

BAKİ DÖVLƏT UNIVERSİTETİ

TƏLƏBƏ HÜQUQ JURNALI

Buraxılış 10

Fevral 2024

Say 1

ChatGPT From a Data Protection Perspective

Kənan Nağıyev

Azərbaycanda özbaşına tikinti institutunun hüquqi rejiminin
aktual problemləri və onların həll yolları

Natiq Xəlilov

Extraterritorial Jurisdiction of the ECHR in the Context of
Analysis of Relevant Cases: Which Model is Effective?

Kamran Xəlilov

Vəkilin süni intellektli köməkçisi və peşə davranış qaydaları

Rüfət Nağıyev

The Navigating the Crossroads: Balancing Tobacco Control
Frameworks with Trademark Rights in Zambia

Chisanga Mutale & Chipasha Mulenga

Təsisçi: Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsi



ISSN: 2412-5555

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

Veb-sayt: www.lr.bsulawss.org

E-poçt: lawreview@bsulawss.org

BAKU STATE UNIVERSITY LAW REVIEW

Volume 10

February 2024

Issue 1

ChatGPT From a Data Protection Perspective

Kanan Naghiyev

Azərbaycanda özbaşına tikinti institutunun hüquqi rejiminin
aktual problemləri və onların həll yolları

Natig Khalilov

Extraterritorial Jurisdiction of the ECHR in the Context of
Analysis of Relevant Cases: Which Model is Effective?

Kamran Khalilov

Vəkilin süni intellektli köməkçisi və peşə davranış qaydaları

Rufat Naghiyev

Navigating the Crossroads: Balancing Tobacco Control
Frameworks with Trademark Rights in Zambia

Chisanga Mutale & Chipasha Mulenga

Founder: Baku State University Law School



ISSN: 2412-5555

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

Website: www.lr.bsulawss.org

Email: lawreview@bsulawss.org

REDAKSİYA HEYƏTİ

Baş Redaktor

Mansur Səmədov

İcraçı Redaktor

Gülçin Məmmədyarova

Məsul Redaktor

Camal Əzimov

Məqalə Redaktorları

Sezər Allahverdiyev

Xədicə Abbasova

Fidan Musayeva

İlkin Bayramov

Ülkər Aşurova

Samir Nəcəfov

Rəyçilər

Kəmalə Mehtiyeva

Nazlı Əhmədova

Təbriz Cəfərov (Raufoğlu)

Ramil Qaçayev

EDITORIAL BOARD

Editor-in-Chief

Mansur Samadov

Executive Editor

Gulchin Mammadyarova

Managing Editor

Jamal Azimov

Editors

Sezar Allahverdiyev

Khadija Abbasova

Fidan Musayeva

Ilkin Bayramov

Ulkar Ashurova

Samir Najafov

Reviewers

Kamalia Mehtiyeva

Nazli Ahmadova

Tabriz Jafarov (Raufoglu)

Ramil Gachayev

MÜNDƏRİCAT/CONTENTS

1. CHATGPT FROM A DATA PROTECTION PERSPECTIVE. <i>Kanan Naghiyev</i>	1
Introduction	2
I. ChatGPT's Privacy Policy and Data Processing	4
A. Data Collection and Storage	6
B. Use of Data	8
C. Data Disclosure	9
II. ChatGPT's Compliance with the GDPR	10
A. Compliance with the Data Protection Rights of the Users	13
B. Compliance with the Data Protection Rights of the Third Parties	26
III. What Can be Done by OpenAI to Ensure the GDPR Compliance?	30
Conclusion	32
2. AZƏRBAYCANDA ÖZBAŞINA TİKİNTİ İNSTİTUTUNUN HÜQUQİ REJİMİNİN AKTUAL PROBLEMLƏRİ VƏ ONLARIN HƏLL YOLLARI. <i>Natiq Xəlilov</i>	34
Giriş.....	36
I. Azərbaycanca özbaşına tikinti hüquq institutunun tarixçəsi və yaranma səbəbləri	39
A. Azərbaycanca özbaşına tikinti fenomeninin yaranması və SSRİ dövründəki vəziyyəti	39
B. Özbaşına tikinti institutunun Azərbaycanın müstəqillik dövründəki vəziyyəti	41
II. Özbaşına tikinti nəticəsində dövlətdə və cəmiyyətdə yaranmış problemlər	43
III. Azərbaycan mülki qanunvericiliyində özbaşına tikinti institutunun xüsusiyyətləri.....	46
IV. Özbaşına tikinti fəaliyyətinin hüquqi nəticələri və onların tənzimlənməsi	47
A. Özbaşına tikilinin sökülməsi şərtləri	48
B. Özbaşına tikililər üzərində mülkiyyət hüququnun tanınması üçün əsaslar	50

C. Özbaşına tikinti fəaliyyətinə görə hüquqi məsuliyyət.....	51
V. Özbaşına tikinti institutu ilə bağlı Azərbaycan Respublikasının tərəfdar çıxdığı beynəlxalq müqavilələrdən irəli gələn öhdəlikləri.....	53
VI. Özbaşına tikinti işləri ilə bağlı məhkəmə təcrübəsində AİHM-in presedent hüququnun tətbiqi.....	55
A. Özbaşına tikinti ilə bağlı problemlərin AİHM məhkəmə işlərindəki həll yolları	57
B. AİHM-in işlərindən çıxmış nəticələrə əsaslanan “xüsusi test”	58
C. Azərbaycanda özbaşına tikinti institutu ilə bağlı problemlərin AİHM-in presedent hüququnun prinsipləri üzərindən təhlili.....	61
VII. Azərbaycanda özbaşına tikinti probleminin tənzimlənməsi ilə bağlı çətinliklər və onların həll yolları.....	70
A. Özbaşına tikinti ilə bağlı mövcud qanunvericiliyin mükəmməlləşdirilməsi	71
B. Özbaşına tikintilərlə bağlı məhkəmə praktikasının təkmilləşdirilməsi	77
C. Özbaşına tikintilərin sənədləşdirilməsi istiqamətində görülməsi lazım olan işlər	79
Nəticə.....	81
3. EXTRATERRITORIAL JURISDICTION OF THE ECHR IN THE CONTEXT OF ANALYSIS OF RELEVANT CASES: WHICH MODEL IS EFFECTIVE? Kamran Khalilov	83
Introduction	84
I. The Theoretical and Legal Background for Extraterritorial Jurisdiction of the ECHR under Article 1	87
II. The Spatial Model: Effective Overall Control	92
A. Case of <i>Loizidou v. Turkey</i> : Effective Control Triggers Responsibility	93
B. “ <i>Banković and Others v. Belgium and Others</i> ” as the Most Controversial Case of the Strasbourg Court.....	95
C. <i>Chiragovs and Others v. Armenia</i> : The Role of the Separatist in State Responsibility	97
III. Personal Model: State Agent Authority	99

A. Cyprus v. Turkey (EComHR): Turkey’s First Test with the Problem of Extraterritorial Jurisdiction.....	100
B. Öcalan v. Turkey: The Importance of Detention.....	101
C. Al-Skeini and Others v. the United Kingdom.....	103
IV. Alternative Models for Extraterritorial Application of the ECHR.....	106
A. The Functional Model.....	106
B. The Third Model.....	108
C. The Balanced Approach.....	110
Conclusion.....	116
4. VƏKİLİN SÜNI İNTELLEKTLİ KÖMƏKÇİSİ VƏ PEŞƏ DAVRANIŞ QAYDALARI. Rüşət Nağıyev	120
Giriş.....	121
I. Süni intellektin vəkillər tərəfindən istifadəsi: üstünlüklər və risklər....	122
A. “ChatGPT” və digər Sİ “chatbot”-ları.....	123
B. Süni intellektin üstünlükləri və hüquqi praktika.....	124
C. Süni intellektin tətbiqinin yol açar biləcəyi risklər.....	125
II. Vəkillərin etik davranış qaydaları və Sİ.....	127
A. ABŞ vəkillər kollegiyalarının qaydaları.....	128
B. Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyində vəkillərin fəaliyyətinin tənzimlənməsi.....	131
Nəticə.....	135
5. NAVIGATING THE CROSSROADS: BALANCING TOBACCO CONTROL FRAMEWORKS WITH TRADEMARK RIGHTS IN ZAMBIA. Chisanga Mutale & Chipasha Mulange	136
Introduction.....	137
I. Framework Convention on Tobacco Control.....	139
II. Regulatory Framework on Tobacco Control in Zambia.....	141
III. The FCTC and the Right to Health.....	143
IV. Challenges in Realizing the Right to Health: The Imperative of FCTC Convention Domestication in Zambia.....	145
V. Navigating Trademark Protection and Plain Packaging in the Absence of FCTC Domestication in Zambia.....	148

Conclusion150

Jurnal haqqında

BDU Hüquq fakültəsi Tələbə Elmi Cəmiyyəti tərəfindən nəşr edilən Bakı Dövlət Universiteti Tələbə Hüquq Jurnalı tələbələr tərəfindən təşkil olunan və müvafiq akademik yoxlama qaydası ilə redaktə edilən yeganə jurnal olub milli, beynəlxalq və müqayisəli hüquqda mövcud olan müasir hüquqi problemlərə akademik səviyyədə peşəkar yanaşmanı təbliğ edir. Jurnalın əsası 2014-cü ilin noyabr ayında qoyulmuş və 2015-ci ildən başlayaraq "HeinOnline", 2023-cü ildən etibarən isə ən böyük onlayn məlumat bazalarından biri olan "Scopus"-da 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 prinsipləridir. Jurnal tərkibindəki məqalələr vasitəsilə hüquqi əsaslandırma ilə aktual məsələlərə mümkün həllərin irəli sürülməsini və yenilikçiliyi prioritet məqsəd kimi müəyyənləşdirir. Hüquq tələbələrinin hüquqi yazı və hüquqi düşüncə bacarıqlarını üzə çıxararaq inkişaf etdirməklə onları akademik araşdırmaya həvəsləndirmək və bunu sağlam elmi rəqabət ənənəsinə çevirmək Jurnalın daimi məramını təşkil edir.

About the Review

Baku State University Law Review is the only student-run and peer-reviewed academic journal in Azerbaijan and a publication of Student Academic Society of Baku State University Law School. It was founded in November 2014 and has been placed in HeinOnline since 2015, and in Scopus, one of the largest online databases, since 2023. 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, fostering 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.

Ön söz

*Zaur Əliyev**

Yarandığı ilk gündən etibarən Azərbaycanın hüquq təhsilinə yön verən Bakı Dövlət Universitetinin (BDU) Hüquq fakültəsində son 95 il ərzində bir çox yenilikçi layihələrə imza atılmışdır. Bu layihələrin formatları və iştirakçıları fərqli olsa da, hər biri fakültəmizin ən ümdə məqsədi olan Azərbaycanın hüquq elminə fayda vermək qayəsini daşmışdır. Fəxr və qürur hissi ilə qeyd etmək istərdim ki, bu təşəbbüslər içərisində Hüquq fakültəsi Tələbə Elmi Cəmiyyətinin (TEC) təsisçisi olduğu Tələbə Hüquq Jurnalı artıq bu yenilikçi və öncül fəaliyyətini ardıcıl 10-cu ildir ki, ən yüksək səviyyədə davam etdirməklə beynəlxalq nəşr kimi nüfuz qazanmışdır.

“Scopus” və “HeinOnline” kimi dünyanın ən böyük və aparıcı məlumat bazalarında indekslənen Azərbaycanın ilk hüquq jurnalının Hüquq fakültəsinin tələbələri tərəfindən ərsəyə gətirilməsi təsadüf deyildir. Daim öz təşəbbüskarlığı, əzmkarlığı ilə fərqlənən Hüquq fakültəsinin Tələbə Elmi Cəmiyyəti təkcə BDU deyil, eləcə də digər universitetlərdə təhsil alan tələbələrin də inkişafını hədəfləyir. Bununla da fakültəmizin TEC-i ali təhsil müəssisəsindən asılı olmayaraq bütün hüquq tələbələrinin peşəkar hüquqşünas kimi yetişməsində, qlobal trendlərdən xəbərdar olmasında, eləcə də ən yeni bilik və bacarıqlara yiyələnməsində maraqlıdır. Bunun nəticəsidir ki, son 10 ildə TEC-in üzvü olmuş fakültəmizin məzunları Hüquq fakültəsinin çoxillik təcrübəsini digər universitetlərə aşılamaqla onların da ölkəmiz adına ilklərə imza atmasına vəsilə olmuş, sağlam və davamlı rəqabətin yaranmasını təmin etmişlər.

Səmimi olaraq qeyd etmək istədiyim bir başqa məqam odur ki, fakültəyə rəhbərlik etdiyim ilk vaxtlardan bəri mənə stimül verən amillərdən biri də məhz elə Tələbə Elmi Cəmiyyətinin fəaliyyəti olmuşdur. TEC-in Journalla yanaşı, məhkəmə, arbitraj və mediasiya müsabiqələrini təşkil etməsi, hüquq müzakirə forumları və Gənc Hüquq Alimləri Araşdırma Yardımçısı layihəsi vasitəsilə mövcud akademik mühiti təkmilləşdirməyə çalışması tələbələrimizə qarşı böyük inam formalaşdırmışdır. Öz növbəmdə fakültəmizin imkanları daxilində tələbələrimizin təşviq edilməsində və bu işlərin davamlılığının təmin edilməsində əlimdən gələni etməyə çalışıram.

Sonda Yubiley buraxılış üçün yazdığım ön sözü Ümummili Liderimiz Heydər Əliyevin “Təhsil millətin gələcəyidir” şüarı ilə bitirmək istəyirəm. İnanıram ki, bu gün olduğu kimi bundan sonra da fakültə rəhbərliyi və Tələbə Elmi Cəmiyyəti əməkdaşlığı sayəsində gələcəyimizin təminatçısı olan təhsilimizdə daha böyük işlər görülməkdir!

* Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsinin dekani.

Preface

*Zaur Aliyev**

In the last 95 years, many innovative projects have been signed at the Baku State University (BSU) Law School, guiding Azerbaijan's legal education since the first day of its establishment. Although the formats and participants of these projects are different, each aims to benefit Azerbaijan's legal science, which is our faculty's most important goal. I want to note with a sense of honour and pride that among these initiatives, the Baku State University Law Review, which was founded by the Student Academic Society (SAS), has already gained a reputation as an international publication by continuing this innovative and pioneering activity at the highest level for ten consecutive years.

It is no coincidence that the students of the BSU Law School created the first law review of Azerbaijan, which is indexed in the world's most prominent and leading databases, such as Scopus and HeinOnline. The SAS of BSU, constantly distinguished by its initiative and perseverance, aims to develop students studying at BSU and other universities. Thus, SAS was interested in every Azerbaijani law student becoming a modern type of lawyer, being aware of global trends, and acquiring the latest knowledge and skills. As a result, the students who graduated from SAS in the last ten years instilled the long-term experience of BSU in other universities, which enabled them to sign firsts on behalf of our country and ensured the emergence of healthy and sustainable competition.

Another point that I would like to mention sincerely is that one of the factors that gave me much motivation since the first days when I led the Law School was the activity of the SAS. Along with the Law Review, SAS's efforts to improve the current academic environment through the organization of court, arbitration and mediation competitions, legal discussion forums and the Junior Legal Scholars Research Assistant Program have given me great confidence in our students. In my turn, I have encouraged our students and ensured the continuity of these works within the capabilities of our faculty.

Finally, I would like to end the preface I wrote for the Jubilee edition with the quote of our national leader, Heydar Aliyev: "Education is the future of the nation". I believe that, as today, in the future, thanks to the cooperation of the faculty leadership and the SAS, greater things will be done in our education, which is the guarantor of our future!

* Dean of Baku State University Law School.

Bakı Dövlət Universiteti Tələbə Hüquq Jurnalı artıq 10 yaşında!

*Orxan Abdulkərimli**

Bakı Dövlət Universitetinin Tələbə Hüquq Jurnalının 10-cu Buraxılışı üçün yubiley münasibətilə yazmaq təklifi almağım məndə qürur hissi oyatmaqla yanaşı, gözümün önündə böyüyən bu 10 yaşlı "uşaq"ın keçdiyi yolu və gələcəyi barədə fikirlərimi təsvir etmək sevincini də bəxş etmiş oldu. Bu yolda ilk addımları atanlardan biri olaraq zamanla ölkəmizdə önəmli hüquqi nəşr və keyfiyyətli akademik hüquqi müzakirə məkanına çevrilən Jurnalın qurulma məqsədləri, eləcə də keçmiş barədə bəzi təəssüratlarımı, gələcəyi və hədəfləri barədə baxışlarımı bölüşəcəyəm.

2014-cü ilin oktyabr ayının sonlarında Bakı Dövlət Universitetinin Hüquq fakültəsinin Tələbə Elmi Cəmiyyətinin İdarə Heyətinə sədr seçildiyim gün İdarə Heyətinin üzvləri ilə Azərbaycan hüquq təhsilində mövcud olmayan, tamamilə tələbələr tərəfindən idarə və redaktə olunan hüquq nəşrinin təsis olunmasını qarşımızda məqsəd kimi müəyyən etmişdik. Bununla belə, səmimi olaraq deməliyəm ki, bu işi necə edəcəyimizi təsəvvür edə bilmirdim. Bunun səbəblərindən bəziləri isə özümün də şəxsən şahid olduğu, hüquq təhsilindəki ən böyük maneələrdən biri olan orijinal elmi işlərin azlığı, buna marağın az olması və düşüncələrimizi hədəf auditoriyaya çatdırmaqda problemlər idi. Hətta Jurnal ad seçərkən "tələbə" sözünün başlığa əlavə edilməsi ilə bağlı kənardan ciddi təkidlərin olması bizi qarşıda hansı çətinliklər gözlədiyinin ilkin carçısı idi. Məlumat üçün bildirim ki, qabaqcıl dünya təcrübəsində belə jurnalların başlığına "tələbə", "müəllim" və ya "professor" sözləri əlavə edilmir.

2014-cü ilin oktyabr ayında Jurnalı təsis etdikdən sonra qarşımızda daha böyük bir maneə var idi. Belə ki, həmin dövrdə Azərbaycanda bakalavr hüquq təhsilində hüquqi yazı fənni tədris edilmirdi və bu sahə tələbələr üçün olduqca yad idi. Bu özünü daha çox hüquqi yazının bizim regionda, xüsusilə də sovet hüquq təhsili sisteminə məruz qalmış ölkələrdəki üslub fərqlərində göstərirdi. Belə fərqləndirici xüsusiyyətlərə akademik hüquqi yazı nümunələrində müəlliflərin mövqelərini bəzən daha sərt dildə, amma öləri əsaslandırması və ya tənqiddən uzaq olmaq üçün fikirləri bir qrup şəxsin adından "biz" deyərək bildirməyini aid etmək mümkündür. Buna baxmayaraq, müəllifin yumşaq dildən istifadə edərək bildirdiyi fikrin məsuliyyətini öz üzərinə götürməsi inkişaf etmiş hüquqi yazı təcrübəsində

* Bakı Dövlət Universiteti Tələbə Hüquq Jurnalının qurucu Baş Redaktoru və 2015-ci il məzunu.

artıq geniş yayılmış yanaşmadır. Yəni ümumi olaraq bildirməliyəm ki, hüquqi yazıda siyasi yumşaqlıq və dəqiqlik olması vacibdir.

Digər tərəfdən ölkəmizdə tətbiq olunan istinad qaydaları da qabaqcıl hüquqi yazı tələblərinə tam cavab vermirdi. Beləliklə, adətən dəqiq elmlər üzrə yazılmış işlərdə istifadə olunan istinadların yazı sonunda verilməsi qaydası (*endnote*) əvəzinə, qabaqcıl hüquqi yazı ənənələrinə daha çox uyğun olan hər səhifə sonunda istinadların verilməsi qaydasını (*footnote*) tətbiq etməyə nail olmağımız möhkəm təməlin göstəricisi idi.

Buna görə də ilk işlərimizdən biri tələbələri akademik hüquqi yazı standartları ilə tanış etmək oldu. Belə ki, 2014-cü ilin dekabr ayının 13-də Altay Mustafayev¹ bizim dövlətimizlə Bakı Dövlət Universiteti tələbələrində bu mövzuda başlanğıc səviyyədə ilk təlimi keçirmiş oldu.² Nəticədə, həmin təlimdə iştirak etmiş (istiqlamət verilmiş) tələbələrin müəllifi olduğu məqalələrin də yer aldığı Jurnalın 13 məqalədən ibarət ilk buraxılışı çap edildi. Maraqlı digər bir məqam odur ki, həmin buraxılışın dərci münasibətilə 2016-cı ildə ABŞ-nin Yale, Harvard və Georgetown universitetlərinin hüquq məktəblərinin professorları və hüquq jurnalının prezidenti tələbələrə videotəbrik ünvanlamışdı.³ Olduqca sevindirici haldır ki, həmin təlimdən və Jurnalın nəşrindən sonra akademik hüquqi yazı ilə bağlı keçirilən təlimlərin sayı və bu təlimlərə maraq artmış, hətta ölkədəki bəzi hüquq fakültələrində, o cümlədən Bakı Dövlət Universitetinin Hüquq fakültəsində mövcud olan hüquqsünaslıq ixtisası üzrə bakalavr pilləsində də hüquqi yazı fənni tədris olunmağa başlamışdır.

Bundan sonra növbəti redaksiya heyətləri Jurnalı daha da inkişaf etdirərək onun fəaliyyətini mükəmməlləşdirmək istiqamətində işlər görməyə davam etdilər. Hətta onlar Azərbaycanda ilk dəfə "HeinOnline" məlumat bazasına çıxış əldə etməklə bərabər, Jurnalın "Scopus"-a daxil edilməsinə də nail oldular. Jurnal adıçəkilən məlumat bazalarında indekslənen ölkədə ilk belə tələbə hüquq nəşri idi. Əlavə olaraq, beynəlxalq məqalə qəbulu sistemlərinə daxil edilməsi, ikidilli və artıq hər ay minlərlə baxış alan veb-saytın yaradılması, dünyanın müxtəlif yerlərindən məqalələrin göndərilməsi Jurnalı həm də beynəlxalq nəşrə çevirmiş oldu. Keyfiyyətli iş və redaksiya heyətlərinin çəkdiyi zəhmət olmadan bunlara nail olmaq mümkün olmazdı. Yalnız öz savadları və fərdi kompüter bacarıqları ilə bütün bunları edən

¹ Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsi bakalavr və magistr məzunu, Vaşinqton Universiteti magistr məzunu, "Altay Mustafayev Law & Tax" şirkətinin qurucusu və idarəedici partnyoru, İndiana Universitetinin hüquq üzrə fəlsəfə doktorluğuna namizədi.

² Student Academic Society of Baku State University, "Akademik Hüquqi Yazı" - Altay Mustafayev (2014), <https://www.youtube.com/watch?v=SPf4HZvF1Gc> (son baxış 6 fevral 2024).

³ Student Academic Society of Baku State University, Congratulations from Yale, Harvard, and Georgetown Law Schools to Baku State University Law Review (2016), <https://www.youtube.com/watch?v=bxfeOK5uaF0> (son baxış 6 fevral 2024).

redaktorların bu gün çox insan tərəfindən bilinməməsi, hətta bütün bunlara marağın istənilən səviyyədə olmaması görülən işlərin hədəf getməsi anlamına gəlməməlidir. Ona görə ki, Jurnalın redaksiyasının əsas prinsipi insanlar tərəfindən keçici alqış qazanmaq deyil, illərin sınağından keçəcək keyfiyyətli iş ortaya qoymaqdır. Məlum məsələdir ki, tarixən belə təşəbbüslər uzun illər ərzində cəmiyyətlər tərəfindən layiq olduğu dəstəyi qazanmamışdır.

Belə təşəbbüslər ABŞ hüquq məktəbləri üçün yad olmasa da, bu konsepsiya bizə nisbətən yaxında olan Avropa hüquq məktəblərində yalnız yaxın keçmişdə geniş tətbiq olunmağa başlamışdır. Tələbələr tərəfindən redaktə olunan hüquq jurnallarının üç əsas iştirakçısı vardır. Birincisi, redaktor tələbələr, ikincisi, məqalə müəllifləri və üçüncüsü, oxucular. Tələbə perspektivindən yanaşdıqda Jurnal redaktor və müəllif tələbələr üçün həm hüquqi yazı bacarığına yiyələnmək, həm də peşəkar və akademik sferada tanınb özlərini indidən sübut etmək üçün mükəmməl vasitələrdən biridir. Üçüncü iştirakçı olan oxucular isə ən yeni trendlərdən, eləcə də fərqli yanaşmalardan xəbərdar olmaqla öz gələcək işlərində və ya araşdırmalarında Jurnalın mənbə kimi istifadə edə bilirlər.

Prosesin əsas icraçısı olan birinci subyekt, redaktorun başlıca rəhbər tutmalı olduğu prinsip obyektivlikdir. Bu məqsədlə keçən 10 il ərzində hər il dəyişən redaksiya heyətləri məqalə tələbləri, etik siyasət və qiymətləndirmə siyasəti kateqoriyaları üzrə süzgəc meyarlar hazırlamışdılar. Biz hazırda MDB-də, eləcə də Şərqi Avropa və Yaxın Şərqdə tələbələr tərəfindən idarə olunan və eyni zamanda nüfuzlu məlumat bazalarında indekslənen yeganə hüquq nəşri — Bakı Dövlət Universitetinin Tələbə Hüquq Jurnalının fəaliyyətini və təcrübəsini nümunə olaraq digər tələbə cəmiyyətlərinə öyrətməkdə maraqlıyıq. Belə ki, bu fəaliyyət dünya təcrübəsindəki ənənələrə uyğun davam etdirilməzsə və keyfiyyətli daxili rəqabət mühiti yaradılmazsa, aşağı səviyyəli və dayanıqsız nəşrlər çoxluğu ilə qarşılaşa bilərik.

Diqqət yetirdinizsə, bu yazıda bir neçə dəfə “ilk” sözündən istifadə etdim. Bu söz bizim üçün ən sevimli, lakin artıq cəmiyyət üçün adılşmış bir anlayışa çevrilmişdir. Müşahidələrim onu göstərir ki, hər kəs müxtəlif “ilk”ləri yaratmaq üçün mübarizə aparır, amma bir gözardı edilən problem var, o da davamlılıqdır. Belə təşəbbüslərin davamsızlıq riski illər sonra öz fəsadlarını ortaya çıxarır. Məni sevindirən ən başlıca məqam odur ki, Jurnal 10 ildə “ilk” adından daha çox “davamlı” və “inkışaf edən” etiketlərini doğrultmağa nail olmuşdur. Bu o demək deyil ki, Jurnalın 10 illik fəaliyyətində hər iş yolunda getmişdir. Bəzən işlər qırılma nöqtəsinə gəlsə belə, redaktorlar bunların öhdəsindən peşəkarlıqla gəlməyi bacarmışdılar.

Jurnalın və hüquq icmasının keçmiş və hazırkı vəziyyəti barədə ümumi fikirlərimi bölüşdüyümə görə artıq Jurnalın gələcəyi barədə təsəvvürlərimi paylaşmaq istərdim. Bakı Dövlət Universitetinin Tələbə Hüquq Jurnalı ölkədə və regionda digər tələbə cəmiyyətləri üçün qabaqcıl təcrübə rolunu

oynamaqla tək cə ümumi məzmunlu deyil, həm də hüququn müxtəlif sahələri üzrə nəşrlərin yaradılması və inkişaf etdirilməsi istiqamətində mayak rolunu oynayacaqdır. Digərləri üçün nümunə olmaq, sübut olunmuş qabaqcıl təcrübəsini aparıcı standart kimi kodeksləşdirmək, hüquq icmasını maarifləndirmək məqsədilə öz zəngin təcrübəsindən faydalanaraq akademik hüquqi yazı barədə bələdçilər hazırlayıb yayımlamaq, habelə müxtəlif mövzularda simpoziumlar və müzakirələrə öncülük etməklə müasir çağırışlara proaktiv reaksiya vermək Jurnalın növbəti onilliyinin hədəfləri olmalıdır. Bununla bərabər, Jurnal daima redaksiya, araşdırma, mövzu və məzmun keyfiyyətinin artırılmasına çalışmalı, yeni zirvələri fəth etməlidir.

Burada bəhs edilən təcrübə əsasən ABŞ-nin qabaqcıl hüquq məktəblərində mövcud olduğuna görə bizim tələbələrə belə fəaliyyətlər bəzən əlçatmaz görünə bilər. Buna baxmayaraq, Jurnal həmin stereotipi aradan qaldıraraq gələcək təşəbbüslər üçün yol açmışdır. Jurnalın indiyə qədər olan redaktor heyətləri, ehtimal ki, bu Jurnalın 100-cü buraxılışının şahidi ola bilməyəcək, amma həmin buraxılışın ön sözünü yazacaq şəxsin yazısında o günə qədər olan bütün redaktorların fəaliyyətinə layiqli qiymət verəcəyinə şübhəm yoxdur.

10 Years with Baku State University Law Review!

*Orkhan Abdulkarimli**

Being asked to write the foreword for the 10th Volume of the Baku State University Law Review filled me with pride. It also allowed me to reflect on the journey and future of this “child” that has matured over the past decade. As one of the pioneers on this journey, I would like to share my reflections on the founding principles and history of this Law Review, which has evolved into a significant legal publication and a respected platform for academic legal discourse in our country, as well as my vision for its future and objectives.

In October 2014, upon my election as the chairman of the Board of the Student Academic Society at Baku State University Law School, our Board set out to establish a student-managed and edited legal publication—a concept unprecedented in Azerbaijan’s legal education. However, I must admit that envisioning the execution of this goal seemed daunting at the time. Challenges such as the scarcity of original scholarly work, lack of interest, and difficulties in effectively communicating our ideas to the intended audience, which I experienced, loomed large. Even the process of naming the Law Review encountered resistance to omitting the word “student” from the title—a foreshadowing of the obstacles ahead. It is worth noting that in established global practices, such journals do not typically include “student”, “lecturer”, or “professor” in their titles.

We encountered another significant challenge after establishing the Law Review in October 2014. Legal writing was not part of the undergraduate law curriculum in Azerbaijan at the time, rendering this field largely unfamiliar to students. Moreover, the distinct characteristics of legal writing in our region, particularly in countries influenced by the Soviet legal education system, posed stylistic disparities compared to academic legal literature elsewhere. While authors in our region tended to express opinions collectively and sometimes in rigid language, advanced legal writing emphasizes individual accountability and employs softer language. Thus, fostering political flexibility and precision in legal writing became imperative.

Additionally, the referencing conventions in our country did not align with advanced legal writing standards. By adopting footnotes instead of endnotes—a practice prevalent in advanced legal writing traditions—we laid a solid foundation for our endeavor.

* Founding Editor-in-Chief of the Baku State University Law Review and a graduate of 2015.

Consequently, our initial priority was to acquaint students with the norms of academic legal writing. On December 13, 2014, at our request, Altay Mustafayev¹ conducted the first basic training session on this topic for BSU students.² Subsequently, the first volume of the Law Review, featuring 13 articles—some authored by participants of the training—was published. Notably, on the occasion of 1st volume in 2016, professors from renowned U.S. law schools and the president of their respective law reviews at Yale, Harvard, and Georgetown University sent video congratulatory messages to the students.³ It is gratifying to observe that following this training and the publication of the Law Review, the frequency of academic legal writing workshops increased, and several law faculties in the country, including Baku State University Law School, began incorporating legal writing into their undergraduate jurisprudence programs.

Subsequent Editorial Boards continued to advance the Law Review and refine its operations. Access to the HeinOnline database for the first time in Azerbaijan and securing inclusion in Scopus marked significant milestones. The Law Review became the first student-led legal publication in the country to be indexed in these databases. Moreover, its inclusion in international article acceptance systems and the establishment of a bilingual website receiving thousands of monthly views transformed it into an international publication. These would not have been possible without the quality work and hard work of the editorial staff. The fact that the editors who do all this with their own education and personal computer skills are not known by many people today, or even if there is no level of interest in all this, should not mean that the work done is wasted. Because the main principle of the Journal's editorial board is not to win temporary applause from people, but to produce quality work that will stand the test of years. It is known that historically, such initiatives have not received the support they deserve from the societies for many years.

While student-run law reviews are commonplace in U.S. law schools, they have only recently gained traction in European law schools, which are geographically closer to us. Three primary stakeholders contribute to student-run law reviews: editorial students, article authors, and readers. From a student's perspective, these journals are invaluable tools for developing legal

¹ LL.B and LL.M from Baku State University, LL.M from Washington University, Founder and managing partner at Altay Mustafayev Law & Tax LLC, S.J.D. Candidate at Indiana University.

² Student Academic Society of Baku State University, "Akademik Hüquqi Yazı" - Altay Mustafayev (2014), <https://www.youtube.com/watch?v=SPf4HZvF1Gc> (last visited Feb. 6, 2024).

³ Student Academic Society of Baku State University, Congratulations from Yale, Harvard, and Georgetown Law Schools to Baku State University Law Review (2016), <https://www.youtube.com/watch?v=bxfeQK5uaF0> (last visited Feb. 6, 2024).

writing skills and establishing professional and academic credibility. Third-party readers can utilize these law reviews as resources for future work or research, staying abreast of current trends and diverse perspectives.

The principle that the editor, who is the main executor of the process, should be guided by is objectivity. For this purpose, during the past 10 years, the editorial boards, which change every year, have prepared filter criteria for the categories of article requirements, ethical policy and evaluation policy. We are interested in teaching other student societies as an example, the activity and experience of the Baku State University Law Review, the only legal publication managed by students in the CIS, as well as in Eastern Europe and the Middle East, and at the same time indexed in international databases. So, if this activity is not continued according to the traditions of the world experience and if a quality internal competitive environment is not created, we may encounter a lot of low-level and unstable publications.

Repeated use of the term “first” throughout this discourse underscores its significance. While society values novelty, sustainability often remains overlooked. The repercussions of unsustainable initiatives often manifest years later. I am satisfied that the Law Review has earned a reputation for sustainability and growth over the past decade, surpassing its initial “first” label. Despite encountering challenges along the way, the editors have adeptly navigated them.

Having outlined my reflections on the Law Review’s past and present and the legal community at large, I would like to articulate my vision for its future. The Baku State University Law Review aspires to serve as a model for other student societies in the country and the region and to inspire the creation and advancement of publications across various legal fields, not merely limited to general content. Its objectives for the next decade include setting industry benchmarks, leveraging its wealth of experience to educate the legal community, developing and publishing guides on diverse topics in academic legal writing, and proactively addressing contemporary challenges through symposiums and debates. Additionally, the Law Review must continuously strive to enhance editorial quality, research standards, topical diversity, and content richness, aiming for continual improvement and reaching new heights.

While such initiatives are primarily associated with leading U.S. law schools, the Law Review has shattered this stereotype and paved the way for future endeavours. While the current editorial team may not witness the 100th volume of the Journal, I am confident that the individual who authors the foreword for that milestone edition will offer a commendable appraisal of the collective efforts of all past editors.

ChatGPT From a Data Protection Perspective

*Kanan Naghiyev**

Abstract

This paper explores the complex legal issues related to the use of ChatGPT, a cutting-edge language model developed by OpenAI. The main legal concerns are related to data privacy, intellectual property rights, and the possible misuse of generated content. It emphasises the significance of these concerns in the present digital era, where data is frequently referred to as the “new oil”. The paper highlights the reality of these issues, considering the extensive use of AI models such as ChatGPT in various sectors, ranging from customer service to content creation. With a particular focus on compliance with the General Data Protection Regulation (GDPR), the study delves deeply into the intricacies of how ChatGPT manages user data. This includes data retention policies, user consent mechanisms and data subject rights. The article explores the impact of these practices on users and offers insights into the wider data protection landscape in the field of artificial intelligence. This research is a significant resource for researchers, policymakers, and users wishing to understand the intersection of data protection and AI.

Annotasiya

Bu məqalə “OpenAI” tərəfindən hazırlanmış qabaqcıl dil (süni intellekt) modeli olan “ChatGPT”-nin istifadəsi ilə bağlı mürəkkəb hüquqi problemləri araşdırır. Əsas hüquqi problemlər məlumatların məxfiliyi, əqli mülkiyyət hüquqları və yaradılan məzmunun potensial olaraq sui-istifadəsi ilə bağlıdır. Məqalə məlumatların tez-tez “yeni neft” adlandırıldığı rəqəmsal dövrdə bu problemlərin əhəmiyyətini vurğulayır. Müştəri xidmətlərindən məzmunun yaradılmasına qədər müxtəlif sektorlarda “ChatGPT” kimi süni intellekt modellərinin geniş istifadə edildiyi bu dövrdə sözügedən problemlər təhlil edilir. Avropa İttifaqının Ümumi Məlumatların Qorunması Qaydalarına (General Data Protection Regulation) uyğunluğa xüsusi diqqət yetirməklə tədqiqat “ChatGPT”-nin istifadəçi məlumatlarını necə idarə etməsinin incəliklərini dərinləndirir. Buraya məlumatların saxlanması siyasətləri, istifadəçi razılığı mexanizmləri və məlumat subyektinin hüquqları daxildir. Məqalə bu təcrübələrin istifadəçilərə təsirini araşdırır və süni intellekt sahəsində daha geniş məlumatların mühafizəsi sahəsinə dair fikirlər təklif edir. Bu tədqiqat mövcud fərdi məlumatların qorunması qanunvericiliyi ilə süni intellektin kəşifini anlamaq istəyən istifadəçilər üçün əhəmiyyətli bir mənbədir.

CONTENTS

Introduction.....	2
I. ChatGPT’s Privacy Policy and Data Processing	4
A. Data Collection and Storage.....	6
B. Use of Data	8
C. Data Disclosure.....	9

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

II. ChatGPT’s Compliance with the GDPR	10
A. Compliance with the Data Protection Rights of the Users	13
B. Compliance with the Data Protection Rights of the Third Parties	26
III. What Can Be Done by OpenAI to Ensure the GDPR Compliance?	30
Conclusion	32

Introduction

There is no single consensus definition for Artificial Intelligence (AI), but its capabilities are undeniable and continue to expand with advancements in technology. It is a set of technologies that combine data, algorithms, and computing capacity to create computer systems capable of performing tasks that traditionally required human intelligence. This field of computer science has been greatly influenced by the growing availability of data and the advancement of computational processing capacity in recent years.¹

AI has a rich history dating back to the mid-20th century, with the term gaining prominence in the 2010s. The concept was first introduced in Alan Turing’s seminal 1950 paper.² In this paper, Turing proposed a heuristic test, known as the Turing Test, to determine whether something is intelligent or not. The purpose of this test is to answer the question, “Can machines think?” The test involves a computer, a human, and a human judge. Both the computer and the human attempt to convince the judge that they are humans by providing typewritten answers to his questions. The computer is said to have passed the test if the judge cannot consistently distinguish between the two.³ After over fifty years of technological development and the resulting advances in algorithmic and computational performance, along with the availability of large datasets, AI now plays a significant role in nearly all aspects of life.

This study specifically explores ChatGPT, a variant of the Generative Pre-trained Transformer (GPT) models developed by OpenAI. The generative nature of ChatGPT enables it to create new content, while its transformer architecture allows the model to focus on different parts of the input, enabling it to generate detailed responses to prompts and follow-up questions.⁴

¹ Carlos Ragazzo, Morgana Tolentino and Bruna Cataldo, *Inteligência artificial: o que é e como se aplica às finanças?* (Artificial Intelligence: What is It and How Does Finance Use It?), 4 (2023). Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4579348> (last visited Dec. 18, 2023).

² Alan M. Turing, *Computing Machinery and Intelligence*, 236 *Mind* 433, 433-460 (1950).

³ *Id.*, 434.

⁴ Gero Strobel, Leonardo Banh, Frederik Möller and Thorsten Schoormann, *Exploring Generative Artificial Intelligence: A Taxonomy and Types*, in *Proceedings of the 57th Hawaii International Conference on System Sciences* 4546, 4546-50 (2024).

Moreover, the model undergoes a rigorous two-step training process: pre-training and fine-tuning. During the pre-training phase, the model acquires a comprehensive understanding of the statistical patterns of the language by training on a vast corpus of text data. The subsequent fine-tuning phase involves additional training on a more specific dataset with human feedback to adapt to particular tasks.⁵ For example, a model pre-trained on 14 million images of flowers can be fine-tuned to recognize only five types: rose, tulip, daisy, sunflower, and dandelion.⁶

Given ChatGPT's prevalence and widespread usage, it is important to consider the legal concerns over how it handles the personal data input by users. For example, a recent survey among chatbot users found that 87.8% of respondents believe that chatbots can be used to collect personal information or manipulate users.⁷ The fact that a large percentage of users believe ChatGPT can collect personal information suggests a need for clear communication about data handling and privacy policies. The concern about manipulation could stem from the potential misuse of persuasive techniques by AI. This underlines the importance of ethical guidelines in AI development and usage.

ChatGPT must comply with various data protection laws which safeguard individuals' rights regarding their personal data. The protection of personal data is essential for the right to privacy. Article 8 of the EU Charter of Fundamental Rights states that everyone has the right to the protection of their personal data, which must be processed fairly for specific purposes and based on the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law. Additionally, everyone has the right to access data collected about them and to have it rectified.⁸ Article 16 (1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) provides that everyone has the right to the protection of their personal data.

The General Data Protection Regulation (hereinafter GDPR) is based on the aforementioned legal acts and plays a crucial role in regulating the protection of personal data within the EU.⁹ Consequently, this paper will examine ChatGPT's compliance with the GDPR.

⁵ Xiaoming Zhai, *ChatGPT User Experience: Implications for Education*, 2 (2022). Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4312418> (last visited Jan. 4, 2024).

⁶ Kenneth Ward Church, Zeyu Chen and Yanjun Ma, *Emerging trends: A Gentle Introduction to Fine-tuning*, 27 *Natural Language Engineering* 763, 769 (2021).

⁷ Glorin Sebastian, *Do ChatGPT and Other AI Chatbots Pose a Cybersecurity Risk? - An Exploratory Study*, 15 *International Journal of Security and Privacy in Pervasive Computing* 1, 4 (2023). Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4363843> (last visited Feb. 9, 2024).

⁸ European Parliament, *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, art. 8 (1)–8 (2) (2000).

⁹ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with Regard to the Processing of Personal Data and on

Firstly, it should be established whether the information collected by OpenAI qualifies as personal data¹⁰ under the GDPR as the regulation only applies to data processing operations concerning personal data. According to Article 4 (1) of the GDPR, personal data is any information relating to an identified or identifiable natural person. OpenAI expressly states that it processes various personal data for ChatGPT, including account details, communication information (names, contacts, message content), and users' contact information from social media. The processed information can be used to easily identify the user. Thus, it falls under the scope of the GDPR.

One of the main challenges ChatGPT faces in complying with the GDPR is the right to be forgotten. ChatGPT's compliance with the right to be forgotten may be problematic if removing personal data compromises its performance or is technically impractical, and legal or contractual obligations may necessitate retaining some personal data. Additionally, GDPR's transparency and accountability requirements are difficult for ChatGPT due to its complex data processing and inability to fully explain its decision-making process.

This paper provides an overview of ChatGPT's handling of personal data and the challenges faced in complying with the current data protection laws, especially within European Union legislation. The first chapter of the paper examines OpenAI's privacy policy, with a specific focus on how it applies to ChatGPT. The article's second chapter discusses how ChatGPT adheres to GDPR's key principles. It covers two main perspectives: the rights of users and the rights of third parties. The third chapter discusses potential measures that OpenAI could implement to enhance GDPR compliance.

I. ChatGPT's Privacy Policy and Data Processing

As the developer of ChatGPT, OpenAI determines the purposes of the processing of personal data and is therefore the controller. To better understand OpenAI's role, it is essential to note that a controller defines the processing purposes and means of personal data, while a processor processes this data on the controller's behalf.¹¹ The controller and the processor could be the same subject or vice versa.

OpenAI's Privacy Policy (hereinafter Privacy Policy) covers the collection of personal information, how personal information is processed, how personal information is disclosed, and the rights provided by law. In the privacy policy of OpenAI, the security of the privacy of the users is emphasised, rather than the privacy of third parties: *"We at OpenAI OpCo, LLC respect your privacy and are strongly committed to keeping secure any information*

the Free Movement of Such Data, and Repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (Text with EEA relevance), recital 1 (2016).

¹⁰ Personal data is any information relating to an identified or ascertainable individual, for example name, email address, location and so on.

¹¹ *Supra* note 9, art. 4 (7)–4 (8).

we obtain from you or about you. (...) This Privacy Policy does not apply to content that we process on behalf of customers of our business offerings, such as our API".¹² OpenAI's data processing activities with ChatGPT fall within the scope of the GDPR. According to the GDPR, online identifiers, including user inputs to ChatGPT, are considered personal data. Even if these inputs do not contain personally identifiable information, they may still be classified as personal data if they can be linked to the user during interaction.¹³ Additionally, the processing of this data, which includes a wide range of activities regarding personal data, is governed by the GDPR as well.¹⁴ For instance, when a user asks ChatGPT about the weather, the system processes this input, understands the user's request and generates a response about the current weather conditions. This constitutes a type of data processing that falls under the GDPR.

However, views on ChatGPT's GDPR compliance vary. According to Kesa and Kerikmäe, it might be impossible to ensure compliance with GDPR during data processing when AI is used. They argue that complete compliance with GDPR's requirements to ensure certain rights is not possible for data processors using complex machine-learning systems that process vast amounts of data through multistep instructions.¹⁵

In a similar manner, the Scientific Foresight Unit of the European Parliamentary Research Service conducted an analysis which concluded that although the GDPR may be compatible with the development of AI, it "*does not provide sufficient guidance for controllers*". Therefore, it may need to be "*expanded and concretised*" to offer clearer explanations of how its provisions apply to AI systems.¹⁶

Moreover, the broad characteristics of general artificial intelligence, or the "*foundation models*" as described in the proposed artificial intelligence legislation,¹⁷ present specific challenges in aligning with GDPR requirements. Some EU regulators have proposed changes to the EU AI Act to classify AI

¹² Privacy Policy (2023), <https://openai.com/policies/privacy-policy> (last visited Dec. 13, 2023); Here, the term "API" refers to a tool released by OpenAI for the development of conversational AI using natural language processing (NLP). With the API, users can create an application (such as GPT) or a plugin for the current ChatGPT model.

¹³ *Supra* note 9, recital 30.

¹⁴ *Id.*, art. 4 (2).

¹⁵ Aleksandr Kesa & Tanel Kerikmäe, *Artificial Intelligence and the GDPR: Inevitable Nemeses?*, 10 *TalTech Journal of European Studies* 68, 70–71 (2020).

¹⁶ European Parliamentary Research Service, *The Impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on Artificial Intelligence*, 3 (2020). Available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/641530/EPRS_STU\(2020\)641530_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/641530/EPRS_STU(2020)641530_EN.pdf) (last visited Feb. 4, 2024).

¹⁷ European Parliament, *General-purpose artificial intelligence*, 1-2 (2023). Available at: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2023/745708/EPRS_ATA%282023%29745708_EN.pdf (last visited Feb. 4, 2024).

systems, such as ChatGPT, that generate complex texts without any human oversight, as “*high-risk*” AI systems that would fall under the requirements of the Act. This classification has been controversial with certain regulators arguing that technologies such as ChatGPT, which only generate text, are not risky at all.¹⁸

The provisions of the GDPR have the potential to be either a barrier to or a facilitator of the development of AI systems such as GPTs. The GDPR encourages the use of privacy-enhancing technologies, such as encryption, which can help protect personal data while still allowing it to be used in AI systems.¹⁹

This chapter explores how the ongoing development of Generative AI technologies affects cybersecurity tools and threats, which in turn impacts the effectiveness of the GDPR and privacy policies. The focus is on investigating how ChatGPT may hinder the enforcement and compliance of the GDPR. For the purpose of analyzing the Privacy Policy of OpenAI in the framework of the GDPR, it is better to divide it into three main categories: data collection and storage, use of data, and data disclosure.

A. Data Collection and Storage

This section aims to describe the types of data collected and stored by ChatGPT. Moreover, it evaluates ChatGPT’s security protocols and practices for handling sensitive data, with a specific focus on scenarios involving confidential business information.

In the context of the GDPR, data collection refers to collecting or obtaining personal data from individuals or data subjects. OpenAI collects personal information when a user creates an account to use their services or communicate with them. This includes account information,²⁰ user content,²¹ communication information, and social media information.

ChatGPT stores all user input information, including confidential information a user may enter.²² In a business context, ChatGPT could be used to generate an executive summary of a company’s quarterly performance. For instance, employees might input sensitive and confidential actual sales data into ChatGPT, which then processes the data to produce the desired text. However, there are significant concerns about the handling of such sensitive data. ChatGPT can still use the data to improve its AI even if the employee

¹⁸ Josephine Wolff, William Lehra and Christopher S. Yoo, Lessons from GDPR for AI Policymaking, 1 (2023). Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4528698> (last visited Feb. 4, 2024).

¹⁹ *Supra* note 9, art. 32-33.

²⁰ The information relating to the account created by the user, including his/her name, contact information, account details, payment card information, transaction history.

²¹ The input or prompt, file uploads or feedback information generated during the use of OpenAI services.

²² *Supra* note 12, section 1.

deletes their conversations. This poses a risk if users enter sensitive personal or company information that would be attractive to malicious parties in the event of a breach.

In addition to the information collected with user consent, ChatGPT automatically gathers technical information each time a user visits, uses or interacts with the service. Technical information includes data logs, usage data, device information, cookies and analytics.

Moreover, the offering of API-based services for businesses emphasizes data elements that play a role in the thorough assessment of ChatGPT's privacy and security measures. OpenAI offers API-based services to businesses using the same AI technologies as those available to individuals. An API, (Application Programming Interface), enables two software programs to communicate with each other by exposing certain functions and data from one application to the other. For instance, with the OpenAI API, developers can integrate ChatGPT's language understanding and generation capabilities into their own software, allowing them to enhance their applications with advanced natural language processing features. These services are covered by the Enterprise Privacy policy.²³

OpenAI stores user data on its systems and sub-systems, including international systems. Users can opt out of the use of this data to improve OpenAI's services through a form provided. However, OpenAI still collects and stores this data.²⁴ OpenAI states that this form addresses the main concern of GDPR compliance, which is the collection of personal data for training purposes. However, if ChatGPT is asked about a previous user, there is a possibility that it could unintentionally provide other users with personal data that has been processed for training purposes.²⁵ This could lead to significant losses in a business context. For example, a user could inadvertently provide their customer's contact details to OpenAI when using ChatGPT to collect feedback and compile it into a report.

Thus, complying with GDPR demands more than simply offering the option to opt-out. It requires OpenAI to ensure compliance with the principles of data minimisation, purpose and limited retention because the data is still being collected and stored. For instance, when using ChatGPT to gather feedback and compile a report, a user's client contact information must be

²³ Enterprise Privacy at OpenAI (2023), <https://openai.com/enterprise-privacy> (last visited Jan. 26, 2024).

²⁴ How your data is used to improve model performance (2023), <https://help.openai.com/en/articles/5722486-how-your-data-is-used-to-improve-model-performance> (last visited Jun. 7, 2023).

²⁵ Glorin Sebastian, *Privacy and Data Protection in ChatGPT and Other AI Chatbots: Strategies for Securing User Information*, 15 *International Journal of Security and Privacy in Pervasive Computing* 1, 6 (2023). Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4454761> (last visited Feb. 8, 2024).

handled securely and kept confidential. It should not be shared with other users or used for training purposes.

In conclusion, this analysis reveals insights into data collection, storage, and security measures regarding ChatGPT, especially in relation to confidential business information. It underscores the need for safeguards and compliance with the GDPR to protect data privacy.

B. Use of Data

This section explores the various purposes identified by OpenAI for collecting personal information. Moreover, it touches upon OpenAI's practices aimed at ensuring data privacy and emphasizes the user's responsibility to follow the GDPR regulations. The text also notes OpenAI's challenge of aligning with the purpose limitation principle.

OpenAI has identified several purposes for the use of personal information collected. These purposes include (a) providing, administering, maintaining and analysing the AI services; (b) conducting research to improve the AI; (c) communicating with the user; (d) developing new programmes and services; (e) preventing fraud, criminal activity and misuse of the OpenAI services, ensuring the security of IT systems, architecture and networks; (f) complying with legal obligations and legal processes and protecting the rights, privacy, safety or property of OpenAI's affiliates, users and third parties.²⁶

Furthermore, OpenAI emphasises its commitment to data privacy within the specified purposes by outlining practices to safeguard data. For example, in the Privacy Policy, OpenAI highlights the possibility of aggregating or de-identifying²⁷ personal data to achieve this goal. These practices serve to analyze service effectiveness, improve or add features, and conduct research for other similar purposes.

Considering OpenAI's stated purposes for using personal information and its dedication to data privacy, users who interact with the chat interface are responsible for fulfilling certain obligations. These include providing privacy notices and obtaining consent, as detailed in OpenAI's policies. If a user wants to enter personal data into the chat, they will need to provide the people involved with an appropriate privacy notice. In addition, users will need to obtain consent from those individuals and demonstrate to OpenAI that it is processing that data in a lawful manner.²⁸ There is no specific supervising mechanism for this procedure. However, if individuals in the EU encounter

²⁶ *Supra* note 12, section 2.

²⁷ "Aggregating" or "de-identifying" personal data refers to the process of removing or altering information that could be used to identify individuals, thereby protecting their privacy. See California Consumer Privacy Act (2018). Available at: <https://www.oag.ca.gov/privacy/ccpa> (last visited Dec. 21, 2023).

²⁸ Terms of Use (2023), <https://openai.com/policies/terms-of-use> (last visited Jun. 28, 2023).

any privacy issues during the consent procedure, they can file a complaint with national data protection authorities in accordance with the GDPR.²⁹

Furthermore, if the user intends to use the information entered, which is defined as personal data under the GDPR, for processing, they will need to contact OpenAI to execute the Data Processing Addendum (DPA). OpenAI's Data Processing Addendum governs the processing of Customer Data. These include data provided by the customer through OpenAI's API or any OpenAI services for businesses (API Services), or data provided pursuant to OpenAI's provision of the ChatGPT Enterprise service for businesses (ChatGPT Enterprise Services). The DPA applies to all Services.³⁰ The DPA is incorporated into the agreement between the customer and OpenAI that governs the customer's use of the Services. This could be the OpenAI Business Terms, an Enterprise Agreement, or another individual agreement.

To guarantee the smooth integration of OpenAI's privacy policies and obligations with the regulatory framework, it is crucial to comprehend GDPR's purpose limitation principle. This principle limits the use of personal data to the purposes for which it was collected.³¹ To be in line with it, OpenAI must be clear about the purposes of its processing from the outset. Personal data should only be used for new uses that are compatible with the original uses of OpenAI, where consent has been obtained, or where there are explicit legal obligations or roles.

Overall, when it comes to the use of personal data, OpenAI specifies certain categories of purposes that are limited by the Privacy Policy. However, it is problematic to define whether ChatGPT adheres to the principle of purpose limitation or not, as the Privacy Policy is subject to constant changes by OpenAI. This is especially the case when OpenAI publicly states that they may use personal data to improve their models.

C. Data Disclosure

This section examines OpenAI's data disclosure practices by outlining justifications for the disclosure. It also focuses on OpenAI's challenge to comply with the GDPR in the context of disclosure.

According to the Privacy Policy, personal information may be transferred or disclosed to third parties without further notice to users, except as required by law. Among these third parties, vendors and service providers such as providers of hosting, cloud and other IT services, email communication software and newsletter services, and web analytics services are at the

²⁹ *Supra* note 8, art. 8 (3).

³⁰ Data processing addendum (2023), <https://openai.com/policies/data-processing-addendum> (last visited Dec. 21, 2023).

³¹ Principle (b): Purpose limitation, <https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/data-protection-principles/a-guide-to-the-data-protection-principles/the-principles/purpose-limitation/> (last visited Dec. 25, 2023).

forefront.³² Apart from the Vendors and Service Providers, in the event of a reorganisation, bankruptcy, receivership or transfer of the Service (in this case ChatGPT) to another provider, personal data may be disclosed or transferred to a successor or affiliated company.

Where required by law, OpenAI may disclose personal data to law enforcement authorities to comply with legal obligations and to protect the personal safety of users or the public.³³ This statement is problematic because it implies the disclosure of personal data of any user worldwide, including EU citizens, to US law enforcement agencies on the basis of US law enforcement legislation.

Moreover, OpenAI may disclose personal information to its affiliates, which means any entity that controls, is controlled by or is under common control with OpenAI. These affiliates may only use the information in ways consistent with the Privacy Policy.

Any disclosure of data constitutes data processing and is therefore subject to the GDPR,³⁴ requiring adherence to the principles of fairness, lawfulness, and transparency, as outlined in Articles 12, 13 and 14. Therefore, it is necessary to closely examine whether OpenAI's data disclosure practices align with these GDPR requirements.

II. ChatGPT's Compliance with the GDPR

As previously discussed in the Introduction, the personal data processed by OpenAI falls under the scope of "personal data" under the GDPR. As OpenAI's services are accessible to EU citizens, it must comply with the GDPR.³⁵

OpenAI's privacy policy regarding ChatGPT details the company's efforts to comply with the California Consumer Privacy Act (hereinafter CCPA). However, it lacks details concerning its adherence to international laws, including the GDPR. The two regulations overlap when it comes to some rights and compliance with the GDPR often means that a company is well on their way to meeting CCPA requirements. Under both the CCPA and the GDPR, businesses (controllers) need to be transparent about what personal data they collect and what they do with that data.³⁶ Individuals are entitled to access their personal data and can request copies of their personal information verbally or in writing in accordance with both legal acts.³⁷ Both acts confirm that under certain circumstances, individuals have a right to opt out of having

³² *Supra* note 12, section 2.

³³ *Id.*, section 4.

³⁴ His Majesty's Revenue and Customs, Information Disclosure Guide, <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/information-disclosure-guide/idg40160> (last visited Dec. 25, 2023).

³⁵ *Supra* note 9, art. 3 (2) (a).

³⁶ California Civil Code, § 1798.100 (2018).

³⁷ *Ibid.*

their personal data processed by an organization.³⁸ When it comes to the right to erasure, under CCPA, an organisation is required to delete information that it obtained directly from the consumer.³⁹ If this data is obtained from other sources, it falls outside the scope of the right to be forgotten within CCPA. On the other hand, the GDPR extends to data collected by the organization from the consumer directly or data regarding a consumer that they acquired indirectly. As seen, the requirements outlined in the GDPR are more extensive and demanding.

Although the CCPA and the GDPR share similarities, OpenAI has faced regulatory challenges in the EU, specifically in Italy, despite its efforts to comply with these regulations. These challenges underscore the difficulties of navigating various data protection laws and emphasize the significance of transparency and age verification in AI services.

According to an order issued by the Italian Data Protection Authority (hereinafter GPDP) on 31st March 2023, OpenAI lacked a legal justification for collecting users' personal data. Specifically, the order requires more transparency from OpenAI, which has been, and probably still is, secretive about how training data and user instructions are processed in the development of ChatGPT. In addition, OpenAI did not have a mechanism to prevent underage users from accessing the services, exposing them to completely inappropriate answers compared to their level of development and self-awareness.⁴⁰ This order by the GPDP had a similar legal basis to the order banning Replika AI. There, the GPDP emphasised the lack of an age verification mechanism, in breach of the GDPR in both orders.⁴¹ This is because the processing of personal data cannot be based on an agreement between a controller and a person who lacks the legal capacity to enter into a contract. The GPDP gave OpenAI a deadline to address the issues and make changes to its privacy policy. OpenAI temporarily geo-blocked ChatGPT in Italy to conform with the order.

