Case No. 1:05-CV-846, 4 (2006).

³⁸ *Supra* note 36.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Tim Graewart, *Conflicting Laws and Jurisdictions in the Dispute Settlement Process of Regional Trade Agreements and the WTO*, 1 *Contemp. Asia Arb.J.* 287, 316 (2008).

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

Sabena decision, the Court stated that it has to consider interests in international comity and the avoidance of conflicting judgments as part of its analysis as to whether any such agreement existed.⁴³

Conclusion

With the proliferation of judicial and quasi-judicial bodies aiming the settlement of international disputes, the cases of hearing of the disputes on the identical or related subject matters between the same parties in several dispute settlement organs at the same time increased. The potential room for parallel proceedings is growing day by day. Lots of cases are heard in two or more judicial or quasi-judicial bodies at the same time, especially in arbitration law. Parallel proceedings, being quite widely spread nowadays, constitute a breach of the international legal order. For example, when two states having a dispute apply to two different dispute settlement organs, this ends up with one of two possible results: two absolutely contradicting decisions or one state being punished by the decisions of two bodies at the same time.

While there is no universal solution to this problem, different procedural mechanisms have been developed to avoid or mitigate the undesirable effects of parallel proceedings.⁴⁴ Even these mechanisms that include such judicial doctrines as judicial propriety and judicial comity are not enough as there are still inherent limitations and glaring weaknesses with each of those methods. Left alone, parallel proceedings can eventually lead to 'fragmentation and unpredictability'.⁴⁵ After all, by increasing the burden on the parties and frustrating their attempts to enforce arbitral awards, parallel proceedings are bound to have a negative impact on the role of the international dispute settlement mechanism.

Problems, concerning the multiplication of available dispute settlement forums and the related substantive issue of increased fragmentation of international law, have received heightened academic attention. This is also evidenced by the International Law Commission's decision to include the topic of 'fragmentation of international law' in its long-term work program in 2000. In 2002 an ILC study group was formed dealing with the topic 'Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law'. Although the ILC's own terms of reference concentrate on substantive problems of fragmentation and purport to exclude issues concerning the relationship among international

⁴³ *Hulley Enterprises Ltd. v. Russian Federation*, PCA Case No. 2005-03/AA226, Memorandum Opinion of the US District Court for the District of Columbia, § 36 (2016).

⁴⁴ Bernardo M. Cremades, Ignacio Madalena, *Parallel Proceedings in International Arbitration*, 24 *Arbitration International* 507, 507 (2008).

⁴⁵ Nadia Erk-Kubat, *Jurisdictional Disputes in Parallel Proceedings: A Comparative European Perspective on Parallel Proceedings Before National Courts and Arbitral Tribunals*, 1 (2014).

judicial institutions, these issues do regularly surface also in connection with substantive problems.⁴⁶

Taking into account all above-mentioned facts, we could come to the conclusion that, different international bodies and research centres try to find a solution to the issue of parallel proceedings in international dispute settlement. Nevertheless, now, Dispute Settlement Bodies may reduce the number of cases being heard in multiple dispute settlement bodies through applying doctrines mentioned in this work: the doctrine of judicial propriety and the doctrine of judicial comity.

⁴⁶ August Reinisch, *International Courts and Tribunals, Multiple Jurisdiction*, § 27, (2006).

*Elkhan Heydarli**

EFFECTIVE INVESTIGATION AS A PART OF POSITIVE OBLIGATIONS OF A STATE: IN THE CONTEXT OF NORTHERN IRELAND CONFLICT¹

Abstract

Protection of the right to life has an essential role in the Human Rights system and is vital for realization of other remaining rights. For several years while dealing with cases related to other rights and creating complex elements, the European Court of Human Rights in cases concerning the right to life just examined whether the negative obligation not to kill was violated or not. However, the situation changed first with McCann v UK case, where the Court put a positive obligation on States to conduct effective investigations and evolved it with other cases that were also related to the conflict in Northern Ireland. The conflict itself is interesting from another perspective too which is called 'Collusion', where the State agents allegedly contacted Loyalist paramilitaries in order to eliminate Nationalist minorities so that it seemed there was not a violation of negative obligation 'not to kill'.

Annotasiya

Yaşamaq hüququnun qorunması digər hüquqların həyata keçirilməsi üçün vacibdir və İnsan Hüquqları sistemində əhəmiyyətli rola malikdir. Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsi uzun illər digər hüquqlarla əlaqəli işlərə baxarkən yaşamaq hüququ ilə əlaqədar işlərdə sadəcə öldürməməklə bağlı olan neqativ öhdəliyin pozulub-pozulmamasını yoxlayırdı. Amma vəziyyət ilk dəfə McCann Birləşmiş Krallığa qarşı işində dəyişdi, Məhkəmə Dövlətlərin üzərinə effektiv təhqiqatın aparılması ilə əlaqəli pozitiv öhdəlik qoydu və bunu Şimali İrlandiyadakı konfliktlə bağlı olan bütün işlərə aid etdi. Konflikt "Gizli razılaşma" adlandırılır və özlüyündə maraqlı görünür, çünki Dövlət qulluqçuları Milliyətçi azlıq nümayəndələrini sıradan çıxarmaq üçün Kraliyət tərəfdarı döyüşçülərlə müntəzəm şəkildə əlaqəyə girir və neqativ öhdəliyi pozmamış kimi görünürlər.

Contents

Introduction.....	125
I. Positive obligations of states according to Article 2 of the ECHR	126
II. Effective investigation and its key elements as a procedural obligation.	128
III. Collusion and its traces in the conflict in Northern Ireland.....	131
Conclusion	133

* LL.M. student in International Human Rights at the National University of Ireland.

¹ The paper was written during Academic Summer Program at Caucasus University, Georgia, July 7-31, 2019.

Introduction

The right to life, one of the basic human rights and fundamental freedoms, is enshrined in many international human rights documents, such as the Universal Declaration of Human Rights,² International Covenant on Civil and Political Rights,³ African Charter on Human and Peoples' Rights⁴ and Charter of Fundamental Rights of the European Union.⁵ Within the United Nations' human rights protection system, the mandate of Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary executions was also established in 1982. With these global and regional human rights instruments that provided basic protection and were also improved further with documents such as The United Nations Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions (hereinafter 'the UN Principles')⁶ and the United Nations Manual on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions (hereinafter 'the UN Manual'),⁷ safeguards for the right to life progressed during the last few decades. The UN Principles require thorough, prompt, and impartial investigations of alleged violations of the right to life by competent investigators with adequate authority to conduct an effective investigation that will be followed up by a written report. Additionally, the UN Principles invite governments to conclude investigations with the prosecution of the perpetrators, regardless of the location of the murder and the identity or nationality of the perpetrator or victim. The blanket immunity, defenses of superior orders, or command responsibility, by which a commanding officer blames his troops for any violations are also forbidden.

The UN Manual grows upon the concepts provided in the U.N. Principles by setting forth special guidelines on conducting investigations into deprivations of life. Particularly, the U.N. Manual endorses the Model Protocol for a Legal Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions (hereinafter 'Minnesota Protocol'). The Minnesota Protocol provides model methods of investigation, purposes, and procedures of an inquiry and processing of the evidence. The Minnesota Protocol demands that all investigations be embodied by competence, thoroughness, promptness, and impartiality.

At the regional level, a broader definition, protection, and circumstances under which the right can be deemed was set up by Article 2 of The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

² Universal Declaration of Human Rights, art. 3 (1948).

³ International Covenant on Civil and Political Rights, art. 6 (1966).

⁴ African Charter on Human and Peoples' Rights, art. 4 (1981).

⁵ Charter of Fundamental Rights of the European Union, art. 6 (2012).

⁶ The United Nations Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions (1989).

⁷ United Nations Manual on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions (1991).

(European Convention on Human Rights, as amended) (hereinafter 'the ECHR').⁸ The first paragraph of the Article stresses that life is protected by the law, and arbitrary deprivation of life is prohibited. The Article gives in its second paragraph exact conditions that are not contraventions to the right. Additionally, the European Court of Human Rights (hereinafter 'the Court') throughout its case law, such as *McCann v the UK*,⁹ *McKerr v the UK* and three other related cases (hereinafter 'McKerr group cases'),¹⁰ *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v Russia*¹¹ developed a set of standards as positive obligations for the States to comply with on the basis of those conditions, as also concluded by Chavelier-Watts.¹² Particularly in relation to the cases dealing with the conflict in Northern Ireland, the Court clarified some substantive and procedural obligations. Part I is dedicated to the analysis of these obligations and requirements in case of breaches of the right to life. Part II concentrates more especially on effective investigations into the deaths that occur either by the use of force by state agents or under suspicious situations. The Court recognized the obligation of effective investigation initially in the *McCann* case, then advanced different key elements of this notion in *McKerr* group cases. In Part III, the definition of 'collusion' and challenges to it, inquiries into killings will be examined and the reason behind the hesitation of the Court will be gone through. The paper will analyze the respective judgments of the Court, evaluate what were the main aspects and shortages of these cases regarding effective investigations and outline how these cases impacted the conflict and future case law.

I. Positive obligations of states according to Article 2 of the ECHR

The States upon signing international human rights treaties take responsibility to abide by their rules, to respect and to protect human rights provisions codified in the document. For instance, states should refrain from intervening in the realization of the rights for the execution of negative obligations. However, for fulfilling positive obligations they should engage in activities.¹³ As Mowbray stresses, states cannot fulfill their duties just remaining passive.¹⁴ Concerning violations of Article 2 of the ECHR, the Court

⁸ The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, (European Convention on Human Rights, as amended) (1953).

⁹ *McCann and others v the UK*, App no 18984/91 (1995).

¹⁰ *McKerr v the UK*, App no 28883/95 (2001); *Hugh Jordan v the UK* App no 24746/94 (2001); *Shanaghan v the UK* App no 37715/97 (2001); *Kelly and others v the UK* App no 30054/96 (2001).

¹¹ *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v Russia*, App nos 57947/00, 57948/00 and 57949/00 (2005).

¹² Juliet Chevalier-Watts, *Effective Investigations under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?*, 21(3) *The European Law Journal of International Law* 701, 703 (2010).

¹³ Ilias Bantekas and Lutz Oette, *International Human Rights Law and Practice*, 76 (2013).

¹⁴ Alastair Mowbray, *The Creativity of European Court of Human Rights*, 5 *Human Rights Law Review* 57, 78 (2005).

established several positive obligations in different contexts following the *McCann* case which is discussed below, namely creating a system of norms and adequate control for reducing the risk to a reasonable minimum¹⁵ to protect lives of persons from environmental disasters; establishment of the reason of individual's death who is under the care of medical staff and their liability¹⁶ for deaths occurring during a surgical or medical procedure;¹⁷ or having an obligation to protect an individual with preventive measures whose life is threatened by illegal acts of not state agents, but another individual.¹⁸ In its case law, the Court also stressed that once the authorities get the information about the death, they should immediately take appropriate actions, without waiting for a formal complaint by the next-of-kin.¹⁹

Besides these cases, the Court also defined the essential elements of the use of force by state agents that can breach the right to life. According to Janis, Kay, and Bradley, the case law of the Court regarding this aspect of Article 2 can be divided into 3 subcategories:²⁰

1. The use of excessive force by state agents;
2. Adequate planning and control of operations; and
3. Effective investigation of deaths.

The cases regarding the Northern Ireland conflict touch upon all three aspects and are related to the murders by state agents or paramilitaries. Since 1921, after twenty-six counties gained their independence from Britain, but the Northern part remained within it, Unionists and Nationalists had divided views over the fate of the island of Ireland. The murders which were called 'the Troubles', occurred with regard to this disagreement. Initially, emerging as a civil rights movement because of discrimination against the Catholic Nationalists, the events made an abrupt turn into violence when the UK government sent militaries to the island. While this paper will not address political, religious, and other aspects of the conflict, it should be remembered that because of this conflict many people lost their lives.²¹

The Court formulated important elements of substantive and procedural obligations of states in relation to Article 2 with cases concerning the conflict. First time in the *McCann* case, the Court stressed the importance of proportionality and the absolute necessity of the act of lethal force. Not giving

¹⁵ *Binişan v Romania*, App no 39438/05, 126 (2014).

¹⁶ *Powell v the UK*, App no 45305/99, § 1 (2000).

¹⁷ Tony McGleenan, *Investigating Deaths in Hospitals in Northern Ireland, Does the System Comply with European Convention on Human Rights*, Northern Ireland Human Rights Commission, 13 (2004).

¹⁸ *Osman v the UK*, App no 23452/94, § 115 (1998).

¹⁹ *Ahmet Özkan and others v Turkey*, App no 21689/93, § 310 (2004).

²⁰ Mark Janis, Richard Kay and Anthony Bradley, *European Human Rights Law: Texts and Materials*, 130 (3rd ed. 2008).

²¹ Lynn Wartchow, *Civil and Human Rights Violations in Northern Ireland: Effects and Shortcomings of the Good Friday Agreement in Guaranteeing Protections*, 3(1) *Northwestern Journal of International Human Rights* 1, 1-4 (2005).

the exact definitions, the Court emphasized that necessity test under Article 2 should be more stringent than ‘necessary in a democratic society’ test applicable under Articles 8-11²² because what is at stake is life which is vital for the realization of other rights.

The Court found a breach of the right because of the planning and conduct of operations where State agents killed three Irish Republican Army (hereinafter ‘IRA’) members. It determined that the operation was not well-planned. The authorities could have stopped the suspects from entering Gibraltar, and made no reservation for their intelligence assessments being flawed, which led to the use of fatal force.²³ Therefore, judgment emphasized states’ positive obligations to take effective security measures before resorting to lethal force.²⁴

This paper argues that the judgment can be challenged on many grounds, as written down by nine judges in their dissenting opinions. First, arresting at the border and releasing them because of a lack of evidence would result in a renewed and more successful terrorist attack. Second, the intention and actions, including previous ones, of terrorists were clear that they would have no hesitation to detonate a bomb, risking many lives. Finally, only they knew their plan exactly. Consequently, any plan of state agents would be assumed one, so they acted with honest belief.²⁵ The Court did not address separate means of communication used by intelligence, military, and police units that actually have a great impact on the conduct of the operation. The reasoning of the Court is also interesting and questionable, as the Court accepted that training, instruction, and operational control ‘carefully reflected’ the ECHR standards.²⁶

Nonetheless, the importance of the *McCann* case for the protection of the right to life should not be underestimated. The judgment accentuated proportionality and the absolute necessity of the use of force and the significance of planning any action of a state that can result in death.

II. Effective investigation and its key elements as a procedural obligation

The notion of the effective investigation was an innovative term in the context of Article 2 of the ECHR brought with the *McCann* case. The Court stated that without a method examining the legality of the use of force, the

²² *Supra* note 9, § 149.

²³ *Id.*, § 213.

²⁴ Onder Bakirciglu and Brice Dickson, *The European Convention in Conflicted Societies: The Experience of Northern Ireland and Turkey*, 66(2) *International and Comparative Law Quarterly* 263, 277 (2017).

²⁵ *Supra* note 9, Dissenting opinion.

²⁶ *Id.*, § 156.

prohibition of arbitrary murder would be meaningless.²⁷ According to Weekes, the obligation to carry out an effective investigation is 'adjectival' to the substantive obligation of protecting life.²⁸ Although the Court did not find a violation of the right in this regard, the emergence of the concept in the case law of the Court is of vital importance. The Court did not provide what it meant with the effective investigation in the *McCann* case. It went on just stating that in this case the form and conditions of such investigation were unnecessary, as authorities carried out the inquest in a proper manner.²⁹ Subsequently, the Court missed a chance for six years to better analyze the details of effective investigation. Sicilianos believes that the reasoning of the Court was to be prudent for not imposing an excessive burden on national authorities.³⁰ The paper is of the opinion that the Court did so in order not to enter the area of sovereignty and margin of appreciation of States Parties, as also reckoned by Irwin.³¹

This paper also claims that instead of finding a violation in the conduct of the operation, the Court could have found a violation of effective investigation. As it is clear from the facts, no proper investigation and collecting evidence from the scene took place³² and the Court did not address arguments submitted by applicants regarding the independence of the jury³³. Therefore, although there was an investigation, but one cannot call it 'effective' within the terms of Article 2.

However, the Court clarified the purpose and essential elements of effective investigation in *McKerr* group cases which also concern the conflict. Securing the implementation of domestic legislation, protecting the right to life, and ensuring accountability of those who are responsible is the ultimate purpose of effective investigation.³⁴ It is not an obligation of result, but of means³⁵ since it is not about obtaining prosecution or conviction, but swiftly reacting to the deaths and conducting an investigation in accordance with requirements. Additionally, the Court noted that where there is an adversarial procedure before an independent and impartial judge in a criminal trial, then the process must be regarded as furnishing the strongest safeguards of an effective procedure.³⁶ It should be stressed neither the prevalence of violent

²⁷ *Id.*, §161.

²⁸ Robert Weekes, *Focus on the ECHR, Article 2*, 10(1) *Judicial Review* (2005), <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/10854681.2005.11426412> (last visited Oct. 4, 2019).

²⁹ *Supra* note 9, § 162.

³⁰ Linos-Alexandr Sicilianos, *Preventing Violations of the Right to Life: Positive Obligations under Article 2 of the ECHR*, 3(2) *Cyprus Human Rights Law Review* 117, 128 (2014).

³¹ Kara Irwin, *Prospects for Justice: The Procedural Aspect of the Right to Life under the European Convention on Human Rights and Its Applications to Investigations of Northern Ireland's Bloody Sunday*, 22 *Fordham International Law Journal* 1822, 1857 (1999).

³² *Supra* note 9, § 94-95.

³³ *Id.*, § 157.

³⁴ *McKerr v the UK*, App no 28883/95, § 111 (2001).

³⁵ *Id.*, § 113.

³⁶ *Id.*, § 134.

armed clashes nor the high incidence of fatalities can discharge the states from the obligation of conducting an effective investigation into deaths arising out of clashes involving the security forces under Article 2.³⁷

Regarding the elements, while the Defence Committee Report stresses just three elements,³⁸ Chavelieur-Watts argues that the notion has four key components consisting of being given official sanction, independence, openness, and expediency.³⁹ Analyzing the case law, this paper concludes that there are four elements of effective investigation, namely independence, adequacy, promptness and reasonable expediency, public scrutiny, and participation of the next-of-kin.

According to the Court, independence means the persons conducting the investigation should be independent of those involved in the events. Such independence should be clear and practical, not only hierarchical or institutional.⁴⁰ There should be independence and impartiality in the entire process entirely, beginning from police investigation to the judicial process. In *Jaloud v the Netherlands*, the Court in the context of the conduct of military operations concluded that the mere fact, that the investigators and the investigated shared the same living quarter, did not mean that the element of independence was violated.⁴¹

Next, according to the precedents of the Court, adequacy is about deciding if the used force was justified or not and finding and penalizing the liable individuals. In order to test whether the use of force was justified, it is apparently important to collect evidence. Hence, adequacy embraces gathering eyewitness testimonies, forensic evidence, and autopsy.⁴² Moreover, if there is a plausible or credible piece of evidence or item of information relevant to the unlawful murder, the authorities have responsibility to carry out further investigation.⁴³

Another key constituent of effective investigation is its promptness and expediency. Under this term, the Court means a quick reaction of the governmental bodies to the events having an element of the use of lethal force, even though there can be hardships hindering the process.⁴⁴ Additionally, the passage of time can damage the investigation.⁴⁵

Finally, the fourth feature is public scrutiny and participation of next-of-kin. The Court clarifies the notion as disclosure of investigation materials to

³⁷ *Kaya v Turkey*, App no 158/1996/777/978, § 91 (1998).

³⁸ Defence Committee, *Investigations into Fatalities in Northern Ireland involving British Military Personnel*, 11 (2016).

³⁹ Chevalier-Watts, *supra* note 12, 711.

⁴⁰ *Supra* note 34, § 112.

⁴¹ *Jaloud v the Netherlands*, App no 47708/08, § 189 (2014).

⁴² *Armani Da Silva v the UK*, App no 5878/08, § 233 (2016).

⁴³ *Brecknell v UK*, App no 32457/04, § 71 (2008).

⁴⁴ *Hugh Jordan v the UK*, App no 24746/94, § 108 (2001).

⁴⁵ *Mocanu and others v Moldova*, App nos 10865/09, 45886/07 and 32431/08, § 337 (2017).

the public, except for some sensitive materials and access to the stages of the procedure.⁴⁶

The Court, stressing all of these elements, touched upon the importance of effective investigations in the framework of the conflict, where lack of such an investigation can serve as a 'fuel to fears of sinister motivations, as is illustrated inter alia by the submissions made by the applicant concerning the alleged practice of collusion by security personnel with loyalist paramilitaries'.⁴⁷

III. Collusion and its traces in the conflict in Northern Ireland

One of the arguments put forward within the framework of the conflict is that the State agents provided information and helped to the Loyalist paramilitaries in order to get rid of the people who were suspected to be a member of the IRA. The argument of collusion is very debatable, as there is no clear definition of it. According to Campbell and Brenner, the 'Collusion' is a form of death squad activity⁴⁸ and these death squads are paramilitary groups involved in state-sponsored or state-tolerated terror against political opponents⁴⁹. Cory uses a broader definition for the necessity of public confidence in them and defines it as 'ignoring or turning a blind eye to the wrongful acts of servants or agents of police and army or supplying information to assist them in their wrongful acts or encouraging them to commit wrongful acts'.⁵⁰ This paper argues that using broad definition is understandable in the context of the conflict. However, individual acts of state agents which happen without the command or the knowledge of superiors and with personal incentive and belief cannot be covered by this term. From the point of view of the author, such a definition not only puts an unreasonable burden on states but also disregards the individualistic character of criminal act of the perpetrator.

The inquiries into the alleged collusion in the murders occurring in Northern Ireland became the centre of attention especially after the case of Patrick Finucane. In 1989 members of the Ulster Freedom Fighters, loyalist paramilitary organization, murdered Mr. Finucane, a human rights lawyer, in his home in front of his family.⁵¹ After his death and on the background of pre-existing and long-lasting concerns of involvement of British state security

⁴⁶ *Supra* note 34, § 115-129.

⁴⁷ *Shanaghan v the UK*, App no 37715/97, § 124 (2001).

⁴⁸ See generally, Bruce Campbell and Arthur Brenner, *Death Squads in Global Perspective: Murder with Deniability* (2000).

⁴⁹ Bill Rolston and Phil Scraton, *In the Full Glare of English Politics: Ireland, Inquiries and the British State*, 45(4) *British Journal of Criminology* 547, 547 (2005).

⁵⁰ House of Commons, *Cory Collusion Inquiry Report: Pat Funicane*, 21-22 (2004).

⁵¹ Amnesty International, *Political Killings in Northern Ireland*, London, Amnesty International UK (1994).

force, there were two inquiries conducted, the first by the former Head of the Metropolitan Police Force Sir John Stevens (2003)⁵², the second by retired Canadian Judge Peter Cory (2004)⁵³. The inquiries found clear and irrefutable evidence of collusion between loyalists, members of the Special Branch of the Royal Ulster Constabulary (RUC), and British Military Intelligence. The binding international Agreement was signed at Weston Park in 2001 where the British and Irish Governments took an obligation to commit themselves to hold a full public inquiry with Cory's recommendation. However, the promised public inquiry did not take place, and was replaced by an independent review procedure chaired by Sir Desmond de Silva. However, this new review did not answer the question whether the collusion was a pattern of policy or not.

The case was heard by the Court, as well, and it decided that the UK violated the right to life as the proceedings following the death of Mr. Finucane failed to provide a prompt and effective investigation into the allegations of collusion by security personnel.⁵⁴ The Court did not definitely say there was a collusion, as it did not want to be involved in such a highly political matter, like not deciding whether there was a shoot-to-kill policy in previous cases. Nevertheless, it criticized the inquiries and investigations held by Government authorities such as police investigations, inquests, Stevens inquiries, the investigation by the Director of Public Prosecutions as they did not satisfy the requirements set by Article 2 of the ECHR and did not address the question about the existence of collusion.

The inquiries and reports to the acts committed by State agents were in place before too. Immediately after the Bloody Sunday, where thirteen protestors shot dead by British officers in Derry, Widgery Tribunal was established, named after its lead Lord Chief Justice, Lord Widgery. In April 1972 the Widgery report was published and did not find any officer liable of committed acts.⁵⁵ Because of harsh criticism, in 1997 another inquiry mission was created led by Lord Saville of Newdigate. Despite its limitations and reporting 13 years later in June 2010, the Saville Inquiry refuted the original Widgery Inquiry, finding that British officers were responsible for the 'unjustified and unjustifiable' deaths of victims.⁵⁶ David Cameron, then the British Prime Minister, apologized on behalf of the British Government.

⁵² Sir John Stevens, Stevens Enquiry: Overview and Recommendations, QPM, DL, Commissioner of the Metropolitan Police Service (2003)

⁵³ *Supra* note 50.

⁵⁴ See generally, *Finucane v UK*, App no 29178/95 (2003).

⁵⁵ Report of the Tribunal appointed to inquire into the events on Sunday (1972),

<https://cain.ulster.ac.uk/hmso/widgery.htm> (last visited Oct. 4, 2019).

⁵⁶ House of Commons, Report of the Bloody Sunday Inquiry (2010).

Conclusion

The obligation of conducting an effective investigation for the protection of the right to life and its further evolution with *McKerr* group cases brought new value and perspective to international human rights law. Although there are delays in the implementation of the judgments, their influence is far-reaching within the UK.⁵⁷ After these cases, different acts and institutions were established for the protection of rights and for ongoing investigations into legacy cases. One of such documents is the Belfast Agreement of 1998 which is also known as the Good Friday Agreement. Both the British and Irish governments took part in the effort together with the eight political parties of Northern Ireland. The Belfast Agreement sets forth a commitment to civil and human rights and equal opportunity. The Agreement upholds eight key civil rights, including the right of free political thought, freedom of expression and religion, the right to equal opportunity, and the right to freedom from sectarian harassment. It also obliges the British Government to incorporate the ECHR into Northern Ireland law. The Agreement also encloses several crucial provisions with regard to areas of integrated education and housing, the advancement of women, and equal employment opportunity for the Nationalists and the Loyalists eliminating previous bad discriminatory experiences.

Nonetheless, there are shortfalls too. To begin with, the Belfast Agreement has two fundamental defects: Firstly, it did not give the people of Northern Ireland full legislative autonomy or a greater voice in Westminster Parliament. The local Assembly in Northern Ireland has still only limited legislative capacity. Secondly, the Northern Ireland Act of 2000 provides for the suspension of a devolved form of government. The British Prime Minister, acting through the Secretary of State for Northern Ireland, can suspend the Assembly and thereby stop its meeting or adoption of laws as well as halt the operation of the North-South Ministerial Council, British-Irish Council, and the British-Irish Intergovernmental Conference established under the Good Friday Agreement. The Agreement also forgets about the involvement of international actors, such as international non-governmental organizations and experts. They had contributions in rebuilding post-conflict societies that essentially helped to ensure both the success of that new society and its highest respect for human rights. The Agreement should have provided formal protection for human rights defenders too. It is essential on the background of murders of Patrick Finucane in 1998 and Rosemary Nelson in 1999 which might have a chilling effect. The Agreement's language is ambiguous as to how the new commitments to human rights and impartial justice will effect defense lawyers.

⁵⁷ Alice Donald, Jane Gordon and Philip Leach, *The UK and the European Court of Human Rights*, Research report 83, 49 (2012).

The various institutions were also created, such as the Historical Enquiries Team in 2005 and its replacement with Legacy Investigations Branch (hereinafter 'LIB') in 2015 according to the Stormont House Agreement of 2014.⁵⁸ However, the activities of institutions were subject to high criticism too. For instance, in 2017 the Northern Ireland High Court ruled that LIB was not an independent institution under Article 2 of the ECHR.⁵⁹ As underlined in the decision, 'a fair-minded and informed observer' would conclude that LIB, which is part of the Police Service of Northern Ireland, is not fit for carrying out an investigation based on previous experiences.⁶⁰

The cases concerning the conflict had a significant effect on the case law of the Court itself too. These cases influenced future cases regarding the conduct of the operation and effective investigation, such as Chechenya cases. On the ground of major elements of *McKerr* group cases, in *Isayeva v Russia* the Court highlighted the balance between pursued aim and means employed for achieving it.⁶¹

The cases are also important as to draw attention that the implementation of this obligation with its four elements maintains public confidence.⁶² Although they can be criticized for many aspects, mentioned above, they underlined the continuing problems in Northern Ireland and tempted the UK government to adopt measures to tackle the issue. Thus far most of these attempts failed, being a 'piece-meal and minimalist approach to addressing discrete Jordan defects'.⁶³ Nonetheless, all the progress made should be welcomed and the Court, as the Guardian, must continue to use the ECHR as a 'living instrument' for defending human rights.

⁵⁸ *Supra* note 38, 5-8.

⁵⁹ High Court of Justice in Northern Ireland, Queen's Bench Division, NIQB 28 [2017].

⁶⁰ *Id.*, § 118-125.

⁶¹ See generally, *Isayeva v Russia*, App no 57950/00 (2005).

⁶² *Supra* note 34, § 160.

⁶³ Christine Bell and Johanna Keenan, *Lost on the Way Home? The Right to Life in Northern Ireland*, 32 *Journal of Law and Society* 68, 75 (2005).

*Murad Alızadə**

FÖVQƏLADƏ VƏZİYYƏTLƏR VƏ İNSAN HÜQUQLARI PANDEMİYA KONTEKSTİNDƏ

Annotasiya

Məqalədə pandemiya kontekstində fəvqəladə vəziyyətlər zamanı hökumət səlahiyyətləri ilə insan hüquqları arasında ədalətli balansın təmin edilməsi problemi araşdırılır. Burada fəvqəladə vəziyyət termininin anlayışı, elementləri və bu vəziyyətlərdə insan hüquq və azadlıqlarının müdafiə olunması mexanizmi beynəlxalq qanunvericilik və Azərbaycan Respublikası Qanunvericiliyi baxımından təhlil edilmişdir. Epidemiyaların qarşısının alınması məqsədilə tətbiq edilən və insan hüquqlarına münasibətdə məhdudiyət tədbirlərinin həyata keçirilməsinə imkan verən xüsusi karantin rejiminin qanuni əsasları tədqiq olunmuşdur.

Abstract

The article examines the problem of ensuring a fair balance between government authority and human rights during emergencies in the context of the pandemic. The concept and elements of the state of emergency term and the mechanism of protection of human rights and freedoms in these conditions have been analyzed according to the international law and the legislation of the Republic of Azerbaijan. The legal basis for a special quarantine regime implemented to prevent the epidemics and allowed the use of restrictive measures towards human rights was also examined.

MÜNDƏRİCAT

Giriş	136
I. Fəvqəladə vəziyyətlərdə insan hüquq və azadlıqlarının təminatı	137
A. Hökumətin səlahiyyətləri və insan hüquqları.	137
B. Beynəlxalq hüquqda fəvqəladə vəziyyət anlayışının təsbiti və tətbiqi şərtləri	139
C. Azərbaycan Respublikası Qanunvericiliyində “fəvqəladə vəziyyət” anlayışı	145
D. AR Qanunvericiliyinə əsasən fəvqəladə vəziyyətlərdə insan hüquq və azadlıqlarının təmin olunması	147
II. Epidemiyalarla mübarizə şəraitində insan hüquq və azadlıqlarının müdafiəsi	149
A. Epidemiyaların qarşısının alınması: karantin rejimi, yoxsa fəvqəladə vəziyyət?	149
B. İctimai sağlamlıq hüququ ilə sərbəst hərəkət azadlığının kəsişməsi ...	156

* Dövlət Gömrük Komitəsinin Akademiyası, LL.B. 2019.

Nəticə.....160

Giriş

Yeni növ koronavirus (SARS-Cov-2¹) nəticəsində ortaya çıxan COVID-19 pandemiyası bütün fəvqəladə vəziyyətlər kimi dövlətləri insan hüquqları və ictimai sağlamlığın hansı ölçüdə təmin olunması dilemması qarşısında qoydu. Məqələdə məhz bu dilemma ilə üzləşən dövlətlərin həyata keçirdiyi tədbirlərin beynəlxalq hüquqa uyğunluğu, habelə fəvqəladə vəziyyətlərdə insan hüquqlarının qorunması baxımından beynəlxalq hüququn ümumi mövqeyi, həmçinin Azərbaycan Respublikası Qanunvericiliyində bu məsələnin necə həll olunması tədqiq olunacaq, mövcud olan ziddiyyətli məqamlar təhlil ediləcək və diqqət mərkəzinə çəkilən problemlərin həlli ilə bağlı təkliflər irəli sürüləcəkdir.

Bu² və ya digər³ pandemiyalar illər öncədən elmi olaraq təxmin edildiyi kimi,⁴ gələcəkdə də bəşər cəmiyyətinin başqa pandemiyalarla qarşılaşması labüd olaraq qalmaqdadır (ən azından bəşəriyyət xəstəliklərə, ümumiyyətlə, yoluxmamağa, ya da bütün xəstəlikləri dərhal dəf etməyə qadir olana qədər). Bu isə hər dəfə dövlətlərin yuxarıda göstərilən problemlərlə üz-üzə qalacağını bildirir. Qeyd edilən səbəbə görə, beynəlxalq hüquqda bu kimi fəvqəladə vəziyyətlərdə dövlətlərin hüquq və vəzifələrini müəyyən edən mexanizm formalaşmışdır.

Pandemiyanın mənfi təsirləri nəticəsində zərər çəkən dövlətlər sırasında Azərbaycan da yer alır. Virusun yayılmasının qarşısını almaq üçün Azərbaycan Respublikası da pandemiyanın idarə olunması üzrə əksər ölkələrdə tətbiq olunan karantin rejimi, sərhədlərin bağlanması və s. kimi məhdudiyyətlərdən istifadə etməli oldu.

Məhdudiyyətlərin tətbiqi üçün legitim səbəb (sürətlə hava və damcı yolu ilə yayıla bilən virus) olsa da, hər bir dövlətin beynəlxalq hüquqla üzərinə düşən öhdəlikləri üzrə hüquqi risklər mövcuddur. Dövlət resurslarının hüquqi pozuntularla bağlı kompensasiya tələblərinə yönəldilməsi riskini azaltmaq məqsədi ilə sonrakı labüd pandemiyaların yayılması şəraitində dövlətin daha yaxşı hüquqi alətlərinin olması zəruridir. Tətbiq olunan

¹ Ümumdünya Səhiyyə Təşkilatı, Naming the coronavirus disease (COVID-19) and the virus that causes it, burada bax: [https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-\(covid-2019\)-and-the-virus-that-causes-it](https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-(covid-2019)-and-the-virus-that-causes-it) (Son baxış tarixi: 3 May 2020-ci il).

² Cheng, V. C., Lau, S. K., Woo, P. C., & Yuen, K. Y., *Severe acute respiratory syndrome coronavirus as an agent of emerging and reemerging infection*, 20(4) *Clinical microbiology reviews* 660, 661 (2007).

³ Ludwig, S., Stitz, L., Planz, O., Van, H., Fitch, W. M., & Scholtissek, C., *European swine virus as a possible source for the next influenza pandemic?*, 212(2) *Virology* 555, 556 (1995).

⁴ Dünya İqtisadi Forumu, *The Global Risks Report*, 11th edition, burada bax: http://www3.weforum.org/docs/GRR/WEF_GRR16.pdf (Son baxış tarixi: 29 May 2020-ci il).

məhdudiyyətlərin effektiv nəticə verməsi üçün faktiki legitim tədbirlər sosial-iqtisadi baxımdan da hüquqauyğun rejimdə tətbiq edilməlidir. Bütün bunlara görə mövcud vəziyyət, beynəlxalq hüquqi aktlar və milli qanunvericiliyin sistemə tahlil olunmasına ehtiyac vardır. Belə tahlil dövlətin növbəti labüd pandemiyalara hüquqi baxımdan daha hazırlıqlı olmasına fayda verəcəkdir.

Pandemiya kimi bir fəvqəladə vəziyyətin adı, yəni normal hesab edilən vəziyyətlərdən fərqləndiyi dəqiqdir. Bəs həmin fərqliliyi yaradan hüquqi əsaslar və onun təsiri ilə yaranan hüquqi nəticələr nələrdir? Bu sualı aydınlaşdırmaq məqsədi ilə məqalənin ilk hissəsində fəvqəladə vəziyyətin anlayışı, onun yaranması əsasları, bu şəraitdə insan hüquq və azadlıqlarına tətbiq olunan məhdudiyyətlərin meyarları və onların Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyində yeri tahlil ediləcəkdir.

Məqalənin ikinci hissəsində isə 2020-ci ilin ilk aylarından etibarən cəmiyyətin normal həyatını ciddi dəyişikliklərə məruz qoyan fəvqəladə bir halın - global epidemiyaların yayılmasının qarşısının alınması mexanizmi, müəyyən dövlətlərin təcrübəsində, habelə Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyində ictimai səhiyyənin müdafiəsi məqsədi ilə insan hüquqlarına tətbiq edilən məhdudiyyətlərin qanuni əsasları və sərhədləri tədqiq olunacaqdır.

I. Fəvqəladə vəziyyətlərdə insan hüquq və azadlıqlarının təminatı

A. Hökumətin səlahiyyətləri və insan hüquqları.

Ümumiyyətlə, hökumətin səlahiyyətləri və vətəndaş azadlıqları arasında ədalətli balans qurmaq bir çox hallarda dövlətlər üçün çətinliklər yaradır. Xüsusilə də gərgin dövrlərdə hər bir siyasi sistemin səlahiyyətləri yaratma və məhdudlaşdırılma ilə bağlı problemləri mövcud olur.⁵ Birləşmiş Ştatların eks-prezidenti Barak Obama 2013-cü ildə müntəzəm olaraq fərdi məlumatların toplanılması üçün icazələri təmin edən Xarici Kəşfiyyat İzləmə Aktının⁶ səlahiyyətlərinin təsdiqi ilə bağlı ABŞ əhalisinin artan narazılıqlarına münasibətdə fikirlərini belə ifadə etmişdi: “[...] siz həm 100% təhlükəsizliklə 100% şəxsi həyatın toxunulmazlığına nail olub, həm də minimum narahatlığa sahib ola bilməzsiniz”.⁷ Bu, Birləşmiş Ştatlar tarixində ilk belə hal deyildi. 2001-ci il 11 sentyabr hadisələrindən sonra kütləvi terror aktlarının artdığı bir şəraitdə Konqresin internet provayderlərini, elektron poçtları, telefon zənglərini, maliyyə vəsaitlərini izləmək üçün “Patriot Act”⁸ adlı sənədi qəbul

⁵ Michael G. Roskin, “Political science: an introduction”, 79 (2012).

⁶ Foreign Intelligence Surveillance Act, 50 U.S.C. § 1801.

⁷ Burada bax: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2013/06/07/statement-president> (Son baxış tarixi: 3 May 2020-ci il).

⁸ Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001, Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272, burada

etməsi təbii olaraq amerikalıların şəxsi məlumatların toxunulmazlığı⁹ ilə bağlı narahatlıqlarını artırmışdı.

Qeyd edilən nümunələrdən də göründüyü kimi, dövlət bəzi hallarda müəyyən bir hüququn qorunması məqsədilə digər bir hüquq normasının təminatında istisnalar tətbiq edə bilir. Müasir konstitusiyalar insan hüquqlarının məhdudlaşdırılmasına yalnız daha vacib olan hüququn qorunması məqsədi mövcud olduğu təqdirdə yol verir.¹⁰ Ümumiyyətlə, insan hüquqları nəzəriyyəsində mütləq hüquqlar və dövlətlərin müəyyən hallarda geri çəkilməyi biləcəyi hüquqlar fərqləndirilir. Məsələn, ölkə ərazisində zorakılıqla müşayiət olunan kütləvi iğtişələr baş verdiyi təqdirdə insanların həyat və sağlamlığının, yəni təhlükəsiz yaşamaq hüququnun qorunması məqsədilə dövlətlərin fəvqəladə vəziyyət rejimini elan etməklə müəyyən hüquq və azadlıqları məhdudlaşdırması mümkündür.¹¹ Mütləq hüquqlar (Bu hüquqlar sırasına yaşamaq hüququ, işgəncəyə məruz qalmamaq hüququ və s. daxildir və onların heç bir halda məhdudlaşdırılmasına yol verilmir) isə heç bir durumda, hətta fəvqəladə vəziyyət şəraitində belə məhdudlaşdırıla bilməz.

Fəvqəladə vəziyyət anlayışına tarixdə ilkin olaraq Qədim Roma idarəetmə sistemində rast gəlinir.¹² Belə ki, müharibə, kütləvi iğtişəş və ya üsyanlar baş verdiyi təqdirdə senat (Qədim Romada ali dövlət orqanlarından biri olmuşdur. Xarici siyasət, maliyyə məsələləri, hərbi işlər və s. Bu orqan tərəfindən həyata keçirilirdi. Hal-hazırda ABŞ konqresinin yuxarı palatası Senat adlanır) tərəfindən vəziyyətin aradan qaldırılması üçün vəzifə müddəti 6 aydan ibarət olan idarəçi təyin edilir və həmin müddət ərzində bütün səlahiyyətlər onun əlində cəmlənirdi.¹³ Fəvqəladə vəziyyət daha tez yekunlaşdığı təqdirdə, 6 ayın bitməsi gözlənilmədən seçilmiş olan şəxsin vəzifəsi də başa çatırdı.¹⁴ Müasir konstitusiyalar və beynəlxalq qanunvericilik Qədim Romada fəvqəladə vəziyyətin yaranması əsaslarını, burada mövcud olan ümum-nəzəri qanunauyğunluğu mənimsəmişdir. Bununla belə, beynəlxalq qanunvericiliyin fəvqəladə vəziyyət anlayışı və onun elementləri barəsində mövqeyi birmənalı deyildir. Bu problem məqalənin növbəti hissəsində müxtəlif beynəlxalq sənədlərin təhlil edilməsi qaydasında nəzərdən keçiriləcəkdir.

bax: <https://www.congress.gov/bill/107th-congress/house-bill/3162/text/enr> (Son baxış tarixi: 3 May 2020-ci il).

⁹ Burada bax: <https://constitution.congress.gov/browse/amendment-4/> (Son baxış tarixi: 3 May 2020-ci il).

¹⁰ Fərhad Mehdiyev, *İnzibati Hüquq*, 65 (2010).

¹¹ Human Rights Committee, General Comment 29, para. 3.

¹² Wilfried Nippel, *Policing Rome*, 26 (2012).

¹³ Yenə orada.

¹⁴ Yenə orada.

B. Beynəlxalq hüquqda fəvqəladə vəziyyət anlayışının təsbiti və tətbiqi şərtləri

1. Avropa İnsan Hüquqları Konvensiyası

İnsan hüquq və azadlıqlarının qorunması sahəsində əhəmiyyət kəsb edən beynəlxalq müqavilələrdən biri olan və Azərbaycanın da üzv olduğu¹⁵ Avropa İnsan Hüquqları Konvensiyasının (bundan sonra Avropa Konvensiyası) 15-ci maddəsinə görə üzv dövlətlər müharibə və ya millətin həyatını təhdid edən digər fəvqəladə hallar zamanı, digər beynəlxalq hüquqi öhdəliklərinə zidd olmamaq şərti ilə, həmçinin yalnız vəziyyətin fəvqəladəliyinin şərtləndirdiyi dərəcədə, öz öhdəliklərinə uyğun olmayan tədbirlər görə bilər.¹⁶ Yəni bu kimi durumlarda dövlətlər vəziyyətin fəvqəladəliyinin şərtləndirdiyi dərəcəni aşmamaq şərti ilə insan hüquq və azadlıqlarına münasibətdə məhdudiyət tədbirləri görə, həmçinin müəyyən hüquqların təminatından geri çəkilə bilərlər.

Avropa Konvensiyasının 15-ci maddəsində həm də qeyd edilir ki, bu müddəə qanuni müharibə əməliyyatları nəticəsində ölüm halları istisna olmaqla, 2-ci maddənin (yaşamaq hüququ) və həmçinin 3-cü maddənin (işğəncələrə məruz qalmamaq hüququ), 4-cü maddənin 1-ci bəndinin (köləliyin qadağan edilməsi) və 7-ci maddənin müddəalarına (qanunda nəzərdə tutulmamış cəzanın yolverilməzliyi) uyğun olmayan tədbirlərinin görülməsinə əsas vermir.¹⁷ Yəni hətta fəvqəladə vəziyyət şəraitində belə bu maddələrdə təsbit edilən hüquq və azadlıqların məhdudlaşdırılmasına yol verilmir. Buna səbəb həmin hüquqların məhdudlaşdırılmasına yol verilməyən mütləq hüquqlar siyahısına daxil olmasıdır.

2. Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsi

Avropa Konvensiyasına görə konvensiyanın tətbiqi üzrə əsas məhkəmə orqanı sayılan Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsi öz qərarlarında millətin həyatını təhdid edən fəvqəladə vəziyyət anlayışına izah verir. Məhkəmənin mövqeyinə əsasən,¹⁸ millətin həyatını təhdid edən fəvqəladə vəziyyətin mövcudluğu üçün bu - bütün əhaliyə təsir göstərən və müvafiq dövlətdəki cəmiyyətin nizamlı həyatına təhlükə yaradan faktiki böhran vəziyyəti, yaxud müstəsna və ya qaçılmaz təhlükə olmalıdır. Təhdid əhali, ərazi bütövlüyü və ya dövlət orqanlarının fəaliyyətinə qarşı yönəlir və hətta müəyyən bir ərazi ilə çərçivələnsə belə, yenə də bütün cəmiyyət üçün təhlükə yarada bilər. Burada "qaçılmaz təhlükə"¹⁹ termini böhran vəziyyətinin reallığa çevrilməli

¹⁵ "İnsan hüquqlarının və əsas azadlıqların müdafiəsi haqqında" Konvensiyanın və onun 1, 4, 6 və 7 sayılı Protokollarının təsdiq edilməsi barədə Azərbaycan Respublikasının 236-IIQ sayılı, 25 dekabr 2001-ci il tarixli Qanunu, burada bax: <http://e-qanun.az/framework/1405> (Son baxış tarixi: 3 May 2020-ci il).

¹⁶ Avropa İnsan Hüquqları Konvensiyası, mad. 15.1.

¹⁷ Yenə orada, mad. 15.2.

¹⁸ Yenə orada, mad. 19.

¹⁹ Lawless işi (Merits), Series A, No. 3, 56 (1961).

və ya yaranma ərafəsində olmalı olduğunu bildirir. Yəni fərziyyə xarakteri daşıyan böhran vəziyyəti millətin həyatını təhdid edən təhlükə kimi qiymətləndirilməməlidir.²⁰

Öhdəliklərin təminatından geri çəkilmə müstəsna və müvəqqəti təbiətə malik olmalı, yalnız dövlətin mövcudluğu və normal fəaliyyəti təhdid edildiyi müddətdə davam etməlidir.²¹ Avropa Məhkəməsinin təcrübəsinə əsasən, mövcud fəvqəladə vəziyyətin millətin həyatına təhlükə yaradıb-yaratmayacağını müəyyənləşdirmək öhdəliyi ilk növbədə öz millətinin həyatına görə məsuliyyət daşıyan hər bir üzv dövlətin üzərinə düşür.²² Məhkəmə bunu belə əsaslandırır ki, milli hakimiyyət orqanları belə hallarda beynəlxalq məhkəmənin hakiminə nisbətən daha əlverişli vəziyyətdədirlər. Çünki milli hakimiyyət orqanları fəvqəladə halın mövcud olub-olmadığının və onu aradan qaldırmaq məqsədi ilə öhdəliklərdən geri çəkilmək üçün hansı tədbirlərin zəruri olduğunun müəyyənləşdirilməsi baxımından,²³ habelə millətin həyatı ilə birbaşa və daimi təmasda olduqlarına və konkret məqamda ölkənin təxirəsalınmaz tələbatlarından xəbərdar olduqlarına görə 15-ci maddənin 1-ci bəndi bu məsələ üzrə həmin orqanlara, bu maddəyə zidd olmamaq şərti ilə, müvafiq tədbirlərin həyata keçirilməsi ilə bağlı geniş imkanlar tanıyır.

3. Mülki və Siyasi Hüquqlar haqqında Beynəlxalq Pakt

Azərbaycanın da tərəf olduğu Beynəlxalq Paktın bu məsələyə aid müddəasının mətni aşağıdakı kimidir:²⁴

*Dövlət daxilində millətin həyatını təhlükə altına salan fəvqəladə vəziyyət zamanı və belə halın mövcudluğu rəsmən elan edilərkən, hazırkı Paktın iştirak edən dövlətlər hazırkı Pakt üzrə öz öhdəliklərindən yalnız həmin vəziyyətin tələb etdiyi ölçüdə geri çəkilmək üçün tədbirlər görə bilərlər, bu şərtlə ki, belə tədbirlər onların beynəlxalq hüquq üzrə digər öhdəliklərinə zidd olmasın və insanın yalnız irqi, dərisinin rəngi, cinsi, dili, dini və ya sosial mənsubiyyəti ilə bağlı əlamətləri əsasında ayrı-seçkiliyə yol verilməsinə gətirib çıxarmasın.*²⁵

Beynəlxalq Paktın 4-cü maddəsinə görə dövlətlərin fəvqəladə vəziyyətlərdə təminatından geri çəkilə bilməyəcəyi hüquq və azadlıqlar Avropa Konvensiyası ilə üst-üstə düşür. Bununla belə, Avropa Konvensiyasından fərqli olaraq 4-cü maddə həmin sıraya Paktın 18-ci maddəsində təsbit edilən düşüncə, vicdan və din azadlığı hüquqlarını da əlavə edir. Beynəlxalq Paktın 8-ci maddəsi icbari əməyi qadağan etsə də, burada qeyd edilir ki, icbari əmək termini fəvqəladə vəziyyətlər və ya

²⁰ Yəne orada.

²¹ De Becker Belçikaya qarşı işi, 1 Eur. H.R. Rep. 43 (1979).

²² İrlandiya Birləşmiş Krallığa qarşı işi, Series A, No. 25, 78-79, para. 207 (1978).

²³ Yəne orada.

²⁴ “Vətəndaşlıq hüquqları və siyasi hüquqlar haqqında” Beynəlxalq pakta qoşulmaq barəsində Azərbaycan Respublikası Milli Məclisinin 227 saylı, 21 iyul 1992-ci il tarixli Qərarı.

²⁵ Mülki və Siyasi Hüquqlar haqqında Beynəlxalq Pakt, mad. 4.1.

fəlakətlərin baş verməsi halında məcburi olan xidmətləri nəzərdə tutmur. Beləliklə, fəvqəladə vəziyyətlər zamanı insanların fəlakətlərin nəticələrinin aradan qaldırılması məqsədi ilə icbari əməyə cəlb edilməsi mümkündür.

4. İnsan Hüquqları Komitəsi

Beynəlxalq Paktın əsas nəzarət orqanı olan İnsan Hüquqları Komitəsi²⁶ (bundan sonra Komitə) indiyədək fəvqəladə vəziyyət anlayışının izahına cəhd etməmişdir. Bununla yanaşı, Komitə Beynəlxalq Paktın fəvqəladə vəziyyətlərlə bağlı 4-cü maddəsinə dair 29 nömrəli Ümumi Şərhində²⁷ bildirmişdir ki, millətin həyatını təhdid edən hər hadisə fəvqəladə vəziyyət kimi qiymətləndirilməli deyildir.²⁸ Komitə fəvqəladə vəziyyətin elan edilməsinə əsas verən müəyyən sayda əsasların olduğunu bildirmişdir ki, bu sıraya silahlı münaqişələr, təbii fəlakətlər, zorakılıq halları ilə müşayiət olunan kütləvi iğtişələr, böyükölçülü sənaye qəzaları və s. daxildir.²⁹ Komitə öz şərhində mütənasiblik prinsipinə istinad edir və qeyd edir ki, bu prinsip dövlətlərin fəvqəladəliliyin şərtləndirdiyi dərəcədə kənara çıxmamalı olduğunu müəyyən etməklə bərabər, həmçinin hüquqların məhdudlaşdırılmasına münasibətdə tətbiq olunur.³⁰ Burada vurğulanır ki, fəvqəladə vəziyyətlərdə təminatın qüvvədən düşməsi yolverilməz olan hüquqların siyahısında bu və ya digər hüququn olmaması dövlətlərin belə şəraitdə həmin hüquqla bağlı öhdəliklərdən qeyri-məhdud dərəcədə geri çəkilmə biləcəyinə dəlalət etmir.³¹ Fəvqəladə vəziyyətlər zamanı məhkəmə təminatları ilə bağlı olaraq da Komitə öz mövqeyini bildirmişdir:

“baxmayaraq ki, fəvqəladə vəziyyət zamanı iştirakçı dövlət məhkəmə müdafiəsi vasitələrini və digər hüquqi müdafiə vasitələrini tənzimləyən prosedurların praktiki fəaliyyətində vəziyyətin fəvqəladəliliyinin tələb etdiyi dərəcədə düzəlişlər edə bilər, o, Paktın 2-ci maddəsinin üçüncü bəndində nəzərdə tutulmuş mühüm öhdəliyə, yəni səmərəli hüququ müdafiə vasitələrini təmin etmək öhdəliyinə riayət etməlidir.”³²

Son istinadı ümumiləşdirərək belə ifadə etmək mümkündür ki, məhdudlaşdırılması yolverilməz olan hüquq və azadlıqların səmərəliliyi üçün mühüm əhəmiyyət daşıyan məhkəmə təminatları qüvvədə qalmalıdır.³³

5. “Sirakuz” prinsipləri

Sirakuz prinsipləri 1984-cü ildə qanunun aliliyinin təminatı və səmərəliliyi üçün Beynəlxalq Pakt tərəfindən icazə verilən məhdudiyətlərin

²⁶ Yəni orada, mad. 28.

²⁷ Burada bax:

<https://www.uisr.ch/studies/emner/jus/humanrights/HUMR5503/h09/undervisningsmateriale/GeneralComment29.pdf> (Son baxış tarixi: 3 May 2020-ci il)

²⁸ General Comment No. 29, para. 3.

²⁹ Yəni orada, para. 3.

³⁰ Yəni orada; IN UN Doc., A/56/40 (vol. I), 203, para. 4.

³¹ Yəni orada, para. 6.

³² UN doc. GAOR, A/56/40 (vol. I), 206, para. 14.

³³ Castillo Petruzi Peruya qarşı işi, Series C, No. 52, 215-216, para. 186.

meyarlarının, həmçinin dövlətlər tərəfindən insan hüquq və azadlıqlarına münasibətdə müəyyən edilən təminatlardan geri çəkilmənin əsaslarının yaxından tədqiq edilməsi məqsədi ilə qəbul edilmişdir.³⁴ Prinsiplərin qəbul edilməsində Beynəlxalq Hüquqşünaslar Komissiyası, Beynəlxalq Cinayət Hüququ Assosiasiyası, “Urban Morgan” İnsan Hüquqları İnstitutu, Beynəlxalq Cinayət Elmləri Yüksək Araşdırmalar İnstitutunu təmsil edən ekspertlər iştirak etmişdir. Bu prinsiplər İnsan Hüquqları Komitəsi üçün prosedurla bağlı məsələlərinin şərh üçün faydalı bir bələdçidir və fəvqəladə hallarla bağlı işlərdə ona kömək etmək üçün praktik tövsiyələr təqdim edir.³⁵ Sərt prosedural tələblər dövlətlər üçün fəvqəladə vəziyyət rejiminin tətbiqini çətinləşdirir. Belə ki, burada konvensiyalar tərəfindən dövlətlərin subyektiv şərhinə imkan tanıyan anlayışlar üçün dəqiq izahlar müəyyən edilmişdir. Bu isə öz növbəsində dövlətlərin öhdəliklərdən geri çəkilməsi üçün mövcud olmalı olan əsasların çərçivələrini daraldır, habelə məhdudlaşdırılması qadağan edilən hüquqların siyahısını genişləndirir.

39 və 41-ci prinsiplər millətin həyatını təhdid edən fəvqəladə vəziyyət anlayışının izahını təsbit edir. Bu izaha görə təhdid dövlətin bütün əhalisinə və ya ərazisinə qarşı yönəlməli, dövlətin siyasi müstəqilliyini və ya ərazi bütövlüyünü hədəf almalıdır.³⁶ Burada, həmçinin qeyd edilir ki, dövlətlərin iqtisadi çətinliklərlə qarşılaşması bu anlayışın əhatə dairəsinə daxil deyildir.³⁷ Buna səbəb iqtisadi çətinliklərin çərçivələrinin daha qeyri-müəyyən olması və yerli iqtisadiyyatın inkişaf tempinin müsbət olmadığı təqdirdə belə bir əsasla dövlətlər tərəfindən fəvqəladə vəziyyətin yaratdığı səlahiyyətlərdən sui-istifadə edilməsi ehtimalının mövcudluğu ola bilər.

6. İnsan Hüquqları haqqında Amerika Konvensiyası

Amerika Konvensiyası fəvqəladə vəziyyət anlayışını izah edərkən Beynəlxalq Paktın və Avropa Konvensiyasının əksinə “millətin həyatı” ifadəsindən istifadə etmir və dövlətlərə “müharibə, ictimai təhlükə, yaxud iştirakçı dövlətin müstəqilliyini, həmçinin təhlükəsizliyini təhdid edən fəvqəladə hallar zamanı öhdəliklərdən geri çəkilmə imkanını tanıyır.³⁸ Ümumiyyətlə, Avropa Konvensiyası ilə Beynəlxalq Pakt bu baxımdan eynilik təşkil edir. Yeganə fərq isə birincinin mətnində “müharibə” sözünün işlənməsidir.

³⁴ The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, 7-8 (1984), burada bax: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/1984/07/Siracusa-principles-ICCPR-legal-submission-1985-eng.pdf>

³⁵ Oren Gross and Fionnuala Ní Aoláin, “Law in Times of Crisis Emergency Powers in Theory and Practice”, 314 (2006).

³⁶ Yuxarıda istinad 34, 39.

³⁷ Daniel O’Donnell, *Commentary by the Rapporteur on Derogation*, 7 Human Rights Quarterly 23, 23-25 (1985).

³⁸ American Convention on Human Rights, Art. 27.1.

Bir məsələni qeyd etmək vacibdir ki, bu beynəlxalq sənədlərin hər birində “öhdəliklərdən geri çəkilmə” ifadəsindən istifadə edilmişdir. İnter-Amerika İnsan Hüquqları Məhkəməsi bu məsələyə belə aydınlıq gətirir ki, həmin ifadə ilə *hüquqların qüvvəsinin dayandırılması deyil, həmin hüquqların həyata keçirilməsi ilə əlaqədar dövlət təminatlarının qüvvəsinin dayandırılması nəzərdə tutulur*.³⁹ Məhkəmə əlavə olaraq bildirmişdir ki, təminatların müvəqqəti dayandırılması qanunun aliliyi prinsipinin dayandırılmasını nəzərdə tutmur.⁴⁰ Yəni hüquqların həyata keçirilməsi müvəqqəti dayandırılma və ya məhdudlaşdırılma bilər, ləğvi isə yolverilməzdir.

