HÜQUQ THE LAW ПРАВО

DOI: 10.36719/AEM/2007-2020/54/46-56

Ayşe Yaşar Ümütlü
Necmettin Erbakan Üniversitesi
ayumutlu@erbakan.edu.tr

KANUNLAŞTIRMA FAALİYETLERİNE SİYASİ VE FELSEFİ ETKİLER: MECELLE ÖRNEKLİĞİ

Anahtar Kelimeler: *Mecelle, Ahmet Cevdet Paşa, Ali Paşa, Türk Hukuk Tarihi, Hukuk Felsefesi*
Açar sözlər: *məcəllə, Ahmet Cevdet Paşa, Ali Paşa, Türk hüquq tarixi, hüququ fəlsəfəsi*
Key words: *Majalla, Ahmet Cevdet Pasha, Ali Paşa, Turkish Law History, Philosophy of Law*

Özet

İslam Dünyasının modern hukuku olarak kabul gören Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde uygulanmış, tarihi bağlamda kısmen bir medeni hukuk kuralları kodeksidir. Tanzimat ile başlayan siyasi ve hukuksal zorunlulukların bir neticesi olarak ortaya çıkan ve adli hükümlerin yer aldığı bu eser, 1869-1876 yılları arasında Ahmet Cevdet Paşa başkanlığındaki bir komisyon tarafından kendinden önceki fıkh eserlerinden meydana getirilmiştir. İslam hukukunun kanun haline getirilebileceğini ortaya koyması açısından oldukça kıymetli bir eser olarak bugün için de değerini korumaktadır. Kanunlaştırmak, mevcut hukuk sistemi içinde yenilik gerçekleştirmek anlamına gelmesi bakımından iç ve dış sosyo-politik etkilere açık bir faaliyettir. Bu makalede tüm bu sürece ulusal ve uluslararası siyasetin etkisi açığa çıkarılmaktadır. Tarihi ve siyasi koşulların, hukuk reformu faaliyetlerine öncülük eden kişilerin düşünce dünyaları üzerinden yansıdığı ortaya konulmaktadır.

Giriş

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat hareketleri[1] ile başlayan siyasi, ekonomik birtakım zorunluluklar ve reformlar, hukuk alanında da yenilik ihtiyacını doğurmuştur. Kanun yapmak toplum için yeni normlar veya diğer bir deyişle ilkeler oluşturmak anlamına gelirken, kanunlaştırmak mevcut hukuk sisteminde yeni bir düzen inşa etmek anlamına gelmektedir. Makalemizde ilk olarak bu koşulların neler oldukları sorgulanmaktadır; devamında hukuk çalışmalarını teşvik eden koşulların ve neticelerinin tarihi kimliklerin kabulleri ile nasıl bağlı olduğunu açığa çıkarılmaktadır. Böylece hukuk çalışmalarının toplumu oluşturan bütün kurumların etkilerinden, özellikle de toplumun aydınlarının katkılarından beslendiği netleştirilerek, hukukçu kimliğini kısır bir biçimde anlamanın adalete verebileceği zarar ortaya konulmaktadır.

Hukuk alanındaki bu reform döneminde, iki farklı düşünce adamı ve yandaşları, bu faaliyetin gerçekleşmesi için çalışmalar gerçekleştirmişlerdir. Bu faaliyet için Ali Paşa ve yandaşları Avrupa hukukunu temel almayı savunurken, Cevdet Paşa'nın ekibi İslam fıkhının reformunu savunmuştur. Neticede tarih, hukuk, politika, edebiyat ve din konularında yetkin bir düşünür olan, dönemin önemli ilim adamlarından Ahmet Cevdet Paşa ve ekibi kanunlaştırma faaliyetleri için öncülük etmişlerdir.[2] İdare ve yargı teşkilatının yeniden yapılanması ve her iki alanda gerekli görülen ıslahatların gerçekleştirilmesi söz konusu olduğunda, çeşitli dönemlerde sadrazamlık vazifesinde de bulunmuş Reşid, Âli ve Said Paşalar tarafından gerçekleştirilmiştir.

Fakat siyasetçi ve hukukçu kimliği ile yetkin bir isim olan Ahmed Cevdet Paşa'nın tüm bu faaliyetlerde önemli katkıları olmuştur.[3]

O döneme kadar Osmanlı Devleti'nde İslam hukuku için kadıların temel kaynak olarak kabul ettikleri iki eser vardır. Bunlar Şeyhülislam Molla Yahya'nın *Dürer* isimli fıkıh eseri ile Halebi İbrahim Efendi'nin *Mülteka'l Ebhur* ve Mehmet Efendinin bu esere yazdığı şerhi olan *Mevkufat* adlı eseridir. Bu fıkıh eserleri Osmanlı Devleti nazarında kanun hükmünde olduğu için ferman ve kanunnameler yada bunlarla bağlı

[1] Ayrıntılı bilgi için bknz; Erik J.Zürcher, Turkey: A Modern Histıry, 3rd edition (London: I.B.Tauris, 2004), pp. 1-175

[2] CARTER, Vaughn Findley, "Mecelle." In The Oxford Encyclopedia of the Islamic World. Oxford Islamic Studies Online. 27-Feb-2019. <http://www.oxfordislamicstudies.com/article/opr/t236/e0523>.; ŞİMŞİRGİL A.- EKİNCİ, E.B. (2018). *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle'den Düsturlar*, IQ Yayınları, İstanbul, ss. 13-77,82; KOYUNCU, N. "Hukuk Mektebinin Doğuşu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, *C. XVI, Y. 2012, Sa. 3,* ss. 163, 164

[3] EKİNCİ, B. "Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri", *Yeni Türkiye*, Ocak-Şubat 2000, Yıl: 6, Sayı: 31, s. 766

maruzat ve fetvalar dışında ayrıca bir kanun o zamana kadar yapılmamıştır.[4] Fakat Osmanlı Devleti'nin Tanzimat fermanı ile içine girdiği yeni süreç ve bu sürecin gerektirdikleri ile hukuk alanında da yeni bir resmi hukuk kodeksi oluşturmak gaye edinilmiştir.

Mecelle "Arapçada sayfa, dergi, ciltlenmiş veya rulo biçiminde kitap anlamlarına gelen "mecelle", Tanzimat ve Meşrutiyet dönemleri Türkçesinde, antoloji, dergi, derleme, külliyat gibi çok yazarlı veya geniş kapsamlı yayınları ifade etmek için kullanıldı."[5]. Tanzimat Dönemi'nde Ahmet Cevdet Paşa başkanlığındaki komisyon tarafından ise, İslam hukukunun Hanefi mezhebi esas alınarak hazırlanan özel hukuk kanunları külliyatının kısaltılmış adı olmuştur. Tam adı Mecelle-i Ahkam-ı Adliye olarak düzenlenen bu kavram, adli hükümler topluluğu anlamında kullanılmıştır; tüm külliyatta, medeni, borçlar ve ticaret hukuku ile hukuk muhakemeleri kapsamına giren hususlar yer alır.[6]

1. Kanunlaştırma faaliyetlerinin başlayışı ve mecelle'nin yazılma gerekçeleri

Mecelle'nin giriş kısmında yazılma ihtiyacına dair çeşitli sebepler zikredilmiştir. Avrupa tarihinin tetiklediği Tanzimat fermanı ve sonrasındaki beklentiler ilk unsurdur. Böylece içinde bulunulan zamanın sosyo-politik değişim ve dönüşümlerle ortaya çıkardığı zorunluluk ve gereklerin, *Mecelle*'nin yazılması için zemin hazırladığı kabul edilir. Ayrıca mevcut hukuk düzeninde, yabancı devletlerin baskısıyla kurulan ve Fransız hukuku temelinde yapılandırılan Nizamiye mahkemeleri yetersiz kalmaktadır. Yabancılarla yapılan ticaretlerde uyuşmazlıkları çözmedeki eksiklikler; Osmanlı Devleti'nde yaşayan zimmi ve müstemen toplulukların şeriye mahkemelerinde durumu da medeni kanununda yeni düzenlemeler gerektiren ihtiyaçların artması şeklinde ifade edilmiştir.[7]

Osmanlı'da öncü kanunlaştırma hareketlerinin ilki böylece ticaret hukuku ile başlatılmıştır. Bunların önemli bir kısmı elbette iktibas faaliyetlerini de kapsamaktadır; örneğin 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu'nun önemli bir kısmı olduğu gibi iktibas edilmiştir.[8] Daha sonra Temel İslam Hukuku kaideleri, hâkimlik ilkeleri ve özel hukuk yasaları ile de devam etmiştir. Söz konusu hükümlerin Osmanlı tebaasının azınlıklarını ve Osmanlı ile ticaret yapan gayrimüslim tacirlerin taleplerini, yabancı devletlerin Osmanlı'nın evrensel hukuka eklenmesine yönelik dayatmalarının bir neticesi olarak açığa çıktığı görülür. Artık toplumsal, ekonomik, siyasi dönüşümlerin hukuk alanındaki etkisi, yasalar düzenlemelerde kendisini daha bütüncül fakat geleneksel İslam ve kültür kodlarından kopmayan bir bakış açısı olarak göstermeye başlamıştır.[9]

2.1. Tanzimat Reformlarının Değiştirdiği Sosyo-Politik ve Hukukî Yapılar

1839, Tanzimat Fermanından önce Osmanlı Devleti'nin hukuk sistemi, fıkıh alanında karşılığı tam olarak bulunamayan konularda, padişahların iradesi ile kanun koyma yetkisinden doğan bir örfî hukuk olarak belirmişti. Dolayısıyla iki kaynak ağırlık kazanıyordu, fıkıh kitapları ve kanunnameler. Fakat tam olarak 1876 Fransız İhtilali ve sonrasında ortaya çıkan 21 Mart 1804 tarihli *Code Civil de Français'*de yer alan kanunlarının yeni bir çığır olarak kabul edildiği dönemdir. Napolyon'un ortak bir Avrupa hukuku oluşturma hayallerini desteklemek için tüm Avrupa'yı askeri fetihlerle ikna çabaları, kısmen askeri bir zaferle sonuçlanmasa da zaman içinde modern zamanların ilk özel hukuk ve insan hakları anlayışının temelini oluşturdu. Code Civil'den önce Avrupa'nın hukuk sisteminde yer alan Roma hukuku, kararnameler ve örf hukuku yürürlükten kalkmış, bunun yanında mahkeme içtihatlarına yer verilmek suretiyle yeniden biçimlendirilmişti

Tüm bu sürecin Osmanlı Devleti'ne yansımaması imkânsızdı. Nitekim bu gelişmeleri izleyen Osmanlı'nın devlet ve fikir adamları arasında iki farklı görüş belirgin hâle geldi. Fransız Medeni Kanunu'nun mevcut hukuk ihtiyacını karşılayacak nitelikte olduğunu ve kodifikasyon uygulaması ile sisteme

---

[4] AKGUNDUZ, Ahmet. "Ottoman Empire, Islamic Law in." In The [Oxford] Encyclopedia of Islam and Law. Oxford Islamic Studies Online. 27-Feb-2019.; KILIÇ, Muhammed, Tayyip. (2008). "Osmanlıda Kanunlaştırma Olgusu", Ankara Üniversitesi, Temel İslam Bilimleri, İslam Hukuku Dalı, Doktora Tezi, Ankara; ŞİMŞİRGİL, EKİNCİ, *a.g.e.,* ss. 81, 82

[5] KARATEPE,Ş. , "Mecelle'nin Yöntemi ve Hukuk Diline Katkısı", Türk Dili Dergisi, Giriş

[6] ONAR, S. (1955). " Osmanlı İmparatorluğu'nda İslam Hukukunun Bir Kısmının Kodifikasyonu: Mecelle", İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası XX/1-4, s. 58

[7] EKİNCİ,B. "Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri", *Yeni Türkiye*, Ocak-Şubat 2000, Yıl: 6, Sayı: 31, Sayfa: 764-773

[8] ŞENTOP, Mustafa, Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, Cilt 3, Sayı 5, 2005, s. 655

[9] ESİRGEN, S. (2011). "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanunu mu?" OTAM, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara.,ss.36,37

dahil edilmesini savunan Ali Paşa[10] ve arkadaşlarından oluşan ilk ekip ile İslam hukuku nazarında yeniden bir Medeni Kanun düzenlenmesini savunan Ahmet Cevdet Paşa ve ekibi. Bu iki farklı fikir ekolü, aslında hukuk alanında bir reform yapılması konusunda hemfikir olabilirken, medeni hukuka kaynağın ne olacağı ve kanunlaştırmanın metodu üzerinde anlaşamıyorlardı.[11]

Elbette dönemin aydınları içinde batılılaşma hareketinin bir devamı olarak gördükleri bu çalışmaları eleştirenler veya destekleyenler oldu. Kimileri için bu faaliyetler batılı kurumlarla uyumluluk ve devamlılık açısından son derece önemli idi. Öte yandan kimi aydınlar, İslam hukukuna dayanmayan hiçbir hukuki düzenlemenin fayda arz edeceğine itimat etmiyorlardı.[12]

2.2. Tek Hâkimli Tek Dereceli Mahkemelerin Gerekliliği, Hâkimlik İlkelerinin Temellendirilmesi

Adalet yapılanmasında, İslam hukuku uygulanmakta, dolayısıyla şer'iyye ve cemaat mahkemeleri, azınlık imtiyazları doğuran kapitülasyonlar nedeniyle ortaya çıkan konsolosluk mahkemeleri mevcuttu.

Merkezde Divan-ı Hümayun ise bazı önemli davalarla, kadıların bakamadığı birtakım davalara bakar, kadıların verdiği kararları bir üst mahkeme sıfatıyla denetleyerek gerekirse yeniden yargılama yapardı. Divan-ı Hümayun, İslâm tarihindeki divan-ı mezâlimlerin bir örneğiydi. Bu mahkemelerde genellikle halkın birbirinden veya memurlardan şikâyetlerine bakılır, daha çok ceza ve haksız fiil davaları görülürdü. Divan-ı mezâlimler adeta örfî hukuk uyuşmazlıklarının çözümlendiği birer merciydi.[13]

Kadılar merkezden tayin edilir, tüm görev ve yetkileri devletin merkezi otoritesi devlet başkanı tarafından belirlenirdi. Yasama, yürütme ve yargı faaliyetlerini devlet başkanı vekilleri aracılığı ile gerçekleştirirdi. Abbasilerden bu yana süregelen Kadı'l-Kuzzat teşkilatı[14] ise bugünün Adalet Bakanlığı, Yüksek İdare Mahkemesi, Temyiz mahkemesi gibi vazife yürütürdü. Bununla birlikte bu yapıda günümüz hukukunda ilke olarak benimsenen yargının birliği, kanunların genelliği gibi niteliklerin sağlanması imkânsız hale gelmişti. Bu dönemde Fransız hukukuna dayanarak kurulan Nizamiye mahkemeleri üç hâkimlidir; fakat hukukçu olmayan üyeleri bulunmaktadır. Deneyimli ve tecrübeli hâkimlerin yetişememesi, hukuk bilgileri yeterli gelmeyen noktalarda taradıkları fıkh kaynaklarını anlama sorunsalını doğurdu. Anlayabilecekleri bir hukuk metnine ve ehliyetli hâkimlere ihtiyaç giderek arttı.[15]

Öte yandan günümüz yargı etiği ilkelerinin 2001 Şubat ayı Hindistan'ın Bangolar şehrinde gerçekleşen toplantıya atıfla, Bangolar etiği olarak anılmaktadır.

Bangalor Yargı Etiği İlkeleri Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda evrensel ilkeler bağlamında kabul edilmiştir. Yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığını inşa eden doğruluk, dürüstlük, eşitlik, ehliyet, liyakatle bağdaştırılan ilkeler yer alır.[16] Mecelle ise hâkimlik ilkelerini 1879 tarihli bir eser olarak içermektedir. "Mecelle'nin "Kitabü'l-Kaza" başlığını taşıyan onaltıncı kitabı, muhakeme hukuku ile ilgilidir (m.1784vd.) Bu kitabın Birinci Babı hâkimlerle ilgili olup 1792-1794. maddeleri hâkimin nitelikleri, 1795-1799. maddeleri ise hâkim etiği ile ilgilidir."[17]

İslam hukuku perspektifi ile o zamana kadar yazılmış İslam ahlakı eserlerinin özeti niteliğinde sekiz ilkenin açığa çıktığı görülür. Mecelle'nin 2-99 maddeleri işlev olarak daha ziyade hâkimlere yol göstermek amacını taşımakta idi.[18]

2.3. Ticaret Mahkemelerinin Uyuşmazlıkları Çözmede Yetersizlikleri

Avrupa ile ticaretin artması neticesinde yabancı tacirlerin güvenceli bir hukuki statü elde etme istekleri baskı unsuru olarak açığa çıkar. Dönemin kadıları hızlı gelişen ticari koşullar neticesinde ticarî ilkelere pek aşina değildir, diğer yandan Avrupalı tacirler de Osmanlı'nın ticaret hukukuna dair mevzuatını açıkça bilmek istemektedirler. Dolayısıyla ecnebilerle yerliler aralarındaki uzlaşmazlıkları kadı mahkemelerine götürmek

[10] ESİRGEN, S. (2011). "Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanunu mu?" OTAM, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara.,ss.36,37

[11] ESİRGEN, a.g.e., s. 38

[12] ESİRGEN, a.g.e., s. 38

[13] EKİNCİ, a.g.e.,ss. 2,4,14

[14] YETKİN, A. (2013). , "Osmanlı Devleti'nde Hukuk Devletinin Gelişim Süreci", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt:6, Sayı : 24, s. 389; EKİNCİ, a.g.e., s. 764

[15] Ayrıntılı bilgi için bakınız; KILIÇ, Muhammed, Tayyip. (2008). "Osmanlı'da Kanunlaştırma Olgusu" , Ankara Üniversitesi, Temel İslam Bilimleri, İslam Hukuku Dalı, Doktora Tezi, Ankara; EKİNCİ, a.g.e.,s.7

[16] http://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf, (Yargıda Doğruluğun Güçlendirilmesine Yönelik Yargı Grubu tarafından kabul edilen 2001 Bangalor Yargı Etiği Taslak Belgesi'nin 25-26 Kasım 2002 tarihlerinde Lahey Barış Sarayı'nda düzenlenen Yüksek Mahkeme Başkanları Yuvarlak Masa Toplantısında revize edilmiş hâlidir)

[17] AVCI, M. (2016). "Mecelleye Göre Hâkimin Nitelikleri ve Yargılama Etiği", TAAD, Yıl:7, Sayı: 27, sonuç kısmı

[18] KARAHASANOĞLU, C.O., "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi", s. 104

yerine tüccar hakemlere havale etmekteydiler. Ekonomik anlamda karşılıklı gereklilikler ile uluslararası ticaret ağlarının gelişmesi, ortaya çıkan hukuki problemlerde güven duyacakları bir sistem için baskı oluşturmalarına sebep olmuştur. "Devlet, bu nedenle ticaret davalarına bakan ve üyeleri arasında yabancıların da bulunduğu yargı meclisleri kurdu. Böylece ilk defa olarak şer'iye mahkemelerinin yetkileri sınırlandırıldı."[19]

Sadece Türk hukuku değil, dünya hukuku açısından Mecelle'nin önem arz etmesinin en önemli nedenlerinden biri budur.

Mecelle üzerine yapılan şerh ve çevirilerin Ortadoğu ve Avrupa'da bugün dahi izleri geniş çapta izlerinin bulunması bu nedenle şaşırtıcı değildir.

2.4. Zimmî ve Müstemenlerin Şer'iye Mahkemelerindeki Durumları

Bunlar, dini ve ailevi meselelerde öncelikle kendi dinlerinin hukukuna, ukubat (ceza hukuku) ve muamelet (borçlar ve ticaret hukuku) hususunda ise İslam hukukuna tabi idiler.

"…Hanefî mezhebinin katı biçimde uygulanması hukukî hayatta birtakım güçlüklerin doğmasına yol açıyordu. Kadınların boşanmasının çok sınırlı durumlarda kabul edilmesi buna örnek gösterilebilir. Bu tür problemlerin çözülebilmesi ancak diğer mezheplerden yararlanmakla mümkün olabilirdi. Nitekim 1916 yılında çıkarılan iki irâde-i seniyye ile (aş.bk.) mezhep içindeki farklı görüşlerden ve Hanefî mezhebi dışındaki diğer fıkıh mezheplerinden istifade yolu açılmıştı. Ancak aile hukuku alanında ihtiyaç duyulan hukukî reformların diğer mezheplerden faydalanılarak hayata geçirilebilmesi için bu alanın bütün olarak kanunlaştırılması gerekiyordu.(…) gayrimüslimler aile hukuku sahasında hem hukukî hem kazâî muhtariyetten faydalanmaktaydılar. Bunlar dilerlerse şer'iyye mahkemesine başvurur ve İslâm hukukuna tâbi olurlardı; isterlerse ihtilâflarını kendi cemaat mahkemelerine götürebilirlerdi. Bu son durumda kendi hukukları uygulanırdı. Aynı tür davalarda davanın taraflarının müslüman veya gayrimüslim olmasına göre farklı yargı mercilerine gidilmesi yargı ikiliğine yol açmaktaydı."[20]

Özellikle hukukta aleniyet ve istikrar ilkelerini de yerine getirebilmesi açısından yeni bir kanunlaşma baskısı bu anlamda yabancı devletler tarafından gerçekleştiriliyordu.[21] Yukarıda bahsi geçen sorunlar konusunda öngörülen hususlar içinde yer alan meselelerden biri olarak, Cevdet Paşa ekibinin savunduğu şekilde İslam fıkhına dayanarak yapılacak düzenlemelerin bir zımni ya da müstemenin bir Müslümanın aleyhine ya da bir Müslümanın gayrimüslimler aleyhine tanıklık yapamaması gibi durumlarda sorunların da çözümünün nasıl olacağı belirsizlik taşıyordu. Öte yandan Ali Paşa ve yandaşlarının savunduğu Fransız Medeni Hukuku'nun Osmanlı toplumuna uygulanabilirliği konusu da bir o kadar şüpheler içermekte idi.[22]

Tüm bu nedenlerden ötürü insanlığın ortak ihtiyaçlarının benzer hükümleri açığa çıkarmasından hareketle Müslüman ve gayrimüslim kesimleri de içerecek şekilde Hukuk-i Aile Kararnamesi adı altında düzenlendi. Bu sayede aile hukukuyla tekrar hukuk birliği sağlanmak istense de tam olarak toplumun Müslüman ve gayrimüslim kesimleri tarafından kabul görmedi.

2.5. Mecelle'nin Yeterliliği Üzerine Tartışmalar

Mecelle üzerinde tartışmalar çok yönlü devam etti. Bu dönemde yapılan pek çok sosyo-politik tartışma, kanunlaştırma faaliyetlerinde şer'i kurallardan Hanefi mezhebinin öncelenmesinin gereği ve önemi, bunun yanında diğer mezhep hükümlerine yer verilip verilmeyeceği, şer'i kurallara aykırı olmaması durumunda Avrupa hukuku kurallarından da yararlanılıp yararlanılmayacağına odaklanmıştır.

