

# BAKİ DÖVLƏT UNİVERSİTETİ TƏLƏBƏ HÜQUQ JURNALI

Buraxılış 7

Fevral 2021

Say 1

## Elmi Məsləhətçi

Prof., h.e.d., Əmir Əliyev

## Baş Redaktor

Ceyhun Xəlilov

## İcraçı Redaktor

Ülkər Fərzəliyeva

## Məsul Redaktor

Nilufər Abdullayeva

## Məqalə Redaktorları

Gültəkin Səfərli

Seyidbəyim Hüseynova

Nəsrin İbayeva

Kamran Əhmədli

Jalə Səfərəliyeva

Mehri Quliyeva

**Təsisçi:** Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsi



ISSN: 2412-5555

Nəşr edən: Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsi  
Tələbə Elmi Cəmiyyəti | [www.bsulawss.org](http://www.bsulawss.org)

Vebsayt: [www.lr.bsulawss.org](http://www.lr.bsulawss.org)

E-Poçt: [lawreview@bsulawss.org](mailto:lawreview@bsulawss.org)

# BAKU STATE UNIVERSITY

## LAW REVIEW

Volume 7

February 2021

Issue 1

### Academic Adviser

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

### Editor in Chief

Jeyhun Khalilov

### Executive Editor

Ulkar Farzaliyeva

### Managing Editor

Nilufar Abdullayeva

### Editors

Gultakin Safarli

Seyidbayim Huseynova

Nasrin Ibayeva

Kamran Ahmadli

Jala Safaraliyeva

Mehri Guliyeva

**Founder:** Baku State University Law School



ISSN: 2412-5555

Publisher: Baku State University Law School

Student Academic Society | [www.bsulawss.org](http://www.bsulawss.org)

Website: [www.lr.bsulawss.org](http://www.lr.bsulawss.org)

Email: [lawreview@bsulawss.org](mailto:lawreview@bsulawss.org)

## MÜNDƏRİCAT/CONTENTS

<b>1. CONFORMITY AND PASSING OF RISK UNDER THE CISG: “PLANET CASE” BY BAMBERG DISTRICT COURT OF GERMANY. <i>Elnur Karimov</i></b> .....	1
Introduction .....	2
I. Facts of the “Plants case” .....	3
A. Conclusion of the contract.....	3
B. Performance of delivery .....	4
C. Non-conformity of the goods.....	4
D. Notice to the seller about non-conformity .....	5
II. Reasoning of the court .....	5
A. Applicability of the Convention .....	5
B. The validity of the buyer’s notice on non-conformity .....	6
C. Passing of risk.....	8
D. Buyer’s duty to examine goods .....	10
E. The decision of the court .....	11
Conclusion .....	12
<b>2. ENFORCING PROPERTY RIGHTS THROUGH THE ELEMENTS OF FREE MARKET; A CASE FOR IRAN’S BANKRUPTCY LAW. <i>Matin Pedram</i></b> .....	13
Introduction .....	14
I. Conceptual framework of the free market on the occasion of bankruptcy.....	17
A. The relationship between the free market and the possible accounts of capitalism .....	17
B. The elements of free market.....	18
II. The implications of the free market elements on bankruptcy law .....	24
A. Wertfrei analysis of modern bankruptcy law.....	24
B. Protecting both creditors’ and insolvents’ rights in free market: a dilemma.....	26
Conclusion .....	29

<b>3. VƏFAT ETMİŞ ŞƏXSİN FƏRDİ MƏLUMATLARI QORUNURMU? Çinara Qasımova</b> .....	31
Giriş.....	32
I. Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyi çərçivəsində vəfat etmiş şəxsin fərdi məlumatlarının işlənilməsi .....	33
II. Fərdi məlumatlar haqqında qanunvericiliyin pozulmasının nəticəsi....	35
III. “Fərdi Məlumatların Qorunması üzrə Ümumi Qaydalar”-da (The General Data Protection Regulation) və dünya praktikasında vəfat etmiş şəxsin fərdi məlumatlarının qorunması ilə bağlı qaydalar .....	37
IV. Şəxsin vəfatından sonra onun fərdi məlumatlarının qorunması yolları və vasitələri .....	45
Nəticə .....	46
<b>4. MARITAL RAPE IN INDIA: JUDICIALLY SANCTIONED HUMAN RIGHTS VIOLATIONS AND THE DEHUMANIZATION OF WOMEN IN THE BIGGEST DEMOCRACY OF THE WORLD. Rajesh Mathew</b> .....	48
Introduction .....	49
I. The clash between the Marital Rape Exception Clause and India’s domestic laws, constitutional obligations and the Supreme Court of India.	51
A. Domestic law of India .....	51
B. The Constitution of India .....	57
C. Decisions of the Supreme Court of India .....	61
II. India’s International Human Rights obligations .....	67
A. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) .....	68
B. International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) .....	75
III. National reforms are required by the central government to preserve the rule of law and not the rule of culture .....	77
Conclusion .....	79
<b>5. DIGITAL EXHAUSTION. Aydan Mammadli</b> .....	81
Introduction .....	82
I. Application of digital exhaustion.....	85
A. Digital Exhaustion in EU legislation.....	86

B. CJEU approach to digital exhaustion .....	88
C. US approach to digital exhaustion .....	91
II. For or against?.....	94
A. Disadvantages of digital exhaustion.....	94
B. Advantages of digital exhaustion .....	95
Conclusion .....	96
<b>6. AZƏRBAYCANIN GÜC TƏTBİQ ETMƏK HÜQUQU. Şahid Şükürov.....</b>	<b>98</b>
Giriş.....	99
I. “Güc” barədə.....	101
A. Təbiətdə güc .....	101
B. Dil problemləri.....	101
C. Hüquqda “güc” – hüququn gücü və gücün hüququ barədə .....	103
II. Beynəlxalq hüquqda “güc” və “güc”-ün tətbiq edilməsi barədə.....	106
A. Hərbi gücün tətbiq edilməsi.....	107
B. Beynəlxalq hüquqda “güc tətbiq edilməsi”nin məhdudlaşdırılması barədə .....	108
C. Dövlətlərin güc tətbiq etmək hüququ.....	109
D. Özünümüdafiə və güc tətbiq etmək hüququ .....	111
E. “Güc” tətbiqi ilə təhdid etmək barədə .....	113
F. Ərazi münaqişələri və güc tətbiqi.....	116
III. Azərbaycanın güc tətbiq etmək hüququ .....	118
A. Azərbaycanın Nizamnaməyə əsaslanan güc tətbiq etmə hüququ.....	119
B. Azərbaycanın müdafiə xarakterli güc tətbiq etmə hüququ/işğala qarşı güc tətbiq edilməsi .....	120
C. Qarabağ münaqişəsi və Azərbaycanın güc tətbiq etmək hüququ .....	121
Nəticə .....	126
<b>7. THE “DARK” REALITY OF A “FAIR” MARKET: A CASE AGAINST “RACIST” TRADEMARKS &amp; THE PERNICIOUS PRECIPICES OF PUBLIC POLICY. Naman Anand &amp; Dikshi Arora .....</b>	<b>129</b>
Introduction .....	130

I. <i>Laissez Faire</i> in intellectual property and capital markets- a breeding ground for racism.....	131
II. Public policy as a ground for rejecting/delisting trademarks: an analysis of case laws in the United States.....	132
A. In Re Riverbank Canning Co. (1938).....	133
B. <i>Washington Redskins trademark dispute</i> (1992).....	134
III. The “Bin Laden” trademark rejections (2001 & 2007) .....	135
A. Switzerland .....	135
B. United States of America.....	136
IV. <i>Matal v. Tam</i> (2017)& <i>Iancu v. Brunetti</i> (2019): One step forward, two steps backward? .....	137
V. <i>Iancu v. Brunetti</i> .....	138
VI. Trademark controversies around the world.....	140
A. United Kingdom .....	140
B. India.....	141
VII. From fair & lovely to glow & lovely: Hindustan Unilever, Nirma Industries and the impact of #BlackLivesMatter in India.....	142
Conclusion .....	144

### *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 araşdırma 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.





*Elnur Karimov\**

## CONFORMITY AND PASSING OF RISK UNDER THE CISG: “PLANTS CASE” BY BAMBERG DISTRICT COURT OF GERMANY

### **Abstract**

*This article studies “Plants case” heard in October 2006 by Bamberg District Court in Germany and discusses the applicability of the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods dated 1980 to this case, the conformity of the goods with the contract under Articles 35-44 and passing of risk to the buyer under Articles 66-70 as well. Specifically, the question that who carries the risk during loading of goods before handing over to the first carrier is answered in accordance with Article 67(1) of the Convention. The article further explores the carrier’s duty to examine goods when it stops before arriving at the destination for unloading other goods and its relation with a buyer’s duty to examine goods. It promotes the points the Court did not take into account with a reference to the Convention and case law. In the Plants case, defining the liability of the parties upon the carriage of goods, including their involvement in the occurrence of the damage to goods has been a disputable issue because the seller had observed the buyer’s instructions to deliver all goods despite the lack of space on the truck. However, this fact and the seller’s notice and warning did not influence the Court’s decision. Hence, the article concludes that unlike the decision of the court, it will not fit in all cases to determine the reasonable time for notification of non-conformity of goods with a sales contract as one month. Furthermore, when the courts apply the Convention, they should be inclined to take into account all details of cases, especially parties’ correspondence that can be read as an acknowledgment of liability.*

### **Annotasiya**

*Bu məqalədə Almaniya Bamberg Rayon Məhkəməsinin 2006-cı ilin oktyabr ayında baxdığı “Bitki işi” araşdırılır, və həmin işə Əmtəələrin Beynəlxalq Alqı-satqı Müqavilələri Haqqında 1980-ci il tarixli BMT Konvensiyasının tətbiqinin mümkünlüyü, Konvensiyanın 35-44-cü maddələrinə uyğun olaraq malların müqaviləyə uyğunluğu, 66-70-ci maddələr çərçivəsində riskin alıcıya keçməsi müzakirə olunur. Xüsusilə, Konvensiyanın 67-ci maddəsinin 1-ci bəndinə uyğun olaraq, malların birinci daşıyıcıya təhvil verilməsindən əvvəl yüklənmə zamanı riski kimin daşdığı sualı cavablandırılır. Məqalədə, həmçinin, daşıyıcının təyinat məntəqəsinə çatmamış başqa malları boşaltmaq üçün dayandığı hallarda daşıyıcının malları yoxlamaq öhdəliyi daşıyıb-daşmadığı və bu öhdəliyin alıcının yoxlama öhdəliyi ilə əlaqəsi araşdırılır. Məqalədə Konvensiya və mövcud məhkəmə işlərinə istinad edilərək məhkəmənin toxunmadığı bəzi məqamlar önə çəkilir. “Bitki işi” malların daşınmasında tərəflərin məsuliyyətinin, o cümlədən, onların mallara dəyən ziyanda bu və ya digər formada iştirakının xarakterizə edilməsi nöqtəyi-nəzərindən mübahisəlidir, çünki satıcı alıcının yük məşinində yer azlığına baxmayaraq bütün malların göndərilməsi haqqında təlimatını yerinə yetirmişdir. Ona görə də, Məhkəmənin gəldiyi nəticədən fərqli olaraq, malların alqı-satqı müqaviləsinə uyğunsuzluğunun bildirilməsi üçün ağılabatan müddətin bütün işlərdə bir ay kimi müəyyən olunması işin mahiyyətinə uyğun gəlməyə*

---

\* LL.M International Economic & Business Law, Kyushu University, Japan.

*bilər. Bundan əlavə, məhkəmələr Konvensiyanı tətbiq edərkən işin bütün detallarını, xüsusilə, alıcı və satıcı arasında məsuliyyətin qəbul edilməsi kimi təfsir oluna biləcək yazışmaları nəzərə almalıdırlar.*

## CONTENTS

Introduction .....	2
I. Facts of the “Plants case” .....	3
A. Conclusion of the contract .....	3
B. Performance of delivery .....	4
C. Non-conformity of the goods.....	4
D. Notice to the seller about non-conformity .....	5
II. Reasoning of the court.....	5
A. Applicability of the Convention.....	5
B. The validity of the buyer’s notice on non-conformity .....	6
C. Passing of risk .....	8
D. Buyer’s duty to examine goods.....	10
E. The decision of the court.....	11
Conclusion .....	12

## Introduction

Since April 11, 1980, the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (hereinafter referred to as “the Convention”) has become one of the most applied mechanisms in international commercial law for the settlement of disputes arising out of international sales contracts.<sup>1</sup> The Convention has contributed to the promotion of a uniform practice in international commercial law.<sup>2</sup> However, the success of the Convention to react to the current challenges is open to debates, particularly, in the law of damages that has gone beyond the non-pecuniary loss to allow the compensation of future loss under Article 7.4.3 of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts or Article 9 of the Principles of European Contract Law.<sup>3</sup> Contracting parties enjoy autonomy to recognize its applicability to international sales contracts and settle disputes accordingly to prevent possible conflicts and forum-shopping

<sup>1</sup> Roy Goode et al., *Transnational Commercial Law*, 204 (2<sup>nd</sup> ed. 2015).

<sup>2</sup> Harry M. Flechtner, *The United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods*, 1 (2009). Available at: <https://bit.ly/2ULVcB8> (last visited Nov. 22, 2020).

<sup>3</sup> Ingeborg Schwenzer and Pascal Hachem, *The Scope of the CISG Provisions on Damages*, in D. Saidov and Ralph Cunnington (eds.) *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Oxford: Hart Publishing, 2008, 93.

between applicable domestic laws.<sup>4</sup> The Preamble of the Convention has reiterated this objective as the removal of legal barriers in international commerce.<sup>5</sup>

“Plants case” is one of the cases to which Bamberg District Court of Germany (hereinafter referred to as “the Court”) applied the Convention on October 23, 2006.<sup>6</sup> The Court discussed Articles 35-44 of the Convention on the conformity of goods and Articles 66-70 on the passing of risk, specifically, interpreted the party who bears the risk that occurred during loading of goods to be handed over to the first carrier under Article 67(1).<sup>7</sup> This article also looks through the conditions where the carrier or buyer is obliged to examine goods with reasonable care to make sure that they are in a good condition in transit. Despite this case presented three interpretations that would be useful in dispute settlement in international commercial law, the Court ignored any of the communication between the parties on the alterations upon the contractual terms that might have exempted the seller from liability for the damage to some plants.<sup>8</sup>

This article introduces the case, the parties’ duties under the contract and the Court’s reasoning and decision briefly, studies the jurisdiction of the Court on the case and the applicability of the Convention and further attempts to answer the questions raised about the conformity of goods and passing of risk under the Convention.

## I. Facts of the “Plants case”

### A. Conclusion of the contract

In this case, a seller whose place of business is Italy and the buyer from Germany concluded an international sales contract for plants. The buyer who owns a tree nursery in Germany ordered plants from the seller in Italy by fax dated March 12, 2001:<sup>9</sup>

*“Straight stems, drawn through the terminals:*

1. 50 *Aesculus carnea* “Briottii”
2. 25 *Ailanthus altissima*
3. 100 *Catalpa bigno. Nana*
4. 50 *Ginko Biloba*
5. 200 *Juglans regia*

---

<sup>4</sup> Caroline D. Klepper, *The Convention for the International Sales of Goods: A Practical Guide for the State of Maryland and Its Trade Community*, 15 Maryland Journal of International Law 235, 237 (1991).

<sup>5</sup> The United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (2010). Available at: <https://bit.ly/338I11H> (last visited Nov. 22, 2020).

<sup>6</sup> District Court (Landgericht) Bamberg, 2 O 51/02 (2006). Available at: <https://bit.ly/3fmMbrB> (last visited Nov. 22, 2020).

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Ibid.*

6. 25 *Liquidambar styracifula*

7. 100 *Robinia umbriculifera*

8. 100 *Sophora japonica*

*Delivery free of charge*<sup>10</sup>

The plaintiff's claim is about the non-conformity of the goods with the contract, and the nature of the non-conformity of each plant is different.<sup>11</sup> For this article, the plants will be referred to as the 1<sup>st</sup>, 2<sup>nd</sup>, 3<sup>rd</sup>, 4<sup>th</sup> group etc.

## **B. Performance of delivery**

As the subject matter of the dispute arose from the international sales contract between the seller and buyer from different countries, the seller had a duty to deliver the goods. To perform the duty of delivery, the Italian seller prepared the plants and loaded them onto the carrier's truck that the buyer had engaged at that time. The seller submitted that when they dispatched, the goods were conforming with the contract. However, the buyer had allocated 6 meters of space instead of 8 that had been agreed in the contract because the truck had been loaded by another 10 pallets in advance.

Despite the seller proposed to limit the number of the plants to the capacity of loading space, the buyer insisted on the loading of all orders onto the same truck. Therefore, the seller submitted to the Court that they performed the duty of delivery, and the non-conformity of the goods arose from an act or omission of the carrier or buyer. Besides, according to the facts, the other 10 pallets were unloaded during the transit in Burgebrach. Based on this fact, the seller submitted that as the plants were temporarily discharged to unload the other 10 pallets in transit, they were likely to be damaged in Burgebrach or at the buyer's place of business.<sup>12</sup>

## **C. Non-conformity of the goods**

The Court discussed whether the non-conformity of the goods occurred before the passing of risk. The buyer explained the nature of the non-conformity of the 1<sup>st</sup>, 2<sup>nd</sup>, 3<sup>rd</sup>, and 7<sup>th</sup> group of the plants in detail, and added that the 4<sup>th</sup> group of the plants was so damaged because of improper loading onto the truck that their broken terminals prevented further growth. Regarding the 5<sup>th</sup> and 8<sup>th</sup> group of the plants, the buyer submitted that the seller had delivered a wrong pair of the plants that were only so young with no measurable stem circumference. However, the buyer's submission about these plants was not confirmed by the expert opinion. Finally, the buyer could notice the low-quality roots of the 6<sup>th</sup> group of the plants on March 29, 2001, only after the notice given to the seller about the non-conformity of the other goods because it had been covered with ground sacks before.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Ibid.*

The buyer argued that the reason for the damage to the plants was defective packing of the plants in jute bags, and improper loading onto the truck. The buyer tried to convince the Court that it was sufficient to notice about the non-conformity of the plants and the buyer was never under the duty to notice the amount of the damaged and undamaged plants.<sup>14</sup>

#### **D. Notice to the seller about non-conformity**

Following its contractual duties, the seller prepared the goods and handed them over to the carrier engaged by the buyer. The carrier delivered the goods on March 23, 2001, and the seller paid €1.000 for carriage. During the delivery, the main sprouts of the 8<sup>th</sup> group of the plants were missing. After the delivery, the buyer gave notice to the seller about the non-conformity of the goods by adding a reservation on the bill of delivery dated March 22, 2001, and sent a separate letter on March 26, 2001. The letter displayed each defect of the plants individually discovered on March 23, 2001, during the unloading. The defects notified to the seller can be summarized as bark tearing at the stems in the 1<sup>st</sup> group, broken main sprouts and chipped bark at the stems in the 2<sup>nd</sup> group, broken or no crowns in the 3<sup>rd</sup> and 7<sup>th</sup> groups, partly broken terminals due to the loading onto the bottom of the truck in the 4<sup>th</sup> group, maximum 6 cm circumference and no side branches in the 5<sup>th</sup> group, and no main sprouts in the 8<sup>th</sup> group of the plants.<sup>15</sup>

## **II. Reasoning of the court**

### **A. Applicability of the Convention**

The Court has jurisdiction over the case as the parties agreed to the jurisdiction of German courts in the disputes arising from the sales contract.<sup>16</sup> As both parties' place of business is in the Contracting States of the Convention, the Court concluded that even if the parties have chosen the law in the sales contract, the Convention is still applicable to the dispute.<sup>17</sup> The Convention entered into force in Italy on January 1, 1988,<sup>18</sup> and in Germany on January 1, 1991.<sup>19</sup>

Thus, the fact that the parties to the contract chose German law as the applicable law cannot be ground for the non-application of the Convention. Both the buyer and seller knew or should have known that the states where

---

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> The Convention is relatively straightforward in this regard by recognizing “the application of the Convention when the parties to the contract have places of business in two different Contracting States”. Goode et al., *supra* note 1, 218.

<sup>18</sup> CISG: Participating Countries – Italy (2015), <https://bit.ly/2JoaB8S> (last visited Dec. 3, 2020).

<sup>19</sup> CISG: Participating Countries – Germany (2015), <https://bit.ly/2KTApKa> (last visited Dec. 3, 2020).

their places of business were, were party to the Convention.<sup>20</sup> Therefore, article 1(1) of the Convention does not contain any exception for its applicability when the parties' places of business are in two different Contracting States.

### **B. The validity of the buyer's notice on non-conformity**

The Court concluded that the buyer preserved his right to bring a claim on non-performance by fulfilling his duty to notify the seller on the defective plants according to Article 39(1) of the Convention. This article speculates that "the buyer loses the right to rely on a lack of conformity of the goods if he does not give notice to the seller specifying the nature of the lack of conformity within a reasonable time after he has discovered it or ought to have discovered it". Furthermore, the Court dismissed the seller's arguments and held that when more than one goods of the same kind are sold, a notice about the non-conformity of all goods of the same kind is sufficient under Article 39(1) and there is no need to notify about each one of the goods individually.<sup>21</sup>

Under Article 39(1), a buyer is not only obliged to give notice about the existence of non-conformity but also provide detailed information about the nature of non-conformity. This article protects both buyer's and seller's interests by setting forth a notice requirement because the buyer lets the seller know about the non-conformity and preserves his right to the remedies,<sup>22</sup> and the seller is given a chance to cure the damage and prevent further loss.<sup>23</sup>

On the other hand, giving notice about the nature of non-conformity is important to decide under Article 25 of the Convention if "a breach of contract committed by one of the parties is fundamental when it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract". A fundamental breach is a breach of the contractual duties that depreciates the aggrieved party's contractual expectations.<sup>24</sup> In each case where there is a claim about the fundamentality of the breach, it is crucial to find out what the aggrieved party expected from the contract and to what extent the breach deprived him of those expectations. Thus, by clarifying the nature of non-conformity, the buyer will facilitate the judge's decision on the fundamental breach that will be influenced by the buyer's expectations and reality.

---

<sup>20</sup> This awareness is not solely enough to apply Article 1(1) of the Convention. Under Article 1(2), "the difference in places of business shall be known to the parties from the contract or disclosed information by the parties, otherwise, the Convention cannot be applied". Jacob Ziegel, *The Scope of the Convention: Reaching Out to the Article One and Beyond*, 25 *Journal of Law and Commerce* 59, 62-63 (2005-2006).

<sup>21</sup> Plants case, *supra* note 6.

<sup>22</sup> Ulrich Schroeter, *A Time-limit Running Wild? Article 39(2) CISG and Domestic Limitation Period*, 2 *Nordic Journal of Commercial Law* 153, 174 (2017).

<sup>23</sup> Benjamin K. Leisinger, *Some Thoughts about Art. 39(2) CISG*, 6 *Internationales Handelsrecht* 76, 81 (2006).

<sup>24</sup> UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sales of Goods, 80 (2016).

Unlike other contractual breaches regulated in the Convention, a fundamental breach allows a buyer to avoid a contract under Article 49(1)(a) of the Convention. According to Article 49(1)(a) of the Convention, “the buyer may declare the contract avoided if the failure by the seller to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract”. However, depending on the circumstances, it may suffice for the buyer to establish non-conformity alone by describing its symptoms where the buyer cannot access detailed information about the nature of non-conformity.<sup>25</sup>

In this case, the buyer further claimed the non-conformity caused by the defects other than those has been notified to the seller, despite the fact that these claims were based on the defects the buyer discovered at a later date. But the Court dismissed the buyer’s claims on new defects on the ground that he failed to give notice to the seller about the new ones within a reasonable time.<sup>26</sup> The Court interpreted the requirement of a reasonable time as one month. Then it dismissed the buyer’s justification that the defects, especially the low-quality roots of the 6<sup>th</sup> group of the plants were found after planting.

The Court’s interpretation of the reasonable time for the notification of the defects in the 1<sup>st</sup>, 4<sup>th</sup>, 6<sup>th</sup>, and 7<sup>th</sup> groups of the plants as one month did not conform with the buyer’s efforts to give notice in time. The buyer gave notice about the visible defects in the 1<sup>st</sup>, 4<sup>th</sup>, 7<sup>th</sup>, and other groups of the plants by adding a notice on the invoice and sending a letter to the seller as soon as he received the goods on March 23, 2001, without any delay.<sup>27</sup> This betokens the buyer’s care not to be deprived of his right to rely on non-conformity in litigation. As the non-conformity regarding the quality of the roots of the 6<sup>th</sup> group of the plants could have only been discovered after planting, it would not be fair to expect the buyer to give notice about such defects along with the other plants.

The case-law of the Convention is in line with this position too. Regarding the defects that are not *prima facie* visible, in 1994 the Appellate Court Frankfurt discussed the buyer’s duty to examine the goods after delivery under the Convention and held that the heavy wrinkles in the leather shoes could only have been noticed by use.<sup>28</sup> In this case, the seller delivered the shoes that had been manufactured from another type of leather that the parties had not agreed upon.<sup>29</sup> In 1996 France Supreme Court dismissed the appeal on the ground that the seller added sugar in the wine to be delivered to the buyer, and the buyer could avoid the contract for that goods based on

---

<sup>25</sup> CISG-AC Opinion no 2: Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity Articles 38 and 39 (2004). Available at: <https://bit.ly/3q34SFQ> (last visited Nov. 27, 2020).

<sup>26</sup> *Supra* note 6.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> Oberlandesgericht Frankfurt, 5 U 15/93, (1994). Available at: <https://bit.ly/33nbYLN> (last visited Nov. 28, 2020).

<sup>29</sup> *Ibid.*

non-conformity.<sup>30</sup> Although the buyer did not immediately examine the wine sweetened and partly spoiled, the court found that the defects could not have been discovered otherwise.<sup>31</sup> However, it is worth noting that the France Supreme Court decided in favor of the buyer's avoidance of the contract on the *Code Civile*, not the Convention.<sup>32</sup> In another example, delivery of a T-shirt that contracts by %10-15 (one or two body sizes) after the first washing can be considered as a fundamental breach if the other conditions in the Convention co-exist.<sup>33</sup> Domestic courts should not apply strict rules to the time of the examination and notification of conformity of goods but conduct a case-to-case analysis of the defects that are not *prima facie* visible to the buyer and can only be discovered through use.

Additionally, to require the buyer to plant the 6<sup>th</sup> group of the plants immediately after the delivery to check the quality of their roots would result in the forced rescheduling of the planting date and unreasonable costs and efforts to the buyer. One of the objectives of the Convention is to protect parties to a contract from unreasonable costs.<sup>34</sup> For this reason, this interpretation would cause unreasonable efforts for the buyer who planned to plant the 6<sup>th</sup> group of the plants on March 29, 2001.

## C. Passing of risk

### 1. Postponing the passing of risk to the end of the loading

In the Plants case, it was important to determine when the risk had passed to the buyer to establish the parties' liability for the non-performance. According to Article 66 of the Convention, "loss of or damage to the goods after the risk has passed to the buyer does not discharge him from his duty to pay the price, unless the loss or damage is due to an act or omission of the seller". The buyer submitted that some groups of the plants were damaged during the loading onto the truck, while the other groups were damaged as a result of inferior quality of nursing, therefore, the defective performance by the seller.<sup>35</sup> Avoiding to ask the buyer to prove a negative, the Court held that the seller had to prove the conformity of the goods with the sales contract. As the buyer gave notice about the non-conformity, the seller was required to prove the conformity.<sup>36</sup>

The moment of passing of risk is set forth by the Convention in more than one clause. According to Article 67(1), "if the contract of sale involves carriage of the goods and the seller is not bound to hand them over at a particular

---

<sup>30</sup> Sacovini/M Marrazza v. Les fils de Henri Ramel, France Supreme Court, 173 P/B 93-16.542, (1996). Available at: <https://bit.ly/3mf3Xjr> (last visited Nov. 28, 2020).

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> Peter Schlechtriem, Petra Butler, UN Law on International Sales, 101 (2009).

<sup>33</sup> Yeşim M. Atamer, Milletlerarası Satım Hukuku, 250 (2<sup>nd</sup> ed. 2012).

<sup>34</sup> Schroeter, *supra* note 22, 174; Leisinger, *supra* note 23, 81.

<sup>35</sup> *Supra* note 6.

<sup>36</sup> Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (eds.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, §11 (4<sup>th</sup> vol. 2005).



place, the risk passes to the buyer when the goods are handed over to the first carrier for transmission to the buyer in accordance with the contract of sale". According to the same paragraph, "if the seller is bound to hand over the goods to a carrier at a particular place, the risk does not pass to the buyer until the goods are handed over to the carrier at that place".

In this case, the moment the seller handed over the goods to the carrier engaged by the buyer or the loading of the goods onto the truck is when the risk passed to the buyer. The Court interpreted "to hand over" as the transfer of title of the goods to the first carrier, and held that the risk passed as soon as the loading of the goods for the carriage was over<sup>37</sup>. This interpretation indeed corresponds to the characteristics of the Plants case. However, it can be disputed whether risk does not pass to a buyer until the end of loading in all international sales contracts. Because when a seller is required to deliver goods, it is not always the seller who loads the goods onto the truck. It can be concluded that if parties agreed on the loading of goods for delivery at a particular place by a carrier engaged by a buyer, the risk passes to the buyer as soon as the goods are handed over for delivery, regardless of the status of loading.

### *2. Can the passing of risk be differentiated for particular goods?*

The seller could not defend his position for the 4<sup>th</sup> group of the plants against the buyer who submitted that this group had been loaded and placed improperly. However, the seller could rely on his timely warning to the buyer that instead of 8 meters of space agreed by the parties, the truck could only offer 6 meters. The seller acted in good faith within the meaning of Article 7(1) of the Convention by asking for the opinion of the buyer on the loading of the goods onto available 6 meters of space on the truck and offering to load less amount of the plants that would fit in the space. Agreeing with the available space on the truck, the buyer accepted the new terms of the contract and implicitly acknowledged that 6 meters might deprive him of the plants in the given conditions because the seller could have asked for 8 meters reasonably for safe carriage and delivery of the plants. Following the buyer's insistence, the parties agreed to amend the terms slightly with an awareness of its consequences.

According to Article 19(3) of the Convention, "additional or different terms relating, among other things, to the price, payment, quality, and quantity of the goods, place and time of delivery, the extent of one party's liability to the other or the settlement of disputes are considered to alter the terms of the offer materially". In this case, the fact that the buyer provided 6 meters of space instead of 8 cannot be considered as a new offer but it altered the terms of the contract materially. The exchange of information between parties about the importance of a particular duty makes the duty so important that its breach

---

<sup>37</sup> *Supra* note 6.

will be fundamental.<sup>38</sup> The seller reminded the buyer about the importance of 8 meters of space on the truck in terms of safe carriage and delivery of the goods. Thus, the buyer could not rely on the damages caused by the lack of space on the truck, especially, the 4<sup>th</sup> group of the plants because he altered the terms on the delivery part materially and acknowledged its consequences by insisting on the carriage.

A better approach would be to examine the passing of risk for each group of the plants individually. Because, for example, while in the 4<sup>th</sup> group of the plants it is important to examine the passing of risk at the time of handing over to the first carriage, the seller can be liable for its other act or omissions concerning the other groups of the plants. Hence, the Court postponed the passing of risk to the end of loading of all plants. However, the parties' agreement to alter the contractual term on the availability of the truck for carriage that happened technically before the risk passed should not have been discarded.

#### **D. Buyer's duty to examine goods**

The buyer's duty to examine is regulated under Article 38 of the Convention. According to Article 38(1), "the buyer must examine the goods, or cause them to be examined, within as short a period as is practicable in the circumstances". While as a matter of the rule, the buyer must examine within a short period which is practicable in the circumstances, Article 38(2) postpones the buyer's duty to examine the goods to the arrival at the destination. It is clear from the facts that the buyer has fulfilled his duty to examine as soon as he received the goods at the destination. However, it can be disputed whether the buyer had a duty to examine the goods in Burgebrach where the carrier stopped to unload the 10 pallets that were not part of the contract. Can the buyer raise the argument that he was never under the duty to examine the goods in Burgebrach before the arrival at the destination in response to the seller's submission that the goods were damaged during the unloading in transit? If the buyer was under such a duty, he would be deemed to acknowledge the damage to the plants because he did not give notice to the seller, hence, lost his right to rely on the non-conformity under Article 39(1) of the Convention. Nonetheless, the buyer is entitled to rely on the non-conformity of the 6<sup>th</sup> group of the plants because of the inferior quality of their roots.

The duty to examine goods cannot be isolated from the transfer of title of the goods to the buyer. It is clear from the contract that the carrier was independent of the seller but engaged by the buyer. It can be argued that even though the goods were not delivered to the buyer in Burgebrach, the risk had already passed to the buyer and he had to examine the goods there. This argument can be logically concluded with that the buyer did not examine the

---

<sup>38</sup> Atamer, *supra* note 33, 244.

goods via the carrier in Burgebrach despite he could have done so, that's why the question of whether the goods were damaged during the unloading in Burgebrach remained unanswered. However, as Burgebrach was not the destination in the meaning of Article 38(2) of the Convention, the buyer cannot be under a duty to examine the goods in Burgebrach. Even though the buyer knew or could have known about the unloading of the other 10 pallets in Burgebrach, he did not know how the plants were placed on the truck and whether the plants needed to be discharged for unloading the 10 pallets. The only person who witnessed the unloading in Burgebrach was the carrier from whom reasonable care for the plants could be expected. Nevertheless, the expectation cannot exceed the care nor can be interpreted as a duty, any breach of which could result in liability of the parties.

### **E. The decision of the court**

In some matters, the Court asked for an expert's opinion. According to the results of the expert examination, the quality of the delivered goods was under average. This inferior quality was related to the nursery of the plants by the seller. The expert also pointed out that the visible damages to the plants were not inherent, in contrast, a result of improper loading onto the truck. The expert referred to the bale cargo to underline that the damaged ones were placed under the other plants.<sup>39</sup> Although the vehicle was not inappropriate for delivery, the loading of the goods caused the damage in this case. Hearing the expert and witnesses, the Court held that there was a defective performance by the seller as after the risk passed the buyer did not unload the goods before the arrival at the destination and approved the buyer's claim to reduce the price. The buyer had to pay the price for non-defective plants, however, he lost his right to rely on the defective *Liquidambar styracifula* from the 6<sup>th</sup> group because of the delay in the notification. The Court found the seller liable for the judicial expenses and carriage fees as well.<sup>40</sup>

Here, the Court should have not ignored the fact that the seller had warned the buyer about the lack of space on the truck, and the buyer should have understood the consequences of the carriage in those circumstances. Therefore, the buyer cannot be justified to request the price reduction for the goods damaged as a result of improper loading. On the other hand, the buyer gave notice about non-conformity in the 6<sup>th</sup> group of the plants due to the nature of the goods. The Court did not discuss the effects of the seller's notification to the buyer about the lack of space on the truck before the risk passed to the buyer on the damage to the goods caused by improper loading, and the buyer's duty to examine the goods in Burgebrach.

---

<sup>39</sup> *Supra* note 6.

<sup>40</sup> *Ibid.*

## Conclusion

The Plants case is one of those cases to envisage how the Convention is applied in different national jurisdictions despite the aim of the Convention to establish a uniform practice. This case has left the following three interpretations to international commercial law, in particular, for the application of the Convention:

- 1) In case of the sale of more than one goods of the same kind, a notice about non-conformity of all goods is sufficient, and there is no need to give notice about each one of the goods separately;
- 2) The notice about the non-conformity of goods must help the seller to understand the nature of non-conformity so that the seller can take the next steps to cure the defects. Any suspicion or uncertainty about the nature and kind of the non-conformity on the notice must be discussed and resolved by the parties;
- 3) The goods are handed over as soon as the loading is over.

Although all of these interpretations can be applied in analogous cases to which the Convention is applicable, the third interpretation must be handled carefully because the identity of the loader of the goods can be essential in some cases. The courts may consider the passing of risk to the buyer as soon as the goods are collected for delivery by the carrier arranged by the buyer at a particular place without waiting for the loading to be over. In such cases, the courts can also take into account the loading of the goods by the seller or the carrier arranged by the seller. To determine the passing of risk on a case-to-case basis would therefore be more appropriate to the complex character of the international commercial law where more parties can be involved in the carriage.

As it was in the Plants case, it is more efficient to examine the defect of each group of the plants individually and reduce the price accordingly. However, the interpretation of the reasonable time for the notice as one month with a reference to German law did not fit in the 6<sup>th</sup> group of the plants. Because the buyer could not be aware of these defects before planting, not to mention the effects of the forced rescheduling of the planting date on his business.

Finally, regarding the 4<sup>th</sup> group of the plants where the Court found the lack of space on the truck as the cause of the damage, the seller's warning to the buyer and offer to deliver fewer plants must not have been discarded. The reason why the plants were loaded improperly was the buyer's insistence to deliver them within 6 meters of space instead of 8. Thus, the Court should have considered the seller's efforts to deliver the goods safely on the one hand, and the buyer's acts and insistence on the other hand, and let him bear the risk caused by new contractual terms he altered.

*Matin Pedram\**

## ENFORCING PROPERTY RIGHTS THROUGH THE ELEMENTS OF FREE MARKET; A CASE FOR IRAN'S BANKRUPTCY LAW

### **Abstract**

*In an unhindered market, firms use their resources to meet the expectations of consumers in productive ways; therefore, competition among firms is inevitable. Those firms that use new technologies and produce efficiently can make a profit. This mechanism is only workable when the right to property would be respected and applied. Although this is an undeniable right of individuals, governments seek to bypass the simple rules of the market even in the case of bankruptcy and reallocation. As a prima facie fact, bankruptcy is one of the outcomes of the market process in a free market. In the absence of the government's apparatus, firms and creditors are free to continue their businesses or to reach an agreement to defer the timing of payment and conducting the insolvency to pay the debts. In spite of this, governments whose political benefits lead them to use interventionist methods such as securing jobs and subsidizing local businesses, enact modern bankruptcy law to protect the insolvent firms, and give them the opportunity of reconstruction. Iran whose modern bankruptcy law has been prepared is the case study of this article. This article discusses that bankruptcy is part of the normal process of the free market, and rule of law ought to guarantee freedom of parties to negotiate and compensation of the creditors in conclusion. A case study is offered to enlighten that the implementation of modern bankruptcy law would not solve the problems because the main problem is the lack of strengthened property rights.*

### **Annotasiya**

*Azad bazarda firmalar istehlakçılarının gözləntilərini məhsuldar şəkildə təmin etmək üçün öz imkanlarından istifadə edirlər; buna görə də firmalar arasında rəqabət qaçınılmazdır. Yeni texnologiyalardan istifadə ilə keyfiyyətli istehsal edən firmalar qazanc əldə edə bilər. Bu mexanizm yalnız mülkiyyət hüququna hörmət edildikdə və onun tətbiq zamanı işləkdir. Bu, fiziki şəxslərin təkzibedilməz hüququ olsa da, hökumətlər hətta iflas və yenidən təşkil zamanı belə sadə bazar qaydalarından yan keçməyə çalışırlar. Prima facie faktı kimi iflas azad bazarda bazar proseslərinin nəticələrindən biridir. Hökumət aparatı olmadığı təqdirdə firma və kreditorlar işlərini davam etdirmək və ya ödəmə müddətini təxirə salmaq, eləcə də borcları ödənişləri üçün ödəmə qabiliyyətli olmamaq barədə razılığa gəlməkdə sərbəstdirlər. Buna baxmayaraq, siyasi mənfəətlərinə görə hökumətlər iş yerləri ilə təmin etmək, subsidiya vermək kimi müdaxilə metodlarından istifadə yolu ilə iflas edən firmaları qorumaq üçün müasir iflas qanunu qəbul edir və onlara yenidənqurma imkanı verir. Müasir iflas qanunu hazırlayan İran bu məqalənin nümunəsidir. Bu məqalədə iflasın sərbəst bazarın normal prosesinin bir hissəsi olduğu və qanunun aliliyi tərəflərin danışıqlar azadlığı və sonda kreditorlara təminat verilməsini təmin etməli olduğu müzakirə olunur. Müasir iflas qanununun tətbiq olunan problemləri həll edə bilməyəcəyini aydınlaşdırmaq üçün bir əsas təklif verilir, çünki əsas problem möhkəmləndirilmiş mülkiyyət hüquqlarının olmamasıdır.*

---

\* Legal Counsel, Tehran, Iran. I would like to thank Professor Gary Chartier for his generous comments and support.

## CONTENTS

Introduction .....	14
I. Conceptual framework of the free market on the occasion of bankruptcy .....	17
A. The relationship between the free market and the possible accounts of capitalism.....	17
B. The elements of free market .....	18
II. The implications of the free market elements on bankruptcy law .....	24
A. Wertfrei analysis of modern bankruptcy law .....	24
B. Protecting both creditors' and insolvents' rights in free market: a dilemma .....	26
Conclusion .....	29

## Introduction

**T**he property right is a key element to flourish the economy and prosper people's lives.<sup>1</sup> Humans need the proper implementation of this right because of the reasons like scarcity of goods and unavailability of free goods.<sup>2</sup> It is apparent that any action to abolish property rights has failed.<sup>3</sup> Hence, all the activities either aggression or cooperation in the market are encapsulated in the concept of property rights. In accordance with this concept, some activities such as expropriation,<sup>4</sup> price controls, competition rules, and bankruptcy law form the notion of aggression against property rights which are often enforced by government interference.<sup>5</sup> In this sense, governments usually try to implement a set of rules and institutions to engineer the market and even the time of a firm's vanishing based on their favors.

---

<sup>1</sup> For instance: "America's founders understood clearly that private property is the foundation not only of prosperity but of freedom itself". See Cato Handbook for Policymakers, 173 (8<sup>th</sup> ed. 2017).

<sup>2</sup> Hans Hermann Hoppe, *A Theory of Socialism and Capitalism*, 18 (2010).

<sup>3</sup> Karl Marx and his fellows strongly promote nationalization or socialization of the resources and means of production. They emphasize that this is the best alternative of capitalism which brings prosperity. See Leszek Kolakowski, *Main Currents of Marxism*, 416-420 (1978).

<sup>4</sup> This case can be seen in urban renewal and compulsory reassignment of property to developers which is against homeowners' property rights and the rationale of identity. See Gary Chartier, *Economic Justice and Natural Law*, 148 (2009). Also *Chiragov and Others v. Armenia* can clarify this angle. In this case, the European Court of Human Rights held that Azerbaijani refugees' right to property was invaded by Armenian government's discretion to not permit them to come back to their area. This action was in a stark contrast with the peoples' property rights and their attachments. For more information: See Valentina Azarova, *Chiragov and Others v. Armenia (Eur. Ct. H.R.)*, 54 *International Legal Materials* 961, 961 (2015).

<sup>5</sup> Murray N. Rothbard divides various types of aggression into a binary intervention and a triangular intervention. In a binary intervention, aggressor directly establishes a hegemonic relation with individuals (for instance taxation), while in a triangular intervention, aggressor compels individuals to make an exchange (for instance minimum wage). See Murray N. Rothbard, *Power and Market: Government and the Economy*, 13 (4<sup>th</sup> ed. 2006).

While bankruptcy<sup>6</sup> is an indispensable part of a free market, scholars are inclined to manage it through the external forces especially when a recession or crisis might appear.<sup>7</sup> There is no guarantee in place to secure merchants from the possibility of bankruptcy. “Decentralization, markets, profit, and loss tests, allowing inefficient firms to go bankrupt”.<sup>8</sup> That is why many communities have decided to frame bankruptcy in accordance with the communal norms and customs; therefore, bankruptcy law has a long history in the business.<sup>9</sup>

However, governments in line with regulating the competition have gradually extended their power to equilibrate bankruptcy at their own discretion and restrict property rights. In this case, they usually implement neoclassical views<sup>10</sup> to preserve market equilibrium and avoid any so-called market failure despite the fact that it could eventually expand the government’s size.<sup>11</sup> In this sense, bankruptcy is an abnormal status that needs to be regulated. For instance, President Hoover’s New Deal intended to amend the Federal Bankruptcy Law to purportedly prevent market failure while this law weakened the property rights of creditors.<sup>12</sup>

The aim of modern bankruptcy law<sup>13</sup> is correcting the old method of bankruptcy and proposing the notion of reorganization in order to decrease

<sup>6</sup> Bankruptcy is defined as “system of laws by which an insolvent debtor surrenders his property to a court which distributes the proceeds proportionately among his creditors and usually declares the debts discharged”. Reginald Parker, *Creditor Rights and Bankruptcy*, 19 (1951).

<sup>7</sup> It can be seen that there has been an ongoing interest to come into force some regulations regarding corporate rescue and rehabilitation. Jason Corbett, *Twelve Years to Sharpen one Sword, but Can It Cut? Does China’s New Bankruptcy Law Provide Adequate Protection for Foreign Creditors?*, 74 (2010). Some scholars believe that “a fresh start can also foster productivity growth via better incentives for entrepreneurship and experimentation by increasing firm entry”. Douglas J. Cumming, *Measuring the Effect of Bankruptcy Laws on Entrepreneurship across Countries*, 16 *Journal of Entrepreneurial Finance* (2012). Also, their past experience could shed light on their new business. B. Burchell, A. Hughes, *The Stigma of Failure: An International Comparison of Failure Tolerance and Second Chancing*, 334 *University of Cambridge Centre for Business Research Working Papers* (2006). It is interesting that most reorganization codes inspired by the U.S. Bankruptcy Code Chapter 11.

<sup>8</sup> Murray N. Rothbard, *Making Economic Sense*, 414 (2006).

<sup>9</sup> For a brief of the historical background of bankruptcy law: Lawrence White, *Bankruptcy as An Economic Intervention*, 1 *Journal of Libertarian Studies* 281, 281-282 (1977). Also its history in the 18<sup>th</sup> century of USA is accessible in Bruce Mann, *Republic of Debtors: Bankruptcy in the Age of American Independence* (2009).

<sup>10</sup> Neoclassical views include but not limited to public choice theory, theory of welfare, Coase theorem, and so on. The core of every neoclassical view is the rationality of players and the necessity of market equilibrium.

<sup>11</sup> “...more governments within a metropolitan area are preferred to fewer governments and interventions”. Thomas J. DiLorenzo, *Competition and Political Entrepreneurship: Austrian Insights into Public-Choice Theory*, 1 *The Review of Austrian Economics* 59, 60 (1988). Talking about public-choice theory is complementary to the research’s debates about natural and property rights. On this view, any authorities’ intervention in the market at least should be logically justifiable by this theory, unless otherwise it could undermine property rights of the individuals.

<sup>12</sup> Murray N. Rothbard, *America’s Great Depression*, 318 (2000).

<sup>13</sup> In this article, modern bankruptcy law refers to a set of rules that are seeking to restrict property rights of creditors, discharge of the debtor, and compel parties of bankruptcy to reorganizing the distressed firm.

social cost. In this sense, government intervention is a requirement to protect the debtor and prevent market failure.<sup>14</sup> Governments use various means such as subsidies,<sup>15</sup> tariffs,<sup>16</sup> empowering monopolistic behaviors, and so on to preserve the status quo and protect corporations. In addition, these kinds of activities have been supported by rent-seekers and distressed firms. It can be seen that “from the great crisis of 1929 onwards, a regulatory apparatus that supports and protects insolvent enterprises have been developed at various levels”.<sup>17</sup>

The current commercial code of Iran was enacted in 1969. With regard to the importance of a harmonized and internationalized commercial code, in 2006, the government provided a bill of commercial code and proposed it to the parliament.<sup>18</sup> Based on the bill, bankruptcy rules have been dramatically changed and reorganization is added to the process of liquidation of a bankrupt firm. In accordance with the current Commercial Code, the government does not have a main role to dictate how to liquidate or reorganize the bankrupt firm. However, this role prevails in the bill.<sup>19</sup>

This article begins by elaborating on the main elements of a free market; the elements can help people to preserve their own rights to their property and enable them to set their own goals from the beginning of a commercial relationship until the end of it in accordance with the indigenous forces of a market. In part II, the envisaged accounts of the free market are stipulated because every account would vary the available tools and the level of aggression against property rights being applied by the governments. Further, the elements of a free market are elaborated in order to draw the conceptual framework of the article. Part III makes it clear that by reliance on the free market requirements, it would be nonsense to seek external forces to maintain market equilibrium. Further, the creditors’ option to negotiate with the insolvent firm would be reinforced. I conclude that enacting the bill of

---

<sup>14</sup> “A situation in which the allocation of goods and services by a free market is not efficient, often leading to a net social welfare loss”. Daniel Tenreiro, *Bailouts Don’t Distort the Market — They Address Its Failures* (2020), <https://www.nationalreview.com/2020/03/bailouts-dont-distort-the-market-they-address-its-failures/> (last visited Nov. 3, 2020).

<sup>15</sup> “Subsidies consequently prolong the life of inefficient firms at the expense of efficient ones, distort the productive system, and hamper the mobility of factors from less to more value-productive locations”. Rothbard, *supra* note 5, 209.

<sup>16</sup> For instance, the government of Iran imposes high tariffs on imported cars and prohibits importation of some car models which has created a cartel in the car industry under the pressure of two main car manufacturers. For more information on car tariffs: *See* Financial Tribune, Iran: Imported Cars Unaffordable (2017), <https://financialtribune.com/articles/auto/78308/iran-imported-cars-unaffordable> (last visited Nov. 3, 2020).

<sup>17</sup> Valerio Tavormina, *Insolvency Regulations and Economic Recession: An Austro-Libertarian Point of View*, 5 *Beijing Law Review* 150, 150 (2014).

<sup>18</sup> Iran’s commercial code reform invites turmoil (2019), <https://www.al-monitor.com/pulse/originals/2019/11/reform-commercial-code-iran-deteriorate-business-environment.html> (last visited Nov. 11, 2020).

<sup>19</sup> For more information: *See* Ardeshir Atai, *Investor Protection in Iran: A Bankruptcy Approach*, *Bankruptcy Law Client Strategies in the Middle East and Africa*, (2011).



bankruptcy code will deteriorate the current situation of bankruptcy in Iran and open the door for additional government interference in the natural process of the market. Further, reorganization is a lengthy and costly process that creates bureaucratic organization and complicates the bankruptcy process.

## **I. Conceptual framework of the free market on the occasion of bankruptcy**

It could be considered that the free market is equivalent to capitalism and what we see in the developed countries is the ultimate version of the free market. However, there are at least three main accounts of capitalism<sup>20</sup> that one of them appears to be a free market.<sup>21</sup> It is necessary to recognize the main prerequisites of the free market i.e. non-aggression principle and individuals' market forces.<sup>22</sup>

### **A. The relationship between the free market and the possible accounts of capitalism**

Based on the abovementioned proposition, some scholars use the free market instead of capitalism.<sup>23</sup> The free market features property rights and voluntary exchanges of goods and services.<sup>24</sup> In a free market, we cannot expect large corporations because large corporations cannot promptly react to market changes or consumers' choices and it is not surprising to not envisage their survival in a free market.<sup>25</sup> Also, free competition and the least market barriers leave no option other than decentralization for large corporations. In this system, social hierarchy is implausible and naturally equalizes wealth.<sup>26</sup>

It is clear that pure capitalism (a free market system) is the cornerstone of free voluntary transactions and everything can be considered as a process. For

---

<sup>20</sup> The two other accounts of capitalism are

a) An economic system that maintains a relationship between big businesses and government. Hence, political elites and corporations have a meaningful exchange to benefit themselves and the role of quasi-governmental institutions in the market is highlighted.

b) An economic system that relies on the past and present intervention of government. In this sense, the government has a determinant role to define and enforce laws to regulate the market. *See* Gary Chartier, *Advocates of Freed Markets Should Embrace Anti-Capitalism* (2010), <https://c4ss.org/content/1738> (last visited Jul. 12, 2020).

<sup>21</sup> Hoppe, *supra* note 2, 29.

<sup>22</sup> Gary Chartier, *Flourishing Lives: Exploring Natural Law Liberalism*, 214 (2019).

<sup>23</sup> *See* Gary Chartier, Charles W. Johnson, *Markets Not Capitalism*, 59-82 (2011); Gary Chartier, *Advocates of Freed Markets Should Embrace Anti-Capitalism* (2010), <https://c4ss.org/content/1738> (last visited Jul. 12, 2020); Eric Hugo Weinhandl, *Capitalism and Free Markets. Two Sides of the Same Coin?* (2019).

<sup>24</sup> Gary Chartier, *Advocates of Freed Markets Should Embrace Anti-Capitalism* (2010), <https://c4ss.org/content/1738> (last visited Jul. 12, 2020).

<sup>25</sup> Large corporations depend on hierarchical structures and governmental aids such as subsidies, grants, and etc. (Chartier, *supra* note 4, 99). Large corporations are comparable to the central planning economy. *See* Kevin Carson, *Organization Theory a Libertarian Perspective*, 198 (2008).

<sup>26</sup> Chartier, Johnson, *supra* note 23, 20.

instance, the life of a firm is a process that can lead to merger or even bankruptcy due to a lack of productivity. Based on this standpoint, regulations enforced by the government can be regarded as governmental action to hamper the market.

In a free market, rationales such as non-aggression, collective action, and the least government interference can be useful to enhance the efficiency toward bankruptcy while the two other senses of capitalism are protected by the government without considering the social cost of its discretions. For instance, modern bankruptcy law has been imposed by the government in line with the benefits of big businesses to maintain their power in the market despite their inefficiencies and deteriorate competition, while the issue should be settled under the free market's requirements: "where there is no room for politics at all and all relations are exclusively contractual".<sup>27</sup>

## **B. The elements of free market**

A free market has its own elements that a given society ought to stick to them. Based on this order, any government interference can attenuate individuals' property rights even though many scholars believe in such interference especially at the time of the emergency situations.