7. “Paris Minimum” Standartları

Fövqəladə vəziyyətlər baş verdiyi təqdirdə dövlətlərin insan hüquqları üzrə siyasətinin müəyyən edilməsi və həmin hüquq və azadlıqların minimum standartların təsbit olunması məqsədi ilə hazırlanan bu tövsiyə xarakterli sənəd Beynəlxalq Hüquq Assosiasiyasının 1976-1984-cü illər ərzində davam edən səkkiz illik tədqiqatlarının nəticəsi kimi ərsəyə gəlmişdir.⁴¹ Burada dövlətlərin təminatından geri çəkilə bilməyəcəyi hüquqların siyahısı digər beynəlxalq sənədlərə münasibətdə daha genişdir. Ədalətli məhkəmə araşdırması hüququ, azlıqların hüquqları, nikah hüququ, ad hüququ, dövlət idarəetməsində iştirak hüququ və s. həmin siyahıya daxildir.⁴² Paris Standartları dövlətlərin gördüyü tədbirlərin müddətinin müharibə vəziyyəti və ya xarici hərbi müdaxilələr istisna olmaqla, həmin dövlətin konstitusiyası ilə müəyyən edilmiş vaxt ərzində həyata keçirilməli olduğunu bildirir.⁴³ Sənəddə qeyd edilir ki, fövqəladə vəziyyət müddətinin uzadılması üçün verilən qərar qanunverici orqan tərəfindən təsdiq edilməlidir.⁴⁴

8. Beynəlxalq səviyyədə məlumatlandırma şərti

Fövqəladə vəziyyət şəraitində bu durumun idarə olunması ilə bağlı nəzarət mexanizmini insan hüquqları üzrə beynəlxalq hüquq baxımından həmin məqamda qərarverici olan dövlətlərin yurisdiksiyasına tanımağın doğru yanaşma olmadığı fikri, yəqin ki, mübahisə yaratmaz. Belə ki, dövlətin həm qərar verib, həm də həmin qərarın icrasına nəzarət fəaliyyətini həyata keçirməsi həm ümumi məntiq, həm də beynəlxalq konvensiyaların və təşkilatların məqsədləri baxımından ziddiyyətli vəziyyətə gətirib çıxarardı. Aydındır ki, dövlətlərarası beynəlxalq müqavilələr və ya təşkilatlar fövqəladə vəziyyətlər zamanı dövlətlər üzərində effektiv polis nəzarəti mexanizmini

³⁹ I-A Court HR, Advisory Opinion OC-8-87, Habeas Corpus in Emergency Situation (arts. 27(2), 25(1) and 7(6) American Convention on Human Rights), Series A, No. 8, 37, para. 18 (1987).

⁴⁰ Yenə orada, 40, para. 24.

⁴¹ Burada bax:

<https://www.uio.no/studier/emner/jus/humanrights/HUMR5503/h09/undervisningsmateriale/ParisMinimumStandards.pdf>

⁴² The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency, Section (C) Non-derogable Rights and Freedoms.

⁴³ Yenə orada, Section (A) Emergency: Declaration, Duration and Control, para. 3(a).

⁴⁴ Yenə orada, para. 3(d).

icra edə bilmir.⁴⁵ Yuxarıda qeyd edildiyi kimi, bu problemin həlli üçün Avropa İnsan Hüquqları Konvensiyası ilə Mülki və Siyasi Hüquqlar haqqında Beynəlxalq Pakt tərəf dövlətlərin insan hüquqlarının təminatı barədə öhdəliklərindən geri çəkmə tədbirlərini müəyyən sərhədlərlə məhdudlaşdırmışdır.

Bununla yanaşı, beynəlxalq hüquq fəvqəladə vəziyyət rejiminin tətbiqi ilə bağlı dövlətlərin prosedural öhdəliklərini də müəyyənləşdirmişdir. Avropa Konvensiyasının 15.3-cü maddəsinin tələblərinə əsasən, dövlətlər vətəndaşların hüquq və azadlıqlarının müvəqqəti məhdudlaşdırılması, bu məhdudlaşdırılmaların həcmi və belə qərarın qəbul olunmasının səbəbləri, həmçinin tədbirlərin dayandırılması və Konvensiyanın müddəalarının yenidən tam həyata keçirilməyə başlanması barədə Avropa Şurasının Baş Katibini məlumatlandırmalıdır.⁴⁶

Mülki və Siyasi Hüquqlar Haqqında Beynəlxalq Paktın 4.3-cü maddəsi də dövlətlərdən hüquqların təminatından geri çəkmək hüququndan istifadə edərkən geri çəkildiyi müddəalar, bu qərarı doğuran səbəblər və bu geri çəkməyə son qoyacağı dəqiq tarix barədə BMT Baş Katibinə məlumat verilməsini tələb edir.⁴⁷ İnsan Hüquqları Komitəsi 29 nömrəli Ümumi Şərhdə fəvqəladə vəziyyətin elan edilməsi ilə bağlı bildirişlərin verilməsinin təkcə Komitənin öz funksiyalarını yerinə yetirə bilməsi üçün deyil, həmçinin iştirakçı dövlətlərin həmin tədbirlərin sərtliyinin fəvqəladə vəziyyətin şərtləndirdiyi dərəcəyə uyğun olub-olmamasını yoxlaması və nəzarət mexanizminin işləkliyi üçün vacib olduğunu qeyd etmişdir. Komitə vurğulamışdır ki, dövlətlər tərəfindən verilən bildirişlərdə görülmək tədbirlər haqqında tam məlumat göstərilməli və onların səbəblərini əsaslandırmaq üçün dəqiq məlumatlar daxil edilməlidir. İştirakçı dövlət 4-cü maddəyə müvafiq olaraq fəvqəladə vəziyyətin müddətini uzatmaqla əlavə tədbirlər görərsə, bu zaman növbəti bildirişlər tələb olunur.⁴⁸

Göründüyü kimi, beynəlxalq hüquq dövlətlərə fəvqəladə vəziyyət şəraitində insan hüquq və azadlıqlarının qorunması ilə bağlı təminatlardan geri çəkmə hüququnu tanısa da, bu hüquqdan istifadə imkanlarını müxtəlif tələblərlə çərçivələyir və beynəlxalq nəzarət mexanizmi vasitəsilə prosesin gedişatına müdaxilə edir. Fəvqəladə vəziyyətlərdə dövlətlər tərəfindən həyata keçirilən tədbirlərə nəzarət mexanizminin işləkliyinin artması üçün isə beynəlxalq qanunvericiliyin daha da təkmilləşdirilməsinə, bu istiqamətdə elmi araşdırmaların aparılmasına, beynəlxalq nəzarətmənin daha da sağlamlaşdırılmasına ehtiyac vardır.

⁴⁵ Joan F. Hartman, *Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies – A Critique of Implementation by the European Commission and Court of Human Rights and the Human Rights Committee of the United Nations*, 22 HARV. INT'L LJ. 1, 2-3 (1981).

⁴⁶ Avropa İnsan Hüquqları Konvensiyası, mad. 15.3.

⁴⁷ Yuxarıda istinad 25, mad. 4.3.

⁴⁸ General Comment 29, yuxarıda istinad 11, para. 17.

C. Azərbaycan Respublikası Qanunvericiliyində “fövqəladə vəziyyət” anlayışı

1. Konstitusiyada təsbiti

Azərbaycan Respublikası Konstitusiyasının 112-ci maddəsi Azərbaycan Respublikası ərazisində fövqəladə vəziyyətin tətbiq edilməsi əsaslarını müəyyən edir. Bu maddəyə görə, həmin əsaslar bunlardır: “epidemiya, epizootiyanın, böyük ekoloji və başqa qəzaların baş verməsi, dövlətin ərazi bütövlüyünün pozulmasına, dövlətə qarşı qiyama və ya dövlət çevrilişinə yönəldilən hərəkətlərin edilməsi, zorakılıqla müşayiət olunan kütləvi iğtişaşların, vətəndaşların həyat və sağlamlığı üçün təhlükə törədən hadisələrin meydana gəlməsi.”⁴⁹

2. “Fövqəladə vəziyyət haqqında” AR Qanunu

Fövqəladə vəziyyət rejiminin tətbiqinin hüquqi müstəvidə tənzimlənməsi məqsədilə “Fövqəladə vəziyyət haqqında” Azərbaycan Respublikası Qanunu (bundan sonra Qanun) qəbul edilmişdir. Qanun fövqəladə vəziyyət rejiminin dəqiq anlayışını müəyyən edir. Belə ki, “fövqəladə vəziyyət – Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyasına və bu Qanuna uyğun olaraq, Azərbaycan Respublikasının ayrı-ayrı yerlərində bütün fiziki və hüquqi şəxslərin hüquqlarının və qanuni mənafelərinin məhdudlaşdırılmasına və onların üzərinə əlavə vəzifələr qoyulmasına yol verən, eləcə də müvafiq icra hakimiyyəti orqanları və yerli özünüidarə orqanlarının, onların vəzifəli şəxslərinin fəaliyyətini tənzimləyən xüsusi hüquqi rejimdir.”⁵⁰

3. Fövqəladə vəziyyət rejiminin tətbiqi proseduru

Konstitusiyaya görə, fövqəladə vəziyyət rejimi Milli Məclisin müəyyən etdiyi ümumi qaydalar sırasına daxildir.⁵¹ Yuxarıda qeyd edilən əsaslardan hər hansı biri mövcud olduğu təqdirdə Azərbaycan Respublikası Prezidenti tərəfindən fövqəladə vəziyyət tətbiq edilməsi haqqında müəyyən edilən normativ hüquqi akt Milli Məclisin təsdiqinə verilir və əgər sonuncu tərəfindən 48 saat ərzində təsdiq edilərsə, qüvvəyə minir.⁵² Bu qərarın qüvvəyə minməsi üçün sadə səs çoxluğunun təmin olunması, yəni 125 deputatdan ibarət olan Milli Məclisdə 63 səs çoxluğunun əldə edilməsi gərəklidir.⁵³ Fövqəladə vəziyyəti yaradan şərait ortadan qalxdıqdan sonra isə müvafiq icra hakimiyyəti orqanı tərəfindən fövqəladə vəziyyət tam və ya qismən ləğv edilir. Azərbaycan Respublikası ərazisinin 25%-dən çoxunda fövqəladə vəziyyət rejiminin tətbiqi ilə bağlı qərar qüvvəyə mindikdən sonrakı üç ay ərzində referendum və ya seçkilər həyata keçirilə bilməz.⁵⁴

⁴⁹ Azərbaycan Respublikası Konstitusiyası, mad. 112.

⁵⁰ “Fövqəladə vəziyyət haqqında” AR Qanunu, mad. 1.

⁵¹ Yuxarıda istinad 49, mad. 94.8.

⁵² Yenə orada, mad. 112.

⁵³ Yuxarıda istinad 50, mad. 5.4.

⁵⁴ Yenə orada, mad. 9.

4. Fövqəladə vəziyyət rejiminin qüvvədə olma müddəti

Qanun fövqəladə vəziyyət rejiminin tətbiqi üçün maksimum müddət həddini 60 gün olaraq müəyyənləşdirilmişdir.⁵⁵ Bu müddət ərzində isə fövqəladə vəziyyətin tətbiqində nəzərdə tutulan məqsədlərə nail olunmadıqda, onun qüvvədə olma müddəti 60 gündən çox olmayan müddətə artırıla bilər.⁵⁶ Müqayisə üçün qeyd etmək lazımdır ki, “Hərbi vəziyyət haqqında” qanunda dəqiq zaman hədləri müəyyənləşdirilməmişdir.⁵⁷ Bu isə hərbi vəziyyətin elan edilməsi üçün mövcudluğu zəruri olan əsasların təbiəti ilə əlaqədardır, belə ki, hərbi vəziyyətin tətbiqi üçün əsas kimi çıxış edən halların⁵⁸ - müharibə vəziyyətinin, işğal vaxtının, silahlı hücum təhlükəsinin və ya blokadanın nə zaman yekunlaşacağı ilə bağlı qanunun gözü ilə təqribi mülahizə yeritmək mümkün deyil.

Əhalinin həyat və sağlamlığının təhdid olunduğu durumlarda dövlət müvafiq tədbirlər həyata keçirməlidir və bu baxımdan fövqəladə vəziyyəti yaradan halların aradan qaldırılması birbaşa olaraq dövlətin ixtiyarında olan bir məsələdir, çünki bu məsələnin həlli dövlətin atacağı addımların çevikliyindən asılıdır. Hərbi vəziyyət ilə bağlı isə durum daha fərqlidir. Müharibənin başa çatması və ya yuxarıda göstərilən əsasların aradan qalxması tək dövlətin deyil, həm də qarşı tərəfin mövqeyi ilə sıx bağlıdır. Bu mənada, “Hərbi vəziyyət haqqında” qanunda mütləq müddət həddinin nə üçün müəyyənləşdirilmədiyi anlaşılandır.

Yuxarıda adıçəkilən “Sirakuz” prinsipləri də müharibə və ya xarici hərbi müdaxilənin mövcudluğu şəraitini tətbiq edilən xüsusi rejimin qüvvədə olma müddətinin dəqiq müəyyən edilməsi üçün istisna hal kimi qiymətləndirmişdi.

5. Beynəlxalq məlumatlandırma şərti

Fövqəladə vəziyyət rejiminin tətbiqi ilə bağlı beynəlxalq məlumatlandırmanı zəruri edən müddəalar Azərbaycan Respublikası Qanunveriliyində də öz təsbitini tapmışdır. “Fövqəladə Vəziyyət Haqqında Qanun”un 30-cu maddəsi “Fövqəladə vəziyyətin tətbiqi və onun qüvvədə olma müddətinin bitməsi barədə Birləşmiş Millətlər Təşkilatının və Avropa Şurasının məlumatlandırılması” adlanır və bu məsələləri tənzimləyir.⁵⁹ Qanuna əsasən məlumatlandırma öhdəliyi ilə bağlı dəqiq müddət müəyyən olunmuşdur. Belə ki, qanuna görə müvafiq icra hakimiyyəti orqanı yuxarıda qeyd edilən hərəkətlərin edilməsi halı ilə bağlı 3 gün ərzində BMT Katibi və AŞ Katibini məlumatlandırmalıdır.⁶⁰

⁵⁵ Yəne orada, mad. 6.

⁵⁶ Yəne orada.

⁵⁷ “Hərbi vəziyyət haqqında” AR Qanunu, mad. 3.

⁵⁸ Yəne orada, mad. 1.

⁵⁹ Yuxarıda istinad 50, mad. 30.

⁶⁰ Yəne orada, mad. 30.1.

Ümumiyyətlə, fəvqəladə vəziyyət rejiminin tətbiqi ilə bağlı Azərbaycan Respublikası Qanunvericiliyi beynəlxalq konvensiyaların bəyan etdiyi müddəalarla uyğunluq təşkil edir. Bununla belə, qanunvericiliyin bəzi problemlərlə təvəfləri də mövcuddur. İlk olaraq, qeyd edilməlidir ki, fəvqəladə vəziyyətlərlə bağlı əhəliyə dəymiş zərərin, tətbiq edilən məhdudiyət tədbirləri nəticəsində itirilən gəlirlərin kompensasiya edilməsi ilə bağlı normaların təsbitinə ehtiyac vardır.

D. AR Qanunvericiliyinə əsasən fəvqəladə vəziyyətlərdə insan hüquq və azadlarının təmin olunması

Növbəti problemlə məqam isə qanunvericilikdə istifadə edilən anlayışların dəqiqləşdirilməsi ilə bağlıdır. Belə ki, Konstitusiya epidemiyaların baş verməsi ilə bağlı fəvqəladə vəziyyət rejiminin tətbiqini müəyyən etsə də, 2020-ci ilin əvvəlində ölkə ərazisində yayılmağa başlayan qlobal epidemiyanın qarşısının alınması ilə bağlı xüsusi karantin rejimi tətbiq edilmişdir.

1. Konstitusiya müddəalar

Azərbaycan Respublikası Konstitusiyasının 71-ci maddəsi insan və vətəndaş hüquqlarının təminatına həsr edilmişdir. Maddəyə görə, “hər kəsin hüquq və azadlıqları bu Konstitusiyada və qanunlarda müəyyən edilmiş əsaslarla, habelə digərlərinin hüquq və azadlıqları ilə məhdudlaşmalı, hüquq və azadlıqların məhdudlaşdırılması isə dövlət tərəfindən gözlənilən nəticəyə mütənasib olmalıdır. Müharibə, hərbi vəziyyət və fəvqəladə vəziyyət, habelə səfərbərlik elan edilərkən insan və vətəndaş hüquqlarının və azadlıqlarının həyata keçirilməsi Azərbaycan Respublikasının beynəlxalq öhdəliklərini nəzərə almaq şərti ilə qismən və müvəqqəti məhdudlaşdırıla bilər”.⁶¹ 71-ci maddədə, həmçinin qeyd edilir ki, bu Konstitusiyanın heç bir müddəası insan və vətəndaş hüquqlarının və azadlıqlarının ləğvinə yönəldilmiş müddəa kimi təfsir edilə bilməz.

Konstitusiyanın müddəalarından belə bir nəticəyə gəlmək olar ki, fəvqəladə vəziyyətin baş verməsi insan hüquq və azadlıqlarının məhdudlaşdırılmasına əsas verir. Bununla belə, həmin məhdudiyətlər müvəqqəti və qismən tətbiq edilməklə, gözlənilən nəticəyə mütənasib olmalıdır.

Bu müddəalar bir öncəki fəsildə tədqiq edilən beynəlxalq sənədlərin müəyyən etdiyi prinsiplərə uyğunluq təşkil edir. Konstitusiyanın 71-ci maddəsi beynəlxalq öhdəliklərin nəzərə alınması şərtini müəyyən edir. Bu maddəyə görə, əsas insan hüquq və azadlıqlarının məhdudlaşdırılması beynəlxalq öhdəliklərə əməl edilməsi şəraitində həyata keçirilməlidir. Azərbaycan Respublikası Konstitusiyasının 148-ci maddəsinə əsasən, beynəlxalq müqavilələr Azərbaycan Respublikasının qanunvericilik

⁶¹ Yuxarıda istinad 49, mad. 71.

sisteminin tərkib hissəsidir. Konstitusiyanın 151-ci maddəsi isə qanunvericilik sisteminə daxil olan normativ hüquqi aktlarla Azərbaycan Respublikasının tərəfdar çıxdığı beynəlxalq müqavilələr arasında ziddiyyətin yaranması halını ikincinin xeyrinə həll edir.

2. İnsan hüquqlarının müdafiəsi haqqında qanunvericilik

Azərbaycan Respublikasında insan hüquq və azadlıqlarının həyata keçirilməsinin "İnsan hüquqlarının və əsas azadlıqlarının müdafiəsi haqqında" Konvensiyaya uyğunlaşdırmaq məqsədi ilə "Azərbaycan Respublikasında insan hüquq və azadlıqlarının həyata keçirilməsinin tənzimlənməsi haqqında" Azərbaycan Respublikasının Konstitusiya Qanunu qəbul edilmişdir.

Qanuna görə, Konstitusiyanın 71-ci maddəsinin 3-cü bəndində qeyd edilən əsaslarla (müharibə, fəvqəladə vəziyyət və hərbi vəziyyət) yanaşı, insan hüquqları və azadlıqları digər insanların hüquqlarının və azadlıqlarının həyata keçirilməsinə təminat verilməsi və onların müdafiə edilməsi məqsədi ilə məhdudlaşdırıla bilər.⁶² Güman ki, bu, Konstitusiyanın 71-ci maddəsindəki "hər kəsin hüquq və azadlıqları [...] digərlərinin hüquq və azadlıqları ilə məhdudlaşır]" qaydasının davamı kimi müəyyən edilmişdir. İnsan hüquq və azadlıqlarına münasibətdə tətbiq edilən bu məhdudlaşdırma tədbirləri yalnız qanunla müəyyən edilməli və bu qanunda məhdudlaşdırılan hüquqlar, həmçinin onların müvafiq maddələri göstərməlidir.⁶³ Qanunda mövcud vəziyyətlərlə bağlı hüquq və azadlıqların hansı əsaslarla məhdudlaşdırıla biləcəyi dəqiqliklə müəyyənləşdirilmişdir.⁶⁴ Bu əsasların əksəriyyəti, ictimai sağlamlığın, mənəviyyatın qorunması, dövlət təhlükəsizliyinin təmin edilməsi məqsədini ehtiva edir.

3. AR qanunvericiliyində məhdudlaşdırılmasına yol verilməyən hüquqlar

Qanunun 2-ci maddəsi aşağıda qeyd edilən hüquq və azadlıqların məhdudlaşdırılmasını qadağan edir:

Azərbaycan Respublikası Konstitusiyasının 27-ci maddəsində (yaşamaq hüququnu, müharibənin hüquqauyğun aparılması nəticəsində baş verən ölüm halları istisna olmaqla), 28-ci maddəsinin I hissəsində (azadlıq hüququnu), 46-cı maddəsinin III hissəsində (işgəncəyə, şərəf və ləyaqətin alçadılmasına məruz qalmamaq hüququnu, həmçinin şəxsin razılığı olmadan onun üzərində heç bir tibbi təcrübənin aparılma bilməməsini), 63-cü (təqsirsizlik prezumpsiyasını), 64-cü maddələrində (bir cinayətə görə təkrarən məhkum etməyə yol verilməməsini) və 71-ci maddəsinin VIII hissəsində nəzərdə tutulan (heç kim törədildiyi zaman hüquq pozuntusu sayılmayan əmələ görə məsuliyyət daşımır) hüquqlar məhdudlaşdırıla bilməz və onlara dair qeyd-şərtlər müəyyən edilə bilməz.

⁶² "Azərbaycan Respublikasında insan hüquq və azadlıqlarının həyata keçirilməsinin tənzimlənməsi haqqında" Konstitusiya Qanunu, mad. 3.5.

⁶³ Yenə orada, mad. 3.

⁶⁴ Yenə orada, mad. 3.6.

Yeni hətta fəvqəladə vəziyyət və ya hərbi vəziyyət rejimlərinin tətbiqi zamanı belə burada qeyd edilən hüquqların məhdudlaşdırılmasına yol verilmir. Bir məsələni də vurğulamaq vacibdir ki, Beynəlxalq Paktda fəvqəladə vəziyyətlərdə icbari əməklə bağlı müəyyən edilən normalar Azərbaycan Respublikası Konstitusiyasında da öz təsbitini tapmışdır. Belə ki, Konstitusiyaya görə məhkəmə qərarı əsasında şərtləri və müddətləri qanunla nəzərdə tutulan məcburi əməyə cəlb etmək, hərbi xidmət zamanı səlahiyyətli şəxslərin əmrlərinin yerinə yetirilməsi ilə əlaqədar işlətmək, fəvqəladə və hərbi vəziyyət zamanı vətəndaşlara tələb olunan işləri gördürmək hallarına yol verilir.⁶⁵

Son olaraq qeyd edə bilərik ki, Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyi insan hüquq və azadlıqlarının qorunması etibarilə uğurlu normativ müddəalar təsbit etmişdir. Fəvqəladə vəziyyətlərdə bu hüquq və azadlıqların müdafiəsi ilə bağlı normalar istər təminat mexanizmi, istərsə də məhdudiyətlərin sərhədləri baxımından məqalənin ilk hissəsində tədqiq edilən 15-ci və 4-cü maddələrin normaları ilə uyğunluq təşkil edir.

II. Epidemiyalarla mübarizə şəraitində insan hüquq və azadlıqlarının müdafiəsi

A. Epidemiyaların qarşısının alınması: karantin rejimi, yoxsa fəvqəladə vəziyyət?

1. Əhalinin sağlamlığının qorunması sahəsində AR qanunvericiliyi

Azərbaycan Respublikası Konstitusiyasının 41-ci maddəsinə, həmçinin “Əhalinin sağlamlığının qorunması haqqında” Azərbaycan Respublikası Qanununa əsasən, hər kəsin sağlamlığını qorumaq hüququ vardır.⁶⁶ Qanunvericiliyə əsasən, əhalinin sağlamlığının qorunması sahəsində insan və vətəndaş hüquqlarına dövlət təminatı verilir. Bu istiqamətdə dövlətin əsas vəzifəsi xüsusi dövlət proqramlarının hazırlanmasını, həyata keçirilməsini, səhiyyə sisteminin maliyyələşdirilməsini, ətraf mühitin qorunmasını, ekoloji təhlükəsizliyi və s. təmin etməkdən ibarətdir.⁶⁷

Azərbaycan Respublikasının 10 noyabr 1992-ci il tarixli “Sanitariya və epidemoloji salamatlıq haqqında” Qanunu isə ictimai sağlamlığın qorunması sahəsində dövlət fəaliyyətinin tənظيمlənməsi məqsədilə qəbul edilmişdir. Epidemiyaların yayılmasının qarşısının alınması məqsədilə təxirəsalınmaz tədbirlərin həyata keçirilməsi bu qanunun tənظيم etmə predmetinə daxildir. Azərbaycan Respublikasının Nazirlər Kabinetinin pandemiyanın idarə

⁶⁵ Yuxarıda istinad 49, madd. 35.5.

⁶⁶ Yenə orada, madd. 41.1; “Əhalinin sağlamlığının qorunması haqqında” AR Qanunu, madd. 10.

⁶⁷ “Əhalinin sağlamlığının qorunması haqqında” AR Qanunu, madd. 3.

olunması ilə bağlı qəbul etdiyi 120,⁶⁸ 122,⁶⁹ 124,⁷⁰ 144,⁷¹ 147⁷² sayılı qərarlarında Qanunun 25-ci maddəsinə istinad edilmişdir. Həmin 25-ci maddəyə əsasən, ölkə ərazisində kütləvi qeyri-yoluxucu xəstəliklərin əmələ gəlməsi, yaxud yayılması təhlükəsi yarandıqda Azərbaycan Respublikasının Hökuməti müvafiq ərazilərdə və ya obyektlərdə müəyyən olunmuş qaydada xüsusi əmək, təhsil, hərəkət, daşıma şəraiti və rejimləri tətbiq etmək, həmçinin bu kimi xəstəliklərin əmələ gəlməsinin, yayılmasının qarşısını almağa və onları ləğv etməyə yönəldilən tədbirlər həyata keçirmək səlahiyyətlərinə malikdir..⁷³

2. Nazirlər Kabinetinin qərarı

Yuxarıdakı müddəalara əsasən, belə bir nəticəyə gəlirik ki, göstərilən əsaslar mövcud olduğu təqdirdə hökumət öz səlahiyyətləri daxilində əmək, təhsil, hərəkət və daşıma ilə bağlı müvafiq ərazilərdə, həmçinin obyektlərdə xüsusi rejimlər tətbiq edə bilər. Bu, o deməkdir ki, hökumət qismində Azərbaycan Respublikasının Nazirlər Kabineti öz səlahiyyətləri daxilində epidemiyanın qarşısının alınması məqsədi ilə adıçəkilən tədbirləri həyata keçirir. Azərbaycan Respublikası Konstitusiyasının 119-cu maddəsinə əsasən, Nazirlər Kabineti həm də Azərbaycan Respublikası Prezidentinin onun səlahiyyətlərinə aid etdiyi digər məsələləri həll edir. Güman ki, Nazirlər Kabineti xüsusi karantin rejimi qərarlarını maddənin mətnində istifadə edilən “öz səlahiyyətləri daxilində” ifadəsini və Konstitusiyanın 119-cu maddəsini rəhbər tutmaqla müəyyənləşdirmişdir.

Yuxarıda qeyd olunan 120 sayılı qərara əsasən karantin rejimi tətbiq etməklə Azərbaycan Respublikası ərazisində vətəndaşların sərbəst hərəkəti məhdudlaşdırılır, insanların həyat və fəaliyyəti üçün zəruri olan iş və xidmət sahələrindən başqa, digər istiqamətlər üzrə fəaliyyət dayandırılır.⁷⁴ 124 sayılı qərarla isə şəxslərin yaşam üçün zəruri obyektlərə getmək üçün SMS ilə icazə alması müəyyən edilir ki, bu icazə yalnız gündə bir dəfə üç saatlıq verilir (147 sayılı qərar qəbul edilənə qədər iki saat); fəaliyyətinə icazə verilmiş

⁶⁸ Koronavirus (COVID-19) infeksiyasının Azərbaycan Respublikasının ərazisində geniş yayılmasının qarşısının alınmasına dair əlavə tədbirlər haqqında AR Nazirlər Kabinetinin 120 sayılı, 30 mart 2020-ci il tarixli Qərarı, burada bax: <http://e-qanun.az/framework/44829> (Son baxış tarixi: 3 May 2020-ci il).

⁶⁹ Azərbaycan Respublikasının ərazisində xüsusi karantin dövründə iş rejiminin tənzimlənməsi barədə AR Nazirlər Kabinetinin 122 sayılı, 31 mart 2020-ci il tarixli Qərarı, burada bax: <http://e-qanun.az/framework/44831> (Son baxış tarixi: 3 May 2020-ci il).

⁷⁰ Koronavirus (COVID-19) infeksiyasının Azərbaycan Respublikasının ərazisində geniş yayılmasının qarşısının alınmasına dair əlavə tədbirlər haqqında AR Nazirlər Kabinetinin 124 sayılı, 2 aprel 2020-ci il tarixli Qərarı, burada bax: <http://e-qanun.az/framework/44832> (Son baxış tarixi: 3 May 2020-ci il).

⁷¹ Azərbaycan Respublikasının ərazisində xüsusi karantin rejiminin müddətinin uzadılması barədə Azərbaycan Respublikası Nazirlər Kabinetinin 144 sayılı, 18 aprel 2020-ci il tarixli Qərarı, burada bax: <http://e-qanun.az/framework/44912> (Son baxış tarixi: 3 May 2020-ci il).

⁷² Xüsusi karantin rejimi çərçivəsində tətbiq edilən bəzi məhdudiyətlərin 27 aprel 2020-ci il tarixindən aradan qaldırılması barədə Azərbaycan Respublikası Nazirlər Kabinetinin 24 aprel 2020-ci il tarixli Qərarı, burada bax: <http://e-qanun.az/framework/44952> (Son baxış tarixi: 3 May 2020-ci il).

⁷³ “Sanitariya və epidemioloji salamatlıq haqqında” AR Qanunu, mad. 25.

⁷⁴ Burada bax: <https://nk.gov.az/az/document/4363/> (Son baxış tarixi: 3 May 2020-ci il).

obyektlərin işçilərinə isə müvafiq olaraq iş yerindən arayış, ya da elektron hökumət sistemində verilmiş icazələrlə hərəkət etməyə icazə verilmişdir. Bununla da hərəkət azadlığı əksər əhali üçün sutkanın əvvəllər iki, daha sonra üç saatına endirilmiş və aşağıda qeyd edildiyi kimi, bu rejimin pozulmasına görə inzibati və cinayət məsuliyyəti müəyyən olunmuşdur.

Nazirlər Kabinetinin hərəkət məhdudluğu müəyyən etmiş qaydaları hüququyğundurmu? “Sanitariya və epidemioloji salamatlıq haqqında” qanunun 25-ci maddəsinə istinad etməklə hüquq və azadlıqların məhdudlaşdırılması mümkündürmü?

3. Ərazi məhdudluğu problemi

Nazirlər Kabinetinin qərarının legitim olub-olmadığını müəyyən etmək üçün ilk olaraq 25-ci maddənin mətnini təhlil etmək gərəkdir. Qanunu tekstual baxımdan şərh etsək, 25-ci maddə bütün ölkə ərazisində deyil, yalnız müvafiq ərazi və obyektlərdə xüsusi rejimlərin tətbiqinə imkan verir. Qanunun əhalinin sanitariya-epidemioloji salamatlığının təmin edilməsi sahəsində Azərbaycan Respublikası ali dövlət hakimiyyəti və idarəetmə orqanlarının səlahiyyətlərini müəyyənləşdirən 4-cü maddəsi də bu dövlət orqanlarının səlahiyyətlərini müəyyən edərkən karantin və ya məhdudlaşdırıcı tədbirlərin müvafiq ərazidə tətbiqini müəyyən edir. Bu maddələrdə müvafiq ifadəsi ilə epidemiyanın yayılmasının episentri nöqtələri nəzərdə tutulur. Qanunun konteksti nəzərə alınarsa, qanunvericinin “müvafiq ərazi” deyərək nəzərdə tutduğunun bütün ölkə ərazisi olub-olmaması dəqiq deyildir. Yəni, Nazirlər Kabinetinin 120 nömrəli qərarı əsasında bütün ölkə ərazisində karantin rejimi tətbiq etməklə hüquq və azadlıqlara məhdudlaşdırıcı tədbirlər tətbiq etməsinin hüququyğunluğu sual altındadır. Bununla yanaşı, *Sanitariya-gigiyena və epidemiya əleyhinə rejimlərin pozulması halında cərimələrin tətbiqinin hüquqi əsası kimi çıxış edən Azərbaycan Respublikası İnzibati Xətlər Məcəlləsinin (İXM) 211-ci maddəsi* öncəki redaksiyada yalnız müəssisələrdə, idarələrdə və təşkilatlarda sanitariya-gigiyena və epidemiya əleyhinə rejimlərin pozulmasına görə cərimələrin tətbiqini müəyyən edirdi.⁷⁵ İXM-in bu maddəsinin “Sanitariya və epidemioloji salamatlıq haqqında” qanunun məntiqi davamı kimi çıxış etdiyini nəzərə alsaq, 25-ci maddənin mətnindəki “müvafiq ərazi və obyektlər” ifadəsinin bütün ölkə ərazisini deyil, məhdud çərçivədə sadəcə müəssisə, idarə və təşkilatların ərazisini ehtiva etdiyi qənaətinə gəlmək mümkün olacaqdı.

Bundan əlavə, “müvafiq ərazi və obyektlər” ifadəsini geniş təfsir edib bütün ölkə ərazisində insanların hərəkət hüququnu məhdudlaşdıracaq şəkildə tətbiq etmək Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsinin və Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyaya Məhkəməsinin təcrübələrinə uyğun görünür.

⁷⁵ İnzibati Xətlər Məcəlləsi, mad, 211 (öncəki redaksiya): Müəssisələrdə, idarələrdə və təşkilatlarda sanitariya-gigiyena və epidemiya əleyhinə rejimlərin pozulmasına görə — yüz manatdan iki yüz manatadək miqdarda cərimə edilir.

Belə ki, Qanunun bu müddəsinə istinad olunmaqla, qəbul edilmiş rejimin pozulmasına görə həm inzibati,⁷⁶ həm də cinayət məsuliyyəti⁷⁷ müəyyən olunmuşdur. Konstitusiyanın 71-ci maddəsinin VIII hissəsində, o cümlədən Avropa İnsan Hüquqları Konvensiyasının 7-ci maddəsində təsbit olunmuş hər kəsin törədildiyi zaman hüquq pozuntusu sayılmayan əmələ görə məsuliyyət daşımaması hüququ mövcuddur. Bu hüquq Avropa Məhkəməsinə görə⁷⁸ və Konstitusiya Məhkəməsi də təsdiq etdiyi kimi⁷⁹ cəza müəyyən edən normanın şəxsin zərərinə geniş təfsir olunmaması prinsipini ehtiva edir. Bu səbəbdən qanunvericiliyin bu şəkildə geniş təfsiri hüquqi baxımdan risklidir.

4. Normayaratma prosesi necə olmalıdır?

“Normativ hüquqi aktlar haqqında” Konstitusiya Qanunun 8-ci maddəsində isə ümumi hüququn əsas prinsiplərindən biri olan mütənasiblik normayaratma fəaliyyətinin əsas prinsipi kimi təsbit edilmişdir.⁸⁰ Konstitusiya qanunları Azərbaycan Respublikası Konstitusiyasının ayrılmaz hissəsidir,⁸¹ qanunlar isə konstitusiyaya zidd olmamalıdır.⁸² Azərbaycan Respublikasının Konstitusiya Məhkəməsi də Azərbaycan Respublikası İnzibati Xətlər Məcəlləsinin 398.1.1-ci maddəsinin «... şəxs insan ləyaqətini alçaldan və ictimai mənəviyyəti təhqir edən sərxoş vəziyyətdə ictimai yerlərə gəldikdə...» müddəsinin Azərbaycan Respublikası Konstitusiyasının 28-ci maddəsinə, 71-ci maddəsinin II hissəsinə və 80-ci maddəsinə uyğunluğunun yoxlanılmasına dair qərarında bildirmişdir ki, cinayətlərin və başqa hüquq pozuntularının müəyyən edilməsi, onların törədilməsinə görə məsuliyyətin təyin edilməsi sahəsində səlahiyyət Konstitusiyanın 94-cü maddəsinin I hissəsinin 17-ci bəndinə əsasən, Azərbaycan Respublikasının Milli Məclisinə mənsubdur.

Müvafiq sanksiya müəyyən edən normalar isə yuxarıda qeyd edilən hüquqi əsaslara görə qanun yaradıcılığı səlahiyyətlərinin həyata keçirilməsi zamanı göndəriş olunan və baza rolunu oynayan digər qanun normasından irəli gəlməli və ona mütənasib olmalıdır. Nazirlər Kabinetinin isə “Sanitariya və epidemioloji salamatlıq haqqında” qanunun 25-ci maddəsinə rəhbər

⁷⁶ “Azərbaycan Respublikasının İnzibati Xətlər Məcəlləsində dəyişiklik edilməsi” haqqında Azərbaycan Respublikasının 27-VIQD sayılı, 17 mart 2020-ci il tarixli Qanunu, burada bax: <http://e-qanun.az/framework/44785> (Son baxış tarixi: 5 May 2020-ci il).

⁷⁷ “Azərbaycan Respublikasının Cinayət Məcəlləsində dəyişiklik edilməsi” haqqında Azərbaycan Respublikasının 28-VIQD sayılı, 17 mart 2020-ci il tarixli Qanunu, burada bax: <http://e-qanun.az/framework/44784> (Son baxış tarixi: 5 May 2020-ci il).

⁷⁸ Moiseyev Rusiyaya qarşı işi, No. 62936/00, § 233 (09 October 2008), burada bax: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-88780> (Son baxış tarixi: 5 May 2020-ci il).

⁷⁹ Azərbaycan Respublikası Cinayət Məcəlləsinin 228.1, 229.1, 230, 231 və 232.1-ci maddələrinin bəzi müddələrinin şərh edilməsinə dair Azərbaycan Respublikası adından Azərbaycan Respublikası Konstitusiya Məhkəməsi Plenumunun 21 iyun 2010-cu il tarixli qərarı, burada bax: <http://constcourt.gov.az/decision/189>, (Son baxış tarixi: 5 May 2020-ci il).

⁸⁰ “Normativ hüquqi aktlar haqqında” Azərbaycan Respublikası Konstitusiya Qanunu, mad. 8.0.4.

⁸¹ Yuxarıda istinad 49, mad. 156.5.

⁸² Yenə orada, 149.3.

tutmaqla bütün ölkə ərazisində insan hüquq və azadlıqlarına münasibətdə məhdudiyətlər tətbiq etmə səlahiyyətinin hüquqa uyğunluğu yuxarıda təhlil edildiyi kimi sual altındadır. Bir məsələ xüsusi olaraq vurğulanmalıdır ki, Qanundakı sanitariya qanunvericiliyinin pozulmasına görə məsuliyyətin əsaslarını müəyyən edən 39-cu maddədə xüsusi rejimlərin pozulmasına görə məsuliyyət nəzərdə tutulmamışdır.

Bu səbəbə görə yeni inzibati və cinayət məsuliyyəti ilə bağlı normalar əsasında hətta bütün ölkə ərazisində cərimələrin tətbiqini müəyyən etmiş olsa belə, həmin normaların baza hüquq normasına mütənəsb olmaması "Normativ hüquqi aktlar haqqında" qanunun 8-ci maddəsinə və Konstitusiya Məhkəməsinin müvafiq qərarına ziddiyyət təşkil edir. Ümumiyyətlə, "Sanitariya və epidemoloji salamatlıq haqqında" qanunun mətninin diqqətlə təhlil edilməsi imkan verir ki, bu qanunun yalnız müəssisə, obyekt və təşkilatların fəaliyyətinin əhalinin sağlamlığının qorunması ilə bağlı normalara uyğunluğunun təmin edilməsi məqsədilə qəbul edildiyi müəyyən olunsun.

Bununla yanaşı, "Azərbaycan Respublikasında insan hüquq və azadlıqlarının həyata keçirilməsinin tənzimlənməsi haqqında" Azərbaycan Respublikası Konstitusiya Qanunun 3-cü maddəsi qanun əsasında insan hüquqlarının və azadlıqlarının məhdudlaşdırılmasına dair tələbləri müəyyən edir. Bu maddəyə görə, insan hüquqlarını və azadlıqlarını məhdudlaşdıran qanunda məhdudlaşdırılan hüquq və ya azadlıq, habelə Azərbaycan Respublikası Konstitusiyasının müvafiq maddəsi göstərilməlidir.⁸³ "Sanitariya və epidemoloji salamatlıq haqqında" qanunun mətni isə bu tələblərə cavab vermir. Həmin maddədə məhdudlaşdırılmanın tətbiq edilə biləcəyi hüquq və azadlıqlar müəyyən edilməmişdir. Bu, güman ki, həmin Qanunun Konstitusiya və sözügedən Konstitusiya Qanunundan əvvəl qəbul edilməsi səbəbindəndir. Buna görə də, bu uyğunsuzluq Qanunun risksiz tətbiqini çətinləşdirir. Xüsusi karantin rejimi tətbiq olunduqdan sonrakı sadəcə bir ay ərzində 57 minə yaxın şəxslə bağlı məsuliyyət tədbirlərinin tətbiqi⁸⁴ zərurətinin əsas səbəbi bu problemdən qaynaqlana bilər. Göründüyü kimi, müəyyən edilmiş rejimlə bağlı qeyri-müəyyənliklər karantin rejiminin məqsədlərinə çatmaqda dövlət üçün çətinliklər törədir və virusun yayılması risklərini artırır.

5. Səlahiyyət bölgüsü məsələsi

Ümumiyyətlə, hakimiyyətin icra qolunun bütün ölkə ərazisində əsas insan hüquq və azadlıqlarına münasibətdə məhdudiyətlərin tətbiq edilməsinə imkan verən qərarlarının legitim və hüquqa uyğun hesab edilməsi üçün

⁸³ "Azərbaycan Respublikasında insan hüquq və azadlıqlarının həyata keçirilməsinin tənzimlənməsi haqqında" Azərbaycan Respublikası Konstitusiya Qanunu, mad. 3.2.

⁸⁴ Azərbaycan Respublikasının Daxili İşlər Nazirliyi, *Martın 17-dən bugünə qədər xüsusi karantin rejimini pozan şəxslərin sayı açıqlandı* (17.04.2020), burada bax: <https://www.mia.gov.az/?/az/news/view/1449/> (Son baxış tarixi: 5 May 2020-ci il).

qanunverici orqan tərəfindən təsdiqi vacibdir.⁸⁵ Qanun yaradıcılığı ilə qanunların icrasının eyni hakimiyyət qolu tərəfindən həyata keçirilməsi nəzəri olaraq problemlidir. “Sanitariya və epidemioloji salamatlıq haqqında” qanunun mətnində isə səlahiyyət bölgüsü məsələsi tənzimlənməmişdir.

Azərbaycan Respublikası Konstitusiyasının 71-ci maddəsinin III hissəsində isə qeyd edilir ki, müharibə, hərbi vəziyyət və fəvqəladə vəziyyət, habelə səfərbərlik elan edilərkən insan və vətəndaş hüquq və azadlıqlarının həyata keçirilməsi Azərbaycan Respublikasının beynəlxalq öhdəliklərini nəzərə almaq şərti ilə qismən və müvəqqəti məhdudlaşdırıla bilər.⁸⁶ Müharibə elan edilməsi, hərbi və fəvqəladə vəziyyət rejimlərinin tətbiq edilməsi üçün isə Azərbaycan Respublikası Prezidenti tərəfindən verilən qərarın Milli Məclis tərəfindən təsdiqi mütləqdir.⁸⁷ Bu konstitusional norma da özlüyündə ekstremal vəziyyətlərdə parlament təsdiqi funksiyasının əhəmiyyətinə işarə edir.

Bənzər vəziyyətlərin yerində idarə edilməsi üçün, təbiidir ki, icra hakimiyyətinin çevik olmağa ehtiyacı vardır. Çevik olmaq da pandemiya kimi əhalinin sağlamlığı üçün təhlükəli hallar üçün çox zəruridir. Norma yaratma funksiyası adətən icra hakimiyyəti üzərində minimum səviyyədə olsa da, fəvqəladə vəziyyətlərdə onun qaçılmaz olaraq çevik qərarlar verməyə daha böyük ölçüdə ehtiyacı olur. Lakin daha məqsədəuyğun olar ki, icra hakimiyyəti həm beynəlxalq hüquqi öhdəliklərə riayət olunmasını təmin etmək, həm də öz üzərindəki təzyiqləri azaltmaq üçün norma yaratma funksiyasının mümkün olduqca qanunverici tərəfindən yerinə yetirilməsini diqqətdə saxlasın.

6. Konstitusiyaya və beynəlxalq hüquqa uyğunluq

Qanunvericiliyin digər bir mübahisəli məqamı isə, Konstitusiyanın 112-ci maddəsinə əsasən, epidemiyaların baş verməsi halının fəvqəladə vəziyyət rejiminin tətbiqi üçün əsas kimi çıxış etməsidir. Yəni, 112-ci maddəyə əsasən, epidemiyaların baş verməsi şəraitində fəvqəladə vəziyyət rejimi tətbiq olunmasının nəzərdə tutulmasıdır. Bununla bərabər, “Fəvqəladə vəziyyət haqqında” qanunun “Fəvqəladə vəziyyətin tətbiqi zamanı həyata keçirilən tədbirlər və müvəqqəti məhdudlaşdırıcı tədbirlər” adlanan 8-ci maddəsi müvafiq icra hakimiyyəti orqanı tərəfindən karantin tətbiq edilməsi, sanitariya-antiepidemiya tədbirlərinin həyata keçirilməsini müəyyən edir.⁸⁸ Azərbaycan Respublikası Konstitusiyasına görə, bu Konstitusiyanın qəbul edildiyi tarixə qədər qüvvədə olan qanunlar və başqa normativ hüquqi aktlar yalnız Konstitusiyaya zidd olmayan hissədə qüvvəsini saxlayır.⁸⁹ “Normativ hüquqi aktlar haqqında” Azərbaycan Respublikası Konstitusiyaya Qanununun 8-ci

⁸⁵ Yuxarıda istinad 35, 326.

⁸⁶ Yuxarıda istinad 49, mad. 71.

⁸⁷ Yenə orada, mad. 94.

⁸⁸ Yuxarıda istinad 50, mad. 8.0.18.

⁸⁹ Yuxarıda istinad 49, keçid müdələləri (8).

maddəsi Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyasına uyğunluq və qanunların üstünlüyü prinsipini təsbit etmişdir.⁹⁰ “Sanitariya və epidemioloji salamatlıq haqqında” Qanunun isə bu tələblərə cavab verdiyi yuxarıda edilmiş təhlildən də göründüyü kimi kifayət qədər aydın deyil.

Güman ki, Qanunun 1992-ci ildə, yəni Konstitusiyanın qəbul edilməsindən öncəki tarixdə qüvvəyə minmiş olması və sonralar təkmilləşdirilməsi istiqamətində dəyişikliklərin edilməməsi konstitusiyaya uyğunluq və müasir dövrün tələblərinə cavablılıq barədə problemlərin mövcudluğuna yol açır. Ümumiyyətlə, Konstitusiyaya uyğunluğun yoxlanılması baxımından Konstitusiya Məhkəməsinin şərtlərinə⁹¹ ehtiyacın yaranması bu Konstitusiyanın qəbulundan əvvəl qəbul edilən qanunların ümumi problemdir.

Yuxarıda qeyd edilən səbəblərə görə epidemiyaların qarşısının alınması məqsədilə insan hüquq və azadlıqlarının məhdudlaşdırılması ilə bağlı tədbirlərin “Sanitariya və epidemioloji salamatlıq haqqında” qanunun 25-ci maddəsinə əsaslanmaqla həyata keçirilməsinin qanuniliyi sual altındadır və bu təqdirdə Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsinə şikayətlərin edilməsi halında dövlət kompensasiyalar ödəmək məcburiyyətində qalacaq, bu isə dövlət vəsaitlərinin xərclənməsinə səbəb verəcəkdir. Belə ki, Azərbaycan Respublikasının beynəlxalq müqavilələrə görə öhdəlikləri mövcuddur, həm də dövlətin tərəfdar çıxdığı bu beynəlxalq müqavilələr AR Qanunvericilik sisteminin tərkib hissəsidir.⁹² Beynəlxalq normalar isə dövlətlərin yalnız qanunda müəyyən olunmuş əsaslarla və beynəlxalq qanunvericiliyə zidd olmayan həddə insan hüquq və azadlıqlarını məhdudlaşdırma biləcəyini bildirir.⁹³

7. Tənzimlənmə necə olmalıdır?

Azərbaycan Respublikası Konstitusiyasının 71-ci və 112-ci maddələri, həmçinin “Fövqəladə vəziyyət haqqında” Azərbaycan Respublikası Qanununun 8-ci maddəsi epidemiyaların yayılması şəraitində fövqəladə vəziyyət rejimi tətbiq etməklə müvafiq tədbirlərin həyata keçirilməsinin hüquqi əsası kimi çıxış edir. Cərimələrin tətbiqi ilə bağlı bir məsələ qeyd edilməlidir ki, İXM-in “Fövqəladə vəziyyət rejiminin tələblərinin pozulması” adlanan 517-ci maddəsi də karantin tələblərinin, sanitariya-antiepidemiya, baytarlıq və bu kimi digər tədbirlərin, yaxud mülki müdafiə tədbirlərinin pozulmasına görə cərimələri müəyyən edir və baza hüquq normalarına mütənəsibdir. Yəni mövcud şəraitdə fövqəladə vəziyyət rejimi tətbiq edilsə idi, təcili qanunvericilik dəyişikliklərinə ehtiyac qalmayacaq, həmçinin görülən tədbirlərin Avropa Məhkəməsi tərəfindən hüquqazidd hesab edilməsi riski meydana çıxmayacaqdı. Dövlətin əhalinin sağlamlığının

⁹⁰ Yuxarıda istinad 80, maddə 8.0.1.

⁹¹ Yuxarıda istinad 49, mad. 130.3.1.

⁹² Yəni orada, mad. 148.2.

⁹³ Yuxarıda istinad 25, mad. 4.

qorunmasına yönələn müsbət hədəflərinin yuxarıda sadalanan problem və risklər səbəbindən sona qədər uğurla nəticələnməsi üçün vətəndaşlara münasibətdə tətbiq edilən cərimələrin ləğv edilməsi haqqında düşünülə bilər.

Deməli, epidemiyalarla mübarizənin aparılması məqsədi ilə xüsusi rejiminin tətbiq olunması ilə bağlı qanunvericiliyin mövqeyi birmənalı deyildir və ziddiyyətlər mövcuddur. Nazirlər Kabinetinin qərarının hüquqa uyğunluğunun sual altında olması hüquq və azadlıqların məhdudlaşdırılmasının, habelə cərimələrin tətbiqinin qanuniliyini də sual altına alır. Bu kimi təhlükələrin yenidən baş verməsi ehtimalı qanunvericilikdə təcili dəyişikliklərin həyata keçirilməsini zəruri edir. Ümumiyyətlə, yayılma tezliyi yüksək olan global epidemiyalar məsələsi daha çox XXI əsrin mövzudur⁹⁴ və qanunvericilik bu baxımdan təkmilləşdirilməli, vahid karantin qanunvericiliyi hazırlanmalıdır.

B. İctimai sağlamlıq hüququ ilə sərbəst hərəkət azadlığının kəşiməsi

1. İctimai sağlamlığın qorunması

SARS⁹⁵, COVID-19⁹⁶ kimi yayılma tezliyi və həyati təhlükəsi yüksək olan epidemiyalar digər xəstəliklərdən fərqli olaraq, individual xarakter daşımır və bütün cəmiyyətin sağlamlığının əleyhinə yönəlir. Belə situasiyalarda dövlətlər ictimai sağlamlığın qorunması və epidemiyaların qarşısının alınması məqsədilə məcburi tədbirlər görməlidir. İctimai sağlamlıq hüququnun ümumnəzəri xüsusiyyətlərini təhlil etmək bu yazının məqsədi olmadığından məlumat üçün qeyd etmək vacibdir ki, ictimai sağlamlıq hüququ ayrı-ayrı şəxslərə deyil, ümumi topluma diqqət ayıran bir-birindən fərqli hüquqların və hökumət cavablarının toplusudur.⁹⁷ İctimai sağlamlıq hüququ dövlətin insanların sağlamlığı üçün şəraitin təmin edilməsi ilə bağlı hüquqi səlahiyyət və öhdəliklərini, həmçinin dövlətin ictimai sağlamlığı müdafiə etmək məqsədi ilə ayrı-ayrı fərdlərin şəxsi həyatın toxunulmazlığı, azadlıq, mülkiyyət və ya digər qanunla qorunan maraqlarının məhdudlaşdırılması ilə bağlı səlahiyyətlərinə qoyulan məhdudiyətləri öyrənən elm sahəsi⁹⁸ kimi qiymətləndirilir.

Belə ki, epidemiya əleyhinə rejimlərin xüsusiyyətlərinin, bu rejimlərin tətbiqi şəraitində insan hüquq və azadlıqlarının məhdudlaşdırılmasının meyarlarının, dövlətin bu istiqamətdə səlahiyyətlərinin təhlili ictimai sağlamlıq hüququnun predmetini təşkil edir. İctimai sağlamlıq hüququnun anlayışı və sərhədləri ilə bağlı müzakirələr də, həmçinin siyasi və inzibati

⁹⁴ World Health Organization, Avian influenza: assessing the pandemic threat, 41 (2005).

⁹⁵ Burada bax: <https://www.who.int/ith/diseases/sars/en/> (Son baxış tarixi: 7 May 2020-ci il).

⁹⁶ Burada bax: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/> (Son baxış tarixi: 7 May 2020-ci il).

⁹⁷ Gostin LO. Public health law: power, duty, restraint. Berkeley: University of California Press; 2000. p. 4.

⁹⁸ Yenə orada, 5.

idarəçiliyin legitim sərhədlərinə öz təsirini göstərir. Müxtəlif dövlətlərin təcrübəsində ictimai sağlamlığın qorunması, habelə epidemiyalarla mübarizə aparılması məqsədilə qanunlar qəbul edilmişdir.

2. *Beynəlxalq təcrübədə epidemiyalarla mübarizə*

Avstraliya qanunvericiliyinə əsasən, ictimai səhiyyə üçün qanuni çərçivələr federal hökumətin və əyalətlərin idarə orqanlarının səlahiyyətlərinin cəmindən ibarətdir. Qanunvericilik ictimai sağlamlıq məsələlərinə nəzarət səlahiyyətlərini Federal hökumətə və ştat idarəçilərinə həvalə edir.⁹⁹ İctimai sağlamlıqla bağlı məqsədlərin əldə olunması üçün Konstitusiya¹⁰⁰ Federal Hökumətə ştatlara maliyyə yardımlarının edilməsi, həmçinin səhiyyə proqramlarının maliyyələşdirilməsi səlahiyyətini tanıyır.¹⁰¹

Türkiyə Cümhuriyyətinin ərazisində fövqəladə vəziyyətin tətbiqi şərtləri isə 1983-cü il tarixli "Fövqəladə vəziyyət qanunu"¹⁰² ilə müəyyən olunur. Qanunun "*Tabii afət və təhlükəli salgın hastalıklarda yükümlülükler ve alınacak tedbirler*"¹⁰³ adlanan bölməsi epidemiyaların yayılması şəraitində bu fövqəladə halın aradan qaldırılması üçün tədbirlərin həyata keçirilməsinin hüquqi əsası kimi çıxış edir. Türkiyə qanunvericiliyinin bu baxımdan problemlə tərafi isə yalnız hökumətin səlahiyyətlərini və məcburetmiş tədbirlərinin siyahısını müəyyən etməklə, burada insan hüquq və azadlıqlarının qorunması və təminatı ilə bağlı heç bir normanın mövcud olmamasıdır.

Birləşmiş Ştatlarda isə ictimai sağlamlığın qorunması üçün tətbiq edilən fövqəladə vəziyyətlərlə bağlı ştatların qanunvericilikləri müxtəlifdir. Məsələn, "Fövqəladə hal xidmətləri qanunu"¹⁰⁴ Kaliforniya ştatında fövqəladə vəziyyət rejiminin tətbiqi qaydalarını müəyyən edir. Bu qanuna əsasən fövqəladə vəziyyət üç yerə ayrılır: yerlərdə fövqəladə vəziyyət (*local emergency*), bütün ştat ərazisində fövqəladə vəziyyət və müharibə vəziyyəti.¹⁰⁵ Epidemiyaların yayılması şəraitində ştatın qubernatoru yerlərdə və ya bütün ştat ərazisində fövqəladə vəziyyət elan edə bilər. Bununla yanaşı, ABŞ-da bu baxımdan daha da təkmilləşdirilmiş sayılan "Fövqəladə vəziyyətlərdə səhiyyə səlahiyyətləri model qanunu"nın¹⁰⁶ müvafiq hissələri ştatların

⁹⁹ Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (Cth), s51(ix).

¹⁰⁰ Section 96 of the Constitution of Australia.

¹⁰¹ Brian Opeskin, *The architecture of public health law reform: harmonisation of law in a federal system*, 22 Melbourne Univ Law Rev 337, 369 (1998).

¹⁰² Burada bax: <https://mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2935.pdf> (Son baxış tarixi: 8 May 2020-ci il).

¹⁰³ Türkiyə Cümhuriyyəti, "Olağanüstü Hal Kanunu", mad. 5-9.

¹⁰⁴ Burada bax:

https://www.fresnostate.edu/adminserv/emergency/documents/CA_EmergencyServicesAct.pdf (Son baxış tarixi: 9 May 2020-ci il).

¹⁰⁵ Article 2 of The California Emergency Services Act, § 8558.

¹⁰⁶ Model State Public Health Act – a tool for assessing public health laws (2003), burada bax: www.publichealthlaw.net.

əksəriyyəti tərəfindən qəbul edilmişdir.¹⁰⁷ Model qanun ictimai sağlamlıqla bağlı fəvqəladə hal şəraitində bu məsələlərin tənzimlənməsini həyata keçirir: fəvqəladə vəziyyətlə bağlı yardımların planlaşdırılması, belə durumlarda fəvqəladə vəziyyət rejiminin tətbiqi, yoluxucu xəstəlik daşıyıcısı olan qalıqların təhlükəsiz halda atılması, tibbi ləvazimatlara nəzarətin həyata keçirilməsi, fərdlərin sağlamlığının qorunması, habelə fərdlərin sağlamlığı ilə bağlı məlumatların qorunması, qurğu və materialların istifadəsi və ya mənimsənilməsi müqabilində ədalətli kompensasiyanın ödənilməsi.¹⁰⁸ Göründüyü kimi, qanun epidemiyaların yayılması şəraitində yalnız fərdlərin məsuliyyəti və dövlətin səlahiyyətləri məsələlərini deyil, həmçinin hüquq və azadlıqların qorunması ilə bağlı normaları da özündə ehtiva edir.¹⁰⁹

3. Sərbəst hərəkət hüququnun məhdudlaşdırılması

İstər müharibə şəraiti və ya kütləvi iğtişələr, istərsə də yayılma tezliyi yüksək olan epidemiyalar insanların həyat və sağlamlığını təhlükəyə məruz qoyur. Epidemiyaların cəmiyyət içərisində sürətlə yayılması səbəbindən kimlərin virusa yoluxması məlum olmur. Buna görə də epidemiyaların yayılmasının qarşısının alınması və ictimai sağlamlığın qorunması məqsədi ilə dövlətlər ilkin məhdudiyyətləri sərbəst hərəkət etmək azadlığına münasibətdə tətbiq edir. Sərbəst hərəkət azadlığı qanuni əsaslarla hər hansı dövlətin ərazisində olan hər kəsin həmin ərazidə sərbəst hərəkət etmək, özünə yaşayış yeri seçmək və öz ölkəsi də daxil olmaqla, istənilən ölkəni tərk etmək hüququnu ifadə edir.¹¹⁰

Avropa İnsan Hüquqları Konvensiyasına dair 4 sayılı Protokolun 2-ci maddəsi sərbəst hərəkət azadlığına tətbiq edilə bilən məhdudiyyətlərin əsaslarını müəyyən etmişdir. Həmin maddəyə görə, milli təhlükəsizlik və ictimai asayiş maraqları naminə, ictimai qaydanı qorumaq, cinayətin qarşısını almaq üçün, sağlamlığın və mənəviyyatın qorunması üçün və ya digər şəxslərin hüquq və azadlıqlarının müdafiəsi üçün qanunla nəzərdə tutulmuş və demokratik cəmiyyətdə zəruri olan əsaslarla bu hüquqlara məhdudlaşdırmalar tətbiq edilə bilər. Mülki və Siyasi Hüquqlar haqqında Beynəlxalq Paktın 12-ci maddəsi də eyni əsaslar üzrə dövlətlərin məhdudlaşdırma səlahiyyətini tanıyır.¹¹¹

Belə ki, beynəlxalq qanunvericiliyə görə, sərbəst hərəkət etmək hüququ mütləq hüquq hesab edilmir və ictimai maraqlar naminə onun

¹⁰⁷ James G. Hodge, Jr., Lawrence O. Gostin, Kristine Gebbie, and Deborah L. Erickson, *Transforming public health law: the Turning Point Model State Public Health Act*, 34 J Law Med Ethics 77, 84 (2006).