Osmanlı'da dönemin düşünürleri için yapılan tasnif, bahsettiğimiz anlamda iki dominant kutup içinde daha pek çok sınıfı barındırmakta idi. Kısaca dönemin ilimleri ile donanmış kişiler, âlim olarak adlandırılırken; irfan ya da maarife bilgisine sahip olanlar ise ârif olarak adlandırılır. Ulemâ ise medrese eğitimi ile mezun, eğitim ve fetva makamlarında bulunabilen, kadılık vazifesini de yürütebilen kişilerdi. Diğer yandan entelektüel sınıf olarak adlandırabileceğimiz; akademisyenler ve aydınlar ya da dönemin söylemi ile münevverler sınıfı yer alırdı. Namık Kemal[23], Ali Suavi[24], Ziya Gökalp[25], İzmirli İsmail Hakkı[26], Said Halim Paşa[27] önce çıkan isimlerdi. Mecelle'nin yapım süresinde tüm bu sınıflardan çeşitli isimlerin

[19] EKİNCİ,B. a.g.e., s. 765; KOYUNCU, N.,a.g.e., s.181

[20] Bknz; AYDIN, M. Akif, Hukuk-i Aile Kararnamesi, Türkiye Diyanet Vakfı, İslam Ansiklopedisi, https:// islamansiklopedisi.org.tr/hukuk-i-aile-kararnamesi

[21] ŞİMŞİRGİL,A.-EKİNCİ, E.B. *a.g.e.,* s. 83

[22] ESİRGEN, *a.g.e.,* s. 37

[23] Bknz, https://islamansiklopedisi.org.tr/namik-kemal

[24] Bknz, https://islamansiklopedisi.org.tr/ali-suavi

[25] Bknz, https://islamansiklopedisi.org.tr/gokalp-ziya

[26] Bknz, https://islamansiklopedisi.org.tr/izmirli-ismail-hakki

[27] Bknz, https://islamansiklopedisi.org.tr/said-halim-pasa

tartışmaları bahsi geçen iki dominant görüşün altında gerçekleşiyordu. Siyasi, ekonomik ve politik ihtiyaçlar için reformist zihinlerin, fıkhın teorik ve metodik temellerini sarsıp sarmadığından; bu çabanın meşru olup olmadığına kadar pek çok tartışmaya zemin oldu.[28]

Yürütülen tartışmalarda özellikle İzmirli İsmail Hakkı'nın tartışmaya katkısı ile daha açık ve net ortaya çıkan önemli sorular şunlardı;

1- Kur'an nass'larında içtihat mümkün müdür?
2- Örfün fıkıhta bağlayıcılığı ne derecedir?
3- Medine halkının İslam'ı amel şekli nasıl idi?
4- Hüküm vermede kıyas ile icmânın temel ilkeleri nelerdir?
5- Kıyas hükümü dogmaya indirger mi?
6- Fıkıhta içtihat örf alanının düzenlenmesi ihtiyacından mı doğmuştur?
7- İslam hukukunun ana kaynakları ve bunların temel ilkeleri nelerdir?[29]

En son Türk-Osmanlı hukuk tarihine Züfer olayı olarak geçen tartışmanın temelinde, diğer Hanefi imamlarına nazaran zayıf telakki edilen bir şahsın içtihatına itimata karşı çıkmak yer alıyordu.

Yine borçlar hukuku ve vakıf hukukunu içeren tartışmalarda, tarafların birbirlerini İslam dininin kabullerine aykırı görüş bildirmekle suçladıkları görülür.

Hanefi mezhebi kurucu imamlarından İmam Züfer'in mukayyed havale (kayıtlı havale) konusunda Hanefi ekolünün diğer imamları (Ebu Hanife, İmam Muhammed, Ebu Yusuf) tan farklı içtihatını kabul etmesi nedeni ile Ahmet Cevdet Paşa'nın komisyon başkanlığından uzaklaştırılmıştı. Halbuki bu olayın öncesinde İmam Züfer'in görüşleri ile para vakıflarının Osmanlı hukukunda meşrulaştırılması sağlanmıştı. [30] Devlet otoritesini temsil eden zamanın padişahı II Abdülhamit, bu sosyal ve siyasal tartışmaların neticesi olarak Mecelle Cemiyeti'nin toplantılarını tatil edip, Mecelle Cemiyeti'ni dağıtmıştır.[31]

Zamanla Osmanlı ulemasının içtihat kapısının kapandığına dair görüş birliğini aşarak, birbirlerini İslam dini kabullerine aykırılık ve küfürle itham, bidat'çılıkla suçlama terkedilmiştir. Kanunlaştırma ve hukuk kurumlarının Kıta Avrupası'ndan iktibaslarla devam etmesi, çalışmaların Ahmet Cevdet Paşa'nın öngördüğü şekilde devam etmesini gerektirmiştir. Önceki fıkıh kitaplarına bağlı kalarak yeni hukuk normlarının oluşturulmasının dayatılması, Hanefi mezhebi imamlarında hiyerarşik sırayı takip etmeye kadar çeşitli tartışmaların geçtiği süreç terkedildi.[32]

Böylece iktisadi, siyasi, ekonomik süreçlerle başlayan yeni devlet yapılanmasının, çetrefilli sorgulamalarla geçen bu döneminin, hukuk alanında kollektif bir bilinç ile hareket edilmesiyle sonuçlandığı söylenebilir. Hukuk kodifikasyonundaki ihtiyaçların baskın hale gelmesi, tespit edilen problemlerin sadece ulusal değil, uluslararası mahiyetteki mevcudiyeti ve aciliyeti tetikleyici olmuştur.

Nihayetinde aslında bilim üretmenin de metodu olan, alandaki tabuların tartışmaya açılmasıdır. Aynı metod ile kodifikasyonun geliştirildiği ve mümkünler içinde en iyisi olacak biçimde neticelendirme gayreti ile çalışmaların sonlandırıldığı farkedilebilir. Bu bakımdan Mecelle'nin yazılış metodu ve kapsamın oluşturulmasında, bahsi geçen tarihi, siyasi, ekonomik, felsefi olgunlaşmaları bütün yönleri ile kapsadığı açıkça görülür.

---

[28] SENTURK, Recep, "Intellectual Dependency, Late Ottoman Intellectuals Between Fıqh and Social Science, Die Welt des Islams, 47, 3-4, ss. 288,289

[29] ŞENTURK,R. a.g.e. s. 312

[30] ŞİMŞEK, M. "Osmanlı Cemiyetinde Para Vakıfları Üzerine Münakaşalar", ss.214-217, http://dergiler. ankara.edu.tr/dergiler/37/772/9837.pdf; KARAHASANOĞLU, *a.g.e.*, s.111

[31] KARAHASANOĞLU, C.O., "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi", s. 108; ayrıca bakınız. Kanuni Sultan Süleyman döneminde Ebu Suud Efendi ve Birgivi'nin para vakıfları üzerine tartışmalı yaklaşımlarına devlet otoritesinin yaklaşım farkı da siyasi otoritelerin kanunlaşma üzerine farklı etkileri nazarıyla önemlidir. Kanuni'nin Ebu Suud Efendi'nin para vakıflarını onaylayan görüşünü takip etmesi siyasi ve ekonomik gereklerin bir neticesi olarak görülebilir. Yine Kanuni döneminin şeyhülislamı Çivî-zade, Osmanlı devrinde azledilen ilk şeyhülislam olması bakımından dikkat çekicidir. Mesh konusunda açık hüküm bulamadığı için Şafi İmamlarına uygun hüküm vermesi nedeni ile azledildiği çeşitli kaynaklarda ifade edilmiştir. Bir diğer neden ise Muhyiddin Arabi ve Mevlana Celaleddin Rumi gibi bazı sufilerin görüşlerine karşı çıkması olarak belirtilmiştir. Her iki neden de kanunlaştırma çabasında kanun yapıcılara siyasi otoritelerin etkisi bakımından önemlidir. (İlmiye Salnames;, İstanbul 1334, s. 361; İbrahim Peçevi, Tarih, sadeleştirilmiş baskı,. İstanbul 1968, I, ~. 34; Lütfi Paşa, Tarihi., İstanbul 1341, s. 390; Ali Efen- di, Kunhul.ahbar, İstanbul Üniversitesi Kütb., no. 5959, vr.359 a 'dan aktaran Şimşek Mehmet, "Osmanlı Cemiyetinde Para Vakıfları Üzerine Münakaşalar", ss.214-217)

[32] KARAHASANOĞLU, ,a.g.e. , s. 112

1. MECELLENİN YAZILIŞ METODU VE KAPSAMI

1.1. Genel olarak metodu

Ahmet Cevdet Paşa'nın başkanlığındaki komisyon belli günlerde toplanarak, yazılması gereken konuları belirler; belirlenen bu konuları komisyon içindeki kişilere havale ederlerdi. Kararın yazımı tamamlandıktan sonra, komisyon her maddeyi tek tek görüşüp, kabul ettikten sonra nihai değerlendirme için Ahmet Cevdet Paşa'nın onayına bırakırdı. Bu usulle hazırlanan her kitap, gerekçeli tutanak ile bakanlar kuruluna gönderilir, burada görüşülen maddelerin önemli görülenleri padişaha arz edilirdi. Padişahın onayı, saray başkâtipliğinden sadrazamlık makamına bildirilirdi.[33]

Kitaplar, bablar ve fasıllar şeklinde hazırlanan Mecelle, Hanefi fıkhının kabullerini esas almıştır. Osmanlı Devleti'nin resmi mezhep kabulü bu yönde olduğu için Sunni İslam Hukuku'nun diğer ekollerinden yararlanılmadığı görülür.

Hanefi fıkhının son derece geniş olduğu, o zamana değin yapılan tedvin nitelikli iki çalışma olan *Tatarhaniye* ve *Fetavay-ı Cihangiriye* isimli eserlerin de tam olarak fıkıh alanındaki ihtilafları çözmediği, gereken görüş birliğini sağlamadığının tartışıldığı, çeşitli kaynaklarda ifade edilmektedir. [34]

1.2. Kapsam ve İçeriği

Medeni ve Borçlar Kanunu olarak yürürlüğe giren Mecelle, kapsam ve içerik olarak vakıf hukuku, şahıs hukuku, aile ve miras hukuku konusunda eksiklikleri olan bir mahiyette idi. Bu nedenle ciddi eleştirilere maruz kaldı. Tam olarak bir medeni kanun niteliği taşımadı. İçeriği bakımından Hanefi mezhebi ilkelerine dayanan İslam hukuku kurallarının Avrupa kalıpları ile düzenlenmiş biçimidir. Bu anlamda içeriğinin reformist değil gelenekçi bir yapıya sahip olduğu kabul edilir. Dolayısıyla yine tedvin nitelikli bir çalışmadır. Giriş kısmında fıkh ilmini tanıtan *Makale-i ula* ve *Makale-i saniye* isimli iki makale yer alır. İslam hukukunun ahiret ile ilgili açıklamaları *ahkam-ı ibadat*, dünya işleri ile ilişkili açıklamaları ise *münakahat, muamelat* ve *ukubat* olmak üzere kısım kısım yer alır. Bunları takip eden 99 maddelik kısım ise *kavaid-i fikhiyye* başlığında İslam hukukunun temel esaslarını içerir. Giriş ve 16 kısımdan oluşan Mecelle, 1851 madde içermektedir. 2-99 maddelerin hâkimler için temel ilkeler içerdiğini ifade etmiştik. İki makaleden sonraki kısımda fıkıh kitaplarındaki metodun uygulaması devam eder ve *Kitabü-l Evvel* ve *Kitabü'l Büyu* da Satım kitabının mukaddimesi olarak kitaptaki terimlere açıklamalar yer alır. Kitaplar büyü, icarat, kefalet, havale, rehin, emanet, hibe, gasb ve'l itlaf, hacr ve'l-ikrah ve's süf'a, şirket, vekâlet, sulh ve ibra, ikrar, dava, beyyinat ve't tahlif, kaza kitapları olarak sıralanır.[35]

Görüldüğü üzere, bir yandan düzenlemelerin temelinde İslam Fıkhının sistematiği korunmaya devam ederken, diğer yandan tarihi sürecin doğurduğu ihtiyaçlarla muhtelif unsurları da kapsamaktadır. Özellikle İslâm hukuku eserlerindeki muâmelât kısmında hem borçlar ve eşya hukunu, hem de yargılama hukukunu içeren düzenlemeler yer alır. [36]

1.3. Yürürlükten Kaldırılışı

Mecelle, Cumhuriyet dönemine kadar eksiklikleri nedeni ile eleştirilmiştir; özellikle "bir maldan yararlanma hakkının (menfaat) mal sayılmayıp haksız fiiller karşısında korunmasız bırakılması, menfaatleri konu edinen bağımsız hukukî işlemlerin mümkün olmaması, meselâ irtifak haklarının bağımsız olarak alınıp satılamaması, taşınmazların gasp kapsamı dışında bırakılması, kiracı veya kiralayandan birinin ölümünün kira akdine tesirinin düzenlenmemiş olması, taşınırların kabzdan önce satılmasının önlenmesi" [37] gibi hususlarda hukukta ciddi sorunlara sebep olmuştur.

Bu gibi nedenlerle Cumhuriyet ile birlikte gerçekleşen hukuk inkılabı ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu aşamaya gelmeden önce Mecelle Cemiyeti tarafından Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'yi tadil çalışmaları yapılmıştır.[38] *Kanun-i Medeni Komisyonu* oluşturularak Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin asrın ihtiyaçlarını karşılayan bir medeni kanun olabilmesi amacıyla harekete geçilmiş; ancak komisyon 1923'e kadar hiçbir

[33] KARAHASANOĞLU, ,a.g.e. , s. 112
[34] KARAHASANOĞLU, C.O., "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi", s. 103
[35] KARAHASANOĞLU,C.O., *a.g.e.*, s. 103,104
[36] AYDIN, M. Akif, Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye, Türkiye Diyanet Vakfı, İslam Ansiklopedisi, https://islamansiklopedisi.org.tr/mecelle-i-ahkam-i-adliyye
[37] AYDIN, M.Akif, Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye, Türkiye Diyanet Vakfı, İslam Ansiklopedisi, https:// islamansiklopedisi.org.tr/mecelle-i-ahkam-i-adliyye
[38] KAŞIKÇI, O. (1197). *İslam Hukukunda Mecelle*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, ss. 314- 341; KARAMAN, H. *Başlangıcından Zamanımıza Kadar İslam Hukuk Tarihi*, İstanbul, Nesil Yayınları, t.y.ss. 334-336'dan aktaran KARAHASANOĞLU, *a.g.e.*, s.115

değişiklik teklifinde bulunmamıştır. 1923'te *Kitâbü'l-Büyû* ve *Kitâbü'l-İcârât* ile ilgili değişiklik tekliflerini yayınlamıştır.[39]

"1923'te Kanun-i Medeni Komisyonu, Ukud ve Vacibat Komisyonu ve Ahkam-ı Şahsiyye Komisyonu olarak ikiye ayrılmıştır. 29 Ekim 1923'te Cumhuriyetin ilanının, 3 Mart 1924'te Hilafet'in kaldırılmasının ve yine aynı yıl içinde, şeriye mahkemelerinin varlığına son verilmesinin ardından, Ukud ve Vacibat Komisyonu ve Ahkam-ı Şahsiyye Komisyonu'nun üyeleri, yenileri ile değiştirilmiş ve 1924'te adeta yeni komisyonlar oluşturulmuştur.

Tüm bu komisyonların çalışmalarına rağmen, eksiklikler giderilememiş, (önce) Osmanlı, (sonra) Türk Medeni Kanunu tedvin edilerek yürürlüğe sokulamamıştır. Neticede Lozan görüşmelerinin de etkisi ile İsviçre Medeni Kanunu'nun iktibasına karar verilmiş, komisyonların görevlerine de son verilmiştir."[40]

Fransız hukukundan alınanlar ile İslam hukukunun tedvin edilmesini iki farklı sistemin uzlaştırılamaz görülmesi ile durdurulması ve kaldırılması olarak yorumlanabilir. İslam hukukunun batılı kanunlaştırma metodu ile sistemli bir şekil alması sağlandı.

57 sene uygulanmış olmasına rağmen çeşitli çevrelere değil halk tarafından, hukukçular tarafından da idrak edilememiş, anlaşılması zor bir kanun olduğu iddia olundu. "İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu TBMM'de kabul edildikten sonra, Resmi Gazete'de yayınlanmış, her iki kanun 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Aynı tarihte yürürlüğe giren *Kanun-i Medeni'nin Suret-i Meriyet Şekl-i Tatbiki Hakkında Kanun*'un 43. Maddesi'nin hükmü ile Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye yürürlükten kaldırılmıştır."[41]
Böylelikle 1926 yılında en yeni Avrupa Medeni Kanunu olması bakımından İsviçre Medeni Hukuku yürürlüğe kondu. Öte yandan bugün için Mecelle, Osmanlı toplumundaki hukuki ilişkileri, ayrıntılarıyla düzenlemesi bakımından, genel tarih ve toplum bilimleri için güvenilir bir kaynak olarak görülmektedir. Düzenlediği konuları, örneklerle analiz etmesi, kavram ve terimleri açıklaması nedeniyle de bir hukuk ansiklopedisi nazarıyla bakılabilmektedir. Türk hukuk tarihine ve genel kültüre sağladığı çok yönlü ve geniş kapsamlı katkı nedeniyle hiçbir zaman tam olarak yürürlükten kalkmayacağı iddia olunur. [42]

2. Dünya siyaset ve hukuk tarihi bakımından önemi

Siyaset ve Hukuk Tarihi'nde süregelen tartışmaların önemli bir kısmı kanun yapma faaliyetleri üzerinedir. İlkeler ile sistemler arasında çatışma ya da aykırılık arz eden uygulamaları meşrulaştıran kanun yapma faaliyetleri görüldüğü gibi, olgusal alandaki insanlığın evrensel ilkelerine veya ahlaki kabullerine aykırı düzenleri değiştirmek için yapılan kanunlar da olmuştur.

Nihayetinde ortak akıl kavramı; evrensel ilkeler inşa eden bir gerçeklik olarak modernleşmenin kabulleri arasında yer alır. Bu kabul üzerinden uluslararası hukuka ve bununla bağlı siyasal düzenlere tabii olmak, aslında hukuk alanın modernleşme düzenlemelerinin en bariz gerekçesidir. Kendi hukuk, siyaset ve adalet sistemini tüm diğer sistemlerden üstün görmek ve relativist bir yaklaşımla kendi toplumuna münhasır kılmak, dünya toplumları ve topluluklarından, devlet ve hukuk iradesi ile ayrışmak anlamına gelir. Bunun neticesi, ortak olan insanlık kaynakları ve siyasal, hukuksal, ekonomik anlamda paylaşım gerektiren, bir düzen ve sistemin çeşitli unsurlarında hakların ihlali olarak algılanmasına sebebiyet verir. 19. yüzyıl tam da bu büyük tartışmaların ve cihan savaşlarının arkasından kurulan Avrupa Sistemlerinin, global alana düzen kurucu olmak bakımından müdahale ettiği bir yüzyıldır. Bunu hazırlayan 18. Yüzyıl Sanayi Devrimi ile değişen ekonomik ilişkiler ve toplumları biçimlendiren ideolojik devrimler ile yıkılan siyasi düzenlerdir.

Öte yandan Mecelle, hala iki zıt kutup sayılabilecek perspektiften yorumlanmış ve yorumlanmaya da devam etmektedir;

Bir taraftan, Osmanlı Devletinin hayatta kalmasını sağlamak amacıyla, sadece bir beka problemini çözme gayreti ile yapılan acele bir hamle, hatta dönemin aydınlarının Avrupa'ya entelektüel bağımlılıklarının neticesi bir Batı ve İslam Medeniyeti hukuk sistemlerinin sentezi, eklektik bir eser olarak görülebilmiştir.

Diğer bir bakış açısıyla ise, sosyal, siyasal ve hukuki alanlarda doğan zorunlulukların gereğini yerine getirmede kültürel ve dini hassasiyetleri koruyarak fakat dünyadan kopmadan, çok etnisiteli ve kültürlü toplumunun ihtiyaçlarını karşılayacak yeni bir hukuki düzen inşa etme gayretinden doğan bir eser, şeklinde de okunabilmektedir.

[39] KARAHASANOĞLU, *a.g.e.*,s.115
[40] KARAHASANOĞLU, *a.g.e.*,s.116
[41] KARAHASANOĞLU, *a.g.e.*,s.116
[42] KARATEPE, a.g.e., s. 278

Bu kapsamla baktığınızda Mecelle'nin, Osmanlı Devleti dışında Bosna Hersek, Mısır, Hicaz, Irak, Suriye, Ürdün, Lübnan, Kıbrıs, İsrail ve Filistin'de de çeşitli zamanlarda uygulanmış olması, İslam'ın doğduğu topraklarda dahi ihtiyaçlara bir cevap niteliğinde görüldüğü kanaati uyandırmaktır.

Dolayısıyla birinci perspektifteki yargının İslam Medeniyetleri'nde itibar görmediğini anlıyoruz. Ayrıca eser üzerine yapılan çeviri ve şerhlerle İngiliz ve Fransız kültüründe de yer almıştır. [43]

Bu anlamda itibar ve etkisinin, dünya hukuk tarihinde geniş bir alana yayılmış olduğu mutlak bir gerçekliktir.

3. Sonuç

Hukuk disiplini perspektifinden bakıldığında hukuk güvenliği ilkesi, kanunlaştırma faaliyetlerinin temelinde olması gereken bir ilke olarak belirir. Nitekim hukuk ilkelerinin öngörülebilir olması, bireyin öteki bireylerle, toplumla ve devletle olan ilişkilerinde devlete güven duyabilmesinin de zeminini sağlar. Bu bağlamda devletin kanun düzenlemelerinde güven duygusunu yıpratacak müdahalelerden kaçınmasını elbette gerektirir.