As a result, OpenAI has created a new form for users from the EU with the aim of removing personal data under the GDPR.⁴² The form requires individuals to provide evidence that they are included in responses to

³⁸ *Id.*, § 1798.120.

³⁹ *Id.*, § 1798.105.

⁴⁰ Artificial intelligence: stop to ChatGPT by the Italian SA personal data is collected unlawfully, no age verification system is in place for children (2023), <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9870847#english> (last visited Dec. 13, 2023).

⁴¹ Italy Bans AI Chatbot Replika from Using Personal Data (2023), <https://www.pcmag.com/news/italy-bans-ai-chatbot-replika-from-processing-user-data#:~:text=San%20Francisco%2Dbased%20AI%20chatbot,minors%20and%20emotionally%20vulnerable%20people> (last visited May 24, 2023).

⁴² OpenAI Personal Data Removal Request (2023), https://share.hsforms.com/1UPy6xqxZSEqTrGDh4ywo_g4sk30 (last visited Dec. 13, 2023).

prompts that they provide, so screenshots and prompts must be provided. In response to concerns about minors, ChatGPT users were required to provide their age during the registration procedure.⁴³ Following these changes to the Privacy Policy, the GPDP lifted the ban on ChatGPT on 28th April 2023.

Although the terms of service for ChatGPT have been updated to require users to be at least 13 years old to access the service, the problem still remains. It has been noted that OpenAI does not verify users' ages, which could potentially allow users under 13 to sign up for the service.⁴⁴ This has raised concerns about the collection and processing of data from minors, as discussed previously. According to Article 8 of the GDPR, the processing of the personal data of a child under the age of 16 can only be lawful with the consent given or authorised by the holder of parental responsibility over the child. Any Member State may set a lower age for processing, provided that such a lower age does not fall below 13. Consequently, questions about legal problems about ChatGPT's compliance with the GDPR remain unresolved.

Investigations into ChatGPT within EU countries are not limited to Italy. In April, the Spanish Data Protection Agency (hereinafter AEPD) said it had launched its own initiative and asked the EU Data Protection Board (hereinafter EDPB) to assess the privacy concerns surrounding ChatGPT, as global scrutiny of AI systems intensifies.⁴⁵ Unlike GPDP, AEPD has not initiated blocking access to or prohibiting the use of ChatGPT yet. EDPB has launched a dedicated task force on ChatGPT in response to a request from the AEPD. The task force aims to promote cooperation and information exchange among data protection authorities regarding possible enforcement actions.⁴⁶ Its ultimate goal is to coordinate the GDPR enforcement on generative AI technology across the bloc. However, in the short term, early adopters of DPAs such as Italy and Spain may conclude their investigations and take enforcement action before the Board is able to provide any harmonising recommendations.⁴⁷

The EDPB is currently working towards a unified approach to regulating AI technologies, such as ChatGPT, across the EU. However, it is important to note how individual companies, like OpenAI, are navigating these

⁴³ OpenAI reinstates service in Italy with enhanced transparency and rights for european users and non-users (2023), <https://www.gpdp.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9881490#english> (last visited Feb. 12, 2024).

⁴⁴ Is ChatGPT safe for all ages? (2023), <https://help.openai.com/en/articles/8313401-is-chatgpt-safe-for-all-ages> (last visited Dec. 25, 2023).

⁴⁵ Spain Asks EU Data Protection Board to Discuss OpenAI's ChatGPT (2023), <https://www.reuters.com/technology/spains-data-regulator-asks-eu-data-protection-committee-evaluate-chatgpt-issues-2023-04-11/> (last visited Jun. 28, 2023).

⁴⁶ EDPB resolves dispute on transfers by Meta and creates task force on Chat GPT (2023), https://edpb.europa.eu/news/news/2023/edpb-resolves-dispute-transfers-meta-and-creates-task-force-chat-gpt_en (last visited Dec. 25, 2023).

⁴⁷ *Ibid.*

regulations. In particular, OpenAI's use of a subsidiary in Ireland as a data controller under the GDPR has implications for where and how user data is processed. According to the GDPR, establishments (companies) may imply the effective and real exercise of activity through stable arrangements, whether through a branch or a subsidiary with legal personality.⁴⁸ In the Privacy Policy, which is addressed to users in the EEA and Switzerland,⁴⁹ OpenAI has appointed its subsidiary company, OpenAI Ireland Limited, as the controller. This means that data processing will occur in the EU. However, since OpenAI's primary establishment for training AI models is located in the US, data transfer is inevitable. Data transfers between the EU and the US pose privacy risks that are challenging to mitigate. This issue is further discussed in the following chapter of the paper.

It is evident that, due to its non-compliance with the GDPR, ChatGPT has been found to have the potential to cause serious legal issues in Europe. As such, it is essential to identify specific areas where ChatGPT does not comply with GDPR requirements. Solutions to bring ChatGPT into compliance with GDPR requirements can be found through a thorough understanding of these issues.

A. Compliance with the Data Protection Rights of the Users

ChatGPT users, who can be anywhere in the world, are the primary concern regarding the processing of personal data by OpenAI. Once again, the processing of personal data of natural persons in the EU is subject to the GDPR. These individuals are accorded certain rights under the GDPR, including the right to rectification and the right to be forgotten, which must be upheld by the data controller. In addition to these rights, the GDPR outlines fundamental principles for data processing, such as lawfulness, purpose limitation, transparency, and data retention period. OpenAI's existing Privacy Policy is examined in this section in light of these crucial GDPR rights and principles.

1. Right To Rectification

Data subjects have the right to request the controllers to rectify inaccurate and/or incomplete personal data concerning them.⁵⁰ In the Privacy Policy, the right to correct or update personal information is listed under the rights of data subjects. However, OpenAI states that they may not be able to correct the inaccuracy due to the technical complexity of ChatGPT.⁵¹ They point out to users that if they cannot correct the data, the users can always request to remove the personal data which is discussed in the following body paragraph.

⁴⁸ *Supra* note 9, recital 22.

⁴⁹ Europe privacy policy (2023), <https://openai.com/policies/eu-privacy-policy> (last visited Dec. 25, 2023).

⁵⁰ *Supra* note 9, art. 16.

⁵¹ *Supra* note 12, section 4.

2. *Right To Be Forgotten*

One of the main issues is ChatGPT's compliance with the right to be forgotten. This right is stipulated in Article 17 of the GDPR and allows individuals to request the erasure of their personal data from an organisation's records under certain conditions. The concept of the right to be forgotten is based on the fundamental need of the individual to be able to determine the course of his life autonomously, without being permanently or periodically stigmatised as a result of a specific act committed in the past.⁵² Especially when these events occurred many years ago and are not related to the current context.⁵³ That is why, if the data is no longer necessary for the purposes for which it was collected or processed, or if the individual withdraws consent or objects to the processing, the organisation must take reasonable steps. These include notifying other parties who have access to the data of the request and deleting any links, copies or replicas of the data.

The right to be forgotten pertains to the legitimacy of data processing as time passes. Processing operations that were once legitimate may become illegitimate. The importance of this right to EU lawmakers stems from the understanding that information and events from the past can have stigma and consequences for individuals even many years later.

For example, a Spanish citizen filed a complaint against Google Spain and Google Inc. after his name in Google's search engine led to newspaper pages about his past social debt recovery proceedings. He requested the removal or modification of these pages and the removal of his personal data from Google's search results. Google refused, but the courts ruled in favour of the citizen, stating that the search results were "*inadequate, irrelevant or no longer relevant or excessive*" since the debt had been paid long ago. This case highlights the importance of the right to be forgotten to prevent individuals from being indexed in search engines for past actions such as revenge porn, petty crimes, or unpaid debts.⁵⁴

However, applying the right to be forgotten to ChatGPT is not straightforward as the model is trained on millions of pages of data scraped from the web. This data includes personal information about individuals who may not have given their consent or may not be aware of how their data is being used.⁵⁵ Furthermore, deleting data from a complex AI system such as ChatGPT may not be technically feasible or effective, as the data may be embedded in the model's parameters or may continue to influence its outputs

⁵² Cécile de Terwangne, *The Right to be Forgotten and the Informational Autonomy in the Digital Environment*, 1 (2013).

⁵³ *Id.*, 6.

⁵⁴ *Google Spain SL and Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*, C-131/12, Judgment, para. 92 (2014).

⁵⁵ *Supra* note 24.

even after removal. In other words, once data is processed to train an AI, it is complex to get the AI to unlearn the processed data.⁵⁶

For many standard machine learning models, complete removal of personal data would require re-training the entire model from scratch on the remaining data.⁵⁷ The research on data erasure in machine learning suggests that only the surface has been scratched in understanding the efficiency of erasure in learning systems. Moreover, that is done through a set of simplified assumptions on a single model and a single database. In contrast, ChatGPT is a further development of a class of machine learning models for natural language processing known as Large Language Models (LLMs). Therefore, deleting data from ChatGPT's training database is quite complex.

OpenAI has introduced a feature in ChatGPT to turn off the chat history, which contains logs and other data that might be used for AI training. Turning off the chat history will stop new data from being stored. The user's current data will be deleted in 30 days. However, this does not have any retroactive effect. Previously processed data for AI training purposes may not be completely deleted for technical reasons discussed in the previous body paragraph. Therefore, other solutions must be found to ensure the right to be forgotten, as this method alone is insufficient.

One method introduced in the literature to ensure the right to be forgotten is machine unlearning. Machine unlearning is an evolving area of artificial intelligence that makes a model forget or unlearn specific parts of its training data, essentially reversing the process of machine learning.⁵⁸

For example, a machine learning model predicts movie recommendations based on user ratings. This model was trained on a dataset that includes ratings from a specific user. However, if that user decides to delete their account and all associated data from the platform, the platform must respect their privacy and remove their data not only from the database but also from the recommendation model. To avoid the computational expense of retraining the model from scratch without the user's data, machine unlearning techniques can be employed to make the model forget the user's data. This results in a model that provides recommendations as if it had never encountered user's data, thus respecting their decision to remove their data from the platform.

Machine unlearning techniques are being developed that could potentially help AI developers comply with the right to be forgotten under the GDPR.

⁵⁶ Antonio Ginart, Melody Y. Guan, Gregory Valiant and James Zou, *Making AI Forget You: Data Deletion in Machine Learning*, Proceedings of the 33rd International Conference on Neural Information Processing Systems 3518, 3521-22 (2019).

⁵⁷ *Id.*, 3527.

⁵⁸ Announcing the First Machine Unlearning Challenge (2023), <https://blog.research.google/2023/06/announcing-first-machine-unlearning.html> (last visited Dec. 25, 2023).

These techniques aim to adjust the already-trained model to remove the influence of the requested data, without needing to retrain the entire model from scratch.⁵⁹ While these techniques are promising, they are still in the early stages of development and face several challenges, including the need for a universally accepted gauge to determine the effectiveness of machine unlearning and the difficulty of ensuring complete data point forgetting for larger, more complex deep learning models.⁶⁰ Therefore, machine unlearning has the potential to assist OpenAI in complying with the right to be forgotten under the GDPR. However, it is a complex issue that requires further research and development.

Another technique introduced in AI development is prompt engineering. This involves asking the appropriate questions to obtain optimal output from an AI.⁶¹ To ensure the right to be forgotten, prompts should be designed to avoid topics or questions that may lead the model to generate responses based on forgotten data.

For example: If you enter a prompt such as “Has person (A) visited (C) website?”, ChatGPT will provide detailed information about it. However, through prompt engineering, the user can request adherence to the right to be forgotten under the GDPR, and ask to erase all data regarding person (A)’s visits to websites. Then, AI will understand it must not answer questions based on that erased information and decline to respond due to privacy considerations.⁶² However, prompt engineering is not a guaranteed solution. Although it can assist in directing the model’s responses, it cannot entirely prevent the model from generating responses based on its training data.⁶³

Another technique that can be used to protect the right to be forgotten is differential privacy. Differential privacy is a mathematical framework that quantifies the privacy guarantees provided by an algorithm. It introduces randomness in the responses to queries to provide robust privacy assurances.⁶⁴ This provides privacy while sharing information about a group of individuals. For example, consider an AI generative model trained on medical records to predict health results. The model’s purpose is to generate

⁵⁹ Dawen Zhang et al., *Right to be Forgotten in the Era of Large Language Models: Implications, Challenges, and Solutions*, 11-12 (2023). Available at: <https://doi.org/10.48550/arXiv.2307.03941> (last visited Dec. 25, 2023).

⁶⁰ Siva Sai et al., *Machine Un-learning: An Overview of Techniques, Applications, and Future Directions*, 16 *Cognitive Computation* 482, 483 (2024).

⁶¹ Google Machine Prompt Engineering for Generative AI, <https://developers.google.com/machine-learning/resources/prompt-eng> (last visited Dec. 25, 2023).

⁶² Zhang et al., *supra* note 59, 13.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Michael B. Hawes, *Implementing Differential Privacy: Seven Lessons From the 2020 United States Census*, 2 *Harvard Data Science Review* 2, 6 (2020). Available at: <https://doi.org/10.1162/99608f92.353c6f99> (last visited Feb. 4, 2024).

synthetic patient profiles for research purposes. However, to safeguard the privacy of individuals in the training data, the model must be differentially private. By introducing a small amount of random noise⁶⁵ into its learning process, the model achieves differential privacy. This noise does not significantly affect the model's ability to generate realistic synthetic patient profiles. However, it ensures that the output cannot be traced back to any specific individual in the training data. Therefore, even if someone had access to all the synthetic patient profiles generated by the model, they would not be able to determine whether a specific individual's medical record was part of the training data.

Differential privacy is achieved by making small, arbitrary changes to individual data points that do not alter the relevant statistics.⁶⁶ In essence, an algorithm is considered differentially private if an observer who sees its output cannot determine whether the computation involves the information of a specific individual.

Differential privacy offers a quantified measure of privacy loss and an upper bound, enabling curators to choose the explicit trade-off between privacy and accuracy. The system is resilient against privacy attacks that are not yet known.⁶⁷ However, it promotes increased data sharing, which if not done properly, can increase privacy risks.

Implementing differential privacy in practice can be challenging and may not be sufficient on its own to ensure the right to be forgotten. Therefore, a combination of methods, including machine unlearning and prompt engineering, may be necessary.

It is therefore unclear whether ChatGPT can comply with the right to be forgotten, as set out in Article 17 of the GDPR. Extensive research and regulation will be required to address this issue and to ensure that individuals' data privacy rights are respected and protected.

3. The Lawfulness of Data Processing

The lawfulness of data processing could be another issue in relation to GDPR compliance, as highlighted by the GPDP. The GDPR sets out six legal bases for processing personal data, which are:⁶⁸

- a) Consent – the data subject has given clear and informed consent for a specific purpose.

⁶⁵ Random noise refers to small random variations that are added during the learning process in order to ensure differential privacy. This allows the model to learn overall patterns and produce realistic outputs, while preventing the model from memorising individual data points, thereby protecting individual privacy.

⁶⁶ Joseph Ficek et al., *Differential Privacy in Health Research: A Scoping Review*, 28 *Journal of the American Medical Informatics Association* 2269, 2270 (2021). Available at: <https://doi.org/10.1093/jamia/ocab135> (last visited Feb. 4, 2024).

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Supra* note 9, art. 6 (1).

- b) Contract – the processing is necessary for the performance of a contract to which the data subject is a party or to take steps at the request of the data subject prior to entering into a contract.
- c) Legal obligation – the processing is necessary for compliance with a legal obligation to which the controller is subject.
- d) Vital interests – the processing is necessary to protect the vital interests of the data subject or another natural person.
- e) Public interest – the processing is necessary for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of official authority vested in the controller.
- f) Legitimate interests – the processing is necessary for the legitimate interests pursued by the controller or by a third party, except where such interests are overridden by the interests or fundamental rights and freedoms of the data subject.

Depending on how an AI is used and by whom, different legal bases may apply. For example, if an AI is used by a company to provide customer service chatbots, the legal basis may be a contract (if the chatbot is part of the service contract) or legitimate interest (if the chatbot is used to improve customer satisfaction or loyalty). If an AI is used by a researcher to generate academic content, the legal basis may be public interest (if the research is funded by a public body or serves a public purpose) or consent (if the researcher obtains the consent of the data subjects whose data is used to train or fine-tune the AI).

OpenAI must ensure that it has a valid lawful basis for each of its processing activities and that it documents and communicates this basis to the data subjects - the users of ChatGPT. Whenever an individual wishes to use the services of OpenAI by any technical means, he/she must agree to the terms of use and privacy policy of the company: “(...) *Performance of a contract with you when we provide and maintain our Services. When we process Account Information, Content, and Technical Information solely to provide our Services to you, this information is necessary to be able to provide our Services. If you do not provide this information, we may not be able to provide our Services to you*”.⁶⁹ This implies the necessity of the data process for the performance of the agreement between the user and OpenAI. This falls under Articles 6 (a) and 6 (b) of the GDPR, as the data subject (in this case, the user) also consents to the processing of his/her personal data for one of the specific purposes specified in OpenAI’s privacy policy by agreeing to the terms of service. It should be noted that in this case, both the conclusion of the agreement and the giving of consent require the individual to have either legal capacity under national law or the consent of a guardian. Therefore, OpenAI’s data processing activities, governed by lawful bases under Articles 6 (a) and 6 (b) of the GDPR, are

⁶⁹ *Supra* note 12, section 9.

established through a contractual agreement and the user's explicit consent outlined in OpenAI's privacy policy, with the user's legal capacity or guardian's consent ensuring both the conclusion of the agreement and compliance with legal standards for data protection.

In conclusion, OpenAI's data processing activities are multifaceted and grounded in various legal bases. This ensures both operational efficiency and adherence to privacy regulations.

4. Purpose Limitation

This section will thoroughly examine OpenAI's Privacy Policy, with a focus on the purpose limitation principle outlined in Article 5 (1) (b) of the GDPR. The analysis will then extend to the provisions of Article 89, with an emphasis on pseudonymisation as a key safeguard. The definitions of aggregation, de-identification, and pseudonymisation will be explored in depth to evaluate OpenAI's compliance with the GDPR. The study will then examine the effect of ChatGPT's commercial development on the applicability of Article 89. This will provide a thorough understanding of OpenAI's data processing practices and potential consequences.

Article 5 (1) (b) of the GDPR states that personal data must be "*collected for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a manner incompatible with those purposes*". However, further processing may be legitimate for specific purposes, such as a) archiving purposes in the public interest, b) scientific research, c) historical research, and d) statistical purposes. Article 89 (1) of the GDPR provides safeguards for the processing of data by endorsing pseudonymisation as a protective measure to ensure data minimisation.

In comparison, in the Privacy Policy, OpenAI states that it aggregates and de-identifies personal data for the purpose of conducting research and other similar purposes.⁷⁰ Thus, in order to determine whether OpenAI's policy complies with Article 89, it is necessary to clarify and compare the definitions of "aggregation" and "de-identification" with "pseudonymisation".

Recital 28 of the GDPR states that the application of pseudonymisation to personal data may reduce the risks to data subjects and assist the controller in complying with its data protection obligations. This statement clearly indicates that the use of pseudonymisation is encouraged by the legislator. According to the GDPR, pseudonymisation means to process personal data so as to make it unattributable to any specific data subject, unless additional information has been provided, subject to such additional information being stored separately and subject to technical and organisational measures to ensure it is not attributed to any specific or identifiable natural person.⁷¹ An example of pseudonymisation is the replacement of a customer's phone

⁷⁰ *Id.*, section 2.

⁷¹ *Supra* note 9, art. 4 (5).

number with a random number or symbol. For instance, a telephone number could be displayed as “###-###-####”. It is important to note that the legislator does not intend to exclude other methods of protecting personal data.

While the GDPR encourages the use of pseudonymisation to protect personal data, the CCPA goes a step further by defining de-identified information and outlining specific steps to ensure such information is not re-identified or disseminated. Both regulations highlight the importance of protecting personal data, but they approach it in slightly different ways.

This paragraph will examine the CCPA’s approach. De-identified information is defined in the CCPA as information that cannot reasonably be identified, related, described, or associated, directly or indirectly, with a particular consumer. To ensure that such information is not re-identified or disseminated, a company that uses de-identified information must take four operational and organizational steps.⁷² According to the steps listed by the legislator, the controller must: i. implement technical safeguards to prevent re-identification of the data subject; ii. implement business processes that explicitly prohibit re-identification of the information; iii. implement business processes to prevent inadvertent disclosure of deidentified information; iv. not attempt to re-identify the information. A straightforward method of de-identification involves replacing personal identifiers such as names and email addresses with random numbers or codes. This enables businesses to maintain customer records while protecting their personal information.

In a similar manner, aggregation of personal information refers to the removal of individual consumer identities so that they cannot be linked to a consumer or household. This process effectively generalizes the information to a group or category of consumers under the CCPA. The aggregated data will then be processed for statistical purposes only, and will not be used to take action or make decisions about specific individuals under the GDPR.⁷³ To better understand aggregation, consider a company using a generative AI model to uncover trends in the music industry. The company has amassed a vast collection of data from a variety of musical genres, such as rock, pop, classical, and jazz. By aggregating this data, the company can identify overarching trends in music. Under the CCPA, the company must ensure that this data is de-identified and cannot be linked back to any specific individual.

In summary, these de-identification processes which are more effective than pseudonymisation can be used in the US to comply with the CCPA. In contrast, anonymisation, similar in nature to de-identification, is used in Europe as an alternative for GDPR compliance.

The main difference between anonymisation and pseudonymisation under the GDPR lies in the reversibility of the process. Anonymisation removes or

⁷² *Supra* note 36, § 1798.140.

⁷³ *Supra* note 9, recital 162.

alters personal data in a way that it cannot be linked back to a specific individual, making the process irreversible. Conversely, pseudonymisation replaces personal data with pseudonyms or identifiers. This process is reversible if the additional information necessary for re-identification is available. Therefore, pseudonymised data is still subject to GDPR protection, while anonymised data is not.

According to the GDPR, anonymisation is the modification of personal data in such a way that the person behind the individual data can no longer be identified. The EU legislator defines anonymous information as “...*information which does not relate to an identified or identifiable natural person or to personal data rendered anonymous in such a manner that the data subject is not or no longer identifiable*”. In general, under the GDPR, information can be directly or indirectly identifiable if it relates to an identified or identifiable natural person.

The following types of information are all considered direct identifiers under the GDPR: name, address, postal code, phone number, Internet Protocol (IP) address, photograph or image, and any other unique personal characteristics. Indirect identifiers can be used by third parties in conjunction with other sources of information to identify an individual. For example, information about work location, job title, salary, equipment ID, etc. According to the legislator, once information is fully anonymised - it does not contain any direct or indirect identifiers - it no longer falls under the requirements of the GDPR.

In conclusion, both methods aim to protect personal data, but they differ in terms of reversibility and the level of data protection they offer under the GDPR. Thus, pseudonymisation cannot be an alternative to de-identification under CCPA.

To sum up, pseudonymisation does not completely prevent information from being attributed to a natural person. It has limitations, although it can be a good way to protect the security and privacy of personal information. Pseudonymised data can be relatively easily identified indirectly, even if it does not directly identify an individual. Anonymisation, on the other hand, makes the information completely unattributable to any natural person. Moreover, the GDPR's concept of anonymisation is stricter than the CCPA's de-identification requirement, as the GDPR requires that an individual's identifiable information be “*irreversibly prevented*” from being used.

In contrast, the potential risks associated with the re-identification of previously de-identified information are significant, as the data can easily be misused and abused. Re-identification can result in privacy violations by revealing sensitive information about individuals that was meant to be anonymous. It can also lead to a loss of trust among individuals whose data was collected and potentially harm the reputation of the organization responsible, such as OpenAI and the organizations that oversee their data

protection policy. These actions can harm individuals, ranging from identity theft to discrimination or stigmatization, particularly if the data is sensitive, such as health data.⁷⁴ As the GDPR requires stricter measures under the definition of anonymisation, OpenAI may not comply with this requirement, while its privacy policy complies with the CCPA in terms of de-identification or de-personalisation.

In addition to the above, Article 89 applies to research or statistical purposes. Although the development of earlier versions of ChatGPT was funded solely as a research project, OpenAI now offers a monthly subscription for “ChatGPT Plus”, which gives access to the latest updates before the free version of the chatbot. Over time, ChatGPT is becoming more commercial than just an AI research project. In 2019, OpenAI announced the creation of OpenAI LP, a distinct entity that operates as a ‘capped-profit’ corporation.⁷⁵ This marked a transformative shift in its foundational structure. As a result, Article 89 may not apply to newer ChatGPT models due to their commercial nature.

5. Time Period of Data Processing and Transparency

The duration of processing should take into account the reasons why the controller needs to process the data, as well as any legal obligations to keep the data for a fixed period of time. The GDPR gives individuals the right to be informed about the collection and use of their personal data, which leads to a variety of information obligations on the part of the controller.⁷⁶ With regard to the content of the information, the controller is obliged to provide information on its identity, whether a data protection officer has been appointed, his contact details, the purposes of the processing, the legal basis, etc. In addition, the right to information also includes information about the duration of storage, the rights of the data subject, the possibility to withdraw consent, the right to lodge a complaint with the authorities, and whether the provision of personal data is a legal or contractual requirement.

When reviewing the Privacy Policy, the section where OpenAI addresses the rights of data subjects does not make it clear for what period of time or activity they need to process and hold the personal data. For such situations, the GDPR emphasises that where it is not possible to determine the period for which personal data will be retained, the criteria used to determine the period should be clear to data subjects.⁷⁷

However, analysis of the purposes that OpenAI lists in its privacy policy, shows that it is hard to guess the time needed for processing. For example, the

⁷⁴ Khaled El Emam, Elizabeth Jonker, Luk Arbuckle and Bradley Malin, *Correction: A Systematic Review of Re-Identification Attacks on Health Data*, 6 Plos One, 2-3 (2015). Available at: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0126772> (last visited Feb. 4, 2024).

⁷⁵ OpenAI LP (2019), <https://openai.com/blog/openai-lp> (last visited Jan. 25, 2024).

⁷⁶ *Supra* note 9, art. 13-14.

⁷⁷ *Id.*, art. 13 (2) (a).

data processed for the purpose of improving ChatGPT and conducting research is already integrated into the AI system, which is complicated for AI to forget. This means that the data can be used indefinitely. Therefore, there are no clear criteria for determining the time period. OpenAI models, thus, do not meet the duration of processing requirement of the GDPR.

Although OpenAI's models may not meet the GDPR's requirements for data processing duration due to their inherent design, the organization's approach to transparency further complicates matters. OpenAI provides some information about its data collection and training methods, but it remains guarded about the specifics. This adds another layer of complexity to the discussion around data privacy and protection.

OpenAI's transparency is still controversial, as they are protective when it comes to disclosing the data they collect and use for training. The technical report recently published by OpenAI states that the GPT-4⁷⁸ is pre-trained to predict the next token in a document using both publicly available data, such as internet data, and data licensed from third-party providers. The model is also fine-tuned using reinforcement learning from human feedback. However, due to the competitive environment and security implications, the report does not provide further details about the model, including dataset construction, training methods, and model size (which presumably includes the size of the data processed).⁷⁹

Another aspect of transparency is governed by Article 14 of the GDPR which applies to data collected from the internet and used in training. This provision determines information which should be provided where personal data has not been obtained from the data subject.⁸⁰ However, in many cases, providing the data subject whose data were part of the training data with the information required by Article 14 of the GDPR may require a disproportionate effort and therefore may not be necessary. Regarding the definition of such effort, the Article 29 Working Party considers that a disproportionate effort arises in particular when the data are collected from a large number of individuals whose contact details are unknown.⁸¹

In conclusion, OpenAI's models and methods offer significant advancements in AI technology. However, they also present complex challenges in terms of data privacy and protection. The organization's approach to transparency, particularly regarding the specifics of its data collection and training methods, remains a contentious issue. Additionally, the application of the GDPR provisions to data collected from the internet for

⁷⁸ A transformer-style model, further developed version of GPT-3.5 model. Both are the basis architectures for ChatGPT.

⁷⁹ OpenAI, GPT-4 Technical Report, 2 (2023).

⁸⁰ *Supra* note 9, art. 14.

⁸¹ Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Transparency under Regulation 2016/679, para. 58 (2018).

training purposes adds another layer of complexity. Balancing the need for data to improve and innovate AI technology with the imperative of protecting individual privacy rights is a nuanced issue that requires ongoing attention and careful consideration.

6. Data Transfer

This section will comprehensively explore OpenAI's data transfer practices in accordance with the GDPR's stringent requirements. The analysis will focus on scrutinising EU-US data transfers involving OpenAI. The analysis emphasises the explicit consent requirement under Article 49 (a) of the GDPR and assesses the Privacy Policy's compliance with GDPR standards. The assessment sheds light on potential gaps and risks associated with the lack of transparency in OpenAI's data transfer practices.

When it comes to data transfers, the GDPR lays down strict rules that must not be compromised under any circumstances: *"Any transfer of personal data (...) shall take place only if (...) the conditions laid down in this Chapter are met by the controller and the processor, (...)".*⁸²

As OpenAI is a company registered in the US, the EU-US data transfers should be analysed to determine whether or not the transfer of personal data processed, or to be processed, by OpenAI complies with the GDPR.

Data transfers between the EU and the US were previously regulated by the Adequacy Decision on the EU-US Privacy Shield. It was adopted on 12 July 2016 and allowed the free flow of data to companies certified in the US under the Privacy Shield. In its judgment, the Court of Justice of the European Union annulled the Adequacy Decision for not providing an adequate level of protection for the transfer of personal data from the EU to the US. The primary reasons were surveillance programs, a lack of judicial redress for EU individuals, and inadequate supervisory mechanisms.⁸³ The EU-US Privacy Shield is therefore no longer a valid mechanism for transferring personal data from the European Union to the United States. After more than a year of negotiations, a new EU-US Data Privacy Framework was announced on 25th March 2022 which implements the commitments made by the US in favour of Europeans.⁸⁴ The new framework re-establishes an important legal mechanism for transferring EU personal data to the US. However, the details of the framework are still being translated into legal documents.⁸⁵

⁸² *Supra* note 9, art. 44.

⁸³ Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Limited and Maximilian Schrems, C-311/18, Judgement, para. 168, 178 (2020).

⁸⁴ European Commission, EU-U.S. Data Privacy Framework (2023).

⁸⁵ United States and European Commission Joint Statement on Trans-Atlantic Data Privacy Framework (2022), <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/03/25/united-states-and-european-commission-joint-statement-on-trans-atlantic-data-privacy-framework/> (last visited Dec. 26, 2023).

In the absence of an adequacy decision, organisations can use SCCs approved by the European Commission for data transfers. SCCs are pre-approved model data protection clauses that allow data exporters to transfer data to countries outside the European Economic Area (EEA) that the European Commission has identified as providing an 'inadequate' level of data protection.⁸⁶ There are two sets of SCCs: (1) SCCs for the relationship between controllers and processors; and (2) SCCs as a tool for data transfers.⁸⁷ OpenAI does not have a disclosed processor in the EU. They collect the data directly (as both controller and processor). Therefore, SCCs cannot be applied in this case.

Another option may be BCRs.⁸⁸ Multinational organisations can establish BCRs, which are internal rules for cross-border data transfers within the same group. BCRs must be approved by the relevant data protection authorities to ensure that they provide adequate safeguards for the protection of personal data. However, as set out in recital 110, the BCRs may be applied by a group of companies (enterprises) engaged in a joint economic activity based on international transfers from the EU to organisations within the same group of companies.

In the complex field of data transfer mechanisms, it is important to consider OpenAI's potential use of BCRs or SCCs, especially given the unique structure of the organization. The establishment of OpenAI Ireland Limited in 2023 allows for the application of BCRs. However, the lack of updates in their privacy policy regarding the use of either method introduces uncertainty. The lack of clarity in OpenAI's communication about its approach to data transfers raises concerns about its commitment to transparency. This is particularly significant when examining the specifics outlined in the Privacy Policy related to user data transfer to OpenAI's U.S. facilities. It is important to note that the user's express consent is required for this transfer, as governed by Article 49 (a) of the GDPR. It highlights the importance of providing detailed and current information on the mechanisms and safeguards used. It is crucial for OpenAI to comply with GDPR standards and ensure user trust.

Regarding data transfers by OpenAI, the Privacy Policy states that personal information will be transferred from the user's location to OpenAI's facilities and servers in the United States. OpenAI assures users that appropriate safeguards will be applied when transferring personal data outside the EEA and that personal data will only be transferred pursuant to a lawful transfer

⁸⁶ *Supra* note 9, recital 168, art. 46 (2) (c) (d).

⁸⁷ Standard Contractual Clauses (SCC): Standard Contractual Clauses for Data Transfers between EU and non-EU Countries (2021), https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/standard-contractual-clauses-scc_en (last visited Dec. 13, 2023).

⁸⁸ *Supra* note 9, art. 46 (2) (b) and art. 47.

mechanism.⁸⁹ By accepting the Privacy Policy, users expressly consent to the transfer of their data outside the EU. This situation is governed by Article 49 (a), according to which the transfer may be lawful if the data subject has expressly consented to the proposed transfer after having been informed of the possible risks of such transfer to the data subject due to the absence of an adequacy decision and of appropriate safeguards.

The details of data transfers, when and where they are required, what the appropriate safeguards are, how a transfer mechanism is considered legally valid, and, most importantly, the information on the potential risks of such transfers to the data subject due to the lack of an adequacy decision and appropriate safeguards, are not included in the Privacy Policy. Thus, it appears that OpenAI's data transfer policy is not GDPR compliant at present.

On the whole, the decisions and orders of the data protection authorities rightly point to the legitimate interests and rights of the data subjects to be informed about how their personal data is used in the training and fine-tuning of large language models and generative AI models, including ChatGPT. It should be seen as a directive from the authorities to the developer community to share crucial information about training, personal data and associated risks with the general public, rather than keeping secrets under a misnomer.

B. Compliance with the Data Protection Rights of the Third Parties

The personal data of third parties could be processed by ChatGPT in several cases. These cases may be as follows:

- a) User input – when a user enters data belonging to a third party in the prompt;
- b) APIs – with the help of APIs, ChatGPT can integrate with external systems and services. Authorised API connections allow the chatbot to retrieve data from third parties, such as user account information or relevant data from external databases;
- c) Web scraping – by scraping publicly available information, ChatGPT can access data from websites or web services. Web scraping involves extracting data from HTML pages or structured APIs provided by the website owner.
- d) Database Integration – ChatGPT may be given access to certain databases that store third-party data. This may involve integration with an external database or permission to access specific data sources maintained by third parties.

⁸⁹ *Supra* note 12, section 9.

1. User Input

User content, in particular user input or prompts, is collected and stored by the OpenAI. This input may include the personal data of third parties. This can be done either on purpose or unintentionally.

Under the Terms of Use, if a User intends to process personal data by using ChatGPT, he/she must provide legally adequate privacy notices and obtain the necessary consent. The User shall be responsible for the lawfulness of such processing. OpenAI therefore disclaims any responsibility for the processing of third-party data entered by the user.

In contrast, the GDPR clearly states that the controller has the primary responsibility for ensuring that personal data is processed in accordance with the principles and requirements of the GDPR: “(...) *the controller shall implement appropriate technical and organisational measures to ensure and be able to demonstrate that processing is carried out in accordance with this Regulation*”.⁹⁰ While certain responsibilities may be shared or delegated (e.g. with processors, joint controllers, and sub-contractors), the controller always retains overall responsibility and should maintain a level of supervision and control over the processing activities. Thus, OpenAI’s disclaimer does not comply with the requirements of the GDPR.

2. APIs

As discussed earlier, OpenAI’s API allows for the customization and integration of various models, including ChatGPT, into different platforms. The use of ChatGPT becomes particularly challenging from a privacy perspective when companies integrate it into their website or build their own applications based on the language model technology available through the API and offer them to their customers.⁹¹

Before the integrated services are made available to customers, appropriate data protection agreements, such as a Data Processing Agreement (DPA) or Joint Controller Agreement (JCA), must be in place with OpenAI. OpenAI provides a Data Processing Addendum⁹² for API users. However, according to OpenAI, it will not sign any DPA provided by the user or any amendments to its own DPA.

Moreover, companies need to be aware that signing a DPA with OpenAI is by no means sufficient. As data will be transferred to the US, the EU standard contractual clauses (SCCs) will also need to be included in the agreement between the EEA-based company and OpenAI. Companies should be aware

⁹⁰ *Supra* note 9, art. 24.

⁹¹ Xiaodong Wu, Ran Duan and Jianbing Ni, *Unveiling Security, Privacy, and Ethical Concern of ChatGPT*, *Journal of Information and Intelligence*, 7-8 (2023). Available at: <https://doi.org/10.1016/j.jiixd.2023.10.007> (last visited Feb. 9, 2024).

⁹² *Supra* note 30.

of any additional protections under DPAs and will need to conduct a transfer impact assessment⁹³ under SCC requirements.

Another problematic aspect of API arises when they are used in the recruitment process, as well as the assessment, promotion or retention of individuals in work-related contractual relationships. This concern arises from AI's potential to perpetuate historical patterns of discrimination, for example against women, certain age groups, people with disabilities, or people of certain racial or ethnic origin or sexual orientation.⁹⁴ So the companies must ensure that no automated decision-making in this context leads to unlawful data processing without human intervention if they intend to integrate ChatGPT into their recruitment process, such as the selection of applicants.⁹⁵

Additionally, the staff of the companies should be made aware that they should not enter personal information about a client, supplier, business partner or colleague in ChatGPT. If they do, they could violate confidentiality obligations, including those arising from the GDPR, which are regularly required of them by their employers or business partners, as the case may be.

This is particularly important because, unlike OpenAI's non-API consumer products, the use of data submitted by customers via API to train or improve AI models is denied by default. Therefore, data will be accepted only if the user opts into data sharing by completing OpenAI's Data Sharing Opt-In form.⁹⁶ This means that, in the event of a data breach, the responsibility falls on the user who inputs the data, depending on the specific circumstances. Thus, it is crucial for both the users and companies to understand the potential risks and use AI responsibly.

Furthermore, any data sent via the API will be retained for up to 30 days to help monitor for abuse and misuse. Except where otherwise required by law, the data will be deleted at the end of this period. A limited number of authorized OpenAI employees and specialist third-party contractors who are subject to confidentiality and security requirements can access this data only to investigate and review suspicions of abuse. If OpenAI suspects that data contains platform abuse, it may still flag the data using content classifiers. In conclusion, OpenAI's APIs present challenges for GDPR compliance. Although OpenAI provides DPAs, it does not sign user-provided DPAs or modify its own. For EEA-based companies, agreements must include EU standard contractual clauses to facilitate data transfer to the US. When using

⁹³ Transfer impact assessment is an evaluation process that companies undertake to assess the potential risks and impacts associated with transferring personal data from one jurisdiction to another.

⁹⁴ J. Stewart Black & Patrick van Esch, *AI-enabled Recruiting: What is It and How should a Manager Use It?*, 63 *Business Horizons* 215, 223 (2020).

⁹⁵ *Supra* note 9, art. 22.

⁹⁶ *Supra* note 29.

ChatGPT, it is important to avoid discriminatory outcomes, and users must be aware of their responsibility for data breaches. OpenAI's policy prohibits the use of customer data for training without explicit consent, but potential risks of data sharing still exist. The 30-day data retention policy and OpenAI's control over non-training data processing duration highlight the importance of user understanding and responsible AI use. Therefore, due to these complexities and challenges, OpenAI's API policies are not GDPR compliant.

3. Web Scraping

Data scraping is a technique for the extraction of data from the Internet.⁹⁷ Conventional web scraping involves writing code that traverses web pages, locating specific data elements, and extracting those elements. AI-powered web scraping takes this one step further, using machine learning and natural language processing algorithms to automate the extraction process. AI-based web scrapers can be trained to recognize patterns, understand web content semantics, and extract data from even complex and dynamically changing web pages.⁹⁸ This activity must be conducted in accordance with legal requirements. Websites may have terms of service or policies that restrict or prohibit web scraping activities.

OpenAI's policies require individuals who extract data from a website using ChatGPT to confirm that they are processing such data in accordance with applicable law, including respecting websites' terms of service or policies that may restrict or prohibit web scraping activities. According to OpenAI, they provide the tools for data extraction, but it is the responsibility of the users to ensure compliance with all relevant laws and regulations, including data protection, privacy laws, and the terms of service of the websites being scraped.⁹⁹ OpenAI aims to balance the benefits of AI-powered data extraction with the need to respect individual privacy and data protection rights. However, according to Articles 24 and 25 of the GDPR OpenAI, as the data controller, remains responsible for data processing.

4. Database Integration

Among AI models, ChatGPT stands out for its ability to seamlessly integrate with databases, automating and improving data handling processes. By training ChatGPT on business data, individuals can create a personalised AI chatbot that can handle a wide range of tasks, from customer service to

⁹⁷ Data Scraping and Data Mining from Beginner to Pro with Python Sciences AI (2021), <https://www.oreilly.com/videos/data-scraping-and/9781801818483/> (last visited Jun. 14, 2023).

⁹⁸ Kumar Swarn Avinash, Moustafa M. Nasralla, Iván García-Magariño and Kumar Harsh, *A machine-Learning Scraping Tool for Data Fusion in the Analysis of Sentiments about Pandemics for Supporting Business Decisions with Human-Centric AI Explanations?*, 7 PeerJ Computer Science, 2 (2021).

⁹⁹ *Supra* note 29.

sales. Businesses can use a cloud-based platform such as GPT-3, or use the API to integrate the model into their existing systems.¹⁰⁰ In all cases, individuals and companies provide access to the data, which is likely to include not only their customers' data but also contracts with other companies, employee data or other information that may contain trade secrets and confidential data.

OpenAI disclaims responsibility to third parties when it comes to processing third-party data in all of the above cases, emphasising that the data is entered by the user and the user must ensure that the process complies with applicable law, in the EU with the GDPR. At the same time, for their API (commercial) models, they do not process data belonging to third parties unless explicitly requested by the user. OpenAI's approach to disclaiming responsibility for third-party data processing is not uncommon in the tech industry. The idea is that the user, who inputs the data, is responsible for ensuring that the data complies with applicable laws. For example, Salesforce states that they are not responsible for the privacy or data security practices of their customers, which may differ from those explained in their Privacy Statement.¹⁰¹

In contrast, Article 28 (1) of the GDPR places responsibility on organizations providing tools for data processing to ensure that their systems are designed and used in a way that respects data protection principles. Therefore, the GDPR mandates that all businesses and their partners are responsible for protecting user data.

As previously discussed, AI has the potential to perpetuate historical patterns of discrimination. As such, AI developers may need to take more responsibility for ensuring that their technology is fair and unbiased. To sum up, despite the general attitude of Open AI, there are valid arguments for why ChatGPT developers should be more responsible for third-party data processing.

III. What Can be Done by OpenAI to Ensure the GDPR Compliance?

The following section explores the measures OpenAI can implement to achieve GDPR compliance for its AI tool, ChatGPT. These steps are crucial not only for securing user privacy and upholding legal regulations but also for fostering a more trustworthy and transparent legal environment.

By establishing clear data collection and usage practices, OpenAI can contribute to a legal sphere where individuals have greater control over their information and businesses operate within a clear and predictable framework.

¹⁰⁰ OpenAI, Introducing ChatGPT Enterprise. Available at:

<https://openai.com/blog/introducing-chatgpt-enterprise> (last visited Feb. 5, 2024).

¹⁰¹ Salesforce Privacy Statement, https://www.salesforce.com/company/privacy/full_privacy/ (last visited Dec. 27, 2023).

This, in turn, can lead to increased user confidence in utilizing AI-powered tools within legal processes, ultimately benefiting the legal system as a whole.

To address the issue of data minimisation and retention, OpenAI must implement mechanisms to examine the information gathered by ChatGPT, primarily through prompts. To achieve this goal, it is essential to develop a reliable prompt analysis system in ChatGPT that minimises unnecessary data collection. OpenAI should create an advanced algorithm that actively analyses prompts in real time and extracts only essential information to fulfil the intended purpose of ChatGPT. In accordance with the GDPR's principle of data minimisation, the algorithm should exclude any personal data that is not necessary.¹⁰²

Additionally, OpenAI must ensure that ChatGPT does not retain data for longer than required. A more detailed time frame should be set for retaining personal data in accordance with the GDPR, which requires specific time periods to be established wherever possible. It is recommended that ChatGPT retains personal data for the duration of a conversation or session and deletes it afterwards unless there is a legal or contractual obligation to keep it longer. Alternatively, ChatGPT may retain personal data for a longer period, such as a month or a year, for research or statistical purposes, provided appropriate safeguards are applied, such as anonymisation, encryption, or pseudonymisation.

Moreover, OpenAI should implement anonymization or pseudonymization of user data before storing or processing it to protect the user's identity and privacy. As discussed earlier, complete anonymization of user data will exempt the process from the GDPR, and pseudonymization is sufficient to ensure GDPR compliance under Article 89 for research purposes. Furthermore, it is essential to provide users with clear and transparent information regarding the data collected, its usage, and how they can exercise their rights. This will increase user awareness and trust.

Furthermore, OpenAI has listed the purposes of processing under Sector 8 in its Privacy Policy. However, the GDPR requires more than just listing the purposes of data processing. The GDPR requires organizations to process personal data in a transparent manner. However, the training of ChatGPT lacks transparency in this regard. OpenAI should provide clearer information on how they reduce the amount of personal information in their training datasets before using such data to improve their models.

OpenAI needs to demonstrate that it has the necessary organisational and technological safeguards in place to prevent a data breach from happening. It should also have mechanisms in place for the handling of any data breaches

¹⁰² Abigail Goldsteen, Gilad Ezov, Ron Shmelkin, Micha Moffie and Ariel Farkash, *Data Minimization for GDPR Compliance in Machine Learning Models*, 2 AI and Ethics 477, 481-482 (2022). Available at: <https://doi.org/10.1007/s43681-021-00095-8> (last visited Feb. 9, 2024).

that do occur. In accordance with Article 55 of the GDPR, data breaches that could put individuals at risk must be reported to the data protection authority and the individuals concerned within 72 hours, without undue delay. Additionally, to ensure transparency and user understanding of data collection and usage, the chatbot should provide a simple and easily accessible explanation form. This form must include privacy regulations that govern the collection of users' data. OpenAI can provide this information through a link in the chatbot's conversational flow or a condensed version in the welcome message and dialogue.

Finally, OpenAI has already listed its current subprocessors involved in third-party data processing, demonstrating ongoing compliance with the GDPR. To further comply with Article 24 (1) of the regulation, appropriate technical and organizational measures must be implemented to safeguard user data throughout its lifecycle. These measures include encryption, access controls, and robust data retention policies. Establishing clear procedures for handling data breaches is crucial to minimize potential risks to users and uphold their right to be informed. By comprehensively addressing these aspects, OpenAI will further strengthen its commitment to GDPR compliance and user data privacy.

By implementing the proposed solutions and incorporating the suggested improvements into its Privacy Policy, OpenAI can demonstrate a stronger commitment to GDPR compliance. This will contribute to building a more trustworthy and transparent legal environment, fostering user confidence in utilizing AI-powered tools within legal processes and ultimately benefiting the legal system as a whole.

Conclusion

In the current digital landscape, safeguarding data has become a crucial aspect of business, particularly in light of recent advancements in AI. AI chatbots, such as ChatGPT, primarily function by collecting data, which necessitates compliance with data protection regulations. This is because AI developers require data to construct a chatbot that can truly comprehend context and facilitate meaningful conversations.

The GDPR is a set of regulations provided by the EU to grant legal control to its residents over the sharing, updating, and removal of their private information online. The law aims to promote transparency in the relationship between companies and users when collecting and storing data and to protect online privacy.

Currently, evaluating ChatGPT's compliance with the GDPR is challenging due to incomplete operational information. The extent of personal data in ChatGPT's original dataset remains unclear, but it is reasonable to assume that the vast amount of data used to train it contains personal information. This information is still present in the dataset used by ChatGPT. When questioned

about the use of data for training, the chatbot claims that all data has been anonymised and scrubbed to remove any identification. However, verifying this claim is fundamentally difficult, even for knowledgeable users. As discussed in Chapter I, OpenAI specifies certain categories of purposes that are limited by the Privacy Policy when it comes to the use of personal data. However, it is difficult to determine whether or not ChatGPT complies with the purpose limitation principle because OpenAI's privacy policy is constantly changing. This is particularly true when OpenAI publicly states that they may use personal data to improve their models.

According to OpenAI's policy, user content is not shared with third parties for marketing purposes. The Policy does not, however, provide explicit information on how data sharing with third parties for non-marketing purposes is handled.

In addition, a wealth of personal information is made available to the computer through interactions. OpenAI states that the company collects personal data through using services, through interactions, including the type of content users are engaging with. The 'right to erasure' is the ability, under the GDPR, for an individual to request the complete removal of their data from the files of an organisation. Natural language processing technologies, such as ChatGPT, process personal data and transform it into a complex data structure, making it challenging to extract an individual's data. Therefore, the removal of such data poses a significant challenge. It is unclear whether ChatGPT can comply with the right to be forgotten as set out in Article 17 of the GDPR, as discussed in Chapter II.

Therefore, ChatGPT does not appear to be GDPR compliant. There is an apparent lack of transparency, the possibility of unlawful collection and use of personal data, and difficulties for data subjects to exercise their rights, including the right to information and the right to forget.

OpenAI should apply mechanisms to ChatGPT to examine the information it gathers, ensuring that ChatGPT collects only the minimum necessary information and does not retain it for longer than required. Anonymization or pseudonymization of user data should be implemented before storing or processing it to protect the user's identity and privacy. Additionally, transparency in processing personal data for the training of ChatGPT should be ensured. Further specific measures are listed in Chapter III of the paper.

In conclusion, given the increasing significance of AI in the modern world, it is crucial to regulate its use effectively. Therefore, analyzing the GDPR compliance of ChatGPT, one of the most prominent AI chatbots, and ensuring its adherence to GDPR standards is essential for safeguarding privacy and building trust in AI technologies.

Azərbaycanda özbaşına tikinti institutunun hüquqi rejiminin aktual problemləri və onların həll yolları

*Natiq Xəlilov**

Annotasiya

Azərbaycan uzun illərdir ki, özbaşına tikinti və qeyri-qanuni məskunlaşma problemləri ilə üzləşməkdədir. Rəsmi hesablamalara görə, ölkədə təxminən 450 min özbaşına tikinti obyektı mövcuddur. Bu say çoxluğu təkcə sosial problemlər deyil, həm də mənzil-tikinti və daşınmaz əmlak sektorlarının düzgün fəaliyyəti və inkişafı, habelə ümumi şəhərsalma sahəsi üçün ciddi maneələr yaradır. Belə ki, özbaşına tikinti hüquqi fenomeninin mövcudluğu vətəndaşların mülkiyyət hüquqlarının qeydiyyatı, tikinti təhlükəsizliyi, şəhərsalma və tikinti normalarının pozulması, vergilərin, eləcə də rüsumların yığılması ilə bağlı problemlərə səbəb olmaqdadır. Hazırda özbaşına tikinti üzərində mülkiyyət hüququnun tanınması və ya daxil olmuş şikayətlər əsasında bu cür tikililərin sökülməsi ilə bağlı məhkəmələrin icraatında həddən artıq çox iş mövcuddur. Sözügedən institutun mürəkkəb hüquqi təbiəti məhkəmələrdə bu işlərə baxılarkən hüquq tətbiq etmə zamanı çətinliklər yarada bilər. Odur ki, özbaşına tikililərin qeydiyyat probleminin aradan qaldırılması həm iqtisadi, həm də sosial nöqteyi-nəzərdən böyük önəm daşıyır. Yəni özbaşına tikililərin sənədləşdirilməsi ilə həm vətəndaşların mülkiyyət hüquqları reallaşacaq, həm də dövlət büdcəsinə əlavə gəlirlərin daxil olması təmin olunacaqdır.

Məqalənin əsas məqsədi özbaşına tikinti ilə bağlı nəzəri və praktiki problemlərin, bu institutun əsas xüsusiyyətlərinin kompleks təhlilidir. Əlavə olaraq, məqalə özbaşına tikinti obyektlərinə mülkiyyət hüququnun tanınması ilə yaranan münasibətlərin hüquqi tənzimlənməsinə toxunur və onun səmərəliliyinin artırılması üsullarını araşdırır. Bu məqalədə Azərbaycanda özbaşına tikinti institutunun tarixçəsi, hüquqi mahiyyəti və xüsusiyyətləri araşdırılır. Həmçinin özbaşına tikintiyə münasibətdə yaranan hüquqi nəticələr xarakterizə olunur, qanunvericilikdə və məhkəmə təcrübəsində bu hüquqi fenomenin mövcud problemləri müəyyən edilir, daha sonra onların həll olunması istiqamətində bir sıra təkliflər verilir. Sonda isə araşdırmanın nəticələri əsasında mövcud mülki qanunvericiliyin və məhkəmə praktikasının təkmilləşdirilməsi üzrə konkret təkliflər irəli sürülür.

Abstract

Azerbaijan has faced challenges with illegal construction and settlements for years. Official estimates indicate around 450,000 arbitrary constructions throughout the country. This substantial figure not only poses social issues but also hampers the effective functioning and growth of the housing and real estate sectors, as well as urban planning efforts. The legal challenges of arbitrary construction lead to complications in registering property rights, ensuring construction safety, adhering to urban planning and construction norms, and collecting taxes and fees. Currently, numerous cases are pending in courts concerning the recognition of property rights for arbitrary constructions or the demolition of such

* Azərbaycan Respublikasının Çin Xalq Respublikasındakı Səfirliyində ticarət nümayəndəsinin Aparatının baş məsləhətçisi, Hüquq elmləri üzrə fəlsəfə doktoru (Çin Xalq Respublikası, Sun Yat-Sen Universiteti).

structures following complaints. The intricate legal nature of this matter often complicates the application of the law in court cases. Thus, addressing the registration issue for these buildings is crucial for economic and social reasons, as it would secure property rights for citizens and generate additional state revenue.

The article aims to provide a thorough analysis of the theoretical and practical issues related to arbitrary construction, highlighting the main features of this institution. It also delves into the legal regulation of ownership rights recognition for arbitrary constructions and explores strategies to enhance this process's efficiency. The article reviews the history, legal framework, and characteristics of the arbitrary construction sector in Azerbaijan, outlines the legal implications of arbitrary construction, identifies existing legislative and judicial challenges, and offers solutions. Finally, it proposes specific recommendations to refine civil legislation and judicial practices based on the research findings.

MÜNDƏRİCAT

Giriş.....	36
I. Azərbaycanda özbaşına tikinti hüquq institutunun tarixçəsi və yaranma səbəbləri	39
A. Azərbaycanda özbaşına tikinti fenomeninin yaranması və SSRİ dövründəki vəziyyəti	39
B. Özbaşına tikinti institutunun Azərbaycanın müstəqillik dövründəki vəziyyəti	41
II. Özbaşına tikinti nəticəsində dövlətdə və cəmiyyətdə yaranmış problemlər.....	43
III. Azərbaycan mülki qanunvericiliyində özbaşına tikinti institutunun xüsusiyyətləri	46
IV. Özbaşına tikinti fəaliyyətinin hüquqi nəticələri və onların tənzimlənməsi	47
A. Özbaşına tikilinin sökülməsi şərtləri	48
B. Özbaşına tikililər üzərində mülkiyyət hüququnun tanınması üçün əsaslar	50
C. Özbaşına tikinti fəaliyyətinə görə hüquqi məsuliyyət	51
V. Özbaşına tikinti institutu ilə bağlı Azərbaycan Respublikasının tərəfdar çıxdığı beynəlxalq müqavilələrdən irəli gələn öhdəlikləri.....	53
VI. Özbaşına tikinti işləri ilə bağlı məhkəmə təcrübəsində AİHM-in presedent hüququnun tətbiqi	55
A. Özbaşına tikili ilə bağlı problemlərin AİHM məhkəmə işlərindəki həll yolları	57
B. AİHM-in işlərindən çıxmış nəticələrə əsaslanan “xüsusi test”	58

C. Azərbaycanda özbaşına tikinti institutu ilə bağlı problemlərin AİHM-in presedent hüququnun prinsipləri üzərindən təhlili	61
VII. Azərbaycanda özbaşına tikinti probleminin tənzimlənməsi ilə bağlı çətinliklər və onların həll yolları	70
A. Özbaşına tikinti ilə bağlı mövcud qanunvericiliyin mükəmməlləşdirilməsi.....	71
B. Özbaşına tikililərlə bağlı məhkəmə praktikasının təkmilləşdirilməsi...	77
C. Özbaşına tikililərin sənədləşdirilməsi istiqamətində görülməsi lazım olan işlər	79
Nəticə.....	81

Giriş

Məşhur Qədim Roma hüquqşünası Qay yazırdı: “Bizim torpağımızda kiminsə tikdiyi bina həтта kimsə onu özü üçün tikibsə belə, təbii hüquqla bizim olur, çünki torpağın səthində tikililər torpağın sahibinə məxsusdur”.¹ Özbaşına tikinti institutunun tarixi öz başlanğıcını Qədim Roma hüququndan götürür. Qədim Romada özbaşına tikinti hüquqi nəticəsinə görə iki cür başa düşülürdü: bir tərəfdən torpaq sahəsinin sahibinin hüquqlarının pozulması, digər tərəfdən isə əmlakın torpaq sahəsinin mülkiyyətçisinə keçməsi hallarından biri kimi.² Qayın bu yanaşması özbaşına tikintinin mülkiyyətin artımı³ yolu ilə mülkiyyət hüququnun əldə edilməsi kimi təsnifləşdirilməsinə imkan verirdi. Üstəlik, Roma hüququnda tikili torpaq sahəsinin ayrılmaz hissəsi kimi qəbul edildiyindən mülkiyyətin artımı torpaq sahəsinin sahibində baş verirdi.⁴ Torpaq üzərində tikililər, torpağa səpilən və əkilən hər bir şey daşınmaz əmlak sayılaraq “superfisiy” adlanırdı.⁵ Digər sözlə, tikili torpağın ayrılmaz hissəsinə çevrilir, “torpaq” termini isə “daşınmaz əmlak” termininə bərabər

¹ Francis De Zulueta, *The Institutes of Gaius*, Book II, 148 (1946).

² Richard William Leage, *Leage’s Roman Private Law: Founded on the Institutes of Galus and Justinian*, 182 (3rd ed. 1961).

³ “Inaedificatio” – Roma hüququnda işlədilən termdir və başqasının torpağında öz materialı ilə və ya öz torpağında başqasının materialı ilə tikinti aparmaq fəaliyyətini ifadə edir. Bu akt “accessio” (latınca “əlavə mənsubiyyət”) forması hesab edilir və materialların mənbəsindən asılı olmayaraq, tikili torpaq sahibinin mülkiyyətinə keçir.

⁴ William Smith, *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, 1078 (1875). *Superficies solo credit* – torpağın üzərində olan əşya torpağa tabedir.