¹⁰⁸ The Turning Point Model Act, art. 6.

¹⁰⁹ B. Bennett, *Legal rights during pandemics: Federalism, rights and public health laws – a view from Australia*, 235 (2006).

¹¹⁰ İnsan hüquqlarının və əsas azadlıqların müdafiəsi haqqında Avropa Konvensiyasına dair 4 sayılı Protokol, mad. 2.

¹¹¹ Yuxarıda istinad 25, mad. 12.3.

məhdudlaşdırılması mümkündür.¹¹² Hər iki beynəlxalq müqavilənin müddəalarından görüldüyü kimi sağlamlığın qorunması dövlətlər tərəfindən sərbəst hərəkətin məhdudlaşdırılmasına əsas verir. Dövlətlər bu məhdudiyyətləri öz qanunvericiliklərinə müvafiq olaraq fəvqəladə vəziyyət və ya karantin rejimi tətbiq etməklə həyata keçirirlər və tətbiq edilən xüsusi rejimin növündən asılı olmayaraq, vəziyyətin fəvqəladəliyinin şərtləndirdiyi dərəcədə kənara çıxmamalıdırlar.¹¹³

4. Məhdudiyyətlərin mənfi təsirləri

Sərbəst hərəkət hüququndan məhrum olmaq digər hüquqların da realizə olunmasına təsirsiz ötüşür, dövlət orqanlarının fəaliyyətində çətinliklər yaradır. Qloballaşan dünyada sərbəst hərəkət azadlığının həyati əhəmiyyəti böyükdür. Bu hüququn məhdudlaşdırılması iqtisadiyyatın sabit gedişatını təhlükəyə məruz qoyur, ölkə iqtisadiyyatı üçün gündəlik itkilərin və işsizliyin artmasına səbəb olur, borcları yüksək olan şirkətlərin iflasını sürətləndirir,¹¹⁴ hava nəqliyyatının, tranzit daşınmalarının normal fəaliyyətini, həmçinin gömrük sisteminin normal iş prinsipini sıradan çıxarır və sosial hüquqların realizə olunmasında maneələr yaradır. İnsanların evdə qalmasının təşviqi ilə yerli müəssisələrin fəaliyyətinin dayanması nəticəsində nəğd pul axınının azalması tendeniyası müşahidə olunur. Bütün bunlar isə öz növbəsində dövlətin sosial öhdəliklərinin artmasına səbəb olmaqla kompensasiya tədbirlərinin həyata keçirilməsi zərurətini yaradır. Ümumiyyətlə, sərbəst hərəkət hüququ kimi iqtisadi əhəmiyyəti yüksək olan azadlıqların məhdudlaşdırılması şəraitində kompensasiya tədbirlərinin öncədən müəyyən edilməmiş olması sosial-iqtisadi çətinliklər dalğasını qaçınılmaz edir.

Karantin qanunları qəbul edilərkən dövlətlər yuxarıda qeyd edilən amillərin hər birini nəzərə almalı, əhəmiyyətli təsirə məruz qalan sahələrə maliyyə dəstəyi həyata keçirməlidirlər. Qanunlar hazırlanarkən epidemiyanın yayılması şəraitində virusa yoluxmuş şəxslərə münasibətdə tətbiq edilən izolyasiya tədbirlərinin xüsusiyyətləri, səhiyyə işçilərinin prosesə cəlbinin texniki tərəfləri, əhalinin məlumat almaq hüququnun təminatı və s. kimi önəmli məsələlər diqqət mərkəzində olmalıdır. Son olaraq qeyd etmək vacibdir ki, insanların sağlamlığının qorunması məqsədi ilə epidemiyaların yayılmasının qarşısının alınması üçün mübarizə yalnız dövlətlərin milli sərhədləri daxilində deyil, həm də beynəlxalq səviyyədə gerçəkləşməlidir.¹¹⁵ Virusların əleyhinə dərman preparatlarının hazırlanması

¹¹² Dowty Alan, *Closed Borders: the Contemporary Assault on Freedom of Movement*, 32 (1989).

¹¹³ McCann və başqaları *Birləşmiş Krallığa qarşı işi*, Series A, No. 324, 46, para. 149.

¹¹⁴ [International Labor Organization](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_745337.pdf). A policy framework for tackling the economic and social impact of the COVID-19 crisis, 3-5 burada bax:

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_745337.pdf

¹¹⁵ Yuxarıda istinad 109.

və iqtisadi göstəriciləri, əhalinin yaşayış səviyyəsi aşağı olan dövlətlərə yardımların edilməsi üçün beynəlxalq əməkdaşlığın həyata keçirilməsi vacibdir.¹¹⁶ Görünür, COVID-19 virusunun yayılması şəraitində Ümumdünya Səhiyyə Təşkilatının uğursuz fəaliyyəti və dövlətləri vaxtında məlumatlandırmaması səbəbindən öz etibarlılığını itirməsi dövlətləri bu istiqamətdə yeni həll yolları axtarışına sövq edəcəkdir.

Nəticə

Göründüyü kimi, fəvqəladə vəziyyətlərin baş verməsi halında dövlətlərin öz səlahiyyətlərini həyata keçirməsi və insan hüquqlarının qorunması arasında balansın gözlənilməsi baxımından problemlər mövcud olur. Belə problemlərdən biri də insanlığın gələcəyini təhlükəyə məruz qoyan epidemiyalarla mübarizənin həyata keçirilməsi ilə bağlıdır. Bu, mövcud problemin təbiət etibarilə daha yeni olması, həmin səbəbə görə isə qanunvericiliyin nisbətən az təkmilləşdirilməsi, habelə insan həyatı ilə birgə milli və qlobal iqtisadiyyatları hədəf alması ilə sıx əlaqədardır. Nəticə olaraq, problemin effektiv həll olunması üçün beynəlxalq qanunvericiliyin təkmilləşdirilməsi fonunda dövlətlərarası əməkdaşlığın artırılması və belə fəaliyyətin həyata keçirilməsini tənzimləyəcək olan yeni beynəlxalq təşkilatın yaradılması zərurəti mövcuddur. Bununla bərabər, Azərbaycan Respublikasında səlahiyyətlər bölgüsü məsələsinin yenidən nəzərdən keçirilməsinə, vahid karantin qanunvericiliyinin işlənilib-hazırlanmasına ehtiyac vardır.

¹¹⁶ Gostin LO, Archer R., *The duty of states to assist other states in need: ethics, human rights and international law*, 35 J. Law Med Ethics 526, 533 (2007).

*Fidan Ələkbərova**

ELEKTRON İMZANIN KOMMERSİYA ƏMƏLİYYATLARINDA İSTİFADƏSİ: HÜQUQİ TƏNZİMLƏNMƏ VƏ PRAKTİKİ BOŞLUQLAR

Annotasiya

Kommersiya əməliyyatlarının həyata keçirilməsi zamanı daha sürətli və operativ sənədləşmənin aparılmasında elektron imzadan istifadə böyük rol oynayır. Sürətlə inkişaf edən internet texnologiyaları vasitəsilə müqavilə və bu kimi digər sənədlərin təsdiqlənməsi, o cümlədən ticarətin ən müasir növü hesab edilən elektron ticarətin idarə olunması bu sahədə qanuni tənzimləməni də zəruri edir. Hazırkı məqalə elektron imza anlayışının qanunvericilikdə yerini müəyyən edir, kommersiya əməliyyatlarının elektron qaydada həyata keçirilməsi, elektron ticarətin qanunvericilikdə tənzimini və mövcud praktiki boşluqları və çatışmazlıqları araşdırır, eləcə də bu mövzuda Azərbaycan Respublikasının mövcud qanunvericilik aktları ilə beynəlxalq sənədlər və xarici ölkələrin tənzimləmələrini müqayisəli təhlil edir. Məqalədə, həmçinin, elektron imzanın tətbiqi ilə əlaqədar Azərbaycan qanunvericiliyinə dəyişikliklər üçün bir sıra təkliflər irəli sürülür.

Abstract

The use of electronic signatures plays an important role in faster and operative documentation in commercial transactions. The approval of contracts and other similar documents through the rapidly evolving Internet technologies, as well as the management of e-commerce, which is considered the most modern type of commerce, also necessitates legal regulation in this area. This article defines the concept of electronic signature in the legislation, examines the implementation of electronic commercial transactions, regulation of e-commerce in legislation and existing practical gaps and shortcomings, as well as a comparative analysis of existing legislation and regulations of foreign countries. The article also makes a number of proposals for changes in the legislation of Azerbaijan in connection with the introduction of electronic signatures.

MÜNDƏRICAT

Giriş	162
I. Elektron imza nədir?	164
A. Yaranma tarixi və əhəmiyyəti	164
B. Anlayışı və hüquqi qüvvəsi	165
C. Funksiyaları və elementləri	167
D. İşləmə mexanizmi və növləri	169
II. Elektron imzanın sertifikatlaşdırılması zəruridirmi?	171

* Bakı Dövlət Universiteti, LL.B. 2018.

A. Sertifikatlaşdırmanın əhəmiyyəti və sertifikatla dair tələblər	171
B. Sertifikatın verilməsi qaydası və sertifikat mərkəzləri	175
III. Elektron imza sahibi kimdir?	176
A. Elektron imza sahibi hesab olunan şəxslər, onların hüquq və öhdəlikləri	176
B. E-imzanın başqa şəxslər tərəfindən istifadə edilməsi	178
IV. Elektron sənəd nədir?	179
A. Elektron sənəd anlayışı	179
B. Elektron müqavilələr elektron sənədlərin növü kimi	181
C. Elektron sənədin məxfiliyi və təhlükəsizliyi	183
V. Elektron ticarət nədir?	184
A. E-ticarət anlayışı və əhəmiyyəti	184
B. E-ticarət müqavilələrinə dair tələblər	186
C. Beynəlxalq e-ticarət	189
VI. Elektron imzanın Azərbaycan Respublikasında, beynəlxalq sənədlərdə və xarici ölkələrin qanunvericiliklərində tənzimlənməsi	190
A. Azərbaycan Respublikasında elektron imzadan istifadə	190
B. Birləşmiş Millətlər Təşkilatında elektron imzanın hüquqi tənzimlənməsi	193
C. Avropa İttifaqında elektron imzanın hüquqi tənzimlənməsi	194
D. Amerika Birləşmiş Ştatlarında elektron imzanın hüquqi tənzimlənməsi	194
E. Rusiya Federasiyasında e-imza	195
F. Türkiyə Cümhuriyyətində e-imza	196
Nəticə	197

Giriş

A zad sahibkarlıq mühitində ticarət subyektlərinin apardığı saysız-hesabsız sənədləşmə və razılaşmalar, eləcə də digər növ əməliyyatların mümkün ən qısa zamanda həyata keçirilməsində texnoloji innovasiyalar böyük rol oynayır. İnternet texnologiyalarının həyatımızın ayrılmaz parçasına çevrildiyi bir dövrdə işlərin elektron qaydada daha sürətli və operativ həyata keçirilməsində elektron imzadan (*bundan sonra "e-imza"*) istifadənin əhəmiyyəti danılmazdır. E-imza və onun əhəmiyyətindən bəhs etməzdən əvvəl qeyd etmək lazımdır ki, kommersiya

əməliyyatlarında edilən hər bir yazılı razılaşmanın və əməliyyatın etibarlılığını təmin etmək üçün imza ən uyğun vasitə hesab olunur.

İmzanın əhəmiyyəti cəmiyyətə qədim zamanlardan məlum olmuş və ilk dövrlərdən bəri geniş istifadə olunmuşdur. Əl imzasının yaradılma tarixi qədim Roma dövrünə təsadüf edir. Sənədin sonuna imza qoymaq identifikasiya üsulu kimi bizim eradan əvvəl 349-cu ildən istifadə olunurdu. O dövrdən günümüzədək sənəd üzərində şəxsiyyəti təsdiqləmək və niyyəti ifadə etmək üçün özünə xas yazı işarəsindən, yəni imzadan istifadə etmək, 1400 ildir ki, dəyişməz olaraq qalmışdır.¹ Günümüzdə imza özünün hər kəsə məlum olan əl yazısı üsulunu dəyişərək bir qədər də irəli getmiş və texnoloji üsullardan istifadə edərək e-imza şəklini almışdır.

E-imzanın kommersiya əməliyyatlarına tətbiqi və texnoloji yeniliklər nəticəsində ticarətin “uzaqdan” idarə edilə bilməsinin mümkünlüyü özlüyündə e-ticarətin inkişafına təkan yaratmışdır. Hazırda dünyada e-ticarət geniş istifadə olunmaqdadır və təkmilləşməyə, özündə daha geniş sahələri əhatə etməyə davam edir. Aydın olur ki, texnologiyanın inkişafı, e-imzadan istifadə və ticarətin yeniliklərə ayaq uydurması bir-biri ilə vəhdət şəklində mövcud olmuşdur. E-imzanın mövcudluğu e-ticarətə təkan yaratdığı kimi, e-ticarətin olmadığı bir mühitdə də e-imzanın geniş tətbiqi və təkmilləşdirilməsi mənasız olardı.

Lakin hər yenilik və tərəqqi prosesində olduğu kimi, bu sahə də özündə bir sıra boşluqları, o cümlədən çatışmazlıq və inkişaf etdirilməsi zəruri olan yönləri ehtiva edir. Belə ki, e-imzadan istifadə ilə əlaqədar bir sıra suallar ortaya çıxa bilər. Müasir texnologiyalar dövründə e-imzanın istifadə edilməsi təqdirəlayiq haldır, lakin bu qaydada imza bütüvlükdə əl imzasını əvəzləyə bilirmi? Əgər bu sualın cavabı müsbətdirsə, hazırda bütün dünya üzrə qlobal qaydada e-imzaya keçilməməsinin səbəbi nədir? Qanunvericilik e-imzanın istifadəsi sahəsini yetərincə tənzimləyirmi? Bu sahədə hansı çatışmazlıqlar vardır?

Məqalənin əsas məqsədi yuxarıda qeyd olunan suallara cavab tapa bilməkdir. Belə ki, məqalədə e-imzanın anlayışı və hüquqi mahiyyəti təsvir olunur, Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyi aspektində e-imzanın tətbiqində yarana biləcək çətinlik və boşluqlar təhlil olunur, eyni zamanda beynəlxalq və xarici praktikaya istinadlar edilərək bu sahədə qlobal vəziyyət müqayisəli təhlil edilir.

¹ David Fillingham, A Comparison of Digital and Handwriting Signature (1997), burada bax: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/student-papers/fall197-papers/fillingham-sig.html>.

I. Elektron imza nədir?

A. Yaranma tarixi və əhəmiyyəti

E-imza barədə ilkin ideyaların yaranması tarixi XIX əsrin ortalarına təsadüf edir. Bu dövrdə sözügedən anlayış geniş konseptdə istifadə olunurdu və müxtəlif yeni üsullar vasitəsilə qurulan əlaqə e-imza kimi qəbul edilirdi. 1861-ci ildə ABŞ-da vətəndaş müharibəsi dövründə ünsiyyət vasitələrindən birinə çevrilmiş morze əlifbası buna bir nümunədir. Həmin dövrdə istifadəsi geniş yayılmış teleqraf üsulu ilə kommunikasiyanın da ilk dəfə 1869-cu ildə New Hampshire Ali Məhkəmə qərarı ilə e-imza üsulu kimi hüquqi qüvvəsi tanınmışdır.² Daha sonralar faks üsulu ilə ünsiyyət e-imzanın ilkin versiyalarından hesab olunmağa başladı.³ İlkin dövrlərdə e-imzadan istifadənin əsas məqsədi operativ və sürətli qaydada ünsiyyət qura bilmək idi. Dövr keçdikcə və texnologiya irəlilədikcə e-imzadan istifadə əhatə dairəsini genişləndirmiş, nəinki ünsiyyət vasitəsi, eləcə də kommersiya əməliyyatları və inzibati kargüzarlıq fəaliyyətində geniş tətbiq olunmuşdur. İki dövlət arasında e-imza ilə bağlanmış ilk müqavilə isə 1998-ci ildə ABŞ və İrlandiya arasında elektron ticarətin inkişafının əhəmiyyəti ilə bağlı Birgə Bəyanat⁴ olmuşdur.⁵

E-imza və bu sahədə qanunvericiliyin inkişafı, eləcə də e-imzanın kommersiya əlamətlərinə tətbiqi iki əsas məqsədə xidmət edir: a) e-ticarət üçün faktiki və ehtimal olunan maneələri aradan qaldırmaq; b) internet üzərindən fəaliyyət göstərən tərəflərin ehtiyac duyduğu "güvən" və "proqnozlaşdırma" qurulmasına kömək etməklə e-ticarətin arzuolunan ictimai siyasi məqsədini təmin etmək və buna təşviq etmək.⁶ E-ticarət və onlayn sahibkarlığın inkişafında ən böyük dəstəklərdən biri e-imza sisteminin təkmilləşdirilməsidir.

Bir qayda olaraq, müvafiq tələblərə cavab verən e-imza əl imzası ilə eyni hüquqi qüvvəyə malikdir. E-imzanın hüquqi qüvvəsi barədə növbəti yarımfəsildə daha ətraflı izah veriləcəkdir. E-imzanı əl imzasından üstün hesab etməyə əsas verən bir sıra səbəblər vardır ki, bu səbəblər içərisinə aşağıdakıları aid edə bilərik: daha sürətli və təhlükəsiz sənəd dövriyyəsinin təmini; kağız əməliyyatlarının ləğvi, sənədlərlə iş prosesində şəffaflıq, eyni sənədlə istənilən sayda istifadəçinin işləmə imkanı, hesabatların

² Howley v. Whipple, 48 N.H. 487, 488 (1869).

³ Mallesons Stephen Jaques, *The Pen-Op Signature: An Australia Legal Perspective* (2002).

⁴ İngiliscədə "Joint Communique".

⁵ The American Society of International Law, *International Law In Brief* (1998), burada bax: <https://web.archive.org/web/20120331012531/http://www.asil.org/ilib0104.cfm> (Son baxış tarixi 29 May 2020-ci il). <https://web.archive.org/web/20120331012531/http://www.asil.org/ilib0104.cfm>

⁶ Thomas J. Smedinghofft, Ruth Hill Brott, *Moving with Change: Electronic Signature Legislation As A Vehicle For Advancing E-Commerce*, 17(3) *Journal of Computer & Information law* 723, 728 (1999).

hazırlanmasında avtomatlaşdırma, sənəd arxivləri işinin səmərəli təşkili, idarəetmə effektivliyinin yüksəldilməsi.

Beləliklə, sürətlə inkişaf edən texnologiya və internet dövrü ilə ayaqlaşmaq, sənəd dövriyyəsinin mümkün ən qısa zamanda və təhlükəsiz həyata keçirilməsini təmin etmək, o cümlədən effektivlik və səmərəliliyi artırmaq üçün e-imzadan istifadənin təkmilləşdirilməsi və buna təşviq edilməsi olduqca mühümdür.

B. Anlayışı və hüquqi qüvvəsi

E-imzanın işləmə mexanizmi, eləcə də istifadə qaydalarını qavramaq üçün bu anlayışın özündə nəyi ehtiva etdiyini bilmək zəruridir. “E-imza” anlayışı ölkə qanunvericiliklərinin bu sahəyə yanaşma bucağından⁷, tətbiq dairəsindən, eləcə də qanuni tənziqləmə üsullarından asılı olaraq fərqli qaydada təfsir edilir. E-imzanın lüğət üzrə anlayışı belə verilir: “elektron şəkildə göndərilən sənəddə göndərən şəxsiyyətini təsdiqləmək üçün istifadə olunan rəqəmsal məlumat”.⁸ Ümumilikdə, e-imzanın qəbul edilmiş vahid bir anlayışı yoxdur, müxtəlif mənbələrdə bu ifadənin fərqli anlayışlarına rast gəlinir. Hüquq ədəbiyyatlarında e-imza elektron və ya oxşar yollar vasitəsilə yaradılan və yazını autentifikasiya etmək niyyətində olan şəxs tərəfindən icra olunan və qəbul edilən istənilən hərf, işarə, yaxud simvol kimi başa düşülür.⁹ Fundamental olaraq, e-imza birbaşa imzanın bir növü hesab olunmur, sənədin mənbəyini müəyyən etmək üçün texnoloji autentifikasiya vasitəsi hesab olunur. “E-imza” ifadəsindəki “imza” simvolik mənə kəsb edərək metafora kimi işlədilir.¹⁰

Azərbaycan Respublikası Qanunvericiliyinə əsasən, “e-imza - digər verilənlərə əlavə edilən və ya onlarla məntiqi əlaqəli olan, imza sahibini identifikasiyaya imkan verən verilənlər”dir.¹¹ “Verilənlər” dedikdə, qanunda informasiya texnologiyaları vasitələri ilə emal edilməyə yararlı informasiya başa düşülür.¹² UNCITRAL-ın “Elektron imzalar haqqında” Model Qanununun 2-ci maddəsində “e-imza”ya aşağıdakı qaydada anlayış verilir: “Elektron imza-verilənləri imzalayan şəxsi müəyyən etmək və onun bu verilənlərdə mövcud informasiyanı təsdiqlədiyini göstərmək üçün istifadə oluna bilən sözügedən verilənlər ilə bağlı, yaxud onunla məntiqi şəkildə əlaqəli elektron formalı məlumatdır”.¹³ Bu maddəyə əsasən, e-imzaya

⁷ Bu konseptlər aşağıda ətraflı şəkildə izah olunacaqdır.

⁸ Oxford Learners' Dictionaries,

<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/electronic-signature> (Son baxış tarixi 30 May 2020-ci il).

⁹ Stephen E. Blythe, *Digital Signature Law of the United Nations, European Union, United Kingdom and United States: Promotion of Growth in E-commerce with Enhanced Security*, 11(2) Richmond Journal of Law and Technology 1, 3 (2005).

¹⁰ Giusella Finocchiaro, *Digital Signature and Electronic Signatures: The Italian Regulatory Framework After The d.lgs 10/2002*, 9(2) Electronic Communication Law Review 127, 128 (2002).

¹¹ “Elektron imza və elektron sənəd haqqında” AR Qanunu, maddə 1.1.4 (2004).

¹² Yenə orada, maddə 1.1.1

¹³ “Elektron imzalar haqqında” UNCITRAL Model Qanunu, mad. 2 (2001).

elektron formada məlumat kimi yanaşılır və müəyyən edilir ki, bu məlumat göndərilən əsas məlumatı təsdiqləyən və onunla bağlı olan, o cümlədən əsas məlumatı imzalayanın şəxsiyyətini və göndərdiyi informasiyanı təsdiqlədiyini göstərmə vasitəsidir. Hesab edilir ki, bu anlayış istər e-imzanın məqsəd və əlamətlərini, istərsə də tətbiq dairəsini ümumilikdə özündə ehtiva edən ən uğurlu anlayışdır.

E-imzanın hüquq qüvvəsi dedikdə, nə başa düşülür? AR Qanunvericiliyinə əsasən, qanunvericilikdə nəzərdə tutulmuş hallar istisna olmaqla, sertifikatlaşdırılmış imza vasitələri ilə yaradılmış və qüvvədə olan təkmil sertifikatlı gücləndirilmiş imza əl imzası ilə bərabər hüquqi qüvvəyə malikdir.¹⁴ Beləliklə, AR qanunvericiliyi e-imzanın əl imzası ilə eyni hüquqi qüvvəyə malik olduğunu o halda qəbul edir ki, həmin e-imza sertifikat mərkəzi tərəfindən verilmiş sənədlə təsdiq olunsun. Qanunvericilikdə hansı halların istisna təşkil etdiyi isə aydın şəkildə müəyyən edilməmişdir. “Elektron imza və elektron sənəd haqqında” AR Qanununda əlavə olaraq qeyd edilir ki, elektron formada və ya sertifikatsız olduğuna, sertifikatlaşdırılmamış imza vasitələri ilə yaradıldığına görə elektron imza etibarsız sayıla bilməz.¹⁵ Buradan aydın olur ki, qanunvericilik e-imzanın məlumatı təsdiqləyən vasitə kimi çıxış etməsi üçün hər hansı bir maneə müəyyən etmir və məlumatın istənilən qaydada elektron üsulla təsdiqlənməsini məlumatın təsdiqi üçün yetərli hesab edir. Beləliklə, e-imzanın sertifikatlaşdırılması məlumatın təsdiqlənməsinin etibarlılığı baxımından tələb olaraq deyil, seçim kimi qoyulur. Sertifikatın olmaması məlumatın təsdiqləndiyi faktını istisna etmir. Sertifikat yalnız onun üçün zəruridir ki, e-imza əl imzası ilə eyni hüquqi qüvvəyə malik olsun, yəni əl imzasının yerinə yetirdiyi funksiyaları yerinə yetirə bilsin. Beləliklə, e-imza ilə imzalanmış sənədin əl imzası ilə təsdiqləndiyi şəkildə hüquqi qüvvəsinin olması üçün onun sertifikatlaşdırılması zəruridir. Məsələn, alqı-satqı müqaviləsində sertifikatlandırılmamış e-imzadan istifadə müqaviləni etibarsız etmir, ancaq onun hüquqi qüvvəsi yalnız e-imza təkmil sertifikatla təmin olunduğu halda tanınır. Qanun əlavə olaraq, e-imzanın əl imzasına bərabər tutulması üçün bir əlaməti də zəruri hesab edir: sertifikatda imza sahibinin səlahiyyətlərinə dair məlumatlar göstərilərsə, e-imza şəxsin kağız daşıyıcısı üzərindəki və möhürlə təsdiq edilmiş əl imzasına bərabər tutulur.¹⁶ Fikrimcə, e-imzanın hüquqi qüvvəsi və etibarlılığı ilə bağlı qanunvericilikdə öz əksini tapmış norma və tələblər aydın şəkildə müəyyən olunmamışdır.

Bundan əlavə, Azərbaycan mülki qanunvericiliyinə əsasən, əksər mülki müqavilələrinin yazılı qaydada bağlanmaq və tərəflərin imzasını ehtiva etmək tələbləri vardır. Belə olan halda, e-imza ilə təsdiqlənmiş elektron formalı müqavilələr bu tələblə ziddiyyət təşkil edirmi? “Elektron imza və

¹⁴ Yuxarıda istinad 11, mad. 3.2.

¹⁵ Yuxarıda istinad 11, mad. 3.1.

¹⁶ Yuxarıda istinad 11, mad. 3.3.

elektron sənəd haqqında” AR Qanunu bu məsələni aşağıdakı qaydada tənzimləyir: Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyi ilə sənədin yazılı şəkildə təqdim olunması tələb olunduqda qanunvericiliyə uyğun qaydada imzalanmış elektron sənəd bu şərtlərə cavab verən hesab edilir.¹⁷ Beləliklə, üzərində imza sahibinin səlahiyyətlərinə dair məlumatlar təsvir olunmuş təkmil sertifikatla təsdiqlənmiş e-imza ilə imzalanmış elektron sənəd yazılı sənədlə bərabər hüquqi qüvvəyə malik olur. AR Qanunvericiliyi bununla da “yazılı müqavilələr” anlayışına həm də təkmil sertifikatlı e-imza ilə təsdiqlənmiş müqavilələri də aid edir. Lakin mülki qanunvericilikdə bu məsələ açıq şəkildə hər hansı bir norma ilə tənzimlənmir. Konsultasiya Məhkəməsi ilk dəfə 2020-ci ildə elektron imza ilə təsdiqlənmiş müqavilələrin yazılı sənədə bərabər tutulmasını təsdiq etmişdir.¹⁸ Dünya praktikasında isə elektron imzalı sənədin yazılı sənədə bərabər tutulması ilk dəfə 1869-cu ildə teleqrafın e-imza üsulu kimi hesab edilməsini təsdiqləyən məhkəmə işində bəyan edilmişdir.¹⁹ Bir sıra hallarda yazılı sənədlərlə bağlı digər qanuni tələb notarial qaydada təsdiqlənmə və dövlət qeydiyyatına alınmadır. Qanun bu məsələni də tənzimləyir və müəyyən edir ki, sənədin notariat qaydasında təsdiqi və (və ya) dövlət qeydiyyatı tələb olunması hallarında sənədin yalnızca e-imza ilə təsdiqlənməsi kifayət deyildir. Bu halda e-imzalı sənəd, yaxud onun qanuna uyğun çıxarılmış surəti müvafiq qaydada qeydiyyata alınmalı, yaxud təsdiq olunmalıdır. Beləliklə, e-imzanın sənədi təsdiqləmə funksiyası notarial təsdiqlənməli, yaxud dövlət qeydiyyatına alınmalı sənədlərdə yetərli deyildir. Bu isə öz növbəsində kommersiya fəaliyyəti zamanı notarial qaydada təsdiqlənməsi tələb olunan sənədlərin, eləcə də digər əməliyyatların daha sürətli yolla təsdiqlənməsinin qarşısını alır. Fikrimcə, bu sahədə də e-imzadan istifadənin tənzimlənməsi və tətbiqinə başlanılması bir çox sənədləşmə işlərinin asanlaşması və səmərəliliyi naminə daha effektiv olacaqdır.

C. Funksiyaları və elementləri

Əvvəlki fəsildə qeyd etdiyim kimi e-imza qanunvericilikdə nəzərdə tutulmuş qaydalara uyğun tərtib olunduqda, əl imzası ilə ekvivalent hesab olunur. Bu zaman o, imzanın məqsədləri, yerinə yetirdiyi funksiyalar, o cümlədən e-imzanın elementlərini də özündə daşıyır.

İmzanın əsas məqsədi nədir? Əsas məqsədi imza sahibinin niyyətini ifadə etmək olan əl imzasından fərqli olaraq, elektron mühitdə istifadə edilən e-imza kommersiya əməliyyatlarının iştirakçlarına münasibətdə üç əsas məqsədə xidmət edir: imza sahibinin şəxsiyyətini müəyyən etmək, imza

¹⁷ Yuxarıda istinad 11, mad. 3.4.

¹⁸ Azərbaycan Respublikası Mülki Məcəlləsinin 407.2-ci maddəsinin şərh edilməsinə dair AR Konstitusiyaya Məhkəməsinin qərarı, 7 (2020).

¹⁹ Howley v. Whipple, yuxarıda istinad 2.

sahibinin niyyətini ifadə etmək (məsələn, müqavilə şərtlərinə bağlı olması niyyəti) və imzalanan sənədin bütövlüyünü təmin etmək.²⁰

E-imzanın funksiyaları isə onun məqsədinə xidmət edir. E-imza aşağıdakı funksiyaları yerinə yetirir: 1) məlumatın müəllifinin identifikasiya və autentifikasiyası; 2) məlumatın bütövlüyünə nəzarət; 3) məlumatın müəllifliyindən imtinanın qeyri-mümkünlüyünə zəmanət.²¹ Elektron imzanın yuxarıda qeyd olunmuş birinci funksiyası məlumatla bağlı müəyyən əməliyyatları icra edən şəxsin güman edilən şəxs olduğunu, bütövlük funksiyası məlumatla bağlı əməliyyatların yerinə yetirilməsi zamanı məlumatın hər hansı bir dəyişikliyə məruz qalmadığını və sonuncu funksiya mübahisə yarandığı halda, əməliyyatı həyata keçirmiş şəxsin sonradan bu əməliyyatla bağlı məsuliyyətdən boyun qaçırmamasını təmin etmək məqsədi daşıyır.²² Belə ki, e-imza imza sahibinə vahid olaraq müəyyən edilmiş və onunla əlaqəli olmalıdır. İmza sahibi e-imzanın istifadəsi istiqamətlərini müəyyən edən yeganə şəxs olmalıdır. E-imza elektron sənədi imzalandıqdan sonra imzalanan sənəddəki məlumatlara sonradan müdaxilə edilib-edilmədiyini müəyyənləşdirə bilmək qabiliyyətində olmalıdır.

E-imza metodları hansılardır? UNCİTRAL Model Qanununa əsasən: 1. Elektron imza imza sahibinin şəxsiyyətini müəyyənləşdirən metodu özündə ehtiva etməlidir; 2. Elektron imza imza sahibinin sənəddəki məlumatları təsdiqlədiyi niyyətini müəyyənləşdirən metodu özündə ehtiva etməlidir; 3. İstifadə olunan metod sənədin yaradıldığı və ya bildirildiyi məqsəd üçün uyğun olduğu qədər etibarlı olmalıdır.²³

E-imzanın bir sıra elementləri vardır. Bu elementlərə razılıq, niyyət, təsdiqləmə və yoxlama aiddir.²⁴ Elektron sənədi imzalayan şəxs aşkar şəkildə imzası ilə öz razılığını ifadə edir. Növündən asılı olmayaraq, e-imzanın ən mühüm elementi imza sahibinin niyyətini əks etdirməsidir.²⁵ İmza sahibinin sənədi imzalamaq niyyətinin mövcudluğunu göstərmək üçün imza iki əsas məqsədə xidmət etməlidir: birincisi, e-imza imzalayan şəxsin şəxsiyyətini müəyyən etmək üçün istifadə edilir, ikincisi, e-imza sənədin bütövlüyünün təsdiqi kimi çıxış edir. Məsələn, tərəflər böyük həcmli müqavilə imzayarkən son səhifədə atılan imza müqavilənin əvvəlki səhifələri ilə bağlı də niyyət təsdiqini ifadə etməlidir.²⁶ Elektron sənədin etibarlı olması üçün o, imza yerində adı qeyd olunmuş şəxs tərəfindən imzalanmalıdır. E-imzanın son elementi kimi yoxlama onu bildirir ki, elektron sənədlə əlaqəli tərəflər

²⁰ Smedinghofft, Brott, yuxarıda istinad 6, 732.

²¹ David Taylor, Felix A. Ortiz, *Encryption-Hindering the Hackers: Some Technical and Legal Issues*, Fourth Annual Internet Law Inst. 743, 746 (2000).

²² “Rosencrantz və Guildensterni qorumaq: Şekspirin “Hamlet”ində elektron imzadan istifadə”, burada bax: <https://fidanalakbarova.wordpress.com/2020/05/13/rosencrantz-v%c9%99-guildensterni-qorumaq-sekspirin-hamletind%c9%99-elektron-imzadan-istifad%c9%99/>

²³ Yuxarıda istinad 12, mad. 7.

²⁴ Stephen Mason, *Introduction to the electronic signature*, *Electronic Signatures in Law*, 189 (2016).

²⁵ Vahid Ticarət Məcəlləsi, § 3-401 (1952).

²⁶ Smedinghofft, Brott, yuxarıda istinad 6, 731.

zəruriyyət olduğu halda asanlıqla e-imza prosesinin hər bir mərhələsinə daxil ola və nəzarət edə bilərlər.

D. İşləmə mexanizmi və növləri

E-imza ümumilikdə məlumatları təsdiqləyici vasitə olduğu üçün o, bu cür təsdiqləmə rolunu bir sıra mexanizmlər vasitəsilə həyata keçirə bilər. Müxtəlif ölkə qanunvericiliklərində fərqli yanaşmalar olduğu kimi, fərqli elektron vasitələrdən istifadə e-imza hesab edilə bilər. E-imzanın məlumatları təsdiqləmə vasitəsi kimi istifadəsində əsas üsul açıq açar kriptografiyasıdır.²⁷ Hələ 1970-ci illərin ortalarında yaradılaraq təkmilləşdirilmiş kriptografiya müasir dövrdə elektron sənədlərin təsdiqlənməsi mexanizmi kimi çıxış edir. Açar kriptografiyası özündə iki fərqli açar anlayışını ehtiva edir. Açarlardan biri şifrələmə, digəri isə deşifrələmə üçün istifadə olunur. Açıq açar hər kəs tərəfindən istifadə edilə bildiyi halda, gizli açar yalnız məlumat sahibinə məlum olur. Açıq açardan məlumatın deşifrələnməsi üçün istifadə oluna bilmədiyindən onun yayılması məhdudlaşdırılmır. Hər iki açar riyazi baxımdan bir-biriylə əlaqəlidir, beləliklə bir açar vasitəsilə şifrələnən məlumat yalnız əlaqəli digər açar vasitəsilə şifrəsi açıla bilər. Elektron sənədi e-imza ilə imzalayıb göndərən şəxs açıq açar şifrələməsindən istifadə etməklə, sənəddəki məlumatları açıq açar ilə şifrələyir. Bu halda sənəd yalnızca sənədin göndərildiyi şəxsin gizli açarı ilə açıla bilər. Öz növbəsində açıq açarla alqoritmlər açarların məxfiliyinin daha yüksək səviyyəsini təmin edirlər. Belə ki, informasiyanı alanın gizli açarı onun şəxsi informasiya arxivini heç bir zaman tərk etmir. Bununla əlaqədar olaraq təcrübədə fərdi informasiyanın şifrələnməsi zamanı simmetrik açarla alqoritmlər, yayılan informasiyanın şifrələnməsi zamanı isə hər iki alqoritmın kombinasiyası istifadə olunur. Şifrələmədən fərqli olaraq elektron imzanın asimmetrik sistemləri imzanın formalaşdırılması üçün gizli açara, onun yoxlanılması üçün isə açıq açara əsaslanırlar. Beləliklə, imza müəllifi öz açarını gizli saxlayır və heç kəs onun əvəzinə elektron sənədi imzalaya bilməz. Bununla bərabər kimsə açıq açarın köməyiylə bu imzanın və onun müəllifliyinin həqiqiliyinə əmin ola bilər.

Rəqəmsal imza. Müasir dövrdə elektron imzanın açar kriptografiyası əsasında yaradılmış və geniş şəkildə istifadə olunan növü rəqəmsal imzadır.²⁸

E-imzanı rəqəmsal imzadan fərqləndirmək lazımdır. Belə ki, e-imza daha ümumiləşmiş formada şəxsin elektron sənədləri təsdiqləmə qaydasıdır. Buraya e-poçt məktublarının sonunda yazılan ad-soyad, elektron fayllarda qeyd olunan əl yazısı imza, elektron sənədlərdə istifadə olunan PİN kod, o cümlədən rəqəmsal imza aid ola bilər. Rəqəmsal imzanı digər e-imzalardan fərqləndirən əsas cəhət burada kriptografik kodlardan istifadə olunmasıdır. Azərbaycan Respublikasında mobil identifikasiya üsulu kimi istifadə olunan ASAN İMZA bunun bariz nümunəsidir. Elektron imzanın bir növü olan

²⁷ İngiliscədə “*public key cryptography*”.

²⁸ İngiliscədə “*digital signature*”.

rəqəmsal imza açıq açar infrastrukturundan bir qədər fərqli yolla istifadə edir. Bu üsulda "heş funksiyası" adlanan riyazi alqoritmədən də istifadə olunur. Burada məlumat daha yığcam versiyaya sıxışdırılır. Məsələn, sənədi rəqəmsal imzadan istifadə edərək imzalamaq üçün sənədi imzalayan şəxs ilk növbədə heş funksiyasının köməyi ilə məlumatları yığcamlaşdıracaqdır. Daha sonra o, məlumatı gizli açarla şifrələyəcək və qarşı tərəfə göndərəcək. Sənədi qəbul edən şəxs açıq açardan istifadə edərək məlumatı açacaqdır. Beləcə, gizli açarın sahibi olan sənədi qəbul edən şəxs anlayacaq ki, məktub kim tərəfindən göndərilib. Daha sonra sənədi qəbul edən imzanın həqiqiliyini yoxlamaq üçün heş-funksiyanın köməyi ilə alınmış məlumatın heş-kodunu yaradır. Sonra məlumata birləşdirilmiş şifrələnmiş heş-kodu sənədi göndərənə açıq açarı ilə deşifrə edir və alınmış deşifrə edilmiş heş-kodu özünün yaratdığı heş-kodla müqayisə edir. Onlar üst-üstə düşərlərsə, imza həqiqi hesab olunur. Gizli açar yalnız sənədi göndərənə məxsus olduğundan aydındır ki, məlumatı da yalnız o imzalaya bilərdi. Fərqlərin olması sənədin çatdırılma zamanı dəyişdirildiyi mənasına gəlir.

E-mail yolu ilə təsdiqləmə. E-imzaya daha geniş aspektdə yanaşan ölkələrin praktikasında e-mail yazışmalarının sonunda istifadə edilən ad və soyad şablonları e-imza üsulu hesab edilir. Xarici ölkələrin məhkəmə praktikasında bu qaydada imzanın təsdiqləyici qüvvəyə malik olduğu müəyyən edilmişdir.²⁹ Misal üçün, Avstraliya Ali Məhkəməsinin bir qərarında bildirilir ki, e-mailin sonunda istifadə olunan imza onu göndərən şəxsi identifikasiya etdiyinə və göndərilən məlumatla bağlı təsdiqini göstərdiyinə görə bu imza uyğun olduğu qədər mötəbər hesab edilir və məlumatı alan şəxs də icraatı davam etdirməklə bu üsul ilə təsdiqləməni qəbul etmiş hesab olunur.³⁰ Ölkəmizdə e-mail yazışmaları təkmil e-imza hesab olunmadığı üçün əl imzası ilə bərabər hüquqi qüvvəyə malik olmasa da, qanunvericiliyə əsasən, bu qaydada niyyət ifadəsi etibarsız hesab edilməmməlidir.³¹ Qanunvericiliyin bu cür yanaşması e-mail yazışmalarının məhkəmədə sübut kimi istifadə olunmasına şərait yaratsa belə, məhkəmə praktikasından məlumdur ki, Azərbaycan məhkəmələri hələlik bu qaydada razılaşmaları Azərbaycan Respublikası Mülki Prosesual Məcəlləsinin 89.2-ci maddəsinə əsas gətirərək, sənədin həqiqiliyini müəyyən etmək qeyri-mümkün olduğu üçün sübut kimi qiymətləndirmir.³² Məhkəmə prosesində mübahisə edən tərəflər təqdim edilən elektron sənəd və yazışmanın həqiqiliyini inkar etmərsə, məhkəmə rahatlıqla həmin sənədləri qəbul edib iş materiallarına əlavə edə bilər. Tərəflər arasında orta q razılaşma olmadığı

²⁹ Wright v. Direct Capital Securities (2010); Waddle v. Elrod - 367 S.W.3d 217 (2012), Torrac Investments Pty Ltd v Australian National Airline Commission (1985).

³⁰ Faulks v Cameron (2004).

³¹ Yuxarıda istinad 11, mad. 3.1.

³² İlk iddia üzrə iddiaçı, qarşılıqlı iddia üzrə cavabdeh XXX şirkətinin ilk iddia üzrə cavabdeh, qarşılıqlı iddia üzrə iddiaçı XXX-yə qarşı iş üzrə Ali Məhkəmənin qərarı, 10 (2019).

halda isə məhkəmə sadəcə elektron formada olduğundan sənədi sübut kimi qiymətləndirməkdən imtina etməməlidir. Elektron və sair üsulla əldə edilmiş materiallar məhkəmə tərəfindən o şərtlə yazılı sübut kimi qəbul edilə bilər ki, həmin sənədlərin həqiqiliyini müəyyən etmək mümkün olsun.³³

E-imzanın digər növləri. E-imzanın daha az yayılmış digər sadə növləri vardır ki, bunların sırasına elektron fayllarda istifadə olunan rəqəmsallaşdırılmış əl yazısı imzasını (biometrik əsaslı texnologiya vasitəsilə yaradıla bilər), PİN kod vasitəsilə təsdiqləmə, barmaq izi kimi biometrik əsaslı identifikasiya edicilər, faks və ya skan qurğusu ilə təsdiqləmə aid edilə bilər.³⁴ Faks və ya skan qurğusu ilə təsdiq əksər qanunvericilik aktlarında birbaşa olaraq e-imzaya istisna kimi göstərilməkdədir.³⁵ Buna səbəb bu qaydada sənədin təsdiqlənməsinin istər təhlükəsizlik, istərsə də imzanın funksiyalarına xidmət etməmə baxımından yararsız olmasıdır. Sənədin bu cür təsdiqlənməsi onun üçüncü şəxslər tərəfindən qanunsuz istifadəsinə gətirib çıxara bilər. Lakin bəzi ölkələrin məhkəmə praktikasından aydın şəkildə görmək mümkündür ki, sənədlərin teleks və faks vasitəsilə təsdiqlənməsi e-imzaya bərabər tutulur.³⁶

II. Elektron imzanın sertifikatlaşdırılması zəruridirmi?

A. Sertifikatlaşdırmanın əhəmiyyəti və sertifikata dair tələblər

E-imzanın sertifikatlaşdırılmasının zəruri olub-olmaması ilə bağlı mövqələr dünya ölkələrini fərqli qruplara bölür. Bu sahədə 3 əsas qanunvericilik modeli mövcuddur. İlk model “icbari” və “preskriptiv” istiqamət olaraq tanınır, çünki bu modeldə xüsusi vahid texnologiya, əsasən açıq açar kriptografiyası e-imza üçün icbari hesab edilir. Belə ki, e-imzanın etibarlı hesab edilməsi və əl imzası ilə bərabər tutulması üçün onun kriptografiya üsulu ilə tənzimlənməsi və sertifikatlaşdırılması zəruridir. İkinci model isə tamamilə əks mexanizmi özündə ehtiva edir: minimalist istiqamət hesab olunan bu model texnologiyadan istifadədə neytral mövqə sərgiləyir. Üçüncü model isə hibrid hesab olunur və e-imzada texnoloji vasitələrdən istifadəni məcburi hesab etməsə də, əlavə vasitə kimi istifadəsini zəruri hesab edir.³⁷

Əksər ölkələr, eləcə də Azərbaycan Respublikası e-imzanın əl imzası ilə bərabər hüquqi qüvvəsini tanımaq üçün onun təkmil sertifikatla təsdiqlənməsini zəruri hesab edir. Bu ölkələr imzanın 3-cü funksiyasını tam təmin etdiyi üçün təkmil sertifikata malik e-imzanın istifadəsini

³³ Elektron yazışma (e-mail) məhkəmədə mümkün sübut kimi, burada bax:

<http://eminlaw.org/index.php/2017/11/elektron-yazisma-e-mail-mehkemedə-subut-kimi/>.

³⁴ Smedinghofft, Brott, yuxarıda istinad 6, 730.

³⁵ Grenada: Electronic Transactions Act, art. 2 (2008), Jamaica: Electronic Transactions Act, art. 2 (2006), Saint Lucia: Electronic Transactions Act, article 2 (2007).

³⁶ Clipper Maritime Ltd v. Shiristar Container Transport Ltd, 546 (1987).

³⁷ Mason, yuxarıda istinad 24, § 3.2 (2016).

dəstəkləyirlər.³⁸ AR Qanunvericiliyində qeyd olunmuş və yuxarıda qeyd etdiyim tələb, yəni yalnız təkmil sertifikat kimi əl imzası ilə bərabər hüquq malik olması tələbi Avropa İttifaqı Direktivi və bununla da, Avropa İttifaqı ölkələri, eləcə də, bir çox İsveçrə, Çin, Argenetina kimi digər dünya ölkələrinin qanunvericiliyində öz əksini tapmış və tətbiq olunmaqdadır.³⁹ ABŞ və əksər anqlo-sakson hüquq ölkələri, eləcə də Birləşmiş Krallıq, Avstraliya, Kanada və Yeni Zelandiya isə e-imzaya əks mövqedən yanaşaraq, təkmil sertifikat tələbini istisna edir, sertifikat olmadan belə müxtəlif üsullarla yaradılmış elektron təsdiqləmə vasitələrini e-imza hesab edir.⁴⁰

Bir qayda olaraq, açıq açar kriptografiya üsulu ilə yaradılan e-imzanı təsdiqləyən sertifikatın əsas məqsədi imza yaradılması ilə bağlı məlumatla imza sahibi arasındakı əlaqəni təsdiqləmək, o cümlədən, e-imzadan təhlükəsiz istifadəni təmin etməkdir. Sertifikatdan istifadə edilərək yaradılmış e-imzaya "təkmilləşmiş e-imza"⁴¹ deyilir. Bu qaydada yaradılmış e-imzanın daha üstün olması aşağıdakı səbəblərə görə əsaslandırılır: imza sahibinə unikal olması; yalnız onu istifadə edən şəxsin nəzarətində olması; imza sahibinə aid olmasının təsdiqlənə bilməsi qabiliyyəti; məlumatın özünə bağlılıq və istənilən dəyişikliyin müəyyən edilə bilməsi.⁴²

Sertifikatlaşdırmanın ən böyük əhəmiyyəti e-imzanın yüksək qaydada təhlükəsizliyini təmin etməkdən ibarətdir. Belə ki, açıq açar kriptografiyasından istifadə zamanı açıq açarı məlumatı göndərən şəxs birbaşa qarşı tərəfə təqdim etməyibsə, onun itmə, yaxud oğurlanma ehtimalı vardır. Burada rəqəmsal sertifikat köməyə gəlir. Sertifikat vasitəsilə açıq açarın həqiqətən imza sahibinə aid olması və deşifrəlmə məqsədilə istifadə oluna bilməsi təsdiqlənir. Açarın itdiyi, yaxud oğurlandığı məlum olarsa, sertifikatı təqdim edən mərkəz müvafiq sertifikatı ləğv edə bilər.

Sertifikata hansı məlumatların daxil edildiyi qanunvericilikdə dəqiq şəkildə öz əksini tapmışdır. Sertifikatda şəxsin məlumatlarının qeyd olunması e-imzanın identifikasiyası baxımından olduqca əhəmiyyətlidir. Məsələn, A hüquqi şəxs B fiziki şəxs ilə müqavilə bağlamaq niyyətindədir, lakin birbaşa olaraq B-ni tanımır. Ölkədə xeyli sayda B adlı şəxslərin olduğunu nəzərə alsaq, sertifikat B-nin məhz hansı B olduğunu müəyyənləşdirmək üçün zəruriyyət kəsb edəcəkdir.⁴³ AR Qanunvericiliyi imza sahibinə ad və soyad

³⁸ Dawn M. Turner, "Understanding eIDAS" (2016), burada bax:

<https://www.cryptomathic.com/news-events/blog/understanding-eidas> (Son baxış tarixi: 21 May 2020).

³⁹ Directive 1999/93/EC, art. 25 (1999).

⁴⁰ Dawn M. Turner, "Is the NIST Digital Signature Standard DSS legally binding?" (2016), burada bax: <https://www.cryptomathic.com/news-events/blog/is-the-nist-digital-signature-standard-dss-legally-binding> (Son baxış tarixi: 22 May 2020-ci il).

⁴¹ İngiliscədə "advanced e-signature".

⁴² Yuxarıda istinad 39, art. 2.

⁴³ Mason, yuxarıda istinad 37, §15.13.

əvəzinə təxəllüsdən istifadə edə bilmək səlahiyyəti verir. Bu halda imza sahibinin təxəllüsdən istifadə etməsi sertifikatda aşkar qeyd olunur.⁴⁴

AR Qanunvericiliyi sertifikatın hüquqi qüvvəsinə xitam verməkdən əlavə, hansı hallarda onun hüquqi qüvvəsinin dayandırılma biləcəyini də müəyyən edir. Belə ki, sertifikatın qüvvəsi sertifikat mərkəzi tərəfindən aşağıdakı hallarda dayandırılır: imza sahibi müraciət etdikdə; qanunvericiliyə və ya müqaviləyə əsasən səlahiyyətli şəxsin (orqanın) müraciəti əsasında; sertifikatın verilməsi üçün əsas olan məlumatların düzgünlüyünə və ya imza sahibinin imza yaratma məlumatlarının təhlükəsizliyinə sertifikat mərkəzinin əsaslı şübhələri olduqda. Sertifikatın hüquqi qüvvəsi aşağıdakı hallarda bərpa edilir: sertifikatın qüvvəsinin dayandırılmasını tələb etmiş imza sahibinin müraciəti və ya müraciət etmiş səlahiyyətli şəxsin (orqanın) icazəsi olduqda; sertifikat mərkəzi tərəfindən görülmüş tədbirlər nəticəsində əsaslı şübhələr aradan qaldırıldıqda; sertifikatın qüvvəsinin dayandırıldığı müddət başa çatdıqda. Qanun sertifikata dair məlumatların təhlükəsizliyinə əsaslı şübhələr olduğu halda, sertifikatın qüvvəsinin 48 saatdan artıq dayandırılma bilmədiyini tənzimləyir.⁴⁵ Belə olan halda, təhlükəsizliyə dair əsaslı şübhələr 48 saat içərisində aradan qaldırılmadıqda, sertifikatın hüquqi qüvvəsi bərpa olmadan ləğv edilir. Məsələn, sertifikatın itməsi və sertifikatla bağlı məlumatların təhlükəsizliyi ilə bağlı şübhə halında, 48 saat ərzində sertifikat mərkəzi tərəfindən görülmüş tədbirlər nəticə verməzsə, bu zaman sertifikatla dərhal mərkəz tərəfindən ləğv edilir.

Sertifikatın ləğv edilmə hallarına qanunvericilik aşağıdakıları aid edir: imza sahibinin müraciəti əsasında; sertifikatın qüvvədə olma müddəti başa çatdıqda; qanunvericiliyə əsasən səlahiyyətli şəxsin (orqanın) qərarı və ya müraciəti əsasında; imza sahibi vəfat etdikdə və ya qanunvericiliklə müəyyən edilmiş qaydada fəaliyyət qabiliyyətini itirmiş hesab edildikdə; sertifikatın verilməsi üçün sertifikat mərkəzinə təqdim olunan sənəd və məlumatların saxta, səhv və ya qüvvədən düşmüş olması bəlli olduqda; imza sahibinin imza yaratma məlumatları üzərində nəzarəti itirməsi sertifikat mərkəzinə bəlli olduqda; onda qeyd olunmuş münasibətlərdə istifadə edilmədikdə; imzanın istifadə olunmasını tənzimləyən hüquqi aktların və ya sertifikat mərkəzi ilə bağlanmış müqavilənin tələbləri imza sahibi tərəfindən pozulduqda; istifadə edilən imza vasitələrinin sertifikatı hüquqi qüvvəsinə itirdikdə; qanunvericiliklə müəyyən edilmiş digər hallarda.⁴⁶ Sertifikat aşağıdakı hallarda etibarsız sayılır: qanunvericiliyə müvafiq qaydada verilmədikdə; qüvvədə olma müddəti bitdikdə; sertifikatı vermiş sertifikat mərkəzinin gücləndirilmiş imzası həqiqi olmadıqda; sertifikatın qüvvəsi dayandırılmış və ya ləğv edilmiş olduqda; onda qeyd olunmuş

⁴⁴ Yuxarıda istinad, mad. 12.3.

⁴⁵ Yuxarıda istinad 11, mad. 13.

⁴⁶ Yuxarıda istinad 11, mad. 14.

münasibətlərdə istifadə edilmədikdə.⁴⁷ Burada belə bir sual yarana bilər ki, sertifikatın verilməsi üçün sertifikat mərkəzinə təqdim olunan sənəd və məlumatların saxta olması halı, hansı səbəbdən sertifikatın etibarsız hesab edilməsi yerinə ləğv edilməsi əsasına aid edilir? Təcrübədə saxta imza ilə imzalanmış sənədlərin etibarsız hesab edildiyini nəzərə alsaq, saxta məlumatlarla hazırlanmış sertifikat vasitəsilə elektron qaydada imzalanmış sənədlərə də eyni təcrübənin tətbiqini daha məqsədəuyğun hesab etmək olar. Onu da qeyd edirəm ki, istər sertifikatın hüquqi qüvvəsinin dayandırılması, istərsə də ləğvi və etibarsızlığı ilə bağlı yuxarıda sadalanan hallar əksər ölkələrin qanunvericiliyində, eləcə də beynəlxalq sənədlərdə oxşar şəkildə müəyyən olunmuşdur.

Xarici ölkələrdə verilmiş sertifikatların ölkədə tanınması məsələsi də dünya praktikasında əsasən eyni qaydadadır. AR Qanunvericiliyinə əsasən, xarici ölkələrdə verilmiş sertifikatlar Azərbaycan Respublikasında aşağıdakı hallarda hüquqi qüvvəyə malik olur: sertifikatı vermiş sertifikat mərkəzi Azərbaycan Respublikasında akkreditədən keçmişdirsə; sertifikat qanunvericiliklə müəyyən edilmiş təhlükəsizlik tələblərinə uyğundursa; sertifikata Azərbaycan Respublikasında akkreditə edilmiş sertifikat mərkəzi və ya müvafiq icra hakimiyyəti orqanı tərəfindən təminat verildirsə; sertifikat Azərbaycan Respublikasının tərəfdar çıxdığı dövlətlərarası müqavilələrdə nəzərdə tutulmuş xarici sertifikat mərkəzləri tərəfindən verilmişdirsə.⁴⁸ “Elektron imza haqqında” UNCITRAL Model Qanunu bu məsələyə belə yanaşır: Xarici sertifikat və imzaların yerli e-imzaya o halda bərabər sayılır ki, xarici ölkənin əlaqədar qanunları yerli qanunvericiliklə eyni səviyyədə mötəbər hesab edilsin.⁴⁹ Avropa İttifaqı Direktivinin 7-ci maddəsində isə nəzərdə tutulur ki, Avropa İttifaqı üzvü olmayan ölkədə yaradılmış sertifikatlar Direktivin tələblərinə uyğun olduğu və İttifaq ölkəsində akkreditə edildiyi, yaxud beynəlxalq müqavilədə istifadə edilərək tanındığı təqdirdə hüquqi qüvvəsi tanınır.⁵⁰ Göründüyü kimi bu mövzuda Avropa İttifaqının yanaşması BMT-dən xeyli fərqlənir və daha sərtidir.

Beləliklə, e-imzanın sertifikatlaşdırılması onun təhlükəsizliyi və məxfiliyinin qorunması, eləcə də imza sahibinin identifikasiya və autentifikasiyası üçün olduqca effektiv vasitə olsa belə, əksər dünya ölkələrinin e-imza ilə bağlı bu tələbləri istər kommersiya, istərsə də qeyri-kommersiya əməliyyatlarında e-imzadan kütləvi istifadənin təkənini bir qədər yavaşladır. Hesab edirəm ki, kommersiya suyektlərinin e-imzadan istifadəsinə, o cümlədən e-ticarətə stimül yaratmaq üçün sertifikatlaşdırma ilə bağlı sənədləşdirmə işləri, icazələr və digər iş yükü artırılmaq əvəzinə, bir

⁴⁷ Yuxarıda istinad 11, mad. 12.

⁴⁸ Yuxarıda istinad 11, mad. 16.

⁴⁹ Yuxarıda istinad 13, mad. 13.