Diğer yandan, Mecelle örnekliği üzerinden baktığımız zaman kanunlaştırma çalışmalarının siyasi etkilerinin, öncelikle kanun yapımında çalışan kimlikler üzerinden yansıdığı görülür. Devletler ihtiyaç duydukları kanunlaştırma faaliyetlerini gerçekleştirecek kişiler üzerinden de güvenilirliklerini sağlarlar. Sistem inşaasında tedvin, iktibas ve karma nitelikli uygulamaların tercihinde sistem kurucu kişiliklerin birikimleri son derece etkilidir. Dönemin aydınlarından Ali Efendi, zihin dünyasını Machiavelli, Rousseau, Voltaire, Helvetius ve Kant gibi isimleri okuyarak şekillendirmiş bir aydındır.[44] Ahmet Cevdet Paşa ise Arapça, Farsça, Bulgarca ve Fransızca bilen, İbni Haldun'un Mukaddimesini tercüme edebilen bir ilim dünyasına sahipti. Cevdet Paşa, tarih, edebiyat, hukuk ve din gibi pekçok alanda eserler vermiştir. Fakat özellikle *Tezakir* isimli eserinde bilhassa devrin entrikaları, içtimai düzensizlikler, saray rezaletleri ve din istismarcıları üzerine olaylar hakkındaki fikirlerini yazar. Memleketin maarifi için yapılan çalışmalar arasında bu tür durumlarla uğraşmak zorunda kalmasından bahseder.[45] Bu sözlerinden de anlaşılacağı gibi devletler, otoritelerinin gücünü artırmak; devletin, birey ve toplum nazarında etkinliğini sağlamlaştırmak; olası ya da mevcut iç karışıklıklara son vermek, amaçlarını kanun yapma faaliyeti ile de yürütürler.

Yargı gücünün tarihin tüm dönemlerinde devlet erki olarak görüldüğü düşünülürse, kanun yapıcının tarihin ve siyasi oluşumların etkisinden tamamen uzak ilkesel ve soyut bir hukuk ortaya koyması bu bağlamda imkansızlaşır. Her hukuk sistemi tarihsel olgunlaşmayla beliren, belli bir takım siyasal üst yapıların sonucu niteliğindeki etkilere açıktır. Bu açık alan kimi zaman geniş, kimi zaman ise dar bir zemin oluşturur. İçinde doğduğu dönemin politik otoritelerinin kabulleri ve toplumsal, düşünsel dinamiklerin neticelerinden dolayısıyla olgusal ve örfi gerekçelerden beslenir. Hukuk ve örf ilişkisi bu bakımdan son derece önemlidir. Kodifikasyon faaliyetinin birçeşit kanun derlemek niteliğinde olmadığının en belirgin örneği olarak Roma hukuku tarihi ve felsefesi gösterilir. Fakat, Mecelle'de, salt olarak Batı hukuku ile felsefi önermelerden derleme nitelikli görülemeyecek özgünlüğünü, örf ve İslam hukuku ilişkisini korumayı başarmakla sağlamıştır.

Nitekim günümüz hukuk sistemleri de tüm bu gerekçelerle aynı siyasi ve felsefi etkilere açık zemini kullanmaya devam etmektedir. Müslüman toplumları çoğunluk olan bizim gibi devletlerin ortak akla itimat ile evrensel hukuk sistemine tabiiyet bir yanda; bununla birlikte örfi, dini, kültürel gerekçelerle göreceli bir hukuk kaynağı alanının da imkanını meşru kabul etmek biçiminde bir arayış devam etmektedir. Bu yaklaşım global hukuk sisteminde tutarlı ve sağlam bir statü edinmede çeşitli güçlükleri de beraberinde getirmektedir. Çünkü hukukun güvenliği ilkesi gereğince devletin yasama organı ile çıkardığı kanunların uygulamaya konulması sürecinde faaliyet eden, idare organlarının bütün işlemleri de bütüncül hukuk sistemine uygun olması gerekmektedir."[46]

"Yasal Yönetim Biçimi" denilen bu sistemi koruyan da anayasal düzendir. Hukuk devletinin mutlak ilkelerinden biri, yürütmenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olması olarak belirlenmiştir. Fakat

---

[43] CARTER,Vaughn Findley, "Mecelle." In The Oxford Encyclopedia of the Islamic World. Oxford Islamic Studies Online. 27-Feb-2019.

[44] GENÇER, M. (2017). MARZ, A. *Avrupa'nın Unutulmuş Devlet Adamı Âli Paşa***,** Frank & Timme Verlag für wissenschaftliche Literatur, Berlin 2016, Tarih Kritik, (3) 4, History Critique | Ekim/October 2017, s. 88

[45]

[46] Bknz; ÇELİK, Kadir, "Hukuk Devleti Anlayışı, Yönetimin Takdir Yetkisi Ve Demokratik Yönetim Üzerine Düşünceler", Yerel Yönetim ve Denetim Dergisinin Mayıs 2004, Cilt 9, Sayı 5; AKSOY, Sema, Kamu Hukukçuları Platformu, Hukuk Güvenliği, 8-9 Kasım 2013, s. 10. http://www.kamuhukukculari.org/ upload/dosyalar/HUKUK_GyVENL_.pdf

bu ilkenin de siyasi etkiye sahip tek bir istisnası vardır; o da devletin beka problemi yaşaması veya milli güvenlik açığı sözkonusu olduğunda geçici olarak ihlalinden bahsedilebilir.

Tüm bu bahsi geçen ilkesel soyut yaklaşımların, tarihsel olgunlaşmalar ile birlikte kazanıldığı üstelik toplumsal kurumların ve adalet için hizmet eden aydınların etkileri ile sistemleştiği bir gerçektir. Dolayısıyla uluslararası ilişkilerde, siyasi arenada ve hukuki ilişkilerde güvenilirlik ve itibar edinmek, inşa edilen sistemin kabul edilebilirliği ile bağlıdır.

Kaynak

1. Civil of Law: Majallah al ahkam al-adliyyah. Erişim, 20 January 2019, from http://legal.pipa.ps/files/server/ENG%20Ottoman%20Majalle%20(Civil%20Law).pdf
2. CARTER,Vaughn Findley, "Mecelle." In The Oxford Encyclopedia of the Islamic World. Oxford Islamic Studies Online. 27-Feb-2019.
3. AKGUNDUZ, Ahmet. "Ottoman Empire, Islamic Law in." In The [Oxford] Encyclopedia of Islam and Law. Oxford Islamic Studies Online. 27-Feb-2019.
4. HALLAQ, W.B., "Islamic law: history and transformation" pp. 142-183 Chapter DOI http://dx.doi.org/10.1017/CHOL9780521838245.006 Cambridge University Press
5. HALLAQ, W.B., Authority, Continuity and Change in Islam, cambridge university press The Edinburgh Building, Cambridge CB2 2RU, UK
6. ESİRGEN, S. (2011). "Osmanlı Devletinde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanunu mu?" OTAM, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara.
7. KARAHASANOĞLU, C. (2011). "Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi", OTAM, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara.
8. ÇELİK, Kadir, "Hukuk Devleti Anlayişi, Yönetimin Takdir Yetkisi Ve Demokratik Yönetim Üzerine Düşünceler", Yerel Yönetim ve Denetim Dergisinin Mayıs 2004, Cilt 9, Sayı 5
9. ŞİMŞİRGİL, A.-EKİNCİ, E.B. (2018). *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle'den Düsturlar*, IQ Yayınları, İstanbul.
10. KARATEPE,Ş., "Mecelle'nin Yöntemi ve Hukuk Diline Katkısı", Türk Dili Dergisi, Cilt: CIX Sayı: 767-768 Kasım-Aralık 2015
11. SENTUR, R. (2007). Intellectual Dependency: Late Ottoman Intellectuals between Fiqh and Social Science. Die Welt Des Islams, 47(3), 283-318.
12. KELİKLİ, M. (2012). "Cevdet Paşanın Mantık ve İlim Anlayışı", Kutadgubilig Felsefe-Bilim Araştırmaları Dergisi, Sayı 22, Ekim 2012 YILDIRIMER, Ş. (2015). "Ahmet Cevdet Paşa'nın Hukukçuluğu", S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi C.5, Ankara.
13. KOYUNCU, Nuran, "Hukuk Mektebinin Doğuşu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, *C.XVI, Y. 2012, Sa. 3*
14. ONAR, S. (1955). "Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Bir Kısmının Kodifikasyonu: Mecelle", İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul
15. AYOUP, S. (2015). The Mecelle, Sharia, and the Ottoman State: Fashioning and Refashioning of Islamic Law in the Nineteenth and Twentieth Centuries. Journal of the Ottoman and Turkish Studies Association, 2 (1), 121-146
16. NEUMANN, C., & ARUN, M. (2000). Araç tarih amaç Tanzimat: Tarih-i Cevdet'in siyasi anlamı (Tarih Vakfı yurt yayınları; 91). İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları
17. GENCER, B. (2011). Hikmet Kavşağında Edmund Burke ile Ahmed Cevdet (1. basım. ed., Araştırma-İnceleme (Kapı Yayınları; 57). Cağaloğlu, İstanbul: Kapı Yayınları.
18. KAŞIKÇI, Osman, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 1997
19. ÖZTÜRK, Osman, "Osmanlılarda Tanzimat Sonrası Yapılan Hukukî Çalışmalar ve Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye", Osmanlı, (Editör: Güler Eren), Cilt: VI., Ankara 1999
20. AVCI, M. (2016). "Mecelleye Göre Hâkimin Nitelikleri ve Yargılama Etiği", TAAD, Yıl:7, Sayı: 27, ss.33-58
21. AKÇA, G., HÜLÜR, H. "Osmanlı Hukukunun Temelleri ve Tanzimat Dönemindeki Hukuksal Yeniliklerin Sosyo-Politik Dinamikleri", Türkiyat Araştırmaları Dergisi, Bahar 2006, Sayı:19, ss: 295-321
22. ŞİMŞEK, M. Osmanlı Cemiyetinde Para Vakıfları Üzerinde Münakaşalar, Ankara Üniversitesi; http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/37/772/9837.pdf
23. Kamu Hukukçuları Platformu, Hukuk Güvenliği, Türkiye Barolar Birliği, 8-9 Kasım 2013, Yayım, Şubat, 2015, Ankara http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/HUKUK_GyVENL_.pdf

24. GENÇER, M. (2017). MARZ, A. *Avrupa'nın Unutulmuş Devlet Adamı Âli Paşa***,** Frank & Timme Verlag für wissenschaftliche Literatur, Berlin 2016, Tarih Kritik, (3) 4, History Critique | Ekim/October 2017
25. GAWRYCH, G. (1983). Tolerant Dimensions Of Cultural Pluralism in the Ottoman Empire: The Albanian Community, 1800–1912. International Journal of Middle East Studies, 15(4), 519-536.
26. CHAMBERS, R. (1968). Ahmed Cevdet Pasa: The Formatıve Years Of An Ottoman Transıtıonal, ProQuest Dissertations and Theses.
27. AYOUB, S. (2015). The Mecelle, Sharia, and the Ottoman State: Fashioning and Refashioning of Islamic Law in the Nineteenth and Twentieth Centuries. Journal of the Ottoman and Turkish Studies Association, 2(1), 121-146.
28. CREEL, F. (1978). The Program And Ideology Of Dr. Abdullah Cevdet: A Study Of TheOrıgıns Of Kemalısm In Turkey., ProQuest Dissertations and Theses ISPAHANI, M., & Khalidi, Rashid. (2018). Building Sovereignty in the Late Ottoman World: Imperial Subjects, Consular Networks and Documentation of Individual SCHULL, K., & Gelvin, James L. (2007). Penal Institutions, Nation -state Construction, and Modernity in the Late Ottoman Empire, 1908–1919, ProQuest Dissertations and Theses.
29. EKİNCİ, Ekrem, B. "Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri", *Yeni Türkiye*, Ocak-Şubat 2000, Yıl: 6, Sayı: 31
30. FOSTER, N. (2010). Islamic Perspectives on the Law of Business Organisations I: An Overview of the Classical Sharia and a Brief Comparison of the Sharia Regimes with Western-Style Law. European Business Organization Law Review, 11(1), 3-34.
31. SCHULL, K., & Gelvin, James L. (2007). Penal Institutions, Nation-state Construction, and Modernity in the Late Ottoman Empire, 1908–1919, ProQuest Dissertations and Theses.
32. KENANOĞLU, M. Macit, İslam- Osmanlı hukukunda Zimmîler, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, Cilt 3, Sayı 5, 2005, 553-574
33. Toprak, Z. (1992). Modernization and Commercialization in the Tanzimat Period: 1838- 1875. New Perspectives on Turkey, 7, 57-70. doi:10.15184/S0896634600000492
34. Masters, B. (2013). The Tanzimat and the Time of Re-Ottomanization. In The Arabs of the Ottoman Empire, 1516–1918: A Social and Cultural History (pp. 157-191). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9781139521970.008
35. Çeker, Orhan, Hukuk-i Aile Kararnamesi Giriş ve Tarihçesi, http://ktp.isam.org.tr/pdfdrg/d01775/1999_3/1999_3_cekero.pdf
36. Erik J. Zürcher, Turkey: A Modern History, 3rd edition (London: I.B. Tauris, 2004)
37. AYDIN, M. Akif, Hukuk-i Aile Kararnamesi, Türkiye Diyanet Vakfı, İslam Ansiklopedisi, https:// islamansiklopedisi. org.tr/hukuk-i-aile-kararnamesi; Erişim, 27 Şubat 2019
38. Namık Kemal, https://islamansiklopedisi.org.tr/namik-kemal; Erişim, 27 Şubat 2019
39. Ali Suavi, https://islamansiklopedisi.org.tr/ali-suavi; Erişim, 27 Şubat 2019
40. Ziya Gökalp, https://islamansiklopedisi.org.tr/gokalp-ziya ; Erişim, 27 Şubat 2019
41. İzmirli İsmail Hakkı, https://islamansiklopedisi.org.tr/izmirli-ismail-hakki; Erişim, 27 Şubat 2019
42. Said Halim Paşa, https://islamansiklopedisi.org.tr/said-halim-pasa; Erişim, 27 Şubat 2019
43. Identities, ProQuest Dissertations and Theses

Hüquq fəaliyyətində siyasi və filosofik təsir: Məcəllə nümunəsi

Xülasə

İslam Dünyasının müasir qanunu olaraq qəbul edilən, Mecelle-i Əhkam-ı Adliye, Osmanlı Dövlətinin son dövrlərində tətbiq olunan tarixi məzmunda bir mülki hüquq kodeksinin bir hissəsidir. Tanzimat'dan başlayan və məhkəmə hökmlərini özündə cəmləşdirən siyasi və hüquqi zərurətlər nəticəsində başlanan bu iş, 1869-1876-cı illər arasında Əhməd Cevdet Paşanın başçılıq etdiyi bir komissiya tərəfindən yaradıldı. İslam qanunlarının qanunlara gətirilə bilməsi baxımından hələ çox dəyərli bir əsərdir. Qanunauyğunluq daxili və xarici ictimai-siyasi təsirlərə açıq bir fəaliyyətdir, yəni mövcud hüquq sistemi daxilində yenilik deməkdir. Bu yazıda milli və beynəlxalq siyasətin bütün prosesə təsiri açıqlanır. Tarixi və siyasi şərtlərin hüquqi islahat fəaliyyətinə rəhbərlik edən insanların düşüncə dünyasında əks olunduğu ortaya çıxır.

Political and Philosophical Influences on the Legal Regulations: The Majalla

Summary

Mecelle-i Ahkam-ı Adliye, which is accepted as the modern law of the Islamic World, is a codex of civil law rules which was applied in the last period of the Ottoman Empire. This work, which emerged as a result of the political and legal obligations that started with the Tanzimat and which included the judicial provi-

sions, was created from 1869-1876 by a commission under the chairmanship of Ahmet Cevdet Pasha. It still maintains its value as a valuable work in terms of revealing that Islamic law can be made into law. Legalization is an activity that is open to internal and external socio-political influences as it means innovation in the current legal system. In this article, the impact of national and international politics is revealed. It is revealed that historical and political conditions are reflected in the thinking worlds of those who lead the legal reform activity.

Göndərilib: 22.05.2020 Qəbul edilib: 23.05.2020

DOI: 10.36719/AEM/2007-2020/54/57-61

Abbas Mammad Garayev
Baku State University
qarayev.abbas@bk.ru

PRINCIPLES, FUNCTIONS AND METHODS OF WORK OF A SPECIALIST CRIMINALIST

***Key words**: specialist criminalist, investigative actions, evidence, procedural methods*
***Açar sözlər**: mütəxəssis kriminalist, istintaq hərəkətləri, sübut, prosedur metodları*
***Ключевые слова**: специалист-криминалист, следственные действия, доказательства, процессуальные методы*

Despite the importance of the procedural status of the specialist criminalist, the effectiveness is determined by the competence of the specialist criminalist, scientific research, the application of rationalization methods, the strict implementation of organizational and tactical principles and the coordination of the actions of all participants in the investigation. Usually, during the investigative actions, the investigator does not object to the creation of the necessary working conditions of specialist, obtaining additional information, inquiries and recommendations. If the specialist criminalist request is denied, he / she must inform the investigator of his / her activities and the impossibility of resolving the issues rose. Investigator is obliged to include relevant information of the specialist criminalist in investigative actions protocol.

On the involvement of a specialist criminalist in individual investigative actions lack of appropriate methodological guidelines delays a reasonable solution to the problem. The level of activity of a specialist criminalist in procedural actions depends not only on his personal knowledge and work experience, but also on his ability to properly interact with other participants in criminal proceedings [1, p.106]. Each procedural action is not only regulated by different legal norms. At the same time, these procedural actions differ from the tasks set by the judiciary to the specialist criminalist and his methods of work.

To the requirements of the Criminal Procedural Code based general guidelines include:

- Legislation - the specialist criminalist's strict observance of the requirements of the law and other normative legal acts;
- Objectivity, comprehensiveness and completeness - the authority of the specialist criminalist providing a complete solution to the questions posed within the framework of, modern scientifically substantiated, demonstrated in practice and its effectiveness where possible, officially recommended methods and techniques application of funds by a specialist criminalist;
- Protection of the rights and freedoms of a citizen - means the exclusion of actions that violate human rights, actions that can be perceived as moral humiliation of the honor and dignity of the participants in the investigation;
- The independence of the specialist criminalist - the rights granted by law realization, pressure on the specialist criminalist by any process participant and other persons to obtain information of interest is not allowed to be done;
- Timeliness and efficiency - evidentiary information ensuring its maintenance and its use in the restoration of incident conditions timely and prompt involvement of a specialist criminalist in investigative actions in order to be able to do so;
- Consistency - in the preparation, conduct, documentation and evaluation of the results of investigative actions is the consistent participation of a specialist criminalist;
- Planning - an investigation based on the initial analysis of a specialist criminalist conditions and rules of participation in the course of the action, the offense cases, scene conditions, previously conducted on the case the results of expertise and research, the activities of the specialist criminalist is the maximum complete registration of other information related to the subject;
- Purposeful participation of the specialist criminalist in the investigative action and proactive approach - issues raised by the investigation and reasonable choice of specific working methods based on the registration of the characteristics, not passive fulfillment and observation of the investigator's instructions, active participation in the detection and evaluation of the facts that are important;
- Visibility - the activity of the specialist criminalist in the course of the investigation to conduct in conditions of maximum transparency, if necessary give relevant explanations to the investigator, directing investigator to focus on the course of the investigation and to document the results as fully, accurately and in detail

as possible, provision of technical assistance, participation in the development of the protocol and its annexes (schemes, photos, videos, audio recordings, etc.).;

- Effective interaction with the investigator - all of the procedural action stages (planning, implementtation, recording of results) regular contact with the investigator and operational information exchange;
- Confidentiality of the investigation - anything that is important for the case to disclose information to another with the permission of the investigator [2, p.106].

The specific position of the specialist criminalist is determined by the nature of the crime under investigation and the type of investigative action. Although the responsibilities are different, the main functions of the specialist criminalist can be divided into the following four groups: 1) Preparation, planning and conducting of investigative actions to assist the investigator in making organizational decisions organizational and tactical function of the specialist criminalist; 2) Assisting to investigator in search, inspection, description and identification in other ways, as well as in the taking of evidence (items, traces, document and other objects), in the selection of objects, the next assistance in taking samples for expert research - a specialist criminalist research function; 3) In the restoration of the conditions and conditions of the scene, its revival, compile protocols, diagrams, pictures, projects and special scientific and technical means for this purpose to assist the investigator in its use - the assistant's technical function; 4) To explain to the investigator, court and other criminal proceedings participants the essence of special terminology, manifestations and questions related to the field of professional competence of the specialist criminalist, to show the purpose of the technical means used, to assist the investigator in the formation of questions to the expert - the information-advisory function of the specialist criminalist. In contrast an expert working with collected materials (research objects) the activities of the specialist criminalist are, above all, are directed towards search for objects and other factual information, revealing and taking [3, p.78].

Depending on the specialist criminalist responsibilities, work methods, specific facilities and all of which he is involved in, procedural actions can also be divided into 4 groups: search-descriptive, verbal (language answer, unsigned), experimental and mixed. Search-descriptive procedural actions include review (corpse, to the scene, documents and other objects), inspection, search and seizure. The law initializes most of these procedural actions and it occurs often immediately after the crime. Lack of time and information for preparation makes it difficult to plan these procedural actions, including the participation of a specialist. Additional difficulties arise when there are no favorable conditions for the specialist to work - when it is difficult to find access to objects, the influence of external and unfavorable factors (weather, lighting, etc.) arises as a result of various methods used by the offender to hide traces [4, p. 201].

Specialist criminalist, with a variety of material items and prints encounters. Therefore, it is impossible to predict the need to use special technical means or to involve a specialist in any narrow field of specialization. This, in turn, sometimes leads to additional and repeated inspections, searches and examinations.

In the work of the specialist criminalist, the research and auxiliary-technical functions come to the fore. His/her main task is to assist the investigator in the search, procedural identification and seizure of traces and objects related to the case, objects, documents and items that may have the procedural status of material evidence. The main content and methods of the specialist criminalist's work are reflected in the generalized name of the investigative action group. This includes observation, searching, making the necessary measurements, calculations and descriptions. The specialist criminalist should assist the investigator in providing a systematic and orderly interpretation of the factual information relevant to the case in the protocol of the investigative action, using his / her professional knowledge, practical skills and appropriate technical means. Systematic and regulated interpretation of the content of the specialist criminalist's activity and the essence of the established facts creates conditions for the investigator and other participant and in the subsequent stages in court, to have a clear and unambiguous picture [5, p.86].

The specialist criminalist closely assists the investigator in the effective organization of the proceedings, in creating the necessary conditions for its conduct, and in comparing the results of the experiment with previously correctly identified information. The leading function of the specialist criminalist here is organizational and tactical activity, and the purpose is to provide technical assistance to the investigator. In his work, as main methods observation, inquiry, comparison, description, reconstruction, modeling, experimenttation and generalization are of special importance.

It is expedient to divide all procedural actions into three stages, both from the criminalist point of view of tactical efficiency of interaction of the investigator and the specialist:

1. Preparatory or planning stage;
2. Stage of investigative actions;
3. The stage of compiling and evaluating the results.

The effectiveness of investigative actions and specialist criminalist activities will be determined at the planning stage. According to the law, the investigator must decide whether to conduct certain investigative actions. In these cases, the decision shall also indicate the fact of involving a specialist criminalist in the investigation. The decision is, of course, does not change a specialist criminalist's status. In any case, his work is of an auxiliary, procedural nature, the results of which are recorded by the investigator in the protocol of the investigative action. The specialist criminalist does not draw up a written opinion based on the results of his / her activity and is not criminally liable for violation of his / her procedural duties.