⁵ Kazimierz Kolańczyk, *Prawo Rzymskie*, 308 (4th ed. 1986). “Inaedificatio” – torpaq üzərində tikililər; “in semenatio” – torpağa səpilənlər; “implantatio, satio” – torpağa əkilənlər.

tutulurdu. Nəticədə, tikili üzərində mülkiyyət hüququ bu tikilinin inşa edildiyi torpağın sahibinə məxsus idi.⁶

Daşınmaz əmlaka dair bu qaydalar sonrakı dövrlərdə "Roma hüququnun resepsiyası"⁷ prosesinə uyğun olaraq inkişaf etdirildi. Roma hüququnun bu yanaşması tək Qərbi Avropa qanunvericiliklərində deyil, həm də Azərbaycan qanunvericiliyində daşınmaz əmlak məsələlərinin tənzimlənməsinə təsir göstərmişdir. Belə ki, Azərbaycan Respublikasının Mülki Məcəlləsinin (bundan sonra – Mülki Məcəllə) 135.4-cü maddəsinə əsasən, torpaq sahəsi və torpaqla möhkəm bağlı olan (ondan ayrılı bilməyən) əşya vahid daşınmaz əşya və vahid mülkiyyət obyektinə hesab olunur.⁸

Qədim tarixə malik özbaşına tikinti institutu özəl və ictimai maraqların qovşağında yaranan sosial-hüquqi fenomendir. Torpaq sahəsi üzərində tikinti aparmaq sahibinin qanuni maraqlarına əsaslanarsa da, tikinti fəaliyyəti ilə bağlı yaranmış pozuntular ictimaiyyətin mənafeyi naminə ciddi dövlət nəzarəti altındadır. Bu baxımdan şəxsi və ictimai maraqlar arasında ədalətli balansın qorunmasının zəruriliyindən danışmaq olar.

Özbaşına tikinti maliyyə və əmək investisiyalarının məcmusu olduğuna görə bu tikintinin sökülməsi iqtisadi cəhətdən onun sahibi üçün məqsədəuyğun deyil. Eyni zamanda belə ev və mənzillər adətən sakinin yeganə yaşayış yeri olduğundan onun qanuniləşdirilməsi sahibi üçün əhəmiyyətlidir. Buna görə də özbaşına tikintinin hüquqi tənzimlənməsi dövlətin sosial siyasəti, xüsusən də vətəndaşların mülkiyyət və mənzil hüquqlarının təmin edilməsi baxımından önəm daşıyır.

Tikililərin inşası zamanı ictimai maraqların nəzərə alınması həm şəhərsalma və tikinti təhlükəsizliyi prinsiplərinin tətbiqi, həm də sosial məsuliyyət baxımından son dərəcə mühümdür. Bununla yanaşı, təbii resursların effektiv şəkildə istifadəsi ictimai maraqların nəzərə alınmasının ayrılmaz bir hissəsidir. Bu, tikililərin inşası zamanı həm ekoloji balansın qorunmasına, həm də uzunmüddətli iqtisadi səmərəliliyə töhfə verir. Nəticədə, əhalinin rifahı, ölkənin daha funksional və estetik olması üçün tikililərin planlaşdırılması və inşası prosesində ictimai maraqların ön planda tutulması olduqca vacibdir.

Ölkədə çoxlu sayda özbaşına tikililərin mövcudluğu vətəndaşların mülkiyyət və mənzil hüququ, şəhərsalma, tikinti təhlükəsizliyi, büdcə

⁶ Jens Peter Meincke, *Superficies Solo Cedit*, 88 Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung 136, 136 (1971). Semper enim superficies solo cedere – tikili üzərində mülkiyyət hüququ bu tikilinin inşa edildiyi torpağın sahibinə məxsusdur.

⁷ Roma hüququnun resepsiyası – Orta əsrlərdə Roma hüququnun müddəalarının digər dövlətlər tərəfindən istifadə edilməsi. Roma hüququnun geniş miqyasda resepsiyası XII əsrdə başlamış və XV-XVI əsrlərdə kulminasiya nöqtəsinə çatmışdır.

⁸ Azərbaycan Respublikasının Mülki Məcəlləsi, mad. 135.4 (1999). Torpaq sahəsi və torpaqla möhkəm bağlı olan (ondan ayrılı bilməyən) əşya vahid daşınmaz əşyadır və vahid mülkiyyət obyektidir.

daxilolmaları və təbii sərvətlərdən səmərəli istifadə ilə bağlı dövr üçün aktual problemlər yaradır. Bu halda dövlət özbaşına tikintinin mövcud hüquqi tənzimlənmə mexanizmi ilə həm cəmiyyətin, həm də özbaşına tikintinin mülkiyyətçisinin maraqları balanslaşdırılmağa çalışır. Həmçinin bu sahədə özbaşına tikililərə mülkiyyət hüququnun tanınması prosesinin liberallaşdırılmasına səylər göstərilir.

Bununla belə, problemin kökündən həll olunması üçün bir neçə dövlət qurumu tərəfindən kompleks tədbirlərin həyata keçirilməsi labüddür. İnsanların daimi məskunlaşdığı bu cür özbaşına tikililərin ilkin mərhələdə inventarlaşdırılması, bundan sonra bəzi hallarda sökülməsi, bəzi hallarda isə onlar üzərində mülkiyyət hüquqlarının qeydiyyatdan keçirilməsi indiki dövrdə mülki qanunvericiliyin və məhkəmə təcrübəsinin müntəzəm tədbirlərindəndir.

Özbaşına tikinti institutu AR Mülki Məcəlləsinin 180-ci maddəsi ilə tənzimlənir. Bu maddəyə əsasən, tikinti məqsədləri üçün ayrılmayan torpaq sahəsində və ya buna lazımı icazələr almadan və ya şəhərsalma və tikinti norma və qaydalarını ciddi surətdə pozmaqla tikilmiş yaşayış evi, digər tikili, qurğu və ya başqa daşınmaz əmlak özbaşına tikinti sayılır.

Bu məqalə Azərbaycanda özbaşına tikinti institutunun tarixçəsini, hüquqi mahiyyətini, əlamətlərini və onunla bağlı mülki-hüquqi rejimin xüsusiyyətlərini hərtərəfli şəkildə araşdırır. Birinci hissədə Azərbaycanda özbaşına tikinti fenomeninin yaranma səbəbləri və bu institutun SSRİ dövründən müstəqillik dövrünə qədərki tarixi inkişafı təsvir edilir. İkinci hissə özbaşına tikililərin dövlət və cəmiyyət üçün yaratdığı problemləri irəli sürərək bu fenomenin sosial və iqtisadi təsirlərinə dair təhlil aparır. Üçüncü hissə Azərbaycan mülki qanunvericiliyində özbaşına tikinti institutunun xüsusiyyətlərini və bu xüsusiyyətlərin hüquqi mahiyyətini incələyir. Dördüncü hissə özbaşına tikintinin hüquqi nəticələrini və bunların dövlət tərəfindən necə tənzimləndiyini, xüsusilə də özbaşına tikililərin sökülməsini, onlar üzərində mülkiyyət hüququnun tanınmasını və hüquqi məsuliyyət məsələlərini əhatə edir. Beşinci və altıncı hissələr Azərbaycanın özbaşına tikinti fəaliyyətinin tənzimlənməsi ilə bağlı beynəlxalq müqavilələr çərçivəsindəki öhdəliklərini və AİHM presedent hüququnun tətbiqini, bu kontekstdə yaranan problemlərin həlli yollarını təqdim edir. Yeddinci hissə özbaşına tikinti probleminin tənzimlənməsi ilə bağlı qarşılaşılan çətinliklər və onların həll yollarını müzakirə edir. Məqalənin əsas məqsədi özbaşına tikinti institutunun əsas xüsusiyyətlərini müəyyən etmək və özbaşına tikinti obyektlərinə mülkiyyət hüququnun tanınması ilə bağlı münasibətlərin hüquqi tənzimlənməsinin səmərəliliyini artırmağa nail olmaqdır. Müəllifin fikrincə, məqalə vasitəsilə oxuculara bu mürəkkəb mülki hüquq institutunu dərinlən anlamaq imkanı təqdim edilir.

I. Azərbaycanca özbaşına tikinti hüquq institutunun tarixəsi və yaranma səbəbləri

Azərbaycanda özbaşına tikililər, yəni qanunvericiliyə uyğun olmayaraq dövlət qeydiyyatı olmadan həyata keçirilən inşaat işləri, xüsusilə 19-cu əsrin ikinci hissəsindən başlayaraq müxtəlif dövrlərdə fərqli səbəblərə görə geniş yayılmışdır.⁹ Bu tikililərin inşasına ölkənin şəhər və kənd məkanlarında, xüsusilə də infrastruktur və mənzil təminatının qeyri-kafi olduğu dövrlərdə daha çox rast gəlinir. Azərbaycanca özbaşına tikinti institutunun tarixi əsasən üç əsas dövrə bölünə bilər: neft bumu dövrü,¹⁰ sovet dövrü və müstəqillik dövrü. Bu hissədə Azərbaycanca özbaşına tikililərin formalaşması və əlaqəli problemlərin dərinləşdiyi dövrlər haqqında məlumat verilir.

A. Azərbaycanca özbaşına tikinti fenomeninin yaranması və SSRİ dövründəki vəziyyəti

Azərbaycanda özbaşına tikililərin meydana gəlmə tarixi sovet hakimiyyətindən əvvələ aid olan neft bumu dövrünə təsadüf edir. XIX əsrin 60-cı illərindən etibarən Bakının neft sənayesi mərkəzinə çevrilməsi ilə şəhərə rayonlardan böyük insan axını daxil oldu və həmin dövrdən etibarən yaşayış üçün nəzərdə tutulmayan ərazilərdə yaşayış rayonları salınmağa başlandı.¹¹

Azərbaycanda özbaşına tikililərin bir hissəsinin inşası isə sovet dövründə baş vermişdir. Sovet hakimiyyətinin ilk illərində “özbaşına tikinti” anlayışı mövcud olmasa da, Azərbaycan SSR-in 1923-cü il Mülki Məcəlləsində inşaatçıların fəaliyyətini tənzimləyən bir sıra normalar var idi. Həmin Məcəllənin 74-cü maddəsinə əsasən, inşaatçı binaların tikintisi və sonrakı istismarı zamanı qanunvericilikdə təsbit edilmiş tikinti normalarına, habelə sanitariya və yanğın əleyhinə qaydalara riayət etməyə borclu idi.¹² Bu normaların və qaydaların pozulması cinayət məsuliyyətinə səbəb ola bilirdi.

Sovet dövründə isə, xüsusən də 1950-60-cı illərdə el arasında “naxalstroy” deyilən qanunsuz evlərin tikintisi baş tutmuşdur.¹³ Sənayenin sürətli inkişafı kəndlərdən şəhərə fəhlə axını ilə nəticələnmiş, bu da Bakıda mənzil probleminin kəskinləşməsinə gətirib çıxarmışdır. Bu səbəbdən onilliklər boyu

⁹ Sosial Tədqiqatlar Mərkəzi, Azərbaycanca Daxili Miqrasiya və Urbanizasiyanın Sosial Aspektləri: Analitik Hesabat, 12 (2020).

¹⁰ XIX əsrin 70-ci illərində xəzinəyə və kəndlilərə məxsus bir çox torpaqlar neft sənayeçilərinə icarəyə verildikdən sonra Bakıda və ətraf rayonlarda neft bumu başlamışdır. Neft quyularının sayı sürətlə artırdı: bəzən onlar tarlalarda və evlərin yanında yerləşdirilirdi. Eyni zamanda Azərbaycan neftinə tələbat da artırdı ki, məhz o vaxtlar ölkədə hasil olunan neft çənlərdə dəmir yolu və dəniz yolu ilə alıcılara çatdırılmağa başlandı. 20-ci əsrin əvvəllərində Bakı neft yataqları artıq ümumrusiya istehsalının 90%-ni və dünya neft hasilatının 50%-ni təşkil edirdi.

¹¹ Yuxarıda istinad 9, 12.

¹² Azərbaycan SSR-in Mülki Məcəlləsi, mad. 74 (1923).

¹³ Sənədsiz evlərin aqibəti bəlli oldu (2016), <https://news.milli.az/society/435676.html> (son baxış 10 fevral 2024).

mənzil növbəsinə durmalı olan fəhlələrin bəziləri gözləməkdən yorularaq öz evlərini tikmişlər. Bayıl, “20-ci sahə” və Zabrat kimi qəsəbələr sənaye zonalarına yaxın yerləşdiyinə görə burada özbaşına tikililərin inşası və insanların məskunlaşması sürətli şəkildə həyata keçmişdir.¹⁴ Bu evlər isə heç bir yerdə qeydiyyatla alınmadığından orada yaşayan insanların rəsmi mülkiyyətinə çevrilməmişdir.

1964-cü ildə qəbul edilmiş Azərbaycan SSR-in yeni Mülki Məcəlləsi ilə ölkə qanunvericiliyində ilk dəfə olaraq “özbaşına tikinti” anlayışı ortaya çıxdı.¹⁵ Həmin Məcəllənin “Özbaşına ev tikməyin nəticələri” adlı maddəsinə əsasən, vətəndaşlar müvafiq icazələr əldə edilmədən, yaxud əsas inşaat normaları və qaydaları kobudcasına pozulmaqla inşa edilmiş tikililər üzərində sərəncam verə bilmirdilər. Bu cür tikililər məhkəmənin qətnaməsi və ya Xalq Deputatları Soveti İcraiyyə Komitəsinin (bundan sonra – XDS İK) qərarına əsasən, vətəndaşın əlindən alın və ya onun hesabına sökdürülə bilərdi. Eyni zamanda, bu vətəndaşların daimi yaşamaq üçün yararlı olan başqa yaşayış sahəsi olmadığı halda, yerli XDS İK onları başqa yaşayış sahəsi ilə təmin edirdi.¹⁶

O dövrün özbaşına tikililəri ilə bağlı məhkəmə qərarları da XDS İK-nın qərarından asılı idi. Göründüyü kimi, sovetlər dövründə özbaşına tikililərlə mübarizəyə yönəlmiş məhdudlaşdırıcı tədbirlər kifayət qədər sərt idi. Bununla belə, ilkin layihədən kənarlaşma və ya yol verilmiş qanun pozuntuları ciddi olmayanda məhkəmə tikilinin lazımı qaydada qeydiyyatla alınması üçün qərar verə bilərdi. Həmçinin XDS İK tikintini həyata keçirən şəxsə həmin torpaq sahəsinin müddətsiz istifadəyə verilməsi barədə qərar qəbul edə bilərdi.¹⁷

Nəticə etibarilə sovet dövründə qanuni tənzimləmələr olsa belə, Xətai, Sabunçu, Yasamal rayonlarında, Keşlə, “Papanin”, “Kubinka”, 1-ci və 2-ci Alatava qəsəbələrində çoxlu sayda icazəsiz ev tikilmişdir. Sovet hökuməti isə hər kəsi mənzillə təmin edə bilmədiyindən qeyri-qanuni tikintilərə göz yummağa məcbur idi.¹⁸

¹⁴ Prezidentin sərəncamı var, amma: “Gecəqondu”lar yaxşı qazanc mənbəyidir, <https://www.ayna.az/prezidentin-serencami-var-amma-geceqondular-yaxsi-qazanc-menbeyidir> (son baxış 2 yanvar 2024).

¹⁵ Vera Betkher, *Istoriya Grazhdansko-Pravovogo Regulirovaniya Posledstviy Samovolnogo Sozdaniya ili Izmeneniya Obyektov Nedvizhimosti v Rossii*, 33 Vestnik Omskogo Universiteta: Seriya “Pravo” 103, 107 (2012).

¹⁶ Azərbaycan SSR-in Mülki Məcəlləsi, mad. 105 (1964).

¹⁷ Tatyana Alekseevna Pasikova & Yana Vitalievna Shapovalova, *Normativno-Pravovoe Regulirovanie Samovolnogo Stroitelstva: Istoricheskij Aspekt*, 3 Alleya Nauki 538, 541 (2018).

¹⁸ “Nəhənglər”in boğazına çökənlər. Onlar ölümü gözə alıblar (2020), <https://sputnik.az/20200127/magistral-su-kemerleri-olan-erazilerde-tikiklen-evler-422973708.html> (son baxış 2 yanvar 2024).

B. Özbaşına tikinti institutunun Azərbaycanın müstəqillik dövründəki vəziyyəti

Müstəqillik əldə edildikdən sonra Azərbaycanda özbaşına tikililərin kütləvi şəkildə inşası iki əsas dövrə ayrıla bilər. Birinci dövr XX əsrin 90-cı illərinin əvvəlləri, Azərbaycanın yeni müstəqilliyini qazandığı və ağır siyasi və iqtisadi çətinliklərlə üzləşdiyi bir zamanı əhatə edir. İkinci dövr 2000-ci illərin əvvəlləri, Azərbaycanda yerli özünüidarəetmə orqanları olan bələdiyyələrin yaradılması ilə qanunsuz torpaq satışlarının geniş vüsət aldığı dövrü ehtiva edir.

Azərbaycan Respublikasının müstəqilliyi bərpa edildikdən sonra iqtisadi və siyasi böhran, ölkədə mülkiyyət ənənələri, torpaq ehtiyatları və vətəndaş axınının idarə edilməsi mexanizminin olmaması, habelə tikinti sahəsində nəzarət sisteminin zəifliyi nəticəsində özbaşına tikililərin kütləvi inşasına başlandı. Ermənistanın təcavüzü nəticəsində ölkə 1 milyona yaxın sığınacaqdan məhrum olmuş qaçqın və məcburi köçkünlərlə bağlı böyük problemlərlə üzləşdi. Dövlətin şəhərlərə axın etmiş əhalini yerləşdirməyə imkanı olmadığından bir çox qaçqın və məcburi köçkün ailələr yaşayış üçün nəzərdə tutulmayan yataqxanalar, uşaq bağçaları və sanatoriyalarda məskunlaşmağa başladılar. Onların digər hissəsi isə heç bir qanuni sənəd olmadan sahibsiz torpaqlarda tikinti apardı.

Əlavə olaraq, ötən əsrin 90-cı illərində işsizliklə bağlı rayonlardan şəhərə böyük insan axını nəticəsində müəyyən ərazilərdə xalq arasında "gecəqondu" adlandırılan özbaşına tikililərin inşasına başlandı. Bu cür özbaşına tikililər ucuz başa gələn sənədsiz torpaqlarda tikilirdi. Eyni zamanda, ölkədəki ümumi mülkiyyət özəlləşdirməsi fonunda ayrı-ayrı vətəndaşlar və hüquqi şəxslər özlərinə məxsus olmayan və ya şübhəli əsaslarla əldə edilmiş torpaq sahələrində tikililər inşa etməyə başladılar. Sonrakı illərdə belə evlərdə yaşayan ailələrin üzvlərinin sayının çoxalması ilə birlikdə yaşayış sahələri də böyüdü. Bununla da ölkədə özbaşına tikinti problemi ildən-ilə dərinləşərək yaşayış fondunun inkişafı və sənədləşdirilməsi üçün ciddi maneələr yaratdı.

1999-cu ildə Azərbaycanda yerli özünüidarəetmə orqanları olan bələdiyyələrin yaradılması və fərdi yaşayış evlərinin tikintisi üçün torpaq sahələrinin satışı səlahiyyətlərinin bələdiyyələrə verilməsi ölkədə özbaşına tikintilərin kütləvi inşasının ikinci dalğası hesab edilir.¹⁹ Həmin dövrdə əvvəlki kolxoz və sovxozlara məxsus torpaqların bir hissəsi əhali arasında paylanarkən, qalan hissəsi bələdiyyələrin balansına keçirildi.²⁰ Bəzi bələdiyyə

¹⁹ Qanunsuz tikililər söküləcək, yoxsa sənədləşdiriləcək (2021),

[https://www.xezerxeber.az/news/iqtisadiyyat/354561/qanunsuz-tikililer-sokulecek-yoxsa-senedlesdirilecek-ekspertden-maraqli-aciqlama_\(son_baxis_29_fevral_2024\).](https://www.xezerxeber.az/news/iqtisadiyyat/354561/qanunsuz-tikililer-sokulecek-yoxsa-senedlesdirilecek-ekspertden-maraqli-aciqlama_(son_baxis_29_fevral_2024).)

²⁰ Torpağın əsl sahibinə qaytarılması ən böyük uğurumuzdur (2011). Burada bax:

<http://www.anl.az/down/meqale/azerbaycan/2011/sentyabr/198856.htm> (son baxış 10 fevral 2024).

orqanları üzərində mülkiyyət hüquqları olan torpaqları ilə yanaşı, bu torpaqlara yaxın ərazidə yerləşən, lakin onlara məxsus olmayan torpaq sahələrini də qanunsuz olaraq satmağa başladı.²¹ Qanunsuz şəkildə satılmış torpaqlarda aparılan tikinti özbaşına tikililərin sayının sürətlə artması ilə nəticələnmişdir. Həmin tikililərin bir çoxu isə neftlə çirklənmiş ərazilərin, neft kəmərlərinin, kommunikasiya xətlərinin və yüksək gərginlikli naqillərin keçdiyi yerlərin yaxınlığında ucaldılmışdır.²² Halbuki bu ərazilərdə tikinti işləri aparmağın özü də “Bələdiyyə torpaqlarının idarə edilməsi haqqında” Azərbaycan Respublikası Qanununun 6.4-cü maddəsinə əsasən qadağandır.²³ “İstismar olunan ixrac neft boru kəmərlərinin “Mühafizə Zonası”nın müəyyənləşdirilməsi Qaydaları”na əsasən də, ixrac neft boru kəmərlərinin “mühafizə zonası”nda, digər sözlə 25, 50, bəzi hallarda 100 metr məsafəsində xüsusi icazə olmadan bina və qurğuların tikilməsi qadağandır.²⁴

Müstəqillik dövründə özbaşına tikinti fəaliyyətinin ikinci dalğasının qarşısını yalnız bir neçə ildən sonra almaq mümkün oldu. Belə ki, bələdiyyələrin torpaq satışı ilə bağlı qanunvericiliyə dəyişikliklər edildi və 2007-ci il 1 dekabr tarixindən etibarən onların bələdiyyə torpaqlarının sərbəst satış hüququ ləğv edildi. Hazırda bələdiyyə torpaqları üzərində mülkiyyət, istifadə və icarə hüquqları yalnız açıq torpaq hərracları və ya müsabiqələri vasitəsilə əldə edilə bilər.²⁵

Bununla yanaşı, 2000-ci illərin əvvəllərindən etibarən Azərbaycanda yeni növ urbanizasiya vüsət aldı. Kənd və rayon yerlərində yaşayan insanlar daha gəlirli həyat və yeni imkanlar əldə etmək məqsədilə böyük şəhərlərə üz tutmağa başladılar. Şəhərlərə köçən insanlar əsasən aşağı gəlirli olmaları səbəbindən burada adekvat yaşayış məskənləri tapmaqda çətinliklə üzləşir, sənədsiz evlərdə məskunlaşdılar. Beləliklə, şəhərdə artan məskunlaşma və o dövrdəki mənzil böhranı Bakıda zəbt olunan torpaq sahələrində qanunsuz tikililərin inşasına rəvac verdi.²⁶

²¹ Yuxarıda istinad 18.

²² Xalid Niyazov, Qeyri-qanuni tikililər - problemlər mənbəyi, “Azərbaycan” qəzeti, 3, 5 mart 2010.

²³ Elektrik, rabitə, neft-qaz və nəqliyyat xətləri və sənaye müəssisələrinin sanitariya-mühafizə zonaları altındakı bələdiyyə torpaqlarının çoxmərtəbəli çoxmənzilli, fərdi yaşayış və bağ evlərinin, qarajların tikintisi və sahibkarlıq fəaliyyəti məqsədilə zəruri tikililərin inşası üçün, habelə çoxmənzilli yaşayış evlərinə aid torpaq sahələrinin kənar məqsədlər üçün xüsusi mülkiyyətə, istifadəyə və icarəyə verilməsinə yol verilmir.

²⁴ “İstismar olunan ixrac neft boru kəmərlərinin “Mühafizə Zonası”nın müəyyənləşdirilməsi Qaydaları”nın təsdiq edilməsi haqqında” Nazirlər Kabinetinin Qərarı, mad. 6.1 (2004).

²⁵ “Bələdiyyə torpaqlarının idarə edilməsi haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 9.1 (2001).

²⁶ Mütəxəssis: Azərbaycanda urbanizasiya hələ də aktual məsələ kimi qalır (2020), <https://www.xezerxeber.az/news/cemiyet/302256/mutexessis-azerbaycanda-urbanizasiya-hele-de-aktual-mesele-kimi-qalir> (son baxış 10 fevral 2024).

Bu dövrdə qanunvericiliyin və kontrol mexanizminin zəifliyi, hərbi təcavüz nəticəsində bir milyona yaxın qaçqın və məcburi köçkünün olması, yüksək sürətli urbanizasiya özbaşına tikililərin sayını artırdı. Bəzi yerli icra hakimiyyəti və yerli özünüidarəetmə orqanlarının qanunsuz hərəkətləri, qanunsuz tikintiyə icazələrin alınması və daşınmaz əmlakın qeydiyyatı sahəsində bürokratik əngəllərin mövcudluğu isə bu problemin daha da dərinləşməsinə səbəb oldu.

Yuxarıda qeyd olunan faktorlar nəticəsində, hazırda ölkə üzrə qeydiyyatda alınmamış tikililərin sayı təqribən 450 min təşkil edir. Bunun təxminən 400 mindən çoxu Bakı və Abşeron yarımadasının, qalanı isə digər regionların payına düşür.²⁷ Ümumilikdə, Azərbaycanda inşa edilmiş özbaşına tikililəri xüsusiyyətlərinə görə bir neçə kateqoriyaya aid etmək olar: 1) zəbt olunmuş torpaqlarda (dövlət mülkiyyəti, xüsusi mülkiyyət və ya bələdiyyə mülkiyyəti) inşa edilmiş özbaşına tikililər; 2) torpağın təyinatına uyğun olmayaraq inşa edilmiş özbaşına tikililər; 3) riskli zonalarda və mühafizə zolaqlarında (kommunal/infrastruktur boru kəmərləri, qaz, neft və elektrik şəbəkələri) inşa edilmiş özbaşına tikililər; 4) müvafiq icazələri olmayan özbaşına tikililər; 5) inşası zamanı şəhərsalma və tikinti normalarına riayət edilməmiş özbaşına tikililər. Hazırda ölkədə kütləvi sürətdə özbaşına tikinti fəaliyyəti olmasa da, əvvəlki dövrlərdən qalan fəsadlar hələ də tamamilə aradan qaldırılmayıb. Təbii ki, bu növ problemlərin həllinə uzun illər ərzində mərhələli şəkildə nail olmaq olur. Bununla belə, özbaşına tikililərlə bağlı problemin həddən artıq uzandığını nəzərə alsaq, daha sürətli və radikal qərarların verilməsi labüddür.

II. Özbaşına tikinti nəticəsində dövlətdə və cəmiyyətdə yaranmış problemlər

Özbaşına tikinti fenomeni təkcə daşınmaz əmlakını qeydiyyatdan keçirə bilməyən vətəndaşlar üçün deyil, həm də şəhərsalma və mənzil-tikinti sektorunun fəaliyyəti və inkişafı üçün ciddi çətinliklər yaradır. Bundan əlavə, özbaşına tikinti institutunun mövcudluğu tikinti təhlükəsizliyi, dövlət büdcəsinə vergilərin yığılması və digər bu kimi sahələrdə problemlər yaratmaqdadır. Sözügedən fenomenin səbəb olduğu problemləri iqtisadi və sosial olmaqla ümumilikdə iki qrupa bölmək mümkündür.

Əvvəla, özbaşına tikililər ölkənin torpaqlarını və memarlığını korlamaqla yanaşı, dövlət büdcəsinə külli miqdarda maddi ziyan vurur. Belə ki, ölkədə 450 min tikili və bu tikililərin altındakı torpaqlar vergiyə cəlb olunmadığından ödənilməli olan külli miqdarda vəsait büdcədən kənar qalır. Tikililər faktiki olaraq mövcud olsa da, bələdiyyələr bu tikililərə görə

²⁷ Nigar Alimova: "Özbaşına tikililərin tənzimlənməsi kompleks tədbirləri zəruri edir" – Məsahibə (2023), <https://fed.az/az/insaat-ve-emlak/nigar-alimova-quotozbasina-tikililerin-tenzimlenmesi-kompleks-tedbirleri-zeruri-edirquot-musahibe-154076> (son baxış 2 yanvar 2024).

torpaq və əmlak vergisi yığa bilmirlər.²⁸ Vətəndaşlar vergi ödəmək üçün mənzillərinin qeydiyyatına alınmasını tələb etdiyi zaman tərəflər arasında mübahisə qaçınılmaq olur. Nəticə etibarilə həm vətəndaşlar əziyyət çəkir, həm də bələdiyyələrin inkişafı mənfi təsirə məruz qalır. Belə ki, nə vətəndaşlar çıxarış ala bilir, nə də bələdiyyələr vergi yığa bilirlər. Bundan başqa, belə tikililərin və torpaq sahələrinin faktiki satışı və icarəsinə görə də dövlət büdcəsinə rüsum və vergilər daxil edilmir. Ekspertlərin hesablamalarına görə, dövlət büdcəsi hər il özbaşına tikililərə görə 50 milyon manata yaxın vəsait itirir.²⁹ Zəbt edilən sənaye əraziləri və mədən sahələrində özbaşına tikililərin inşası hasilatın pay bölgüsü sazişlərinin pozulmasına, ümumilikdə hasilatın həcmində kəskin azalmasına gətirib çıxarır.³⁰ Həmçinin özbaşına tikililərin qəbul edilmiş standartlar üzrə inşa edilməməsi əlavə infrastrukturun, o cümlədən yolların, elektrik, qaz, su və kanalizasiya xətlərinin çəkilməsinə gətirib çıxarır. Bundan daha pis hal isə təyinatı üzrə istifadə edilməyən kənd təsərrüfatı təyinatlı torpaqların dağıdılmasıdır. Belə ki, bu torpaqlarda tikinti işləri aparılanda onun münbit qatı yarıqsız hala gəlir. Belə halda isə həmin torpaqlar kənd təsərrüfatı dövrüyyəsindən çıxarılır və bu da öz növbəsində məhsuldarlıq baxımından ölkədə yararlı olan torpaq sahələrinin azalmasına gətirib çıxarır.

Özbaşına tikililərlə əlaqədar problemlərin vətəndaşlar və cəmiyyətə təsirləri daha ciddidir. Ölkədəki 450 min sənədsiz tikilidə orta hesabla 3 nəfərin yaşadığını nəzərə alsaq, bu, 1 milyondan çox insanın mülkiyyət və digər hüquqlarından tam şəkildə istifadə edə bilməməsidir. Ümumən, özbaşına tikinti nəticəsində yaranmış sosial problemlər aşağıdakı kimidir:

Mülkiyyət üzərində sərəncam vermə hüquqlarının məhdud olması. Bu tikililərdə yaşayanlar özbaşına tikili hesab olunan evlərini notarial alqı-satqı əməliyyatlarına cəlb edə, miras qoya, bağışlaya, banka girov qoyaraq kredit götürə bilmirlər. Habelə həmin şəxslər boşanma hallarında əmlak bölgüsü ilə bağlı çətinliklərlə də üzləşirlər. Özbaşına tikilinin sahibləri isə məcbur olub əmlaklarını alıcılara real qiymətindən daha ucuz təklif edirlər, çünki alıcıların çoxu çıxarışı olmayan tikililəri almaqda maraqlı deyil. Belə olan təqdirdə bu vətəndaşlar öz əmlak hüquqlarından bütünlüklə istifadə edə bilmədiklərinə görə daşınmaz əmlak bazarının tam hüquqlu iştirakçısına çevrilə bilmirlər.

²⁸ Mirbağır Yaqubzadə, Sənədsiz evlərdən əmlak vergisi yığılmalıdır? (2023), <https://xalqgazeti.az/az/iqtisadiyyat/136742-senedsiz-evlerden-amlak-vergisi-yigilmalidir> (son baxış 10 fevral 2024).

²⁹ Sənədsiz evlərin sənədləşdirilməsi prosesi niyə dayandırılıb? (2021), <https://sputnik.az/20210829/Sndsiz-evlerin-sndldirilmesi-prosesi-niy-dayandrlb-427790984.html> (son baxış 10 fevral 2024).

³⁰ Mədən ərazilərində qanunsuz tikililərin aparılmasına qarşı mübarizə tədbirləri bundan sonra da davam etdiriləcək (2012), <http://old.xalqgazeti.com/az/news/social/21208> (son baxış 10 fevral 2024).

Qeydiyyat hüquqlarının reallaşdırılması ilə bağlı problemlər. Sənədsiz tikililərdə yaşayan şəxslər faktiki yaşayış yerləri üzrə qeydiyyatdan keçə bilmirlər. Nəticədə, onlar dövlət orqanları ilə əlaqələr zamanı ünvanları ilə bağlı problemlə üzləşirlər. Bu hal, həmçinin ölkədaxili miqrasiya proseslərinə də öz mənfi təsirini göstərir. Belə ki, qanunsuz tikililərdə yaşayan vətəndaşlar bəzi hallarda ünvan olmaması səbəbindən sənədləşmə işləri apara bilmirlər. Rəsmi qeydiyyat ünvanı olmayan vətəndaş şəxsiyyət vəsiqəsi əldə edə bilmir, şəxsiyyət vəsiqəsi olmadan isə ölkədə vətəndaş hüquqlarını tam şəkildə həyata keçirmək mümkün deyildir. Digər tərəfdən isə, bəzən bu qanunsuz tikililərdə məskunlaşan vətəndaşlar ünvarsız evdə yaşamalarından sui-istifadə edərək böyük həcmdə kreditlər götürür, borclarını ödəmirlər. Yaşayış ünvanları olmadığına görə bu cür insanları tapmaq müşkül məsələyə çevrilir.

Təhsil, sağlamlığın qorunması və seçki hüquqlarının reallaşdırılması ilə bağlı problemlər. Özbaşına tikililərdə məskunlaşmış sakinlərin qeydiyyat hüquqlarını reallaşdırmaqda çətinlik çəkməsi onların digər sahələrdə hüquqlarının məhdudlaşması ilə nəticələnir. Məsələn, bu vətəndaşlar və onların övladları təhsil hüquqlarını tam şəkildə həyata keçirə bilmirlər. Belə ki, vətəndaşın yaşadığı yer üzrə qeydiyyatı olmadıqda əksər hallarda onların övladları həmin ərazidə yerləşən məktəblərə qeydiyyata düşməkdə çətinliklə üzləşirlər. Bununla yanaşı, onlar səhiyyə ilə bağlı hüquqlarını da istədikləri şəkildə reallaşdırma bilmirlər. Buna vətəndaşların icbari tibbi sığorta hüququnu həyata keçirərkən sağlamlıq arayışlarının və xəstəlik vərəqələrinin alınmasında qarşılaşdıqları problemləri misal göstərmək olar. Əlavə olaraq, vətəndaşlar yaşadıkları faktiki ünvan üzrə seçici siyahılarına daxil edilmədiyindən seçki hüquqlarından da məhrum olurlar.

Sığorta ilə bağlı problemlər. “İcbari sığortalar haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanununa əsasən, özbaşına tikinti sayılan daşınmaz əmlak icbari sığortaya da cəlb olunmur.³¹ Belə olan təqdirdə isə hər hansı təbii fəlakət, yanğın və ya subasma zamanı ziyan sakinlər tərəfindən qarşılanmalı olur.

Sosial-infrastruktur və kommunikasiya ilə bağlı problemlər. Özbaşına tikililərin yerləşdiyi ərazilərdə çox vaxt sosial-infrastruktur və kommunikasiya layihələri ya həyata keçirilmir, ya da qanəedici formada baş tutmur. Bununla yanaşı, bu tikililərin yerləşdiyi ərazilərin əksər hissəsində uşaq bağçaları, məktəblər və iaşə obyektləri fəaliyyət göstərmir.

Sakinlərin təhlükəsizliyi ilə bağlı problemlər. Ən vacib problem isə bu cür özbaşına tikililərin bir çox hallarda sakinlər üçün təhlükəli olmasıdır. Riskli zonalarda inşa edilmiş, şəhərsalma və ya tikinti normalarına cavab verməyən bu tikililər insanların həyatı və sağlamlığı üçün təhlükə yaradır. Belə ki, yüksək təzyiqli qaz və neft kəmərlərinin üstündə, neft quyularının mühafizə zolağında qanunsuz olaraq fərdi yaşayış evlərinin tikintisi hər an

³¹ “İcbari sığortalar haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 35.3.4 (2011).

faciəvi qəzalara səbəb ola bilər. Bununla yanaşı, bu ərazilərdə zərərli tullantıların olması da insan sağlamlığına böyük təhlükə törədir.

Göründüyü kimi, özbaşına tikili fenomeni həm dövlət, həm də vətəndaşlar üçün çoxsaylı iqtisadi, sosial problemlər və maneələr törədir. Bu baxımdan özbaşına tikinti probleminin həlli əhəmiyyətlidir.

III. Azərbaycan mülki qanunvericiliyində özbaşına tikinti institutunun xüsusiyyətləri

Müstəqillik dövründə özbaşına tikinti institutunun tənzimlənməsinin yeni mərhələsi 1999-cu ildə AR Mülki Məcəlləsinin qəbulu ilə başlamışdır. Bu mərhələ daxili qanunvericilikdə özbaşına tikintinin tənzimlənməsi vektorunun publik hüquq sahəsindən xüsusi hüquq sahəsinə keçidini əhatə edir. Sovet dövründə “torpağın yalnız dövlətə məxsus olması” ideyası zəminində özbaşına tikililərlə bağlı məsələlər, əsasən, məhz dövlətin maraqlarına üstünlük verilərək həll edilirdi. Bu yanaşma xüsusi mülkiyyət hüquqlarının qorunmasına az diqqət yetirilən bir çərçivəni təmsil edirdi. Azərbaycan Respublikası Mülki Məcəllənin qəbul edilməsi ilə qanunvericiliyi xüsusi mülkiyyət hüquqlarını daha qətiyyətli qoruyan və bu hüquqların genişləndirilməsini təmin edən bir dövrə qədəm qoydu. Artıq özbaşına tikililər problemi yalnız dövlətin maraqlarının qorunması prizmasından deyil, həm də fərdlərin xüsusi mülkiyyət hüquqlarının müdafiəsi və qanuni çərçivədə əmlak münasibətlərinin tənzimlənməsi kontekstində qiymətləndirilməyə başlandı.

Özbaşına tikinti institutunu tənzimləyən Mülki Məcəllənin 180-ci maddəsinin məzmununa əsasən, daşınmaz əmlakın özbaşına tikinti hesab olunduğu üç halı müəyyən etmək mümkündür.³² Birincisi, əmlakın tikinti məqsədləri üçün ayrılmayan torpaq sahəsində tikilməsidir. Belə ki, Azərbaycanda qüvvədə olan torpaq qanunvericiliyinə əsasən, torpaq sahələri fərdi mənzil, bağ evləri, qaraj, sahibkarlıq fəaliyyəti üçün zəruri olan tikililərin inşası və s. təyinatlar üzrə istifadəyə verilir.³³ Bu torpaq sahələrindən kənarında təyinatından fərqli tikinti işləri aparmaq qadağandır və belə tikililərin inşası özbaşına tikinti sayılır.³⁴ Qanunun tələblərinin pozulmasına misal olaraq, Xəzər dənizinin sahilində şəxsi villaların tikintisini göstərmək olar. Azərbaycan Respublikasının Torpaq Məcəlləsinə əsasən, Xəzər dənizinin sahilboyu 20-50 metrlik zolağının altında olan torpaq sahələri dövlətin mülkiyyətində qalmaqla özgəninkiləşdirilə bilməz, yalnız icarəyə verilə bilər. Həmin torpaq sahələrinin istifadəyə və ya icarəyə verilməsi barədə qərar qəbul edildiyi təqdirdə isə bu, dənizin sahilinə gediş-gəlişi

³² Tikinti məqsədləri üçün ayrılmayan torpaq sahəsində və ya buna lazımı icazələr almadan və ya şəhərsalma və tikinti normalarını və qaydalarını ciddi surətdə pozmaqla tikilmiş yaşayış evi, digər tikili, qurğu və ya başqa daşınmaz əmlak özbaşına tikinti sayılır.

³³ Azərbaycan Respublikasının Torpaq Məcəlləsi, mad. 59 (1999).

³⁴ Cümşüd Nuriyev, Müşviq Atakişiyev, Ələmdar Əsgərov, Torpaq Hüququ, 44 (2009).

məhdudlaşdırmamaq şərti ilə həyata keçirilməlidir.³⁵ Bununla belə, bəzi vətəndaşlar qanunvericiliyin tələbinə məhəl qoymayaraq dənizin sahilinə gediş-gəlişi məhdudlaşdırmaqla villalar ucaldırlar.

Özbaşına tikintinin ikinci müəyyənedici əlaməti isə əmlakın lazımı icazələr alınmadan inşa edilməsidir. Belə ki, Azərbaycan Respublikasının Şəhərsalma və Tikinti Məcəlləsinin 74.1-ci maddəsinə əsasən, bəzi istisnalar və barəsində məlumatlandırma icraatının tətbiq edildiyi tikinti obyektləri xaric, digər obyektlərin inşasına icazənin alınması tələb olunur. Lazımı icazələrin alınması müvafiq dövlət orqanları tərəfindən tikintiyə icazənin və tikinti obyektinə istismara qəbul aktının verilməsini nəzərdə tutur.³⁶

Üçüncü müəyyənedici şərt isə əmlakın şəhərsalma və tikinti norma və qaydalarını ciddi surətdə pozmasıdır. Belə ki, AR Mülki Məcəlləsinin 240-cı maddəsinə əsasən, torpaq sahəsinin mülkiyyətçisi şəhərsalma və tikinti norma və qaydalarını, habelə torpaq sahəsinin təyinatı ilə bağlı tələbləri gözləmək şərti ilə öz sahəsində binalar və qurğular ucalda bilər. Bu qaydaların pozulması ilə inşa edilmiş tikililər özbaşına tikili sayılır və bu tikintini həyata keçirmiş şəxs onun üzərində mülkiyyət hüququ əldə etmir.³⁷

AR Mülki Məcəlləsinin 180-ci maddəsinin müddəalarında özbaşına tikintinin əsas əlamətləri, müəyyənedici xüsusiyyətləri və hüquqi tənzimləmə mexanizmləri təsbit edilmişdir. Bununla belə, həmin müddəalar bu mürəkkəb institutun məzmununu tam və kompleks şəkildə əks etdirmir. Bu səbəbdən özbaşına tikinti anlayışının mülki qanunvericilikdə daha aydın və müfəssəl şəkildə təsbit edilməsinə ehtiyac var.

IV. Özbaşına tikinti fəaliyyətinin hüquqi nəticələri və onların tənzimlənməsi

Özbaşına tikinti institutunun xüsusiyyətlərinə diqqət yetirdikdə, onun hüquqi təbiətinin ikililiyi nəzərə çarpır. Özbaşına tikinti bir tərəfdən qanun pozuntusu, digər tərəfdən isə daşınmaz əmlak üzərində mülkiyyət hüququnun yaranması üçün bir vasitədir. Başqa sözlə, mülki qanunvericilik normalarında özbaşına tikinti obyektinin inşası həm mənfə, həm də müsbət nəticələrə səbəb olur. Mənfə nəticə dedikdə özbaşına tikilinin sökülməsi, müsbət nəticə dedikdə isə özbaşına tikili üzərində mülkiyyət hüququnun tanınması nəzərdə tutulur.

Bununla belə, Azərbaycan qanunvericiliyində özbaşına tikintinin inşasının onu həyata keçirən şəxs üçün ilkin hüquqi nəticələri kifayət qədər neqativdir. İlk növbədə, özbaşına tikinti aparmış şəxs ona mülkiyyət hüququ əldə etmir və bu şəxsin tikintiyə dair sərəncam vermək ixtiyarı olmur.³⁸ Bundan əlavə, özbaşına tikintinin sökülməsi ilə bağlı məhkəmə qərarı verildikdə bu tikinti

³⁵ Yuxarıda istinad 33, mad. 46.2-1.

³⁶ Azərbaycan Respublikasının Şəhərsalma və Tikinti Məcəlləsi, mad. 75 (2013).

³⁷ Yuxarıda istinad 8, mad. 180.

³⁸ Yenə orada, mad. 180.2.

onu tikən şəxsin hesabına sökülməlidir.³⁹ Belə olan halda özbaşına tikintini həyata keçirən şəxs yalnız tikintidə istifadə olunan materialların sahibi hesab oluna bilər.

Özbaşına tikintinin əsas hüquqi nəticəsi onu həyata keçirən şəxsin mülkiyyət hüququ əldə etməməsidir. Bütün bunlar qanunu pozan şəxsi özbaşına tikintini qanuniləşdirməyə “məcbur edir”. Belə ki, özbaşına tikintinin inşası qanunsuz olsa da, dövlət tərəfindən belə tikililərə məhkəmə yolu ilə mülkiyyət hüququnun tanınması üçün şərait yaradılır.

Beləliklə, qanunvericilik özbaşına tikinti ilə bağlı iki hüquqi imkan və ya başqa sözlə desək, iki qorunma üsulu nəzərdə tutur. Bu hüquqi imkan və qorunma üsulları özbaşına tikilinin sökülməsi və özbaşına tikiliyə mülkiyyət hüququnun tanınması tələblərindən ibarətdir.

A. Özbaşına tikilinin sökülməsi şərtləri

Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyasında mülkiyyət toxunulmaz elan olunaraq dövlət tərəfindən qorunur.⁴⁰ Bununla belə, bu toxunulmazlıq mütləq deyildir və bəzi hallarda məhdudlaşdırıla bilər. Belə ki, Konstitusiya mülkiyyət hüququnu toxunulmaz elan etməklə yanaşı, bu hüququn ümumi və xüsusi məhdudiyətlərinin hədlərini müəyyən etmişdir.⁴¹ Bu hədlərə əsasən, mülkiyyət hüququnun məhdudlaşdırılması qanunçuluğun tələblərinə cavab verməli, başqa şəxslərin hüquq və azadlıqlarının müdafiəsi məqsədi ilə tətbiq edilməli, mütənəsb olmalı və bu konstitusiya hüququn mahiyyətini dəyişməməlidir.⁴²

Mülki Məcəlləyə 180.4-cü maddənin əlavə edilməsindən sonra ölkədə özbaşına tikililərin məhkəmə qərarı əsasında sökülməsinə icazə verildi. Bu maddəyə əsasən, tikinti məqsədləri üçün ayrılmayan torpaq sahəsində və ya buna lazımı icazələr almadan və ya şəhərsalma və tikinti normalarını və qaydalarını ciddi surətdə pozmaqla tikilmiş bina və qurğular müvafiq icra hakimiyyəti orqanlarının və ya maraqlı tərəfin müraciəti üzrə qəbul edilmiş məhkəmənin qərarı əsasında sökülə bilər.

İlk baxışdan özbaşına tikilinin sökülməsinin yalnız məhkəmə qərarı ilə həyata keçirilə biləcəyi anlaşılır.⁴³ Bununla belə, inşası başa çatmayan özbaşına tikililərin söküntüsü Azərbaycan Respublikası Fövqəladə Hallar Nazirliyinin Tikintidə Təhlükəsizliyə Nəzarət Dövlət Agentliyinin qərarı əsasında inzibati qaydada da reallaşdırıla bilər.⁴⁴ Bəzi hallarda tikintisi başa çatmamış özbaşına

³⁹ Yuxarıda istinad 33, mad. 111.3.

⁴⁰ Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyası, mad. 13.I (1995).

⁴¹ Yenə orada, mad. 13.III, 29.II, 71.II.

⁴² “Azərbaycan Respublikasında insan hüquq və azadlıqlarının həyata keçirilməsinin tənzimlənməsi haqqında” Azərbaycan Respublikası Konstitusiya Qanunu, mad. 3 (2002).

⁴³ Yuxarıda istinad 8, mad. 180.4.

⁴⁴ Azərbaycan Respublikası Prezidentinin “Tikintiyə dövlət nəzarətinin həyata keçirilməsi Qaydaları”nın təsdiq edilməsi haqqında” Fərmanı, mad. 1.5 (2015).

tikili məhkəmə qərarı olmadan belə, inzibati qərar əsasında da sökülə bilər. Bu isə qanunvericilikdə bir qədər qeyri-müəyyənlik yaradır.

Özbaşına tikililərin sökülməsi qaydaları və prosedurları Azərbaycan Respublikasının Şəhərsalma və Tikinti Məcəlləsi ilə tənzimlənir. Tikintisi başa çatmış və ya başa çatmamış tikinti obyektini və ya onun hissəsi aşağıdakı hallarda sökülür:

1) tikintisinə 2013-cü ildən sonra (Azərbaycan Respublikasının Şəhərsalma və Tikinti Məcəlləsi qüvvəyə mindikdən sonra) başlanılmış və tikinti mərhələsində olan tikinti obyektini və ya onun hissəsi müvafiq icra hakimiyyəti orqanı və ya bələdiyyə tərəfindən tikinti məqsədləri üçün ayrılmamış dövlət və ya bələdiyyə mülkiyyətində olan torpaq sahəsində inşa edildikdə;

2) tikintiyə icazənin tələb olunmasına baxmayaraq, tikinti obyektini belə icazə alınmadan, habelə xüsusi nişanın tikinti işlərinin başlanması üçün əsas olduğu hallarda belə nişan alınmadan, məlumatlandırma icraatının tətbiq olunduğu hallarda isə belə əsasın olmadığı müəyyən edildikdə (tikinti işlərinin dayandırılması barədə qərar qəbul edildiyi gündən sonra tikintiyə icazələrin alınması üçün 6 ay vaxt verilir);

3) tikinti obyektinin, habelə bitişik və ya qonşu obyektlərin təhlükəsizliyinə və etibarlılığına təhlükə yaradan qüsurlar müəyyən edildikdə və həmin qüsurları digər tikinti işlərini dayandırmadan aradan qaldırmaq mümkün olmadıqda (tikinti işlərinin dayandırılması barədə qərar qəbul edildikdən sonra nəzərdə tutulan pozuntuların aradan qaldırılması üçün 1 il vaxt verilir);

4) tikinti işlərinin tikintiyə icazəyə, məlumatlandırma icraatının tətbiq olunduğu hallarda isə layihənin memarlıq-planlaşdırma və tikinti ərazisinin baş planı bölmələrinə uyğun aparılmadığı müəyyən edildikdə (müəyyən edilən pozuntularla bağlı təqdim edilmiş ilk yazılı göstərişdə nəzərdə tutulan pozuntuların aradan qaldırılması üçün 1 ay vaxt verilir).⁴⁵

Müəllif hesab edir ki, tikinti icazəsinin lazımi qaydada əldə edilməməsi və ya tikinti qaydalarının pozulması özbaşına tikilinin sökülməsi üçün yeganə və yetərli səbəb olmamalıdır. Tikilinin qanuni statusunun müəyyənləşdirilməsi və mümkünsə, qanuniləşdirilməsi üçün yollar axtarılmalıdır. Bu, tikinti sahiblərinə müvəqqəti icazələr verilməsi, cərimələr tətbiq edilməsi və tikilinin standartlara uyğunlaşdırılması üçün lazımi tədbirlərin görülməsini əhatə edə bilər. Digər tərəfdən, tikilinin sökülməsi üçün önəmli səbəblər qismində tikintinin başqasına məxsus torpaqda aparılması, digər şəxslərin hüquqları və qanunla qorunan mənafeələrinin pozulmasını, fiziki şəxslərin həyat və sağlamlığı üçün təhlükə yaradılmasını və ekoloji mühitin pozulmasını göstərmək olar.

Nəticə olaraq, hər bir hal fərdi şəkildə qiymətləndirilməli və mülkiyyət hüquqlarına ədalətli yanaşma göstərilməlidir. Belə yanaşma tikilinin sökülməsi qərarının yalnız qanunvericilikdə nəzərdə tutulan əsaslar

⁴⁵ Yuxarıda istinad 36, maddə 95.

daxilində və son çarə kimi tətbiq edilməsini nəzərdə tutur. Əlavə olaraq, özbaşına tikililərin sökülməsi qərarlarının sosial təsirlərinə diqqət yetirilməlidir. Bu, sökülmə nəticəsində evsiz qalacaq şəxslər üçün alternativ yaşayış yerlərinin təmin edilməsini və sosial dəstək tədbirlərini əhatə edə bilər.

B. Özbaşına tikililər üzərində mülkiyyət hüququnun tanınması üçün əsaslar

Azərbaycanda mövcud mülki qanunvericilik özbaşına tikintiyə mülkiyyət hüququnun tanınması imkanını nəzərdə tutur. AR Mülki Məcəlləsinin 180.3-cü maddəsinə əsasən, əgər özbaşına tikinti şəxsin öz mülkiyyətində olan torpaq sahəsində inşa edilərsə, məhkəmə müəyyən şərtlər daxilində bu cür tikinti üzərində mülkiyyət hüququnu tanıya bilər. Bununla belə, özbaşına tikintinin saxlanılması digər şəxslərin hüquq və mənafelərini pozursa, onların həyatına və sağlamlığına təhlükə yaradırsa, onun üzərində mülkiyyət hüququ tanınma bilməz.

Azərbaycanda özbaşına tikili üzərində mülkiyyət hüquqları əldə etmə müddəti prinsipi əsasında da qeydiyyata alınma bilər.⁴⁶ Bu konsepsiyaya əsasən, daşınmaz əmlakın mülkiyyətçisi olmayan, lakin uzun illər ərzində ona öz əmlakı kimi vicdanla, açıq və fasiləsiz sahiblik edən hər bir fiziki və ya hüquqi şəxs bu əmlaka mülkiyyət hüququ əldə edə bilər.⁴⁷

Özbaşına tikililərin qanuniləşdirilməsi məsələsində Türkiyə Cümhuriyyətinin praktikasına nəzər yetirməkdə fayda var. Birincisi, Türkiyədə Azərbaycan kimi müxtəlif dövrlərdə sürətli urbanizasiya, iqtisadi inkişaf və əhalinin artımı ilə üzləşmişdir, bu da ölkədə özbaşına tikililərin yayılmasına səbəb olmuşdur. İkincisi, Türkiyənin “imar affı” və ya “imar barışı” adlandırılan amnistiya proqramı qeyri-qanuni tikililərin qanuniləşdirilməsi sahəsində geniş miqyaslı və uzunmüddətli bir təcrübəyə sahibdir. Bu praktikanın öyrənilməsi Azərbaycanı qonşu ölkənin üzləşdiyi acı təcrübədən və bu sahədə buraxılmış səhvlərdən müəyyən qədər sığortalaya bilər.

Türkiyədə 1948-ci ildən etibarən müxtəlif dövrlərdə tətbiq edilən amnistiya proqramı nəticəsində milyonlarla özbaşına tikili qanuniləşdirilmişdir. Sonuncu dəfə belə bir amnistiya 2018-ci ildə baş tutmuşdur.⁴⁸ Milyonlarla vətəndaş proqram çərçivəsində müəyyən miqdarda dövlət rüsumu ödəməklə qeyri-qanuni tikililəri üzərində mülkiyyət hüququ əldə etmişdir. Belə tikililərin tikinti və təhlükəsizlik standartlarına cavab verib-verməməsi isə ciddi şəkildə yoxlanılmamışdır.⁴⁹

⁴⁶ Yuxarıda istinad 8, mad. 179.

⁴⁷ Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, 122 (1962).

⁴⁸ Zeynel Abidin Polat, *Analysis of the Regulation of “Zoning Reconciliation” in Local Governments*, 29 *Planlama* 202, 203 (2019).

⁴⁹ Yenə orada, 205.

2023-cü ilin fevral ayında baş vermiş güclü zəlzələdən sonra “imar affı” proqramı tənqid atəşinə tutulmuşdur. Belə ki, baş vermiş zəlzələ nəticəsində Türkiyədə 160 mindən çox bina dağılmış və ya ciddi şəkildə zədələnmişdir. Nəticədə, təbii fəlakətin fəsadlarının tikinti sahəsində yol verilən pozuntular səbəbilə daha da dərinləşməsi ilə bağlı fikirlər formalaşmışdır.⁵⁰

Türkiyənin bu sahədəki təcrübəsi bir daha sübut edir ki, tikinti sahəsində kifayət qədər ciddi nəzarət və icazə mexanizmləri mövcud olmalıdır, əks halda bu çox ağır fəsadlara gətirib çıxara bilər. Ölkəmizdə vətəndaşların yaşayış vəziyyətinin yaxşılaşdırılması məqsədilə mülkiyyət amnistiyası həyata keçirilsə belə, bu, kortəbii şəkildə deyil, əmlak islahatı ilə yalnız keyfiyyətli tikililərə şamil olunmalıdır.

Bununla yanaşı, özbaşına tikilinin amnistiyası zamanı onun yerləşdiyi torpağın kimə məxsus olmasına da diqqət yetirilməlidir. Torpaq özbaşına tikilinin sahibinin və ya onun inşa edən mülkiyyətindədirsə, o zaman rəsmiləşdirmə proseduru daha asanlıqla həyata keçirilə bilər. Dövlət və bələdiyyə torpaqlarında inşa edilmiş özbaşına tikililərin rəsmiləşdirilməsi isə bu torpaqların dövlət və bələdiyyələr tərəfindən satılması və ya icarəyə verilməsi yolu ilə baş tuta bilər. Əgər özbaşına tikili icazəsiz olaraq başqa fiziki şəxsin torpağında ucaldılıbsa, onda bu tikilinin sənədləşdirilməsi prosesi daha mürəkkəb ola bilər. Bu halda, mütləq qaydada torpağın qanuni mülkiyyətçisinin razılığı alınmalı və məsələyə dövlət qurumlarının müdaxiləsi istisna edilməlidir.

Xülasə, qanunvericilik özbaşına tikinti obyektlərinin qanuniləşdirilməsinə dair tələblərin yumşaldılması istiqamətində inkişaf edir. Yəni obyekt təhlükəsizdirsə, normalara cavab verirsə, tikintini aparan şəxsin öz torpağında yerləşirsə, digər şəxslərin hüquq və mənafelərini pozursa, bu cür tikililərin sənədləşdirilməsi üçün dövlət tərəfindən şərait yaradılır. Digər sözlə, indiki dövrdə dövlət öz qarşısına özbaşına tikililərin sökülməsi məqsədi qoymayıb, əksinə bu cür tikililərin müəyyən edilmiş tələblərə uyğunlaşdırılaraq qanuniləşdirilməsinə çalışılır. Buna nümunə kimi “Tikinti obyektlərinin sökülməsi Qaydaları”nı göstərmək olar. Belə ki, bu Qaydaların qəbul edilməsi ilə müvafiq şəxslərin tikinti obyektlərini qanuniləşdirməsi üçün uyğun hüquqi zəmin və şərait yaradılır.

C. Özbaşına tikinti fəaliyyətinə görə hüquqi məsuliyyət

Özbaşına tikinti bəzi hallarda qanunvericilikdə nəzərdə tutulmuş sanksiyaların tətbiq olunmasına səbəb ola bilər. Azərbaycan qanunvericiliyi bu məsələyə kifayət qədər sərt yanaşaraq özbaşına tikintiyə görə tək cəza mülki və inzibati deyil, həm də cinayət məsuliyyəti nəzərdə tutur.