### **1. Prohibition of aggression against property rights**

In a free market, businesses ought to enhance productivity in order to preserve their shares in the market. Without external supports such as government interference, businesses should strengthen their financial stability and change patterns based on the probable future changes. It helps them to avoid financial distress. For instance, in 2017, Unilever's shareholders were exposed to a big takeover by Kraft Heinz that was rejected by Unilever. However, it was a turning point for Unilever to concentrate on revising the company's operations in order to increase profitability and work on the efficiency of the business.<sup>28</sup> In this sense, the modern bankruptcy law aggresses against the property rights of the creditors by means of the compulsory discharging of debts.<sup>29</sup> As bankruptcy laws are not costless to implement and enforce, it is important how they are structured.<sup>30</sup> However, the question is whether this aggression decreases the transaction cost.

In this sense, some scholars distinguish between natural and artificial property rights<sup>31</sup> and emphasize that bankruptcy is an artificial limitation on

---

<sup>27</sup> Hoppe, *supra* note 2, 70.

<sup>28</sup> Chad Bray, Unilever to Sell Its Spreads Business and Restructure (2017), <https://www.nytimes.com/2017/04/06/business/dealbook/unilever-spreads.html> (last visited Nov. 8, 2020).

<sup>29</sup> Murray N. Rothbard, *The Ethics of Liberty*, 143-144 (1998).

<sup>30</sup> Susan Block-Lieb, *The Logic and Limits of Contract Bankruptcy*, 2 University of Illinois Law Review 503, 525 (2001).

<sup>31</sup> Elizabeth Anderson, *Ethical Assumptions in Economic Theory: Some Lessons from the History of Credit and Bankruptcy*, 7 Ethical Theory and Moral Practice 347, 358 (2004); Thomas

the natural property rights of creditors. Then, it is a matter of capitalism to disregard oppressive contractual relations and allow the insolvent firm to maintain its dignity. Anderson stipulates that capitalism requires artificial property rights:<sup>32</sup>

“When people enlist state power to escape oppressive contractual relations and reformulate the rules of private property in ways that better comport with their dignity, equality, and freedom,<sup>33</sup> such movements should be seen as realizing the promise of capitalism, not as violating its essence. To see this, we must step out of the formalism of economic theory and represent economic systems in terms of their import for substantive social relations of freedom and equality”.<sup>34</sup>

Although this account of bankruptcy law tries to protect the artificial right of a debtor, the creditor’s natural property right might be violated,<sup>35</sup> while even implementing modern bankruptcy law does not guarantee that the reorganization plan would successfully decrease the costs<sup>36</sup> while, a bankrupt industry would be sold, readily, for its plant and equipment to be used by productive private firms.<sup>37</sup> In a free market, contract based bankruptcy would be expected to reduce the cost and can be an efficient alternative to bankruptcy legislation.<sup>38</sup>

Hence, “the government should allow debtor and creditors to contract for the bankruptcy system that they see optimal”.<sup>39</sup> Further, the only optimal solution is to acknowledge creditors’ rights to either forgive debts or follow them, despite the fact that “reaching voluntary agreement is often impeded by the ability of creditors to take individual enforcement action”.<sup>40</sup> It means

Hodgskin, *The Natural and Artificial Right of Property Contrasted*, 147 (2008). Hodgskin emphasizes that artificial property rights are those acquired by government power.

<sup>32</sup> *Ibid.* 347.

<sup>33</sup> It does not mean that based on the libertarian point of view, dignity and freedom of a debtor are destructed. In this case, Spooner says that: “if, therefore, a debtor, at the time his debt becomes due, pays to the extent of his ability, and has been guilty of no fraud, fault, or neglect, during the time his debt had to run, he is thenceforth discharged from all legal obligation. If this principle were acknowledged, we should have no occasion, and no use, for insolvent or bankrupt laws”. Lysander Spooner, *A Letter to Scientists and Inventors, on the Science of Justice, and their Right of Perpetual Property in their Discoveries and Inventions*, 63 (1884); *See also* Carson, *supra* note 25, 399.

<sup>34</sup> *Supra* note 31, 359.

<sup>35</sup> Regis Noel, *A History of the Bankruptcy Clause of the Constitution of the United States of America, 187-191* (1920).

<sup>36</sup> “The rate of successful Chapter 11 reorganizations is depressingly low, sometimes estimated at 10% or less. The complex rules and requirements in Chapter 11 increase the costs to file the case and prosecute a plan to confirm far beyond other forms of bankruptcy”. Cathy Moran, *Chapter 11 Bankruptcy Explained*, <https://www.bankruptcyinbrief.com/chapter-11-bankruptcy-explained/> (last visited Jun. 13, 2020).

<sup>37</sup> Rothbard, *supra* note 8, 40.

<sup>38</sup> Block-Lieb, *supra* note 30, 505.

<sup>39</sup> Alan Schwartz, *A Contract Theory Approach to Business Bankruptcy*, 107 *The Yale Law Journal* 1807, 1850 (1998).

<sup>40</sup> UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law*, 29 (2005). In spite of this, it can be seen that “insolvency systems with greater creditor rights and efficient judicial systems encourage less risky behavior and more out-of-court settlements”. Stijn Claessens, Leorra Klapper, *Insolvency Laws*

that “each creditor may forgive only his own debt may only surrender his own property claims to the debtor”.<sup>41</sup> It seems that:

“The only force, function, or effect of a legal contract is to convey and bind the rights of property. A contract that conveys and binds no right of the property has no legal force, effect, or obligation whatever. Consequently, the natural obligation of a contract of debt binds the debtor’s property, and nothing more. That is, it gives the creditor a mortgage upon the debtor’s property, and nothing more”.<sup>42</sup>

## **2. Importance of collective action**

An efficient outcome of a bankruptcy procedure is the maximization of the total value for the debtors, creditors, and workers.<sup>43</sup> With a collective action, the agreement of debtor-creditor to determine the mechanism of payments, timing, etc. is facilitated. There is no external power to decide instead of them and both parties are aware of their property rights. For example, in accordance with the current Commercial Code of Iran, the possibility of a debtor-creditor’s agreement depends purely on the bargaining power and the incentives proposed by the debtor.<sup>44</sup> As far as the negotiation between a distressed firm and creditors is possible to reach an optimal choice, government interference is not rational. In line with this proposition, in the United States, “if the insolvent firm is willing to accept liquidation and all creditors agree, legal proceedings are not necessary.”<sup>45</sup> In addition, the pre-insolvency agreement is significant that “if the debtor makes certain investments and fails to have the property at the due date, they explicitly put a clause in the agreement that the future debts will be automatically forgiven; in short, the creditor grants the debtor the rights of a partial co-owner of the property”.<sup>46</sup> Post-insolvency agreement is significant as well. When debtor and creditors agree on a restructuring system to reorganize the distressed firm and commit the creditors to support a proposed plan,<sup>47</sup> there is no room for the external intervention of the government. Hence, rule of law should promote such innovations. In contrast, the new bill of Commercial Code stipulates that the plan of reorganization shall be approved by the board of inquiry, which is amazingly constituted by governmental experts and supervised by Reconstruction Organization.<sup>48</sup>

---

*Around the World- A Statistical Analysis and Rules for Their Design*, 1 CESifo DICE Report 9, 15 (2006).

<sup>41</sup> Rothbard, *supra* note 29, 145.

<sup>42</sup> Ludwig Von Mises, *Human Action*, 339 (1949).

<sup>43</sup> Oliver Hart, *Different Approaches to Bankruptcy*, HIER, NBER Working Paper Series, 3 (2000).

<sup>44</sup> Article 504 of current Commercial Code: “Failing a composition, the Liquidator shall immediately proceed with the closing of the accounts and the liquidation of the bankruptcy”.

<sup>45</sup> Donald M. DePamphilis, *Mergers, Acquisitions, and Other Restructuring Activities*, 609 (2014).

<sup>46</sup> Murray N. Rothbard, *Man, Economy, and State*, 180-181 (2009).

<sup>47</sup> David A. Skeel Jr., George Triantis, *Bankruptcy’s Uneasy Shift to a Contract Paradigm*, 166 *University of Pennsylvania L. Rev.* 1777, 1809 (1991).

<sup>48</sup> Article 909 of the new bill of Commercial Code.

Regardless of this, collective action refers to an undeniable force of the market, which is individuals. It can be seen that the Statement on the Purpose of a Corporation, CEOs of 181 big corporations around the world acknowledge that corporations are accountable toward communities and employees as well as shareholders.<sup>49</sup> It should be noted that in a free market, individuals are market forces. It means that “free markets put economic power into the hands of the people, and they call on us to build a self-regulating order by means of free choice and grassroots organization”.<sup>50</sup> Richman concedes that:

“When the marketplace is free and competitive (rather than constricted by the state to protect privileged interests), it is we collectively who decide who controls the means of production. We do not do this in the legal sense, for example, by literally expropriating the assets of some people and transferring them to others. Yet that is the effect of free competition and individual liberty”.<sup>51</sup>

The strong point of this angle is solving the problem of principal-agent that is in place and can complicate the situation of a firm during bankruptcy. This is important that managers of a firm seek for the benefits of a firm in particular on the occasion of financial distress. In spite of this, “managers of a firm have a personal interest in prolonging their reign and retaining the firm’s control for as long as possible and that they would use the modern bankruptcy law for this purpose if they have to”.<sup>52</sup> By contrast, workers are keen on business continuity in a profitable manner.<sup>53</sup> As an illustration, Behshahr Textile Enterprise was bankrupted due to old equipment, mismanagement, and accumulated debts to various creditors, particularly governmental organizations.<sup>54</sup> Further, enacting the “Protection of Reorganization and Reconstruction of Textile Industries Code”<sup>55</sup> in 2000 could not only solve the problem of the textile industry but also accelerate bankruptcy. Apart from this, let’s hypothesize that the new commercial code is in force: How could it be possible to reorganize the mentioned enterprise? It is a prima facie fact that the enterprise suffers from both internal and external issues. As a matter of

---

<sup>49</sup> Business Roundtable Redefines the Purpose of a Corporation to Promote An Economy That Serves All Americans (2019), <https://www.businessroundtable.org/business-roundtable-redefines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-that-serves-all-americans> (last visited Nov. 8, 2020).

<sup>50</sup> Chartier, Johnson, *supra* note 23, 394.

<sup>51</sup> Sheldon Richman, Free Market Socialism (2014), <https://reason.com/2014/11/16/free-market-socialism/> (last visited Jul. 8, 2020).

<sup>52</sup> Iraj Hashi, *The Economics of Bankruptcy, Reorganization, and Liquidation: Lessons for East European Transitional Economies*, 41 CASE Network Studies and Analyses, 16 (1995).

<sup>53</sup> *Ibid.* <https://www.bankruptcyinbrief.com/chapter-11-bankruptcy-explained/>

<sup>54</sup> The Bankruptcy Order of Behshahr Chit Factory (2006), <https://www.magiran.com/article/1292129> (last visited Nov. 8, 2020). Behshahr Chit Factory Owes 400 billion Rials (2013), <https://www.ilna.news/fa/tiny/news-102647> (last visited Jun. 15, 2020).

<sup>55</sup> Law on Support for Reconstruction and Renovation of Textile Industries, <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/93626> (last visited Jul. 8, 2020).

fact, the enterprise will not be profitable if it is not managed efficiently. It has been proved that the privatization and governmental bureaucracy cannot make it profitable. While it would be possible to implement the alternative that is the engagement<sup>56</sup> of workers in the process of negotiation with the creditors.<sup>57</sup>

### 3. *The least government intervention*

Government intervention in the market in most cases is against the normal process of transactions. In particular, the government has no moral right to intervene in the market, reallocate risks between debtor and creditors, and free the debtor from his debts. In this regard, bankruptcy law can be interpreted as “a system of interventional legislation which with the ability of individuals freely establish the terms of their transactions”.<sup>58</sup> The proponents of government interference believe that rescuing distressed firms is highly necessary if their failure causes market wide harm.<sup>59</sup> That is why modern bankruptcy laws have been activated and many countries praise the role of government to preserve market equilibrium. Mises stipulates that:

“In the eyes of all reformers such as Plato, the “body politic” could not operate without interference from the top. Intervention by the “king,” by the government, and by the police was necessary to obtain action and results”.<sup>60</sup>

Hence, the philosophy behind modern bankruptcy law is the entitlement of a firm to eliminate its debts. Apparently, without third-party interference (the government) the extra-contractual dissolution of debts is not possible. Then, in a free market, there is no room for the governments to deviate from the rule of law.<sup>61</sup> Further, it cannot be construed from the notion of bankruptcy that the government has to save distressed firms for the sake of the market. Bankruptcy means that healthier firms have an opportunity to conduct a merger<sup>62</sup> and distressed firms can sell their assets or revise plans to increase their profitability.<sup>63</sup> In other words, a merger can help the debtor and creditors to think about restructuring a distressed firm. In addition, “merger may increase the combined value of the target because the combined firm has insights into correcting managerial deficiencies and can use financial

---

<sup>56</sup> Chartier, *supra* note 4, 106-107.

<sup>57</sup> The current Commercial Code of Iran as well as the bill of Commercial Code has no provision to encourage the participation of workers in such a negotiation.

<sup>58</sup> White, *supra* note 9, 281.

<sup>59</sup> Robert K. Rasmussen, David A. Skeel Jr., *Governmental Intervention in an Economic Crisis*, U. of Pennsylvania Journal of Business Law 7, 16 (2016).

<sup>60</sup> Ludwig Von Mises, *The Free Market and Its Enemies: Pseudo-Science, Socialism, and Inflation*, 3 (2004).

<sup>61</sup> *Supra* note 8, 283.

<sup>62</sup> “Carefully selected distressed M&A opportunities could become a valuable corporate strategy alternative, especially during troubled economic times”. Joseph Calandro, *Distressed M&A and Corporate Strategy: Lessons from Marvel Entertainment Group's Bankruptcy*, 37 *Strategy & Leadership* 23, 23 (2009).

<sup>63</sup> Jeffrey A. Miron, *Bailout or Bankruptcy? A Libertarian Perspective on the Financial Crisis*, 29 *Cato Journal*, 9 (2009).

synergy.”<sup>64</sup> Delta and Northwest Airlines merger which indicates a successful plan to avoid bankruptcy.<sup>65</sup> “The merger will create a stable airline in a quite volatile market, can be considered in this regard the most expansive and impressive network worldwide.”<sup>66</sup> Governments are addicted to use protectionist methods such as restricting importation and imposing high tariffs to keep distressed firms alive. In case of failure, they put their endeavors to use the reorganization plan to revitalize inefficient firms. “The irony is that the government is stepping in to solve the problems it created”.<sup>67</sup> For instance, “in the case of the GM restructuring of 2009, GM focuses attention on gaming the rule-makers to gain an advantage. In return, the rule-makers get political patronage and discretionary power”.<sup>68</sup> In this scenario, the probable binding contracts between the debtor and the creditor are ruled out, while they could include the responsibility of debtor in the case of bankruptcy.<sup>69</sup> More broadly, during the 2008 financial crisis in the United States, the government decided to rescue the financial sector through government ownership. The government provided funds for the distressed financial agents by enacting the Emergency Economic Stabilization Act.<sup>70</sup> Although such an intervention has made them profitable,<sup>71</sup> it increases future moral hazards and risky activities because of the possible intervention of government on the occasion of crisis.<sup>72</sup>

Notwithstanding this, consumers’ right to choose would be deteriorated and the efficient allocation of resources has been ruled out. In a free market, such firms have only two options: a) to do nothing and go out of business, completing its entropic collapse; or, b) to move into a completely new-and more profitable-product line.<sup>73</sup> For instance, Crystal Oil Company which was bankrupted in 1986, reach an agreement out of court with the major creditors

---

<sup>64</sup> Clas Bergström, Theodore Eisenberg, Stefan Sundgren, and Martin T. Wells, *The Fate of Firms: Explaining Mergers and Bankruptcies*, 2 *Journal of Empirical Legal Studies* 49, 50 (2005).

<sup>65</sup> See Aviation Strategy, Delta/Northwest Merger: Now Looking More Promising, 131 *Aviation Strategy* 19 (2008).

<sup>66</sup> Jill Mogensen, A Strategic Analysis of the Delta Northwest Merger (2008). Available at: <https://dra.american.edu/islandora/object/0708capstones%3A64/datastream/PDF/view> (last visited Nov. 8, 2020).

<sup>67</sup> Henry Thompson, In Praise of Bankruptcy (2008), <https://mises.org/library/praise-bankruptcy> (last visited Oct. 26, 2020).

<sup>68</sup> Cameron M. Weber, *What Is Good for General Motors Is Bad for America: The 2009 Bailout through the Lens of Heskett’s Design Oriented Theory of Value*, 2 *She Ji: The Journal of Design, Economics, and Innovation* 183, 188 (2016).

<sup>69</sup> Lysander Spooner, Poverty: Its Illegal Causes and Legal Cure: Part First, 74 (1846).

<sup>70</sup> See <https://www.congress.gov/110/plaws/publ343/PLAW-110publ343.htm> (last visited Nov. 8, 2020).

<sup>71</sup> See Troy Brownfield, The 5 Biggest Bailouts Ever (2020), <https://www.saturdayeveningpost.com/2020/01/the-5-biggest-bailouts-ever/> (last visited Nov. 8, 2020).

<sup>72</sup> Miron, *supra* note 63, 9.

<sup>73</sup> Butler Shaffer, In Restraint of Trade: The Business Campaign Against Competition, 1918-1938, 40 (1997).

and restructures debts.<sup>74</sup> Also, in 2019, Sungard Availability Services negotiated to reduce its debt, while the control of the company will be transferred to a new group of creditors.<sup>75</sup> These cases indicate that in a free market, it is possible to prevent liquidation, while the debts would be settled in an efficient way.

However, in the presence of government and modern bankruptcy law, they can persuade the government to protect them and defer settlement of debts.

By considering the preferred account of capitalism, the role of voluntary exchanges prevail and property rights transform into the heart of any market decisions. Hence, any government action to restrict property rights by means of regulating bankruptcies can be taken into account as aggression and the notion of reorganization is used by the government to strengthen its role in the market and protect inefficient firms. It aims to restrict people's autonomy especially workers to reach an agreement without the involvement of authority.

## **II. The implications of the free market elements on bankruptcy law**

Reaching out the implications of the free market on bankruptcy law needs to have insight into the beneficiary of modern bankruptcy law. The question is why do legal systems intend to introduce a new approach toward bankruptcy called fresh start by focusing on the restricted freedom of negotiation? Further, the proposed solutions under the free market to balance between property rights and debtor-creditors' way forward are embraced.

### **A. Wertfrei analysis of modern bankruptcy law**

The assessment of any modern bankruptcy law should consider the costs and benefits of bankruptcy. Some scholars emphasize that implementing a reorganization plan leads to maintaining jobs, preventing the cost of the judiciary, and increasing the productivity of an insolvent firm.<sup>76</sup> In other words, the modern economy has invalidated the proposition that the liquidation can maximize debtor's assets; therefore, long-term economic benefits would be preserved by the reorganization process.<sup>77</sup> In accordance with the Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes, "providing for the efficient liquidation of both nonviable businesses and businesses whose liquidation is likely to produce a greater return to creditors

---

<sup>74</sup> Patrick A. Gaughan, *Mergers, Acquisitions, and Corporate Restructurings*, 462 (2007).

<sup>75</sup> ABF Journal, *Prepackaged Filing Are Flying Through Bankruptcy: Is That Really a Good Thing?* (2019), <https://www.abfjournal.com/articles/prepackaged-filings-are-flying-through-bankruptcy-is-that-really-a-good-thing/> (last visited Nov. 8, 2020).

<sup>76</sup> William Walter Brown, *Correspondence*, 4 *Journal of Economic Perspectives* 207, 210-211 (1990).

<sup>77</sup> UNCITRAL, *supra* note 40, 28.



and reorganization of viable businesses”<sup>78</sup> should be one of the requirements of modern insolvency laws. In fact, the government of Iran by considering the dynamism of the economy has proposed a new bill of commercial code to harmonize the procedure of bankruptcy with the globalized norms and protect insolvent firms through the privilege of compulsory reorganization.<sup>79</sup> It can be seen that many developed countries have enacted modern bankruptcy law to defer the bankruptcy of firms.<sup>80</sup> Hence, distressed firms have this opportunity to remain in the economic cycle and reorganize themselves by preserving the right of creditors to receive their debts through the future earnings of the firms. According to Iran’s bill of Commercial Code, reorganization is compulsory for an insolvent firm.<sup>81</sup> The insolvent firm must designate its plan of reorganization under the supervision of a creditors committee and submit it to the board of inquiry.<sup>82</sup> Besides, the commercial court is allowed to announce bankruptcy of a firm only after confirming the impossibility of reorganization.<sup>83</sup>

“The benefits of reorganization are increasingly accepted and many insolvency laws include provisions on formal reorganization proceedings”.<sup>84</sup> In fact, it can be said that the reallocation of assets in a productive way should be the ultimate goal of any modern bankruptcy law.<sup>85</sup> Hence, “efficient modern bankruptcy laws should, in principle, result in the exit of those firms whose resources could be deployed more effectively elsewhere. But, at the

---

<sup>78</sup> The World Bank Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes (2015), <https://www.worldbank.org/en/topic/financialsector/brief/the-world-bank-principles-for-effective-insolvency-and-creditor-rights> (last visited Nov. 3, 2020).

<sup>79</sup> Based on Doing Business studies, the current world rank of Iran in resolving insolvency is 133. <https://www.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/resolving-insolvency/reforms> (last visited Nov. 3, 2020).

<sup>80</sup> For instance “The United Kingdom has its Companies’ Voluntary Arrangement (CVA); France has the Procédure de Sauvegarde; Germany has included a copy in sections 217 of its Insolvency Ordinance (Planverfahren), and Italy also has a copy as do Spain and Greece. The Netherlands is said to be including a variation of it in its new long-awaited legislative act”. Christoph G. Paulus, *Competition Law versus Insolvency Law: When Legal Doctrines Clash*, 18 Unif. L. Rev. 65, 73 (2013).

<sup>81</sup> In the United States, “If the plan is not approved by all classes of creditors, an alternative procedure, called “cram-down”, maybe embarked on. Under “cram-down”, a modified version of the reorganization plan is approved by the Court and provisions are made for the ‘fair and equitable’ treatment of the dissenting classes of creditors under the Court’s supervision. This implies that, to accelerate economic recovery, it is decisive that creditors recover as soon as possible their financial means, which are instead stuck with the insolvent entrepreneur, and that the latter’s fixed assets are productively reinvested, insofar as possible”. Tavormina, *supra* note 17, 150.

<sup>82</sup> Article 842: “The merchant who has been subject to reorganization by the decision of the board of inquiry, must, within three months from the date of the Board’s announcement, prepare the reorganization plan with the supervision of creditors’ committee and submit to the Board for Inquiry and approval. This period is renewable once”.

<sup>83</sup> Article 939: “Bankruptcy order is only issued by commercial court following the issuance of document for impossibility of reorganization by the inquiry committee and is implemented temporarily”.

<sup>84</sup> UNCITRAL, *supra* note 40, 29.

<sup>85</sup> Paulus, *supra* note 80, 66.

same time, they should also prevent premature liquidation".<sup>86</sup> For instance, some scholars believe that chapter 11 reorganization of U.S. Bankruptcy Code "is an alternative to liquidation and it cannot only put more dollars in the pockets of the creditors but also can save more jobs and preserve local tax bases".<sup>87</sup>

Notwithstanding the so-called benefits of modern bankruptcy law, the contradiction between competition and bankruptcy is seen. Competition in a free market has of utmost importance. It helps to find productive ways of manufacturing and enhance the welfare of consumers. In between, the bankruptcy of firms is an inevitable externality of the market process and indicates that some firms could not productively use the means of production. Here, complying with the simple rules of a free market such as efficient allocations of resources is the prerequisite of success. Mises says:

"There the economic problem is to employ these factors in such a way that no unit of them should be used for the satisfaction of a less urgent need if this employment prevents the satisfaction of a more urgent need".<sup>88</sup>

## **B. Protecting both creditors' and insolvents' rights in free market: a dilemma**

One objection to a free market mechanism is that there is no institution such as the government to enact and enforce the laws. Without this, the transparency and enforceability of any rule of law include bankruptcy laws would be diminished and in such a chaotic environment, multiple bankruptcies would vitiate the resources and increase transaction costs. Hence, the government can efficiently intervene in the market to both protect the insolvent, but efficient firm and enforce the laws to direct the debts in a sense that no damage incurs to the market. Although enforcement of laws is vital to secure any given community, it is still possible to solve negative points of bankruptcy without government intervention. From this point, different solutions are introduced to prevent external interference:

### ***1. Toward a polycentric legal order***

The government is frequently keen on enacting monopolistic rules and force all the members of a given community to obey them. By contrast, polycentric law is a set of rules "arising from a variety of customs and private processes rather than law coercively imposed by a single state authority".<sup>89</sup> In a polycentric regime, individuals are free to not execute some rules in their deals.<sup>90</sup> In this case, Rothbard says:

---

<sup>86</sup> Hashi, *supra* note 51, 22.

<sup>87</sup> Elizabeth Warren, Jay Lawrence Westbrook, *The Success of Chapter 11: A Challenge to the Critics*, 107 Mich. L. Rev. 603, 612 (2009).

<sup>88</sup> Mises, *supra* note 42, 336.

<sup>89</sup> Tom Bell, *Polycentric Law in a New Century*, Policy Magazine, 34 (1999).

<sup>90</sup> Gary Chartier, *Enforcing The Law and Being A State*, 31 Law and Philosophy 99, 117 (2012).

“The law merchant, admiralty law, and much of the common law began to be developed by privately competitive judges, who were sought out by litigants for their expertise in understanding the legal areas involved”.<sup>91</sup>

In this sense, modern bankruptcy law is definitely beyond this definition and against the spontaneous order of the market. According to polycentric law, people are free to choose what sort of legal rules can be applied. Moreover, in this community, it is seldom that everybody would consent to defer insolvent’s payments in any case of insolvency by means of uniform bankruptcy law because such a mechanism is only possible through the government’s apparatus.<sup>92</sup>

The number of creditors can indeed complicate the case and decrease the probability of an agreement to defer the debts, but it is not a rational justification to unify bankruptcy law. For instance, it is always possible to find “an investor who would like to take a position in the company to use that position, to obtain control of the business. It is not unusual to see a pre-bankruptcy lender end up owning the company when it emerges from bankruptcy. The lender buys its stake looking to be involved in the company for the long haul”.<sup>93</sup> Also, lenders with a preexisting relationship with the distressed firm may be more willing to lead the negotiations on loan terms due to their greater familiarity with the firm’s management and financial balance.<sup>94</sup>

## **2. Non-coercive way of compensation**

Voluntary and peaceful exchanges constitute the cornerstone of a free market. In such an order, we can embrace individuals’ peaceful and voluntary cooperation.<sup>95</sup> In spite of this, it is presupposed that enforcement of law requires coercion; therefore, in a free market, it is impossible to implement legal rules because there is no governmental institution to guarantee enforcement of the law. The government provides legal protection and settlement such as police and judicial process to warrant contract enforcement. Otherwise, there is no binding contract.<sup>96</sup> If so, processes in a free market require the government monopoly to solve the problem of enforcement and authority; therefore, its existence depends on government’s apparatus. Obviously, such a phenomenon is in stark contrasts with the nature of a free market because the government attenuates peaceful and voluntary cooperation by its monopolistic order.<sup>97</sup> It can be said firmly that

---

<sup>91</sup> Murray N. Rothbard, *On Freedom and the Law*, New Individualist Review, 37-40 (Winter, 1962).

<sup>92</sup> *Supra* note 4, 102.

<sup>93</sup> Rasmussen, Skeel Jr., *supra* note 59, 35.

<sup>94</sup> Claire M. Rosenfeld, *The Effect of Banking Relationships on the Future of Financially Distressed Firms*, 25 Journal of Corporate Finance, 403 (2014).

<sup>95</sup> Gary Chartier, *Anarchy and Legal Order (Law and Politics For A Stateless Society)*, 165 (2013).

<sup>96</sup> Murray N. Rothbard, *Society without a State* (2006), <https://mises.org/library/society-without-state> (last visited Jun. 14, 2020).

<sup>97</sup> Chartier, *supra* note 95, 215.

there is no difference between such services (enforcement of the law and maintaining the order) and other services provided by the private sector. Hence, the private sector in a free market can provide such services and promote institutions to not only enforce the laws but also use coercion in rare situations. Here, legal institutions that rooted in a free market order and beyond the centralized nature of state institutions are vital to provide a consent-based legal order in accordance with the communal norms of a given society.<sup>98</sup>

These legal institutions may have no monopoly over the market and they are not seeking to justify their legitimacy because consumer choices are the ultimate signals of their efficiency and as far as the main purpose of laws in a free market and its legal institutions is to serve the common good of all,<sup>99</sup> enforcement of laws through the market forces is possible. As Rothbard says:

“On the free market, defense against violence would be a service like any other, obtainable from freely competitive private organizations”.<sup>100</sup>

Besides, the usage of force to implement the rule of law is still possible in a free market while condemning the monopoly of the government. Modern bankruptcy law is a legal device by which the state legally and economically intervenes to absolve insolvent debtors from their full financial obligations once the debtors have paid their debts to the limited extent that their assets allow.<sup>101</sup> Here, the notion of voluntary exchanges is undermined and governmental account of the situation trumps the contractual obligations and agreements.

The free market is not opposition to rules; it is opposition to the misinterpretation and lack of consistent approach to rule of law. It means that modern bankruptcy law cannot provide a fairer system for both creditors and debtors mainly because of the monopolistic nature of government and its solutions. For instance, the government’s approach to privatization of firms in Iran<sup>102</sup> has resulted in many failed cases in the market and government additional interference has dramatically increased, while the modern bankruptcy law would enable the government to preserve its power over the market and stay away from the elements of the free market.<sup>103</sup>

---

<sup>98</sup> Jonathan Crowe, *Natural Law and the Nature of Law*, 127 (2019).

<sup>99</sup> Veryl Victoria Miles, *Assessing Modern Bankruptcy Law: An Example of Justice*, 36 *Santa Clara Review*, 1054 (1996).

<sup>100</sup> Rothbard, *supra* note 5, 10.

<sup>101</sup> William H. Meckling, *Is Bankruptcy Law Bankrupt?* (1979), <https://www.libertarianism.org/publications/essays/is-bankruptcy-law-bankrupt> (last visited Oct. 28, 2020).

<sup>102</sup> Due to reduction of crude oil exportation stem from sanction re-imposition, Iran government seeks to secure its revenue through increased taxation and selling governmental assets. In addition to this, the government will continue the privatization policy. Al-monitor, *Analyzing Iran’s New State Budget* (2019), <https://www.al-monitor.com/pulse/originals/2019/12/iran-new-budget-rouhani-sanctions-economy.html> (last visited Oct. 28, 2020).

<sup>103</sup> Privatization of Qazvin Counter Manufacturing through a weak system and without clear rules resulted in unpaid workers and bankruptcy ex-post, while it was the sole manufacturer of counters in

## Conclusion

The article advances the impossibility of bankruptcy's separation from the market process. Hence, the government's intervention in the market and introducing the bureaucratic mechanism to prolong the process of insolvency cannot be a matter of efficiency. By enacting the bill, it seems that the role of creditors in the process of liquidation will be replaced by the bureaucratic procedure under the supervision of governmental experts. This mechanism does not only make the bankruptcy costly and timely but also decreases efficiency. It is a *prima facie* fact that external intervention in the market process will not accomplish its mission. In addition, enforcing the rule of law in a free market is possible through a polycentric legal order instead of a monopolistic governmental system of law.

Bankruptcy law should have transparent and plausible rules to increase the incentives of investors to invest in the firm. If bankruptcy law restricts the right of creditors, the level of investments will decrease dramatically. By contrast, in the current Commercial Code of Iran, an insolvent firm can reach an agreement with the creditors to stop the procedure of bankruptcy and continue its business in order to pay its debts in the future.<sup>104</sup> Although many scholars<sup>105</sup> believe that modern bankruptcy law has been enacted to solve the collective decision-making problem of creditors and it provides an opportunity to decrease the direct and indirect costs of liquidation, the article indicates that these hypotheses are not realistic.

The article acknowledges that while the current Commercial Code of Iran can be a cornerstone to attain an agreement between debtor and creditors, weakness of rule of law and government interference hinder people's resolution. In terms of modern bankruptcy law, we understand that creditors are prohibited to pursue their own interests after the commencement of the proceeding on an individual basis;<sup>106</sup> therefore, its convergence with the free

---

the middle-east ex-ante. Qazvin Counter Manufacturing Was not Spared from Privatization/Workers Gathered due to Overdue Payments (2009), <https://snn.ir/fa/news/789223> (last visited Oct. 28, 2020). Indeed, the government supports implicitly a discriptive reorganization plan to recompense its previous failures. Such as arbitrary privatization and on-time investments on technology or innovation.

<sup>104</sup> Article 480 of the current Commercial Code: "A composition or scheme of an arrangement must be agreed to by at least one-half of the creditors plus one, representing a minimum of three-quarters in value of the total amount of debts, verified and admitted, or admitted provisionally, in conformity with Treatise V of Chapter Six, otherwise it shall be annulled".

<sup>105</sup> See Nadine Levratto. *Bankruptcy: from Moral Order to Economic Efficiency*, Financial Institutions, Markets and Ethics: Mixed Approaches in the European Context Conference (2007); Warren, *supra* note 87; A. Schwartz, R. Scott, *Commercial Transactions: Principles and Policies*, 806-807 (1982) (advancing the prisoner's dilemma and finding some resemblance between the prisoner and debtor-creditor deadlock in decision-making). Douglas Baird, Thomas Jackson, *Cases, Problems and Materials on Bankruptcy* (1990). Thomas Jackson, *Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain*, *Yale Law Journal* 857, 907 (1982) (concentrating on collectivization as a means of cost reduction and agreement finalization).

<sup>106</sup> Rothbard, *supra* note 46, 73.

market is doubtful because in a free market there should be no government interference. The fundamental principle of the free market is the ignorance of any government intervention in human affairs. In such an atmosphere, our role as individuals and our rights to property are highlighted.

Çinarə Qasımova\*

## VƏFAT ETMİŞ ŞƏXSİN FƏRDİ MƏLUMATLARI QORUNURMU?

### **Annotasiya**

Texnologiyalar dövründə yaşadığımız üçün rəqəmsal cihazlar, sosial media, bulud bağlantısı həyatımızın ayrılmaz hissəsinə çevirilib. İnternet və sosial şəbəkələrdən istifadə genişləndikcə internet istifadəçiləri tərəfindən onlayn aləmdə getdikcə daha çox məlumat paylaşılır. Bu məqalədə şəxs vəfat etdikdən sonra şəxsin yaşadığı dövr ərzində müxtəlif vasitələrdə toplanılmış və saxlanmış fərdi məlumatlarından istifadə edilməsinin mümkünlüyü və belə məlumatlardan istifadə edilməsinin nəticələri Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyi çərçivəsində təhlil ediləcəkdir. Həmçinin "Fərdi Məlumatların Qorunması üzrə Ümumi Qaydalar"-da (The General Data Protection Regulation - GDPR) vəfat etmiş şəxsin fərdi məlumatlarının işlənilməsi ilə bağlı tənzimləmənin olub-olmaması da analiz ediləcək və fərdi məlumatların qorunması üzrə xarici praktikaya nəzər yetiriləcəkdir. Beləliklə, vəfat etmiş şəxsə münasibətdə müxtəlif ölkələrin fərdi məlumatların təhlükəsizliyi üzrə qanunvericilikləri təhlil edilməklə Azərbaycan Respublikasının fərdi məlumatların qorunması üzrə qanunvericiliyindəki boşluqlar və çatışmazlıqlar aşkar edilərək yerli qanunvericilikdə dəyişikliklər, təkmilləşdirmələr üçün bir sıra təkliflər irəli sürüləcəkdir.

### **Abstract**

Because we live in an age of technology, digital devices, social media, cloud connectivity have become an integral part of our lives. The more the Internet and social networks expand, the more information is being shared online by Internet users. This article will analyze the possibility of using a dead person's personal data collected and stored during his/her lifetime and the consequences of using such information after the death within the framework of the legislation of the Republic of Azerbaijan. In addition, the General Data Protection Regulation (GDPR) will be examined whether there is a regulation on the processing of personal data of the deceased, and foreign practice for the protection of personal data will be considered. Thus, by interpreting the personal data security legislation of different countries concerning to the deceased, gaps and shortcomings in the legislation of the Republic of Azerbaijan on personal data protection will be identified and a number of proposals will be made for changes and improvements in local legislation.

## MÜNDƏRİCAT

Giriş.....	32
I. Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyi çərçivəsində vəfat etmiş şəxsin fərdi məlumatlarının işlənilməsi.....	33
II. Fərdi məlumatlar haqqında qanunvericiliyin pozulmasının nəticəsi .....	35

\* Bakı Dövlət Universiteti, LL.B, 2018.

III. "Fərdi Məlumatların Qorunması üzrə Ümumi Qaydalar"-da (The General Data Protection Regulation) və dünya praktikasında vəfat etmiş şəxsin fərdi məlumatlarının qorunması ilə bağlı qaydalar.....	37
IV. Şəxsin vəfatından sonra onun fərdi məlumatlarının qorunması yolları və vasitələri.....	45
Nəticə.....	46

## Giriş

**H**azırda istər şəxsi, istərsə də iş həyatımızı internetsiz, internetə çıxışı olmayan cihazsız təsəvvür etmək mümkün deyil. Şübhəsiz ki, bütün bunlar həyatımızı müəyyən mənada asanlaşdırır, ailəmlə, yaxınlarımızla davamlı əlaqədə olmaq üçün imkan yaradır, iş həyatımızda isə məlumat mübadiləsinə elektron poçtlar vasitəsilə həyata keçirmək onu daha sistemli və sürətli hala gətirir. Bütün bunlar rəqəmsal aləmdə məlumat mübadiləsi ilə mümkün olur, belə ki, biz müxtəlif vasitələrə müəyyən fərdi məlumatlarımızı daxil edirik, başqasına ötürürük və bu məlumatlar həmin vasitələrdə toplanılır və saxlanılır. Sağ ikən müxtəlif vasitələrdə, məsələn telefon, noutbuk və ya kompüter, elektron poçt ünvanlarında və ya bu kimi digər vasitələrdə toplanmış şəkillərin, videoların, yazışmaların və müxtəlif digər fərdi məlumatlarımızın təhlükəsizliyini özümüz müəyyən mənada təmin edə bilirik. Vəfat etdikdən sonra isə toplanmış məlumatların istifadə olunması, qorunması ilə bağlı problemlər yaranır. Texnologiyanın sürətli inkişafını və internet üzərindən məlumatların mübadiləsinin intensivləşdiyini nəzərə alsaq, fərdi məlumatlarımızın təhlükəsizliyini təmin etməyimiz hər gün daha da çətinləşir. Hüquq sistemi də, fərdi məlumatların qorunması üzrə olan qanunvericilik bazası da bir çox məqamda belə sürətli dəyişikliklərlə ayaqlaşma bilmir. Buna görə də qanunvericiliyi davamlı olaraq dəyişdirmək, təkmilləşdirmək zərurəti yaranır.

Məqalənin əhatə dairəsinə uyğun olaraq şəxsin fərdi məlumatlarının qorunmasının əsas hüquqi bazasını "Fərdi məlumatlar haqqında" Azərbaycan Respublikasının Qanunu təşkil edir. İlk olaraq qanundakı "fərdi məlumat"-lara verilmiş anlayışı nəzərdən keçirək. *Fərdi məlumatlar* dedikdə "şəxsin kimliyini birbaşa və ya dolayısı ilə müəyyənləşdirməyə imkan verən istənilən məlumat" nəzərdə tutulur.<sup>1</sup> Belə "məlumatların informasiya sistemi və ya ehtiyatı üzərində tam sahiblik, istifadə, sərəncamvermə hüququnu həyata keçirən, fərdi məlumatların işlənməsi məqsədini müəyyən edən dövlət və ya yerli özünüidarə orqanı, hüquqi və ya fiziki şəxs" *fərdi məlumatların mülkiyyətçisi* hesab edilir.<sup>2</sup> Fərdi məlumatların mülkiyyətçisi öz fərdi məlumatlarından özünün müəyyən etdiyi qaydada və həcmdə istifadə

<sup>1</sup> "Fərdi məlumatlar haqqında" Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 2.1.1 (2010).

<sup>2</sup> Yenə orada, mad. 2.1.9.



edilməsi üçün dövlət və ya yerli özünüidarə orqanı, hüquqi və ya fiziki şəxsə istifadə hüququ verə bilər.<sup>3</sup>

Qeyd etmək lazımdır ki, "Fərdi məlumatlar haqqında" Azərbaycan Respublikasının Qanununda şəxsin vəfatından sonra onun rəqəmsal aləmdə, müxtəlif vasitələrdə toplanmış fərdi məlumatlarının qorunması üzrə müəyyən bir **hüquqi tənzipləmə yoxdur**. Bu isə öz növbəsində şəxsin vəfatından sonra müxtəlif vasitələrdə şəxs barəsində olan toplanmış məlumatların onun yaxınları, vərəsələri tərəfindən əldə edilməsi və istifadə edilməsi ilə bağlı mübahisəli məqamların yaranmasına səbəb olur.

Bu məqalədə şəxsin fərdi məlumatlarının qorunması və işlənməsi ilə bağlı Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyinin və müvafiq qanunvericiliyin vəfat etmiş şəxsə münasibətdə tətbiq edilməsinin mümkünlüyünün, həmçinin şəxsin fərdi məlumatlarının qorunması və işlənməsi ilə bağlı tənzipləmələri həyata keçirən sənədlərdən biri və ən vacibi qismində çıxış edən Avropa İttifaqının (Aİ) "Fərdi Məlumatlarının Qorunması üzrə Ümumi Qaydalar"-ının (*The General Data Protection Regulation - GDPR*) və müxtəlif dövlətlərin qanunvericiliyi çərçivəsində tənzipləmələrin araşdırılması və bu sahədə boşluqların aşkarlanması nəzərdə tutulmuşdur.

## I. Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyi çərçivəsində vəfat etmiş şəxsin fərdi məlumatlarının işlənməsi

*Fərdi məlumatların işlənməsi* dedikdə "fərdi məlumatlar üzərində aparılan əməliyyatlar (fərdi məlumatların yazılması, sistemləşdirilməsi, təzələnməsi, dəyişdirilməsi, çıxarılması, adsızlaşdırılması, saxlanması, ötürülməsi, məhv edilməsi)" nəzərdə tutulur.<sup>4</sup> Fərdi məlumatlar haqqında yerli qanunvericiliyə görə, "vəfat etmiş şəxslər barəsində fərdi məlumatların işlənməsinə subyektin sağlığında qadağan qoyulmamışdırsa, həmin məlumatlar qanunvericiliklə müəyyən olunmuş hallarda işlənilə bilər".<sup>5</sup> Buradan aydın olur ki, vəfat etmiş şəxsin fərdi məlumatlarından istifadə edilməməsi üçün şəxs tərəfindən sağlığında belə məlumatların istifadə edilməsinə qadağa qoyulmalıdır. Bundan başqa, burada qeyd olunan vəfat etmiş şəxsin fərdi məlumatlarının işlənilə bilməsi halları qanunvericilikdə konkret olaraq müəyyən olunmamışdır, bu isə məsələnin hüquqi aspektdən qiymətləndirilməsini çətinləşdirir. Həmçinin subyekt vəfat etdikdə və ya Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyi ilə müəyyən olunmuş qaydada ölmüş elan edildikdə "Fərdi məlumatlar haqqında" Azərbaycan Respublikası

<sup>3</sup> Yəni orada, mad. 2.1.11.

<sup>4</sup> Yəni orada, mad. 2.1.8.

<sup>5</sup> Yəni orada, mad. 8.4.

qanunvericiliyi ilə subyektin özü barəsində *fərdi məlumatların toplanılmasına və işlənilməsinə razılıq* onun *vərəsələri* tərəfindən verilir.<sup>6</sup>

Buradan belə nəticəyə gələ bilər ki, vəfat etmiş şəxsin fərdi məlumatlarından istifadə edilməsi ilə bağlı razılığı verən vəərəsə həmin fərdi məlumatlardan istifadə edə bilər. Çünki artıq qeyd edildiyi kimi fərdi məlumatlardan istifadə ilə bağlı razılıq şəxsin özü tərəfindən verilir. Vəfat etmiş şəxsə münasibətdə belə razılığı onun vəərəsəsi verir və vəərəsə dolayı yolla vəfat etmiş şəxsin fərdi məlumatlarının “mülkiyyətçi”-sinə çevrilir. Həmçinin Azərbaycan Respublikasının mülki qanunvericiliyinə görə, “ölmüş şəxsin (miras qoyanın) əmlakı başqa şəxslərə (vərəsələrə) qanun üzrə və ya vəsiyyət üzrə və ya hər iki əsasla keçə bilər”.<sup>7</sup> Belə ki, şəxsin fərdi məlumatlarının toplandığı vasitələr, məsələn telefonu onun əmlakı sayılır və bu kimi əmlakın şəxsin vəərəsəsinə keçdiyi halda həmin əmlakın içərisindəki məlumatların təhlükəsizliyinin necə tənzimlənməyi qanunvericilikdə təsbit olunmamışdır.

Həmçinin qeyd edək ki, fərdi məlumatların işlənilməsi üçün razılıq alındığı haqqında sübut fərdi məlumatın *mülkiyyətçisi* və ya *operatoru* tərəfindən təqdim edilməlidir.<sup>8</sup> *Fərdi məlumatların operatoru* isə “fərdi məlumatların toplanılmasını, işlənilməsini və mühafizəsini həyata keçirən fərdi məlumatların mülkiyyətçisi və ya onun bu funksiyaları müəyyən həcmdə və şərtlərlə həvalə etdiyi dövlət və ya yerli özünüidarə orqanı, hüquqi və ya fiziki şəxsdir”.<sup>9</sup>

Beləliklə, qeyd olunanları belə ümumiləşdirmək mümkündür ki, şəxs sağ ikən məlumatlarının istifadə edilməsinə qadağa qoya bilər və ya bu cür məlumatların işlənilməsini özünün müəyyən etdiyi şəxsə vəsiyyət edə bilər. Belə qadağa və vəsiyyət olmadığı halda şəxsin vəərəsələri tərəfindən şəxsin fərdi məlumatlarından istifadə edilməsi və başqasının da istifadə etməsinə razılıq verilməsi mümkündür. Bundan əlavə, “İnformasiya əldə etmək haqqında” Azərbaycan Respublikası qanununa görə, fərdi məlumatların əldə olunmasına qoyulan məhdudiyyət “şəxsin vəfatından sonra 30 il müddətində” qüvvədədir.<sup>10</sup> Şəxsin vəfat etməsindən 30 il sonra isə belə məlumatların işlənilməsi üzərində məhdudiyyət, ümumiyyətlə, aradan qalxır. Başqa sözlə desək, şəxs vəfat etdikdən sonra onun məlumatları 30 il müddətində müəyyən mənada qorunur.

<sup>6</sup> Yenə orada, mad. 8.3.

<sup>7</sup> Azərbaycan Respublikasının Mülki Məcəlləsi, mad. 1133.1 (1999).

<sup>8</sup> Yuxarıda istinad 1, mad. 8.4.

<sup>9</sup> Yenə orada, 2.1.10.

<sup>10</sup> “İnformasiya əldə etmək haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 40.2 (2005).

## II. Fərdi məlumatlar haqqında qanunvericiliyin pozulmasının nəticəsi

Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyində vəfat etmiş şəxsin müxtəlif rəqəmsal vasitələrdə toplanmış və saxlanılmış məlumatlarının, rəqəmsal “əmlak”-ının əldə edilməsi, belə məlumatların işlənilməsi ilə bağlı konkret tənzimləmə olmadığını nəzərə alsaq, qeyd edə bilərik ki, şəxs vəfat etdikdən sonra onun vərəsələri tərəfindən şəxsin rəqəmsal cihazlarına daxil olunması və şəxsin fərdi məlumatının əldə edilməsi mümkündür. Bununla belə, vurğulamaq lazımdır ki, yerli qanunvericilik şəxsin fərdi məlumatlarının qorunması üzrə müəyyən təminat verir. Belə ki, “bütün fiziki və hüquqi şəxslər özlərinin qanunla qorunan hüquq və azadlıqlarını, eləcə də maraqlarını qorumaq və təmin etmək məqsədi ilə qanunla müəyyən edilmiş qaydada məhkəmə müdafiəsindən istifadə etmək hüququna malikdirlər”.<sup>11</sup> Odur ki, şəxs vəfat etdikdən sonra açıqlanan, açıqlana biləcək məlumatlarla bağlı marağı olan şəxs öz marağını qorumaq və təmin etmək hüququna malikdir və bu hüququnun təmin edilməsi üçün müvafiq qaydada məhkəməyə müraciət edə bilər. Həmçinin vəfat etmiş şəxsin vərəsələri vəfat etmiş şəxsin fərdi məlumatlarından başqasının istifadə etdiyi halda, vəfat etmiş şəxsin hüquqlarının təminatçısı qismində çıxış edərək müvafiq qaydada məhkəməyə müraciət edə bilərlər.

Vəfat etmiş şəxsin ailə üzvlərinin həmin şəxs barəsində qərar verməklə bağlı iqtisadi maraqları ilə yanaşı, şəxsin adını və nüfuzunu vicdanlı şəkildə qorumağı ehtiva edən psixoloji və emosional maraqları da var.<sup>12</sup> Məsələn Marlen Ditrix (Marlene Dietrich)<sup>13</sup> işində məhkəmə tərəfindən vəfat etmiş şəxsin həm qeyri-kommersiya (ləyaqət, məxfilik), həm də iqtisadi maraqlarının (ad, səs və ya rəsm maddi mənfəət üçün istifadə edilməsi) qorunmasının vacibliyi müəyyən edilmişdir.<sup>14</sup> Belə ki, 6 may 1992-ci ildə vəfat edən aktrisa Marlen Ditrixin yeganə övladı və varisi<sup>15</sup> reklam məqsədilə aktrisanın adından, rəsmindən, imzasından istifadə edilməsini mübahisələndirir, belə istifadənin anasının şəxsi hüquqlarının pozulması kimi qiymətləndirir və zərərin əvəzinin ödənilməsini tələb edir.<sup>16</sup> Cavabdeh isə iddiaya etiraz edərək, aktrisanın qeyd edilən məlumatlarından istifadənin musiqi üçün reklam tədbirləri ilə əlaqəsini vurğulayaraq bunun “bədi azadlıq” hesab edildiyini, Marlen Ditrixin şəxsi hüquqlarının pozulmadığını əsas gətirmişdir.<sup>17</sup> Bundan əlavə, cavabdeh şəxsin vəfatından sonra onun şəxsi

<sup>11</sup> Azərbaycan Respublikasının Mülki Prosessual Məcəlləsi, mad. 4.1 (1999).

<sup>12</sup> Andrew Gilden, *The Social Afterlife*, 33 Harvard Journal of Law & Technology 329, 347 (2020).

<sup>13</sup> Marlene Dietrich Case BGH 1 ZR 49/97 (1999).

<sup>14</sup> Edina Harbinja, *Does the EU Data Protection Regime Protect Post-Mortem Privacy and What Could Be The Potential Alternatives?*, 10 A Journal of Law, Technology & Society (2013).

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 1. 12. 1999 – I ZR 49/97 – Marlene Dietrich; Kammergericht; LG Berlin, para. 8 (1999).

<sup>16</sup> Yenə orada, para. 11.

<sup>17</sup> Yuxarıda istinad 13, hissə 2, bənd “c”.

hüquqlarının pozulmasının maddi maraqlar üzrə zərərin ödənilməsinin tələb edilməsinə dair hər hansı iddia üçün əsas olmamasını, bu hüquqların ancaq qeyri-maddi maraqları qoruduğunu qeyd etmişdir.<sup>18</sup>

Məhkəmə isə Marlen Ditrixin rəsmindən birbaşa ictimaiyyətin diqqətini musiqiyə cəlb etmək üçün bir vasitə kimi istifadə edilmədiyinə,<sup>19</sup> onunla birlikdə təqdim olunan məhsulların satışını təşviq etmək üçün<sup>20</sup> vərəsəsinin razılığı olmadan reklam məqsədləri üçün istifadə edildiyinə<sup>21</sup> əsaslanmışdır. Qərar da həmçinin deyilir ki, “şəxsi hüququn maddi dəyəri olan komponentləri şəxsi hüquq sahibinin ölümündən sonra qeyri-maddi maraqlar qorunub saxlanıldığı müddətdə mövcud olmağa davam edir. Müvafiq səlahiyyətlər şəxsi hüquq sahibinin vərəsəsinə keçir və vəfat etmiş şəxsin açıq və ya ehtimal olunan iradəsinə uyğun olaraq onun tərəfindən həyata keçirilə bilər”.<sup>22</sup>

Beləliklə, məhkəmə vəfat etmiş şəxsin şəxsi hüquqlarının pozuntusunu tanımış və zərərin əvəzinin ödənilməsi üzrə qərar qəbul etmişdir.<sup>23</sup> Zərərin məbləği isə iddiaçı tərəfindən qeyd olunan formalarda: i) faktiki olaraq və ya ii) tərəflər arasında lisenziya müqaviləsi bağlanmış olsaydı, belə istifadənin nəticəsində cavabdehin qazanmış olacağı və ya bundan sonra qazanacağı məbləğə uyğun və ya iii) cavabdehin istifadədən əldə etdiyi qazanc məbləğində tələb edə bilər.<sup>24</sup> Qərar da həmçinin zərərin hesablanmasının ən əlverişli yolunu seçmək və ziyanı hesablamaq üçün iddiaçının tələb olunan məlumatları cavabdehdən almaq hüququna malik olduğu da müəyyən edilmişdir.<sup>25</sup>

Bundan əlavə, Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyində “*fərdi məlumatların mülkiyyətçisi* və ya *operatoru* tərəfindən fərdi məlumatların mühafizəsinin təmin olunmamasına, “Fərdi məlumatlar haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanunu ilə tələb olunduğu hallarda və müddətlərdə fərdi məlumatların məhv edilməməsinə, yaxud fərdi məlumatların toplanılmasının, işlənilməsinin və ya verilməsinin dayandırılmamasına görə *üç yüz manatdan beş yüz manatadək* məbləğdə cərimə” edildiyi təsbit olunmuşdur.<sup>26</sup> Bu sanksiyanın tətbiq olunması mexanizminə gəldikdə isə, “Fərdi məlumatlar haqqında” Azərbaycan Respublikası qanununa görə, “fərdi məlumatların toplanılması, işlənilməsi və mühafizəsi sahəsində qanunvericiliyin tələblərini pozmuş şəxslərin müəyyən olunmuş qaydada məsuliyyətə cəlb edilməsi üçün *müvafiq icra*

<sup>18</sup> Yəni orada.