In preparatory or planning stage the specialist criminalist: gets acquainted with the essence of the case, clarifies the reasons for the investigation and his participation in it; makes sure that there is no reason to refuse (exceeding the authority of the task, lack of interest in the result of the work, lack of necessary knowledge and experience), impossibility to participate in investigative actions if there are appropriate procedural grounds notifies the investigator in writing; clarifies the tasks set; identifies opportunities and conditions for their solution; requests additional investigative materials and some investigative actions to the investigator or court if necessary; examines the submitted materials, including the results of previous examinations and examinations, identifies the objects of its activities, contradictions between different materials and the circumstances, clarifies the task with the investigator; the issues raised by studying the expert working papers the possibility of a solution or other investigative actions informs the investigator about the expediency; advises the investigator on the place, time, probable conditions, effective methodology and sequence of investigative actions, determines the importance of the use additional technical means, assists the investigator in selecting statistics and preparing models of traumatic tools; considers with the investigator the amount of case materials and information that may be used in the course of the investigation, taking into account the non-disclosure of the investigation secret; raises the issue of reimbursement of expenses or remuneration for the performance of procedural duties; in the order of service duty no costs and rewards are paid; studies special methodological literature on participation in investigative actions [6, p.91].

In stage of investigative actions the specialist criminalist: comes to the summons of the investigator on time; tells the investigator his name, surname, father's name, position, submits the document confirming his authority at the request of the investigator; understands his / her rights and responsibilities, guides them in his / her actions, and makes a written commitment that he / she is responsible for his / her refusal to perform his / her duties; clarifies the procedure for conducting investigative actions; get acquainted with the conditions of the place of the investigation and its participants; participates in the creation of the necessary conditions for the investigation (restoration of the environment at the scene, examination of statistics, restoration of the appearance of the body for identification), ensures the availability of technical means and tools; instructtions or permission of the investigator to carry out his activities; assists in finding, retrieving, storing and restoring evidence; applies special equipment and auxiliary technicians for this purpose; with the instruction or permission of the investigator, disclose the necessary information to the participants of the investigation, explain the appointment and use of special equipment for the work they perform; if necessary, expresses its opinion on the finding, consolidation and seizure of evidence and monitors its recording in the minutes; advises the investigator on issues within his competence; carries out the tasks and instructions of the investigator related to the subject of its activity (in the removal and demonstration of traces and objects; assists in the preparation of orientation for operational-search actions in obtaining comparative samples); advises the investigator in determining the course and consequences of his actions and the proceedings as a whole, and provides technical assistance, assists in the packaging of material evidence, clarifies the rules and conditions of film, photo, video documentation, monitors the accuracy of graphics and other types of fixation [7, p.148].

In the stage of compiling and evaluating the results specialist criminalist: assists the investigator in drawing up a protocol of investigative actions, in particular, in describing the following- conditions of the investigative actions; special methods used, equipment and its technical characteristics; the content, sequence and results of the work done by the participants in the investigation; identified traces, objects, manifestations, indications of the participants of the procedural action and other circumstances relevant to the case; ensures that this information is recorded correctly, accurately and in full in the protocol of the investigative action (listens to the protocol or by itself), reads, audio or video recordings, diagrams, pictures, etc. reviews; if necessary, make suggestions (objections) regarding the course, content and results of the investigation protocol; signs the protocol of investigative actions; explains the reason for refusing to sign the protocol; evaluating the results of the investigation assists the investigator in the following areas: conformity of the course of the investigation to the initial plan, special methods used and scientific and technical completeness and adequacy of funds; accurate determination of the results of the investigative action; solving the tasks set for the specialist criminalist and achieve the goal as a whole in the investigative action; the need to re-investigate; degree

of reliability of the obtained results; among the facts found and other case materials whether there is a contradiction; possibility that the results obtained can be used in the planning of other investigative actions, the formation of expert questions and the development of an investigation plan.

It is not duty of the specialist criminalist to determine guilt or innocence or to otherwise investigate the crime. His or her only obligation is the proper interpretation of the submitted evidence and providing a report on such matters to the detective for final determination on the investigative value of the evidence [8, p.164].

Being a specialist criminalist does involve a lot of information or data gathering. The specialist criminallist must know where to go for this information or data. Then when specialist criminalist gets this information or data, he/ she should know and keep the ones that are vital to the case. One of main features is needed for specialist criminalist is being analytical. This involves the ability to look at different sides of an issue. The specialist criminalist must question if there are other answers and then eliminate the less plausible while keeping the most promising for further analysis. Most of a specialist criminalist's work is performed in a laboratory unless they specialize in crime scene investigation. Their job typically includes recognizing what information is important, collecting and analyzing evidence without contaminating it, and organizing all information and evidence coherently.

References

1. Lewis J. Criminalistics for crime scene investigators, 2015, 479 p.
2. Hess M.K, Orthman C.H, Cho H.L. Criminal investigation, 2016, 752 p.
3. Buckles T. Crime scene investigation, criminalistics, and the law, 2012, 360 p.
4. Dutelle A.W. An introduction to crime scene investigation, 2014, 554 p.
5. Cook C.W. Practical guide to the basics of physical evidence - A Reference Text for the Criminalist, Investigator, Student, and Attorney, 1984, 280 p.
6. Saferstein R. Criminalistics: An introduction to forensic science, 1995, 599 p.
7. Gerard E.J, Girard J. Criminalistics: forensic science and crime, 2006, 402 p.
8. Fisher A.J.B, Tilstone J.W, Woytowicz C. Introduction to criminalistics**:** the foundation of forensic science, 2009, 336 p.

Mütəxəssis kriminalistin iş fəaliyyətinin prinsipləri, funksiyaları və metodları

Xülasə

İstintaq hərəkətlərinin aparılması istintaqın nəticələrini inandırıcı şəkildə təsdiqləməyə kömək edir. Mütəxəssis kriminalistin köməyi ilə istintaq qrupunun işi daha peşəkar, səmərəli həyata keçirilir və daha az vaxt tələb edir. Mütəxəssis kriminalistin iştirakı tapılan izlərin və digər əşyaların xüsusiyyətlərini operativ təhlil etmək və onların ilkin fərqləndirilməsini təmin edir, müstəntiqə müvafiq müayinələrin təyin olunmasını əvvəlcədən planlaşdırmağı və ya əksinə, onların əsassız icrasından yayınmağı təmin edir. Mütəxəssis kriminalist müstəntiqə axtarışda, müvafiq prosedurun müəyyənləşdirilməsində və işlə əlaqəli izlərin və əşyaların, maddi sübutların prosessual statusuna malik ola biləcək əşyaların, sənədlərin və əşyaların götürülməsində kömək edir. Cinayət yerinin araşdırılması zamanı mütəxəssis kriminalistin əsas vəzifəsi müstəntiqin axtarış, müayinə, təsvir və sübut (müxtəlif əşyalar, izlər, sənədlər və digər əşyalar) götürülməsində kömək etməkdir. Müstəntiqin göstərişlərinə əsasən mütəxəssis kriminalist obyektləri seçir, sonrakı ekspertizalar üçün nümunələr götürür, tapılmış izlərin qorunmasını təmin etmək üçün tədbirlər görür. Yoxlama zamanı xüsusi elmi və texniki vasitələrdən istifadə edərək protokollar, sxemlər, rəsmlər, rəsmlər tərtib etməyə kömək edir. Prosessual hərəkətlərdə mütəxəssis kriminalistin fəaliyyətinin səviyyəsi onun şəxsi bilik və iş təcrübəsindən asılı olmaqla yanaşı, cinayət mühakimə icraatının digər iştirakçıları ilə düzgün formalaşdırılmış qarşılıqlı əlaqə bacarığından asılıdır.

Принципы, функции и методы работы специалиста-криминалиста

Резюме

Проведение следственных действий помогает убедительно подтвердить результаты расследования. С помощью специалиста-криминалиста работа следственной группы более профессиональна, эффективна и требует меньше времени. Присутствие специалиста-криминалиста обеспечивает возможность оперативного анализа признаков обнаруженных следов и других объектов и их первоначальной дифференциации, позволяет следователю заранее планировать назначение соответствующих проверок или, наоборот, избегать их необоснованного выполнения и не продлить расследование. Его основная задача - помочь следователю в розыске, определении соответствующей процедуры и изъятии следов и предметов, связанных с делом, предметов, документов, которые могут иметь

процессуальный статус вещественных доказательств. Основная функция специалист криминалиста в ходе расследования на месте преступления заключается в оказании помощи следователю в поиске, проверке, описании и получении доказательств (различных предметов, следов, документов и других предметов). По поручению следователя специалист криминалист отбирает объекты, отбирает образцы для дальнейших экспертиз, принимает меры по обеспечению защиты от обнаруженных следов. Он помогает составлять протоколы, схемы, чертежи с использованием специальных научно-технических средств при проведении проверки. Уровень активности специалист криминалиста в процессуальных действиях зависит не только от его личных знаний и опыта работы, но и от его умения правильно формулировать взаимодействие с другими участниками уголовного процесса.

Rəyçi: dos.T.Vəliyev

Göndərilib: 13.05.2020 Qəbul edilib: 14.05.2020

DOI: 10.36719/AEM/2007-2020/54/62-64

Nigar Fazil Mammadova
Baku State University
nigar.mammadova9@mail.ru

ENVIRONMENTAL LAWMAKING

Key words: *contagious, lawmaking, environmental, transnational*
Açar sözlər: *yoluxucu, qanunverici, ətraf mühit, transmilli*
Ключевые слова: *контагиозный, законодательный, экологический, транснациональный*

Introduction

It is rare to find an environmental law development or 'innovation' announced or celebrated without some discussion of its transferability. Discourses of diffusion are becoming increasingly central to the way that we develop, communicate and frame environmental law ideas. And yet, this significant dimension of environmental law practice seems to have outgrown existing conceptual scaffolding and scholarly vocabularies. The concept, and intentionally unfamiliar terminology, of 'contagious lawmaking' creates a space for both fleshing out, and problematizing, the phenomenon of the dynamic and multi-directional transfer of environmental law ideas.

Environmental law is on the move. This reality is not lost on scholars who, using diverse discourses of transplantation, spread, transmission, diffusion, cross-fertilisation, dissemination, and even impregnation, document multiple manifestations of a similar idea - environmental law ideas travel. Indeed, it is rare to find an environmental law development or 'innovation' announced or celebrated without some discussion of its transferability. Discourses of diffusion are becoming increasingly central to the way that we develop, communicate, debate and frame environmental law ideas. This matters for both environmental law scholarship and for the practice of environmental law.

The rapid expansion and multi-level nature of these developments suggest that this increasingly significant dimension of environmental law practice has outgrown existing conceptual scaffolding and scholarly vocabularies. As a result, the visual field through which these developments are contemplated and analyzed is artificially narrow and risks obscuring the complexity of legal mobility on view. The concept, and intentionally unfamiliar terminology, of 'contagious lawmaking' creates a space for both fleshing out, and problematising, the phenomenon of the dynamic and multi-directional transfer of environmental law ideas. Such transfers are not restricted to the spread of ideas and models across national borders. Rather, they permeate supra-national and sub-national lawmaking processes (Sofie Bouteligier, Cities, Networks, and Global Environmental Governance. Spaces of Innovation, Places of Leadership (Routledge 2013), transnational legal orders, private environmental governance, sites of Indigenous lawmaking (Akchurin (n 7) 944–8) legal cultures and traditions (See Scotford's invocation of 'internal' legal cultures. Eloise Scotford, Environmental Principles and the Evolution of Environmental Law (Hart 2017) 19), judicial discourse and international organisational practice.

I. The "Global Spread" of environmental impact assessment

The international spread of environmental impact assessment (EIA) is celebrated as a landmark example of what this article identifies as contagious lawmaking. The roll-out and uptake of EIA is cited as an important step in the development of 'modern' environmental law. Its ubiquity means that any countries that have not introduced EIA are now seen as outliers; there are 'probably no more than ten countries where EIA has not been introduced, and these include countries at war as well as some of the small island states' (Arend Kolhoff and others, 'Environmental Assessment' in Roel Slootweg and others (eds), Biodiversity in Environmental Assessment: Enhancing Ecosystem Services for Human Well-Being (CUP 2010) 125, 127).

Environmental impact assessment is a fascinating legal practice to contemplate in a transnational context. It is very framing raises some flags about the quite distinct ways in which it might be conceptualised, despite a common label. EIAs are used around the world for assessing the types and extent of environmental impact likely to be caused by a given human action or activity on a species, habitat, or ecosystem (and also sometimes on the human environment). National EIA laws typically specify the circumstances under which certain prescribed projects will undergo a specified level of review before approval is granted, involving the disclosure of specific risks, proceeding within specified time periods, and conducted by a specific agency, as well as involving (sometimes) specified public or private participants. While the focus of legal EIA regimes

is heavily procedural, such a procedural focus belies the fact that EIA serves as an entryway into deeper, substantive legal understandings of public participation, standing, concepts of state authority, expert rule, evidentiary standards, and wider concepts of rights and obligations in any legal system (For an examination of the wider significance of the European Court of Justice's rulings on the EIA Directive, for example, see Vanessa Edwards, "A Review of the Court of Justice's Case Law in Relation to Waste and Environmental Impact Assessment, 1999-2011" (2013) 25 JEL 515).

A close look at some of the dominant narratives that feature in accounts of EIA's global spread reveals how easily passive, de-contextualised, and ahistorical interpretations of law's movements creep into accounts of contagious lawmaking. Identification of these narratives is not intended to disparage existing environmental law scholarship. Rather, isolating such narratives permits awareness of the significant hurdles and challenges implicated by the study of the movement of environmental law in what is inherently a comparative and transnational space. Drawing attention to narrative defaults highlights how environmental law's 'creation myths' (including its treatment of the birth and spread of EIA) develop, and are institutionalised, sometimes without a robust empirical base.

The very adoption of a 'transnational' lens, one that allows efforts to introduce EIA across the globe to come into view, itself imports biases and assumptions as to the appropriate unit of analysis. Such a lens allows us to see the movement of an idea such as EIA as the product of 'flows, networks, and governance assemblages' rather than to see this movement as the work of individual people (Mariana Valverde, Chronotopes Of Law: Jurisdiction, Scale and Governance (Routledge 2015) 106). Such a lens might work well for liberal theorists and activists who are comfortable with the idea of universal models, slightly adapted 'by giving them a local paint job'. But, for other scholars, including postcolonial and anthropologically minded scholars who emphasise historical specificity and contextual particularity, the very activity of seeing and 'mapping' the diffusion of a universal idea like EIA is problematic. The terminological and methodological traps that emerge in accounts of EIA's spread thus speak to the core argument of this article-that environmental law's mobility has outgrown the terminology and conceptual scaffolding necessary to robustly engage with it. Building out from the example of EIA, the article moves to tackle these terminological and methodological 'traps' head on.

II. Contagious environmental lawmaking

The above exercise of fine-grained sifting through the specific narratives that shape discourses of EIA spread is intended to foreshadow the tricky terrain that scholarship on contagious lawmaking inhabits. Ahistorical, de-contextualised and passive accounts of law's movements represent but a few of the 'traps' around which accounts of legal mobility in the broader literature must navigate. Before more fully exploring such traps, and with a base for thinking about environmental law's movements now established through the example of EIA, this article turns to the challenge of naming the complex processes of movement of legal ideas. This section thus situates scholarly labels for describing environmental law's movements within their wider intellectual history and seeks to make a case for what the concept of 'contagious lawmaking' might add to such existing metaphor-rich intellectual traditions.

One of the intentions of grounding this engagement with terminology and methodology in a concrete example - a study of discourses surrounding the spread of environmental impact assessment - is to offer a rich site for exploring the significant hurdles and challenges implicated by the study of the movement of environmental law in what is inherently a comparative and transnational space. The necessarily comparativist project of understanding the practices of contagious lawmaking demands methodological introspection and engages concerns about terminology, categorisation, and scale of comparison that have occupied comparative law scholars for years (Annelise Riles, 'Introduction: The Projects of Comparison' in Annelise Riles (ed), Rethinking the Masters of Comparative Law (Hart 2001) 2).

The methodological observations that follow emerge from the view that facts, events, vocabularies, outcomes, processes and people can all be erased by methodological choices and starting points. The importance of starting points is highlighted by recent scholarship that reveals how 'transnational' inquiries, investigations that privilege physical space, tend to de-emphasise temporality and to hide colonial encounters that happen in contexts other than physical spaces, such as economic contexts. Critical awareness of methodological choices is particularly valuable to transnational law research that involves stepping out of one's own legal culture and finding and labelling legal developments in less familiar places.

Moving beyond description, this article problematises scholarly practices of engagement with contagious lawmaking through the mapping of five particular 'traps'. Precisely because environmental law scholarship has not been traditionally dominated by methodological scepticism, there is value in identifying how issues of method 'remain inseparable from those concerning the politics and the "project" of any comparative undertaking'. These 'traps' are significantly interrelated - the quest for policy relevance may lead to practices that de-contextualise and ignore history given the urgency of finding transportable 'solutions' to environ-

mental problems. Obscuring the identity of key agents disseminating environmental law ideas transnationally may be a consequence of the fact that the individual writing about dissemination is the same person moving legal ideas, or writing judgments, or advocating for legal reform across jurisdictions.

Beyond description, there is an opportunity here to question, ever more thoughtfully, environmental law's very tradition of borrowing. There is space to contemplate environmental law's creation myths and what aspects of environmental law's birth and spread are missing from such accounts. For scholars and practitioners alike, this work invites intentional 'navel gazing' and self-awareness around personal and political agendas and practices. Contagious environmental lawmaking presents us ultimately with an intellectual challenge - that of imagining 'export quality' environmental law ideas.

Literature

1. Sofie Bouteligier, Cities, Networks, and Global Environmental Governance. Spaces of Innovation, Places of Leadership (Routledge 2013) 2;
2. Akchurin (n 7) 944–8;
3. Scotford's invocation of 'internal' legal cultures. Eloise Scotford, Environmental Principles and the Evolution of Environmental Law (Hart 2017) 19;
4. Arend Kolhoff and others, 'Environmental Assessment' in Roel Slootweg and others (eds), Biodiversity in Environmental Assessment: Enhancing Ecosystem Services for Human Well-Being (CUP 2010) 125, 127;
5. For an examination of the wider significance of the European Court of Justice's rulings on the EIA Directive, for example, see Vanessa Edwards, 'A Review of the Court of Justice's Case Law in Relation to Waste and Environmental Impact Assessment, 1999-2011' (2013) 25 JEL 515;
6. Mariana Valverde, Chronotopes Of Law: Jurisdiction, Scale and Governance (Routledge 2015) 106;
7. Annelise Riles, 'Introduction: The Projects of Comparison' in Annelise Riles (ed), Rethinking the Masters of Comparative Law (Hart 2001) 2.

Ətraf mühit qanunvericiliyi

Xülasə

Bu yazı hazırki vəziyyətdə bu sahə üzrə əhəmiyyətli məsələlərin olub-olmadığını müəyyənləşdirməyə çalışır. Bunun üçün doğru açıqlama (etiket) hələ tapılmamışdır. Məqalə ətraf mühit hüququnun qlobal şəkildə yayılmasının daha dərin araşdırılması üçün təməl rolunu oynayır. Bu "yoluxucu qanunverici" fenomenini müəyyənləşdirməklə və onun tədqiqində tətbiq olunan bəzi terminoloji və metodoloji çətinliklərə açıqlıq gətirməklə həyata keçirilir. Məqalə, "dünyada ən çox qəbul edilən ətraf mühitin idarəetmə aləti" olaraq adlandırılan ətraf mühitə təsirin qiymətləndirilməsinin "qlobal" yayılması ilə əlaqəli fikirlərə diqqət çəkir. Güclü təsir bağışlayan və oxşarlığının olmaması ilə seçilən "yoluxucu qanunverici"nin həm qanunların hərəkətlərini izləmək, həm də onlara şərh vermək üçün mübarizə aparmağı ekoloji hüquq alimlərinin diqqətində olan layihələrdir. Bu məqaləni canlandıran metodoloji tənqidlər, eyni zamanda həm yerli, həm də transmilli olan ekoloji qanunun reallığı ilə maraqlanmaq istəyənləri canlandırmağa və cəlb etməyə yönəlmişdir.

Экологическое законодательство

Резюме

Эта статья призвана определить, что здесь происходит что-то важное. Правильный ярлык для него еще не найден. Статья создает основу для дальнейшего изучения глобального распространения права окружающей среды. Это достигается путем выявления феномена заразительного законотворчества и разъяснения некоторых терминологических и методологических проблем, связанных с его изучением. В статье использованы повествования о «глобальном» распространении оценки воздействия на окружающую среду, которое названо «наиболее широко принятым инструментом экологического менеджмента в мире». Заразительный законотворческий процесс с его потенциально уничижительными коннотациями и отсутствием у него осведомленности является заполнителем, означающим, что как отслеживание движений закона, так и борьба за их маркировку являются проектами, заслуживающими внимания ученых-экологов. Методологические критические замечания, которые оживляют эту статью, направлены на то, чтобы оживить и зарядить энергией студентов, желающих познакомиться с реальностью закона об окружающей среде, который является «локальным и транснациональным одновременно».

Rəyçi: dos. N.Mehdiyev

Göndərilib: 11.05.2020 Qəbul edilib: 14.05.2020

DOI: 10.36719/AEM/2007-2020/54/65-68

Xalıq Yusif oğlu Dadaşzadə
Bakı Dövlət Universiteti
dadaszade.xaliq@gmail.com

ƏDALƏTLİ MƏHKƏMƏ ARAŞDIRMASI HÜQUQU VƏ BU ÇƏRÇİVƏDƏ DİSTANT DİNDİRMƏ ÜSULUNUN QİYMƏTLƏNDİRİLMƏSİ

Açar sözlər: *ədalətli məhkəmə araşdırması hüququ, müdafiə hüququ, müdafiə hüququnun məhdudlaşdırılması*
Key words: *right to a fair trial, right of defense, restriction of right to defense*
Ключевые слова: *право на справедливое судебное разбирательство, право на защиту, ограничение права на защиту*

Müasirimizdə elmi-texniki tərəqqi insan fəaliyyətinin bütün sahələrinə, o cümlədən cinayətlərin istintaqı və məhkəmə proseslərinə siraət etmişdir. Müasir texnologiyaların imkanlarından istifadə etməklə şahidin, zərərçəkmiş şəxsin, təqsirləndirilən şəxsin distant dindirilməsi üsulundan həm məhkəməyəqədər dövrdə, həm də məhkəmə dövründə istifadə edildiyini görürük. Distant dindirmə, ilk əvvəllər şahidin və ya zərərçəkmiş şəxsin təhlükəsizliyini təmin etmək və ya məhkəmə prosesi zamanı təqsirləndirilən şəxsin onlara təzyiqini ən aza endirmək, habelə ölkənin digər ucqar ərazisində həbsdə olan təqsirləndirilən şəxsin və ya məhkumun köçürülməsinin təhlükəli olması halları üçün nəzərdə tutulurdu. Lakin sonradan distan dindirmədən və ya təqsirləndirilən şəxsin səs və video əlaqəsi ilə məhkəmə prosesinə qoşulması zəruri halların olub-olmaması əsaslandırılmadan tətbiq edilmiş və bu üsulun təqsirləndirilən şəxsin Avropa İnsan Hüquqları Konvensiyasının 6-cı maddəsində təsbit edilmiş ədalətli məhkəmə araşdırması hüququnun pozuntusu hesab edilib-edilməməsi geniş müzakirə edilmişdir.