Azərbaycanda özbaşına tikinti insanların həyat və sağlamlığı üçün real təhlükə törətdikdə, ehtiyatsızlıqdan sağlamlığa zərər vurduqda, zərərçəkmiş

⁵⁰ Turkey earthquakes: Collapsed buildings investigation widens (2023), <https://www.bbc.com/news/world-europe-64774726> (son baxış 5 yanvar 2024).

şəxsin ölümünə və ya digər ağır nəticələrə səbəb olduqda əlaqədar şəxs cinayət məsuliyyətinə cəlb olunur. Bu məsuliyyət cərimə, islah işlərinə cəlb olunma, müəyyən vəzifələri tutmaq və ya bəzi işlərlə məşğul olmaq hüququndan məhrum edilmə, azadlığın məhdudlaşdırılması və ya 6 ilə qədər azadlıqdan məhrum etmə kimi cəzaları özündə ehtiva edir.⁵¹ Cəza tədbirləri özbaşına tikintilərin törətdiyi risklərə və zərərlərə müvafiq şəkildə tətbiq edilir və təhlükəli davranışların qarşısını almaq məqsədi daşıyır.

Cinayət məsuliyyəti ilə yanaşı, özbaşına tikinti işlərinin aparılmasına görə inzibati cərimələr də artmaqdadır. Belə ki, 2023-cü ildə Azərbaycan Respublikasının İnzibati Xətalər Məcəlləsinə tikinti və şəhərsalma sahəsində fiziki və hüquqi şəxslərin məsuliyyətinin artırılmasını nəzərdə tutan dəyişikliklər edilmişdir. Qanunvericiliyə edilmiş dəyişikliklərə əsasən, tikintisinə icazə tələb olunan, lakin icazə olmadan inşa edilmiş tikililərin sifarişçilərinə münasibətdə cərimələr artırılmışdır. Həmçinin barəsində məlumatlandırma icraatı tətbiq olunan özbaşına inşa edilmiş tikililərə münasibətdə inzibati məsuliyyət müəyyən edilmişdir.⁵²

Cədvəl 1. Qanunvericiliyə edilmiş dəyişikliklərdən sonra özbaşına tikinti işlərinin aparılmasına görə tətbiq olunan inzibati cərimələr

	Tətbiq dairəsinə düşən subyektlər	Məlumatlandırma icraatı tətbiq edilən tikililərin inşasına görə inzibati cərimələr (yeni)	Tikintisinə icazə tələb olunan tikililərin inşasına görə inzibati cərimələr (dəyişiklikdən əvvəl)	Tikintisinə icazə tələb olunan tikililərin inşasına görə inzibati cərimələr (dəyişiklikdən sonra)
1.	Fiziki şəxslər	Xəbərdarlıq və ya 300-500 manat	300 - 500 manat	800 - 1,000 manat
2.	Vəzifəli şəxslər	1,500 - 2,500 manat	1,500 - 2,500 manat	2,500 - 4,000 manat
3.	Hüquqi şəxslər	15,000 - 25,000 manat	15,000 - 25,000 manat	20,000 - 25,000 manat

Azərbaycanda özbaşına tikinti fəaliyyətinin həyata keçirilməsinə görə tətbiq olunan sanksiyalar sərtləşdirilməkdədir. Bunun məntiqi nəticəsi olaraq hazırda ölkədə, demək olar ki, yeni özbaşına tikinti fəaliyyəti mövcud deyil.

⁵¹ Azərbaycan Respublikasının Cinayət Məcəlləsi, mad. 188 və 221.1 (2000).

⁵² Azərbaycan Respublikasının İnzibati Xətalər Məcəlləsi, mad. 395.1 (2015).

Belə fəaliyyət meydana gəlidiyi təqdirdə belə, qarşısı müvafiq dövlət orqanları tərəfindən dərhal alınır.

V. Özbaşına tikinti institutu ilə bağlı Azərbaycan Respublikasının tərəfdar çıxdığı beynəlxalq müqavilələrdən irəli gələn öhdəlikləri

Özbaşına tikinti institutu ilə bağlı Azərbaycan Respublikasının tərəfdar çıxdığı beynəlxalq müqavilələrdən irəli gələn müəyyən öhdəliklər mövcuddur. 13 avqust 1992-ci ildə Azərbaycan Respublikasının Milli Məclisi tərəfindən ratifikasiya edilmiş “İqtisadi, sosial və mədəni hüquqlar haqqında Beynəlxalq Paktın (ICESCR) 11-ci maddəsinin 1-ci bəndi adekvat həyat səviyyəsi hüququnun bir hissəsi kimi mənzil hüququna təminat verir.⁵³ Həmin maddədəki adekvat mənzil hüququ anlayışı üzrə 4 saylı ümumi şərhədə qeyd olunur ki, məcburi köçürmə halları “prima facie”⁵⁴ – ilkinlik prinsipinə əsasən Paktın tələblərinə uymur. Məcburi köçürülmə halları yalnız ən müstəsna hallarda və beynəlxalq hüququn müvafiq prinsiplərinə uyğun olaraq əsaslandırılı bilər.⁵⁵

Birləşmiş Millətlər Təşkilatının “İqtisadi, Sosial və Mədəni Hüquqlar Komitəsinin 1997-ci ildə ICESCR-in 11.1-ci maddəsindəki “adekvat mənzil hüququ: məcburi köçürülmələr” üzrə 7 saylı ümumi şərhində “məcburi köçürülmə” termini fərdlərin, ailələrin və/və ya icmaların müvafiq hüquqi və ya digər müvafiq müdafiə vasitələri təmin edilmədən zəbt etdikləri evlərdən və/və ya torpaqlardan öz iradəsi əleyhinə olaraq daimi və ya müvəqqəti köçürülməsi kimi müəyyən edilir. Beynəlxalq insan hüquqları hüququna əsasən, müstəsna hallarda insanların məcburi köçürülməsinə icazə verilə bilər. Bununla belə, bu cür köçürülmələr tam əsaslandırılmalı, buna qanunla icazə verilməli, beynəlxalq insan hüquqları və humanitar hüququn müvafiq

⁵³ Bu Paktın iştirakçısı olan dövlətlər hər kəsin özü və ailəsi üçün adekvat həyat səviyyəsi, o cümlədən adekvat qida, geyim və mənzil, habelə yaşayış şəraitinin davamlı olaraq yaxşılaşdırılması hüququnu tanıyırlar. İştirakçı dövlətlər azad razılığa əsaslanan beynəlxalq əməkdaşlığın mühüm əhəmiyyətini dərk edərək, bu hüququn həyata keçirilməsini təmin etmək üçün üçün müvafiq addımlar atacaqlar.

⁵⁴ Georg Nils Herlitz, *The Meaning of the Term “Prima Facie”*, 55 Louisiana Law Review 391, 391 (1994). Müasir hüquqi dildə (həm mülki hüquq, həm də cinayət hüququ kontekstində) “prima facie” termini ilkin araşdırma zamanı işi dəstəkləmək üçün kifayət qədər təsdiqedici sübutların mövcud olduğunu bildirmək üçün istifadə olunur. Ümumi hüquq sistemində “prima facie” əksi sübut olunana qədər müəyyən bir məsələni və ya faktı sübut etmək üçün etibarlı hesab edilən dəlil anlamını ifadə etmək üçün istifadə edilir.

⁵⁵ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 4: The Right to Adequate Housing (Art. 11 (1) of the Covenant) (1991). Burada bax: <https://www.escr-net.org/resources/general-comment-4> (son baxış 14 dekabr 2023).

müddəalarına tam uyğunlaşdırılmalı və müəyyən təzminat predmeti olmalıdır.⁵⁶

Məcburi köçürülmənin özbaşına tikinti institutu ilə əlaqəsi özbaşına tikililərin hüquqi statusu və bu tikililərdə yaşayan insanların mənzil hüquqlarının necə müdafiə ediləcəyi məsələlərindən qaynaqlanır. Özbaşına tikililərdə yaşayan insanlar tez-tez məcburi köçürülmə riski ilə üzləşirlər, çünki onların yaşayış yerləri rəsmi olaraq qeydiyyatda alınmamışdır. Beynəlxalq hüquqa əsasən, məcburi köçürülmələr insan hüquqlarının, xüsusən də adekvat mənzil hüququnun kobud şəkildə pozulmasıdır.⁵⁷ Belə ki, beynəlxalq hüquq normativləri məcburi köçürülmələrin yalnız qanuni, şəffaf və ədalətli şərtlər çərçivəsində həyata keçirilməsini tələb edir. Bu həmçinin özbaşına tikintilərdə yaşayan insanların mənzil hüquqlarının qorunmasını və köçürülmə prosesində onların lazımı tədbirlərlə təmin edilməsini də əhatə edir. Nəticədə, məcburi köçürülmə və özbaşına tikinti institutu arasındakı əlaqə həm yaşayış hüquqlarının qorunması, həm də şəhərsalma və mülkiyyət qanunlarına riayət etməklə bağlıdır. Dövlətlər bu kimi vəziyyətlərdə insan hüquqlarına hörmət göstərməli və məcburi köçürülmələri yalnız son çarə kimi və qanun çərçivəsində həyata keçirməlidirlər.⁵⁸

Bunlarla yanaşı, Azərbaycanın tərəfdar çıxdığı “Ümumdünya İnsan Hüquqları Bəyannaməsi”nin (ÜİHB) də 25-ci maddəsinin 1-ci bəndinə əsasən, adekvat mənzil hüququ da daxil olmaqla, hamının adekvat həyat səviyyəsi hüququ təmin edilməlidir. ÜİHB özlüyündə ona tərəfdar çıxan ölkələr üçün hüquqi cəhətdən məcburi sənəd hesab olunmasa da, bir çox beynəlxalq sənədlərdə təsbit edilmiş insan hüquqları standartlarına əsaslanan bir sıra prinsip və hüquqlardan ibarətdir. Adekvat mənzil hüququ ilə özbaşına tikinti institutu arasındakı əlaqə, əsasən, mənzilə çıxışın məhdud olması ilə bağlıdır. İnsanlar layiqli yaşayış şəraiti tapa bilmədiklərində özbaşına tikintiyə yönəliirlər. Bu hal xüsusilə gəlir səviyyəsi aşağı olan əhali qrupları arasında yayılmışdır. Özbaşına tikililər tez-tez adekvat mənzil standartlarını təmin edə bilmir. Bu tikililər, adətən, əsaslı infrastruktur, su, elektrik və sanitariya xidmətlərinin olmaması, həmçinin təhlükəsizlik və sağlamlıq riskləri ilə bağlı problemlərə malikdir. Özbaşına tikililərdə yaşayan insanların “adekvat mənzil hüquq”larının təmin edilməsi dövlətlər və beynəlxalq cəmiyyət üçün ciddi bir çağırışdır. Bu həm məcburi köçürmələrin qarşısının alınması, həm də insanlara daha layiqli yaşayış şəraiti təmin etmək üçün alternativ həll yollarının axtarılmasını tələb edir.

Bundan əlavə, müvafiq məsələ ilə bağlı Azərbaycan Respublikasının Avropa İnsan Hüquqları Konvensiyasından (AİHK) irəli gələn öhdəlikləri

⁵⁶ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 7: The Right to Adequate Housing (Art. 11 (1) of the Covenant) (1997).

⁵⁷ United Nations Commission on Human Rights resolutions 1993/77 and 2004/28.

⁵⁸ United Nations, Forced Evictions, Fact Sheet No. 25/Rev.1, 34 (2015).

vardır. Konvensiyanın iştirakçısı kimi Azərbaycan Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsinin (AİHM) yurisdiksiyası altında məcburi köçürülməni və evlərin zorla dağıdılmasını qadağan edən beynəlxalq öhdəliklərə sahibdir.⁵⁹

Azərbaycanın məhkəmə praktikasına nəzər salsaq, ölkənin tərəfdar çıxdığı beynəlxalq müqavilələrdən irəli gələn öhdəliklərini yerinə yetirmək üçün müvafiq tədbirlər həyata keçirdiyini müşahidə etmək olar. Bu xüsusda Azərbaycanda özbaşına tikililərlə bağlı məhkəmə işlərində AİHM-in presedent hüququnun tətbiq edilməsini də qeyd etmək olar.⁶⁰

VI. Özbaşına tikinti işləri ilə bağlı məhkəmə təcrübəsində AİHM-in presedent hüququnun tətbiqi

AİHM-in presedent hüququnun özbaşına tikinti işləri ilə bağlı məhkəmə təcrübəsində tətbiqi insan hüquqlarının qorunması və hüquqi mexanizmlərin gücləndirilməsi baxımından mühüm əhəmiyyət kəsb edir. Bu kontekstdə AİHM qərarları mülkiyyət hüquqlarının qorunması, ədalətli məhkəmə araşdırması hüququnun təmin edilməsi, yaşamaq hüququ və insan ləyaqətinin qorunması kimi əsas prinsipləri özündə birləşdirir. Məhkəmə özbaşına tikintilərlə bağlı işlərdə dövlətlərin mülkiyyətə müdaxiləsi və ictimai maraqlarla şəxsi hüquqlar arasında ədalətli balans qurmaq zərurəti üzərində durur.

AİHM qərarları özbaşına tikintilərdə yaşayan insanların məcburi köçürülməsi və yaşayış yerlərinin dağıdılması proseslərində insan hüquqlarının qorunmasını təmin etmək üçün əlaqədar dövlətlərə xüsusi öhdəliklər qoyur. Bu qərarlar ictimai siyasətlərin insan hüquqları standartlarına uyğunlaşdırılmasında yol göstərici rol oynayır və dövlətləri tətbiq etdikləri prosedurları bu standartlara uyğun şəkildə təkmilləşdirməyə təşviq edir. Əlavə olaraq, formalaşmış presedent özbaşına tikintilərin qarşısının alınması və adekvat mənzil hüququnun təmin edilməsi üçün lazımi tədbirlərin görülməsini istiqamətləndirir. Belə tədbirlər şəffaf və ədalətli planlama və tikinti proseslərinin təşkil edilməsi, infrastruktur, habelə ictimai xidmətlərin inkişafı kimi aspektləri əhatə edir.

Son illər ərzində Azərbaycan məhkəmələri daha çox AİHM-in presedent hüququna və onun prinsiplərinə istinad edir. Bu xüsusda Ədalət mühakiməsinin həyata keçirilməsi zamanı “İnsan hüquqlarının və əsas azadlıqların müdafiəsi haqqında” Avropa Konvensiyası müddələrinin və İnsan Hüquqları üzrə Avropa Məhkəməsinin presedentlərinin tətbiqi

⁵⁹ Avropa İnsan Hüquqları Konvensiyası, mad. 8 (1950); Avropa İnsan Hüquqları Konvensiyasına 1 sayılı Protokol, mad. 1 (1952).

⁶⁰ Daha ətraflı bax: “Poleks” Məhdud Məsuliyyətli Cəmiyyətinin şikayəti üzrə Azərbaycan Respublikası Ali Məhkəməsinin Mülki Kollegiyasının 17 noyabr 2020-ci il tarixli qərarının Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyasına və qanunlarına uyğunluğunun yoxlanılmasına dair” Azərbaycan Respublikası Konstitusiya Məhkəməsi Plenumunun Qərarı (2021).

haqqında Azərbaycan Respublikası Ali Məhkəməsinin Plenumu qərarını da qeyd etmək lazımdır. Aşağı instansiya məhkəmələri müvafiq mülki hüquq norması olmadıqda və ya normalar arasında ziddiyyətlər olduqda bu qərara istinad edərək AİHM-in presedent hüququnu tətbiq edə bilirlər.⁶¹

Bununla da ölkədə ədalət mühakiməsi tədricən ümumi hüquq (ingilissakson) sisteminə keçid etməkdədir. Buna misal olaraq, Azərbaycan məhkəmələri tərəfindən ədalət mühakiməsi həyata keçirilərkən tez-tez mütənasiblik prinsipinin tətbiq edilməsini göstərmək olar.⁶² Prinsipin məhkəmə praktikasında tətbiq edilməsi müsbət bir məqam kimi qiymətləndirilə bilər. Bu, postsovet formalizmindən uzaqlaşma mənasına gəlir. SSRİ dövründə sosialist mülkiyyətinin maksimum qorunması ənənəsi var idi və məhkəmələr maraqlar balansını daim dövlətin xeyrinə dəyişdirirdilər. Postsovet formalizminə əsasən, vətəndaş daşınmaz əmlak sahəsində kiçik bir qanun pozuntusuna görə öz mülkiyyət hüquqlarından məhrum edilə bilərdi. Hərçənd bəzi hallarda bu cür hüquq pozuntularının yaranmasına səbəb məhz dövlət qurumlarının öz fəaliyyətində yol verdiyi ciddi pozuntular və nöqsanlar olurdu.⁶³ Azərbaycanın hazırkı qanunvericiliyinə əsasən isə bu cür səhvlərə görə vətəndaş deyil, dövlət cavabdehlik daşıyır.⁶⁴

Azərbaycan liberalizmi qanunvericilik sisteminin əsası kimi qəbul edir. Belə ki, hakimlər AİHM-in presedentlərini öz praktikasına inteqrasiya etməklə mülki məsələlərlə bağlı məhkəmə işlərinin böyük əksəriyyətində vətəndaş hüquq və azadlıqlarının daha üstün olması ilə razılaşırlar. Belə məhkəmə işləri zamanı fiziki və ya hüquqi şəxsin hansı qanunu pozmasına deyil, bu pozuntunun dövlət üçün nə dərəcədə əhəmiyyətli və müvafiq cəzanın həmin şəxs üçün nə dərəcədə ağır olmasına diqqət yetirilir. Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyası Məhkəməsi Plenumu hesab edir ki, yaşayış sahəsinə mülkiyyət hüququnun qanunverici tərəfindən tənzimlənməsi yaşayış sahəsinin mülkiyyətçisi və digər iştirakçıların hüquq və maraqlarının ədalətli və ağılabatan tarazlığı əsasında həyata keçirilməlidir.

⁶¹ Xamis Seyranov, *Məhkəmə Presedentləri Mülki Hüququn Mənbəyi Kimi: Nəzəriyyə və Təcrübə*, 82 (2018).

⁶² Mütənasiblik prinsipi ümumi hüquqi mənada dövlət orqanlarının qarşıya qoyduğu məqsədlərin mahiyyəti ilə onlara nail olmaq üçün həyata keçirilən tədbirlər arasında uyğunluq deməkdir. Mütənasiblik prinsipi konsepsiyası ilk dəfə Almaniyada 19-cu əsrin sonlarında polisın hərəkətlərinin qanuniliyini yoxlamaq üçün Ali Dövlət İnzibati Məhkəmələrində (almanca Oberverwaltungsgericht) işlənilib hazırlanmışdır. Bu prinsip ilk növbədə insanın hüquq və azadlıqlarının məhdudlaşdırılmasına səbəb olan hərəkətlərə şamil edilir. Hər bir belə məhdudiyət zəruri olandan kənara çıxmamalı, həddindən artıq və qeyri-mütənasib olmamalıdır. Xüsusilə, şəxs məsuliyyətə cəlb olunarsa, tətbiq olunan sanksiya qanun pozuntusunun ciddiliyinə uyğun – mütənasib olmalıdır.

⁶³ Gianmaria Ajani, *Formalism and Anti-formalism under Socialist Law: The Case of General Clauses within the Codification of Civil Law*, 2 *Global Jurist Advances* 1535, 1535 (2002).

⁶⁴ Yuxarıda istinad 40, mad. 68.

Bu konstitusion məqsədə çatmaq üçün belə tənzimləmə həm də məhkəmələr tərəfindən konkret işin faktiki hallarının müəyyənləşdirilməsi və araşdırılması, bu halların əsasında yaranan və ya yarana biləcək müxtəlif halların nəzərə alınması və nəticə etibarilə konstitusional hüquq və azadlıqlarının əsassız və həddən artıq məhdudlaşdırılmaması fərqli yanaşmanın tətbiq edilməsini mümkün etməlidir.⁶⁵ Müvafiq hüquq münasibətlərinin iştirakçılarının maraqlarının ədalətli və əqlabatan tarazlaşdırılması qüvvədə olan hüquqi tənzimləmə sisteminin əsasında bütün hüquq sahələrinin normaları nəzərə alınmaqla həyata keçirilməlidir.⁶⁶

A. Özbaşına tikili ilə bağlı problemlərin AİHM məhkəmə işlərindəki həll yolları

Ölkədəki ədalət mühakiməsinin həyata keçirilməsi zamanı AİHM-in təcrübəsindən istifadə edilməsi fərdlərlə dövlət arasındakı mübahisələrdə hüquq tətbiqetmə tədbirlərini sadələşdirə bilər. Belə ki, müasir dövrdə ölkənin iqtisadi həyatı yüzlərlə normativ hüquqi akt tərəfindən tənzimlənir. Bu cür böyük həcmli pozitivist tənzimləmə isə bəzən xroniki kolliziyalara və hüquqi qeyri-müəyyənliyə gətirib çıxarır. Bununla müqayisədə AİHM-in presedent hüququ daha konkretir. Burada mülki və iqtisadi işlərlə bağlı qərarlar əsasən iki maddəyə əsaslanır: AİHK-nın 6-cı maddəsinin 1-ci hissəsi (ədalətli məhkəmə araşdırması hüququ)⁶⁷ və AİHK-nın 1 sayılı Protokolunun (bundan sonra – Protokol) 1-ci maddəsi (mülkiyyətin müdafiəsi).⁶⁸ AİHM-in açıqladığı statistikaya əsasən, Məhkəmə yarandığı gündən daxil olan şikayətlərin 58%-i məhz bu iki maddə ilə əlaqədar olub.⁶⁹ Bu baxımdan AİHM təcrübəsinin tətbiqi Azərbaycanda xroniki kolliziyalar və hüquqi qeyri-müəyyənlik ilə bağlı olan “Qordi düyünü”nün açılmasına imkan yarada bilər.

Protokol vətəndaşların mülkiyyət hüququnun müdafiəsinə təminat verir. Burada ən mühüm tələb dövlət orqanı tərəfindən mülkiyyətə istənilən müdaxilənin tam qanuni olmasıdır. Yəni dövlətin şəxslərin mülkiyyətinə hər bir müdaxiləsi bu müddəanın pozulması anlamına gəlmir. Belə ki, Protokolun 1-ci maddəsi mülkiyyətin qorunması üçün üç qayda müəyyən edir. Ümumi

⁶⁵ “Pilot İnşaat-A” Mənzil-Tikinti Kooperativinin şikayəti üzrə Azərbaycan Respublikası Ali Məhkəməsinin Mülki Kollegiyasının 6 aprel 2021-ci il tarixli qərarının Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyasına və qanunlarına uyğunluğunun yoxlanılmasına dair” Azərbaycan Respublikası Konstitusiya Məhkəməsi Plenumunun Qərarı (2022).

⁶⁶ “Azərbaycan Respublikası Mülki Məcəlləsinin 228.5-ci və Azərbaycan Respublikası Mənzil Məcəlləsinin 30.4-cü maddələrinin şərh edilməsinə dair” Azərbaycan Respublikası Konstitusiya Məhkəməsi Plenumunun Qərarı (2013).

⁶⁷ ECHR, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights Right to a fair trial (civil limb), 7 (2022).

⁶⁸ ECHR, Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights – Protection of property, 7 (2022).

⁶⁹ Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsi, AİHM 50 Sualda, 11 (2021). Burada bax: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/50questions_aze (son baxış 14 dekabr 2023).

səciyyə daşıyan və prinsip kimi də nəzərdə tutulan ilk qayda hər bir fiziki və hüquqi şəxsin öz mülkiyyətindən maneəsiz istifadə hüququnu, yəni mülkiyyətin qorunmasını təmin edir. Bununla belə, bu prinsip mütləq deyil və xüsusi hallarda mülkiyyətə müdaxilə oluna bilər. İkinci qayda heç kəsin cəmiyyətin maraqları naminə və qanunla, beynəlxalq hüququn ümumi prinsipləri ilə nəzərdə tutulmuş şərtlər istisna olmaqla, öz mülkiyyətindən məhrum edilə bilməyəcəyini bəyan edir. Üçüncü qayda isə dövlətin ümumi maraqlara müvafiq olaraq mülkiyyətdən istifadəyə nəzarəti həyata keçirmək imkanlarını tənzimləyir. Bu üç qayda bir-biri ilə əlaqəlidir. Faktiki olaraq ikinci və üçüncü qaydalar birinci prinsip ilə əlaqədar xüsusi hallardır. Yəni mülkiyyətdən məhrum etmə və mülkiyyətin istifadəsinə nəzarətin həyata keçirilməsi daha geniş qaydanın – mülkiyyətdən maneəsiz istifadə hüququnun xüsusi halları kimi çıxış edir. AİHM Protokolun 1-ci maddəsi üzrə işlərə baxarkən məhz bu meyarlara diqqət yetirir.

B. AİHM-in işlərindən çıxmış nəticələrə əsaslanan “xüsusi test”

AİHM mülkiyyətə müdaxilənin hüquqiliyini müəyyənləşdirmək üçün “xüsusi test”dən istifadə edir. Testə daxil olan üç şərtədən ən azı biri yerinə yetirilməyibsə, bu cür müdaxilə AİHK-nın tələblərini pozur.⁷⁰

Birinci şərt qanunilik prinsipinə əməl olunmasıdır. Bir qayda olaraq, qanunilik tələbinin yerinə yetirilməsi üçün müdaxilənin həmin dövlətin hüquq sistemində qanuni əsası olmalıdır. Eyni zamanda, müvafiq qanunvericilik normaları da hüququn aliliyi prinsipi ilə uzlaşmalı,⁷¹ ictimaiyyət üçün əlçatan və aydın olmalıdır.⁷² Yəni müvafiq qanunvericilik hər kəsə öz hərəkətlərinin nəticələrini qabaqcadan görməyə imkan verməli və onun mətni özbaşına müdaxilələrə yol verilməməsi üçün aydın şəkildə ifadə olunmalıdır.⁷³

Bununla belə, AİHM qeyd edir ki, hüquq təfsir yolu ilə inkişaf edə bilər və qanunların təfsirindəki dəyişikliklər özlüyündə AİHK-ı pozmur. Bir şərtlə ki, onlar bütün hallarda aydın və ardıcıl olsun. Milli qanunun təfsiri əsaslı və ardıcıl olmadığı təqdirdə isə AİHM bu təfsirin ziddiyyətli olması məsələsini qaldıra bilər.⁷⁴

Testin ikinci şərti müdaxilənin ictimai maraqlara uyğunluğu, yəni qanuni məqsədin olması ilə əlaqədardır. AİHM bu şərtlə bağlı bildirir ki, ictimai maraq siyasi, iqtisadi və sosial məsələləri əhatə edən geniş bir anlayışdır.⁷⁵ Bu

⁷⁰ Sebastian Lopez-Escarcena, *Interferences with Property Under European Human Rights*, 24 Florida Journal of International Law 513, 521 (2012).

⁷¹ Kushoglu v. Bulgaria, ECHR No. 48191/99, § 49 (2007).

⁷² Špaček, s.r.o. v. Czech Republic, ECHR No. 26449/95, § 54 (1999).

⁷³ Hentrich v. France, ECHR No. 13616/88, § 42 (1994).

⁷⁴ Yuxarıda istinad 68, 25.

⁷⁵ Yenə orada, 28.

səbəbdən müdaxilənin qanuni məqsədinin müəyyənləşdirilməsi ilə bağlı dövlətlər geniş mülahizə imkanına malikdirlər. Bəzi tədqiqatçılar hakimiyət orqanlarının mülkiyyətə müdaxilə zamanı istinad etdiyi qanuni məqsədə AİHM-in etiraz etməsini, ümumiyyətlə, real görmürlər.

Belə ki, burada dövlətdən tələb edilən sübut etmə standartı çox aşağıdır.⁷⁶ Hətta bəzən dövlət mülkiyyət hüququna müdaxiləni istiqamətləndirən məqsədi müəyyənləşdirməsə belə, AİHM bununla bağlı köməklik göstərə bilər. Məsələn, *Ambruosi v. Italy* məhkəmə işində dövlətin mülkiyyətə müdaxiləsinin qanuni məqsədi qeyd edilməsə belə, AİHM belə bir məqsəd kimi dövlət büdcəsinin qorunmasını göstərmişdir.⁷⁷

AİHM bu cür mövqeyi dövlətin cəmiyyətin ehtiyacları barədə daha çox məlumatlı olması ilə izah edir.⁷⁸ Buna görə də AİHM dövlətin əsaslandığı ictimai maraqlara və onun qərarlarına hörmət etməyə çalışır. Təbii ki, bu yanaşma real əsas olmayan mülkiyyət müdaxilələri zamanı tətbiq edilmir. Məhkəmənin dövlətin əsaslandığı qanuni marağına etiraz etdiyi istisna hallar da mövcuddur.⁷⁹

Bu testin son və özbaşına tikililərlə bağlı məhkəmə işlərində əsas element hesab edilə biləcək şərti mütənasiblikdir. Mütənasiblik prinsipi məqsədəuyğunluq, zərurilik və ədalətli balans olmaqla üç əsas meyar əsasında dövlət müdaxilələrinin qiymətləndirilməsini tələb edir. Sözügedən prinsip müdaxilənin legitim məqsədlərə xidmət etməsini, ən az məhdudiyət törədən vasitələrin seçilməsini və fərdi hüquqlar ilə ictimai maraqlar arasında ədalətli bir balansın qorunmasını zəruri edir. AİHM-in mütənasiblik prinsipinin tətbiqi özbaşına tikililərlə əlaqəli məsələlərdə ədalət, hüquqi şəffaflıq və insan hüquqlarının qorunması baxımından mühüm rol oynayır, hər bir iş dəqiq və məqsədyönlü yanaşılmasını təmin edir. Bu prinsip ictimai maraq və şəxsin əsas hüquqlarının müdafiəsi tələbləri arasında ədalətli tarazlığa riayət edilməsini nəzərdə tutur.⁸⁰

Protokola əsasən, dövlətlərə mülkiyyət hüququna müdaxilə ilə bağlı geniş mülahizə hüququ verilsə də, AİHM-in mütənasiblik prinsipini qiymətləndirərkən nəzərə aldığı müəyyən meyarlar mövcuddur. Həmin meyarlardan biri iddiaçı üçün məhrumetmə və ya məhdudiyət tədbirlərinin yaratmış olduğu nəticələrin ciddiliyidir. Bu zaman dövlət tərəfindən həyata keçirilə biləcək tədbirlərdən iddiaçı üçün ən yumşaq və təsirli yolun seçilib-seçilməməsi müəyyən edilməlidir. Belə ki, dövlət məhdudlaşdırıcı tədbirlər arasında daha yüngülünü seçib-sə, AİHM-nin mütənasibliklə bağlı tələbləri pozulmur. Əgər daha yüngül alternativ seçim yoxdursa, məhdudlaşdırmanın

⁷⁶ Janekke Gerards, *Judicial Review in Equal Treatment Cases*, 151 (2005).

⁷⁷ *Ambruosi v. Italy*, ECHR No. 31227/96, § 28 (2000).

⁷⁸ Yuxarıda istinad 68, 29.

⁷⁹ *Béláné Nagy v. Hungary*, ECHR No. 53080/13, § 113 (2016).

⁸⁰ Yuxarıda istinad 68, 30.

dərəcəsi nəzərə alınmalıdır. Yəni heç bir halda dövlət tərəfindən vətəndaşa tətbiq olunan məhdudlaşdırma həddindən artıq olmamalıdır.

Mütənasiblik prinsipinə dair AİHM-in presedent hüququnda ilk istinadlardan birini torpaq mülkiyyətçilərinin hüquqlarının məhdudlaşdırılması ilə bağlı olan *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* məhkəmə işində görmək olar.⁸¹ 1982-ci ildə AİHM tərəfindən qəbul edilmiş bu qərar mülkiyyət hüquqlarına dövlət tərəfindən edilən müdaxilələrin mütənasib olub-olmadığını dəyərləndirmək üçün əsas təşkil etmiş və sonrakı məhkəmə işlərində mütənasiblik prinsipinin tətbiqi üçün əhəmiyyətli presedent yaratmışdır.

Məhkəmə bu işdə prinsipə əməl edilib-edilmədiyini müəyyənləşdirmək üçün müdaxilənin müddətini də meyar kimi qiymətləndirmişdir. Belə ki, bu işdə hakimiyyət orqanları iddiaçılara məxsus torpaq sahələrinin bələdiyyənin xeyrinə özgəninkiləşdirilməsinə icazə vermiş və bunun nəticəsi kimi iddiaçılar 12 və 25 ilə yaxın müddət ərzində qeyri-müəyyən vəziyyətdə qalmış, eləcə də mülkiyyət hüquqlarından tam həcmdə istifadə edə bilməmişdirlər.⁸² Bu işdə AİHM hesab etmişdir ki, müddət meyarı əsasında mütənasiblik prinsipinə əməl edilməyib. Belə ki, uzun illər ərzində *Sporrong Estate* və xanım *Lönnroth*-un qadağa müddətinin azaldılması və ya təzminatın verilməsi ilə bağlı tələb irəli sürmək imkanı olmamışdır. Beləliklə, mülkiyyətçilərə tətbiq edilmiş uzunmüddətli qadağalar nəticəsində mülkiyyət hüququnun qorunması ilə ictimai maraqların qorunması tələbləri arasındakı ədalətli balans pozan vəziyyət yaranmışdır.⁸³

Sporrong and Lönnroth v. Sweden məhkəmə işində mütənasiblik prinsipi ilə bağlı AİHM tərəfindən nəzərə alınan digər məsələ iddiaçıların prosessual təminatlarıdır.⁸⁴ Yəni dövlət tərəfindən fərdə öz iddiasını səmərəli şəkildə təqdim etmək imkanı verilməlidir. Bu, fərdlərin mülkiyyətə müdaxiləyə qarşı məhkəmədə iddia irəli sürmək və müdaxilənin qanuniliyini, məqsədəuyğunluğunu və mütənasibliyini mübahisələndirmək hüququnu əhatə edir. Həmin işdə müəyyən edilmişdir ki, iddiaçıların mülkiyyətə müdaxilə müddətinin azaldılması ilə bağlı heç bir prosessual təminatı olmamışdır.

Həmçinin AİHM dövlət tərəfindən mülkiyyət hüququna müdaxilə zamanı kompensasiyanın verilib-verilməməsini də nəzərə alır. Məsələn, dövlət tərəfindən mülkiyyətin ekspropriasiyası zamanı müvafiq şəxsə kompensasiya ödənilmədikdə bu, bir qayda olaraq, qeyri-mütənasib müdaxilə hesab edilir.⁸⁵ Təbii ki, bu cür yanaşma bütün hallarda ədalətli hesab edilə bilməz. Bu səbəbdən işin bütün faktları nəzərə alınmalıdır.

⁸¹ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, ECHR No. 7151/75; 7152/75, § 53 (1982).

⁸² Yenə orada, § 60.

⁸³ Yenə orada, § 73.

⁸⁴ Yenə orada, § 87.

⁸⁵ Yuxarıda istinad 68, 36.

Beləliklə, aydın olur ki, dövlət tərəfindən mülkiyyət hüququna edilən müdaxilə Protokolun 1-ci maddəsinin müddəalarına uyğun olmalıdır. Yalnız AİHM dövlətin məhdudlaşdırıcı tədbirlərinin qeyd olunan hər üç şərtə, yəni: qanunilik, mütənasiblik və prosessual təminatlara riayət etdiyini müəyyən edərsə, dövlətin hərəkətlərində heç bir qanun pozuntusu qeydə alınmır.

C. Azərbaycanda özbaşına tikinti institutu ilə bağlı problemlərin AİHM-in presedent hüququnun prinsipləri üzərindən təhlili

Azərbaycanda özbaşına tikililərlə bağlı məsələlərin həlli AİHM-in presedent hüququnun tətbiqi vasitəsilə ədalətli kompensasiya təminatı, legitim gözlənti hüququnun müdafiəsi, ekspropriasiya şərtlərinin qanuni və mütənasib olması, eləcə də prosessual hüquqların təmin edilməsi kimi prinsiplər üzərində təhlil edilə bilər. Bu yanaşma özbaşına tikililərlə bağlı mübahisələrin ədalətli və şəffaf şəkildə həll edilməsinə, hüquqi norma və standartların təkmilləşdirilməsinə, həmçinin mülkiyyətçilərin hüquqlarının qorunub saxlanılmasına imkan yaradır.

1. Özbaşına tikililərin sökülməsi zamanı ədalətli kompensasiya təminatı

AİHM mülkiyyət hüququndan məhrum etmə və ya mülkiyyət hüququnun tanınmaması hallarında kompensasiya ödənişini mütənasiblik prinsipinin əsas elementi hesab edir.⁸⁶ Yanaşmaya əsasən, əmlakından məhrum edilmiş şəxs qiymətləndirmə əsasında ağlabatan kompensasiya almalıdır.⁸⁷ Hökumət ictimai maraqların əhatə dairəsini və əhəmiyyətini aidiyyəti şəxslərə verilən kompensasiyanın xarakteri və məbləği ilə tarazlaşdırmalıdır. Ekspropriasiya edilmiş əmlakın dəyərinə uyğun olaraq ağlabatan məbləğdə kompensasiyanın ödənilməməsi fərdin hüquqlarının pozuntusudur. Bundan əlavə, bir çox ekspropriasiya hallarında əmlakın dəyəri ilə əsaslı şəkildə əlaqəli hesab edilən yeganə uyğun məbləğ faktiki olaraq tam kompensasiya – əmlakın bazar qiyməti, həmçinin ekspropriasiya nəticəsində yaranmış xərclər və ya baş vermiş itkilər olmalıdır.⁸⁸ Əmlakın ekspropriasiyasına görə kompensasiya ölkənin müvafiq ərazisindəki əmlakın bazar dəyərindən aşağı olmamalıdır.⁸⁹ Kompensasiya olmadıqda mülkiyyət hüququnun tanınmaması və ya mülkiyyət hüququnun ləğv edilməsi proseduru Protokolun 1-ci maddəsinə pozur və belə bir qərar məhkəmələr tərəfindən verilməməlidir. Səhv olaraq verilmiş mülkiyyət hüququnun ləğvi qərarı kontekstində “yaxşı idarəetmə” prinsipi⁹⁰ əsasında vicdanla hərəkət etmiş

⁸⁶ Yıldırım v. Turkey, ECHR No. 21482/03, § 44 (2011).

⁸⁷ Gashi v. Croatia, ECHR No. 32457/05, § 28, § 41 (2007).

⁸⁸ The former King of Greece and Others v. Greece, ECHR No. 25701/94, § 78 (2002).

⁸⁹ Jokela v. Finland, ECHR No. 28856/95, § 65 (2002).

⁹⁰ UN Economic and Social Commission for Asia and the Pacific, What is Good Governance? (2009). Burada bax: <https://www.unescap.org/resources/what-good-governance> (son baxış 14 dekabr 2023). Yaxşı idarəçilik (“good governance”) dövlət qurumlarının sui-istifadə və

mülkiyyət sahibinə adekvat kompensasiya və ya digər uyğun təzminatın ödənilməsi tələb edilir.⁹¹ Faktiki itkidən daha az məbləğlə nəticələnən kompensasiyanın hesablanması metodunu müəyyən edən qanun da Protokolun 1-ci maddəsini pozur.⁹² Dövlət yalnız tam həcmdə kompensasiyanın ödənilməsi şərti ilə öz mülahizəsinə əsasən vicdanlı mülkiyyətçinin mülkiyyət hüququna gələcək üçün və ya retroaktiv qaydada xitam verə bilər.

Azərbaycanın mülki qanunvericiliyində və məhkəmə təcrübəsində özbaşına tikililərin sökülməsi zamanı kompensasiyanın ödənilməsi öz həllini tapmalı olan önəmli məsələlərdən biridir. Mülki Məcəllədə bu məsələ ilə bağlı müddələrin yer almaması isə hüquqi qeyri-müəyyənlik yaradır. Qanunvericiliyin hazırkı tələbinə uyğun olaraq, özbaşına tikililərin sökülməsi ilə bağlı məhkəmə qərarları verilirərkən onların sahiblərinə nəinki kompensasiya ödənilmir, üstəlik məhkəmə⁹³ və söküntü xərcləri⁹⁴ də tikililərin sahibləri tərəfindən qarşılır.⁹⁵

Özbaşına tikililərin sökülməsinə görə kompensasiya təminatı ilə bağlı problemə “Torpaqların dövlət ehtiyacları üçün alınması haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanununda da rast gəlmək olar. Bu Qanuna əsasən, qanunsuz tikililərdən köçürülən şəxslər yalnız onların köçürülməsi ilə bağlı və bu zaman daşınar əmlaka vurulmuş zərərin ödənilməsinə yönəlmiş yardımlarla təmin edirlər. Yaşadıqları torpaqla bağlı qanuni hüquqları olmayan şəxslərə orada yaşadıqları müddətdən asılı olmayaraq sırf daşınmaz əmlakla bağlı kompensasiya ödənilmir.⁹⁶

Bununla belə, məhkəmələr tərəfindən özbaşına tikililərin sökülməsi ilə bağlı qərar verildikdə ədalətli tarazlıq prinsipi gözlənilməlidir. Yuxarıdakı hal isə ədalətli tarazlıq prinsipi ilə ziddiyyət təşkil edir, çünki həmin prinsipə əsasən, ictimai mənafeələr naminə görülmüş tədbirlərin nəticəsi kimi ayrı-ayrı fərdlərin üzərinə ayrıca və həddindən artıq yük qoyulmamalı, buna nail olmaq üçün bu yük adekvat və ədalətli şəkildə kompensasiya edilməlidir.⁹⁷ Bu cür yanaşma AİHK və AİHM-in yanaşması ilə uyğunluq təşkil edir. Bu baxımdan ədalət və mütənəsiblik prinsipləri prizmasından Azərbaycanın mövcud qanunvericiliyində özbaşına tikililərin sökülməsi ilə əlaqədar kompensasiyanın ödənilməsinə dair dəyişiklik edilməsi zəruri görünür.

korrupsiyadan tamamilə azad və qanunun aliliyinə lazımı şəkildə riayət etməklə dövlət işlərini necə apardığını, ictimai resursları necə idarə etdiyini və insan hüquqlarının həyata keçirilməsinə təminat verməsinin ölçülməsi prosesidir.

⁹¹ *Rysovskyy v. Ukraine*, ECHR No. 29979/04, § 71 (2011).

⁹² *Katkaridis and Others v. Greece*, ECHR No. 19385/92, § 48 (1995).

⁹³ Azərbaycan Respublikasının Mülki Prosessual Məcəlləsi, mad. 124 (1999).

⁹⁴ Yuxarıda istinad 33, mad. 111.3.

⁹⁵ Sabir Allahverdiyev, Azərbaycan Respublikasının Mülki Hüquq Kursu: II Cild, 54 (2009).

⁹⁶ “Torpaqların dövlət ehtiyacları üçün alınması haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 7.3.5 və mad. 7.5 (2010).

⁹⁷ *The Holy Monasteries v. Greece*, ECHR No. 13092/87; 13984/88, § 41, § 71 (1994).

Özbaşına tikililərin sökülməsinə görə kompensasiyanın verilməsi məsələsində Azərbaycan Respublikasının Prezidenti İlham Əliyev sosial dövlət və sosial ədalət prinsiplərinə uyğun olaraq, öz qəti mövqeyini ortaya qoymuşdur. Belə ki, 2010-cu il mayın 7-də ilin sosial-iqtisadi inkişafının yekunlarına həsr olunmuş müşavirə zamanı ölkə başçısı bildirmişdir ki, qanunsuz tikililərlə mübarizə aparılmaqla yanaşı, orada yaşayan sakinlərin problemləri də həll olunmalıdır. Ölkə başçısı tələb etmişdir ki, qanunsuz tikililərdən köçürülən sakinlərə lazımı səviyyədə kompensasiya ödənilməlidir ki, orada yaşayanlar razı qalsınlar.⁹⁸

2. *Özbaşına tikinti sahibinin legitim gözlənti hüququ*

“Legitim gözlənti” anlayışı AİHM tərəfindən tanınan və Avropa ölkələrinin hüquq sistemlərində geniş yer tutan bir konseptdir. Bu anlayış fərdlərin dövlət tərəfindən həyata keçiriləcək tədbirlərin nəticələri ilə bağlı məqbul və əsaslandırılmış gözləntilərə sahib olma hüquqlarını ifadə edir. Mülkiyyət hüququ çərçivəsində problem araşdırıldıqda əsasən iki mühüm kateqoriyaya müraciət edilir: birincisi mövcud mülk anlayışı, ikincisi isə legitim gözləntidir. AİHM praktikasında legitim gözlənti xüsusilə mülkiyyət hüquqlarının qorunması və mülkiyyətə müdaxilə hallarında kompensasiya tələbləri ilə sıx bağlıdır. Bu anlayış mülkiyyət hüquqlarına dair mübahisələrdə ədalətli bir yanaşmanın təmin edilməsində və fərdlərin hüquqlarının qorunub saxlanılmasında mühüm rol oynayır.⁹⁹

Azərbaycandakı bir çox özbaşına tikililərdə su, işıq, qaz və orada yaşayan şəxslərin adına qeydiyyatdan keçmiş sayğaclar var. “Azərsu”, “Azəriqaz”, “Azərişiq”, bələdiyyə, Mənzil Kommunal və Texniki Xidmət Sahələri bu mənzillərin həmin şəxslərə aid olduğunu qəbul edib onların adına rəsmi arayışlar verir. Dövlət şirkətlərinin özbaşına tikililərə xidmət göstərməsi dolayı yolla dövlətin həmin vətəndaşların bu mənzillərdə yaşamaq hüququnu tanıması anlamına gəlir və bu, məsələnin həllində bir növ hüquqi qeyri-müəyyənliyin yaranmasına səbəb olur. Dövlət bu vətəndaşların mülkiyyət hüququnu “de-fakto” olaraq tanımışdır. Yerdə qalan məsələ isə həmin hüquqların “de-yure” olaraq tanınmasıdır. Əgər dövlət həmin şəxsləri dövlət şirkətləri vasitəsilə kommunal xidmətlərlə təmin edərsə və bunun əvəzində vəsait əldə edərsə, həmin şəxslərin özbaşına tikililərini qeydiyyatdan keçirmək hüququ yaranır.

AİHM özbaşına tikililərlə və onların sahiblərinin hüquqları ilə bağlı məsələlərə baxarkən legitim gözlənti prinsipini və dövlətin passiv davranışını nəzərə alır. Əgər özbaşına tikiliyə bütün kommunikasiya xətləri (ışıq, qaz, su,

⁹⁸ Azərbaycan Prezidenti İlham Əliyevin sədriyi ilə müşavirə keçirilmişdir (2010), <https://anl.az/download/meqale/azerbaycan/2010/may/118480.htm> (son baxış 11 fevral 2024).

⁹⁹ R. Məhərrəmov & M. Yusibzadə, *Legitim gözlənti: Klassik olmayan mülkiyyət hüququ*, XXI əsrdə insan hüquq və azadlıqlarının müdafiəsi sahəsində müasir nəzəri və praktiki yanaşmalar mövzusunda elmi-nəzəri konfransın materiallarında, 649 (2021).

telefon və s.) çəkilməmiş və vətəndaş uzun müddət ərzində burada yaşayıb kommunal ödənişlər etmişsə, bu, şəxsin həmin əmlakla bağlı bəzi legitim gözləntilərə sahib olmasına səbəb ola bilər.¹⁰⁰ Çünki dövlət vətəndaşın yaşadığı mənzili qeydiyyatdan almasa belə, əgər onu bu mənzildə su, işıq, qaz və digər kommunal xidmətlərlə təmin edərsə, o zaman dövlət bir növ vətəndaşın yaşayış yeri üzərində mülkiyyət hüquqlarını tanıyır. Əks halda, AİHM baş verənləri AİHK-nın 8-ci maddəsinə (şəxsi həyata və ailə həyatına hörmət hüququ) və Protokolun 1-ci maddəsinə (mülkiyyətin müdafiəsi) uyğun olaraq hüquq pozuntusu kimi qiymətləndirir və bu cür hallarda vətəndaşın xeyrinə qərar çıxarır.¹⁰¹

AİHM *Öneryıldız v. Turkey* məhkəmə işindəki qərarında hesab edib ki, əgər dövlət 4 ildən artıq bir müddətdə iddiaçıya qarşı özbaşına tikili ilə bağlı irad bildirməyibsə, onun sökülməsi ilə bağlı məhkəmədə iddia qaldırmayıbsa, faktiki olaraq iddiaçının həmin özbaşına tikiliyə mülkiyyət hüququnu tanıyır.¹⁰² Digər sözlə, əgər vətəndaş uzun müddət bir mənzildə yaşayıb kommunal xidmətlərdən istifadə edərək onların haqqını ödəyirsə, o zaman vətəndaşın həmin əmlakdan məhrum edilməsi onun mülkiyyət hüququnun pozulması anlamına gəlir.¹⁰³ AİHM-in presedentlərindən bəlli olur ki, vətəndaşların, hətta dövlətin mülkiyyətində olan torpaq sahəsində heç bir qanuni icazə əldə etmədən inşa etdikləri tikililərə dövlət tərəfindən reaksiya olmadığı təqdirdə, məhkəmə dövlətin fəaliyyətsizliyini bir növ vətəndaşın həmin tikili üzərində mülkiyyət hüququnun dolayısı ilə tanınması kimi qiymətləndirir.

Azərbaycanda bəzi hallarda yerli icra hakimiyyəti orqanları və bələdiyyələr telekommunikasiya, qaz, işıq və su xətlərinin keçdiyini nəzərə almadan təhlükəli ərazilərdə tikinti aparılmasına icazə veriblər. Bu cür icazələrin verilməsi, öz növbəsində, sakinlərə tikililər üzərində mülkiyyət hüququnun əldə edilməsinə "legitim gözlənti" yaradır. Bu cür tikililər məhkəmə qərarı ilə sökülməmişdən əvvəl həmin ərazinin sakinlərinin mənafeyinə uyğun olaraq bu ərazilərdə yaşamağın nə dərəcədə təhlükəsiz olduğunun müəyyən edilməsi vacibdir. Eyni zamanda, müvafiq kommunal infrastrukturun yerinin dəyişdirilməsi və ya yerində qalması, söküntü işlərinin ətrafa təsirinin qiymətləndirilməsi, habelə söküntünü istisna etməklə başqa alternativ həll yollarının araşdırılması da mühümdür. Bu ərazilərdə yaşamaq üçün heç bir təhlükə olmadığı ortaya çıxarsa, əmlak amnistiyasını həyata keçirərək onu özəlləşdirmək və əmlak üzərində mülkiyyət hüququnu təmin etmək olar. Müəyyən bir ərazidə yaşamağın sağlamlıq üçün təhlükəli olduğu üzə çıxdıqda orada yaşayan vətəndaşlar köçürülməli və müvafiq həcmdə kompensasiya almalıdırlar. Həmçinin hüquqların qeydiyyatı zamanı

¹⁰⁰ *Nafornita v. Republica Moldova*, ECHR No. 49066/12, § 39 (2024).

¹⁰¹ Yuxarıda istinad 87, § 41.

¹⁰² *Öneryıldız v. Turkey*, ECHR No. 48939/99, § 127 (2004).

¹⁰³ Yəni orada.

dövlət tərəfindən yol verilmiş səhvlər dövlət hesabına düzəldilməlidir.¹⁰⁴ Yəni bu cür hallarda dövlət zərərçəkmiş tərəf olan vicdanlı alıcının əlindən əmlakı almadan ona dəymiş ziyanı ödəməlidir.

Məhkəmə qərarı ilə sökülməli olan evlər bir çox ailələrin uzun müddət yaşadıkları yeganə yaşayış yeri olduğundan onların da bununla əlaqədar qanuni gözləntiləri formalaşır. Protokolun 1-ci maddəsindəki “mülkiyyət” anlayışı təkcə “mövcud sahiblik”lə məhdudlaşmır, bu anlayış həm də iddiaçının ən azı onun üzərində mülkiyyət hüququndan səmərəli istifadə etmək üçün ağlabatan və “qanuni gözləntisi” olduğunu iddia edə biləcəyi aktivləri, o cümlədən iddiaları əhatə edə bilər.¹⁰⁵ “Gözlənti” ya qanunvericilik müddəasına, ya da sözügedən mülkiyyət marağı ilə bağlı hüquqi akta əsaslandığı təqdirdə qanuni hesab olunur.¹⁰⁶

Azərbaycan qanunvericiliyi əksər hallarda tikinti obyektı üzərində mülkiyyət hüququnun dövlət tərəfindən tanınması üçün tikinti və istismar icazələrinin və torpaq sahəsinə qeyd alınmış mülkiyyət hüququnun mövcud olmasını tələb edir. Azərbaycanda məhkəmələr əsasən mülkiyyət hüququnu və onun dövlət tərəfindən tanınmasını eyniləşdirməklə dövlət qeydiyyatından asılı olmayaraq mülkiyyət hüququnu obyektiv olaraq mövcud hesab etməkdən bir növ imtina edir. AİHM-in presedent hüququnda isə mülkiyyət hüququ sənədlərin bir hissəsi və ya hamısı olmadan və hətta bu hüququn dövlət tərəfindən tanınmadığı halda da mövcud ola bilər. Beləliklə, tikinti obyektinin istifadəyə verilməməsi fərdi mülkiyyət hüququndan məhrum etmə üçün əsas olmamalıdır.¹⁰⁷

Düzdür, Azərbaycanın məhkəmə praktikasında “legitim gözlənti” prinsipinin tətbiqi ilə bağlı müsbət təcrübə də mövcuddur. Bu prinsip Azərbaycan Respublikası Ali Məhkəməsinin Mülki Kollegiyası tərəfindən dövlət ehtiyacları üçün mülkiyyətin özgəninkiləşdirilməsi ilə bağlı kompensasiyanın ödənilməsinə dair *N.A.Mürsəliyev Azəryolservis ASC-ya qarşı* məhkəmə işində tətbiq olunmuşdur. Bakı Apellyasiya Məhkəməsi Azəryolservis ASC-nin N.A.Mürsəliyevin istifadəsində olan 0,12 ha torpaq sahəsinin onun mülkiyyətində olmadığı üçün həmin torpaq sahəsinə görə kompensasiyanın ödənilməməsinə dair iddia tələbini təmin etsə də, Ali Məhkəmə apellyasiya instansiyası məhkəməsinin bu qətnaməsini ləğv etmişdir. Kassasiya məhkəməsi hesab etmişdir ki, AİHM-in presedent hüququna əsasən, iddiaçı N.A.Mürsəliyevin qanuni əsasla istifadəsinə verilmiş və istifadə etdiyi 0,12 ha torpaq sahəsinə onun gözlənilən mülkiyyət hüququ vardır. Bu səbəbdən iddiaçıya həmin torpaq sahəsinə görə də bazar qiyməti ilə kompensasiya ödənilməlidir. Yuxarıda qeyd olunanları nəzərə

¹⁰⁴ Pincová and Pinc v. the Czech Republic, ECHR No. 36548/97, § 58 (2002).

¹⁰⁵ Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany, ECHR No. 42527/98, § 83 (2001).

¹⁰⁶ Saghinadze and Others v. Georgia, ECHR No. 18768/05, § 103 (2010).

¹⁰⁷ Yuxarıda istinad 86, § 45 (2011).

alaraq məhkəmə müəyyən etmişdir ki, həm ev, həm də torpaq sahəsi Protokolun 1-ci maddəsinə əsasən ərizəçinin “mülkiyyəti” olmuşdur.¹⁰⁸

AİHM-in presedent hüququna görə, yaşayış obyektı yalnız tikinti icazəsi olmadan tikildiyi üçün sökülə bilməz. Bu cür məhkəmə işlərində mütənasiblik prinsipi nəzərə alınmalıdır, əks halda bu, AİHK-nın 8-ci maddəsinin pozulmasına gətirib çıxarır.¹⁰⁹ Torpaq üzərində mülkiyyət hüququnun və yaşayış obyektı üzərində mülkiyyət hüququna dair çıxarışın olmaması, tikinti zamanı texniki qaydaların pozulması mülkiyyət hüququndan məhrum etmə üçün avtomatik əsas olmamalıdır.¹¹⁰

AİHM hesab edir ki, özbaşına tikinti ilə əlaqədar mülkiyyət hüququnun ləğvi ilə bağlı məhkəmə işləri bir çox hallarda dövlətin də təqsir elementini ehtiva edir. Belə hallarda məhkəmə ya tikinti üçün əvvəldən heç bir icazə sənədinin olmadığını, ya da dövlət tərəfindən tikinti üçün verilmiş icazələrin sonradan ləğv olunduğunu nəzərdə tutur. Birinci halda dövlət tikintiyə nəzarət sahəsində öz səlahiyyətlərini həyata keçirdiyi zaman tikintini dərhal dayandırmamaqla inşaatçı ilə razılaşma illüziyası yaratmaqda və tikintini davam etdirmək üçün şərait yaratmaqda,¹¹¹ ikinci halda isə dövlət səhv tikinti icazəsi sənədi verməkdə günahkardır.¹¹²

AİHM-in yanaşmasına əsasən, özbaşına tikinti məsələlərində dövlət orqanlarının fəaliyyətində səhvlərin və nöqsanların qiymətləndirilməsi bu səhvlər nəticəsində mənfi təsirə məruz qalmış fərdi şəxslərin xeyrinə xidmət etməlidir.¹¹³ Başqa sözlə desək, dövlət orqanının fəaliyyətindəki hər hansı səhvin riskini dövlət öz üzərinə götürməli və bu səhvlər zərərçəkmiş şəxslərin hesabına düzəldilməməlidir.¹¹⁴ Əvvəlki səhvin düzəldilməsi fərdi şəxsin mülkiyyət hüququndan məhrum edilməsinə haqq qazandıran məqsəd olmamalı, vicdanla dövlət orqanının hərəkətlərinin qanuniliyinə arxalanan fiziki şəxsin əldə etdiyi yeni hüquqa qeyri-mütənasib şəkildə müdaxilə etməməlidir.¹¹⁵ AİHM hesab edir ki, hüququn verilməsinin qanunsuzluğu onun ləğvinə səbəb olmamalı və icazələrin sonradan ləğv edildiyi bir vəziyyətdə dövlət inşaatçını əmlakdan məhrum etməkdənsə, torpaq sahəsinin sahibinə kompensasiya ödəməlidir.¹¹⁶

Gashi v. Croatia məhkəmə işində iddiaçı özü də bilmədən mənzili qanunsuz əsasda əldə etmişdir. AİHM hesab etmişdir ki, iddiaçının mülkiyyət hüququ

¹⁰⁸ “Mülkiyyət” anlayışı mövcud mülkiyyətlə məhdudlaşdırmaqla mülkiyyət hüququndan səmərəli şəkildə istifadənin əldə olunmasına ağılabatan və qanuni gözləntisi olan əmlakı da əhatə edə bilər, Azərbaycan Respublikası Ali Məhkəməsinin Bülleteni, No. 3, 15-16 (2015).

¹⁰⁹ Ivanova and Cherkezov v. Bulgaria, ECHR No. 46577/15, § 54 (2011).

¹¹⁰ Yuxarıda istinad 102, § 125.

¹¹¹ Sud Fondi srl and Others v. Italy, ECHR No. 75909/01, § 139 (2009).

¹¹² Yenə orada, § 124.

¹¹³ Čakarević v. Croatia, ECHR No. 48921/13, § 54-65 (2018).

¹¹⁴ Yuxarıda istinad 87, § 40.

¹¹⁵ Yuxarıda istinad 113, § 71.