<sup>19</sup> Yəni orada, bənd “cc”, abzas 3.

<sup>20</sup> Yəni orada, bənd “cc”, abzas 2.

<sup>21</sup> Yuxarıda istinad 17.

<sup>22</sup> Yuxarıda istinad 13, bənd “b”.

<sup>23</sup> Yəni orada, hissə 3, bənd “d”.

<sup>24</sup> Yəni orada.

<sup>25</sup> Yəni orada.

<sup>26</sup> Azərbaycan Respublikasının İnzibati Xətalər Məcəlləsi, mad. 375.0.2 (2015).

*hakimiyyəti orqanı tərəfindən zəruri hesab olunan tədbirlər görülmə bilər*".<sup>27</sup> Burada müvafiq icra hakimiyyəti orqanı dedikdə isə "öz səlahiyyətləri çərçivəsində Azərbaycan Respublikası-nın Nəqliyyat, Rabitə və Yüksək Texnologiyalar Nazirliyi, Azərbaycan Respublikasının Daxili İşlər Nazirliyi, Azərbaycan Respublikasının Ədliyyə Nazirliyi, Azərbaycan Respublikasının Dövlət Təhlükəsizliyi Xidməti və Azərbaycan Respublikasının Xüsusi Dövlət Mühafizə Xidməti" nəzərdə tutulur.<sup>28</sup>

Beləliklə, məsələnin mahiyyətindən asılı olaraq vəfat etmiş şəxsin vərəsələri və ya bunda qanuni marağı olan şəxslər şəxsin fərdi məlumatlarının işlənməsi ilə bağlı həm vəfat etmiş şəxsin, həm də özlərinin qanuni maraqlarını qoruya bilərlər. Lakin mövcud qanunvericiliyə əsaslanaraq, öz fərdi məlumatlarının təhlükəsizliyinin qayğısına qalan şəxsin hələ sağ ikən vəfatından sonra belə məlumatlarının taleyinin necə olmasını müəyyənləşdirməsi daha məqsədəuyğun olacaqdır.

### **III. "Fərdi Məlumatların Qorunması üzrə Ümumi Qaydalar"-da (The General Data Protection Regulation) və dünya praktikasında vəfat etmiş şəxsin fərdi məlumatlarının qorunması ilə bağlı qaydalar**

Bu hissədə Aİ-nin "Fərdi Məlumatlarının Qorunması üzrə Ümumi Qaydalar"-ında (The General Data Protection Regulation - GDPR), eyni zamanda Aİ-ə bəzi üzv və qeyri-üzv dövlətlərin yerli qanunvericiliyində şəxsin fərdi məlumatlarının qorunması və bu cür qaydaların şəxsin vəfatından sonra da ona tətbiq olunub-olunmaması, ümumilikdə isə vəfat etmiş şəxsin fərdi məlumatlarının qorunması ilə bağlı tətbiq etdiyi qaydalar, tənzimləmələrdən bəhs ediləcək.

**GDPR (Avropa İttifaqı):** Texnologiyanın gündəlik həyatımıza təsiri Aİ-nin məlumatların qorunması qaydalarına yenidən baxılmasını zəruri etdi.<sup>29</sup> Belə ki, 2011-ci ildə "Google" istifadəçisi şirkətin onun elektron poçt ünvanındakı məlumatlarının nəzərdən keçirməsi iddiası ilə məhkəməyə müraciət etmişdir.<sup>30</sup> Bundan iki ay sonra Avropanın məlumatların qorunması orqanı tərəfindən Aİ-nin "fərdi məlumatların qorunmasına hərtərəfli yanaşma"-ya ehtiyac duyduğunu elan edildi və 1995-ci il direktivinin yenilənməsi işinə başlandı.<sup>31</sup> Beləliklə, 2016-cı ildə Aİ son illərdəki ən böyük uğurlarından biri

<sup>27</sup> Yuxarıda istinad 1, mad. 17.2.4.

<sup>28</sup> "Fərdi məlumatlar haqqında" Azərbaycan Respublikasının Qanununun icrasının təmin edilməsi barədə Azərbaycan Respublikası Prezidentinin Fərmanı, mad. 3.2 (2010).

<sup>29</sup> The History of the General Data Protection Regulation, burada bax: [https://edps.europa.eu/data-protection/data-protection/legislation/history-general-data-protection-regulation\\_en](https://edps.europa.eu/data-protection/data-protection/legislation/history-general-data-protection-regulation_en) (son baxış 8 Dekabr, 2020).

<sup>30</sup> What is GDPR, the EU's New Data Protection Law?, burada bax: <https://gdpr.eu/what-is-gdpr/> (son baxış 17 Dekabr, 2020).

<sup>31</sup> Yəni orada.

olan və internetin başlanğıc dövründə qəbul edilmiş 1995-ci il tarixli “Məlumat Qoruma Direktivini”-ni (the 1995 Data Protection Directive) əvəz edən “Fərdi Məlumatların Qorunması üzrə Ümumi Qaydalar”-ını (GDPR) qəbul etdi.<sup>32</sup> GDPR dünyada ən sərt məxfilik və təhlükəsizlik qanunudur.<sup>33</sup> Aİ tərəfindən hazırlanmasına və qəbul olunmasına baxmayaraq, Aİ vətəndaşları ilə əlaqəli məlumatları hədəf aldıkları və ya topladıkları təqdirdə, GDPR istənilən yerdə təşkilatlar üzərinə öhdəliklər qoya bilər.<sup>34</sup> Qanun 25 may 2018-ci il tarixində qüvvəyə minmişdir.<sup>35</sup>

GDPR fərdi məlumatların qorunması ilə bağlı mövcud hüquqları gücləndirir, yeni hüquqlar təmin edir və vətəndaşlara şəxsi məlumatlarına daha çox nəzarət etmək imkanı verir. GDPR-ın üstünlüklərinə aşağıdakıları aid edə bilərik:<sup>36</sup>

- məlumatlara daha asan giriş<sup>37</sup> - fərdi məlumatların necə işləndiyi barədə daha çox məlumat vermək və məlumatların aydın və anlaşılın bir şəkildə mövcud olmasını təmin etmək;

- məlumatların daşınması<sup>38</sup> - xidmət təminatçıları arasında fərdi məlumatların ötürülməsini asanlaşdırmaq;

- daha dəqiq silmək hüququ (“unudulmaq hüququ” (right to be forgotten))<sup>39</sup> - şəxs artıq məlumatlarının işlənməsini istəmədikdə və onu saxlamaq üçün qanuni bir səbəb olmadıqda məlumatları silmək;

- fərdi məlumatlara üçüncü şəxslərin qeyri-qanuni yolla daxil olmasını bilmək hüququ<sup>40</sup> - şirkətlər və təşkilatlar tərəfindən şəxslərə məlumatların ciddi pozuntusu baş verdiyi halda, bu barədə şəxslərə məlumat vermək;

- həmçinin müvafiq məlumatların qorunmasına nəzarət edən orqanı xəbərdar etmək.

Bundan başqa, GDPR-ın pozuntusuna görə yüksək məbləğdə cərimələr müəyyən edilmişdir.<sup>41</sup> Cərimələrin məbləği 20 milyon avroya və ya əvvəlki maliyyə ili üzrə illik dünya dövriyyəsinin 4%-lik həcmi qədər müəyyən edilmişdir.<sup>42</sup> Müəyyən edilmiş cərimələrin məbləğinin çox olması da öz növbəsində Qanunun tələblərinin qorunmasının təsir gücünün artmasında rola malikdir.

<sup>32</sup> Yuxarıda istinad 29.

<sup>33</sup> Yuxarıda istinad 30.

<sup>34</sup> Yenə orada.

<sup>35</sup> Yenə orada.

<sup>36</sup> Protection of personal data (2018).

<sup>37</sup> The General Data Protection Regulation, bölmə 2, mad. 13 (2018).

<sup>38</sup> Yenə orada, mad. 20.

<sup>39</sup> Yenə orada, mad. 17.

<sup>40</sup> Yenə orada, mad. 33.5 və 40.2 (i).

<sup>41</sup> Yuxarıda istinad 30.

<sup>42</sup> Yuxarıda istinad 37, mad. 83.4 və 83.5.

Qeyd edək ki, GDPR **vəfat etmiş şəxslərin fərdi məlumatlarına şamil edilmir**.<sup>43</sup> Belə ki, Aİ-yə üzv dövlətlərin vətəndaşlarının fərdi məlumatlarının qorunmasına yönəlmiş Qanun yalnız sağ olan şəxslərin məlumatlarının qorunması üçün tətbiq oluna bilər. Bununla belə, GDPR-da qeyd olunub ki, üzv dövlətlər vəfat etmiş şəxslərin fərdi məlumatlarının qorunması və işlənməsi ilə bağlı qaydaları özləri təmin edə bilər.<sup>44</sup>

**Bolqarıstan:** 2002-ci ildə qüvvəyə minmiş Bolqarıstanın “Fərdi Məlumatların Qorunması Akt”-ında vəfat etmiş şəxslərin fərdi məlumatlarının qorunması ilə bağlı tənziqləmə olmasa da, 2019-cu ildə ona müəyyən düzəlişlər edilmişdir. Belə ki, həmin Akta görə, “məlumat nəzarətçisi və ya prosessor tərəfindən yalnız qanuni əsas olduqda vəfat etmiş şəxslərin fərdi məlumatları işlənilə bilər”.<sup>45</sup> Belə hallarda məlumat nəzarətçisi və ya prosessor başqalarının hüquq və azadlıqlarına və ya ictimai mənafeyə zərər vurmaması üçün müvafiq tədbirlər görməlidir.<sup>46</sup> Həmçinin Aktda qeyd edilir ki, “tələb olduqda nəzarətçi vəfat etmiş şəxsin vərəsələrinə və ya qanuni mənafeyi olan digər şəxslərə vəfat etmiş şəxsin fərdi məlumatlarına giriş təmin edəcəkdir”.<sup>47</sup> Bu halda, nəzarətçi belə məlumatların surətini<sup>48</sup> də onlara təqdim edə bilər. Beləliklə, Bolqarıstanın fərdi məlumatların qorunması üzrə müəyyən etdiyi qaydalar qanunvericilikdə müəyyən edilən və yuxarıda göstərilən hallar istisna olmaqla, vəfat etmiş şəxslərin fərdi məlumatlarının işlənməsinə şamil edilmir.

**Estoniya:** Estoniyanın “Fərdi Məlumatların Qorunması Akt”-ına görə, şəxs vəfat etdikdən sonra onun fərdi məlumatlarının işlənməsinə aşağıda qeyd olunan hallar istisna olmaqla yalnız şəxsin vərəsələrinin razılığı ilə icazə verilir:<sup>49</sup>

- 1) şəxsin vəfatından 10 il keçməsi;
- 2) yetkinlik yaşına çatmayan şəxsə münasibətdə şəxsin vəfatından 20 il keçməsi;
- 3) qanunvericilikdə nəzərdə tutulmuş digər əsaslar olması.

Buradan aydın olur ki, həmin qanun şəxsin sağlığında başqa cür qərar vermədiyi halda vəfat etmiş şəxsin fərdi məlumatlarını onun vəfatından sonra 10 il, yetkinlik yaşına çatmayan şəxslərə münasibətdə isə 20 il ərzində qoruyur. Həmin Akt həmçinin şəxsin bir neçə vərəsəsinin olması halında vəfat etmiş şəxsin məlumatlarının işlənilməsi qaydasını da müəyyən etmişdir. Belə ki, Akta görə, “vəfat etmiş şəxsin bir neçə vərəsəsi olarsa, şəxsin fərdi məlumatlarının işlənməsinə onlardan hər hansı birinin razılığı ilə icazə

<sup>43</sup> Yəni orada, mad. 27.

<sup>44</sup> Yəni orada.

<sup>45</sup> Bulgarian Personal Data Protection Act, mad. 25(f) (2002).

<sup>46</sup> Yəni orada.

<sup>47</sup> Yəni orada, 25(f)(2).

<sup>48</sup> Yəni orada.

<sup>49</sup> Estonia Personal Data Protection Act, fəsil 3, para. 9, hissə 2 (2019).

verilir".<sup>50</sup> Aktda, vəfat etmiş şəxsin adı, cinsi, doğum və ölüm tarixi, ölüm faktı, dəfn vaxtı və dəfn yeri haqqında məlumatlardan istifadə edildiyi zaman vərəsələrdən razılıq tələb olunmadığı da müəyyən olunmuşdur.<sup>51</sup>

**İtaliya:** İtalyanın vəfat etmiş şəxsin məlumatlarının qorunmasını "Məlumatların Qorunması Məcəlləsi" vasitəsilə təmin edilir. Qeyd edək ki, həmin Məcəllədə vəfat etmiş şəxslərin fərdi məlumatlarının qorunması üzrə geniş yanaşma mövcuddur. Belə ki, Məcəllədə qeyd edilir ki, "vəfat etmiş şəxsin fərdi məlumatlarının qorunması üzrə hüquqlar 1) qanuni marağı olan; 2) vəfat etmiş şəxsin maraqları üçün səlahiyyətli nümayəndə kimi fəaliyyət göstərmək vəzifəsi olan; 3) qorumağa əsas verən ailə səbəbləri olan hər hansı şəxs tərəfindən həyata keçirilə bilər".<sup>52</sup>

**Danimarka:** Danimarkanın GDPR-ın tətbiqi olaraq qəbul etdiyi "Fərdi Məlumatların Qorunması Akt"-ında da vəfat etmiş şəxslərin məlumatların qorunması ilə bağlı müəyyən tənzimləməyə yer verilmişdir. Aktda qeyd edilir ki, "bu Akt və GDPR şəxsin vəfatından sonra 10 il müddətinə həmin şəxsin məlumatlarına şamil edilir".<sup>53</sup> Həmçinin Aktda müəyyənləşdirilir ki, səlahiyyətli şəxslə məsləhətləşərək Ədliyyə Nazirliyi tərəfindən bu Aktın və GDPR-ın müddələrinin vəfat etmiş şəxslərin məlumatlarına tam və ya qismən, müəyyən olunmuş müddətdən daha uzun və ya qısa müddət tətbiq edilməsinə dair qaydalar müəyyənləşdirilə bilər.<sup>54</sup>

**Fransa:** Fransanın "Rəqəmsal Respublika Aktı" (The Digital Republic Act) vəfat etmiş şəxsin fərdi məlumatlarının təhlükəsizliyini tənzimləyən müddəaları özündə əks etdirir. Belə ki, həmin Akt vəfat etmiş şəxsin məlumatlarının onun vəfatından sonra saxlanması və ötürülməsi üçün tənzimləmələr müəyyən etməklə şəxsin vəfatından sonra onun rəqəmsal "əmlak"-ının idarə edilməsinə diqqət yetirir.<sup>55</sup> Həmin Akta görə, "insanlar şəxsi məlumatlarının işlənməsi ilə bağlı təlimatları Fransız Məlumat Qoruma Təşkilatına (CNIL) və ya bir məlumat nəzarətçisinə göndərə və bu təlimatları yerinə yetirmək üçün məsul şəxs təyin edə bilərlər".<sup>56</sup> Bundan əlavə, qeyd edilir ki, internet provayderləri istifadəçiyə vəfatından sonra bu məlumatlara nə olacağı barədə məlumat verməli və vəfatından sonra belə məlumatlarının üçüncü şəxsə ötürülüb-ötürülməyəcəyini seçmək imkanı verməlidir.<sup>57</sup>

**Slovakiya:** Slovakiyanın fərdi məlumatların qorunması üzrə müəyyən etdiyi qanunlarda da vəfat etmiş şəxslərin fərdi məlumatlarının qorunmasına münasibətdə müəyyən tənzimləmə mövcuddur. Belə ki, bu sahədə Slovakiya

<sup>50</sup> Yəni orada, fəsil 3, para. 9, hissə 3.

<sup>51</sup> Yəni orada, fəsil 3, para. 9, hissə 4.

<sup>52</sup> Italian Personal Data Protection Code, bölmə 9, mad. 3 (2003).

<sup>53</sup> Danish Data Protection Act, hissə 1, mad. 5 (2018).

<sup>54</sup> Yəni orada, hissə 1, mad. 6.

<sup>55</sup> Explanatory Memorandum of the Digital Republic Bill, mad. 20 (2016).

<sup>56</sup> The Digital Republic Bill, mad. 63 (2016).

<sup>57</sup> Yəni orada.



qanunvericiliyinə görə şəxs həyatda deyilsə, onun fərdi məlumatlarının işlənməsinə “Fərdi Məlumatların Qorunması Aktı”-nda və ya xüsusi tənzimləməyə uyğun olaraq tələb olunan razılıq yaxın şəxs tərəfindən verilə bilər.<sup>58</sup> Yalnız bir yaxın şəxs tərəfindən yazılı şəkildə razılıq bildirilmədiyi təqdirdə belə razılıq etibarlı deyildir.<sup>59</sup> Göründüyü kimi, Slovakiya qanunvericiliyində vəfat etmiş şəxsin fərdi məlumatlarından istifadə edilməsi ilə bağlı tənzimləmə çox ümumi xarakter daşıyır, bu isə vəfat etmiş şəxsin fərdi məlumatlarının işlənməsi üzrə tənzimləmənin tətbiqini çətinləşdirir. Bundan başqa, həmin Aktda “yaxın şəxs” kateqoriyasına daxil olan şəxslərin dairəsi qeyd olunmamışdır. Belə ki, “yaxın şəxs” kateqoriyası Slovakiya Mülki Məcəlləsi ilə müəyyən edilir. Həmin Məcəllədə “yaxın şəxs” kimi “1) birbaşa xətdə qohum, qardaş/bacı və həyat yoldaşı; 2) birinin vurduğu ziyan, digəri tərəfindən özünün zərəri kimi əsaslı şəkildə qəbul edildiyi təqdirdə ailənin və ya oxşar münasibətdə olan digər şəxslər” müəyyən edilir.<sup>60</sup>

**Almaniya:** Almaniyanın vəfat etmiş şəxsin fərdi məlumatlarına münasibətdə yanaşmasını müəyyən etmək üçün Federal Ədalət Məhkəməsi tərəfindən 15 sentyabr 2020-ci il tarixli qərarına nəzər yetirək. Belə ki, 14 yaşlı yeniyetmə hələ də məlum olmayan şəraitdə gələn qatar tərəfindən vurularaq ölümcül xəsarət aldı.<sup>61</sup> İddiaçılar (valideyn) yeniyetmənin ölümündən əvvəl intihar düşüncələrinin olub-olmamasını müəyyən etmək üçün şəxsin giriş məlumatları ilə “Facebook” hesabına giriş əldə etməyə çalışmışlar. Lakin, “Facebook” şəxsin profilini “xatirə səhifəsi” halına gətirmişdi, yəni giriş məlumatları ilə də vəfat etmiş şəxsin istifadəçi məlumatlarına giriş mümkün deyildi.<sup>62</sup> Valideynlər isə qızlarının hesabına giriş əldə etmək üçün məhkəməyə müraciət etmişdirlər. Federal Ədalət Məhkəməsi qərarında “Facebook” ilə vəfat etmiş şəxs arasındakı istifadəçi müqaviləsinin Almaniya Mülki Məcəlləsinə əsasən qanunun tətbiqi yolu ilə vəərəsəyə keçən bir müqavilə olduğunu bildirmişdir.<sup>63</sup> Qərara əsasən, ölən qızın valideynlərinin hesaba və rəqəmsal məzmununa daxil olmaq hüququ tanındı. 30 avqust 2018-ci il tarixində “Facebook” vəfat etmiş şəxsin strukturlaşdırılmamış hesab məlumatlarını ehtiva edən 14000 səhifəlik PDF sənədini bir “USB flash drive” vasitəsilə onun valideynlərinə təqdim etdi.<sup>64</sup> Daha sonra iddiaçılar qərarın icrasını, yəni vəfat etmiş şəxsin sosial şəbəkəsindəki məlumatların yalnız

<sup>58</sup> Slovakia, ACT on personal data protection, bölmə 78, hissə 7 (2017).

<sup>59</sup> Yenə orada.

<sup>60</sup> Civil Code of Slovakia, mad. 116 (1964).

<sup>61</sup> Germany: Federal Court of Justice Clarifies Scope of Postmortem Access to Social Media Accounts, burada bax: <https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/germany-federal-court-of-justice-clarifies-scope-of-postmortem-access-to-social-media-accounts/> və III ZR 183/17 №-li iş, Almaniya Federal Məhkəməsi, para. 3 (2018), burada bax: <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=86602&pos=0&anz=1> (son baxış 8 Dekabr, 2020).

<sup>62</sup> Yenə orada, para. 4 və 5.

<sup>63</sup> Yenə orada, para. 50.

<sup>64</sup> Yuxarıda istinad 61 və III ZB 30/20 №-li İş, Almaniya Federal Məhkəməsi, para. 3 (2020).

məzmununun onlara təqdim edilməsini və hesaba birbaşa girişin təmin edilməməsini mübahisələndirmək üçün yenidən məhkəməyə müraciət etdilər.<sup>65</sup> Federal Ədalət Məhkəməsi vəfat etmiş şəxsin istifadəçi hesabına “giriş təmin edilməsi”-ni iddiaçıların bu hesaba və onun məzmununa, aktiv məzmun daxil etmək istisna olmaqla, vəfat etmiş şəxslə eyni şəkildə daxil olmasının təmin edilməli olduğunu bildirdi. Məhkəmə vəfat etmiş şəxsin “Facebook” ilə olan istifadəçi müqaviləsinə və Almaniya Mülki Məcəlləsinə əsaslanaraq universal varislik yolu ilə vərəsələrinə keçən<sup>66</sup> hesaba “giriş təmin edilməsi”-ni məzmunun ötürülməsi kimi deyil, hesaba girişin təmin edilməsi kimi təfsir etdi.<sup>67</sup> Bu səbəbdən məhkəmənin qərarına görə, “cavabdeh tərəfindən iddiaçılara vəfat etmiş şəxsin hesab məlumatlarının məzmununun təqdim edilməsi kifayət deyil, hesabın özünə giriş təmin edilməlidir”.<sup>68</sup> Qərarın məzmununa görə, “qanunun tətbiqi ilə şəxsin hesabına giriş hüququ iddiaçılara ötürüldüyünə görə, onlara mülkiyyətçidən daha az rəftar edilə bilməz,”<sup>69</sup> yəni vəfat etmiş şəxsin valideynləri qızlarının hesabına giriş hüququ əldə etdi. Beləliklə, qeyd edə bilərik ki, Almaniya qanunvericiliyinin vəfat etmiş şəxsin fərdi məlumatlarının qorunması üzrə yanaşması baş vermiş məsələnin mahiyyətindən asılı olaraq dəyişə bilər.

**Böyük Britaniya:** Aİ üzvlüyündən çıxmış Böyük Britaniyada Aİ-yə üzv olduğu dövrdə GDPR-ın tətbiqi ilə bağlı 2018-ci ildə “Məlumatların Qorunması Qanunu” (The Data Protection Act 2018 – DPA 2018) qəbul olunmuşdur.<sup>70</sup> Qeyd edək ki, həmin Qanun da vəfat etmiş şəxslərin məlumatlarının qorunması ilə bağlı məsələyə münasibət bildirməmişdir. Qanunda qeyd edilir ki, “*fərdi məlumatlar* yaşayan şəxslə bağlı müəyyən edilmiş və ya müəyyən edilə bilən hər hansı bir məlumat” deməkdir.<sup>71</sup> Aydın olduğu kimi, Qanun vəfat etmiş şəxsin fərdi məlumatlarının qorunmasını öz təsir dairəsinə almamışdır. Lakin qeyd etmək lazımdır ki, 1990-cı il tarixli “Sağlamlıq Qeydlərinə Giriş Aktı” (The Access to Health Records Act 1990) vəfat etmiş şəxslərlə əlaqəli sağlamlıq qeydlərinə (fərdi məlumatları ehtiva edən) girişlə əlaqədar qaydaları tənzimləyir.<sup>72</sup> Həmin Akta görə, bir şəxs vəfat etmiş şəxsin sağlamlığı haqqında məlumatların əks olunduğu qeydləri yalnız bunlardan biri olduqda əldə etmək hüququna malikdir:<sup>73</sup> i) vəfat etmiş xəstənin şəxsi nümayəndəsi; ii) xəstənin ölümü ilə əlaqədar iddiası ola biləcək

<sup>65</sup> Yenə orada.

<sup>66</sup> Yenə orada, para. 17.

<sup>67</sup> Yenə orada, para. 46 və 47.

<sup>68</sup> Yenə orada.

<sup>69</sup> Yenə orada, para. 11, 15 və 17.

<sup>70</sup> Data protection, burada bax: [https://www.gov.uk/data-protection#:~:text=The%20Data%20Protection%20Act%202018%20is%20the%20UK's%20impleme ntation%20of,used%20fairly%2C%20lawfully%20and%20transparently](https://www.gov.uk/data-protection#:~:text=The%20Data%20Protection%20Act%202018%20is%20the%20UK's%20implementation%20of,used%20fairly%2C%20lawfully%20and%20transparently) (son baxış 8 Dekabr, 2020).

<sup>71</sup> The Data Protection Act, mad. 3.2 (2018).

<sup>72</sup> Elizabeth Parkin və Philip Loft, Patient health records: access, sharing and confidentiality, 4 (2020).

<sup>73</sup> Access to Health Records Act, mad. 3(1)(f) (1990).

hər hansı şəxs. Həmçinin Aktda qeyd edilir ki, “şəxs sağ ikən sağlamlıq qeydlərində buradakı məlumatlarına giriş verilməsini istəmədiyi barədə öz müraciəti ilə daxil edilmiş qeyd olarsa, bu halda vəfat etmiş şəxsin sağlamlığı haqqında qeydlərinə başqasının girişi təmin edilə bilməz”.<sup>74</sup> Bundan əlavə, vəfat etmiş şəxsin sağlamlıq məlumatlarının açıqlanmasına a) şəxsə fiziki və ya mənəvi ciddi ziyan vurma riski olduqda və ya b) qeydlərdə başqa bir şəxslə əlaqəli məlumat olduqda və ya belə məlumatdan başqa bir şəxsin kimliyini müəyyən etmək mümkün olduğu hallarda yol verilmir.<sup>75</sup> Beləliklə, qeyd olunanlardan aydın olur ki, Böyük Britaniyanın fərdi məlumatlarla bağlı qanunvericiliyi vəfat etmiş şəxsin rəqəmsal aləmdə toplanmış fərdi məlumatların qorunması üzrə tənzimləmə müəyyən etməsə də, müəyyən fərdi məlumatlarının, məsələn sağlamlığı ilə bağlı məlumatların qorunmasını təmin edir.

**Amerika Birləşmiş Ştatları:** ABŞ-da federal və əyalətlərində fərdi məlumatların qorunması üçün vahid bir qanunvericilik modeli mövcud deyil.<sup>76</sup> Belə ki, ABŞ-ın 48 ştatında və ABŞ Virjin adalarında şəxsin əmək qabiliyyətini itirməsi və ya ölümü ilə əlaqədar onun elektron poçt, sosial media hesabları, mikrobloqlar və ya digər veb-sayt hesablarına və ya elektron qaydada saxlanılan rəqəmsal “əmlak”-ına çıxış əldə edilməsi ilə bağlı müxtəlif qanunlar qəbul edilmişdir.<sup>77</sup> Demək olar ki, hər bir ştatın, öz yurisdiksiyasında tətbiq olunan məlumatların məxfiliyinin qorunması üzrə qanunları mövcuddur.<sup>78</sup> Bunlardan 2018-ci il tarixli “Kaliforniya İstehlakçı Məxfilik Qanunu”-nu (Colifornia Consumer Privacy Act of 2018)<sup>79</sup> qeyd edə bilərik. Qanuna görə, şəxsin şirkətlərdən onlar haqqında hansı məlumatlara sahib olduqlarını haqqında məlumat əldə etmək və məlumatların silinməsini tələb etmək hüququ var.<sup>80</sup> Bu hüququ həmçinin şəxsin adından onun səlahiyyət verdiyi şəxs də həyata keçirə bilər.<sup>81</sup> Başqa bir nümunə, “Delaver Onlayn Gizlilik və Məlumatların Qorunması Qanunu”-nda (The Delaware Online Privacy and Protection Act),<sup>82</sup> fərdi məlumatların operatorları üçün aşağıdakı sahələr üzrə tənzimləyici öhdəliklər müəyyən edilir.<sup>83</sup>

<sup>74</sup> Yenə orada, mad. 4(3).

<sup>75</sup> Yenə orada, mad. 5(1)(a).

<sup>76</sup> Stephen P. Mulligan, Wilson C. Freeman və Chris D. Linebaugh, Data Protection Law: An Overview, 58 (2019).

<sup>77</sup> Access to Digital Assets of Decedents (2020), burada bax:

<https://www.ncsl.org/research/telecommunications-and-information-technology/access-to-digital-assets-of-decedents.aspx> (son baxış 9 Dekabr, 2020).

<sup>78</sup> Robert Hasty, Dr. Trevor W. Nagel və Mariam Subjally, Data Protection Law in the USA, 12 (2013).

<sup>79</sup> Colifornia Consumer Privacy Act (SB-1121, 2018).

<sup>80</sup> Yenə orada, (1).

<sup>81</sup> Yenə orada.

<sup>82</sup> Delaware Code, fəsil 148 (1963).

<sup>83</sup> Yenə orada, para. 1201C-1204C.

- uşaqlara yönəldilmiş xidmətlər və platformalar üzrə internet saytları, onlayn və ya bulud hesablama xidmətləri, onlayn və ya mobil tətbiqetmələr;

- gizlilik siyasətinin yerləşdirilməsi;

- rəqəmsal kitab istifadəçiləri ilə əlaqədar gizliliyin qorunması.

Həmçinin Delaver də daxil olmaqla ABŞ-ın 45 ştatında<sup>84</sup> hesab sahibi vəfat etdikdə və ya hesabı idarə etmək qabiliyyətini itirdikdə şəxsin onlayn hesablarına girişi tənzimləyən “Rəqəmsal Varlıqlara Fidusiar Giriş Qanunu” (Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act - RUFADAA)<sup>85</sup> qəbul edilmişdir. *Fidusiar* vəfat etmiş şəxsin müxtəlif hesablarında onun mətnləri, şəkilləri, videoları, səsləri, kodları, kompüter proqramları, proqram təminatını, verilənlər bazalarını və ya bu kimi digər məlumatlarını<sup>86</sup> təhlükəsiz şəkildə idarə etmək üçün təyin olunmuş şəxsdir. Fidusiar kimi vəfat etmiş şəxsin vərəsəsi, onun təyin etdiyi nümayəndəsi, qəyyumu və ya müvafiq səlahiyyət verdiyi agent çıxış edə bilər.<sup>87</sup>

Bundan əlavə, Nyu-York Məhkəməsinin Nicholas G. Scandalios<sup>88</sup> işini nəzərdən keçirək. İddiaçının həyat yoldaşı Ric Svezey 2017-ci ildə gözlənilmədən vəfat edir.<sup>89</sup> Vəsiyyətində həyat yoldaşının onun “Apple” hesabındakı bir çox ailə fotosəkilləri də daxil olmaqla rəqəmsal “əmlak”-ına giriş icazəsi ilə bağlı aydın iradə ifadəsi olmur.<sup>90</sup> İddiaçı hesablara giriş əldə etmək üçün əvvəlcə “Apple”-a müraciət edir, lakin “Apple” şəxsi hesaba girişlə təmin etmir.<sup>91</sup> “Apple iCloud” ilə istifadəçi arasında olan müqaviləyə görə, qanunda başqa cür nəzərdə tutulmadığı halda, şəxsin hesabı köçürülə bilən deyil və “Apple ID” və hesabın məzmunu şəxsin vəfat etməsi ilə ləğv edilmiş hesab edilir.<sup>92</sup> İddiaçı vəfat etmiş həyat yoldaşının hesablarına giriş əldə etmək üçün məhkəməyə müraciət edir. Məhkəmə Nyu-Yorkun fərdi məlumatların qorunması üzrə mövcud qanunvericiliyinə əsaslanaraq, elektron kommunikasiyaların (“electronic communications”) açıqlanması üçün istifadəçinin razılığı və ya məhkəmə qərarının tələb edildiyini bildirir.<sup>93</sup> Hazırkı məsələdə isə iddiaçının vəfat etmiş həyat yoldaşının “Apple” hesabında saxlanılan şəkillərinə çıxışın verilməsinin “elektron kommunikasiya” olmadığını və iddiaçının həyat yoldaşının hesabına daxil olması üçün şəxsin sağlığında belə razılığın verilmiş olmasına və ya

<sup>84</sup> Yuxarıda istinad 77.

<sup>85</sup> Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act, (2015).

<sup>86</sup> Yəne orada, hissə (15).

<sup>87</sup> Yəne orada, hissə (14).

<sup>88</sup> Nicholas G. Scandalios case, 2017-2976/A, (2019). Burada bax:

[https://nycourts.gov/reporter/pdfs/2019/2019\\_30113.pdf](https://nycourts.gov/reporter/pdfs/2019/2019_30113.pdf) (son baxış 9 Dekabr, 2020).

<sup>89</sup> Yəne orada s. 2.

<sup>90</sup> Yəne orada.

<sup>91</sup> Yəne orada s. 1.

<sup>92</sup> Legal Agreement, hissə 4, bənd “D”, burada bax:

<https://www.apple.com/ca/legal/internet-services/icloud/en/terms.html> (son baxış 9 Dekabr, 2020).

<sup>93</sup> Yuxarıda istinad 88, s. 4.

məhkəmənin qərarının olmasına ehtiyac olmadığını bildirir.<sup>94</sup> Beləliklə, Nyu-York Məhkəməsi iddiaçının həyat yoldaşının “Apple” hesabına daxil olması üçün şifrəni yeniləmək imkanının verməsinə dair qərar qəbul edir.<sup>95</sup>

Aydın olduğu kimi vəfat etmiş şəxsin rəqəmsal aləmdə toplanmış və saxlanmış fərdi məlumatlarının tənizlənməsi üzrə ABŞ-da vahid qanunvericilik olmadığı kimi vəfat etmiş şəxsin fərdi məlumatlarına çıxışın verilməsi şatlardan, onların öz yurisdiksiyaları daxilində tətbiq etdiyi mövcud qanunlarından asılı olaraq dəyişə bilər.

#### **IV. Şəxsin vəfatından sonra onun fərdi məlumatlarının qorunması yolları və vasitələri**

Bu hissədə isə yuxarıda qeyd olunanlardan gəlinmiş qənaət nəticəsində vəfat etmiş şəxsin rəqəmsal aləmdə toplanmış və saxlanmış fərdi məlumatlarının qorunmasının hansı yollar və vasitələrlə mümkün olmasından danışılacaqdır.

Vəfat etmiş şəxsin rəqəmsal aləmdə toplanmış və saxlanmış fərdi məlumatlarının qorunmasının müxtəlif yollarla, vasitələrlə təmin etmək olar. Bunların arasından aşağıda qeyd edilmiş üsul və vasitələr fərqləndirilə və məlumatların qorunması üzrə daha effektiv sayıla bilər:

1. Fərdi məlumatların məxfiliyini qorumaq üçün şəxsin sağ ikən sahib olduğu hesablar onun vəfatı ilə silinə bilər. Başqa formada ifadə etsək, “unudulmaq hüququ” (right to be forgotten) genişləndirilə və tənizlənməsi həyata keçirilə bilər. Bu cür silinə şəxs sağ ikən bu cür hərəkətlər etməyə səlahiyyət verdiyi şəxsin və ya vərəsəsinin tələbi ilə həyata keçirilə bilər. Hər bir halda, bununu icrası üçün internet şirkəti ilə istifadəçi arasında olan xidmət müqaviləsinin şərtlərində öz əksini tapmalıdır. Məsələn “Yahoo”-nun da qoşulduğu Verizon rəqəmsal və mobil media şirkətinin istifadəçilərinə təqdim etdiyi xidmət müqaviləsinə görə, Verizon Media hesabları ötürülə bilən deyil və hesab sahibinin vəfatı ilə əlaqədar hesablar üzərində hər hansı bir hüquq sona çatmış hesab olunur.<sup>96</sup>

2. Əgər şəxs sağ ikən onun rəqəmsal “əmlak”-ından istifadənin mümkünlüyü ilə bağlı qərar verməyibsə, bununla bağlı vəsiyyətində bildirməyibsə, bu halda belə “əmlak” üzərində iddiası olan şəxs və ya vərəsə vərəsəlik hüququna əsaslanmaqla hesablara giriş əldə etmək tələbi ilə qanunvericilikdə müəyyən edilmiş qaydada məhkəməyə və ya müvafiq səlahiyyətli orqana müraciət edə bilər.

3. Vəfat etmiş şəxsin fərdi məlumatlarının təhlükəsiz işlənilməsinin və onların qorunmasının təmin edilməsi mexanizmlərindən biri kimi

<sup>94</sup> Yenə orada.

<sup>95</sup> Yenə orada. s. 5.

<sup>96</sup> Verizon Media Terms of Service, mad. 3(a) (2018), burada bax:

<https://www.verizonmedia.com/policies/au/en/verizonmedia/terms/otos/index.html> (son baxış 30 Noyabr, 2020).

anonimləşdirmə, psevdonimləşdirmə və bunun kimi digər üsullar tətbiq oluna bilər. Belə ki, anonimləşdirmə ad, ünvan və sosial təhlükəsizlik nömrələrini silməklə gizliliyi təmin edirsə, psevdonimləşdirmə belə məlumatları ləqəb və süni identifikasiya ilə əvəz edir.<sup>97</sup> Bu üsuldən istifadə etməklə vəfat etmiş şəxsin müxtəlif hesablarındakı müəyyən şəxsi məlumatlarının təhlükəsiz işlənməsini təmin etmək mümkün ola bilər.

Fərdi məlumatların qorunmasının pozulması halında öz səlahiyyətləri çərçivəsində tədbirlər görən orqanların nəzarət mexanizmi təkmilləşdirilə bilər. Belə orqanların birinin, məsələn Azərbaycan Respublikasının Nəqliyyat, Rabitə və Yüksək Texnologiyalar Nazirliyinin tərkibində vəfat etmiş şəxsin müxtəlif hesablarına başqası tərəfindən çıxışına nəzarət edən ona tabe qurum yaradıla bilər. Həmçinin müxtəlif maraqlı şəxslərin vəfat etmiş şəxsin fərdi məlumatlarının təhlükəsizliyi pozulduğu halda müvafiq quruma məlumat verməsi əlçatan edilə bilər.

Qeyd edilən üsul və va vasitələrdən istifadə edilməsi fərdi məlumatların qorunmasına yeni baxış bucağı gətirə bilər. Bu üsullar həm fərdi məlumatlar üzrə qanunvericiliyin, həm də əlaqəli digər qanunvericilik normalarının, məsələn vərəsəlik institutunun təkmilləşdirilməsində və bununla bağlı tənzimləmə mexanizminin yaradılmasında yardımçı ola bilər.

## Nəticə

Göründüyü kimi, texnologiyanın sürətli inkişafı, internetdən istifadənin hər gün daha da genişlənməsi vəfat etdikdən sonra rəqəmsal dünyada toplanmış fərdi məlumatlarımızın təhlükəsizliyi məsələsini gündəmə gətirir və fərdi məlumatların qorunmasını tənzimləyən qaydaların yenidən nəzərdən keçirilməsini zəruri edir. Qeyd edildiyi kimi, hazırda nə milli, nə də beynəlxalq qanunvericilikdə şəxsin vəfatından sonra onun fərdi məlumatlarının qorunması ilə bağlı konkret, aydın və yetərli hüquqi baza yoxdur. Lakin qeyd etmək lazımdır ki, vəfat etmiş şəxsin fərdi məlumatlarının taleyi ilə bağlı məsələ aktiv araşdırma mövzudur, bu isə yaxın gələcəkdə bununla bağlı müəyyən hüquqi bazanın formalaşdırılacağı, təkmilləşdiriləcəyini qeyd etməyə əsas verir.

Həmçinin qeyd edək ki, ölkəmizdə də fərdi məlumatların qorunması istiqamətində artıq hüquqi islahatlar aparılır, yüksək səviyyəli işçi qrupu formalaşmış.<sup>98</sup> Belə ki, şəxsin fərdi məlumatlarının qorunması üzrə yerli qanunvericiliyin təkmilləşdirilməsi zamanı vəfat etmiş şəxsin rəqəmsal aləmdə toplanmış və saxlanılmış fərdi məlumatlarının qorunması ilə bağlı müddələrin də əks etdirilməsi və bununla bağlı tətbiq mexanizminin formalaşdırılması məqsədəuyğun olacaqdır.

<sup>97</sup> Məkrufə Hacırahimova, Big Data texnologiyalarının təhlükələri, 250 (2015).

<sup>98</sup> Azərbaycan Respublikasının Nəqliyyat, Rabitə və Yüksək Texnologiyalar Nazirliyinin veb-saytı (2020), burada bax: <https://mincom.gov.az/az/view/news/837/azerbaycanda-ii-beynelxalq-kibertehtlikesizlik-heftesi-kechirilecek> (son baxış 30 Noyabr, 2020).

Beləliklə, məqalənin ayrı-ayrı hissələrində qeyd olunan məqamları, müxtəlif dövlətlərin təcrübələrini, qanunvericilikdəki boşluqlar və çatışmazlıqları ümumiləşdirsək, bu sahədə yerli qanunvericiliyə aşağıdakı qeyd olunan dəyişikliklərin edilməsi tövsiyə oluna bilər:

1. Fərdi məlumatların qorunması üzrə qanunvericiliyin müddəaları təkmilləşdirilməli və şəxsin vəfatından sonra onun fərdi məlumatlarının qorunmasını təsbit edən normalar tərtib edilməlidir.

2. Şəxsin vəfatından sonra onun fərdi məlumatlarının hansı yollarla, vasitələrlə qorunmasının mümkünlüyü, məlumatlardan hansı hallarda, hansı formada və kimlər tərəfindən istifadə edilə bilməsi məsələləri aydın şəkildə qanunvericilikdə öz təsbitini tapmalıdır.

Bununla da, şəxsə onun vəfatından sonra fərdi məlumatlarının qorunmasının yollarını və dərəcəsini seçmək imkanı verilə və şəxsin fərdi məlumatlarının təhlükəsizliyi o vəfat etdikdən sonra da təmin edilə bilər.

*Rajesh Mathew\**

## MARITAL RAPE IN INDIA: JUDICIALLY SANCTIONED HUMAN RIGHTS VIOLATIONS AND THE DEHUMANIZATION OF WOMEN IN THE BIGGEST DEMOCRACY OF THE WORLD

### *Abstract*

*India, the largest democracy in the world, is a modern-day nation that considers marital rape not to be a crime. Not only is not a crime, but it is also a judicially sanctioned form of sexual abuse many Indian women suffer from, sometimes daily, without any possible recourse from the law. This paper will examine the legal position of the Government of India as well as the judicial system in India hold with respect to marital rape. The marital rape exception clause in the Indian Penal Code is unlawful and unconstitutional and creates an unreasonable arbitrary distinction between married women and unmarried women in India. The marital rape immunity, as it currently exists in the law books of India, violates Indian domestic law, constitutional law, as well as India's international treaty obligations and must be abolished. In making this case, I will examine several articles of the Indian Penal Code, several articles of the Constitution of India, Indian Supreme Court decisions examining marital rape, and India's international obligations under various conventions India is a signatory to, arguing that India is illegally and unconstitutionally suppressing the rights of women as it pertains to marital rape, thereby denying women justified recourse in violation of domestic as well as international law. Through silence, the judiciary in India recognizes and authorizes marital rape by Indian men, thus legitimizing this particular form of violence against women, simply because they are women and their status exist within society. However, a deeper analysis of the Indian Penal Code, the Constitution of India as well as Indian Supreme Court decisions shows that the marital rape exception clause has lost its legal legitimacy. The State of India must take several steps to ensure the real and transformative change in a society that battles a significant human rights problem with the marital rape exception clause.*

### *Annotasiya*

*Dünyanın ən böyük demokratiyası olan Hindistan ailə təcavüzünü cinayət hesab etməyən müasir bir xalqdır. Bu nəinki yalnız cinayətdir, həmçinin əksər hindistanlı qadının qanunla heç bir müraciət olmadan hər gün əziyyət çəkdiyi və məhkəmə tərəfindən icazə verilən cinsi təcavüz növüdür. Bu məqalədə Hindistan hökumətinin, eləcə də Hindistandakı məhkəmə sisteminin ailə təcavüzü ilə bağlı hüquqi mövqeyi araşdırılacaq. Hindistan Cinayət Məcəlləsindəki ailə təcavüzünü istisna edən maddə qeyri-qanunidir və konstitusiyaya ziddir və Hindistanda evli qadınlarla subay qadınlar arasında əsassız bir özbaşına fərq yaradır. Hal-hazırda Hindistanın hüquq kitablarında mövcud olan ailə təcavüzü toxunulmazlığı, Hindistanın daxili qanunlarını, konstitusiyaya qanunlarını, eləcə də Hindistanın beynəlxalq müqavilə öhdəliklərini pozur və ləğv edilməlidir. Hindistanın qeyri-qanuni və konstitusiyaya zidd olaraq qadın hüquqlarını basdırmasını, bununla da milli və beynəlxalq hüquqa zidd şəkildə qadınların haqlı müraciətlərini inkar etməsini iddia edərək Hindistan*

---

\* B.A., M.A., J.D., LL.M. Lawyer for the United States Air Force.



*Cinayət Məcəlləsinin, Hindistan Konstitusiyasının bir neçə maddəsini, Hindistan Ali Məhkəməsinin ailə təcavüzü ilə bağlı qərarlarını və Hindistanın tərəfdar çıxdığı müxtəlif konvensiyalardan irəli gələn öhdəliklərini araşdıracağam. Hindistandakı məhkəmə sistemi, əsassız şəkildə hindistanlı kişilər tərəfindən ailə təcavüzünü tanıyır və icazə verir, beləliklə sadəcə qadın olduqlarına və onların cəmiyyətdəki statusuna görə qadınlara qarşı bu xüsusi şiddəti qanuniləşdirir. Buna baxmayaraq, Hindistan Cinayət Məcəlləsinin, Hindistan Konstitusiyasının və Hindistan Ali Məhkəməsinin qərarlarının daha dərinə təhlili, ailə təcavüzünü istisna edən maddənin qanuni legitimliyini itirdiyini göstərir. Hindistan dövləti, ailə təcavüzünü istisna edən maddə ilə bağlı əhəmiyyətli insan hüquqları problemi ilə mübarizə aparan bir cəmiyyətdə gerçək və dönüşdürücü dəyişiklik təmin etmək üçün bir neçə addım atmalıdır.*

## CONTENTS

Introduction .....	49
I. The clash between the Marital Rape Exception Clause and India's domestic laws, constitutional obligations and the Supreme Court of India .....	51
A. Domestic law of India .....	51
B. The Constitution of India .....	57
C. Decisions of the Supreme Court of India .....	61
II. India's International Human Rights obligations .....	67
A. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) .....	68
B. International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) .....	75
III. National reforms are required by the central government to preserve the rule of law and not the rule of culture .....	77
Conclusion .....	79

## Introduction

**D**ipak Misra<sup>1</sup> said that “I do not think that marital rape should be regarded as an offense in India, because it will create absolute anarchy in families and our country is sustaining itself because of the family platform which upholds family values”. The analysis of domestic statutes, constitutional provisions and legal decisions by the Supreme Court of India, in a way, represent this complex issue. India's highest court has already addressed and ruled upon various constitutionally protected rights, including equality before the law as well as physical integrity. The Supreme Court of India created the constitutional legal framework that ultimately challenges the marital rape exception clause. By analyzing the text, structure and purpose of these legal sources, it becomes clear that no legal foundation

<sup>1</sup> Dipak Misra, Former Chief Justice of India.

exists for the marital rape exception clause codified in §375 of the Indian Penal Code (hereinafter IPC), making it unlawful, unconstitutional and an arbitrary invention of the legislature and the judiciary, not based in the rule of law. The marital rape exception clause can no longer remain on the law books of India as it has no legal purpose or value due to its unconstitutionality, requiring its immediate removal from the IPC.

In a sense, India's domestic law, constitutional law, as well as the interpretations of its most prominent jurists constitute the legal obligations the State of India holds in protecting its citizens. In this light, the court decisions and constitutional provisions discussed in this paper primarily shed light on India's obligations and establish the standards of protection owed by the State which, in the opinion of the author, India has yet to deliver to married women. The standards issued by the Supreme Court of India provide important standards for the State of India on how to effectively tackle the problem and efficiently implement workable solutions that will trickle down to every facet of society, including the family.

In addition to the domestic legal framework established through statutes, constitutional provisions and the decisions of the Supreme Court of India, international treaties India is a signatory will complement the analytical framework in addressing India's position regarding the human rights of women. For example, as a signatory to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), India took on various responsibilities to remedy important issues regarding the human rights of women. By analyzing CEDAW and the selected General Comments, the author will complement the domestic framework with the international framework in establishing India's obligations to address the problem. The currently unlawful application of the marital rape exception clause by the judiciary in India authorizes men to sexually assault or rape their wives without having to fear any repercussions.

This paper is divided into three parts. The first part discusses domestic law in India to lay the groundwork and background in order to discuss the illegality of the marital rape exception clause. In addition to the analysis of domestic statutes, this part of the paper will also examine selected provisions of the constitution of India, reviewing each article in-depth and discussing the main legal conclusions that ultimately establish the analytical framework for the remainder of the paper. This section of the paper will conclude with the discussion of three cases by the Supreme Court of India and the systematic developments of women's rights as interpreted and expressed by India's most prominent jurists. The author will discuss the importance of these cases considering the development of women's rights in India and their application to the overarching analysis of the unconstitutionality of the marital rape exception clause. The second part of the paper will complement the domestic analytical framework and discuss India's international human rights

obligations with an emphasis on CEDAW and its General Comments. The third part of the paper will discuss the required due diligence by the State of India and examine measures the State of India needs to take in order to realize meaningful and transformative change for women.

## I. The clash between the Marital Rape Exception Clause and India's domestic laws, constitutional obligations and the Supreme Court of India

*"To deny people their human rights is to challenge their very humanity".*

*Nelson Mandela<sup>2</sup>*

### A. Domestic law of India

It is not easy growing up as a woman in India. Rape and sexual assault continue to be a very serious issue for Indian women.<sup>3</sup> "In India, the question of rape is linked to women's status within society".<sup>4</sup> "Social customs and values, religious beliefs, and the idea of marriage as a sacrament ..., all create an environment in India where sexual violence against married women is not only tolerated but appears to be expected".<sup>5</sup> "According to India's National Crime Records Bureau (NCRB), around 100 sexual assaults are reported to police in India every day. In 2017, more than 32,000 rapes were reported across the country - but experts say that the real number is likely much higher, owing to the shame attached to sexual assault and the social barriers faced by victims".<sup>6</sup> This is not to say that women who are not married do not face similar atrocities, however, the IPC, as the various branches of government in India appear to have interpreted it, at least provides some protection and legal recourse for the unmarried, female population of India.<sup>7</sup> By putting custom

<sup>2</sup> Andrea Mohin, *The Mandel Visit; Excerpts from Mandela Speech to Joint Meeting of Congress*, The New York Times (1990). Available at: <https://www.nytimes.com/1990/06/27/world/the-mandel-visit-excerpts-from-mandela-speech-to-joint-meeting-of-congress.html> (last visited Dec. 31, 2020).

<sup>3</sup> Swati Gupta, A shocking gang-rape and murder of a woman is raising familiar tough questions for India (2019), <https://www.cnn.com/2019/12/03/asia/india-hyderabad-rape-intl-hnk/index.html> (last visited Dec. 31, 2020). This case highlights that India continues to have a pervasive problem of sexual violence against women. The examples of atrocities committed against women in this article shed light on the fact that punishment alone, to include the death penalty, is not an effective deterrent and that change needs to come through a change in mindset of the people.

<sup>4</sup> Geetanjali Gangoli and Nicole Westmarland, *International Approaches to Rape*, 102 (2011).