Distant dindirmənin mahiyyəti ondan ibarətdir ki, dindirməni həyata keçirən şəxs (müstəntiq və ya hakim) bir məkanda, dindirilən şəxs isə (şahid, zərərçəkmiş şəxs, şübhəli və ya təqsirləndirilən şəxs) başqa məkanda, bəzən hətta başqa dövlətdə olur və texnologiyanın imkanlarından istifadə olunaraq onlar arasında səsli və görüntülü əlaqə qurulur və dindirmə də məhz həmin əlaqə vasitəsi ilə həyata keçirilir. Düşünürük ki, distant dindirməni təkcə aidiyyəti şəxsin ifadəsinin alınması kimi deyil, həm də distant ibtidai və ya məhkəmə istintaqının tərkib hissəsi kimi nəzərdən keçirilməlidir. Məsələn, məhkəmə istintaqı zamanı təqsirləndirilən şəxs səs və video əlaqə vasitəsi ilə dindirilməklə yanaşı, öz növbəsində təqsirləndirilən şəxs də öz prosessual hüquqlarından istifadə etməklə, onun əleyhinə ifadə vermiş şəxslərə sual verə, habelə sübutların qiymətləndirilməsində iştirak edə bilər və s.

Azərbaycan Respublikasının cinayət-prosessual qanunvericiliyində distant dindirmə istintaq hərəkətinə dair hər hansı maddə mövcud deyildir. Lakin bir çox dövlətlərdə, məsələn Rusyada, Türkiyədə, Ukraynada, Qazaxıstanta və s. distant dindirmə cinayət-prosessual qanunlarında tənzimlənmişdir. Distant dindirmə və ya səsli və görüntülü əlaqə sistemi işin ağlabatan müddətdə həll edilməsinin təmini, məhkəmə xərclərinin azaldılması baxımından sərfəli olduğu qədər, cinayət-prosessual hüququn bəzi prinsipləri və ədalətli məhkəmə araşdırması hüququnun tələbləri baxımından yetərsiz qaldığını demək olar.

"İnsan hüquqlarının və əsas azadlıqların müdafiəsi haqqında" Konvensiyanın 6-cı maddəsinin 3-cü bəndinin "c" yarımbəndinə əsasən, cinayət törətməkdə ittiham olunan hər kəs "**şəxsən** və ya özünün seçdiyi müdafiəçi vasitəsi ilə özünü müdafiə etmək və ya müdafiəçinin xidmətini ödəmək üçün vəsaiti kifayət etmədiyi zaman, ədalət mühakiməsinin maraqları tələb etdikdə, belə müdafiədən pulsuz istifadə etmək" hüququna malik olmalıdır. [1] Bu maddə özünü müdafiə hüququnun təmini üçün təqsirləndirilən şəxsə, şəxsən müdafiə, özünün seçdiyi müdafiəçinin köməyindən faydalanma və müəyyən şərtlər olduqda pulsuz müdafiəçinin köməyindən yararlanma haqqı vermişdir.

Hər nə qədər Avropa Konvensiyasında sübhəli və ya təqsirləndirilən şəxsin məhkəmə prosesində şəxsən iştirak etmək hüququ açıq şəkildə qeyd edilməsə də, onun özünü müdafiə hüququnu şəxsən istifadə edə bilməsi, ancaq bu şəkildə mümkün olacaqdır. Ona görə də, şübhəli və ya təqsirləndirilən şəxs öz müdafiəsini şəxsən gerçəkləşdirmə hüququna malik olmaqla, bu hüquqdan istifadə edə bilməsi üçün onun məhkəmə prosesində şəxsən iştirak etməsi gərəkdir. Habelə, bu hüququn şübhəli və ya təqsirləndirilən şəxsin müdafiəçinin köməyindən şəxsən yararlamaq imkanı da nəzərə tutduğunu nəzərə alsaq, distant dindirmənin və ya səs və görüntülü əlaqə sistemi vasitəsi ilə prosesə qoşulmanın bu hüququ məhdudlaşdırdığı açıq aydındır. Şübhəli və ya təqsirləndirilən şəxsin məhkəmə prosesində şəxsən iştirakı xüsusilə onun müdafiəçinin köməyindən birbaşa yararlana bilməsinə də imkan verir. Belə ki, Avropa Konvensiyasının 6-cı maddəsinin 3-cü bəndinin "b" yarımbəndinə əsasən, cinayət törətməkdə ittiham olunan hər kəs, "**öz**

müdafiəsini hazırlamaq üçün kifayət qədər vaxta və imkana malik olmaq" hüququna malik olmalıdır. Cinayət törətməkdə ittiham olunan şəxs isə, öz müdafiəsini hazırlamaq üçün ilk növbədə iş materialı ilə tanış olmalıdır ki, məhkəmə prosesinə distant qoşulmuş şəxs belə imkandan məhrum olur.

Habelə, Avropa Konvensiyasının 6-cı maddəsinin 3-cü bəndinin "d" yarımbəndinə əsasən, cinayət törətməkdə ittiham olunan hər kəs, "**onun əleyhinə ifadə vermiş şahidləri dindirmək və ya bu şahidlərin dindirilməsi hüququna malik olmaq və onun əleyhinə ifadə vermiş şahidlər üçün eyni olan şərtlərlə onun lehinə olan şahidlərin çağırılması və dindirilməsi hüququna malik olmaq"** hüququna malik olmalıdır. Göründüyü kimi, təqsirləndirilən şəxsin məhkəmədə iştirak etmək haqqı ədalətli məhkəmə araşdırması hüququnun və özünü müdafiə hüququnun əsas tələblərindəndir.

Təqsirləndirilən şəxsin məhkəmə prosesində iştirakının təmin olunması onun öz müdafiəsini həyata keçirə bilməsi, məhkəmə prosesində ona irəli sürülən ittihamları təkzib edə bilməsi və cəzanın fərdiləşdirilməsi ilə əlaqədar olaraq hakimin sağlam qərar verməsi, habelə hakimin diskresion səlahiyyətlərindən istifadə edə bilməsi baxımından önəmlidir. [2, s.96]

Xüsusilə, şübhəli və ya təqsirləndirilən şəxsin azadlığının məhdudlaşdırılması ilə nəticələnə biləcək məhkəmə prosesində birbaşa müdafiəsini edə bilməsi, aktiv şəkildə prosesə qoşulması, sübut təqdim etməsi və sübutların qiymətləndirilməsində iştirakı onun maraqları baxımından əhəmiyyətli olduğu aşkardır. [3, s.209]

Təqsirləndirilən şəxsin məhkəmədə iştirak etməsi onun hüququ olduğu qədər, həm də vəzifəsi olduğunu deyə bilərik. Məsələn, Azərbaycan Respublikası Cinayət-Prosessual Məcəlləsinin 311.5-ci maddəsinə əsasən, təqsirləndirilən şəxs üzrlü səbəblər olmadan məhkəmə iclasına gəlmədikdə o, məhkəmənin qərarı əsasında məhkəmə iclasına məcburi gətirilə bilər və bu Məcəllə ilə nəzərdə tutulmuş əsaslar olduqda, onun barəsində qətimkan tədbiri seçilə bilər və ya seçilmiş qətimkan tədbiri daha ağırı ilə əvəz edilə bilər. Təqsirləndirilən şəxsin iştirakı olmadan məhkəmə baxışına isə yalnız AR CPM-in 311.2-ci maddəsində göstərilmiş müstəsna hallarda yol verilir. [4] Göründüyü kimi, təqsirləndirilən şəxsin məhkəmə prosesində iştirakının təmin edilməsi həm də məhkəmənin vəzifəsidir. Bu baxımdan, təqsirləndirilən şəxsin məhkəmə prosesində şəxsən iştirakının mümkün olmadığı və ya zəruri olan digər hallarda onun distant dindirilməsi və ya məhkəmə prosesinə distant qoşulması cinayət mühakimə icraatının davamlılığının təmin edilməsi üçün effektli üsuldur. Digər tərəfdən, bu üsul işin ağlabatan müddətdə həll edilməsi hüququnun təmini baxımından da əhəmiyyətlidir. Avropa Konvensiyasının 6.1-ci maddəsinə əsasən, hər kəs, onun mülki hüquq və vəzifələri müəyyən edilərkən və ya ona qarşı hər hansı cinayət ittihamı irəli sürülərkən, qanun əsasında yaradılmış müstəqil və qərəzsiz məhkəmə vasitəsilə, **ağlabatan müddətdə işinin ədalətli və açıq araşdırılması hüququna malikdir.**

Marcello Viola İtaliyaya qarşı qərarında Avropa İnsan Hüquqları Məhkəməsi (AİHM) səsli və görüntülü əlaqə sistemi vasitəsi ilə təqsirləndirilən şəxsin məhkəmə prosesində iştirakına münasibət bildirmişdir. Adı çəkilən qərara görə, ərizəçi Avropa Konvensiyasının 6-cı maddəsinə əsasən, ədalətli məhkəmə araşdırması hüququnun pozulması ilə əlaqədar AİHM-ə müraciət etmişdir. Ona görə ki, ərizəçi **razılığı olmadığı halda** apelyasiya məhkəməsinin üç prosesində distant şəkildə iştirak etmişdir. AİHM belə qərara gəlmişdir ki, ərizəçi cinayətkar birliyin üzvü olduğundan onun köçürülməsi zamanı qaçırılması, mafiya ilə təkrar əlaqə qura bilməsi ehtimalı, habelə mafiyanın üzvü olduğundan şahid və zərərçəkmiş şəxslərə təzyiq göstərmək imkanı müstəsna hallar hesab edildiyindən ərizəçinin məhkəmə prosesinə gətirilməməsi məqbul hesab edilməklə ərizəçinin ədalətli məhkəmə araşdırması hüququ pozulmamışdır. Habelə, məhkəmə ərizəçinin müdafiəçisi ilə üçüncü şəxslər tərəfindən dinlənilmədən görüşməsi hüququnun təmin edildiyi qənaətinə gəlmişdir.[5]

Səsli və görüntülü əlaqə sistemi vasitəsi ilə təqsirləndirilən şəxsin məhkəmə prosesinə qoşulması onun müdafiə hüququnun həyata keçirilməsi baxımından problem yarda bilər. Bağlantı zamanı səs və görüntünün kəsilməsi, tez-tez pozulması hər iki tərəf üçün ifadələrin anlaşılmazlığına və təqsirləndirilən şəxsin özünü tam ifadə edə bilməməsinə səbəb olacaqdır. AİHM texniki problemlərə baxmayaraq aparılan mühakimənin Avropa Konvensiyasının 6-cı maddəsinin pozuntusu hesab edilməsinə Marcello Viola İtaliyaya qarşı qərarında münasibət bildirmişdir. Məhkəməyə görə, bağlantıda problemlərin olması gözləniləndir, bu problemin ədalətli məhkəmə araşdırması hüququnun pozuntusu hesab edən tərəf bunu məhkəmə prosesi zamanı bildirməlidir. Həmin qərarda məhkəmə ərizəçinin bu barədə etirazının məhkəmə prosesinin heç bir mərhələsində verilməməsinə diqqət çəkmişdir.

Nəticə

Distant dindirmə və ya səs və video görüntülü əlaqə vasitəsi ilə məhkəmə prosesinə qoşulmanın həm müsbət, həm də mənfi tərəfləri vardır. Müsbət tərəfləri kimi, təqsirləndirilən şəxsin məhkəmədə iştirak etməsi onun hüququ olduğu qədər, həm də vəzifəsi olduğundan, habelə onun məhkəmə baxışında iştirakını təmin etmək məhkəmənin vəzifəsi olduğundan müstəsna zəruri hallarda onun distant dindirilməsi və distant şəkildə məhkəmə prosesinə qoşulması effektli həll yoludur. Bu üsul həm də işin ağlabatan müddət ərzində baxılmasının təmini və məhkəmə xərclərinin azaldılması baxımından sərfəlidir. Mənfi tərəfləri kimi isə, distant ibtidai və ya məhkəmə istintaqının şübhəli və ya təqsirləndirilən şəxsin özünü şəxsən müdafiə, sübutların qiymətləndirilməsində şəxsən iştirak etmə və s. prosessual hüquqlarının məhdudlaşdırılmasına səbəb olmasını, habelə, faktiki olaraq müdafiəçinin köməyindən birbaşa yararlanma, iş materiallarını öyrənmə, sübut təqdim etmə hüquqlarından demək olar istifadə edə bilməməsini göstərə bilərik. Ona görə də, nəticəyə gəlirik ki, AİHM-in mövqeyinə, çəkişmə və bilavasitəlik prinsiplərinə də uyğun olaraq, habelə onun özünü aktiv şəkildə müdafiə hüququnun təmini baxımından təqsirləndirilən şəxsin distant dindirilməsi istisna qayda kimi tətbiq edilməlidir. Həm ibtidai araşdırma, həm də məhkəmə mərhələsində distant dindirmə əsaslandırılmış qərar əsasında həyata keçirilməlidir. Bununla bağlı aidiyyəti şəxsin fikri soruşulmalı və distant dindirmə ilə bağlı qərardan məhkəməyə şikayət vermək mümkün olmalıdır.

İbtidai istintaqda distant dindirmə, məhkəmə istintaqı zamanı distant dirmədən öz prosessual əhəmiyyətinə görə fərqləndiyindən, ibtidai istintaqdan fərqli olaraq məhkəmə nəzarətinin və məhkəmə baxışının distant şəkildə həyata keçirilməsi daha həssas məsələdir. Habelə nəzərə almaq lazımdır ki, ibtidai araşdırma zamanı şübhəli və ya təqsirləndirilən şəxs passiv prosessual şəxsdir. Lakin "Avropa Konvensiyasının 6-cı maddəsində sadalanan hüquqlar məhkəmə mərhələsinə aiddir" demək də doğru yanaşma olmayacaqdır. Çünki Avropa Konvensiyasının 6-cı maddəsi geniş şərh olunmaqla həm məhkəməyəqədər, həm də məhkəmə mərhələsinə aid hüquqları təsbit etdiyi qəbul edilməlidir. Belə şərh həm də insan hüquqlarının təbiətindən irəli gəlir.

Ədəbiyyat

1. "İnsan hüquqlarının və əsas azadlıqların müdafiəsi haqqında" Konvensiyanın və onun 1, 4, 6 və 7 saylı Protokollarının təsdiq edilməsi barədə Azərbaycan Respublikasının Qanunu http://www.e-qanun.az/framework/1405
2. Müberra Öztürk, Hükuka kesin aykırılık hali olarak savunma hakkının kısıtlanması (2019), Yüksek lisans tezi,https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/ET000631.pdf&ved=2ahUKEwiHy_D_wrPpAhUAAhAIHaH6A8oQFjAAegQIARAB&usg=AOvVaw1U4Iq2ZNbycEiVSgkGJwz
3. Karakehya, Hakan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (Adil yargılanma hakkı) bağlamında ceza muhakemesinde duruşma, Anadolu Universitesi Sosial Bilimler Enstitüsü, Doktora tezi, Eskişehir (2007) https://earsiv.anadolu.edu.tr/xmlui/handle/11421/9653?locale-attribute=en
4. Azərbaycan Respublikası Cinayət-Prosessual Məcəlləsi http://www.e-qanun.az/code/14
5. Viola v. İtalyaya qarşı, No:45106/04, 05.10.2006, Qərarın Türkçə tərcüməsi üçün bax. Veli Kafes Viola v. İtalyaya qarşı qərarın təhlili http://docplayer.biz.tr/3731340-Marcello-viola-v-italya-karar-incelemesi.html, sonuncu baxış 01.05.2020

The right to a fair trial and the assessment of the method of remote interrogation in this context

Summary

In this study, first, definition and importance of the right to appear in court or right to defence later on, in this content the method of remote interrogation will be discussed. This method is useful about providing the judgement in a reasonable time and to decrease the judgement budget. Despite the advantages of the method, it has some disadvantages on some principles of criminal procedure law. The right to defense is a compenent of the right to fair trial, which is adopted by the European Convention on Human Rights. Within this frame-work, restriction of the right to appear in court in the (or right to defense) criminal procedure law is regulated as the absolute ground for violating.

Право на справедливое судебное разбирательство и оценка метода дистанционного допроса в этом контексте

Резюме

В этом исследовании, во-первых, определение и важность права появляться в суде или права на защиту в дальнейшем, в этом содержании будет обсуждаться метод дистанционного допроса. Этот метод полезен для предоставления решения в разумные сроки и для уменьшения бюджета решения. Несмотря на преимущества метода, он имеет некоторые недостатки по некоторым принципам уголовно-процессуального права. Право на защиту является составной частью права на справедливое судебное разбирательство, которое принято Европейской конвенцией о правах человека. В этих рамках ограничение права на участие в суде в (или праве на защиту) уголовно-процессуального закона регулируется как абсолютное основание для нарушения.

Rəyçi: dos. D.Məmmədova

Göndərilib: 16.05.2020 Qəbul edilib: 19.05.2020

DOI: 10.36719/AEM/2007-2020/54/69-72

Ali Azer Alakbarli
Baku State Universihhty
alialakbarli2015@gmail.com

ACCEPTANCE BY SILENCE

Key words: *contract, contract law, silence, acceptance*
Açar sözlər: *müqavilə, müqavilə hüququ, susmaq, aksept*
Ключевые слова**:** *договор, договорное право, молчание, акцепт*

Introduction

Offer and acceptance are two essential elements of a legally binding contract. An offer is the expression of willingness to contract on specified terms, while an acceptance is an unconditional assent to the terms present in the offer. An acceptance typically does not take effect until it is communicated to the offeror. Communication of an acceptance is an almost inevitable requirement. Without this rule, unscrupulous parties might always try to hold people to offers of which they were totally unaware. One particular question that arises concerning the communication of acceptance is whether it is possible to impose contractual liability on an individual, within the terms of the offer, by not requiring them to communicate their acceptance before becoming a party to the contract? Based on the general rule as regards communication of acceptance, the answer to this question must be in the negative.

An offer may specify, not that it must, but that it may be accepted in a particular way. In cases of this kind, particular difficulty arises from provisions to the effect that the offeree may accept by silence (1, p. 358). The rule is generally that silence does not amount to an acceptance, and the rule is a good one. This rule is predicted by the objective theory of contract, which requires an external manifestation of assent. It is generally not possible to determine, from the position of a reasonable person in the position of the offeror, that there has been an assent to the terms of the offer when the offeree has remained silent throughout (2, p. 149)

If the law were otherwise traders would have sent out offers to sell goods at a certain price accompanied by a statement to the effect that the trader will consider the offer to sell as having been accepted unless the customer informs him to the contrary within a stipulated period of time. The law would be unduly burdensome if it imposed on people an obligation to take positive steps to reject unwanted offers. Thus it is that the law puts the onus on the person to whom the offer has been made to demonstrate that he has, by some positive conduct on his part, accepted the offer. Silence does not generally constitute such "positive conduct". It is, by its nature, equivocal; it could be consistent with a rejection of the offer, indifference to the offer, or acceptance of it (3, p. 103).

Two policies support this general silence rule. Firstly, it is necessary to protect offerees from having contracts thrust upon them by aggressive offerors, for example: "Unless you respond and say "no" within a specified period we will infer that you have consented to my terms". Secondly, the problem is that silence is equivocal: mistaken inferences can be drawn from a person's failure to respond (4, p. 49)

Felthouse v. Bindley is the case normally cited in support of the proposition that silence does not constitute consent. The case was an action for conversion of a horse. John Felthouse instructed an auctioneer, Bindley, to sell his farming stock, but reserved a horse, which he informed the auctioneer he had already sold. He had been in negotiations with the purchaser, his uncle Paul Felthouse and each thought a sale had been agreed, though, unsurprisingly, John thought the price was 30 guineas, whereas Uncle Paul thought the price was 30 pounds. John wrote to his uncle rather testily asserting 30 guineas as the price and Paul in turn replied to his nephew offering to split the difference at £30.15s. John did not reply to this but instructed Bindley not to sell the horse. Of course, Bindley went ahead and sold the horse anyway, for £33. The purchaser refused to be tempted by the offer of £5 to give up the horse. Paul Felthouse then sued Bindley for conversion. The action was bound to succeed if Uncle Paul was the owner of the horse at the time of the auction, but bound to fail if he was not. All depended on whether there came into existence a contract for the sale of the horse to Uncle Paul (5).

The court held that there had been no communication of John's acceptance to Paul before Bindley bought the horse and therefore no contract between them. Willes J said: "It is clear that the uncle had no right to impose upon the nephew a sale of his horse for £30.15s unless he chose to comply with the condition of writing to repudiate the offer. The nephew might, no doubt, have bound his uncle to the bargain by writing to him: the uncle might also have retracted his offer at any time before acceptance. It stood an open offer: and

so things remained until the 25th of February, when the nephew was about to sell his farming stock by auction. It is clear, therefore, that the nephew in his own mind intended his uncle to have the horse at the price which the uncle had named (£30 15s), but he had not communicated such his intention to his uncle, or done anything to bind himself" (6, p. 22).

Although Felthouse v Bindley is often regarded as the leading authority on acceptance by silence in the law of contract, the proper principle to be derived from the case is open to question. First, the issue of acceptance by silence was only raised indirectly in the context of a tortious action. Second, the decision would appear to be wrong on its facts. In the Court of Common Pleas Willes J correctly expressed the policy behind the court's approach to the question whether silence can be relied upon as evidence of acceptance but then failed to apply it. He said that the uncle had no right to impose upon the nephew a sale of his horse. The policy is that no person should be able to force a contract upon an unwilling party (7, p. 155).

As for the stance taken in Azerbaijani law with respect to acceptance by silence, there are three provisions in the Civil Code of Azerbaijan directly dealing with this matter. First, Article 329.4 states that silence is deemed expression of willingness of parties to conclude a contract when stipulated in the Civil Code or agreement of parties. Second, it is prescribed in Article 409.3 that silence does not amount to acceptance, unless otherwise inferred from Civil Code, business customs or prior business relations of parties (Civil Code). Third, it can be drawn from Article 658 that when the item offered for sale was delivered to the purchaser for the purposes of trial or inspection, the latter's silence after the lapse of the stated time will be deemed as approval (8).