¹¹⁶ Papamichalopoulos and Others v. Greece, ECHR No. 14556/89, § 48 (1993).

haqqında şəhadətnaməsi “ab initio”¹¹⁷ etibarsız olsa belə, Protokolun 1-ci maddəsi baxımından iddiaçı mülkiyyətin sahibi idi. AİHM qeyd edir ki, dörd il ərzində mənzil iddiaçının mülkiyyətində olub və bütün qanuni məqsədlər üçün onun sahibi hesab edilib. Bundan əlavə, bir dövlətin müqavilələrin və ya digər mülkiyyət hüquqlarının “ab initio” qeyri-qanuni hesab edilməsinə şərait yaradan qanunvericiliyi qəbul etməsi və beləliklə, AİHK-a əsasən, mülkiyyət hüquqlarına müdaxilə baxımından məsuliyyətdən yayınması qəbul edilməzdir.¹¹⁸

3. Özbaşına tikililərin ekspropriasiya şərtləri

Özbaşına tikililərin ekspropriasiyası prosesi qanuni əsas, ictimai mənfəət, ədalətli kompensasiya, mütənasiblik və prosessual ədalət kimi prinsiplər gözlənilməklə həyata keçirilməlidir. Bu şərtlərə riayət edilməsi mülkiyyət hüquqlarının qorunmasını və ictimai mənfəətlərin ədalətli təmin edilməsini zəmanət altına alır.

Azərbaycanda məhkəmələrdə özbaşına tikililərin sökülməsi ilə bağlı qaldırılan iddiaların əksər hissəsi avtomobil yolları, magistral boru kəmərləri, kommunal istismarda olan ana xətlər, yüksək gərginlikli elektrik xətləri, dəmir yolu qurğuları, neft və qaz yataqlarının üzərində tikilmiş fərdi yaşayış evləri və digər tikililərlə əlaqədar olur. Məhkəmələr bu cür işlərə baxarkən Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyinə və AİHM-in presedent hüququna uyğun olaraq vətəndaşların mülkiyyət, mənzil və digər əlaqəli hüquqlarını qorumaqla yanaşı sözügedən hüquqların ictimai maraqlar, mütənasiblik və hüquqi müəyyənlik prinsiplərinə uyğun olub-olmamasını da araşdırmalıdır. Məhkəmələr törədilmiş pozuntu ilə tətbiq edilən sanksiya arasında balansın olması zəruriliyini nəzərə alaraq özbaşına tikintinin sökülməsini son hədd hüquqi məsuliyyət tədbiri kimi tətbiq edə bilər.¹¹⁹

Fərdin mülkiyyət hüququna məhdudiyət tətbiq edilərkən cəmiyyətin ümumi maraqları ilə fərdin fundamental hüquqlarının müdafiəsi tələbləri arasında ədalətli tarazlıq gözlənilməlidir. Daha dəqiq olsaq, dövlət hər hansı məhdudlaşdırıcı vasitədən istifadə etdikdə bu vasitələrlə qarşıya qoyulan məqsəd arasında ağlabatan mütənasiblik əlaqəsi olmalıdır.¹²⁰ Ekspropriasiyaya, yəni mülkiyyətdən məhrum etməyə məruz qalan şəxslərə həddindən artıq yük qoyulmamalı və dövlət bunun nəticəsində əsassız varlanmamalıdır.¹²¹

¹¹⁷ Ab initio (latıncadan – “başlangıçdan” və ya “əvvəldən”) – Müqavilə imzalandığı və ya qüvvəyə mindiyi andan etibarsızdırsa, bu, müqavilənin “ab initio” etibarsız olması anlamına gəlir.

¹¹⁸ Yuxarıda istinad 87, § 22.

¹¹⁹ McCann v. the United Kingdom, ECHR No. 19009/04, § 46 (2008).

¹²⁰ Broniowski v. Poland, ECHR No. 31443/96, § 148 (2004).

¹²¹ Lithgow and Others v. the United Kingdom, ECHR No. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, § 343, § 374 (1984).

AİHM bir şəxsi mülkiyyət obyektindən məhrum etməklə ictimaiyyətin nə qazanacağına qiymətləndirilməsi üçün test tələb edir.¹²² Mütənasibliyin qiymətləndirilməsində subyektiv zərər vacibdir: bir şəxs üçün yeganə mənzilin itirilməsi dövlət üçün “qanunsuz tikintinin böyük problemi” ilə mübarizədə bütün qanunilikdən daha əhəmiyyətlidir.¹²³ Buna görə də AİHM öz praktikasında ekologiya məsələləri istisna olmaqla, mütənasiblik testində ictimai maraqların özəl maraqlarla müqayisədə üstünlüyünə skeptik yanaşır.¹²⁴ Fərdin mülkiyyət hüququnun toxunulmazlığı fundamental hüquqlardan biri olsa belə, AİHM öz qərarlarında dövlətin ekologiya və ətraf mühitin mühafizəsi ilə bağlı atdığı addımları cəmiyyətin mənafeyinə xidmət etməsi səbəbilə digər hüquqlardan, o cümlədən mülkiyyət hüququndan daha üstün tutur.¹²⁵

Müşahidələr göstərir ki, özbaşına tikililərdə əsasən maddi vəziyyəti aşağı olan insanlar yaşayır. Təbii ki, bu həssas təbəqəyə aid olan insanların maraqlarının qorunması önəmlidir, amma eyni zamanda ictimai maraqlar da nəzərə alınmalıdır. Məsələn, ekspertlərin hesablamalarına əsasən, hazırda Binəqədi ərazisində qanunsuz evlərin altında 5 milyon barel neft olsa da, bu nefti bəlli səbəblərdən hasil etmək mümkün deyil.¹²⁶ Digər sözlə, əhalinin aztəminatlı təbəqələrinin qorunması ilə yanaşı, torpaqların zəbt edilməsi, onlardan qanunsuz şəkildə istifadə edilməsi, habelə tikintidə təhlükəsizlik qaydalarının pozulmasına imkan verilməməlidir. Yalnız bu halda sözün əsl mənasında tarazlıq prinsipini təmin etmək mümkündür.

Xülasə, mülkiyyətin ekspropriasiya prosesi yalnız geniş ictimai maraqlara xidmət edən hallarda və müvafiq qanunvericiliyə uyğun olaraq mülkiyyət sahiblərinin məhkəmə qarşısında müdafiə hüquqlarını qorumaqla həyata keçirilməlidir.¹²⁷

4. Özbaşına tikilinin sahibinin özünü müdafiə etməsi üçün zəruri olan prosessual hüquqlar

Özbaşına tikilinin mülkiyyətçisinə hüquqların müdafiəsinin inzibati və məhkəmə təminatı, işin ədalətli araşdırılması, yuxarı instansiya şikayətinin verilməsi kimi bir sıra prosessual hüquqlar vasitəsilə öz mövqeyini müdafiə imkanı yaradılır. Bu hüquqların təmin edilməsi özbaşına tikililərin sahiblərinin mülkiyyət və digər hüquqlarını effektiv şəkildə müdafiə etmələri üçün əsasdır. Həmçinin bununla hər bir şəxsin hüquqlarının qorunub

¹²² Yuxarıda istinad 87, § 43.

¹²³ Yuxarıda istinad 109, § 51.

¹²⁴ Moskal v. Poland, ECHR No. 10373/05, § 64 (2009).

¹²⁵ Hamer v. Belgium, ECHR No. 21861/03, § 79 (2007).

¹²⁶ Qanunsuz tikililər məsələsi həll edildi (2011), <https://musavat.com/news/qanunsuz-tikililer-meselesi-hell-edildi-100877.html?d=1> (son baxış 12 fevral 2024).

¹²⁷ Alfa Glass Anonymi Emboriki Etairia Yalopinakon v. Greece, ECHR No. 74515/13, § 36 (2021).

saxlanılması və məhkəmə proseslərində ədalətli rəftarın təmin edilməsi reallaşdırılır.¹²⁸

Azərbaycanda bəzi hallarda daşınmaz əmlak hüququndan məhrum etmə ilə bağlı qəbul edilmiş prosedur praktikası formal xarakter daşıyır, faktiki şərait və səbəblər nəzərə alınmır (fakta qeyri-həssaslıq nəzəriyyəsi) və məhkəməyə diskresiya hüququ verilmir. Müəyyən formal qanun pozuntuları varsa, bəzi hallarda aşağı instansiya məhkəmələri tarazlıq, mütənasiblik, dövlət qurumları tərəfindən buraxılmış səhvlər və tikilinin sahibinin vicdanlı olub-olmaması kimi məsələləri təhlil etmir.¹²⁹ Formal əsaslarla qərar qəbul etmək isə məhkəmənin mahiyyətini zəiflədir. Qanunun tətbiqində çeviklik olmadıqda məhkəmə bir sıra faktlara əsaslanaraq “avtomatlaşdırılmış” şəkildə mülkiyyət hüququnun tanınmamasına imza atan inzibati orqana çevrilir. Məhz buna görə özbaşına tikinti ilə bağlı məhkəmə işlərində hakimlərin müəyyən diskresiya hüququna malik olması vacibdir.

Digər tərəfdən özbaşına tikililərin sahiblərinə AİHK-nın 8-ci maddəsi və Protokolun 1-ci maddəsinə istinad etməklə evlərinin sökülməsinə etiraz etmək imkanının verilməsi müəyyən mənada ölkədəki tikinti tənzimləmə sisteminə mənfi təsir göstərə bilər. Özbaşına tikililər üçün təyin olunan kompensasiyanın həcmnin qanuni əsaslarla əldə edilmiş əmlak üçün nəzərdə tutulan kompensasiya meyarlarına uyğun hesablanması bəzi şəxslərin bu prosedən sui-istifadə etməsinə yol açar bilər. Məsələn, bir şəxs AİHK-nın təqdim etdiyi imkanlara əsaslanaraq qeyri-qanuni şəkildə inşa edilmiş bir tikilini qanuniləşdirməyə və ya bu tikilinin məhkəmə qərarı ilə sökülməsi halında yüksək məbləğdə kompensasiya almağa çalışa bilər. Bu, ədalət prinsipinin və hətta digər vətəndaşların hüquqlarının pozulmasına səbəb ola bilər. Qeyd olunan məsələ ilə bağlı Azərbaycan Respublikası Konstitusiyaya Məhkəməsinin Plenumunun formalaşdırdığı hüquqi mövqeyə əsasən, məhkəmələr hər bir halda mütənasiblik prinsipi zəminində sökülən özbaşına tikililərə görə kompensasiya müəyyən edərkən həmin tikilinin qanuniləşdirilməsinin mümkünlüyünü və bununla əlaqədar tikinti aparın şəxsin “gözləntilərinin” olmasını, tikilinin hüquqi statusu və işin digər hallarını nəzərə almalıdır.¹³⁰ Digər sözlə, məhkəmələr qeyri-qanuni tikililərin sökülməsinə görə kompensasiyanın ödənilməsi işlərində belə sui-istifadə risklərinin qarşısının alınmasında öz rolunu oynamalıdır. Azərbaycanda

¹²⁸ AGOSI v. the United Kingdom, ECHR No. 9118/80, § 55, 58-60 (1986).

¹²⁹ Gerald Allan Cohen, *Rescuing Justice and Equality*, 229-232 (2008). Məşhur siyasi filosof Gerald Allan Kohen nüfuzlu karyerasının sonuna yaxın belə bir meta-etik iddia irəli sürmüşdür ki, fundamental normativ prinsiplər mütləq faktlara qarşı qeyri-həssasdırlar, yəni bu prinsiplər faktiki səbəblərdən asılı olmayaraq əsaslandırılırlar. Onun sözlərinə görə, “*prinsip yalnız ona görə fakti əks etdirir və ya ona cavab verə bilər, çünki o həm də fakta cavab olmayan prinsipə cavabdır*”. Bu iddianı irəli sürərkən Kohen özünü müasir siyasi fəlsəfədəki dominant mövqeyə sahib olan “*hətta fundamental normativ prinsiplər müəyyən faktlarla, məsələn, insan psixologiyası haqqında faktlarla əsaslandırılır*” fikrinə zidd mövqedə görürdü.

¹³⁰ Yuxarıda istinad 60.

özbaşına tikililərlə bağlı məsələlər AİHM presedent hüququna əsaslanan prinsiplərin tətbiqi vasitəsilə təhlil edilərək daha ədalətli və şəffaf həll yolları tapıla bilər. Beləliklə, bu prinsiplərin tətbiqi ilə mübahisələrdə hüquqi çərçivə gücləndirilə, mülkiyyət hüquqları və ictimai maraqlar arasında tarazlıq saxlanılaraq mülkiyyətçilərin hüquqlarının qorunmasına səy göstərilməlidir.

Azərbaycan Avropa Şurasına tamhüquqlu üzv seçildikdən sonra ölkədə ədalət mühakiməsinin həyata keçirilməsi zamanı AİHM-in presedentlərinin tətbiqinə başlanılıb və məhkəmə sistemi buna uyğunlaşdırılmaqdadır. Bunun nəticəsi kimi AİHM-in presedentləri bizim məhkəmələr tərəfindən qəbul edilən bəzi qərarlara təsir edir. Son illər ərzində məhkəmələrimizin bir sıra qərarlarında AİHM-in presedent hüququnda geniş şəkildə tətbiq olunan hüquqi müəyyənlik, hüququn aliliyi, tarazlıq və mütənasiblik prinsiplərinə istinad edilir.

SSRİ-dən sosialist mülkiyyətinin maksimum qorunması və maraqlar balansını daim dövlətin xeyrinə dəyişdirmə ənənələrini mənimsəmiş məhkəmələrimiz tərəfindən son zamanlar presedent tətbiqi ilə bağlı müəyyən irəliləyişlər əldə edilsə də, bu istiqamətdə davamlı inkişafa ehtiyac var. Bununla yanaşı, Azərbaycandan AİHM-ə ünvanlanan şikayətlərin sayının azalması və məhkəmələrimizin qüvvədən düşən qərarlarının sayının minimuma düşməsi ölkəmizin beynəlxalq arenada nüfuzu baxımından çox önəmlidir. Bu baxımdan hakimlərin presedentləri bilməsi və uğurlu şəkildə tətbiq etməsi zəruridir.

VII. Azərbaycanda özbaşına tikinti probleminin tənzimlənməsi ilə bağlı çətinliklər və onların həll yolları

Son illər ərzində özbaşına tikinti probleminin həlli istiqamətində dövlət tərəfindən bir sıra mühüm iş və tədbirlər həyata keçirilib. Hökumət mövcud qanunvericiliyə bir çox dəyişiklik və əlavələr etməklə vətəndaşlara özbaşına tikililəri qanuniləşdirməyə imkan yaradıb və əvvəlki illərlə müqayisədə bu sahədə kifayət qədər liberal dövlət siyasəti yeritməkdədir.¹³¹ Bu illər ərzində özbaşına tikinti probleminin həlli istiqamətində ölkə başçısı tərəfindən 20-ə yaxın yeni zəruri normativ hüquqi akt imzalanıb. Əlavə olaraq, sözügedən institutla bağlı məhkəmə praktikasında da müəyyən irəliləyişlər nəzərə çarpır. Belə ki, məhkəmələrimiz özbaşına tikililərlə bağlı məhkəmə işlərində artıq daha çox AİHM presedent hüququnun prinsiplərini tətbiq etməyə və tədricən formalizmdən uzaqlaşaraq hər bir ayrı iş üzrə fakta həssaslıq nümayiş etdirməyə başlayıb.

Bütün bunlara baxmayaraq, özbaşına tikinti problemi tam şəkildə öz həllini tapmayıb və hələ də cəmiyyətdə aktual olaraq qalır. Mövcud

¹³¹ United Nations Economic Commission for Europe, Country Profile on the Housing Sector: Azerbaijan, 32 (2010).

çatışmazlıqlar və ziddiyyətlər özbaşına tikinti institutu ilə əlaqədar Azərbaycan mülki qanunvericiliyinin və məhkəmə təcrübəsinin təkmilləşdirilməsinə obyektiv ehtiyac olduğunu təsdiqləyir.

Müəllif hesab edir ki, ilk növbədə özbaşına tikinti institutu ilə bağlı qanunvericilikdə, daha sonra isə məhkəmə təcrübəsində olan problemlər öz həllini tapmalıdır. Əks halda bu, müxtəlif instansiya məhkəmələri tərəfindən hüququn tətbiqi və şərhində vahidlik prinsipinin pozulmasına səbəb ola bilər. Başqa sözlə, qanunvericilikdə bu hüquq institutu ilə bağlı bütün lazımi məqamlar öz əksini tapdıqdan sonra əlaqəli məhkəmə işləri qanunun aliliyi, hüquqi müəyyənlik, mütənasiblik və ədalət prinsipləri əsasında öz həllini daha asanlıqla tapa biləcək. Bu hissədə özbaşına tikinti ilə bağlı qanunvericilik və məhkəmə təcrübəsində problemlərin təsviri və həllinə dair təhlillərə geniş yer verilir. O cümlədən mülki qanunvericilikdə dəyişiklik və əlavələr, hüquqi qeyri-müəyyənliyin aradan qaldırılması, məhkəmə təcrübəsinin təkmilləşdirilməsi, maarifləndirmə prosesləri və ümumilikdə özbaşına tikinti fəaliyyətinin qanuni çərçivədə daha dəqiq və effektiv tənzimlənməsi istiqamətində təkliflər irəli sürülür. Bu təkliflər hüquqi proseslərdə şəffaflıq və etibarlılığın təmin edilməsi, mülkiyyət hüququnun qorunması, vətəndaşların hüquqlarının müdafiəsi və hüquqi sanksiyaların daha dəqiq tətbiqi ilə bağlı dəyişiklikləri özündə əks etdirir.

A. Özbaşına tikinti ilə bağlı mövcud qanunvericiliyin mükəmməlləşdirilməsi

Dövlət özbaşına tikililərin sənədləşdirilməsi ilə bağlı şərait yaratmaqla yanaşı, onların inşasının qarşısının alınması və tikinti sektorunda nəzarətin gücləndirilməsi üçün də lazımi tədbirlər həyata keçirir. Bu xüsusda 2023-cü il 30 may tarixində "Elektroenergetika haqqında,"¹³² "Qaz təchizatı haqqında"¹³³ və "Su təchizatı və tullantı suları haqqında"¹³⁴ Qanunlara edilmiş eyni mahiyyətli dəyişiklikləri qeyd etmək olar. Yeni qaydalara əsasən, 2023-cü il oktyabrın 1-dən etibarən sənədləri qaydasında olmayan tikililər artıq enerji təchizatı, qazpaylayıcı, su təchizatı və kanalizasiya şəbəkələrinə qoşula bilməyəcək. Paralel olaraq Cinayət Məcəlləsinə edilmiş dəyişikliyə əsasən, qeyd olunan tələblərin pozulmasına görə təbii qaz, su, kanalizasiya, elektrik və ya istilik enerjisi təchizatı müəssisələrinin vəzifəli şəxsləri məsuliyyətə cəlb ediləcəklər.¹³⁵ Beləliklə, qanunvericiliyə edilmiş bu dəyişikliklərlə özbaşına tikililərin mühəndis-kommunikasiya təminatı sistemlərinə qoşulması qeyri-mümkün olacaq ki, bu da faktiki olaraq belə obyektləri tamamilə yararsız hala salacaq.

¹³² "Elektroenergetika haqqında" Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 20.4 (2023).

¹³³ "Qaz təchizatı haqqında" Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 13.10-1 (1998).

¹³⁴ "Su təchizatı və tullantı suları haqqında" Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 24.6 (1999).

¹³⁵ Yuxarıda istinad 51, mad. 314-4.

Özbaşına tikintinin nəticələrinə həsr edilmiş AR Mülki Məcəlləsinin 180-ci maddəsində özbaşına tikinti institutu ilə bağlı yalnız ümumi müddəalar öz əksini tapıb. Müəllif hesab edir ki, bu maddəyə bir sıra dəyişikliklərin və əlavələrin edilməsi labüddür.

Birincisi, Mülki Məcəllənin 180-ci maddəsindən belə anlaşılır ki, bilavasitə daşınmaz əmlak əlamətlərinə malik obyektlər (yaşayış evi, digər tikili, qurğu və ya başqa daşınmaz əmlak) özbaşına tikinti hesab edilə bilər. Mülki hüquq normalarının sistematik təfsiri belə bir nəticəyə gəlməyə imkan verir ki, mülki hüquqların obyekt kimi "tikinti" termini "daşınmaz əmlak" anlayışı ilə üst-üstə düşür. Beləliklə, özbaşına tikinti obyektlərinin müəyyən növləri (binalar, tikililər, tikilməkdə olan daşınmaz əmlak obyektləri və s.) ilə əlaqəsi baxımından "tikinti" ümumi konsepsiya kimi çıxış edir. Əslində, özbaşına tikilinin mütləq şəkildə daşınmaz obyekt olması məsələsi mübahisə predmetidir. AR Mülki Məcəlləsinin 135.4-cü maddəsinə əsasən, qurğular daşınmaz əmlak hesab olunsa da, bu fikirlə razılaşmaq olmur. Çünki adətən qurğular müvəqqəti xarakter daşıyır. Məsələn, qeyri-stasionar ticarət obyektləri, mobil xəstəxanalar, furqonlar və s. Belə olan halda isə qanunsuz olaraq tikilmiş daşınmaz əmlak olmayan bəzi növ qurğuların bu hüquq institutundan kənar qalma riski yaranır. Müəllif ziddiyyətlərin və daşınar əmlak olan özbaşına tikililərin bu maddənin əhatə dairəsindən kənar qalmaması üçün Azərbaycan Respublikasının Mülki Məcəlləsində daşınmaz əmlak anlayışının daha dəqiq şəkildə izah edilməsi və özbaşına tikinti obyektinin həm daşınmaz, həm də daşınar obyekt olma mümkünlüyünün daha aydın şəkildə təsbit olunmasını labüd hesab edir.

İkincisi, Mülki Məcəllənin 180-ci maddəsində özbaşına tikintinin müəyyənedici əlamətlərinə nəzər yetirdikdə məlum olur ki, bu institut təsvir edilərkən torpaq sahəsinə hüququn olmaması məqamı nəzərə alınmır, ondan yalnız tikinti üçün təyinatı üzrə istifadə edilməməsinə diqqət yetirilir. Digər sözlə, özbaşına tikintinin xüsusiyyətləri arasında tikinti aparılmış torpaq sahəsinin tikinti aparılmı və ya tikilinin sahibinin mülkiyyətində olmaması məqamı qeyd olunmur. Halbuki Azərbaycanda bu cür özbaşına tikintilərin sayı kifayət qədərdir. Mülki hüquq institutunun müəyyənedici şərtlərinin qanunvericilikdə dəqiq şəkildə təsvir edilməsi fundamental önəmə sahibdir. Bu baxımdan müəllif düşünür ki, özbaşına tikinti institutunun xüsusiyyətlərindən biri kimi tikilinin başqasının torpağında inşa olunması müddəasının Mülki Məcəllədə təsbit edilməsinə ehtiyac var.

Üçüncüsü, Mülki Məcəllənin 180-ci maddəsində özbaşına tikililərin sökülməsinə görə kompensasiyanın ödənilməsi məsələsi öz əksini tapmayıb və bu da öz növbəsində hüquqi qeyri-müəyyənliyə səbəb olur. Qanunvericinin AİHM-in presedent hüququnun prinsiplərini də nəzərə almaqla mülki qanunvericiliyimizdə məhkəmə qərarı əsasında sökülən özbaşına tikililərə görə kompensasiyanın hansı əsaslarda ödənilməsinə dair müddəa əlavə etməsi məqsəduyğun olar. Belə olacağı təqdirdə həm

insanların mülkiyyət və mənzil hüquqları qorunacaq, həm də qanunun aliliyi prinsipinin əsas elementlərindən biri olan hüquqi müəyyənlik təmin edilmiş olacaq.

Dördüncüsü, Mülki Məcəllənin 180-ci maddəsində özbaşına tikilmiş bina və qurğuların məhkəmə qaydasında sökülməsi barədə müddəa yer alsada, inşası başa çatmayan və ya tikilməkdə olan özbaşına tikililərin müvafiq icra hakimiyyəti orqanının¹³⁶ qərarı əsasında inzibati qaydada sökülməsinin mümkünlüyü təsbit edilməyib. Buradan özbaşına tikililərin yalnız məhkəmə qərarına əsasən sökülə biləcəyi anlaşılarsa da, əslində inşası başa çatmamış özbaşına tikililər bu qərar olmadığı hallarda da sökülə bilər. Özbaşına tikinti anlayışına təkcə inşası yekunlaşmış obyektlər deyil, həm də tikintisi başa çatmamış obyektlər də daxildir. Müəllif bu hüquqi qeyri-müəyyənliyin aradan qaldırılması məqsədilə təklif edir ki, Mülki Məcəllənin 180-ci maddəsində həm inşası bitmiş, həm də inşası bitməmiş özbaşına tikililərin sökülmə əsasları təsvir edilsin.

Azərbaycanda özbaşına tikinti probleminin dərinləşməsi ilə bağlı məsələlərdən biri də hüquqi kolliziyaların mövcudluğu ilə əlaqədardır. Roma hüququndan keçmiş "superficies solo cedit," yəni "torpağın üzərində olan əşya torpağa tabedir" prinsipi əksər inkişaf etmiş ölkələrin hüquq sistemlərində tətbiq olunur.¹³⁷ Bu prinsipə görə, bir qayda olaraq, əmlak torpaq ilə bölünməyəcək şəkildə birləşdiyi halda torpaq sahəsinin tərkib hissəsi kimi qəbul edilir. Azərbaycanın mövcud qanunvericiliyində isə torpaq sahəsi və üzərindəki tikilinin hüquqi vəziyyətinin müəyyən edilməsi iki müxtəlif yanaşmaya uyğun tənzimlənilir. Birinci halda torpaq sahəsi və torpaqla möhkəm bağlı olan (ondan ayrılı bilməyən) əşya vahid daşınmaz əşya və vahid mülkiyyət hesab olunur.¹³⁸ İkinci halda isə torpaq sahəsi və onun üzərindəki tikili müstəqil daşınmaz əmlak kimi tanınır və torpağın mülkiyyətçisi bir şəxs, torpağın üzərindəki tikilinin mülkiyyətçisi isə başqa şəxs ola bilər.¹³⁹

Təbii ki, bu sovet dövründən qalmış problemdir, çünki o zamanlar vətəndaşlar yalnız ev üzərində mülkiyyət hüququ əldə edə bilirdi, torpaq isə yalnız dövlətə məxsus idi. Azərbaycanda torpaq üzərində dövlət mülkiyyətinin tarixən üstünlük təşkil etməsi "vahid daşınmaz əmlak obyekti" konsepsiyasının ardıcıl və tam şəkildə həyata keçirilməsinə mane olur.

¹³⁶ Azərbaycan Respublikası Fövqəladə Hallar Nazirliyinin Tikintidə Təhlükəsizliyə Nəzarət Dövlət Agentliyi.

¹³⁷ Fransa Respublikasının Mülki Məcəlləsi, mad. 553-555 (1804); Almaniya Federativ Respublikasının Mülki Məcəlləsi, mad. 946 (1896); Niderland Krallığının Mülki Məcəlləsi, mad. 5:20 (1992); Çex Respublikasının Yeni Mülki Məcəlləsi, mad. 506 (2014); Polşa Respublikasının Mülki Məcəlləsi, mad. 48 və mad. 191 (1964); Latviya Respublikasının Mülki Qanunu, mad. 968 (1992).

¹³⁸ Yuxarıda istinad 8, mad. 135.4; Yuxarıda istinad 33, mad. 4.4.

¹³⁹ Yuxarıda istinad 8, mad. 241.3, və mad. 243.

İnkişaf etmiş ölkələrin hüquq təcrübəsi göstərir ki, torpaq sahəsinin və onun üzərində yerləşən tikilinin mülki dövriyyənin məqsədlərinə uyğun gələn “vahid daşınmaz əmlak obyektı” anlayışı altında birləşdirmək daha uyğun yanaşmadır. “Vahid daşınmaz əmlak obyektı” konsepsiyasının mahiyyəti əsasən ondan ibarətdir ki, daşınmaz əmlak obyektlərindən daha səmərəli istifadə etmək üçün torpaq sahəsi və onun üzərində yerləşən tikili vahid hüquqi rejimə tabe olmalıdır. Bu konsepsiyaya uyğun olaraq bina və tikililər müstəqil mülkiyyət hüququna malik olmayan torpaq sahəsinin tərkib hissəsidir.

Qeyd olunmalıdır ki, “vahid daşınmaz əmlak obyektı” konsepsiyasının Azərbaycanda özbaşına tikinti institutunda əsas götürülməsi torpağın və tikilinin sahiblərinin fərqli şəxslər olması halında müəyyən problemlər yarada bilər. Bu baxımdan “vahid daşınmaz əmlak obyektı” konsepsiyasının tətbiqini özbaşına tikililər və torpaq üzrə sahiblik məsələlərində vahid həll yolu kimi deyil, daha çox bu yöndə gələcək üçün preventiv addım kimi dəyərləndirmək olar. Digər sözlə, Azərbaycan reallığında bu konsepsiyanın mövcud özbaşına tikililərə münasibətdə retroaktiv tətbiqi deyil, əksinə, gələcəkdə inşa ediləcək tikililərə münasibətdə tətbiqi real və uyğun görünür. Azərbaycanda da Avropanın əksər inkişaf etmiş ölkələrindəki kimi¹⁴⁰ daşınmaz əmlak obyektı dedikdə torpaq ilə onun üzərindəki tikili birlikdə nəzərdə tutulacağı halda, torpaq üzərində tikilən çoxmənzilli binalar onun tərkib hissəsi hesab ediləcək və bu torpaq üzərində mülkiyyət hüququ başqa şəxsə deyil, o mənzillərin sahiblərinə məxsus olacaq. Digər sözlə, vətəndaşlar çoxmənzilli binada mənzil alanda, birinci növbədə, bu binanın tikildiyi torpaqdan pay əldə edəcəklər. Məsələn, binada 50 mənzil varsa, həmin binanın yerləşdiyi torpağın mülkiyyət hüququ bu 50 mənzilin sahibinə məxsus olacaq.

Daşınmaz əmlak üzərində mülkiyyət hüququnun bu cür qeydiyyat mexanizmi vətəndaşları təbii fəlakət və bədbəxt hadisələr nəticəsində yaranan biləcək fəsadlardan sığortalaya bilər. Belə ki, bina təbii fəlakət və ya hər hansı bədbəxt hadisə nəticəsində yanarsa, uçarsa, dağılırsa, orada yerləşən mənzillərin sahibləri həmin torpaq üzərindəki mülkiyyət hüququnu itirməyəcək və yenidən onu bərpa edə biləcəklər. İndiki halda isə bina sakinləri çox vaxt bu cür hallar baş verdikdə torpaq üzərində mülkiyyət hüququna malik olmadığına görə mülkiyyət hüquqlarını itirmək təhlükəsi ilə üzləşirlər.

Bu cür iki ziddiyyətli yanaşma nəticəsində yaranmış hüquq kolliziyası özbaşına tikinti institutunun tənzimlənməsinə öz mənfi təsirini göstərir. Konstitusiya Məhkəməsinin mövqeyinə əsasən, hüquqi müəyyənlik prinsipinin tələbləri baxımından qanunvericilikdə iki fərqli yanaşmadan

¹⁴⁰ Deutsches Notarinstitut (DNotI) Würzburg, Real Property Law and Procedure in the European Union: General Report, 14 (2005).

yalnız birinin saxlanması məqsədəuyğun görünür.¹⁴¹ İndiki halda mərhələvi şəkildə məhz “vahid daşınmaz əmlak” obyektini konsepsiyasına keçid daha uyğun görünür. Hərçənd qeyd olunmalıdır ki, bu keçid üçün kifayət qədər uzun müddət lazım olacaq. “Vahid daşınmaz əmlak obyektini” konsepsiyasına keçid torpaq və tikinti ilə bağlı hüquqi rejimlərin birləşdirilməsinə gətirib çıxaracaq. Belə olan halda vətəndaş və ya sahibkar belə əmlakın qanuni sahibi ola bilməyəcəyindən yalnız dövlət və ya bələdiyyə mülkiyyətində olan torpaq sahəsində özbaşına tikili inşa etməyəcək. Açıq fırıldaq yolu ilə əldə edilmiş daşınmaz əmlak sənədləri ilə bağlı halların da sayı azalacaq.

“Superficies solo cedit” prinsipi torpaq üzərindəki tikililərin mülkiyyət hüququnu torpaq sahibinə verərək hüquqi qeyri-müəyyənliyi azaltmaqda mühüm rol oynaya bilər. Bu hal torpaq və üzərindəki tikililər arasındakı potensial mübahisələri minimuma endirər, özbaşına tikililərin inşasının qarşısını ala və mülkiyyət hüquqlarının qorunmasını gücləndirər bilər. Mülkiyyət münasibətlərinin sadələşdirilməsi və mübahisələrin azalması nəticəsində bu prinsip hüquqi çərçivədə müəyyənlik və sabitliyi təşviq etməklə daşınmaz əmlak sektorunda daha proqnozlaşdırıla bilən və etibarlı bir mühit yarada bilər.

Qanunvericiliyimizdə bir və ya digər mülkiyyət növünə aid olmayan torpaqların dövlətin və ya bələdiyyənin balansında olması ilə bağlı ziddiyyətli müddəalar mövcuddur. Bu məsələ ilə bağlı Mülki Məcəllə və “Bələdiyyə torpaqlarının idarə edilməsi haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanununun normaları arasında kolliziya var. Belə ki, Məcəlləyə əsasən, fiziki, hüquqi şəxslərin və ya bələdiyyələrin mülkiyyətində olmayan torpaq və digər təbii ehtiyatlar dövlət mülkiyyətidir.¹⁴² Digər tərəfdən Qanuna əsasən, müvafiq inzibati ərazi daxilində qanunvericiliklə müəyyən olunmuş qaydada dövlət mülkiyyətində saxlanmış və xüsusi mülkiyyətə verilmiş torpaqlar çıxılmaqla qalan torpaqlar bələdiyyə torpaqlarıdır.¹⁴³ Yaranmış bu ziddiyyət özbaşına tikinti ilə bağlı məsələlərdə problemlərə səbəb olur. Bu kolliziya torpaqların mülkiyyət statusunun kimə aid olduğunu (dövlətə, yoxsa bələdiyyəyə) aydınlaşdırmaqda çətinliklər yaradır. Nəticədə, bu vəziyyət torpaqların istifadəsi, idarə edilməsi və tikinti aparmaq istəyən şəxslər üçün icazələrin alınması prosesini qarışıq hala gətirir. Tikintiyə başlamaq üçün lazımı icazələrin və sənədlərin alınması üçün kimə müraciət edilməli olduğu məlum olmur. Bu cür qeyri-müəyyənlik və mürəkkəb vəziyyət isə, öz növbəsində, insanları özbaşına tikili inşa etməyə vadar edə bilər.

¹⁴¹ “Azərbaycan Respublikası Torpaq Məcəlləsinin 73-cü maddəsinin 1-ci hissəsinin və 75-ci maddəsinin 2-ci hissəsinin Azərbaycan Respublikası Mülki Məcəlləsinin 719.1 və 719.4-cü maddələri ilə əlaqəli şəkildə şərh edilməsinə dair” Azərbaycan Respublikası Konstitusiyası Məhkəməsi Plenumunun Qərarı (2023).

¹⁴² Yuxarıda istinad 8, mad. 155.2.

¹⁴³ Yuxarıda istinad 25, mad. 2.1.

“Normativ hüquqi aktlar haqqında” Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyaya Qanununun 2.5-ci maddəsində AR Mülki Məcəlləsi mülki hüquq normalarını əks etdirən digər məcəllə və qanunlarla ziddiyyət təşkil etdikdə Məcəllənin tətbiq edilməsi qeyd edilsə də, bu hüquqi kolliziyanın öz-özlüyündə mövcudluğu özbaşına tikinti institutu ilə bağlı problemlərin dərinləşməsinə gətirib çıxarır. Bu normativ ziddiyyət torpaq və mülkiyyət hüquqlarının aydın müəyyənləşdirilməsini əngəlləyərək dövlət və bələdiyyə orqanları arasında koordinasiyanın zəifləməsinə səbəb ola bilər. Nəticədə, özbaşına tikililərlə bağlı qərar qəbul edilməsi və icraatın həyata keçirilməsi proseslərində bürokratik əngəllər artır. Bu, kolliziya mübahisələrin artmasına, hüquqi proseslərin uzanmasına, investisiyaların yatırılmasına, şəhərsalma inkişafına maneələrin yaranmasına səbəb olur və özbaşına tikili problemi ilə mübarizəni daha da mürəkkəbləşdirir. Müəllif burada hüquqi müəyyənlik prinsipinin tələblərinə əməl olunması və “Bələdiyyə torpaqlarının idarə edilməsi haqqında” Azərbaycan Respublikası Qanununun 2.1-ci maddəsinə dəyişiklik edilməsini məqsədəuyğun bilir.

Yuxarıda qeyd olunduğu kimi, bəzən tikilinin inşası və qeydiyyatdan keçirilməsi üçün hüquqi prosedurların həddən artıq mürəkkəb və uzun olması insanları qanunsuz tikili inşasına meyilləndirə bilər. Bunun qarşısını almaq üçün təhlükəsizlik standartlarına riayət edilməsi şərti ilə tikinti və istifadəyə istismar icazələrinin verilməsi ilə bağlı qanunvericilikdə mövcud olan bütün bürokratik əngəllərin aradan qaldırılması və müvafiq prosedurların asan, şəffaf və sürətli olması olduqca vacibdir. Belə olan halda qanunsuz tikili inşa etmək istəyində olan şəxslərin sayı da azalacaq.

Müstəqilliyin ilk illərində Azərbaycanda özbaşına tikinti fəaliyyətinin sürətlə artmasının səbəbləri əsasən hüquqi sanksiyaların nisbətən zəif olması və qanunvericiliyin bu tipli fəaliyyətə nəzarət etməkdə kifayət qədər effektiv olmaması idi. Hazırda bu qanunsuz fəaliyyətə görə hüquqi məsuliyyətin sərtləşdirilməsi istiqamətində dövlət tərəfindən müvafiq işlər görülür. Bunun bariz nümunəsi kimi Cinayət Məcəlləsi və İnzibati Xətalər Məcəlləsində özbaşına tikinti fəaliyyətinə görə hüquqi məsuliyyətin ağırlaşdırılmasını göstərmək olar. Müəllif hesab edir ki, belə fəaliyyətin qarşısının alınması mübarizəsində effektiv üsul kimi hüquqi sanksiyaların daha da sərtləşdirilməsi davam etdirilməlidir. Azərbaycanda özbaşına tikinti probleminin geniş miqyası və bu sahədəki qanunvericilikdə mövcud olan çoxsaylı uyğunsuzluqlar məsələnin həll edilməsi üçün ayrıca bir qanunun qəbul edilməsinin zəruriliyini ortaya qoyur. Belə qanunun qəbulu özbaşına tikililərin hüquqi çərçivəyə daxil edilməsi və bu sahədə şəffaflığın artırılması üçün kritik əhəmiyyətə malikdir. Yeni qanunun qəbul edilməsi və tətbiqi mülkiyyət hüquqlarının qorunmasını gücləndirərək vətəndaşların mülkiyyətlərinin rəsmiləşdirilməsini, habelə sosial və iqtisadi inteqrasiyanın dəstəklənməsini təmin edəcək. Eyni zamanda, şəhərsalma və dayanıqlı

inkışaf məqsədlərinə uyğun olaraq infrastruktur və ictimai xidmətlərin daha məqsədyönlü planlaşdırılmasına imkan verəcək.

Bu prosesin uğurlu olması üçün qanun layihəsinin hazırlanması zamanı geniş ictimai müzakirələrin aparılması, müxtəlif maraqlı tərəflərin iştirakının təmin edilməsi və layihənin hüquqi və texniki aspektlərinin dərinlən təhlil edilməsi mühümdür. Bu yanaşma qanunun effektivliyini artırmaq və özbaşına tikililərin sənədləşdirilməsi prosesinin şəffaflığını, adilliyini və tətbiq olunma qabiliyyətini maksimum dərəcədə təmin etmək üçün zəruridir.

B. Özbaşına tikililərlə bağlı məhkəmə praktikasının təkmilləşdirilməsi

Azərbaycan hüquq sisteminin müasir inkışafı mövcud qanunvericiliyin səmərəli şəkildə tətbiq edilməsini tələb edir. Sosial münasibətləri tənzimləyən alət kimi qanuna onun mətninin deyil, praktikada tətbiqinin keyfiyyətinə görə qiymət verilir. Qanunların praktikada tətbiqi baxımından isə, təbii ki, məhkəmələr mühüm rol oynayır. Bu səbəbdən özbaşına tikinti institutu ilə bağlı mövcud qanunvericiliyə dəyişikliklərin və əlavələrin tətbiq edilməsi ilə yanaşı, məhkəmə praktikasının təkmilləşdirilməsinə də ehtiyac var. Müəllif özbaşına tikililərlə bağlı işlərdə məhkəmə praktikasının inkışafı ilə əlaqədar bir sıra təkliflər irəli sürür.

Birincisi özbaşına tikililərlə bağlı məhkəmə təcrübəsinin ümumiləşdirilməsi yolu ilə vahid məhkəmə yanaşmasının formalaşdırılmasıdır. Özbaşına tikililərlə bağlı məhkəmə işlərində müxtəlif yanaşmaların olması hüquqi müəyyənliyin azalmasına və qanunun tətbiqində uyğunsuzluqlara səbəb olur. Bu, vətəndaşların hüquqlarının müdafiəsində və özbaşına tikililərin qanuniləşdirilməsi prosesində çətinliklər yaradır. Məsələn ilə bağlı məhkəmə təcrübəsinin vahid bir yanaşma əsasında ümumiləşdirilməsi məhkəmə qərarlarında ardıcılığın və əsaslılığın təmin edilməsinə kömək edəcək. Bu, məhkəmə proseslərinin şəffaflığını və adilliyini artırmaq, vətəndaşların hüquqlarını daha effektiv şəkildə qorumaq üçün zəruridir.

İkincisi təklif Azərbaycan Respublikasının Ali Məhkəməsi tərəfindən özbaşına tikililərlə bağlı məhkəmə işlərinə baxılmasına dair ümumi tövsiyələrin hazırlanmasını əhatə edir. Məhkəmə işlərindəki müxtəlif tətbiq və rəylər özbaşına tikililərlə əlaqədar məsələlərin həlli üçün qanuni çərçivənin qeyri-müəyyən qalmasına səbəb olur. Ali Məhkəmə tərəfindən özbaşına tikililərlə bağlı məhkəmə işlərinə baxılmasına dair ümumi tövsiyələrin hazırlanması məhkəmə proseslərinə daha aydın və bərabər bir yanaşmanın tətbiq edilməsini təmin edə bilər. Bu cür tövsiyələrin hazırlanması məhkəmələrin qarşılaşdığı çətinliklərin aradan qaldırılması və özbaşına tikililərlə bağlı işlərə daha ardıcıl və ədalətli yanaşmanın təmin edilməsi baxımından olduqca önəmlidir.

Məhkəmələrdə özbaşına tikililərlə bağlı işlərə baxılarkən Azərbaycan Respublikasının Mülki Məcəlləsinin 178.6-cı maddəsinin, yəni mülkiyyət hüququnun əldə etmə müddəti institutunun nəzərə alınması əhəmiyyətli addım olacaqdır. Məhkəmə işlərində özbaşına tikililərin qanuniləşdirilməsi zamanı əldə etmə müddəti kimi tanınan mülkiyyət hüququnun qazanılması prosesinə məhəl qoyulmur. Bu da mülkiyyət hüquqlarının müəyyən edilməsində çətinliklərə və hüquqi mübahisələrə səbəb olur. Əldə etmə müddəti institutu özbaşına tikililərlə bağlı məsələlərdə mülkiyyət hüquqlarının qeydiyyatına alınması və qanuniləşdirilməsi üçün mühüm bir hüquqi mexanizmdir. Bu institut daşınmaz əmlakın dövlət reyestrində qeydiyyatının olmaması və ya qeydə alınmasında səhv olması kimi hallarda uzun müddətli faktiki sahibliyin mülkiyyət hüququna çevrilməsi prosesini tənzimləyir. Bu yanaşma hüquqi əsas olmadan əmlakdan istifadə edən şəxslərə müəyyən şərtlər altında daşınmaz əmlakı qanuni mülkiyyətə çevirmək imkanı yaradır. Bununla yanaşı, bu institut hüquqi varisliyi də nəzərə alır. Belə ki, bir şəxs öz sahiblik müddətini hüquqi varisi olduğu şəxsin bu əmlaka sahiblik etdiyi müddət ilə birləşdirə bilər. Əldə etmə müddəti institutunun məhkəmələrdə effektiv tətbiqi mülkiyyət hüquqlarının qorunmasında ədalətli və şəffaf bir yanaşmanın təmin edilməsində əhəmiyyət kəsb edir. Bu həmçinin özbaşına tikililərlə bağlı məsələlərdə mülkiyyət hüquqlarının qeydiyyatının asanlaşdırılmasına kömək edərək hüquqi müəyyənlik və sosial ədalətin təmin edilməsində mühüm rol oynayır.

Növbəti təklif hazırkı dövrə qədər qeydiyyatına alınmış özbaşına tikililərlə bağlı təsnifatın aparılması və bu təsnifatlardan məhkəmə praktikasında aktiv şəkildə istifadəsini ehtiva edir. Özbaşına tikililərlə bağlı məhkəmə işlərində müxtəlif növ və kateqoriyalardakı tikililərin fərqləndirilməsi çətinliyi yaşanır. Bu, adil və effektiv qərarların verilməsində müəyyən problemlərə səbəb olur, çünki hər bir tikilinin xüsusiyyətləri və qanuniləşdirilməsi üçün tələbləri fərqlidir.

Azərbaycanda aşağı instansiya məhkəmələri özbaşına tikililərlə bağlı işlərə baxarkən çox vaxt beynəlxalq hüquq normalarına və xüsusilə AİHM-in presedent hüququna kifayət qədər istinad etmirlər. AİHM-in mülkiyyət hüquqlarının qorunması ilə bağlı presedentləri məhkəmə proseslərində şəffaflığın, adilliyin və tərəfsizliyin təmin edilməsində mühüm rol oynayır. Özbaşına tikililərlə bağlı işlərdə bu presedentlərə istinad edilməsi mübahisəli məsələlərin obyektiv və ədalətli bir şəkildə araşdırılmasını və qeyri-ədalətli müdaxilələrin qarşısının alınmasını təmin etməyə kömək edə bilər. Eyni zamanda, AİHM-in presedent hüququna daha geniş və düzgün formada istinad edilməsi məhkəmə işlərinin həllində beynəlxalq hüquq norma və standartlarının səmərəli tətbiqinə imkan yaradacaq. Bu həmçinin Azərbaycanın beynəlxalq hüquq öhdəliklərinə uyğunluğunu təmin edəcək və vətəndaşların hüquqlarının daha yaxşı qorunmasına kömək edəcək.

Özbaşına tikinti obyektləri sökülməyə məruz qaldıqda onların sahiblərinin əmlak vəziyyətinə mənfi təsir göstərməklə yanaşı, daşınmaz əmlak bazarının inkişafına da öz neqativ təsirini göstərir. Məhkəmələr özbaşına tikililərin sökülməsi ilə bağlı iddialara baxarkən vətəndaşların mülkiyyət, mənzil və digər əlaqəli hüquqlarının qorunmasına böyük önəm verməlidir. Bir çox hallarda özbaşına tikilinin onun sahibinin yeganə yaşayış yeri olmasını nəzərə alaraq yalnız müstəsna hallarda mütənasiblik, tarazlıq və ədalət prinsipləri əsasında sökülmə ilə bağlı iddiaların təmin edilməsi məqsədəuyğun görünür.

Ölkədə çoxlu sayda olan özbaşına tikililər kütləvi şəkildə sökülərsə, orada yaşayan sakinlər məskunlaşma ilə bağlı problemlə üzləşəcəklər. Bu isə öz növbəsində sosial partlayışa gətirib çıxara bilər. Məhz buna görə də özbaşına tikililər söküldüyü təqdirdə dövlət ya vətəndaşların yeni yaşayış məkanlarında məskunlaşdırılmasını öz üzərinə götürməli, ya da onlara lazımı həcmdə kompensasiyanın ödənilməsinə təmin etməlidir. Bu ədalətli qərarların verilməsində isə məhkəmələr müstəsna rola sahibdir.

C. Özbaşına tikililərin sənədləşdirilməsi istiqamətində görülməsi lazım olan işlər

Hazırda mövcud özbaşına tikililərin islah yolu ilə sənədləşdirilməsi ilə bağlı liberal siyasətin davam etdirilməsi labüddür. Özbaşına tikili üzərində mülkiyyət hüququ əldə etmək üçün qeydiyyatdan keçmiş şəxslərdən əldə olunan rüsum və vergilər hesabına isə belə tikililərin sökülməsi ilə bağlı xüsusi bir fondun yaradılması nəzərdən keçirilə bilər. Bu fonda köçürüləcək vəsait riskli zonalarda inşa edilən tikililərdə yaşayan insanların yeni evlərə köçürülməsinə, onlar üçün yeni evlərin tikilməsinə və ya kompensasiyaların ödənilməsinə yönəldilməlidir.

Özbaşına tikinti fəaliyyətinin hüquqi nəticələri haqqında insanlar arasında maarifləndirmə işlərinin aparılması da arzu olunan nəticə verə bilər. Bir çox hallarda insanlar bilərəkdən özbaşına tikili inşa etsə və ya əltsə da, bəzi hallarda onlar belə vəziyyətdən xəbərsizdirlər. Bu cür məlumatlılıq isə onların öz mülkiyyət və digər hüquqlarını tam şəkildə reallaşdırmasına əngəllər törədir.

Rəsmi səviyyədə özbaşına tikililərin taleyi ilə bağlı qərar qəbul edilməzdən əvvəl həmin obyektlər təhlil edilməli, ekspertizadan keçirilməli və onların sənədləşdirilə bilib-bilinməyəcəyi müəyyən edilməlidir. Təbii olaraq, dövlət üçün strateji əhəmiyyətə malik ərazilərdə: neft mədənlərinin ərazilərində, kommunikasiya xətlərinin və ya dəmir yollarının mühafizə zolağında, vulkanik dağların yaxınlığında, sürüşmə zonalarında, Xəzər dənizi və çayların mühafizəsində tikilmiş evlərin qeydiyyata alınması mümkün olmayacaq. Bu cür təhlükəli evlərlə bağlı problemin məntiqli həll yolu kimi sakinlərin köçürülməsi uyğundur. Sakinlərin köçürülməsi zamanı bu mənzillər qiymətləndirilməli və mənzil hüququ nəzərə alınmaqla ya onlara lazımı səviyyədə kompensasiya ödənilməli, ya da onlar yeni

mənzillərlə təmin edilməlidir. Çünki vətəndaşların yaşayışı, təhlükəsizliyi, ümumilikdə insan hüquqlarının təmin olunması dövlət üçün hər şeydən üstün tutulmalıdır.

Fərqli təyinatlı torpaqlarda tikinti normalarına riayət edilməyən və ya istismar icazəsi olmayan tikililərin müəyyən dəyişikliklər tətbiq edildikdən sonra sənədləşdirilməsi mümkün haldır. Bu cür hüquqi tənzimləmə şəxsi və ictimai maraqların balansı, habelə iqtisadi, sosial və siyasi prioritetlərin vəhdətinin optimal kombinasiyası ilə baş verməlidir. Təhlükəsizlik standartlarına cavab verəcək evlərin qeydiyyatına alınması həm sosial, həm də iqtisadi baxımdan məqsədmüvafiq görünür. Bir tərəfdən vətəndaş özbaşına tikili hesab olunan evi üzərində rəsmi qaydada mülkiyyət hüququ əldə edəcək, digər tərəfdən isə qeydiyyatdan keçmiş qanuni evlər üçün dövlət rüsumu ödəniləcək, onlar vergiyə cəlb ediləcək və bunun nəticəsində dövlət büdcəsinə böyük həcmdə vəsait daxil olacaq.

2019-cu ildən etibarən ölkədə özbaşına tikililərin inventarlaşması həyata keçirilir. Inventarlaşdırılması aparılan özbaşına tikililər üç qrupa bölünür: 1) təyinatı üzrə istifadə edilməyən torpaqlarda (meşə fondu torpaqları, kənd təsərrüfatı, sənaye, nəqliyyat, rabitə, müdafiə və digər təyinatlı torpaqlar) inşa edilmiş sənədsiz tikililər; 2) kommunikasiya xətləri, mədən ərazisi və mühafizə zolaqlarında tikilmiş sənədsiz tikililər; 3) təyinatı üzrə istifadə olunmuş torpaqlarda müvafiq sənədləşmə prosesi həyata keçirilmədən inşa edilmiş sənədsiz tikililər.¹⁴⁴ Bu üç fərqli təsnifat üzrə özbaşına tikililərin inventarlaşdırılması prosesi başa çatdıqdan və özbaşına tikililərlə bağlı problemin həlli məqsədilə yeni qanunvericilik aktı qəbul edildikdən sonra mərhələli şəkildə bu tikililərin sənədləşdirilməsi işinə başlamaq olar. Birinci mərhələdə təyinatı üzrə tikilmiş, lakin tikinti və ya istismar normalarına riayət etməyən evlərin sənədləşdirilməsi aparıla bilər. İkinci mərhələdə fərqli təyinatlı torpaqlarda, məsələn: kənd təsərrüfatı və sənaye təyinatlı torpaqlarda tikilmiş evlərin amnistiyası məsələsinə diqqət yetimək mümkündür. Bu iki mərhələ bitdikdən sonra isə təhlükəli zonalarda tikilmiş riskli qrupa aid olan evlərin qanuniləşdirilməsi məsələsi nəzərdən keçirilə bilər. Qeyd olunmalıdır ki, riskli qrupa aid olan evlərin sayı ilkin monitorinqlərə görə təxminən 70 min təşkil edir.¹⁴⁵

Bir məsələ aydınlaşdırılmalıdır ki, bütün özbaşına tikililərin qeydiyyatı məsələsi eyni prinsip əsasında həyata keçirilə bilməz, çünki bu tikililər fərqli xüsusiyyətlərə və dislokasiya yerlərinə malikdir. Özbaşına tikililərin sənədləşdirilməsi zamanı differensial yanaşma tətbiq olunmalıdır. Bu tikililərlə bağlı problemlərin bir hissəsi əmlak islahatı yolu ilə, bir hissəsi isə

¹⁴⁴ Sənədsiz evləri olanların diqqətinə: Inventarlaşdırma necə baş verəcək? (2021), <https://www.xezerxeber.az/news/gundem/323848/senedsiz-evleri-olanların-diqqetine-inventarlaşdırma-necə-baş-verəcək> (son baxış 5 yanvar 2024).

¹⁴⁵ Fərdi evlərin sənədləşdirilməsində hansı çətinliklər yaranıb? (2019), <https://vergiler.az/news/economy/2336.html> (son baxış 13 fevral 2024).

məhkəmənin qərarı ilə qeydiyyatla alınmaqla öz həllini tapmalıdır. Söküləcək tikililərin bir hissəsinə digər yerlərdə yaşayış yeri təmin olunmalı, digər hissəsi isə kompensasiyanın ödənilməsi yolu ilə nəticələnməlidir.

Nəticə

Özbaşına tikililərlə bağlı problem artıq uzun illərdir ölkə gündəmini zəbt etmiş və vətəndaşları narahat edən önəmli məsələlərdəndir. Bu problem özündə mülkiyyət hüquqlarının yaranması və qorunması, torpaqlardan qanuni və səmərəli istifadə, tikinti təhlükəsizliyi, şəhərsalma və tikinti normalarına riayət olunması və yeni büdcə daxilolmalarının təmin olunması kimi aspektləri ehtiva edir.

Azərbaycanda özbaşına tikililər ilə bağlı problemin birdəfəlik və optimal həlli yolu kimi digərlərinin hüquqlarını pozmayan, tikinti standartlarına uyğun gələn, dövlətə maneə törətməyən, kommunikasiyalardan aralıqda olan evlərin qanuniləşdirilərək qeydiyyatdan keçirilməsi, bu kateqoriyaya uyğun gəlməyən qanunsuz tikililərin sakinlərinə kompensasiya ödəməklə və ya başqa yerə köçürməklə sökülməsi görünür. Hər bir halda yarana biləcək mümkün korrupsiya və rüşvətخورluq hallarının qarşısının alınması məqsədilə şəffaf mexanizmlərin tətbiq olunması olduqca vacibdir. Gələcəkdə isə bu cür qanunsuz tikililərin inşasına qəti şəkildə imkan verilməməlidir. Başqa sözlə, mövcud özbaşına tikililərin problemi həll olunmalı, potensial özbaşına tikililərin inşasının qarşısı alınmalı və bu istiqamətdə preventiv tədbirlər daha da sərtləşdirilməlidir.

2023-cü il 14 iyun tarixində ölkə başçısının paket şəklində tikinti sahəsindəki mövcud qanunvericiliyə etdiyi dəyişikliklər və imzaladığı yeni normativ-hüquq aktdan¹⁴⁶ da görünür ki, özbaşına tikililərlə bağlı problemin həlli ilə əlaqəli tədbirlər məhz bu istiqamətdə irəliləyir. Bir tərəfdən mövcud özbaşına tikililərin islahı və rəsmiləşdirilməsi ilə bağlı liberal siyasət həyata keçirilir, digər tərəfdən isə şəhərsalma və tikinti standartları daha da sərtləşdirilir, yeni özbaşına tikililərin inşa edilməməsi üçün preventiv tədbirlər həyata keçirilir. Bunun bariz nümunəsi kimi özbaşına tikililərin inşasına görə inzibati cərimələrin artırılmasını, vəzifəli şəxslərin məsuliyyətinin artırılmasını, yerli icra hakimiyyətlərində özbaşına tikililərlə bağlı ərazilər üzrə məsul şəxslərin təyin olunmasını, özbaşına tikililərin kommunal xidmətlərə qoşulmasına qadağa qoyulmasını göstərmək olar.

Özbaşına tikinti fenomeninin kütləvi hal almasının səbəblərindən biri kimi bəzən obyektlərin inşasına zəruri icazələrin alınması üçün mürəkkəb bürokratik prosedurların olması göstərilir. Azərbaycan dövləti bu bürokratik əngəllərin, yəni tikililərin inşası və sonrakı istismarı üçün müvafiq icazələrin

¹⁴⁶ "Qeyri-yaşayış təyinatlı bəzi tikinti obyektlərinin istismarına icazə verilməsi ilə bağlı əlavə tədbirlər haqqında" Azərbaycan Respublikası Prezidentinin Fərmanı (2023). Burada bax: <https://president.az/az/articles/view/60236> (son baxış 13 fevral 2024).

alınmasına niyyətli və süni maneələrin aradan qaldırılması üçün də zəruri tədbirlər görür.