⁵⁰ Yuxarıda istinad 39, mad. 7.

qədər yumşaldılmalı və e-imzaya dair qanunvericilik mövqeyi zaman keçdikcə minimalist mövqeyə yaxınlaşmalıdır.

B. Sertifikatın verilməsi qaydası və sertifikat mərkəzləri

Təkmil e-imza üçün sertifikatın verilməsi sertifikat mərkəzləri tərəfindən həyata keçirilir. Bu sertifikat mərkəzlərinə ölkələrin yanaşmasına əsasən, dövlət tənzimləməsi mövcud olan, yəni dövlət tərəfindən akkreditə edilmiş sertifikat mərkəzləri, o cümlədən, dövlət tənzimləməsi tələb olunmayan hallarda qanuni qaydada fəaliyyət göstərən sertifikat mərkəzləri aiddir. AR Qanunvericiliyinə əsasən, sertifikat müraciət etmiş şəxslə sertifikat mərkəzi arasında bağlanmış müqavilə və ya şəxsiyyət vəsiqələrinin fərdiləşdirilməsi zamanı müvafiq icra hakimiyyəti orqanının sertifikat sorğusu əsasında verilir. Sertifikat kağız daşıyıcıda verildikdə, sertifikat mərkəzinin rəsmi blankında tərtib edilir, səlahiyyətli şəxsin əl imzası və möhürlə təsdiq olunur. Sertifikat elektron formada verildikdə isə onu verən sertifikat mərkəzinin gücləndirilmiş imzası ilə təsdiq edilir.⁵¹

Azərbaycanda sertifikat mərkəzləri müvafiq icra hakimiyyəti orqanında qanunda nəzərdə tutulmuş qaydada akkreditə edilib qeydiyyatdan keçdikdən sonra fəaliyyət göstərə bilər. AR Qanunvericiliyi bəzi hallar müəyyən etmişdir ki, həmin hallarda sertifikat mərkəzinin qeydiyyatından imtina edilə bilər: 1. müraciət edən⁵² şəxs qanunun⁵³ tələblərinə uyğun olmadıqda; 2. təqdim edilmiş məlumat və sənədlər qanunun tələblərinə uyğun olmadıqda; 3. müraciət edən şəxs yanlış məlumatlar təqdim etdikdə; 4. informasiya sisteminin təhlükəsizliyinin auditinin nəticələrinə əsasən müraciət edən şəxsin sertifikat mərkəzi kimi fəaliyyət göstərməsi mümkün sayılmadıqda; 5. iddiaçı şəxsin sertifikatlaşdırma və ya vaxt göstəricilərinin qeydiyyatı barədə nəzərdə tutduğu fəaliyyəti qanunun və digər normativ hüquqi aktların tələblərinə uyğun olmadıqda; 6. müraciət edən şəxsin dövlətə vergi borcu olduqda; 7. Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyində nəzərdə tutulmuş digər hallarda.⁵⁴ Qanunda göstərilən birinci hal, hesab edirəm ki, aydın ifadə edilməmişdir. Belə ki, Qanun sertifikat mərkəzinin yaradıcısı üçün hər hansı məhdudiyət müəyyən etmir. Belə olan halda kimlərin qanunun tələblərinə uyğun olmadığı sual doğurur.

AR qanunvericiliyi sertifikat mərkəzlərinin xidmət dairəsini də məhdudlaşdıraraq, onlar tərəfindən hansı xidmətlərin göstərilə biləcəyini dəqiq müəyyənləşdirir: sertifikatın verilməsi; sertifikatın qüvvəsinin dayandırılması, bərpa edilməsi və sertifikatın ləğv edilməsi; sorğulara əsasən sertifikatlar barədə Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyi ilə müəyyən olunmuş məlumatların verilməsi; vaxt göstəricilərinin qeyd edilməsi;

⁵¹ Yuxarıda istinad 11, mad. 11.

⁵² “Elektron imza haqqında” AR Qanununda “iddiaçı” olaraq göstərilmişdir.

⁵³ “Elektron imza haqqında” AR Qanunu nəzərdə tutulur.

⁵⁴ Yuxarıda istinad 11, mad. 9.

elektron imzanın yaradılması; imzanın istifadəsi üzrə məsləhətlər verilməsi.⁵⁵ Bu bəndlər sırasında tam aydın olmayan yeganə bənd hesab edirəm ki, vaxt göstəricilərinin qeyd edilməsidir. Qanunun anlayış hissəsində vaxt göstəricisi dedikdə, müəyyən vaxt anında məlumat bildirişinin ona təqdim edilməsi barədə akkreditə edilmiş sertifikat mərkəzinin elektron qeydi başa düşülür.⁵⁶ Lakin bu vaxt göstəricisinin istifadə dairəsi qanunda tam şəkildə aydınlaşdırılmır.

Sertifikat mərkəzləri ilə bağlı əsas məsələlərdən biri onların məsuliyyət dairəsidir. AR Qanunvericiliyinə əsasən, mərkəzlər aşağıdakılara görə məsuliyyət daşıyır: fəaliyyətinin təhlükəsizliyinə, imza yaratma məlumatlarının və imza sahibi barəsində məlumatların mühafizəsinə; sertifikatdakı məlumatların tamlığı və düzgünlüyünə; sertifikat xidmətlərinin keyfiyyətinə və dəqiqliyinə; sertifikatın qüvvəsinin qanunsuz dayandırılması və ya ləğv edilməsinə; mərkəzin fəaliyyəti nəticəsində imza sahibinə maddi zərər vurulmasına; sertifikatın istifadəsinə təsir edə bilməsi məlum olmuş məlumatların imza sahibinə vaxtında çatdırılmamasına.

Təkmil sertifikat və xarici sertifikat xidmətləri mərkəzinin sertifikatına təminat vermiş akkreditə edilmiş mərkəz imza istifadəçisinə vurulmuş zərəərə görə Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyinə müvafiq olaraq məsuliyyət daşıyır.⁵⁷ Bu məsuliyyətin dairəsi isə qanunvericilikdə dəqiq müəyyən edilməmişdir. İmza sahibi tərəfindən müqavilə şərtlərinin pozulması, sertifikatın təyinatına riayət edilməməsi nəticəsində imza istifadəçisinə vurulmuş zərəərə görə isə mərkəzlər məsuliyyət daşıyır.

Mərkəzin fəaliyyətinə xitam verilməsi Azərbaycan Respublikasının mülki qanunvericiliyinə uyğun olaraq həyata keçirilir.

AR qanunvericiliyi sertifikatlaşdırılmamış e-imza və elektron sənəd vasitələrindən istifadəyə görə inzibati məsuliyyət müəyyən edir.⁵⁸

III. Elektron imza sahibi kimdir?

A. Elektron imza sahibi hesab olunan şəxslər, onların hüquq və öhdəlikləri

E-imza münasibətlərinin subyektivi olan sertifikat mərkəzlərindən bəhs etdikdən sonra bu münasibətlərin ən önəmli ikinci subyektivi hesab edilən e-imza sahibindən bəhs etmək zəruridir. E-imza sahibi e-imzanı tənzimləyən hüquq münasibətlərinin əsas subyektividir. E-imza məhz e-imza sahibinin fəaliyyətinə, onun niyyətinin ifadəsinə xidmət edir.

AR Qanunvericiliyi e-imza sahibinə aşağıdakı qaydada anlayış verir: “öz adından və ya qanunvericilikdə nəzərdə tutulmuş qaydada ona səlahiyyət

⁵⁵ Yuxarıda istinad 11, mad. 10.

⁵⁶ Yuxarıda istinad 11, mad. 1.

⁵⁷ Yuxarıda istinad 11, mad. 17.

⁵⁸ Azərbaycan Respublikasının İnzibati Xətalər Məcəlləsi, mad. 380 (2015).

vermiş şəxs adından çıxış edən fiziki şəxs".⁵⁹ Qanun e-imza sahibi anlayışı üçün bir sıra zəruri tələblər qoyur. Belə ki, e-imza sahibi mütləq fiziki şəxs olmalıdır. İmza sahibi e-imzanın istifadəsi zamanı öz adından, yaxud səlahiyyət verilmiş şəxs adından çıxış edə bilər. Birinci növ imza sahibliyi aydın başa düşülür. İkinci növ, yəni başqasının adından çıxış edən imza sahibi anlayışını bir qədər açmağı məqsədə uyğun hesab edirəm. İlk növbədə onu qeyd etmək lazımdır ki, səlahiyyət verən şəxsin fiziki, yaxud hüquqi şəxs olduğu qeyd olunmamış, ümumilikdə "şəxs" ifadəsindən istifadə edilmişdir. Bununla da, qanunvericilik səlahiyyət ötürən şəxsin hüquqi statusu ilə bağlı məhdudiyət qoymur. Fikrimcə, anlayışın ikinci hissəsi, yəni "qanunvericilikdə nəzərdə tutulmuş qaydada ona səlahiyyət vermiş şəxs", əsasən, hüquqi şəxslərin e-imzadan istifadəsinə imkan yaratmaq məqsədi daşıyır. Hüquqi şəxslər səlahiyyətli fiziki şəxs vasitəsilə e-imzadan istifadə edə bilərlər. Fikrimcə, bu qaydada tənzimləmə mexanizmi e-imzanın asanlıqla identifikasiya edilə bilməsi üçün müəyyən olunmuşdur. Onu da qeyd etmək lazımdır ki, xarici ölkə qanunvericilikləri hüquqi şəxslərin də birbaşa e-imza sahibi olmasını tanıyır.⁶⁰ Kommersiya əməliyyatlarında hüquqi şəxs yaradaraq fəaliyyət göstərən sahibkarların aktiv şəkildə e-imzadan istifadəsini təmin etmək məqsədilə e-imza sahibi anlayışına hüquqi şəxs ifadəsinin də daxil edilməsi və yalnız fiziki şəxslə məhdudlaşdırılmaması daha məqsədəuyğundur.

UNCİTRAL Model Qanunu yuxarıda qeyd olunmuş anlayışa bir əlavə də edərək aşağıdakı qaydada e-imzaya anlayış verir: "(d) "imza sahibi" imzanın yaradılması ilə bağlı məlumatı özündə saxlayan və özünün, yaxud təmsil etdiyi şəxsin adından hərəkət edən fiziki şəxsdir".⁶¹ Beləliklə, e-imzanın məxfiliyinin təmin olunması baxımından ona dair məlumatların məhz e-imza sahibində olması bu anlayışda da öz əksini tapır.

AR Qanunvericiliyinə əsasən, e-imza sahibi aşağıdakı hüquqlara malikdir: sertifikat mərkəzləri, onların xidmətləri, imzalar, imza vasitələrinin istifadəsi və təhlükəsizlik qaydaları barədə ətraflı məlumat almaq; barəsində sertifikat mərkəzlərində toplanmış məlumatlarla tanış olmaq; sertifikatın qüvvəsinin dayandırılması, bərpa edilməsi və ya ləğvi barədə qərarlar, həmçinin sertifikat mərkəzlərinin fəaliyyəti ilə əlaqədar digər məsələlərlə bağlı Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyinə uyğun olaraq şikayət etmək. İmza sahibi imza yaratmaq və müvafiq vasitələrdən istifadə etmək qabiliyyətinə malik olmalıdır. İmza sahibi elektron imza yaratma məlumatlarının və imza vasitələrinin qorunmasına cavabdehdir və onların digər şəxs tərəfindən istifadəsinə yol verməməlidir. Bunlar üzərində nəzarət itirildikdə və ya buna təhlükə yarandıqda imza sahibi müvafiq sertifikat mərkəzinə dərhal xəbər verməli və sertifikatın qüvvəsinin dayandırılmasını

⁵⁹ Yuxarıda istinad 11, mad. 1.

⁶⁰ UK Electronic Communications Act No. 318, art. 2 (2002).

⁶¹ Yuxarıda istinad 13, art. 2d.

tələb etməlidir. İmza sahibinin yuxarıda göstərilənlərə riayət etməməsi ona Azərbaycan Respublikasının müvafiq qanunvericiliyi ilə məsuliyyət yaradır.⁶² Lakin e-imza sahibinin məsuliyyəti bununla məhdudlaşmır. Belə ki, qanunauyğun olmayan e-imza ilə imzalanmış sənədlər və həyata keçirilmiş əməliyyatlara münasibətdə də e-imza sahibinin məsuliyyəti məsələsi geniş müzakirə olunan məsələlərdəndir. Bu halda etibarən edən tərəf, yəni e-imzanın etibarlı və qanuni olduğunu nəzərə alaraq, hərəkət etmiş tərəfə dəymiş zərərin qanunsuz e-imza sahibi tərəfindən qarşılanmalıdır. Bir çox ölkə qanunvericiliklərində olduğu kimi⁶³, AR qanunvericiliyi də bu sahədə dəymiş zərərlə bağlı münasibətləri tənzimləmir. Bir çox ölkələr isə e-imza sahibinin öhdəlikləri və məsuliyyətini dəqiq müəyyən edir və bu sahədə cinayət məsuliyyəti belə müəyyən edir.⁶⁴

Əvvəlcədən qeyd etdiyim kimi e-imzanın əsas funksiyalarından biri məhz imza sahibinin identikliyi. Bu funksiya sertifikat mərkəzləri tərəfindən tərtib olunan e-imzalarda şəxsin imza yaradarkən təqdim etdiyi barəsində mötəbər məlumatlardan təşkil olunmuşdur.

B. E-imzanın başqa şəxslər tərəfindən istifadə edilməsi

Əvvəlki yarımfəsildə e-imza sahibinin anlayışını verdik. Bu zaman belə bir sual ortaya çıxa bilər. Bir şəxsin adına olan e-imza başqası tərəfindən istifadə edilə bilərmi? Bildiyimiz kimi e-imza bir şəxsin adına identifikasiya edilmiş texniki vasitədir, yəni məhz həmin şəxsin niyyət ifadəsini göstərmək üçün istifadə edilir. Bu halda, təkmil e-imzanın adi əl imzası ilə bərabər tutulduğunu nəzərə alsaq, bir şəxsin əl imzasından başqasının istifadəsinin qeyri-mümkünlüyünü əsas gətirərək qarşılıqlı müqayisə aparmaq olar. Belə ki, hər bir şəxsin özünəməxsus əl imzası olur və başqa şəxs tərəfindən bu imzanın bilərəkdən təqlid edilməsi və sui-istifadə halları imzanın saxtalaşdırılması hesab olunur və qanunvericilik qaydasında həmin şəxsin məsuliyyətə cəlb edilməsinə səbəb olur. E-imzaya da bu cür yanaşsaq, belə başa düşmək olur ki, e-imza başqa şəxsə istifadə üçün ötürülə bilməz, yalnız e-imza sahibi tərəfindən istifadə olunmalıdır. Lakin nəzərə alsaq ki, e-imza əl imzasının daha təkmil və texnoloji vasitələrlə təchiz edilmiş, o cümlədən məxfiliyi müvafiq sertifikatla qorunan yeni növüdür və bu cür imza sənədlərin daha operativ təsdiqlənməsinə xidmət edir, bu məqsədlərə nail olmaq üçün e-imzanın səlahiyyətləndirilmiş şəxslər tərəfindən istifadəsinin mümkünlüyünü də istisna etmək olmaz.

⁶² Yuxarıda istinad 58.

⁶³ Argentina, Ley de fi rma digital, art. 25 (2001); Cayman Islands, Electronic Transactions Law, Section 31 (2000); India, Information Technology Act, sections 40-42 (2000); Mauritius, Electronic Transactions Act, articles 33-36 (2000).

⁶⁴ China, Electronic Signatures Law, art. 27 (2004)); Colombia, Ley 527 sobre comercio electrónico, article 40; Mexico, Código de Comercio: Decreto sobre fi rma electronica, art. 99 (2003).

Beynəlxalq təcrübədə bu mövzuya yanaşma fərqlidir. Avstraliya Federal Məhkəməsinin Whittaker v. Child Support Registrar qərarında icazəsiz istifadə halı istisna olmaqla, imzanın başqa şəxs tərəfindən istifadəsinin mümkünlüyü ifadə olunur.⁶⁵

Əvvəlki yarımfəsildə qeyd edildiyi kimi, AR qanunvericiliyi bu məsələyə dair konkret tənzimləmə müəyyən edir. Belə ki, imza sahibi elektron imza yaratma məlumatlarının və imza vasitələrinin qorunmasına cavabdehdir və onların digər şəxs tərəfindən istifadəsinə yol verməməlidir.

Elektron imzanın yazılı imzadan digər üstün cəhəti səlahiyyətləndirilmiş digər şəxs tərəfindən istifadəsinin mümkünlüyüdür.

Təcrübədə bir sıra hallarda, e-imzanın və ona dair məlumatların səlahiyyəti olmayan şəxslərin əlinə keçməsi ilə ondan sui-istifadə hallarına rast gəlinir.⁶⁶ Bunlar üzərində nəzarət itirildikdə və ya buna təhlükə yarandıqda imza sahibi müvafiq sertifikat mərkəzinə dərhal xəbər verməli və sertifikatın qüvvəsinin dayandırılmasını tələb etməlidir. Məhz bu halın qarşısının alınması üçün açıq açar kriptografiyası mexanizmindən istifadə olunan sertifikatla təsdiqlənmiş e-imzadan istifadə zəruridir.

AR İnzibati Xətlər Məcəlləsində elektron imza qanunvericiliyinin pozulmasına dair maddə öz əksini tapsa da, bu qaydada sui-istifadəyə görə konkret məsuliyyət nəzərdə tutulmamışdır.

IV. Elektron sənəd nədir?

A. Elektron sənəd anlayışı

Elektron sənədlərin təsdiqlənməsi üçün istifadə olunan e-imza barədə ətraflı məlumatla yanaşı, sonra elektron sənədin mahiyyəti barədə də məlumat əldə etmək mühümdür. Elektron sənəd anlayışı AR qanunvericiliyində aşağıdakı kimi verilir: “elektron sənəd - informasiya sistemində istifadə üçün elektron formada təqdim edilən və elektron imza ilə təsdiq olunmuş sənəddir”.⁶⁷ Bu anlayışdan belə başa düşülür ki, elektron sənəd mütləq qaydada elektron imza ilə təsdiqlənmiş olmalıdır, əks təqdirdə elektron sənəd hesab edilməyəcəkdir. AR Qanunvericiliyindən fərqli olaraq, UNCITRAL Model Qanununda elektron sənəd anlayışı öz əksini tapmamışdır. Ümumilikdə, AR qanunvericiliyindən fərqli olaraq, beynəlxalq yanaşmada elektron sənədlə bağlı konkret hüquqi tələblər yoxdur.

AR Qanunvericiliyinə əsasən, elektron sənəd ümumi və xüsusi hissələrdən ibarət quruluşa malikdir. Elektron sənədin məzmunu və ünvanlandığı şəxs barədə məlumatlar onun ümumi hissəsində qeyd edilir. Elektron sənədə əlavə edilən elektron imza (imzalar) və vaxt göstəricisi (göstəriciləri) elektron sənədin xüsusi hissəsində qeyd olunur.

⁶⁵ Whittaker v. Child Support Registrar para. 354; Disciplinary Counsel v. Lorenzon. 978 N.E.2d 183 (2012).

⁶⁶ Gong v. Zhang (2014); Liberty Mortgage Corporation v. Fiscus, UCC Rep.Serv.2d 815 (2016).

⁶⁷ Yuxarıda istinad 11, mad. 1.

Digər bir məsələ isə elektron sənədin surətinin əldə edilməsi ilə bağlıdır. Elektron sənədin surəti onun kağız daşıyıcıda əks edilmiş xarici təqdimat formasının Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyində müəyyən olunmuş qaydada təsdiq edilməsi ilə hazırlanır. AR Qanunvericiliyi elektron sənədin surətinin istifadə edilməsini mümkün edir. Elektron sənədin kağız daşıyıcıdakı nüsxəsində onun müvafiq elektron sənədin surəti olması qeyd edilməlidir. Elektron sənədin kağız daşıyıcıdan başqa digər maddi obyektəki və ya kağız daşıyıcıdakı, lakin müvafiq qaydada təsdiq edilməmiş nüsxəsi onun surəti sayılmır. Elektron sənədin əslə və qanunvericiliyin tələblərinə cavab verən kağız daşıyıcı üzərindəki surəti eyni hüquqi qüvvəyə malikdir.

Əvvəlki fəsillərdə də qeyd olunduğu kimi, Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyi ilə sənədin yazılı şəkildə təqdim olunması tələb olunduqda qanunvericiliyə uyğun imzalanmış elektron sənəd bu şərtlərə cavab verən hesab edilir. Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyi ilə sənədin notariat qaydasında təsdiqi və (və ya) dövlət qeydiyyatı tələb olunduğu hallar istisna olmaqla, elektron sənəd kağız daşıyıcıda olan sənədə bərabər tutulur və onunla eyni hüquqi qüvvəyə malikdir. Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyi ilə sənədin notariat qaydasında təsdiqi və ya dövlət qeydiyyatı tələb olunduqda elektron sənəd və ya qanunun tələblərinə cavab verən surəti Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyinə müvafiq olaraq qeydiyyata alınır və ya təsdiq edilir.

Elektron sənədlərdə əks olunan məlumatlar qədər bu sənədin göndərilmə və qəbul edilmə tarixlərinin də dəqiq müəyyən olunması praktiki cəhətdən mühüm hesab edilir. Tərəflər arasında bağlanmış müqavilədə başqa hallar müəyyən edilməmişdirsə, elektron sənədi göndərən və ya onun adından çıxış edən şəxsin nəzarətində olmayan informasiya sisteminə daxil olduğu an elektron sənədin göndərilmə vaxtı (tarix və vaxt) hesab edilir. Tərəflər arasında müqavilədə başqa hallar müəyyən edilməmişdirsə, elektron sənədin alanın göstərdiyi informasiya sisteminə daxil olduğu an elektron sənədin alınma vaxtı (tarix və vaxt) hesab edilir. Göndərilmə və alınma vaxtlarının mübahisəyə səbəb olacağı hallarda vaxt göstəricilərinin qeydiyyatı xidmətlərindən istifadə edilə bilər. Elektron sənəddə vaxt göstəricisinin olması ona görə əhəmiyyətlidir ki, göndərən alanın elektron informasiyanı əldə etmə müddəti barədə məlumata sahib olur. Bu isə ona görə zəruridir ki, məlumatı qəbul edən öhdəlik və məsuliyyətindən boyun qaçırmaq üçün sənədi qəbul etməsini inkar etdiyi halların qarşısını alır. E-imza ilə təsdiqlənən sənədlər istifadə olunarkən göndərən yalnız məlumatın çatdığını yox, eləcə də bu barədə təsdiqlənmiş məlumat və sübut olduğunu bilir və qarşı tərəfin sənədin çatımlılığını barədə iddialarına cavab verə bilər. E-imzalı sənədin digər bir üstünlüyü isə ondan ibarətdir ki, vaxt göstəriciləri dəyişdirilə, yaxud silinə bilmir və beləcə etibarlılığını saxlayır. Sənədin hansı

vaxtda göndərildiyi və qəbul edildiyini bilmək xüsusilə dələduzluq hadisələrinin qarşısını almağa da kömək edir.⁶⁸

Yuxarıda qeyd olunduğu kimi, elektron sənədin anlayışına onun bir əlaməti kimi e-imza ilə təsdiqlənmiş olması göstərilir. Bu halda, elektron qaydada həyata keçirilən əməliyyatlarda təkmil e-imzadan istifadə etmədən edilmiş razılaşmalar (məsələn, e-ticarətdə yalnız “şərtlərlə razıyam” xanasına basılmaqla edilən razılaşmalar) etibarsız hesab edilirmi? Fikrimcə, e-ticarətin, eləcə də elektron sənədləşmənin daha geniş istifadəsinə təkan yaratmaq üçün bu cür tələbin elektron sənəd anlayışından çıxarılması daha məqsədəuyğun olardı. Bu zaman isə bir sıra təhlükəsizlik məsələləri ortaya çıxır ki, bu məsələlərin təkmil texnoloji vasitələrdən istifadə ilə qarşısının alınması qeyri-mümkün deyildir.

B. Elektron müqavilələr elektron sənədlərin növü kimi

Müqavilələrin adı qaydada imzalanması, bir qayda olaraq, tərəflərin imza və mövcuddursa, möhürləri ilə təsdiqlənir. Bu qaydada təsdiqləmənin üç əsas funksiyası vardır: 1) müqavilənin mənbəyini müəyyən etmək; 2) sənədin məzmununun imza sahibləri tərəfindən təsdiqləndiyini müəyyən etmək; 3) müqavilə üzrə məsuliyyətli şəxsləri müəyyən etmək. Müqavilələr elektron qaydada e-imza ilə imzalanarkən yuxarıda göstərilən funksiyaların hər biri öz əksini tapır və möhürə ehtiyac olmadan sənədlərin təhlükəsiz qaydada təsdiqlənməsi təmin olunur.

Əvvəlcədən qeyd olunduğu kimi AR Mülki Məcəlləsində birbaşa olaraq elektron imza ilə təsdiq olunmuş elektron sənəd formalı müqavilələrin yazılı müqavilələrə aid olması öz əksini tapmamışdır.⁶⁹ Buna baxmayaraq, AR Konstitusiyaya Məhkəməsi bu məsələyə aydınlıq gətirərək, Mülki Məcəllənin 407.2-ci maddəsinə verdiyi şərhə elektron imza ilə təsdiqlənmiş müqavilələrin yazılı müqavilələrə aid olduğunu aşağıdakı qaydada ifadə etmişdir: “Azərbaycan Respublikası Mülki Məcəlləsinin 407.2-ci maddəsinin “sadə yazılı müqavilə müvafiq qaydada imzalandığı ... andan bağlanmış sayılır” müddəasının “müvafiq qaydada imzalanma” tələbi tərəflərin onu şəxsən, mexaniki və ya başqa surətçixarma vasitələrinin köməyi ilə imzanın faksimilesindən, elektron imzadan və ya şəxsi imzanın başqa analoqundan istifadə etməklə imzalamasını nəzərdə tutur.”⁷⁰

Digər bir məsələ müqavilənin qüvvəyə minmə tarixi ilə bağlıdır. Belə ki, əksər müqavilələrdə qüvvəyə minmə anı ilə bağlı praktika ondan ibarətdir ki, bu müqavilə hər iki tərəf tərəfindən imzalandığı andan qüvvəyə minir. E-imzanın imza sahibi tərəfindən sənədi təsdiqləməsi və sənəddəki məlumatın qəbul edənə çatması anları fərqli olduğundan, bu halda müqavilənin qüvvəyə

⁶⁸ Enas M. Qutieshat, *The Use of Electronic Signature in Validation of Electronic Contracts from the Jordanian Perspective*, *School of law*, 89 *Journal of Law, Policy and Globalization* 62, 64 (2019).

⁶⁹ AR Mülki Məcəlləsi, maddə 407 (1999).

⁷⁰ Yuxarıda istinad 18, 7 (2020).

minmə anı kimi dəqiq hansı vaxtın nəzərdə tutulduğu sual doğura bilər. Buradan digər bir sual ortaya çıxır. Əvvəlki yarımfəsildə qeyd etdiyimiz kimi, elektron sənədin e-imza ilə təsdiqlənməsi zəruridir. Bu zaman ikitərəfli razılıq ifadəsi hesab edilən elektron müqavilələrin elektron sənədin statusuna bərabər tutulması üçün hər iki tərəfin e-imza ilə sənədi təsdiqlənməsi zəruridirmi? Hesab edirəm ki, müqavilənin qüvvəyə minmə anı hər iki imza sahibinin sənədi imzalaması anına bərabər tutulmalıdır.

Bildiyimiz kimi e-imzanın əsas məqsədlərindən biri də imzalanan sənədin bütövlüyyəsinə nail olmaqdır. Bu zaman xüsusilə bir neçə səhifədən ibarət müqavilələrdə bu funksiyanın tətbiqinin əhəmiyyəti ondan ibarətdir ki, müqavilənin son səhifəsini e-imza ilə təsdiqləyən imza sahibi öz niyyət ifadəsini həm də müqavilənin əvvəlki səhifələrinə münasibətdə ifadə edir. Belə olan halda, müqavilənin digər səhifələrini imzalamadığı üçün tərəflərdən hər hansı biri həmin səhifələrdəki öhdəliklərindən boyun qaçıra bilməzlər. Bu qaydada müqavilə imzalanması həmçinin gələcəkdə tərəflərin xəbəri olmadan imzalanmamış səhifələrdə hər hansı dəyişiklik edilə bilməsini qeyri-mümkün edir və sui-istifadə hallarının qarşısını alır.

Başqa bir sual birtərəfli əqdlərlə bağlı, eləcə də müqavilə olmayan digər növ elektron sənədlərin hüquqi qüvvəyə minmə anı ilə bağlı ortaya çıxır. Həmin sənədlərin qüvvəyə minmə anının e-imza ilə təsdiqlənmə, yaxud ünvanlanan şəxsə çatması anı hesab olunmalıdır? Bu suala cavab vermək üçün adi əl imzası ilə imzalanan sənədlərin hüquqi qüvvəsi ilə bağlı tətbiq olunan mexanizmi analoji qaydada e-imzalara tətbiq etməyin məqsədəuyğun olduğunu hesab edirəm. Bu isə o deməkdir ki, sənədlərin qüvvəyə minmə, yaxud əlaqədar şəxs üzərində öhdəlik yaratma tarixi qanunvericiliklə, yaxud sənədin özündə başqa qayda nəzərdə tutulmayıbsa, imzalandığı an hesab olunmalıdır.

Digər bir məsələ elektron müqavilələrin qanunvericilik qaydasında tənzimlənməsi ilə bağlıdır. Belə ki, AR qanunvericiliyi elektron müqavilələrə münasibətdə konkret normalar nəzərdə tutmur. Mülki Məcəllədə müqavilələrə dair ümumi və xüsusi şərtlər analoji qaydada elektron müqavilələrə də şamil olunur. Buna yalnız elektron ticarətlə bağlı olan elektron müqavilələr istisna təşkil edir ki, bu barədə növbəti fəsildə ətraflı bəhs olunacaqdır.

Müqavilənin bağlanma vaxtı kimi, bağlandığı yerin də əhəmiyyəti böyükdür. Xüsusilə iki fərqli ölkənin fiziki, yaxud hüquqi şəxsləri arasında imzalanan müqavilələrdə müqavilənin imzalanma yeri kimi haranın götürüldüyü müəyyən olunmalıdır. Mülki Məcəllənin 411-ci maddəsinə əsasən, əgər müqavilədə onun bağlandığı yer göstərilməyibsə, müqavilə ofertanı göndərmiş fiziki şəxsin yaşayış yerində və ya hüquqi şəxsin olduğu yerdə bağlanmış sayılır.⁷¹

⁷¹ Yuxarıda istinad 69, mad. 411.

Əvəlki fəsillərdə yazılı olması tələb olunan sənədlərlə bağlı AR Qanunvericiliyinin mövqeyini qeyd etmişdik. Xarici ölkələrin məhkəmə praktikası da bununla bağlı oxşar mövqedə dayanır. Məsələn, ABŞ-ın Barwick v. Government Emp. Insurance Co. qərarında e-imza ilə imzalanmış müqavilələrin yazılı bağlanması tələb olunan müqavilələrlə bərabər hüquqi statusa malik olduğu qeyd edilmişdir.⁷²

Hər nə qədər kriptografik üsulla və sertifikatla təsdiqlənmiş elektron imza ilə təsdiq təhlükəsiz hesab olunsa da, elektron sənədlərin, xüsusilə də müqavilələrin bu qaydada imzalanması zamanı tərəflərin məsuliyyətini yaradan bəzi hallar ortaya çıxa bilər. Bu kimi hallara aşağıdakıları aid etmək olar: a) Müqaviləni imzalayan şəxs imza sahibi olmayan şəxsdir. b) İmza sahibi səlahiyyəti olmayan şəxsə e-imzadan istifadəyə imkan yaratması ilə müqavilə imzalanmışdır. c) Məlumatlar e-imza ilə göndərsə də, tərəf bu məlumatların hüquqi qüvvəyə minməsi niyyətində deyildir. d) Məlumat e-imza ilə göndərilir, lakin e-imzanın sertifikatı ləğv edilir, yaxud dayandırılır.⁷³

Beynəlxalq arenada digər bir məsələ fərqli ölkələrdə yaradılmış e-imzaların müqavilələrin, eləcə də digər sənədlərin imzası zamanı hüquqi qüvvəsinin tanınması ilə bağlıdır. OECD təşkilatının işçi qrupu qeyd edir ki, əksər dövlətlərin qanunvericiliyi fərqli ölkələrdə yaradılmış e-imzalara münasibətdə ayrı-seçkiliyin olmamasını müəyyən etsə də, yerli qanunvericiliklərdə oan müxtəlifliklər bir sıra problemlərə gətirib çıxarır.⁷⁴ Bu zaman AR Qanunvericiliyi təkmil e-imza ilə imzalanmış, yəni "Elektron imza haqqında" Qanunun 16-cı maddəsinin tələblərinə⁷⁵ cavab verən sertifikata malik e-imza ilə təsdiqlənmiş müqavilələri etibarlı hesab edir.

C. Elektron sənədin məxfiliyi və təhlükəsizliyi

Elektron sənədin başqa şəxslər tərəfindən əldə edilməsi və sui-istifadə hallarının qarşısını almaq üçün məxfiliyinin və təhlükəsizliyinin qorunması mühüm şərtlərdən hesab olunur. Beynəlxalq təşkilatların və əksər dövlətlərin də təkmil e-imza, yəni sertifikatlaşdırılmış imzadan istifadəni dəstəkləməyinin əsas səbəbi məhz sənədlərin məxfilik və təhlükəsizliyini təmin etməkdən ibarətdir. Texnoloji vasitələrdən, xüsusilə də kriptografiya üsulundan istifadə etməklə, imzalama bu cür təminatın ən uyğun vasitələridir.

Konfidensiallığı qorunan elektron sənədlər AR qanunvericiliyində aşağıdakı qaydada tənzimlənir: Tərəflər arasında bağlanmış müqaviləyə əsasən elektron sənəd dövriyyəsinə həyata keçirən subyektlər konfidensial informasiya məzmunlu elektron sənədlərə müraciət və onların mühafizə

⁷² Barwick v. Government Emp. Insurance Co, 3 (2011).

⁷³ Mason, yuxarıda istinad 37, §15.10.

⁷⁴ Directorate For Science, Technology And Industry Committee For Information, *Computer And Communications Policy Organization for Economic Cooperation and Development, Working Party on Information Security and Privacy*, 5 (2008).

⁷⁵ Yuxarıda istinad 11, mad. 16.

üsullarını Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyinə uyğun olaraq özləri müəyyən edirlər. Tərkibində dövlət, kommersiya, bank sirləri təşkil edən məlumatlar və digər konfidensial informasiyalar olan elektron sənədlərin istifadə qaydası və mühafizə tədbirləri Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyi ilə müəyyən edilir. Tərkibində dövlət sirri təşkil edən məlumatlar olan elektron sənədlərin mübadiləsi üçün yalnız sertifikatlaşdırılmış e-imza və elektron sənəd dövriyyəsi vasitələrindən istifadə olunmalıdır. Elektron sənədlərlə işləməyə buraxılan şəxslər Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyinə müvafiq olaraq bu sənədlərin mühafizəsi üçün zəruri tədbirlərin görülməsini təmin etməlidirlər. Tərəflər arasında bağlanmış müqaviləyə əsasən elektron sənəd dövriyyəsinə həyata keçirən subyektlər konfidensial informasiya məzmunlu elektron sənədlərə müraciət və onların mühafizə üsullarını Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyinə uyğun olaraq özləri müəyyən edirlər.⁷⁶

V. Elektron ticarət nədir?

A. E-ticarət anlayışı və əhəmiyyəti

Texnoloji yeniliklərə ayaq uyduran ticarət mühitində e-imzadan istifadənin əhəmiyyəti özünü ən çox e-ticarət mühitində göstərir. Müasir dövrdə daha operativ və sürətli ticarəti həyata keçirmək həm satıcının, həm də alıcının⁷⁷ marağındadır. E-ticarət ifadəsini qavramaq üçün ona dair anlayışlara diqqət yetirmək lazımdır. “Elektron ticarət haqqında” AR qanununun 1-ci maddəsinə əsasən, “elektron ticarət - informasiya sistemlərindən istifadə edilməklə malların alqı-satqısı, xidmətlərin göstərilməsi və işlərin görülməsi üzrə həyata keçirilən fəaliyyətdir”.⁷⁸ Beləliklə, e-ticarət alqı-satqı, müxtəlif növ xidmətlərin göstərilməsi və işlərin görülməsi üzrə kommersiya fəaliyyətini əhatə edir. Qanun maliyyə bazarı, o cümlədən sığorta və qiymətli kağızlar bazarını istisna etməklə, digər bütün kommersiya sahələrinə şamil olunur. İstisna olunan sahələr, bu sahədə mövcud digər qanunvericilik aktları ilə xüsusi şəkildə qorunur. UNCİTRAL-ın “Elektron Ticarət haqqında” Model Qanunu isə elektron ticarətə konkret anlayış verməsə də, kommersiya anlayışını açaraq buraya bir çox kommersiya əməliyyatlarını aid edir. Bu əməliyyatlara aşağıdakılar aiddir: müqavilə və müqavilədən irəli gəlməyən aşağıdakıların daxil olduğu, lakin bununla məhdudlaşmayan kommersiya fəaliyyətləri: əmtəə və xidmətlərin təchizi və mübadiləsi üzrə istənilən ticarət əməliyyatları; distribyutor müqaviləsi; kommersiya təmsilçiliyi və ya agentlik; faktoring; lizinq; tikinti; məsləhət xidmətləri; mühəndislik; lisenziya; investisiya; maliyyə; bank; sığorta; istismar müqaviləsi yaxud konsessiya; birgə ticarət və sənayə və biznes

⁷⁶ Yuxarıda istinad 11, mad. 32.

⁷⁷ Bu subyektlər ümumilikdə ifadə olunmuşdur, buraya həmçinin sifarişçi, icraçı, podratçı və sair anlayışlar da daxildir.

⁷⁸ “Elektron ticarət haqqında” AR Qanunu, mad. 1 (2005).

əməkdaşlığının digər formaları; hava, su və dəmiryolu vasitəsilə yük və sərnişindaşımalar.⁷⁹ Yuxarıda sadalananlardan hər hansı bir xidməti, məsələn, yükdaşıma fəaliyyətinin e-ticarət üzərindən həyata keçirilməsini nəzərdən keçirərkən, UNCİTRAL Model Qanununa görə bura aşağıdakı əməliyyatları aid edə bilərik:⁸⁰ malların markası, sayı, miqdarı yaxud çəkisi üzrə təchiz etmək; malların təbiəti və dəyərini bəyan etmək; malların qəbulunu bildirmək; malların yükləndiyini bildirmək; tərəfi müqavilə şərtləri barədə məlumatlandırmaq; daşıyıcıya təlimatlar vermək; malların çatdırılmasını təmin etmək; malların boşaldılmasına icazə vermək; itki yaxud zərər barədə məlumat vermək; müqavilənin yerinə yetirilməsi ilə bağlı hər hansı digər məlumat vermək; səlahiyyətli şəxsə malların çatdırılması öhdəliyini götürmək; mallara dair hüquqları vermək, ötürmək, əldə etmək, imtina etmək; danışıqlar aparmaq; müqavilə üzrə hüquq və öhdəlikləri əldə etmək və dəyişiklik edə bilmək. Bütün bu qeyd olunanlar e-ticarət üzərindən elektron məlumat yolu ilə həyata keçirilə bilər.

Əlaqədar hüquq normalarına əsasən e-ticarətin üç əsas subyekti vardır: 1) satıcı (təchizatçı)- alları satan (xidmətləri göstərən, işləri görən) elektron ticarət iştirakçısı; 2) alıcı (sifarişçi) - malları alan (xidmətləri, işləri sifariş edən) elektron ticarət iştirakçısı; və 3) elektron sənəd dövriyyəsi vasitəçisi (bundan sonra - vasitəçi) elektron sənədi göndərən və alan arasında elektron sənəd dövriyyəsi xidmətlərini göstərən fiziki və ya hüquqi şəxs. Qeyd olunan ilk iki subyekt onlayn qaydada həyata keçirilən xidmətlərin, yəni ticarət xidmətlərinin əsas subyektləri hesab olunur və onların mövcudluğu olmadan ticarətin həyata keçirilməsi qeyri-mümkündür. Üçüncü subyekt isə qeyd olunan kommersiya əməliyyatlarını internet mühitinə daşıyan əsas subyekt hesab olunur. Bu cür vasitəçilərə beynəlxalq praktikadan “eBay”, “AliExpress”, “Amazon” kimi tanınmış müəssisələri misal göstərmək mümkündür. AR Qanunvericiliyi bu cür vasitəçələrə dair məsuliyyət müəyyən edir.⁸¹

E-ticarətdən danışarkən onun məhz ticarətin təkmilləşmiş və texnoloji vasitələrdən istifadə etməklə fəaliyyət göstərən müasir variantı olduğunu nəzərə alsaq, ticarətin əsas prinsipləri və qanunvericilikdə mövcud əlaqədar normaların analoji qaydada e-ticarətə də tətbiq edilməli olduğunu aydın görə bilərik. Bununla yanaşı, Azərbaycanda elektron ticarətin həyata keçirilməsinə xüsusi razılıq (lisenziya) tələb olunmur. Xüsusi razılıq (lisenziya) tələb olunan fəaliyyət sahələrində elektron ticarət aparıldıqda, satıcı (təchizatçı) qanunvericilikdə müəyyən edilmiş qaydada həmin fəaliyyətə xüsusi razılıq (lisenziya) almalıdır. Xüsusi razılıq tələb olunan fəaliyyət sahələrinə spirtli içkilərin, tütün məmulatlarının topdansatışı, rabitə xidmətləri, pul

⁷⁹ “Elektron Ticarət haqqında” UNCİTRAL Model Qanunu, mad. 1 (1996).

⁸⁰ Yəni orada, mad. 16.

⁸¹ Yuxarıda istinad 78, mad. 12.

lotereyalarının keçirilməsi, işədüzəltmədə vasitəçilik fəaliyyəti və siyahısı qanunla müəyyən olunmuş digər sahələr aiddir.⁸²

E-ticarətin əsas elementlərindən biri əməliyyatların e-imza ilə təsdiqlənməsidir. Belə ki, AR Qanunvericiliyinə əsasən, elektron ticarətin həyata keçirilməsi üçün tərəflər arasında müqavilə elektron sənəd formasında olmalıdır.⁸³ AR qanunvericiliyinə əsasən, elektron sənədin əsas əlamətlərindən biri onun məhz e-imza ilə imzalanmasıdır. Ölkəmizdə e-imza anlayışı təkmil e-imzanı, yəni sertifikatla təsdiqlənmiş imzanı əhatə etdiyi üçün, buradan belə aydın olur ki, e-imza üçün mütləq şəkildə təkmil e-imza gərəklikdir. Lakin praktikada təkmil e-imzadan istifadə edilmədən, məsələn alıcının şərtlərlə razı olduğunu ifadə edən xananı seçməsi ilə təsdiqlənən və bu yolla həyata keçirilən bir çox xidmətlər vardır. Bu cür razılaşma ilə həyata keçirilən xidmətlərin hüquq statusu və tərəflər arasında mübahisə yaranacağı təqdirdə mövcud razılaşmaların etibarlılığı qanunvericilik qaydasında tənzimlənməmişdir.

E-ticarət subyektlərinin qarşısında duran ən böyük sual bu qaydada ticarətin həyata keçirilməsinin təhlükəsizliyidir. İstər satıcılar, istərsə də alıcılar əmin olmaq istəyir ki, e-ticarət vasitəsilə həyata keçirdikləri əməliyyatlar hər hansı dəyişikliyə məruz qalmayacaq, qarşı tərəf həqiqətən də özünü təqdim etdiyi şəxsdir və əməliyyat mexanizmləri açıq, hüquqi və təhlükəsizdir.⁸⁴ Lakin qəbul etmək lazımdır ki, indiki vəziyyətdə xidmətlərin daha sürətli və operativ həyata keçirilməsinə təkan yaratsa da, e-ticarət adı qaydada həyata keçirilən kommersiya xidmətlərindən münasibətdə təhlükəsizliyi daha az təmin olunan, kibercinayətlərə daha açıq, satıcı üçün daha çox zəhmət tələb edən bir mühitdir. Bu səbəbdən, hazırki dövr üçün e-ticarətin inkişafı, hesab edirəm ki, özünün başlanğıc dövrlərini yaşayır, kifayət qədər genişlənməsi və daha çox kommersiya subyektləri və fəaliyyət sahələrini özündə birləşdirməsi üçün uzun yol qət etməsinə ehtiyac vardır.

B. E-ticarət müqavilələrinə dair tələblər

E-ticarət özü ilə sürət və operativlik gətirsə də, kommersiya fəaliyyətinin həyata keçirilməsi üçün mühüm olan məsələlərə dair bir sıra sualların, o cümlədən müqavilə hüququ sahəsində bəzi nüasnlarn aydınlaşdırılması ehtiyacını yaradır. E-ticarət mühitində elektron müqavilələrin forması, imzalanma qaydası və s. məsələlər müxtəlif ölkə nəzəriyyəçiləri, eləcə də qanunvericilik orqanları tərəfindən müzakirə olunmaqdadır. Xüsusilə də, müqavilənin forması ilə bağlı tələblərə dair ölkə qanunvericilikləri fərqli yanaşmalar sərgiləyir. Bəzi ölkələrdə mülki qanunvericilikdən irəli gələn adı müqavilələlərə şamil olunan forma tələbləri e-ticarət müqavilələrinə də şamil

⁸² “Xüsusi razılıq (lisenziya) tələb olunan fəaliyyət növlərinin siyahısının təsdiq edilməsi haqqında” AR Prezidentinin Fərmanı (1997).

⁸³ Yuxarıda istinad 78, mad. 7.1.

⁸⁴ Commission of the European Communities, *A European Initiative in Electronic Commerce*, 157 (1997).

olunur. AR qanunvericiliyi də bu cür yanaşmanı üstün tutaraq, e-ticarət sahəsində müqavilələr üçün bir sıra tələblər qoyur. Müqavilə tərəflərinin başqa cür razılaşdığı hallar istisna olmaqla, oferta və aksept elektron məlumat formasında təqdim edilir. E-ticarətdə satıcı (təchizatçı) ilə alıcı (sifarişçi) arasında müqavilələr elektron sənəd formasında bağlanır. Müqavilə bağlamaq təklifi (oferta), o cümlədən qeyri-müəyyən şəxslər dairəsinə ünvanlanmış oferta (ümumi oferta) oferentin özü və ya bu təkliflə bağlı onun adından hərəkət etmək səlahiyyəti verilmiş şəxs tərəfindən, yaxud onların proqramlaşdırdığı və avtomatik fəaliyyət göstərən informasiya sistemi vasitəsilə göndərilə bilər. Müqavilənin şərtləri xüsusi biliyə malik olmayan alıcı (sifarişçi) tərəfindən dəqiq və birmənalı başa düşülən şəkildə tərtib edilməlidir, həmçinin müqavilə onunla tanış olmağa və onu saxlamağa imkan verən formada hazırlanmalıdır. Müqavilənin bəzi şərtləri digər elektron sənədə istinadən verilə bilər və bu səbəbdən müqavilə etibarsız sayıla bilməz. Bu halda satıcı (təchizatçı) müqavilənin qüvvədə olduğu müddətdə istinad olunan elektron sənədə çıxış imkanı təmin etməlidir. Müqavilə satıcının (təchizatçının) ona aksept aldığı andan bağlanmış hesab olunur.⁸⁵ Bu zaman aksept alma dedikdə nəyin nəzərdə tutulduğu, fikrimcə, qanunvericilikdə dəqiq müəyyən olunmalıdır. Belə ki, daha əvvəl də qeyd etiyimiz kimi, elektron sənədə dair əsas tələbin onun e-imza ilə təsdiqlənməsi olduğunu nəzərə alsaq, akseptin alınmasının da e-imza ilə təsdiqlənməli olduğu zəruriyyəti ortaya çıxır. Əgər tərəflər arasındakı razılığa əsasən digər hallar nəzərdə tutulmamışdırsa, elektron sənədin qəbul edilməsinin təsdiqi aksept hesab olunur. Elektron sənəd e-imza ilə təsdiqləndikdən sonra aksept edilmiş hesab edilir.

Qanunvericiliyə əsasən, alıcı sifariş verməzdən əvvəl satıcı tərəfindən aşağıdakı məlumatla təmin olunmalıdır: təchizatçının adı, ünvanı; malların (xidmətlərin, işlərin) xüsusiyyətləri barədə əsas məlumatlar; vergilər nəzərə alınmaqla malların (xidmətlərin, işlərin) qiymətləri; çatdırılma nəzərdə tutulduqda, onun xərci və digər şərtləri; ödəniş və sifarişin icra olunma şərtləri; bu Qanunda nəzərdə tutulmuş imtina hüququndan istifadə imkanı; müqavilə bağlamaq təklifinin və ya qiymətin qüvvədə olduğu müddət; ehtiyac olarsa, malların, işlərin və xidmətlərin daimi və ya mütəmadi təchiz edilməsinin minimal müddəti; müqavilənin bağlanma üsulu və mərhələləri; satıcı tərəfindən müqavilənin qeydiyyatının aparılması və ona çıxış imkanı; sifarişin verilməsi zamanı buraxılan səhvlərin müəyyənləşdirilməsi və onların düzəldilməsi üçün mövcud olan texniki imkanlar; Sifariş verildikdən satıcı alıcıya sifarişi aldığı dərhal bildirməlidir. Alıcı sifarişin təsdiqlənməsi barədə məlumatı əldə etdiyi halda sifariş qəbul olunmuş sayılır.⁸⁶

⁸⁵ Yuxarıda istinad 78, mad. 7.

⁸⁶ Yuxarıda istinad 78, mad. 8.

AR Qanunvericiliyi e-ticarət müqavilələrindən imtina əsaslarını da müəyyən edir. Belə ki, alıcı malın (işin, xidmətin) ödəniş qaydasından asılı olmayaraq 7 iş günü ərzində cəriməsiz olaraq və səbəb göstərmədən bağlanmış müqavilənin icrasından imtina edə bilər. Qanunvericilikdə müəyyən edilmiş öhdəlik yerinə yetirilmişdirsə, müqavilənin icrasından imtina edilmə müddəti müqavilənin bağlandığı gündən hesablanır. Lakin müvafiq öhdəlik, yəni yuxarıda qeyd olunmuş sifarişə dair məlumatlar müqavilə bağlanan anadək alıcıya çatdırılması öhdəliyi satıcı tərəfindən yerinə yetirilməmişdirsə, o bunu müqavilə bağlandıqdan sonrakı 3 ay ərzində etməlidir. Bu dövrdə öhdəlik yerinə yetirilərsə, 7 günlük imtina müddəti həmin gündən hesablanır. Alıcı göstərilən qaydada müqavilənin icrasından imtina etdikdə, satıcı onun ödədiyi məbləği əlavə xərc olmadan 7 gün ərzində geri qaytarmalıdır. Bu zaman alıcıdan yalnız malın qaytarılması xərci tutula bilər. Tərəflər arasında digər razılaşma olmadıqda, alıcı aşağıdakı müqavilələrin icrasından imtina edə bilməz: 7 günlük imtina müddət ərzində alıcının razılığı ilə müqavilənin icrasına başlandıqda; qiymətləri satıcı tərəfindən tənzimlənməyən maliyyə bazarındakı dəyişmələrdən asılı olan malların təchizatı üzrə müqavilələrdə; alıcının xüsusi tələbi əsasında istehsal və ya uyğunlaşdırma səbəbindən geri qaytarılması mümkün olmayan, tez korlanan və ya məhdud istifadə müddəti olan malların təchizatı üzrə müqavilələrdə; audio, video yazılar və ya kompüter proqram təminatının, həmçinin digər malların qablaşdırma materialı alıcı tərəfindən açıldıqda və ya digər qaydada pozulduqda; qəzet, jurnal və digər dövrü mətbuat təchiz edildikdə. Tərəflər arasında digər razılaşma olmadıqda, sifariş alıcı tərəfindən göndərilən gündən başlayaraq ən gec 30 gün ərzində satıcı tərəfindən yerinə yetirilməlidir. Satıcı sifariş verilmiş malları (işləri, xidmətləri) onların olmaması (görülməsinə və ya göstərilməsinə imkanın olmaması) səbəbindən təmin edə bilmədikdə alıcıya bu barədə məlumat verməlidir və onun ödədiyi məbləği 7 gün ərzində geri qaytarmalıdır. Malların və xidmətlərin çatdırılması xərc tələb edərsə, alıcının (sifarişçinin) sifarişi olmadan onların təmin edilməsi qadağandır. Satıcı öz təşəbbüsü ilə ödəniş əsasında malların və xidmətlərin çatdırılmasını həyata keçirərsə, alıcının belə təklifə cavab verməməsi razılıq sayılmamalıdır.⁸⁷ Müqavilə hüququ üzrə praktikada, əsasən, müqaviləyə xitam hüququ hər iki tərəf üçün tanınır və bir qayda olaraq, tərəflər razılaşdıqları qaydada qarşı tərəfə müvafiq xərcləri ödəyirlər. E-ticarət mühitində isə satıcının ümumi oferta əsasında xidmət təklif etdiyini nəzərə alsaq, onun müqavilədən imtina hüquqları da analoji qaydada ümumi normalar əsasında tənzimlənir. Bundan əlavə, tərəflər arasında digər razılaşma olmadıqda, müqavilə satıcı tərəfindən ən gec 30 gün ərzində yerinə yetirilməlidir. Satıcı sifariş verilmiş malları onların olmaması səbəbindən təmin edə bilmədikdə alıcıya bu barədə məlumat verməlidir və onun ödədiyi

⁸⁷ Yuxarıda istinad 78, mad. 9.

məbləği 7 gün ərzində geri qaytarmalıdır. Malların və xidmətlərin çatdırılması xərc tələb edərsə, alıcının sifarişi olmadan onların təmin edilməsi qadağandır. Satıcı öz təşəbbüsü ilə ödəniş əsasında malların və xidmətlərin çatdırılmasını həyata keçirərsə, alıcının belə təklifə cavab verməməsi razılıq sayılmamalıdır.

Bir sıra digər ölkələrdə isə internet üzərindən elektron müqavilələrin bağlanması alıcının "Razıyam" xanasına basmaqla niyyət ifadəsini yetərli hesab edir. Əvvəl də qeyd etdiyimiz kimi e- ticarət müqavilələri elektron sənəd hesab olunduğuna görə onların AR qanunvericiliyinin tələblərinə əsasən təkmil e-imza ilə imzalanmış olması zəruridir. Praktikada bu qaydaya əməl edilmədən, yalnız xanaya klikləməklə təsdiqlənən ticarət əməliyyatları da həyata keçirildiyini rast gəlinir. Bu qaydada bağlanmış müqavilələrlə bağlı gələcəkdə tərəflər arasında mübahisə yaranacağı halda bu müqavilələrin etibarlı sayılması məsələsi də e-ticarətlə bağlı praktiki çətinliklərdən biridir.

C. Beynəlxalq e-ticarət

E-ticarətin inkişafı beynəlxalq ticarətə də təsirsiz ötüşmür. Beynəlxalq e-ticarət həm inkişaf etməkdə olan, həm də inkişaf etmiş dövlətlərə böyük imkanlar tanıyır. İstər satıcılar, istərsə də alıcılar beynəlxalq e-ticarətdən istifadəyə maraqlıdır. İstənilən xidmət üzrə ən yaxşı mütəxəssisi xarici ölkəyə getmədən tapmaq, eləcə də ölkə daxilində mövcud olmayan hər hansı bir malın təchizi zamanı beynəlxalq e-ticarət ən effektiv vasitəyə çevrilir, geniş rəqabət mühitində ən yaxşı və uyğun mal və ya xidməti əldə etməyə imkan yaradır. Bu, eyni zamanda təchizatçıların da öz fəaliyyət dairəsini daha asan yolla genişləndirməsinə səbəb olur. İnternet, həmçinin, e-ticarət tətbiq etmələri vasitəsilə elektron bazarda həyata keçirildikdə informasiya axtarışı ilə bağlı xərclərin azalmasına və coğrafi yaxınlıq və ticari praktikanı nəzərə alaraq, satıcıların elektron qaydada tapılaraq əlaqəyə girməsinə şərait yaradır.⁸⁸

Beynəlxalq ticarətin sürətlə inkişafı özü ilə birlikdə bir sıra sualları da gətirir. Beynəlxalq qaydada edilən əməliyyatlarda hansı ölkənin qanunvericiliyi şamil olunur, mübahisələrin həlli qaydası hansı formada həyata keçirilir, beynəlxalq e-ticarətdə müqavilə nədir və bu kimi digər suallar məsələnin hüquqi aspektlərinin araşdırılmasını tələb edir. Qeyd etmək lazımdır ki, beynəlxalq e-ticarətə dair vahid beynəlxalq qaydalar mövcud deyildir.⁸⁹ Beynəlxalq ticarətin bir çox ümumi norma və qaydaları analoji qaydada bu münasibətlərə də şamil olunur.

Xeyli sayda müsbət cəhətləri ilə birlikdə, beynəlxalq e-ticarət mənfi cəhətlərə də malikdir. Belə ki, internetdən istifadə, satıcıları özlərini daxili

⁸⁸ UN, Economic commission for Latin America and the Caribbean ECLAS, Electronic Commerce, International Trade and Employment: Review of The Issues, 1-30 (2002).

⁸⁹ Fred M. Greguras, An Overview of Global E-Commerce Legal Issues, Uncertain International Legal Rules, 3 (2000).

məhkəmə müdafiəsindən kənarlaşdırır, alıcıları haqsız bazarlıq təcrübəsi, keyfiyyətsiz mallar, təhlükəsiz olmayan ödəmə metodları, o cümlədən daxili məlumatların asanlıqla ötürülə bilməsi halları ilə üz-üzə qoyur.⁹⁰

Beynəlxalq ticarətlə bağlı əsas hüquqi məsələlərdən biri tərəflər arasında yaranmış mübahisələrin həlli qaydasıdır. Bu məsələnin həllində vahid qaydalar olmadığı üçün, ölkələrin daxili qanunvericilik üzrə yanaşmaları əsas götürülür. Beynəlxalq xüsusi hüquq normalarına əsasən, tənzim edən hüquq və mübahisələrin həlli yeri tərəflər arasında razılaşdırılaraq müəyyən edilir. Lakin tərəflər arasında razılaşma olmadıqda hansı ölkə hüququnun seçilməsi ölkəmizdə “Beynəlxalq xüsusi hüquq haqqında” AR qanunu ilə müəyyən edilir.⁹¹

Beynəlxalq e-ticarət vasitəsilə həyata keçirilən əməliyyatlarda elektron müqavilələrin tənzimlənməsi də digər mühüm məsələdir. Əvvəlki yarımfəsillərdə qeyd etdiyim kimi, AR qanunvericiliyi e-ticarətin elektron sənəd hesab olunan elektron müqavilə vasitəsilə həyata keçirilməsini zəruri hesab edir. Bu halda, ölkələrin yanaşmasından asılı olaraq, müqaviləyə dair tələblər, e-imzadan istifadənin vacibliyi, müqavilənin icrası qaydaları da fərqli olur.