Though silence typically cannot amount to acceptance, still there exist some circumstances in which silence may be deemed as acceptance: a) offeree intends silence as acceptance; b) prior dealings; c) accepting benefits without objection.

Firstly, if both the offeror and the offeree intend the offeree's silence to create assent, courts honor those wishes. This situation generally arises when an offer specifies that, in the absence of objection, the offeror will assume the offeree accepts the proposal. Having been invited to accept by silence, the offeree cannot be blamed for choosing to signify assent in that manner. If the offeror later refuses to perform, he can hardly complain that the offeree did not communicate assent; his offer specified that means of acceptance (9, p.86).

More troublesome cases arise if the offeror begins to perform and the offeree objects that its silence was not intended as assent. The offeree's silence here can be strategic. If events change in a way that makes the deal favorable, the offeree can state that it intended the silence as acceptance, taking advantage of the good bargain. But if events make the deal unfavorable, the offeree can claim that its silence was not intended as acceptance, allowing it to avoid the bad deal. In effect, silence extends the period during which the offeree can decide whether to agree. The offeror cannot rely on the silence as acceptance unless she has some way to prove the offeree really did intend to accept by silence, despite his current protestations that he did not. For this reason, a prudent offeror will not specify silence as a means of indicating assent, requiring instead some form of notice (10, p. 137).

Secondly, prior dealings may establish the meaning of silence between parties. Where an offeror and offeree deal repeatedly and often treat silence as assent in their transactions, neither one has much room to complain that silence should not be treated as assent in this transaction. Hobbs v. Massasoit Whip Co offers a popular example. Hobbs frequently sent snake skins to Massasoit, which used them to make whip handles. Massasoit, without otherwise indicating assent, paid Hobbs for each shipment. When Massasoit failed to pay for a shipment, Hobbs sued. The court's decision could be taken two ways. According to Article 69 of Restatement (Second) of Contracts, the decision was interpreted as holding that Massasoit's silence accepted Hobbs' offer because prior dealings between them showed they each treated Massasoit's failure to object as assent to the purchase of the goods (11).

The court offered a second way to view the case: Massasoit's dealings with Hobbs might establish a standing offer to buy skins of suitable size and quality. Hobbs, by delivering skins, could accept that offer by performance. Massasoit's silence, then, would be irrelevant. Hobbs accepted its offer by delivering the goods, completing the contact at that point. The case is not cited for this holding. The alternative illustrates that assent cases can be viewed from several angles. (12; 9, p. 86).

Thirdly, where an offeree accepts the benefits of an offer without objection, that silence may be treated as assent to a contract. This can occur where the offeror provides property or where the offeror provides services. When an offeror provides services, acceptance by silence involves three components: a) the offeree accepted the benefit of the services; b) the offeree knew the offeror expected compensation for the services; c) the offeree had a reasonable opportunity to reject the services (9, p. 86).

Turning to the position in the United States, the general principle that silence is not acceptance is adopted under the Restatement (Second) of Contracts. However, section 69 (1) of the Restatement recognizes that a contract may result from silence: (a) where that silence is linked with conduct evidencing acceptance; (b) where the terms of the offer allow silence to be a method of acceptance and the offeree intends to accept by such silence; and (c) where the course of dealing between the parties is such that a reasonable offeree should notify the offeror if he does not intend to accept. In the Restatement itself, it is said that the provision recognizes two classes of case where silence amounts to acceptance. First, where an offeree silently takes offered benefits and, second, where one party relies on the other party's manifestation of intention that silence may operate as acceptance (11).

To fall within the exception in (a), there must be both a reasonable opportunity to reject the offered services and reason to know that the services were offered with the expectation of compensation. Many such cases would give rise to a restitutionary claim based on acceptance, but there can be little doubt that in Anglo-Australian law, if an offer is made, then such conduct would amount to an acceptance giving rise to a contract.

Exception (b) is not intended to protect the offeror; an offeror cannot force a contract on an offeree by stating that silence is acceptance. But if an offeror introduces such a term into the offer, then he or she may be bound by that term and the uncertainty it may give rise to. Thus, exception (b) would cover the situation which might have arisen on the facts of Felthouse v Bindley had the nephew been suing his uncle for failure to accept the horse and the uncle had contended that acceptance had not been communicated. Clearly, the uncle had given the nephew reason to understand that silence would constitute assent, the nephew intended to accept but relied on the uncle's letter in not sending a response. The offeree, nephew, is entitled to rely on such a statement if he chooses (2, p. 156).

Exception (c) refers to the fact that "usage of trade" or a "course of dealing" between the parties may give the offeror reason to understand that silence will constitute acceptance. There is no reason to think an English court would not find that there is a contract in such circumstances.

A similar set of exceptions exists under the Unidroit Principles of International Commercial Contracts. Article 2.1.6(1) states that silence or inactivity does not amount to acceptance. However, the aim of the provision is to prohibit an offeror forcing a contract on an offeree by stating, in the terms of the offer, that silence will constitute acceptance. The commentary explains this and states that the situation is different if the parties themselves agree that silence shall amount to acceptance, or if there exists a course of dealing or usage to that effect (13).

Like English law, German law takes the view that silence cannot amount to an acceptance since contracts cannot be forced upon unwilling partners. Furthermore, silence is often equivocal as to the intentions of the offeree: inactivity could just as well evince an intention not to accept in many cases. But this is only the position in principle, and one can find some exceptions created either by the German Civil Code (BGB) and Commercial Code (HGB) and the case law.

One of such exceptions can be found in Article 455 of BGB and deals with sales on approval or inspection. If the item offered for sale was delivered to the purchaser for the purposes of trial or inspection, the latter's silence after the lapse of the stated time (or, if no time was stated, a reasonable period) will be deemed as approval whereby, strictly speaking, parties are considered to have concluded a contract which however is subject to this approval (14; 15, p. 75).

Another exception can be found in Article 516 (II) of BGB. If a donor offers to make a donation and sets a time limit within which the donee must express his willingness to take the gift, the offer is deemed to have been accepted through silence after the fixed period has expired (15, p. 76).

In Turkish law, silence may constitute an implied acceptance. In some cases, the offeror does not have to receive an express acceptance if the law or the special nature of the transactions or the circumstances do not require it. In such a case, if the offeree does not reject the offer in a reasonable time, then the contract is considered to be concluded (Turkish Code of Obligations, Article 6). For instance, Article 503 of the Turkish Code of Obligations does not require an express acceptance for the conclusion of an agency contract. According to the said Article, an agency contract is considered to be concluded when an agent receives an offer in regard to the services he renders in an official capacity or on a professional basis or he has publicly announced that he will accept offers relating to these services, unless the agent immediately rejects this offer (17, p. 8).

As for the position taken in European contract law, Article 2:204 (2) of Principles of European Contract Law reflects the view of any jurisdiction that silence in itself does not suffice (17; 18, p. 77). The so-called inertia selling is prohibited by the EU Directive on Consumer Rights, which states in Art. 27 "The consumer shall be exempted from the obligation to provide any consideration in cases of unsolicited supply of goods, water, gas, electricity, district heating or digital content or unsolicited provision of services. In such cases,

the absence of a response from the consumer following such an unsolicited supply or provision shall not constitute consent" (19).

Conclusion

After the analysis of several views taken in contract laws of different countries concerning acceptance by silence, it can be concluded that the general rule is that silence is not tantamount to acceptance. There exist three reasons supporting this rule: a) in general, silence is ambiguous: it will often be difficult to infer an intention to accept from it; (b) acceptance must generally be communicated to the offeror so that he knows when a contract binds both parties; (c) the rule prevents an offeror from exploiting an offeree's inertia by imposing liability unless he actively rejects the offer. However, there are exceptions to this rule, according to which, silence can amount to acceptance if it originates from law, business customs, agreement as well as prior dealings of parties, or if silence is intended by offeree as acceptance.

Bibliography

1. Edwin Peel, *Treitel on the Law of Contract*, 14th ed. (Sweet & Maxwell, 2015)
2. Michael Furmston, *Contract Formation: Law and Practice*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2016)
3. Ewan McKendrick, *Contract Law: Text, Cases, and Materials*, 5th ed. (Oxford University Press, 2012)
4. Neil Andrews, *Contract Law*, 1st ed. (Cambridge University Press, 2011)
5. Felthouse v Bindley [1862] EWHC CP J35
6. Max Young, *Understanding Contract Law* 1st ed. (Routledge, 2010)
7. Roger Halson, *Contract Law*, 2nd ed. (Longman Publishing Group, 2012)
8. Civil Code of Republic of Azerbaijan, http://www.e-qanun.az/code/8
9. Michael B. Kelly, *Inside Contract Law: What Matters and Why* (Aspen Publishers, 2011)
10. Melvin A. Eisenberg, *Foundational Principles of Contract Law* (Oxford University Press, 2018)
11. American Law Institute, *Restatement (Second) of Contracts*, (American Law Institute, 2013)
12. Hobbs v. Massasoit Whip Co. - 158 Mass. 194, 33 N.E. 495 (1893)
13. Stefan Vogenauer, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2015)
14. Bürgerliche Gesetzbuch (BGB), https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/
15. Basil S. Markesinis, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, 2nd ed. (Hart Publishing, 2006)
16. İlhan Helvacı, *Turkish Contract Law*, 1st ed. (Springer, 2017)
17. Principles of European Contract Law (PECL), www.trans-lex.org/400200/_/pecl/
18. Jan M. Smits, *Contract Law: A Comparative Introduction*, (Edward Elgar Pub, 2014)
19. European Union Directive on Consumer Rights, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32011L0083

Susma yolu ilə aksept

Xülasə

Aksept ofertanın ünvanlandığı şəxsin ofertanı qəbul etməsi haqqında cavabıdır. Susmanın aksept hesab edilib-edilməməsi ilə bağlı müxtəlif ölkələrin təcrübəsinə nəzər saldıqdan sonra belə nəticəyə gəlmək olar ki, ümumi qaydaya əsasən susmaq askeptə bərabər tutulmur. Lakin bu qaydadan istisnalar da mövcuddur. Belə ki, bunun qanundan, işgüzar adətlərdən, tərəflərin razılaşmasından, onların əvvəlki işgüzar münasibətlərindən irəli gəldiyi, həmçinin ofertanın verildiyi şəxs tərəfindən susmağın ofertanın qəbul edilməsi vasitəsi kimi nəzərdə tutulduğu hallarda susmaq akseptə sayıla bilər.

Акцепт молчанием

Резюме

Акцептом признается ответ лица, которому адресована оферта, о ее принятии. Проанализировав практику разных стран в отношении принятия в качестве молчания, мы можем сделать вывод, что в целом молчание не считается принятием. Однако есть и некоторые исключения из этого правила. Молчание - это согласие, если оно предусмотрено законом, соглашением сторон, обычаем или предшествующими деловыми отношениями сторон.

Rəyçi: h.f.d. R.Abbasova

Göndərilib: 23.05.2020 Qəbul edilib: 25.05.2020

DOI: 10.36719/AEM/2007-2020/54/73-78

Эльвира Рауф гызы Юсифова
Бакинский государственный университет
yusifovaelvira@mail.ru

ПОЛНОМОЧИЯ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА АЗЕРБАЙДЖАНСКОЙ РЕСПУБЛИКИ

Ключевые слова: *конституционный контроль, орган конституционного контроля, Конституционный Суд, разделение властей, конституционное правосудие*
Açar sözlər: *konstitusiya nəzarəti, konstitusiya nəzarəti orqanı, Konstitusiya Məhkəməsi, hakimiyyət bölgüsü, konstitusiya ədalət mühakiməsi*
Key words: *constitutional review, the constitutional review authority, the Constitutional Court, the separation of powers, constitutional justice*

В данной статье рассматривается статус Конституционного Суда Азербайджанской Республики, изучаются его функции, обеспечивающие верховенство Конституции, вносится ясность в положения относительно предмета конституционного контроля. Также анализируя полномочия Конституционного Суда в различных аспектах выясняются существующие несоответствия и даются рекомендации относительно усовершенствования в Конституции института конституционного контроля путем добавления определенных положений.

Конституционный суд Азербайджанской Республики является специализированным судебным органом, который контролирует соответствие правовых актов Конституции. В соответствии со статьей 125 Конституции, судебная власть осуществляется Конституционным Судом Азербайджанской Республики наряду с другими судебными органами. Конституционный Суд является судебным органом конституционного контроля. Согласно статье 1 Закона Азербайджанской Республики о Конституционном Суде, Конституционный Суд Азербайджанской Республики является высшим органом конституционного правосудия по вопросам, отнесенным к его компетенции Конституцией Азербайджанской Республики. Основные цели Конституционного суда заключаются в обеспечении верховенства Конституции Азербайджанской Республики, защите основных прав и свобод каждого. В соответствии со статьей 130 Конституции Азербайджанской Республики Конституционный Суд обладает широкими полномочиями, и посредством этих полномочий он выполняет функцию надзора за законодательной системой в целом и обеспечения верховенства Конституции. Прежде всего, Конституционный Суд проверяет соответствие нормативно-правовых актов в иерархии законодательной системы, установленной в части первой статьи 148 Конституции Азербайджанской Республики, нормативно-правовому акту над иерархией в силу Конституции и обладающему высшей юридической силой.

Изучение полномочий Конституционного суда, закрепленных в Конституции, позволяет сделать вывод о том, что он также выступает в качестве арбитра между государственными органами и разрешает споры о разделении полномочий между властями. Это логически приводит к первоначальному впечатлению, что Конституционный Суд находится над ветвями власти или над разделением власти в целом и может непосредственно вмешиваться в деятельность ветвей власти. Тем не менее, детальный анализ проблемы приводит к выводу, что Конституционный Суд выполняет правосудие, и не меняет конституционный статус других ветвей власти, а также не определяет, в какой форме они должны действовать. Он просто обеспечивает верховенство конституционных положений, наблюдая за надлежащим применением разделения властей, установленного Конституцией. Тот факт, что Конституционный суд обладает способностью влиять не только на законодательную систему, но и на полномочия государственных органов, не делает его экстраординарным органом, и, как мы уже упоминали, он только стремится обеспечить верховенство Конституции. В полномочия Конституционного Суда Азербайджанской Республики также входит толкование Конституции и законов. Конституционный Суд принимает решения при рассмотрении вопросов, отнесенных к его компетенции. Решения Конституционного Суда обязательны для всех представительных, исполнительных и судебных органов, а также других субъектов права.

Конституционный суд, являясь судебным органом, курирующим конституцию, осуществляет сдебную власть свободно и независимо посредством конституционного судопроизводства. Конституционный суд защищает сам закон и конституцию в случае возникновения спорных правовых вопросов или нарушения закона путем реализации правосудия [6, с. 185].

Высший орган Конституционного Суда в области защиты Конституции определяется его высоким положением в системе государственной власти, его неподчинением какой-либо судебной инстанции, его решениями, обязательными для всех, и его руководством только в Конституции и Закону о Конституционном Суде.

Особый статус Конституционного Суда в механизме государственной власти также можно объяснить тем, что среди судебных органов только полномочия Конституционного Суда широко отражены в Конституции [5, с. 454]. Непосредственное установление полномочий Конституционного Суда в Конституции также служит для согласования этих полномочий с основными целями деятельности Конституционного Суда. Согласно части VIII статьи 130 Конституции, Конституционный суд может осуществлять другие полномочия, предусмотренные в Конституции. Это означает, что полномочия Конституционного суда не ограничиваются полномочиями, указанными в статье 130 Конституции. Однако следует отметить, что полномочия не должны противоречить правовой природе и назначению Конституционного Суда как органа, осуществляющего конституционный контроль. Дополнительные полномочия Конституционного Суда не являются чрезмерными. Юрисдикция Конституционного Суда также имеет определенные ограничения. Это связано, во-первых, с юридической природой Конституционного суда и его назначением в качестве органа по пересмотру конституции, а во-вторых, с тем, что его полномочия направлены на разрешение конституционно-правовых споров.

Основные полномочия Конституционного Суда Азербайджанской Республики закреплены в статье 130 Конституции. Суд на основании запроса Президента Азербайджанской Республики, Милли Меджлиса, Кабинета Министров, Верховного Суда, Прокуратуры, Али Меджлиса Нахчыванской Автономной Республики решает вопросы проверки соответствия и соблюдение нормативных правовых актов, включенных в законодательную систему, Конституции Азербайджанской Республики и законодательным актам, действующим в законодательной иерархии, а также соответствия решений Верховного Суда Конституции и законам, муниципальных актов Конституции, законам, указам Президента и решениям Кабинета Министров (а в Нахчыванской Автономной Республике, также и Конституции Нахчыванской Автономной Республики, законам и решениям Кабинета Министров Нахчыванской Автономной Республики).

Статья 130 Конституции также включает полномочия Конституционного Суда разрешать вопросы, о соответствии не вступивших в силу межгосударственных договоров Азербайджанской Республики Конституции Азербайджанской Республики; о соответствии межправительственных договоров Азербайджанской Республики Конституции и законам Азербайджанской Республики, а также споры о разделении полномочий между законодательной, исполнительной и судебной властями. Согласно Конституции, Конституционный Суд Азербайджанской Республики несет ответственность за решение вопросов о соответствии Конституции, законов, постановлений Али Меджлиса Нахчыванской Автономной Республики и решений Кабинета Министров Конституции, законам, указам Президента и решениям Кабинета Министров. Наряду со всем этим Конституционный Суд Азербайджанской Республики уполномочен толковать Конституцию и законы Азербайджанской Республики.

В дополнение к вышеупомянутому в законодательстве в части VIII статьи 130 Конституции говорится, что Конституционный суд Азербайджанской Республики осуществляет и другие полномочия, предусмотренные Конституцией. Эти полномочия отражены в главе 7 Закона о Конституционном Суде Азербайджанской Республики. Они включают в себя:

- проверка и утверждение результатов выборов депутатов Милли Меджлиса Азербайджанской Республики;
- Назначение даты первого заседания вновь избранного Милли Меджлиса Азербайджанской Республики;
- Официальное объявление результатов выборов Президента Азербайджанской Республики;
- рассмотрение заявления об отставке Президента Азербайджанской Республики;
- рассмотрение обращения Милли Меджлиса Азербайджанской Республики об уточнении информации о том, что Президент Азербайджанской Республики полностью утратил способность осуществлять свои полномочия из-за состояния здоровья;
- рассмотрение вопроса об отставке Президента Азербайджанской Республики;
- рассмотрение вопроса, связанного с выдачей заключения Конституционного Суда по предложениям Милли Меджлиса Азербайджанской Республики или Президента Азербайджанской Республики о внесении изменений в текст Конституции Азербайджанской Республики.

Как видно, Конституция Азербайджанской Республики устанавливает очень широкий круг полномочий Конституционного Суда.

Следует также отметить, что Конституционный суд при проверке конституционности нормативных правовых актов и решении других правовых вопросов должен сосредоточиться на правовых вопросах, а не на существующих фактах. По этой причине решения Конституционного Суда при установлении фактов по делу при решении вопросов, входящих в его компетенцию, носят преюдициальный характер. [11, с. 144]

Как мы знаем, во многих странах верховенство международного права над внутренним законодательством закреплено в законодательстве этих стран. По этой причине важно проверить соответствие межгосударственных соглашений конституции, а межправительственных соглашений - как конституции, так и законам [7, с. 633; 9, стр. 117]. В нашем законодательстве предусмотрена возможность проверки конституционности межгосударственных соглашений, которые не вступили в силу, т.е. их проекта. Это делается в форме первоначального конституционного контроля.

Кроме того, в связи с поправками в конституцию, рассмотрение новой нормы, отраженной в конституции, с точки зрения ее конституционности также является спорным [9, с. 117]. Законы, принятые референдумом, находятся вне конституционного контроля, и в дополненkие к причинам, упомянутым выше, есть несколько других причин для этого. Прежде всего, законы, принятые на референдуме, отстают только от Конституции с точки зрения их юридической силы. Во-вторых, законы, принятые референдумом, такие как конституция, также отличаются от других нормативных правовых актов, включенных в законодательную систему, своим теоретическим и практическим применением. В-третьих, изменение и аннулирование актов референдума осуществляется в порядке принятия этих актов, то есть путем референдума.

Таким образом, законы, принятые на референдуме, выражающие волю народа, являющегося единственным источником государственной власти, не могут быть объектом конституционного правосудия [10, с. 59].

Законодательство некоторых стран предусматривает первоначальный надзор за законопроектами, которые требуют внесения изменений и дополнений в конституцию для обеспечения стабильности и прямого воздействия конституции. В ряде стран этот контроль применяется ко всем законопроектам, которые предусматривают изменения и дополнения в конституцию. В других группах стран первоначальный контроль применяется только к законопроектам, которые предусматривают изменения в конституцию страны.

Законодательство Азербайджанской Республики также исключает возможность пересмотра актов, принятых референдумом, Конституционным Судом. Статья 154 Конституции Азербайджанской Республики конкретно разъясняет этот вопрос. Она гласит: «Конституционный Суд Азербайджанской Республики не может принимать решения по поправкам к тексту Конституции Азербайджанской Республики, принятым референдумом». Это объясняется тем, что решения, принятые референдумом, прямо выражают волю народа. Любой акт, выражающий волю народа, не может контролироваться никаким государственным органом. Но здесь нужно обратить внимание на одну особенность. Таким образом, в соответствии со статьей 153 Конституции, когда Милли Меджлис Азербайджанской Республики или Президент Азербайджанской Республики вносит изменения в текст Конституции Азербайджанской Республики, получается заключение Конституционного Суда Азербайджанской Республики. Тем не менее, мы можем отметить, что конституционное положение по этому вопросу не является зрелым. Таким образом, статья 153 Конституции предусматривает только мнение Конституционного Суда Азербайджанской Республики о предлагаемых изменениях. Если Конституционный суд даст отрицательное мнение о конституционных изменениях, то какова будет судьба вопроса, референдум по предлагаемым конституционным изменениям (обратите внимание, что носителем права на суверенитет является азербайджанский народ, и он может решить, следует ли внести соответствующие изменения) или, принимая во внимание мнение Конституционного Суда, нет конкретного положения о выполнении работ по улучшению проекта. Такой практики не было во время всех трех референдумов, проведенных в рамках конституционных реформ в Азербайджанской Республике, только Конституционный суд рассмотрел Закон о референдуме от 26 сентября 2016 года в связи с конституционными изменениями и добавил Часть II к статье 98^1, которая будет добавлена в Конституцию. Это положение было включено в проект Закона о референдуме. Однако вопрос о том, как решить этот вопрос, если решение Конституционного суда может противоречить Закону о референдуме, не был решен в соответствующей статье Конституции. Целесообразно, чтобы этот вопрос был конкретно решен в Конституции.