Özbaşına tikililərin qeydiyyat probleminin aradan qaldırılması həm iqtisadi baxımdan, həm də sosial nöqtəyi-nəzərdən böyük önəm daşıyır. Özbaşına tikililərin sənədləşdirilməsi bir çox aspektdən dövlətin də marağındadır. Belə ki, mülkiyyət münasibətlərinin tənzimlənməsində yaranan problemlərin lazımi səviyyədə həll olunmaması iqtisadiyyata investisiyaların cəlb edilməsini çətinləşdirir, davamlı və dinamik iqtisadi artımın təmin edilməsinə maneələr yaradır. Özbaşına tikililərlə bağlı problemin həlli daşınmaz əmlak sektorunun inkişafı üçün bir təkan olacaq, bu da öz növbəsində ölkə iqtisadiyyatına öz töhfəsini verəcək. Ümumilikdə, özbaşına tikililərin sənədləşdirilməsi prosesinin tamamlanması ilə həm vətəndaşların sənədsiz ev problemi öz həllini tapacaq, həm də sənədləşmə nəticəsində büdcə daxilolmalarının əhəmiyyətli dərəcədə artması təmin ediləcəkdir.

Extraterritorial Jurisdiction of the ECHR in the Context of Analysis of Relevant Cases: Which Model Is Effective?

*Kamran Khalilov**

Abstract

The issue of extraterritorial jurisdiction of the ECHR is no longer confidential, it is openly discussed and often regulated by law. The purpose of this article is to elucidate the contradictory provisions of the European Convention on Human Rights (ECHR) concerning extraterritorial jurisdiction that may arise from a signatory state's actions on another state's territory. Additionally, the Strasbourg Court's application of the Convention to international armed conflicts will be examined. This article aims to clarify the conflicting aspects of the ECHR regarding extraterritorial jurisdiction arising during the activities of a signatory state in the territory of another state and to determine how the Strasbourg Court applied the Convention to international armed conflicts in this context. According to Article 1 of the ECHR, member states are obliged to recognize the rights and freedoms set out in the Convention to everyone "within their jurisdiction". Nevertheless, the Strasbourg Court did not precisely explain when and how the jurisdiction of the ECHR regarding the extraterritorial actions of signatory states emerged. In other words, there is no particular provision for extraterritorial aspects. Therefore, this study analyzes two essential models presented by the ECtHR for solving the problem. While the spatial model is based on the state's control over a particular territory, the personal model consists of the power of authority that the state exerts on individuals through its agents. The topic of this article establishes an obvious background by examining numerous court cases on both models. In addition, this research explores the functional and third models under alternative approaches and presents the author's views on which model will be effective. Additionally, this article provides the author's arguments after analyzing the ECtHR's reference to IHL norms through its case law. The author focuses on applying the balance method to solve the problem. In conclusion, this study suggests that extraterritorial jurisdiction under the ECtHR is an important legal tool for maintaining a workable balance between the Convention's regional identity and its universalist aspirations.

Annotasiya

AİHK-nın ərazidənkənar yurisdiksiyası məsələsi artıq məxfi deyil, o, açıq şəkildə müzakirə olunur və çox vaxt qanunla tənzimlənir. Bu araşdırmanın məqsədi AİHK-nı imzalayan dövlətin başqa dövlətin ərazisindəki fəaliyyəti zamanı yaranan ərazidənkənar yurisdiksiya ilə bağlı ziddiyyətli aspektləri aydınlaşdırmaqdır. Əlavə olaraq, Strasburq Məhkəməsinin bu Konvensiyanı beynəlxalq silahlı münaqişələrə tətbiqi də analiz ediləcəkdir. AİHK-nın 1-ci maddəsinə əsasən, üzv dövlətlər Konvensiyada təsbit olunmuş hüquq və azadlıqları "öz yurisdiksiyaları daxilində" hər kəsə tanımağa borcludurlar. Buna baxmayaraq, Strasburq Məhkəməsi AİHK-nı imzalayan dövlətlərin ərazidənkənar hərəkətləri ilə bağlı yurisdiksiyasının nə vaxt və necə yarandığını dəqiq izah etməyib. Başqa sözlə, ərazidənkənarlıq aspekti barədə xüsusi müddəə yoxdur. Buna görə də bu araşdırma

* LL.M. from Vilnius University, PhD candidate at Baku State University.

problemin həlli üçün AİHM tərəfindən təqdim olunan iki əsas modeli təhlil edir. Məkan modeli dövlətin müəyyən ərazi üzərində nəzarətinə əsaslanarsa da, şəxsi model dövlətin öz agentləri vasitəsilə fərdlərə tətbiq etdiyi səlahiyyət gücündən ibarətdir. Bu məqalə mövzusu hər iki model üzrə çoxsaylı məhkəmə işlərinin tədqiqi ilə açıq bir fon yaradır. Bundan əlavə, bu tədqiqat alternativ yanaşmalar altında funksional və üçüncü modelləri araşdırır və hansı modelin effektiv olacağı ilə bağlı müəllifin fikirlərini təqdim edir. Əlavə olaraq, bu məqalə AİHM-in öz presedent hüququ vasitəsilə beynəlxalq humanitar hüquq normalarına istinadını təhlil etdikdən sonra müəllifin arqumentlərini təmin edir. Müəllif problemi həll etmək üçün balans metodunun tətbiqinə diqqət yetirir. Yekun olaraq, bu araşdırma göstərir ki, AİHM çərçivəsində ekstraterritorial yurisdiksiya Konvensiyanın regional kimliyi ilə onun universalist istəkləri arasında işlək tarazlığı saxlamaq üçün mühüm hüquqi alətdir.

CONTENTS

Introduction.....	84
I. The Theoretical and Legal Background for Extraterritorial Jurisdiction of the ECHR under Article 1.....	87
II. The Spatial Model: Effective Overall Control.....	92
A. Case of <i>Loizidou v. Turkey</i> : Effective Control Triggers Responsibility	93
B. “ <i>Banković and Others v. Belgium and Others</i> ” as the Most Controversial Case of the Strasbourg Court	95
C. <i>Chiragovs and Others v. Armenia</i> : The Role of the Separatist in State Responsibility	97
III. Personal Model: State Agent Authority	99
A. <i>Cyprus v. Turkey (EComHR)</i> : Turkey’s First Test with the Problem of Extraterritorial Jurisdiction.....	100
B. <i>Öcalan v. Turkey</i> : The Importance of Detention	101
C. <i>Al-Skeini and Others v. the United Kingdom</i>	103
IV. Alternative Models for Extraterritorial Application of the ECHR.....	106
A. The Functional Model	106
B. The Third Model.....	108
C. The Balanced Approach	110
Conclusion	116

Introduction

Recently, appeals to the European Court of Human Rights (hereinafter ECtHR) related to armed conflict or other cases of violence are increasing.¹ This creates conditions for the emergence

¹ Marco Sassoli, *The Role of Human Rights and International Humanitarian Law in New Types of Armed Conflicts*, in *International Humanitarian Law and International Human Rights Law* 34, 44 (2011).

of a new actual topic. The application of the European Convention on Human Rights (hereinafter ECHR or the Convention) to armed conflicts requires determining the nature of the extraterritorial jurisdiction of the Convention and, simultaneously, examining relevant aspects of interaction with International Humanitarian Law (hereinafter IHL). Since its adoption, the ECHR has been one of the most important and consulted sources of International Human Rights Law (hereinafter IHRL). This Convention differs from other existing sources in the field of human rights protection in international law. The primary distinction is that Article 1 of the Convention is not limited to defining obligations for states but also tries to define the boundaries of the sphere in which states perform these obligations.

This is proven by the statement in Article 1 of the Convention that *“The High Contracting Party shall secure the rights and freedoms contained in Section I of this Convention within their jurisdiction”*.² However, the concept of “within their jurisdiction” mentioned in this provision is controversial and needs clarification. Because, in numerous conventions and other documents adopted in the field of IHRL,³ the concept of jurisdiction, determining the nature and scope of the obligations of the member states, has not been fully and accurately explained. Therefore, the explanation of jurisdiction has been interpreted in both theory and practice giving it an autonomous form and character.

For instance, in the first draft text prepared by the Consultative Assembly of the Council of Europe, the persons who will benefit from the protection mechanism of the Convention are defined as *“all persons residing within the territory of the states”*.⁴ Subsequently, when the Subcommittee’s proposal to replace “residing within” with “living in” was rejected, the scope of the Agreement was defined as *“within their jurisdiction”*, rather than *“within their territory”*.⁵ It is clear that during the preparatory discussions, the Committee could not reach a complete and precise conclusion about the application limits of extraterritorial jurisdiction of states. Simply put, the attempts and changes made in all the discussions on the Project were aimed at expanding the scope of the convention and reaching more people. Therefore, as noted by Rick Lawson, the Committee of Experts did not attempt to limit the scope of the jurisdiction to be only “territorial”. The scope of the contract was defined as *“within the jurisdiction”*, offering a more flexible

² European Convention on Human Rights, art. 1 (1950).

³ See Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, art. 17 (1949).

⁴ Council of Europe, Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention of Human Rights: Volume II, 276 (1975).

⁵ Council of Europe, Collected Edition of the “Travaux Préparatoires” of the European Convention of Human Rights: Volume III, 200 (1976).

definition.⁶ In particular, the interpretation of jurisdiction was rendered even more complicated by the ECtHR's determination in *Banković v. Belgium*.⁷

Over time, the extraterritorial military exercises of states have expanded, posing a unique challenge for the Strasbourg Court. The question was simple. How and by what methods will the extraterritorial jurisdiction of the ECHR be determined? The precise clarification of the application of the ECHR's provisions to extraterritorial activities and the determination of the degree of the state's responsibility are two of the most problematic issues facing the Strasbourg Court. This is because the exercise of jurisdiction is a necessary condition for holding a contracting state liable for an act or omission.⁸

When analyzing the nature and extent of extraterritorial jurisdiction, the Court also raises two important issues: first, the "effective overall control" of the signatory state in another territory; and second, whether the act of the state agent or authorized representative falls under its jurisdiction (state agent authority).

In fact, the duty of the court extends beyond just determining the applying conditions and boundaries of the jurisdiction. While trying to resolve this issue, the Court should examine the relationship between International Human Rights Law and International Humanitarian Law. Because the extraterritorial activity of states in armed conflicts reveals another problem for the study, representing the second side of the topic's relevance. The basic issue is to safeguard a person from all forms of damage. Thus, war and armed conflicts provide ideal circumstances for the infringement of human rights and freedoms. This emphasises the need for closely monitoring human rights during times of armed conflict.⁹

In other words, the Strasbourg Court recently started following a new path in the cases it analyzed, trying to clarify the relationship between the ECHR and the Geneva Conventions (hereinafter Geneva Convention).¹⁰ In particular, the interpretation of the application of Articles 2 and 5 of the Convention to armed conflicts, the consideration of IHL norms, and the arguments about whether the ECHR is effective during armed conflicts reveal once again how important the topic is. Although these instances are seen as precautions against limiting the possibilities of another legal field of the Convention, the Strasbourg Court should not undermine the Convention's credibility and legal protection.

⁶ Rick Lawson, *Life After Banković: On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*, in *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* 83, 88-89 (2004).

⁷ *Banković and Others v. Belgium and Others*, ECHR No. 52207/99 (2001).

⁸ *Al-Skeini and Others v. the UK*, ECHR No. 55721/07, § 130 (2011).

⁹ Hans-Joachim Heintze, *On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law*, 86 *International Review of Red Cross* 789, 789 (2010).

¹⁰ *Jaloud v. the Netherlands*, (GC) ECHR No. 47708/08, § 96 (2014).

In light of these factors, the main research direction of this article is related to determining the effectiveness of the models applied by the Strasbourg Court. The Court applied two different models (spatial and personal) when analyzing the cases arising from the participation of states in extraterritorial armed conflicts. However, in the application of both models, different approaches have emerged that violate the harmony between the norms of the ECHR and IHL.

The first part of the article will involve a theoretical analysis of jurisdiction and its extraterritorial characteristics. After analyzing the territorial model through cases in the second chapter, the third chapter will subsequently examine the personnel model. Finally, in the last part, the article will focus on two new and alternative models relevant to the topic and their necessity. In the concluding part, the author will summarize the results and state his thoughts.

I. The Theoretical and Legal Background for Extraterritorial Jurisdiction of the ECHR under Article 1

The terms “extraterritoriality” and “extraterritorial jurisdiction” refer to the competence of a state to make, apply, and enforce rules of conduct in respect of persons, property, or events beyond its territory. Such competence may be exercised by way of prescription, adjudication, or enforcement. In the absence of a universally accepted definition, extraterritoriality is an elusive concept that may include a wide variety of practices. Depending on the definition chosen it may encompass, for example, the adoption and adjudication of antitrust legislation, the regulation of the export of toxic waste, and the bringing to justice of terrorists and drug traffickers.¹¹ The wide variety of matters covered by the concept makes it difficult to draw general conclusions about its status under international law. In this regard, to understand the term extraterritoriality correctly, the concept of “jurisdiction” must first be clarified.

The notion of jurisdiction is one of the concepts that has different aspects and is always open to different interpretations. Jurisdiction is usually used to mean the authority of the state and the regulatory body to prepare and adopt certain laws (perspective-legislative jurisdiction), as well as the power to implement (enforcement-prerogative jurisdiction) these decisions.¹² The primary meaning of jurisdiction under International Law is called “state jurisdiction”, which is defined by the boundaries of the principle of state sovereignty. In this sense, the jurisdiction consists of three parts: legislative, executive and judicial.¹³

¹¹ Menno T. Kamminga, Extraterritorially, in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* 113, 115 (2020).

¹² Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 297 (6th ed. 2003).

¹³ Malcolm Shaw, *International Law*, 404 (5th ed. 2003).

Legislative jurisdiction refers to the ability of a state to apply its laws to persons and other things within its territory. This type of jurisdiction can be applied extraterritorially in exceptional cases.¹⁴ Because the emergence of extraterritoriality in terms of legislative powers depends on one state taking over the entire administration in the territory of another state. This happens very rarely. For example, as in the case of *Chiragovs*, which will be discussed, the government of Armenia created extraterritorial legislative jurisdiction in a certain part of the territory of another state. In this case, the occupying state supports and provides for the so-called group or regime it creates from economic, political and social points of view.¹⁵

Executive jurisdiction is related to the ability of a state to enforce its own laws.¹⁶ Extraterritoriality of this type of jurisdiction is very common.¹⁷ For example, as in the case of *Al-Skeini*, the UK government directly enforces decisions or military orders on the territory of another state (Iraq) without creating any legislative or judicial authority.¹⁸

Judicial jurisdiction is used in two forms or levels: international law and domestic law. Judicial jurisdiction, in domestic law, refers to the power of a state to subject persons or things to the authority of courts and tribunals existing within its territory.¹⁹ However, in International Law, it is used to describe the nature, conditions, and boundaries of the right of international and regional courts to consider cases between the parties.²⁰ More precisely, conventions and other normative legal acts adopted by the signatory states play an important role in determining the jurisdiction of international and regional courts. In this regard, the scope of the cases that the Strasbourg Court can consider is determined by the ECHR.

As many normative acts have been adopted in the field of the protection of human rights, the sphere of application of the ECHR norms has been determined. Article 1 of the Convention states:

“The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.”²¹

The concept of jurisdiction specified in this article of the Convention, in fact, should determine the scope of the obligations undertaken by the signatory states under the Convention. However, during the interpretation of this article, the questions of whether to determine the exact boundaries of the

¹⁴ *Id.*, 576.

¹⁵ *Chiragov and Others v. Armenia*, ECHR No. 13216/05, § 72 (2015).

¹⁶ Damira Kamchibekova, *State Responsibility for Extraterritorial Human Rights Violation*, 13 *Buffalo Human Rights Law Review* 87, 90 (2007).

¹⁷ Shaw, *supra* note 13, 586.

¹⁸ *Supra* note 8, § 124.

¹⁹ *Supra* note 13, 578.

²⁰ Vaughan Lowe, *International Law*, 330 (2007).

²¹ *Supra* note 2, art. 1.

jurisdiction and the distinction between positive and negative obligations remained unanswered. In addition, the question of how and to what extent it will be applied to the extraterritorial activity of states has not been clarified. However, during the interpretation of this article, the questions of whether to determine the exact boundaries of the jurisdiction, the distinction between positive and negative obligations, also how and to what extent it will be applied to the extraterritorial activities of the states remained unanswered. Afterwards, the jurisdictional understanding, which caused serious misunderstandings in the practice of the Strasbourg Court, went through various legal procedures until it reached its current state.

The tendency of interpretations of “jurisdiction” was manifested at the primary stage in the practice of the European Commission of Human Rights (hereinafter EComHR) and subsequently the European Court of Human Rights. Especially, the Strasbourg Court’s narrow interpretation of the jurisdictional understanding in the inadmissibility decision in the case of *Banković v. Belgium* led to further deepening of the discussions surrounding the issue and the proposal of alternative solutions. When the Court explained the concept of jurisdiction for the first time in this case, it equated the concept of jurisdiction possessed by states in international law with the jurisdiction provided in Article 1 of the Convention:

*“As to the “ordinary meaning” of the relevant term in Article 1 of Convention, the Court is satisfied that, from the standpoint of public international law, the jurisdictional competence of a State is primarily territorial”.*²²

This interpretation meant that the scope of jurisdiction was confined by the principle of territoriality possessed by states. Moreover, it meant that the rights and freedoms of this Convention could be applied in a very limited scope. Indeed, these circumstances could reduce the legal impact of the Convention, which has made considerable contributions to the field of human rights protection. In fact, this interpretation was also contrary to the nature and requirement of the Law of International Responsibility that arises when states violate their human rights obligations. In attributing the violation of international law to the state, the real personality of the perpetrator is forgotten, and the fiction of whether he/she acts as an instrument of the state is taken as the basis.²³

In assessing whether a breach is imputable to the state, it is immaterial who performs the act or omission that results in the infringement. In other words, the most significant point for attributing the violation to the state is whether there is a connection. Nevertheless, the notion of “jurisdiction” provided in the ECHR should be distinguished from “attribution of conduct” and “state

²² *Supra* note 7, § 59.

²³ James Crawford, Alain Pellet and Simon Olleson, *The Law of International Responsibility*, 222 (2010).

jurisdiction". Firstly, while jurisdiction concerns the application of the ECHR, attribution of conduct examines whether a state is liable for a violation of the law. The confusion and inconsistency between these two terms are understandable, as both concepts are grounded in the effective control model (the temporary or permanent authority of a state over the lands of another state), and the Strasbourg Court often employs them interchangeably.²⁴

Taking into account the analyzed topic, the term attribution of conduct seeks to determine whether the state is responsible for a violation of the law committed in its territory. The question of jurisdiction is whether the violating state exerts control over the victim and, consequently, whether the state is subject to an obligation under the ECHR regarding the deprivation of rights.²⁵

Secondly, the concept of jurisdiction under the ECHR has a harmonious relationship with state jurisdiction. The jurisdiction of the Strasbourg Court is a derivative of state jurisdiction.²⁶ When analyzing Article 1 of the Convention, it becomes clear that the jurisdiction specified here is a threshold criterion.²⁷ This criterion is an abstract concept and defines the boundaries for the protection of human rights and freedoms within a certain legal framework. In this respect, the framework characterized by the ECHR for jurisdiction is none other than state jurisdiction. So, the meaning of the jurisdiction provided in Article 1 does not solely mean the authority of the court to hear a case, but rather state jurisdiction, with two meanings: whether individuals have certain rights and freedoms in interaction with the state; whether the state has certain obligations to individuals in this mutual relationship. It resembles the relationship between the right holder and the obliged. It can be seen that if the state has no obligation to protect human rights, naturally, the protection claims of individuals lose their validity. The existence of rights and obligations is interdependent, requiring a suitable space for their mutual fulfilment. However, this does not simply mean that the ECHR and Strasbourg Court no longer have jurisdiction if a violation of the law is proven not to have occurred on the territory of a state.

Accordingly, a non-geographical clause is the only appropriate hypothesis for what the geographical scope of the ECHR means and how the jurisdiction will be determined when it goes beyond the territorial boundaries of any contracting state.²⁸ Accordant with Besson, the interesting fact is that the

²⁴ Marko Milanović, Jurisdiction and Responsibility: Trends in the Jurisprudence of the Strasbourg Court, in *The European Convention on Human Rights and General International Law* 97, 103 (2018).

²⁵ *Id.*, 124.

²⁶ ECtHR, Practical Guide on Admissibility Criteria (2011). Available at: <https://www.refworld.org/pdfile/4f16c1482.pdf> (last visited Oct. 8, 2023).

²⁷ *Supra* note 7, § 130.

²⁸ Samantha Besson, *The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to*, 25 *Leiden Journal of International Law* 857, 862 (2012).

application criterion of the Convention is by no means regional. In her opinion, the point to be emphasized is the functional feature of jurisdiction.

Furthermore, Besson argues that the term “territorial” is not essential when discussing territorial jurisdiction. The criterion concerns whether the jurisdiction over any given territory is functional. The same approach applies to the personal model which the state’s control over people in another territory through its agents.²⁹ Namely, it is related to the applicability of jurisdiction.

Thus, from the analysis of the decisions of the ECtHR on specific cases, it is clear that the Court applies state jurisdiction and its extraterritorial jurisdiction in parallel. This means that the jurisdiction provided for in Article 1 of the Convention is valid not only for a specific geographical area but also for extraterritorial application.

As can be seen, there is still a gap in the precise and complete interpretation of the concept of jurisdiction stipulated by the ECHR. In my opinion, the following definition would be appropriate to explain the concept of extraterritorial jurisdiction under Article 1 of the Convention. The extraterritorial jurisdiction of the ECHR should be understood as a concept that: a) establishes the relationship between the state and violations committed outside its territory in terms of place and person; b) develops regardless of a specific geographical location; and c) cannot be limited by the concept of state jurisdiction.

While the state jurisdiction determines the limits of jurisdiction specific to a certain area, the Court is not satisfied with these limits only. As noted above, in the case of *Banković v. Belgium*, the Strasbourg Court interpreted the concept of jurisdiction of the ECHR in a narrow sense. However, the Court always refrained from making such a decision in subsequent cases. Because, over time, states committing human rights violations outside their territories made it possible to look at the issue from a new perspective.

All these created the basis for discussing and clarifying the meaning of terms such as *effective overall control* and *state agent authority* in Strasbourg practice. The Strasbourg Court envisages the extraterritorial application of the Convention in three different situations:

- the establishment of effective control by a contracting state to the Convention over another territory outside its borders;
- to exercise direct control over individual persons by a contracting state or its organs;
- to exercise sovereignty power by diplomatic or consular bodies.³⁰

²⁹ *Id.*, 863.

³⁰ Füsün Arsava, *AİHK'nun Extraterritorial Geçerliliği Bağlamında AİHM'nin İçtihatlarında Görülen Hareketlilik*, 25 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 590, 591 (2019).

The common aspect of all three situations points to the exercise of sovereign power over individuals in respect of Article 1 of the ECHR. The difference is that the power of sovereignty is used directly in one situation (*by keeping individuals under control by direct orders and instructions*), and indirectly (*by providing effective control over a territory*) in another.³¹

II. The Spatial Model: Effective Overall Control

As mentioned earlier, it is normal for a state to establish effective control within its sovereign borders. However, Court practice to date has indicated that the requirement of the principle of sovereignty is excluded in cases where states create effective control with extraterritorial activities in legal or non-legal forms. This criterion was developed in connection with the case of Northern Cyprus and later confirmed in other relevant decisions of the Court.³² It is immaterial whether the effective control established by a signatory state in another territory is exercised by its army or by another local armed group affiliated with it. The ECtHR's conclusion regarding local armed groups in particular is that if these armed groups continue their existence with the financial and military support of a state, this is enough for that state to bear responsibility.³³

Determining the degree of effective control depends on the nature of the case before the court. However, in general, the primary criteria that ensure the existence of effective control are the presence of another state's army or army groups on the territory; the amount of financial and military assistance given to local armed groups; and opportunities to influence the activities of domestic administration.³⁴ On the other hand, it does not matter whether the effective control created by the state in another territory is legal or illegal.

In general, the establishment of control by one state in another territory is carried out in two circumstances. The first is the origination of control by another state within the boundaries given with the consent of the territorial state. Consent is the main criterion and severely limits the activity of the state. The second criterion is the control over the territory in other cases where there is no consent or agreement.³⁵ This situation can be legal or illegal. Since it reflects the application of a certain force, this type of control is carried out in accordance with the principle of *jus ad bellum* in international law and the

³¹ Gerhard Thallinger, *Grundrechte und Extraterritoriale Hoheitsakte*, 179 (2008).

³² *Loizidou v. Turkey*, ECHR No. 15318/89, § 62 (1995).

³³ *Ilascu v. Moldova and Russia*, ECHR No. 48787/99, § 316 (2004).

³⁴ *Arsava*, *supra* note 30, 592.

³⁵ Marko Milanović, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles and Policy*, 26 (2011).

principles of *jus in bello*,³⁶ which indicate the criteria for the law of war.³⁷ As a result, whether the activity of the state establishing authority over the territory is legal or not is not a matter of dispute. In that regard, the Strasbourg Court's case law should be analyzed to create a more understandable background of the application of effective overall control under the spatial model applied to armed conflicts.

A. Case of *Loizidou v. Turkey*:³⁸ Effective Control Triggers Responsibility

The decision of the ECtHR in this case has special consequences, established by the fact that the concept of jurisdiction can be applied extraterritorially. This indicates the circumstances in which the signatory state may be responsible for its acts.³⁹ In this case, the claimant, a citizen of Cyprus, Titina Loizidou, participated in a rally organized on March 19, 1989, for the return of Greek refugees living in the region. Later, she was arrested by Turkish policemen in the region bordering the territory occupied by Türkiye, brought to Nicosia and released after being detained for more than 10 hours.⁴⁰ Loizidou appealed to the European Court of Human Rights and claimed his rights under Articles 3, 5, 8, and Article 1 of Additional Protocol No. I of the Convention were violated.

The ECtHR rejected Türkiye's preliminary claims regarding the non-recognition of the respondent state and the legal status of the Turkish Republic of Northern Cyprus and proceeded with the case.⁴¹ The initial objections of the Turkish Government regarding the lack of territorial jurisdiction (*ratione loci*) in this case deserve attention. The Turkish government noted that the defendant was the state of Northern Cyprus; therefore, it claimed that the Strasbourg Court did not have *ratione loci* jurisdiction over this case from the beginning. Additionally, the Turkish government noted that the events did not take place in the territory of the Republic of Turkey but in another state.⁴²

³⁶ International humanitarian law, or *jus in bello*, is the law that governs the way in which warfare is conducted. IHL is purely humanitarian, seeking to limit the suffering caused. It is independent from questions about the justification or reasons for war, or its prevention, covered by *jus ad bellum*.

³⁷ Milanović, *supra* note 35.

³⁸ Regarding *Loizidou v. Turkey* case, the Court held two sessions at different times. The first of these is the decision on preliminary objections dated March 23, 1995. The other decision is: *Loizidou v. Turkey*, ECHR No. 15318/89 (1996).

³⁹ Ralph Wilde, *Triggering State Obligations Extraterritoriality: The Spatial Test in Certain Human Rights Treaties*, 40 *Israel Law Review* 503, 514 (2007).

⁴⁰ *Supra* note 32, § 12-13.

⁴¹ *Id.*, § 42-52.

⁴² *Id.*, § 55.

In response to Turkey's initial objections, the Court emphasized that a signatory state to the Convention can be held responsible if it establishes effective control as a result of a legal or illegal military operation outside its territory.⁴³ The claimant also noted that the Turkish Republic of Northern Cyprus is not recognized by any state or international organization other than the Government of Turkey, and since Turkey occupied this territory, the controlling state should be held responsible for the violation of the law.⁴⁴

From the study of this case, it is clear that although the judges described the control established by Turkey outside its borders with the word "effective" in their primary decisions on the issue, later, they put forward the opinion that this control is also "overall":

*"[...] It is obvious from the large number of troops engaged in active duties in northern Cyprus that her army exercises effective overall control over that part of the island. [...] Those affected by such policies or actions therefore come within the "jurisdiction" of Turkey for the purposes of Article 1 of the Convention. Her obligation to secure to the applicant the rights and freedoms set out in the Convention therefore extends to the northern part of Cyprus".*⁴⁵

To sum up, the court found that if the effective control exercised by a state over another territory is merely "overall", this is sufficient for that state to be responsible for the violation occurring.⁴⁶ The court continued the approach adopted in this case later in the *Cyprus v. Turkey* case, stating that since Turkey has effective overall control over the territory of Northern Cyprus, the Turkish government is also responsible for: the activities of the army and other authorized representatives of Turkey; and the activities of the local administration that maintain their existence with the financial and military support of the Turkish government.⁴⁷

Another remarkable point in *Loizidou* was that the court did not consider Turkey's activity in the territory of Northern Cyprus as an "occupation". It can be assumed that the court followed the route to avoid referring to IHL.

Apparently, even toward the end of the 1990s, the court did not indicate the relationship of the Convention to Humanitarian Law. Underscoring the importance of considering IHL in this case, Judge Pettiti added that if the claimant was indeed expelled from occupied territory, then the court must analyze the relevant norms and application criteria of the 1949 Geneva Conventions.⁴⁸

⁴³ *Id.*, § 62.

⁴⁴ *Id.*, § 48-49.

⁴⁵ *Id.*, § 56.

⁴⁶ *Supra* note 35, 137.

⁴⁷ *Cyprus v. Turkey*, ECHR No. 25781/94, § 17 (2001).

⁴⁸ *Supra* note 32, 34-35 (Pettiti, J., dissenting).

B. “Banković and Others v. Belgium and Others” as the Most Controversial Case of the Strasbourg Court

The case of *Banković v. Belgium* has been the most questioned and criticized case, both in theory and in subsequent practice. The most important feature of this case was remembered by laying the foundations of a new concept called “legal space” in Strasbourg practice.

In 1999, 16 people died as a result of the bombing of the building of the Serbian Radio and Television during the attacks carried out by NATO air forces against Yugoslavia. The relatives of the deceased who applied to the ECtHR claimed that Articles 2 and 10 of the Convention were violated.⁴⁹ In respect of the claimant’s argument, the respondent states are included in the territorial (*ratione loci*) jurisdiction.⁵⁰ In justifying this claim, the claimant referred to the “effective control” hypothesis adopted in *Loizidou*.⁵¹ In this context, the respondent’s primary objection was that the claimants generally lacked jurisdiction in “*ratione personae*” (an immunity granted to certain officials based on the office they hold, rather than in relation to the act they have committed). One of the important issues was related to the interpretation of Article 1 of the Convention. While interpreting Article 1 of the Convention, the Strasbourg Court stated that the scope of application of the concept of jurisdiction in the Convention is limited to state jurisdiction based on the principle of sovereignty.⁵² However, the question arises when the extraterritorial jurisdiction of a state is established.

In keeping with the discretion of the court, it happens under the exception. This exception is that as a result of the occupation of that territory by another state with the consent or invitation of one state, the occupied state is deprived of public services that can be used in normal situations and this opportunity is transferred to the occupying state.⁵³ However, none of the previous similar cases mentioned such an approach.⁵⁴

As mentioned above, one of the most important aspects of this case was that it included the term legal space (*espace juridique*) in the discussion about the concept of jurisdiction. The Strasbourg Court referred to this term when explaining the difference between the case of *Banković* and the case of *Cyprus v. Turkey*, stating that the Convention applies to a legal space consisting largely of the territory of member states:

⁴⁹ *Supra* note 7, § 9-11.

⁵⁰ *Id.*, § 30.

⁵¹ *Id.*, § 46.

⁵² Alexander Orakhelashvili, *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, 14 *European Journal of International Law* 529, 539 (2003).

⁵³ *Supra* note 7, § 71.

⁵⁴ Orakhelashvili, *supra* note 52, 544.

“[...] In short, the Convention is a multi-lateral treaty operating, subject to Article 56 of the Convention, in an essentially regional context and notably in the legal space (espace juridique) of the Contracting States. The FRY clearly does not fall within this legal space. The Convention was not designed to be applied throughout the world, even in respect of the conduct of Contracting States. Accordingly, the desirability of avoiding a gap or vacuum in human rights protection has so far been relied on by the Court in favour of establishing jurisdiction only when the territory in question was one that, but for the specific circumstances, would normally be covered by the Convention”.⁵⁵

It can be concluded that the violation of law can enter the legal space in two cases: a) when the violation is committed by the contracting state in a certain territory; and b) when the violation occurs in the territory of the contracting state.⁵⁶ However, such a narrow approach was never used in subsequent court cases. Furthermore, the court has not argued in any of its judgments that the decision in the *Banković* case was erroneous.

In this case, as in *Loizidou* judgment, there is no indication of the ECHR's interaction with IHL. However, several questions were raised by Judge Jean-Paul Costa. The most considerable of the questions was whether it was necessary to refer to the 1907 Hague Rules and the 1949 Fourth Geneva Convention when investigating the extraterritorial military activities of states. Additionally, could the court analyze crimes as a result of air attacks conducted during peace operations?⁵⁷ However, the court refrained from examining these issues and explained jurisdiction as a term for a specific field. The court's view on Article 15 (Derogations) of the Convention will be discussed in more detail in the second chapter of this study.

To summarize, the negative and criticized conclusions reached by the Strasbourg Court in *Banković* case were as follows: the court equated the concept of jurisdiction in the Convention with that of the state jurisdiction; by limiting the scope of the Convention, the court has reduced its purpose and legal effect. However, the “living instrument” qualification, purpose and subject of the Convention played an important role in the interpretation of *Loizidou* decision;⁵⁸ and the court failed to clarify the difference between effective control created as a result of extraterritorial military operations and air attacks.⁵⁹

⁵⁵ *Supra* note 7, § 80.

⁵⁶ Christina Cerna, Hurst Hannum, Christopher Greenwood and Tom Farer, *Bombing for Peace: Collateral Damage and Human Rights*, 96 Proceedings of the Annual Meeting 95, 101 (2002).

⁵⁷ Joana Abrisketa, The Problems the European Court of Human Rights Faces in Applying International Humanitarian Law, in *The Humanitarian Challenge: 20 Years European Network on Humanitarian Action* 201, 209 (2015).

⁵⁸ *Supra* note 35, § 71-85.

⁵⁹ Lawson, *supra* note 6, 111-112.

Indeed, according to some authors, if the court had explained the difference between the two acts, especially the nature of the airstrike, there would have been no reason to deny that the violations committed fell within the jurisdiction of the states.⁶⁰

C. Chiragovs and Others v. Armenia: The Role of the Separatist in State Responsibility

The main subject of this case concerns six Azerbaijani refugees from the Lachin district of Nagorno-Karabakh, occupied by Armenia.⁶¹ The brief history of the incident is that during the collapse of the USSR, the Nagorno-Karabakh Autonomous Oblast (NKAO) became a self-governing region of the Azerbaijan Soviet Socialist Republic. From a geographical point of view, there was no common border between Nagorno-Karabakh and the Armenia Soviet Socialist Republic, and the Lachin district, which is the focus of the claim, is located on the border between Armenia and NKAO.⁶²

On September 2, 1991, the local representatives announced the establishment of “The Republic of Nagorno-Karabakh”⁶³ consisting of Karabakh and Shaumyan districts and declared that it would not be under the jurisdiction of Azerbaijan. As a consequence, these calls and movements made by local Armenians turned into an armed conflict. Lachin district, where the claimants lived during the attacks, was occupied by the Armenian army on May 17, 1992.⁶⁴

The six claimants in this case appealed to the Strasbourg Court regarding violating their rights stipulated by Articles 8, 13, and 14 of the ECHR and Article 1 of Protocol No. 1.⁶⁵ The extraterritorial aspect of this case is striking. The claimants allege that the army and local government operating in the territory of “The Republic of Nagorno-Karabakh” (hereinafter “NKR”) are directly subordinate to Armenia. In this regard, both the claimants and the third party, Azerbaijan, submitted several documents to the court as evidence.⁶⁶ Among this evidence, numerous bilateral agreements, normative legal acts, state financial packages and budget aid reports indicate cooperation between Armenia and the “NKR” in the political, economic, and military spheres.⁶⁷

⁶⁰ Kerem Altıparmak, *Banković: An Obstacle to the Application of the European Convention on Human Rights in Iraq*, 9 *Journal of Conflict and Security Law* 213, 223 (2004).

⁶¹ *Supra* note 15.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Declaration Proclaiming “The NKR” (1991), <https://president.az/az/pages/view/azerbaijan/karabakh> (last visited Jan. 2, 2023).

⁶⁴ *Supra* note 15, § 15-20.

⁶⁵ *Id.*, § 3.

⁶⁶ *Id.*, § 58.

⁶⁷ *Id.*, § 59-86.

The most essential of them were undoubtedly Resolutions No. 822, 853, 874, and 884, adopted by the UN.⁶⁸ On the one hand, all four resolutions confirmed that Nagorno-Karabakh and its surrounding regions belong to the Republic of Azerbaijan *de jure* at the international level. On the other hand, these indicated that the Armenian army occupied Nagorno-Karabakh.

The court noted that the state's jurisdiction is defined in two forms within the ECHR: 1) the spatial model – a state's control over the territory outside its borders; and 2) the personal model – the state's control over people in another territory through its agents.⁶⁹ The court added that this includes the use of public power normally exercised by a state, in whole or part, by another state with its consent or invitation.⁷⁰ It is clear that the court referred to both approaches in *Al-Skeini* and *Ilascu* decisions, which will be discussed later.

However, the exciting aspect is that the court noted that analyzing the hypothesis of establishing control over individuals is not essential in this case. According to the court's perspective, the crucial factor is whether Armenia has applied effective control over Nagorno-Karabakh and whether it continues to do so.⁷¹ The Court does not limit its examination to the occupation of the Lachin district where the claimants reside. Instead, it considers the broader claim that Armenia effectively controls the entire Karabakh region.⁷² Secondly, although Azerbaijan ratified the ECHR in 2002, the violations occurred long before this date. Therefore, another critical point is whether the effective control created by Armenia continues beyond the date of Azerbaijan's ratification.⁷³

From the analysis of the court, it became clear that there are several important mutual relations between Armenia and the "NKR", such as the signing of the military cooperation agreement in June 1994. The court evaluated this fact as the first official document establishing Armenia's presence in the region.⁷⁴ In addition, the court also stated local governments were given loans in different years and continuous financial assistance.⁷⁵ In particular, the court considered the facts of the case of *Zalyan, Sargsyan and Serobyanyan v. Armenia*⁷⁶ to indicate that the Armenian army was not satisfied with being located in Nagorno-Karabakh. In addition, the activities of Armenian law enforcement officers and the jurisdiction of Armenian courts

⁶⁸ Resolutions of the UN, No. 822, 853, 874, and 884. Available at: <https://digitallibrary.un.org/?ln=en> (last visited Oct. 12, 2023).

⁶⁹ *Supra* note 15, § 167.

⁷⁰ *Id.*, § 168.

⁷¹ *Id.*, § 169.

⁷² *Id.*, § 170.

⁷³ *Id.*, § 171.

⁷⁴ *Id.*, § 175.

⁷⁵ *Id.*, § 181-185.

⁷⁶ *Zalyan and Others v. Armenia*, ECHR No. 36894/04 & 3521/07 (2016).

are dominant in this area.⁷⁷ Taking into account all, the Strasbourg Court reached the following conclusion:

"[...] from the early days of the Nagorno-Karabakh conflict, has had a significant and decisive influence over the "NKR", that the two entities are highly integrated in virtually all important matters and that this situation persists to this day. In other words, the "NKR" and its administration survive by virtue of the military, political, financial and other support given to it by Armenia which, consequently, exercises effective control over Nagorno-Karabakh and the surrounding territories, including the district of Lachin. The matters complained of therefore come within the jurisdiction of Armenia for the purposes of Article 1 of the Convention [...]".⁷⁸

The Court discussed the existence of both hypotheses in the case, but in the end, by applying the spatial model, it accepted that Armenia created effective control over Nagorno-Karabakh.⁷⁹ Furthermore, one of the Judges Sir Motoc noted that the court's use of characteristic terms such as *high integration*,⁸⁰ *occupation*,⁸¹ *local army groups* and reference to General International Law⁸² was a progressive event. According to Judge Motoc, the mentioned terms are reminiscent of the decisions of the UN Security Council. This approach is almost a turning point and innovation in Strasbourg's practice.⁸³

The essential points, in this case, are the following: this case is one of the rare cases in which a third state (Azerbaijan) joins and becomes a party to support the claimant's arguments, and the court interpreted the relationship between a state and the territory under its control under "high integration". The use of this phrase by the court was clear proof of the existence of strong economic, political and social relations and financial support between the Armenian government and the so-called "NKR".

III. Personal Model: State Agent Authority

Another hypothesis regarding the extraterritorial application of jurisdiction is called the personal model. The Strasbourg Court referred to this model for the first time in the years following the case of *Banković*. In this respect, the application history of the personal model can be divided into two parts: the previous Strasbourg case practice; and the post-*Banković* case practice.⁸⁴ The essence of the personal model is that if a state controls individual representatives, they also come under the jurisdiction of the state.

⁷⁷ *Supra* note 15, § 182.

⁷⁸ *Id.*, § 186.

⁷⁹ Javid Gadirov, International Law and the Karabakh Question, in *Liberated Karabakh: Policy Perspectives by the ADA University Community* 33, 37 (2021).

⁸⁰ *Supra* note 15, Partly Concurring, Partly Dissenting Opinion of Judge Ziemele, § 3.

⁸¹ *Id.*, § 168.

⁸² *Id.*, § 2.

⁸³ *Id.*, 85 (Motoc, J., concurring).

⁸⁴ Milanović, *supra* note 24, 181-183.

Namely, any act or omission performed by those individuals creates responsibility for the state.⁸⁵

According to the Court, the personal model falls into three categories in general. Those indicate in which cases the extraterritorial activities of states are included in the scope of the personal model: activities of diplomatic and consular staff; activity carried out by one state by exerting force (for example, occupation) on the territory of another state; and the using by another state of the public powers it possesses with the permission or consent of one state.⁸⁶ In that regard, the related Strasburg case law should be examined to better understand the personal model and determine the degree of control exerted over individuals.

A. Cyprus v. Turkey (EComHR): Turkey's First Test with the Problem of Extraterritorial Jurisdiction

The main subject of this case concerns the military operation carried out by Turkey on the territory of Cyprus on 20 July 1974. As a result of this operation, on 30 July 1974, the north of Cyprus was occupied by Turkey. Acting as the claimants, Cyprus complained about Turkey to the EComHR for the following reasons: the restriction of freedom of movement of the local population; the death of numerous civilians during military operations; and the evacuation of large numbers of people from their place of residence and confiscation of their property.⁸⁷ The mentioned facts also formed the basis of the second application by Cyprus on 21 March 1975.⁸⁸ Thus, the Commission established the personal model hypothesis for the first time with this decision. In this context, the signatory state may recognize the guaranteed rights and freedoms to everyone under its authority and responsibility regardless of its borders. More specifically, authorized agents of a state (including diplomatic crew and members of the army) are not limited to being within the jurisdiction of the state while operating in another region.⁸⁹ If these agents obtain additional control over people and property in another region, such individuals and goods are regarded to be subject to the state's jurisdiction.⁹⁰

There was a difference of opinion among the authors on the theory regarding this case. Sarah Miller stated that the Commission's decision was erroneous. According to her idea, this decision of the Commission is just to indicate the difference between the formal jurisdiction established by the annexation of a state and the real control or functional jurisdiction effectuated by Turkey over Cyprus. More concretely, in Miller's view, the control over

⁸⁵ *Id.*, 197.

⁸⁶ *Supra* note 7, 134-136.

⁸⁷ *Cyprus v. Turkey*, ECHR No. 6780/74 & 6959/75, § 127 (1975).

⁸⁸ *Id.*, § 128.

⁸⁹ *Id.*, § 129.

⁹⁰ *Id.*, § 136.

Cyprus is not exercised through state agents. This effective control is a territorial jurisdiction (the spatial model) established over the zone of Cyprus. She connected this explanation with the domination that Turkey has created over Cyprus for many years.⁹¹

However, Milanović disagreed with Miller's view, emphasizing that the court applied this assumption to focus on cases that emerged in the following years. According to Milanović, the model of effective control over the territory mentioned by Miller does not apply in this case. He added that "it is likewise simply anachronistic to read the Commission's case law in light of *Banković*. While it is true that, under the Commission's approach, ECHR states parties would be responsible for violating the ECHR whenever state agents exercise authority and control over individuals, this does not mean that the issues of attribution and the existence of breach of obligation are conflated, just that the obligation is not limited territorially".⁹²

The consequences of this case are the following: obviously, the EComHR has a broad understanding of the concept of extraterritorial jurisdiction in this case; and with this decision, the Commission implemented the concept of the personal model, a new hypothesis, to the Strasbourg practice for the first time.

B. Öcalan v. Turkey: The Importance of Detention

One of the most important cases regarding the personal model hypothesis is *Öcalan v. Turkey*.⁹³ After *Banković*, the court first mentioned the application of this model in *Issa v. Turkey*,⁹⁴ but it was finally declared inadmissible for lacking proof. This case concerns the arrest of Abdullah Öcalan, leader of the Kurdistan Workers Party (PKK), by the Turkish government in Nairobi, the capital of Kenya.

In more detail, after being deported from Syria on October 9, 1998, Öcalan requested asylum from countries such as Greece, Russia and Italy at different times, but received a negative response. He was taken to the Greek consulate building in Nairobi on February 2, 1999.⁹⁵ After long-term diplomatic talks, the Greek representatives announced that the Netherlands would accept Öcalan. At the end of the meetings, Kenyan agents brought Öcalan to Nairobi airport to leave the country. However, unexpectedly, they handed over Öcalan to Turkish soldiers who were waiting on another plane.⁹⁶ The claimant applied to the court alleging that his rights in Articles 2, 3, 5, 14 and other

⁹¹ Sarah Miller, *Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention*, 20 *The European Journal of International Law* 1223, 1237 (2009).

⁹² *Supra* note 24, 182.

⁹³ *Öcalan v. Turkey*, ECHR No. 46221/99 (2005).

⁹⁴ *See Issa and Others v. Turkey*, ECHR No. 31821/96 (2004).

⁹⁵ *Supra* note 93, § 13-15.

⁹⁶ *Id.*, § 16-17.

relevant provisions of the Convention were violated.⁹⁷ When the aspect of extraterritorial jurisdiction of the case is examined, curious nuances emerge. The necessary question is whether a violation that occurs far beyond the legal space of the ECHR falls within Turkey's jurisdiction.

In the preliminary ruling of the case, Turkey argued that the approach in the *Banković* decision should be applied. The main cause for this was that Turkey compared this case with *Banković* and requested a similar approach from the Strasbourg Court. In other words, the court could apply the same hypothesis for Turkey in this case, just as it adopted a decision of rejection based on the legal space factor in *Banković* decision. Yet the court rejected such an approach.⁹⁸ When this case was heard in the Grand Chamber, the court tried to clarify the difference between *Öcalan* and *Banković* and came to the following conclusion:

*“It is common ground that, directly after being handed over to the Turkish officials by the Kenyan officials, the applicant was effectively under Turkish authority and therefore within the “jurisdiction” of that State for the purposes of Article 1 of the Convention, even though in this instance Turkey exercised its authority outside its territory. It is true that the applicant was physically forced to return to Turkey by Turkish officials and was under their authority and control following his arrest and return to Turkey”.*⁹⁹

The issue that raises the question is whether the effective control implemented by Turkey is about the person arrested or the place where the incident took place. In the analysis of related opinions of the court, the main issue is about the physical control that Turkey has directly generated over the person.¹⁰⁰ Thus, Turkey's direct physical control over the person was the most essential point that distinguished this case from *Banković*. Because the physical force used in *Banković* was from a long distance and was carried out by an aerial attack.¹⁰¹

Several authors point out that *Issa* and *Öcalan* distinguish by the primary implementation of the personal model. According to Hannum, both decisions marked a turning point in the Strasbourg practice by introducing the personal model after *Banković*.¹⁰² Nevertheless, according to some authors, this is not the right approach. For instance, O'Boyle argues that none of *Issa* and *Öcalan* defined the exact boundaries of the state's jurisdiction. He considers that the

⁹⁷ *Id.*, § 8.

⁹⁸ *Öcalan v. Turkey*, ECHR No. 46221/99, Judgment, § 93 (2003).

⁹⁹ *Supra* note 93, § 91.

¹⁰⁰ Ralph Wilde, *Legal “Black Hole”? Extraterritorial State Action and International Treaty Law on Civil and Political Rights*, 26 Michigan Journal of International Law 739, 803-804 (2005).

¹⁰¹ Kerem Altıparmak, *Sınır dışı Operasyonlarda Papatya Falı: Avrupa Hakları Mahkemesi Davaya Bakacak, Bakmayacak, Bakacak...*, 5 Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi 47, 72 (2006).

¹⁰² Cerna et al., *supra* note 56, 102.

court avoided discussing this fact. Therefore, none of the decisions can be considered a turning point in the application of the personal model.¹⁰³

The essential results regarding this case are the following: with this case, the court has shown that the human rights violation committed by the contracting state can create a jurisdictional status even if it takes place outside the legal limits of the Convention; and as opposed to Issa, Öcalan is a case in which a state is ultimately held liable by applying the personal model to its extraterritorial exercise.

C. Al-Skeini and Others v. the United Kingdom

The Al-Skeini case has long been the most interesting case in the history of the court. This case concerned the amendment of some criteria adopted in *Banković* and the implementation of the personal model. The main theme of the study is the occupation of Iraqi lands by the US Army and various coalition states. According to Resolution No. 1441,¹⁰⁴ adopted by the UN Security Council on 8 October 2002, the British army occupied the Basra region of Iraq and gained control on 5 April 2003.¹⁰⁵ Relatives of six Iraqi citizens who applied to the ECtHR claimed that the UK was responsible. According to the claimant's arguments, victims died in the following circumstances: 1) when the first victim was on the street; 2) the second person, as a result of the raid on his house by British soldiers; 3) with a bullet fired from outside when the third person was in his house; 4) when the fourth victim drove his car on the way; 5) the fifth victim was arrested by British soldiers, beaten, and thrown into the Shat-al-Arab river. A few days later, that person's body was found by the British police on the riverbank; 6) the sixth victim, Baha Mousa, was beaten to death while in custody after being arrested by British soldiers.¹⁰⁶ Therefore, his relative also made an allegation under Article 2 (inappropriate investigation into the death fact) of the ECHR.¹⁰⁷

The review of the case by the British courts. Al-Skeini was first heard in British courts. This case was considered in the UK in three stages: High Court;¹⁰⁸ Court of Appeal;¹⁰⁹ House of Lords.¹¹⁰ The British courts have held that the arguments raised against the five claimants are not covered by Article

¹⁰³ Michael O'Boyle, *The European Convention on Human Rights and Extraterritorial Jurisdiction: A Comment On "Life After Banković"*, in *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* 112, 133-34 (2004).

¹⁰⁴ Resolution of the UN, No. 1441 (2002). Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/478123?ln=en> (last visited Oct. 15, 2023).

¹⁰⁵ *Supra* note 8, § 9-10.

¹⁰⁶ *Id.*, § 34-63.

¹⁰⁷ *Id.*, § 95.

¹⁰⁸ *Al Skeini and Others v. Secretary of State for Defence*, EWHC 2911, No. CO/2242/2004 (2004). (Hereinafter HC).

¹⁰⁹ *Al Skeini and Others v. Secretary of State for Defence*, EWCA 2911, No. C1/2005/0465, C1/2005/0465 B (2005).

¹¹⁰ *Al Skeini and Others v. Secretary of State for Defence*, UKHL 26 (2007). (Hereinafter HL).

1 of the Convention. The court concluded that only violations concerning the sixth claimant should be taken into account.

Firstly, while the case was heard in the Court of Appeal, Judge Lord Brooke took a new view, contrary to the decision taken by the High Court. Judge Brooke noted that in the analysis of this case, as in *Banković*, it is essential to examine the personal model and the hypothesis of effective territorial control. As an example of this view, he cited the case of a person being abducted by state agents on another state's territory.¹¹¹

In fact, this argument had the potential to change the course of the case. Because if the court had made a decision based on this argument, each of the six claimants would have been subject to the jurisdiction of the UK.¹¹² However, Lord Brooke later stated that he did not criticize the approach in *Banković* and noted that the court did not have a chance to make a different decision in this case.¹¹³

Moreover, Lord Brooke argued the court should examine whether there has been a violation of Articles 2 and 3 of the Convention, which is the basis of the claim. On the other hand, the Strasbourg Court must analyze whether the respondent state has fulfilled its positive obligations related to the violations. In this context, Baha Mousa is directly under the UK's jurisdiction. Sir Brooke based this argument on three facts: Mousa was arrested by British soldiers; the victim was subjected to direct physical force; and he was detained by British soldiers for some time in the UK-controlled prison.¹¹⁴ The judge declared that the allegations of the other five claimants were inadmissible as they were not under UK control. The British soldiers could not intentionally and effectively create an obstacle to the rights and freedoms of the other five claimants.¹¹⁵

Brooke has shown that the fact of direct control of victims (for instance, the detention of a person in a prison) is a distinctive nuance. Nevertheless, Milanović argued that this approach adopted by Lord Brooke and two other Judges is inaccurate. By applying the personal model, there is no need to have direct control over individuals. For instance, in the case of *Pad* and *Isaak*, the personal model was still applied even though the victims were not under the direct control of Turkey.¹¹⁶

Secondly, while analyzing the case, the House of Lords made the following two important arguments referring to *Banković*: 1) the territory of Iraq is outside the legal space of the ECHR, and 2) the jurisdiction of the contracting state should be understood as state jurisdiction. In addition, the House of

¹¹¹ *Supra* note 109, § 80.

¹¹² *Supra* note 24, 189.

¹¹³ *Supra* note 109, § 80.

¹¹⁴ *Id.*, § 108.

¹¹⁵ *Id.*, § 110.

¹¹⁶ *Supra* note 24, 191.

Lords assessed that although the UK was operating militarily in Iraq, its troops were fewer and did not have effective overall control. In such a situation, the UK could not fulfil its positive obligations under the ECHR. Due to this, the House of Lords concluded that the UK did not have territorial jurisdiction over the five claimants. Regarding the sixth claimant, the House emphasized that jurisdiction was established only based on the personal model.¹¹⁷

The ECtHR's understanding of Al-Skeini. In this case, the Strasbourg Court moved away from the narrow interpretation of jurisdiction in the decision of *Banković* and readjusted the concept of legal space. In this context, the court concluded that if agents of a state exercise control over people in the territory of another state, the state will be held responsible for the violation. As an inference of this control, the state accepts the positive obligations stipulated by the Convention towards those people. In fact, this approach revealed two facts: a) rights and freedoms in the ECHR can be divided, and b) these rights and freedoms can be adapted again.¹¹⁸

According to this decision, the Strasbourg Court abandoned the limits applied by the concept of legal space adopted in *Banković*. The court stated that if a signatory state occupies the whole or a portion of the territory of another state, the state's responsibility for protecting positive obligations arises. If such responsibility is not established, there will be a massive gap in protecting the rights and freedoms in that area.¹¹⁹

Although the court overturned some criteria in *Banković* through this case, *Al-Skeini* cannot be considered a turning point in Strasbourg's history. This argument is based on a necessary fact. Every time the court invoked the personal model presumption, it cited such a fact: "Normally, the British army used the public power Iraq could use".¹²⁰ From this argument of the court, it can be considered that if the British army did not use public power and committed a violation at a long distance, the UK's responsibility would not arise.

The consequences of *Al-Skeini* are the following: 1) in this case, the court reorganized the concept of legal space of the Convention and interpreted it in a broad sense; and 2) the personal model presumption, which was rejected in *Banković*, was reapplied.

¹¹⁷ Marko Milanović, *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, 23 *European Journal of International Law* 121, 125-127 (2012).

¹¹⁸ *Supra* note 8, § 137.

¹¹⁹ *Id.*, § 142.

¹²⁰ *Id.*, § 149.

IV. Alternative Models for Extraterritorial Application of the ECHR

In addressing the extraterritorial application of the ECHR, scholars and jurists have proposed alternative models to navigate the complexities inherent in extending human rights protections beyond national boundaries. These models offer varying perspectives on how to interpret and apply the principles enshrined in the ECHR in situations where state actions transcend territorial limits. By examining these alternative models, we gain insight into the evolving understanding of state responsibility, jurisdictional reach, and the protection of fundamental rights in an increasingly interconnected world. This section explores key alternative models proposed within legal discourse, shedding light on their respective merits, challenges, and implications for the extraterritorial application of the ECHR.

The ECHR stands as a cornerstone of international human rights law, safeguarding fundamental freedoms and liberties within the territorial jurisdiction of its signatory states. However, as the global landscape evolves, challenges arise concerning the application of the Convention's protections beyond national borders. This entry delves into alternative models proposed to navigate the complexities of extraterritorial application, addressing issues such as state accountability, jurisdictional reach, and the protection of individuals in areas beyond direct state control. It has been established that the ECtHR mainly applied two diverse models in extraterritorial armed conflicts: the spatial model and the personal model. However, there are also alternative jurisdictional models for the extraterritorial military activity of states. The biggest reason for the emergence of these models was the incomprehensible situation created by the ECtHR regarding extraterritorial jurisdiction. Many experts objected to the Court's failure to employ territorial and personnel models in the right place. In fact, they were not wrong at all. These discussions, which started in the 1990s, flared up in the early 2000s, especially after the *Banković* case.¹²¹ As a result, although a number of ideas and arguments were voiced in the direction of solving this confusion, it seems that the models proposed by Judge Bonello and Professor Marko Milanović were the most popular in theory and practice. These are the "Functional Model" proposed by Judge Bonello in the case of *Al-Skeini* and the "Third Model" established by Marko Milanović. This part of the study provides an analysis of these models in detail.

A. The Functional Model

Sir Bonello, one of the judges in the case of *Al-Skeini*, first presented the functional model hypothesis in his concurring opinion.¹²² In fact, this model

¹²¹ *Supra* note 24, 228.

¹²² *See supra* note 8, 78-86 (Bonello, J., concurring).

is more of an improved hypothesis than a new approach to the extraterritorial application of the ECHR.¹²³ Although Judge Bonello agreed with the court's final decision, he believed that the model on which the court based it was wrong. The Court needs to use convenient reasoning when applying the personal model hypothesis and interpreting the state's responsibility.¹²⁴

In other words, he considers that the court interpreted the models it applied in numerous cases analysed until *Al-Skeini*, either in a broader sense or, as in the case of *Banković*, in a very narrow framework. Therefore, Judge Bonello put forward the idea of five commitments that member states to the Convention must fulfil unconditionally:

*"a) by not violating any human rights (under the control of state agents); b) by establishing a regime to prevent human rights violations; c) by investigating allegations of human rights violations; d) by punishing state's agents who violate human rights; e) by compensating the damage caused to the person whose rights have been infringed".*¹²⁵

Judge Bonello argued that if any of these obligations under the control of a state were infringed, that state was responsible. He considers that the jurisdiction of the state coincides with the concept of authority and control that it creates in another territory. In this context, it is immaterial whether the jurisdiction is internal or extraterritorial in accordance with the obligations under the ECHR. The jurisdiction should be understood as a functional concept. If a state has control over a certain area, any type of violation that occurs will be subject to the state's jurisdiction.¹²⁶

On the other hand, Bonello assumes that the boundaries of the state's jurisdiction are limited by the liabilities arising from the Convention. Thus, if the violators of the Convention are under the control and authority of the signatory state, these actions are considered to have occurred as a logical result of the state's power.¹²⁷

Afterwards, an essential question arises naturally. *How to determine whether the state establishes authority and control over individuals?* According to his argument, the existence of such authority and control depends on whether the state fulfils its obligations under the Convention. In this context, the functional jurisdiction of the state will set up a natural inference. It means that if a signatory state lacks the power to enforce its obligations in another territory, it has no authority and cannot exercise any influence.¹²⁸

¹²³ *Id.*, § 8.