<sup>5</sup> Chhavi Sachdev, *Rape Is A Crime In India – But There Are Exceptions* (2016), <https://www.npr.org/sections/goatsandsoda/2016/04/13/473966857/rape-is-a-crime-in-india-with-one-exception> (last visited Dec. 31, 2020).

<sup>6</sup> Helen Regan, Vedika Sud and Swati Gupta, *Suspects in Indian gang-rape murder shot dead by police during night "reconstruction"* (2019), <https://www.cnn.com/2019/12/06/asia/india-hyderabad-rape-suspects-shot-intl-hnk/index.html> (last visited Dec. 31, 2020).

<sup>7</sup> "Representatives of Sakshi wanted us to recommend the deletion of the Exception, with which we are unable to agree. Their reasoning runs thus: where a husband causes some physical injury to his wife, he is punishable under the appropriate offence and the fact that he is the husband of the victim is not an extenuating circumstance recognized by law; if so, there is no reason why concession should be made in the matter of offence of rape/sexual assault where the wife happens to be above 15/16 years. We are not satisfied that this Exception should be recommended to be deleted since that may

and religion on a higher level than the constitution and the laws of India, it is evident that the rule of law, as it pertains to the marital rape exception is, and has been for centuries, under siege.

### ***1. Indian Penal Code - §375 - Rape***

To fully understand India's views about marital rape, one must first analyze the domestic laws that pertain to the subject. §375<sup>8</sup> of the IPC specifies the circumstances under which rape is a prosecutable and punishable offense under Indian law. In analyzing the text and construction of the statute, inherently conflicting is being clear. The statute provides the legal basis for discrimination and rape of married women while, at the same time, recognizing that the taking of sexual intercourse without consent is a criminal act. The main object and purpose of this statute is the criminalization of rape, an act that society, through the legislature, has deemed to be a criminal offense under the law. Rape is committed by a man against a woman when the man obtains sexual intercourse without the consent of the woman. One of the most important elements of any rape prosecution is to prove that the woman gave no consent to the act the man perpetrated. A close reading of §375 reveals that the statute places consent at the forefront of importance. A closer analysis of the construction of the statute also reveals that consent must be affirmatively given and is not something that can be inferred. §375 provides the foundation through which the marital rape clause must be analyzed. An act cannot be inherently evil and subject to criminalization and, at the same time, depending on who the victim is, legal. This inherent conflict is pervasive in §375 of the IPC, particularly the marital rape exception clause. To understand the inherent conflict even further, an analysis of §376B of the IPC is warranted.

### ***2. Indian Penal Code - §376B – Sexual intercourse by husband upon his wife during separation***

When it comes to marital rape, Indian law differentiates between the facts whether the married couple lives together or not. Indian Penal Code §376B states:

*“Sexual intercourse by husband upon his wife during separation:*

*Whoever has sexual intercourse with his own wife, who is living separately, whether under a decree of separation or otherwise, without her consent, shall be punished with imprisonment of either description for a term which shall not be less than two years but which may extend to seven years, and shall also be liable to fine.*

*Explanation - In this section, “sexual intercourse” shall mean any of the acts mentioned in clauses (a) to (d) of §375.”<sup>9</sup>*

---

amount to excessive interference with the marital relationship”. Shri Ram Jethmalani, Law Commission of India, One Hundred and Seventy Second Report on Review of Rape Laws, (2000).

<sup>8</sup> The Indian Penal Code §375, Act No. 45 (1860) (as Amended in 2013).

<sup>9</sup> *Id.*, §376B.

In reading §375 and §376B together, the State of India not only differentiates between married couples and non-married couples in the eyes of the law but also considers the fact whether married couples live together or live separately, whether temporarily or permanently. §375 and §376B both address sexual intercourse between married couples. The main difference between §375 and §376B is “consent”. Indian law suggests that if you are married and you live together, a man need not seek consent from his wife for sexual activities. Consent seems not to matter under the law, simply because the woman already consented when she decided to marry her husband. India seems to interpret the union of marriage as broad-sweeping consent during all aspects of marriage, so long as the couple lives together. However, if a husband and a wife have sexual intercourse while they are living apart, consent appears to be an element of the crime and forced sexual intercourse against the woman’s will is now to be considered a criminal offense which could lead to a minimum of two years in confinement. This incompatible differentiation in the law suggests that consent is apparent when a husband and wife live together and cannot be presumed when they do not live in the same household (whatever the reason may be). Essentially, Indian law codified the notion of marriage as a holy sacrament, placing it above all in Indian society, whether it violates the law, the constitution or basic principles of human rights.

“The exemption for marital rape stems from a long-outdated notion of marriage which regarded wives as no more than the property of their husbands. According to the common law of coverture, a wife was deemed to have consented at the time of the marriage to have intercourse with her husband at his whim. Moreover, this consent could not be revoked”.<sup>10</sup>

This antiquated and outdated belief system that considers women property of their husbands is, unfortunately, still a common belief in many parts of India and §375 of the IPC is one of those outdated remnants of the law. However, from a constitutional and legal perspective, this notion cannot stand. The European Commission of Human Rights in *C.R. v. U.K.* took “the view that the time has now arrived when the law should declare that a rapist remains a rapist subject to the criminal law, irrespective of his relationship with his victim”.<sup>11</sup>

By reading §375 and §376B of the IPC in conjunction with each other, one can arrive at The European Commission of Human Rights’ legal conclusion. Reading the language of these sections, it becomes clear that the law was designed to address a criminal act, namely rape that is committed by a man against a woman. Not considering that men cannot be victims under this provision, the law, by its terms, appears clear that forceful and non-

---

<sup>10</sup> Justice J.S. Verma Committee, Report of Committee on Amendments to Criminal Law, 72 (2013).

<sup>11</sup> *C.R. v UK* Publ. ECHR, Ser. A, No. 335-C.

consensual sexual acts are illegal and will be punished. That is the basic premise the law was designed to fulfil. According to the Merriam-Webster online dictionary, a woman is “an adult female person”.<sup>12</sup> On the other hand, a “wife,” according to the same source, is “a female partner in a marriage”.<sup>13</sup> There is no difference between a woman and a wife besides the stage of life they are in at that time. For purposes of criminalization of an act, legally, it cannot matter whether a woman is single, married, divorced, separated, or in any other stage in her life. A woman is a woman, irrespective of her social status in life. Differentiating between women based on the specified capacity they may be in is unlawful and discriminatory. It defies logic that raping a married woman (your spouse) is legal but raping a single woman is considered a heinous crime. Both scenarios cover the same heinous conduct and a literal analysis and reading of the law make it clear that Indian law must perceive it the same way if a true, legal reading of the law is the desired end-state. Marriage, in and of itself, cannot be regarded as a shield which eliminates legal rights a person may otherwise enjoy outside of the sanctity of marriage, creating a specific, unlawful gender dimension against women as it pertains to this crime.

Another considerable problem in India that results from the marital rape exception clause is the negative impact “in the attitudes of prosecutors, police officers and those in society more generally”.<sup>14</sup> This unlawful exception to rape merely creates another hurdle for women to gain equality in India. Besides being discriminatory, this exception will continue to promote the wrong belief that marital rape is lawful and acceptable by creating a policy that provides for “acceptable types of rape” and “non-acceptable types of rape”. Creating and maintaining such a legal system is not only dangerous for women in India, but it also promotes a negative mindset amongst jurists, lawyers, law-enforcement personnel and society, in general, sending the wrong message that a married woman’s rights do not matter or exist in the eyes of the law. This is simply untrue and has the danger of creating a dangerous precedent, likely leading to increased violence against women, as seen by the heinous gang-rape and murder of a veterinarian in Hyderabad a few days ago.<sup>15</sup> Unfortunately, specific data is not available for analysis since the Indian Police do not register complaints of marital rape since the exception to §375 decriminalizes the offense.

Ultimately, the relationship between the rapist and the victim is an irrelevant and dangerous factor to consider to the inquiry of whether a criminal offense was committed, as such an inquiry will in most cases result

---

<sup>12</sup> Definition of woman, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/woman> (last visited Dec. 31, 2020).

<sup>13</sup> Definition of wife, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/wife> (last visited Dec. 31, 2020).

<sup>14</sup> *Supra* note 10, 78.

<sup>15</sup> *Supra* note 3.

in an abrogation of rights for the woman. The legal status between a man and a woman, or lack thereof, is not a valid, legal defense to rape and not a relevant decision point in determining whether consent was given by the woman. Consent needs to be expressly stated and cannot be presumed by the union of marriage. Allowing such presumptions merely continues to foster the outdated mindset that women are property and not equal to men in India. The purpose, idea and language of §375 and §376B clearly establishes that the marital rape exception clause is inherently contradictory as it decriminalizes an offense only against one specific sub-set of society without a reasonable explanation as to why that sub-set of society does not deserve the protections of the law. As will be discussed in the upcoming sections, such a discriminatory distinction is unlawful and must be struck down.

### ***3. Other Indian Penal Code provisions and the Protection of Women from Domestic Violence Act, 2005***

When analyzing the legality and rationality of the marital rape exception clause considering §375 and §376B, the exception becomes even more illogical when considered in conjunction with other national laws in India. It is irrational that men can be held responsible and are routinely punished for offenses committed against women that amount to arguably less “serious” offenses as compared to rape, for example, sexual harassment<sup>16</sup> and yet, escape liability when they rape their wives. For example, under §354A of the IPC, a man could go to prison for a term up to three years for “making physical contact and advances involving unwelcome and explicit sexual overtures”, or for showing pornography to a woman against her will.<sup>17</sup> Or consider §354B of the IPC<sup>18</sup>, violation of which could result in imprisonment of no less than three years. Reading these sections of the IPC clearly establish a theme and reveal the purpose behind these criminal laws, which is to protect all women from various forms of *non-consensual* sexual acts by men. §354B even establishes that the stated offenses are punishable if committed against *any woman*.<sup>19</sup> None of these provisions excludes protections for single women, married women, or separated women, but *any woman* is protected under these statutes. Additionally, an analysis of the underlying prohibitions of §354B establishes that the marital rape exception clause appears contradictory as it relates to other Indian criminal law including §354B. Presumably, if a married man would forcibly disrobe his wife to rape her, thereby compelling her to be naked, he would be violating §354B as that is the exact behaviour this law prohibits. Confinement for this offense is set at a term of no less than three

---

<sup>16</sup> *Supra* note 8, §354A. While I am not trying to diminish the seriousness of sexual harassment, it is arguably less atrocious than rape and will be used as an example to demonstrate India’s illogical application of the marital rape exception clause.

<sup>17</sup> *Ibid.*, The Act does not specifically differentiate between single or married couples.

<sup>18</sup> *Id.*, §354B.

<sup>19</sup> *Ibid.*

years. The question then becomes, what is the difference between assaulting or using criminal force against one's own wife "intending to disrobe her or compel her to be naked"<sup>20</sup> compared to doing the same things and raping the victim? The answer is none! It is evident from the basic structure, purpose and text of these provisions that the underlying goal is to protect women and not to create an exception for criminal behaviour. §354B provides no exception that would preclude married women from the protection of this section. If the law creates opposite consequences despite the application of similar facts, that result cannot stand under basic, legal, and constitutional principles.

In 2005, the Indian Parliament enacted the "Protection of Women from Domestic Violence Act". The Preamble of the Act begins by stating the main purpose of the law, which is "to provide for more effective protection of the rights of women guaranteed under the constitution who are victims of any kind occurring *within the family*".<sup>21</sup> Two things become clear by simply reading the Preamble, 1) that women do need more effective protection and 2) that women are guaranteed certain rights under the constitution of India. "The Protection of Women from Domestic Violence Act" is not a criminal law that provides extensive punishments to men who abuse women but rather a civil law that provides for certain civil remedies an aggrieved woman can potentially resort to when she finds herself abused by her husband. However, the analysis does not end there. Irrespective of the fact that this Act does not provide criminal remedies, it nonetheless determines that certain behaviour by men towards women is, at the minimum, considered wrong and unacceptable under any circumstances. This is an important distinction because the recognition about the incorrectness of certain behaviour shows the legislature's "legal" mindset towards these egregious offenses. The definition of "domestic violence" in this Act is as follows: "Harms or injures or endangers the health, safety, life, limb or well-being, whether mental or physical, of the aggrieved person or tends to do so and includes causing physical abuse, sexual abuse,<sup>22</sup> verbal and emotional abuse and economic abuse".<sup>23</sup> Sexual assault and rape are offenses that are encompassed within the protections of this law since the Act specifically includes physical and sexual abuse under its definition of domestic violence. In addition, this Act contains no exception that precludes married women from enjoying any of the protection granted therein. This Act seems quite revolutionary considering some of India's criminal laws since one of the Act's main goals is to stop and prevent violence *of any kind within the family*. Furthermore, the Indian Parliament charged the central government and every state

---

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> The Protection of Women from Domestic Violence Act, No. 43 of 2005, INDIA CODE (2005).

<sup>22</sup> *Id.*, Chapter II, 3(d) (ii).

<sup>23</sup> *Id.*, Chapter II, 3(a).



government of India to take positive measures<sup>24</sup> to ensure that the provisions of this Act are followed and implemented. Here, amongst other obligations, the central government and state governments are required to widely publicize this Act at regular intervals and provide training to law enforcement and judicial officers regarding the requirements of this Act. This is quite groundbreaking in that the legislature, through domestic law, is trying to involve the sanctity of the home to change certain outdated mindsets about women within the homes of India. The legislature also clearly admits and recognizes, just by the implementation of this Act, that any sort of domestic abuse is wrong, to include sexual abuse. Irrespective of the civil nature of this law, this admission and realization in this Act is in stark contravention to the marital rape exception clause in §375. How can one argue that domestic violence, to include sexual violence, against women is wrong, yet, provide criminal defense for men who rape their wives? Once again, this Act is another example of the clear incompatibility of some of India's crucial domestic laws on the rights of women with the marital rape exception clause. As the evolution of these laws shows, the Indian legislature recognizes that any sort of violence against women is wrong, including marital rape, yet refuses to strike the marital rape exception clause from the law books of India. However, even though the legislature may refuse to remove this exception from §375 of the IPC, by operation of law, certain provisions of the constitution of India provide for the same desired outcome.

## **B. The Constitution of India**

Sexual intercourse between a husband and his wife provided she is over the age of 18, without the explicit consent of the wife, and, it appears, even if obtained by force or threat of physical violence is not a criminal offense under the laws of India. Whether the sexual intercourse demanded by the man is undesired or whether it is given out of fear is of no significance. The wife's mental and physical well-being is insignificant under the current state of the law. Husbands are authorized to exercise their "right" to sex with wide latitude without having to fear any repercussions since the government and the judiciary specifically authorize this conduct. While such conduct seems inconceivable, this is the current state of the law for married women in India. The provisions of the constitution of India are supposed to be the supreme law of the land<sup>25</sup> and they set out the fundamental principles for the government of India and also the fundamental principles and rights every human being within the boundaries of India enjoys or at least should enjoy. These fundamental rights apply to all citizens, irrespective of their religion, birthplace, status in life, or gender. Under basic constitutional principles, the

---

<sup>24</sup> Positive obligations require the Central Government and State Governments to take all necessary measures to provide for and safeguard the rights this Act provides.

<sup>25</sup> The Constitution of India, articles 12, 13.

rights enshrined thereunder place upon the government an affirmative responsibility in ensuring that those fundamental, sacrosanct rights in the text of the constitution are observed, but more importantly, secured.

### *1. Equality before the law*

Article 14 of the constitution of India reads as follows:

“The State shall not deny to any person equality before the law or the equal protection of the laws within the territory of India”.<sup>26</sup>

The term “State” is further defined in Article 12<sup>27</sup> of the constitution and includes the government, parliament, and the legislature. As such, under this definition, any acts by the government, the parliament and the legislature shall not violate Article 14 and its enshrined rights. The equal protection under the law provision in the Indian constitution establishes a responsibility on the country to ensure the equal protection to all persons, irrespective of any socially differentiating factors such as religion, caste, place of birth, or gender. Once a differentiation occurs based on any factor equality is no longer present. It is important to recognize that such social differentiation does not only take place based on “hard characteristics”<sup>28</sup> such as gender, religion, place of birth, etc. but can also manifest itself in a person’s status in life, i.e. married versus unmarried, which I will call “soft characteristics”.<sup>29</sup> As such, any provisions in the law that create special provisions for any group within society or treat people differently based on hard or soft characteristics are unconstitutional. The application of Article 14 does not mean that every law in India must have equal application for all people in India, as such a reading cannot be maintained since any society has varying classes of people that may require some different treatment. However, even such distinctions must be based on a *reasonable* distinction and justification whose primary purpose is not to exclude a certain group from certain privileges and rights arbitrarily. The key is reasonableness and non-arbitrariness. However, the unequal treatment of equals in the same circumstance amounts to a discriminatory targeting of a specific sub-set of people, which would result in an unconstitutional application of the law.

Although the constitution promises and guarantees equality to every person in India, the IPC under §375, one of its exceptions establishes that sexual intercourse by a man with his own wife, as long as she is not under the age of 18, is not rape. This exception in §375 makes an arbitrary distinction between married women who are 18 years or older and single women, presumably of any age. Neither the legislative history behind this exception in §375 nor any analysis provides a *reasonable* explanation on why this

---

<sup>26</sup> *Id.*, art. 14.

<sup>27</sup> *Id.*, art. 12.

<sup>28</sup> I use the term “hard characteristics” to describe traits a person generally inherits through birth.

<sup>29</sup> I use the term “soft characteristics” to describe traits a person generally obtains at some point after birth.

exception is needed and is not arbitrary and, hence, a discriminatory and unconstitutional provision, worthy of immediate elimination. There is no reasonable reading of Article 14 in conjunction with the marital rape exception clause in §375 that would make this exception fair and lawful on its face. But considering Articles 12 and 14 of the constitution in conjunction with the marital rape exception clause in §375 shows even more clearly that the legislature overreached by implementing this exception as it clearly violates multiple constitutional provisions and guarantees. The marital rape exception clause “applied and administered by the public authority with an evil eye and an unequal hand so as to practically make unjust and illegal discrimination between persons in similar circumstances, material to their rights, the denial of equal justice”<sup>30</sup> which is within the prohibitions of the constitution. Through the constitution, the State is making a promise to its people to create a fair and equal climate for all, men and women. The constitution of India contains no bias or discriminatory tendencies towards women. On the contrary, it is the constitution that guarantees equality and liberty for all, to include women. Hence, where lies the disconnect between the supreme law of the land and an inferior criminal law provision that is, on its face, unconstitutional? The answer is society. India, to this day, is primarily a patriarchal society, seeing the equality of women as a threat to its authority. This supposed threat is the consequence of decades-old, outdated cultural beliefs that have simmered through all facets of society and remains one of the biggest obstacles to true equality for women. While the law can help women advance their quest for full equality, the law alone without changed attitudes will never lead to the sought-after liberation.

Furthermore, the distinction the marital rape exception clause creates between married and unmarried women establishes a classification in the eyes of the law has no rational basis. The Supreme Court of India in *Budhan Choudhry And Other v. The State of Bihar*<sup>31</sup> stated that “it is well-settled that while Article 14 of the Constitution forbids class legislation, it does not forbid reasonable classification for the purposes of legislation”.<sup>32</sup> The Justices created a two-pronged test<sup>33</sup> that must be to establish a permissible classification under Article 14. What this two-pronged test ultimately establishes is that there has to be some sort of “nexus between the basis of the classification and the object of the Act under consideration”.<sup>34</sup> Finally, Article 14 is very broad in that the Supreme Court of India has stated that “it is also well established ... that Article 14 condemns discrimination not only by a substantive law but

---

<sup>30</sup> *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356, 373 -374 (1886).

<sup>31</sup> *Budhan v. State of Bihar*, AIR SC 191 (India) (1955).

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> *Ibid.*

also by a law of procedure".<sup>35</sup> When applying this precedent by the Supreme Court of India to §375 it becomes abundantly clear that the marital rape exception clause contained therein is facially unconstitutional. First, the object and purpose of §375 are to prevent and punish rape. The law's object and purpose are to protect women from those men who attempt to engage in non-consensual sexual relations through force or otherwise. However, the marital rape exception clause contained in §375 carves out a sub-set of women to whom this protection does not apply, namely married women over the age of 18. This provision is clearly contradictory to the underlying object and purpose of §375. It is inconceivable that the purpose of the law is to prevent and punish rape, yet, an exception to the law authorizes rape in certain circumstances if you fall under a certain classification of women under the law. It is impossible to conclude under the Supreme Court's reasonableness test that the classification that §375 creates (married women and unmarried women) is based on "intelligible differentia". Rather, criminalizing rape against one class of women and legalizing rape against another class of women is an arbitrary classification that has no basis in the law. It has no rational relation to the object and purpose sought to be achieved by the statute (prevention and punishment of rape) and, as such, cannot meet the requirements the Supreme Court of India established in its two-pronged test in *Budhan Choudhry And Other v. The State of Bihar*, resulting in the conclusion that this exception in §375 is unconstitutional and must be struck down. The physical, emotional and psychological consequences of rape are the same for *all* women and are not mitigated by marriage. Besides encouraging men to rape their wives, the marital rape exception clause otherwise serves no intelligible purpose, is clearly against the object and purpose of §375, as well as other statutes, and violates various constitutional provisions and Supreme Court precedent.

## ***2. The right to life, liberty, and the security of person***

Article 21 of the constitution of India reads as follows:

"No person shall be deprived of his life or personal liberty except according to procedure established by law".<sup>36</sup>

As with all other provisions of the constitution of India, the Supreme Court of India ultimately holds the key to the interpretation of the provisions of the law of the land. In *Suchita Srivastava & Anr v. Chandigarh Administration*, the Supreme Court interpreted Article 21 in the context of a reproductive rights case and held that "there is no doubt that a woman's right to make reproductive choices is also a dimension of "personal liberty" as understood under Article 21 of the Constitution of India".<sup>37</sup> By its literal definition,

---

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> *Supra* note 24, art. 21.

<sup>37</sup> *Suchita Srivastava & Anr v. Chandigarh Administration*, 14 SCR 989 (India) (2009).

making choices regarding reproductive must include the choice to engage in sexual activity as reproduction can only be accomplished through sexual activity. Furthermore, in *Justice K.S. Puttuswamy (Retd.) v. Union of India*,<sup>38</sup> the Supreme Court of India held that:

“apart from being a natural law right, the right to privacy was held to be a constitutionally protected right flowing from Article 21. Privacy is an indispensable element of the right to life and personal liberty under Article 21 and as a constitutional value which is embodied in the fundamental freedoms ... of the Constitution”.<sup>39</sup>

The Supreme Court further stated that “decisional privacy allows individuals to make decisions about their own body and is an aspect of right to self-determination. It is underscored by personal autonomy, which prevents the State from using citizens as puppets and controlling their body and decisions”.<sup>40</sup>

None of these Supreme Court decisions distinguishes between married women and unmarried women nor do these decisions hold that the protections provided for in the constitution of India extinguish upon entering into marriage or any other arbitrary factor. Consequently, the Supreme Court of India clearly recognizes the right of all women to decide whether or not they wish to engage in sexual activities as enshrined in a right to privacy and decisional authority in controlling their own bodies as per Article 21 of the constitution of India. Thus, if from a constitutional standpoint, a woman can decide when and under what circumstances she desires to engage in reproductive or sexual activities, how that right can be lost through a statute that provides for an exception for marital rape? It cannot. If the constitution of India protects the safety and bodily autonomy of all women, without exception as to your marital status, then any law that calls for an opposite or conflicting result cannot stand and must be struck down based on strict constitutional norms. Any other interpretation is a violation of the law and an arbitrary construction of constitutional principles and Supreme Court precedent. Allowing the marital rape exception clause authorizes the State to control the bodies of women and deprive them of the ability to consent to or refuse sexual intercourse, the exact suggestion the Supreme Court of India held is unlawful and unconstitutional.

### **C. Decisions of the Supreme Court of India**

The limitations that are placed on the judiciary in India through the law, especially the marital rape exception clause, is disappointing. However, what is even more disappointing is the fact that women, to this day, suffer at the hands of men. Outlawing non-consensual sex within marriage must be the

---

<sup>38</sup> *K. S. Puttaswamy v. Union of India*, Writ Petition (Civil) No. 494 of 2012 (2017).

<sup>39</sup> *Id.*, 21.

<sup>40</sup> *Id.*, 310.

first and necessary step to change the mindset of society by providing the message that dehumanizing treatment of women in marriage will no longer be tolerated. While the Indian judiciary has one of its hands tied behind its back, on the other hand, it refuses to give women the constitutional guarantees every Indian deserves. The fact that Indian society considers marital rape as an inevitable part of marriage is disturbing. However, just because something has been recognized as “normal” for centuries does not mean it is the right thing to do. While change requires the will of the people as well as the engagement of and empowerment through the government, one aspect the government of India is long due to provide to its female citizenry.

It is equally important to note that the Supreme Court of India has consistently held in various opinions that the law does provide extensive protections to women, including the right to refuse unwanted sexual advances by men.

### ***1. State of Maharashtra v. Madhukar Narayan***

In *State of Maharashtra v. Madhukar Narayan*<sup>41</sup> the Supreme Court of India set the groundwork for the argument that irrespective of a woman’s place or status in her life, she has a right to privacy, deserves the right of integrity of her body as well as the protection of the law, all facets that the marital rape exception clause denies married women. In this case, a police inspector, in uniform, went to the house of a woman and demanded sexual intercourse from her. When she refused, he attempted to rape her. Upon hearing cries for help, the woman’s husband and other villagers gathered outside of the house. The accused then called his police station and asked for officers to come to his location for assistance. Upon the arrival of the officers, the accused instructed his subordinates to place the woman he attempted to rape under arrest. His subordinates complied. The accused maintained that he came to the woman’s house to investigate a crime. He subsequently falsified documents and elicited false testimony from others to maintain his story. The woman filed a complaint against the accused and his behaviour which the police decided to investigate. Upon the conclusion of the investigation, it was determined that the accused attempted to rape the woman and he falsified records and elicited false testimony from others to maintain his lies. After the investigation, the accused was terminated from the police force. The accused filed a lawsuit with the High Court of Bombay. The High Court of Bombay sided with the accused and quashed his termination from the police force, arguing that the career of a police officer with years of service could not be terminated solely based on the uncorroborated words of a woman with loose moral character, as she was known to have sex with various men. The State appealed this ruling, which ultimately led this case to be heard by the Supreme Court of India.

---

<sup>41</sup> *State of Maharashtra and Another v. Madhukar Narayan Mardikar*, AIR 1991 SC 207 (India) (1990).

The Supreme Court of India held that: “Even a woman of easy virtue is entitled to privacy, and no one can invade her privacy when he likes. So also, it is not open to any and every person to violate her person when he wishes. She is entitled to protect her person if there is an attempt to violate it against her wish. She is equally entitled to the protection of the law. Therefore, merely because she is a woman of easy virtue, her evidence cannot be thrown overboard.”<sup>42</sup> This case clearly illustrates that Indian law does provide various protections to women, irrespective of who they are and what stage of their lives they may be in. Yet, the same rights that the Supreme Court acknowledges exists for women cannot be, at the same time, taken away through the marital rape exception clause. Such a conflict in laws must clearly give way to the interpretations of the Supreme Court of India as well as the constitution of India. As held by the Supreme Court, “even a woman of easy virtue”<sup>43</sup> is entitled to basic rights of autonomy over her body and nobody can invade that privacy as he pleases. This is an instrumental holding by the highest court of the land as it clearly establishes an inviolable privacy interest of women in their bodies. The Supreme Court did not distinguish between married women or single women in their ruling and merely referenced the term “woman,” from which can be deduced that this right applies to all women. But what is even more clarifying is the fact that the Supreme Court said that even a woman of easy virtue, which can be defined as a woman who may sleep with various men or a woman of loose moral character is entitled to this basic right of privacy over her body which nobody can pierce without consent. Hence, a married woman should also certainly enjoy the same rights and must be protected by the same laws. The marital rape exception clause stands in clear violation of these basic principles and must be abolished as unconstitutional and clearly unlawful.

## ***2. Bodhisattwa Gautam v. Subhra Chakraborty***

In *Bodhisattwa Gautam v. Subhra Chakraborty*<sup>44</sup>, the accused, a university professor, convinced one of his students to repeatedly have sex with him by giving her false assurances of marriage. The young woman became pregnant twice and the professor insisted to abort the pregnancies, always falsely promising the young woman that marriage would commence if she listened to him. The woman continued to have sex with the accused based on false assurances and after several years of living with her, the accused abandoned the young woman. The young woman filed criminal charges against the accused for rape allegations, and also requested from the court that the accused should be ordered to pay compensation to her until the resolution of the criminal charges against him.

---

<sup>42</sup> *Id.*, § 8.

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> *Bodhisattwa Gautam v. Subhra Chakraborty*, AIR 1996 SC 922 (India) (1995).

This case is very fundamental as it, amongst other things, stands for the proposition that certain fundamental rights, such as the right to life, under the constitution of India are simply absolute in that they cannot be contradicted or diminished by any other law. These rights provide such fundamental protections to all people of India that any act of the legislature that goes against these fundamental rights is *ultra vires*.<sup>45</sup> “Any of the Fundamental Rights guaranteed in Part III of the Constitution, can declare an Act to be *ultra vires* or beyond the competence of the legislature”.<sup>46</sup> The Supreme Court of India “has, innumerable times, declared that “right to life” does not merely mean animal existence but means something more, namely, the right to live with human dignity”.<sup>47</sup> The right to live with human dignity includes the right to autonomy over one’s own body. The Supreme Court recognizes in this case, the hardships women in India suffer and takes a firm stance that any sort of discriminatory behaviour towards women shall not be tolerated any longer.

“Unfortunately, a woman, in our country, belongs to a class or group of society who are in a disadvantaged position on account of several social barriers and impediments and have, therefore, been the victim of tyranny at the hands of men with whom they, fortunately, under the Constitution enjoy equal status. Women also have the right to life and liberty; they also have the right to be respected and treated as equal citizens. Their honour and dignity cannot be touched or violated. They also have the right to lead an honourable and peaceful life. Women, in them, have many personalities combined. They are Mother, Daughter, Sister and Wife and not play things for centre spreads in various magazines, periodicals or newspapers nor can they be exploited for obscene purposes. They must have the liberty, the freedom and, of course, independence to live the roles assigned to them by Nature so that the society may flourish as they alone have the talents and capacity to shape the destiny and character of men anywhere and in every part of the world”.<sup>48</sup>

This recognition by the Supreme Court is tremendous considering the plight many women go through at hands of their husbands, particularly based on the marital rape exception clause. At the same time, the Supreme Court of India came to this realization in 1995, almost 25 years ago. In 1995, the Supreme Court of India, by penning these very important 179 words provided the blueprint for India in how to treat women but also the blueprint that must serve as the sword that finally cuts through the marital rape exception clause in §375 of the IPC. Recognition of basic, fundamental rights does not decay over time. It becomes stronger. In 2019, the need for reforms is needed more than ever. Married women can no longer be said to have equal status with

---

<sup>45</sup> *Ultra Vires* Definition, [https://www.law.cornell.edu/wex/ultra\\_vires](https://www.law.cornell.edu/wex/ultra_vires) (last visited Dec. 31, 2020).

<sup>46</sup> *Supra* note 44, 6.

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> *Id.*, 7.



men under the constitution of India, yet, be treated differently under the marital rape exception clause. As the Supreme Court has further held:

“Rape is thus not only a crime against the person of a woman (victim); it is a crime against the entire society. It destroys the entire psychology of a woman and pushed her into deep emotional crises. It is only by her sheer will power that she rehabilitates herself in the society which, on coming to know of the rape, looks down upon her in derision and contempt. Rape is, therefore, the most hated crime. It is a crime against basic human rights and is also violative of the victim’s most cherished of the Fundamental Rights, namely, the Right to Life contained in Article 21. To many feminists and psychiatrists, rape is less a sexual offence than an act of aggression aimed at degrading and humiliating women. The rape laws do not, unfortunately, take care of the social aspect of the matter and are inept in many respects”.<sup>49</sup>

India must finally recognize that marriage cannot legalize rape. The Supreme Court has recognized this almost a quarter-century ago and now it is time for the State of India to do the same.

### *3. Independent Thought v. Union of India*

In this 2017 landmark opinion, the Supreme Court of India considered whether sexual intercourse between a man and his wife being a girl between 15 and 18 years of age is rape. The Supreme Court considered this very narrow question, deliberately avoiding the issue whether marital rape of a woman over the age of 18 ought to be criminalized. India’s supreme jurists held that “sexual intercourse with a girl below 18 years of age is rape regardless of whether she is married or not”.<sup>50</sup> Most importantly, the Supreme Court held that:

“The exception carved out in the IPC [Indian Penal Code] creates an unnecessary and artificial distinction between a married girl child and an unmarried girl child and has no rational nexus with any unclear objective sought to be achieved. The artificial distinction is arbitrary and discriminatory and is definitely not in the best interest of the girl child. The artificial distinction is contrary to the philosophy and ethos of Article 15(3) of the Constitution as well as contrary to Article 21 of the Constitution and our commitments in international conventions. It is also contrary to the philosophy behind some statutes, the bodily integrity of the girl child and her reproductive choice”.<sup>51</sup>

The ideas mentioned above essentially capture the entire argument that this paper attempts to make. While the Supreme Court of India has confirmed the unconstitutionality of the marital rape exception clause in the Indian Penal Code, albeit, in a narrow scope, it too makes an arbitrary and discriminatory

---

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> *Independent Thought v. Union of India* 10 SCC 800 (India), 1 (2017).

<sup>51</sup> *Id.*, 1-2.

distinction between young girls, ages 15 to 17, and older girls who are 18 and older. What is the rational nexus or objective of having a marital rape exception clause for girls who are 18 and older? How is the legalization of marital rape of women 18 and older not an arbitrary and discriminatory distinction contrary to the philosophy and ethos of various constitutional articles and India's commitments under international conventions? Do not married women 18 and older have a right to their bodily integrity and reproductive choice? These are all questions the Supreme Court of India did not answer in this monumental decision, however, arguably, the same legal principles that the Court stated that apply to married children ought to apply to married women. Opponents of this idea may argue that the Indian judiciary essentially carved out a statutory rape exception for any sexual acts with women below the age of 18. While that argument at first glance makes sense, it is important to note that the constitution of India, as well as previous Supreme Court of India precedent, do not create an arbitrary age group of women who are entitled to the protection of constitutional rights. Furthermore, any statutory rape argument usually hinges on the fact of consent, the idea being that a certain age group of individuals is too young to make an informed decision about sexual activity. While that argument is generally correct, the word rape also implies the non-consensual taking of sexual intercourse. Whether or not a girl who is 18 or older has the legal capacity to consent is irrelevant as rape almost always is perpetrated without the consent of the other party. As such, that argument must fail. Ultimately, one of the rights being violated is the bodily integrity of a human being, irrespective of age, and, as such, cannot be defined to be a crime only in a particular set of circumstances. A 15-year-old married girl is as much a human being as a 19-year-old married woman. They both are entitled to the same protections under the law and any other result is manifestly unjust and contrary to the ethos of the constitution of India. The Court noted in this case that "there is a plethora of material to clearly indicate that sexual intercourse with a girl child below the age of 18 years (even within marriage) is not at all advisable for her for a variety of reasons, including her physical and mental well-being".<sup>52</sup> However, it is irrational to believe that a married woman's physical and mental well-being, when she is raped by her husband is less affected than that of a girl below the age of 18.

The Court also reiterated in its decision that:

"It must be remembered that those days are long gone when a married woman or a married girl child could be treated as subordinate to her husband or at his beck and call or as his property. Constitutionally a female has equal rights as a male and no statute should be interpreted or understood to derogate from this position. If there is some theory that propounds such an

---

<sup>52</sup> *Id.*, 18.

unconstitutional myth, then that theory deserves to be completely demolished”,<sup>53</sup> and tradition and custom cannot trump constitutional provisions.

The marital rape exception clause cannot be viewed through the lens of tradition and history, but must be considered “with the social realities of today”.<sup>54</sup> “If times and situations change, so must views, traditions and conventions”.<sup>55</sup> “Apart from constitutional and statutory provisions, constitutional morality forbids us from giving an interpretation to Exception 2 to Section 375 of the IPC that sanctifies a tradition or custom that is no longer sustainable. The view that marital rape of a girl child has the potential of destroying the institution of marriage cannot be accepted”.<sup>56</sup>

The fact that rape, in general, is an abhorrent crime is not disputed by the Supreme Court of India in this case. It is also not disputed that rape is per se a criminal offense. Every argument the Supreme Court made in this case, albeit only limited to married girls between the ages of 15 and 18, is exactly the same argument and reasoning for any married woman above the age of 18. Any classification that law makes to differentiate people, or a group of people, must have some logical nexus to a goal that the State wants to achieve. There is no logical argument to be made why a girl who is 17 and raped by her husband has not endured the same crime as a girl who is 18 years and more. Rape remains a rape, irrespective of the age of the victim and, unfortunately, the Supreme Court of India has not committed to those words in their holding. For now, the Supreme Court has held that the marital rape exception clause is unconstitutional as to a specific age group of girls. While that is a good step forward, it remains a decision on shaky legal ground. Unconstitutionality is generally not determined by the age of a victim rather by the incompatibility of superior law to inferior law. While this case provides the blueprint for the legal arguments to be made on why the marital rape exception clause is unconstitutional, it remains to be seen when the Supreme Court of India decides to officially pen an official decision to finally strike down the marital rape exception clause for good. If marital rape violates a young girl’s constitutional and human rights, it also violates a young woman’s constitutional and human rights. Age cannot be the determining factor as to the constitutionality of a legal principle.

## II. India’s International Human Rights obligations

Discrimination and violence against women are not just problems in India but also in many, if not all, countries around the world. While domestic changes are the most powerful measures to take for countries to effectuate

---

<sup>53</sup> *Id.*, 52.

<sup>54</sup> *Id.*, 55.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> *Id.*, 57.

within their borders, many countries also sign on to international obligations to address various issues, to include discrimination and violence against women. The primary problem with international treaties is that many countries sign on to the various treaties in existence that address a certain problem or a set of problems, yet, when it comes to actual implementation within their own countries, many countries fail to act or fail to act in a timely fashion. It is undisputed that “violence against women under international law includes physical, sexual and psychological violence occurring in the family, including battering ..., marital rape, ... and violence related to exploitation”,<sup>57</sup> including any gender-based violence that is excused by a State.

### **A. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)**

CEDAW is an extremely significant, and maybe the most important, international human rights treaty devoted to gender equality. The basic ideas that CEDAW promulgates can be summarized as follows:

1. Women are inherently equal to men in all regards;
2. Signatory’s domestic laws should reflect that equality.

Article 1 of CEDAW<sup>58</sup> encapsulates the definition of what “discrimination against women” means in this context. The State of India ratified CEDAW on 9 July 1993. India filed two declarations and one reservation.<sup>59</sup> Even taking these declarations and the reservation into account, India has undertaken the international obligation to eliminate any distinction between men and women based on sex, irrespective of their marital status, amongst other obligations, in nearly all spheres of society. Despite the undertaking of these international, legal obligations, it is evident by analyzing India’s domestic laws, particularly the marital rape exception clause of §375 of the IPC, that India is far from keeping its promises to the international community. The marital rape exception clause is in direct violation of Article 1 of CEDAW, and yet India has done nothing to strike down that unconstitutional provision in their domestic laws.

#### **1. General Recommendation 19 of the CEDAW Committee**

CEDAW, in and of itself, does not mention the term “gender violence”. However, the United Nations and various other treaties have concluded that violence against women exemplifies the evil that prejudices the exercise of

---

<sup>57</sup> United Nations, Rep. of the Fourth World Conference on Women, § 112, 113, 117, 118, U.N. Doc. A/CONF.177/20/Rev. 1 (1996).

<sup>58</sup> UN General Assembly, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, art. 1 (1979).

<sup>59</sup> Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-8&chapter=4&lang=en#EndDec](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en#EndDec) (last visited Dec. 31, 2020).

women's rights, whether this violence occurs in the public sphere or the private sphere. "The CEDAW Committee has specifically identified these rights as being impaired or entirely nullified by gender violence".<sup>60</sup> In its General Recommendation 19, the CEDAW Committee clarified that "gender-based violence is a form of discrimination".<sup>61</sup> However, the committee went even further in declaring that family violence, including rape, "impairs or nullifies the enjoyment by women of human rights and fundamental freedoms<sup>62</sup> under general international law or under human rights conventions, (and) is discrimination within the meaning of article 1 of the Convention".<sup>63</sup>

While General Recommendation 19 has no binding legal status, the recommendations that are produced by the committee on the Elimination of Discrimination against Women are nonetheless of great legal importance and value and must not be disregarded. The committee's recommendations are generally considered "soft law",<sup>64</sup> and are considered interpretations to CEDAW to which many nations have legally signed on. Completely ignoring these recommendations would be reckless on the part of countries who have signed on to and ratified CEDAW.

Under General Recommendation 19, "any form of gender-based violence is discrimination".<sup>65</sup> When analyzing the importance of the recommendations provided in General Recommendation 19, one must first consider the object and purpose of CEDAW. CEDAW was enacted to recognize and eliminate all forms of gender violence and to identify practices that countries ought to analyze when developing countermeasures directed to any form of discrimination against women. While recognition is the first step, without fully understanding or internalizing the true meaning of the words in CEDAW simply makes the words meaningless.

When analyzing the marital rape exception clause in the light of CEDAW and General Recommendation 19, it is important to note that the marital rape exception clause legalizes a form of gender-based violence simply because the victim is a married woman. Paragraph 6 of General Recommendation 19 provides that "the definition of discrimination includes gender-based violence, that is, violence that is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately".<sup>66</sup> The marital rape exception clause of §375 is only directed against married women and since

---

<sup>60</sup> Melanie Randall, Vasanthi Venkatesh, *The Right to No: The Crime of Marital Rape*, Women's Human Rights, and International Law, 41 *Brook. J. Int'l L.* 153, 178 (2015).

<sup>61</sup> CEDAW General Recommendation No. 19: Violence against Women (1992).

<sup>62</sup> *Id.*, art. 7.

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> Soft Law and Legal Definition, <https://definitions.uslegal.com/s/soft-law/> (last visited Dec. 31, 2020).

<sup>65</sup> *Supra* note 61, § 1.

<sup>66</sup> *Id.*, § 6.

this exception only applies towards women, it affects women disproportionately.

Furthermore, under Article 1 of CEDAW, General Recommendation 19 clarifies that women have a right to equal protection under the law as well as the right to liberty and security of the person, amongst other rights.<sup>67</sup> This is a crucial aspect of the understanding of CEDAW since the marital rape exception clause completely fails to recognize any of these rights. As previously discussed, the constitution of India secures the same legal rights for all people of India as the supreme law of the land. While General Recommendation 19 has no legally-binding status, India cannot avoid the fact that its constitution, as well as a treaty India voluntarily signed on to, provide for basic protections of women which are legally enforceable, if not by CEDAW or General Recommendation 19 then at least through the constitution of India. Not giving married women the equal protection of the law and the right to liberty and security of their person falls squarely outside the object and purpose of the entire CEDAW construct. The more reasonable argument is that India knows that the marital rape exception clause is illegal, yet, attempts to justify its existence through other means. However, those other means do not have the force of law, hence, are meaningless.

Another key provision of General Recommendation 19 is that “States may also be responsible for private acts if they fail to act with due diligence to prevent violations of rights or to investigate and punish acts of violence”.<sup>68</sup> One of the main arguments made by India is that India cannot be held responsible by acts of private persons since India is not aware of the acts as they are being perpetrated in the sanctity of a private person’s home, away from the reach of the force of the government. However, that argument is not only logically flawed, it is just another excuse provided by the government to justify its patriarchal and misogynistic system. The due diligence principle essentially prescribes the obligations a country has to prevent certain human rights violation and, if it fails to do so, the country can be held legally responsible for said violations.

Given the state of India’s domestic law, constitutional law and international obligations, India is obliged to prevent marital rape and, if it occurs, can and must be held responsible, even for purely private acts that the government may not have immediate knowledge of. One might argue that attaching such obligations to a sovereign nation for acts of private actors cannot be what the due diligence principle stands for or how it has been interpreted through judicial decisions. Yet, that argument must fail since the State apparatus, through its legislature and judiciary, has created the situation itself that allows husbands to freely rape their wives to the detriment of the

---

<sup>67</sup> *Id.*, § 1.

<sup>68</sup> *Id.*, § 9.

rights recognized in Indian domestic law, constitutional law and India's international obligations. A State cannot hide behind the veil of ignorance if it is the State that created the condition that subjects married women to the discriminatory and atrocious behaviour that the State must prevent under its laws and its constitution. Only a State can create such a climate of impunity. India has brought itself into this predicament and therefore must be held responsible for all consequences of the condition that it created. Any other interpretation of the state of the law would provide India with an unreasonable and immoral mechanism to hide behind ignorance. Further, India cannot establish legal measures against this discriminatory and criminal behaviour against married women if it legalized it in the first place. India's argument that family is immune from State intervention is also flawed since a myriad of other laws criminalize behaviour that occurs within the realm of family. The oppression of women by their husbands cannot be beyond the State's reach as such an interpretation would be obscure and illogical considering the legal context. The countermeasures India is obliged to take according to the due diligence standard already exists (criminalization of rape and prescribe punishments). India merely needs to acknowledge the full equality of women in society, as it has pledged to do through its own laws and international obligations.

## **2. General Recommendation 28**

While General Recommendation 19 laid out the legal protections that women must be provided under CEDAW and the responsibilities of States in enforcing those rights, General Recommendation 28 continues on the path of providing the legal framework signatory States need to internalize, respect and promote to protect women from discrimination in its all forms, as required by CEDAW. Under CEDAW, State parties cannot just sit back and rest on the words on paper, however, the obligation to respect women requires that State parties take a wide variety of steps to ensure that women enjoy equal rights to men in all aspects of life, *de facto*<sup>69</sup> and *de jure*.<sup>70</sup>

"The obligation to respect requires that States parties refrain from making laws, policies, regulations, programmes, administrative procedures and institutional structures that directly or indirectly result in the denial of the equal enjoyment by women of their civil, political, economic, social and cultural rights. The obligation to protect requires that States parties protect women from discrimination by private actors and take steps directly aimed at eliminating customary and all other practices that prejudice and perpetuate

---

<sup>69</sup> "In fact." De Facto Definition, <https://www.dictionary.com/browse/de-facto> (last visited Dec. 31, 2020).

<sup>70</sup> "According to law." De Jure Definition, <https://www.dictionary.com/browse/de-jure?s=t> (last visited Dec. 31, 2020).

the notion of inferiority or superiority of either of the sexes, and of stereotyped roles for men and women".<sup>71</sup>

Concerning the marital rape exception clause in §375, it is evident that the legislature has made a law that directly results in inequality for married women as to their social and personal rights. Instead of pursuing their obligation to protect, the State created a realm of discrimination and criminality for married men to "enjoy" while, at the same time, targeting women, thereby "perpetuating the notion of inferiority".<sup>72</sup> Under General Recommendation 28, State parties need to recognize that they have a duty to protect towards all women and not just a sub-set of women. As §375 directly discriminates against married women, another, a basic requirement of CEDAW is violated by Indian authorities.

"States parties have an obligation not to cause discrimination against women through acts or omissions; they are further obliged to react actively against discrimination against women, regardless of whether such acts or omissions are perpetrated by the State or by private actors".<sup>73</sup>

There is no more fundamental way a State can "act" than through the enactment of laws. By enacting laws, a State creates positive and negative obligations on its citizenry and itself. Through the exception clause in §375, India has "acted" in a way that does not conform to its responsibilities and obligations in domestic, constitutional or international law. India is, by maintaining this exception, actively perpetuating discrimination against married women. Through its acts, India created the discriminatory climate, hence, is responsible for any negative consequences that result from its actions. By having this exception on the books, India is directly violating its due diligence responsibilities on a variety of legal grounds. India is "thus obliged to ensure that private actors do not engage in discrimination against women as defined in the Convention".<sup>74</sup> The full realization of women's rights, a duty India undertook, cannot be realized when discrimination against women is still pervasive in its domestic laws. If the meaningful implementation of the concepts of CEDAW is truly the desired end-state for India, meaningful changes need to happen immediately. A good start is to strike down the marital rape exception clause of §375 of the Indian Penal Code.

### **3. General Recommendation 35**

General Recommendation 35 complements and updates General Recommendation 19. Pursuant to the CEDAW Committee, "gender-based

---

<sup>71</sup> UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW), General Recommendation No. 28 on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, § 9 (2010).

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> *Id.*, § 10.

<sup>74</sup> *Id.*, § 13.



violence against women is one of the fundamental social, political and economic means by which the subordinate position of women with respect to men and their stereotyped roles are perpetuated".<sup>75</sup> Gender-based violence against women, which includes marital rape, is

"rooted in gender-related factors such as the ideology of men's entitlement and privilege over women, social norms regarding masculinity, and the need to assert male control or power, enforce gender roles or prevent, discourage or punish what is considered to be unacceptable female behavior. Those factors also contribute to the explicit or implicit social acceptance of gender-based violence against women, often still considered a private matter, and to the widespread impunity in that regard".<sup>76</sup>

One of the most complex aspects of studying the situation of women in marriage, and forms of violence which occur within this institution, is the private nature in which these atrocious acts are committed against women. General Recommendation 35 establishes that gender-based violence can occur in all spheres of human interaction, whether public or private, and such violence can result "from acts or omissions of State or non-State actors".<sup>77</sup> It can be deduced from the plain reading and interpretation of General Recommendation 35 that if a State empowers<sup>78</sup> private actors to engage in certain discriminatory behavior against women and fails to take *all* appropriate legal actions and measures to prevent acts of gender-based violence, such actions can then be attributed to the State. This is especially true when the State is aware or *should be aware* that certain conditions that the State condones have a high likelihood in resulting in gender-based violence against women. It is important to note that only a State or a government can give official authority or legal power to its citizens to do something or prevent them from doing something. Therefore, if a State legalizes human rights violations, even though such a law is on its face illegal, any consequences resulting from those actions or the sphere of action the government has created thereby must be attributable to the State.

In the case of India, the marital rape exception clause in §375 not only promotes gender-based violence (rape), but it perpetuates impunity for such acts. By creating this environment, irrespective of the reasons for doing so, the State of India is aware or, at the bare minimum, *should be aware* that this exception results in human rights violations. The State is simply willing to look the other way. It is this indifference that requires that the State be held responsible for any and all violations that are enabled through its laws. The

---

<sup>75</sup> UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW), General Recommendation No. 3535 on gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19, § 10 (2017).

<sup>76</sup> *Id.*, § 19.

<sup>77</sup> *Id.*, § 20.

<sup>78</sup> "To give official authority or legal power to" Empower Definition, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/empower> (last visited Dec. 31, 2020).

European Court of Human Rights is one of the preeminent institutions in the interpretation of human rights laws. While its decisions are technically not binding on India, the analysis and structure of its decisions provide exceptional legal interpretation on human rights issues which the State of India should follow or, in the alternative, which should be used to create positive obligations for the State of India. In 2009, the European Court of Human Rights in its judgment in *Opuz v. Turkey*<sup>79</sup> held “governments accountable for failing to take adequate steps to protect victims of repeated domestic violence, even absent any active malfeasance on the state’s part”.<sup>80</sup> In Europe, this was an important human rights case because the court essentially held that governments have an obligation to protect women, even in matters that relate solely to the family.

The fact that governmental authorities do not offer any sort of safeguards or protections to Indian women against marital rape is a form of gender-based discrimination as this lack of protection only applies to women, particularly married women. While the State of India might argue that it cannot be held responsible for merely private matters that are not reported to its authorities, that argument must fail since §375 does not provide for any reporting mechanisms as marital rape is legalized through this statute. Moreover, opponents of any sort of governmental interference into private, marital matters might argue that any sort of governmental interference into the marriage of two individuals is excessive and cannot be tolerated. However, even that argument must fail as States routinely legislate in all spheres of human interaction, to include what could be considered purely private matters. As such, setting limitations on how a man can or cannot treat a woman during the marriage would be no different. “Respecting private and family life may include a duty to maintain and apply in practice an adequate legal framework affording protection against acts of violence by private individuals”.<sup>81</sup> The European Court of Human Rights in *Kontrová v. Slovakia* established a test when a State must act to protect an individual:

“For a positive obligation to arise, it must be established that the authorities knew of or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk”.<sup>82</sup>

There is a realistic, clear, and real danger that the marital rape exception clause poses a danger to women in India, as such, the State of India has an

---

<sup>79</sup> *Opuz v. Turkey*, App. No. 33401/02 (Eur. Ct. H.R., 2009).

<sup>80</sup> Tarik Abdel-Monem, *Opuz v. Turkey: Europe’s Landmark Judgment on Violence Against Women*, 17 Human Rights Brief 29, 29 (2009).

<sup>81</sup> *Bevacqua and S. v. Bulgaria*, App. No. 71127/01, § 65 (Eur. Ct. H.R., 2008).

<sup>82</sup> *Kontrová v. Slovakia*, App. No. 7510/04, § 50 (Eur. Ct. H.R., 2007).

obligation to intervene. “The State’s failure to protect women against domestic violence breaches, at the bare minimum, their right to equal protection of the law and ... this failure does not need to be intentional”.<sup>83</sup> However, India’s tolerance of the marital rape exception clause is an intentional act by the State that sets the stage for massive human rights violations. Women suffer the consequences of this exception without being afforded any recourse or protection by the law. Human rights are the same whether they are applied in Europe, India, or anywhere else in the world. These are universal rights that go beyond the boundaries of nations. As such, the decisions and analysis by the European Court of Human Rights should be looked at favorably and treated as binding, customary international law. Through the indifference to and tolerance of marital rape, the State of India is complicit in every instance of rape that women endure in abusive marriages. This systemic problem must be addressed by the State of India and it is the responsibility of the State to protect its women who live through this form of gender violence.