Статья 149 Конституции Азербайджанской Республики устанавливает вопрос иерархического соответствия нормативных правовых актов друг другу. Он отражает вопрос соответствия законов Кон-

ституции, указов президента Конституции и законам, решений Кабинета Министров Конституции, законов, указов Президента, актов центральных органов исполнительной власти Конституции, законов, указов президента и решений Кабинета Министров. В юридической литературе конституционный контроль понимается в широком и узком смысле. Глядя на вопросы, перечисленные выше, конституционный контроль здесь широк. В узком смысле, конституционный контроль рассматривается авторами как проверка конституционности законов, особенно тех, которые были приняты парламентом. [8, с. 56]

Основная функция конституционного правосудия заключается в проверке соответствия нормативных правовых актов конституции. Если мы посмотрим на опыт какой-либо зарубежной страны, мы увидим ту же ситуацию. То есть основная задача органов, проводящих разбирательства в Конституционном суде в этих странах, заключается в проверке конституционности законов и других нормативных правовых актов. [9, с. 114] Это обеспечивает не только верховенство конституции, но и иерархическое превосходство законов и нормативных правовых актов в рамках законодательной системы друг над другом. Эта идея является лейтмотивом конституционного права многих развитых демократий.

Существуют две системы проверки конституционного соответствия нормативных правовых актов в сфере конституционного контроля зарубежных стран. Одна из этих систем отличается от другой из-за определенных юридических нюансов. Таким образом, одна из этих систем представляет собой систему, которая предусматривает только проверку соответствие нормативных правовых актов конституции. Как мы видим в этой группе стран, Конституция играет ключевую роль в сфере конституционного контроля. К этим странам относятся Россия, Грузия, Казахстан и другие. Однако мы считаем, что это не очень удачный вариант. Потому что он предназначен только для обеспечения верховенства конституции. Этого недостаточно. Хотя верховенство конституции обеспечивается в этой системе, верховенство других нормативных правовых актов не обеспечивается. Предположим, что решение исполнительной власти противоречит законодательству страны. Однако ни один орган не имеет возможности обратиться в Конституционный суд с просьбой признать недействительным незаконное положение этого решения. Потому что Конституционный Суд стремится обеспечить верховенство конституции, а не какого-либо закона или нормативного правового акта. Однако не исключено, что полномочия по обеспечению верховенства других законов и нормативных актов будут переданы другому государственному органу. Но опять же, по нашему мнению, это не правильный шаг. Потому что вопрос обеспечения верховенства как конституции, так и законов и нормативных актов должен быть в компетенции Конституционного суда.

В других группах стран сформировалось правило «иерархического контроля». Главной особенностью этой системы является то, что орган конституционного контроля в зависимости от своей юридической силы и формы проверяет соответствие нормативных правовых актов либо конституции, либо законам, либо актам президента и правительства [10, с. 51]. Как мы видели, в качестве стандарта здесь играют роль не только конституция, но и другие нормативные правовые акты. Эта система, включая Азербайджан, используется Беларусью, Литвой, Узбекистаном и другими странами. Иерархическая система управления может быть охарактеризована как более безопасная и организованная система, чем первая система. Как видно, эта система всесторонне охватывает все нормативные правовые акты. Здесь предпочтение отдается не только конституции. Все законы и иные нормативные правовые акты защищены в законодательной иерархии от актов, которые им не соответствуют. Следует отметить, что применение второй системы, то есть «иерархической» системы, является более подходящим как с точки зрения обеспечения верховенства закона и конституции, так и с точки зрения организации.

Эта система также применяется в Азербайджанской Республике. Это дает основание утверждать, что конституционный контроль в Азербайджанской Республике является универсальным, и поэтому проверка соответствия вышеупомянутых нормативных правовых актов Конституции Азербайджанской Республики обеспечивает как верховенство Конституции, так и единство законодательства Азербайджанской Республики.

Проверка конституционности законов, являющихся объектом конституционного контроля, играет важную роль в деятельности органов, осуществляющих конституционный контроль. Любой закон, принятый Милли Меджлисом Азербайджанской Республики полностью или частично, может быть подвергнут конституционному контролю. Однако в юридической литературе можно найти такой спорный вопрос: какие законы могут быть объектом конституционного контроля? Этот вопрос регулируется по-разному в законодательстве разных стран.

В целом, если мы классифицируем законы, сможем различить конституционные, органические (органические) и обычные законы. Конституционные законы имеют высшую юридическую силу, являясь неотъемлемой частью Конституции. Конституционные законы имеют разные значения в разных странах. В частности, если мы посмотрим на опыт Азербайджанской Республики, то увидим, что в соответствии со статьей 156 Конституции Азербайджанской Республики, изменения в Конституцию Азербайджанской Республики принимаются Милли Меджлисом в форме конституционных законов. Таким образом, Конституция Азербайджанской Республики устанавливает существование специальных видов законов, принятых Милли Меджлисом, - конституционные законы. Однако в Конституции Азербайджанской Республики нет конкретного положения о том, что конституционные законы являются непосредственно объектом конституц-ионного контроля. Это может привести к определенным проблемам в соответствующей области. Мы можем обосновать эту проблему конкретным примером. Таким образом, в соответствии с частью IV статьи 134 Конституции Азербайджанской Республики Конституция и законы Нахчыванской Автономной Республики, принятые Верховным Собранием Нахчыванской Автономной Республики, соответствуют Конституции и законам Азербайджанской Республики; ... не должно противоречить.

Часть V этой же статьи гласит, что Конституция Нахчыванской Автономной Республики представляется Милли Меджлису Азербайджанской Республики Президентом Азербайджанской Республики и утверждается Конституционным законом. В части V статьи 156 Конституции Азербайджанской Республики говорится, что конституционные законы являются неотъемлемой частью Конституции Азербайджанской Республики и не могут противоречить основному тексту Конституции Азербайджанской Республики. Таким образом, Конституция Нахчыванской Автономной Республики является неотъемлемой частью Конституции Азербайджанской Республики и не может противоречить основному тексту Конституции Азербайджанской Республики.

Часть I статьи 139 Конституции Азербайджанской Республики определяет круг вопросов, решаемых Али Меджлисом Нахчыванской Автономной Республики, а часть II этой же статьи гласит, что «Али Меджлис Нахчыванской Автономной Республики принимает решения по вопросам, указанным в этой статье».

Часть I статьи 25 Конституции Нахчыванской Автономной Республики также устанавливает вопросы, решаемые Али Меджлисом Нахчыванской Автономной Республики. Часть II той же статьи гласит, что законы принимаются по вопросам, указанным в пунктах 1 и 2 настоящей статьи, и решения принимаются аналогичным образом по другим вопросам. Те же вопросы предусмотрены в пунктах 1 и 2 части I статьи 139 Конституции Азербайджанской Республики и в пунктах 1 и 2 части I статьи 25 Конституции Нахчыванской Автономной Республики.

Часть II статьи 139 Конституции Азербайджанской Республики предусматривает принятие решений Али Меджлисом Нахчыванской Автономной Республики, а часть вторая статьи 25 Конституции Нахчыванской Автономной Республики предусматривает принятие законов Али Меджлисом Нахчыванской Автономной Республики. Этот пример дает основания еще раз сказать, что во избежание таких несоответствий между конституционными законами предусматривающими внесение поправок в Конституцию и Конституцией, конституционные законы также должны быть объектом конституционного контроля. Я думаю, что более целесообразно осуществлять первоначальный конституционный контроль над конституционными законами. Таким образом, до принятия конституционных законов, которые являются неотъемлемой частью Конституции, необходимо получить заключение Конституционного суда, чтобы избежать таких несоответствий.

Таким образом, исходя из вышеизложенного, мы приходим к выводу, что Конституционный Суд Азербайджанской Республики является высшим органом конституционного правосудия, который контролирует соответствие правовых актов Конституции и специализируется на вопросах, отнесенных к его полномочиям Конституцией Азербайджанской Республики. Конституционный суд обладает широкими полномочиями, благодаря которым он контролирует законодательную систему в целом и обеспечивает верховенство Конституции, выступает в качестве арбитра между государственными органами и разрешает споры связанные с разграничением полномочий между законодательной, исполнительной и судебной властями

Исследование вопросов полномочий Конституционного Суда как объекта начального конституционного контроля предоставление Конституционному суду дополнительных полномочий проверять конституционность конституционных законов. В соответствии со статьями 152 и 153 Конституции, если Конституционный суд занимает иную позицию в отношении акта референдума, предусматривающего изменения в конституцию, определяется точное конституционное решение вопроса. Также, согласно статье 148 Конституции, необходимо совершенствовать законодательство в этой области, устанавливая в Конституции нормы, определяющие признание проектов актов референдума, являющихся неотъемлемой частью законодательной системы, объектом первичного

конституционного контроля. Поэтому для совершенствования статей Конституции, регулирующих вопросы, связанные с конституционным контролем, я считаю целесообразным включить в Конституцию следующие положения:

1) предоставить Конституционному суду дополнительные полномочия осуществлять первоначальный конституционный контроль над конституционными законами с целью обеспечения их сответствия Конституции или признать последующий конституционный контроль над конституционными законами, которые уже вступили в силу;

2) определение четкого конституционного решения вопроса в случае, если Конституционный суд займет иную позицию в отношении акта референдума, предусматривающего конституционные изменения в соответствии со статьями 152 и 153 Конституции;

3) Признание проектов актов референдума, являющихся неотъемлемой частью законодательной системы в соответствии со статьей 148 Конституции, объектом первоначального конституционного контроля.

Литература

1. Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyası. http://e-qanun.az/framework/897
2. Konstitusiya Məhkəməsi haqqında Azərbaycan Respublikasının 23 dekabr 2003-cü il tarixli 561-IIQ №-li Qanunu. http://e-qanun.az/framework/5404
3. «Azərbaycan Respublikasının Konstitusiya Məhkəməsi haqqında» 21 oktyabr 1997-ci il tarixli Azərbaycan Respublikası Qanunu. (www.e-qanun.az)
4. Normativ hüquqi aktlar haqqında Azərbaycan Respublikasının 21 dekabr 2010-cu il tarixli 21-IVKQ №-li Konstitusiya Qanunu. http://e-qanun.az/framework/21300
5. Əsgərov Z.A. Konstitusiya hüququ. Dərslik. Bakı. Bakı Universiteti nəşriyyatı, 2011. 760 s.
6. Конституционное право России в вопросах и ответах А.В.Малько [и др.] - под ред. А.В.Малько - рец. В.Т.Кабышев. Юристь. Москва. 2000. 230 с.
7. Конституции в XXI веке: сравнительно-правовое исследование: монография / отв. ред. В.Е.Чиркин. Москва. Норма: ИНФРА-М, 2013. 656 с.
8. Лазарев В.В. Конституционный Суд Австрии // Государство и право.1993. № 9
9. Маклаков В.В. Конституционное право зарубежных стран. Общая часть (учеб. для студентов юрид. вузов и фак.) / В.В.Маклаков. – Москва. Волтерс Клувер, 2006. – 896 с.
10. Митюков М.А. Конституционное правосудие в странах СНГ и Балтии. Москва.1998.
11. Шульженко Ю.Л. «Конституционный контроль в России».Москва.1995.268 с.

Azərbaycan Respublikasi Konstitusiya Məhkəməsinin səlahiyyətlərinə dair
Xülasə

Məqalədə Azərbaycan Respublikası Konstitusiya Məhkəməsinin hüquqi statusunu müəyyən edən əsas səlahiyyətləri tədqiq olunur, onun Konstitusiyanın aliliyinin təmin olunması sahəsində əsas funksiyası araşdırılır, konstitusiya nəzarətinin obyektini təşkil edən məsələlərə aydınlıq gətirilir. Məqalədə həmçinin Konstitusiya Məhkəməsinin səlahiyyətləri müxtəlif aspektlərdən araşdırılmaqla qanunvericilikdə mövcud olan müvafiq uyğunsuzluqlar üzə çıxarılır və Konstitusiyaya konstitusiya nəzarəti institutunun təkmilləşdirilməsi üçün müvafiq müddəaların əlavə edilməsi təklif olunur.

On the powers of the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan
Summary

The main powers which defines the legal status of the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan is being analyzed, investigated the primary function that ensures the supremacy of the Constitution, issues which form the object of constitutional control are clarified. The article also shows the inconsistencies in the legislation by researching the powers of the Constitutional Court from various aspects of the law and propose to amend appropriate provisions to the Constitution to improve the institute of constitutional review.

Rəyçi: h.f.d. S.Əliyev

Göndərilib: 22.05.2020 Qəbul edilib: 25.05.2020

DOI: 10.36719/AEM/2007-2020/54/79-82

Nigar Elvaris Aliyeva
Baku State University
nigaralieva9@gmail.com

APPLICATION PROCESS FOR AUTHORİZED ECONOMİC OPERATOR IN THE EUROPEAN UNION

Key words: *applicant, custom, UCC, AEO certificate, Article*
Açar sözlər: *ərizəçi, gömrük, BGM, SİO sertifikatı, maddə*
Ключевые слова: *заявитель, таможня, ТКС, УЭО сертификат, статья*

Introduction

The 1st January 2008 came into force the organization of an Authorized Economic Operator (abbreviation - AEO). An AEO can be described as an monetary operator as laid down in Article 5 (5) Union Customs Code (UCC) who is deemed reliable in the context of his or her customs associated operations, and therefore, is entitled to revel in advantages for the duration of the European Union. (1) By acquiring an AEO certificate, the Authorized Economic Operator turns into reliable inside the European Community in the field of its customs operations and has proper to take benefit due to this. That's why it needs to learn and research the application rules for AEO. Thus, we can determine how the issue is regulated within the European Union and how this process is carried out. This article is also devoted to the study of the main features of the appeal process and performs the function of providing certain necessary information.

I.Requirements for applicants

Applications for AEO status may only be widely wide-spread from a financial operator who within the path of his or her commercial enterprise is involved in activities protected by way of the customs legislation. On the premise of this definition there are some of situations where the financial operator can't practice for an AEO fame as he or she is not worried in customs activities, a) an EU based supplier who distributes handiest goods already in unfastened circulation to an EU based manufacturer; b) a shipping operator that moves simplest items in loose move which aren't under every other customs procedure within the customs territory of the Union; c) a producer producing goods only for the EU inner marketplace and the use of raw substances already in free move; d) a consultant who is most effective consulting/providing opinion in customs matters. The trendy precept is that the software should be submitted to the Member State which has the excellent information of the applicant's customs related activities.

Basic requirement implies fulfillment of conditions: the applicant being an monetary operator and being established in the customs territory of the Union.

The criteria for the granting of the status of authorized economic operator shall be the following:

(a) the absence of any serious infringement or repeated infringements of customs legislation and taxation rules, including no record of serious criminal offences relating to the economic activity of the applicant;

(b) the demonstration by the applicant of a high level of control of his or her operations and of the flow of goods, by means of a system of managing commercial and, where appropriate, transport records, which allows appropriate customs controls;

(c) financial solvency, which shall be deemed to be proven where the applicant has good financial standing, which enables him or her to fulfill his or her commitments, with due regard to the characteristics of the type of business activity concerned;

(d) with regard to the authorization referred to in point (a) of Article 38(2), practical standards of competence or professional qualifications directly related to the activity carried out; and

(e) with regard to the authorization referred to appropriate security and safety standards, which shall be considered as fulfilled where the applicant demonstrates that he or she maintains appropriate measures to ensure the security and safety of the international supply chain including in the areas of physical integrity and access controls, logistical processes and handling of specific types of goods, personnel and identification of his or her business partners. (2)

I.The initial period

The application should be lodged in line with the necessities of Article 22 (1) UCC:

- a Self-Assessment Questionnaire (SAQ) will be submitted with the software as furnished via Article 26. (1) Before you apply for AEO status you should complete self-assessment questionnaire. This will help you to evaluate your procedures and ensure they meet the criteria for AEO. You will find help to complete the questionnaire in the explanatory notes for the self-assessment questionnaire. The SAQ must be filled in and signed by the applicant economic operator and not by his/her representative. (3)
- Customs authorities should have all of the necessary data to be in a function to do the quick test of the software submitted against the situations for recognition. This may be sought by using either gaining access to the applicable databases or asking the applicant to provide it collectively with the application;
- every time appropriate, customs ought to additionally use different available assets of information common EU databases, contacts with other authorities, statistics from the company's net web page etc.;
- in case additional statistics is required, customs authorities must ask for it from the applicant as quickly as possible but now not later than 30 calendar days from the date of receipt of the application in line with Article 22(2) UCC;
- where the customs authority establish that the application does no longer include all the statistics required, it shall ask the applicant to offer the applicable data within affordable time restrict;
- Customs authorities need to always tell the applicant approximately the popularity of the application and the date of acceptance; they should inform him also in case of no acceptance of the application, declaring the reasons for non-acceptance (2d subparagraph of Article 22 (2) UCC);
- Inside the instances of applications obtained with the aid of multinational agencies whilst taking the decision for recognition/non-popularity. (2)

As soon as the applicant receives the notification that his or her application has been accepted by Customs, it is strongly recommended that he or she does the utmost to speed up the overall process.

I.The audit period

After this process, customs controls body check the possibility of the application and verify whether the applicant is compliant for the authorized economic operator. The application of the AEO system requires the Customs administration to conduct the auditing based on risk assessment so as to evaluate and testify the enterprise’s legal status, to standardize its internal management and to enhance the sense of law-abiding and self-discipline. (4) So, it is necessary to put the customs external auditing into action (2). This audit process covers the followwing issues:

1) Company information,
2) Data on compliance,
3) Accounting and logistics system,
4) Financial solvency,
5) Safety and security requirements.

At the final, the customs audits prepare the document which covers the conclusions of the process. The document include a clear overview of the economic operator (its business, its role in the supply chain, its business model, its customs related activities, etc.), a clear and accurate description of what has been done to verify the fulfilment of the AEO criteria, a clear description of all risk areas considered and checked and any follow-up actions suggested to the applicant; a clear report of any action or reaction the applicant has undertaken or expressed to the auditors, the clear recommendation about whether to grant the status or not according to the result of auditing activities, in case the AEO status is not granted, complete and detailed justifications why the status is not granted, including any information received from other Member States, stating whether they have been obtained through the information and/or consultation procedure, an overview regarding the AEO risk profile and in case the AEO status is granted any recommendations for monitoring and/or re-assessment.

I.Taking the decision

The decision of the customs authorities on if the AEO status can be granted or now not is based totally on the data amassed and analyzed through the exceptional tiers of the authorization manner, from receipt of the application submitted to while the audit manner has been fully finished. To allow customs government to take the decision, the following elements need to be taken into consideration: - all previous records known approximately the applicant by the ready authority, together with the AEO software form together with the completed SAQ, and all other supporting records. This information may additionally need to be rechecked

and, in some cases, updated, so one can take account of viable changes, which might also have befell in the duration from the date of receipt and reputation of the application to the cease of the authorization process and issuing the final selection. Customs government ought to put together and put into effect the maximum efficient methods of inner communiqué of the audit results that have emanated from the audit team(s) to the opposite ready customs authorities worried in taking the choice. A full documentation of the assessments done thru and audit report or other appropriate document/manner is suggested as the maximum suitable mechanism to do so; - the consequences of any different assessment of the corporation and methods of the applicant that befell for different control reasons. At the end of the method and earlier than taking the very last decision, the ICA will tell the applicant in particular where those conclusions are probable to bring about a negative selection. In that case opportunity shall be given to the applicant to express his or her point of view, respond to the envisaged decision and provide supplementary information with the intention of achieving a positive decision (2) To avoid that the right to be heard results in prolonged delays, Articles 8 (1) and 13 (2) UCC DA define a period of 30 days. The applicant should be advised that failure to respond within that period will be deemed to be a waiver of the right to be heard. In circumstances where a person indicates that they wish to waive the right to be heard, this fact should be recorded and retained as evidence that the applicant was provided with the possibility to respond. When Customs determines that the applicant has met the requirements for acceptance into the AEO program, Customs signs the partnership agreement memorandum of understanding and advises the applicant that its application has been approved. If the applicant does not meet the value or volume requirements for participation or has committed a serious infringement or repeated infringements of Customs rules, the application is denied. If Customs determines that an application should not be approved, it issues a notice specifying the reasons for denial and advising the applicant of its right to file a written appeal. If deficiencies cited as the reason for denial are corrected by the deadline (which the AEO working group sets), the applicant may request in writing the reinstatement of the application. (5) The applicant will be informed whether customs authorities decide or not to alter the original decision on the basis of the supplementary information provided.

I.Informing the applicant

The applicant shall be informed in writing about the following situations: a) the acceptance of the application (Article 22 (2) second sub-paragraph UCC), b) the extension of the period for taking of a decision provided by Article 28 UCC DA, c) the extended period for taking a decision due to investigations by the customs authorities unless it would jeopardize those investigations (Article 13 (4) last sentence UCC DA), d) the extended period for taking a decision for consultation (Article 13 (3) UCC DA), e) the extended period for taking a decision due to the request of additional information (Article 13(1) UCC DA), f) the extended period due to the applicant of the right to be heard (Article 13(2) UCC DA), g) even if not expressively requested by the legislation it would be appropriate to inform the applicant also in cases where the applicant requests an extension to carry out adjustments in order to ensure the fulfillment of the conditions and criteria (Article 22 (3) third subparagraph UCC), h) even if not expressively requested by the legislation it would be appropriate to inform the applicant also about the extended period for taking a decision where criminal proceedings are pending (Article 28(2) UCC DA). The ICA shall also inform the applicant about the final decision regarding its application. In this context it is to be noted that any decision to reject an application shall include the reasons for rejection and the right to appeal as provided for in Article 44 UCC. Before the acceptance of the decision to reject an application an opportunity to express economic operator's opinion shall be given. (2) Customs authorities shall inform the economic operator in writing by any relevant means.

The economic operator, who received the AEO certificate, will be subjected to periodical audit that controls fulfillment of the AEO criteria. These audits will be realized at the least once every three years. (6)

Conclusions

As a result, we can note that AEO certificate may affect creation for competitive advantage by providing findings that may help logistics service providers to decide on AEO application. Acquiring AEO status determines efficiency increase of company's activities and more efficient cooperation in the supply chain through time saving and reduction of bureaucracy related to international trade and transport. Those profits result from rarer cargo and documents controls, easier access to customs simplifications, reduced number of data placed on the summary declarations, possibilities to inform earlier about planned controls of the supplies, prioritized treating in the situation of choosing AEO unit for control, possibility to apply for choosing a control place. That's why the fixed procedure was defined in the European Union: The operator familiarize with its national AEO application + self-assessment forms, look out for guidelines, explanatory notes and

fact sheets, contact its responsible customs officials to understand its obligations, complete the AEO application form, and the self-assessment questionnaire, send the "pack" off to its competent customs office. This form show that the applicant has the specific acknowledge and skills for obtain this status. The audit is sets and operated by customs authorities and the final document is drawn up which give a reason for decision-making. Taking decision may be two types which conclude the denial and acceptance of application. But in any case, regardless of what the decision is, the applicant is informed about the final decision. So, we can define that as it is a special institution within the Union, this specific status-AEO certificate is issued with a responsible decision reflecting a detailed research.