¹²⁴ *Id.*, § 3.

¹²⁵ *Id.*, § 10.

¹²⁶ *Id.*, § 10.

¹²⁷ *Id.*, § 11-14.

¹²⁸ *Id.*, § 19.

Moreover, the basis of Judge Bonello's idea was not to seek new ways and methods to solve the jurisdictional problem but to analyse the principles of human rights and the fundamentals underlying the concept of jurisdiction. Thus, Sir Bonello, who agreed with the common opinion of other Judges in *Al-Skeini*, pointed out that the functional model for determining extraterritorial jurisdiction is more convenient than other models.¹²⁹

Although I agree with the idea of Judge Bonello, I consider that the factual circumstances of each case must be considered to apply the most appropriate jurisdiction model. In addition, when making a decision on a case, the court should compare the hypothesis implemented in previous cases. The author thinks that although the feature of functionality can show itself in the personal model, it does not coincide with the territorial model. Because, in cases such as the state's power applied at a distance, there can be no question of a sign of functionality. Therefore, this hypothesis, which Bonello claims, can be useful for a more personal model approach.

On the other hand, it is impossible to consider the five principles proposed by Bonello in all cases. Because, to protect the balance policy, the Strasbourg court must have an individual approach to each case. However, Bonello's proposal does not coincide with the principle of the individual approach.

B. The Third Model

Taking into account the differences between territorial and personal models, one of the proposed alternative models appears in the academic sphere. In other words, several years of research into the legal relationship between armed conflict and human rights has led to the emergence of a new alternative model. As is known, the most important nuance underlying the personal model is the obligation of state agents to protect the human rights and freedoms that they control. This obligation also applies to violations outside the state's territory. These are positive commitments that the state must fulfil. However, some questions arise: Are the boundaries of the obligation to respect human rights limited by the jurisdiction of the state? Why is the condition of protecting the negative obligation not applied to the state in every place where it can establish control? All these questions create the hypothesis of the Third Model proposed by Marko Milanović.¹³⁰ He generated this hypothesis based on the discussion on the sovereignty character of the jurisdiction and the positive and negative differences in the ECHR commitments.

The distinction between a state's liability to respect human rights and its liability to protect human rights is conditional. In fact, if the state has ensured the protection of these rights, it means that the state has taken all necessary

¹²⁹ *Id.*, § 21-22.

¹³⁰ *Supra* note 24, 209.

preventive measures to ensure that the rights are not violated.¹³¹ An example of this is the case of *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. In this case, the Inter-American Court of HR noted that the state must thoroughly and fully investigate violations of the rights protected by the Convention. On the other hand, if the state does not ensure the free and full use of its rights by the persons under its control, it will be considered to have infringed its positive commitments.¹³² This decision indicated that the state should protect the rights under the Convention, and if an infraction occurs, it must fulfil its obligation to investigate and punish.¹³³

To violate the obligation to respect human rights, it is enough for the state to form control over the activities of its agents. Nevertheless, as mentioned above, the obligation to preserve human rights involves taking several measures, such as defence, detention, and punishment. As can be seen, the capacity for negative and positive obligations is not the same. Due to this, Milanović considers that if the jurisdiction limitation can be applied for the performance of positive commitments, similar situations are not valid for negative obligations. Simply put, Milanović points out that the obligation to respect human rights is flexible and that these liabilities are viable worldwide.¹³⁴

Within this framework, Milanović analyzes Article 1 of the ECHR. He states that this article only mentions the function of the states to defend human rights, that is, the positive obligation. The question is, does this article of the Convention provide for the commitment to respect human rights (negative obligation)? Yes, of course. The fact that Article 1 of the ECHR does not mention the obligation to respect human rights does not mean that negative obligations can be ignored. In respect of Milanović, the negative liabilities stipulated in the ECHR and other human rights conventions are clear from the interpretation of the relevant articles. In simple words, the commitment to “protect human rights” mentioned in Article 1 also includes the obligation to “respect human rights”. The only separation is that while positive obligation can be limited, negative obligation always exists for states everywhere.¹³⁵

Milanović implemented this hypothesis in the case of *Al-Skeini*. He argued that if UK soldiers had not established effective control in the Basra region of Iraq, the UK would not be held responsible for the infringements. Yet according to Milanović, UK jurisdiction would be deemed to have arisen even for such a case. Because even if the UK did not set up effective control in the region, it had a negative obligation to prevent human deaths.¹³⁶

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, Inter-Amer.Ct.HR No. 4, Judgment, § 172-176 (1988).

¹³³ Hilaire Barnett, *Sourcebook on Feminist Jurisprudence*, 598 (1997).

¹³⁴ *Supra* note 24, 210.

¹³⁵ *Id.*, 212-215.

¹³⁶ *Id.*, 216-217.

Milanović's core concept was that the third model would replace the previous versions.¹³⁷ However, in my view, there is no need to replace the existing models with the third model. **First**, distinguishing between positive and negative commitments is inappropriate for the Court case law and, as Milanović indicated, would even lead to radical discrimination. Moreover, Milanović notes that there is a risk in implementing the third model. He adds that this model is difficult for the ECtHR's Judges to enforce and it is impossible to know how it will work in practice.¹³⁸

Second, suppose that this model is applied to international armed conflicts. In this case, the state should always respect individuals' right to life, right to liberty and security. However, expecting governments to uphold obligations equally in times of peace and conflict would be absurd. Therefore, the Strasbourg Court does not allow the state to ignore negative obligations under the pretext of war. For instance, the court concluded in *Hassan* that a state cannot deprive individuals of liberty for arbitrary reasons.¹³⁹

I can complete Milanović's ideas with one word. In my opinion, it is about implementing a balance. However, what would achieving balance provide us? Even if it gives nothing, it will still provide something. Contracting states will henceforth refrain from committing human rights violations unless necessary during extraterritorial armed conflicts. In other words, the balanced model promotes the harmonization of legal frameworks by recognizing the complementary nature of human rights law and International Humanitarian Law. Rather than viewing these legal regimes as conflicting or mutually exclusive, the balanced model seeks to reconcile their provisions to ensure a comprehensive and coherent approach to addressing human rights violations in situations of armed conflict or occupation.

C. The Balanced Approach

Within academic discourse, there is growing recognition of the limitations of traditional jurisdictional models and the need for innovative solutions that reconcile conflicting interests and promote harmonious relations between states. Scholarly literature exploring alternative approaches to extraterritorial jurisdiction provides intellectual backing for the adoption of a balanced model, highlighting its potential to enhance legal coherence, mitigate jurisdictional conflicts, and safeguard fundamental rights. This framework is the basis of the balanced approach proposed by the author. It is a reality that the cases of *Al-Skeini*, in particular, played a significant role in applying the Convention to extraterritorial armed conflicts and shedding light on the problems between the ECHR and IHL. Until this case, the traditional approach of the Strasbourg court was to apply the Convention to armed

¹³⁷ *Id.*, 219.

¹³⁸ *Id.*, 221.

¹³⁹ *Hassan v. the United Kingdom*, ECHR No. 29750/09, § 105 (2014).

conflicts, ignoring or paying less attention to IHL norms.¹⁴⁰ The most obvious example of this was the comments in *Banković* that the norms of ECHR were “indivisible” and “non-tailored”.¹⁴¹

However, the court held the opposite opinions in numerous cases before that case. For example, the court stated in the *McCann* that the Convention would not impose an ‘unrealistic burden’ on member states.¹⁴² In addition, in the case of *Osman*, the court noted that any obligation in the Convention could not impose an “impossible and disproportionate burden” on the contracting party.¹⁴³ Subsequently, the court abandoned the strict interpretation of the provisions of the ECHR and concluded that it is essential to consider the norms of IHL during armed conflicts. The ECtHR’s first mention in *Al-Skeini* that the rules of the Convention were “divided and harmonized” were initial steps in this direction.¹⁴⁴

All these innovations created such a question in itself. If the norms of the Convention can be divided and adapted for extraterritorial application, why ignore the reference to IHL norms? Although the reference approach introduced by the court was a new method called the reconciliation of the ECHR and IHL, it was not revolutionary.¹⁴⁵ On the other hand, it is incorrect to say that each of the preliminary measures toward this harmonization started with *Al-Skeini*. Because in the case of *Varnava v. Turkey*, the court considered it appropriate to interpret Article 2 “as far as possible in the light of the common standards of International Law, including IHL norms”.¹⁴⁶

So can the ECtHR’s direct application to IHL norms be considered an intervention in another legal system? In theory, several have criticized the broad interpretation of the jurisdiction in the ECHR and its implementation in extraterritorial armed conflicts. The most necessary factor underlying the critical argument was the scope of application of Article 1 of the Convention. They believe that the direct application of the ECHR to armed conflicts may damage the norms of IHL, and pit two areas of law against each other.¹⁴⁷

¹⁴⁰ Silvia Borelli, *Jaloud v Netherlands and Hassan v United Kingdom: Time for a Principled Approach in the Application of the ECHR to Military Action Abroad*, 16 *Questions of International Law* 25, 41 (2015).

¹⁴¹ *Supra* note 7, § 75.

¹⁴² *McCann and Others v. the United Kingdom*, ECHR No. 18984/91, § 200 (1995).

¹⁴³ *Osman v. the UK*, ECHR No. 23452/94, § 116 (1998).

¹⁴⁴ *Supra* note 8, § 137.

¹⁴⁵ Luke Dimitrios Spieker, *Does Article 15 ECHR Still Matter in Military Operations Abroad? The UK Government’s “Presumption to Derogate” – Much Ado About Nothing?*, 79 *Heidelberg Journal of International Law* 155, 168 (2019).

¹⁴⁶ *Varnava and Others v. Turkey*, ECHR No. 16064/90, § 185 (2009).

¹⁴⁷ Jonathan Morgan, Richard Ekins and Guglielmo Verdirame, *Derogation from the European Convention on Human Rights in Armed Conflict: Submission to the Joint Committee on Human Right*, § 2 (2017). Available at: <https://judicialpowerproject.org.uk/derogation-from-the-european-convention-on-human-rights-in-armed-conflict-submission-to-the-jchr/> (last visited Feb. 7, 2024).

However, the fact that the court takes into account IHL norms and makes an exception in the articles of the Convention cannot be considered interference. In other words, the court's reliance on differences between the IHL and the ECHR when determining a state's extraterritorial jurisdiction cannot be considered an arbitrary limitation.¹⁴⁸

The theorists criticizing the interaction of the ECHR with the IHL system during its extraterritorial application raise another question that will lead to discussion. Can absurd consequences appear when applying the provisions of the Convention to International Armed Conflicts? According to them, such a reference can have absurd and harmful inferences.¹⁴⁹ As an instance, Article 2 of the ECHR can be interpreted as prohibiting the killing of enemy forces in armed conflicts unless there is a severe need to protect life. On the other side, Article 5 can be interpreted as a rule limiting the capture of prisoners of war. As a cause, the lack of norms regarding prisoners of war in the list of exceptions in Article 5 can be cited. Therefore, this case does not allow the application of detention for prisoners of war.¹⁵⁰ Nonetheless, in terms of IHL norms, it is normal to kill combatants in a legal war and restrict the freedom of prisoners of war. In appearance, the provisions of the Convention cannot be applied to armed conflicts without considering the norms of IHL. In respect of Meirer, while such a critical approach is to be taken seriously, it should not be overstated.¹⁵¹

In general, two essential factors should be analyzed in order not to get an absurd result during the relationship of the ECHR with IHL: the time and nature of the control (over the territory or people) established by a member state in another territory must be clearly defined; the second is to focus on Articles 2 and 5 of the ECHR and the existence of exceptions under Article 15. For example, an exception in Article 2 for "deaths resulting from lawful acts of war" would not produce the absurd inferences that critics claim. As can be seen, the ECtHR should not interpret the rules of the Convention (especially Articles 2, and 5) in a strict and radical way.¹⁵² In this regard, on the interpretation of Article 2, the ICJ Advisory Opinion on Nuclear Weapons stated that IHL norms on the use of lethal force in international armed conflicts constituted a "lex specialis", and that IHL should be referred to for the precise meaning of these acts.¹⁵³

¹⁴⁸ Meier Severin, *Reconciling the Irreconcilable? – The Extraterritorial Application of the ECHR and its Interaction with IHL*, 9 *Goettingen Journal of International Law* 395, 413 (2019).

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Supra* note 147, § 5.

¹⁵¹ Severin, *supra* note 148, 414.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, § 25 (1996). Available at: <https://www.icj-cij.org/case/95> (last visited Feb. 7, 2024).

Despite these efforts, the Strasbourg court indicated that the application of Articles 2 and 5 to International Armed Conflicts is not an essential element for states to invoke the derogation. In particular, the court's approach in the case of *Hassan* was to interpret IHL norms with due regard, even if states invoked no derogations.¹⁵⁴ Moreover, determining the reconciliation between IHL and the ECHR under Article 5 was one of the commendable steps taken by the Strasbourg court. For example, the court noted in *Hassan* that the circumstances of derogation in Article 5 should be harmonized with IHL norms on detention "as far as possible".¹⁵⁵ The ECtHR must consider the norms of IHL in each case and avoid a strict interpretation of the rules of the Convention.

The "balance approach" model is not necessarily intended to replace other models outright. Instead, it offers an alternative framework that can complement and enhance existing models, particularly in contexts where they may be inadequate or insufficient. Each model has its own strengths and limitations, and the choice of which to apply may depend on the specific circumstances of a case or situation.

The goal of introducing the "balanced approach" is to provide a more comprehensive and flexible framework for analyzing extraterritorial jurisdiction under the European Convention on Human Rights (ECHR). By acknowledging the complexities of state sovereignty and human rights obligations in diverse contexts, the "balance approach" seeks to offer a nuanced understanding that can address gaps or shortcomings in existing models.

Therefore, rather than replacing other models, the "balance approach" aims to enrich the discourse surrounding extraterritorial jurisdiction and contribute to a more robust understanding of states' responsibilities in protecting human rights, both within and beyond their borders.

Thus, under the "balance approach", the concept of jurisdiction in the first article of the ECHR is interpreted in a flexible and contextual manner, taking into account the need to balance state sovereignty with the protection of human rights, particularly in extraterritorial contexts. This interpretation enables a more comprehensive analysis of state responsibility and accountability for human rights violations, ensuring that individuals are not left unprotected simply because their rights are affected beyond the state's borders.

To better understand the balanced approach, it is useful to focus on its positive and negative. On the one hand, the main advantages of the balanced approach to extraterritorial jurisdiction under the ECHR include: By emphasizing proportionate responses, the balanced approach ensures that

¹⁵⁴ *Supra* note 139, § 103.

¹⁵⁵ *Id.*, § 104.

human rights are upheld without unduly infringing on legitimate state interests, such as national security. This helps strike a delicate balance between protecting individual rights and accommodating states' concerns, promoting a more equitable and effective resolution of jurisdictional disputes.

The balanced approach recognizes the importance of considering the specific circumstances of each case when determining jurisdiction under the ECHR. This allows for a more nuanced understanding of extraterritorial human rights violations, taking into account factors such as the severity of the violation, the nature of state involvement, and the impact on affected individuals.

By encouraging cooperation and dialogue between states and international bodies, the balanced approach fosters a collaborative approach to upholding human rights standards. This may lead to increased information sharing, coordinated responses to human rights violations, and diplomatic efforts to address systemic issues, ultimately enhancing the effectiveness of human rights protections in extraterritorial contexts.

One of the key advantages of the balanced approach is its emphasis on the protection of vulnerable populations, such as refugees, migrants, and civilians affected by armed conflict. By prioritizing the needs of these individuals and implementing targeted protection measures, the balanced approach ensures that those most at risk of human rights abuses receive adequate safeguards and support.

In summary, the balanced approach offers a pragmatic and adaptable framework for addressing extraterritorial human rights violations under the ECHR. By balancing the protection of human rights with the legitimate interests of states, this approach promotes effective and equitable jurisdictional outcomes, ensuring robust human rights protections in an increasingly complex global landscape.

On the other hand, while the balanced approach to extraterritorial jurisdiction under the ECHR offers several advantages, it also has some drawbacks. The balanced approach relies on states to strike a proportionate balance between human rights protection and their legitimate interests. However, there is a risk that states may abuse this discretion to justify human rights violations under the guise of national security or other state interests. Without robust checks and balances, states may exploit the ambiguity of the balanced approach to evade accountability for their actions, undermining the effectiveness of human rights protections.

The balanced approach adds a layer of complexity to jurisdictional analysis under the ECHR. Unlike traditional models that provide clear, objective criteria for determining jurisdiction, the balanced approach requires a nuanced consideration of multiple factors, including the specific circumstances of each case. This complexity can create legal uncertainty and make it challenging for states and individuals to predict the outcome of

jurisdictional disputes, potentially leading to prolonged legal battles and inconsistent rulings.

One of the main drawbacks of the balanced approach is its inherent subjectivity and reliance on judicial interpretation. Determining the appropriate balance between human rights protection and state interests can be highly subjective and may vary depending on the interpretation of the court adjudicating the case. This lack of clear, objective criteria may lead to unpredictable outcomes, undermining the certainty and predictability of jurisdictional decisions. However, there is no need to be afraid of unexpected results. Because the court did not take into account the criterion of subjectivity and the specific features of the violation, it has been criticized so far. Perhaps, this criterion will create conditions for restoring the reputation of the court on the relevant issue.

In summary, while the balanced approach offers a pragmatic framework for addressing extraterritorial human rights violations, it also presents several drawbacks, including subjectivity in interpretation, potential for state abuse, and legal complexity. Efforts to mitigate these drawbacks, such as enhancing transparency, accountability, and oversight mechanisms, are essential to ensure the effectiveness and integrity of the balanced approach under the ECHR.

Applying the balanced approach model in a court case involves considering the specific facts and circumstances of the case to strike a proportionate balance between protecting human rights and accommodating legitimate state interests. Here is how the application of this model might play out in a hypothetical court case. Suppose there is a case before the ECtHR involving allegations of extraterritorial human rights violations by State X. The allegations concern State X's involvement in drone strikes targeting suspected terrorists in a foreign country, resulting in civilian casualties.

Assessment of Human Rights Violations: The court would begin by assessing the alleged human rights violations in light of the principles established under the European Convention on Human Rights (ECHR), such as the right to life (Article 2) and the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment (Article 3). The court would consider the severity and scope of the alleged violations, including the number of civilian casualties and the extent of suffering inflicted.

Evaluation of State Interests: Next, the court would evaluate the legitimate interests invoked by State X to justify its actions, such as national security concerns or the fight against terrorism. State X may argue that the drone strikes were necessary to protect its citizens from imminent threats posed by terrorist groups operating in the region. The court would carefully examine the evidence presented by State X to substantiate its claims and assess whether the measures taken were proportionate to the threat posed.

Balancing Test: Using the balanced approach, the court would weigh the competing interests of protecting human rights and accommodating state interests. The court would consider factors such as the necessity of the measures taken, the proportionality of the response, and the availability of less intrusive alternatives. It would strive to strike a fair and equitable balance between these competing interests, taking into account the specific context of the case and the rights at stake.

Judicial Review Outcome: Depending on the application of the balanced approach, the court may reach different outcomes in the case. If the court finds that State X's actions were proportionate and necessary to address legitimate security concerns, it may conclude that there was no violation of the ECHR. However, if the court determines that State X's actions were disproportionate or arbitrary, resulting in egregious human rights violations, it may find State X in breach of its obligations under the ECHR and order appropriate remedies or compensation for the victims.

Overall, the application of the balanced approach in a court case involves a careful and nuanced assessment of the competing interests at play, with the aim of ensuring robust human rights protections while accommodating legitimate state concerns. The outcome of the case will ultimately depend on the court's determination of the facts and its application of the relevant legal principles under the ECHR.

The author concludes that the Strasbourg Court should not interfere too much with the Geneva Conventions, but should also protect the reputation of the ECHR. To do this, as I mentioned above, is done with balance. Therefore, there is no nuance that we can say that this is the most effective model for the current era. The Court may apply both models, depending on the circumstances of the case, to maintain a balance between the Conventions. Only on the condition that justice is not violated. By respecting the principles and customary norms of IHL, the balanced model acknowledges the unique legal framework governing situations of armed conflict and strives to maintain harmony between human rights obligations under the ECHR and the exigencies of warfare.

Conclusion

A problematic aspect of the subject was Article 1 of the Convention, which defined jurisdictional boundaries. Article 1 of the ECHR stipulates that member states must preserve the rights and freedoms specified in Section I of this Convention "within their jurisdiction". The most significant question that arose in this direction was how and by what methods the extraterritorial application of the Convention would be carried out. The numerous case practices of the Strasbourg Court revealed various approaches.

This research analyzed the most important cases implemented by the ECtHR. Based on these cases, the Strasbourg Court developed two essential

hypotheses. First is the spatial model, which accordant with the court, if the signatory state can establish full or partial effective control over the territory of another state, it should also be responsible for **violations** of law that may occur in that territory. This study examined that this control also must be “effective” in accordance with the case law. Secondly, this study points out the cases based on the personal model and indicates its results. The use of physical force against or detention of people in another state by authorized state agents would create an opportunity for the application of this model.

Another consequence of this study is the examination of alternative models regarding the interpretation of Article 1 of the ECHR. The functional model put forward by Sir Bonello, one of the Judges in *Al-Skeini*, was based on the connection between control and obligations of states. If a state is able to originate functional control, it must in any case fulfill its obligations under the ECHR. Another alternative model is called “The Third Model” implemented by Marko Milanović. This model is based on the comparison between negative and positive obligations. In this context, the article concludes that while positive commitments are enforceable within certain jurisdictional boundaries, negative commitments remain valid everywhere. Additionally, this study used the method of legal analysis, disputing the proposal that the third model should replace the others. The author compared Milanović’s suggestion with several cases and concluded that the personal model and the third model provided equal outcomes.

Finally, it can be concluded that the Strasbourg Court should resort to the policy of balance in order to regulate the participation of member states of the convention in armed activities carried out on the territory of other countries for many years. In fact, they started to do it late. The Strasbourg Court realized that their radical approach against states for human rights violations in armed conflicts led to a major collision: It should not turn into a power struggle between the ECHR and the Geneva Conventions.

In conclusion, the proposal for a balanced model of extraterritorial jurisdiction represents a progressive step towards addressing the complexities of modern transnational legal challenges. By synthesizing principles from the territorial and personal models, while incorporating additional factors, the balanced model offers a principled and pragmatic framework for adjudicating cross-border cases with fairness, efficiency, and respect for international norms. Its adoption would signal a commitment to advancing the rule of law in an increasingly globalized legal landscape.

ANNEX 1

Table 1. The ECtHR's cases on extraterritorial jurisdiction

The ECtHR's Cases	Applicable Model	Violated human rights	The factor in the base of extraterritorial jurisdiction	Does extraterritorial jurisdiction exist?
Loizidou v. Turkey	Spatial	Right to liberty and security, right to respect for private and family life, protection of property, <i>etc.</i>	Occupation, The Exercise of Effective Control Over Part of a Territory	Yes
Banković v. Belgium	Spatial	Right to life, freedom of expression, the right to an effective remedy	To apply force from distance (Air attack)	No
Ilascu v. Moldova and Russia	Spatial	Prohibition of torture, right to liberty and security, right to a fair trial	The Exercise of Effective Control Over Part of a Territory	Yes
Chiragov v. Armenia	Spatial	Right to respect for private and family life, right to an effective remedy, protection of property	Occupation, Providing political, financial, and military support to the local administration	Yes

Cyprus v. Turkey	Personal	Right to life, prohibition of torture, right to liberty and security, right to respect for private and family life, <i>etc.</i>	The control of state agents over people and things in the territory of another state	Yes
Issa v. Turkey	Personal	Right to life, prohibition of torture, right to liberty and security, <i>etc.</i>	The control of state agents over people and things in the territory of another state	No
Öcalan v. Turkey	Personal	Prohibition of torture, right to liberty and security, prohibition of discrimination	Detaining the victim in the territory of another state and using physical force against him	Yes
Al-Skeini v. the UK	Personal	Right to life, (inappropriate investigation into the death fact)	The killing of people in the territory effectively controlled by a state	Yes
Hassan v. the UK	Personal	Right to life, prohibition of torture, right to liberty and security	Detaining the victim in the territory of another state and using physical force against him	Yes

Source: Compiled by the author.

Vəkilin süni intellektli köməkçisi və peşə davranış qaydaları: Azərbaycan və ABŞ qanunvericiliyinin müqayisəli təhlili

*Rüfət Nağıyev**

Annotasiya

Süni İntellekt (bundan sonra – Sİ) artıq hüquq da daxil olmaqla, bir çox sahədə gündəlik olaraq tətbiq edilir. Sİ-dən istifadənin artan tempdə davam etməsi özü ilə bərabər həm üstünlüklər, həm də risklər gətirir. Belə ki, Sİ işlərin avtomatlaşdırılması, hüquqi araşdırmaya ayrılan vaxtın azaldılması və hüquqi yazının daha tez tərtib edilməsi kimi üstünlüklərə malikdir. Bununla belə, vəkilin yeni, süni intellektli köməkçisi yanlış faktların təqdim edilməsi və fərdi məlumatların yayılması kimi riskləri də özündə daşıyır.

Bu məqalədə Sİ-nin vəkillik peşəsinə təsiri ABŞ-də bir sıra vəkillər kollegiyaları tərəfindən qəbul edilmiş tənzimləmələr kontekstində araşdırılır. Həmçinin yazıda həmin sənədlərlə Azərbaycandakı vəkillik peşəsinə tənzimləyən aktlar müqayisəli olaraq təhlil edilmiş, milli qanunvericilikdəki boşluqlar müəyyənləşdirilmişdir. Sonda isə Sİ texnologiyasından istifadənin cəmiyyətdə sürətlə yayılmasını nəzərə alaraq qanunvericilikdəki boşluqların aradan qaldırılması üçün təkliflər verilmişdir.

Abstract

Artificial Intelligence (AI) is already applied daily in every field, including law. The continued growth of AI use brings with it both advantages and risks. Thus, AI positively affects the automation of tasks, improves legal research efficiency and expedites document drafting. On the other hand, it creates risks, such as providing fictional and wrong facts due to misrepresentations and data privacy violations.

This article examines the impact of AI on the legal profession in the context of recent AI regulations adopted by US bar associations. By comparing those documents with the existing legal framework in Azerbaijan, we identify significant gaps in national legislation. Considering the growing public adoption of AI technology, we propose measures to eliminate gaps in the legislation.

MÜNDƏRİCAT

Giriş.....	121
I. Süni intellektin vəkillər tərəfindən istifadəsi: üstünlüklər və risklər	122
A. "ChatGPT" və digər Sİ "chatbot"-ları.....	123
B. Süni intellektin üstünlükləri və hüquqi praktika	124
C. Süni intellektin tətbiqinin yol açacağı risklər	125
II. Vəkillərin peşə davranış qaydaları və Sİ	127
A. ABŞ vəkillər kollegiyalarının qaydaları	128

* Tartu Universiteti, İT hüququ ixtisası, I kurs magistr tələbəsi.

B. Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyində vəkillərin fəaliyyətinin tənzimlənməsi	131
Nəticə.....	135

Giriş

Süni İntellekt (bundan sonra – Sİ) hüquqi suallara hər zaman doğru cavab verirmi? Sualın cavabı üçün “ChatGPT 3.5”¹ ilə aparılmış aşağıdakı dialoqa baxmaq kifayətdir:

“İstifadəçi: *İstehlakçı aldığı malı hansı müddətdə qaytara bilər?*”

ChatGPT: *Azərbaycanda istehlakçılar, aldığı malı müəyyən bir müddət ərzində qaytara bilərlər. Bu müddət 10 gün təyin edilmişdir. Bu qaytarma müddəti, malın qüsurlu və ya istehlakçıya uyğun gəlməməsi hallarında tətbiq olunur. İstehlakçı məhsulu təslim aldığı gündən etibarən 10 gün ərzində satıcıya bildiriş edərək məhsulu qaytara bilər. Ancaq qaytarma haqqında daha ətraflı məlumat almaq üçün Azərbaycan Respublikasının müvafiq qanunvericiliyini ətraflı şəkildə yoxlamaq önəmlidir”.*

İlk baxışdan cümlələrdə heç bir problem yoxmuş kimi görünərsə də, müddət 14 gün əvəzinə yanlış olaraq 10 gün kimi göstərilmişdir.² Bununla da “ChatGPT”-nin hüquqi sualları “mükəmməl” dərəcədə yanlış cavablandırıldığını deyə bilərik.

Hüquqsünasların əksəriyyəti Sİ-dən istifadəyə müsbət yanaşsa da, bəziləri müəyyən risklərə görə narahatlıqların mövcud olduğunu düşünürlər.³ Bu risklər vəkillərin peşəkar davranış qaydalarında (vəkillik qaydaları) da öz əksini tapmış doğruluq, məxfilik, konfidensiallıq və təhlükəsizlik prinsipləri ilə bağlıdır.⁴ Vəkillərin isə Sİ-nin təqdim etdiyi yanlış məlumatla əsaslanması həm fərdi, həm də peşəkar səviyyədə mənfi nəticələrə səbəb olmaqla yanaşı, ümumilikdə ədalət mühakiməsinin həyata keçirilməsinə də mane ola bilər. Belə ki, vəkil Sİ-nin verdiyi məlumatları yoxlamadığı üçün müştərisinə layiqincə hüquqi xidmət göstərə bilmədikdə və ya məhkəməyə təqdim edilmiş uydurma faktlar məhkəmələrin iş yükünü əsassız olaraq artırırdıqda

¹ “Open AI” şirkətinin 30 noyabr 2022-ci ildə dialoq qura bilən Sİ “chatbot”-u “ChatGPT”-ni təqdim etməsindən artıq bir ildən çox müddət keçir. O vaxtdan bəri “ChatGPT”-nin istifadəçi sayı yüz milyonlara çatmış, hətta bu “chatbot” vəkillik və tibb üzrə lisenziya imtahanlarından keçmişdir. Daha ətraflı bax: Somesh Jha, Will ChatGPT take your job – and millions of others? (2023), <https://www.aljazeera.com/features/2023/3/28/will-chatgpt-take-your-job-and-millions-of-others> (son baxış 17 fevral 2024).

² “İstehlakçıların hüquqlarının müdafiəsi haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 15.1 (1995).

³ Hüquqla bağlı işlərin Sİ əsasında avtomatlaşdırılmasında maraqlı olan hüquqsünasların 51%-nin müvafiq işlərdə “ChatGPT” və ya digər bir yaradıcı Sİ-nin tətbiq edilməli olduğunu hesab edirlər. Bununla yanaşı, iştirakçıların 62%-i iş yerində “ChatGPT” və ya digər bir yaradıcı Sİ-nin tətbiqinin riskli olduğunu düşünür. Bax: Thomson Reuters Institute, ChatGPT and Generative AI within Law Firms, 7, 14 (2023).

⁴ Yenə orada, 15.

bir sıra hüquqi problemlər ortaya çıxacaqdır. Bununla yanaşı, Sİ-dən istifadə edərəkən konfidensial məlumatların yayılması da nəzərə alınmalı risklərdən biridir. Belə ki, məlumatların gizliliyi ilə bağlı “Custom GPT”-lərlə aparılmış araşdırma bu cür riskin real olduğunu göstərir. Nəticə etibarilə Sİ-yə bu şəkildə etibar etmək vəkillik qaydalarının pozulması ilə yanaşı, ədalət mühakiməsinin işinə mane ola və vəkillərin peşəkar nüfuzunu sual altında qoya bilər.

Sadələn etik və hüquqi problemlərin qarşısının alınması məqsədilə əvvəlcə ABŞ və Azərbaycanda qüvvədə olan vəkillərin peşə davranışı qaydaları müqayisəli şəkildə tədqiq ediləcəkdir. Daha sonra isə ABŞ təcrübəsindən yararlanaraq Azərbaycanda da bu sahədəki boşluqların aradan qaldırılması üçün müvafiq təkliflər irəli sürüləcəkdir.

Bu məqalədə vəkillik qaydaları dedikdə aşağıdakı ABŞ vəkillər kollegiyaları tərəfindən qəbul edilmiş sənədlər nəzərdə tutulmuşdur: Amerika Birləşmiş Ştatları Vəkillər Assosiasiyası (“ABA”) və Kaliforniya Ştati Vəkillər Kollegiyası. ABŞ-nin vəkillik qaydalarının tədqiq edilməsinin səbəbi isə həm ABŞ-nin Sİ texnologiyasının inkişafı baxımından lider ölkə olması, həm də Sİ-dən istifadə ilə bağlı vəkillər üçün təlimatın ilk dəfə Kaliforniyada qəbul edilməsidir.⁵

Beləliklə, məqalənin I hissəsində Sİ-nin hüquq təcrübəsində tətbiq edilməsinin müsbət və mənfi tərəfləri qiymətləndiriləcəkdir. II hissədə isə ABŞ-dəki vəkillik qaydaları son dəyişikliklərlə birlikdə müzakirə olunacaq və daha sonra Azərbaycan çərçivəsində mövcud vəziyyət qiymətləndirilərək müvafiq dəyişikliklər irəli sürüləcəkdir.

I. Süni intellektin vəkillər tərəfindən istifadəsi: üstünlüklər və risklər

Sİ texnologiyasının sürətlə inkişafının təsirləri hüquq praktikasında da görünməyə başlamışdır. Belə ki, bu texnologiya müxtəlif sənədlərin hüquqi ekspertizası, rəylərin hazırlanması, hüquqi araşdırmanın aparılması, məhkəmə nəticələrinin proqnozlaşdırılması və müqavilələrin idarə olunması kimi bir sıra işlərin sürətli görülməsinə yardımçı olur.⁶ Bununla belə, Sİ-yə xas olan “hallüsinasiya” problemi, yəni gerçək olmayan məlumatların yaradılması hüquq təcrübəsində işlərin avtomatlaşdırılmasına qarşı başlıca maneələrdəndir. Həmçinin Sİ tərəfindən hüquqi əsas olmadan böyük həcmdə

⁵ Daha ətraflı bax: The Global AI Index (2023), <https://www.tortoisemedia.com/%20intelligence%20/global-ai/#rankings> (son baxış 17 fevral 2024); California Bar Passes Disclosure and Billing Guidelines for AI (2023), <https://news.bloomberglaw.com/business-and-practice/california-bar-passes-disclosure-and-billing-guidelines-for-ai> (son baxış 17 fevral 2024).

⁶ Lauri Donahue, A Primer on Using Artificial Intelligence in the Legal Profession (2018), <https://jolt.law.harvard.edu/digest/a-primer-on-using-artificial-intelligence-in-the-legal-profession> (son baxış 17 fevral 2024).

fərdi məlumatların toplanılması və hər hansı yolla yayılması ehtimalı təhdid olaraq qəbul edilir.⁷

Üstünlük və risklərdən bəhs etməzdən öncə daha aydın olması üçün Sİ-nin anlayışını hazırda geniş istifadə edilən “chatbot” nümunələri üzərindən izah etməyi məqsədəuyğun hesab edirik. Bunun üçün istifadəçi sayının çoxluğuna görə əvvəlcə “ChatGPT” barəsində qeyd ediləcək və Sİ-nin əsas anlayışlarına toxunulacaqdır.

A. “ChatGPT” və digər Sİ “chatbot”-ları

“ChatGPT” “OpenAI” şirkətinin Böyük Dil Modellərinə (“Large Language Models”) əsaslanan Sİ proqramıdır.⁸ “GPT” əvvəlcədən təlim edilmiş yaradıcı model (“Generative Pretrained Model”) anlamını daşıyır. Bu model maşın öyrənməsi (“Machine Learning”) vasitəsilə topladığı böyük həcmdə məlumatlara əsaslanaraq ona verilmiş tapşırıqları həll edir.⁹ Belə ki, model maşın öyrənməsi sayəsində məlumatları öyrənir və sonradan özünü həmin məlumatlar əsasında inkişaf etdirir.¹⁰ Nəticə etibarilə əlaqələri müşahidə və aşkar edərək məlumatları proqnozlaşdırır.¹¹

“ChatGPT” kimi Sİ “chatbot”-ların başqa bir xüsusiyyəti isə sözlərin emal edilməsi ilə bağlıdır. Belə ki, o, təbii dil emalı (“Natural Language Processing”) vasitəsi ilə təbii insan dilini emal edə bilər.¹² Beləliklə, Sİ insanlar tərəfindən istifadə olunan dili qavrayır və uyğun şəkildə dildən istifadə edərək cavablar verə bilər.

“ChatGPT”-nin həftəlik 100 milyondan çox istifadəçiyə malik olması onu geniş istifadə olunan Sİ platforması hesab etməyə imkan verir.¹³ Hazırkı versiyaları “GPT-3.5” və “GPT-4” ən müasir süni intellekt modelləri olub esse və tədqiqat işlərinin yazılmasından tutmuş verilmiş mətnin məzmununun ümumiləşdirilməsinə qədər müxtəlif funksiyaları görməyə qadirdir.¹⁴ Bununla belə, hazırda istifadə olunan başqa Sİ “chatbot”-ları da mövcuddur.

⁷ Daha ətraflı bax: ChatGPT banned in Italy over privacy concerns (2023), <https://www.bbc.com/news/technology-65139406> (son baxış 17 fevral 2024).

⁸ A Short History Of ChatGPT: How We Got To Where We Are Today (2023), <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2023/05/19/a-short-history-of-chatgpt-how-we-got-to-where-we-are-today/> (son baxış 14 fevral 2024).

⁹ Michalis Vazirgiannis & Moussa Kamal Eddine, ChatGPT and the spectacular evolution of natural language processing (2023), <https://www.ip-paris.fr/en/news/chatgpt-and-spectacular-evolution-natural-language-processing> (son baxış 14 fevral 2024).

¹⁰ Ryan McCarl, The Limits of Law an AI, 90 University of Cincinnati Law Review 923, 928 (2022).

¹¹ Yenə orada.

¹² Yenə orada.

¹³ OpenAI Wants Everyone to Build Their Own Version of ChatGPT (2023), <https://www.wired.com/story/openai-wants-everyone-to-build-their-own-version-of-chatgpt/> (son baxış 17 fevral 2024).

¹⁴ ChatGPT: Everything you need to know about OpenAI’s GPT-4 tool (2023), <https://www.sciencefocus.com/future-technology/gpt-3> (son baxış 13 fevral 2024).

Belə ki, "ChatGPT"-yə rəqib olaraq "Google" tərəfindən hazırlanmış "Gemini" Sİ modeli də mətn, kod, audio və video üzrə məlumatları qavraya və birləşdirə bilir.¹⁵

Nəticədə, "ChatGPT" kimi böyük dil modelləri artıq geniş şəkildə istifadə olunaraq funksiyalarının köməyilə bir çox işlərin avtomatlaşdırılmasını mümkün edir. Sİ sahəsində rəqabəti nəzərə alaraq qeyd edə bilərik ki, "chatbot"-lar inkişaf etməyə davam edəcək və daha geniş funksiyalara malik olacaqdır.

B. Süni intellektin üstünlükləri və hüquqi praktika

Sİ-nin müxtəlif funksiyalarından artıq hüquqşünaslar da istifadə edə bilərlər. Belə ki, Sİ "chatbot"-u hüquqi araşdırma nəticəsində yazılar yazmaqla, eləcə də hüquqi tövsiyələr verməklə hüquqşünasların iş yükünü azalda bilər. Həmçinin Sİ vasitəsilə hüquqi sənədlərin hazırlanmasının avtomatlaşdırılması və sənədlərin oxunaqlılığının artırılması ilə də hüquqşünasların daha effektiv fəaliyyət göstərməsi mümkündür.¹⁶

Hüquqşünasların əsas fəaliyyətlərindən biri kimi müqavilə və digər sənədlərin tərtib edilməsini götürə bilərik.¹⁷ Bu zaman Sİ "chatbot"-una müvafiq verilənin daxil edilməsi (*input*) və göstərişlərin (*prompt*) verilməsi ilə bir neçə saniyə ərzində şablon yaradılması vaxta qənaət kimi üstünlüklə nəticələnə bilər. Belə ki, Minnesota Universitetinin Hüquq fakültəsində 60 tələbə ilə aparılmış tədqiqatın nəticəsinə görə, hüquqi tapşırıqlarda Sİ-dən istifadə işin nəticəsinin keyfiyyətinin artırılması baxımından minimal fərq yaratsa da, tapşırıqların tamamlanması üçün lazım olan vaxtı əhəmiyyətli dərəcədə azaldır.¹⁸ Nümunə kimi, müqavilələrin hazırlanmasında "GPT-4"-dən istifadə etməyənlər ortalama 69,72 dəqiqə, edənlər isə 47,59 dəqiqə vaxt sərf etmişdirlər, başqa sözlə, arada 32,1%-lik fərq olmuşdur.¹⁹

Sİ-nin başqa bir üstünlüyü isə verilənləri analiz edərək hüquqi işin nəticələri barədə proqnoz verə bilməsidir.²⁰ Belə ki, vəkillər hüquqi yardım üçün müraciət etmiş şəxslərin müəyyən bir iş üzrə uğur qazanma ehtimalını dəyərləndirərkən, habelə arqumentləri, dəlilləri, eləcə də iş üzrə digər vacib halları qiymətləndirərkən öz bilik və təcrübələrinə əsaslanırdılar.²¹ Bununla

¹⁵ Introducing Gemini: our largest and most capable AI model (2023), <https://blog.google/technology/ai/google-gemini-ai/#introducing-gemini> (son baxış 17 fevral 2024).

¹⁶ Thomson Reuters, Future of Professionals Report: How AI is the Catalyst for Transforming Every Aspect of Work, 11 (2023).

¹⁷ Harry Surden, *Artificial Intelligence and Law: An Overview*, 35 Georgia State University Law Review 1305, 1328 (2019).

¹⁸ Jonathan H. Choi, Amy Monahan and Daniel Schwarcz, *Lawyering in the Age of Artificial Intelligence*, Minnesota Legal Studies Research Paper No. 23-31, 16 (2023).

¹⁹ Yenə orada, 20.

²⁰ Surden, yuxarıda istinad 17, 1331.

²¹ Yenə orada.

belə, Sİ artıq məhkəmə işləri arasındakı oxşarlıqları aşkar edərək daxil edilmiş işin nəticəsi ilə bağlı ehtimal irəli sürə bilir. Beləliklə, vəkillər həmin proqnozlara əsaslanaraq müraciət etmiş şəxsin iş üzrə uğur ehtimalını nəzərə alıb hüquqi yardım etmə ilə bağlı daha çevik və asanlıqla qərar verə bilərlər.²²

Bundan əlavə, müştəriləri qanunvericiliyə dəyişikliklər barədə məlumatlandırmaq üçün müvafiq aktların əvvəlki və yeni versiyaları diqqətlə nəzərdən keçirilib müqayisə edilir. İrihəcmli və mürəkkəb qanunvericilik aktlarının oxunması və tədqiqi, müqayisəli cədvəllərin hazırlanması, eləcə də müştəri üçün lazım olan məlumatların ümumiləşdirilməsi hüquqşünasın böyük enerji və vaxt sərf etməsi deməkdir. Bu da öz növbəsində fiziki yorğunluğa və psixi gərginliyə gətirib çıxarır.²³ Buna baxmayaraq, yaradıcı Sİ üçün belə bir problem yoxdur. Beləliklə, Sİ-nin tətbiqi insan faktorunun yol açdığı səhvləri azaltmaqda effektiv vasitə ola bilər.

Beləliklə, vəkillər Sİ-dən istifadə etməklə işləri daha asan tamamlaya və müştərilərə daha tez nəticə təqdim edə bilərlər. Belə ki, Sİ tərəfindən işlərin müəyyən hissəsinin görülməsi nəticəsində hüquqşünasların işi yalnız Sİ-nin cavabını (*output*) gözdən keçirmək olacaqdır. Vaxta edilmiş qənaət nəticəsində hüquqşünas daha çox müştəriyə xidmət göstərə bilər ki, bu da qısa müddətdə daha çox iqtisadi qazanc əldə etmək deməkdir. Ona görə də yaradıcı Sİ-ni hüquqi işlərdə tətbiq etmək vəkillər arasında geniş yayılmış praktikaya çevrilə bilər.

C. Süni intellektin tətbiqinin yol açacağı risklər

Bütün bu üstünlüklərlə bərabər müəyyən risklər də mövcuddur. Məsələn, "hallüsinasiyalara" malik olan yaradıcı Sİ modelləri bir sıra hallarda gerçək olmayan nümunələr, qeyri-dəqiq məlumatlar yaradır və ya çaşdırıcı "rəylər" tərtib edir.²⁴ Sİ tərəfindən yaradılmış real olmayan fakt və ya mənbələrə etibar etmək isə xəyali qanunvericilik aktlarına və ya məhkəmə qərarlarına əsaslanmaq deməkdir.

Belə "hallüsinasiyalara" istinad etməyin nəticələri isə müxtəlifdir. Sİ-nin yaratdığı yanlış informasiyalar əsasında hazırlanmış hüquqi sənəd hüquqşünasın peşəkarlığını və etik davranış qaydalarına əməl etməsini sual altında qoya bilər. Belə ki, hüquqşünas Sİ-nin yol verdiyi yanlışları aradan qaldırmadan məhkəməyə hər hansı bir sənədi təqdim edərsə və bu hal aşkar

²² Yenə orada, 1332.

²³ 7 Ways artificial intelligence can benefit your law firm (2017), <https://www.americanbar.org/news/abanews/publications/youraba/2017/september-2017/7-ways-artificial-intelligence-can-benefit-your-law-firm/> (son baxış 17 fevral 2024).

²⁴ Böyük dil modelləri bəzən məlumatları emal edərkən müxtəlif səbəblərdən yanlış, qeyri-dəqiq və ya müəyyən bir məna ifadə etməyən nəticələr yaradaraq "hallüsinasiya" yaşaya bilər. Məsələn, "Bard" çatbotu yanlış olaraq günəş sistemindən kənarında olan planetin şəkillərinin ilk dəfə Ceyms Vebb Kosmik Teleskopu tərəfindən çəkildiyini iddia etmişdir. Daha ətraflı bax: What are AI hallucinations?, <https://www.ibm.com/topics/ai-hallucinations> (son baxış 13 fevral 2024).

edilərsə, o, müştərisini lazımınca təmsil edə bilməmiş və nəticə etibarilə peşəkar nüfuzuna xələl gəlmiş olacaqdır. Təəssüf ki, beynəlxalq təcrübədə Sİ alətlərinə həddindən artıq etibar etməyin səbəb olduğu bu cür xoşagəlməz hallar baş vermişdir.

Məsələn, Nyu-York hüquqşünasları Stiven Şvortz və Piter Loduca məhkəməyə müraciət edərkən öz ərizələrində “ChatGPT” tərəfindən yaradılmış saxta məhkəmə işlərinə istinad etmişdirlər.²⁵ İş üzrə hakim Kastel texnoloji yeniliklərin tətbiqinin özlüyündə yanlış bir davranış olmadığını qeyd etsə də, vəkillərin mövcud qaydalara əsasən ərizələrin doğruluğunu təmin etmək kimi öhdəliklərinin olduğunu da bildirmişdir.²⁶ Beləliklə, bu səhv onlara 5000 ABŞ dolları məbləğində cərimə və xəbərdarlıqla nəticələnmişdir.²⁷

ABŞ-də baş vermiş digər bir məhkəmə işində isə Maykl Koen adlı hüquqşünasın məhkəmə işlərindən gətirdiyi istinadların “Bard” Sİ “chatbot”-u tərəfindən uydurulduğu məlum olmuşdur.²⁸ Hüquqşünas texnologiya sahəsində baş verən yeni trendləri izləmədiyini və bu səbəblə də “chatbot”-un mövcud olmayan faktlar verdiyindən xəbərinin olmadığını bildirmişdir.²⁹

Başqa bir nümunə isə Böyük Britaniyaya aid *Harber v. HMRC* məhkəmə işindəndir. Vergi işi ilə əlaqədar məhkəməyə müraciətində xanım Harberin “ChatGPT” kimi Sİ aləti tərəfindən yaradılmış saxta məhkəmə işlərinin faktlarına istinad etməsi məhkəmə tərəfindən hüquq sisteminə təhlükə kimi səciyyələndirilmişdir.³⁰ Belə ki, uydurma məhkəmə qərarlarına istinad edilməsi məhkəmənin və inzibati orqanların vaxtının, eləcə də dövlət büdcəsindən vəsaitlərin israf edilməsinə səbəb olur. Bu da, öz növbəsində, məhkəmənin iş yükünü artıraraq məhkəməyə müraciət edən digər şəxslərin işləri üzrə qərarların verilməsinə sərf olunan resursların azalmasına gətirib çıxarır.³¹

Digər bir risk isə gizliliklə, fərdi məlumatların yayılması ilə əlaqədardır. Belə ki, 30 mart 2023-cü ildə İtaliya Məlumatların Mühafizəsi Təşkilatı “ChatGPT”-nin fəaliyyətini müvəqqəti olaraq məhdudlaşdırmışdır.³² Səbəb

²⁵ *Mata v. Avianca, Inc.*, 22-cv-1461 (PKC), at 1 (S.D.N.Y. Jun. 22, 2023). Burada bax: <https://cases.justia.com/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2022cv01461/575368/54/0.pdf?ts=1687525481> (son baxış 13 fevral 2024).

²⁶ Yenə orada.

²⁷ Yenə orada.

²⁸ *United States v. Cohen*, No. 18 Cr. 602, at 3 (S.D.N.Y. Dec. 28, 2023). Available at: <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.499666/gov.uscourts.nysd.499666.104.0.1.pdf>

²⁹ Yenə orada.

³⁰ *Felicity Harber v. Comm’rs for HMRC*, [2023] UKFTT 1007 (TC), § 24 (2023).

³¹ Yenə orada.

³² Artificial intelligence: stop to ChatGPT by the Italian SA Personal data is collected unlawfully, no age verification system is in place for children (2023),

isə platformanın alqoritminin təlim edilməsi məqsədilə hüquqi əsas olmadan kütləvi olaraq fərdi məlumatların toplanması və emal edilməsi idi.³³ 29 yanvar 2024-cü ildə isə Təşkilat əldə edilmiş sübutların “GDPR”-in müddəalarının pozulmasına işarə etdiyini bildirmişdir.³⁴

Məlumatların gizliliyi ilə əlaqədar başqa bir təhlükəsizlik riski isə “Custom GPT” ilə əlaqədardır. “Custom GPT” istifadəçilərə xüsusi proqramlaşdırma biliyinə malik olmadan özlərinə məxsus “chatbot” formalaşdırmaq imkanını verir.³⁵ Belə ki, istifadəçilər daxil etdikləri məlumatlar vasitəsilə bu Sİ modellərini öz istifadə məqsədlərinə uyğun şəkildə təlimatlandırma bilirlər. Məsələn, istifadəçi əmək müqavilələrinin bağlanması yardım etməsi üçün xüsusi GPT yarada və bu sahə ilə bağlı geniş məlumat bazasını modelə daxil edə bilər.

Bununla belə, “OpenAI” şirkətinin mağazasındakı 16 bu cür model üzərində aparılmış tədqiqata əsasən, modellərə əvvəlcədən yüklənmiş faylların başqa istifadəçilər tərəfindən sadə göstərişlər vasitəsilə əldə edilməsi 100% halda mümkün olmuşdur.³⁶ Nəticədə, belə bir hal, xüsusilə konfidensial informasiya həmin faylda yer alırsa, gizliliyi təhlükə altına alır.³⁷

Nəticədə, Sİ-nin tətbiqinin hüquq sahəsində hər nə qədər üstünlükləri olsa da, əhəmiyyətli dərəcədə risklərə, hətta sanksiyalara da səbəb olur. Sİ-nin təqdim etdiyi məlumatlara həddən artıq etibar etmək, real nümunələrdən də göründüyü kimi, vəkillər üçün etik və peşəkarlıqla bağlı mənfi nəticələrə səbəb ola bilər. Bu riskləri azaltmaq və hüquq sahəsində Sİ-dən məsuliyyətli istifadəni təşviq etmək üçün vəkillik qaydaları da yeni texnologiyaya uyğun olaraq dəyişdirilməlidir.

II. Vəkillərin peşə davranış qaydaları və Sİ

Vəkilin vəzifəsi ona tapşırılan işi vicdanla və qanunauyğun olaraq icra etməklə məhdudlaşmır. Belə ki, vəkil müştərilər, məhkəmələr, habelə cəmiyyət qarşısında da müəyyən hüquqi və əxlaqi vəzifələrə malikdir.³⁸ Məhz bu qəbildən vəzifələrin təsbit edilməsi və pozulduğu təqdirdə intizam cəzası

<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9870847#english> (son baxış 17 fevral 2024).

³³ Yenə orada.

³⁴ ChatGPT: Italian DPA notifies breaches of privacy law to OpenAI (2024),

<https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9978020#english> (son baxış 17 fevral 2024).

³⁵ Jiahao Yu və digərləri, *Assessing Prompt Injection Risks in 200+ Custom Gpts*, 2 (2023).

Burada bax: <https://arxiv.org/pdf/2311.11538.pdf> (son baxış 17 fevral 2024).

³⁶ Yenə orada, 4.

³⁷ Yenə orada, 2.

³⁸ Daha ətraflı bax: Avropa vəkillərinin davranış Kodeksi, mad. 1.1 (2019); Azərbaycan Respublikasının Vəkillər Kollegiyası, “Vəkillərin davranış qaydaları haqqında” Əsasnamə, preambula (2020).

ilə sanksiyalaşdırılması məqsədilə bir sıra ölkələrin vəkillər kollegiyaları tərəfindən vəkillərin peşə davranışı qaydaları qəbul edilir.³⁹

Beləliklə, bu bölmədə Sİ və vəkillik qaydaları çərçivəsində aşağıdakı suallar tədqiq ediləcəkdir: ABŞ-də və Azərbaycandakı mövcud qaydalar məqalənin əvvəlində qeyd olunmuş riskləri və ya Sİ alətlərindən istifadəni hansı çərçivədə tənzimləyir? Vəkillik qaydaları “ChatGPT” kimi Sİ alətlərindən istifadəni qadağan edirmi və əgər etmərsə, vəkillər ondan hansı çərçivədə istifadə edə bilirlər?

A. ABŞ vəkillər kollegiyalarının qaydaları

ABŞ-də “ABA”-nın siyasət orqanı olan Nümayəndələr Palatası (*The House of Delegates*) tərəfindən Sİ ilə bağlı üç təlimat qəbul edilmişdir.⁴⁰ Belə ki, ilk təlimat 2019-cu il tarixli Qətnamə olmuşdur. Bu sənəddə hüquq praktikasında Sİ-dən istifadədən irəli gələn etik və hüquqi məsələlərin həlli üçün vəkillərə və məhkəmələrə çağırış edilmişdir.⁴¹ 2022-ci il tarixli Qətnamə isə cinayət prosesi ilə əlaqədar olub hökumət qurumlarını risklərin qiymətləndirilməsinin şəffaf olmadığına, eləcə də birbaşa və ya dolaylı olaraq irqi, etnik və ya digər faktorların mövcud olmadığını nümayiş etdirmədikcə risklərin qiymətləndirilməsi alətlərindən istifadə etməməyə çağırılmışdır.⁴²

2023-cü il tarixli qətnamə isə hüquq sisteminin və onun iştirakçılarının, o cümlədən vəkillərin və maraqlı tərəflərin, habelə Sİ sistemləri üzrə mühəndislərin hesabatlılıq, şəffaflıq və izlənilə bilənlik prinsiplərinə əsaslanaraq Sİ ilə bağlı fundamental məsələləri necə qiymətləndirməli olduğuna dair təlimat təqdim edir.⁴³ Burada bildirilir ki, Sİ kontekstində fərdi və korporativ məsuliyyət, həmçinin insan nəzarəti zəruridir. Belə ki, hüquqi məsuliyyətin müvafiq fiziki və hüquqi şəxslər əvəzinə kompüter və ya alqoritmə ötürülməsi məqsəduyğun deyildir.⁴⁴ Əlavə olaraq, Qətnamə Sİ-nin fəaliyyətinin anlaşılma və izlənilə bilən olmasını təmin edərək hakimlərə və hüquqşünaslara Sİ-nin hüquqi işlərdə necə rol oynadığını anlamağa kömək edəcəkdir.⁴⁵

Bununla yanaşı, Kaliforniya Ştatı Vəkillər Kollegiyasının qəbul etdiyi Hüquqi Təcrübədə Yaradıcı Süni İntellektin İstifadəsi haqqında Praktiki

³⁹ Yenə orada, mad. 1.2.1.

⁴⁰ ABA House adopts 3 guidelines to improve use of artificial intelligence (2023), <https://www.abajournal.com/web/article/aba-house-adopts-3-guidelines-to-improve-use-of-artificial-intelligence> (son baxış 17 fevral 2024).

⁴¹ Yenə orada.

⁴² Pretrial risk-assessment tools should only be used if they're transparent and unbiased, warns ABA House (2022), <https://www.abajournal.com/news/article/resolution-700#:~:text=Resolution%20700%2C%20which%20was%20approved,structurally%20biased%20application%20of%20laws%2C> (son baxış 17 fevral 2024).

⁴³ Yuxarıda istinad 40.

⁴⁴ Yenə orada.

⁴⁵ Yenə orada.

Təlimat (bundan sonra – Praktiki Təlimat) vəkillərin Sİ-dən istifadəsini tənzimləyən ilk sənəddir.⁴⁶ Həmçinin Florida Vəkillər Kollegiyası da yaradıcı Sİ-nin tətbiqi ilə bağlı etik təlimat qəbul etmişdir.⁴⁷ Əlavə olaraq, altı başqa ştatda da vəkillərin yeni texnologiyadan istifadəsinin tənzimlənməsi ilə bağlı araşdırmalar aparılır.⁴⁸

1. Kaliforniya Ştatı Vəkillər Kollegiyasının hüquqi təcrübədə yaradıcı sını intellektin istifadəsi haqqında Praktiki Təlimatı

16 noyabr 2023-cü ildə qəbul edilmiş Praktiki Təlimat qüvvədə olan peşəkar davranış qaydalarını və qanunvericiliyi Sİ-dən istifadə kontekstində izah edir və vəkillərə etik qaydalara necə riayət edilməsini göstərir.⁴⁹ Texnologiyanın daha da inkişaf etməsi mövcud qaydaların gələcəkdə dəyişdirilməsinə səbəb olsa belə, Praktiki Təlimatın hazırda vəkillərin Sİ-dən istifadə ilə əlaqədar peşəkar davranışdan irəli gələn öhdəliklərinə əməl etmələrinə yardımçı olması nəzərdə tutulmuşdur.⁵⁰ Beləliklə, sənəd Sİ-nin tətbiqini qadağan etməsə də, vəkilin hüquqi xidmətlərin göstərilməsi ilə əlaqədar istifadə olunan texnologiyanın risk və üstünlüklərini başa düşməli olduğunu qeyd edir.⁵¹

Praktiki Təlimat Sİ-dən istifadəni bir neçə başlıq altında tənzimləyir: konfidensiallıq, qanuna riayət, Sİ-nin tətbiqi ilə bağlı müştərinin məlumatlandırma və s. Müvafiq başlıqlar altında isə mövcud vəkillik qaydalarının müxtəlif müddəalarına uyğun olaraq rəhbər prinsiplər kimi tövsiyələr əks olunmuşdur.⁵²

Konfidensiallıq baxımından qeyd edilir ki, müştəriyə aid konfidensial informasiya müvafiq məxfilik və təhlükəsizlik təminatlarına malik olmayan hər hansı yaradıcı Sİ-yə verilməməli, həmçinin vəkil tərəfindən anonimləşdirilməlidir.⁵³ Vəkil və ya hüquq firması Sİ alətinin daxil edilən məlumatlardan necə istifadə etdiyini müəyyən etmək üçün müvafiq istifadə

⁴⁶ Yuxarıda istinad 5.