## **B. International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)**

Article 7 of the ICCPR states that no person can be subjected to “cruel, inhuman or degrading treatment or punishment”.<sup>84</sup> According to General Comment 20, “the aim of the provisions of article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights is to protect both the dignity and the physical and mental integrity of the individual. It is the duty of the State party to afford everyone protection through legislative and other measures as may be necessary against the acts prohibited by article 7, whether inflicted by people acting in their official capacity, outside their official capacity or in a private capacity”.<sup>85</sup> Further analyzing the language of article 7, it becomes clear that individuals have a right over their bodily integrity as well as their mental integrity which no person shall take away from another without due consent. As a signatory to the ICCPR, India has obligations to discourage violations of article 7 as well as erect legal barriers to prevent the encroachment of rights that this international covenant protects. However, the marital rape exception clause essentially provides amnesty to rape within marriage and, as such, is incompatible with the positive obligations that India has to provide women with the protection from such maltreatment in its jurisdiction. By allowing the marital rape exception clause to exist, India is encouraging and tolerating the very violation of bodily integrity, that article

---

<sup>83</sup> *Id.*, § 191.

<sup>84</sup> International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), adopted December 16, 1996, G.A. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, entered into force March 23, 1976, ratified by India on April 10, 1979, art. 7.

<sup>85</sup> UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), § 2 (1992).

7 of the ICCPR aims to protect. Therefore, besides being a signatory to this international covenant, India has yet to provide and develop actual remedies to the people this article aims to protect. Not surprisingly, the very bodily integrity that article 7 protects is also protected by the Indian constitution. Hence, India has an international obligation as well as a domestic obligation in ensuring the protection these two legal sources demand, however, if India fails to act on its positive obligations, the State must be held responsible.

***1. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESC)***

Article 12 of the ICESCR states that “State Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health”.<sup>86</sup> Pursuant to General Comment 14, Article 12 of the ICESCR needs to be read considering the context of gender-based violence and its repercussions on the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health.<sup>87</sup> Reading article 12 in that light, the marital rape exception clause is in stark contrast to the obligation article 12 envisions. A married woman in India who may be the victim of marital rape cannot be said to enjoy the highest attainable standard of physical and mental health when she is subjected to a violation of her bodily integrity and mental well-being by her husband. Allowing rapists to shield themselves with the marital rape exception clause leaves victims far from the attainment of the highest possible physical and mental health. In fact, this statutory provision may have the opposite effect, harming the protected rights under article 12 by leaving potential victims hopeless and helpless because the crime they suffered is legally shielded from prosecution and any attainment of justice. As a signatory to the ICESCR, India has a duty to create an environment that protects the rights it is obligated to protect through this covenant. Creating such an environment can only be achieved if provisions such as the marital rape exception clause are forever eliminated from the law books of India. While that appears to be an obvious step, it is the first step India must take to implement the positive obligations it has signed onto in the international arena.

---

<sup>86</sup> UN General Assembly, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, § 3 (1976).

<sup>87</sup> UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 14, The right to the highest attainable standard of health (Twenty-second session, 2000), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, § 35 (1994).

### **III. National reforms are required by the central government to preserve the rule of law and not the rule of culture**

Through its decisions in *Independent Thought v. Union of India* ((2017) 10 SCC 800), *State of Maharashtra v. Madhukar Narayan* ((1991) 1 SCC 57) as well as *Bodhisattwa Gautam v. Subhra Chakraborty* (1996 SCC (1) 490), and other cases, the Supreme Court of India has already laid the groundwork for the complete abolishment of the marital rape exception clause. It has become evident throughout various Supreme Court precedent that certain fundamental constitutional rights do apply to all people of India, including women in all stages of their lives, amongst other things guaranteeing the integrity of their bodies as well as the right to sexual integrity and reproductive choice. These fundamental rights are further linked to other fundamental constitutional rights such as equality before the law. In analyzing these legal principles, it becomes increasingly difficult for the State of India to justify the marital rape exception clause. The Supreme Court of India has already held that the marital rape exception clause as it pertains to young girls between the ages of 15 and 18 is unconstitutional. While the Supreme Court has deliberately not addressed this issue for adult married women, it is an increasingly difficult argument for the State of India and the Indian judiciary to make that a law that has been deemed unconstitutional as to one particular age group of women is not unconstitutional as it pertains to an older age group of women. The only way the State of India is trying to save this outdated rule is by relying on cultural norms. However, culture must evolve and the human rights of women cannot be violated because the culture has not adapted to the year 2019.

#### ***1. Repeal the Marital Rape Exception Clause***

The question then becomes, what are the obligations of the State of India in this regard? Primarily, the marital rape exception clause needs to be eliminated from the IPC. The Supreme Court of India has already provided the legal framework for doing so. The very first step the State of India must take is to make marital rape an actual crime in the IPC. One argument against the criminalization of marital rape is that Indian society will react unfavorably to any legislation that would criminalize marital rape based on cultural norms. This argument is not persuasive as the State of India takes routine legislative actions with which much of the population may not agree. Yet, once a rule has been signed into law, most Indians will likely feel a legal obligation to abide by the rules, particularly if a possible repercussion of violation are criminal sanctions. Just like laws evolve over time, so does the mindset of people. By not criminalizing this atrocious conduct, the State of India effectively sends the message to its people that rape is acceptable

conduct if the rapist and the victim are married. The longer this irrational message remains a legal defense, the less likely it will be that the mindset of people will change. The State of India needs to take the first step in eradicating this crime and in providing equality for all people, men and women, before the law.

One argument against the elimination of the marital rape exception clause might be that it will not lead to an increase in reporting of the crime due to the patriarchal nature of Indian society. While an immediate influx in reports may not result from the criminalization of marital rape, married women must be given *the choice* to report the crime when they are ready to do so. The first step towards full equality is to be given a choice. It is true that some women may not want to report their husbands even if their husbands have violated the most sacrosanct promise a man gives his wife during marriage, to protect her till death do them apart. However, equality under the law includes the right to speak up and the option of seeking the protection of the law and remedies through the law. The argument that a change would not yield the results sought is a fallacy. Even if only 1 out of 100 women decides to seek the protection of the law should she be the victim of marital rape, that alone must be deemed a success and that option and right must be afforded to all women.

## *2. Remove barriers to justice for the victims*

Changing the law alone will likely not yield the desired results. While India has various laws addressing rape, in general, it remains difficult for victims of rape offenses, particularly in the family setting, to obtain justice for themselves. One of the main issues is the fact that most victims are unaware what help and assistance they may be able to seek or are entitled to. Others may face the obstacle of being ostracized by their family on which they are dependent. These and other barriers tend to remove viable paths to seek justice from victims of gender-based violence suffered in the family, particularly marital rape. "India is a party to core human rights treaties that obligate the government to protect the rights of survivors of sexual violence".<sup>88</sup> "However, beyond the laws and institutions, India needs a concerted government effort to educate the public and alter mindsets, to enforce promised protections, and ensure legal safeguards".<sup>89</sup> As a first step, India needs to put an effective system in place throughout the country that allows victims of sexual violence to seek necessary medical services. Such rape or trauma centers should be staffed by specially trained doctors and psychologists who can tend to the victims' medical needs, particularly their physical and mental needs. Such centers can play an important role in

---

<sup>88</sup> Human Rights Watch, "Everyone Blames Me" Barriers to Justice and Support Services for Sexual Assault Survivors in India, 10 (2017).

<sup>89</sup> *Ibid.*

primarily ensuring medical care, however, also in the collection of evidence, should the victim desire judicial recourse.

### ***3. Adopt a Special Victim's Counsel Program***

Having faced extreme pressure on the handling of its rising sexual assault numbers, the United States military has adopted a Special Victims' Counsel program to provide victims of sexual assault with "victim-centered advice and advocacy through comprehensive, independent representation to sexual assault ... (by assisting) them in obtaining support and recovery resources, (promoting) greater confidence in the ... justice process".<sup>90</sup> These attorneys represent victims of sexual assault at every step of the legal process and ensure that their "rights to safety, privacy, and the right to be treated fairly and respectfully"<sup>91</sup> are enforced each step of the way throughout the judicial process. Providing a similar service to women in India who have suffered from such abuse has several advantages. First, it gives victims an additional resource they can consult to ascertain their rights. Second, it provides victims with a personal advocate who can navigate through the often-complex legal structures that need to be gone through to seek justice. Giving victims an advocate who will represent only their rights may be the first step victims may seek on the path of justice to hold their assailants responsible.

Additionally, having such an advocate may provide additional benefits. Assailants will be aware that the victim is represented by an officer of the court, which may provide additional security to the victim from potential reprisal actions by the assailant. Somewhere along the way, women were not given a voice. A program like this may provide advice, advocacy, and empowerment to many whose voices are often unheard. One of the main goals in a vast country like India must be an increase in trust and confidence in the criminal justice system. Often, being able to be heard and knowing that an advocate will be there for you until the conclusion of the process provides victims with the empowerment to hold their assailants accountable.

## **Conclusion**

The marital rape exception clause in §375 of the Indian Penal Code is an unconstitutional remnant of an outdated, patriarchal mindset that has not evolved with time. The Supreme Court of India has clearly illustrated that certain fundamental constitutional rights belong to all Indian people, men and women alike, and the superiority of constitutional norms cannot be subjugated by mere statutory provisions, at least not under the law. An analysis of the law and the constitution of India, and the Supreme Court's

---

<sup>90</sup> "Special Victims' Counsel Program", United States Air Force, [https://www.afjag.af.mil/Portals/77/documents/SVC/CLSV\\_Handout\\_2018.pdf?ver=2018-05-16-091142-727](https://www.afjag.af.mil/Portals/77/documents/SVC/CLSV_Handout_2018.pdf?ver=2018-05-16-091142-727) (last visited Dec. 31, 2020).

<sup>91</sup> *Ibid.*

interpretation thereof, makes it very clear that the marital rape exception clause is unconstitutional and must be struck down. India's international obligations also enshrine women's rights into the forefront of India's responsibilities of ensuring that men do not continue to reduce women to mere "property" but that they be elevated to an equal status to men. Ignoring the plight of married women diminishes the basic humanity of women. India has a responsibility of protecting its citizens, men and women alike, and its actions cannot be dictated by a fear of uprising should it dare to change the law. The people deserve more from a State that has sworn to uphold the law and the constitution it serves under. The law and the constitution have already spoken and declared the marital rape exception clause an unconstitutional piece of legislation. Now it is time for the State of India to take the lead and eradicate this provision once and for all. Following the law is sometimes harder than breaking the law, however, not following the law destroys the very fabric that a democratic society is built upon. What Indian women yearn for is a government with the integrity to tell the truth and the charisma to make people listen. The pain a lot of Indian women have suffered is, unfortunately, a necessary investment for progress and the law will continue to shed light on the unconstitutionality of the marital rape exception clause. The time has come for India to pick up the reins and uplift its women by challenging the status quo.

The conflict between the rule of law and the rule of culture must be tackled head on by the State of India. In many parts of India, cultural norms tend to prevail over the law. However, combating stereotypes, particularly those affecting women, is an important role the State of India needs to fulfill. Educating its citizens is a critical role the State needs to meet by sending the message that women are not reduced to "property" once they enter into marriage and that their legal rights and bodily autonomy do not cease to exist at the whim of a man. Providing the victims of sexual assaults with adequate support service will lead to their empowerment and provides the option of seeking justice. By leading a national movement in eradicating social stereotypes that keep women disenfranchised, the State of India can start the process of eliminating patriarchal stereotypes and increase awareness in society that women are truly equal to men, as the constitution prescribes. Not changing the status quo is to allow the rule of culture to prevail over the rule of law. A society where the rule of law does not prevail is a society that is doomed to fail.



*Aydan Mammadli\**

## DIGITAL EXHAUSTION

### **Abstract**

*Copyright owner has an exclusive right on distribution of his/her work. However, this right is restricted by “first sale” doctrine, which states, that after the first sale of the copyrighted work, distribution rights of the copyright owner is exhausted, and he/she cannot control future sale of the work. Talking about a physical copy of the book, no question arises regarding the application of the “first-sale” doctrine. If the author of the book, sells, gives as a gift, or in any other way transfers the property rights for the copy of the book to another person, he/she loses the control regarding the future sale and transfer of this very copy. However, we are only talking about this very copy, therefore it is illegal to make a copy of the copy and distribute and sell them. A question arises: What if the copy is not physical, but a digital copy? Can we apply the same rules, considering that a copy of physical copy can be determined easily, because of the low quality of each further made copy, while it is not the case regarding digital copies?*

*Intellectual property law has always been influenced by rapid developments in digital area and technological industry. In recent years, the distribution of copyrighted works concerns not only tangible, but also digital data. The reason for that is obvious: one downloads different kinds of data every day: music, apps, online games, PDF files, such as books, magazines, etc. Now only a few people use CD’s or DVD’s in order to listen to favorite music, or to watch films, TV shows, etc., since we already have such apps as YouTube, Netflix, Spotify, etc. which make it much easier and more comfortable. Would it be fair and appropriate to rely on the same approach with respect to digital works as related to physical works and their copies?*

*This article, therefore, comprises the overview of the “first sale” doctrine related to copyrighted works and their distribution and reproduction in the digital sphere, comparative analysis of different legal approaches regarding European and international legislation, and the problems and gaps existing in legislations and advantages and disadvantages of accepting the existence of digital exhaustion.*

### **Annotasiya**

*Müəllif öz əsərinin yayılması üzərində müstəsna hüquqa malikdir. Lakin bu hüquq “ilk satış” doktrinası ilə məhdudlaşdırılmışdır. Belə ki, əsərin ilk nüsxəsinin satışından sonra müəllifin həmin nüsxənin gələcəkdə yayılmasını: satışını və digər yolla özgəninkiləşdirilməsini idarə etmə hüququ itir. Əgər söhbət hər hansı kitabın fiziki nüsxəsindən gedirsə, “ilk satış” doktrinasının tətbiqi sual doğurmur. Kitabın müəllifi həmin kitabın ilk nüsxəsini birinə bağışlayarsa, satarsa, və ya digər yolla özgəninkiləşdirsə, o məhz bu nüsxə üzərində nəzarət hüququnu və nüsxənin gələcək satışını idarə etmək hüququnu itirir. Lakin söhbət yalnız həmin nüsxədən gedir, nüsxənin nüsxələrini çıxarıb onları yaymaq və özgəninkiləşdirmək isə qeyri-qanunidir. Lakin bu zaman sual yaranır. Bəs əgər nüsxə fiziki deyil, elektron olarsa, eyni qaydaların tətbiq olunması mümkündürmü? Əsərin fiziki nüsxəsindən çıxarılan hər növbəti nüsxədə yazıların, şəkillərin keyfiyyəti bir qədər azalır. Elektron nüsxələrə münasibətdə isə bunu anlamaq xeyli çətinləşir.*

---

\* LL.M in Intellectual Property Law, Technical University of Dresden, Germany.

*Əqli mülkiyyət hüququ hər zaman texnologiya sahəsində baş verən müntəzəm dəyişikliklərin təsirinə məruz qalır. Son illərdə, müəlliflik hüquqlarının tükədilməsi məsələsinin yalnız daşınabilən və fiziki deyil, rəqəmsal məlumatlara da şamil olunub-olunmaması sual doğurur. Bunun səbəbi isə aydındır: hər gün müxtəlif növ məlumatlar yükləyirik: musiqi, applikasiyalar, oyunlar, kitab, jurnal və digər PDF fayllar və s. Hal-hazırda çox az insan musiqi dinləmək, filmlər və televiziya verilişləri izləmək üçün CD, DVD-lərdən istifadə edir, çünki artıq YouTube, Netflix, Spotify kimi hər şeyi asanlaşdıran applikasiyalar mövcuddur. Bəs fiziki əsərlərə və onların nüsxələrinə şamil olunan qaydalar, xüsusən də müəlliflik hüququnun tükədilməsi rəqəmsal dünyaya da şamil oluna bilərmi?*

*Məqalənin məqsədi "ilk satış" doktrinasının rəqəmsal dünyada hələ də müəmmada qalan keçərliliyi məsələsini Avropa və beynəlxalq qanunvericilik çərçivəsində analiz etmək, bu sahədə yaranan problemlər və qanunvericilikdəki boşluqları müəyyənləşdirmək və rəqəmsal tükədilmənin müsbət və mənfi cəhətlərini aşkar etməkdir.*

## CONTENTS

Introduction.....	82
I. Application of digital exhaustion.....	85
A. Digital Exhaustion in EU legislation .....	86
B. CJEU approach to digital exhaustion.....	88
C. US approach to digital exhaustion.....	91
II. For or against? .....	94
A. Disadvantages of digital exhaustion .....	94
B. Advantages of digital exhaustion.....	95
Conclusion .....	96

## Introduction

**D**igital exhaustion is the exclusive right to authorize or prohibit any form of distribution to the public by sale or otherwise.<sup>1</sup> While continuous and progressive development in the technological area influences all areas of industry and business, the importance of the determination of rules regarding the digital (intangible) part of these areas arises. One of the most importance questions in this respect is, to what extent the protection and regulation of relationships in the digital area have to be solved the same way as in the non-digital area.

Nowadays, the transfer of the data, including copyrighted works is realized not only physically, but also via the internet. Moreover, a distribution of copyrighted works is accompanied by the exhaustion doctrine which "limits the rights-holder's exclusive right to distribute a protected work, where the distribution right is 'exhausted' following the first (authorized) sale of the work". As such, they cannot exist without each other. In that case, while

<sup>1</sup> Kevin Garnett, Jonathan Rayner James & Gillian Davis, Copinger and Skone James on Copyright, 392 (1999).

distribution right belongs exclusively to the copyright holder, the exhaustion rule creates a balance between the interests of the copyright holder as the creator of the particular work and public, which in the internet world is called - users. Hence, before exhaustion doctrine has been straightforwardly applied to physical works, the question arises: Does this doctrine apply to digital works, such as software, e-books?

Even though both in digital and non-digital world the works created by human are protected under and regulated by copyright law, the nature of digital works certainly differs from the physical ones, which lead to differences between the protection of the rights, enforcement of the legislation to both types of works. The issue of applicability of the “first-sale” doctrine regarding the digital copyrighted works is a complicated issue which is mostly to be analyzed on a case-by-case basis.

The works created by the author are accompanied by exclusive rights occurring from the creation of this work. Regarding to the Information Society Directive copyright holder possesses the following exclusive rights:

- a) right of reproduction;
- b) right of communication to the public;
- c) right of distribution.

Among these rights the one which mainly falls under the scope of this paper is distribution right. The reason is, that exhaustion rights arise in order to limit the distribution rights of the copyright holder, mainly with an aim to achieve a balance of interests and prevent the dysfunction of competition rules in the copyright marketplace.

Distribution rights entitle the copyright holder to demand that any kind of distribution of his work or copy of the work is possible only after his permission, therefore licensing. This right gives the right holder a dominant control in the market regarding his work. For instance, purchasing a new copy of a copyrighted book, offering *Breaking Bad* on Netflix, or even giving a friend the second copy of the copyrighted work, you have obtained from the rightsholder without his permission can trigger liability if there is no permission of the right holder.<sup>2</sup> However, this control is not unlimited since it would prevent the development of the market and restrict standard competition rules. To what extent this particular control exists is determined by the limitations and restrictions established by the legislation and precedents.

The problem with the licenses is that they may limit the user’s interaction with copyrighted work including the right to transfer since the license allows the right holder to exercise control over the content.

---

<sup>2</sup> John A. Rothchild, *The Incredible Shrinking First-Sale Rule: Are Software Resale Limits Lawful?*, 57 Rutgers Law Review (2004).

Actually, the aforementioned norms have to serve to the protection of both interests of the copyright holders and also the interest of the public. Intellectual property rights are always considered to entitle the right holder to give the licenses and thus to decide what the “fate” of the copies of his works will be and therefore lead to the dominant position of the right holder in the market and sometimes may prevent normal competition standards. Therefore, there needs to be a balance between these two interests and for this purpose, some limitations and restrictions regarding the exclusive rights of the right holder were established. One of these limitations is exhaustion, which is also called the “first-sale” doctrine.

The principle of exhaustion means, that once the right holder has placed his/her work on the market, he has no more control on the resale of his copyrighted work, hence the right to control the distribution of the work is exhausted.<sup>3</sup> For instance, if an author of the book sells the copy of his work to anyone, he loses the control over the future resale, or other ways of transfer of this particular copy. The person who bought this copy, obtains the property right for this very copy, therefore he has the rights arising from property rights. Once a given product has been sold under the authorization of the IP owner, the reselling, rental, lending and other third party commercial uses of IP-protected goods in domestic and international markets is governed by the principle.<sup>4</sup> A proper examination shows that the main rationale for the doctrine is to balance the rights of the right holder with the need to achieve a single internal market within the Union, free from barriers.<sup>5</sup> In legal literature, this principle is also called “first sale doctrine”, which means, that the right holder loses the control on resell, distribution of the copy of his work, once he sells it for the first time. This principle is considered as a clue to balance between interests of copyright holders, performers on the one hand, and the consumers on the other hand. Thus, the principle has to be applied properly, in order to hinder the violation of the rights of all parties subject to the license agreement. There are some criteria that should be met in order to automatically apply the exhaustion rule:

- a) the right holder or another person with the authorization who can;
- b) lawfully distributes, and what is more transfers the ownership over;
- c) the original or the copy of the protected subject matter;

---

<sup>3</sup> Emma Gallacher, Sean Jauss, Exhaustion of copyright (2014), <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=29f0d605-aae8-4163-966b-3d2acb0ba3a3#:~:text=The%20principle%20of%20exhaustion%20is,owner%20or%20with%20their%20consent> (last visited Nov. 27, 2020).

<sup>4</sup> International Exhaustion and Parallel Importation, WIPO (2015).

<sup>5</sup> Tritton on Intellectual Property in Europe, 639 (1996).

d) the rightful owner, which possesses the ownership of the subject matter, may resell the copy without the further consent and authorization of the author.<sup>6</sup>

But to what extent do these rules apply to digital works? Are these 4 criteria enough for setting exhaustion in digital sphere as well?

Digital distribution of copyrighted works causes the importance of regulating the legal acts occurring from these processes.

Digital distribution is the distribution of any digital content, including e-books, PDFs, games, software, photos and videos, etc. through download, thus digital distribution is handled through platforms that are designed to stream the digital content or allow the content to be downloaded. The feature that makes it hard to determine, is the intangibility of the copies. As it was mentioned before, the person who receives the copy of the book by the author, has the property right only on this particular copy, thus it is prohibited to make further copies and share them with others.

Certainly, tangible copies are easier to distinguish, because their quality can worsen. For instance, the second copy of the book, or image will not be as qualitative as the first one, the letters will be less and less readable by each further copy. However digital copying is a quite easy process, you can copy the text and paste it, or even write the same again, and it is hard to determine whether it is the particular copy that was transferred to the licensee, or was the copy made by the licensee himself. The facts mentioned complicate the analysis of copyright infringement and creates a disadvantageous situation for the copyright holder. Therefore, it is essential to analyze whether the digital distribution can be exhausted, therefore whether digital exhaustion is to be accepted, and if yes, to what extent it is applicable.

## I. Application of digital exhaustion

International copyright treaties serve to the worldwide protection of the creative works.

The first-ever international treaty concerning Intellectual Property Law that also covered the exhaustion rule regarding copyright and established imperative rules for dispute settlement procedures in this regard, was the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (hereinafter TRIPS). It states that “for the purposes of dispute settlement under this Agreement, subject to the provisions of Articles 3 and 4 nothing in this Agreement shall be used to address the issue of the exhaustion of intellectual property rights”.<sup>7</sup> “In TRIPS agreement it is stated, that any dispute related to a domestic regulation shall not be the subject to a dispute settlement procedure under the WTO law. The latter does not forbid,

---

<sup>6</sup> Peter Mezei, Copyright Exhaustion: Law and Policy in the United States and the European Union, 8 (2018).

<sup>7</sup> Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property (hereinafter TRIPS), art. 6 (1995).

however, the initiation of legal proceedings in front of domestic courts”.<sup>8</sup> Obviously, TRIPS Agreement is not too much involved in the matter of exhaustion and regulates this problem very slightly. The principle of exhaustion was new enough, and it would cause more problems if to regulate it internationally, since in case if there is any gap in international legislation, it will cause serious problems. Therefore, it probably seemed to be more logical to see the approach of different countries.

WIPO treaties included positive norms on exhaustion.<sup>9</sup> WIPO Copyright Treaty (WCT) states that “Nothing in this Treaty shall affect the freedom of Contracting Parties to determine the conditions, if any, under which the exhaustion of the right in paragraph (1) applies after the first sale or other transfer of ownership of the original or a copy of the work with the authorization of the author”.<sup>10</sup>

When discussing the exclusive rights of the copyright holder, especially the distribution right which entitles the right holder with the exclusive right of permitting the use of his works by giving licenses, so that members of the public can use the copyrighted work, it is important to mention the provision of TFEU, which prohibits quantitative restrictions on imports and all measures having equivalent effects.<sup>11</sup> Also in the “Deutsche Grammophon” case, which is one of the earliest cases in Europe related to the exhaustion rule, the aim of this doctrine was considered as “promoting the internal market”.<sup>12</sup>

### **A. Digital Exhaustion in EU legislation**

European copyright law entitles the copyright holders with the aforementioned exclusive rights and as it was already mentioned, the exhaustion principle has been incorporated to EU legislation. More precisely, this principle is provided by Article 4 of the Information Society Directive and Article 4 of Software Directive, which set particular limitation for distribution right.

Information society directive, which is also known as EU Copyright Directive, and serves to implementation of WIPO Copyright Treaty and on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.<sup>13</sup> The distribution right shall not be exhausted within the Community in respect of the original or copies of the work, except where the first sale or other transfer of ownership in the Community of that *object* is

---

<sup>8</sup> Peter Mezei, Digital First Sale Doctrine Ante Portas – Exhaustion in the Online Environment, 6 Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law 23, 25 (2015).

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> WIPO Copyright Treaty, art. 6(2) (2002).

<sup>11</sup> Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter TFEU), art. 34 (1957).

<sup>12</sup> Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG. (1971).

<sup>13</sup> Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society, art. 4(2) (2001).

made by the right holder or with his consent.<sup>14</sup> It means that until the copyrighted work was first put to the market by the copyright holder or his consent, any action concerning the work, or its copy is *illegal*. Although the norm underlines the main features of exhaustion, it mainly aims to protect the rights of the copyright holder. However, the main question is: what exactly is meant by the word “object”? Does it also include intangible goods, or it only refers to physical copies of the work?

Furthermore, the Directive states that “copyright protection under the Directive includes the exclusive right to control the distribution of the work incorporated in a tangible article”.<sup>15</sup> At first sight one can reckon that everything is obvious: Well, recital 28 precisely states “this directive regulates the exhaustion principle with regard to physical, thus tangible copies of the copyrighted work”. But the interpretation of this rule leads to the following question: does it exclude the intangible copies? I would say, not at all. This rule does not lead to the conclusion, that there can be no exhaustion regarding the intangible copies.

Considering the aims of the principle and answering the question: what is the purpose of this “first-sale doctrine”? One can easily find the answer: exhaustion rule serves to the protection of interests, supporting fair competition rules and certainly, preventing the restrictions and abusive dominant position in the market. However, there are differences between the tangible and intangible copies of the work, which will be discussed below. While a lot of discussions were held and a lot of disputes occur concerning the question of whether the InfoSoc directive can be implemented in respect to the intangible distribution, the Court of Justice almost put an “exclamation point”- with its ruling for the case of *Art & Allposters International BV v. Stichting Pictoright*, holding that, the rule under 4(2) of InfoSoc Directive only applies to tangible support of the goods.<sup>16</sup>

When it comes to Software Directive, it is determined, that the first sale in the Community of a copy of a program by the right holder or with his consent shall exhaust the distribution right within the Community of that copy, except the right to control further rental of the program or a copy thereof.<sup>17</sup> The wording of this rule does not restrict the exhaustion of the distribution rights.

Therefore, Software Directive also does not provide us with precise information and therefore does not exactly regulate whether the copies can be kept only in tangible or, also intangible data carrier to fall under the scope of

---

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> Directive 2001/29/EC of the European Parliament and the Council on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society, recital 28 (2001).

<sup>16</sup> Judgement of the Court (Fourth Chamber) (2015),

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=161609&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12098699> (last visited Nov. 27, 2020).

<sup>17</sup> Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs, art. 4(2).

this directive and so that the exhaustion rule will apply also to the intangible copies.

Since none of the current legislation provides a precise regulation about the distribution of the intangible copies, and whether there can be any exhaustion in such cases, the issue of digital exhaustion needs to be analyzed individually based on the circumstances of each case.

## **B. CJEU approach to digital exhaustion**

### **1. *UsedSoft v. Oracle***

According to the reasoning of the *UsedSoft vs. Oracle* case, the facts of which involve the distribution of software, the principle of exhaustion is regulated under Article 4(2) of Software Directive.

In this case the Court of Justice has decided “in favour” of digital exhaustion, stating that the distribution right on the software was exhausted as soon as the first copy of it is sold. The Court regulated this principle under the abovementioned legal norm: Article 4 of the Software Directive. The legal background of this case is as follows:

Oracle is a software company the main job of which is marketing the software. The clients download the software from the internet, therefore a license agreement between Oracle and its clients occur. This agreement states that after paying the fee once customers have a non-exclusive and *non-transferable* right to use the software. There is also no time limit for using this software.

UsedSoft is a company operating in the resale of the second-hand software. The important facts of this case are the following:<sup>18</sup>

- 1) The license agreement between Oracle and its clients were still in force;
- 2) Customers still downloaded this software from the website of Oracle, the only issue is, that the licenses are offered by UsedSoft, since they are “second-hand”, which means, they are bought from customers.

The aforementioned legislative rules about exhaustion show us exactly what will happen: Once the copyright holder (in this case Oracle) sold the first copy of his copyrighted work (in this case, software) he loses the control on the future resale and transfer of this very copy. At first sight there is no problem, customers sell the very licenses that they bought from Oracle, after their first sale the rights are exhausted, there is no problem regarding selling it to UsedSoft. However, the license agreement states precisely: the right to use the software is *non-transferable*.

The answer of the CJEU in this case, to the question whether the digital exhaustion exists, or not was: Yes, it does. The court ruled, that once the software was sold to the customers for the first time, and the legal basis for this is the license agreement, that provides the customer with the use of the software for an unlimited period of time, the further control of this very copy

---

<sup>18</sup> C-128/11 *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, CJEU (2012).



is not controlled by the copyright owner. The rule determined in the license agreement, that the use is non-transferable, is restrictive and the right holder cannot relate to this rule and limit and restrict the future resale of the software. The court further stated, that in order to a resale (whether tangible or intangible) not to infringe, the original acquirer must make his own copy unusable at the time of its resale.<sup>19</sup>

The UsedSoft case showed, that digital exhaustion really exists. It made obvious the fact that EU copyright legislation is flexible enough to be able to adapt to the modern digital marketplace. The legislation related to the copyright, including the exhaustion rules is flexible enough to be applied with regard to digital distribution of the goods.

But why this decision, which is clear and precise in point of the exhaustion via the internet, it cannot be used as a precedent with respect to all digital works? The answer to this question is in the case below, where CJEU decided in a completely different manner than in the current case.

## *2. E-books and digital exhaustion*

While talking about digital exhaustion we do not only emphasize computer programs, however there are a lot of types of digital copyrighted works. One of the most widely used of is e-books. Physical copies of the books become the subject matter of exhaustion, as soon as the first copy of the book was sold. As we see in the UsedSoft case, digital exhaustion was considered to exist, as the CJEU ruled. However, regarding the e-books, the CJEU took another position. Digital copies of e-books, the transfer via the internet of the e-books do not lead to the exhaustion. To the question “why?” the CJEU responded in the cases below:

In **VOB v Stichting** case there are some aspects that play role in the understanding of the CJEU approach to exhaustion of distribution rights in a digital world, although it does not exactly relate to this matter as the main legal framework of this case is the Rental and Lending Directive.

In this case a public library copied e-books to a server allowing users of this server to download the copies to their personal laptops, phones, etc. When the user downloads the copy, this copy is only available for him. The most essential question referred to the CJEU was if the library could lend the e-books as downloads under the aforementioned directive, or not. In this decision, the CJEU referred to the WIPO Copyright treaty. Therefore, the decision of the court was almost the same with regard to the digital exhaustion matter. The Court ruled that “intangible objects and non-fixed copies, such as digital copies, are excluded from the right of rental”.<sup>20</sup>

Another case concerning the distribution of e-books is **Nederlands Uitgeversverbond v. Tom Kabinet**, which is considered to be an anticipated

---

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> C-174/15, Vereniging Openbare Bibliotheken v Stichting Leenrecht (ECJ), para. 3 (2016).

CJEU decision since the ruling of the court was a completely new approach to the problem and put the previous decisions under doubt since there was an obvious contradiction between them. The dispute was between Dutch copyright organizations: Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers, and Tom Kabinet, a company which offered an online “reading club” which also led an online book business. NUV and GAU sued Tom Kabinet before the District Court of The Hague demanding prohibition of making available and reproducing the books, and they claimed that Tom Kabinet infringed their rights. Tom Kabinet from infringing the copyright of NUV’s and GAU’s affiliates by making available or reproducing e-books without any authorization. The District Court of Hague ruled, that the e-books are also “works” and therefore fall under the scope of the InfoSoc Directive. The Court also ruled that the action of Tom Kabinet does not constitute any communication to the public. The question before the CJEU was whether the actions of Tom Kabinet constitute “communication to the public” within the meaning of Article 3(1) of the InfoSoc Directive, or “distribution” under Article 4(1) of the directive.<sup>21</sup>

In this particular decision, CJEU referred to the “WIPO Copyright Treaty” ruling, that the CJEU held that “communication to the public” and “distribution” regarding to in Article 3(1) and Article 4(1) of the InfoSoc Directive must be interpreted under the WIPO Copyright Treaty.<sup>22</sup> In WIPO, exhaustion of the right of distribution only concerns tangible copies of the copyrighted works. Hence, CJEU responded that it constitutes a communication to the public, but not distribution and therefore, there cannot be any exhaustion, since distribution is not concerned. Obviously, this is one of the reasons why this ruling is so anticipated and raises so many disputes.

The reason for that was obvious: Tom Kabinet made e-books available to the public, that means everyone could see these materials, since he had a website where all the users could have access to these books. There was no restriction on how many copies can be downloaded and there was also no time limit.

Actually, there is a very narrow line between distribution and communication to the public in this case. As a matter of fact, this case could have “something to do” with distribution if Tom Kabinet bought the copy of the book from the right holder, and then purchased or transferred the rights belonging to him in respect to *this particular copy* to another person. Another reason why this ruling is so anticipated is its connection with the case mentioned above. A question arises: Why the CJEU decided differently in these 2 cases, UsedSoft and Tom Kabinet case? As a matter of fact, both of these cases are related to some digital material which is downloaded from a

---

<sup>21</sup> C-263/18, Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers v. Tom Kabinet, CJEU (2018).

<sup>22</sup> *Ibid.*

website. In Tom Kabinet case, the court ruled that the directive needs to be interpreted as in WCT, and stated, that the copies must only be tangible, in order to consider exhaustion.

And then: Why in UsedSoft case, where we were also talking about downloading the software from the internet without further licensing, the court did not consider the action of UsedSoft as communication to the public? What is the difference that made the court to decide in a completely different way?

First of all, one needs to be careful while considering what exactly is exhausted. Only the right of distribution can be exhausted, therefore it relates to neither to the communication to the public nor to the right of reproduction. If from one copy, other copies are also created, it may and probably will harm the interests of the copyright holder. Even the likelihood of such harm leads to the conclusion, that such an action is not admissible. The owner to whom the copy of the copyrighted work was purchased, given, or transferred in any means by the copyright holder or with his permission, has the right of ownership only *on that very copy*. Reproduction of new copies and selling them, or even giving a gift cannot be considered legal and therefore, it does not fall under the doctrine of exhaustion.

Secondly, there is a logical reason for the approach to the copies of e-books more strictly. You can make a copy of any e-book unlimitedly and without anyone noticing that and finding out the infringement you have committed. If I make a copy of Wulf Dorn's book which is on my bookshelf and give it to my friend so that she does not pay much for buying the book (since printing is very cheap in my country) it is obvious that this copy will not have the same quality as a book, but the quality will not be that bad. However, if my friend gives that copy to another friend of hers, and she takes another copy, the quality of the second copy will be worse. Accordingly, each time the copy is copied, the quality is getting worse and worse and therefore, one can easily understand that the copy is not the first one. It is not that difficult to comprehend, however by e-books, it is almost impossible to understand, whether the particular copy is the copy obtained from the right holder, or this is a new copy that the new owner did himself.

### **C. US approach to digital exhaustion**

In the US, the fundamental copyright law issues are regulated under the Copyright Act. As under the EU law, in the US the Copyright Acts also grant to copyright holders the exclusive right to distribute copies of their works and also determines the limitation to this right under "first sale doctrine. The Copyright Act provides that "...the owner of particular copy or phonorecord lawfully made under this title... is entitled, without the authority of the copyright owner to sell or otherwise dispose of the possession of that copy or

phonorecord".<sup>23</sup> This provision refers to the tangible copies of the copyrighted work.

However, in *MAI Systems Corp. v. Peak Computers Inc.* the question before the court was whether copying a computer software into the temporary memory is considered as a copy under US Copyright Law. And the response was, "the loading of copyrighted computer software from a storage medium into the memory of CPU causes a copy to be made."<sup>24</sup> This ruling makes it obvious, that US legislation does not display a flexible approach regarding copyright exhaustion, limiting this right only to physical copies of the copyrighted work.

In order to comprehend the approach to digital exhaustion under US Copyright Law, it is useful to mention some important case law involving this issue.

### *1. Capitol Records v. ReDigi.*

ReDigi was sued by Capitol Records on the grounds that ReDigi's action infringed the copyright of Capitol Record. ReDigi is an online company which functions as a digital marketplace. The users of ReDigi have to download a "Music Manager" (which uses "a verification engine") in order to sell music. ReDigi uses some measures to ensure that each user has only one copy of the file, and that it will not be sold by another user. The seller cannot keep a copy of the file that he has already sold either. When ReDigi finds out, that there is any copy of the music in the computer, he asks them to remove it. In case of the ignorance, his account is terminated. Capitol Records sued ReDigi as they considered the action of ReDigi as an infringement. From the perspective of Capitol Records, ReDigi infringes their reproduction and distribution rights. It is unclear whether there is a prior agreement with the rightsholder as to the placing of the song on the marketplace or as to the percentage. Capitol Records considered ReDigi's business as an infringement on their reproduction and distribution rights. ReDigi argued that the scope of their business (which Capitol Records calls copying) only consists of the space shifting which does not involve anything illegal. Therefore, it has to be considered as fair use and falls under the concept of "first sale doctrine".<sup>25</sup> Capitol records argued that ReDigi's business involves copying and therefore, is prohibited by the Copyright Act. Actually, Copyright Act entitles a rightsholder with the right to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords, to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, and to publicly perform and display certain copyrighted works.<sup>26</sup> According to this Act, "phonorecords" are the "material objects in which sounds, other than those

---

<sup>23</sup> US Copyright Act, Section 109(a) (1976).

<sup>24</sup> *Mai Systems Corp. v. Peak Computers Inc.*, US Court of Appeal, Ninth Circuit (1993).

<sup>25</sup> *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, No. 16-2321 (2d Cir. 2018).

<sup>26</sup> *Id.*, section 106.

accompanying a motion picture or other audiovisual work, are fixed by any method now known or later developed, and from which the sounds can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device".<sup>27</sup>

Moreover, the court quoted *London-Sire Records, Inc. v John Doe 110*, in which the court, held that downloading a digital music file to a hard disk is the reproduction of a new phonorecord.<sup>28</sup> Therefore, any transfer, not depending on whether one or more copies exist, will be considered as reproduction. Thus, ReDigi has infringed the copyright.

The Court ruled, that the first sale doctrine cannot apply to this case, since the doctrine applies only to a "particular" copy, which means the very copy that was received from the right holder.<sup>29</sup> The copy of a copy – is another reproduction, therefore is illegal and cannot be considered under the first sale doctrine. The Court stated that the action of ReDigi commits the likelihood of damage to the market. *inter alia*, the fact that ReDigi could potentially hurt the primary market.

Considering the facts and the judgement above, we can easily observe, that the US Court did not find the application of digital exhaustion attractive and appropriate, but vice-versa.

## ***2. Is licensing embracing ownership in itself?***

Copyright Act states, that "first sale doctrine does not apply if the possession of the copy is "by rental, lease, loan, or otherwise without acquiring ownership of it".<sup>30</sup>

This is a very important issue regarding to the digital exhaustion, since many copyright holders insist, that they did not sell the copies of their work, but licensed and therefore they still have an exclusive right of distribution and the first sale doctrine cannot apply in this case.

These licenses are generally called end-user licenses (EULA) and have various types:<sup>31</sup>

### ***Clickthrough licenses***

One becomes a party to the contract as soon as clicks on the button "I accept". We experience that every day without noticing: while visiting any website, or while downloading any content. By clicking on "I accept" we agree with the terms and conditions of the website and become a party to a clickthrough license. Another type of EULA is shrink-wrap licenses, which especially concerns the hardware. When we open the license covered by the

---

<sup>27</sup> US Copyright Act, Section 101 (1976).

<sup>28</sup> *London-Sire Records, Inc. v. Does 1-4*, Civil Action No. 04-cv-12434.

<sup>29</sup> *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, No. 16-2321 (2d Cir. 2018).

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Niva Elkin-Koren, *Governing Access to Users-generated content: the changing nature of private ordering in digital networks.*

shrink wrap, usually listed on the product, we automatically become a party to this contract (license).

Certainly, the application of the first sale doctrine is under a big question, and it is a complicated issue to solve for the US Courts, therefore there are some decisions that are in contradiction with one another. One of the most valuable court rulings regarding to this matter is *Vernor v. Autodesk*.<sup>32</sup> This case concerns the applicability of the first sale-doctrine and is about the computer programs transferred to the user under the *shrink wrap license*. The Court ruled, that the person was a licensee, not an owner and therefore, the first sale doctrine cannot be applied. In this case the distribution rights of the Autodesk were infringed.

However, there are also cases where the US Court decided differently. One of these cases is *United States v. Wise*,<sup>33</sup> where the US Court found out, that there is a very thin line between the owner and just licensee. In case, if due to the license, the licensee has a right to keep the copy, then he also becomes an owner, therefore there is a sale, otherwise there is no sale. Thus, the first sale doctrine applies in the first case, but not the second one.

## II. For or against?

### A. Disadvantages of digital exhaustion

Not only the copyright holders, but also the courts are reluctant to accept the principle of digital exhaustion. Considering all aforementioned facts and the court rulings, there are following reasons for the so-called antipathy against digital exhaustion: First of all, there is a risk for the copyright holder's economic and moral rights. The risk concerning the economic rights is absolutely understandable, so there are no time and place limits related to the distribution of the work, since in internet everything is much easier and the control over it is complicated and sometimes even impossible.

An example of that can be copying of a book. A copy cannot be as clear and have as good quality as an original one. Each time the text is copied (copy of a book, then copy of the first copy, and it continues in such way) it degrades and the quality gets worse and worse and therefore, mostly one can easily, even without any special knowledge comprehend, whether the copy is copied from original or from another copy.

However, on the internet everything is different. One can make a copy of a file for several times, without risk of degradation, so there is nothing obvious, even if the infringement occurs. It causes difficulties for the copyright holder, and is against the exclusive rights provided for copyright holder. The purpose of copyright legislation is motivating the people to create. One cannot be

---

<sup>32</sup> *Vernor v. Autodesk, Inc.*, 621 F.3d 1102 (9<sup>th</sup> Cir. 2010).

<sup>33</sup> *United States v. Wise*, 370 U.S. 405 (1962).

enthusiastic to create if there is always threat, that your rights will likely be violated.

Secondly, exhaustion applies in respect to the distribution right, however when creating new copies of the original one, it leads to the reproduction, since we are not talking only about the particular copy that was transferred to another party. As reproduction right can never be exhausted, this action infringes the rights of the author.

The other problem is, as mentioned above, regarding to license agreement. If we consider the digital exhaustion with regard to such license, we need to forget about the basic legal principles. Licenses do not make one an owner of the copy, however, just gives a right to use it. One does not become the proprietor or owner just by obtaining a license. Therefore, he cannot purchase, or transfer by any means the copy he has received, and we cannot speak about digital exhaustion.

Furthermore, from the copyright holder's perspective, a reward for his work becomes more, when exhaustion does not apply. He will get remuneration every time he gives a license for the copy, therefore copyright holder does not support this doctrine much. However, when the general exhaustion rule applies in respect with the physical copies, they only get remuneration once for a copy.

## **B. Advantages of digital exhaustion**

New technological period possesses an undeniable influence on copyright law. Before, authors distributed their works only physically, for instance gave, the copy of their books to someone by hand, or sent by post. As a result, one received a tangible copy of the book.

The court's perspective, that "not every copy is a copy" is not satisfactory, since it restricts the customers' rights, prevents the application of fair competition standards, which is against to the principles of TFEU. The only reason for such a restriction is the intangibility of these copies. Not accepting the first sale doctrine with regard to intangible copies, it can be said that legal systems are not able to demonstrate flexibility and adapt to the new technology. Therefore, it will however not result in the fact, that the need for exhaustion just disappears, only because the technology has developed, and also digital copies of the works exist. It cannot be considered as a fair reason to restrict the customers' rights on the copyrighted work, as we should not forget the purposes of the exhaustion doctrine, and the consequences, in case if there was no such a principle. Exhaustion rule exists, to prevent the imbalance between the interests, and to support the competition rules, that play an important role in the functioning and development of the market.

One of the most important advantages of digital exhaustion, and certainly the exhaustion in general is, encourages the secondary market. Reluctance of

acceptance of digital exhaustion will lead to decrease in this field. However, primary and secondary market has a strong connection between each-other.

Additionally, in the secondary market the prices are usually lower. It is absolutely logical, since “second-hand” products are always cheaper than the new ones. It is beneficial mostly for the customers, however, since the lower the costs are, the more attractive is the product considered, the more of it is sold and therefore, the work of the author is in circulation. His work is getting known and reaches more public. It can be said that it is also beneficial from the copyright holder’s point of view.

Nevertheless, a digital secondary market can increase innovation.<sup>34</sup> It creates something new, for instance, new services, new goods, that can be very innovative and useful for the public, and also for the development of business. Such a restriction towards intangible copies and therefore, digital exhaustion does nothing but demotivates such a development.

Although at first sight, it can be thought that acceptance of digital exhaustion supports the secondary market and therefore the licensee (the one who receives the digital copy), while non-acceptance of this principle serves to interests of the right holder. However, to look more deeply, secondary market, even if it cannot exist with the primary market, also contributes to the primary market.

In this instance, the UsedSoft case has a great value and importance since the court has ruled in a very flexible and tolerant way. The court showed that the exhaustion principle has great importance to apply that not only to the tangible copies but also to distribution via the internet. However, in most of the rulings afterwards, the court decided in a completely different way, showing antipathy towards exhaustion in respect with intangible copies of works.

Considering all information above, it can be said, that such a reluctance and antipathy toward this matter hinders the development of the secondary market, as well as contradicts the principle of exhaustion and its fundamental goals to create a balance between interests. The aim of balancing is that none of the interests prevails, and none of them is underestimated, but if digital exhaustion is not accepted, we cannot provide such a fair balance.

## Conclusion

As almost every business is shifting from traditional to digital format, it is important to be flexible in order to adapt to technological changes in the world. The cases related to digital exhaustion will be even more and more, since technology develops year by year.

We cannot underestimate the role of copyright exhaustion in the digital marketplace. As we observed, this uncertainty caused several problems, since

---

<sup>34</sup> Aaron Perzanowski, Jason Schultz, *Digital Exhaustion*, 58 UCLA L. Rev. 889, 891-897 (2010).



the members of the digital marketplace cannot reckon, whether their business is considered legal, or not. While UsedSoft case displays tolerance towards the first-sale doctrine in the digital area, the faith of Tom Cabinet turned out to end as a sad story.

Considering all the aforementioned, it becomes obvious, that the copyright owner will get remuneration, both if the transfer of the copy is physical, or via the internet. However, the problem here occurs especially regarding other members of the digital marketplace, users and their rights. Since customer's rights and public interest generally is very important as well as balance in the market and providing fair competition and preventing the abusive dominant position in the market. However, when it comes to the digital world, the users', this balance is somehow underestimated. It can be said that such problems arise since the development of technology and its transmission to the copyright sphere is quite new, however, it will continue in a few years probably, intangible copies will be more actual than the physical ones.

Therefore, there needs to be a more detailed approach to the issue of digital exhaustion. Analyzing case-by-case can sometimes cause much uncertainty, since some of the decisions contradict each other, although the facts and circumstances are similar. There needs to be some border, and this border has to be regulated by law, accordingly some fundamental legal provisions have to be established in order to at least regulate some important legal matters, and to have some clarification, so that users on the internet also know, what rights they have and what they may not do.

Even lawyers are confused when it comes to the exhaustion in the digital world, related to intangible copies, and even national courts of Member States find it too complicated to solve this issue. Therefore, there needs to be fair and balancing fundamentals, in order to simplify this situation and avoid confusion.

*Şahid Şükürov\**

## AZƏRBAYCANIN GÜC TƏTBİQ ETMƏK HÜQUQU

### *Annotasiya*

Üç onillikdən artıq müddətdə Azərbaycan təcavüzə məruz qalmış və ərazilərinin əhəmiyyətli hissəsi işğal altında olmuşdur. Bu işğal altında olan ərazilər beynəlxalq hüquqa görə həmişə Azərbaycanın ərazisi olaraq tanınmışdır. Amma tanınma dövlətin bu ərazilərdə suveren hüquqlarından istifadə və onları tətbiq etməsi üçün kifayət etməmişdir. Ən önəmlisi isə bu üç onillik ərzində Azərbaycan gündəlik olaraq təcavüzkarın silahlı hücumlarının ünvanı olmuşdur. Bu silahlı hücumları dayandırmaq, ərazilərinin işğalına son qoymaq və bu ərazilər üzərində suverenliyini bərpa etmək üçün Azərbaycan qırx dörd gün davam edən müharibəni aparmış və qalib gəlmişdir. Beynəlxalq hüquq baxımından Azərbaycanın hərbi əməliyyatları, bir dövlətin ərazisini işğaldan çeyrək əsr keçdikdən sonra azad edə biləmi sualını yenidən gündəmə gətirmişdir. Başqa sözlə, dövlətin işğalda olan ərazisini uzun müddət keçdikdən sonra azad etmək üçün güc tətbiq etmək hüququ varmı? Ümumiyyətlə, bu hallarda beynəlxalq hüquqda gücün statusu nədir? Bu baxımdan Azərbaycanın güc tətbiq etmək hüququ nədən ibarətdir? Hazırkı məqalədə bu suallara cavab axtarılmışdır.

### *Abstract*

For more than three decades Azerbaijan confronted aggression and major parts of its territory were under occupation. According to international law these occupied territories were always recognized as territories of Azerbaijan. But mere recognition was not enough to use and implement sovereign rights of the state in these territories. Most importantly, during these three decades Azerbaijan was subject to armed attacks of aggressor on a daily basis. In order to stop aggression, to end occupation of its territories and restore its sovereignty over these territories Azerbaijan started and won a war in a time laps of forty-four days. From the perspective of international law Azerbaijan's military operation re-opened the question of whether an occupied territory can be liberated by force more than a quarter century after such occupation took place? With other words, have the state right to use force to end occupation of its territory decades after cease-fire? What, at all, is (for these cases) the status of force under international law? Thus, what is the right of Azerbaijan to use force? In this article we tried to find answers to these questions.

## MÜNDƏRİCAT

Giriş.....	99
I. "Güc" barədə.....	101
A. Təbiətdə güc .....	101
B. Dil problemləri.....	101
C. Hüquqda "güc" – hüququn gücü və gücün hüququ barədə.....	103
II. Beynəlxalq hüquqda "güc" və "güc"-ün tətbiq edilməsi barədə.....	106
A. Hərbi gücün tətbiq edilməsi.....	107

\* Hüquq üzrə fəlsəfə doktoru (Dr. jur, Almaniya), LL.M. Eur (Almaniya).

B. Beynəlxalq hüquqda “güc tətbiq edilməsi”nin məhdudlaşdırılması barədə.....	108
C. Dövlətlərin güc tətbiq etmək hüququ.....	109
D. Özünümüdafiə və güc tətbiq etmək hüququ .....	111
E. “Güc” tətbiqi ilə təhdid etmək barədə.....	113
F. Ərazi münaqişələri və güc tətbiqi .....	116
III. Azərbaycanın güc tətbiq etmək hüququ .....	118
A. Azərbaycanın Nizamnaməyə əsaslanan güc tətbiq etmə hüququ .....	119
B. Azərbaycanın müdafiə xarakterli güc tətbiq etmə hüququ/işğala qarşı güc tətbiq edilməsi .....	120
C. Qarabağ münaqişəsi və Azərbaycanın güc tətbiq etmək hüququ .....	121
Nəticə.....	126

## Giriş

**G**üc və onun tətbiq edilməsinə ehtiyac, gücün tətbiq edilməsi ilə məqsədlərə nail olma insan təbiətinin ayrılmaz hissəsidir. “Güc” fitri istək, ehtiyac və üstünlük amilidir. “Güc”-ün psixoloji, hərbi, iqtisadi, sosial, mənəvi olmaqla müxtəlif təzahürləri vardır. Hazırkı yazının məqsədi isə beynəlxalq hüquqda hərbi “güc”-ün nəzərdən keçirilməsidir.