Beynəlxalq e-ticarətin qarşısında dayanan bir sıra hüquqi maneələr beynəlxalq institutlar tərəfindən daim müzakirə obyektinə olmaqdadır. Məsələn, Avropa İttifaqı üzv dövlətlərin daxili qanunvericiliyindəki fərqləri minimuma endirmək və daha asan e-ticarətə nail olmaq üçün bütün təşkilata üzv dövlətlərdə məcburi hüququ qüvvəyə malik Elektron Ticarətə Dair Direktiv qəbul etmişdir. Daha sonra bu Direktiv eIDAS sistemi ilə əvəz edilmişdir. Bu sahədə mühüm addımlardan biri İqtisadi Əməkdaşlıq və İnkişaf Təşkilatı (ingiliscədə OECD) tərəfindən yaradılmış e-ticarət üzrə əməliyyatları tənzimləyən təlimatlardır.⁹²

VI. Elektron imzanın Azərbaycan Respublikasında, beynəlxalq sənədlərdə və xarici ölkələrin qanunvericiliklərində tənzimlənməsi

A. Azərbaycan Respublikasında elektron imzadan istifadə

“Elektron imza və elektron sənəd haqqında” Qanun. Bu sahədə adı çəkilməli olan ilk qanunvericilik aktı “Elektron imza və elektron sənəd haqqında” AR Qanunudur. Qanun 09 mart 2004-cü ildə qəbul olunmuşdur. Əvvəlki fəsillərdə mövzu ilə əlaqədar müxtəlif məsələlərdə sözügedən qanuna istinad olunaraq ölkəmizin e-imza və əlaqədar

⁹⁰ OECD, Gateways to the Global Market Consumers and Electronic Commerce, Opening Remarks by Donald Johnston 15 (1998).

⁹¹ “Beynəlxalq xüsusi hüquq haqqında” AR Qanunu, mad. 25 (2000).

⁹² OECD, Recommendation Of the OECD Council Concerning Guidelines for Consumer Protection In The Context Of Electronic Commerce (1999).

mexanizmin tətbiqinə qanunvericilik aspektindən yanaşması, eləcə də mövcud bir sıra qeyri-müəyyənliklər və boşluqlar müzakirə olunmuşdur. Qanunun preambulasında da qeyd olunduğu kimi, bu Qanun elektron imzanın və elektron sənədin istifadəsinin, onların elektron sənəd dövriyyəsində tətbiqinin təşkilati, hüquqi əsaslarını və əlaqədar subyektlərin hüquqlarını müəyyən edir, aralarında yaranan münasibətləri tənzimləyir.⁹³ Ümumilikdə 7 fəsildən ibarət olan Qanunun “Ümumi müddəalar” adlı ilk fəslində anlayışlar, e-imzanın tətbiq sahələri, e-imza və e-sənədin hüquqi qüvvəsi, eləcə də əlaqədar qanunvericilik, “Elektron imza” başlıqlı növbəti fəsildə e-imzanın müxtəlif sahələrdə istifadəsi tənzimlənir, “Sertifikat xidmətləri, sertifikatlaşdırma” fəslində sertifikatın verilmə qaydaları, imza sahibi, sertifikata dair tələblər, o cümlədən sertifikat mərkəzlərindən bəhs olunur, “Elektron sənəd” və “Elektron sənəd dövriyyəsi” adlı 4 və 5-ci fəsilər bütövlükdə elektron sənədlə bağlı məsələləri tənzimləyir. Son iki fəsil isə xüsusi və yekun bir sıra müddəaları özündə əks etdirir. Qanunla nəzərdə tutulmuş istisna hallardan başqa, bu qanun e-imza və e-sənədlə bağlı bütün fəaliyyət sahələrini əhatə edir.

“Elektron ticarət haqqında” Qanun. “Elektron ticarət” barədə fəsildə bu qanun əsasında tənzimlənən bir sıra normalara toxunulmuşdur. E-imzanın istifadəsinin əsas tətbiq sahələrindən birinin elektron ticarət sahəsi olduğunu nəzərə alsaq, bu qanunun e-imzanın istifadə sahələrini və prosessual məsələlərin aydınlaşdırılmasında əhəmiyyəti danılmazdır. Qanun 10 may 2005-ci ildə qəbul olunub, 5 fəsildən ibarətdir. “Ümumi müddəalar”ı əhatə edən ilk fəsildən sonra “Elektron ticarətin təşkili” adlı növbəti fəsil, daha sonra isə “Elektron ticarətin həyata keçirilməsi”ni tənzimləyən normaları əhatə edən 3-cü fəsil elektron ticarətin həyata keçirilmə qaydası, müqavilələrin imzalanması və qanunvericiliyin müvafiq tələblərini özündə əks etdirir. “Elektron ticarət qanunvericiliyinin pozulmasına görə məsuliyyət” adlı növbəti fəsil e-ticarət subyektlərinin qanunvericiliyin tələblərinə əməl etmədiyi halda yarana biləcək məsuliyyətindən bəhs edir.

AR İnzibati Xətalər Məcəlləsinin əlaqədar normaları. AR İnzibati Xətalər Məcəlləsi elektron imza və elektron sənəd haqqında qanunvericiliyin pozulmasına görə məsuliyyət müəyyən edir. Belə ki, sertifikatlaşdırılmamış elektron imza və elektron sənəd dövriyyəsi vasitələrindən istifadə edilməsinə görə; informasiya sisteminin mülkiyyətçisi tərəfindən bu sistemin fəaliyyətinin təhlükəsizliyinin təmin edilməməsinə, informasiya sisteminin müəyyən edilmiş qaydada ekspertizadan keçirilməməsinə görə; sertifikat xidmətləri mərkəzi tərəfindən imza yaratma məlumatlarının və imza sahibi barəsində məlumatların mühafizəsinin, sertifikatdakı məlumatların tamlığının və düzgünlüyünün, sertifikat xidmətlərinin keyfiyyətinin və dəqiqliyinin təmin edilməməsinə, sertifikatın qüvvəsinin qanunsuz

⁹³ Yuxarıda istinad 11, preambula.

dayandırılması və ya ləğv edilməsinə, sertifikatın istifadəsinə təsir edə bilməsi məlum olmuş məlumatların imza sahibinə vaxtında çatdırılmamasına görə; elektron sənədlərin saxlanması, ötürülməsində, qəbulunda vasitənin informasiya sistemindən etibarlı istifadəni təmin edən texnika və texnologiyalara, bilikli, təcrübəli və səriştəli işçi heyətə, xidmət göstərilməmiş elektron sənədlərin vaxtını və mənbəyini təyin etməyə imkan verən şəraitə, həmin elektron sənədlərin vaxtı və mənbəyi haqqında informasiyanın saxlanması üçün etibarlı sistemə malik olmamasına görə fiziki və hüquqi şəxslərə cərimələr müəyyən edilmişdir.⁹⁴ Məcəllə, o cümlədən, elektron ticarətlə bağlı qanunvericiliyin pozulmasına görə də məsuliyyət müəyyən edərək: elektron ticarətdə satıcı (təchizatçı) tərəfindən alıcıya (sifarişçiyə) və ya səlahiyyətli dövlət orqanlarına yanlış məlumatın verilməsinə; elektron ticarətdə elektron sənəd dövriyyəsi vasitəçisinin xidmət göstərərək ötürdüyü, saxladığı informasiyaların ümumi monitorinqinin aparılması və ya qanunsuz fəaliyyətin həyata keçirilməsini sübut etmək məqsədi ilə fəal surətdə faktların və ya təfərrüatların müəyyənləşdirilməsi üzrə hərəkətlərə məcbur edilməsinə və ya bu hərəkətlərin elektron sənəd dövriyyəsi vasitəçisi tərəfindən fərdi təşəbbüs qaydasında həyata keçirilməsinə; elektron ticarətdə elektron sənəd dövriyyəsi vasitəçisi tərəfindən xidmət göstərdiyi alıcıların (sifarişçilərin), satıcıların (təchizatçıların) qanunsuz fəaliyyəti və ya qanunsuz informasiya ötürməsi barədə səlahiyyətli dövlət orqanlarına məlumatın verilməməsinə və ya səlahiyyətli dövlət orqanlarının müraciətinə əsasən xidmətlərin alıcılarının (sifarişçilərinin), satıcıların (təchizatçıların) müəyyənləşdirilməsinə imkan verən məlumatların təqdim edilməməsinə; elektron ticarətdə elektron sənəd dövriyyəsi vasitəçisi tərəfindən məhkəmənin qərarı və ya qanunvericilikdə nəzərdə tutulmuş səlahiyyətli dövlət orqanının müraciəti əsasında hüquq pozuntularının qarşısının alınması məqsədi ilə göstərilən xidmətin dayandırılmamasına, informasiyanın saxlanması xidmətinin göstərildiyi halda informasiyanın silinməməsinə və ya ona çıxışın məhdudlaşdırılmamasına görə fiziki və hüquqi şəxslərə inzibati cərimələr müəyyən edir.⁹⁵

Ölkə praktikasında mövcud vəziyyət. Azərbaycan Respublikasında e-imza və sertifikatlaşdırma fəaliyyəti üzrə lisenziyalar müvafiq icra hakimiyyəti orqanı tərəfindən verilir. "Elektron imza və elektron sənəd haqqında" Azərbaycan Respublikasının Qanunu qəbul edildikdən sonra "elektron imza"nın reallaşdırılması mərkəzi icra orqanı kimi sözügedən quruma tapşırılmışdır. Prezidentin Fərmanından irəli gələrək hazırda fəaliyyət göstərən Sertifikat Xidmətləri Mərkəzinin əsas vəzifəsi Ali Sertifikat Xidmət Mərkəzi kimi kimi digər mərkəzlərə nəzarət funksiyasını həyata keçirmək, onların Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyinə uyğun

⁹⁴ Yuxarıda istinad 58, mad. 380.

⁹⁵ Yuxarıda istinad 58, mad. 459.

fəaliyyət göstərdiyini, düzgün proqram təminatından istifadə etməsini və s. yoxlamaqdan ibarətdir. 2011-ci ilin sentyabr ayından rəsmi olaraq fəaliyyətə başlayan Mərkəz əhalinin müxtəlif təbəqələrinə, yəni adi vətəndaşlara, sahibkarlıq fəaliyyəti ilə məşğul olan hüquqi və fiziki şəxslərə, həmçinin dövlət qulluqçularına xidmət göstərir. Elektron imza xidmətlərini operativ şəkildə təmin etmək məqsədilə Bakı şəhərinin əsas mərkəzi poçt şöbələri və filiallarında, ölkənin regionlarındakı poçt şöbələrində, həmçinin “Şəbəkə” xidmət mərkəzlərində Qeydiyyat Mərkəzləri təşkil olunmuşdur. Bu e-imza vasitəsilə istənilən formatda və sayda olan faylları elektron qaydada imzalamaq mümkündür, bu zaman Heş funksiyasının köməyiylə fayldakı məlumatlar sıxılaraq müəyyən ölçüyə gətirilir, bu məlumatlar alqoritmlər vasitəsilə şifrələnir və saxlanılır, daha sonra eyni əməliyyatlar əksinə həyata keçirilir, deşifrəlmə və Heş funksiyası ilə əvvəlki məlumatlarla eyniliyi təsdiq edilərsə, qarşı tərəfə imza üçün göndərilir.⁹⁶

B. Birləşmiş Millətlər Təşkilatında elektron imzanın hüquqi tənzimlənməsi

E-imzanın geniş tətbiqi və təkmilləşdirilməsinə təkan yaranan beynəlxalq sənədlərdən ən mühümü 2001-ci il tarixli BMT Baş Assambleyası tərəfindən hazırlanmış “Elektron imzalar haqqında” UNCITRAL Model Qanunudur. Cəmi 12 maddədən ibarət olan Qanun e-imza ilə bağlı təməl normaları özündə birləşdirir, sonradan əksər ölkələrin daxili qanunvericilik aktlarında e-imza ilə bağlı oxşar müddəaların qəbul edilməsinə müvəffəq olur. Qanunun yaradılmasının əsas məqsədi gündən-günə əl imzası ilə eyni səviyyəyə çatan e-imzanın geniş istifadəsinə başlanılması və onu tətbiqi ilə bağlı yaranan boşluq və sualların aradan qaldırılması üçün vahid normalar müəyyən etməkdir. Qanunun tətbiq dairəsi e-imzanın kommersiya əməliyyatlarında istifadəsidir.

Qanunun müxtəlif maddələrə əsasən, məsələlərlə bağlı mövqeyi əvvəlki yarımfəsillərdə mövzularla bağlı müzakirə edilmişdir. Ümumilikdə isə Qanun e-imza ilə bağlı təfsilatı təfsir və tənzimləmə müəyyən etmədən, təsviredici normalarla bu sahədə ümumi istiqaməti müəyyən edir. Qanunda bir sıra mühüm ifadələrə anlayış verilir, sənədin tətbiq dairəsi göstərilir, imza tələbi, o cümlədən imza sahibi və imzanı təqdim edən sertifikat mərkəzlərinin öhdəlikləri və məsuliyyətindən bəhs edilir.

Qanunun 12-ci maddəsi xarici sertifikat və e-imzaların tanınmasını tənzimləyir. Sertifikat, yaxud e-imza istifadə olunacağı ölkədəki qaydalara uyğun eyni səviyyədə etibarlılıq əlamətlərinə malikdirsə, həmin ölkədə mövcud sertifikat, yaxud e-imza ilə eyni hüquqi qüvvəyə malik olacaqdır. Sözügedən maddənin 4-cü bəndi etibarlılıq meyarları kimi beynəlxalq standartları nəzərdə tutulduğunu qeyd edir.

⁹⁶ Milli Sertifikat Xidmətləri Mərkəzi, burada bax: <http://e-imza.az/az/about> (Son baxış tarixi: 19 May 2020).

Bu Qanunun yaradılmasına təkan yaradan digər qanun isə 1996-cı il tarixli “Elektron ticarət haqqında” UNCITRAL Model Qanunudur. Elektron Ticarət haqqında Model Qanunun 7-ci maddəsindən, yəni e-ticarətdə imzanın əhəmiyyətindən irəli gələrək BMT belə bir beynəlxalq tənzimlənmənin zəruriyyəti ilə əvvəlki Model Qanunu hazırlamışdır. Qanun iki hissədən ibarət olmaqla, birinci hissədə e-ticarətlə bağlı ümumi tənzimləmələr müəyyən edir, ikinci hissədə isə spesifik normaları özündə əhatə edən xüsusi sahələrdə e-ticarəti tənzimləyir. Burada xüsusi sahə dedikdə daşımalar nəzərdə tutulur, digər kommersiya fəaliyyət növlərindən isə bəhs edilmir. Model Qanunun yekunlaşmamış “canlı sənəd” olduğunu əsas götürərək bu sahələrin gələcəkdə tənzimlənməsi nəzərə alınmışdır.

C. Avropa İttifaqında elektron imzanın hüquqi tənzimlənməsi

Avropa İttifaqı çərçivəsində e-imza ilə bağlı ilk tənzimləmə 1999-cu il tarixli Direktiv olmuşdur. Bu Direktiv 1999-cu ildə Avropa Parlamenti tərəfindən qəbul edilmiş, 1 il sonra qüvvəyə minmişdir. Direktivin əsas məqsədi məlumat mübadiləsinin azad hərəkətini təmin etmək, eləcə də üzv dövlətlər arasında e-ticarətin inkişafına təkan yaratmaqdır. Sənədi imzalayan üzv dövlətlər onun hüquqi qüvvəsini və elektron müqavilələrin effektivliyini tanımalı və istifadəsi qarşısındakı bütün maneələri aradan qaldırmalıdır.

Direktivin 2-ci maddəsi elektron imzanı sadə və təkmilləşmiş olaraq iki növə bölür və aşağıdakı qaydada tənzimləyir. Sadə elektron imza elektron məlumatla bağlı və məntiqi əlaqəli elektron formalı və səlahiyyət vermə xaraktri daşıyan məlumatdır. Təkmilləşmiş imza aşağıdakı tələblərə cavab verməlidir: a) imza sahibi ilə fərdi əlaqəli olmalıdır; b) imza sahibini müəyyənləşdirə bilən olmalıdır; c) imza sahibinin yeganə nəzarətində olmalıdır; d) məlumatın hər hansı bir sonrakı dəyişikliyinə aşkar oluna biləcəyi şəkildə əlaqələndirilir.

Direktiv Avropa İttifaqı tərəfindən 2016-cı ildə eIDAS (Elektron İdentifikasiya, Autentifikasiya və Etimad Xidmətləri) ilə əvəz olunmuşdur. EIDAS tənzimləməsi elektron identifikasiya, autentifikasiya və təhlükəsizlik xidmətləri üçün istifadə edir. Bu sistem 2014-cü ildə Avropa İttifaqının tənzimləməsi əsasında yaradılmışdır. EIDAS-ın əsas məqsədi e-imzanı, e-əməliyyatları və elektron vasitələrlə daha təhlükəsiz mühitdə kommersiya fəaliyyəti ilə məşğul olmaq üçün münasibətləri tənzimləməkdir. Bu qanun Avropa İttifaqı ölkələrinin bütün əlaqədar daxili aktlarında üstün qüvvəyə malik hesab olunur.

D. Amerika Birləşmiş Ştatlarında elektron imzanın hüquqi tənzimlənməsi

Amerika 160 milyondan çox internet istifadəçisi ilə dünyanın ən böyük internet bazarına malik ölkə hesab olunur. İnternetin gündəlik ünsiyyət vasitəsinə çevrildiyi bu ölkədə onlayn fəaliyyətin inkişafı və e-ticarətdən

geniş şəkildə istifadə olunmaqdadır. Bu isə özündə e-imza və e-ticarətlə bağlı məsələlərin tənzimlənməsini zəruri edir.

ABŞ-da elektron imza barədə tənzimləmə ilk dəfə böyük həcmdə 2000-ci ildə Beynəlxalq və Yerli Ticarətdə Elektron İmza Aktının⁹⁷ qəbulu ilə başlamışdır. ESIGN ABŞ tərəfindən elektron imzanın tənzimlənməsi üçün hazırlanmış aktdır. Aktın e-imza ilə bağlı mövqeyi, 101-ci maddəsinə əsasən, belə müəyyən olunmuşdur: imza, müqavilə, yaxud digər sənəd yalnız elektron formada olduğu üçün etibarsız hesab edilə, yaxud hüquqi qüvvəsindən imtina edilə bilməz; müqavilə yalnız elektron imza vasitəsilə imzalandığı üçün etibarsız hesab edilə, yaxud hüquqi qüvvəsindən imtina edilə bilməz. Akt notariyslara, o cümlədən səlahiyyətli orqanlara öz fəaliyyətlərini elektron qaydada həyata keçirməyə imkan verir. Akt, o cümlədən, istənilən möhür, ştamplə və oxşar təsdiqləyici vasitələrin icbari qaydada istifadəsi tələbini istisna edir. Belə ki, Akta əsasən, telefon vasitəsilə ifadə edilən niyyət ifadəsi belə (məsələn, "qəbul etmək üçün 9-a basın") e-imza anlayışının altına düşür. Bununla yanaşı, Akt elektron sənəddən istifadəni məcburi tələb kimi qoymur və ştatların bu qaydada sənədlərdən istifadə tələbinin qanunsuz olduğunu qeyd edir. Lakin e-imzaya bu cür geniş yanaşma biznes mühitində və kommersiya fəaliyyətinin müxtəlif mərhələlərində çətinliklərə səbəb ola bilər. İstənilən vasitənin asanlıqla təsdiq vasitəsi hesab olunaraq e-imzaya bərabər tutulması dələduzluq hallarının artmasına, eləcə də yanlışlıqla bəzi əməliyyatların da yerinə yetirilməsinə səbəb ola bilər.

E-imzanı tənzimləyən beynəlxalq sənədlərdən fərqli olaraq, bu aktın digər özünəməxsus cəhəti hansı sahələrə tətbiq olunmadığının aktda göstərilməsidir. Belə ki, E-sign həmçinin vəsiyyətnamələrin və ona edilən əlavələrin, boşanma və ailə ilə bağlı digər məsələlərin, kredit müqaviləsi və onunla bağlı digər sənədlərin, kirayə müqavilələrinin, tibbi və həyat sığortasının əldə edilməsi və ləğvi ilə bağlı sənədlərin, eyni zamanda qüsurlu malla bağlı həyata keçirilən əməliyyatlar zamanı sənədlərin yaradılması və istifadəsinə tətbiq edilmir.

ABŞ-ın e-imzanın tətbiqi ilə əlaqədar digər iki mühüm sənədi Vahid Elektron Əməliyyatlar Aktı (UETA) və Vahid Kompüter İnformasiya Əməliyyatları Aktıdır (UCITA). Birinci sənəd, əsasən, prosessual məsələləri özündə əks etdirərək elektron qaydada həyata keçirilmiş əməliyyatların hüquqi qüvvəsi və tanınmasını tənzimləyir, digər sənədlərdə olan müqavilələrlə bağlı normalarda tətbiq edilmir.

E. Rusiya Federasiyasında e-imza

Digər ölkə qanunvericiliklərindən fərqli olaraq, Rusiya qanunvericiliyi öz Mülki Məcəlləsində elektron formalı sənədlərlə bağlı bir sıra münasibətləri tənzimləyir. Mülki Məcəlləyə əsasən, e-mail, teleqraf, teleapp, telefon,

⁹⁷ İngiliscədə "e-sign".

elektron və digər telekommunikasiya üsulları ilə mübadilə edilmiş və müqavilə tərəfi olan şəxs tərəfindən göndərildiyi müəyyən edilə bilən müqavilələr yazılı müqavilələr hesab olunur.⁹⁸ Buradan aydın olur ki, Rusiya qanunvericiliyi e-imza və e-sənəd anlayışına geniş mövqedən yanaşaraq, istənilən növ elektron üsulla imzanı e-imza hesab edir. Lakin yalnız rəqəmsal qaydada yaradılmış e-imzanı əl imzası ilə bərabər hüquqi qüvvədə olduğunu qəbul edir. Rusiya qanunvericiliyinə əsasən, kommersiya əməliyyatlarında e-imzadan istifadəyə bu cür istifadə qanunvericilikdə, yaxud tərəflər arasında mövcud müqavilələrdə birbaşa nəzərdə tutulduqda yol verilir.

Mülki Məcəlləyə əlavə olaraq, Elektron Rəqəmsal İmza haqqında Federal Qanun da ölkə üzrə bu sahəni tənzimləyən bir digər aktdır.⁹⁹ Bu qanun qəbul ediləndək uzun müddət bu sahədə xüsusi tənzimləmə olmamış, yalnız yuxarıda qeyd olunan bəzi aktlarda, eləcə də məhkəmə praktikasında e-imzadan istifadə elektron kommunikasiya üsulu kimi tanınmışdır.¹⁰⁰ Sözügedən qanun 2002-ci ildə qəbul edilmişdir. Qanun aşağıdakı 3 əsas prinsipə əsaslanır: 1) E-imza qanunda nəzərdə tutulan tələblərə cavab verdikdə, əl imzası ilə ekvivalent hesab olunur; 2) E-imzanın sertifikatlaşdırılması ilə bağlı məhsul və xidmətlərə dövlət tənzimləməsi mövcuddur; 3) Dövlət nəzarətindən asılı olaraq, məlumat sistemləri ümumi istifadədə olan və korporativ sistem olaraq iki yerə bölünür. Təcrübədə rəqəmsal imzaların yaradılmasında istifadə olunan texniki üsullar sənədləri imzalamağa səlahiyyəti olan müəssisələrin səlahiyyətli şəxsləri tərəfindən deyil, digər şirkət işçiləri tərəfindən idarə olunur.

F. Türkiyə Cümhuriyyətində e-imza

Türkiyə Respublikasında "Elektron imza haqqında" Qanun 2004-cü ildə qəbul edilmişdir.¹⁰¹ Qanun 1999-cu il tarixli Avropa İttifaqı Direktivi əsasında hazırlanmışdır. Avropa İttifaqının yanaşmasından fərqli olaraq, Türkiyədə mövcud qanun sadə, yetərli və təkmil imza kimi növlərə ayrılır.

Qanuna əsasən, e-imza 1) imza sahibi ilə bağlı; 2) yalnız imza sahibi tərəfindən istifadə edilən imza formalaşdırma mexanizmi vasitəsilə yaradılan; 3) təkmil elektron sertifikat vasitəsilə imza sahibini müəyyənləşdirməyə imkan tanıyan; iv) elektron qaydada imzalanmış məlumatın hər hansı mərhələdə dəyişikliyə məruz qalıb-qalmadığını müəyyənləşdirə bilən imza hesab olunur.¹⁰² Türkiyə Respublikasında da e-imzanın sertifikatlaşdırılmasına dövlət tənzimləməsi mövcuddur. Sertifikatlaşdırma mərkəzlərinin dəqiq siyahısı səlahiyyətli orqan tərəfindən müəyyən olunur. Qanun həmçinin hansı sənədlərin imzalanmasında e-

⁹⁸ Rusiya Federasiyası Mülki Məcəlləsi, 1-ci hissə, № 51-FZ, (1994); 2-ci hissə № 14-FZ (1996); 3-cü hissə № 146-FZ (2001).

⁹⁹ "Elektron imza haqqında" Rusiya Federasiyasının Qanunu (2011).

¹⁰⁰ Rusiya Federasiyası Ali Arbitraj Məhkəməsi, № 5347/98, (1999).

¹⁰¹ "Elektron imza haqqında" Türkiyə Respublikasının Qanunu, № 5070 (2004).

¹⁰² Yuxarıda istinad 99, mad. 3.

imzadan istifadənin qeyri-mümkün olduğunu müəyyən edir. Belə ki, qanunvericilikdə forması dəqiq müəyyən edilmiş sənəd və müqavilələr bank qarantiyası istisna olmaqla e-imza ilə təsdiqlənə bilməz.

Qanunun yenidən nəzərdən keçirilməsi və bir sıra dəyişikliklər edilməsi, o cümlədən Avropa İttifaqının Direktivini əvəz etmiş eIDAS ilə uyğunlaşdırılması planlaşdırılır.

Nəticə

Beləliklə, texnoloji innovasiyalar və internet özü ilə birlikdə e-imza və e-ticarət anlayışlarını da həyatımıza daxil etmişdir. E-imzanın tətbiqi ilə istər kommersiya, istərsə də qeyri-kommersiya əməliyyatlarının daha sürətli, operativ və xətasız həyata keçirilməsi eyni zamanda görülən işlərin həm vaxt, həm də maliyyə baxımından qənaətinə gətirib çıxarır. Kommersiya əməliyyatlarında e-imzadan istifadə, həmçinin e-ticarətin inkişafına təkan yaradır, e-ticarət isə inkişaf etdikcə və kommersiya iştirakçıları arasında geniş yayıldıqca e-imza istifadəçilərinin artmasına səbəb olur.

E-imzadan istifadənin müsbət cəhətləri ilə yanaşı, məqalədə müxtəlif fəsilərdə bəhs olunan bəzi çatışmazlıqları da mövcuddur ki, bu cür maneələr e-imzadan istifadənin asanlıqla yayılması və geniş istifadəsinə çətinliklər yaradır. Bu halları, yekun olaraq, aşağıdakı qaydada ifadə etmək mümkündür:

- 1) Yalnız təkmil e-imzadan, yəni lisenziyalaşdırılmış sertifikat vasitəsilə verilən imzadan istifadənin etibarlı hesab olunması;
- 2) Rəqəmsal e-imzanın yalnız fiziki şəxslərə aid olması, hüquqi şəxslərin rəqəmsal imza vasitəsilə identifikləşdirilməsinin qeyri-mümkünlüyü;
- 3) Sertifikatlaşdırma mərhələsinin bütövlükdə elektron qaydada həyata keçirilə bilməməsi; notarial təsdiqli sənədlərin e-imza tətbiqi dairəsinə düşməməsi;
- 4) Beynəlxalq e-ticarətə dair vahid qaydaların mövcud olmaması;
- 5) Sertifikatlaşdırmada dövlət nəzarətinin üstünlüyü;
- 6) Elektron sənədlərin arxivləşdirmə sisteminin olmaması;
- 7) E-imzadan istifadə zamanı ortaya çıxan təhlükəsizlik problemləri və s.

Yuxarıda sadalanan məsələlərin qısa zamanda həllinə nail olmaq məqsədilə bu sahədə beynəlxalq praktikadan və xarici ölkələrin təcrübəsindən məqalədə öz əksini tapmış nümunələr əsasında yararlanmaq və əlaqədar qanunvericilik normalarını yenidən nəzərdən keçirərək təkmilləşdirmək e-imzanın istifadəsinin sürətlənməsinə təkan yaradacaqdır.

İstifadəsi bir o qədər geniş yayılmasa da, özündə yuxarıda sadalanan və bir sıra digər çətinlikləri ehtiva etsə də, eləcə də bu sahələrdə ölkədaxili və

beynəlxalq tənzimləməyə ehtiyac duyulsa da, e-imzanın sürətlə inkişaf edən sosial cəmiyyətə təsiri danılmazdır.

Yada salmaq lazımdır ki, əl imzası ilk dəfə istifadə edilən zaman 3000 ildən uzun müddət istifadə olunan möhürü əvəz etmək yerinə ondan istifadənin daha çox artmasına gətirib çıxardı Möhür, faktiki olaraq, günümüzdə də təsdiq vasitəsi kimi imza ilə birgə işlənir. Bunun əvəzinə, əl imzaları möhürlərlə yanaşı müəyyən məqsədlər üçün yararlı bir identifikasiya mexanizmi olaraq istifadə olundu və zaman keçdikcə istifadə tezliyi və həcmi tədricən artdı. Rabitə texnologiyasının davamlı inkişafındakı son identifikasiya vasitəsi olan e-imzanın da bu qaydada zamanla inkişaf etməsi və gündəlik istifadə edilməsi qaçılmazdır.

*Amil Cəfərquliyev**

UNIDROIT PRINSIPLƏRİNİN BEYNƏLXALQ KOMMERSİYA MÜQAVİLƏLƏRİNƏ TƏTBİQİ VƏ ORTAYA ÇIXAN PROBLEMLƏR

Annotasiya

Qlobal ticarət həyatı dayanmadan genişlənməkdə və beynəlxalq iqtisadi bazarlar tərəfindən təsirə məruz qalan qlobal hüquq mədəniyyəti formalaşmaqdadır. Bu prosesin bir parçası da beynəlxalq ticarət hüququnun maddi normalarının unifikasiyasıdır. Belə kodifikasiya edilmiş mənbələrə ən yaxşı nümunələrdən biri də UNIDROIT Prinsipləridir. Lakin bu prinsiplərlə bağlı təcrübədə mövcud olan ən əsas problem onların praktikada tətbiq olunması ilə əlaqədardır. Bu problemə səbəb isə tərəflərin tətbiq olunacaq hüquq seçimlərinin müxtəlifliyidir, belə ki praktikada ən çox rast gəlinən: 1. Tərəflərin tətbiq olunacaq hüquq kimi ölkədaxili hüququ (tərəflərdən hər hansı birinin və ya üçüncü dövlətin) seçdikləri; 2. Tərəflərin UNIDROIT Prinsiplərinin bütün və ya bəzi müddəalarını öz müqavilələrinə daxil etdikləri; 3. Tərəflərin tətbiq olunacaq hüquq kimi *lex mercatoria* və ya hüququn ümumi prinsiplərini seçdikləri; 4. Tərəflərin tətbiq olunacaq hüquq kimi heç bir hüquq seçimi etmədikləri hallardır. Bu yazının əsas məqsədi müxtəlif müəlliflərin məsələyə olan fərqli baxışlarını, xarici ölkələrin yerli məhkəmələrinin və beynəlxalq arbitraj məhkəmələrinin qərarlarını təhlil edərək UNIDROIT Prinsiplərinin hansı situasiyada hansı qaydada tətbiq oluna bilməsi ilə bağlı yekun mövqe formalaşdırmaqdır. Bütün bu məsələlər mübahisəyə həm yerli məhkəmələrdə, həm də arbitrajda baxılması halı üçün ayrı-ayrılıqda araşdırılacaqdır.

Abstract

The global commercial activity expands and a new global law culture develops which shaped by the global economic markets. A part of this new law culture is the unification of substantial law in the field of international trade law. One of the best examples of these unified international sources of law is the UNIDROIT Principles. However, the main problem in the practice about these principles is their application. The reason for this problem is the diversity of the choice of law to be applied by the parties, which is the most common in practice: 1. Choice of national law as the applicable law to their contract by the parties; 2. The inclusion of UNIDROIT Principles to the contracts by way of incorporation; 3. Choice of *lex mercatoria* or the general principles of law as the applicable law to their contract by the parties; 4. The case when there is no choice of law by the parties. The main purpose of this article is to form final position on how the UNIDROIT Principles can be applied in any situations by analyzing the different views of different authors on the issue, the decisions of municipal courts of foreign countries and international arbitration courts. These positions are separate for international arbitration and domestic courts.

MÜNDƏRİCAT

Giriş	200
-------------	-----

* Azərbaycan Respublikası Prezidenti yanında Dövlət İdarəçilik Akademiyası, LL.B. 2021.

I. UNIDROIT Prinsiplərinin qəbuluna zərurət və bu prinsiplərin mahiyyəti.....	201
A. Beynəlxalq ticarət hüququ sahəsində kodifikasiyanın zəruriliyi və bu istiqamətdə görülmüş işlər.	201
B. UNIDROIT Prinsiplərinin qəbul edilməsi və bu prinsiplərin təbiəti...203	
C. UNIDROIT Prinsiplərinin özünəməxsus xüsusiyyətləri.	205
II. UNIDROIT Prinsiplərinin təcrübədə beynəlxalq kommertiya müqavilələrinə tətbiqi imkanları.	207
A. Müqavilə tərəflərinin dövlətdaxili hüququ tətbiq ediləcək hüquq kimi seçdikləri halda UNIDROIT Prinsiplərinin dövlətdaxili hüquq normalarının təfsir edilməsi və tamamlanmasındakı rolu.	207
B. Müqavilə tərəflərinin tətbiq olunacaq hüquq kimi UNIDROIT Prinsiplərini seçməsi halı və prinsiplərin müqavilənin bir hissəsinə çevrilməsinin mümkünlüyü	212
C. Hüququn ümumi prinsiplərinin və "lex mercatoria"nın tətbiq olunacaq hüquq kimi seçildiyi halda UNIDROIT Prinsiplərinin tətbiqi imkanları..	215
D. Müqavilə tərəflərinin tətbiq olunacaq hüquq kimi heç bir hüququ seçmədikləri halda UNIDROIT Prinsiplərinin tətbiqi imkanları.....	219
Nəticə.....	223

Giriş

Qeyd etmək lazımdır ki, beynəlxalq praktikada qəbulundan iki il keçdikdən sonra özünü doğrultmuş UNIDROIT Prinsiplərinin mətni hazırda Azərbaycan dilinə tərcümə edilməmiş və Prinsiplərin tətbiqi yerli hüquq ədəbiyyatımızda elmi cəhətdən işlənməmişdir. Lakin UNIDROIT Prinsipləri xarici ölkələrdə yüzlərlə elmi iş və məqalələrə mövzu olmuş, eləcə də beynəlxalq arbitraj məhkəmələri qarşısına gəlmiş bir çox mübahisələrin həllində aparıcı rol oynamışdır. Dolayısı ilə bu prinsiplər beynəlxalq ticarət məkanında sıxlıqla tətbiq edilməkdə və beynəlxalq arbitrajın təcrübəsində öz yerini almaqdadır, həmçinin xarici doktrinada onların istifadəsini müdafiə edən müəlliflərin sayı da artmaqdadır. Ona görə də bu inkişafdan kənarda qalmamaq, Prinsiplərin mahiyyətinə və təbiətinə aydınlıq gətirərək onların beynəlxalq kommertiya müqavilələrinə tətbiqi imkanlarını göstərmək bu yazının işlənməsinin əsas məqsədidir. Nəzərə alsaq ki, Azərbaycan Respublikası Konstitusiya Məhkəməsi də 14 may 2015-ci il tarixli qərarında öz hüquqi mövqeyini əsaslandırmaq üçün bu prinsiplərə

istinad etmişdir, deməli, UNIDROIT Prinsiplərinin praktikada tətbiqi problemlərinin elmi cəhətdən işlənməsi böyük əhəmiyyət kəsb edir.¹

Oxucunun diqqətinə çatdırmaq istərdik ki, Azərbaycan elmi doktrinasında UNIDROIT Prinsipləri ilə bağlı ədəbiyyat, demək olar ki, olmadığından bu yazıda ilk olaraq, Prinsiplərin qəbuluna gətirib çıxaran yol, Prinsiplərin mahiyyəti və özünəməxsus xüsusiyyətləri haqqında qısa məlumat verildikdən sonra yazının əsas məqsədi olan Prinsiplərin təcrübədə tətbiqi imkanlarına və bu sahədəki problemlərə daha çox yer veriləcəkdir. UNIDROIT Prinsiplərinin nə zaman tətbiq olunacağı sualına elə Prinsiplərin preambulasında cavab verilmişdir, lakin aşağıda da izah edəcəyimiz kimi Prinsiplərin müddəaları imperativ və məcburi xarakter daşımadığı üçün praktikada heç də həmişə preambulada göstərilmiş situasiyalarda Prinsiplər tətbiq edilmir, bu isə öz növbəsində digər problemlərə yol açır. Ona görə də bu yazıda Prinsiplərin tətbiqinə imkan yaradan dörd əsas situasiya (tərəflərin tətbiq olunacaq hüquq kimi milli hüququ, UNIDROIT Prinsiplərini, *lex mercatoria* və ya hüququn ümumi prinsiplərini seçdikləri, yaxud ümumiyyətlə hüquq seçimi etmədikləri hallar) araşdırılaraq Prinsiplərin tətbiqinə mane olan müxtəlif səbəblər aşkar olunacaq və mübahisəyə Prinsiplərin tətbiq olunması üçün müqavilə tərəflərinə və eyni zamanda hüququ tətbiq edəcək subyektlərə bu istiqamətdə tövsiyələr təqdim olunacaqdır.

I. UNIDROIT Prinsiplərinin qəbuluna zərurət və bu prinsiplərin mahiyyəti

A. Beynəlxalq ticarət hüququ sahəsində kodifikasiyanın zəruriliyi və bu istiqamətdə görülmüş işlər

Kommersiya fəaliyyətindəki inkişafın nəticəsində beynəlxalq bazarlarda fəaliyyət göstərən subyektlərin (onları, şərti olaraq, treyderlər – tacirlər adlandırma bilərik) bağladıkları müqavilələr həm kəmiyyətə, həm də keyfiyyətə (yeni müqavilə növlərinin yaranması, müqavilələrin məzmun və forma olaraq inkişafı və s.) təsirə məruz qalmışdır. Bu təsirlərdən sonra mübahisə meydana gəldikdə fərqli qaydalar və həll yolları müəyyən edən yerli qanunvericiliklərin tətbiq olunması maraqların toqquşmasına səbəb olurdu. Bu məqsədlə artıq XX əsrdən etibarən, beynəlxalq ticarət hüququ sahəsində maddi normaların vahidləşdirilməsinə başlandı, müxtəlif qurumlar yaradıldı və bir çox yeni beynəlxalq mənbələr treyderlərin istifadəsinə təqdim olundu. Belə mənbələrə misal kimi “Malların beynəlxalq alqı-satqısına dair” Vyana Konvensiyası (1980), “Avtomobil nəqliyyatı ilə

¹ Bax: Azərbaycan Respublikası Mülki Məcəlləsinin 439.1, 439.2 və 439.7-ci maddələrinin Azərbaycan Respublikası Konstitusiyasına uyğunluğunun yoxlanılması və həmin maddələrin bəzi müddəalarının şərh edilməsinə dair Konstitusiya Məhkəməsi Plenumunun 14 may 2015-ci il tarixli qərarı.

beynəlxalq yükdaşımalar müqaviləsi haqqında” Cenevrə Konvensiyasını (1956); belə qurumlara misal kimi isə Beynəlxalq Ticarət Palatası* (*ICC - International Chamber of Commerce*), BMT-nin Beynəlxalq Ticarət Hüququ Komissiyası** (*UNCITRAL - United Nations Commission on International Trade Law*), Beynəlxalq Xüsusi Hüququ Unifikasiya İnstitutunu*** (*UNIDROIT - International Institute for the Unification of Private Law*) göstərə bilərik. Beynəlxalq ticarətə tətbiq olunacaq hüququn vahidləşdirilməsi fərqli hüquq sistemləri arasındakı maneələrin aradan qaldırılmasına və beynəlxalq ticarətin inkişafına səbəb olmuşdur. Kodifikasiyanın əsas əhəmiyyəti müxtəlif yerli hüquq sistemlərində mövcud olan maddi normaların təhlili və ümumiləşdirilməsi nəticəsində müqavilə tərəflərinin qarşılıqlı şəkildə razılaşdırıb istifadə edə biləcəkləri normalar yaratmaqdır. Digər yandan vahidləşdirmə yerli qanunların kolliziyasının həllinə sərf olunan zaman və xərclərə də qənaət etməyə xidmət edir. Eyni zamanda tətbiq olunacaq maddi normaların tərəflərcə proqnozlaşdırıla bilən olması hüquqi müəyyənliyin və treyderlərin təhlükəsizliyinin təmini baxımdan da önəm kəsb edir. Ən əsası, kodifikasiya prosesi nəticəsində qəbul edilən normalar zaman keçdikcə yerli hüquq sistemlərinin də inkişaf edərək dəyişməsinə və dövrün tələblərinə uyğunlaşmasına səbəb olur.²

Azad bazar iqtisadiyyatı şəraitində beynəlxalq ticarətin inkişafı ICC, UNCITRAL, UNIDROIT kimi beynəlxalq qurumların fəaliyyətinin əhəmiyyətini daha da artırmışdır. Bu qurumlar beynəlxalq ticarət hüququnun maddi normalarının vahidləşdirilməsi və artıq kodifikasiya edilmiş normaların praktikada tətbiq olunması istiqamətində bir çox işlər görmüşlər.³ Beynəlxalq ticarət məkanında fəaliyyət göstərən subyektlərin fəaliyyətini asanlaşdırmaq, müxtəlif qaydada edilən təfsirlərin səbəb olduğu kolliziyaların qarşısını almaq və beynəlxalq ticarət hüququnun müxtəlif sahələri üçün vahid praktikanı formalaşdırmaq məqsədi ilə bu qurumlar tərəfindən qaydalar, prinsiplər, standartlar hazırlanmışdır. Belə qayda, prinsip və standartları müqavilə tərəflərinin öz müqavilələrinə tətbiq etməsi

** Beynəlxalq Ticarət Palatası 1919-cü ildə beynəlxalq ticarətin inkişafına təkan vermək məqsədi ilə yaradıldı və onun baş katibliyi Paris şəhərində yerləşir. Palatanın Beynəlxalq Arbitraj Məhkəməsi (*International Court of Arbitration*) 1923-cü ildə yaradılmışdır.

*** UNCITRAL 1966-cı ildə BMT-nin komissiyası kimi yaradılmışdır. Komissiya öz fəaliyyətini ildə bir yaxud iki dəfə bir araya gələn İşçi Qrupları (*Working Groups*) vasitəsilə həyata keçirir. Komissiya bu günə qədər beynəlxalq alqı-satqı, beynəlxalq yük daşımaları, beynəlxalq ödəmələr, onlayn ticarət kimi sahələr üzrə konvensiya və model qanunların mətninin hazırlanması istiqamətində bir çox işlər görmüşdür.

**** Bu İnstitut 1926-cı ildə Millətlər Liqasının nəzdində yaradılsa da, sonradan öz fəaliyyətini müstəqil olaraq davam etdirməyə başladı. İnstitut öz fəaliyyətini hər beş ildən bir Baş Assambleya tərəfindən seçilən 25 ekspert-hüquqşünasdan ibarət Direktorlar Şurası (*Governing Council*) vasitəsilə həyata keçirir.

² Loukas Mistelis, “*Is Harmonisation a Necessary Evil? The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law*”, Sweet&Maxwell, 20-21, (2001).

³ Ross Cranston, “*Theorising Transnational Commercial Law*”, 42 Texas International Law Journal 600, 613 (2007).

onların arasında yaranan mübahisələrin həmin qayda, prinsip və standartlar baxımdan həll edilməsinə və daxili qanunvericilik normalarının tətbiqinə ehtiyac qalmamasına səbəb olmuşdur. Bu qayda, prinsip və standartların ortaq xüsusiyyəti onların tətbiqinin tərəflərin iradəsindən asılı olmasıdır.⁴ Başqa sözlə, tərəflər arasında mübahisə yarandığı təqdirdə bunların həmin mübahisənin həllinə tətbiq olunmasının əsası kimi müqavilə tərəflərinin öz iradələri əsasında həmin qayda, prinsip və standartların tətbiqini qəbul etməsi çıxış edir. Bunun üçün ya tərəflərin həmin qayda, prinsip və standartları öz müqavilələrində birbaşa əks etdirməsi, ya da onlara istinad etməsi (*by way of incorporation*) bəs edir. Beləliklə də, yalnız tərəflərin öz iradələri əsasında həmin qayda, prinsip və standartlar onlar üçün məcburi olur və tərəflər mübahisə zamanı onları bilmədiklərinə istinad edə bilmirlər.

Belə qayda, prinsip və standartlara nümunə kimi Beynəlxalq Ticarət Palatası tərəfindən 1936-cı ildə dərc edilmiş və daha sonra altı dəfə yenilənmiş Beynəlxalq ticarət terminlərinin təfsiri qaydalarını (*International Commercial Terms- INCOTERMS*) və Beynəlxalq Xüsusi Hüququ Unifikasiya İnstitutu tərəfindən 1994-cü ildə dərc edilmiş UNIDROIT Prinsiplərini göstərmək olar.

B. UNIDROIT Prinsiplərinin qəbul edilməsi və bu prinsiplərin təbiəti

1971-ci ildə UNIDROIT Direktorlar Şurası öz fəaliyyət proqramına beynəlxalq ticarət hüququnun mərhələli şəkildə kodifikasiyası proqramını əlavə etmişdir. 1978-ci ildə isə professor Michael Joachim Bonellin rəhbərliyi altında işçi qrupu yaradılmış və böyük əksəriyyəti qitə Avropasını təmsil edən ekspertlərdən ibarət İşçi Qrupu (*Working Group*) təsis edilmişdir.⁵ Layihə bundan sonra "Prinsiplər" adı altında davam etdirilmişdir. Adı çəkilən işçi qrupunda müxtəlif hüquq və sosial-iqtisadi sistemləri təmsil edən və müqavilə hüququ, kommersiya hüququ kimi sahələrdə ixtisaslaşmış akademiklər, hakimlər, vəkillər fəaliyyət göstərmişlər. Qrup ildə iki dəfə bir araya gələrək öz hazırladıqları ilkin mətnlərin siyahısını İnstituta təqdim etmişdir. 1994-cü ilin mayında isə Prinsiplərin yekun mətni UNIDROIT tərəfindən təsdiqlənmiş və prinsiplər ingilis və fransız dillərində dərc edilmişdir.⁶ Prinsiplər ümumilikdə yeddi bölmədən ibarətdir və müqavilələr hüququnun ümumi hissəsinə dair bütün müddəaları özündə əks etdirməkdədir.

1997-ci ildə Direktorlar Şurası prinsiplərin mətninə yeni mövzuların əlavə edilməsini təklif etmişdir.⁷ Prinsiplərin üzərində fəaliyyətin davam

⁴ Yenə orada, 614.

⁵ Michael Joachim Bonell, *Unidroit Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts Adopted by the International Institute for the Unification of Private Law*, 9 Uniform Law Review 5, 6, (2004).

⁶ Katharina Boele-Woelki, *European and Unidroit Principles of Contract Law*, European Private International Law, 68, (1998).

⁷ Yenə orada, 71.

etdirilməsinə dair verilən bu qərar onların qısa zaman kəsiyi ərzində özlərini necə doğrultmasından və praktikada öz yerlərini almasından xəbər verir. Həqiqətən də, Prinsiplərin qəbulundan cəmi iki il keçmiş bu mövzuda onlarla konfrans və simpoziumlar keçirilmiş, doktrinada bir çox əsərlər işlənmiş, müqavilə tərəfləri öz müqavilələrinin hazırlanmasında onlara dəfələrlə istinadlar etmiş, hətta bu müddət ərzində belə onlara beynəlxalq arbitraj məhkəmələri və yerli məhkəmələr tərəfindən mübahisələrin həllində istinad edilmişdir.⁸ 1997-ci ildə təsis edilmiş ikinci İşçi Qrupuna da rəhbərlik Michael Joachim Bonellə həvalə edilmişdir. Bu qrup isə öz növbəsində 17 nəfərdən ibarət idi və onlardan on nəfəri ilk qrupda da təmsil olunmuş şəxslər idi. 2004-cü ilin aprelinde UNIDROIT Prinsiplərinin yeni mətni Direktorlar Şurası tərəfindən təsdiqlənmiş və bir ay sonra rəsmi yayımlanmışdır.⁹ 2004-cü il UNIDROIT Prinsipləri 1994-cü ildəki mətnin bəzi ifadələrini dəyişsə də, mahiyyət etibarilə mövcud müddəalara köklü dəyişikliklər etməmişdir. 2004-cü il mətnini təsdiqləyən zaman Direktorlar Şurası bu layihənin davam edən hal alması və mətnin daha da təkmilləşdirilməsi üçün 2005-ci ildə digər bir İşçi Qrupunun yaradılması, eləcə də, müddəti bitmiş və ya əhəmiyyətsiz müqavilələrinin nəticəsində tərəflərin kompensasiya hüququ, hüquqaziddlik, borclu və kreditor tərəfdən şəxslər çoxluğu kimi məsələlərin mətnə əlavə edilməsi barəsində öz mövqeyini bildirmişdir.¹⁰ 2010-cu ildə Prinsiplərin növbəti mətni dərc edilmişdir.¹¹

UNIDROIT Prinsiplərinin 1994-cü il mətninin hazırlanması 14 ildən artıq davam etmişdir, buna səbəb isə prinsiplərin istənilən növ beynəlxalq kommertiya müqavilələrinə tətbiq olunacaq halda tərtib edilməsi və müxtəlif hüquq sistemlərində mövcud olan fərqli tənzimləmələrin nəzərə alınması olmuşdur.¹²

Prinsiplər beynəlxalq müqavilə formasında tərtib edilməmişdir. Buna səbəb isə müqavilə hüququ kimi geniş bir sahədə dövlətlərin bağlayıcı, yəni icrası özləri üçün məcburi olacaq bir sənədi imzalamağa könüllü olmayacaqlarının ön görülməsi idi.¹³ Yəni bu Prinsiplər dövlətlər yaxud fərdlər üçün icrası məcburi olmayan bir qaydalar toplusudur. Bu ilk baxışda bir dezavantaj kimi görünsə də, prinsiplərin daim təkmilləşdirilərək hər gün inkişaf etməkdə və genişlənməkdə olan ticarət həyatının tələblərinə cavab

⁸ Bax: Michael Joachim Bonell, *The UNIDROIT Principles in Practice – The Experience of The First Two Years* (1999).

⁹ Yəni orada, 7.

¹⁰ Michael Joachim Bonell, *“An International Restatement of Contract Law, The Unidroit Principles of International Commercial Contracts”*, Transnational Publishers Inc., 362-363 (2005).

¹¹ Stefan Vogenauer, *The Unidroit Principles of International commercial contracts at twenty: experiences to date, the 2020 edition and future prospects*, 19 *Uniform Law review* 483, 483 (2014)

¹² M. del Pilar Perales Viscasillas, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Sphere of Application and General Provisions*, 13 *Arizona Journal of International and Comparative Law* 386, 389 (1996).

¹³ Ralf Michaels, *Unidroit Principles as global background law*, 19 *Uniform Law review* 646, 648 (2014).

verəcək hala gətirilməsinə imkan verir. Digər yandan, bu amil Prinsiplərin tətbiqində tərəflərin iradəsini ön plana çıxarır.¹⁴ Yəni, Prinsipləri öz müqavilələrinə tətbiq ediləcək hüquq kimi seçən müqavilə tərəfləri Prinsiplərin bütün müddəalarına istinad etmək əvəzinə onların yalnız bəzilərini öz müavilələrinə daxil edə bilirlər.

Doktrinada Prinsiplərlə bağlı səsləndirilən çox maraqlı fikir var: “Beynəlxalq müqavilələrin mətni qanunverici üçün edilən bir qanun təklifi kimi qiymətləndirilsə (müəllif həmin müqavilələrin implementasiyasına işarə edir), UNIDROIT Prinsipləri də müqavilə tərəflərinin və hakimlər heyətinin seçiminə açıq olaraq edilən bir qanun təklifi kimi (məcazi anlamda) düşünülə bilər və qanunverici orqanlar tərəfindən də nümunə kimi qəbul edilə bilər”.¹⁵

C. UNIDROIT Prinsiplərinin özünəməxsus xüsusiyyətləri

UNIDROIT Prinsiplərinin əsas xüsusiyyətləri bu prinsiplərin a) müqavilələr hüququ sahəsində ümumi müddələri özündə əks etdirməsi, b) yalnız beynəlxalq xarakter daşıyan müqavilələrə tətbiq oluna bilmələri və c) tətbiq olunacaqları müqavilələrin yalnız kommərsiya xarakteri daşımalarıdır. Aşağıdakı üç başlıqda bu məsələlərin hər birinə ayrılıqda aydınlıq gətiriləcəkdir:

1. Müqavilələr hüququna münasibətdə ümumi qaydaları özündə ehtiva etməsi

UNIDROIT Prinsiplərinin başlanğıc müddələrinin birinci paraqrafında bu prinsiplərin beynəlxalq ticarət müqavilələri üçün ümumi müddəaları özündə əks etdirdiyi göstərilmişdir. Bu prinsiplərin məqsədi istənilən növ beynəlxalq ticarət müqaviləsinə tətbiq oluna biləcək, mövcud milli hüquq sistemləri baxımından ümumi olan, müqavilə tərəflərinə bərabər və ədalətli mövqə irəli sürə biləcək və beynəlxalq ticarət həyatının inkişafına davam gətirə biləcək qaydalar yaratmaqdır.¹⁶ Prinsiplər hər hansı bir təbəqənin maraqları nəzərə alınaraq hazırlanmadığından müqavilə tərəflərinin hər ikisinin hüquq və öhdəliklərini tərəfsiz şəkildə müəyyən etməyə imkan verəcək şəkildə tərtib edilmişdir.¹⁷ Prinsiplər tərtib olunarkən yalnız ayrı-ayrı ölkələrin hüquq sistemlərində istifadə edilən terminlərə yer verilməmiş; bütün dillərdə qarşılıqlı olan, asan başa düşülən, konkret ifadələrə yer verilmişdir. Xüsusilə də yalnız mütəxəssislərin başa düşdüyü latın dilli ifadələrdən istifadə edilməmişdir. Prinsipləri hazırlayan İşçi Qrupu hər bir

¹⁴ Michael Joachim Bonell, *The law governing international commercial contracts and the actual role of the UNIDROIT Principles*, 15 Uniform Law Review 39, 39 (2018).

¹⁵ Arthur Rosett, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: A New Approach to International Commercial Contracts*, 46 The American Journal of Comparative Law 348, 349 (1998).

¹⁶ Michael Joachim Bonell, *Do We Need a Global Commercial Code?*, 106 Dickinson Law Review 98, 98 (2001-2002).

¹⁷ Hans Van Houtte, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, 2 International Trade and Business Law 1, 2 (1996).

məsələnin tənzimində yalnız “daha çox ölkə tərəfindən tətbiq olunan tənzimləmədən” (*common core approach*) istifadə etməmiş, eyni zamanda bəzi məsələlər üçün beynəlxalq ticarət hüququ üçün ən uyğun hesab edilən həll yolları da (*better rule approach*) qəbul edilmişdir.¹⁸

Bu ümumi müddəaların tətbiqi müqavilə tərəflərinin iradəsindən asılı olduğu üçün onlar heç də imperativ deyildirlər. Yəni, tərəflər prinsiplərdən yalnız bəzilərini öz müqavilələrinə daxil edə bildikləri kimi, daxil etmədikləri müddəaların da əksinə olan tənzimləməni öz müqavilələrində nəzərdə tuta bilərlər. Bunun əksi olaraq isə, tərəflər vicdanlılıq və hüquqlardan sui-istifadəyə yol verilməzliyi (*good faith and fair dealing*), həmçinin hüquqlardan həddindən artıq faydalanma (*gross disparity*) kimi müddəaların əksini nəzərdə tuta bilməzlər.¹⁹

2. Yalnız “beynəlxalq” müqavilələrə tətbiq oluna bilməsi

UNIDROIT Prinsiplərinin mətnində hansı müqavilələrin beynəlxalq xarakter daşdığı sualına cavab verilməmişdir. “Beynəlxalq müqavilə” anlayışına fərqli ölkələrin hüquq sistemində olduqca müxtəlif anlayışların verildiyindən, vahid definisiyaya cəhdin Prinsiplərin hazırlıq müddətini uzadacağı düşünülmüşdür.²⁰ Hansı müqavilələrin beynəlxalq müqavilə olması ilə bağlı doktrinada iki əsas kriteriya vardır.²¹ İlk kriteriya hüquqi kriteriyadır. Bu kriteriyaya görə, bir müqavilə onun tərəflərinin şəxsi və coğrafi elementləri etibarilə (müqavilə tərəflərin vətəndaşlıqları və ya daimi olduqları yer; müqavilənin icra yeri və s.) ikidən çox ölkənin hüquq sistemi ilə əlaqədirdisə, deməli, o beynəlxalq xarakter daşıyır. İkinci kriteriya isə iqtisadi kriteriyadır. Bu kriteriyanın əsas tələbi isə müqavilənin beynəlxalq ticarətin maraq dairəsinə aid olması və ən azı iki ölkə arasında dəyərlər (maddi, mənəvi və s.) axımına səbəb olmasıdır.

3. Tətbiq olunacağı müqavilələrin kommersiya müqavilələri olması

UNIDROIT prinsipləri baxımından “kommersiya” müqavilələri anlayışına tərəflərin statusu və ya müqavilənin mahiyyətindən irəli gələn kommersiya müqavilələri daxil edilmir. Kommersiya müqaviləsi termini ilə bu Prinsiplərin istehlakçı müqavilələrinə tətbiq olunmayacağı bəyan edilir.²²

Kommersiya müqavilələri dedikdə ancaq sərhədi keçən mal və əmtəənin təmin edilməsi və ya dəyişdirilməsinə istiqamətlənən müqavilələr deyil,

¹⁸ Michael Joachim Bonell, “*The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Harmonisation of International Sales Law*”, 36 R.J.T. 335, 341 (2002).

¹⁹ Michael Joachim Bonell, *Policing the International Commercial Contract against Unfairness under the Unidroit Principles*, 3 Tulane Journal of International and Comparative Law 90, 91 (1994).

²⁰ Klaus Peter Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, Kluwer Law International, 156 (1999).

²¹ Horatia Muir Watt, *Party Autonomy” in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance*, 6 European Review of Contract Law 1, 4 (2010).

²² Viscasillas, yuxarıda istinad 12, 394.

sərmayə, imtiyaz və xidmət müqavilələrini də ehtiva edən geniş sahə nəzərdə tutulmuşdur.²³

II. UNIDROIT Prinsiplərinin təcrübədə beynəlxalq kommersiya müqavilələrinə tətbiqi imkanları

UNIDROIT Prinsiplərinin preambulasında prinsiplərin hansı hallarda tətbiq oluna biləcəyi göstərilib. Bu başlıqda isə preambulada göstərilmiş hallarda prinsiplərin necə tətbiq ediləcəyi barədəki doktrinada mövcud olan fərqli baxışlar müqayisə olunaraq ortaq məxrəcə gəlməyə çalışılacaqdır. Eyni zamanda isə bu sahədə mövcud olan problemlər mübahisəyə həm dövlət məhkəmələri qarşısında, həm də beynəlxalq arbitrajda baxılması halı üçün ayrılıqda araşdırılacaqdır.