⁴⁷ Florida Adopts Ethics Guidelines for Use of Generative A.I. (2024), <https://www.ediscoveryllc.com/florida-adopts-ethics-guidelines-for-use-of-generative-a-i/> (son baxış 17 fevral 2024).

⁴⁸ Lawyers' use of AI spurs ethics rule changes (2024), <https://www.reuters.com/legal/transactional/lawyers-use-ai-spurs-ethics-rule-changes-2024-01-22/> (son baxış 17 fevral 2024).

⁴⁹ The State Bar of California, Recommendations from Committee on Professional Responsibility and Conduct on Regulation of Use of Generative AI by Licensees, 3 (2023). Bax: <https://board.calbar.ca.gov/docs/agendaItem/Public/agendaitem1000031754.pdf> (son baxış 17 fevral 2024).

⁵⁰ Yenə orada.

⁵¹ The State Bar of California, Practical Guidance for the Use of Generative Artificial Intelligence in the Practice of Law, 1 (2023).

⁵² Yenə orada.

⁵³ Yenə orada, 2.

şərtlərinə nəzər yetirməlidir.⁵⁴ Əlavə olaraq, Sİ alətinin konfidensiallıq məsələlərini ehtiyata almaq üçün İT və ya kibertəhlükəsizlik mütəxəssisləri ilə məsləhətləşmək də mümkündür.⁵⁵

Peşəkarlıq və lazımi səylə bağlı vəzifələri yerinə yetirmək məqsədilə vəkil texnologiyanın necə işlədiyini və onun çatışmazlıqlarını başa düşməlidir.⁵⁶ Belə ki, Sİ alətlərinə həddən artıq etibar etməkdən geri durmalı, həm vəkilin daxil etdiyi, həm də Sİ tərəfindən hazırlanmış məlumatların düzgünlüyü yoxlanılmalıdır.⁵⁷ Həmçinin hər hansı iş barəsində yekun qərar yalnız vəkil tərəfindən verilə bilər və bunu vəkilin yerinə Sİ icra edə bilməz.⁵⁸

Başqa bir etik qayda kimi isə qeyd edilmişdir ki, vəkil müştərisini təmsil edərkən onu Sİ-dən istifadə olunması barədə məlumatlandırmalıdır. Belə ki, o, müştərisini təmsil edərkən belə niyyətini, o cümlədən texnologiyanın necə istifadə ediləcəyini və bu cür istifadənin üstünlük və risklərini açıqlamalıdır.⁵⁹ Müştəri də öz növbəsində razılıq verməyə bilər və bu, vəkil tərəfindən nəzərə alınmalıdır.⁶⁰

Praktiki Təlimat bütün risklərlə yanaşı, vəkillərin Sİ vasitəsilə qənaət etdikləri vaxtdan müştərilərə qarşı sui-istifadə halını da tənzimləyir. Belə ki, vəkil Sİ-dən istifadə etməklə qənaət edilən vaxt üçün saatlıq haqq almamalıdır.⁶¹ Əlavə olaraq, burada vəkilin məhkəmə qarşısında da peşəkar davranış qaydası əksini tapmışdır. Həmin qaydaya əsasən, vəkil məhkəməyə Sİ tərəfindən yazılmış doğru olmayan faktları təqdim etməməli, yol verilmiş səhvləri isə aradan qaldırmalıdır.⁶²

Beləliklə, Praktiki Təlimat yeni texnologiyalardan istifadənin qarşısını almadan mövcud vəkillik qaydaları üçün məqsədəuyğun şərtlər təqdim edir və vəkillərin yaradıcı Sİ-dən istifadəsi ilə əlaqəli ortaya çıxacaq riskləri azaltmaq məqsədi daşıyır.

2. Florida Vəkillər Kollegiyasının Etik Məsləhət Rəyi

19 yanvar 2024-cü il tarixində Florida Vəkillər Kollegiyası Etik Məsləhət Rəyi (bundan sonra – Rəy) qəbul etmişdir.⁶³ Bundan əvvəl, 4 yanvar tarixində isə Florida Ali Məhkəməsinə Florida Vəkillər Kollegiyasını Tənzimləyən Qaydalara dəyişikliklər paketi təqdim etmişdir.⁶⁴ Bu paket əsasən Rəydə əks

⁵⁴ Yenə orada.

⁵⁵ Yenə orada.

⁵⁶ Yenə orada, 3.

⁵⁷ Yenə orada.

⁵⁸ Yenə orada.

⁵⁹ Yenə orada, 4.

⁶⁰ Yenə orada.

⁶¹ Yenə orada.

⁶² Yenə orada, 5.

⁶³ Yuxarıda istinad 47.

⁶⁴ Florida's Lawyer Leaders Push Ethical Guardrails for AI Use (2024), <https://www.jdsupra.com/legalnews/florida-s-lawyer-leaders-push-ethical-9090723/> (son baxış 17 fevral 2024).

olunmuş müddəaları əhatə edir və qüvvəyə mindiyi təqdirdə Rəydən fərqli olaraq, məcburi qüvvəyə malik olacaqdır.⁶⁵

Hazırkı Rəydə isə Praktiki Təlimatda olduğu kimi, konfidensial informasiyadan istifadə ediləcəyi təqdirdə, bir qayda olaraq, vəkil müştərinin razılığını almalı,⁶⁶ Sİ xidmətinin təhlükəsizliyinə əmin olmalıdır.⁶⁷ Rəydə həmçinin qeyd edilir ki, hüquq şirkətinin özünə məxsus olan Sİ-dən istifadə etməsi kənardan cəlb etdiyi Sİ ilə müqayisədə konfidensial məlumatların yayılması risklərini azalda bilər.⁶⁸ Bununla belə, əgər vəkil Sİ-yə konfidensial olmayan məlumatlar daxil edəcəksə, bu zaman müştərinin razılığını almasına ehtiyac yoxdur.

Sİ-yə insan nəzarəti baxımından isə Rəydə hazırkı qeyri-hüquqşünas və ya vəkil köməkçisi üzərində vəkil nəzarəti ilə bağlı qaydaların Sİ-yə də tətbiq edilməsinin məqsədəuyğunluğu qeyd edilmişdir.⁶⁹ Belə ki, onlar eyni dərəcədə risk daşıyırlar, həm Sİ, həm də vəkil köməkçisi vəkilin rəhbərliyi altında onun tapşırıqlarını yerinə yetirirlər, son nəticədə isə gördükləri işlər vəkil tərəfindən yoxlanılaraq müştəriyə təqdim edilir.

Sİ-nin tətbiq edildiyi hüquqi xidmətə görə ödənişlə bağlı tənzimləmə Rəydə də əks etdirilmişdir. Belə ki, müştərilərlə vaxtamuzd qiymətə razılış Sİ vasitəsilə qənaət edilmiş vaxta görə də hüquqi yardım haqqı alınması etik hesab edilməmişdir.⁷⁰ Əvəzində isə işəməuzd haqqın ödənilməsi tövsiyə edilmişdir.⁷¹

Praktiki Təlimatdan fərqli olaraq, Rəydə qeyd edilir ki, vəkillər öz işlərində Sİ-dən istifadə etdiklərini reklam edə bilərlər. Bununla belə, obyektiv olaraq yoxlanıla bilmədikcə bu texnologiyanın digər vəkillərin tətbiq etdiklərindən üstün olduğunu bildirə bilməzlər.⁷²

Beləliklə, Rəy müvafiq vəkillik qaydalarına uyğun olduqca Sİ-dən istifadəni qadağan etməmişdir. O konfidensiallıq, hüquqi xidmətə görə ödənişin hesablanması və digər məsələlərlə bağlı Praktiki Təlimatla oxşar yanaşmaya malik olub ortaya çıxacaq riskləri məhdudlaşdırmağa çağırır.

B. Azərbaycan Respublikasının qanunvericiliyində vəkillərin fəaliyyətinin tənzimlənməsi

Azərbaycan Respublikasında (bundan sonra – AR) vəkillik fəaliyyəti “Vəkillər və vəkillik fəaliyyəti haqqında” Qanun (bundan sonra – Qanun) və

⁶⁵ Yenə orada.

⁶⁶ The Florida Bar, Florida Bar Ethics Opinion 24-1, 2 (2024); Sİ daxil edilən məlumatları toplayaraq özünü təkmilləşdirə bilər ki, bu da saxlanılmış məlumatın daha sonra 3-cü tərəfə yaymasına səbəb ola bilər.

⁶⁷ Yenə orada, 3.

⁶⁸ Yenə orada.

⁶⁹ Yenə orada, 4.

⁷⁰ Yenə orada, 6.

⁷¹ Yenə orada.

⁷² Yenə orada, 7.

AR Vəkillər Kollegiyası (bundan sonra – VK) tərəfindən qəbul olunmuş “Vəkillərin davranış qaydaları haqqında” Əsasnamə (bundan sonra – Əsasnamə) ilə tənzimlənir. Qanunun məqsədi vəkillərin fəaliyyətinin tənzimlənməsi olub, adı çəkilən sahənin əsas prinsiplərini, habelə vəkillərin fəaliyyətini, hüquq və vəzifələrini təsbit edir. Onun 3-cü maddəsinə əsasən, yüksək keyfiyyətli hüquqi yardımın göstərilməsi vəkillərin əsas vəzifələrindən biri kimi göstərilmişdir.⁷³ Hüquqi yardımın dairəsinə isə hüquqi məsələlər üzrə yazılı və şifahi məsləhətlər, izahatlar və arayışların verilməsi, habelə hüquqi xarakterli sənədlərin tərtib edilməsi aiddir. I başlıqda da müzakirə edildiyi kimi, sadalanan qəbildən işlərdə artıq hüquqsünaslar tərəfindən Sİ-dən geniş istifadə edilir ki, bu da həmin başlıqda adıçəkilən risklərə yol açır. Texnologiyanın daha əlçatan olması isə həmin risklərin Azərbaycan vəkillərinin fəaliyyətinə də sirayət edə biləcəyi deməkdir. Məhz bu səbəbdən yola çıxaraq risklərin qarşısını almaq, habelə dövrün tələblərinə uyğunlaşmaq məqsədilə Qanunda və Əsasnamədə bir sıra dəyişikliklərin edilməsi zərurəti yaranmışdır. Həmin düzəlişləri təklif edərkən Sİ və vəkillərin davranış qaydalarını ilk dəfə tənzimləməsinə görə ABŞ-nin təcrübəsini nəzərə alacağıq.

Əvvəlcə, Qanun və Əsasnamədə vəkil etikasının əhəmiyyəti müzakirə ediləcəkdir. Belə ki, Qanuna əsasən, vəkil peşə fəaliyyətini həyata keçirərkən vəkil etikasına riayət etməlidir. Bununla belə, öz fəaliyyətində qanunvericiliyə və vəkil etikasına zidd olmayan bütün üsul və vasitələrdən istifadə edə bilər.⁷⁴ Vəkil etikasının tələbləri isə həm Qanunun 18-ci maddəsində, həm də Əsasnamədə öz əksini tapmışdır.⁷⁵ Vəkil qanunvericiliyin, Əsasnamənin, o cümlədən vəkil etikasını normalarını pozduğu təqdirdə isə intizam məsuliyyətinə cəlb edilir.⁷⁶ İntizam tənbehlərinə isə irad tutma, töhmət və üç aydan bir il müddətində vəkillik fəaliyyəti ilə məşğul olmanın dayandırılması daxildir.⁷⁷ Nəticədə, vəkil etikasının pozulması kifayət qədər ağır sanksiyanın tətbiqinə səbəb ola bilər.

Ölkəmizdə də Sİ-nin hüquq təcrübəsinə tətbiqinin vəkilin peşəkar davranış qaydaları ilə uyğunluğu müzakirə edilə bilər. Əvvəlcə, Əsasnamənin konfidensiallıqla bağlı davranış qaydaları qeyd edir ki, vəkil hüquqi yardımın göstərilməsinə cəlb etdiyi şəxslərdən konfidensiallıqla bağlı öhdəliklərə riayət edilməsini tələb etməlidir.⁷⁸ Vəkillərin Sİ-dən köməkçi kimi istifadə edə biləcəyini nəzərə alsaq, Sİ modelini təqdim edən şəxsdən konfidensiallığı

⁷³ “Vəkillər və vəkillik fəaliyyəti haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 3 (1997).

⁷⁴ Yəni orada, mad. 15.II və 16.I.

⁷⁵ Yuxarıda istinad 38, mad. 2; Azərbaycan Respublikası Vəkillər Kollegiyası, Vəkillərin davranış qaydaları haqqında Əsasnamə, mad. 2 (2020).

⁷⁶ Yuxarıda istinad 73, mad. 22.I.

⁷⁷ Yəni orada, mad. 22.VI.

⁷⁸ Əsasnamə, yuxarıda istinad 75, mad. 2.6.

qorumasını tələb etməsi düşünülə bilər. Bununla belə, vəkil Sİ-dən istifadə edərkən standart şərtlərlə razılaşaacağına görə həmin şəxsdən belə bir şey tələb etməsi effektiv olmayacaqdır. Ən yaxşı halda əlindəki məlumatları anonimləşdirərək Sİ-yə daxil etməli və ya Sİ xidmətləri təqdim edən şəxsin məlumatların mühafizəsi rejimi ilə tanış olmalıdır. Yalnız məlumatların konfidensial saxlanılacağına əmin olunduqda Sİ-dən istifadə edilə bilər. Bu cür şərtin Əsasnamədə qeyd edilməsi konfidensiallığa əməl edilməsinə təşviq üçün məqsəduyğundur.

Əsasnaməyə görə, vəkil ona etibar olunmuş işin gedişatı və icrası ilə bağlı hüquqi yardım göstərdiyi şəxsi mütəmadi olaraq məlumatlandırılmalıdır.⁷⁹ ABŞ təcrübəsini nəzərə alaraq təklif edirik ki, işdə Sİ-nin tətbiq olunması ilə də bağlı şəxsə əvvəlcədən məlumat verməli və fərdi məlumatlardan anonimləşdirmə aparmadan istifadə edəcəyi təqdirdə bununla bağlı şəxsdən razılıq alınmalıdır.

Vəkilin məhkəmə və digər orqanlarla münasibətləri ilə əlaqədar Əsasnamədə qeyd edilir ki, vəkil heç vaxt məhkəməyə, ibtidai istintaq və təhqiqat orqanına bilərəkdən yanlış və ya çaşdırıcı məlumat verməməlidir.⁸⁰ Sİ-nin "hallüsinasiyalara" görə yanlış məlumatlar təqdim etməsini nəzərə alaraq bu müddəanın aşağıdakı redaksiyada verilməsini məqsəduyğun hesab edirik:

"4.4. Vəkil məhkəməyə, ibtidai istintaq və təhqiqat orqanına bilərəkdən, habelə bilməli olduğu, yaxud bilə biləcəyi halda yalan və ya təhrif olumuş məlumat verməməlidir".

Bununla da vəkilin nəinki bilərəkdən, hətta biləcəyi və ya bilməli olduğu hallarla da əlaqədar öhdəlik qoyulacaqdır. Nəticə etibarilə vəkillər Sİ-yə həddən artıq etibar etməyərək daha çox diqqət ayırmalı olacaqdırlar.

Vəkilin peşə hazırlığı nöqtəyi-nəzərindən isə Əsasnamə peşəkar bilik və bacarıqların daim inkişaf etdirilməli olduğunu təsbit etmişdir.⁸¹ Vəkillərin, xüsusi olaraq, Sİ-dən istifadə edəcəkləri təqdirdə kifayət qədər bilik və bacarıqlara malik olması, yəni müəyyən rəqəmsal savadlılığa malik olmaları vacibdir. Bunu təmin etmək məqsədilə isə müddəanın aşağıdakı redaksiyada verilməsini təklif edirik:

"6.1. Vəkil peşəkar bilik və bacarıqlarını daim inkişaf etdirməli, yeni texnologiyalardan istifadə edəcəyi təqdirdə zəruri rəqəmsal savadlılığa malik olmalıdır".

Yuxarıda sadalanan davranış qaydaları ilə yanaşı, vəkilin göstərdiyi xidmətin haqqını təyin etməsi də qanunvericiliklə tənzimlənir. Qanuna əsasən, vəkillər tərəfindən hüquqi yardımın göstərilməsinə görə təyin edilən

⁷⁹ Yenə orada, 3.4.

⁸⁰ Yenə orada, 4.4.

⁸¹ Yenə orada, 6.1.

haqqın məbləği məhdudlaşdırıla bilməz.⁸² Belə ki, məbləğin təyin edilməsi bu yardımı göstərən tərəfin müstəsna hüququdur və yalnız tərəflərin razılığı ilə tənzimlənir. Bununla belə, Sİ-nin imkanlarından faydalanaraq vaxta qənaət etmiş vəkilin məbləği vaxtamuzd hesablayarkən qiyməti də buna uyğun olaraq azaltmaması kimi sui-istifadə halı da ortaya çıxıb ki, bu da digər tərəfin zərərinə olacaqdır. Azərbaycan Respublikası Konstitusiyaya Məhkəməsinin 18 dekabr 2023-cü il tarixli Plenum Qərarı (bundan sonra – Qərar) hüquqi yardım xidmətinin göstərilməsi haqqında müqavilələrin işin uğurlu nəticəsinə görə mükafatı nəzərdə tutan müddələrinin ağır şərtlə əqd olaraq hüquqdan sui-istifadə təşkil edib-etmədiyinin məhkəmələr tərəfindən yoxlanılmalı olduğunu qeyd etmişdir.⁸³ Plenum həmçinin qeyd edir ki, vəkillə müştəri arasındakı münasibətlər yalnız kommersiya xarakteri daşımır və ictimai xüsusiyyətə də malikdir. Beləliklə, Plenum qeyd olunan səbəblərdən və fərdlərin hüquqlarının müdafiəsi məqsədilə hüquqi yardımla bağlı xidmətlərin müvafiq olaraq tənzimlənməsini məqsədəuyğun hesab etmişdir. Digər tərəfdən, Qərarla müqavilələr üzrə razılaşdırılmış haqq (qonorar) və mükafat anlayışları da fərqləndirilmişdir. Belə ki, birincisi vəkilə həvalə edilmiş tapşırığın müqabilində ödənilir və bir sıra amillərdən, o cümlədən hüquqi yardımın göstərilməsi ilə bağlı sərf edilmiş vaxtdan asılıdır. İşin uğurlu nəticəsinə görə mükafata anoloji olaraq, məhkəmələr gələcəkdə vəkillərin Sİ vasitəsilə vaxtdan qənaət edərək vaxtamuzd hesablanmış, lakin haqqın məbləğində bunu nəzərə almadan aşkar ədalətsizliyə səbəb olmuş əqdləri yoxlamalı olacaqdır. Önləyici addım kimi isə ABŞ-də qəbul edilmiş hüquqi xidmət üçün ödənişlə bağlı müvafiq etik qaydaları nəzərə alaraq Sİ tətbiq edilən hüquqi yardımın vaxtamuzd, habelə ağır şərtlə bağlanılmasının yolverilməzliyi ilə bağlı Əsasnaməyə müddəə əlavə edilə bilər. Nəticədə, Qərarla da qeyd edildiyi kimi, hüquqi yardım üçün müraciət edən şəxslərin sui-istifadə hallarından müdafiəsi təmin edilmiş olar.

AR VK-nın Nizamnaməsinin 12.3-cü bəndinə əsasən, Rəyasət Heyəti vəkil köməkçiləri ilə yaranan əmək münasibətlərinə dair metodik tövsiyələr verə bilər. Vəkil köməkçilərinin fəaliyyətinin tənzimlənməsi qaydalarına görə vəkil köməkçisi öz fəaliyyətini vəkilin rəhbərliyi altında və onun tapşırıqlarını yerinə yetirməklə həyata keçirir və müstəqil olaraq vəkillik fəaliyyəti ilə məşğul ola bilməz.⁸⁴ Florida Vəkillər Kollegiyasının Rəyində də qeyd edildiyi kimi, vəkil köməkçiləri kimi Sİ də yekun qərarı verə bilməz, çünki

⁸² Yuxarıda istinad 73, maddə 19.III.

⁸³ Daha ətraflı bax: "Azərbaycan Respublikası Mülki Məcəlləsinin 6.2, 390.1 və 390.5-ci maddələrinin və "Vəkillər və vəkillik fəaliyyəti haqqında" Azərbaycan Respublikası Qanununun 19-cu maddəsinin III hissəsinin Azərbaycan Respublikası Konstitusiyasının 61-ci maddəsi və Azərbaycan Respublikası Mülki Məcəlləsinin 16.1 və 560.2-ci maddələri ilə əlaqəli şəkildə şərh edilməsinə dair" Azərbaycan Respublikası Konstitusiyaya Məhkəməsi Plenumunun Qərarı (2023).

⁸⁴ Vəkil köməkçilərinin fəaliyyətinin tənzimlənməsi Qaydaları, maddə 1.2–1.3 (2021).

fəaliyyətləri yalnız verilən tapşırıqları yerinə yetirməklə məhdudlaşır. Beləliklə, yuxarıdakı təkliflərə əlavə olaraq, Əsasnaməyə vəkil köməkçiləri ilə yanaşı, Sİ-dən istifadəyə dair də yeni müddəa əlavə edilə və ya ayrıca qaydalar qəbul edilə bilər.

Nəticədə, Sİ-dən istifadənin hüquq praktikasında tətbiqi və yol açacağı risklər milli qanunvericilikdə müvafiq dəyişikliklərin edilməsini zəruri edir. ABŞ-də qəbul edilmiş aktların Sİ kontekstində nəzərə alınması ilə Qanun və Əsasnamədə təsbit edilmiş vəkil etikası ilə bağlı müddəalar yenilənərək müvafiq risklərin qarşısı alınə bilər.

Nəticə

Yeni texnologiyaların sürətli inkişafı ilə Sİ-nin vəkillik də daxil olmaqla, bütün sahələrdə tətbiqinə yol açılmışdır. Bu davamlı inkişaf özü ilə bərabər üstünlüklərlə yanaşı, risklər də gətirir ki, onların tənzimlənməsi ilə bağlı zərurət meydana gəlmişdir. Məhz belə bir ehtiyac nəticəsində ABŞ-də qəbul edilmiş yeni vəkillik qaydaları da Sİ və peşəkar qaydalar çərçivəsində bu sahədə müəyyən tənzimləmələr gətirmişdir. Belə ki, vəkillərin Sİ-dən necə istifadə edəcəklərinə dair artıq müəyyən təsəvvür formalaşmışdır.

Nə ABŞ-də, nə də Azərbaycanda vəkillərin qanunvericilik və etik qaydalara zidd olmadıqca yaradıcı Sİ-lərdən istifadə etməsi qadağan edilmişdir. Vəkillərin yeni texnologiyaların inkişafı kontekstində etik qaydalara riayət etməsini təmin etmək üçün mövcud müddəaların yeniləri ilə əvəz edilməsi zəruridir. Öz növbəsində Azərbaycan Vəkillər Kollegiyası da gələcəkdə ortaya çıxan Sİ və hüquq kontekstində vəkillərin məsuliyyətli davranışını tənzimləmək üçün məqalədə irəli sürülmüş təklifləri nəzərdən keçirə bilər.

Navigating the Crossroads: Balancing Tobacco Control Frameworks with Trademark Rights in Zambia

*Chisanga Mutale & Chipasha Mulenga**

Abstract

Tobacco has been grown for quite a long time. Countries that grow the crop have justified their growing of it based on employment creation for local farmers and the contribution tobacco growing makes to economic emancipation. Despite that, the negative effects posed by tobacco use remain undeniable at a global level. Consequently, the World Health Organization (WHO) adopted the Framework Convention on Tobacco Control (FCTC) in 2003. The Convention is aimed at securing the health of the public from the adverse effects of tobacco and its use. It, therefore, calls on State Parties to adopt measures and strategies aimed at reducing the consumption of tobacco, such as plain packaging of tobacco products. While the Zambian government is aware of the obligations placed on it by the Convention, which it acceded to in 2008, calls for domestication have not been heeded. It will be demonstrated in this article that the failure to domesticate the Convention by the government offends the right to health and, by and large, leaves room for tobacco companies to take advantage of the right to trademark protection over the FCTC plain packaging recommendation.

Annotasiya

Tütün uzun müddətdir becərilən məhsuldur. Məhsulu yetişdirən ölkələr yerli fermerlər üçün iş yerlərinin yaradılması və tütünçülüynün iqtisadi baxımdan onlara verdiyi töhfə səbəbi ilə onun yetişdirilməsini əsaslı hesab edirlər. Buna baxmayaraq, tütündən istifadənin yaratdığı mənfi təsirlər qlobal səviyyədə danılmaz olaraq qalır. Nəticə etibarilə 2003-cü ildə Ümumdünya Səhiyyə Təşkilatı (ÜST) tərəfindən “Tütünə qarşı mübarizə haqqında” Çərçivə Konvensiyası (bundan sonra – Konvensiya) qəbul edilmişdir. Konvensiya əhalinin sağlamlığını tütünün və onun mənfi təsirlərindən qorumaq məqsədi daşıyır. Buna görə də o, üzv dövlətləri tütün məmulatlarının sadə qablaşdırılması kimi tütün istehlakının azaldılmasına yönəlmiş tədbirlər və strategiyalar qəbul etməyə çağırır. Zambiya hökuməti 2008-ci ildə qoşulduğu Konvensiya ilə üzərinə düşən öhdəliklərdən xəbərdar olsa da, milliləşdirmə çağırışlarına məhəl qoyulmamışdır. Bu məqalədə hökumət tərəfindən Konvensiyanın milliləşdirilməməsinin sağlamlıq hüququnun pozuntusu olduğu və bütövlükdə, tütün şirkətlərinə FCTC-nin sadə qablaşdırma tələbi ilə müqayisədə əmtəə nişanı hüququndan istifadə etmək imkanı yaratdığı göstəriləcək.

* Chisanga Mutale, Bachelor of Laws degree from the University of Zambia and a master’s degree in Intellectual Property Law and New Technologies from Jagiellonian University in Poland.

Chipasha Mulenga, professor of law, holds a Bachelor of Laws degree from the University of Zambia, as well as a master’s and a doctoral degree in Investment Law from the University of Pretoria.

CONTENTS

Introduction.....	137
I. Framework Convention on Tobacco Control.....	139
II. Regulatory Framework on Tobacco Control in Zambia.....	141
III. The FCTC and the Right to Health.....	143
IV. Challenges in Realizing the Right to Health: The Imperative of FCTC Convention Domestication in Zambia.....	145
V. Navigating Trademark Protection and Plain Packaging in the Absence of FCTC Domestication in Zambia	148
Conclusion	150

Introduction

Tobacco consumption in Zambia poses significant health challenges, contributing to a range of adverse effects on the population. The widespread use of tobacco has led to a surge in health issues, including respiratory diseases, cardiovascular disorders, and various forms of cancer.¹ In the context of the global effort to address tobacco-related health risks, Zambia's awareness of these challenges is reflected in its accession to the Framework Convention on Tobacco Control (FCTC) in 2008. However, the failure to effectively domesticate the convention raises concerns about the nation's commitment to mitigating the detrimental impact of tobacco on public health.

The FCTC stands as the inaugural worldwide agreement in public health and reasserts everyone's entitlement to optimal health standards. It marks a significant change in crafting regulatory approaches to tackle addictive substances.² The FCTC aims to “*protect present and future generations from the devastating health, social, environmental and economic consequences of tobacco consumption and exposure to tobacco smoke*”.³ To attain this, the FCTC requires both price/tax and non-price measures to reduce tobacco demand, covering smoke protection, product regulation, education, and tobacco dependence reduction.⁴ In terms of supply reduction, the FCTC addresses issues relating to the illicit trade in tobacco products, sales to and by minors, and support for economically viable alternative activities.⁵

¹ Ira S. Ockene & Nancy Houston Miller, *Cigarette Smoking, Cardiovascular Disease, and Stroke: A Statement for Healthcare Professionals From the American Heart Association*, 96 *Circulation* 3243, 3243 (1997). Available at: <https://www.ahajournals.org/doi/full/10.1161/01.cir.96.9.3243>

² See WHO Framework Convention on Tobacco Control, V (2003). Available at: https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/en/who-tc/trt_who_tc.pdf

³ *Id.*, art. 3.

⁴ *Id.*, art. 6-14.

⁵ *Id.*, art. 16-17.

The FCTC primarily focuses on safeguarding public health through the implementation of various measures. Despite its clear objectives aimed at protecting people's health, the tobacco industry, involved in the production, marketing, and sale of tobacco products, often expresses reservations and opposition to these measures. This tension underscores the complex interplay between public health priorities and the commercial interests of the tobacco industry.⁶ Specifically, the FCTC mandates Parties to ensure that “*tobacco product packaging and labelling do not promote a tobacco product by any means that are misleading, deceptive or likely to create an erroneous impression about its characteristics, health effects, hazards or emissions*”.⁷ This obligation does not require “*any term, descriptor, trademark, figurative or any other sign that directly or indirectly creates the false impression that a particular tobacco product is less harmful than other tobacco products*”.⁸

This requirement, as argued by the tobacco industry, deprives them of their intellectual property rights, and as such, they feel duty-bound to protect their rights.⁹ Their argument, it seems, is anchored on Article 20 of the Agreement on the Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (hereinafter the TRIPS Agreement) which is to the effect that using a trademark in business activities should not be unduly burdened by specific demands or used in such a way that diminishes its ability to differentiate one company's products or services from those of others.¹⁰

This provision is arguably misconceived, especially given the nature of the obligations under the TRIPS Agreement. It prohibits *unjustifiable* encumbrances, and this is in so far as the use does not negatively affect the capability to distinguish between goods or services. The import of this provision goes against the plain packaging requirement under the FCTC, and failure by the government of Zambia to domesticate makes its enforceability weak as compared to the TRIPS Agreement whose provisions have been domesticated in the *Zambian Trademark Act*.¹¹

The non-domestication of the FCTC implies that tobacco companies are not compelled to adhere to the plain packaging recommendation outlined in the convention. Inadvertently, the right to a trademark gains precedence, as the TRIPS Agreement has been domestically adopted. This allows tobacco companies operating in Zambia to freely seek the use of trademarks,

⁶ Thomas Clausen, Karen E. Charlton and Gerd Holmboe-Ottesen, *Nutritional Status: Tobacco Use and Alcohol Consumption of Older Persons in Botswana*, 10 *Journal on Nutritional Health Aging* 104, 110 (2006).

⁷ *Supra* note 2, art. 11.

⁸ *Ibid.*

⁹ Sergio Puig, *Tobacco Litigation in International Courts*, 57 *Harvard International Law Journal* 383, 414 (2016).

¹⁰ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, art. 20 (1995).

¹¹ See *Zambian Trademarks Act* (2023).

facilitating marketing endeavours. Consequently, the people of Zambia are deprived of the health advantages associated with implementing the convention in relation to tobacco. This leads to the argument that the right to health of the Zambian population is compromised.

In light of the aforementioned considerations, this article aims to illustrate that the failure of the Zambian government to domesticate the Framework Convention on Tobacco Control (FCTC) constitutes a violation of the right to health. Moreover, this absence of domestication inadvertently creates an environment conducive to the exercise of trademark rights by tobacco companies.

Initially, the article will provide an overview of the FCTC and its objectives, emphasizing its significance in global public health policy. Subsequently, the article will examine Zambia's regulatory framework on tobacco control, including existing legislation and policies related to smoking and public health.

Following this, the article will delve into an analysis of the right to health within the context of the FCTC, highlighting the obligations it imposes on signatory countries to protect public health from the harms of tobacco use. Special attention will be given to the specific provisions of the FCTC relevant to tobacco control measures and their implications for the right to health in Zambia.

Moreover, the article will explore the intersection between tobacco control and intellectual property rights, focusing on the protection afforded to trademarks. This section will scrutinize how the absence of domestication of the FCTC may inadvertently facilitate the exploitation of trademark rights by tobacco companies, potentially undermining public health objectives.

I. Framework Convention on Tobacco Control

The notion of developing a tool regarding the global control of tobacco was conceived in 1995. This was followed by the adoption of a resolution to conduct a feasibility study on an "International Instrument for Tobacco Control".¹² In the same year, the World Health Assembly, at its 49th Session adopted the resolution that requested the Director-General of WHO to commence the development of a FCTC.¹³ In 1998, WHO prioritised the framework, and in May 1999, multilateral negotiations on the framework commenced which resulted in the establishment of two bodies to draft the Convention – a technical working group and an intergovernmental

¹² World Health Organization Report, The Feasibility of an International Instrument for Tobacco Control (1996). Available at: https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/172800/EB97_Inf.Doc-4_eng.pdf (last visited Feb. 7, 2024).

¹³ *Supra* note 2, 33.

negotiating group.¹⁴ The two bodies conducted a series of negotiations reaching a consensus on several aspects. Finally, the FCTC was unanimously adopted on May 21, 2003, during the 56th World Health Assembly. It was open for states to sign for one year. On February 27, 2005, 90 days after being accepted by 40 States, the FCTC came into force.¹⁵ As per the FCTC, States Parties are encouraged to implement necessary tax and price policies as a means of reducing tobacco consumption,¹⁶ and States Parties are obliged to also adopt and implement non-price measures through effective legislative, executive, administrative or other measures.¹⁷ Article 8 (1) mandates States Parties to protect the public from exposure to tobacco smoke in indoor workplaces, public transport, and public places.¹⁸ Under the FCTC, each State Party must provide guidelines for testing and measuring the contents and emissions of tobacco products and require manufacturers and importers of tobacco products to disclose to governmental authorities information about the contents and emissions of tobacco products.¹⁹

The FCTC also requires that States Parties put in place effective measures that ensure that tobacco product packaging and labelling do not promote a misleading, deceptive or erroneous impression about a tobacco product's characteristics, health effects, hazards or emissions. Each unit packet and package of tobacco products as well as any outside packaging and labelling of such products must also carry health warnings describing the harmful effects of tobacco use.²⁰ It is each State Party's responsibility to promote and strengthen public awareness of tobacco control issues using all available communication tools.²¹ Appropriate, comprehensive and integrated guidelines on the promotion of cessation of tobacco use and adequate treatment for tobacco dependence must be developed and promoted by each State Party.²²

According to the content of the obligation put by the Convention on State Parties, they must adopt and implement effective measures that ensure that all unit packets and packages of tobacco products and any outside packaging of such products are marked to assist Parties in determining the origin of

¹⁴ Both bodies were open to all Member States and regional economic integration organizations to which their Member States had transferred competence over matters related to tobacco control.

¹⁵ *Supra* note 2, vi.

¹⁶ *Id.*, art. 6 (1) (2).

¹⁷ *Id.*, art. 7.

¹⁸ *Id.*, art. 8 (2).

¹⁹ *Id.*, art. 9-10.

²⁰ *Id.*, art. 11.

²¹ *Id.*, art. 12.

²² *Id.*, art. 14.

tobacco products.²³ Additionally, States Parties are mandated to forbid the sale of tobacco products to persons under the age of eighteen.²⁴

It can be concluded from the above that the FCTC aims to curb the global tobacco epidemic by implementing evidence-based strategies. Its key objectives include reducing tobacco consumption, protecting people from exposure to tobacco smoke, regulating tobacco product packaging and advertising, preventing illicit trade of tobacco products, and promoting international cooperation to address the health and economic impacts of tobacco use.

It suffices to mention that Zambia does not currently derive benefits from the Framework Convention on Tobacco Control as it has not been domestically incorporated. However, despite this, Zambia has enacted specific legislation to address the significant issue of tobacco overconsumption, and this is the discussion of the next part.

II. Regulatory Framework on Tobacco Control in Zambia

Tobacco control in Zambia is governed by a triad of legislative acts: the Local Government (Prohibition of Smoking in Public Places) Regulations, the Public Health (Tobacco) Regulations, and the Tobacco Act. Together, these statutes form a comprehensive framework aimed at regulating various aspects of tobacco use and promotion across the country.

The Local Government (Prohibition of Smoking in Public Places) Regulations, made under the Local Government Act Chapter 281, forbid a person from smoking in any building, premises, conveyance or another place to which the public has access.²⁵

The Public Health (Tobacco) Regulations issued on January 1, 1992, made under Public Health Act Chapter 535, require a manufacturer, importer, distributor or retailer to label any tobacco product they sell in a clear, legible and conspicuous manner.²⁶ The label should contain a warning, "WARNING: TOBACCO IS HARMFUL TO HEALTH" which will appear on both sides of the large surface area of the package printed in bold letters.²⁷ Where such a product is to be sold, distributed, or manufactured, it must contain the same warning.²⁸ The Regulations also forbid a person from selling tobacco products

²³ *Id.*, art. 15.

²⁴ *Id.*, art. 16.

²⁵ The Local Government (Prohibition of Smoking in Public Places) Regulations, art. 3 (1) (2008).

²⁶ Public Health (Tobacco) Regulations, art. 3 (1992). Available at: <https://atca-africa.org/wp-content/uploads/2021/02/The-Public-Health-Tobacco-Regulations-1992.pdf> (last visited Feb. 7, 2024)

²⁷ *Id.*, art. 3 (2) (a).

²⁸ *Id.*, art. 9 (1).

to a person under the age of 16.²⁹ There are also specified areas where smoking should not be done – hospitals, health centres, nursing homes, kindergartens, cinema halls, theatres, elevators, public transport and schools for persons less than 21 years of age.³⁰ Moreover, it is the responsibility of the owner or operator of the premises clearly and visibly to display the warning “NO SMOKING”.³¹

The Tobacco Act has been enacted to promote, control and regulate the production, marketing, packing, import and export of tobacco in Zambia.³² The Act establishes a Board whose responsibility is to, *inter alia*, provide strategic policy direction to the Tobacco Board of Zambia. The Act also requires a person who sells tobacco to seek authorisation.³³

Despite this, the regulations in Zambia have been deemed ineffective for tobacco control. This ineffectiveness stems from several factors, including their restrictive approach to banning tobacco advertising and promotion. Additionally, there has been a failure to enforce restrictions on smoking in public places. Moreover, the regulations have not mandated the inclusion of large graphic health warnings on tobacco products. The reason behind this restrictive approach to tobacco regulation is that the Tobacco Act in Zambia primarily concentrates on regulating the production, marketing, and sale of tobacco products, without imposing restrictions on consumption. It establishes licensing requirements for manufacturers and retailers, sets quality control standards for tobacco products, and provides guidelines for advertising and promotion. This is against the growing body of research that indicates that tobacco control measures that align with the FCTC and its guidelines are effective. These studies have uncovered compelling international evidence demonstrating the effectiveness of various strategies in reducing tobacco consumption and associated health risks. Price and tax increases, comprehensive smoke-free policies, pictorial health warnings, and bans on tobacco advertising, promotion, and sponsorship have all been identified as highly effective measures. Additionally, cessation interventions have been found to significantly encourage quitting among tobacco users.³⁴

It is the author’s view that because the FCTC has not been fully implemented, tobacco still remains an epidemic in Zambia. This view is in line with various studies that have shown that there is a correlation between

²⁹ *Id.*, art. 4.

³⁰ *Id.*, art. 5 (1).

³¹ *Id.*, art. 5 (2).

³² See The Tobacco Act (2022).

³³ *Id.*, art. 24.

³⁴ Chung-Hall Janet, Craig Lorraine, Gravely Shannon, Sansone Natalie and Fong T. Geoffrey, *Impact of the WHO FCTC Over the First Decade: A Global Evidence Review Prepared for the Impact Assessment Expert Group Tobacco Control*, 28 Tobacco Control BMJ Journal 119, 122 (2019).

tobacco use reduction and the domestication of the FCTC.³⁵ This implies that the outlined effects of tobacco use in this article are widespread in Zambia, posing a considerable challenge to achieving the right to health. In consideration of this, the next section will examine the right to health in Zambia and how its fulfilment has been jeopardized due to the non-domestication of the FCTC.

III. The FCTC and the Right to Health

The FCTC and the right to health share a common goal of promoting and protecting public health, with the FCTC providing a framework for global efforts to address the specific challenges posed by tobacco consumption. As this part will demonstrate, the treaty's comprehensive approach aligns with the principles of the right to health, emphasizing prevention, protection and education to ensure individuals can enjoy the highest attainable standard of health. Before delving into more detailed discussions, it might be helpful to first explore the concept of health in relation to tobacco consumption.

Regional and international instruments have articulated the right to health. The Constitution of the WHO in its preamble defines health as "a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity". The concept of "complete physical, mental, and social well-being" as defined by the WHO relates to tobacco consumption in that tobacco use adversely affects all three dimensions of health – mental, physical and social. The 1948 Universal Declaration of Human Rights provides that everyone has the right to an adequate standard of living.³⁶ The Declaration thus recognizes the connection between health and well-being and adopts a broader view of the right to health as a human right, even though health is but a single component of an adequate standard of living.

The Convention on the Rights of the Child (1989) requires States Parties to recognize the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health and facilities for the treatment of illness and rehabilitation of health.³⁷ The notion of "the highest attainable standard of health" takes into account both the child's biological, social, cultural and economic preconditions and the State's available resources, supplemented by resources made available by other sources, including non-governmental organizations, the international community and the private sector.³⁸ According to Carol Bellamy, "Children have a right to be protected from tobacco's collateral

³⁵ Report of the Sixth Session of the Conference of the Parties to the WHO Framework Convention on Tobacco Control, 114 (2014).

³⁶ The Universal Declaration of Human Rights, art. 25 (1) (1948).

³⁷ The Convention on the Rights of the Child, art. 24 (1989).

³⁸ Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 15 (2013) on the Right of the Child to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Health (art. 24), para. 48 (2013).

effects – they have a right to health and development, and their use of tobacco is frequently a consequence of the denial of those rights”.³⁹

At a regional level, the African Charter of Human and Peoples Rights confers on every individual the right to enjoy the best attainable state of physical and mental health.⁴⁰ This could be appreciated by considering the case of the Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) & the Centre for Economic and Social Rights v. Nigeria, where the African Commission on Human and People’s Rights stated that this right “obligates governments to desist from directly threatening the health and environment of their citizens”.⁴¹ This implies that States Parties are to ensure that necessary measures are taken to protect the health of their people including the effects of tobacco.

Today, despite the omission of human rights in the FCTC, concerns about the adverse effects of tobacco on human life have been mooted. By ratifying the FCTC, member states acknowledge that the Convention is the minimum standard to protect the health of the public from the adverse effects of tobacco products.⁴² This implies that human rights concerns are making inroads in global tobacco control. Scholars have argued that, while it is too early to make any definite judgements on the extent of this transformation, it is clear that the concept of human rights is increasingly complementing and combining with the already established public health discourses on smoking.⁴³

In conclusion, the nexus between the right to health and the Framework Convention on Tobacco Control (FCTC) underscores their intertwined significance in addressing global public health challenges, with a primary emphasis on mitigating the impact of tobacco consumption. The right to health, as elucidated throughout this discussion, stands as a foundational human right acknowledged internationally. Its scope encompasses the entitlement of individuals to experience the highest achievable standard of both physical and mental well-being.

Equally, the FCTC, detailed earlier as a treaty adopted by the World Health Organization (WHO), represents a targeted effort to combat the pervasive global tobacco epidemic. Its specific objective is to safeguard both current and future generations from the severe consequences—be they health-related,

³⁹ William Onzivu, *International Legal and Policy Framework for WHO Framework Convention on Tobacco Control*, 21 (2000).

⁴⁰ The African Charter of Human and Peoples Rights, art. 16 (1981).

⁴¹ Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) and the Centre Economic and Social Rights v. Nigeria, ACHPR155/19, para. 52 (2001).

⁴² Oscar A. Cabrera & Lawrence O. Gostin, *Human Rights and the Framework Convention on Tobacco Control: Mutually Reinforcing Systems*, 7 *International Journal of Law in Context* 285, 292 (2011).

⁴³ David Reubi, *Making a Human Right to Tobacco Control: Expert and Advocacy Networks, Framing and the Right to Health*, 7 *Global Public Health* 176, 179 (2012).

social, environmental, or economic – stemming from tobacco consumption. In light of this, the failure of the Zambian government to incorporate the FCTC into national legislation poses a significant risk. This lapse compromises the citizens' ability to fully enjoy their right to health, as they remain exposed to the detrimental effects of tobacco without the comprehensive protective measures outlined in the international treaty. Therefore, the alignment of national policies with global health initiatives is crucial for ensuring the holistic well-being of the population and effectively addressing the challenges posed by tobacco use.

IV. Challenges in Realizing the Right to Health: The Imperative of FCTC Convention Domestication in Zambia

In the pursuit of safeguarding the fundamental human right to health, the domestication of international agreements becomes a crucial mechanism for nations to address contemporary public health challenges. Zambia, like many other countries, stands at the intersection of this global endeavour, seeking to realize the right to health through the domestication of the Convention. Having acceded to the FCTC on May 23, 2008, Zambia is obligated to implement comprehensive tobacco control laws. By fulfilling these obligations, Zambia would begin to mitigate the effects of tobacco consumption, thereby safeguarding public health and promoting well-being.

Parties to the Convention are obligated under Article 5 (3) to avoid providing the tobacco industry with “incentives, privileges, or benefits”, as well as any form of “preferential tax exemption”. Regrettably, it appears that trade considerations have taken precedence over public health in this instance.⁴⁴

Mandating protective measures against tobacco smoke exposure in various settings, Article 8 necessitates Parties to enforce bans in indoor workplaces, public transport, and other public places. Despite progress through the development of a smoke-free manual and law enforcement training, enforcement faces challenges due to resource constraints and a fragmented legislative framework for tobacco control. Despite the existence of the Local Government (Prohibition of Smoking in Public Places) Regulations, which aim to restrict smoking in public areas, their ineffectiveness is evident. Research indicates persistently high rates of exposure to “second-hand” smoke, with 74% prevalence in bars and 30% in indoor workplaces,

⁴⁴ A Mockery to FCTC: Renowned Tax Avoidance BAT Opens Giant Cigarette Plant in Zambia's Tax Free Zone (2019), <https://afrodemocracyjournal.wordpress.com/2019/12/03/a-mockery-to-fctc-renowned-tax-avoidance-bat-opens-giant-cigarette-plant-in-zambias-tax-free-zone/> (last visited Feb. 7, 2024).

underscoring the ongoing issue of inadequate protection from tobacco smoke in these environments.⁴⁵

Parties are obligated by Article 11 to establish and execute effective packaging and labelling measures within three years of ratification. However, Zambia has not adhered to this requirement. The existing single text-only warning occupies less than 30% of both the bottom front and back of the cigarette package and is exclusively presented in English.⁴⁶

States Parties are compelled by Article 12 to enhance public awareness of tobacco control issues and implement measures to raise awareness regarding matters related to tobacco control. In reality, there are low awareness levels of the adverse effects of tobacco use, i.e., 31% of tobacco users noticed anti-tobacco messages on the radio while 28% were on tobacco packages.⁴⁷ Concerning the actual harmful effects of tobacco use, Zambia is the third lowest in terms of awareness of tobacco usage.⁴⁸

Under the mandate of Article 13, Parties are required to implement measures prohibiting tobacco advertising, promotion, and sponsorship within five years of ratification. Despite this requirement, Zambia has not yet enforced a comprehensive ban on tobacco advertising, promotion, and sponsorship. Research conducted shows that Zambia continues to allow tobacco advertising through newspapers, radio, television, cinema, billboards, posters, magazines, and videos, while entertainment media exposes 22% of tobacco users to tobacco promotion, shops and bars advertise 15% of tobacco users and shop windows or inside shops 14%.⁴⁹

Article 16 compels Parties to “*adopt and implement effective legislative, executive, administrative or other measures*” to prohibit the sale of tobacco products to minors. Such measures may include requiring sellers of tobacco products to put signage “SELL TO MINOR IS PROHIBITED” and request a purchaser of tobacco products to produce proof of having reached full age; banning the sale of tobacco products in any manner by which they are directly accessible; prohibiting the manufacture of objects in the form of tobacco products that appeal to minors; and ensuring that tobacco vending machines are not accessible to minors. Notwithstanding this obligation, research shows

⁴⁵ International Tobacco Control Zambia National Report: Findings from the Wave 1 and 2 Surveys, Executive Summary, International Tobacco Control Policy Evaluation Project (2012-2014), 3 (2015). Available at: https://itcproject.s3.amazonaws.com/uploads/documents/ITC_Zambia_National_Report_Waves_1_and_2_2012-2014_Decem.pdf (last visited Feb. 14, 2024).

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Ministry of Health, Prevention and control of non-communicable diseases in Zambia: The case for investment, Table 3 (2019).

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Id.*, 4.

that 38% of youth aged 13-15 smoke cigarettes purchased from stores.⁵⁰ In addition, the tobacco industry remains free to market to youth by advertising at the point of sale and on entertainment channels.⁵¹ Vending machines, internet sales and the sale of sweets, snacks, toys or any other objects made to look like tobacco products (which appeal to minors) are not prohibited.⁵²

The observation was made because there has been hesitance from the government to domesticate the FCTC. While it would be expected that the government would state its position concerning protecting the right to health through tobacco control, its policies do not seem to suggest so. In the Seventh National Development Plan (2017-2021), the government is committed to facilitating the establishment of a tobacco production club. Additionally, it aims to provide an enabling policy environment conducive to the tobacco industry. The plan also seeks to build the capacity of smallholder tobacco farmers and promote tobacco marketing initiatives. Furthermore, it aims to facilitate access to affordable financing mechanisms for tobacco farmers. Lastly, the plan emphasizes promoting investment in research and development to enhance yields and increase productivity in the tobacco sector.⁵³

The laxity to domesticate is despite the growing threat of the tobacco epidemic. This has led to arguments from researchers that the continued indecisiveness “is promoted by incorrect beliefs that tobacco leaf growing is an economic boon to Zambian farmers”.⁵⁴ Surprisingly, this argument is fortified by the government’s desire to encourage crop diversification rather than curb tobacco production.

Economically, Zambia needs to implement the FCTC because investment analysis suggests that the comprehensive implementation and enforcement of prioritized FCTC interventions offer a highly cost-effective approach to mitigating the tobacco burden.⁵⁵ If these FCTC tobacco control interventions are effectively implemented and enforced in Zambia, the government could save an estimated 40,349 lives over a 15-year period. Additionally, the adoption and enforcement of these measures could lead to significant cost savings, amounting to approximately ZMW 12.4 billion. Furthermore, implementing these interventions could prevent healthcare expenditures

⁵⁰ World Health Organization (WHO), Global Youth Tobacco Survey (GYTS): Zambia 2021 (2021). Available at: <https://www.who.int/teams/noncommunicable-diseases/surveillance/data/zambia> (last visited Feb. 14, 2024).

⁵¹ The Tobacco Atlas: Zambia, 5 (2019). Available at: <https://tobaccoatlas.org/factsheets/zambia/> (last visited Dec. 29, 2023).

⁵² *Supra* note 45, 19.

⁵³ See Seventh National Development Plan: 2017-2021, § 16.8 (2017).

⁵⁴ *Supra* note 4550, 11.

⁵⁵ *Ibid.*

totalling ZMW 685 million over the same timeframe.⁵⁶ This underscores the substantial health and economic benefits associated with prioritizing tobacco control measures in Zambia.⁵⁷

The comprehensive implementation of the FCTC in Zambia necessitates a holistic approach, involving legislative alignment, coordination, policy development, public awareness, taxation, monitoring, collaboration, enforcement, integration into health systems, and capacity building. A coordinated effort across these diverse areas is essential for mitigating the impact of tobacco-related health issues within the country.

V. Navigating Trademark Protection and Plain Packaging in the Absence of FCTC Domestication in Zambia

The absence of domestication of the FCTC makes it challenging to implement the plain packaging recommendation. As demonstrated in the previous section, the FCTC recommends plain packaging as a measure to reduce the appeal of tobacco products and discourage consumption. Without domestication, the legal framework necessary for enforcing this crucial measure may be lacking. In the absence of plain packaging recommendations, tobacco companies in Zambia may opt to pursue trademark protection under the Trademarks Act. This is facilitated by the domestication of the TRIPS Agreement, which provides a legal basis for the protection of trademarks. Furthermore, the failure to domesticate the FCTC potentially hinders the implementation of measures designed to protect public health, creating a situation where commercial interests, such as obtaining trademarks, may take precedence.

While some may argue that the voluntary nature of the plain packaging requirements grants tobacco companies a justification for non-compliance, the true essence and impact of this recommendation transcend mere legality. For example, the implementation of plain packaging in Canada in February 2020 marked a significant step in the country's tobacco control efforts. A pre-post evaluation study was conducted to assess the impact of plain packaging on various factors, including pack appeal and health warning label (HWL) effectiveness. The conclusion was that the implementation of plain packaging in Canada had a profound impact on pack appeal and HWL effectiveness. These findings provide compelling evidence for the efficacy of plain

⁵⁶ Zambia Ministry of Health, *The Case For Investing in WHO FCTC Implementation*, 2 (2019). Available at: <https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/migration/zm/f6d0c8dbf67305a3bbf50fd b248e3a8e52832b27d08195c9e56ad810b9dea8b1.pdf> (last visited Feb. 7, 2024).

⁵⁷ *Id.*, ix.

packaging as a tobacco control measure and underscore its potential to contribute to reduced smoking rates and improved public health outcomes.⁵⁸

Plain packaging requires that all forms of tobacco branding be labelled exclusively with simple, unadorned text. It involves the removal of trademarks, graphics, logos and other attributes from cigarette packs, except the brand name.⁵⁹ The pack should also be in a neutral colour and include only the content and consumer information (e.g., toxic constituents) as well as health warnings required by law.⁶⁰ In other words, plain packaging aims at standardizing the appearance of all cigarette boxes to make them unappealing, especially for adolescents, thus reducing the prevalence and uptake of smoking.⁶¹ It is also said to encourage those who smoke to give up smoking discourage those who have given up from relapsing, and reduce people's exposure to tobacco smoke.⁶² The reasoning is that doing so is likely to reduce tobacco consumption by making cigarettes look less attractive while ensuring that health warnings and information are more visible. This would also reduce misconceptions about the risks of smoking which will, in turn, protect human health. This requirement goes against the provision of Article 20 of the TRIPS Agreement which provides that:

The use of a trademark in the course of trade shall not be unjustifiably encumbered by special requirements, such as use with another trademark, use in a special form, or use in a manner detrimental to its capability to distinguish the goods or services of one undertaking from those of other undertakings.

This provision, it may be argued, only prohibits "unjustifiable" encumbrances, and this is in so far as the use is not detrimental to its capability to distinguish the goods or services. It may well be said that Article 20 requires "to remove" trademarks that are intellectual property, i.e., they are outputs of the human intellect (creations of the human mind), the result of human ingenuity or intellectual assets that are protected by law.⁶³ Intellectual assets form part of intellectual capital that has been captured, preserved, catalogued and made available for sharing and, as such, must be protected.⁶⁴ Such

⁵⁸ Shannon Gravely et al., *Evaluating the Impact of Plain Packaging Among Canadian Smokers: Findings from the 2018 and 2020 ITC Smoking and Vaping Surveys*, 32 *Tobacco Control* 153, 161 (2021).

⁵⁹ Enrico Bonadio, *Plain Packaging of Tobacco Products Under EU Intellectual Property Law*, 34 *European Intellectual Property Review* 599, 599 (2012).

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Becky Freeman, Simon Chapman, Matthew Rimmer, *The Case For the Plain Packaging of Tobacco Products*, 103 *Addiction* 4580 (2007); Alberto Alemanno & Enrico Bonadio, *The Case of Plain Packaging for Cigarettes*, 3 *European Journal of Risk Regulation* 268, 268 (2010).

⁶² Cyril Chantler et al., *Standardised Packaging of Tobacco: Report of the Independent Review Undertaken by Sir Cyril Chantler*, in *Independent Review into Standardised Packaging of Tobacco* 3, 15 (2014).

⁶³ Alexander I. Poltorak & Paul J. Lerner, *Essentials of Intellectual Property* (1st ed. 2002).

⁶⁴ *Ibid.*

protection confers exclusive rights (intellectual property rights) on creators with the ultimate goal of promoting innovation and creativity.

Tobacco companies nonetheless contend that no evidence exists to support the claim that plain packaging reduces smoking. It may lead to unintended consequences and is thus counterproductive to the fight against smoking. They argue that plain packaging is an unjustified deprivation of their brands and trademarks whose effect is to erode their intellectual property rights, making it difficult for consumers to identify their preferred brands.⁶⁵

It is highly doubtful whether the above arguments are well grounded. This is because many studies including but not limited to observational, experimental, and population-based investigations have indicated that plain packaging can reduce positive perceptions of smoking and dissuade tobacco use.⁶⁶ This provides empirical evidence that can be used by governments deciding to implement plain cigarette packaging measures to build a strong case that plain packaging plays a critical role in the quest to reduce tobacco use.⁶⁷

It can be said from the discussion above that the impact of FCTC non-domestication on balancing plain packaging and trademark protection in Zambia underscores the intricate relationship between public health priorities and trademark considerations. Addressing this challenge necessitates a harmonized approach that prioritizes the well-being of the population while acknowledging the legitimate business interests of tobacco companies. Domesticating the FCTC emerges as a pivotal step in achieving this delicate equilibrium and fostering a regulatory environment that safeguards public health in tandem with intellectual property rights such as trademarks.

Conclusion

In conclusion, the failure of the Zambian government to domesticate the FCTC despite its awareness of the obligations laid out in the convention raises serious concerns. The justifications for tobacco cultivation, such as employment creation and economic emancipation, must be carefully balanced against the undeniable global health risks posed by tobacco use.

The right to health, a fundamental human right, is compromised when governments neglect to implement measures that can effectively reduce tobacco consumption. The FCTC, with its emphasis on strategies like plain packaging, provides a roadmap for safeguarding public health from the adverse effects of tobacco.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Colin N. Smith, John D. Kraemer, Andrea C. Johnson, Darren Mays, *Plain Packaging of Cigarettes: Do We Have Sufficient Evidence?*, 8 Risk Management and Healthcare Policy 21, 21 (2015).

⁶⁷ *Ibid.*

The reluctance to domesticate the FCTC not only undermines the commitment made by Zambia to prioritize public health but also opens avenues for tobacco companies to prioritize their trademarks over the well-being of the population. This apparent contradiction between economic interests and public health is a critical issue that demands urgent attention.

To truly prioritize the right to health, the Zambian government should heed calls for the domestication of the FCTC, implementing measures that align with global efforts to mitigate the impact of tobacco use. By doing so, Zambia can strike a balance between economic considerations and the well-being of its citizens, contributing to a healthier and more sustainable future. It is imperative that governments worldwide recognize the importance of fulfilling their commitments under international conventions like the FCTC to protect the fundamental right to health for all.