İnsanların yarandığı ilk gündən “güc”-ün əldə edilməsi, tətbiq edilməsi, güc tətbiqi ilə hədələmək və güc tətbiqi müqabilində nələrə isə nail olmaq mövcud olan təcrübədir. Dövlətlər insanların formalaşdırdığı quruluşlardır və güc, eləcə də güc tətbiqi ilə bağlı vərdişlər bu quruluşlar tərəfindən də davam etdirilmişdir. Bu baxımdan “güc” və onun tətbiqi insan təbiətinin ayrılmaz parçası kimi dövlət daxili və dövlətlərarası münasibətlərin əsas vasitəsinə çevrilmişdir.

Bununla belə, tarix boyu dövlət daxilində baş vermiş inqilablar (Fransa, Almaniya, İngiltərə və s. inqilablar) milli hüquqda “güc”-ün tətbiqinin məhdudlaşması, (güc tətbiqinin yalnız dövlət orqanlarının inhisarına alınması) mütərəqqi cinayət və mülki hüquq münasibətlərinin formalaşması ilə nəticələnmişdir.<sup>1</sup> Millətlərarası (dövlətlərarası) münasibətlərdə isə XX əsrin ilk 50 illində baş tutmuş dağıdıcı müharibə təcrübələri millətləri vahid təşkilatda (Birləşmiş Millətlər Təşkilatı) birləşməyə və “güc tətbiqi və təhdidi”-ni vasitə kimi nizamlamağa vadar etmişdir.

“Güc tətbiqi”-nin məhdudlaşdırılması sahəsində millətlərin son bir əsrə yaxın dövrdə əldə etdikləri uğurlara baxmayaraq, XX əsrin ortalarına qədər “güc tətbiq etmək” millətlərin təbii hüququ olaraq bilinirdi. Dövlətlər güc tətbiq etməklə istilalar edir və ərazilərini genişləndirirdi. Birinci Dünya

<sup>1</sup> Louis Henkin, *Revolutions and Constitutions*, 49 La. L. Rev. (1989).

Müharibəsi və onun dağıdıcı nəticələri bu yanaşmanı beynəlxalq münasibətlər müstəvisində dəyişdi. Belə ki, artıq dövlətlər beynəlxalq münasibətlərində müəyyən istisnalar xaric olmaqla, ilk əvvəl olduqca uğursuz bir şəkildə güc tətbiq etməkdən çəkinmək istiqamətində addımlar atmağa başladı. Yalnız Birləşmiş Millətlər Təşkilatının (BMT) yaranması ilə gücün tətbiqi və güc tətbiqi ilə hədələmək BMT Nizamnaməsinin 2(4)-cü maddəsi ilə məhdudlaşdırıldı.<sup>2</sup> Təbii hesab edilən “güc tətbiq etmək” hüququ, “güc tətbiq etməkdən çəkinmək” məhdudiyyəti ilə əvəz edildi və öhdəlik halına gətirildi

Məhdudiyyətin tətbiqini dövlətlər güclərinin ölçüsünə müvafiq olaraq tanıyıb ona riayət edirdilər. Məhdudiyyətin hələ də qüvvədə olmasına baxmayaraq, ABŞ, İsrail, Böyük Britaniya, Rusiya kimi məhdudiyyəti pozan dövlətlər onun (mövcud) olmadığına deyil, ona olan istisnalara istinad ediblər, yaxud məhdudiyyətdən yeni istisnalar yaratmağa (humanitar müdaxilə, hökumətin dəvəti və s.) çalışırdılar.

Amma “güc tətbiqi”-nin məhdudlaşdırılması heç də “güc”-dən istifadənin tam qadağan edilməsi deyildir. Belə bir qadağa beynəlxalq hüquq normalarına, o cümlədən özünümüdafiə hüququna zidd olardı. Eynilə, “güc tətbiqi”-nin məhdudlaşdırılması “güc tətbiq etmək hüququ”-nun olmaması da deyildir. Millətlərin və dövlətlərin müxtəlif hallarda (daxildə və yaxud xaricdə) “güc tətbiq etmək hüququ” mövcuddur. Eləcə də, Azərbaycanın güc tətbiq etmək hüququ vardır.

Azərbaycan dövləti məhdudiyyətin şamil edildiyi qonşu dövlətin Azərbaycana qarşı bu məhdudiyyəti pozması halı ilə üzləşdiyi üçün Azərbaycanın “güc tətbiq etmək hüququ” dedikdə ilk ağıla gələn məhz BMT Nizamnaməsinin 2(4)-cü maddəsinin pozulması ilə ortaya çıxan Azərbaycanın Qarabağ bölgəsinin dağlıq hissəsi ilə bağlı ərazilərə Ermənistanın iddiası ilə ortaya çıxmış münaqişə və bu münaqişə çərçivəsində Azərbaycanın güc tətbiq etmək hüququdur.

Bəs Azərbaycan hansı dərəcədə güc tətbiq etmək hüququna malikdir?

Məqalədə məhz bu kontekstdə Azərbaycanın həm münaqişə çərçivəsində, həm də ümumi olaraq “güc tətbiq etmək” hüququ barədə məlumat veriləcəkdir.

Araşdırma üçün ilk əvvəl “güc” nədir sualı cavablandırılacaqdır. Bu xüsusda “güc” anlayışı, anlayışın beynəlxalq və milli hüquqda istifadəsi, güc tətbiqi hüququnun olub-olmaması, hansı hallarda güc tətbiq etmənin mümkün olması, eləcə də “güc tətbiq etməklə hədələmək” ifadəsinin mənası təhqiq ediləcəkdir. “Güc”-ün mənası araşdırılarkən əsas olaraq ona beynəlxalq münasibətlərdə hansı mənanın yükləndiyi və BMT

---

<sup>2</sup> BMT Nizamnaməsi, maddə 2(4), <https://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-i/index.html> (son baxış 25 yanvar, 2021).

Nizamnaməsinin 2(4)-cü maddəsində “güc” dedikdə nəyin nəzərdə tutulduğuna xüsusi diqqət ayrılacaqdır.

“Güc”-ün mənası müəyyən edildikdən sonra Azərbaycanın güc tətbiq etmək hüququ araşdırılacaq və ölkənin hansı ölçüdə məhdudiyyətin subyekt olması və hansı ölçüdə hüquqdan istifadə edə bilməsinə aydınlıq gətiriləcəkdir.

## I. “Güc” barədə

Güc olduqca çoxmənalı məfhumdur. Anlayış olaraq dəqiq elmlərdə və humanitar elmlərdə fərqli “güc”-lər görülür. Bununla belə, humanitar elmlərdə istifadə olunan “güc” məfhumu və onun təzahürlərinin əsasını dəqiq elmlərin müəyyən etdiyi “güc” təşkil edir.

“Güc” təbiət hadisəsidir və təbiət qanunları ilə idarə edilir. Bu baxımdan “güc”-ün nə olduğunu anlamaq üçün fizika elmi baxımından “güc”-ün nə olmasına baxılacaqdır.

İnsan təbiətin bir parçası kimi “güc”-ün bütün təzahürlərinə tabe olan varlıqdır. İnsan bu təzahürlərdən istifadə edib yeni icadlar edir və bu təzahürləri yeni icadlarında istifadə edir; eyni zamanda insanın etdiyi yeni icadlar “güc”-ün təzahürlərinin subyektinə çevrilir. İnsanın qurduğu (dövlət kimi) qeyri-maddi varlıqlar da “güc” təbii olaraq təzahür edir.

### A. Təbiətdə güc

İngilis dilli mənbələrdə fizikada “güc”-ə iki obyektin birbaşa təması yaxud qarşılıqlı əlaqəsi zamanı *dartma və yaxud itmə* gücü kimi məna verilir.<sup>3</sup> Fizika baxımından təbiətdə “güc” yalnız təmas yaxud qarşılıqlı əlaqə zamanı təzahür edir.<sup>4</sup> Fizika “güc”-ü təmasdan yaranan güc və təmas olmadan qarşılıqlı əlaqədən yaranan güc olmaqla iki yerə ayrılır. Təmasdan yaranan “güc”-ə misal olaraq sürtünmə *gücü(qüvvəsi)*, zərbə *gücü(qüvvəsi)*, hava axınının müqavimət *gücü(qüvvəsi)* və sair göstərilir. Təmas olmadan qarşılıqlı əlaqədən yaranan “güc”-ə misal olaraq qravitasiya *gücü(qüvvəsi)*, elektrik *gücü (qüvvəsi)* yaxud maqnit *gücü(qüvvəsi)* göstərilir.<sup>5</sup>

Rus dilli dərsliklərdə “güc” – digər cisimlərin yaxud sahələrin mövcud cismə, bu cismin vəziyyətinin dəyişməsi ilə nəticələnən təsirinin ölçüsü olan vektoral böyüklük olaraq tərif edilir.<sup>6</sup>

### B. Dil problemləri

Fizika nə qədər dəqiq elm sahəsi olsa da, “güc”-ə müxtəlif dillərdə müxtəlif aspektlərdən yanaşılır.

<sup>3</sup> “The Meaning of Force, <https://www.physicsclassroom.com/class/newtlaws/Lesson-2/The-Meaning-of-Force> (son baxış 25 yanvar, 2021).

<sup>4</sup> Yenə orada.

<sup>5</sup> Yenə orada.

<sup>6</sup> Понятие силы (2015), <http://ru.solverbook.com/spravochnik/mexanika/dinamika/ponyatie-sily/> (son baxış 25 yanvar, 2021).

Azərbaycan dilində fizika dərsləkləri “güc”-ə - görülən işin bu işi görməyə sərf edilən zamana nisbəti kimi anlayış verir.<sup>7</sup> Azərbaycan dilindəki bu “güc”-ün ölçü vahidi Vatt-dır. İngilis və rus dillərində ölçü vahidi Vatt olan “güc”-ün başqa sözlə ifadə edilir - ingilislər “power” sözündən, ruslar isə “*мощность*” sözlərindən istifadə edirlər.

Burada fizikada “güc”-ü ifadə etmək üçün istifadə edilən iki ölçü vahidi “Vatt” və “Nyuton” Azərbaycanın fizika dilində iki fərqli kəlmə ilə ifadə edilir. Bu başqa dillərdə də belədir.

İngilis və rus dillərində Nyutonla ölçülən anlayış müvafiq olaraq “force” və “*сила*” adlanır. Azərbaycan dilində Nyutonla ölçülən nəsnəyə “*qüvvə*” olaraq anlayış verilir.

Azərbaycan dili fizikada başqa dillərin “force” yaxud “*сила*”, ya da “kraft” sözlərinin ifadə etdiyi hadisəni “*qüvvə*” sözü ilə ifadə etməsi, daxili hüquq və beynəlxalq hüquqda eyni sözlərlə (alman dili istisnadır) ifadə edilən hadisələr üçün isə “güc” terminindən istifadə etməsi qarışıqlıq yarada bilər. Çünki beynəlxalq hüquqda “güc tətbiqi” ifadə olaraq “*use of force*” yaxud “*применения силы*” sözləri ilə izah edilir.

Bunun belə olmasının səbəbləri və Azərbaycan dilində, Azərbaycan xalqının təfəkküründə hər hansı təsirinin olması maraqlıdır, lakin hazırki yazının mövzusunda kənardır. Belə fəlsəfi və sosioloji mövzuların müzakirəsi də məqaləni lüzumsuz şəkildə uzadardı.

Qısa olaraq qeyd edək ki, beynəlxalq və milli münasibətlər sistemində “güc”-ün ölçü vahidi Vatt yaxud Nyuton deyil, icra edilən hərəkətlərdir. Beynəlxalq münasibətlər baxımından “güc” bir qabiliyyətdir, müəyyən hərəkətləri etmək bacarığıdır. Bu isə daha çox Nyutonla tənzipmlənən “güc”-ü xatırladır- *birbaşa təması yaxud qarşılıqlı əlaqə zamanı ortaya çıxan güc yaxud digər cisimlərin yaxud sahələrin mövcud cismə, bu cismin vəziyyətinin dəyişməsi ilə nəticələnən təsirin ölçüsü olan vektoral böyüklük.*

O da nəzərə alınmalıdır ki, beynəlxalq və milli hüquq baxımından “güc”-ün göstəricisi olaraq “*qüvvə*” sözündən istifadə edilir, məsələn siyasi və hərbi gücün göstəricisi olan “hərbi qüvvələr”, “polis qüvvələri” və sair. Türk dilində də “kara kuvvetleri” yaxud “hava kuvvetleri”, ya da “polis kuvvetleri” deyə xitab olunan qoşun hissələri gücün göstəricisidir. Bu ifadələri “güc” sözü ilə bildirəndə artıq daha çox “zorakılıq” xasiyyəti almış olur.

Maraqlıdır ki, Alman dilində “*Gewaltanwendung*” sözü “güc tətbiqi” kimi istifadə edilir. Alman dilində “gewalt” Azərbaycan dilinə “zorakılıq”, rus dilinə isə “*насилие*” sözləri ilə tərcümə edilir. Bu isə daha çox “zor tətbiqi” kimi tərcümə edilə bilər ki, zənnimizcə, “güc tətbiqi” hadisəsinin mahiyyətini də məhz bu ifadə daha dolğun ifadə edə bilər.

<sup>7</sup> “Güc — görülən işin bu işi görməyə sərf edilən zamana nisbətinə deyilir”, <http://e-derslik.edu.az/books/218/units/unit-1/page85.xhtml> (son baxış 25 yanvar, 2021).

Göründüyü kimi, “güc” özünü bir əşyada ifadə etməyən çoxmənalı qeyri-maddi məfhumdur. Ona toxunmaq, onu əşya kimi görmək olmur. Onu və onun nəticəsini (nəticələrini) başqalarının yaxud şəxsin öz hərəkətlərində (bəzən hərəkətsizliyində) izləmək, müşahidə etmək olur.

Bu yazının məqsədi də müəyyən hərəkətlərin edilməsi ilə zor (güc) tətbiq edib nəticəni hasil etmək barədədir. Əlbəttə, araşdırılması nəzərdə tutulan beynəlxalq hüquq baxımından bir ölkənin zor (güc) tətbiq etmək hüquqlarının sərhədləri və imkanlarıdır.

Təfərrüta keçmədən, ümumi olaraq, hüquqda “güc”-ün mövqeyinə qısa olaraq nəzər yetirilməsi yazının məqsədləri üçün vacib görünür.

### C. Hüquqda “güc” – hüququn gücü və gücün hüququ barədə

Hüquq və gücün nisbəti olduqca dərin araşdırma istəyən fəlsəfi və nəzəri mövzudur və təqdim olunan məqalə bunun üçün kifayət deyil. Bu baxımdan burada qeyd edilən nisbətə qısa nəzər yetiriləcək.

Sivil hüquq “güc”-ü, məqsədlərə çatmaq üçün faydalı olduğu təqdirdə deyil, yalnız icazə verildiyi təqdirdə tətbiq edir.<sup>8</sup> Başqa sözlə hüquq “güc”-ü özü tətbiq edir, yaxud “güc”-ün hüquqla müəyyən edilmiş məqsədlərə nail olunması üçün tətbiqinə sanksiya (icazə) verir. Amma hüquqda məqsəd “güc” və yaxud “güc tətbiq etmək” deyil. “Güc” və “güc tətbiq edilməsi” hüquq üçün vasitədir.

Sözsüz ki, “güc” üçün də hüquq vasitəyə çevrilə bilər. İtaliyada Mussolini hakimiyyəti, Almaniyada 3-cü reyx, Sovet ittifaqı kimi nümunələr göstərir ki, hüququn güc üçün vasitə olmasının tarixdə nəticələri olduqca acıdır və bu nəticələr dəfələrlə müşahidə edilmişdir.

**Hüququn gücü:** Hüququn gücü bundan əvvəlki hissələrdə qeyd edilən gücdən və ya kimisə istəyinin əksinə davranmağa məcbur etməkdən daha fərqlidir. Hüququn gücü ona “güc tətbiq etmədən” və “güc tətbiqi ilə hədələmədən” riayət edilməsi ilə ölçülür. Bu baxımdan, “hürr iradə” və “hürr iradə” əsasında davranmaq hüquqda olan gücü digər sosial münasibətlərdə tətbiq edilən gücdən fərqləndirir.<sup>9</sup>

Əlbəttə, nəzərə alınmalıdır ki, “hüquq” və “qanun” eyni anlayışlar deyildir. Bu baxımdan “hüququn gücü” hələ “qanunun gücü” demək deyil. Eləcə də “qanunun gücü” hələ “hüququn gücü” demək deyil. “Hüquq” ifadəsini “qanun”-da tapır, amma qanun “hüquq” məfhumunu tam olaraq ifadə etmir. “Qanun”-da ifadə edilməmiş “hüquq” hələ “hüquq” olmaqdan çıxmır. Hüququn içində həm də “ədalət” var. Hüquq ədalətli olmalıdır və ədaləti istəyir. Hüquq gücünü ədalətli olmasından alır. “Hürr iradə” əsasında insanların hüquqa əməl etmələri hüququn insanların (cəmiyyətin) ədalət

<sup>8</sup> Ronald Dworkin, *Laws Empire*, 93 (1986).

<sup>9</sup> Weber, Max, “*Basic Concepts in Sociology*”, in: *Wirtschaft und Gesellschaft*, Volume 1, part one, chapter 1, 1962, p. 117, translated and introduced by H.P. Secher. Available at <http://www.mdx.ac.uk/www/study/xWeb.htm> (2007); Hans Kelsen, *General Theory of State and Law*, 181-192 (1946).

hissinə nə qədər doğru cavab vermiş olmasından irəli gəlir. Ədalətli hüquq çox güclü olur və güc hüququn özündən qaynaqlanır. Ədalətsiz hüquq isə “güc”-ü kənarında axtarır. “Ədalətli gücsüz hüquq”-da olur. Qanunlar hüququ ifadə etmədikdə və individual mənafeləri ifadə etdikdə, ədalətli olurlar və ədalətli olmadıqları müddətcə insanların onlara riayət etməsi, ümumiyyətlə, onları qəbul etməsi çətin olur. Bəzən qanunlar ədalətli olurlar, amma mənafeələr onların güclü olmasını və tətbiq edilməsini əngəlləyir. “Qanun” və “hüquq” anlayışları onların qarşılıqlılığı, bir-birlərindən asılılığı başqa məqalənin yaxud kitabın mövzusu olacaq dərəcədə genişdir. O baxımdan, bu bəhsi daha da genişləndirmirik.

Amma bəzi alimlər könüllü əməletməni psixoloji məcburetə ilə əlaqələndirirlər. Məsələn Kelzen könüllü riayət etməni, azadlığın (*hürr iradənin*) deyil, psixoloji məcbur etmənin bir forması olaraq qiymətləndirirdi.<sup>10</sup> O hesab edirdi ki, cəmiyyətdə insanlar arasında hüquqa əməl olunması və onun tətbiq olunması<sup>11</sup> eynilə də pozuntulara qarşı cəza tətbiq olunması barədə razılıq mövcuddur. Hərçənd ki pozuntunun nə olması barədə daim fikir ayrılıqları mümkündür.

Kelzen qeyd edir ki, hüquq bəzi sosial münasibətlərdə olduğu kimi əməl etməyə görə mükafatlandırır, amma əməl etməməyə görə cəzalandırır; bu hüququ fərqləndirən xüsusiyyətlərdən biridir.<sup>12</sup> Başqa ifadə ilə “cəza” hüququn “güc” mənbəyidir. “Cəza” ilə davranışa nail olunma hüququn ən çox sui-istifadə edilən xüsusiyyətidir. Hüquq tərəfindən məcbur edilməyə və pozuntu hallarında cəzalandırılmağa razılıq bütün hüquq sistemlərinə xasdır. Bu baxımdan bütün hüquq sistemlərinə *məcburi tədbirlərin qorxusu* altında arzu edilən davranışa nail olmaq xasdır.<sup>13</sup> Bu səbəbdən də Kelzenə görə, hüququn gücü hüququn güc vasitəsilə qorxutmasındadır.<sup>14</sup>

Qeyd edilənləri nəzərə alsaq, “güc” hüququn tərkibində mövcud olan abstrakt anlayış deyil. “Güc” maddiləşməsində dövlətin (polis, hərbi qüvvələr və digər orqanlar ilə) əhəmiyyətli rol oynadığı elementdir. Amma ədalətsiz hesab edilən hüququn yaxud tiraniya nəticəsində qəbul edilən hüququn qorxutması neqativdir. Bu hallarda “hüququn gücü” yox, məhz “gücün hüququ” təzahür edir və “*hüququn idarə etməsi*” (*rule of law*) deyil, “*hüquq vasitəsilə idarəetmə*” (*rule by law*) baş verir. Sual, əlbəttə, odur ki, hüquq özü özünü idarə edə bilərmə, yoxsa hüququn idarə edilməsi mütləq kənar (dövlət) gücün olmasını istəyir? Bu halda gücmü hüququndur, yoxsa hüquqmu gücün?

**Gücün hüququ:** Gücün hüququ gücün təzahür etdiyi və göstəricisi olan nəsnelərin (qüvvələrin – hərbi qüvvələr, polis qüvvələri, və s.) hüquqdan

<sup>10</sup> Hans Kelsen, *General Theory of State and Law*, 181-192 (1946).

<sup>11</sup> Yenə orada, 181.

<sup>12</sup> Yenə orada.

<sup>13</sup> Yenə orada.

<sup>14</sup> Yenə orada.



istifadə etməsində yaxud güclünün (səlahiyyət sahibinin) hüquqdan özü üçün istifadə etməsində əksini tapır. Burada nəzər yetirilməsi vacib olan “güc”-ün səlahiyyət ilə əlaqəsi yaxud “güc” sahibi olmaq üçün “səlahiyyət”-li olmanın vacibliyidir.

Gücün hüququna həmişə mənfi mənə yüklənməməlidir.

Qüvvələrin (səlahiyyətlilərin) hüququ olaraq, “gücün hüququ” normativ xarakterlidir. Gücün belə hüququ, qanunların, qaydaların, prosedurların belə qüvvələrin nələrə haqqının olması, öhdəliklərinin nələr olması, necə davranılmalı olmalarını ifadə edir. Bu mənada “gücün hüququ” dedikdə, qanunlarda əksini tapmış müddəalarla verilən davranış üsulu da nəzərdə tutulur.

Sosioloji və yaxud insan münasibətləri (ki, dövlətlər arasında olan münasibətlər də məhz insan münasibətləri çərçivəsində görülməlidir) baxımından: *“güc” başqasına təsir etməklə arzu edilən (belə təsir edən, təsir ediləndən istədiyi) nəticənin hasil olmasındırsa, bu nəticənin hasil edilməsi üçün (təsir edən) hüquqdan (sui)istifadəsi “gücün hüququ”-dur. Bu mənada “gücün hüququ” “güclünün (səlahiyyətlinin) hüququdur”.*

Bəzi hallarda, məhz güclünün (səlahiyyətlinin) hüquqdan sui-istifadə etməsi baş verir və hüquq, qanunlar, normalar güclünün obyektiv olmayan subyektiv məqsədlərinə çatma vasitəsinə çevrilir. Əlbəttə, güclünün (səlahiyyətlinin) “güc”-ü hardan əldə etməsi bir başqa sualdır. Güclü (səlahiyyətli) “güc”-ü hüquqdan daha çox resurslardan alır. Bu resurslar inzibati, siyasi, yaxud hərbi olur. Bəzən inzibati resursları olanlar, hərbi yaxud siyasi resursları olanların qarşısında gücsüz qalır. Bütün bu hallarda isə hüquq vasitə olaraq gücsüz qalır.

Bunun təzahürləri milli hüquqda olduğu kimi, beynəlxalq hüquqda da geniş yayılmışdır. Beynəlxalq hüquqda “güc tətbiq edilməsi” ilə bağlı qaydalar, onların pozulması, onlara əməl edilməməsi yaxud onlardan sui-istifadə də məhz “gücün hüququ” kontekstində dəyərləndirilməli olur. Bu mənada beynəlxalq hüquq ədalətli, amma gücsüz olan hüquq kimi görünür.

İstər milli, istərsə də beynəlxalq hüququn tətbiq edilməsi (*law enforcement*) və edilməməsi gücün hüquqdamı, yoxsa hüququn gücdəmi olmasını vəziyyətə görə müəyyən etmək imkanı verir. Hüququn kənar resurs cəlb edilmədən tətbiq edilə bilməsi onun gücünün və ağırlığının göstəricisidir. Hüququn tətbiq edilməsi üçün əlavə cəhdlərə və resurslara ehtiyac (polis, inzibati, məhkəmə) heç də həmişə onun gücsüzlüyünün göstəricisi deyil, xüsusən də əgər belə əlavə resurslar hüququn tətbiqini mümkün edirsə. Amma bəzən bu resurslara çıxış yaxud onlardan istifadə belə kömək etmirsə, yaxud bu resurslardan istifadə imkanları imtiyazlı yaxud seçicidirsə, burada “hüququn gücündən” deyil, məhz “gücün hüququndan” bəhs edilməlidir.

Beynəlxalq hüquqda “güc tətbiqi” və yaxud “güc tətbiqi ilə təhdid” ilə bağlı vəziyyət məhz bu haldadır. Hazırkı yazı ilə Azərbaycanın güc tətbiq etmək hüququna yuxarıda qeyd edilən mənalarda baxılacaq. Bunun üçün ilk

olaraq beynəlxalq hüquqda güc tətbiqetmə hüququna, daha sonra isə Azərbaycanın bu hüququndan istifadəsinə nəzər salınacaq.

## II. Beynəlxalq hüquqda “güc” və “güc”-ün tətbiq edilməsi barədə

Adətən, beynəlxalq hüquqla bağlı ədəbiyyatda “güc” əsas etibarlı ilə müharibə (güc tətbiqetmə) hüququnun bir amili olaraq nəzərdən keçirilir və bu çərçivədə öyrənilir.<sup>15</sup> “Güc”-ün var olub-olmaması deyil, var olan “güc”-ün qeyri-qanuni (beynəlxalq hüquqa zidd) tətbiqinin tənzimlənməsi, əlbəttə ki, beynəlxalq hüququn ən əhəmiyyətli sahələrindəndir. Bu xüsusda beynəlxalq hüquqda “güc” dedikdə yalnız hərbi güc və onun istifadəsi ilə kifayətlənmək düzgün olmazdı. İqtisadi güc və sanksiya rejimləri ilə ondan istifadə beynəlxalq münasibətlərdə təsir vasitəsi kimi və bəzi hallarda beynəlxalq hüququn tətbiq edilməsində mühüm rol oynayır.

Əlbəttə, dövlətlərin silahlanmasının məhdudlaşdırılması, kütləvi qırğın silahlarının, xüsusən nüvə silahlarının yayılmasının qarşısının alınması istiqamətində dövlətlərin ikitərəfli və çoxtərəfli formatda qəbul etdiyi sənədlər<sup>16</sup> beynəlxalq hüquqda həm də “güc”-ün yaradılmasının, “güc”-lənmək istiqamətində atılan addımların da tənzimlədiyini deməyə əsas verir. İnsan hüquqları, ətraf mühit hüququ, miqrasiya hüququ və bir çox digər hüquq sahələri ilə hərbi olmayan “güc”-dən istifadə də tənzimlənir.

Hazırkı yazının məqsədi isə məhz Nizamnamənin 2(4)-cü maddəsinin çərçivəsində güc tətbiqinin araşdırılması olduğundan, burada Nizamnamənin 2(4)-cü maddəsindəki güc, yəni hərbi gücün tətbiq edilməsi nəzərdən keçiriləcəkdir.

Nizamnamənin ingilis dilində olan versiyası beynəlxalq hüquqda “güc”-ü ifadə etmək üçün “force” kəlməsindən istifadə edir. Amma leksikonda hərbi, siyasi, inzibati gücün ifadə edilməsi üçün həm də ingilis dilindəki “power” kəlməsindən də ifadə edilir – *political power, military power, administrative power*. İqtisadi, hərbi, inzibati və digər “güc”-lər hər hansı dövlətin beynəlxalq münasibətlərdə nüfuzunun göstəricisi və güclü olmasını şərtləndirən amillərdir. Beynəlxalq münasibətlərdə nüfuz önəmlidir və “güc tətbiqi” imkanlarını artıran amillərdəndir. Amma dövlətlərin beynəlxalq nüfuzu,

---

<sup>15</sup> C. Gray, *International Law and the Use of force*, Oxford (2001); Brownlie, Ian, *International Law and the Use of Force by States*, 1963 Clarendon Press; T.M. Franck, *Recourse to Force*, Cambridge, (2002).

<sup>16</sup> Treaty on Non-Proliferation of Nuclear Weapons, 1968-ci ildə imza üçün açılmış və 1970-ci ildə qüvvəyə minmişdir, <https://www.un.org/disarmament/wmd/nuclear/npt/text> (son baxış 25 yanvar, 2021); Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on Their Destruction, <https://www.opcw.org/chemical-weapons-convention> (son baxış 25 yanvar, 2021).

onun növləri və gücün tətbiq edilməsindəki rolu ayrıca araşdırma mövzudur və hazırkı qısa haşiyə ilə kifayətlənəcəyik.

Burada başqa bir qısa haşiyə çıxıb *beynəlxalq hüququn gücünün* mənbəyinin nə olmasını, ya da nədə olması da soruşmaq olar. Beynəlxalq hüququn gücü ona əməl olunması ilə ölçülür, yoxsa o da “güc”-ə yaxud “güclü dövlətlərə” hüquq vermək üçündür? Bu mövzu da ayrıca araşdırma predmetidir və hazırkı yazıda onu ayrıca təhlil etməyəcəyik.

Hazırkı məqalənin məqsədləri üçün biz yalnız hərbi gücdən istifadəni, başqa deyimlə “güc tətbiqini” araşdırmaq niyyətində olduğumuzdan, digər sahələrdə “güc”-ün təsirlərini və digər sahələrin “güc”-ə təsirini müzakirə etməyəcəyik.

### A. Hərbi gücün tətbiq edilməsi

Əsrlər boyu dövlətlər suveren olaraq bəsit səbəblərlə öz *mülahizələrinə əsasən* müharibəyə başlamış (güc tətbiq etmiş) və buna haqlarının olduğuna inanmışdır. Öz mülahizələrinə görə başlatdıqları müharibələrin ağır nəticələri dünya ictimaiyyətini “*jus ad bello*” (müharibəyə başlamaq hüququnu) yenidən şəkilləndirməyə vadar etmişdir. II Dünya Müharibəsi və onun ağır nəticələri dövlətlərin müharibəni “öz *mülahizələrinə əsasən*” başlamaq “hüququ”nu məhdudlaşdırmağa sövq etmişdir.

II Dünya Müharibəsindən sonra dövlətlərin razılaşdırdıqları BMT Nizamnaməsinin özəyi məhz beynəlxalq münasibətlərdə dövlətlərin öz *mülahizələrinə əsasən* “güc”-ün tətbiq edilməsini ciddi şəkildə tənzimləyərək məhdudlaşdırmaq, o cümlədən beynəlxalq münasibətlərdə güc tətbiqinə ayrı-ayrı dövlətlərin inhisarını aradan qaldırmaq olmuşdur. Nizamnamə ilə nəzəri olaraq gücün tətbiqi məhdudlaşdırıldığı kimi müəyyən mənada beynəlxalq sülh və təhlükəsizliyin təminatçısı kimi BMT Təhlükəsizlik Şurası ilə dövlətlər arasında “gücün tətbiqi” səlahiyyətinin bölüşdürülməsi də baş tutmuşdur. Beynəlxalq münasibətlərdə təcrübənin necəliyi fərqli ola bilər, amma necəliyindən asılı olmayaraq son 75 ildir ki, Beynəlxalq Ədalət Məhkəməsi, dünya, alimlər, siyasətçilər, mütəxəssislər beynəlxalq hüququn gücün tətbiqinin BMT Nizamnaməsi ilə qadağan etdiyini qəbul edir.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> O'Connell, Mary Ellen, "Enforcing the Prohibition on the Use of Force: The U.N.'s Response to Iraq's Invasion of Kuwait" (1991). Articles by Maurer Faculty. 2085. <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/2085>; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua vs. United States of America), [Jurisdiction and Admissibility] 1984 ICJ Rep 392; Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations, UN General Assembly Resolution (UNGA) 2625 (XXV), 24 October 1970. Available at: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/3dda1f104.pdf> (son baxış 25 yanvar, 2021); C. Gray, *International Law and the Use of force*, Oxford (2001); Brownlie, Ian, *International Law and the Use of Force by States*, 1963 Clarendon Press; T.M. Franck, *Recourse to Force*, Cambridge, 2002; Malcolm N. Shaw, *International law*, Textbook, (8<sup>th</sup> ed. 2017).

## B. Beynəlxalq hüquqda “güc tətbiq edilməsi”nin məhdudlaşdırılması barədə

BMT Nizamnaməsi (bundan sonra “Nizamnamə”) 2(4)-cü maddəsi ilə beynəlxalq münasibətlərdə “güc” və onun tətbiq edilməsi, eləcə də güc tətbiqi ilə hədələməyi aşağıdakı şəkildə tənzimləyir:

“Bütün Üzvlər öz beynəlxalq münasibətlərində, hər hansı bir dövlətin ərazi bütövlüyünə və siyasi müstəqilliyinə qarşı və ya Birləşmiş Millətlər Təşkilatının məqsədləri ilə bir araya sığmayan hər hansı bir şəkildə güc tətbiqi ilə hədələməkdən və gücün tətbiqindən çəkinməlidirlər”.<sup>18</sup>

BMT dövlətlərin güc tətbiq etməsini istəmir və ingilis dilində “*shall refrain*” (çəkinməlidir) ifadəsindən istifadə edir.

Beynəlxalq Ədalət Məhkəməsi öz qərarlarında bu müddəanın adət hüququ və *jus cogens* norması olmasını dəfələrlə bildirmişdir.<sup>19</sup>

1970-ci ildə “güc tətbiq edilməsindən çəkinmə” tələbi BMT Baş Assambleyasının “Dostluq münasibətləri haqqında Beynəlxalq hüququn prinsipləri və dövlətlər arasında BMT Nizamnaməsinə uyğun əməkdaşlıq barədə Bəyannamə”-də (bundan sonra “Bəyannamə”) beynəlxalq hüququn prinsipi olaraq müəyyən edilmişdir.<sup>20</sup> Bəyannamədə “güc”-dən hədə yaxud faktiki istifadə isə beynəlxalq hüququn pozulması halı kimi təsbit edilmişdir.<sup>21</sup> Bəyannamə bir az da irəli gedərək təcavüzkar müharibənin sülh əleyhinə cinayət olduğunu və bu cinayətə görə isə beynəlxalq hüquqla məsuliyyətin müəyyən edildiyini qeyd edir.<sup>22</sup>

Bəyannamədə dövlətlərin bu istiqamətdə mövcud olan öhdəlikləri də müəyyən edilir. Hər bir dövlətin üzərinə digər dövlətin mövcud beynəlxalq sərhədlərini və yaxud beynəlxalq demarkasiya xətlərini güc tətbiq etməklə dəyişdirməmək öhdəliyi qoyulur.<sup>23</sup> Bəyannamədə həm də dövlətlər üçün insanları öz müqəddəratlarını təyin etmək hüququndan məhrum edəcək şəkildə güc tətbiq etməmək öhdəliyi müəyyən edilir.<sup>24</sup> Habelə bir dövlətin digərinin ərazisində iğtişəş yaratmaması və yaxud terror fəaliyyətini dəstəkləməməsi və belə tədbirlərin görülməməsi üçün öz ərazisində hər hansı

<sup>18</sup> BMT Nizamnaməsi, maddə 2(4), <https://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-i/index.html> (son baxış 25 yanvar, 2021).

<sup>19</sup> Constantinos Yiallourides, Markus Gehring, Jean Pierre Gauci, *The Use of Force in relations to Sovereignty Disputes over Land Territory*, British Institute of International and Comparative Law, 23, (2018).; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua vs. United States of America), [Jurisdiction and Admissibility] 1984 ICJ Rep 392 para 73, [Merits] 1986, ICJ Rep 14 para 186, 188, 190; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Advisory Opinion), 2004, ICJ Rep 136, para 87.

<sup>20</sup> Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations, UN General Assembly Resolution (UNGA) 2625 (XXV), (1970), <https://www.un.org/ruleoflaw/files/3dda1f104.pdf> (son baxış 25 yanvar, 2021).

<sup>21</sup> Yenə orada, 3.

<sup>22</sup> Yenə orada, 5.

<sup>23</sup> Yenə orada.

<sup>24</sup> Yenə orada.

fəaliyyətin təşkilatlandırılmaması tələbi də mövcuddur.<sup>25</sup> Son olaraq dövlətin ərazisinin hərbi işğal predmeti ola bilməməsi və ya başqa dövlət tərəfindən belə işğalın qanuni hesab edilməməli olduğu müəyyən edilir.<sup>26</sup>

Yuxarıda qeyd edilənlər göstərir ki, beynəlxalq münasibətlərinə dövlətlərin güc tətbiq etmə hüququnun məhdudlaşdırılması son 75 ildə ciddi hüquqi əsası olan beynəlxalq hüquq prinsipi kimi möhkəmlənmişdir.

Bununla belə, dövlətlər üçün həyati əhəmiyyətə malik olan sual budur ki, BMT Nizamnaməsindəki güc tətbiqinin məhdudlaşdırılması güc tətbiq etmək hüququnun olmamasıdır mı? Güc tətbiq etmənin məhdudlaşdırılması bu hüququn olmaması üçün deyil, bu hüququn necə həyata keçirilməsini tənzimləmək üçündür. Bu baxımdan dövlətlərin güc tətbiq etmə hüququ beynəlxalq hüquqla məhdudlaşdırılrsa da, yox dərəcəsinə endirilməmişdir.

Nizamnamə gücün tətbiqini qanuni və qeyri-qanuni olmaqla fərqləndirmiş və qanuni güc tətbiqini tanımışdır. Nizamnamədə müəyyən edilmiş istisnalar gücün qanuni tətbiqinin mümkün olduğu hallardır.

### C. Dövlətlərin güc tətbiq etmək hüququ

Baxmayaraq ki, xüsusən, II Dünya Müharibəsindən sonra BMT Nizamnaməsinin qəbulu ilə və yuxarıda qeyd edilən 2(4)-cü maddənin Nizamnaməyə əlavə edilməsilə dövlət münasibətlərində güc tətbiq edilməsinin qadağan edilməsi inancı formalaşmışdır, Nizamnamə və beynəlxalq münasibətlərdəki təcrübə dövlətlərin güc tətbiq etmək hüququnun qadağan edildiyini deyil, məhdudlaşdırıldığını göstərir. Tam və şərtsiz qadağa olmadığından dövlətlər güc tətbiq etmək hüququnu saxlamışdır. Xüsusən də, Nizamnamənin 51-ci maddəsi dövlətlərə öz mülahizələrinə uyğun olaraq müəyyən şərtlər çərçivəsində güc tətbiq etmək hüququnu verir.<sup>27</sup> Nizamnamənin 42-ci maddəsi ilə isə dövlətlərin kollektiv güc tətbiq etmək hüququ tanınır.<sup>28</sup>

Bir çox müəllif Nizamnamənin 2(4)-cü maddəsinin müharibə etməyi qanunsuz elan etdiyini yazır və bir az da irəli gedərək istisnasız bütün mübahisələrin, hətta işğal edilmiş ərazilərlə bağlı mübahisələrin də sülh yolu ilə tənzimləməli olduqlarını qeyd edir.<sup>29</sup> Amma eyni zamanda bu müəlliflər qəbul edirlər ki, bu sahədə “geniş yayılmış riyakarlıq”<sup>30</sup> mövcuddur.

Riyakarlıq ona görə baş verir ki, “güc”-ün (yaxud onun istənilən formada iqtisadi, hərbi, sosial, pərixoloji təzahürünün) tam qadağan edilməsi mümkün deyil. Mümkün olan “güc”-ün hədlərinin müəyyən edilməsi, yəni

<sup>25</sup> Yəni orada.

<sup>26</sup> Yəni orada.

<sup>27</sup> BMT Nizamnaməsi, Fəsil VII, <https://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-vii/index.html> (son baxış 25 yanvar, 2021).

<sup>28</sup> Yəni orada.

<sup>29</sup> Oscar Schachter, *The Right of States to Use Armed Force*, 82 Mich. L. Rev. 1620 (1984); Constantinos Yiallourides, Markus Gehring, Jean Pierre Gauci, *The Use of Force in relations to Sovereignty Disputes over Land Territory*, 22 (2018).

<sup>30</sup> Schachter, yuxarıda istinad 20, 1620.

məhdudlaşdırılmasıdır. Dövlətlər münasibətlərində güc tətbiq etməyəcəklərinə əmin deyildir. BMT Nizamnaməsi qəbul edilərkən 2(4)-cü maddə və digər müddələrdə, eləcə də Təhlükəsizlik Şurası yaradılarkən və ona xüsusi səlahiyyətlər verildikən güc tətbiq etmək hüququ (səlahiyyəti) olmayıb. O səbəbdən də dövlətlər silahlanmağı, ordu quruculuğunu, müdafiə məsələlərini heç bir vaxt nəzərdən qoymayıblar. İnsan təbiəti “güc”-dən imtinanı mümkün etmir və bəzi müəlliflər etiraf edirlər ki, “dövlətlər arasındakı mübahisələrdə gücü əvəz edə bilmək üçün çox az bir şey edilə bilər”.<sup>31</sup>

Hərbi “güc tətbiqi” tam və qeyd şərtsiz qadağan edilmədiyinə (edilə bilinmədiyinə) və “güc”-ün məhdudlaşdırılması da müfəssəlliklərinə qədər təsvir edilmədiyinə (edilə bilinmədiyinə) görə, qəbul edildiyi müddətdən etibarən Nizamnamə və digər beynəlxalq hüquq normaları hərbi “güc tətbiqi” üçün bir əsaslandırma kimi istifadə edilmişdir. Bu baxımdan təcrübədə əksər hallarda (hətta güc tətbiqinin qanunsuz olduğu hallarda) güc tətbiqi üçün (ABŞ-ın öncülüüyündə birinci və ikinci İraq əməliyyatı, ABŞ və müttəfiqlərinin Əfqanıstandakı əməliyyatları, İsrailin Livanda həyata keçirdiyi əməliyyatlar, Türkiyənin İraqın və Suriyanın şimalındakı əməliyyatları, Rusiyanın Gürcüstan ərazisində həyata keçirdiyi əməliyyatlar, və s.) Nizamnamə yaxud digər beynəlxalq hüquqi sənədlər əsas gətirilir. Beynəlxalq Ədalət Məhkəməsi bu xüsusu “güc tətbiqi” ilə bağlı dövlət təcrübəsinin beynəlxalq hüququ zəiflətməsi kimi deyil, əksinə dövlətlərin güc tətbiq etdikləri zaman BMT Nizamnaməsində nəzərdə tutulmuş istisnalara müraciət etmələrini (güc tətbiq etmələrini belə istisnalarla əsaslandırmaqlarını) beynəlxalq hüququn gücü və güclənməsi olaraq dəyərləndirmişdir.<sup>32</sup>

“Güc tətbiqi” barəsindəki beynəlxalq hüquq normaları o şəkildə işlənmiş və mövcud beynəlxalq orqanların işləmə mexanizmləri elə şəkillənmişdir ki, beynəlxalq hüquq hər hansı dövlətin güc tətbiq etmək qərarına elə də ciddi təsir edə bilmir. Təsir gücünə malik olan ayrı-ayrı dövlətlər, daha doğrusu, regional və yaxud qlobal mənada güclü dövlətlər olur. BMT Təhlükəsizlik Şurasının “güc tətbiqi” ilə bağlı Təhlükəsizlik Şurasının daimi üzvü olmayan (veto hüququ olmayan) dövlətlərin təcrübəsinə də təsiri mexanizmlərinin çalışıb-çalışmaması da daimi üzvlərin iradəsinin hansı istiqamətdə olması ilə müəyyən edilir. Amma istənilən halda mövcud beynəlxalq hüquq sistemi və onun inkişafı dövlətlər üçün legitimlik ehtiyacı yaradır.

Qeyd edilənlər göstərir ki, beynəlxalq hüquqda “güc tətbiqetmə”-nin məhdudlaşdırılması hər nə qədər universal qayda olsa da, dövlətlərin “güc tətbiq etmək” hüququ qalır və tam qadağan edilmir. “Güc tətbiqetmə”-ni hüquq kimi mümkün edən isə Nizamnamə ilə “güc tətbiq edilməsi”-nin məhdudlaşdırılmasına Nizamnamə ilə müəyyən edilmiş istisnalardır. Qəbul

<sup>31</sup> Yəni orada.

<sup>32</sup> *Military and Paramilitary Activities*, yuxarıda istinad 12, para. 186.

edilməlidir ki, Nizamnamə ilə müəyyən edilmiş istisnalar maddiləşmiş beynəlxalq hüquqda dövlətlərin “güc tətbiq etmək” hüququnu reallaşdırmaqları üçün əsas istinad yeridir. Əlbəttə, dövlət təcrübəsində bu istinadı aşan nümunələr çoxdur, amma bu yazının məqsədi onların hamısını araşdırmaq olmadığından hazırki qeydlə kifayətlənəcəyik.

#### **D. Özünümüdafiə və güc tətbiq etmək hüququ**

Burada ehtiyatla yanaşılmalı olan sahə dövlətlərin *öz mülahizəsinə görə* güc tətbiq etməsi hallarıdır. Nizamnamə baxımından dövlətlərin öz mülahizəsinə görə, güc tətbiq edə bildiyi hal özünümüdafiədir. Nizamnamə özünümüdafiəni “Sülhə təhdid, sülhün pozulması və təcavüz aktlarına qarşı tədbirlər”-ə həsr edilmiş VII fəslə aid edir. Bu fəslin ilk maddəsi (maddə 39) pozulmuş sülhün bərpası üçün BMT Təhlükəsizlik Şurasına belə pozuntunun olub-olmamasını müəyyən etmək səlahiyyəti, eləcə də Nizamnamənin 41 və 42-ci maddələrinə görə hansı tədbirlərin görülməyəcəyinə dair tövsiyələr vermək yaxud belə tədbirlər barədə qərar qəbul etmək gücü verir.<sup>33</sup> Nizamnamənin 41-ci maddəsi öz qərarlarının tətbiqini təmin etmək üçün BMT Təhlükəsizlik Şurasına iqtisadi xarakterli sanksiyaların tətbiqini və əgər bu sanksiyalar səmərəli olmazsa artıq hava, dəniz yaxud quru vasitəsilə beynəlxalq sülh və təhlükəsizliyi bərpa etmək üçün tədbirlər görməyə səlahiyyətləndirir.<sup>34</sup> Birbaşa yazılmasa da, Nizamnamənin 42-ci maddəsi BMT Təhlükəsizlik Şurası tərəfindən güc tətbiq edilməsini nəzərdə tutur. Nizamnamənin 43-cü maddəsi bu mənada bütün dövlətlər üçün BMT Təhlükəsizlik Şurasını, o cümlədən hərbi qüvvələrlə təmin etmək öhdəliyi müəyyən edir və fəslin sonrakı maddələri ilə BMT Təhlükəsizlik Şurası tərəfindən güc tətbiq edildiyi zaman həyata keçirilən tədbirlərin müəyyən detalları qeyd edilir. Fəslin sonunda isə Nizamnamədə yazılan heç nəyin dövlətlərin təbii olan fərdi və kollektiv özünümüdafiə hüququnu məhdudlaşdırmadığının müəyyən edildiyi 51-ci maddə yer alır.

Məhz Nizamnamənin 51-ci maddəsi dövlətlərin hələ də öz mülahizəsinə əsasən gücü tətbiq edə bildiyi *istisnayı* müəyyən edir.

Bu baxımdan Nizamnamə özünümüdafiə hallarında dövlətlərə müəyyən sərbəstlik verir və müəyyən edir ki:

*“Bu Nizamnamədəki heç nə Birləşmiş Millətlərin üzv dövlətinə qarşı silahlı hücum baş verdiyində, Təhlükəsizlik Şurası beynəlxalq sülh və təhlükəsizliyi təmin etmək üçün tədbirlər görəndə qədər, ayrılmaz olan kollektiv yaxud fərdi özünümüdafiə hüququnu məhdudlaşdırmamalıdır, Üzv dövlətlər tərəfindən özünümüdafiə hüququndan istifadə dərhal Təhlükəsizlik Şurasına bildirilməlidir və Təhlükəsizlik Şurasının bu Nizamnamə ilə istənilən vaxt beynəlxalq sülh və təhlükəsizliyi təmin*

<sup>33</sup> BMT Nizamnaməsi, Fəsil VII, <https://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-vii/index.html> (son baxış 25 yanvar, 2021).

<sup>34</sup> Yəni orada, maddələr 41-42.

*etmək üçün zəruri hesab etdiyi tədbirləri görməklə bağlı səlahiyyətlərinə və məsuliyyətinə təsir etməməlidir”.*<sup>35</sup>

Öz mülahizəsini istifadə edə bildiklərindən dövlətlər ən çox özünümüdafiə istisnasından istifadə edirlər. Bu səbəbdən də özünümüdafiənin nədən ibarət olması və hansı hallarda özünümüdafiə hüququna istinad edərək güc tətbiq edilə bilməsi daim müzakirə və hətta mübahisə mövzusu olmuşdur. Özünümüdafiə güc tətbiqinin *qadağa* deyil, *hüquq* kimi qalmasını mümkün edən istisnadır. Özünümüdafiənin geniş və ya dar mənada şərh edilməsindən asılı olaraq beynəlxalq hüquqda güc tətbiqinə fərqli yanaşmalar formalaşır. Azərbaycanın güc tətbiq etmə hüququna da mütəxəssislər, siyasətçilər, alimlər tərəfindən daim özünümüdafiə çərçivəsində baxılır. Azərbaycanla bağlı hissəyə növbəti paragrafda qayıdacağıq, amma burada özünümüdafiənin Nizamnamədəki məhdudlaşdırmaya yeganə istisna olmadığını vurğulayaraq digər istisnalara da qısa nəzər yetirməyimiz lazımdır.

Güç tətbiq etmənin məhdudlaşdırılmasına edilən bu istisnadan başqa istisna *BMT Təhlükəsizlik Şurasının Nizamnamənin VII-ci fəslinə uyğun verdiyi səlahiyyət əsasında gücün tətbiq edilməsidir.*<sup>36</sup>

Gücün tətbiq edilməsinin məhdudlaşdırılmasına olan digər istisnalar da vardır ki, bunlar Nizamnamədən kənar sənədlərdə və dövlətlərin təcrübəsində yer almışdır. Belə ki, BMT Baş Assambleyasının 1950-ci ildə qəbul edilmiş “Sülh naminə Birlik” Qətnaməsində *Baş Assambleyanın tövsiyəsi əsasında güc tətbiq etmək istisnasına yer verilmişdir.*<sup>37</sup> BMT Baş Assambleyası 1974-cü ildə “Təcavüzün anlayışına” dair qətnaməsində isə *öz müqəddəratını təyin etmə hüququndan zor gücünə məhrum edilmiş yaxud müstəmləkə altında olan yaxud xaricilərin istilasında olan insanların öz müqəddəratını və müstəqilliyə nail olma üçün mübarizə hüququnu tanıyır.*<sup>38</sup>

Qeyd edilənlərdən başqa, təcrübədə dövlətlərin *digər dövlətin dəvəti əsasında onların ərazisində güc tətbiq etməsinə* (hərbi əməliyyat keçirməsinə) rast gəlinir ki, bunun Nizamnamənin 2(4)-cü maddəsinin tələblərini pozmadığı bildirilir.<sup>39</sup>

Sadalanın istisnalar hərbi gücün qanuni və icazə verilən tətbiq edilməsinə aid edilir.

Həmçinin *humanitar fəlakətin qarşısının alınması ilə bağlı güc tətbiqi* son üç onillikdə bir neçə dəfə geniş miqyaslı güc tətbiq edilməsi üçün istinad edilən

<sup>35</sup> Yəni orada, maddə 51.

<sup>36</sup> Yəni orada.

<sup>37</sup> Uniting for Peace, § A, UN General Assembly Resolution (UNGA) 377A (v), 3 November 1950, [https://www.un.org/en/sc/reperoire/otherdocs/GAres377A\(v\).pdf](https://www.un.org/en/sc/reperoire/otherdocs/GAres377A(v).pdf) (son baxış 22 Dekabr 2020).

<sup>38</sup> Definition of Aggression, UN General Assembly Resolution (UNGA) 3314 (XXIX), 14 December 1974, [https://crimeofaggression.info/documents/6/General\\_Assembly\\_%20Resolution\\_%203314.pdf](https://crimeofaggression.info/documents/6/General_Assembly_%20Resolution_%203314.pdf) (son baxış 22 Dekabr 2020).