A. Müqavilə tərəflərinin dövlətdaxili hüququ tətbiq ediləcək hüquq kimi seçdikləri halda UNIDROIT Prinsiplərinin dövlətdaxili hüquq normalarının təfsir edilməsi və tamamlanmasındakı rolu

UNIDROIT Prinsiplərinin preambulasının 6-cı bəndində prinsiplərin dövlətdaxili hüququn təfsiri və tamamlanması üçün istifadə edilə biləcəyi göstərilmişdir.

1. Prinsiplərin dövlətdaxili məhkəmələr qarşısındakı mübahisələrə tətbiqi

Təcrübədə müqavilə tərəfləri aralarındakı müqaviləyə tətbiq olunması üçün daha çox özlərindən birinin və ya üçüncü bir dövlətin hüququnu seçirlər. Lakin mübahisə yarandığı halda dövlətdaxili hüququn məsələyə həll yolu gətirə bilməyəcəyi təqdirdə UNIDROIT Prinsiplərinin tətbiqi aktuallaşacaqdır.

Belə ki, milli hüququn tətbiqi zaman itkisinə və böyük xərclərə səbəb olacaqsa, UNIDROIT Prinsiplərindən irəli gələn həll yolu daha məqbul sayıla bilər.²⁴ Lakin dövlətdaxili məhkəmələr öz milli hüquqlarının (*lex fori*) tətbiqinə daha çox önəm verirlər. Xüsusən də, “hakim hüququ bilir” (*iura novit curia*) prinsipinin beynəlxalq aktlara tətbiq olunmadığı sistemlərdə hakimlər beynəlxalq aktların mübahisəyə tətbiqi üçün onlara istinad edən tərəfin əsaslandırmasını rəhbər tuturlar və əgər bu əsaslandırma edilməzsə, hakimlər öz milli hüquqlarına görə qərar verməkdədirlər.²⁵ Eyni praktika İsveçrə hüquq sistemində mövcuddur.²⁶ Almaniya hüquq sistemində isə qeyri-müəyyənlik halında müəyyənləşdirilə bilinməyən hüquqa ən yaxın

²³ Vogenauer, yuxarıda istinad 11, 485.

²⁴ Michael Joachim Bonell, *The Unidroit Principles and Transnational Law*, 2 Uniform Law Review 210, 212 (2000).

²⁵ Michael Joachim Bonell, *Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts*, 40 American Journal of Comparative Law 633, 633 (1992).

²⁶ İsveçrə Beynəlxalq Xüsusi Hüquq qanunu, mad. 16.2 (1987).

hüquq norması tətbiq edilməkdədir.²⁷ Əgər İsveçrə hüququndakı qeyd edilən müddəa *lex fori*-nin tətbiqi imkanlarını artırırsa, Almaniya hüququndakı qeyd edilən müddəa UNIDROIT Prinsiplərinin tətbiqi imkanını artırır. Belə ki, Prinsiplər *qeyri-müəyyənlik halında müəyyənləşdirilə bilinməyən hüquqa ən yaxın hüquq* kimi tətbiq edilə bilər, çünki onlar beynəlxalq standartlara uyğundur və dövlətdaxili hüquq sistemlərində mövcud olan bir çox konsepsiyayı özündə əks etdirir.²⁸

De Ly UNIDROIT Prinsiplərinin milli hüququn şərh və tamamlanması halında tətbiqini qeyri-müəyyənlik və hüquqda boşluq halları üçün fərqli dəyərləndirir. Ona görə, qeyri-müəyyənlik halında Prinsiplərdən istifadə edilməməlidir. Məsələn, Fransa hüquq sistemində bu mövqeyə uyğun konkret bir norma olmasa da, Fransa Ali Məhkəməsi malın qiymətinin aşkar şəkildə müəyyənləşdirilə bilinmədiyi alqı-satqı müqavilələrini etibarsız hesab etmişdir və Fransa hüququnda bu məsələ ilə bağlı qeyri-müəyyənlik mövcuddur. Amma bu məqsədlə UNIDROIT Prinsiplərinin 5.1.7-ci maddəsi Fransa hüququ ilə birlikdə tətbiq oluna bilməz. Əksinə olaraq isə, Fransız hüququ ilə tənzimlənməyən məsələlərlə bağlı (məsələn, Prinsiplərin 2.1.17-ci maddəsi (*merger clauses*)) bu mümkündür.²⁹ Praktikada belə fərqləndirmə önəm kəsb etmir.

Doktrinadakı başqa bir fikrə görə, tətbiq olunacaq milli hüquq normalarının konkret mübahisənin həllini təmin edə bilməməsi çox geniş şərh edilməməlidir.³⁰ Lakin Bonellə görə, sadəcə milli hüququnun məsələyə həll yolu gətirə bilmədiyi hallarda deyil, həmçinin milli hüquq normalarının aydın olmadığı və ya beynəlxalq konvensiyalara uyğun olmayan həll yollarının irəli sürüldüyü hallarda da UNIDROIT Prinsiplərindən faydalanılaraq həll yolu tapılmalıdır.³¹ Berger də dövlətdaxili hüquq normalarının beynəlxalq ticarət münasibətlərinə tətbiqinin sadələşdirilməsi üçün vahid bir metodun yaradılmasını və bu məqsədlə UNIDROIT Prinsiplərindən faydalana bilinəcəyini qeyd etmişdir.³²

Baptistaya görə, Prinsiplərin milli hüququn şərh və tamamlanması məqsədi ilə istifadə olunması kifayət deyil, çünki məhkəmə mübahisələrinin predmeti olmayan məsələlərdə Prinsiplərin müddələrinin tətbiqinə çox nadirən rast gəlinəcəkdir. Hətta qabaqcadan görünə bilinməyəcək hal kimi yeni anlayışlarla bağlı məsələlərdə qanunda bir boşluq ola bilər.³³ Həqiqətən də, milli hüquq normalarının konkret mübahisənin həllini təmin edə

²⁷ Bonell, yuxarıda istinad 10, 634.

²⁸ Berger, yuxarıda istinad 20, 180.

²⁹ Filip De Ly, *A New Approach to International Commercial Contracts The Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, XVth International Congress of Comparative Law, 123 (1999).

³⁰ Alejandro M. Garro, *The Contribution of the Unidroit Principles to the Advancement of International Commercial Arbitration*, 3 Tulane Journal of International and Comparative Law 110, 114 (1995).

³¹ Bonell, yuxarıda istinad 24, 213.

³² Berger, yuxarıda istinad 20, 184.

³³ Luiz Olavo Baptista, *"The Unidroit Principles for International Commercial Law Project: Aspects of International Private Law"*, 69 Tulane Law Review 1215, 1220 (1994-1995).

bilməməsi dar şərh olunarsa, bu daha çox problemə səbəb olacaqdır və Prinsiplərin tətbiqinə məhdudiyət yaranacaqdır. Amma milli hüquq normalarının aydın olmadığı və ya beynəlxalq konvensiyalara uyğun olmayan həll yollarının irəli sürüldüyü hallarda da yaranmış boşluqların UNIDROIT Prinsipləri vasitəsi ilə doldurulması daha effektiv olacaqdır. Təbii ki, *lex fori-ni* tətbiq edən hakimlər öz milli hüquqlarını Prinsiplərdən irəli gələrək fərqli şəkildə tətbiq etməkdə həvəssiz olacaqlar, amma tətbiq olunacaq hüquq xarici bir ölkənin hüququ olduqda bəzən dil və informasiya azlığı kimi problemlərə görə xarici hüquq natamam və yanlış tətbiq oluna bilər, hərçənd daha dəqiq və ədalətli qərar üçün hakimlərin UNIDROIT Prinsiplərinə müraciət etməsi bu kimi halların qarşısını ala bilər.³⁴

İndi isə müxtəlif xarici ölkələrin yerli məhkəmələrin presedentlərinə müraciət edərək Prinsiplərin həqiqətən də milli hüququn təfsiri və ölkədaxili hüququn təfsiri məqsədi ilə istifadə edilməsini əyani şəkildə təsvir edək:

❖ Niderland Ali Məhkəməsi 22 avqust 1995-ci tarixli qərarında, Niderland Mülki Məcəlləsinin müqavilənin ləğvinə dair müddəasını UNIDROIT Prinsiplərinin 7.4.1-ci maddəsində yer alan “borclunun geri ödəmənin bərpa edilməsini tələb etdiyi təqdirdə kreditorun müqaviləyə xitam verə bilməyəcəyi” qaydasına uyğun olaraq tətbiq etmişdir.³⁵

❖ Grenoble Apellyasiya Məhkəməsi (Fransa) 21 yanvar 1996-cı il tarixli qərarında Fransız hüququnda bu məsələ ilə bağlı heç bir tənzimləmə olmamasına baxmayaraq, UNIDROIT Prinsiplərində yer alan standart olmayan müqavilə şərtlərinin tətbiq olunma öncəliyini (maddə 2.1.21) və müqavilə müddəalarının bu müddəanı müqaviləyə daxil etməyi təklif edən tərəfin əleyhinə təfsir edilməsini (*contra proferentem* – maddə 4.6) nəzərdə tutan qaydaları tətbiq etmişdir.³⁶

❖ Birləşmiş Krallıq Apellyasiya Məhkəməsi 17 fevral 2006-cı tarixli *Proforce Recruit Limited v. The Rugby Group Limited* qərarında İngiltərə hüququna zidd olaraq müqavilə müddəalarının təfsiri zamanı tərəflər arasında müqavilədən əvvəlki müzakirələrin də nəzərə alınacağı (maddə 4.3) qaydasını tətbiq etmişdir.³⁷

❖ New South Wales Ali Məhkəməsi 16 iyul 1998-ci il tarixli *Alcatel Australia Ltd. v. Scarcella & Ors* qərarında kirayəçinin yanğın təhlükəsizliyini yoxlamaq məqsədi ilə bələdiyyə səlahiyyətlilərini çağırmasını müqavilənin icrasında vicdanlılığın tələb etdiyi tərzdə hərəkət etmək öhdəliyinə zidd olmadığına qərar verərkən Avstraliya hüququ ilə yanaşı, UNIDROIT Prinsiplərinin 1.7-ci maddəsinə də istinad etmişdir.³⁸ New South Wales Ali Məhkəməsi 1 oktyabr 1999-cu il tarixli *Aiton v. Transfield* qərarında da

³⁴ Ralf Michaels, yuxarıda istinad 13, 654-656.

³⁵ Niderland Ali Məhkəməsi, 22.09.1995, No. 15754, Nederlandse Jurisprudentie 706/1996, 4078-4092.

³⁶ Grenoble Apellyasiya Məhkəməsi, Revue de l'Arbitrage 1997, 87 (24.01.1996).

³⁷ Birləşmiş Krallıq Apellyasiya Məhkəməsi, No. 2006 EWCA Civ 69 (17.02.2006).

³⁸ New South Wales Ali Məhkəməsi, No. NSWSC 483 (16.07.1998).

Avstraliya hüququ ilə yanaşı, UNIDROIT Prinsiplərinin 1.7-ci maddəsinə də istinad etmişdir.³⁹

2. Prinsiplərin beynəlxalq arbitraj məhkəmələri qarışısındakı mübahisələrə tətbiqi

Beynəlxalq arbitraj məhkəmələri tərəfindən də tərəflərin dövlətdaxili hüququ seçdikləri halda UNIDROIT Prinsipləri həmin milli hüququn təfsiri və tamamlanması məqsədi ilə istifadə olunur. Milli hüquq sistemləri və yerli məhkəmələrin onlara verdikləri şərtlər beynəlxalq ticarətin tələbatını ödəməyə kifayət etmədiyindən UNIDROIT Prinsiplərinə ehtiyac zəruridir.⁴⁰ Xüsusən də sığorta və əqli mülkiyyət hüququ sahəsində arbitrlar heyəti tərəfindən Prinsiplərdən çox geniş istifadə edilir.⁴¹ Doktrinada Bonell, arbitrlar heyəti tərəfindən yalnız milli hüququn şərh və tamamlanması üçün yox, birbaşa olaraq UNIDROIT Prinsiplərinin tətbiq olunması fikrini irəli sürmüşdür. Xüsusilə də, həmin milli hüququn tərəflərin seçdiyi yox, qanunlar ziddiyyəti qaydalarına (dövlətin kolliziya normaları) uyğun olaraq müəyyənləşdirilməsi halında tərəflərin iradəsi əleyhinə gedildiyi söylənilməyəcək və birbaşa olaraq Prinsiplərə istinad etmək ən uyğun həll yolu olacaqdır. Arbitrlar heyətinin bağlı olduğu bir *lex fori* olmadığından Prinsiplərə istinad edilərək həll yolunun tapılması həm zaman, həm də xərclər baxımından effektiv olacaqdır.⁴²

Beləliklə, tərəflərin tətbiq olunacaq hüquq kimi hər hansı bir milli hüququ seçdikləri halda beynəlxalq arbitraj məhkəmələri tərəfindən Prinsiplərin milli hüququn təfsiri və tamamlanması məqsədi ilə istifadə olunmasına heç bir maneə yaranmır, bu müddəanı beynəlxalq arbitraj məhkəmələrinin aşağıdakı qərarlarına müraciət edildə əyani şəkildə görə bilərik:

❖ 1995-ci il 8240 nömrəli ICC Beynəlxalq Arbitraj Məhkəməsi qərarında İsveçrəli və sinqapurlu iddiaçılar ilə belçikalı cavabdehlər arasındakı İsveçrə hüququ ilə tənzimlənən ticarət agentliyi müqaviləsindən irəli gələn xarici valyuta üzrə pul öhdəliyinin valyuta məzənnəsinin müəyyənləşdirilməsi üçün UNIDROIT Prinsiplərinə istinad edilmişdir.⁴³

❖ 1995-ci il 8240 nömrəli ICC Beynəlxalq Arbitraj Məhkəməsi qərarının predmeti Mərakeşin dövlət müəssisələrindən biri ilə Amerikan tikinti şirkəti arasındakı mübahisə olmuşdur. Belə ki, müəssisə tikinti şirkətindən müəyyən avadanlıqlar almış və onlar üçün müəyyən bir məbləğ ödəməyi öhdəsinə götürmüşdür. Daha sonra müəssisənin məbləği ödəməməsi və tikinti şirkətinin avadanlıqlarla bağlı sistem yeniləmələrini

³⁹ New South Wales Ali Məhkəməsi, No. 996 (01.10.1999).

⁴⁰ Giuditta Cordero-Moss and Daniel Behny, "The relevance of the UNIDROIT Principles in investment arbitration", 19 *Unifrom Law Review*, 575, 578 (2014).

⁴¹ Klaus Peter Berger, *International Arbitral Practice and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, 46 *American Journal of Comparative Law* 130, 139 (1998).

⁴² Bonell, yuxarıda istinad 24, 259.

⁴³ ICC Beynəlxalq Arbitraj Məhkəməsi, Brüssel, 1995, No. 8240, ICC International Court of Arbitration Bulletin, V. 10, No. 2, 60-62 (1999).

etməməsi iddiaları ilə bağlı mübahisə arbitrlar heyətinin qarşısına gəlmişdir. Arbitrlar heyəti tətbiq olunacaq hüququn Mərakeş hüquq sistemi olduğunu bəyan etsələr də, UNIDROIT Prinsiplərinə istinad edərək, tikinti şirkətinin ümid etməyə haqqının çatdıqlarının da kompensasiya edilməsinin zəruriliyini qeyd etmişlər.⁴⁴

❖ Eyni şəkildə 1996-cı il 5835 nömrəli ICC Beynəlxalq Arbitraj Məhkəməsi qərarında hakimlər heyəti tətbiq olunacaq hüquq kimi beynəlxalq hüququn ümumi prinsipləri ilə tamamlanaraq Küveyt hüququ olduğunu qərar versələr də, Küveyt hüququnun tətbiqi ilə əldə etdikləri nəticənin UNIDROIT Prinsiplərinə tam uyğun olduğunu da qeyd etmişlər. Bu qərar da hakimlər Küveyt hüququndakı təzminatın məhkəmələr tərəfindən hesablanacağına dair müddəanı UNIDROIT Prinsipləri ilə tamamlamışdır. Hakimlər zərərin hesablanması zamanı müəyyən edilə bilməyən işçi qüvvəsi itkilərini özləri qiymətləndirərək, UNIDROIT Prinsiplərinin 7.4.3-cü maddəsinə uyğun olaraq "tam müəyyən edilə bilməyən zərərin məbləği məhkəmənin qərarı ilə qiymətləndirilir" müddəasından istifadə etmişlər. Hakimlər Küveyt qanunvericiliyinə uyğun olaraq borclunun üzərinə düşən öhdəlikləri yerinə yetirməməsi nəticəsində zərərin məbləğini müəyyənləşdirdikdən sonra ödəmə müddəti ərzində faizlərin hesablanmayacağını bəyan etmiş və bu istiqamətdə UNIDROIT Prinsiplərinin 7.4.9-cü maddəsi ilə də öz mövqelərini əsaslandırmışlar.⁴⁵

Bəzən hakimlər qərarlarında dövlətdaxili hüquq normalarının UNIDROIT Prinsiplərindəki tənzimləmə ilə eyni olduğunu qeyd edərək milli hüquq normalarının beynəlxalq ticarət sahəsində qəbul edilə bilən olduğunu və tərəflərin gözləntilərinin də qarşılana bilinəcəyini qeyd edirlər.⁴⁶ Beləliklə, hakimlər həm də milli hüququnun tətbiqinə qarşı çıxan tərəfə bununla cavab vermiş olurlar:

❖ 4 sentyabr 1996-cı il tarixli 8540 nömrəli ICC Beynəlxalq Arbitraj Məhkəməsi qərarında hakimlər heyəti öz mövqeyini əsaslandırmaq üçün New York hüququ ilə yanaşı, UNIDROIT Prinsiplərinə də istinad etmişlər.⁴⁷

❖ 1996-cı il 8486 nömrəli ICC qərarında hakimlər qiymətlərdəki cüzi artımın qabaqcadan görülməsi mümkün olmayan hal (*hardship*) kimi sayılmayacağını Niderland hüququ və UNIDROIT Prinsiplərinə istinadən əsaslandırmışlar.⁴⁸

⁴⁴ ICC Beynəlxalq Arbitraj Məhkəməsi, Paris, 1997, No. 8264, ICC International Court of Arbitration Bulletin, V. 10, No. 2, 62-65 (1999).

⁴⁵ ICC Beynəlxalq Arbitraj Məhkəməsi, Roma, 1996, No. 5835, ICC International Court of Arbitration Bulletin, V. 10, No. 2, 34-39 (1999).

⁴⁶ Berger, yuxarıda istinad 41, 141.

⁴⁷ ICC Beynəlxalq Arbitraj Məhkəməsi, Paris, 04.09.1996, No. 8540, White&Case International Dispute Resolution, V. 10, 3 (1997).

⁴⁸ ICC Beynəlxalq Arbitraj Məhkəməsi, Sürix, 1996, No. 8486, ICC International Court of Arbitration Bulletin, V. 10, No. 2, 69-71 (1999).

❖ 1998-ci il 8223 nömrəli ICC qərarında hakimlər heyəti müqavilədə yer alan təhvil vermə qadağasının tərəflərin dinməz razılığı əsasında dəyişdirilə bilinəcəyini Fransa hüququ ilə yanaşı, UNIDROIT Prinsiplərinə istinadən əsaslandırmışlar.⁴⁹

B. Müqavilə tərəflərinin tətbiq olunacaq hüquq kimi UNIDROIT Prinsiplərini seçməsi halı və prinsiplərin müqavilənin bir hissəsinə çevrilməsinin mümkünlüyü

UNIDROIT Prinsiplərinin preambulasının 2-ci bəndinə görə, müqavilə tərəfləri aralarındakı müqaviləyə UNIDROIT Prinsiplərinin tətbiq olunacağını qəbul edə bilərlər və bu hal Prinsiplərin tətbiqi əsaslarından biridir.

1. Dövlətdaxili məhkəmələr qarşısında mübahisəyə baxılması halı

Təcrübədə UNIDROIT Prinsiplərinin müqaviləyə tətbiq olunacaq hüquq kimi seçilməsi üçün bir çox maneələr ortaya çıxsada, tərəflərin hər ikisinin eyni vəziyyətdə olduğu (məsələn, maddi baxımdan eyni gücdə olmaları) və onların nə öz ölkələrinin, nə də üçüncü bir ölkənin hüququnun tətbiq olunması barədə razılığa gələ bildikləri kimi hallarda Prinsiplərin tətbiqi imkanı daha çox olur. Amma bu halda belə, dövlətdaxili məhkəmələr tərəfindən Prinsiplərin müqaviləyə tətbiq olunacaq hüquq kimi qəbul edilib-edilməməsi ilə bağlı mübahisələr yaranır.⁵⁰ Ənənəvi təcrübəyə görə, dövlətdaxili məhkəmələr kolliziya normalarına uyğun öz milli hüquqlarını tətbiq etməkdədirlər. Belə qaydalara görə, tərəflər aralarındakı müqaviləyə tətbiq olunacaq hüquq kimi ancaq dövlətdaxili hüquq sistemlərindən birini seçməlidirlər, çünki UNIDROIT Prinsipləri öhdəlik və müqavilə hüququnun ancaq ümumi hissəsini tənzimlədiyi üçün özlüyündə bir hüquq (sistem mənasında) hesab oluna bilməz.⁵¹ Həmçinin kolliziya normalarının tətbiqi zamanı imperativ normaların tətbiqinin ilkinliyi (Prinsiplərin 1.4-cü maddəsi) də bu mövqeni təsdiqləməyə kifayət edir. Ən vacib məqam isə odur ki, UNIDROIT Prinsiplərinin arxasında ona ənənəvi mənada "hüquq" adı verə biləcək bir suveren güc yoxdur.

Praktikada formalaşmış mövqeyə görə, tərəflər UNIDROIT Prinsiplərini müqavilənin məzmununa daxil etdikləri halda (*incorporation*) onlar Prinsipləri müqavilənin bir hissəsinə çevirmiş olurlar, amma bu halda belə yerli məhkəmələr tətbiq olunacaq hüquq kimi kolliziya qaydalarına uyğun olaraq dövlətdaxili hüququ qəbul edə bilir.⁵² Prinsiplər isə yalnız həmin

⁴⁹ ICC Beynəlxalq Arbitraj Məhkəməsi, Paris, 1998, No. 8223, ICC International Court of Arbitration Bulletin, V. 10, No. 2, 58-60 (1999).

⁵⁰ Johanna Hoekstra, *The Normative Influence of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts on Courts*, Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, 9-12 (2019).

⁵¹ Bonell, yuxarıda istinad 25, 630.

⁵² Hoekstra, yuxarıda istinad 50, 12-13.

dövlətdaxili hüququn imperativ normalarına zidd olmadıqları həddə tətbiq oluna bilərlər.⁵³ Əks mövqedəki müəlliflərin də fikrini nəzərə aldıqdan sonra hesab edirik ki, Prinsiplərin bu cür tətbiqi ilə razılaşmaq mümkündür.

Doktrinada çox az da olsa, bəzi müəlliflər UNIDROIT Prinsiplərinin tətbiq olunacaq hüquq kimi seçildiyi halda yerli məhkəmələr tərəfindən birbaşa tətbiq edilməli olmasını hesab edirlər. Vischerə görə, beynəlxalq xarakterli müqavilə münasibətlərində tərəflərin iradə azadlığı hüquq seçimi baxımından da keçərlidir və tərəflərə bu məsələdə heç bir məhdudiyyət tətbiq edilmir.⁵⁴ Digər bir mövqeyə görə, tərəflər hətta daha da irəli gedərək özlərinin milli hüquqlarına zidd ola biləcək müddəaları belə müqavilələrində nəzərdə tuta bilər, onlar müqavilələrinə tətbiq olunacaq hüququ seçməkdə tam sərbəstdirlər və bu istiqamətdə hansısa milli hüququn tətbiqində israr edilməsi tutarlı deyil.⁵⁵

Təcrübədə isə UNIDROIT Prinsiplərinin müqaviləyə tətbiq olunacaq hüquq kimi seçildiyi və yerli məhkəmələrin buna etibar etdiyi qərarlara çox nadirən rast gəlinir, məsələn:

❖ St. Gallen Ticarət Məhkəməsi (İsveçrə) 12 noyabr 2004-cü il tarixli qərarında UNIDROIT Prinsiplərinin “beynəlxalq xarakterli tam adekvat qaydalar bütövü” olduğunu qeyd edərək Prinsipləri İsveçrə hüququndan üstün tutaraq tətbiq etmiş⁵⁶, amma İsveçrə Apellyasiya Məhkəməsi (*Bundesgericht*) 20 dekabr 2005-ci il tarixli qərarı ilə Ticarət Məhkəməsinin bu qərarını ləğv etmişdir.⁵⁷

❖ Niderland Ali Məhkəməsinin 24 noyabr 1995-ci il tarixli qərarına predmet olmuş mübahisədə iddiaçı investorlar UNIDROIT Prinsiplərinin 7.3.1-ci maddəsinə istinad edərək Niderland hüququnun əksinə müqavilənin ləğv edilməsinin yalnız son halda - əgər digər tərəfin zərərin əvəzini başqa cür ödəyə bilmədiyi halda mümkün olacağını irəli sürsələr də, məhkəmə bu arqumenti qəbul etməmişdir.⁵⁸ Onu da qeyd edək ki, Niderland Ali Məhkəməsinin bu qərarı doktrinada bir çox tənqidlərə məruz qalmışdır, buna səbəb isə hakimlərin nəinki UNIDROIT Prinsiplərinin müddəalarını, eləcə də digər ölkələrdə bu istiqamətdə formalaşmış təcrübəni nəzərə almamaları olmuşdur.⁵⁹

⁵³ Bonell, yuxarıda istinad 25, 630.

⁵⁴ Frank Vischer, *The Relevance of the Unidroit Principles for Judges and Arbitrators in Disputes Arising out of International Contracts*, 1 European Journal of Law Reform 210, 212 (1999).

⁵⁵ Russell J. Weintraub, *Lex Mercatoria and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Transnational Publishers Inc., 153, (2001).

⁵⁶ Michael Joachim Bonell, *The Unidroit Principles in Practice*, 1084 (2006).

⁵⁷ Yenə orada, 1126.

⁵⁸ Niderland Ali Məhkəməsi, No. 15754 (22.11.1995), *Nederlandse Jurisprudentie* 1996, No. 706, 4078-4092.

⁵⁹ De Ly, yuxarıda istinad 29, 215.

2. Beynəlxalq arbitraj məhkəmələri qarşısındakı mübahisələrə tətbiq

Tərəf iradəsinə əsaslanan arbitraj mühakiməsində tərəflərin aralarındakı mübahisələrə tətbiq olunacaq hüququ seçmə azadlığının olduğu aşkardır. Bu məqsədlə arbitrajla bağlı milli qanunların və beynəlxalq arbitraj qaydalarının hamısında tərəflərin hüquq seçimi etdiyi halda hakimlərin tərəflərin seçdiyi həmin hüququ tətbiq edəcəyi nəzərdə tutulmuşdur.⁶⁰ Beləliklə, arbitraj məhkəmələri tərəfindən mübahisəyə baxılarkən əsas olan məsələ, beynəlxalq hüquqi aktların tətbiq olunacaq hüquq kimi seçildiyi halda onların dövlətdaxili hüquqdan avtonom olaraq tətbiq edilib-edilməməsi ilə bağlıdır.

Arbitrlar heyəti müəyyən bir milli hüquq sistemi ilə bağlı deyildir və onların qərarlarının dövlət məhkəmələrinin qərarlarından fərqli prinsip və qaydalarla əsaslandırılı bilinəcəyi tendensiyası olduqca aktuallaşmaqdadır.⁶¹ Arbitrlar heyətinin səlahiyyət yurisdiksiyası tərəf iradəsinə və bu tərəf iradəsinə dəyər verən hüquq normalarına əsaslanır. Dövlətdaxili məhkəmələrdə isə bu məsələ bir qədər fərqlidir, belə ki məhkəmə hakimiyyəti dövlət hakimiyyətinin bir qolu olmaqla onun suverenliyinin ayrılmaz bir parçasıdır. Arbitrlar heyəti hansısa bir dövlətin adından mübahisəyə baxmadıqları üçün hansısa bir dövlətin hüququ ilə də (*lex fori*) bağlı deyillər. Yəni onların tətbiqinə məcbur olduqları hansısa *lex fori* və ya kolliziya normaları yoxdur.

UNCITRAL Arbitraj Qaydalarının 28.1-ci maddəsinə əsasən, *arbitrlar heyəti tərəflər arasındakı mübahisənin həllinə tərəflərin seçdikləri hüquq qaydalarını tətbiq edəcəklər* (...). İsveçrə Beynəlxalq Xüsusi Hüquq Qanununun 187-ci maddəsinə görə, *arbitrlar heyəti tərəflərin seçdiyi hüquq qaydalarını tətbiq edəcəkdir*. 1996-cı il tarixli İngiltərə Arbitraj Qanununun 46-cı maddəsinə görə, *arbitrlar heyəti mübahisəni tərəflərin mübahisələrin həlli üçün seçdiyi hüquq qaydalarına uyğun həll edəcəklər*. London Beynəlxalq Arbitraj Məhkəməsi Qaydalarının 22/3 maddəsinə əsasən, *arbitrlar heyəti tərəflərin mübahisəyə tətbiq üçün seçdikləri hüququ yaxud hüquq qaydalarını tətbiq edəcəklər*. Amerika Arbitraj Assosiasiyasının Arbitraj Qaydalarının 28-ci maddəsinə görə, *arbitrlar heyəti tərəflərin seçdiyi maddi hüququ və ya hüquq qaydalarını tətbiq edir*.

Bütün bunlara görə də müqavilə tərəflərinin tətbiq olunacaq hüquq kimi UNIDROIT Prinsiplərini seçdikləri halda arbitraj məhkəmələri tərəfindən mübahisələrin həllinə ilk olaraq Prinsiplərin tətbiq edilməsi üçün heç bir maneə qalmır və bir çox qərarlarda da arbitrlar heyəti tərəfindən Prinsiplər bu cür tətbiq edilmişdir. Ona görə də daha ağlabatan olar ki, müqavilə tərəfləri tətbiq olunacaq hüquq kimi UNIDROIT Prinsiplərini seçdikdə öz müqavilələrində yaranacaq mübahisələrin həlli üçün arbitraja müraciət edilməsini qərarlaşdırsınlar.

⁶⁰ Nigel Partasides, Martin Blackaby and Alan Hunter, "Law and Practice of International Commercial Arbitration", Sweet & Maxwell, 95 (2004).

⁶¹ Friedrich K. Juenger, *The Need for a Comparative Approach to Choice-of-Law Problems*, 73 Tulane Law Review 1320, 1329 (1999).

C. Hüququn ümumi prinsiplərinin və “*lex mercatoria*”nın tətbiq olunacaq hüquq kimi seçildiyi halda UNIDROIT Prinsiplərinin tətbiqi imkanları

UNIDROIT Prinsiplərinin preambulasının 3-cü bəndinə görə, tərəflər müqavilələrinə tətbiq olunacaq hüquq kimi hüququn ümumi prinsiplərini və ya *lex mercatorianı* yaxud bənzər hüquq qaydalarını seçdikləri halda da UNIDROIT Prinsipləri tətbiq oluna bilər.

UNIDROIT Prinsiplərinin bu halda necə tətbiq olunacağını başa düşmək üçün ilk olaraq *lex mercatoria-nın* nə olduğu və onun müasir hüquqda hansı rolu oynadığını izah etmək lazımdır.

1. “*Lex mercatoria*” nədir və müasir hüquqdakı yeri

Lex mercatoria (ən qısa şəkildə izah etsək, beynəlxalq ticarət hüququ sahəsində mövcud olan işgüzar adətlərin toplusu) konsepti XX əsrdə Eduard Lambert, Clive Schmitthoff, Berthold Goldman və Philippe Kahn tərəfindən formalaşdırılmışdır. 1920-ci illərin sonunda Eduard Lambert beynəlxalq ticarətin sadəcə dövlətdaxili hüquq və yerli məhkəmələr tərəfindən idarə edilə bilinməyəcəyini və arbitraj yurisdiksiyalarının artıq özünəməxsus bir hüquq sistemini (*droit corporatif international*) yaratdığını ifadə etmişdir. 1954-cü ildən sonra Clive Schmitthoff beynəlxalq müqavilələr, harmonizasiyalaşdırılmış prinsiplər və qaydaların vacibliyinə (*new law merchant*) və bunların ICC kimi beynəlxalq qurumlar tərəfindən formalaşdırılaraq inkişaf etdirilməsinə diqqəti cəlb etmişdir. Bu qaydaların tərəflər üçün bağlayıcılığı elə onların özlərinin iradəsindən asılıdır. Eyni dövrdə Berthold Goldman *lex mercatorianın* mənbələri kimi beynəlxalq maddi hüquq normalarını, ticarət adətlərini, müqavilələri, hüququn ümumi prinsiplərini göstərmiş və beynəlxalq arbitrajın təcrübəsinə istinad edərək *lex mercatorianın* ənənəvi mənada bir hüquq olduğunu iddia etmişdir. Philippe Kahn sosial aspektdən çıxış edərək treyderlərin özlərinin artıq formallaşmış bir cəmiyyət olduğunu və hər bir cəmiyyət kimi treyderlərin də özləri üçün hüquq qaydaları yarada biləcəklərini, həmçinin işgüzar ticarət adətlərinin, müqavilələrin ümumi şərtlərinin və hüququn ümumi prinsiplərinin onlar tərəfindən *lex mercatoria* adı altında formalaşdırılmış hüquq olduğunu qeyd etmişdir.⁶²

Lex mercatoria konsepti universal xarakterə malikdir. *Lex mercatorianın* universal xarakteri özünü onda göstərir ki, bu konsept həm dünyanın müxtəlif hüquq sistemlərində, həm də beynəlxalq tranzit ticarətində formalaşan təcrübəni və işgüzar adətləri özündə əks etdirir.⁶³ Belə ki, beynəlxalq ticarət inkişaf etdikcə onun müxtəlif sahələrində yeni işgüzar adətlər və yeni konsepsiyalar formalaşır və ICC, UNCITRAL kimi qurumlar

⁶² De Ly, yuxarıda istinad 29, 208-216.

⁶³ Felix J. Dasser and Harold Berman, *The ‘New’ Law Merchant and the ‘Old’: Sources, Content, and Legitimacy*, Juris Publishing Inc. revised edition, 54 (1998).

isə bütün bunları müəyyən edərək onların kodifikasiyası istiqamətdə mühüm işlər görürlər.

Lex mercatorianın bir konsept kimi məzmunu və mənbələri hələ də doktrinada mübahisəlidir. Amma ümumi olaraq beynəlxalq təşkilatlar tərəfindən hazırlanmış konvensiyalar (CISG, FIDIC kimi), hüququn ümumi prinsipləri, beynəlxalq təşkilatlar tərəfindən formalaşdırılmış prinsip, qayda, şərt, model müqavilələr, tövsiyələr, arbitraj qərarları, işgüzar ticarət adətləri (*international customs and trade usages*) *lex mercatoria-nın* mənbəyi hesab oluna bilər.

Lex mercatorianın müasir hüquqdakı yerinə gəldikdə isə bu haqda iki fərqli yanaşma mövcuddur. Birinci qrupa daxil olanlara görə, *lex mercatorianın* hüquqi qüvvəsi dövlətin qanunvericilik səlahiyyətindən deyil, kommersiya birliklərinin və dövlət qurumlarının *lex mercatorianı* müstəqil qaydalar kimi tanımasından irəli gəlir (*autonomous view*). Və onlara görə, *lex mercatoria* müqaviləyə tətbiq oluna biləcək müstəqil bir hüquq kimi qəbul edilə bilər. İkinci və azlıq təşkil edən qrupa görə isə, *lex mercatoria* öz hüquqi qüvvəsini qanunvericilik gücündən almadığı üçün müstəqil bir hüquq kimi heç bir müqaviləyə tətbiq edilə bilməz (*positivist view*).⁶⁴

2. UNIDROIT Prinsiplərinin “*lex mercatoria*”ya münasibətdə tətbiqə imkanları

Müasir beynəlxalq praktikada isə *lex mercatorianın* bir konsept kimi müstəqil hüquqi qüvvəsi və varlığı qəbul edilməkdədir. Artıq onun xarakteri haqqındakı mübahisələr öz yerini onun necə tətbiq ediləcəyi məsələsinə buraxmışdır. Bəzi müəlliflərə görə, UNIDROIT Prinsiplərini *lex mercatorianın* beynəlxalq kommersiya müqavilələrinin ümumi hissəsinə aid qaydalar bütövü kimi xarakterizə etmək olar.⁶⁵ Amma, UNIDROIT Prinsiplərinin tamamilə, yaxud bütövlükdə *lex mercatorianın* bir parçası olması hələ də doktrinada mübahisəlidir.

UNIDROIT Prinsiplərinin preambulasının 3-cü bəndinə baxmayaraq, doktrinada hakim olan mövqe ondan ibarətdir ki, tərəflər tətbiq olunacaq hüquq kimi hüququn ümumi prinsiplərini və ya *lex mercatorianı* seçdikləri halda Prinsiplər birbaşa olaraq tətbiq edilə bilməz.⁶⁶ Lakin artıq məqalənin ilk hissəsində UNIDROIT Prinsiplərinin xarakterini araşdırarkən biz müşahidə etmişdik ki, onların da arxasında hansısa bir dövlətin qanunverici hakimiyyətinin gücü yoxdur, onlar beynəlxalq kommersiya müqavilələrinə

⁶⁴ Ralf Michaels, “*The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State*”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 448-450 (2008).

⁶⁵ Whited, C.M., *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: An Overview of Their Utility and the Role They Have Played in Reforming Domestic Contract Law around the World*, 167 *ILSA Journal of International and Comparative Law* 174, 177 (2011).

⁶⁶ Gabriel, H., *The UNIDROIT Principles of International Contracts as a Basis for Teaching Law Reform and Other Legal Skills in the Course on Transnational Law*, *ELTE Law Journal* 122, 125 (2015).

tətbiq olunacaq qaydalar kimi yüzlərlə ölkənin hüquq sistemi araşdırılaraq uzun müddət ərzində hazırlanmış və qəbul edilmişdir. Buna görə də bəzi müəlliflər düşünür ki, Prinsiplər zaman keçdikdən sonra formalaşaraq *lex mercatorianın* bir hissəsi ola bilərlər, ona görə də Prinsiplər bu halda belə yerli məhkəmələrin hakimləri və beynəlxalq arbitrlar heyəti tərəfindən birbaşa tətbiq edilməlidir.⁶⁷

UNIDROIT Prinsiplərinin tərəflər tətbiq olunacaq hüquq kimi hüququn ümumi prinsiplərini və ya *lex mercatorianı* seçdikləri halda tətbiq olunmasının ümumi əsas səbəbləri aşağıdakılardır: 1. Dövlətdaxili hüquq sistemlərindən fərqli olaraq, UNIDROIT Prinsiplərinin hazırlanması zamanı beynəlxalq ticarət münasibətlərində ən çox ortaya çıxan problem və ziddiyyətlər nəzərə alınmışdır ki, bu da onları beynəlxalq kommertiya hüququnun bir mənbəyi edir;⁶⁸ 2. Eyni zamanda Prinsiplər tərəflər arasında və müvafiq sahədə üstünlük təşkil edən işgüzar adətlərə də əhəmiyyət verir (Prinsiplərin 1.9-cu maddəsi); 3. Artıq qeyd etdiyimiz kimi Prinsiplər çox sadə dildə yazılmış, ancaq ekspertlərin başa düşə biləcəyi latın dilindəki ifadələrdən istifadə olunmamış, eyni zamanda dünyanın bir çox dillərinə tərcümə olunmuş, həmçinin Prinsiplərin dərc olunması ilə birlikdə onların kommentariyası da çox sadə dildə dərc olunmuşdur ki, bu da treyderlərin onları başa düşməsinə və tətbiq etməsinə kömək edir; 4. Tərəflər sadəcə öz iradələri əsasında Prinsipləri müqavilələrinə tətbiq etməyə qərar verə bilərlər, bununla da onlar özlərinə yad olan hansısa dövlətdaxili hüququn səbəb ola biləcəyi sürprizlərdən özlərini sığortalamış ola bilərlər; 5. Digər yandan hüququn ümumi prinsipləri və ya *lex mercatorianın* tətbiqi zamanı arbitrlar heyəti bir sıra sosial, iqtisadi, siyasi faktorlar və arbitrajın bəzi əvvəlki qaydalarını nəzərə almalı və onları diqqətlə araşdırmalı olurlar, lakin bu halda Prinsiplərin tətbiq olunması həm əlavə vaxt itkisinin, həm də artıq xərclərin qarşısını alacaqdır⁶⁹; 6. Onsuz da UNIDROIT Prinsiplərinin hazırlanması zamanı hüququn ümumi prinsipləri nəzərə alınmış və UNIDROIT Prinsiplərinin mətni özündə onları sistemli şəkildə əks etdirir.

Bortolotti UNIDROIT Prinsiplərinin hazırda bütövlükdə *lex mercatorianın* bir hissəsi kimi tətbiq edilə bilinməyəcəyi fikrindədir. Çünki Prinsiplərdəki bütün tənzimləmələr ümumi tənzimləmə xarakterində deyil. Ona görə ümumi müddəalarla yanaşı, beynəlxalq ticarətin keyfiyyətini artırmaq məqsədi ilə də Prinsiplərdə bəzi müddəalar öz əksini tapmışdır, məsələn *gross disparity* və *hardship* kimi institutlar beynəlxalq kommertiya hüququnda hamılıqla tanınan və *lex mercatoria* tərəfindən də qəbul edilən xarakterə malik deyildir. Bortolottiyə görə, UNIDROIT Prinsiplərini *lex mercatorianın* bir hissəsi kimi tətbiq etmək istəyən hakim tətbiq etmək istədiyi müddəanın

⁶⁷ Viscasillas, yuxarıda istinad 12, 398.

⁶⁸ Yenə orada, 399.

⁶⁹ Klaus Peter Berger, *The Lex Mercatoria Doctrine and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, 28 Law & Policy in International Business 978, 978 (1997).

tərəflərin gözləntilərini qarşılamağa kifayət etməsinə və beynəlxalq kommersion hüququnda hamılıqla tanınan xarakterə malik olmasına diqqət yetirməlidir.⁷⁰ Boele-Woelki də Prinsiplərin hazırda *lex mercatoriana*nın bir parçası olmadığını, lakin milli məhkəmələrin hakimləri və beynəlxalq arbitrlar tərəfindən tətbiqlərinin davam edəcəyi halda gələcəkdə bunun mümkün olacağını qeyd etmişdir.⁷¹ Eyni mövqedə olan Ferrari isə Prinsipləri *lex mercatoriana*nın tərkib hissəsi kimi tətbiq etməyən hakimin buna məcbur olmadığı kimi, səbəb göstərməyə də borclu olmadığını qeyd etmişdir.⁷² Vischer də *lex mercatoriana*nın doqmatik və sistemli xarakterə malik olmadığını və onun kodifikasiya edilməsinə ehtiyacın olduğunu vurğulamış, amma bu səbəbdən UNIDROIT Prinsiplərinin yeni *lex mercatoria* kimi qəbul edilə bilinməyəcəyini qeyd etmişdir.⁷³ Derains isə bu mövzudakı bütün müzakirə və müqayisələri başqa yönə istiqamətləndirmişdir. Ona görə, UNIDROIT Prinsiplərinin *lex mercatoriana*nın bir hissəsi olub-olmaması yaxud onun yeni *lex mercatoria* sayılıb-sayılmamasının bir o qədər də praktiki əhəmiyyəti yoxdur. Əsas diqqət yetirilməli olan məsələ, tərəflərin müqavilələrinə tətbiq olunacaq hüquq kimi *lex mercatoriana*nı seçməklə hansı məqsədə çatmaq istəmələridir; müqavilədə hüquq seçimi ilə bağlı müddəanın milli hüququn tətbiqinin qarşısını almaqla yanaşı, UNIDROIT Prinsiplərinin tətbiqinə imkan yaradıb-yaratmaması müzakirə olunmalıdır.⁷⁴

1998-ci il 9029 nömrəli ICC Beynəlxalq Arbitraj Məhkəməsi qərarında arbitrlar heyəti UNIDROIT Prinsipləri və *lex mercatoria* arasında heç bir əlaqə formalaşmadığından Prinsiplərin tətbiqindən imtina etmişlər.⁷⁵

1997-ci il 8873 nömrəli ICC Beynəlxalq Arbitraj Məhkəməsi qərarına predmet olmuş mübahisədə Fransız şirkət ilə ispan şirkət Mərakeşdə yol tikintisi ilə bağlı razılığa gəlmiş, lakin Mərakeşdəki siyasi məsələlərə görə ispan şirkət tikintini gecikdirmişdir. Tərəflər müqavilələrində arbitraj bəndi müəyyənləşdirmişlər və müqaviləyə tətbiq olunacaq hüquq kimi İspaniya hüquq sistemini seçmişlər. İspaniya tərəfi özünü onunla müdafiə etmişdir ki, Mərakeşdə baş verən hadisələr UNIDROIT Prinsipləri ilə də tənzimlənən qabaqcadan görünə bilinməyəcək hal (hardship) hesab olunmalıdır. Arbitrlar heyəti 1961-ci il Avropa Konvensiyasının VII maddəsini və ICC arbitraj qaydalarının 17-ci maddəsini rəhbər tutaraq zəruri olduqda hakimlərin

⁷⁰ Fabio Bortolotti, *The Unidroit Principles and the Arbitral Tribunals*, 1 Uniform Law Review 150, 150 (2000).

⁷¹ Katharina Boele-Woelki, *Terms of Co-Existence: The CISG and the Unidroit Principles*, Kluwer Law International 214, 214 (2001).

⁷² Franco Ferrari, *Defining the Sphere of Application of the 1994 Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, 69 Tulane Law Review 330, 330 (1994-1995).

⁷³ Vischer, yuxarıda istinad 54, 328.

⁷⁴ Yves Derains, *The Role of the Unidroit Principles in International Commercial Arbitration (1): A European Perspective*, Unidroit Principles of International Commercial Contracts Reflections on Their Use in International Arbitration, Special Supplement – ICC International Court of Arbitration Bulletin, 127 (2002).

⁷⁵ ICC Beynəlxalq Arbitraj Məhkəməsi, Roma, 1998, No. 9029, ICC International Court of Arbitration Bulletin, V. 10, No. 2, 88-96 (1999).

beynəlxalq işgüzar adətləri tətbiq etmək təşəbbüsünə malik olduqlarını qeyd etmişlər. Amma onlar *hardship*-lə bağlı tənzimləmənin yalnız UNIDROIT Prinsiplərində olması ilə kifayətlənməyərək bu arqumenti qəbul etməmiş və UNIDROIT Prinsiplərini *lex mercatorianın* bir hissəsi kimi tətbiq etməkdən imtina etmişlər.⁷⁶

Beləliklə, UNIDROIT Prinsiplərinin *lex mercatorianın* bir hissəsi olub-olmaması, onun yeni *lex mercatoria* olub-olmaması istiqamətində mübahisələrin olduğu və *lex mercatoria* konseptinin məzmunu və mənbələri tam müəyyən olmadığı, həmçinin bu konseptin systemsiz olması səbəblərinə görə müqavilə tərəflərinə tövsiyə olunan odur ki, onlar öz müqavilələrinə tətbiq olunacaq hüquq kimi *lex mercatoria* kimi systemsiz və mücərrəd bir konsepti seçmək yerinə beynəlxalq kommertiya müqavilələri üçün sistemli qaydalar bütövü olan UNIDROIT Prinsiplərini seçsinslər.

D. Müqavilə tərəflərinin tətbiq olunacaq hüquq kimi heç bir hüquq seçmədikləri halda UNIDROIT Prinsiplərinin tətbiqi imkanları

UNIDROIT Prinsiplərinin preambulasına əsasən, tərəflər müqavilələrinə tətbiq olunması üçün hüquq seçimi etmədikləri halda da UNIDROIT Prinsipləri tətbiq oluna bilər. Bunun necə mümkün olub-olmayacağı isə aşağıdakı başlıqlarda izah olunacaq.

1. Dövlətdaxili məhkəmələr qarşısındakı mübahisələrə tətbiq

Müqavilə tərəfləri tətbiq olunacaq hüquqla bağlı heç bir seçim etmədikləri halda mübahisə yarandıqda hansı hüququn tətbiq olunacağına müvafiq normaların göstərişlərinə əsasən mübahisəyə baxmalı olan dövlətdaxili məhkəmələr yaxud arbitraj məhkəmələri qərar verəcəklər.

Avropa İttifaqının "Müqavilə öhdəliklərinə tətbiq olunacaq hüquq haqqında" I Roma Reqlamenti adlı sənədinin 4/1-ci maddəsinə əsasən, tətbiq olunacaq hüquq: *malların alğı-satqısı müqavilələrində* satıcının daimi fəaliyyət göstərən orqanının olduğu yerin hüququ; *xidmətlərin göstərilməsinə dair müqavilələrdə* xidmətləri göstərməli olan şəxsin daimi fəaliyyət göstərən orqanının olduğu yerin hüququ; *daşınmaz əmlakın altı aydan az müddətə xüsusi məqsədlər üçün icarəyə verilməsində* icarəçi fiziki şəxsdirsə, icarəyə verənin olduğu yerin hüququ; *françayzinq müqavilələrində* françayzinq alanın olduğu yerin hüququ; *konsessiya müqavilələrində* konsessionerin olduğu yerin hüququ; *malların açıq hərracda satılması* halında, müəyyən edilə bilindiği halda açıq hərracın keçirildiyi yerin hüququ hesab ediləcəkdir. Həmçinin 4/2-ci maddəyə əsasən, əgər müqavilə 4/1-ci maddədə sadalanan müqavilələrdən heç biri deyilsə, yaxud 4/1-ci maddədə nəzərdə tutulmuş müxtəlif müqavilələrin ünsürlərini əhatə edən müqavilədirsə (qarışıq müqavilə),

⁷⁶ ICC Beynəlxalq Arbitraj Məhkəməsi, Paris, 1997, No. 8873, ICC International Court of Arbitration Bulletin, V. 10, No. 2, 78-81 (1999).

konkret öhdəlik üzrə borclu kimi çıxış edən tərəfin (*the party required to effect the characteristic performance of the contract*) olduğu yerin hüququ tətbiq olunacaq. Amma 4/4-cü maddəyə əsasən, əgər 4/1 və 4/2-ci maddələrə əsasən tətbiq olunacaq hüququ müəyyən etmək mümkün olmur, müqaviləyə “daha çox əlaqəli ölkənin hüququ” (*the law of the country with which it is most closely connected*) tətbiq olunacaqdır. Həmçinin 4/3-cü maddədə hakimlərə bu istiqamətdə səlahiyyət tanınır. Əgər müqavilənin başqa ölkənin hüququ ilə daha çox əlaqəli olduğu müqavilənin özündən aşkar şəkildə irəli gəlsə, hakim həmin ölkənin hüququnu tətbiq edə bilər. Beləliklə, Roma Reqlamentində müəyyənləşdirilmiş bu qaydalar, xüsusən də “daha çox əlaqəli ölkənin hüququ”nun tətbiq olunması qaydası üzv dövlətlərin məhkəmələrində hakimlərə tərəflərin hüquq seçimi etmədikləri halda beynəlxalq hüquq normalarını (UNIDROIT Prinsipləri kimi) daha çox əlaqəli hüquq kimi tətbiq etməyə mane olur.

Onu da qeyd etmək lazımdır ki, Avropa İttifaqına üzv olmayan ölkələrdə də məsələyə yanaşma adı çəkilən reqlamentdəki yanaşmadan çox da fərqli deyil. İsveçrə Beynəlxalq Xüsusi Hüquq Qanununun 117-ci maddəsinə əsasən, tərəflərin müqaviləyə tətbiq olunacaq hüquqla bağlı heç bir seçim etmədikləri halda yaranmış mübahisə müqavilənin daha çox əlaqəli olduğu ölkənin hüququ tətbiq olunacaqdır.

Doktrinada bu istiqamətdə xeyli əks mövqelər formalaşmışdır. Bu mövqedən çıxış edən bir sıra müəlliflər hesab edirlər ki, daha çox əlaqəli hüquq kimi ancaq müəyyən ölkələrin yerli hüquqlarının tətbiq olunması UNIDROIT Prinsipləri kimi sistemli qaydalar bütövünə haqsızlıqdır, hansı ki yüzlərlə ölkənin hüquq sistemi nəzərə alınaraq hazırlanıb. Beynəlxalq xarakterli kommersion müqavilələrinə tətbiq baxımdan daha yaxın əlaqəli hüquq dedikdə, mübahisənin predmeti olan hadisələrin bir ölkənin hüquq sistemi ilə olan coğrafi əlaqələri ilə yanaşı, həm də belə bir hüququn beynəlxalq ticarətin tələbləri ilə nə qədər uzlaşdığı, tərəflər arasındakı müqaviləni hansı dərəcədə tənzimləyə bilməsi də nəzərə alınmalıdır. Başqa sözlə, beynəlxalq kommersion müqavilələri baxımdan *daha çox əlaqəli hüquq* bu istiqamətdəki işgüzar adətlər nəzərə alınaraq hazırlanmış olan, tərəflərin rahatlıqla müraciət edərək başa düşə biləcəyi, irəli sürdüyü həll yollarının tərəflər üçün qabaqcadan aydın olacağı bir hüquq olmalıdır. Yəni, UNIDROIT Prinsipləri də *daha çox əlaqəli hüquq* kimi tərəflərin hüquq seçimi etmədikləri halda tətbiq oluna bilər.⁷⁷ Fikrimizcə, bu mövqenin müəlliflərinin fikirləri ilə razılaşımaq olar.

Amma təcrübədə *daha çox əlaqəli hüquq* kimi UNIDROIT Prinsipləri, demək olar ki, tətbiq edilmir. Bu istiqamətdə olan praktika onu göstərir ki, hüquq seçimi edilmədiyi halda yerli məhkəmələr müqavilənin daha çox əlaqəli olduğu ölkənin hüququnu tətbiq olunacaq hüquq kimi seçirlər. Amma

⁷⁷ Patrick H. Glenn, *An International Private Law of Contract*, Transnational Publishers Inc., 63 (2001).

Grenoble Apellyasiya Məhkəməsi (Fransa) 24 yanvar 1996-cı il tarixli qərarında müqavilə tərəflərinin heç bir hüquq seçimi etmədikləri halda UNIDROIT Prinsiplərini tətbiq etmiş, lakin bunun səbəbini izah etməmişdir.⁷⁸

2. Beynəlxalq arbitraj məhkəmələri qarşısındakı mübahisələrə tətbiq

Tərəflərin hüquq seçimi etmədikləri halda mübahisə beynəlxalq arbitrajın qarşısına gəldikdə məsələ daha da çətinləşəcəkdir. *Cumulative methoda* görə mübahisə ilə aidyyəti olan bütün kolliziya normalarının eyni bir hüququ tətbiq olunacaq hüquq kimi göstərdiyi halda hakimlər bu hüququ tətbiq edə bilirlər. *Voie direct - direct reference* adlı metoda görə isə hakimlər heç bir kolliziya normalarına istinad etmədən tətbiq oluna biləcək daha çox əlaqəli hüququ özləri seçə bilirlər.⁷⁹ UNCITRAL Arbitraj Qaydalarının 28/2-ci maddəsinə əsasən tərəflər hüquq seçimi etmədikləri halda hakimlərin uyğun gördüyü kolliziya normalarının təyin etdiyi hüquq tətbiq ediləcəkdir. 1961-ci il Avropa Konvensiyasının VII/1 maddəsinə görə, tərəflər hüquq seçimi etməmişlərsə, hakimlərin mübahisənin növünə görə uyğun gördükləri kolliziya normaları əsasında seçiləcək hüquq tətbiq ediləcək.

Doktrinada isə tərəflərin hüquq seçimi etmədikləri halda UNIDROIT Prinsiplərinin tətbiq olunması ilə bağlı bir çox əsaslandırma mövcuddur. UNIDROIT Prinsiplərinin hüquq seçimi edilmədiyi halda tətbiq olunma səbəbləri kimi aşağıdakılar göstərilir: 1. Mübahisə zamanı daha çox əlaqəli hüququn müəyyənləşdirilməsi ilə bağlı zaman və əmək sərfiyyatının qarşısı alınacaqdır; 2. Milli hüquq normaları konkret bir dövlətdaxili münasibətlər və adətlər nəzərə alınaraq hazırlandığından beynəlxalq ticarətə tətbiq zamanı tərəflərin gözləntiləri qarşılanmaya bilər; 3. UNIDROIT Prinsipləri bir çox dövlətdaxili hüquqdakı həll yollarının araşdırılması və təhlili nəticəsində hazırlandığı üçün konkret mübahisənin həlli üçün daha effektiv həll yolunu irəli sürməsi qaçılmazdır⁸⁰; 4. Artıq qeyd etdiyimiz kimi Prinsiplər çox sadə dildə yazılmış, ancaq ekspertlərin başa düşə biləcəyi latın dilindəki ifadələrdən istifadə olunmamış, eyni zamanda dünyanın bir çox dillərinə tərcümə olunmuş, həmçinin Prinsiplərin dərc olunması ilə birlikdə onların kommentariyası da çox sadə dildə dərc olunmuşdur.

İndi isə beynəlxalq arbitraj məhkəmələrinin praktikasına müraciət edərək tərəflərin öz müqavilələrində tətbiq olunacaq hüququ seçmədikləri halda arbitrlar heyəti tərəfindən Prinsiplərin tətbiq olunduğu situasiyalara dair praktiki misallar göstərək:

❖ 1996-cı il 8502 nömrəli ICC Beynəlxalq Arbitraj Məhkəməsi qərarında arbitrlar heyəti Vyetnamlı düyü ixracatçısının fransalı və hollandiyalı alıcılar ilə bağladığı alqı-satqı müqaviləsində tərəflər hüquq

⁷⁸ Grenoble Apellyasiya Məhkəməsi, , *Revue de l'Arbitrage*, 1997, 7 (24.01.1996).

⁷⁹ Ole Lando, *Assessing the Role of the Unidroit Principles in the Harmonization of Arbitration Law*, 3 *Tulane Journal of International and Comparative Law* 130, 132 (1995).

⁸⁰ Yenə orada, 140.

seçimi etmədiyi üçün INCOTERMS 1990 və UCP 500 ilə yanaşı, UNIDROIT Prinsiplərini də beynəlxalq kommertiya hüququnda qəbul edilən tənzimləməni göstərən normalar kimi tətbiq etmişlər.⁸¹

❖ 2000-ci il 9797 nömrəli ICC Beynəlxalq Arbitraj Məhkəməsi qərarına predmet olmuş mübahisə dünyaca məşhur audit və konsaltinq şirkəti olan *Anderson Worldwide Organisation-un (AWO)* audit şirkəti *Arthur Andersen Business Unit (AABU)* və konsaltinq şirkəti *Andersen Consulting Business Unit (ACBU)* arasındadır. AABU-nun aralarındakı müqaviləyə zidd olaraq konsaltinq xidmətləri göstərməsi və AWO-nun idarə orqanı olan *Andersen Worldwide Societe Cooperative-in (AWSC)* tərəflərin aralarındakı iş bölgüsünü nəzarət və idarə edə bilməməsi səbəbiylə ACBU arbitraja müraciət etmişdir. Tərəflər bağladıkları müqaviləyə tətbiq olunması üçün hüquq seçimi etmədikləri üçün arbitrlar heyəti ICC Arbitraj qaydalarının 17-ci maddəsinə əsasən, ən uyğun hüquq kimi UNIDROIT Prinsiplərini mübahisəyə tətbiq etmişlər.⁸²

UNIDROIT Prinsiplərinin tətbiq olunacaq hüquq kimi qəbul edilmədiyi qərarlar heç də az deyil.