<sup>39</sup> Rusiyanın Suriyada hərbi əməliyyatlarda iştirakı, yaxud başqa dövlətin ərazisində hərbi baza yerləşdirilməsinə dair müqavilələr bu qəbildən olan dövlətlərə misal göstərilə bilər.



səbəb olmuşdur, baxmayaraq ki, bu istinad olduqca ziddiyyətli qəbul edilmiş və müəlliflər tərəfindən birmənalı qarşılanmamışdır.<sup>40</sup>

Müəyyən *beynəlxalq ittifaqlar yaradaraq digər dövlətlərin ərazisində kütləvi qırğın silahlarının məhv edilməsi adı ilə aparılan hərbi müdaxilələrə* də rast gəlinir ki, (İraq, Liviya) bu hallar müəyyən dəstə dövlətin iştirakı olsa belə, legitim hesab edilməmişdir.<sup>41</sup>

Təcrübədə (Rusiyanın Gürcüstan ərazisinə 2008-ci ildə etdiyi hərbi müdaxilə, İsrailin 1976-cı ildə Entebbe (Uqanda) şəhərində keçirdiyi əməliyyat, ABŞ-ın 1965-ci ildə Dominikan Respublikası və 1983-cü ildə Qrenadaya hərbi müdaxiləsi)<sup>42</sup> bəzi dövlətlərin öz vətəndaşlarını qorumaq məqsədi yaxud adı ilə digər dövlətlərin ərazisində, belə dövlətlərin razılığı olmadan, apardığı əməliyyatlara və/və ya hərbi əməliyyatlara da rast gəlinir. Bəzi hallarda, vətəndaşları yaxud soydaşları müəyyən ərazidə kütləvi yaşayan dövlətlər bu ərazilərin ilhaqından da çəkinmir. Hətta belə ilhaqı öz daxili hüquq və beynəlxalq hüquqla əsaslandırmağa çalışırlar. (məsələn Kırımın Rusiya tərəfindən ilhaqı, Qarabağın Ermənistan tərəfindən ilhaqına cəhd, və s.)

Bununla belə, beynəlxalq hüquq baxımından Nizamnamədə əksini tapan istisnalar və yaxud qanuni güc tətbiqetmə hüququ özünümüdafiə və BMT Təhlükəsizlik Şurasının verdiyi icazə/göstəriş (sanksiya) əsasında gücün tətbiq edilməsidir.

Gücün tətbiqi ilə bağlı müzakirədə “güc tətbiq etməklə hədələmək” kənarında qalmamalıdır. Nəzərə alsaq ki, hər güc tətbiq etmə çox hallarda “hədələmək”lə başlayır. Bununla belə güc tətbiq ediləcəyi barədə “hədə” yaxud “təhdid” adətən o qədər diqqətdə olmur.

### **E. “Güc” tətbiqi ilə təhdid etmək barədə**

Hüquq ədəbiyyatında da əsas etibarını ilə “güc tətbiq edilməsi” müzakirə edildiyindən əksər hallarda “güc tətbiq etmə ilə hədələmək” o qədər də diqqət mərkəzində olmur. Hətta müəlliflər özləri bunu etiraf edirlər.<sup>43</sup>

Nizamnamə “güc tətbiqi” ilə eyni qaydada “güc tətbiq edilməsi ilə təhdid”-in də dövlətlərarası münasibətlərdə istifadəsini məhdudlaşdırır və

<sup>40</sup> Kreß, Claus, Zur Lage des völkerrechtlichen Gewaltverbots, Zeitschrift Außen Sicherheitspolit (2019) 12:453-476, <https://www.springerprofessional.de/zur-lage-des-voelkerrechtlichen-gewaltverbots/17828512> (son baxış 22 Dekabr 2020); Schachter, yuxarıda istinad 20, 1620; Ian Hurd, *Is humanitarian intervention legal? The Rule of Law in an Incoherent World*, 25 Ethics & International Affairs 313 (2011).

<sup>41</sup> Sean D. Murphy, *Assessing the Legality of Invading Iraq*, 92 Geo. L. J. 173 (2004); Nigel D. White, *Libya and Lessons from Iraq: International Law and the Use of Force by the United Kingdom*, 42 Netherlands Yearbook of International Law (2011).

<sup>42</sup> Preethi Lolaksha Nagaveni, *Use of Military Force in Protection of Nationals Abroad*, Journal of Academy of Juridical Studies, 65-79, 2016, Lanchester University, <https://eprints.lancs.ac.uk/view/year/2016.html> (son baxış 25 yanvar, 2021).

<sup>43</sup> Schachter, yuxarıda istinad 20, 1625; Marco Roscini, *Threat of Armed Force and contemporary international law*, 54 Netherlands International Law Review, 229 (2007); Romana Sadurska, *Threats of Force*, 82 American Journal of International Law, 239 (1988).

dövlətlərdən belə təhdiddən çəkinməyi tələb edir.<sup>44</sup> Bu baxımdan “güc tətbiqi ilə təhdid etmək” “güc tətbiqi” ilə eyni şiddətə malik, amma fərqli anlayışdır.<sup>45</sup> Bəzi hallarda “güc tətbiqi ilə təhdid”-in ayrıca böyük əhəmiyyət kəsb etmədiyi qeyd edilir.<sup>46</sup> Bəzi hallarda isə “güc tətbiqi ilə təhdid”-ə qadağan predmeti kimi ayrıca müraciət edilmədiyi vurğulanır.<sup>47</sup> Güc tətbiqi ilə təhdid bundan istifadə edən dövlətin sonrakı addımları ilə qarışaraq bir növ itir və diqqətdən kənar qalır. İstifadənin sıxlığı və müxtəlifliyi isə təhdidi sanki qadağa olmaqdan çıxarmışdır. Hətta Beynəlxalq Ədalət Məhkəməsinin baxdığı işlərdə belə tərəflərdən biri digər tərəfin beynəlxalq hüququ güc tətbiq etməklə təhdiddən istifadə edərək pozduğuna istinad etdiyi hallarda belə, Məhkəmə güc tətbiqinin özünü araşdırmış və təhdidlə bağlı pozuntunu araşdırılmasına köklənməmişdir.<sup>48</sup> Burada səbəb kimi təhdidin öz təbiətindən qaynaqlanan xüsusiyyətlər də mövcuddur. Çünki bəyan edilməsə (dilə gətirilməsə) belə, hər hansı dövlətin silahlanması, müdafiə xarakterli tədbirləri və bu kimi addımlarında da təhdid elementi daim mövcuddur. Yaxud digər dövlətə qarşı iqtisadi xarakterli addımlarda da təhdid amili var və bəzən bu amil silahlı güc tətbiq edilməsində olan təhdiddən daha çoxdur. Amma Nizamnamənin məqsədləri və prinsipləri baxımından çox açıq və aşkar aqressiyaya işarə edən hər hansı bəyan edilən yaxud bəyan edilməyən güc tətbiq ediləcəyinə dair təhdiddən istifadə Nizamnamənin 2(4)-cü maddəsinin məqsədləri baxımından qadağandır.

Nizamnamənin ingilis dilində olan versiyasında 2 (4) cü maddə bu hissədə “*threat to use force*” ibarəsindən istifadə edir. Söz olaraq, “*threat*” “təhlükə” mənasına gəlir və feil olaraq “*to threaten*” (təhdid etmək) kimi istifadə edilir. Nizamnamənin rus dilində olan versiyasında ibarə olaraq “*угроза силой*” sözlərindən istifadə edilir. Bu halda da “*угроза*” təhlükə mənasını verir, feil olaraq isə “*угрожать*” (təhdid etmək) sözü əsasdır. Bu baxımdan Nizamnamənin fransız dilindəki mətnində istifadə edilən “*a la menace... de la force*” ifadəsindəki “*menace*”-da isim olaraq “*təhlükə*”, fel olaraq “*təhdid etmək*” mənalarına gəlir. Bu baxımdan 2(4)-cü maddənin məqsədləri üçün “*təhdid*” güc tətbiqi təhlükəsini yaratmaqdır. Təhdid-in nəticəsində güc tətbiqi olub-olmayacağını əvvəlcədən müəyyən etmək *preventiv* və/və ya *proaktiv* özünümüdafiə üçün istifadə edilən dəlillərdəndir.

“Təhdid” sözünün Azərbaycan dilindəki etimologiyası baxımından “təhdid” ərəb mənşəli sözdür, həd müəyyən etmək, qorxutmaq, hədələmək mənalarını bildirir.

<sup>44</sup> BMT Nizamnaməsi, Fəsil VII, maddə 2(4), <https://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-vii/index.html> (son baxış 25 yanvar, 2021).

<sup>45</sup> Sadurska, yuxarıda istinad 33, 239.

<sup>46</sup> Yenə orada, 239-240.

<sup>47</sup> Schachter, yuxarıda istinad 20, 1625.

<sup>48</sup> Sadurska, yuxarıda istinad 33, 239-240.

Nizamnamənin 2(4)-cü maddəsinin qadağan etdiyi təhdid “güc”-ün tətbiq edilməsi ilə bağlı olan təhdiddir. Burada “güc” dedikdə hansı gücün nəzərdə tutulduğunu da anlamaq zəruridir. Yuxarıda bəzi müəlliflərin Nizamnamənin 2(4)-cü maddəsinin məqsədləri üçün “güc” dedikdə, hətta iqtisadi gücün bura daxil olduğunu bildirdiyini qeyd etdik.<sup>49</sup> Konsepsiya olaraq müəlliflər “təhdid”-ə hədəf olan şəxsin *status quo-nu* saxlaması, yaxud dəyişdirməsi üçün onda qorxu və narahatlıq formalaşdıran psixoloji hal yaradılması tədbiri kimi anlayış verirlər.<sup>50</sup> “Güc tətbiq edilməsi ilə hədələmək (təhdid etmək)” gizli yaxud aşkar hədəfdə olan auditoriya (və ya dövlət) üçün nəzərdə tutulan və onların müəyyən qayda yaxud tələbə riayət etməyəcəkləri təqdirdə onlara qarşı “güc” tətbiq ediləcəyinə dair ismarıcdır.<sup>51</sup> Bununla beynəlxalq münasibətlərdə bir tərəf digər tərəfin seçim imkanlarını məhdudlaşdıracaq həddə məcburetmə formasından istifadə etmiş olur.<sup>52</sup> “Güc tətbiq edilməsi təhdid”-i həm də başqa şəkildə əldə edilə bilinməyən məqsədlərə hərbi gücün tətbiq edilməsi hədəsi ilə döyüşmədən nail olunması cəhdi kimi də tərif edilir.<sup>53</sup> Amma təhdidlə əlaqədar “güc” terminini yalnız “hərbi güc”-lə ifadə etməyin yetərsizliyi ilə razıyıq. Çünki hərbi təzyiqin yerinə iqtisadi təzyiqin tətbiq edilməsi hər hansı davranışın təhlükəli olması yaxud təhdid kimi xarakterizə edilməsi baxımından o qədər də az müəyyənedici xarakter daşmır.<sup>54</sup> Beynəlxalq Hüquq Komissiyasının İnsanlığın Təhlükəsizliyinə və Sülhə qarşı Cinayətlər Məcəlləsinin layihəsində “təhdid”-ə “hər hansı dövlətin müəyyən tələblər yerinə yetirilməyəcəyi təqdirdə digər dövlət tərəfindən ona qarşı gücdən istifadə ediləcəyinə inandırmaqla bağlı tədbirlər”-i olaraq məna verilir.<sup>55</sup>

Bütün təhdidlərin tələblə əlaqədarlığını nəzərə alsaq,<sup>56</sup> “təhdid” ilə “tələb” qarışdırılmamalıdır. Hər “tələb” “təhdid” deyildir və hər “təhdid” də “tələb” deyildir, baxmayaraq ki, hər “təhdid” tələblərdən ibarətdir və “təhdid”-in məqsədi “tələblərin” yerinə yetirilməsidir. Bununla belə, məsələ bu tələblərin yerinə yetirilmədiyi halda seçiləcək davranışın növüdür (güc tətbiq etmək, sanksiyalar, və s.). Tələbin növü öz növbəsində təhdidi hüquqa zidd yaxud hüquqa uyğun olmasını da müəyyən edir. Bu baxımdan hər təhdid qanuna zidd deyildir. Hüquq ədəbiyyatında “təhdid”-in mövcud olmasının “tələb”-in mövcud olması ilə əlaqəli olması heç də hamı tərəfindən qəbul edilmir.<sup>57</sup>

“Təhdid” “xəbərdarlıq”-la da səhv salınmamalıdır. Xəbərdarlıqda “təhdid”-in həyata keçirilməsi iradəsi mövcud olmur. Bu “təhdid” başqasından

<sup>49</sup> Yenə orada, 239; Roscini, yuxarıda istinad 33, 229-277.

<sup>50</sup> Sadurska, yuxarıda istinad 33, 239-240.

<sup>51</sup> Yenə orada, 240.

<sup>52</sup> Yenə orada.

<sup>53</sup> Roscini, yuxarıda istinad 33, 231.

<sup>54</sup> Sadurska, yuxarıda istinad 33, 245.

<sup>55</sup> ILC Yearbook, vol. 2, pt. two, 68 (1989); Roscini, yuxarıda istinad 33, 234.

<sup>56</sup> Roscini, yuxarıda istinad 33, 234.

<sup>57</sup> Yenə orada, 234-235.

qaynaqlandığı üçün ola bilər, yaxud da xəbərdarlıq edənin məqsədinin təhdid yox, məhz təhlükə barədə məlumat vermək olduğundan baş verə bilər.<sup>58</sup>

Bu baxımdan təhdidin qeyri-qanuni (Nizamnaməyə zidd) olması baxımından nə qədər məsuliyyət yaratdığı, əlbəttə, araşdırılmalıdır. Davranışın təhdid və/və ya təhlükə olması üçün ritorika kifayət edirmi? Yoxsa bu ritorika mütləq əməli fəaliyyətlə dəstəklənməlidir? Təhdidin hər hansı bir addımla dəstəklənməsinə ehtiyac yoxdur. Təhdidin özü artıq bir davranışdır.

Amma o da nəzərə alınmalıdır ki, hər “təhdid” beynəlxalq hüquqa zidd deyildir. Nizamnamənin və beynəlxalq hüququn pozulmasının qarşısının alınması və yaxud Nizamnamə və beynəlxalq hüquq pozulmuşdursa, onun bərpası üçün təhdiddən istifadə etmək qadağan deyildir. Bu baxımdan Küveytin işğalı zamanı İraqa ünvanlanmış qoşunlarını Küveyt ərazisindən çıxarmasına dair tələb və ona əməl edilməyəcəyi təqdirdə nəticələrinə qatılacağı da təhdid idi.

Nizamnamə baxımından “təhdid”-in hüquqa zidd olması üçün onun istinad etdiyi “gücün tətbiqi” də hüquqa zidd olmalıdır. Nizamnaməyə uyğun özünümüdafiə ilə bağlı edilən “təhdid” isə hüquqa zidd hesab edilə bilməz.<sup>59</sup>

## F. Ərazi münaqişələri və güc tətbiqi

Beynəlxalq hüquq ədəbiyyatında hakim fikir ərazi münaqişələri ilə bağlı “güc tətbiq edilməsi” hüququnu Nizamnamənin 2(4)-cü maddəsinin kontekstində dəyərləndirir.<sup>60</sup> Bu baxımdan güc tətbiqinə olan məhdudlaşdırmanın universal olduğu, ərazi mübahisəsi yaxud sərhədlərin delimitasiyası ilə bağlı olaraq gücün tətbiq edilməməli olduğu vurğulanır. Burada Nizamnamənin 2(3)-cü maddəsinə istinad edilir və münaqişələrin dinc vasitələrlə həllinin vacibliyinə diqqət çəkilir.<sup>61</sup> BMT Nizamnaməsinin 2(3)-cü maddəsi dövlətlərdən öz beynəlxalq mübahisələrini (münaqişələrini) sülh yolu ilə elə şəkildə həll edilməsini tələb edir ki, bu halda beynəlxalq sülh, təhlükəsizlik və ədalət təhlükə altında qalmamış olsun. Formalaşmış və yaxud dondurulmuş ərazi mübahisələrinin *status quo* yaratdığı və status quonun pozulmasına istiqamətlənmiş güc tətbiqinin Nizamnamənin 2(4)-cü maddəsi ilə ziddiyət təşkil etdiyi qeyd edilir.<sup>62</sup>

### 1. Ərazi münaqişələri zamanı özünümüdafiə

Ərazi mübahisələri zamanı özünümüdafiə hüququndan istifadənin mümkünlüyü mühüm suallardandır. Bəzi müəlliflər başqa dövlətin

<sup>58</sup> Yəne orada, 235.

<sup>59</sup> Yəne orada, 235-236.

<sup>60</sup> Yiallourides, Gehring, Gauci, yuxarıda istinad 20, 21-22.

<sup>61</sup> Yəne orada, 93-96.

<sup>62</sup> Yəne orada, 62-70.

qanunsuz nəzarətində olan mübahisəli ərazini geri qaytarmaq üçün özünümüdafiə hüququndan istifadəni mümkün hesab etməmiş və bunu münaqişələrin dinc yolla həlli öhdəliyinin predmeti hesab etmişdirlər.<sup>63</sup> Digər tərəfdən özünü müdafiənin əsas şərtinin *silahlı hücum* olması əsas gətirilərək belə silahlı hücumla özünümüdafiə olaraq cavabın da dərhal olması və yaxud çox uzun müddət keçmədən baş verməsinin zəruriliyi qeyd edilmişdir.<sup>64</sup>

Ərazi mübahisələri zamanı itirilmiş ərazilərin geri qaytarılması üçün güc tətbiqini Britaniya Beynəlxalq və Müqaisəli Hüquq İnstitutu iki halda mümkün hesab edir.<sup>65</sup> Birinci, BMT Təhlükəsizlik Şurasının müvafiq qərarı/göstərişi/icazəsi olduğu halda. Bu özünümüdafiə hüququnun gerçəkləşdirilməsi çərçivəsində deyil, BMT Nizamnaməsinin VII Fəslinə uyğun sülh və təhlükəsizliyin bərpa edilməsi üçün güc tətbiqinə göstəriş/sanksiya verilməsi formasında baş verir. Bunun ən parlaq nümunəsi isə BMT Təhlükəsizlik Şurasının 678 sayılı qərarı ilə Təhlükəsizlik Şurasının İraqın Küveytdən çıxarılması üçün qəbul edilmiş 660 sayılı qərarının icrası ilə bağlı *“bütün lazımı tədbirləri”* görməsi səlahiyyətinin BMT-nin üzv dövlətlərinə verməsidir.<sup>66</sup>

İkinci nümunə kimi isə dövlətin silahlı hücumla məruz qaldığı halda Nizamnamənin 51-ci maddəsinə əsasən güc tətbiq etməsidir ki, institut bu hissədə özünümüdafiənin dərhal olmasını vacib hesab edir.<sup>67</sup> Başqa sözlə, hücumla ağılabatan vaxtda cavab verməyən dövlətin uzun müddət keçdikdən sonra Nizamnamənin 51-ci maddəsinə aktivləşdirməsini institut mümkün hesab etmir.<sup>68</sup> Bununla belə, gecikmənin əsaslı səbəblərinin olması (hücumun davam etdiyi şəraitdə dövlətin məsləhətləşmələr aparması, planlaşdırma, məsələnin ilk əvvəl diplomatik yollarla həllinə çalışılması amma bundan silahlı hücum edən dövlət tərəfindən qəti şəkildə imtina edilməsi və s.) özünümüdafiə hüququnun müəyyən vaxt keçdikdən sonra da aktivləşdirilməsini mümkün edir.<sup>69</sup> İnstitut hesab edir ki, Nizamnamənin 51-ci maddəsi əsasında ağılabatan müddətdə həyata keçirilməyən özünümüdafiə hüququ ərazi münaqişəsində yeni yaranmış *status quo* ilə qarşılaşmaq deməkdir və bu status quo sonradan güc tətbiqi yolu ilə dəyişdirilə bilməz.<sup>70</sup> Amma institut eyni zamanda rəsmi olaraq tamamlanmamış müharibədə *jus ad bellum* üçün xüsusi əsaslandırmanın olmasına ehtiyacın olmaması fikrinə də yer verir, baxmayaraq ki, bu fikirlə razılaşmır.<sup>71</sup> İraqda 2001-ci ildə başlamış ikinci müharibədə 10 ildən çox müddət keçməsinə baxmayaraq,

<sup>63</sup> AC Arend, *The Obligation to Pursue Peaceful Settlement of International Disputes During Hostilities*, 24 Virginia Journal of International Law 97, 102 (1984).

<sup>64</sup> Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 165-167 (2001).

<sup>65</sup> Yiallourides, Gehring, Gauci, yuxarıda istinad 20, 79-80.

<sup>66</sup> Yəne orada, 79.

<sup>67</sup> Yəne orada, § 156.

<sup>68</sup> Yəne orada.

<sup>69</sup> Yəne orada.

<sup>70</sup> Yəne orada.

<sup>71</sup> Yəne orada, § 157.

koalisiya dövlətlərinin BMT Təhlükəsizlik Şurasının əvvəlki qərarını əməliyyatların yenidən başlaması üçün əsas olaraq götürmələri (baxmayaraq ki, burada ərazi münaqişəsi yox idi sadəcə müəyyən fasilə var idi), eləcə də dünyadakı digər ərazi münaqişələrində əsas olaraq Nizamnamənin 51-ci maddəsinə istinad edilməsi onu göstərir ki, dövlətlər davam edən yaxud dondurulmuş münaqişələrdə hərbi əməliyyatları başlamaq üçün institutun qeyd etdiyi iki yoldan birinə üstünlük verirlər. Bəzi hallarda, əlbəttə ki, bu iki yol deyil, sadəcə hərbi şəraitin davam etdiyi əsas gətirilərək əməliyyatlara başlanması hallarına da rast gəlinir.

Əgər Nizamnamənin məqsədləri və müddəaları nöqtəyi nəzərdən *status quo* yaranmış münaqişələrdə ərazilərin geri alınması (işğaldan azad edilməsi) üçün hüquqi əsasın nə olması məsələsinə baxsaq, burada Institutun mövqeyi ilə razılaşmağın düzgün olduğunu hesab edirik. İşğala məruz qalmış dövlətlər ərazilərini geri qaytarmaq üçün BMT Təhlükəsizlik Şurasının qərarlarını yaxud Nizamnamənin 51-ci maddəsinə əsas almalıdırlar. Nizamnamənin 51-ci maddəsinə əsas almaq üçün isə yeni silahlı hücum olması şərti vardır. Əlbəttə, dövlətlər siyasi, hərbi və iqtisadi gücü baxımından münaqişənin bitmədiyini əsas gətirib, nə BMT Təhlükəsizlik Şurasının qərarını, (yeni qərarını) nə də Nizamnamənin 51-ci maddəsinə əsas götürməyə və birbaşa hərbi əməliyyatlara da başlaya bilər. Bunun üçün dövlət beynəlxalq adət hüququ əsasında önleyici (preventive) və yaxud qabaqlayıcı (preemptive) özünümüdafiəyə istinad edə bilər.

### III. Azərbaycanın güc tətbiq etmək hüququ

Əvvəldə də qeyd olunduğu kimi, Azərbaycanın bütün digər suveren dövlətlər kimi məhdud çərçivədə də olsa, güc tətbiq etmək hüququ vardır. Bu hüquq müdafiə xarakterli güc tətbiq etməni özündə ehtiva etdiyi kimi hücum xarakterli güc tətbiq etməni də nəzərdə tutur. Hücum xarakterli güc tətbiq etmə təcavüz demək deyil və beynəlxalq hüquq müdafiə üçün hücum xarakterli güc tətbiq etməni qəbul edir.

Ümumən, bura qədər olan yazıdan aydın olduğu kimi, beynəlxalq güc tətbiq etmə hüququnda dövlətlərin təcrübəsi ilə beynəlxalq sənədlərin tələbləri heç də həmişə üst-üstə düşmür. Belə ki, dünya dövlətlərinin güc tətbiq etmə təcrübəsi hər nə qədər beynəlxalq hüququ əsas gətirərək həyata keçirilsə də, bu təcrübə heç də beynəlxalq hüquqa uyğun aparılmır. Müəlliflərin mütləq əksəriyyəti razılışırlar ki, İraqın Küveyti istilasından zamanı BMT Təhlükəsizlik Şurasında dövlətlərin nümayiş etdirdikləri mövqə kollektiv güc tətbiq edilməsi üçün nadir nümunədir. Bəzi müəlliflər BMT Təhlükəsizlik Şurasında dövlətlərin nümayiş etdirdikləri mövqeyin öz növündə yeganə olduğu qənaətinə gəlmişdirlər, çünki İraqa qarşı nümayiş etdirilən mövqə ondan sonrakı hallarda, xüsusən kollektiv müdafiə kontekstində (güc tətbiq edilməsi) təkrarlanmamışdır.

Yazının bu hissəsində qeyd edilməlidir ki, Azərbaycanın güc tətbiq etmə hüququ ümumi olduğu qədər, həm də məhz istila (işğal) kontekstində dəyərləndirilməlidir.

### **A. Azərbaycanın Nizamnaməyə əsaslanan güc tətbiq etmə hüququ**

Yazının bundan əvvəlki hissəsində qeyd edildiyi kimi, Azərbaycanın Nizamnamənin 2(4) və 51-ci, eləcə də 41 və 42 maddələri əsasında güc tətbiq etmək hüququ vardır. Nizamnamənin 2(4) cü maddəsi hər nə qədər güc tətbiq edilməsini məhdudlaşdıran norma olsa da, bu maddə *dövlətlərarası münasibətlərdə* güc tətbiqindən çəkinməni *dövlətin ərazi bütövlüyünə və siyasi müstəqilliyinə qarşı və ya Birləşmiş Millətlər Təşkilatının məqsədləri ilə bir araya sığmadığı* hallarda tələb edir. Azərbaycan hər hansı digər dövlətin ərazi bütövlüyünə qəsd etmərsə və siyasi müstəqilliyinə qarşı hərbi tədbir almırsa, yaxud həyata keçirdiyi güc tətbiqi BMT-nin məqsədlərinə uyğundursa, dövlətlər arasındakı münasibətlərdə Azərbaycanın bütün digər dünya dövlətləri kimi güc tətbiq etmək hüququ vardır. BMT-nin məqsədlərinə gəldikdə bu məqsədlər Nizamnamənin 1-ci maddəsində müəyyən edilmişdir və aşağıdakılardan ibarətdir:

1. “Beynəlxalq sülhü və təhlükəsizliyi qoruyub saxlamaq və bu məqsədlə sülhə təhlükənin qarşısını almaq və aradan qaldırmaq üçün və təcavüz aktlarını və digər sülhün pozulması hallarını yatırtmaq üçün səmərəli kollektiv tədbirlər görmək və sülhün pozulmasına gətirib çıxara bilən beynəlxalq mübahisə və situasiyaların dinc vasitələrlə, ədalət və beynəlxalq hüquq prinsiplərinə uyğun olaraq nizamlanmasına və ya həll olunmasına müvəffəq olmaq;

2. Millətlər arasında, xalqların hüquq bərabərliyi və öz müqəddəratını təyin etməsi prinsipinə hörmət əsasında dostluq münasibətləri inkişaf etdirmək, universal sülhün möhkəmləndirilməsi üçün digər müvafiq tədbirlər görmək;

3. İqtisadi, sosial, mədəni və ya humanitar xarakterli beynəlxalq problemlərin həll edilməsində və irqinə, cinsinə, dilinə və ya dini mənsubiyyətinə fərq qoyulmadan bütün insanların əsas hüquq və azadlıqlarına hörmətin dəstəklənməsində və həvəsləndirilməsində beynəlxalq əməkdaşlığa nail olmaq;

4. Bu ümumi məqsədlərə çatmaq üçün millətlərin hərəkətlərini uzlaşdırmaq üçün mərkəz rolunu oynamaq”.

Azərbaycan bu məqsədlərə xidmət etdiyi və yaxud onlara zidd olmadığı müddətcə güc tətbiq etmək hüququnu özündə saxlayır. Bu isə əsas etibarilə müdafiə xarakterli güc tətbiq edilməsi hüququ deməkdir. Başqa sözlə, Azərbaycanın ərazi bütövlüyü, sərhədlərinin toxunulmazlığı və siyasi müstəqilliyinə qarşı hər hansı güc tətbiq edilməsi yaxud Azərbaycana qarşı BMT-nin məqsədlərinə zidd olaraq güc tətbiq edilməsi Azərbaycanın da

özünümüdafiə olaraq güc tətbiq etmək hüququndan istifadəsinə imkan yaradır.

## **B. Azərbaycanın müdafiə xarakterli güc tətbiq etmə hüququ/işğala qarşı güc tətbiq edilməsi**

Nizamnamənin 51-ci maddəsi ilə Azərbaycanın dövlət olaraq təbii (inherent right) özünümüdafiə hüququ vardır. Özünümüdafiənin və maddənin təfərrüatı ilə bu hissədə şərhə ehtiyac yoxdur. Amma maddəyə istinad hallarında ortaya çıxan bütün suallar, o cümlədən qabaqlayıcı özünümüdafiə (*preemptive self-defence*) və/və ya önləyici özünümüdafiə (*preventive self-defence*) tədbirləri istifadə imkanını Azərbaycanda da vardır.

Azərbaycanın qabaqlayıcı və yaxud təhlükəni sovuşdurma xarakterli özünümüdafiə hüququnun olmasına yanaşma bu məsələlərə mövcud olan ikili yanaşma kimidir. Özünümüdafiəni daha geniş şərh edən müəlliflər önləyici və qabaqlayıcı özünümüdafiəni qəbul edirlər, daha konservativ şərh üsuluna üstünlük verən müəlliflər isə belə özünümüdafiəni Nizamnaməyə zidd hesab edirlər.<sup>72</sup>

Azərbaycan dövlət olaraq beynəlxalq güc tətbiqi hüququnun daha çox konservativ şərhindən istifadə edir. Ölkənin Qarabağ münaqişəsindəki güc tətbiqi zamanı əsaslandırması da bunun bariz nümunəsidir.

Özünümüdafiə hüququnun yaxud Nizamnamənin 51-ci maddəsinin konservativ (dar) şərhə nədən ibarətdir? Bu əsas etibarlı ilə maddədə olan iki ifadənin şərhə ilə əlaqədar olan məsələdir – “*ayrılmaz (təbii) hüquq*” (inherent right) və “*Birləşmiş Millətlərin üzv dövlətinə qarşı silahlı hücum baş verdiyində*”. Bir çox şərhçilər özünümüdafiədə hərbi tədbirlərin görülməsi üçün mütləq silahlı hücum faktının olmasının zəruri olduğunu qeyd edirlər.<sup>73</sup> Eyni zamanda müəlliflər özünü müdafiə hüququnun dövlətlərin ayrılmaz (təbii) hüququ olması etibarlı ilə güc tətbiqinin dövlətə qarşı silahlı hücum olmadığı hallarda da mümkün olduğunu bildirirlər.<sup>74</sup> Bununla belə, Nizamnamənin 51-ci maddəsi birmənalıdır, özünümüdafiə zamanı güc tətbiq edilməsi üçün dövlətin silahlı hücumla məruz qalması şərti mövcuddur. Silahlı hücum olmadan özünü müdafiə məqsədilə güc tətbiqi Nizamnamənin 51-ci maddəsinin tələblərini yerinə yetirməmiş olur. Bununla belə, hazırkı müəllifin əvvəlki yazısında<sup>75</sup> qeyd etdiyi fikri genişləndirərək, qeyd

<sup>72</sup> AC Arend, *The Obligation to Pursue Peaceful Settlement of International Disputes During Hostilities*, 24 Virginia Journal of International Law 97, 102 (1984); Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 165-167 (2001); Kreß, Claus, *Zur Lage des völkerrechtlichen Gewaltverbots*, Zeitschrift Außen Sicherheitspolit (2019) 12:453-476, <https://www.springerprofessional.de/zur-lage-des-voelkerrechtlichen-gewaltverbots/17828512> (son baxış 22 Dekabr 2020); Oscar Schachter, *The Right of States to Use Armed Force*, 82 Mich. L. Rev. 1620 (1984); Constantinos Yiallourides, Markus Gehring, Jean Pierre Gauci, *The Use of Force in relations to Sovereignty Disputes over Land Territory*, 22 (2018).

<sup>73</sup> Yiallourides, Gehring, Gauci, *yenə orada*, 20-95.

<sup>74</sup> Dinstein, *yuxarıda istinad* 53, 165-167.

<sup>75</sup> Shukurov Shahid, *State responsibility in cases of self-defence against none-state actors: a pillar in establishing the international rule of law*, WVB, (2011).



edilməlidir ki, təhlükənin olduqca açıq-aydın olması hallarında güc tətbiqi labüd ola bilər, çünki belə hallarda hərbi hədəflərə qarşı gücün vaxtında tətbiq edilməməsi təhlükəyə məruz qalan dövləti təcavüz vəziyyətində ağır nəticələrlə, o cümlədən mülki şəxslər və infrastrukturla bağlı fəlakətlə üzbəüz qoya bilər.<sup>76</sup> Doğrudur ki, belə özünümüdafiə Nizamnamənin 51-ci maddəsinin müəyyən etdiyi “silahlı hücum” şərtinə ziddir.

Azərbaycan ölkə olaraq hərbi təcavüzə və yaxud silahlı hücumla məruz qaldığı hallarda özünümüdafiə hüququndan birbaşa istifadə edə bilər. Amma silahlı hücum olmadıqda belə, müdafiə üçün hərbi tədbirlərə müraciət edə bilər. Burada, əlbəttə, “hərbi” dedikdə nəyin nəzərdə tutulmasının aydınlaşdırılması vacibdir. Nəzərə alsaq ki, Azərbaycanda münaqişə zonası xaricində olan ərazilərdə sərhədlərin qorunmasını Dövlət Sərhəd Xidməti təşkil edir, Xidmətin gördüyü tədbirlərin nəzərdə tutulan “hərbi tədbir” olub-olmaması sualı yaranır. Önləyici yaxud qabaqlayıcı özünümüdafiə tədbirləri nizami ordu tərəfindən real təhlükənin aradan qaldırılması məqsədi daşıyan tədbirlərdir və bu baxımdan nizami ordudan qeyri-qüvvələrin belə tədbirləri görməsi, adətən, baş vermir. Bununla belə, oxşar tədbirlərin, məsələn sərhəd qoşunları yaxud sərhəd xidməti tərəfindən görülməsi mümkünlüyü də istisna deyil.

### **C. Qarabağ münaqişəsi və Azərbaycanın güc tətbiq etmək hüququ**

Azərbaycanın işğal altında olmuş Qarabağ (dağlıq və düzən hissəsi) bölgəsini işğaldan azad etmək hüququ daim mövcud olmuşdur. Azərbaycan bu hüququndan 2020-ci ilin payızında istifadə etmiş və buna şərait 2020-ci il ərzində işğalçının sisteməlik olaraq davam etdirdiyi silahlı hücumlar olmuşdur.

#### **1. Azərbaycanın ərazi bütövlüyü və sərhədlərin toxunulmazlığı**

Azərbaycanın ərazisi və onun bütövlüyü, eləcə də Azərbaycanın sərhədlərinin toxunulmazlığı olduqca geniş mövzudur və ayrıca yazının predmetidir. Hazırkı yazının predmeti güc tətbiq etmək hüququdur, o baxımdan Azərbaycanın güc tətbiq etmək hüququnu araşdırmaq məqsədilə Qarabağ münaqişəsi ilə bağlı BMT Təhlükəsizlik Şurasının qəbul etdiyi qətnamələrin kontekstində Azərbaycanın ərazi bütövlüyü və sərhədlərinin toxunulmazlığı mövzusu qısa təhlil ediləcəkdir. Qeyd edilməlidir ki, Qarabağın Azərbaycan Respublikasının ərazisi olması BMT Təhlükəsizlik Şurasının Qarabağ münaqişəsi ilə əlaqədar qəbul edilmiş 822, 853, 874 və 884 sayılı qətnamələri ilə təsdiqini tapmışdır.

Belə ki, 822 sayılı qətnamə ilə Təhlükəsizlik Şurası “*regionun bütün ölkələrinin suverenliyi və ərazi bütövlüyünə hörmətini yenidən təsdiq*” etmişdir.<sup>77</sup>

<sup>76</sup> Yəni orada.

<sup>77</sup> Resolution 822 (1993), S/Res/822 (1993), 30 aprel 1993, Preamble para.7.

Bunun ardınca gələn növbəti paraqrafda isə Təhlükəsizlik Şurası *“beynəlxəq sərhədlərin toxunulmazlığı və ərazilərin əldə edilməsi üçün güc tətbiqinin yolverilməzliyini”* bir daha təsdiq etmişdir.<sup>78</sup> Bu qətnamənin Azərbaycanın ərazi bütövlüyü baxımından ən mühüm hissəsi Kəlbəcər və *Azərbaycanın digər işğal edilmiş ərazilərindən* (Qətnamə *“area”* sözündən istifadə edir ki, bunu *“digər hissələrindən”* kimi də tərcümə etmək mümkündür) bütün işğalçı qüvvələrin çıxarılmasının qeyd edildiyi 1-ci bənddir. Nəzərə alınmalıdır ki, Kəlbəcər rayonu 2 aprel 1993-cü ildə işğal edilmiş ikinci rayon idi. Bu işğala qədər keçmiş DQMV inzibati ərazi vahidindən kənarda işğal edilmiş ilk rayon Laçın (18 may 1992) idi. Digər ərazilər isə yalnız keçmiş DQMV-nin ərazində idi. Bu baxımdan *“Azərbaycanın digər işğal edilmiş əraziləri”* həm də keçmiş DQMV-nin inzibati ərazində olan şəhər və rayonları əhatə edir. Başqa sözlə Qətnamədə Təhlükəsizlik Şurası keçmiş DQMV-yə daxil olan əraziləri işğala məruz qalmış Azərbaycanın ərazi kimi tanımış və Azərbaycanın ərazi bütövlüyünün təmin edilməsini də bu ərazilərdən işğalçı qüvvələrin çıxması ilə şərtləndiyini göstərmişdir.

853 sayılı Qətnaməsində isə Təhlükəsizlik Şurası ölkələrin suverenliyinin və ərazi bütövlüyünə hörmətin təsdiq edildiyi hissədə dəqiqləşdirmə aparmış və müvafiq paraqrafı ümumi deyil, *Azərbaycan Respublikasının suverenlik və ərazi bütövlüyünə hörməti* xüsusi qeyd etməklə yazmışdır.<sup>79</sup> Sərhədlərin toxunulmazlığı prinsipi ilə bağlı paraqrafı isə olduğu kimi saxlamışdır. Bununla yanaşı 822 sayılı Qətnamədən fərqli olaraq Təhlükəsizlik Şurası mövqeyini sərtləşdirmiş, Ağdam rayonu və *son zamanlar (recently) işğal edilmiş Azərbaycan Respublikasının bütün digər ərazilərinin ələ keçirilməsi* pisləmişdir.<sup>80</sup> Təhlükəsizlik Şurası eyni zamanda Ağdam rayonu və *son zamanlar (recently) işğal edilmiş Azərbaycan Respublikasının bütün digər ərazilərindən* işğala cəlb edilmiş bütün qüvvələrin çıxarılmasını tələb etmişdir. Bu Qətnamənin mətninin dili də Təhlükəsizlik Şurasının Qarabağın bütün hissələrinin Azərbaycan ərazisi olması və Azərbaycanın ərazi bütövlüyünün məhz bu çərçivədə qiymətləndirilməli olduğunu təsdiq edir.

874 sayılı Qətnamədə Təhlükəsizlik Şurası mövqeyini daha da dəqiqləşdirmiş və bəzi hissələrdə sərtləşdirmişdir. Təhlükəsizlik Şurası bundan əvvəl məsələ ilə əlaqədar qəbul etdiyi qətnamələrdə (822 və 853 sayılı Qətnamələr) əgər yalnız Azərbaycan Respublikası və Ermənistan Respublikaları arasında münasibətlərin gərginləşməsindən/pisləşməsindən narahatlığını bildirirdisə,<sup>81</sup> 874 sayılı Qətnamədə *“Azərbaycan Respublikasının Dağlıq Qarabağ regionunda və onun ətrafında* münasibətlərin, eləcə də Ermənistan Respublikası və Azərbaycan Respublikası arasında gərginliyin davam

<sup>78</sup> Yəne orada, para. 8

<sup>79</sup> SC Resolution 853, S/RES/853 (1993) 29 July 1993, Preamble para.8.

<sup>80</sup> Yəne orada, Preambula para. 9.

<sup>81</sup> Yuxarıda istinad 64, Preambula para. 3; yuxarıda istinad 66 Preambula para. 3.

etməsindən ciddi narahatlığını” bildirmişdir<sup>82</sup>. Bu Qətnamədə Dağlıq Qarabağ regionunun (bölgəsinin) və onun ətrafındakı ərazilərin Azərbaycan Respublikasına aidiyyəti ilk dəfə birbaşa və açıq şəkildə qeyd edilmişdir. Artıq bu kontekstdə Qətnamənin giriş hissəsinin 5 və 6-cı paraqrafları daha münaqişə çərçivəsində Azərbaycanın ərazi bütövlüyünün daha dəqiq təsvirini yaratmışdır. Qətnamənin giriş hissəsinin 5-ci paraqrafında Təhlükəsizlik Şurası 853 sayılı Qətnamədəki kimi Azərbaycan Respublikasının ərazi bütövlüyü və suverenliyinə hörmətini bir daha bildirmiş, 6-cı paraqrafda isə beynəlxalq sərhədlərin toxunulmazlığını bir daha təkrar edərək ərazilərin əldə edilməsi üçün güc tətbiqinin yolverilməzliyini bildirmişdir.<sup>83</sup> Münaqişə zəmnində BMT müstəvisində Azərbaycanın ərazi bütövlüyünün 874 sayılı Qətnamə ilə tam və dəqiq təsvirini almışdır. Qətnamə 14 oktyabr 1993-cü ildə qəbul edilmişdir.

Məsələ ilə bağlı BMT Təhlükəsizlik Şurasının qəbul etdiyi son 884 sayılı Qətnamə, 874 sayılı Qətnamənin Dağlıq Qarabağ bölgəsinin Azərbaycana aidiyyəti ilə bağlı hissəsini eynilə təkrar edir. Eləcə də 884 sayılı Qətnamədə Azərbaycanın suverenliyi və ərazi bütövlüyünə hörmətlə bağlı mövqe, sərhədlərin toxunulmazlığı və ərazilərin güc yolu ilə əldə edilməsinin qəbul edilməzliyi eynilə təkrar edilmişdir.

1994-cü il 5 may tarixində imzalanmış Bişkek Protokolu ilə əldə edilmiş atəşkəs rejimi müddətində münaqişə ilə bağlı qəbul edilmiş və hazırlanmış bütün sənədlər, münaqişə zəmnində ərazi bütövlüyü, sərhədlərin toxunulmazlığı və suverenlik prinsiplərinin əsası olaraq məhz BMT-nin yuxarıda qeyd edilmiş qətnamələrini götürmüşdür.

## **2. Güc tətbiqi və Qarabağ**

Güc tətbiqi prespektivindən baxdıqda isə Nizamnamənin 2 (4)-cü maddəsi və qətnamələr birlikdə oxunmalıdır.

Qətnamələr Dağlıq Qarabağ və onun ətrafındakı ərazilərin aidiyyəti ilə bağlı heç bir şübhəyə yer qoymur. Bu ərazilər Azərbaycan Respublikasına aiddir və Azərbaycan Respublikasının sərhədləri daxilindədir. Azərbaycanın ərazi bütövlüyü və sərhədlərinin toxunulmazlığı dedikdə də məhz Qətnamələrin nəzərdə tutduğu kimi, işğalçı qüvvələrin və işğal üçün cəlb edilmiş qüvvələrin Azərbaycan ərazisini tərk etməsi və Azərbaycan suverenliyinin bu ərazilərdə təmin edilməsi anlaşılır.

Təhlükəsizlik Şurası Qətnamələrlə tərəflərdən davamlı və effektiv atəşkəsin təmin edilməsini və münaqişənin dinc vasitələrlə həllini istəyir. Eyni zamanda qətnamələr bu istiqamətdə atılan müxtəlif addımları dəstəkləyir.

Bu baxımdan BMT Təhlükəsizlik Şurasının Qətnamələri silahlı münaqişənin (güc tətbiqinin) dayanmasına, işğalın nəticələrinin aradan

<sup>82</sup> SC Resolution 874, S/RES/874 (1993) 14 October 1993, Preamble para 3.

<sup>83</sup> Yenə orada, para. 6.

qaldırılmasına, *status quonun* və cəbhə xəttinin olmamasına istiqamətlənmiş sənədlərdir. Bu xüsusda Qətnamələrin tərəflərdən hər hansı birinə məqsədinə nail olmaq üçün güc tətbiq etmək hüququ verdiyi qənaətinə gəlmək çətindir.

Bununla belə, BMT Təhlükəsizlik Şurası qətnamələrin icra edilməsi üçün BMT Nizamnaməsinin 42-ci maddəsi əsasında hərbi olmayan təsir vasitələrindən, başqa sözlə, sanksiyalardan bu vasitələr effektiv olmadıqda isə hərbi vasitələrdən istifadə etməmişdir. Halbuki bütün qətnamələrin sonunda Təhlükəsizlik Şurasının məsələ ilə aktiv məşğul olacağı qeyd edilmişdir. Danışıqlar prosesinin uzunmüddətli olmasına və işğalda olan ərazilərdən işğal qüvvələrinin çıxarılmasına baxmayaraq, BMT Təhlükəsizlik Şurası işğal faktının aradan qaldırılmasına istiqamətlənmiş tədbirlər həyata keçirməmiş, beləliklə də, özü qəbul etdiyi qətnamənin ziddinə davranmışdır. Başqa təbirlə ifadə etsək, işğalın aradan qaldırılması tələb edilmiş, amma bunun üçün əməli tədbir görülməmişdir.

Eyni zamanda BMT Təhlükəsizlik Şurası Azərbaycanın işğal faktını aradan qaldırması üçün güc tətbiq edilməsi tədbirlərini görməməsi üçün məhdudlaşdırmalar da müəyyən etməmişdir. Ancaq danışıqlar nəticəsiz olsa, Azərbaycanın güc tətbiq edə biləcəyini təsbit də etməmişdir.

Bu baxımdan qətnamələrin Azərbaycanın ərazilərinin işğal faktını tanıması, Azərbaycanın ərazi bütövlüyü və sərhədlərinin toxunulmazlığını qeyd etməsi fonunda, işğalın aradan qaldırılması üçün Azərbaycanın birtərəfli qaydada güc tətbiq edə bilməsinin hüquqi əsasının nə olması aydınlaşdırılması vacibdir. Başqa ifadə ilə, işğal faktı təsdiq edilmiş olması və işğal faktının özü Azərbaycana qətnamələri icra etmək üçün birtərəfli qaydada güc tətbiq etmək imkanı verirmi?

Aydındır ki, əgər beynəlxalq sənədlərlə işğal faktı tanınırsa, bu işğal altında olan ərazinin təcavüzə məruz qalmış dövlətə aid olmasının da tanınmasıdır. Qarabağ münaqişəsində bununla bağlı tərəddüd yoxdur.

Ərazi münaqişələri zamanı işğalın güc tətbiq etməklə aradan qaldırılması və belə hərbi əməliyyatların hüquqi əsası əvvəlki bölmədə müzakirə edildi.<sup>84</sup> Azərbaycanın siyasi, hərbi və iqtisadi gücü ona beynəlxalq hüquqda mövcud olan imkanlardan uyğun olanını seçmək imkanı vermiş idi.

2020-ci ilin payızında Azərbaycan Respublikası işğal edilmiş ərazilərdən, eləcə də Ermənistan ərazisindən 2020-ci il ərzində ona qarşı başlamış və sistemə hal almış silahlı hücumların qarşılıq vermiş və özünü müdafiə hüququndan istifadə etmişdir.

Azərbaycan Nizamnamənin 51-ci maddəsindəki özünümüdafiə hüququnu əsas almışdır, amma Azərbaycanın bu istinadı edə bilməsi üçün 90-cı illərdə qəbul edilmiş və onun ərazi bütövlüyünü və sərhədlərinin toxunulmazlığını tanıyan qətnamələrə istinad etmişdir. Bu qətnamələri təkbaşına icra etdiyini

---

<sup>84</sup> Yuxarıda Fəsil II, paraqraf F, 14-16.

bildirmişdir.<sup>85</sup> Qətnamələr və Nizamnamə qətnamələri təkbaşına icra etmək hüququnun olduğunu təsbit etməsə də, Azərbaycana qarşı silahlı hücumlar və onların sisteməlik xarakter alması qətnamələrin icrası üçün lazımi şəraiti Nizamnamənin 51-ci maddəsində göstərilən özünümüdafiə hüququ çərçivəsində mümkün etmişdir.

Hərbi əməliyyatlar 10 noyabr 2020-ci il tarixində Azərbaycan Respublikası, Ermənistan Respublikası və Rusiya Federasiyası arasında imzalanmış və ictimaiyyətə təqdim edilmiş atəşkəsin əldə edilməsinə dair üçtərəfli bəyanatla tamamlanmışdır. Qeyd edilməlidir ki, Bəyanat münaqişənin güc tətbiq etmədən BMT Nizamnaməsinin 2(3)-cü bəndinin istədiyi kimi dinc yolla sonlandırılması və həlli üçün ciddi sənəddir. Bəyanat sülh sazişi yaxud müqaviləsi deyildir. Münaqişə tərəflərinin bir-birinin ərazi bütövlüyünü tanıması ilə bağlı müddəalar da sənəddə yer almamışdır. Bununla belə, həm Ermənistanın, həm də Azərbaycanın ərazi bütövlüyünü tanıyan və BMT Təhlükəsizlik Şurasının üzvü olan Rusiya Federasiyası sənədin tərəfidir. Eyni zamanda, sənəd Qarabağın dağlıq hissəsinə yaxud oradakı əhaliyə ayrıca statusun verilməsi məsələsinə də qeyd etmir. Sənəd bir baxımdan Rusiya və Yaponiya arasında olduğu kimi sülh sazişi olmadan sabit sülh vəziyyətinin formalaşmasını mümkün etmək potensialına malikdir. Sənəd, həmçinin BMT-nin məsələ ilə bağlı qəbul etdiyi qətnamələrdə qeyd etdiyi effektiv və davamlı atəşkəsin təmin edilməsi potensialına malikdir.

Bəyanat hərbi əməliyyatların dayandırılması, sülhməramlı qüvvələrin əraziyə daxil olması, işğal altında olan bəzi torpaqların geri qaytarılması, eyni zamanda, keçmiş DQMV ərazisindəki hərbi yolla işğaldan azad edilməmiş ərazilərə məcburi köçkünlərin geri qaytarılması üzərində qurulmuş sənəddir. Nəzərə alınmalıdır ki, Dağlıq Qarabağ bölgəsi BMT-nin qətnamələri ilə Azərbaycanın ərazisi kimi tanınır və Azərbaycan Respublikasının DQMV-nin ləğv edilməsi barədə 26 noyabr 1991-ci il tarixli, 279-XII sayılı qüvvədə olan qanunu vardır.

Qeyd edilməlidir ki, Bəyanat "Dağlıq Qarabağ ərazisi" terminindən istifadə edir. Bununla belə, bu ərazinin nələrdən ibarət olması qeyd edilmir. Bəyanatın icrası ilə bağlı Rusiya sülhməramlı qüvvələrinin nəzarət etdiyi ərazilər Bəyanatdakı "Dağlıq Qarabağ ərazisi" termininin nəyə istinad olduğunu göstərir.

Bəyanatın nəticəsi olaraq Ermənistan Azərbaycanın Ağdam, Kəlbəcər və Laçın rayonlarını 26 noyabr 1991-ci ilə qədər olan inzibati ərazi sərhədləri çərçivəsində geri qaytarıldı. Bəyanatda qeyd edilən rayonların inzibati ərazi sərhədlərinin hansı tarixdən əsas alındığı qeyd edilməsə də, Bəyanatın icrası

<sup>85</sup> Prezident İlham Əliyev: "Birləşmiş Millətlər Təşkilatının Nizamnaməsi hər bir ölkənin özünümüdafiə hüququnu təmin edir", [https://apa.az/az/xarici\\_siyaset/Prezident-Ilham-lyeyev-Birlismis-Millat-Tskilatinin-Nizamnamisi-hr-bir-olknin-ozunumudafi-huququnu-tmin-edir-612098](https://apa.az/az/xarici_siyaset/Prezident-Ilham-lyeyev-Birlismis-Millat-Tskilatinin-Nizamnamisi-hr-bir-olknin-ozunumudafi-huququnu-tmin-edir-612098) (son baxış tarixi 25 yanvar, 2021).

zamanı yaranmış vəziyyət əsas olaraq məhz 26 noyabr 1991-ci ilə qədər olan sərhədlərin əsas alındığını göstərir.

Nəzərə alınmalıdır ki, bəyanat Azərbaycan Respublikasının DQMV-nin ləğv edilməsi barədə 26 noyabr 1991-ci il tarixli, 279-XII sayılı qanununu qüvvədən salmamışdır və Azərbaycan dövləti də bu istiqamətdə addımlar atmamışdır. Əksinə ölkə başçısı dəfələrlə növbəti addımların “vahid dövlət”də birgə yaşayış çərçivəsində olacağını bildirmiş və Dağlıq Qarabağ ərazisinə xüsusi statusun verilməyəcəyini qeyd etmişdir.

Hazırda Azərbaycanın hüququ baxımından Bəyanatda istinad edilən Dağlıq Qarabağ ərazisində mövcud inzibati ərazi bölgüsü və idarə etmə strukturları vardır. Bu qurumlar etnik tərkibi (birgə yaşayış amilini) nəzərə alaraq yenidən formalaşdırıla və fəaliyyətlərini uğurla davam etdirə bilər. Yaxud yerli idarəetmədə Türkiyə təcrübəsi əsas alınaraq Azərbaycanın bələdiyyə idarəetmə sistemi təkmilləşdirilə və tətbiq edilə bilər.