❖ 1998-ci il 9419 nömrəli ICC Beynəlxalq Arbitraj Məhkəməsi qərarında arbitrlar heyəti UNIDROIT Prinsiplərini tətbiq etməkdən imtina etmişlər. Bunun səbəbi kimi isə tətbiq olunacaq hüququn uyğun görülən kolliziya normalarına əsasən təyin olunacağı təqdirdə UNIDROIT Prinsiplərinin hər hansı bir dövlətdaxili hüququ əvəzləyəcək bir səviyyədə olmamasını göstərmişlər.⁸³

❖ 2002-ci il 10385 nömrəli ICC Beynəlxalq Arbitraj Məhkəməsi qərarında iki afrikalı tərəf müqavilə üçün tətbiq olunacaq hüquq seçməmişdir. Arbitrlar heyəti tətbiq olunaacaq hüquq kimi UNIDROIT Prinsiplərini seçməmələrinin səbəbini Prinsiplərin *lex mercatoria* ilə qarşılıqlı əlaqəsi ilə bir yerdə izah etmişlər. Arbitrlar heyəti *lex mercatorianın* tərəflərcə seçilmədiyini, onun bir konsept kimi məzmununun və mənbələrinin qeyri-müəyyən olduğunu, UNIDROIT Prinsiplərini *lex mercatorianın* yerinə yox, ancaq onun tamamlayıcısı kimi tətbiq oluna biləcəyini bildirərək Prinsiplərin mübahisəyə tətbiqindən imtina etmiş və mübahisəni tərəflər arasındakı müqavilənin müddəaları əsasında həll etmişlər.⁸⁴

Lakin yuxarıda da qeyd etdiyimiz və əsaslandırdığımız kimi də yekun mövqeyimiz ondan ibarətdir ki, UNIDROIT Prinsipləri *daha çox əlaqəli hüquq* kimi tərəflərin hüquq seçimi etmədikləri halda tətbiq edilə bilər.

⁸¹ ICC Beynəlxalq Arbitraj Məhkəməsi, Paris, 1996, No. 8502, ICC International Court of Arbitration Bulletin, V. 10, No. 2, 72-74 (1999).

⁸² ICC Beynəlxalq Arbitraj Məhkəməsi, No. 9797, Mealey's International Arbitration Report, No. 2, 1-45 (28.07.2000).

⁸³ ICC Beynəlxalq Arbitraj Məhkəməsi, 1998, No. 9419, ICC International Court of Arbitration Bulletin, V. 10, No. 2, 104-106 (1999).

⁸⁴ ICC Beynəlxalq Arbitraj Məhkəməsi, 2002, No. 10385, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2005 Special Supplement, 80-83.

Nəticə

Prinsiplərin milli hüququn təfsiri və tamamlanması məqsədi ilə tətbiq olunması praktikada həm milli məhkəmələr, həm də arbitraj məhkəmələri tərəfindən istifadə olunmaqdadır. Amma bu baxımdan yarana biləcək ən böyük problem *milli hüquq normalarının konkret mübahisənin həllini təmin edə bilməməsi* məsələsinin mübahisəyə baxan məhkəmə tərəfindən necə təfsir ediləcəyidir. Həqiqətən də milli hüquq normalarının konkret mübahisənin həllini təmin edə bilməməsi dar şərh olunarsa, bu daha çox problemə səbəb olacaqdır və Prinsiplərin tətbiqinə məhdudiyət yaranacaqdır. Amma milli hüquq normalarının aydın olmadığı və ya beynəlxalq konvensiyalara uyğun olmayan həll yollarının irəli sürüldüyü hallarda da yaranmış boşluqların UNIDROIT Prinsipləri vasitəsi ilə doldurulması daha effektiv olacaqdır. Təbii ki, *lex fori-ni* tətbiq edən hakimlər öz milli hüquqlarını Prinsiplərdən irəli gələrək fərqli şəkildə tətbiq etməkdə həvəssiz olacaqlar, amma tətbiq olunacaq hüquq xarici bir ölkənin hüququ olduqda bəzən dil və informasiya azlığı kimi problemlərə görə xarici hüquq natamam və yanlış tətbiq edilə bilər, hərçənd daha dəqiq və ədalətli qərar üçün hakimlərin UNIDROIT Prinsiplərinə müraciət etməsi bu kimi halların qarşısını ala bilər.

UNIDROIT Prinsiplərinin tətbiq olunacaq hüquq kimi seçildiyi halda ənənəvi təcrübəyə görə, dövlətdaxili məhkəmələr kolliziya normalarına uyğun öz milli hüquqlarını tətbiq etməkdədirlər. Amma arbitrajla bağlı milli qanunların və beynəlxalq arbitraj qaydalarının hamısında tərəflərin hüquq seçimi etdiyi halda hakimlərin tərəflərin seçdiyi həmin hüququ tətbiq edəcəyi nəzərdə tutulmuşdur. Bütün bunlara görə də müqavilə tərəflərinin tətbiq olunacaq hüquq kimi UNIDROIT Prinsiplərini seçdikləri halda arbitraj məhkəmələri tərəfindən mübahisələrin həllinə ilk olaraq Prinsiplərin tətbiq edilməsi üçün heç bir maneə qalmır və bir çox qərarlarda da arbitrlar heyəti tərəfindən Prinsiplər bu cür tətbiq edilmişdir. Ona görə də daha ağlabatan olar ki, müqavilə tərəfləri tətbiq olunacaq hüquq kimi UNIDROIT Prinsiplərini seçdikdə öz müqavilələrində yaranacaq mübahisələrin həlli üçün arbitraja müraciət edilməsini qərarlaşdırsınlar.

Tətbiq olunacaq hüquq kimi hüququn ümumi prinsiplərinin və ya *lex mercatorianın* seçildiyi halda, UNIDROIT Prinsiplərinin *lex mercatorianın* bir hissəsi olub-olmaması, onun yeni *lex mercatoria* olub-olmaması istiqamətində mübahisələrin olduğu və *lex mercatoria* konseptinin məzmunu və mənbələri tam müəyyən olmadığı, həmçinin bu konseptin systemsiz olması səbəblərinə görə müqavilə tərəflərinə tövsiyə olunan odur ki, onlar öz müqavilələrinə tətbiq olunacaq hüquq kimi *lex mercatoria* kimi systemsiz və mücərrəd bir konsepti seçmək yerinə beynəlxalq kommersiya müqavilələri üçün sistemli qaydalar bütövü olan UNIDROIT Prinsiplərini seçsinlər.

Tərəflər tətbiq olunacaq hüququ seçmədikdə hansı hüququn tətbiqinə müvafiq normaların göstərişlərinə əsasən, dövlətdaxili məhkəmələr, yaxud

arbitraj məhkəmələri qərar verəcəklər. Belə normaların tələbinə əsasən, hakimlər *daha çox əlaqəli hüquq* kimi mübahisənin predmeti olan hadisələrin bir ölkənin hüquq sistemi ilə olan coğrafi əlaqələrinə görə hansısa bir dövlətdaxili hüququ seçirlər. Amma bir sıra müəlliflər kimi biz də hesab edirik ki, daha çox əlaqəli hüquq kimi ancaq müəyyən ölkələrin yerli hüquqlarının tətbiq olunması UNIDROIT Prinsipləri kimi yüzlərlə ölkənin hüquq sistemi nəzərə alınaraq hazırlanan sistemli qaydalar bütövünə haqsızlıqdır. Beynəlxalq xarakterli kommertiya müqavilələrinə tətbiq baxımdan daha yaxın əlaqəli hüquq dedikdə, mübahisənin predmeti olan hadisələrin bir ölkənin hüquq sistemi ilə olan coğrafi əlaqələri ilə yanaşı, həm də belə bir hüququn beynəlxalq ticarətin tələbləri ilə nə qədər uzlaşdığı, tərəflər arasındakı müqaviləni hansı dərəcədə tənzimləyə bilməsi də nəzərə alınmalıdır. Başqa sözlə, beynəlxalq kommertiya müqavilələri baxımdan *daha çox əlaqəli hüquq* bu istiqamətdəki işgüzar adətlər nəzərə alınaraq hazırlanmış olan, tərəflərin rahatlıqla müraciət edərək başa düşə biləcəyi, irəli sürdüyü həll yollarının tərəflər üçün qabaqcadan aydın olacağı bir hüquq olmalıdır. Yəni, UNIDROIT Prinsipləri də *daha çox əlaqəli hüquq* kimi tərəflərin hüquq seçimi etmədikləri halda tətbiq edilə bilər.

Sonda isə qeyd etmək istərdik ki, bu yazının işlənməsinin əsas məqsədi UNIDROIT Prinsiplərinin Azərbaycan praktikasında da tətbiqinə yol açmaq və konkret situasiyalarda Prinsiplərin necə tətbiq oluna biləcəyini göstərməkdir. Ümid edirik ki, bu yazının dərcindən sonra Prinsiplər həm müqavilə münasibətlərinə girən subyektlər tərəfindən, həm də beynəlxalq xarakterli kommertiya müqavilələrindən irəli gələn mübahisələrə baxan subyektlər baxımından daha çox nəzərə alınacaq və bu yazı onlar üçün bir növ bələdçi rolunu oynayacaqdır.

*Rəfiqə Məlikova**

BEYNƏLXALQ CİNAYƏTLƏRƏ GÖRƏ DÖVLƏT RƏSMİLƏRİNİN İMMUNITETİ

Annotasiya

Aydın məsələdir ki, tarixin hər bir dönmində törədilən beynəlxalq cinayətlərin bir qismi dövlət rəsmiləri tərəfindən yerinə yetirilir. Dövlətin daxili və xarici siyasətinin tərkib hissəsi kimi dövlət rəsmiləri tərəfindən sülh və bəşəriyyət əleyhinə cinayətlərin törədilməsi və həmin hökumətlər tərəfindən toxunulmazlıq səbəbi ilə cinayət təqibinin həyata keçirilməməsi son zamanlar hüquqi debatların aktual mövzusunda çəvrilmişdir. Bu halda cinayətə görə məsuliyyət prinsipinin pozulmasının qarşısını almaq üçün 2 mühüm hüquqi mexanizm tətbiq edilir:

1. Yerli məhkəmələr qarşısında məsuliyyət.
2. Beynəlxalq məhkəmələr qarşısında məsuliyyət.

Əksər dövlətlərin Konstitusiyası və digər qanunvericilik aktlarında həmin şəxslərin toxunulmazlığı məsələsi əks olunsa da, beynəlxalq praktikada vəziyyət bir qədər fərqlidir. Vəzifəli şəxslərin yerli və beynəlxalq ədalət mühakiməsi qarşısındakı vəziyyəti onların sahib olduğu immunitetin növündən və əməllərinin səlahiyyət dönməsində törədilib-törədilməməsindən asılı olaraq dəyişir.

Abstract

It is clear that some of the international crimes committed in every period of history are committed by state officials. The commission of crimes against peace and humanity by state officials as part of the domestic and foreign policy of the state and the non-prosecution of those governments for the sake of immunity have recently become a topical issue in legal debates. In this case, two important legal mechanisms are applied to prevent the violation of the principle of penal responsibility of individuals.

1. Accountability to national courts.
2. Accountability to international courts.

Although the Constitution and other legislative acts of most countries address the issue of the immunity of such persons, the situation is somewhat different in international practice. The situation of officials before national and international justice varies depending on the type of immunity they enjoy and whether their actions were committed during their term of office.

MÜNDƏRİCAT

Giriş	226
I. Şəxsi immunitet və funksional immunitet nədir?	228
II. Milli məhkəmələr qarşısında dövlət rəsmilərinin həbs və tutulmaya qarşı immuniteti	232
III. Dövlətlərin qarşılıqlı və beynəlxalq məhkəmələr qarşısındakı öhdəlikləri arasında ziddiyyət	234

* Azərbaycan Respublikası Prezidenti yanında Dövlət İdarəçilik Akademiyası, LL.B. 2020.

Nəticə.....240

Giriş

Məqalənin məqsədi ağır beynəlxalq cinayətlər törətməkdə ittiham olunan dövlət rəsmilərinin milli və beynəlxalq məhkəmələr qarşısında məsuliyyəti məsələsini həll etmək və onların hansı hallarda mühakimə edilə bildiyini müəyyənləşdirməkdir. Qarşıya qoyulan məqsədə nail olmaq üçün aşağıdakı vəzifələr nəzərdə tutulmuşdur:

- Yüksək vəzifəli dövlət işçilərinin immuniteti ilə bağlı müxtəlif yanaşmaların, o cümlədən beynəlxalq adət hüququnun və məhkəmə presedentlərinin təhlili;

- Roma Statusunun müvafiq maddələri arasındakı ziddiyyətlərin müəyyənləşdirilməsi;

- Beynəlxalq Cinayət Məhkəməsinin bu məsələlər ilə bağlı mövqeyinin aydınlaşdırılması.

Məlumdur ki, Beynəlxalq cinayət hüququ fiziki şəxslərin beynəlxalq cinayət məsuliyyətini müəyyən etməklə, dövlətlərin qanuni maraq və mənafelərini qoruyur. Beynəlxalq cinayət hüququ çərçivəsində beynəlxalq cinayətlərə qarşı ciddi mübarizə aparılsa da, sivilizasiyaların inkişafı, dövlətlərarası münasibətlərin və informasiya mübadiləsinin genişlənməsi ilə paralel olaraq, dövlətlərin vəzifəli şəxsləri tərəfindən törədilən cinayətlər müasir dünyada real təhlükəyə çevrilmişdir. Xarakterinə, təhlükəlilik dərəcəsinə və doğurduğu neqativ nəticələrə görə bir və ya bir neçə dövlətin deyil, bütün bəşəriyyətin ali maraqlarına toxunan əməllərin qarşısını almaq və bu əməllərə qarşı səmərəli mübarizə aparmaq üçün milli hüquq sistemləri kifayət etmir. Bu kimi əməllərin tərkib elementləri Beynəlxalq ümumi hüquqla müəyyən olunur və həmin əməlləri törətmiş vəzifəli şəxslərin cinayət məsuliyyətinin həyata keçirilməsi üçün müvafiq mexanizmlər yaradılır. Müasir dövrdə bu istiqamətdə Yuqoslaviya və Ruanda ad hoc beynəlxalq cinayət tribunalları, Beynəlxalq Cinayət Məhkəməsi (BCM), eləcə də ayrı-ayrı ölkələrdə (Kambocada, Syerre – Leonədə, Kosovoda, Livanda və s.) “qarıxıq” tribunallar, yəni tərkibində beynəlxalq hakimlər və (və ya) prokurorlar olan məhkəmə orqanları təsis edilmişdir. Bu məhkəmə və ya tribunalların hər birinin məqsədi ən ağır beynəlxalq cinayətlər – genosid, insanlıq əleyhinə cinayətlər və müharibə cinayətləri törədənləri cəzalandırmaqdan ibarətdir.¹

Soyuq müharibənin başa çatması və beynəlxalq gərginliyin azalması bütövlükdə beynəlxalq hüquqa, o cümlədən beynəlxalq hüquqi məsuliyyət institutuna pozitiv dəyişikliklər gətirdi. BMT Beynəlxalq Hüquq Komissiyasının uzun dövr ərzində müzakirə etdiyi “Sülh və bəşəriyyətin

¹ Ələvsət Allahverdiyev, Beynəlxalq Hüquqda İnsanlıq əleyhinə Cinayətlər, 13 (2017).

təhlükəsizliyi əleyhinə cinayətlər” Məcəlləsinin layihəsi üzərində iş sürətləndi və 1994-cü ildə ilk oxunuşda qəbul olundu. 1993 və 1994-cü illərdə müvafiq olaraq, Yuqoslaviya və Ruanda ad hoc tribunalları təsis edildi. Nəhayət, 1998-ci ilin iyulunda Beynəlxalq Cinayət Məhkəməsinin yaradılması haqqında Müqavilə və onun Statusu qəbul edildi. Status 2002-ci il iyulun 1-indən qüvvəyə minmişdir, məhkəmə isə 2003-cü ildən bəri fəaliyyət göstərir. Bu Statusun qəbulu beynəlxalq hüquqda və praktikada inqilabi dəyişikliklərə səbəb oldu.² Tarixdə ilk dəfə 120 dövlət beynəlxalq hüquqla ağır cinayətlərdə ittiham olunan şəxslərin mühakimə olunmasının həyata keçirən ədalət məhkəməsinin yaradılmasına səs verdi. Məhkəmənin yurisdiksiyasına jus cogens statusu daşıyan 4 növ cinayət daxildir: müharibə cinayətləri, insanlıq əleyhinə cinayətlər, genosid və təcavüz cinayətləri. Beynəlxalq Cinayət Məhkəməsinin müstəqil icra mexanizmi mövcud deyildir, beynəlxalq cinayətlərdə ittiham olunan şəxslərin üzv dövlətlərin əməkdaşlığı sayəsində tutularaq verilməsi nəticəsində fəaliyyət göstərir. Əgər qanunvericilik tarixinə nəzər salsaq, 1998-ci il Roma Müqaviləsi uzunmüddətli proseslərin, siyasi və intellektual danışıqların, ilkin layihələrin nəticəsi kimi meydana çıxmışdır. Beynəlxalq cinayətlərlə bağlı ilkin qanunvericilik aktları müharibə cinayətlərinə görə fərdi məsuliyyəti nəzərdə tutan prinsipləri təklif etmirdi. 1907-ci il Haaqa Konvensiyası³ müharibə adət və qaydalarının pozulmasına görə dövlətlərarası əməkdaşlığın bərqərar edilməsini təklif etsə də, I Dünya müharibəsi bunun heç də effektiv olmadığını göstərdi. Müharibə cinayətkarlarının məsuliyyəti və cəzalandırılması barədə 1919-cu il Komissiyası belə qənaətə gəldi ki, müharibə adət və qanunlarını pozan şəxslərin cəzalandırılması üçün beynəlxalq tribunal yaradılmalıdır. Lakin ABŞ təfriqəçi qrupları dövlət başçılarının beynəlxalq tribunal qarşısında deyil, yalnızca bəşəriyyət və insanlar qarşısında mühakimə oluna bilməsini iddia etdilər. Çünki dövlət başçısının immuniteti suverenliyin (fransızca deyildiyi kimi: “l'état, c'est moi”, yəni dövlət mənə məxsusdur) əsas özəyi kimi görülürdü.

I Dünya müharibəsindən sonra Beynəlxalq Cinayət Məhkəməsinin yaradılmasına cəhdlər olsa da, dövlət başçısının immuniteti məsələsi hər zaman toxunulmamış qalırdı. Nəhayət, 1941-ci il London beynəlxalq yığıncağın layihəsində isə dövlət başçısı tərəfindən törədilən cinayətlərin adı çəkilirdi.⁴ Əslində isə, bu layihə müharibə cinayətləri üzərində yurisdiksiyanı 4 fərqli ssenari ilə təsvir edirdi, onlardan biri dövlət başçılarını tərəfindən törədilən cinayətlər idi, deməli, dövlət başçısının immuniteti də göz önünə alınmışdı:⁵

² Leila Nadya Sadat, S. Richard Carden, *The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution*, 88 GEO. L. J. 381, 393 (2000).

³ Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land, 2277 UNTS 539, 3 (1907).

⁴ United Nations War Crimes Commission, *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, 101-102 (1948).

⁵ Yenə orada, 103.

1. BMT-nin hər hansı dövlətinin milli məhkəməsinin yurisdiksiyasında olmayan cinayətlər;
2. BMT-nin hər hansı dövlətinin məhkəmə yurisdiksiyasına aid olan, lakin müvafiq dövlət tərəfindən ədalət mühakiməsinin həyata keçirilmədiyi cinayətlər;
3. Müxtəlif ölkələrdə və ya müxtəlif ölkələrin vətəndaşlarına qarşı törədilən cinayətlər;
4. Dövlət başçıları tərəfindən törədilən cinayətlər.

I. Şəxsi immunitet və funksional immunitet nədir?

Dövlət rəsmilərinin immuniteti 2 əsasla təmin olunur :

1) Dövlətlərin suveren bərabərliyi prinsipi.⁶ Bu prinsip öz birbaşa ifadəsini BMT Nizamnaməsinin 2-ci maddəsinin 1-ci bəndində tapmışdır: “Təşkilat onun bütün üzvlərinin suveren bərabərliyi prinsipinə əsaslanır”.⁷ Suveren bərabərlik prinsipinin məzmunu iki ünsürdən ibarətdir:

a) Hər bir dövlət tam suverenliyə malikdir və öz siyasi və iqtisadi sistemini sərbəst və maneəsiz olaraq özü müəyyən edir. Hər bir dövlət bütün digər dövlətlərin suverenliyinə, o cümlədən ərazi bütövlüyünə və siyasi müstəqilliyinə hörmət etməlidir.

b) Bütün dövlətlər ərazisinin miqyasından, əhalisinin sayından, inkişaf səviyyəsindən və hərbi-siyasi potensialından asılı olmayaraq hüquqi cəhətdən bərabərdir. Bir qayda olaraq, beynəlxalq təşkilatlarda hər bir dövlət bir səsə malikdir. Beynəlxalq hüquq normaları dövlətlər tərəfindən qarşılıqlı razılıq yolu ilə bərabərhüquqlu əsasda yaradılır. Suveren bərabərlik prinsipi bütün dövlətlərin beynəlxalq məsələlərin həllində bərabər iştirakını təmin etməyə yönəlmişdir. Dövlət rəsmilərinin digər dövlətin orqanları tərəfindən həbs və tutulmaya məruz qalması dövlətlərin suveren bərabərliyi və müstəqilliyi prinsipinə xələl gətirir.

2) Dövlət başçılarının simvolik olaraq suverenliyi təmsil etməsi prinsipi.⁸ Dövlət başçılarının immuniteti təkcə onların icra etdiyi funksiyalarla deyil, həmçinin dövlətin suveren olmasının göstəricisi ilə əlaqəli təmin olunur. Dövlətlərin suveren bərabərliyi prinsipi və dövlət başçılarının simvolik olaraq suverenliyi təmsil etməsi birlikdə şərh edilməli və bu birləşik dövlət rəsmilərinin toxunulmazlığının əsası kimi çıxış etməlidir.

Dövlət rəsmilərinin xarici yurisdiksiya qarşısındakı immunitetinin 2 növü mövcuddur: şəxsi immunitet və funksional immunitet. Şəxsi immunitet rəsmi (official acts) və qeyri-rəsmi (private acts) hərəkətlərdən dolayı, dövlət rəsmisinin vəzifədə olduğu müddətdə və vəzifə tutmazdan əvvəl törətdiyi əməllərə aid edilərək şəxsin xarici məhkəmələr tərəfindən mülki və cinayət

⁶ Military and Para-military Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), ICJ Rep 14, § 202 (1986).

⁷ Charter of the United Nations, 1 UNTS XVI, 2.1 (1945).

⁸ R. Jennings və A. Watts, Oppenheim’s International Law, § 445 (9th edn, 1992).

məsuliyyətinə cəlb edilməsinin qarşısını alır.⁹ Bu başlıq altında mülki yox, cinayət məsuliyyəti əsas götürülərək, beynəlxalq hüquqda cinayət hesab edilən əməllərə görə dövlət rəsmilərinin şəxsi immunitetindən danışılacaq. Daha dəqiq desək, bu növ immunitet dövlət vəzifələrinin icrası ilə bağlı hərəkətlər, həm də dövlət vəzifələrinin icrası ilə bağlı olmayan hərəkətlər üçün (istər vəzifədə olarkən, istərsə də vəzifədən öncə törədilən) dövlət rəsmilərini xarici dövlətin cinayət yurisdiksiyasından azad edir. Bu növ immunitet dövlət rəsmisinə yalnız vəzifə başında olarkən şamil edilir. Konqo Belçikaya qarşı işində Beynəlxalq Ədalət Məhkəməsi Dövlət başçısı, Hökumət başçısı və Xarici İşlər Nazirinin bu immunitetə sahib olduğunu vurğulayaraq bu qənaətə gəlir ki, Xarici İşlər Naziri hətta şəxsi məqsədlə bağlı səfərdə olarkən belə cinayət prosesində tam immunitetə malikdir.¹⁰ Şəxsi immunitet prinsipi milli məhkəmələr tərəfindən müəyyən qərarlarda mübahisəsiz olaraq qəbul edilmişdir. Lakin ABŞ Noriegaya qarşı işdə General Noriega (de fakto idarəçi), ABŞ hökuməti tərəfindən dövlət başçısı kimi tanınmadığı üçün həbs və tutulmaya görə immunitet ona şamil edilməmişdir.¹¹ Şəxsi immunitetin əhatə dairəsinə gəldikdə isə məhkəmə Konqo Belçikaya qarşı işdə vurğulayıb ki, yuxarıda qeyd olunan şəxslərlə yanaşı, diplomat və konsullar, eləcə də, yüksək vəzifə tutan dövlət işçiləri də tam immunitetə malikdir, belə ki, şəxsi immunitetin əhatə dairəsi qapalı deyildir.¹² Şəxsi immunitetin aid olduğu şəxslər qrupu aşağıdakılardır:

Dövlət başçısı: Dövlət başçısının şəxsi immuniteti beynəlxalq adət hüququ, müqavilələr, beynəlxalq və yerli məhkəmələrin qərarları ilə tanınır. Bu şəxslərin immunitetinin tarixə dayanmış əsasları mövcuddur, belə ki, dövlət başçısı institutu dövlətin “şəxsləşdirilməsi” hesab olunmaqla yanaşı, yerli və beynəlxalq səviyyədə dövlətin “əsas orqanı” sayılır.¹³ Əgər xarici dövlət şəxsi dövlət başçısı kimi tanımırırsa, tanınması üçün əsaslar yoxdursa, şəxsi immunitet tətbiq edilməyəcəkdir. Cibuti Fransaya qarşı işində BƏM “Arrest Warrant” qərarına əsaslanaraq qəbul etdi ki, dövlət başçısı xarici dövlətin mülki və cinayət yurisdiksiyasından tam immunitetə malikdir və bu immunitet dövlət başçısı vəzifələrinə müdaxilənin qarşısını alır.¹⁴ Bəzi milli məhkəmələr bu presedentləri öz təcrübələrində tətbiq ediblər, belə ki, şəxsi immunitet məsələsi nəinki beynəlxalq məhkəmələr qarşısında, eləcə də yerli məhkəmələrdə də vəzifəli şəxslər üzərindəki yurisdiksiyanı sual altında qoyub. Məsələn, Niderlanddakı Haaqa Əyalət Məhkəməsi o zamankı ABŞ

⁹ The Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v Belgium), ICJ Rep 3, § 55 (2002).

¹⁰ Yenə orada, § 20, 55.

¹¹ *United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit, 117 F.3d 1206, § 10 (11th Cir. 1997).*

¹² Arrest Warrant, yuxarıda istinad 9, § 51.

¹³ Joanne Foakes, *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, 10, 42, 110 (2014).

¹⁴ ICJ in *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, 244, § 170 (2008).

prezidenti C.Buşun Əfqanıstan və İraqda törətdiyi müharibə cinayətlərinə görə onun beynəlxalq adət hüququnda şəxsi immunitetə malik olduğunu vurğulayaraq məsələyə baxmaqdan imtina etmişdir.¹⁵ Eynilə, beynəlxalq cinayətlər üzərində yurisdiksiyaya sahib olan İspaniya Ali Məhkəməsi həmin vaxt Ruanda Prezidenti olan Paul Hagamenin işi ilə bağlı bildirmişdir ki, vəzifədə olan və immunitetə malik dövlət başçısı üzərində yurisdiksiyası yoxdur.¹⁶ 10-cu dairə üzrə ABŞ Apellyasiya Məhkəməsi də sözügedən şəxsin ABŞ qanunlarına görə (U.S. Alien Tort Statute) tam immunitetə malik olduğu qənaətinə gəlmişdir.¹⁷

Hökumət başçısı: Hökumət başçısı da beynəlxalq hüquqda şəxsi immunitetə sahibdir. Bu institut dövlət başçısı institutundan bir qədər fərqlənir. Belə ki, İngiltərə kimi ölkələrdə dövlət başçısı və baş nazir hökumət başçısı hesab edildiyi halda, ABŞ-da bu institutlar bir şəxsi bildirir. Konqo Belçikaya qarşı işində BƏM hökumət başçılarının da ayrılıqda dövlətin de-fakto rəhbərləri kimi şəxsi immunitetə malik olduğunu vurğulamışdır.¹⁸

Xarici İşlər Naziri: Xarici İşlər Naziri dövlətin xaricdəki münasibətləri üzrə səlahiyyətli olan şəxsdir. Konqo Belçikaya qarşı işi Xarici İşlər Nazirinin şəxsi immunitetini təsdiqləyən ilk məhkəmə qərarlarından biridir. Bu iş Belçikanın beynəlxalq cinayətlərdə ittiham olunan Konqo DR-nın səlahiyyətli Xarici İşlər Naziri barədə həbs qərarı verməsi ilə başlamışdır. Bir çox müəlliflərə görə, müharibə və insanlıq əleyhinə cinayətlər törətmiş şəxsin immuniteti istisna olunduğu halda BƏM hətta bu cinayətlərdə ittiham olunan vəzifəli şəxslərin də milli məhkəmələr qarşısında toxunulmaz olduğunu bəyan edir.¹⁹

Dövlət rəsmisi vəzifəsinin icrasını dayandırdığı andan etibarən vəzifə tutmazdan əvvəl törətdiyi, situasiyadan asılı olaraq, vəzifə başında olarkən törətdiyi əməllərə görə immunitetə malikdir. Bu immunitet növünün geniş əhatəyə malik olması cinayətkarların cəzasız qalması probleminə yol açabilir. Bu səbəbdən şəxsi immunitet aşağıdakı 4 halla məhdudlaşdırılmışdır:²⁰

1. Vəzifəli şəxslərin vətəndaşı olduğu dövlət tərəfindən mühakimə edilməsi;
2. Dövlət tərəfindən immunitetin götürülməsi;
3. Beynəlxalq cinayət məhkəmələrindəki proses;
4. Vəzifəli şəxsin tutduğu vəzifədən azad edilməsi.

Dövlət rəsmilərinin funksional immuniteti məsələsi Cibuti Fransaya qarşı işdə ön plana çəkilmişdir. Bu qərarla məhkəmə Cibuti Respublika Prokuroru

¹⁵ The Hague District Court, KG 05/432, LJN: AT5152, § 3.6- 3.7 (2005).

¹⁶ *The Spanish Indictment of High Ranking Rwandan Officials*, 6 J. Int'l Crim. Just. 1003, 1005-1006 (2008).

¹⁷ *Habyarimana v Kagame*, 696 F 3d 1029, 10th Cir, 1029 (2012).

¹⁸ Arrest Warrant, yuxarıda istinad 9, § 51; Həmçinin bax: Roman A Kolodkin, Preliminary Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, ILC, UN DOC A/CN.4/601 158, § 82 (2008).

¹⁹ Joint separate opinion of Judges Higgins, Kooijmans, and Buergenthal in Arrest Warrant case, § 84 (2002).

²⁰ Arrest Warrant, yuxarıda istinad 9, § 61.

və Dövlət Təhlükəsizlik Xidmətinin başçısının Fransa hökuməti tərəfindən həbsinin beynəlxalq hüquq normalarının pozuntusu olub-olmadığı məsələsinə aydınlıq gətirmişdir. Qərarın 195 və 196-cı paraqraflarında qeyd olunur ki, Cibuti Respublika Prokuroru və Dövlət Təhlükəsizlik Xidmətinin başçısının nə funksional, nə də şəxsi immuniteti mövcuddur.²¹ Əgər Cibuti Respublikası sözügedən şəxsin əməllərinin dövlətin adından yerinə yetirildiyini və dövlət səlahiyyətlərindən istifadə edilərək icra edildiyini bildirsə idi, cinayət əməlləri ilə bağlı Fransa cinayət mühakiməsi qarşısında immunitetə sahib olardı.²² Çünki formalaşmış beynəlxalq praktikaya əsasən, dövlət rəsmisinin funksional immunitetini iddia edən dövlət bu barədə həmin şəxsi cinayət mühakimə icraatına cəlb edən digər dövlətə məlumat verməlidir. Funksional immunitetə sahib olan səlahiyyətli şəxslərin dairəsi daha genişdir, belə ki, rəsmi dövlət səlahiyyətlərinə malik (official capacity) olan bütün şəxslər bu kateqoriyaya aiddir. Lakin hansı əməllərin rəsmi (official capacity) və ya qeyri-rəsmi (private capacity) dövlət səlahiyyətlərindən istifadə edilərək törədilməsi müəyyən edilməlidir. Funksional immunitet vəzifə tutarkən və ya vəzifədən azad olunduqdan sonra dövlət səlahiyyətlərindən istifadə edərək törədilən əməllərə aiddir. “Diplomatik əlaqələr haqqında” 1969-cu il Vyana Konvensiyasının 39-cu maddəsi ilə bağlı hüquqşünas Denza bildirir ki, əgər müvafiq əməl iddiaçı dövlətin adından yerinə yetirilsə və ona aiddersə, bu əməlin dövlətin əmri və ya sanksiyası ilə həyata keçirilməsindən asılı olmayaraq, funksional immunitet tətbiq ediləcəkdir.²³ Adət hüququna görə isə, dövlət orqanları tərəfindən yerinə yetirilən hərəkətlər dövlətin iradəsi ilə həyata keçirilən hərəkətlər hesab edilir.²⁴ Beynəlxalq Hüquq Komissiyasının bu məsələ ilə bağlı rəyi isə belədir: “Şəxsi və ya funksional immunitetə sahib olduğu iddia edilən şəxslərin əməllərinin qiymətləndirilməsi zamanı dövlət rəsmisinin motivi və hərəkətin məzmunundan daha çox konkret situasiyadan asılı olaraq, dövlət tərəfindən ona verilən səlahiyyətlərlə bağlı olub-olmaması nəzərə alınmalıdır”.²⁵

Bunu da qeyd etmək lazımdır ki, Cibuti Fransaya qarşı işində İngiltərə Ali Məhkəməsinə iddia ərizəsində Cibuti sözügedən Konvensiyaya istinad etmişdir. Baxmayaraq ki, nə Cibuti, nə də Fransa BMT-in “Xüsusi Missiyyalar haqqında” 1969-cu il Konvensiyasının üzvü deyildilər. İngiltərə Məhkəməsi

²¹ Yuxarıda istinad 14, § 195-196.

²² Yəni orada, § 196.

²³ Eileen Denza, Colin Warbrick and Dominic McGoldrick, *Ex parte Pinochet: lacuna or leap?*, 48(4) *The International and Comparative Law Quarterly* 949, 951 (1999).

²⁴ *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, 1. C. J. Reports 1999, 62, § 62 (1999).

²⁵ *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II (Part Two), 42, Commentary to article 4, § 13 (2001).

beynəlxalq adət hüququna əsaslanaraq xüsusi missiya ilə bağlı xarici ölkədə səfərdə olan rəsmi nümayəndənin toxunulmazlığını qəbul etmişdir.²⁶

II. Milli məhkəmələr qarşısında dövlət rəsmilərinin həbs və tutulmaya qarşı immuniteti

Beynəlxalq cinayət törətmiş dövlət rəsmilərinin milli məhkəmələr tərəfindən mühakimə edilməsi dövlətlərarası siyasi münasibətlərdən dolayı nadirən baş verən hallardan hesab edilir. Lakin hüquqi-nöqtəyi nəzərdən yanaşsaq, beynəlxalq hüquqla həmin şəxslərə tətbiq olunan immunitet milli məhkəmələr tərəfindən beynəlxalq ədalət mühakiməsinin həyata keçirilməsinə maneə törədir. Keçmiş Çili diktatoru Pinoçet barəsində Böyük Britaniyadakı məhkəmə prosesi buna bir misal ola bilər. Çilidəki İspan vətəndaşlarının öldürülməsində günahkar hesab edilən Pinoçetin təqibi İspan Məhkəməsi tərəfindən verilən həbs qərarı (arrest warrant) ilə başlandı. Bu həbs qərarına əsasən, 1998-ci ildə Londona səyahət edən eks-prezident ingilis polislər tərəfindən saxlanılır. “Ekstradisiya haqqında Avropa Konvensiyası” əsasında Pinoçetin İspaniyaya ekstradisiya olunması prosesinə başlanılır. İngiltərə Lordlar Məhkəməsinin qərarına görə, eks-prezidentin immuniteti onun ekstradisiya olunmasına əngəl törətmir, həmçinin bəzi hakimlər belə qənaətdə idilər ki, jus cogens normalarına qarşı törədilən beynəlxalq cinayətlərə görə vəzifəli şəxslər immunitətdən yararlı bilməzlər. Lakin yekunda Pinoçet ağır xəstəliyinə görə İspaniyaya ekstradisiya edilmir.²⁷ Pinoçet işi beynəlxalq hüquqa gətirdiyi bir sıra yeniliklərə görə mühüm əhəmiyyətə malik qərarlardan biri hesab edilir. Əvvəla, bu qərar yüksək vəzifəli şəxslərin ədalət mühakiməsinə cəlb edilməsi üçün bir dövlət tərəfindən verilən həbs qərarına əsasən başqa dövlətlərdə cinayət işinin başlanmasına səbəb oldu. İkincisi, ağır beynəlxalq cinayət törətmiş keçmiş və səlahiyyətli dövlət başçılarına qarşı bir çox dövlətlər ədalət mühakiməsinin keçirilməsində “sərbəstlik” qazandı. Pinoçet işinin əhəmiyyəti barədə hüquqsünas Lord Milletin fikirləri xüsusilə diqqətəlayiqdir: “ Bu qərarla beynəlxalq hüquq funksional immunitetin “cəzadan azad etmədiyi” jus cogens normalarının şahidi oldu”.²⁸

Başqa bir nümunə isə Eichmann işi barəsində İsrail Ali Məhkəməsinin qəbul etdiyi qərardır. Məhkəmə Eichmannın dövlətin adından yerinə yetirdiyi beynəlxalq cinayətlərin ona immunitet vermədiyini qeyd edərək bildirir: “Vəzifəli şəxslər beynəlxalq cinayət hesab olunan əməlləri törətdiyi zaman rəsmi vəzifələrindən irəli gələn öhdəliklərə istinad edə bilməzlər, çünki bu, dövlətlərin suveren yurisdiksiyasından kənara çıxma olardı. Çünki belə şəxslər öz əməllərinə görə fərdi məsuliyyət daşıyırlar.” Bu qərar bir daha

²⁶ Yuxarıda istinad 14, § 185.

²⁷ U.K. House of Lords: Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, Ex Parte Pinochet (No. 3), All England Reports, 10 (1999).

²⁸ Yenə orada, 149.

təsdiq edir ki, funksional immunitet jus cogens normalalarının pozuntusu hesab edilən əməllərə şamil edilmir.²⁹ Glotovonun fikrinə görə isə dövlətlərin ağır beynəlxalq cinayətləri cəzalandırmaq öhdəliyi “erga omnes” öhdəliklərdir və bu öhdəliklər jus cogens konsepsiyasının nəticəsidir. Belə ki, Glotov kimi bir sıra alimlər düşünür ki, jus cogens adlı beynəlxalq normalar funksional immunitetə istisna yaradan başlıca hüquqi əsasdır.³⁰

Eks-prezidentlərlə yanaşı, səlahiyyətli dövlət başçılarının da xarici dövlətlərdə cinayət məsuliyyətinə cəlb olunması hallarına rast gəlinir. Libya prezidenti M.Əl-Qəddafi 1998-2001-ci illərdə Fransa məhkəməsi tərəfindən mühakimə edilmişdir. I İnstansiya Məhkəməsinin qərarından iddiaçı Apellyasiya məhkəməsinə şikayət ərizəsi yazaraq bildirmişdir ki, Qəddafi immunitetə malik olduğundan cinayət prosesinin subyektivi ola bilməz. 2000-ci il 20 oktyabr tarixli qərarında isə Apellyasiya məhkəməsi bildirmişdir ki, beynəlxalq cinayətlərdə ittiham olunan şəxslər immunitetə sahib deyillər. Maraqlısı budur ki, Fransa Ali Məhkəməsi isə qərarı ləğv edərək bildirir ki, ağırlıq dərəcəsindən asılı olmayaraq, səlahiyyətli dövlət başçısının immuniteti mövcuddur və ona istisna mövcud deyildir.³¹

İndi isə Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyi ilə bu məsələlərin hansı cür tənzimləndiyinə nəzər yetirək. Azərbaycan Respublikası Cinayət Məcəlləsində dövlət rəsmilərinin immunitetinin istisna olunması ilə bağlı hər hansı norma olmasa da, sözügedən məsələ Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyasında dolayı yolla əks olunmuşdur. Belə ki, bütün insanların hüquq və məhkəmə qarşısında bərabərliyini özündə ehtiva edən 25-ci maddə aşağıdakı şəkildə ifadə olunmuşdur:³²

I. Hamı qanun və məhkəmə qarşısında bərabərdir.

II. Kişi ilə qadının eyni hüquqları və azadlıqları vardır.

III. Dövlət, irqindən, etnik mənsubiyyətindən, dinindən, dilindən, cinsindən, mənşəyindən, əmlak vəziyyətindən, qulluq mövqeyindən, əqidəsindən, siyasi partiyalara, həmkarlar ittifaqlarına və digər ictimai birliklərə mənsubiyyətindən asılı olmayaraq, hər kəsin hüquq və azadlıqlarının bərabərliyini təminat verir. İnsan və vətəndaş hüquqlarını və azadlıqlarını irqi, etnik, dini, dil, cinsi, mənşəyi, əqidə, siyasi və sosial mənsubiyyətə görə məhdudlaşdırmaq qadağandır.

IV. Heç kəsə bu maddənin III hissəsində göstərilən əsaslara görə zərər vurula bilməz, güzəştlər və ya imtiyazlar verilə bilməz, yaxud güzəştlərin və ya imtiyazların verilməsindən imtina oluna bilməz.

²⁹ Attorney - General of the Government of Israel v. Eichmann (Israel Sup. Ct. 1962), 36 Int'l Rep. 277, 277 (1968).

³⁰ İsmayil Mahmudov, *Immunity as a Main Obstacle on the Way of National Prosecution of International Crimes*, 5 Baku St. U.L. Rev. 83, 91 (2019).

³¹ BBC News: France will not prosecute Gaddafi (13 Mart 2001), burada bax: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/1218245.stm> (Son baxış tarixi: 11 May 2020-ci il).

³² Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyası, mad. 25 (2019).

V. Hüquq və vəzifələrlə bağlı qərarlar qəbul edən dövlət orqanları və dövlət hakimiyyəti səlahiyyətlərinin daşıyıcıları ilə münasibətlərdə hər kəsin bərabər hüquqları təmin edilir.

AR Cinayət Məcəlləsinin 6-cı maddəsində cinayət törətmiş şəxslərin qanun qarşısında irqindən, milliyyətindən, dinindən, dilindən, cinsindən, mənşəyindən, əmlak vəziyyətindən, qulluq mövqeyindən, əqidəsindən, siyasi partiyalara, həmkarlar ittifaqlarına, digər ictimai birliklərə mənsubiyyətindən və digər hallardan asılı olmayaraq, cinayət məsuliyyətinə cəlb olunmaqda bərabər olduqları qeyd olunub. Lakin konstitusion normalar və AR Cinayət Məcəlləsinin 6-cı maddəsi beynəlxalq cinayət törətdikləri halda vəzifəli şəxslərin hərəkətlərinin tamamilə cəzadan azad olunmasını nəzərdə tutmur.

AR Konstitusiyası cinayət təqibindən azad olan şəxsləri belə sıralayır: Azərbaycan Respublikası Prezidenti, Azərbaycan Respublikası Vitse-prezidentləri, Azərbaycan Respublikası Milli Məclisinin deputatları, hakimlər. Lakin toxunulmazlığı aradan qaldıran bir sıra hallar da mövcuddur. Məsələn, Azərbaycan Respublikası Milli Məclisinin deputatı cinayət başında yaxalanarsa, tutula bilər. Belə olduqda Azərbaycan Respublikası Milli Məclisinin deputatını tutan orqan bu barədə dərhal Azərbaycan Respublikasının Baş Prokuroruna xəbər verməlidir. Azərbaycan Respublikası Milli Məclisinin deputatının toxunulmazlığına yalnız Azərbaycan Respublikası Baş Prokurorunun təqdimatına əsasən, Azərbaycan Respublikası Milli Məclisinin qərarı ilə xitam verilə bilər.³³ Və yaxud Prezidentin impiçment qaydasında vəzifədən kənarlaşdırılması halında, yəni - Azərbaycan Respublikası Prezidentinin vəzifədən kənarlaşdırılması təşəbbüsü Azərbaycan Respublikasının Prezidenti ağır cinayət törətdikdə Azərbaycan Respublikası Konstitusiyaya Məhkəməsinin təşəbbüsü ilə Azərbaycan Respublikası Ali Məhkəməsinin 30 gün müddətində verilən rəyi əsasında Azərbaycan Respublikasının Milli Məclisi qarşısında irəli sürülə bilər. Nəticə etibarilə, belə qənaətə gələ bilərik ki, yerli hüquqla təmin olunan toxunulmazlıq dövlət rəsmilərinin məsuliyyətə cəlb edilməsi üçün əsas maneə sayılmır, çünki immunitetin aradan qaldırılması proseduru da əksər dövlətlər tərəfindən tətbiq edilir.

III. Dövlətlərin qarşılıqlı və beynəlxalq məhkəmələr qarşısındakı öhdəlikləri arasında ziddiyyət

Beynəlxalq Cinayət Məhkəməsinin Roma Statusunun qəbulu beynəlxalq hüquq və praktikada inqilaba səbəb olmuşdur. Qeyd etmək lazımdır ki, Roma Statusunun başlıca prinsipi "hər kəsin ədalət mühakiməsi qarşısında bərabərliyi" prinsipidir. Roma Statusunun bu fundamental prinsipi 27-ci maddədə əks olunmuşdur. Beynəlxalq Cinayət Məhkəməsinin Roma

³³ Yəni orada, mad. 90.

Statusunun 27-ci maddəsi digər konvensiyalardan fərqli olaraq, dövlət rəsmilərinin toxunulmazlığının istisna halını nəzərdə tutur:³⁴

27.1. Roma Statusu vəzifəsindən asılı olmayaraq, bütün şəxslərə bərabər tətbiq edilir. Xüsusilə bir dövlət və ya hökumət başçısı, hökumətin və ya parlamentin üzvü, seçilmiş bir nümayəndə və ya hökumət rəsmisi heç bir halda bu Statusa görə cinayət məsuliyyətindən azad edilmir.

27.2. Həm daxili hüquq, həm də beynəlxalq hüquqda şəxsə aid edilən immunitet və xüsusi prosedur qaydaları Beynəlxalq Cinayət Məhkəməsinə həmin şəxs üzərindəki yurisdiksiyasından azad etmir.

Müvafiq norma Yuqoslaviya və Ruanda ad hoc tribunallarının Statuslarında da əks olunaraq beynəlxalq adət hüququnu da özündə ehtiva edir. Sierra Leone Xüsusi Məhkəməsi Charles Taylor qərarında beynəlxalq məhkəmələr qarşısında dövlət rəsmilərinin immunitetinin istisnasının beynəlxalq adət hüququnu təşkil etməsini vurğulamışdır.³⁵ Roma Statusunun maddi normalarının adət hüququna söykənməsi heç də təəccüblü olmamalıdır, çünki BMT-nin Təhlükəsizlik Şurası qeyri-üzv dövlətlər və onların vətəndaşları ilə də bağlı Statusun tətbiq edilməsi ilə bağlı müvafiq qərarlar qəbul edir. Lakin aydın məsələdir ki, Təhlükəsizlik Şurası beynəlxalq hüququ yarada bilməz, onu tətbiq edə bilər.³⁶

Yuxarıda qeyd olunan norma Roma Statusuna üzv olan dövlətləri həm daxili, həm də beynəlxalq hüquqda şəxsə aid edilən xarici dövlətin cinayət yurisdiksiyasından immunitet və Beynəlxalq Cinayət Məhkəməsi ilə əməkdaşlıq etmə öhdəliyi baxımından çətin vəziyyətdə qoyur. Digər tərəfdən, Roma Statusunun 98-ci maddəsi isə Məhkəmənin üzv dövlətlər qarşısında həbs və təslim etmə tələbinə müəyyən məhdudiyyət qoyur:³⁷

98.1. Əgər məhkəmə axtarılan şəxsin vətəndaşı olduğu 3-cü dövlətin immunitetinin götürülməsi ilə bağlı razılığını almazsa, məhkəmə ilə əməkdaşlıq etmə digər dövlətin diplomatik immunitətlə bağlı beynəlxalq hüquqla qorunan digər öhdəliklərini təhlükə altına atarsa, Beynəlxalq Cinayət Məhkəməsi üzv dövlət qarşısındakı tələbini davam etdirə bilməz.

İlk baxışda bir birinə zidd görünən bu 2 maddənin əslində zidd olub-olmamasını aydınlaşdırmaq üçün qanunvericinin məqsədini müəyyənləşdirməli, yəni tarixi təfsir (legislative history) metodundan istifadə etməliyik.³⁸ Statusun hazırlanması mərhələsində 27-ci maddənin danışıqlar zamanı prioritet olmaması elə də təəccüblü olmamalıdır, çünki Beynəlxalq Hüquq Komissiyasının Beynəlxalq Cinayət Məhkəməsinin ilkin Statusunun hazırlanmasını həyata keçirən işçi qrupu 1993-cü və 1994-cü il məruzələrində

³⁴ Rome Statute of the International Criminal Court (last amended 2010), art. 27 (1998).

³⁵ Prosecutor v. Charles Taylor, Case No SCSL-2003-01-I, Decision on Immunity from Jurisdiction, § 52 (2004).

³⁶ Paul C. Szasz, *The Security Council Starts Legislating*, 96 AM. J. INT'L L. 901, 904 (2017).

³⁷ Yuxarıda istinad 34, art. 98.

³⁸ Fərhad Mehdiyev, *Hüquq nəzəriyyəsi*, 82-85 (2017).

bu sualı cavablandırmamışdır.³⁹ Beynəlxalq Hüquq Komissiyasının “Sülh və bəşəriyyətin təhlükəsizliyi əleyhinə cinayətlər” Məcəlləsinin ilkin versiyası ilə bağlı məruzəsində qeyd edilmişdir ki, sülh və bəşəriyyət əleyhinə cinayət törədən fərdin vəzifəsi dövlət və ya hökumət başçısı olmasından asılı olmayaraq, onu cinayət məsuliyyətindən azad etmir və cəzasını yüngülləşdirmir.⁴⁰ Roma Statusunun qanunvericilik tarixini vərəqləmək olduqca çətinidir, çünki Statusun hazırlıq mərhələsində danışıqların qeyri-rəsmi keçməsi və sənədlərin arxivləşdirilməməsi maddə 27-nin ilkin təfsirinin müəyyən edilməsindən bizi uzaqlaşdırır. Lakin bir çox müəlliflər qeyd edir ki, maddə 98 maddə 27-nin təsirini zəiflətmir, onun fundamental prinsiplərini təhlükə altında qoymur. Statusa üzv olan dövlətlər 27-ci maddənin dövlət və ya hökumət başçısının immunitetini istisna etdiyini qəbul edərək onu ratifikasiya etmişlər. Məsələn, Fransa Konstitusiyası Məhkəməsi Statusu ratifikasiya etmək üçün Konstitusiyaya düzəliş etmək barədə qərar qəbul etmişdir. Çünki Fransa Konstitusiyası Prezidentin, hökumət və parlament üzvlərinin cinayət yurisdiksiyasından toxunulmazlığını nəzərdə tuturdu. Beynəlxalq Ədalət Məhkəməsi Yerodia qərarında qeyd edir ki, hazırkı və əvvəlki Xarici İşlər Nazirinə beynəlxalq hüquqla verilmiş immunitet cinayət mühakimə icraatına, xüsusilə də, Beynəlxalq Cinayət Məhkəməsi də daxil olmaqla, beynəlxalq cinayət tribunalları qarşısındakı cinayət prosesinə mane olmur.⁴¹

Roma Statusunun immunitetlə bağlı normaları hələ də dövlətlər tərəfindən birmənalı qarşılanmamaqdadır. 98-ci maddənin Roma Statusunun danışıqları zamanı diqqətdən qismən kənar qalması ABŞ kimi dövlətlər tərəfindən məharətlə istifadə edilir. Məsələn, Buş administrasiyası digər dövlətlərlə ikitərəfli immunitet razılaşmaları bağlayaraq öz vətəndaşlarının gələcəkdə BCM-ə təhvil verilməsinin “qarşısını alır”.⁴² Çünki ABŞ Roma Statusuna üzv olmasa da, məhkəmənin qeyri-üzv dövlətlərin vətəndaşları üzərində də yurisdiksiyası mövcuddur. Hətta Avropa Parlamenti də belə ikitərəfli “qabaqlayıcı” müqavilələrin Roma Statusuna zidd olduğunu elan etsə də, artıq 2006-cı ilədək ABŞ 100-dən çox bu tipli müqavilə imzalamışdır.⁴³ ABŞ BCM-nə qarşı propoqandasını davam etdirərkən Afrika ölkələri: Uqanda, Konqo DR, Mərkəzi Afrika Respublikası məhkəməyə müraciət etdilər.⁴⁴ Bu

³⁹ Report of the Working Group on the question of an International Criminal Jurisdiction, in Report of the International Law Commission on the work of its forty-fourth session, 47 U.N. GAOR Supp. (No. 10), U.N. Doc. No. A/47/10 (1992), Report of the International Law Commission, U.N. GAOR, 49th Sess., Supp. No. 10, U.N. Doc. A/49/10 (1994).

⁴⁰ Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with commentaries, in Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-eighth Session (A/51/10), 26-27 (1996).

⁴¹ Arrest Warrant, yuxarıda istinad 9, § 61.

⁴² Leila Nadya Sadat, *Summer in Rome, Spring in the Hague, Winter in Washington - U.S. Policy towards the International Criminal Court*, 21 Wis. Int'l L.J. 557, 590 (2003).

⁴³ Coalition for the International Criminal Court Factsheet, Status of U.S. Bilateral Immunity Agreements (2016), burada bax: http://www.iccnw.org/documents/CICCFS_BIAstatus_current.pdf.

⁴⁴ ICC, Press Release, President of Uganda refers situation concerning the Lord's Resistance Army (LRA) to the ICC, ICC-20040129-44 (Jan. 29, 2004); Həmçinin bax: ICC, Press Release, Prosecutor

müraciətlər (self-referral) məhkəmənin işləyə biləcəyinə inam yaratsa da, bəzi müəlliflər Afrika suverenliyinin tanınmasını Afrika liderlərinin BCM ilə əməkdaşlıq etməsi ilə əlaqələndirirdilər. Lakin Sudanın Prezidenti Əl-Bəşirlə bağlı məhkəmənin 2009 və 2010-cu illərdə çıxardığı həbs qərarı bunun doğru olmadığını göstərdi. Amerika hüquqşünaslarının məhkəmənin yurisdiksiyasından qaçmağa çalışdığı kimi Əl Bəşir də qeyri-üzv dövlətin Prezidenti kimi BCM-in yurisdiksiyası qarşısında toxunulmaz olduğunu iddia edirdi, lakin məhkəmə onun şikayətini qəbul etməyərək bildirdi ki, 27-ci maddənin tələbləri altında o, immunitetə malik deyil və Sudanın qeyri-üzv dövlət statusu məhkəmənin yurisdiksiyasına təsir etmir.⁴⁵ BCM-si Əl-Bəşir 2011-ci ildə Malavi, Çad və Cənubi Afrikaya səyahət edərdən onun həbs olunması barədə “Note Verbale” göndərsə də, onlar Əl-Bəşirin hazırkı prezident kimi beynəlxalq ümumi hüquq daxilində immunitetə malik olmasını əsas gətirərək, məhkəmənin əməkdaşlıq tələbini yerinə yetirməmişdirlər.⁴⁶ Məhkəmə isə Nuremberq və Tokio tribunallarının presedentlərini rəhbər tutaraq bildirdi ki, istər əvvəlki, istərsə də səlahiyyətli dövlət başçısının immuniteti beynəlxalq məhkəmə qarşısında mühakimə olunmasına əngəl törətməməlidir, çünki beynəlxalq adət hüququ jus cogens normalarının pozuntularına görə beynəlxalq məhkəmələr tərəfindən dövlət başçılarının həbsi əmrinin onların immunitetinin istisna edilməsini tanıyır.⁴⁷

Əvvəla, qəbul edilməlidir ki, BCM qarşısında dövlət başçısı immuniteti ilə bağlı ziddiyyət hüquqi məsələdən daha çox, siyasi məsələdir. Nuremberq tribunalından başlayaraq, beynəlxalq cinayət hüququ beynəlxalq tribunallar qarşısında jus cogens normalarının pozuntusuna görə tutduğu vəzifədən asılı olmayaraq, istənilən şəxsin immunitetinin aradan qaldırıldığını açıqca nəzərdə tutmuşdur. Bunun üçün BHK-ın işinə və Nuremberq və Tokio kimi ad hoc tribunallarının yaradılmasına baxmaq kifayətdir. Roma Statusunun mətninin interpretasiyası, mətnin hazırlanmasında iştirak edən şəxslərin yazıları göstərir ki, Roma Statusunun 27(1) və 27(2) maddələrinə Nuremberq presedenti və beynəlxalq adət hüququnun prizmasından yanaşılmışdır. ABŞ Roma Statusunun danışıqları zamanı onun diplomatik immuniteti təhlükə altına qoyduğunu iddia edərək, özünü “suverenliyin bələdçisi”

receives referral of the situation in the Democratic Republic of Congo (Apr. 19, 2004); ICC, Press Release, Prosecutor receives referral concerning Central African Republic (Jan. 7, 2005).

⁴⁵ Situation in Darfur, Sudan, Prosecutor v. Omar A. Bashir, Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Case No. ICC02/05-01/09, § 36, § 40 (Mar. 4, 2009).

⁴⁶ Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Case No. ICC-02/05-01/09, § 6 (December 13, 2011) [Malawi Decision]; Həmçinin bax: Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the refusal of the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Case No. ICC-02/05-01/09, § 13-14 (Dec. 13, 2011) [Chad Decision].

⁴⁷ Malawi Decision, yuxarıda istinad 46, § 43.

adlandırmışdır. Status Bil Klintonun dövründə imzalanıb, Obama dönəmində dəstəklənsə də, C.Buş BCM-ə qarşı əks mövqedə olmuşdur. D. Trumpun məsləhətçisi olan John Bolton isə daha da irəli gedərək, BCM hakimlərinin ölkəyə girişinə məhdudiyət qoyulması, Amerika vətəndaşlarının məhkəmə tərəfindən təqibinə kömək edən şirkətlərə və dövlətlərə qarşı sanksiyalar irəli sürəcəyini qeyd etmişdir.⁴⁸ ABŞ-ın dövlət suverenliyi ideyası, xüsusilə beynəlxalq cinayət hüququnun ruhuna ziddir. Roma Statusunda 4 cinayət tərkibində ifadə olunan jus cogens qadağanedici normalar barəsində üzv dövlətlər tərəfindən əks mövqe nümayiş edirilə bilməz.⁴⁹ Roma Statusunun 98-ci maddəsi dövlət suverenliyinin təmininə xidmət etsə də, bu, jus cogens normalarının beynəlxalq adət hüququndakı mövqeyinə təsir etməməlidir. Lakin 27-ci maddənin tətbiqindən aydın olur ki, beynəlxalq hüquqla immunitetə malik olan rəsmi vəzifələr məhkəmə qarşısında elə də müvəffəqiyyətlə tətbiq edilmir.