Güc tətbiqi baxımından Azərbaycan dövləti ölkə daxilində hüquq-mühafizə orqanları tərəfindən ictimai asayişin, ölkə əhalisinin təhlükəsizliyinin və əmin-amanlığın təmin edilməsi üçün güc tətbiq etmək hüququna malikdir. Burada, əlbəttə ki, Bəyanatın icrası ilə əlaqədar ortaya çıxmış sülhməramlı qüvvələr faktoru vardır. Amma nəzərə alınmalıdır ki, BMT Təhlükəsizlik Şurasının Qətnamələrində deyildiyi kimi Dağlıq Qarabağın ətrafında olan ərazilər kimi, Dağlıq Qarabağın da ərazisində olan işğalçı və işğal üçün cəlb edilmiş qüvvələrin oradan çəkilməsini tələb edir. Bu tələb tam olaraq icra edilməmişdir. Bu baxımdan Dağlıq Qarabağ ərazisində olan sülhməramlı qüvvələr yeni *status quo* yaratmaq deyil, BMT Təhlükəsizlik Şurasının Qətnamələri deyildiyi kimi Dağlıq Qarabağın ərazisində olan işğalçı və işğala cəlb edilmiş qüvvələrin oradan çıxarılmasını da təmin etməlidir. Atəşkəsin davamlı sülhə çevrilməsinin şərti məhz BMT Təhlükəsizlik Şurasının tələb etdiyi kimi Azərbaycan suverenliyinin Dağlıq Qarabağ ərazisində də təmin olunması ilə mümkündür.

Nəzərə alınmalıdır ki, ermənilərin son yüzillikdə nümayiş etdirdiyi təcrübə məhz vəziyyəti öz mövqelərini gücləndirmək, beləliklə də ərazi iddialarını, əraziləri mənimsəmək siyasətini reallaşdırmaq üçün istifadə etmək istiqamətində olmuşdur. Bunun üçün erməni tərəfi çox hallarda nə imzalarına, nə də verdikləri sözlərə əməl etmişdir. Tarix ermənilərin daim hüquqa deyil, məhz gücə hörmət etdiyini sübut etmişdir. Bu daim belə qalacaqdır və Azərbaycanın güclü və ayıq olmaqdan başqa yolu yoxdur.

## Nəticə

Güc elə bir nəsnədir ki, həm insan münasibətlərində, həm ölkədaxili hüquqda, həm də beynəlxalq hüquqda həlledici rol oynayır. Gücün qadağan edilməsi mümkün deyildir. Güc insan təbiətinin elə bir parçasıdır ki, onu insandan və insanın qurduğu nəsnələrdən ayırmaq qeyri-mümkündür. İnsan və onun qurduğu nəsnələr gücə olduğu kimi heç bir digər amilə reaksiya

vermir. Yalnız güc tətbiqinin qarşısında bu və digər hərəkətin edilməsi yaxud edilməməsi yolunu tutur.

Güc daxili hüquqda olduğu kimi, beynəlxalq hüquqda da hüququn aliliyinin təmin edilməsinin önəmli elementidir.

Gücdən istifadəni sivilləşdirmək, gücün istifadəsi üçün legitim əsaslar yaratmaq mümkündür. BMT Nizamnaməsini, eləcə də onlarla beynəlxalq hüquqi sənədi hazırlayanlar məhz bu nöqtəyi-nəzərdən yanaşaraq gücün istifadəsini sivilləşdirməyə çalışmışdır. İkinci Dünya Müharibəsindən sonra bu müəyyən qədər mümkün olmuş, hətta Sovet İttifaqının mövcudluğunun son illərində işğal (İraqın Küveyti işğalı) faktına qarşı birgə (kollektiv) güc tətbiqi nümunəsi belə olmuşdur. Amma bu öz nümunəsində yeganə hal olmuş və bir daha təkrarlanmamışdır, hətta eyni tarixi dövrdə baş vermiş Azərbaycan Respublikasının ərazilərinin işğalına qarşı eyni mövqe nümayiş etdirilməmişdir.

Gücün istifadəsinin sivilləşdirilməsi və faydalı olduğu yerlərdə beynəlxalq hüququn pozulmasına qarşı istifadəsi digər tərəfdən beynəlxalq hüququn aliliyinin təmin edilməsi üçün önəmlidir. Dövlətlər beynəlxalq hüququn aliliyinin təmin edilməsi üçün güc tətbiqinin effektiv mexanizmini BMT Təhlükəsizlik Şurasının təmsalında yaratdıqlarını düşünsələr də, son onilliklərin təcrübəsində bu mexanizmin effektiv olmadığı görünmüşdür. Əksinə, Avropa Birliyində iqtisadi sahədə Avropa Birliyi və üzv dövlətlər arasında mövcud olan ortaqlıq səlahiyyətlərlə (*shared competences*) bağlı *subsidiarlıq prinsipinin*<sup>86</sup> beynəlxalq hüququn aliliyinin təmin edilməsi üçün legitim güc tətbiqi hallarında istifadəsi düşünülə bilər. Burada, əlbəttə, "güc tətbiqi"-nin onun insan tələfatı (kombatant yaxud qeyri-kombatant) ilə bağlı nəticələrinin və ən əsası dövlətlərin öz mülahizələrinə görə hərbi gücdən istifadəyə meyili olmaları ciddi nəzərə alınmalıdır. Bununla belə, mövcud dünyanın hərbi gücün tətbiqi ilə bağlı vəziyyəti məhz subsidiarlıq prinsipində olduğu kimidir. Belə ki, siyasi və hərbi qüdrəti olan dövlətlər gücü lokal qaydada (bəzən (ya da daha çox) beynəlxalq sülh və təhlükəsizlik üçün deyil, məhz öz təhlükəsizlikləri üçün) tətbiq edir, bəzi hallarda bunun BMT Təhlükəsizlik Şurasına müraciətlə qanuniləşdirilməsi yolunu tutur, bəzən isə buna ehtiyac belə duymurlar. Bu baxımdan mövcud beynəlxalq hüquq normaları güc tətbiqi üçün istifadə bəzi hallarda isə sui-istifadə edilir. Azərbaycan kimi ərazisi işğalda olmuş dövlətlərə münasibətdə isə beynəlxalq hüquqi baza olsa da, işğal faktının aradan qaldırılması üçün kifayət edəcək səylər ortaya qoyulmamışdır. Qarabağ münaqişəsi təmsalında işğala məruz qalmış dövlətin ərazilərini güc tətbiq etməklə azad etməsi beynəlxalq hüquqda mövcud olan mexanizmlərin yetərsiz olduğu hallarda dövlətin

<sup>86</sup> [The principle of subsidiarity | Fact Sheets on the European Union | European Parliament \(europa.eu\), https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/7/the-principle-of-sub subsidiarity](https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/7/the-principle-of-sub subsidiarity) (son baxış tarixi 25 yanvar, 2021).

birtərəfli qaydada güc tətbiq etməsi ilə məsələlərin həllinin mümkünlüyünü və qanuniliyini bir daha nümayiş etdirdi.

Dövlətlərin beynəlxalq hüququn aliliyinin təmin edilməsi üçün güc tətbiq etmək hüququnun və vəzifəsinin olduğu Azərbaycanın Qarabağ münaqişəsinin həllində güc tətbiq etməsi ilə bir daha təsbit edilmiş olur.

Dünya dövlətlərinin, eləcə də beynəlxalq təşkilatların, o cümlədən BMT Təhlükəsizlik Şurasının Azərbaycanın bu hüququnun olmasının əksini müəyyən etməməsi isə bu hüququn olduğunu və işğalçı dövləti qətnamələrin icrasına məcbur etmək üçün istifadə edilə biləcəyini bir daha göstərir.

Nəzərə alsaq ki, sülh müqaviləsi imzalanmayıb Azərbaycanın güc tətbiq etmək hüququndan istifadə seçimi, ələlxüsus da, Ermənistan ərazisindən Azərbaycana qarşı olan hücumlara münasibətdə davam etməkdədir.



*Naman Anand & Dikshi Arora\**

## THE “DARK” REALITY OF A “FAIR” MARKET: A CASE AGAINST “RACIST” TRADEMARKS & THE PERNICIOUS PRECIPICES OF PUBLIC POLICY

### *Abstract*

*“To know values is to know the meaning of the market”*

*Charles Dow*

*The tragic death of George Floyd on 25 May 2020 and the subsequent protests (as a part of the #BlackLivesMatter Movement) that shook the world thereafter have once again, brought the deep-rooted issues of xenophobia and casteism to the fore. However, it is quite ironic that from India’s Fair & Lovely Face Cream<sup>1</sup> to America’s Aunt Jemimah’s Pancake Syrup<sup>2</sup> - products with inherently racist and/or xenophobic credentials are not just commonplace, but have also shown solid growth across capital markets worldwide.*

*As the origin of any marketable product lies in the realm of Intellectual Property (IP), the present article seeks an answer to just one question. Is it possible to refuse the registration of, or to delist a Trademark on the account of it being “racist” or “xenophobic” and thus opposed to the principles of public policy? If so, are there any legal hurdles involved?*

*The authors shall try to answer this question by looking at past and present instances of Trademark Application rejections, Case Laws, and National and International regulations. This paper shall also seek to move a step forward from Bonadio’s publication related to ‘Racist Trademarks’, published in the Marquette Intellectual Property Law Review<sup>3</sup> by looking at how the #BlackLivesMatter and #MeToo movements have proven how the antediluvian principles of “laissez faire” and “Public Policy” ignore certain deep-rooted truths about caste, race, economic privilege and the deeply fractious nature of social milieus in America and other Commonwealth states.*

### *Annotasiya*

*“Dəyəri anlamaq bazarın mahiyyətini anlamaq deməkdir”*

*Çarlz Dou*

*Corc Floydun 25 may 2020-ci ildə faciəvi ölümü və dünyanı sarsıdan sonrakı etirazlar (#BlackLivesMatter hərəkətinin bir hissəsi kimi) bir daha dərin köklü ksenofobiya və*

\* 3<sup>rd</sup> Year LL. B (Hons), Rajiv Gandhi National University of Law; Founder & Managing Editor Indian Journal of Projects, Infrastructure, and Energy Law; Research Assistant Dr. Heather Katharine Allansdottir, Visiting Fellow, Lauterpacht Centre for International Law (LCIL), University of Cambridge. Hon'ble Vice Chancellor's Nominee Member; RGNUL Financial & Mercantile Law Review [RFMLR] (9<sup>th</sup> Most Cited Law Review in India - SCC Online Law Review Rankings-Sep'20).

<sup>2</sup>nd year LL.B (Hons), Rajiv Gandhi National University of Law (RGNUL), Punjab.

<sup>1</sup> Seema Chishty, Explained: Why Dropping the ‘Fair’ from Fair and Lovely Cream Matters: Or Does It? (2020), <https://indianexpress.com/article/explained/fair-and-lovely-rebranding-hindustan-lever-racism-protests-6476480/> (last visited Jan. 9, 2021).

<sup>2</sup> Angelina R Riley & Sonia K Katyal, Aunt Jemima is Gone: Can We Finally End Racist Branding? (2020), <https://www.nytimes.com/2020/06/19/opinion/aunt-jemima-racist-branding.html> (last visited Jan. 9, 2021).

<sup>3</sup> Enrico R Bonadio, *Brands, Morality and Public Policy: Some Reflections on the Ban of Controversial Trademarks*, 19 Marquette Int. Prop. L. Rev., 43-61. Available at: <https://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1270&context=iplr>

*kastaçılıq məsələlərini gündəmə gətirdi. Lakin Hindistanın “Fair & Lovely Face Cream”-dən Amerikanın “Aunt Jemimah’s Pancake Syrup”-na qədər irqçi və/və ya ksenofob göstəricilərə malik məhsulların yalnız adı deyil, həm də dünya miqyaslı kapital bazarlarında möhkəm artım nümayiş etdirməsi olduqca istehza doğurur.*

*Hər hansı satılan məhsulun mənşəyi Əqli Mülkiyyət sahəsində olduğu üçün hazırki məqalə sadəcə bir suala cavab axtarır: Ticarət markasının irqçi və ya ksenofobik olduğu və bununla da dövlət siyasəti prinsiplərinə zidd olduğu səbəbindən qeydiyyatdan imtina etmək və ya siyahıdan çıxarmaq mümkün müdür? Elədirsə, qanuni əngəllər varmı?*

*Müəlliflər bu sualı keçmiş və indiki ticarət markası üçün müraciətlərin rədd edilməsinə, məhkəmə qanunlarına, milli və beynəlxalq qaydalara baxaraq cavablandırmağa çalışacaqlar.*

## CONTENTS

Introduction.....	130
I. <i>Laissez Faire</i> in intellectual property and capital markets- a breeding ground for racism.....	131
II. Public policy as a ground for rejecting/delisting trademarks: an analysis of case laws in the United States.....	132
A. In Re Riverbank Canning Co. (1938) .....	133
B. <i>Washington Redskins trademark dispute</i> (1992) .....	134
III. The “Bin Laden” trademark rejections (2001 & 2007) .....	135
A. Switzerland .....	135
B. United States of America .....	136
IV. <i>Matal v. Tam</i> (2017)& <i>Iancu v. Brunetti</i> (2019): One step forward, two steps backward? .....	137
V. <i>Iancu v. Brunetti</i> .....	138
VI. Trademark controversies around the world.....	140
A. United Kingdom.....	140
B. India.....	141
VII. From fair & lovely to glow & lovely: Hindustan Unilever, Nirma Industries and the impact of #BlackLivesMatter in India.....	142
Conclusion .....	144

## Introduction

**A** citizens gathered across cities in the United States to protest the tragic death of George Floyd, various individuals filed applications before the United States Patents and Trademarks Office (USPTO) in order to trademark the slogans “#BlackLivesMatter” and “I can’t breathe” for

commercial use- ranging from T-Shirts to Moscato Wine.<sup>4</sup> Although legal experts have stated that such efforts have failed before and may fail again,<sup>5</sup> the fact that numerous fresh applications were filed (with 20+ containing the phrase “Black Lives Matter” approved out of which a vast majority are owned by non-blacks),<sup>6</sup> as opposed to just 14 in the last 3 years, is a clear indication of the inter-cultural significance that this movement holds and how Intellectual Property can be the catalyst that drives the resistance against racism and xenophobia and blends it with the global market.

However, it is important to note that sometimes IP, not just in the US but in other developed and emerging economies too, is more of a foe than a friend.

## I. *Laissez Faire* in intellectual property and capital markets- a breeding ground for racism

The markets of any modern-day capitalist economy are characterised by the phrase, *Laissez Faire*, which was first quoted by French economic theorists Dr. Francois Quesnay and Marquis de Mirabeau in the early 18<sup>th</sup> century.<sup>7</sup> This was later expanded in Adam Smith’s *Wealth of Nations* in 1776,<sup>8</sup> although there are scholars who disagree with the fact that he is “not the theoretical ancestor of modern laissez-faire economics”.<sup>9</sup>

The term literally translates to the phrase “leave it be” or “let it be”, and supports the idea of a market economy that regulates its own self, devoid of any interference by the institutions of the state.<sup>10</sup> This philosophy, although post-dated in comparison to the *Statute of Monopolies, 1624* and the *British Statute of Anne, 1710* (which are the earliest known statutes of Copyright and Patent Law)<sup>11</sup> left an indelible blot on the concept of IPR, one which the world is suffering from even two centuries years later - a lack of empathy towards the interests, emotions and wellbeing of the disadvantaged (economically or socially), differently-abled and the minorities.

Although there was a marked growth in the principles of Democracy and Constitutionalism (particularly with the growth of grounds such as “opposition to the principles of public policy”) in the last 2 centuries - the

---

<sup>4</sup> Michael Tobin, “Black Lives Matter” Trade Applications Surge after Protests (2020), <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-06-24/-black-lives-matter-trademark-applications-surge-after-protests> (last visited Jul. 2, 2020).

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Justia Trademarks, <https://trademarks.justia.com/search?q=black+lives+matter> (last visited Sep. 13, 2020).

<sup>7</sup> Gustav Schachter, *Francois Quesnay: Interpreters and Critics Revisited*, 50 Am. J. of Eco. & Soc. 313, 315-317, 313-322.

<sup>8</sup> Christopher W. Calvo, *The Emergence of Capitalism in Early America*, 27-74 (2020).

<sup>9</sup> John F. Henry, *The Ideology of the Laissez Faire Program*, 42 J. of Eco. Issues 209, 209 (2008).

<sup>10</sup> Paul Tracy, *What is Laissez Faire?* (2020), <https://investinganswers.com/dictionary/l/laissez-faire> (last visited Jul. 2, 2020).

<sup>11</sup> Isabella Alexander, *All Change for the Digital Economy: Copyright and Business Models in the Early Eighteenth Century*, 25 Berkeley Tech. L. J. 1351, 1353 (2010).

rudimentary thought of those who decide whether to register a Trademark or a Copyright has remained strikingly similar throughout. In the simplest possible terms- If it is original, unique and possesses commercial utility, give it a green signal. Racist, Misogynist, Xenophobic, Homophobic and etc. - well, let the market decide! Thus, it was and is presumed that any of those allegations, if true, will result in the market punishing the product for the same by refusing to buy it.

However, it is important to note that the market is always tempered by two strong factors - money and power, the latter leading to the accumulation of the former, or vice versa. Those who were the beholders of these two precious resources turned into the “visible market majority” (even though they may not be in “numerical majority”, as is seen in the case of mid-19<sup>th</sup> century America where there was no black stockbroker apart from Jeremiah G. Hamilton,<sup>12</sup> who was also not a revered figure in his community)<sup>13</sup> - and thus, their views decided what was morally acceptable and what wasn’t simply because they possessed the highest “purchasing power”. Even in 2020, the situation remains eerily similar- out of 600+ Billionaires in the United States, only 5 of them are black, with Oprah Winfrey the only black woman.<sup>14</sup>

In the meantime, consumerism has taken over our thinking and controlled the way we react. From Fairness Creams to a Physical Education textbook in India prescribing “36-24-36” as the “ideal figure” for women<sup>15</sup> - the rot runs deep.

This, in turn, brings us to the issue of “public policy”, and the numerous instances in which it has been utilised as a ground to set aside a Trademark or a Copyright application.

## **II. Public policy as a ground for rejecting/delisting trademarks: an analysis of case laws in the United States**

Although courts across commonwealth nations tend to agree to the fact that there is no harmonious definition of the “unruly horse”<sup>16</sup> called public policy, and that it must be determined on a case-to-case basis, there seems to exist certain broad parameters which Common Law Courts, in general, agree upon

---

<sup>12</sup> Timothy Verhoeven, *Shane White, Prince of Darkness: The Untold Story of Jeremiah G. Hamilton, Wall Street’s First Black Millionaire*, 36 *Australasian J. of American Studies: Regionalizing American Studies* 149, 149-151 (2017).

<sup>13</sup> Taylor Nicole Rogers, There are 607 Billionaires in the United States, and only 5 of them are Black (2020), <https://www.businessinsider.in/thelife/news/there-are-607-billionaires-in-the-united-states-and-only-5-of-them-are-black/articleshow/74090350.cms> (last visited Jan. 9, 2021).

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> India TV News Desk, CBSE Class XII textbook defines “36-24-36” as the best female body shape, sparks row (2017), INDIA TV (<https://www.indiatvnews.com/news/india-cbse-class-xii-textbook-defines-36-24-36-as-best-female-body-shape-sparks-row-376825>) (last visited Jan. 9, 2021).

<sup>16</sup> See *Richardson v. Mellish* (1824).

to constitute the term “public policy”- (1) They are decisions taken by the government, (2) They are taken for the benefit of society “at large” and (3) taken post consultation with all stakeholders. However, in developing nations where caste, class and race rule the roost; it goes without saying that the reality of how public policy is formulated is inherently different. All said and done, the invisible hand is actually not as invisible as it was two to three centuries earlier.

We shall now delve into the few known cases where a Trademark, Design or other IP symbols were challenged or rejected on the grounds of public policy.

### **A. In Re Riverbank Canning Co. (1938)**

This is a case that took place prior to the enactment of the Lanham Act, when the Trademark Act, 1905<sup>17</sup> was in force.

In the present case,<sup>18</sup> a man named Mr. Zerillo (born in 1889) immigrated to the United States at the beginning of the 20<sup>th</sup> century and eventually settled in the city of Riverbank, California in 1924 and set up the Riverbank Canning Co. (the plant was subsequently acquired by the Gangi Brothers post the Second World War<sup>19</sup> and then by Aiello Brothers and Co, now called Contadina, and was one of the United States’ earliest known manufacturers of canned pear tomatoes) soon thereafter, and began to produce canned pear tomatoes. As the label’s fame grew nationwide, the plant also began to manufacture canned peaches, pears, fruit cocktail and spinach.

In 1932, Zerillo founded the Riverbank Wine Co<sup>20</sup> and filed an application in order to trademark the name “Madonna Wine” on January 20, 1934, and was published on July 17, 1934. In the intervening period, an opposition was filed “based on the likelihood of a confusion in trade”.<sup>21</sup> Upon perusal by the Examiner of Trademarks, the application was rejected on October 8, 1934, on the ground that it was in violation of Section 5 (a) of the 1905 Act as it was “scandalous, immoral and offensive”. The Commissioner of Trademarks further upheld the Examiner’s decision, upon which the appeal was filed before the Court of Customs and Patent Appeals.

The Court upheld the original decision of the Examiner, stating that: “It is true that the Bible records that the Savior changed water into wine at the behest of his Virgin Mother at the wedding feast, and quotations can be made

---

<sup>17</sup> 15 U.S.C. Available at: [https://www.ipmall.info/sites/default/files/hosted\\_resources/lipa/trademarks/PreLanhamAct\\_086\\_Act\\_of\\_1905.htm](https://www.ipmall.info/sites/default/files/hosted_resources/lipa/trademarks/PreLanhamAct_086_Act_of_1905.htm) (last visited Aug. 3, 2020).

<sup>18</sup> See Riverbank News RIVERBANK NEWS (1993), <https://www.newspapers.com/clip/38549366/riverbank-news/> (last visited Aug. 3, 2020).

<sup>19</sup> Teresa Giovanzana, Delicious Tomato Memories (2013), <http://www.teresagiovanzana.com/delicious-tomato-memories> (last visited Aug. 3, 2020).

<sup>20</sup> *Supra* note 16.

<sup>21</sup> *In Re Riverbank Canning Co.*, 95 F.2d 327 (1938), <https://www.leagle.com/decision/193842295f2d3271326> (last visited Aug. 3, 2020).

from the Bible commending the use of wine; but it is also true that the evils growing out of the excessive use of intoxicating beverages are probably much greater today than they were 1900 years ago... The Virgin Mary stands as the highest example of the purity of womanhood and the entire Christian world pays homage to her as such... In our opinion, to commercialize the name of, or a representation of, the Virgin Mary as a trade-mark is of very doubtful propriety, and we feel certain that its use upon wine for beverage purposes would be shocking to the sense of propriety of nearly all who do not use wine as a beverage, and also to many who do so use it; therefore, we think such use of the word "Madonna" would be scandalous and its registration prohibited under said trade-mark act".<sup>22</sup>

### ***B. Washington Redskins trademark dispute (1992)***

*The origins of this controversy lie in the year 1933; one-year post the National Football League adopted the format because of which it has become world-famous today.<sup>23</sup> The team, which was initially founded as the Boston Braves was rechristened by its owner George Preston Marshall as the Washington Redskins in 1934. However, the rationale behind this decision is disputed – some scholars argue that it was in order to retain the Native American imagery of the team, whereas other scholars argue that it was in order to honor their team coach William Henry Dietz; who possessed Native American ancestry (although that, too, is a disputed fact).<sup>24</sup>*

*The name came under fire from Native Americans as it consisted of a slur<sup>25</sup> that has been historically used in order to disparage the Native American community,<sup>26</sup> with protests getting particularly vehement during the 1960s and resurging in wake of the #BlackLivesMatter movement and the broader campaign to eradicate racism in America.*

*In 1992, Suzan Harjo and six other Native Americans filed a case before the TTAB demanding that the Trademark be revoked as it disparages the sentiments of the Native American community. After 7 years of prolonged legal battle, the TTAB cancelled the registration of the trademark in 1999, basing its decision on a violation of Section 2(a) of the Lanham Act, stating that "the subject marks may disparage Native Americans and may bring them into contempt or disrepute".<sup>27</sup>*

---

<sup>22</sup> *Id.*

<sup>23</sup> Steve Fiorillo, History of the NFL: From the 1890s to the Present (2018),

<https://www.thestreet.com/lifestyle/sports/nfl-history-14761022> (last visited Oct. 2, 2020).

<sup>24</sup> Richard Leiby, The Legend of Lone Star Dietz: Redskins namesake, coach- and possible impostor? (2013), [https://www.washingtonpost.com/lifestyle/style/the-legend-of-lone-star-dietz-redskins-namesake-coach--and-possible-imposter/2013/11/06/a1358a76-466b-11e3-bf0c-cebf37c6f484\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/lifestyle/style/the-legend-of-lone-star-dietz-redskins-namesake-coach--and-possible-imposter/2013/11/06/a1358a76-466b-11e3-bf0c-cebf37c6f484_story.html) (last visited Oct. 4, 2020).

<sup>25</sup> John McWhorter, Why 'Redskins' Is a Bad Word (2015), <https://time.com/4070537/redskins-linguistics/> (last visited Oct. 2, 2020); See also Dr. Daniel R. Reid.

<sup>26</sup> Nancy Shoemaker, *How Indians Got to Be Red*, 102 The American Historical Rev. 625, 625-626 (1997).

<sup>27</sup> Steptoe & Johnson, Trademark Sensitivity: Learning from the Washington Redskins (2014), <https://www.natlawreview.com/article/trademark-sensitivity-learning-washington-redskins> (last visited Oct. 10, 2020).

The owners of trademark appealed and the District Court of Columbia reversed the USPTO's decision on the grounds of insufficient and no substantial evidence of disparagement<sup>28</sup> in 2005 while the subsequent appeals were rejected stating that the plaintiffs had claimed their rights in a delayed and untimely manner.

Later in 2013, a petition was filed by Amanda Blackhorse and a group of other Native Americans before the USPTO to cancel the trademark as it was disparaging to Native Americans. TTAB granted the petition and held that the registration should be cancelled in 2014, leading the owners to file an appeal at the United States District Court for the Eastern District of Virginia.<sup>29</sup> After the District Court overturned the appeal, the petitioners approached the Supreme Court. However, while the dispute was going on, the court unanimously held Section 2(a) of the Lanham Act unconstitutional in *Matal v. Tam*- thus making the Petitioners withdraw their appeal.<sup>30</sup>

After a long legal battle over the trademark erupted onto the streets in wake of the #BlackLivesMatter movement George Floyd and the risk of severing its ties with sponsors<sup>31</sup> such as FedEx, Nike, PepsiCo, etc. if the team does not reconsider its name<sup>32</sup> - Daniel Snyder (the owner of Pro Football Inc, the corporate entity holding all the legal rights of the team) agreed to temporarily change the name of the Washington Red Skins Team to the "Washington Football Team", with a single letter block "W" as a logo for the 2020 NFL season before coming up with a new permanent name in 2021.

### III. The "Bin Laden" trademark rejections (2001 & 2007)

#### A. Switzerland

On 16<sup>th</sup> August 2001, Yeslam Bin Ladin, one of the 54 siblings of global terrorist Osama Bin Laden registered a trademark "Bin Ladin" in order to market sports goods under the ambit of his company, Falcon Sporting Goods. Bin Ladin's contention that he had only registered the trademark to make sure that no one else used it was rejected. The Swiss Federal Institute of Intellectual Property proceeded to ban the trademark (consequently withdrawing the protections it enjoyed in then 70 other TRIPS signatory nations) citing that it could lead to "violence or offensive reactions" by the public at large,<sup>33</sup>

<sup>28</sup> *Pro Football, Inc. v. Harjo* 415 F. 3d 44 (D.C. Cir. 2005).

<sup>29</sup> *Pro Football, Inc v. Blackhorse* 112 F. Supp. 3d 439 (E. D. Va. 2015).

<sup>30</sup> Lee Rowland, Esha Bhandari, Brett Max Kaufman, Cancellation of a Trademark based on disparaging language (2015), <https://acluva.org/en/cases/pro-football-inc-v-blackhorse> (last visited Jan. 9, 2021).

<sup>31</sup> Liz Clarke, FedEx Calls on Redskins to Change Name Following Investors's Demands on Sponsors (2020), <https://www.washingtonpost.com/sports/2020/07/02/fedex-redskins-name-change/> (last visited Jan. 9, 2021).

<sup>32</sup> Allen Kim, Wayne Sterling, Washington's Football Team to Call Itself Washington Football Team until It Settles on a New Name (2020), <https://edition.cnn.com/2020/07/23/us/washington-football-team-spt-trnd/index.html> (last visited Jan. 9, 2021).

<sup>33</sup> Swiss Ban "Bin Ladin" Ladin' Trademark (2002),

especially with regards to the terror attacks that took place across the United States precisely one month post the registration of the trademark. **The same was never challenged in Court.**

## **B. United States of America**

In February 2007, a man named Alexandre Batlle paid 325\$<sup>34</sup> in order to apply to trademark “Obama Bin Laden”, a name which conflated Barack Obama (then a Presidential Candidate) and the terrorist Osama Bin Laden. Batlle planned to sell T-Shirts and other merchandise via his website [www.obamabinladen.net](http://www.obamabinladen.net). One of the most famous T-Shirts that Batlle sold due to the trademark application becoming national news was one of Barack Obama in a white robe and turban holding a machine gun and of Hillary Clinton in an abaya.

In response, the same was rejected as it falsely suggested “a connection between the individuals Osama Bin Laden and Barack Obama”.<sup>35</sup> It further went to state that Batlle would require the permission of both the individuals to register the same. Lastly, and most importantly, the “public policy” ground of “scandalous content”<sup>36</sup> was used by the US Patent and Trademarks Office (USPTO) in order to reject the trademark. It explained that the trademark was inherently scandalous as the name Bin Laden evoked “public disgrace and anger” with regards to the 9/11 terrorist attack. However, it is interesting to note how open-ended and ambiguous the definition of the term is. Any material is said to be scandalous as per the U.S.C. if the same is “disgraceful, offensive or disreputable”.

The question that arises is - causing disrepute *to whom* and *by what extent*? The answer remains inherently couched with class privilege dating back to the antediluvian times- “a substantial composite of the “general public”....in the context of contemporary attitudes”,<sup>37</sup> although it’s crucial to note that meanings of the term encompassed in various dictionaries have been relied onto in past decisions by Courts of Law in the US.<sup>38</sup> Needless to say, numerous terminologies such as the “general public” and “contemporary attitudes” may be interpreted very differently based on one’s socioeconomic background. Although Batlle was given 6 months to appeal the decision, the same was never done.

---

<http://edition.cnn.com/2002/WORLD/europe/07/18/gen.swiss.label/> (last visited Jul. 19, 2020).

<sup>34</sup> “Obama Bin Laden” Trademark Rejected (2007), <https://www.cbsnews.com/news/obama-bin-laden-trademark-rejected/> (last visited Jan. 9, 2021).

<sup>35</sup> Washington Post, *Patent Office Rejects rejects Trademark for “Obama Bin Laden”* (2007), <https://www.chron.com/news/nation-world/article/Patent-Office-rejects-trademark-for-Obama-bin-1567162.php> (last visited Jul. 19, 2020).

<sup>36</sup> 15 U.S.C. sec. 1052(a).

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> *Supra* note 19, 17.



## IV. *Matal v. Tam* (2017) & *Iancu v. Brunetti* (2019): One step forward, two steps backward?

In the former case, Simon Tam and his Asian-American friends founded a rock band in Portland named “The Slants”, in 2006 and released their first album “*Slanted Eyes, Slanted Hearts*”.<sup>39</sup> They saw their name as an expression of their American-Asian entity, which they sought to “reclaim” as it leads to the empowerment of and stood for the solidarity of his ethnic community.<sup>40</sup> They eventually filed a trademark application in 2011, which was promptly rejected by Michelle Kwok Lee, the Director of the USPTO as being contrary to the provisions of section 2(a) of the Lanham Act.<sup>41</sup>

Tam appealed to the Trademark Trial and Appellate Board (TTAB) and alleged that the USPTO’s decision was arbitrary and also pointed out the USPTO’s past approval of trademarks such as “Niggas With Attitude”<sup>42</sup> (NWA) (2000), Dykes on Bikes<sup>43</sup> (2003), Celebrasians<sup>44</sup> and Dago Swagg.

The TTAB declined Tam’s appeal on the ground that the trademark application fell under the ambit of the “Central Hudson Test”,<sup>45</sup> and relied primarily on two out of the four pillars stipulated in the test, namely - (1) That the meaning of the term “Slants” clearly refers to an identifiable person or community (in this case, the Asian community) and (2) it disparaged the referred group.<sup>46</sup> The Board went on to note that the band can still use this mark and the Board’s refusal to register the same did not violate the appellant’s First Amendment rights. It is interesting to note that the tort of “passing off” may also be used to protect against an intellectual property devoid of Trademark Protection, but that is a discussion for another day.

Tam further appealed at Federal Circuit, claiming that his rights enshrined under the First Amendment had been violated.<sup>47</sup> *Judge Anthony Kennedy opined that the government could not discriminate between different trademark applicants based on their viewpoints or opinions by the way of prohibiting their speech, even more so while giving the clean chit to expressions that are complementary or benign in nature. The USPTO argued that Trademarks are primarily a medium to facilitate*

<sup>39</sup> See *Slanted Eyes, Slanted Hearts*, [http://www.theslants.com/album/slanted-eyes-slanted-hearts/theslants\\_coverart/](http://www.theslants.com/album/slanted-eyes-slanted-hearts/theslants_coverart/) (last visited Jan. 9, 2021).

<sup>40</sup> Simon Tam, *The Slants on the Power of Repurposing a Slur* (last visited Jan. 9, 2021), (2017), <https://www.nytimes.com/2017/06/23/opinion/the-power-of-repurposing-a-slur.html> (last visited Jan 9, 2021).

<sup>41</sup> *In re Tam*, 808 F.3d 1321 (2015).

<sup>42</sup> *In Battle over Band Name, Supreme Court Considers Free Speech and Trademarks* (2017), <https://www.npr.org/2017/01/18/510310945/in-battle-over-band-name-supreme-court-considers-free-speech-and-trademarks> (last visited Jan. 9, 2021).

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> *Central Hudson Gas & Electric Corp. v Public Service Commission* (1980); See also Deirdre O’Donoghue, *How the Central Hudson Test Influenced Commercial Speech* (2019), <https://learn.g2.com/commercial-speech> (last visited Jan. 9, 2021).

<sup>46</sup> *In re Tam*, 108 U.S.P.Q.2d (BNA) 1305, 1309, 1311–1313 (T.T.A.B. 2013).

<sup>47</sup> *In re Tam*, 785 F.3d 567, 568–569, 571 (Fed. Cir. 2015).

*expression whereas the Government argued that the inherent nature of trademarks is commercial. Judge Kennedy went on to agree with the government's opinion and also noted that Trademark Registration is purely to gain a foothold in capital markets and thus it would not be fair for any of the organs of the government to interfere in the same. Judge Moore further highlighted that Section 2(a) of the Lanham Act is unconstitutional as it satisfied the "doctrine of vagueness". On the contrary, Judge Dyk went on to say that Trademarks lack the expressive characteristics that would cause a violation of Tam's First Amendment rights. Judge Lourie reiterated the TTAB's decision when he opined that Tam's right to speech is not violated due to denial of registration as without federal registration too he can use the mark.*

*The USPTO appealed the decision while raising the question: "whether the disparagement provision in 15 U.S.C. 1052(a) is facially invalid under the Free Speech Clause of the First Amendment?"<sup>48</sup>*

*The petition for certiorari was granted in September 2016. On 19 June 2017, the SC voted unanimously (8-0) to affirm the decision of the lower court and held that the law prohibiting trademarks that disparage any person, living or dead, is unconstitutional as the Section 2(a) of the Lanham Act violated the Free Speech Clause that is guaranteed by First Amendment. Justice Samuel Alito further reasoned that the ban on disparaging terms violated the "bedrock principle" of the First Amendment,<sup>49</sup> as banning some and allowing others trademark on the grounds of them being "obscene and/or disparaging" will create a strong disincentive for some expressions and thus give preference to certain discourses over the others- for example, giving the green signal to a trademark application titled "Trump = America Great Again" and denying "~~Trump~~ = America Great Again".*

## V. Iancu v. Brunetti

Erik Brunetti, along with skateboarder Natas Kaupas (who left the company later), founded a clothing brand named Friends U Can't Trust<sup>50</sup> (FUCT) in Los Angeles in 1990 and filed as a business under the name "FUCT Designs" in 1991.<sup>51</sup> Brunetti had chosen the unique acronym because he wanted people to question its pronunciation.<sup>52</sup> The brand gradually gained

<sup>48</sup> Lee v. Tam, No. 15-1293 (2015).

<sup>49</sup> David L. Hudson Jr., Matal v. Tam (2017), <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1528/matal-v-tam#:~:text=In%20Matal%20v.,it%20expresses%20ideas%20that%20offend.%E2%80%9D> (last visited Jan. 9, 2021).

<sup>50</sup> Supreme Court Review to Government Ban on Fuct& Other "Scandalous" Trademarks (2019), <https://www.thefashionlaw.com/the-validity-of-fuct-and-other-immoral-or-scandalous-trademarks-is-back-in-question/> (last visited Jan. 9, 2021).

<sup>51</sup> See generally Erik Brunetti, Aaron Rose, Gary Warnett, Fuct (2013).

<sup>52</sup> Ian Michna, Discussing the History of FUCT & the Current Streetwear Market (2019), <http://www.jenkemmag.com/home/2019/05/23/discussing-history-fuct-current-streetwear-market/> (last visited Jan. 9, 2021).

steam due to its counter-cultural marketing and subversive advertising, particularly amongst skateboarding enthusiasts.

In 2011, Erik Brunetti filed a federal trademark application in order to safeguard the brand against a large number of online market players knocking off its products. However, the USPTO rejected the application on the basis that the name is phonetically similar to the vulgar slang “fuck” and declared it as “immoral and scandalous” as per section 2(a) of the Lanham Act, which was later upheld by the TTAB in 2014.

Brunetti further appealed to the United States Court of Appeal for the Federal court and the American Civil Liberties Union (ACLU) argued on behalf of the company. At one hand, the Federal Circuit accepted that although “Fuct” sounds like a vulgar word and might, *prima facie*, fall under the ambit of “scandalous” of section 2(a) of the Lanham Act - it is important to interpret the same in light of the Supreme Court’s affirmation in *Matal v. Tam* related to “disparaging” trademarks and ruled that the TTAB’s trademark rejection amounted to a violation of applicant’s right to speech. Andrei Iancu, USPTO’s director, filed a writ of certiorari to the Supreme Court and the key question is whether the trademark application for the word “FUCT” could be rejected on the ground of it being “immoral” or “scandalous”. The Supreme Court observed that similar trademarks such as “FUCK” and “FUBAR” were previously granted approval by the same office which has now rejected “FUCT”. On 24 November 2019, the ban was struck down on the ground that it violates the First Amendment Rights of the applicant, read with the “no discrimination based on viewpoint” policy of the Supreme Court in light of *Matal v Tam*.<sup>53</sup> Even the Trump administration opined that undermining the law would lead to a market flooded with scandalous and shocking trademarks and images but all nine justices argued that the ban on “scandalous or immoral” speech stood in the way of free expression.

While going beyond United States Code, we can find that the protection of trademarks is envisaged under the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS - under Articles 15-21) and that the definition of the term ‘trademark’ given under TRIPS is similar to that given by European Union. An application can also be made for a Community trademark under Article 4 of Regulation No. 40/94 of the European Union, also known as the Community Trade Mark Regulation (CTMR). In many ways, the Lanham Act’s provisions and definitions are consistent and echoed in the international standard. International law recognizes and acknowledges the concept of Community Trademarks and also permits countries, states, or regions to protect the same. However, similar claims are likely to be rejected

---

<sup>53</sup> *Iancu v. Brunetti*, 588 U.S. 18, 6 (2019). Available at: [https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/18-302\\_e29g.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/18-302_e29g.pdf)

under United States law if the Courts form an opinion that the Community Trademark would, *prima facie*, not protect history, facts, or language.<sup>54</sup>

*Matal v. Tam & Iancu v. Brunetti* have once again opened up a debate on the right to use words that allegedly harm the sentiments of the public and are a clarion call with regards to the importance of understanding the intersection between social justice, capital markets and intellectual property.

## VI. Trademark controversies around the world

### A. United Kingdom

#### 1. The “Fcuk” trademark controversy (2000-2020)

In the early 1970s, Stephen Marks incorporated an enterprise, French Connection; whose parent company named French Connection Group PLC is listed on the London Stock Exchange<sup>55</sup> (debuting on 31 July 1998) and has stores (dealing in clothing, homeware and accessories) in the UK, US, Canada and across the globe. In the early 2000s, the UK based wholesaler and retailer started using the word “fcuk” during its advertising campaigns. Around the same time, Dennis Woodman, a retired businessman in the UK, challenged the use of the FCUK brand, alleging it to be against “generally accepted principles of morality or public policy”, based on Section 3(3)(a) of the 1994 Trade Marks Act (UK). In response to the same, the company cited prevailing trademarks such as Dick & Fanny which were deemed to be acceptable.<sup>56</sup>

The Court concluded that the word “FCUK” was not phonetically or visually identical to the swear word, though it might be interpreted, depending upon the circumstances, as the swear word- however, in any case, “FCUK” was not the word itself. In a similar case, Kevin Scranage’s Trade Mark Application<sup>57</sup> (also known as the “FOOK” case) was rejected as the Court was of the opinion that the word “FOOK” was phonetically similar to the word “FUCK”.<sup>58</sup>

In the “FCUK” case, the court drew a line and opined that there was a difference between a mark that was considered to be against “generally accepted moral principles” and a mark that merely offended some sections of the society. The aforementioned observation was also seen in the *Tiny Penis* trademark rejection matter, where the Court had ruled that the Trademark

---

<sup>54</sup> Sarah La Voi, *Cultural Heritage Tug of War: Balancing Preservation Interests and Commercial Rights*, 53 DePaul L. Rev. 875, 880 (2013).

<sup>55</sup> See French Connection Group PLC (2020), <https://www.londonstockexchange.com/stock/FCCN/french-connection-group-plc/company-page?lang=en> (last visited Nov. 7, 2020).

<sup>56</sup> FCUK Slogan “not offensive” (2005), <https://www.theguardian.com/media/2005/dec/21/marketingandpr.advertising> (last visited Jan. 9, 2021).

<sup>57</sup> Kevin Scranage’s Trademark Application No. 230950 (2005).

<sup>58</sup> Susan Barty, UK: FCUK Trade Mark-not Valid (2006), <https://www.mondaq.com/uk/trademark/41096/fcuk-trade-mark--not-invalid> (last visited Jan. 9, 2021).

(which was to be used for a clothing brand) was against the principles of morality and public policy.<sup>59</sup>

Nonetheless, FCUK continues to face issues in registering its trademark in other Common Law jurisdictions, such as India,<sup>60</sup> where it filed an application in 1998 and advertised the same in 2016 (which is a legal requisite prior to the conferment of a trademark in India) but has been unable to register the same in the face of immense opposition.

### **2. Section 3 (3) (a) and the “shock value” conundrum**

The aforementioned cases prove that a re-examination of Section 3(3)(a) is needed along with a host of other factors in order to ascertain whether it is against the generally accepted principles of morality, such as the trademark justifiably causing censure or outrage amongst an identifiable group or section of the public that is undermining their social, family or religious values. The Appointed Person<sup>61</sup> also asserted that the moral principle should be identified and particularly, in the cases where children might be exposed to swear-words there exist a prohibition on their usage.

The intrinsic and fundamental qualities of the trademark and the way in which the public uses the word and not only the conduct of the applicant should be taken into consideration along with Article 10 of the European Convention of Human Rights, which talks about Freedom of Expression and the ‘Reasonable Restrictions’ that can be entailed as a part of it, as to whether there is a pressing social need to refuse registration that is proportionate to the legitimate aim pursued.

Trademarks and advertisements should be truthful and fair as their impact and influence on the consumers’ choices is profound and it also distorts the competition in the market—a very good method of which is by enhancing its “shock value”,<sup>62</sup> i.e. by making the brand name and its marketing more controversial and edgy – it increases its customer base, and consequently, its market share.<sup>63</sup>

## **B. India**

### **1. Tuff Shoes**

As early as in the 1990s, Milind Soman and Madhu Sapre stirred a nationwide controversy for posing nude, wearing nothing but a pair of Tuff shoes and wrapping a python around their neck. The models were charged

---

<sup>59</sup> Ghazilian’s Trademark Rejection Application No. 2232411 (2001).

<sup>60</sup> E-register & Application Status, Trade Marks Registry India, <https://ipindiaonline.gov.in/eregister/> (last visited Jan. 9, 2021).

<sup>61</sup> Intellectual Property Office, New Appointed Persons for Designs and Trademarks (2015), <https://www.gov.uk/government/news/new-appointed-persons-for-designs-and-trade-marks#:~:text=The%20Appointed%20Person%20is%20a,appeal%20to%20the%20Appointed%20Person> (last visited Nov. 12, 2020).

<sup>62</sup> Rosalyn Gladwin, *Bullshit, I Can’t Believe that was Registered*, 38 I. P. Forum 38, 38 (2006).

<sup>63</sup> *Ibid.*

with indecent behavior and obscenity. Another case was filed under the Wildlife Protection Act for the illegal use of a python in the advertisement. In 2009, after nearly 15 years of legal proceedings, the court declared them as not guilty.

### **2. Cadbury Schweppes**

Another controversial ad campaign that came under fire and caused immense public outrage was a tagline used by the Indian subsidiary of the UK based confectionery company, Cadbury-Schweppes, in 2002- featuring the following caption:

“I am good. I am tempting. I am too good to share - “What am I? Cadbury's Temptations or Kashmir”.

The advertisement's attempt to compare the disputed territory with their chocolate bar did not bode well with the sentiments of Indian viewers. To add fuel to the fire, the commencement of the advertising campaign was scheduled to coincide with India's Independence Day.

### **3. Ford**

The Ford Figo's 2013 print ad featuring the tagline “Leave your worries behind with the Figo's extra-large boot” exposed the sorry state of advertising in India and stirred a lot of controversy. The sexist ad cartooned three scantily clad women, tied and gagged in the back of the car's trunk, which was being driven by three-time Italian Prime Minister, Silvio Berlusconi, who was seen flashing a victory sign. The then-Global Marketing chief of Ford, Jim Farley, apologized and the advertising agency JWT India, one of the world's largest ad agencies, tried to downplay the situation by issuing a statement that they merely wished to advertise the spacious trunk of the car in a creative manner. Ironically, the ad was released a few days after India passed new anti-rape law following Delhi gang-rape, which had also sparked massive public outcry and had led to mass protests across the country.

## **VII. From fair & lovely to glow & lovely: Hindustan Unilever, Nirma Industries and the impact of #BlackLivesMatter in India**

The increasing quantity of disposable income and the influence of the Indian movie industry along with western culture have increased the popularity of fairness creams and other cosmetic products in the Indian as well as the broader South Asian market. With initiatives like #BlackLivesMatter gaining momentum in not just the US but across the world, consumers at large are reconsidering products backed by a deep-rooted obsession for fair skin. After a severe backlash of products propagating “color-ism”, companies like Hindustan Unilever Limited (HUL) were forced to drop the word “fair” from their skin bleaching cream called “Fair &

Lovely". Ever since HUL's entry into the Indian market in the 1970s, the product had gained a lot of popularity in India and other South Asian countries as it depicted fair skin as a catalysy in getting a white-collar job and finding a good husband. On the contrary, the company claimed that the product is a combination of vitamin B3, Glycerin, UVA and UVB sunscreens and was not to be viewed as a skin-bleaching product.

Yet another brand which has faced massive backlash and consequential decline in sales due to the promotion of the concept of "body positivity" on Indian social media networks and the global outcry against "colourism" is the Ladies' Soap by Nirma Industries, eponymously known since the 90s as the "Saundarya Sabun" (Beauty Soap) in India. The soap remains well known for its ad jingle featuring Bollywood actress Sonali Bendre as an Indian woman wearing "western" clothes, strutting along the streets of a quaint European hamlet on a balmy fall evening as a man sings in the background and objectifies her: "Tum Husn Pari, Tum Jaane Jahaan....Tum Sabse Haseen, Tum Sabse Jawaan....Saundarya Sabun Nirma, Saundarya Sabun Nirma" ("Look at her style, oh she's so nubile....she's the most cheerful, she's so youthful....beauty soap by Nirma, beauty soap by Nirma").

The Advertising Standards Council of India (ASCI), which is a self-regulatory industry body, then issued a set of guidelines called "Guidelines of Advertising for Skin Lightening or Fairness Improvement Products"<sup>64</sup> in 2014 for ensuring that no advertisement communicates any form of discrimination or reinforces any negative social stereotype on the basis of skin color. In 2020, the Ministry of Health and Family Welfare finally recognized this and proposed the *Draft Drugs and Magic Remedies (Objectionable Advertisements) (Amendment) Bill, 2020 that bans the broadcast and publication of advertisements that promote fairness creams, enhance sexual performance, cure premature ageing and greying of hair, improvement in height of children or adults, increase in brain capacity and memory, change of foetal gender by drugs etc. along with proposing rigorous imprisonment in case of conviction.*

The move by major brands to change the names of their products may be labeled as a historic episode by a few, but it will be like old wine in a new bottle as the companies continue to sell the same product with a slightly altered method of advertising. A very good example of the same is Shilajit (Viagra) which was sold by Dabur and later on by smaller players such as Zandu in the Indian market. Dabur, in particular; which had previously faced backlash for its ad showing a knackered Indian white-collar worker suddenly getting reenergized and forcing his wife into sexual intercourse upon having

---

<sup>64</sup> See Vikrant Johar, All That Glows is Not "White" – the "fair" legal saga of "fairness creams" (2020), <https://www.cnbctv18.com/views/all-that-glows-is-not-white-the-fair-legal-saga-of-fairness-creams-6317291.htm> (last visited Jan. 9, 2021).

the pill,<sup>65</sup> changed its advertising to emphasize how their product was Ayurvedic, indigenous and in line with Indian Prime Minister Narendra Modi's 2020 Independence Day speech call to his citizens, where he urged Indians to go "vocal for local",<sup>66</sup> in line with the "Atmanirbhar Bharat" (Self-Reliant India) scheme.<sup>67</sup>

The recent outcry on digital and social media platforms bashing unrealistic beauty standards and skin-tone related stereotyping has received national as well as international attention – with consumers across the world urging companies to revisit the names of their products as well as their advertisements.

In India, and other South Asian countries, which speaks volumes of inherent biases and prejudices against particular skin tone, caste and gender. The revolution and the rebranding process have been commenced with big brands like L'Oreal, Nivea, Johnson & Johnson, etc. joining the bandwagon. Johnson & Johnson has decided to discontinue its skin lightening creams Neutrogena Fine Fairness and Clear Fairness by Clean & Clear and L'Oreal announced their plan to remove words like "whitening", "fairness", "lightening" from its products. The change is bound to come.

## Conclusion

After looking at a catena of case laws and legal provisions across America and a host of Commonwealth jurisdictions, the authors have come to the conclusion that public authorities clearly possess the right to restrict the usage of trademarks, if it protects the interests of the "public at large". The idea of the "public at large" remains vague and rife with ambiguities. Trademarks which may be considered "scandalous" or "offensive" 40-50 years ago may not be considered offensive today, and vice versa. This was best evidenced in *Mavety*<sup>68</sup> where the US Court acknowledged that it is important to be "*mindful of ever-changing social attitudes and sensitivities. Today's scandal may be tomorrow's vogue....*"

Thus, it is important to acknowledge, identify and rectify such intrinsic issues so as to ensure that regulations (and consequently, their enforcement) change with time. This is even more significant for nations with diverse

---

<sup>65</sup> BestMedia Info Bureau, ASCI Investigates Complaints against 251 Ads in May 2020(See Table Entry No. 4,29, 49, 59) (2020), <https://bestmediainfo.com/2020/07/asci-investigates-complaints-against-251-ads-in-may-2020/> (last visited Nov. 13, 2020).

<sup>66</sup> Simran Kashyap, Modi's 74<sup>th</sup> Independence Day Speech Highlights: Covid not an obstacle to a self-reliant India (2020), <https://www.oneindia.com/india/pm-modi-74th-independence-day-speech-highlights-we-will-win-the-battle-against-coronavirus-says-pm-3134383.html> (last visited Nov. 13, 2020).

<sup>67</sup> Shreeja Singh, Explained: All You Need to Know about the Aatmanirbhar Bharat Rozgar Yojana (2020), <https://www.moneycontrol.com/news/economy/policy/explained-all-you-need-to-know-about-the-aatmanirbhar-bharat-rozgar-yojana-6115561.html> (last visited Jan. 9, 2021).

<sup>68</sup> In re Mavety Media Group Ltd, 33 F. 3d 1367 (Fed. Cir. 1994).



ethnicities or where caste or creed have led to significant social stratification – such as the US and India.

The sad part about IP is that although a ban on the trademark will lead to a lack of legal recognition, it does not bar its usage- which nonetheless reaches the “public at large” and affects their thinking. The rise of xenophobic, casteist and sexist trademarks across markets around the globe gives rise to the thought that Bonadio’s thought of (regulators saying that) “*we don’t mandate, we just suggest*”<sup>69</sup> might not be the affirmative action that matches up to the clarion call that was sent out by the tragic death of George Floyd and the #BlackLivesMatter campaign.

---

<sup>69</sup> *Supra* note 1, 41.