Əl-Bəşir qərarının beynəlxalq ümumi hüquq üçün əhəmiyyətli başqa təcrübəsi də mövcuddur. BMT Nizamnaməsinin VII fəslində göstərilədiyi kimi, Təhlükəsizlik Şurası hər bir halda sülhə təhlükənin yaranması, sülhün pozulmasının və ya təcavüz aktının olmasını müəyyən edir,... beynəlxalq sülhün və təhlükəsizliyin qorunub saxlanılması məqsədi ilə Nizamnamənin 41-ci və 42-ci maddələrinə uyğun olaraq, müvafiq tədbirlər görülməsi barədə qərar qəbul etmək səlahiyyətlərindən istifadə edir.⁵⁰ Roma Statusunun 13(b) bəndinə görə, Təhlükəsizlik Şurası BMT Nizamnaməsinin VII bölməsində göstərilən hallar mövcud olduqda, Beynəlxalq Cinayət Məhkəməsinə müraciət edilməsi beynəlxalq cinayətlərə baxılması üçün hüquqi əsas ola bilər. Əl-Bəşirin Sudan tərəfindən həbs edilib BCM-ə göndərilməsi ilə bağlı Təhlükəsizlik Şurasının 1593 sayılı qərarı göstərir ki, bu yolla yaranan məhkəmənin mühakimə səlahiyyəti nəinki üzv dövlətlərə, hətta qeyri-üzv dövlətlərə də məhkəmə ilə əməkdaşlıq etmə öhdəliyini şamil edir.⁵¹

İndi isə beynəlxalq praktikada dövlətin vəzifəli şəxslərinin toxunulmazlığı məsələsinin necə tənzimləndiyinə baxaq. Afrika ittifaqı liderləri və onların dəstəkçiləri BCM-ə üzv dövlətləri eləcə də qeyri-üzv dövlətləri inandırmağa çalışırlar ki, hətta jus cogens normalarının pozuntusuna görə də dövlət başçısının immunitet hüququ onu beynəlxalq cinayət məhkəməsi qarşısında mühakimə edilməkdən qoruyur. Düşünürük ki, məhkəmə Avropa İttifaqına hüquqi təsir etməklə yanaşı, Roma Statusunun 21-ci maddəsinə və

⁴⁸ John Bolton, Protecting American Constitutionalism and Sovereignty from International Threats, Remarks delivered to the Federalist Society (10 September 2018), burada bax: www.justsecurity.org/60674/nationalsecurity-adviser-john-bolton-remarks-international-criminal-court/. (Son baxış tarixi: 10 May 2020-ci il).

⁴⁹ M. Cherif Bassiouni, *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*, 59 Law and Contemporary Problems, 63, 68 (1996).

⁵⁰ Charter of the United Nations, yuxarıda istinad 7, chapter VII.

⁵¹ Resolution 1593 of the Security Council (2005), burada bax: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/85FEBD1A-29F8-4EC4-9566-48EDF55CC587/283244/N0529273.pdf>

Müqavilələr hüququ haqqında Vyana Konvensiyasını əsas gətirərək siyasi təzyiq də göstərməlidir. Artıq qəbul edilmişdir ki, Maddə 27 beynəlxalq adət hüququnu özündə ehtiva edir və o, maddə 98 ilə birlikdə təfsir edilməlidir.⁵²

BCM Əl-Bəşirlə bağlı 6 qərarında RS-na üzv olan dövlətlərin Əl-Bəşiri həbs etmə öhdəliyinin olduğunu vurğulasa da, öz əsaslandırmasında elə də qətiyyətli olmamışdır. Məsələn, BCM ilk qərarlarında Nuremberq Nizamnaməsinin prinsiplərini və Roma Statusunu rəhbər tutaraq, dövlət başçılarının immunitetinin beynəlxalq məhkəmələr qarşısında mühakimə olunmasına heç bir əngəl törətmədiyini bildirsə də, ABŞ və Afrika İttifaqının, eləcə də, hüquqşünas-alimlərin RS-in dövlət başçalarına və qeyri-üzv dövlətlərə şamil edilməsinə qarşı əks mövqeyi məhkəmə tərkibini bu barədə yenidən düşünməyə vadar etmişdir.

Yuxarıda qeyd olunduğu kimi BƏM Konqo Belçikaya qarşı qərarında Dövlət başçısı və Xarici İşlər Nazirinin milli məhkəmələr qarşısında immunitetə malik olduğunu vurğulamışdır. Məsələn, Əl-Bəşir prezident postunda olarkən Cənubi Afrikaya səyahət edən zaman orada birbaşa mühakimə edilə bilməzdi. Lakin əsas sual burada ortaya çıxır ki, beynəlxalq məhkəmənin yurisdiksiyası olduğu halda onun tələbi ilə vəzifəli şəxslər milli məhkəmələr qarşısında ədalət mühakiməsinə cəlb edilə bilər mi? Bu halda əgər məhkəmənin yurisdiksiyasının formalaşmasında əsas vasitəçi Təhlükəsizlik Şurasıdırsa, onun beynəlxalq məhkəmələr qarşısında ittiham edilmək üçün dövlət rəsmisinin immunitetini aradan qaldırmaq səlahiyyəti vardır. Bu o deməkdir ki, əgər Təhlükəsizlik Şurası tərəfindən verilən qərara əsasən BCM-in yurisdiksiyası həyata keçirilirsə, vəzifəli şəxslər hətta milli məhkəmələr qarşısında da immunitətdən məhrum olacaqlar. Bu haldai immunitet aradan qaldırılmasının əsasları Roma Statusunda və Təhlükəsizlik Şurasının müvafiq məsələ ilə bağlı qərarında öz əksini tapır. Bütün bunlar onu göstərir ki, Təhlükəsizlik Şurası Roma Statusunun 27-ci maddəsində nəzərdə tutulmuş “şəxsin vəzifəsinin onu məsuliyyətdən azad etməməsi”, “hər kəsin məhkəmə qarşısında bərabər olması” prinsiplərini qəbul edir.

2017-ci il 29 martda Əl-Bəşir İordaniyaya 28-ci Ərəb Sammitində iştirak etmək üçün səfər edəndə, İordaniya Əl-Bəşiri həbs edib BCM-nə təqdim etməli idi. Lakin İordaniya BCM-in 2017-ci il 11 dekabr tarixli qərarından şikayət verərək bildirir: “Maddə 98 Əl-Bəşirin həbs edilməsi öhdəliyindən imtina etmə səlahiyyəti verir, 27-ci maddə isə beynəlxalq adət hüququ daxilində Əl-Bəşirin immunitetini aradan qaldırmır, çünki Ərəb Dövlətləri Liqasının immunitet və səlahiyyətlər barədə Konvensiyası Dövlət başçısı kimi Əl-Bəşirin həbs və tutulmadan immunitetə malik olduğunu bildirir. Həmçinin, Roma Statutu qeyri-üzv dövlətlərə öhdəliklər yükləyə, hüquqlarını məhdudlaşdırma bilməz və Təhlükəsizlik Şurasının 1593 sayılı qərarı Əl-Bəşirə

⁵² Malawi Decision, yuxarıda istinad 46, § 39, § 139.

immunitet təmin edilməsi ilə bağlı İordaniyanın öhdəliklərinə təsir edə bilməz".⁵³ İordaniya bildirir ki, BCM üzv və ya qeyri-üzv dövlərin səlahiyyətli dövlət başçısı olmasından asılı olmayaraq, onun üzərində yurisdiksiyasını həyata keçirə bilməz. Yalnız dövlət öz vətəndaşının immunitetini aradan qaldıra bilər, bu halda maddə 98 məhkəmənin "təslim et" tələbinə əngəl törətməyəcəkdir.⁵⁴ Vəzifəli şəxslərin cəzadan uzaq qalması məsələsinə gəldikdə isə İordaniya bildirir ki, dövlət başçısının vəzifədə olarkən malik olduğu şəxsi immunitet vəzifədən getdikdən sonra öz qüvvəsini itirir, bu halda isə o, ədalət mühakiməsinə cəlb edilə bilər.

Nəticə

Yuxarıda qeyd olunan argument və məhkəmə presedentlərinə baxmayaraq, unutmayaq lazımdır deyil ki, yüksək vəzifəli dövlət rəsmilərinə verilən immunitet məqsədi təkə dövlət suverenliyinin və dövlətlərin işlərinə qarışmamağın təmini yox, həmçinin dövlətlərarası effektiv münasibətləri təmin etməkdir. Qəbul edilməlidir ki, yüksək vəzifəli dövlət rəsmilərinin tam immunitet məsələsi artıq elə də aktual deyildir. Beynəlxalq xarakterli cinayətlərə görə nəinki milli məhkəmələr, eləcə də beynəlxalq məhkəmələr qarşısında dövlət rəsmilərinin immunitetinin aradan qaldırılması praktikasına rast gəlinir. Artıq beynəlxalq adət hüququn sözügedən cinayətlərə görə səlahiyyətli və keçmiş dövlət işçilərinin immuniteti məsələsində fərq qoymamaqdadır. Lakin Beynəlxalq Ədalət Məhkəməsinin dövlət vəzifəli şəxslərinin beynəlxalq tribunallar qarşısında mühakimə edilməsi zamanı immunitetinin saxlanılıb-saxlanılmaması barədə qəti mövqeyi hələ ki yoxdur. Bu isə beynəlxalq praktikada xeyli çətinlik törədir. Amma Beynəlxalq Cinayət Məhkəməsinin mövqeyi isə qətidir. BCM-də baxılan Əl-Bəşir qərarı ağır beynəlxalq cinayətlərdə ittiham olunan dövlət vəzifəliyələrinin (Dövlət başçısı, Xarici İşlər Naziri, Hökumət başçısı) beynəlxalq tribunallar qarşısında mühakimə edilən zaman immunitetinə istisna tanıyır və Roma Statusuna üzv, hətta qeyri-üzv dövlətlər qarşısında dövlət rəsmilərinin həbs olunub təhvil verilməsi tələbini qoyur.

Dövlət rəsmilərinin immuniteti mövzusunda qeyri-dəqiq praktika onların əsassız olaraq beynəlxalq tribunallar qarşısında mühakimə edilməsinə də yol açır. Buna görə də, ABŞ kimi bir çox dövlətlər Roma Statusunun immuniteti istisna edən maddələrinə qarşı əks mövqedə çıxış edərək bunun dövlətlərin suverenliyi prinsipinə zidd olduğunu vurğulayırlar.

Digər tərəfdən, ermənilər tərəfindən Azərbaycan Respublikasına qarşı törədilən cinayətlərin beynəlxalq xarakterli olduğunu və xarici vəzifəli şəxslər tərəfindən təşkil edildiyini nəzərə alsaq, Roma Statusunun müvafiq maddələrinin tətbiqi imkanlarını

⁵³ The Hashemite Kingdom of Jordan's appeal against the "Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir", No.ICC-02/05-01/09, § 81(12 March 2018).

⁵⁴ BBC 'Profile: Sudan's Omar al-Bashir', BBC News (6 April 2016), burada bax: <https://www.bbc.co.uk/news/mobile/world-africa-16010445> (Son baxış tarixi: 11 May 2020-ci il).

aydın görə bilərik. Bu baxımdan beynəlxalq cinayətlərin ayrı-ayrı növlərinin tərkib elementlərinin müvafiq beynəlxalq hüquq normalarına və presedent hüququna əsaslanmaqla ətraflı şərh edilməsi Azərbaycan Respublikasının hüquq mühafizə orqanları və məhkəmələri üçün də böyük əhəmiyyətə malikdir. Digər tərəfdən, göstərilən normalarla Azərbaycan Respublikası Cinayət Məcəlləsinin müvafiq müddələrinin müqayisəli təhlili ölkə qanunvericiliyi üçün olduqca vacibdir.

*Röyal Məhərrəmov**

AİHM QƏRARLARININ MİLLİ-HÜQUQİ TƏNZİMETMƏYƏ TƏSİRİ

Annotasiya

Başda Avropa İnsan Hüquqları Konvensiyası olmaqla, beynəlxalq müqavilələrin yeri məsələsi bütün dünyada həmişə müzakirə obyektinə olmuşdur. Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsi Avropa İnsan Hüquqları Konvensiyası vasitəsilə (bu konvensiya Azərbaycan Respublikası tərəfindən qəbul edilmişdir) qurulmuş bir məhkəmədir. Bu səbəbdən məqalədə Avropa İnsan Hüquqları Konvensiyası və Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsi, həm də beynəlxalq hüququn milli hüquqa təsiri aspektləri təhlil olunmuşdur.

İnsan hüquqları ilə bağlı beynəlxalq normalarla daxili qanunlar arasındakı ziddiyətdən kənar qalan məsələlər aktuallığını davam etdirir. Məqalədə həmin ziddiyyətlərə ətraflı tədqiq olunmuş, təklif və tövsiyələr irəli sürülmüşdür.

Abstract

The issue of the status of international agreements including the European Convention on Human Rights has always been controversial all over the world. The European Court of Human Rights is a court established in the frame of the European Convention on Human Rights which is also ratified by Azerbaijan. Therefore, the European Human Rights Convention and European Human Rights Court and the place and applicability of international law are examined in this context.

Collisions between international human rights norms and domestic law preserve their actuality. In the article, these collisions were analyzed in detail and recommendations were put forward.

MÜNDƏRICAT

Giriş	243
I. Nəzəriyyədə olan mövcud problemlər	243
II. Alman hüququ	244
III. Türk hüququ	246
A. Konstitusiyə Məhkəməsi Qərarlarının Yanaşması	248
B. Danıştay Qərarlarının Yanaşması	250
C. Ali Məhkəmə Qərarlarının Yanaşması	250
IV. Azərbaycan hüququ	251
Nəticə	254

* Dövlət Gömrük Komitəsinin Akademiyası, LL.B. 2019; İstanbul Ticarət Universiteti, LL.M., 2021.

Giriş

Artıq dünyanın bütün ölkələrində hüquq sahəsində inteqrasiya mərhələsinə keçmişik. Bu mərhələnin meydana gəlmə müddəti isə beynəlxalq və regional təşkilatların ortaya çıxması ilə başlayıb. Beləliklə, beynəlxalq sferada hazırlanan razılaşmalar və müqavilələr yerli hüququn bir parçasına çevrilməyə başladı.

Təcrübədə baş verən yeniliklər nəzəriyyədə də fikir ayrılıqlarına gətirib çıxardı. Onu da nəzər almaq lazımdır ki, hər bir dövlət daxilində formalaşan hüquqi yanaşmaya milli hüququn və milli hüquq düşüncəsinin təsiri danılmazdır. Bu səbəbdən də məqalədə Avropa Şurası ölkələri üçün tətbiq edilməli olan AİHM qərarlarının dolayı yolla beynəlxalq müqavilələrin iyerarxiyadakı yerini müəyyən etmək üçün nəzəriyyədəki problemlərə Almaniya, Türkiyə və Azərbaycan hüququ müstəvisində şərh verməyə çalışılacaq.

I. Nəzəriyyədə olan mövcud problemlər

Beynəlxalq müqavilələrin daxili qanunvericilikdəki yeri həmişə hüquq alimləri arasında müzakirə mövzusu olub. İlk problem kimi beynəlxalq müqavilələrin necə tətbiq edilməsi xüsusi vurğulanmalıdır. Bu məsələnin həlli barədə ümumi bir fikir formalaşmadan yerli qanunvericiliklə daxili qanunvericiliyin subordinasiya məsələsi öz aktuallığı ilə gündəmi məşğul etməyə başlayıb. Bugünə qədər yuxarıda qeyd edilən iki problemə bağlı hələ də ortaq bir fikrə gəlinmədiyini bildirmək yerinə düşər. Hər bir ölkədə fərqli qənaətə gəlinməyi üçün bu məsələlərlə bağlı, ilkin olaraq, nəzəri fikirləri yazmaq, daha sonra isə konkret olaraq Almaniya Federasiyası, Türkiyə Cümhuriyyəti və bizim ölkəmizdə AİHM qərarlarının daxili qanunvericilikdəki yerinə nəzər yetirmək gərəkdir.

Beynəlxalq müqavilələrin tətbiq edilməsi hüquq sistemlərinə görə bir-birindən fərqlənir. Başqa sözlə desək, hər bir ölkə tətbiqində başqa bir qaydadan istifadə edir. Bir çox ölkələr öz daxili qanunvericiliyini beynəlxalq müqavilələrə uyğunlaşdırır. Bu kimi ölkələrə Finlandiyanı misal göstərmək mümkündür. Finlandiyanın daxili qanunvericiliyi ilə beynəlxalq müqavilə arasında ziddiyət yaranarsa, bu məsələ Milli Məclisdə müzakirəyə qoyulur və daxili qanunvericilik beynəlxalq müqaviləyə uyğun şəkildə dəyişdirilir.

Digər bir yanaşma tərzi isə beynəlxalq hüquqla milli hüququn fərqli hüquq sistemləri olmasını düşünməkdir. Əslində, beynəlxalq hüquq ilə milli hüququn fərqli sistemlər olub-olmaması məsələsi, hüququn mənbələrində pozitivist nəzəriyyənin, yoxsa təbii hüquq nəzəriyyəsinin tərəfdarı olmağımızdan asılıdır.¹ Hətta beynəlxalq hüquq sahəsində ən tanınmış alim olan Hans Kelsen belə normativ pozitivizm tərəfdarı olub.²

¹ Fərhad Mehdiyev və Emin Quliyev, Hüquq Nəzəriyyəsi, 216 (2018).

² Bax: Hans Kelsen, General Theory of Law and State (1945).

İkinci problem kimi isə beynəlxalq müqavilələrin subordinasiya məsələsidir. Beynəlxalq hüquqmu yoxsa daxili qanunvericilikmi üstün tutulacaq? – Əsas mübahisə bu sualın cavabını tapmaqdadır. Beynəlxalq hüququn daxili hüquqa təsir etməsi barədə müxtəlif ölkələrin konstitusiyalarında istinadlar vardır. Məsələn, bizim Konstitusiyamızın 10-cu maddəsi, Federal Almaniya Konstitusiyasının 25-ci maddəsi, Avstraliya Konstitusiyasının 9.1-ci maddəsi, Belçika Konstitusiyasının 167-ci maddəsi, Hollandiya Konstitusiyasının 90-95-ci maddələri, İrlandiya Konstitusiyasının 29-cu maddəsi, İspaniya Konstitusiyasının 95-96-cı maddələri və s. Beynəlxalq hüquq insan haqlarının mühakimə yolu ilə qorunması və beynəlxalq cinayət hüququ sahəsində gəlidiyi yer barədə, beynəlxalq səviyədə tam olaraq nailiyyət qazanıb desək, bir qədər düzgün səslənməz. Amma gəlidiyi yeri də yox saymaq mümkün deyil.³

II. Alman hüququ

İlk öncə qeyd etmək lazımdır ki, Almaniya Federal Respublikasının Konstitusiyasının 25-ci maddəsində bu barədə göstəriş vardır: *“Beynəlxalq hüququn ümumi qaydaları, federal hüququn ayrılmaz parçasıdır. Bu qaydalar qanunlardan üstündür və Federasiyanın torpaqlarında yaşayanlar/oturanlar üçün birbaşa hüquq və vəzifələr meydana gətirir”*⁴. Almaniya Konstitusiyası yuxarıda qoyulan suallara da cavab verir, hətta hüquqşünasların müzakirəsi üçün bir boşluq qoymayıb. Maddənin mətnindən görünür ki, alman hüququ aşağıda nəzər yetirəcəyimiz digər ölkələr kimi insan hüquqları ilə bağlı olan müqavilə və digər hüquqlarla bağlı olan müqavilələr kimi ikiye ayırmır. Başqa sözlə desək, alman hüququ heç bir fərq qoymadan beynəlxalq hüququn üstünlüyünü qəbul edir. Bu maddə Almaniya normativ tənzimləmədir, indi isə tətbiqi hissəsinə baxaq.

Bunun üçün də Alman hüququna AİHM qərarlarının necə istiqamət verdiyini araşdırmaq yerinə düşəcəkdir. 14 oktyabr 2004-cü il tarixində Almaniya Konstitusiya Məhkəməsi (bundan sonra AKM) AİHM qərarlarının tanınması barədə bir qərar yayınlamışdır. Qərarın AKM-də mübahisəyə səbəb olan məsələ uşağı ilə ünsiyyət hüququ pozulmuş bir şəxsin iddiasıdır. Belə ki, şəxs yerli məhkəmələrdə öz uşağı ilə ünsiyyət əldə edə bilmədiyi üçün sonda AİHM öz hüquqlarının tanınmasına nail ola bilir. Amma yenə də Ali idarə məhkəmə şəxsin uşağı ilə görüşməsinə imkan yaratmır. Bu səbəbdən də iddiaçı Almaniya Federasiyası Əsas qanunun 1, 3 və 6-cı maddələrindən irəli gələn əsas hüquqlarının, eləcə də ədalətli mühakimə hüquqlarının pozulduğunu bildirmişdir.⁵ İddiaçıya görə, Ali idarə məhkəməsi beynəlxalq

³ Rona Aybay və Elif Oral, Kamusal Uluslararası Hukuk, 20 (2016).

⁴ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Völkerrecht und Bundesrecht, art. 25 (1949).

⁵ 2 BvR 1481/04, Federal Consitution Court, §1 (2004), burada bax:

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2004/10/rs20041014_2bvr148104en.html (Son baxış tarixi: 16 Fevral 2020-ci il).

hüquqa hörmətsizlik etmiş və AİHM-in məcburi öhdəliklərini nəzərə almamışdır.

AKM qərarını ilk öncə Almaniyanın Əsas qanununun 59.2-ci maddəsinə əsasən, İnsan Hüquqları və əsas azadlıqlar haqqında Konvensiya və ona edilən əlavə protokollar federal qanunvericilik orqanının müvafiq rəsmi qanunlarla rəsmiləşdirərək Almaniyanın hüquq sistemində daxil etdiyi beynəlxalq-hüquqi müqavilələrdir. Buradan belə bir nəticəyə gəlmək mümkündür ki, Almaniya məhkəmələri milli hüquqları şərh edən zaman Konvensiyanı nəzərə almalı və tətbiq etməlidirlər. Almaniya hüquq sistemində AİHK və AİHM qərarları əsas hüquqları məhdudlaşdıran və ya azaldan ölçüdə yardımçı şərhəmə vasitələridirlər. Beynəlxalq müqavilənin bu konstitusional mənasında Əsas qanun tərəfindən beynəlxalq hüquqa üstünlük verildiyi ifadə olunur. Hətta konstitusiyaya mümkün olduğu qədər Almaniya Federativ Respublikasının beynəlxalq-hüquqi öhdəlikləri ilə ziddiyyət yaranmasın deyər, bu cür şərh edilməlidir. Beynəlxalq hüquqa üstünlük verilməsi yalnız Əsas qanunun demokratik sistemi çərçivəsində və onda verilən hüquqi dövlət prinsipində baş verir.⁶ AKM-in buradakı rəyi daha çox Almaniyanın ilk hüquqi şərhə gətirdiyi anlayışın inkişaf etdirilməsinə göstərdiyi nəzakətdir.⁷

AKM yanaşmalarından biri də AİHK-nın 1-ci maddəsində olan normanın müxtəlif cəhətdən izah edilməsidir. Konvensiyadakı tərəflərin insan hüquq və azadlıqlarının dövlətlər tərəfindən qorunması göstərilir. AKM-in fikrinə görə, dövlətlər konvensiya vasitəsilə üzərlərinə öhdəlik götürüblər və buna əməl etməlidirlər. Buna görə də Məhkəmənin qərarı məhkəmə prosesinin iştirakçıları üçün məcburi xarakterə malikdir.⁸ Eyni zamanda AKM, AİHM qərarı bütün yerli orqanlar üçün məcburi xarakterə malikdir və ümumi qayda olaraq, onlara verilən səlahiyyət çərçivəsində və qanun və hüququn əlaqəli olmaları prinsipini pozmadan (Əsas qanununun 20-ci maddəsinin 3-cü abzası) Konvensiya normalarının pozulmasını dayandırmalı və müvafiq Konvensiya statusu müəyyən etməlidirlər.

Digər bir formada isə AKM icra mexanizminin qurulmasını qeyd edir. AİHM qərarlarının məcburiliyi qaydası və şərtləri dövlət orqanlarının səlahiyyət miqyasından və tətbiq edilən hüququn ilk növbədə tətbiq edilməsini tələb edən imkanlardan asılıdır. İnzibati orqanların və məhkəmələrin qanun və hüquqla bağlılığına qanunun icazə verilən şərhə çərçivəsində AİHK öhdəlikləri və AİHM qərarları daxildir. AİHM qərarlarının mövcud olmayan kritik qiymətləndirilməsi, eləcə də bu qərarların ilk növbədə "icrası" hüququ ilə sxematik, ziddiyyət təşkil edən

⁶ Yenə orada, §2a.

⁷ Bugün hüququn bütün sahələri üçün keçərli olan şərhəmənin üsulları/metodları alman alimi Friedrich Carl von Savigny-nin "System des heutigen römischen Rechts" (Berlin, 1840) adlı kitabı ilə hüquq elminə gəlib.

⁸ Yenə orada, §2b.

hallar hüquqi dövlət prinsipləri ilə vəhdət təşkil edən əsas hüquqları poza bilər. Məhkəmələr artıq həll etdikləri işlərdən birinə aid olan qərarı nəzərə almağa borcludur. Avropa Məhkəməsinin qərarlarını nəzərə alanda dövlət orqanları hüququn tətbiq edilməsi təcrübələrində onların milli hüquqi qaydalara təsirinə diqqət yetirməlidir⁹. Bu hal, xüsusilə də tətbiq edilən milli hüququn özlüyündə əsas hüquqlarla bağlı olan müxtəlif mövqeləri tarazlaşdırmaq istəyən dövlətdaxili hüququn balanslaşdırılmış alt-sistemini təmsil edən zaman uyğun gəlir. Almaniya dövləti “bu hüquqların təmin edilməməsi halında və bu öhdəliklərə əməl edilməməsi halında iddiaçı özünün Konstitusiya ilə müdafiə olunan və hüquqi dövlət prinsipləri ilə əlaqəli olan əsas hüquqlarının pozulması ilə bağlı Federal Konstitusiya məhkəməsinə müraciət edə bilər” kimi bir müdafiə vasitəsini öz daxili qanunvericiliyi ilə də zəmanət verir.

Onu deyə bilərik ki, AKM-in və alman hüququn insan hüquqları müdafiəsində və AİHM qərarlarının onun daxili qanunvericiliyindəki yeri çox genişdir. Almaniya AİHK tərəf olan bir dövlət kimi öhdəlik götürməklə yanaşı, qərarlarını birbaşa icraya yönəldən AKM-də bu qərarların tanınmasında öz fikrini açıq şəkildə bildirib. AKM qərarlarının yerli icra hakimiyyəti orqanları və digər dövlət orqanları üzərində məcburi qüvvəsi mövcuddur. Bu məsələdə olduğu kimi obyektiv funksiyadan, yəni hüquq sisteminin və konstitusional mühakimə presedentlərinin genişləndirilməsi ilə bağlı problemdən söhbət gedirsə, AKM daha diqqətlə araşdırma edir, çünki bu funksiyayı daşıyan şikayət ərizələrində ictimai olduğuna görə geri çəkilmək mümkün deyildir.¹⁰

III. Türk hüququ

Türkiyədə AİHM qərarlarının daxili hüquqa təsirini müəyyən etmək üçün türk hüquq elminə baxmağımız kifayət edəcəkdir. Bildiyimiz kimi, AİHK bu gün ən prestijli, gətirdiyi məcburi mühakimə sistemi və qurduğu mühakimə orqanı ilə insan hüquqlarının müdafiəsi baxımından ən effektiv beynəlxalq mətnlərdən biri və hətta bu kimi beynəlxalq müqavilələrin ən qabaqcılıdır.¹¹ AİHM barədə bu qənaətə gəlmək üçün müxtəlif səbəblər vardır. Bunlardan ilki Avropa Şurası Nazirlər Komitəsinin AİHM qərarlarının icrasına nəzarət prosesini yerinə yetirməsidir. Digər bir səbəb isə AİHM-nə qədər olan beynəlxalq məhkəmələrin məcburi qüvvəyə malik olan qərarları yox idi. Başqa sözlə, digər beynəlxalq məhkəmələrin qərarları ancaq dövlətlər üçün tövsiyə xarakterlidir. BMT-nin İnsan Hüquqları Komitəsinin qərarları belə

⁹ Yenə orada, §2c.

¹⁰ AKM fərdi şikayətlərində iki təməl funksiyası vardır; obyektiv və subyektiv. Yuxarıda obyektiv funksiyayı qeyd etdiyimiz üçün daha anlaşılıq olsun deyə subyektiv funksiyayı da qeyd etmək yerinə düşər. Subyektiv funksiya – fərdin təməl haqqının qorunmasıdır.

¹¹ Emin Memiş, *İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri*, 17 Anayasa Yargısı Dergisi 130, 132 (2000).

dövlətlərə tövsiyə verir, əsas məqsədi sadəcə müstəqil dövlətlərdə baş verən insan hüquqları pozuntularının qarşısını almaqdır.

AİHK mahiyət etibarilə bir beynəlxalq müqavilədir, daha dəqiq desək, regional bir müqavilədir. Bu səbəbdən də AİHK-na tərəf dövlətlərin yerli hüquq sistemlərindəki yeri, bu dövlətlərin öz daxilində hansı beynəlxalq hüququn tətbiqində hansı sistemi seçdiyini bilmək ən vacib məsələdir. Burada əsas suallar dövlətlərin AİHK-na daxili hüquqdakı iyerarxiyadakı mövqeyi ilə bağlı meydana çıxır.

Beynəlxalq müqavilələrin Türk hüququndakı yeri Türkiyə Konstitusiyasının 90.5-ci maddəsində təsbit edilib. Həmin maddəyə edilən 2004-cü il tarixli dəyişiklik vasitəsilə beynəlxalq müqavilələr fərqləndirilir və beynəlxalq müqavilələr əsas hüquq və azadlıqlarla bağlı və əsas hüquq və azadlıqlarla bağlı olmayan olaraq iki yerə ayrılır. Bu halda, qanunun tələblərinə uyğun olaraq qəbul edilib qüvvəyə minən beynəlxalq müqavilələr daxili hüququn bir parçası halına gəlib, həmin müqavilənin əsas hüquq və azadlıqlara bağlı olub-olmadığına görə müəyyən ediləcəkdir. AİHK-nın əsas hüquq və azadlıqlarla bağlı bir beynəlxalq müqavilə olması barədə heç bir şübhə və mübahisə yoxdur. Bu barədə Türk hüququndakı araşdırmalar 2004-cü ildəki Konstitusiya dəyişikliyi və 2004-cü ildəki dəyişiklikdən sonrakı vəziyyət olaraq iki yerə ayrılır. Bizim qənaətimiz odur ki, bu yazıda zamanı yalnız 2004-cü ildəki dəyişiklikdən sonrakı araşdırmaları təqdim edək.

2004-cü ildə edilən dəyişikliklə *“qanuna uyğun olaraq qüvvəyə minən əsas hüquq və azadlıqlarla bağlı beynəlxalq müqavilələrlə qanunların eyni mövzuda fərqli hökmlər olduğuna görə baş verə biləcək mübahisələrdə beynəlxalq müqavilələrin hökmləri əsas götürüləcəkdir”* şəklində cümlə əlavə edilib. Bu dəyişikliyin Konstitusiyaya əlavə edilməyinin əsas məqsədi Avropa İttifaqı normalarına yaxınlaşmaq olmuşdur. Təbii ki, nəzəriyyədə bu dəyişiklik birmənalı qarşılanmayıb. 2004-cü il dəyişikliyi ilə bağlı iki fərqli yanaşma mövcuddur.

Birinci yanaşma: *“2004-cü il dəyişikliyi, beynəlxalq müqavilələrin (və AİHK-ın) daxili hüquqdakı iyerarxiyadakı yerini tamamilə həll edib”*. Bu münasibəti mənimsəyənlərin əsas nəticələri bunlardır: *“ Əsas hüquq və azadlıqlarla bağlı beynəlxalq müqavilələrlə daxili qanunlar arasında yaranacaq mübahisələrdə beynəlxalq müqavilələr müqavilədəki normalar tətbiq ediləcəkdir”* dedikdə;

- İlk başda bütün beynəlxalq müqavilələrin yeri Konstitusiyadan aşağıda müəyyən edilib. Yəni Konstitusiya – müqavilə arasındakı ziddiyyət olduqda Konstitusiya üstün götürüləcəkdir;

- İnsan hüquqları ilə bağlı müqavilələrin (dolayısı ilə AİHK-nın) yeri, qanunlardan üstündür, yəni qanun – müqavilə arasında mübahisə olduqda müqavilə üstün olacaqdır;

- Bundan kənar mövzularla bağlı müqavilələrin yeri isə, qanunlarla eyni səviyyədədir. Yəni qanun – bu cür bir müqavilə arasında qarışıqlıq olsa, ümumi çəkişmə prinsiplərinə əsaslanaraq həll olunacaqdır.¹²

İkinci yanaşma: “2004-cü il dəyişikliyi, beynəlxalq müqavilələrin (və AİHK-nın) daxili hüquqdakı iyerarxiyadakı yeri barədəki məsələnin sadəcə bir hissəsinə toxunub; bu sahədəki problemi tamamilə həll etməyib”. Bu münasibətin tərəfdarlarının isə nəticəsi: “Əsas hüquq və azadlıqlarla bağlı beynəlxalq müqavilələrlə daxili qanunlar arasında yaranacaq mübahisələrdə beynəlxalq müqavilələr müqavilədəki normalar tətbiq ediləcəkdir” deməklə;

- İnsan hüquqları ilə bağlı beynəlxalq müqavilələrin (və dolayısı ilə AİHK-nın) yeri, şübhəsiz ki, qanunlardan üstün tutulub, yəni qanun – bu cür bir müqavilə ziddiyyətində, üstünlüyü müqavilə şərtinə verəcəkdir;

- Lakin dəyişiklik bunun xaricindəki iki məsələni həll etməyib:

- Digər (insan hüquqları xaricindəki) beynəlxalq müqavilələrin qanunlarla ziddiyyəti məsələsi;

- Müqavilələrin Konstitusiya ilə ziddiyyəti məsələsi.

Halbuki dəyişikliklə “insan hüquqları ilə bağlı beynəlxalq müqavilələrin qanunlarla ziddiyyət təşkil etməsi halında üstün tutulacağı” deyilib, sadəcə bu cür müqavilələrin yerini müəyyən edir. Yoxsa bunun məfhum-u mühalifindən hərəkət edərək, demək ki, bütün müqavilələrin Konstitusiya və insan hüquqları xaricindəki müqavilələrin də qanunlardan altda olduğu nəticəsinə gəlmək olmaz. Bu mövzudakı 2004-cü ildən əvvəlki müzakirələr (“insan hüquqları ilə bağlı idisə, müqaviləyə üstünlük verilirdi” və “hər şəkildə Konstitusiya üstünlük verilir”) 2004-cü ildən sonra da aktuallığını qorudu.¹³

Yuxarıda qeyd etdiyimiz alimlərin fikirləri ilə yanaşı, 2004-cü ildən sonra Türkiyənin Konstitusiya Məhkəməsi başda olmaqla, Ali Məhkəməsi və Danıştayı bu məsələni xüsusilə AİHK baxımından araşdırıblar. Bu məhkəmələr arasında ən “radikal” sayabiləcəyimiz Danıştayın münasibətidir; Konstitusiya Məhkəməsi və Ali Məhkəmə ümumi baxışı qəbul edib.

A. Konstitusiya Məhkəməsi Qərarlarının Yanaşması

Konstitusiya Məhkəməsinin bu mövzudakı fikirlərini iki başlıqda araşdırmaq daha məqsədəuyğun olacaqdır. Birincisi fərdi şəxslərin müraciəti, ikincisi isə digər konstitusiya şikayətləri olmaqla qərarlara nəzər yetirmək yerinə düşəcəkdir.

Digər konstitusiya şikayətlərə AİHK ilə bağlı işlər, əqdlərin etibarsızlığı və normaların konstitusiya uyğunluğunun mübahisələndirilməsi və siyasi

¹² Abdurrahman Eren, *1982 Anayasası'nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliğinin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi*, 8(3-4) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 48, 58 (2004).

¹³ Rona Aybay, *Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri*, 70 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 187, 200 (2007).

partiyaların bağlanması işləri aiddir. Siyasi partiyaların bağlanması barədəki işlər baxımından, Məhkəmə, 2004-cü il dəyişikliyindən sonra qərar qəbul etdiyi on dörd işin sadəcə üçündə Konvensiyaya istinad edib. Bu qərarlardan ilki 2008-ci ildəki Hak ve Özgürlükler Partisi (bundan sonra HAK-PAR) qərarıdır.¹⁴ Məhkəmə, bu qərarı, siyasi partiyaların Konstitusiyanın mövzu ilə əlaqəli qaydaları ilə AİHK “toplaşmaq”, “ifadə azadlığı” bəndindəki 10 və 11-ci maddələri əsasında qorunduğunu deməklə kifayətlənib. Digər qərar isə, yenə 2008-ci ildə qüvvəyə minən Adalet ve Kalkınma Partisi qərarıdır.¹⁵ Burada (Məhkəminin sədri Haşim Kılıçın qarşı rəyindəki istinadları saymasaq), Məhkəmə HAK-PAK qərarındakı istinadları demək olar ki təkrar edir. Məhkəmələrin qərarlarından belə nəticəyə gəlmək mümkündür ki, siyasi partiyaların bağlanması kriteriyaları AİHK və onun presedentlərinə və ayrıca Venetsiya Komissiyasının müəyyən etdiyi prinsiplərə uyğun qərar çıxarır. Məhkəmənin bu sahədəki son qərarı 2009-cu ildəki Demokratik Toplum Partisi qərarıdır.¹⁶ Bu qərarı əvvəlki qərarlarından fərqli idi. Çünki yekdilliklə partiyanın bağlanması qərarı verilsə də, AİHK və AİHM presedentlərinə istinad edilib. Bu istinadların olmasının səbəbi Məhkəmə qərarını şərh edərkən fikirlərini əsaslandırmaq üçün istinad edib.

Əqdlərin etibarsızlığı və normaların Konstitusiyaya uyğunluğu işlərində isə, yenə burada da, 2004-cü ildən sonra kəskin nəzərə çarpan dəyişiklik görmək mümkün deyildir. Bilindiyi kimi, Məhkəmə, bu işlərdə Konstitusiyaya uyğunluğunu yoxlamaqdadır; beynəlxalq müqavilələr birbaşa müstəqil ölçü norması deyil və əsl norma olan Konstitusiya hökmlərini şərh edərkən istifadə edilir. Bu işlərdəki mübahisələr heç vaxt AİHK ilə təzad təşkil etmir. Çünki əsas məsələ konstitusiyaya uyğunluğun yoxlanılmasıdır, ona görə bu işlərdə AİHK istinad bir baxıma istisna hala çevrilir. Başqa cür desək, bu işlərdə Konstitusiyanın Konvensiya ilə uyğun şərh edilməməsi üçün heç bir səbəb yoxdur. Amma yenə Məhkəmənin istinad etdiyi qərarlar istisna olsa da, yox demək deyil. Nəzəriyyədə Başların verdiyi¹⁷ iki qərar xüsusilə vacibdir. Bunlardan birində¹⁸, Məhkəmə, 657 sayılı Dövlət İşçiləri Qanununun xəbərdarlıq və töhmət cəzalarına qarşı mühakimə yolunun olmamağı ilə bağlı hökmlərdən etiraz yolunun olmasını rədd edib; digərində¹⁹ də 221 sayılı Qanunun ictimailəşdirilmə olmadan vəzifəyə təyin edilmədə etiraz sisteminin olmaması sisteminə qarşı rəy ləğv edilib. Kemal

¹⁴ E.2002/1, K.2008/1, Qərar, TKM (29.1.2008).

¹⁵ E.2008/1, K.2008/2, Qərar, TKM (30.7.2008).

¹⁶ E.2007/1, K2009/4, Qərar, TKM (11.12.2009).

¹⁷ Kemal Başlar, *Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine*, 24(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan 279, 312 (2004).

¹⁸ E.2002/169, K.2007/88, Qərar, TKM (27.11.2007).

¹⁹ E.2004/25, K.2008/42, Qərar, TKM (17.01.2008).

Başlar bu iki qərarada Konstitusiya Məhkəməsinin AİHM-in mövzu ilə bağlı açıq fikirlərini görməzdən gəldiyini bildirib²⁰.

Şəxslərin müraciəti ilə bağlı işləri nəzərdən keçirdikdə isə, Konstitusiya Məhkəməsinin Konvensiya ilə daha yaxından maraqlandığını deyə bilərik. Konstitusiya Məhkəməsi 2012-ci ilin sentyabr ayından xeyli istifadə edib. Bəzən AİHM presedentinə uyğun olmayan fikirlər olsa da, ümumi baxışda Məhkəmənin AİHK və AİHM presendlərinə paralel bir xətt izlədiyini demək mümkündür. Hətta Məhkəmə bəzi qərarlarında, qanun normalarının AİHK-na zidd olduğunu və Konstitusiyanın 90/5, c.3 hökmünün tətbiq edilməli olduğunu qeyd edib²¹. Amma yenə də Konstitusiya Məhkəmə Konstitusiya maddələri ilə AİHK arasında ziddiyyət olduğu da nə edəcəyi barədə heç bir fikir bildirməyib.

B. Danıştay Qərarlarının Yanaşması

Yuxarıda ali məhkəmələr içərisində ən “radikal” mövqeni seçən məhkəmənin Danıştay olduğunu vurğulamışdıq. Danıştay 2004-cü ildən əvvəl daxil olmaqla, bütün beynəlxalq müqavilələrin, qanunların üstündə olduğunu demişdir və hətta insan hüquqları ilə əlaqədar olanların konstitusion dəyərdə olduğunu bildirib. Bu kimi faktlar yuxarı instansiyalar içərisində AİHK-nı bəlkə də ən effektiv istifadə edən məhkəmənin Danıştay olduğunu bizə göstərir²². 2004-cü ildən sonra da Məhkəmə AİHK-i (və digər beynəlxalq insan hüquqları mətnlərini) effektiv halda (lazım gəldikdə qanunlara qarşı halda Konstitusiya maddələrini Konvensiya və AİHM qərarlarına uyğun şərh edərək) istifadə etməyə davam edir²³. 2004-cü ildən sonra bu kimi qərarların qəbul edilməyi adi hal kimi qarşılansa da, 2004-cü ildən əvvəlki dövrdə belə qərarların olması “maraqlı və mütərəqqi” qərarların qəbul edilməsi həm təcüb, həm də sevinc doğuran haldır.

C. Ali Məhkəmə Qərarlarının Yanaşması

Ali Məhkəmə isə 2004-cü ildən əvvəl Konstitusiya Məhkəməsi ilə eyni bir fikir təqdim edirdi və beynəlxalq müqavilələrin qanunlarla iyerarxiyada eyni yerdə olduğunu və baş verə biləcək bir problemin *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat lege generali* qanun münasibətləri çərçivəsində həll ediləcəyi deyilirdi. Məhkəmə 2004-cü ilə qədər beynəlxalq müqavilələri daxili qanunvericiliklə eyni dərəcə bərabər tutub. 2004-cü ildən sonra isə insan hüquq və azadlıqları ilə bağlı beynəlxalq müqavilələri daxili qanunvericilikdən yuxarıda, digər beynəlxalq müqavilələri isə daxili qanunvericiliyə bərabər

²⁰ Kemal Başlar, Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 22 (2008).

²¹ Məsələn, qadının evlədikdən sonra ərinin soyadına keçməsi ilə bağlı Türkiyə Mülki Məcəlləsinin 187-ci maddəsinin konkret hadisədə tətbiq edilməyinin pozuntu olduğu qərarı (Müraciət nömrəsi 2013/2187, 19.12.2013) bu mənada zikr edə bilərik.

²² Başlar, yuxarıda istinad 20, 142; Nəzəriyyəçilər arasında Başlar bu fikri başqa üslupda istifadə edərək, yuxarı instansiya orqanları içərisində AİHK-nı “çətin işlərdə” istifadə edən tək məhkəmənin Danıştay olduğunu deyib.

²³ Yenə orada, 143.

tutur; Konstitusiya isə hər ikisindən üstün qüvvəyə sahib olduğu fikrindədir. Fəqət Məhkəmə, AİHK maddələrini və AİHM presedentlərini izləyir və qərarlardan effektiv formada istifadə edir²⁴.

IV. Azərbaycan hüququ

Nəhayət, bizim ölkəmizdəki mövcud vəziyyəti dəyərləndirmək üçün Almaniya kimi konkret bir məhkəmə qərarı, Türkiyədə olduğu kimi alimlərin fikirləri və yuxarı instansiya məhkəmələrin fikirlərini qeyd etməklə kifayətlənmək mümkün deyildir. Bu hissədə biz Konstitusiyanın normalarını, məhkəmə təcrübəsini və ölkədəki prosessual qanunvericilik normalarını nəzərdən keçirəcəyik.

İlk öncə, ölkəmizin ana qanunu olan Konstitusiyanın üç maddəsinin bizə təqdim etdiyi fikirləri və onlardan gəldiyimiz nəticələri təqdim etmək yerinə düşərdi. Bu zaman üç maddə dedikdə, 12, 148 və 151-ci maddələr nəzərdə tutulur.

Hüquqi yanaşmada ortaq fikir ondan ibarətdir ki, beynəlxalq müqavilələr Konstitusiya və referendumla qəbul edilmiş aktlar istisna olmaqla, digər qanunvericilik sistemindəki aktlardan üstün qüvvəyə malikdir. Yuxarıda qeyd edilənlərin əksinə bizim ölkədə alimlər beynəlxalq müqavilələri heç vaxt yerli qanunlarla eyni hüquqi qüvvədə izah etməyiblər. Bu zamanda yuxarıdakı izahlara və nəzəri fikirlərə ehtiyac hiss edilməyib.

Nəzəriyyəçilərimiz arasında fikir birliyi olmasına baxmayaraq, Konstitusiyanın maddələri arasında müzakirə üçün açıq məsələlər vardır. Nəzəriyyəçilərimizin fikir birliyinin səbəbinin 148 və 151-ci maddələr olduğu qənaətinə deyirik. Bu iki maddədə beynəlxalq müqavilələrin sadəcə qanunlardan üstün qüvvəyə malik olduğunu deyir. Amma yenə də 12-ci maddəni kənara qoyub danışmaq mümkün deyil. Bu səbəbdən də aşağıda 12-ci maddənin şərhinə nəzər yetirəcəyik²⁵. Həmin maddəyə əsasən, "... insan və vətəndaş hüquqları və azadlıqları ... beynəlxalq müqavilələrə uyğun tətbiq edilir". Belə nəticəyə gələ bilirik ki, maddə beynəlxalq müqavilələri iki yerə bölür: insan və vətəndaş hüquqları və azadlıqları ilə bağlı olan və digər beynəlxalq müqavilələr. Maddə öz daxilində də digər beynəlxalq müqavilələrdə heç bir mübahisəyə yer qoymayıb. İnsan və vətəndaş hüquq və azadlıqları ilə bağlı beynəlxalq müqavilələr isə mübahisə mərkəzindədir. Konstitusiya konkret bir fikri ortaya qoymayıb, bunun üçün də biz iki hadisəni nəzərə almalıyıq. Birincisi, bu müqavilələr konstitusiya maddələrindən üstün qüvvəyə malik olsa nə baş verəcək, ikincisi isə

²⁴ Tacettin Şimşek, *Danıştay Kararlarında İHAS ve İHAM'ın Etkisi*, 7 Anayasa Hukuku Dergisi 72, 76 (2015).

²⁵ Konstitusiyamızın bu maddəsi ilə ümumi fikrimizi belə bir xülasə kimi sizlərə təqdim edə bilirik. Üç maddəyə də diqqət yetirdikdə görə bilirik ki, 12-ci maddə digər maddələrə nisbətən daha xüsusi bir maddədir. Bu səbəbdən də bu maddələr arasında kolliziya olduğu zaman 12-ci maddəyə müraciət edilməlidir. Bu qənaətə gəlməmişə səbəb isə 12-ci maddənin mətninin daha konkret məsələdə fokuslanmış olmasıdır.

Konstitusiyaya maddələri ilə eyni hüquq qüvvəyə malik olarsa yerli hüquqsünaşlar nə etməlidirlər.

Müqavilələrin Konstitusiyadan üstün qüvvəyə malik olmasının sual altında olmasının səbəbi qanunverici orqanın belə bir ifadənin konkret, aydın və birbaşa şəkildə ifadə etməməsidir. Bu səbəbdən də maddənin şərhindən bu qənaətə gəlmək də düzgün olmaz. Bu əsasdan da bu nüans ilə bağlı məsələnin hələ açıq qalması və həllinin də yalnızca xalqın əlində olduğunu qeyd etməklə müzakirə tamamlanır.

İkinci hala gəldikdə isə əgər bu müqavilələr Konstitusiyaya ilə eyni hüquqi qüvvəyə malik olarsa, mütləqdir ki, nəzəri baxımdan hüquqçular bu məsələyə yanaşsınlar. Ümumiyyətlə, hüquq normaları arasında bir ziddiyyət olduqda aşağıdakı həll metodları mövcuddur²⁶:

- a) *lex posterior derogate lege priori*
- b) *lex specialis derogate lege generali*

Sonrakının əvvəlkinə əvəz etməsi prinsipi dedikdə normativ aktın qəbul edilmə anından danışılır. Bu vaxt zaman baxımından daha sonra qəbul edilən akt daha üstün qüvvəyə malikdir. Bu zaman nəzərə alınmalı olan fakt beynəlxalq müqavilələr və Konstitusiyanın yazılma zamanı olacaqdır. Ancaq ki, fikrimizcə, bu düzgün eyniləşdirmə olmayacaqdır. Konstitusiyamız 1995-ci ildə qəbul edilmişdir və bizim yaşadığımız dövrə ən yaxın aktdır. Beynəlxalq müqavilələr isə müxtəlif tarixdə yazılıb, əksəriyyəti 20-ci əsrə aiddir və bu kimi müqavilələr hələ də öz aktualılıqlarını qoruyub saxlayır və hazırkı dövrün tələblərinə də cavab verir. Bunun üçün də vurğulamaq lazımdır ki, bu prinsipin işlədilməsi elə də faydalı olmayacaqdır. Bu prinsipin istifadə edilməsi halında beynəlxalq müqavilələrin hamısı arxa planda qalacaqdır və detallı bir maddə beynəlxalq müqavilədə varsa, belə tətbiq edilməyəcəkdir.

Xüsusi normanın ümumi normanı ləğv etməsi prinsipi bəlkə də bu məsələdə bu gün üçün ən sağlam prinsipdir. Beləliklə, hüquqsünaşlar eyni bir norma ilə həm beynəlxalq müqavilədə, həm də Konstitusiyada rastlaşa bilərlər. Qənaətimizcə ən detallı formada hansı akt özündə tənzimləmə aparıbsa, o normanın tətbiq edilməsi daha məqsədəuyğun olacaqdır. Bu prinsipin istifadəsində beynəlxalq müqavilələr gözə görünməz hala gəlməyəcəkdir.

Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsinin presedentlərinə münasibətdə və ya beynəlxalq müqavilələr barədə prosessual məcəllələrdə müxtəlif fikirlər mövcuddur. İPM-də konkret bir təsbit olmasa belə, CPM-də ikinci maddədə iyerarxiyada beynəlxalq müqavilələr dördüncü sırada təsbit edilib. Ölkəmizdəki ümumi fikri isə MPM-in 1.5-ci maddəsində göstərilib. Maddənin məzmunundan o anlaşılır ki, daxili qanunvericiliklə beynəlxalq müqavilələr arasında fərqli qayda olsa, beynəlxalq müqavilələr tətbiq edilir.

²⁶ Mehdiyev və Quliyev, yuxarıda istinad 1, 188.

Zənnimizcə, digər prosesual məcəllələrin hamısı MPM-dəki kimi normadan istifadə etməsi daha aktual olacaqdır. Bu normanın olması AİHM presedentlərinin tətbiq edilməsinə olan qapı açılacaqdır. Əks təqdirdə məhkəmələr məcəllələri hadisələrin həllində yeganə tətbiq ediləcək sənəd kimi baxmaqda qalacaqdır.

Qoyduğumuz digər bir sual isə hansı məhkəmələrin AİHM presedentlərinin istifadə etməsi idi. Birinci olaraq razılaşmaq lazımdır ki, insan hüquqları subsidiar hüquq sahəsidir. Başqa sözlə desək, insan hüquqlarına müraciət etmək üçün digər hüquq sahələrindən biri mütləqdir ki, pozulmuş olsun. Məhkəmələrin də məqsədi bu hüquq pozuntusunun qarşısını almaqdırsa, bu məsələnin həllində nə zaman AİHM presedentlərinə istinad etməlidirlər?

Xanlar Hacıyev AİHM presedentlərinin milli məhkəmələr tərəfindən tətbiqini "Avropa konsensusu" ilə əlaqələndirərək qeyd edib ki, dövlətlər insan hüquqlarının müdafiəsində eyni səviyyəyə nail olmağa çalışmalıdırlar. Bu nöqteyi-nəzərdən milli məhkəmələr AİHM tərəfindən insan hüquqlarının pozuntusu kimi qəbul edilən halların sistemli xarakter almasına yol verməmək məqsədilə eyni xarakterli pozuntuların qarşısının alınması üçün səmərəli və adekvat cavab tədbirləri görməlidir²⁷. Yerli müəllifin fikrinin əsas məğzi pozuntunun olduğu bildiyi anda həllinə yönələn profilaktik tədbirlərin icra edilməsidir. Eyni zamanda ölkəmizin ilk AİHM-dəki hakimi olan X.Hacıyev qeyd etmişdir ki, əgər hakimlər Avropa Məhkəməsinin zəngin təcrübəsinə bilavasitə istinad etsəydilər, ölkənin məhkəmə praktikasında ortaya çıxan bir çox anlaşılmazlıqlara yol verilməzdi. Burada yuxarı instansiya məhkəmələri nümunə olmalıdır. Həmin məhkəmələrin Konvensiyada müəyyən olunan hüquqların təminatına əsaslanan dəqiq praktikaya malik olması indiki dövrdə çox vacibdir. X.Hacıyev AİHM presedentlərinin tətbiq edilməsində yuxarı instansiya məhkəmələrinin nümunə olmağını istəyir. Bu zaman hakim aşağı instansiya məhkəmələrini AİHM presedentlərindən istifadəni istisna etmək barədə heç bir şey demir. Fikrimizcə, yerli məhkəmələr hər bir instansiyada AİHM təcrübəsindən istifadə etsin. Hətta yaxşı olardı ki, AİHM-nin istinad etdiyi "soft" və "high" law mənbələrdən istifadə edilsin. Uzun müddət ərzində istifadə edilən məcəllələrin olduğu digər ölkələrinin məhkəmə təcrübəsindən istifadə etmək çox yaxşı nəticələrə gətirib çıxaracaqdır. Məhkəmə qərarlarımızdakı əsaslandırma hissəsi daha rəngarəng və presedent meydana gətirəcək halda olacaqdır.

Eyni zamanda Ali Məhkəmənin 30 mart 2006 tarixli Plenum Qərarı vardır. Bu Plenum qərarından AİHM təcrübəsindən danışır. İnsan və vətəndaş hüquqlarının və azadlıqlarının pozulması ilə bağlı məhkəmələr milli qanunvericilik ilə yanaşı, Konvensiya müddəalarını da rəhbər tutmalı və bu

²⁷ Vəfəddin İbayev, Avropa Məhkəməsi Presedentləri: Mülkiyyət Hüququ, 24 (2007).

zaman İnsan Hüquqları üzrə Avropa Məhkəməsinin təcrübəsinə istinad etməlidirlər.²⁸ Ali Məhkəmə Plenum Qərarında imperativ bir qaydanı ortaya qoymuşdur. Sadəcə Plenum Qərarında qərarlara necə istinad etməlidir suallına cavab tapmaq mümkün deyildir. Plenum Qərarının maddi norma olduğunu və prosessual icrasının qeyd edilməyini düşünürük. Ali Məhkəmənin Plenum Qərarlarının digər məhkəmələr üçün nümunə olduğunu düşünsək, bu Plenum Qərarında bütün məhkəmələr tərəfindən əməl olunmasının ağılabatan olacağını düşünürük.

Nəticə

Yuxarıda üç müxtəlif ölkənin beynəlxalq müqavilələrə (dolaylı formada AİHK və AİHM) olan münasibətini qeyd etdik. Amma buna baxmayaraq, üç ölkədə konkret bir fikir birliyinin və ya aydın qanunvericilik aktının olmadığını görmək mümkündür. Daha sonradan məhkəmə qərarları və ya islahatların nəticəsində AİHM qərarları tətbiq edilməyə başlandı. Əgər ki, ölkələrə tək-tək dəyərləndirsək, aşağıdakı mənzərə ilə qarşılaşarıq.

Almaniyada AFM qərarına baxdığımız zaman sadəcə qərarın icraasında problemlər var idi. Yəni yerli digər məhkəmələrə AİHM presedentlərinin istifadəsi ilə bağlı bir göstərişə rast gəlinmir. Bir mövzunu da etiraf etmək lazımdır ki, bəzən AİHM belə AFM qərarlarına istinad edir.

Türkiyədəki 2004-cü il Konstitusiyaya Dəyişikliyindən əvvəlki vəziyyətə baxdığımızda ən yaxşı mövqeni göstərən məhkəmə Danıştayıdır. Nə qədər bir inzibati məhkəmə belə olsa və AİHM-in bu sahədəki qərarlarının sayısının az olmasına baxmayaraq çox göxəl bir dəyər verib. Daha sonra isə bütün ölkə üçün edilən Konstitusiyaya Dəyişiklikliyi artıq bütün məhkəmələr aid bir norma gətirmiş oldu. İstifadə mexanizmi isə göz qabağındadır.

Azərbaycan məhkəmələrindəki vəziyyət Ali Məhkəmənin Plenum Qərarına baxmayaraq, hələ də birinci instansiya və apellyasiya məhkəmələri, hətta Ali Məhkəmənin özü belə tam olaraq AİHM qərarlarını istifadə etmir. Bəzən qarşısına gələn problemlərin həllində yalnız və yalnız daxili qanunları sadalamaqla kifayətlənir. AİHM presedentlərini istifadə etdiyi zaman isə problemin həllinə yönələn qərarı deyil də ümumi bir anlayışı izah edən presedentə istinad edirlər.

Son olaraq qənaətimiz bu istiqamətdədir ki, Konstitusiyaya normaları ilə belə beynəlxalq müqavilələr arasında zidiyyət olarsa və bu müqavilə insan hüquq və azadlığı ilə bağlıdırsa, beynəlxalq müqavilələr üstünlük təşkil etməsi daha əlverişli olacaqdır. AİHM qərarları daxili məhkəmələrin əsaslandırılmaları üçün istifadə edilməsi məcburi şərt olmalıdır. Hətta yalnızca AİHM presedentləri deyil, eyni zamanda digər beynəlxalq məhkəmələrin və ilk dəfə yeni bir anlayış-termin ortaya çıxaran ölkə(lər)in məhkəmə qərarlarını

²⁸ Ədalət mühakiməsinin həyata keçirilməsi zamanı «İnsan hüquqlarının və əsas azadlıqların müdafiəsi haqqında» Avropa Konvensiyası müddələrinin və İnsan Hüquqları üzrə Avropa Məhkəməsinin presedentlərinin tətbiqi, Plenum Qərarı, AR Ali Məhkəməsi, §2 (2006).

istifadə etməlidir. Beləliklə, həm əsaslandırma daha yaxşı, həm də daha rəngarəng ola bilər. Ölkələrində hüquq baxımından bir-birinə yaxınlaşması daha tez bir zamanda nəticələnmiş olar.