Literature

1. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02013R0952-20200101
2. Authorised Economic Operators Guidelines Brussels, 11 March 2016, TAXUD/B2/047/2011 –Rev.6
3. https://ec.europa.eu/taxation_customs/general-information-customs/customs-security/authorised-economic-operator-aeo/authorised-economic-operator-aeo_en#heading_4
4. Haughton, M.A., Examining the business case for shipper participation in Canada-USA trade security programmes, International Journal of Logistics Research and Applications. 10(4) (2011) 315-331.
5. Nathan Associates Inc. for review by the United States Agency for International Development "Customs Modernization Handbook Authorized Economic Operator Programs" March 2010
6. Edyta Janowska-Bucka "Customs Security In The European Union – Authorised Economic Operator (AEO)" Journal of KONBiN 1(4)2008 ISSN 1895-8281

Avropa İttifaqinda Səlahiyyətli iqtisadi operator üçün müraciət prosesi

Xülasə

Avropa İttifaqında gömrük prosedurlarının sadələşdirilməsi, eləcə də hərəkətin daha effektli hala gətirilməsi üçün SİO tədbiq edilməyə başladı. SİO statusu almaq üçün isə Avropa İttifaqı daxilində yalnız ixtisaslı şəxslər tərəfindən müraciət edilən nəzarət edilən sistem yaradıldı. Bu sistemə nəzarəti və müraciət edən şəxslərə aeo statusunun verilməsini isə xüsusi səlahiyyətli orqanlar həyata keçirir. SİO kimi fəaliyyəti həyata keçirmək üçün sertfikatın alınması üçün xüsusi formada tələb edilən və özündə müəyyən məlumatları əks etdirən müraciət formu hazırlanmalı, təqdim edilməlidir. Müraciət üçün doldurulan sənədlər yoxlanıldıqdan sonra qəbul edilir və səlahiyyətli şəxslər tərəfindən müraciətin əsası və sertifikatın verilməsinin mümkünlüyü yoxlanılır. Aparılan audit yoxlaması və araşdırması, həmçinin risk dəyərləndirilməsindən sonra yekun nəticələri əks etdirən audit sənədi və hesabat hazırlanır. Bundan sonra artıq əsaslandırılmaqla qərar qəbul edilir və qərarın nəticəsi barədə ərizəçiyə məlumat verilir.

Процесс подачи заявки на получение статуса Уполномоченного Экономического Оператора в Европейском Союзе

Резюме

Для того чтобы упростить таможенные процедуры в Европейском Союзе, а также сделать движение более эффективным, необходимо внедрить Эобеган. Для получения статуса УЭО в рамках Европейского Союза была создана контролируемая система, которая применялась только квалифицированными лицами. Контроль за этой системой и предоставлением заявителям статуса УЭО осуществляют специальные компетентные органы. Для осуществления такой деятельности, как УЭО, необходимо подать готовую заявку, которая требуется в специальной форме для получения сертификата и содержит определенную информацию. Документы, заполненные для заявления, принимаются после проверки, а основание заявления и возможность выдачи свидетельства проверяются уполномоченными лицами. После проведения аудита и проверки, а также оценки рисков подготавливается аудиторский документ и отчет, отражающий полученные результаты. После этого решение уже обосновывается и заявитель информируется о принятом решении.

Rəyçi: dos. S.Eyvazova

Göndərilib: 24.05.2020 Qəbul edilib: 26.05.2020

DOI: 10.36719/AEM/2007-2020/54/83-86

Narmin Rustam Gurbanova
Baku, Azerbaijan
narmin007@gmail.com

PREREQUISITES FOR THE JURISDICTION OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

Key words: *court, criminal, types of crime, jurisdiction, forms of jurisdiction*
Açar sözlər: *məhkəmə, cinayət, cinayətin növləri, yurisdiksiya, yurisdiksiyanın növləri*
Ключевые слова: *суд, криминал, виды преступлений, юрисдикция, виды юрисдикции*

Introduction

The idea of the establishment of the International Criminal Court was based on the idea that it was not sufficient for the international public opinion to leave the crimes that cause severe violations of human rights, such as genocide or crimes against humanity, to a state court, and that the criminals should be tried in a supranational court.

The International Criminal Court (ICC) came to life on 1 July 2002 under the effective provisions of the Rome Statute, which established it, and has carried out a significant judicial activity for the international community over many years.

The International Criminal Court is a permanent international body established by a multilateral treaty with the aim of prosecuting "those who commit the most serious crimes" concerning the whole of the international community. As can be seen in Article 1 of the statute of the International Criminal Court, it is stated that the court is continuously exercising jurisdiction over Real persons and is complementary to national criminal law systems. Article 4 of the statute stipulates that the court shall have a legal personality of international law. (8)

The "very serious crime concept" in question is of universal nature and it concerns all international public opinion no matter where it is committed in the world, and since my passive victim is the entire international public opinion, its perpetrators can be tried anywhere in the world if they are caught. In addition, the statute must come into force and the state must be a party to it, and it must be committed in the territory of the state party on the principle of active personhood or by a citizen of the state party on the principle of statehood in order to be prosecuted for the acts subject to these crimes. (1, p 298)

International criminal law (ICL) involves the most serious crimes of concern to the global community: its violations can result in imprisonment. The "core" crimes are genocide, war crimes, and crimes against humanity (these are also often referred to as "atrocity crimes")

The implementation of universal jurisdiction to the cases considered as core crimes in Rome Statute of the International Criminal Court (was adopted at a diplomatic conference in Rome on 17 July 1998 and it entered into force on 1 July 2002) such as of genocide, crime against the humanity and war crimes is widely recognized. The crimes within the jurisdiction of the International Criminal Court [ICC] are listed in Article 5 thereof: a) the crime of genocide; b) crimes against humanity; c) war crimes; d) the crime of aggression. (8, p 3) The crime of genocide, in terms of formation and normative-legal determination of its independent constituent elements, occurred in "classical international crimes", in contrast to crime of aggression, war crimes and crimes against humanity. Nevertheless, the mass murder of people by any sign of belonging to any stable group with the intention of extermination in whole or in part has always been regarded by the international community as a rather severe form of crimes against humanity.

The crime of genocide, which is placed at the top of the "hierarchy of crimes", is the product of the modern era in terms of its "elements", unlike the "sui generis" qualities it possesses and other acts that are unlawful. (6)

The ICC has jurisdiction over the crime of genocide under Article 6 of the Statute, which reiterates the terms used in the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.

Crimes against humanity are one of the international crimes that took part in all statute of international criminal courts. Grave human rights violations committed in times of war and conflict have often been the subject of controversy. In particular, there have been problems with prosecutions of the perpetrators of these serious crimes and rights violated. The use of the concept of crime against humanity is not very old, this concept 20^{th} it comes across as a product of the century. Crimes against humanity, unlike genocide and war crimes, are not codified in international conventions. Instead, the concept has progressed primarily through the development of the rules of the making of international law. In accordance with Article 7 of the statute of

the ICC, deliberate acts committed as part of large-scale or systematic attacks against any civilian population, whether in peace or in war, are considered crimes against humanity. (3, p 21)

Article 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court gives the International Criminal Court authority over the majority of war crimes committed during international armed conflict as defined in the treaties and in international customary and customary law. In the second paragraph of Article 8 of the Statute, acts that fall under the scope of war crimes are counted. War crimes in the statute fall into two main categories. According to the first, the International Criminal Court can prosecute the perpetrators of specified acts committed against any of the persons and property protected under the provisions of the 1949 Geneva Convention. Secondly, the court in The Hague Regulations and the Geneva Conventions and customary international law, including violations of Protocol No. 1 to defined, has jurisdiction over a large part of other violations of international humanitarian law. (2, p 259)

Article 8 of the statute was added to the charge of assault by the resolution of the Review Conference of 11 June 2010. Accordingly, the crime of assault refers to the planning, preparation, initiation or execution of an act of attack by a person in a position to effectively control or manage the political or military actions of a state, which, by its character, weight and size, clearly violates the Charter of the United Nations. (2)

The Rome Statute states that crimes to be committed can be tried from the date when the jurisdiction of the court begins. Jurisdiction of the court commenced on 1 July 2002, after which crimes committed can be tried by the ICC. Previous offences cannot be prosecuted by the ICC. The main reason for this is due to the will of the states to open a clean sheet. In the case of a state which is later a party to the Rome Statute, jurisdiction comes into play as of the date it is a party as a rule, but the state concerned may recognize the jurisdiction of the court backwards. In all cases, the court's jurisdiction cannot extend to 1 July 2002. Of course, the issue of "direct crimes", which have been committed in the past and are still being committed, is controversial. There is no determination in the statute on this matter, but given that comments made by similar courts will also be pursued by the ICC, it is foreseeable that such ongoing offences will be assessed under the jurisdiction of the court. (4, p 8)

Article 11 should be read together with article 24 which provides that no-one will be held criminally responsible under the Statute for conduct prior to the entry into force of the Statute.The two provisions obtain the same result: Article 11 specifies procedurally the date from which the prospective exercise of temporal jurisdiction should be calculated, while Article 24 encapsulates the principle of non-retroactivity itself. Article 22(1) further enshrines the principle that no person shall be criminally responsible under the Statute unless the conduct in question constitutes, at the time it takes place, a crime within the jurisdiction of the Court. While the latter focusses on the necessity for an appropriate statutory prohibition existing at the time the offence is committed, the reference to "crime within the jurisdiction of the Court" necessarily includes the notion of the temporal restriction expressed in Article 11. (7, p 658)

Territorial jurisdiction refers to a court's power over persons and events within the bounds of a particular geographic territory. If a court does not have territorial jurisdiction over the events or persons within, then the court cannot bind the defendant to an obligation or adjudicate any rights therein. A State has jurisdiction over acts committed within its territory. This is a basic principle of both domestic and international law. The "territorial principle" reflects the global community's recognition that without the power to control acts or things located in its territory, a State could not exist. Territoriality has served as a classic jurisdictional basis for many centuries and is still considered the most uncontroversial one under international law. This concept also incorporated in the Rome Statute under Article 12 (2) (a), which establishes the ratione loci jurisdiction of the International Criminal Court. Pursuant to Article 12 (2) (a) and (b) Rome Statute, the ICC has jurisdiction if crimes have been committed on the territory of a State Party including vessels and aircraft if it is the State of registration (Flag of Ships) or if the accused is a national of a State Party (Nationality). Accordingly, the Rome Statute has chosen a quite classical, if not conservative and State sovereignty oriented, approach with respect to the preconditions for the exercise of criminal jurisdiction. (5, p 675)

The court is authorized to prosecute crimes committed in the territory of the States Parties to the statute, as well as those committed by a citizen of one of the states parties to the statute. According to this perpetrator, it is recognized as the principle of personality. The perpetrator of the crime is subject to the jurisdiction of the state to which the citizen is bound by a citizenship bond for certain crimes committed abroad. (3, p 32)

The ICC as well has jurisdiction only over natural persons. Several articles of the Rome Statute play a role in the definition of the personal jurisdiction of the Court and need to be taken into account to make a comprehensive assessment on the issue. ICC jurisdiction over the person is based on a number of principles. First of all, one of the principles that draws special attention to the importance of International Criminal Law

in the system of principles and international practice is the principle of non-bis in idem. The essence of this principle is that any person who committed any criminal act can be punished only once. Non-bis in idem principle is provided for in all major international acts in the field of human rights. In the Article 20 of the Rome Statute, no one can be judged for the act that constitutes the composition of the crime on which this person was found guilty or acquitted by the court. (3) The ICC does not judge states. At the ICC, the principle of person responsibility is essential and only real persons can be prosecuted. The main reason for this situation is that the legal entity of the state cannot be tried, even if it is tried, and cannot face a penalty. In this case, when crimes that fall under the jurisdiction of the court are alleged to have been committed, the real persons who committed these crimes will be prosecuted. These individuals can range from the person who committed the crime to the person who ordered the crime, from the person who participated in the crime at the lowest level to the top civil servants, the president, the prime minister, the ministers, the chief of the General Staff. The court does not consider itself bound by any immunity or immunity arising from national law.(4, p 9)

The court does not have jurisdiction over perpetrators who are under eighteen years of age at the date of alleged actual committing. (9) Perpetrators under the age of eighteen have been discussed during the preparation phase of the statute of criminal license. However, it was seen that the controversy could not reach a conclusion because the criminal license was different in various countries. On top of that, the statute recognized that only children under eighteen years of age could not be prosecuted on the date of their alleged actual operation.

Thus, it was envisaged that court would be free to investigate and prosecute crimes by persons under the age of 18 who were over the age of criminal responsibility under national law.

Result

Criminal proceedings are carried out by courts. One of the duties of the International Criminal Court carrying out the international trial is to determine the guilt of the accused persons in committing the crime and to carry out justice in order to punish them and acquit the innocent persons. It carries out these processes within its jurisdiction. There are pre-determined conditions for the application of jurisdiction. The importance of the International Criminal Court in our time is that it has the authority to conduct more optimal investigations against large-scale crimes, especially war crimes and genocide. The terms of jurisdiction are contained in the relevant articles of the Rome Statute, which form the basis of the International Criminal Court. These rules apply to states that are parties to the statute of Rome.

Literature

1. Uluslararası Ceza Mahkemesi ve İnsan Haklarına katkıları, Yunus Emre Gül, Article; March 2018.
2. Uluslararası Ceza Mahkemesi, Hacı Sarıgüzel, 230-271.
3. Uluslararası Ceza Mahkemesi, Nimet Güller / Hamide Zafer, 2006. 112 s.
4. 101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi. Günal Kurşun, Ankara, 2011, 151 s.
5. International Criminal Court, Hans-Peter Kaul, December 2010
6. The Crime of Genocide under International Law, Claus Kreb, International Criminal Law Review 6: 461–502, 2006.
7. Article 11; Jurisdiction ratione temporis, Rod Rastan, January 2016. https://www.researchgate.net/publication/330926364
8. Rome Statute of the International Criminal Court. https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf
9. International Criminal Court. https://www.icc-cpi.int/

Beynəlxalq Cinayət Məhkəməsinin yurisdiksiyasının müəyyən edən şərtlər

Xülasə

Roma statusu ilə müəyyən edilmiş Beynəlxalq Cinayət Məhkəməsi daimi məhkəmədir və onun statusda göstərilən ağır cinayətlər haqqında mühakimə yürütmək səlahiyyəti vardır. Bu məhkəmənin qərarı milli cinayət işlərini tamamlayır. Məhkəmənin məhkəmə baxışına dair hüquq, vəzifə və strukturu bu statusun müddəaları ilə tənzimlənir. Beynəlxalq Cinayət Məhkəməsinin yurisdiksiyasının həyata keçirilməsi üçün maddə, ərazi, zaman, şəxs kimi şərtlər mövcuddur. Məhkəmə göstərilən şərtlərdən irəli gələn yurisdiksiya daxilində fəaliyyət göstərir.

Условия, определяющие юрисдикцию Международного уголовного суда

Резюме

Международный уголовный суд, определенный римским статусом, является постоянным судом, и он имеет право судить о тяжких преступлениях, указанных в его статусе. Решение этого суда завершает национальные уголовные дела. Право, обязанность и структура суда на судебное рассмотрение регулируются положениями этого статуса. Для осуществления юрисдикции Международного уголовного суда существуют такие условия, как статья, территория, время, лицо. Суд действует в пределах юрисдикции, вытекающей из указанных условий.

Rəyçi: prof. Ş.Səmədova

Göndərilib: 26.05.2020 Qəbul edilib: 29.05.2020

DOI: 10.36719/AEM/2007-2020/54/87-90

Mətləb Sahib oğlu Məmmədzadə
Milli Aviasiya Akademiyası
matlabmammadzadeh@gmail.com

KREDİT MÜNASİBƏTLƏRİ İLƏ BAĞLI İQTİSADİ FƏALİYYƏT SUBYEKTLƏRİNİN CİNAYƏT MƏSULİYYƏTİ

Açar sözlər: *iqtisadi fəaliyyət, kredit münasibətləri, cinayət məsuliyyəti*
Key words: *economic activity, credit relations, criminal liability*
Ключевые слова: *хозяйственная деятельность, кредитные отношения, уголовная ответственность*

Giriş

Dövlətimiz ədalətli iqtisadi və sosial qaydalara uyğun olaraq, hamının layiqli həyat səviyyəsini təmin etmək məqsədilə sahibkarlara öz inkişafları üçün dəstək tədbirləri görür ki, onlardan biri də güzəştli kreditlərin verilməsidir [1, s 4].

Borc müqaviləsinin predmeti hər hansı pul məbləği olduqda, o, kredit müqaviləsi adlandırılır. Müstəqil peşə fəaliyyəti şəklində pul borc verməklə məşğul olan şəxslər əlavə olaraq peşəkarlıq qaydasında kreditlər verilməsi haqqında müddəaları gözləməlidirlər [2].

Kredit (latınca «credit» - «o inanır») istifadə üçün müəyyən faiz ödəməklə qaytarmaq şərtilə müəyyən müddətə kreditor tərəfindən borc alan şəxsə verilən pul və ya əmtəədir. Kreditlərin formasına, şərtlərinə, verilmə və ödənilmə müddətlərinə görə 30-dan artıq növü fərqləndirilir.

Kredit növlərindən hər hansı birinin verilməsinin hüquqi əsasını kredit müqaviləsi təşkil edir. Kredit müqaviləsinin bağlanması, icrası, həmçinin onunla əlaqədar digər öhdəliklər mülki qanunvericiliklə tənzim edilir.

Kredit münasibətləri maddi vəsaitlərin müvəqqəti olaraq çatışmadığı (kifayət etmədiyi) bir şəraitdə fasiləsiz təsərrüfat fəaliyyətinin həyata keçirilməsinə imkan verir.[6]

Kredit – borca verilən pul kapitalının hərəkət formasını ehtiva etdirir. Daha dəqiq desək, kredit-qaytarılmalı olan və faiz ödəmək şərtləri ilə borca verilən pul kapitalının ümumi hərəkətidir. Pul kapitalının borc kapitalına çevirilməyini kredit təmin edir, habelə borc alan ilə borc verən arasındakı münasibətləri ifadə edir. Kredit özəl bölmənin, dövranın, müəssisələrin sərbəst pul vəsaitlərini özündə cəmləşdirir və müəyyən haqq qarşılığında müvəqqəti olaraq istifadəyə verilir.

Kredit müqaviləsi kredit verilməsinin hüquqi əsasını təşkil edir. Bu müqavilənin bağlanması, icrası, eləcə də onunla bağlı başqa öhdəliklər mülki qanunvericiliklə tənzim olunur. Qanunsuz kredit alma, yaxud kreditdən təyinatına əsasən istifadə etməmə cinayətini ehtiva edən Azərbaycan Respublikasının Cinayət Məcəlləsinin 195-ci maddəsi qanunvericilikdə yeni normadır. [3, 183]

Qanunsuz kredit alma, yaxud kreditdən təyinatına əsasən istifadə etməmək iqtisadi münasibətlərin bütün iştirakçılarının qanuni mənafelərinə, ümumilikdə maliyyə sisteminin əsaslarına qəsd etdiyindən bu münasibətlər cinayətin obyektini təşkil edir.

Obyektiv baxımdan qanunsuz kredit alma, yaxud kreditdən təyinatına əsasən istifadə etməmə:

1) təşkilatın və yaxud fərdi sahibkarın maliyyə və yaxud təsərrüfat vəziyyəti haqqında, güzəştli şərtlərlə kredit, yalan məlumatlar verməklə kredit, yaxud məqsədli dövlət kreditinin alınması;

2) məqsədli dövlət kreditindən təyinatına əsasən istifadə olunmaması;

3) göstərilən hərəkətlər ilə böyük məbləğdə ziyan vurulmasında ifadə edilir. [4, s547]

Qanunsuz kredit alma, yaxud kreditdən təyinatına əsasən istifadə etməmə maddi tərkibli cinayət olduğuna görə cinayətin bitməsi üçün yuxarıda göstərilən ictimai təhlükəli hərəkətlərin, həmin hərəkətlərin bilavasitə nəticəsinin, həmçinin həmin hərəkətlərlə baş verən nəticə arasında səbəbli şəkildə əlaqənin varlığı araşdırılmalıdır.

Səbəbli əlaqə onda ifadə edilir ki, güzəştli şərtlərlə kreditin yaxud məqsədli dövlət kreditinin verilməsi barədə qərar məhz təqsirkar tərəfindən onun maliyyə və təsərrüfat vəziyyəti haqqında yalan məlumatlar verməsi nəticəsində qəbul olunur. Bu yalan məlumatlar kredit verilməsi barədə qərarın qəbulunun səbəbi olaraq çıxış edir.

Sahibkarlığın inkişafına dəstək mexanizminin təkmilləşdirilməsi, qeyri-neft sektorunda innovativ texnologiyalara əsaslanan yeni istehsal və emal müəssisələrinin, infrastruktur sahələrinin yaradılması, ixrac əməliyyatlarının maliyyələşdirilməsi, real sektora investisiya qoyuluşlarının sürətləndirilməsi və özəl sektorda fəaliyyət göstərən təsərrüfat subyektlərinin maliyyə resurslarına çıxış imkanlarının genişləndirilməsi

məqsədilə İqtisadiyyat Nazirliyinin tabeliyində Sahibkarlığın İnkişafı Fondu publik hüquqi şəxsi yaradılmışdır. Güzəştli kreditlərdən daha səmərəli istifadə məqsədilə Sahibkarlığın İnkişafı Fondunun kreditlərinin illik faiz dərəcəsi 6%-dən 5%-ə endirilmişdir. Eyni zamanda, yeni qaydalarda orta həcmli kreditlərin hədləri dəyişdirilərək 50 001 manatdan 1 000 000 manatadək müəyyən edilmişdir.[5]

Güzəştli kredit dediyimiz zaman, borc alanın uyğun normativ-hüquqi aktlarda nəzərdə tutulmuş güzəştlərə sahib olduğu halda verilmiş kredit başa düşülməlidir.

Kredit müqaviləsinə əsasən kreditorun səlahiyyətləri çərçivəsində bank tərəfindən olunan güzəştlər CM-in 195-ci maddəsinin nəzərdə tutulan mənada güzəştli kredit hesab olunmur. [4, 549]

Məqsədli kredit büdcə qanunvericiliyi yaxud digər normativ-hüquqi aktlar ilə müəyyən olunmuş qaydada dövlət adından ödənişli əsaslar ilə pul vəsaitləri yaxud cinsi əlamətlərinə əsasən müəyyən olunan əşya və yaxud başqa üstünlük və hüquqlar formasında verilir.

Kredit verilməsi haqqında başqa qərarlarda və müvafiq normativ-hüquqi aktlarda məqsədli dövlət kreditindən təyinatına əsasən istifadə olunması zərurəti göstərilir. Verilən kreditdən göstərilən təyinata əsasən istifadə olunmaması CM-in 195.1-ci maddəsində nəzərdə tutulmuş cinayət tərkibini əmələ gətirir.

Təşkilat və ya fərdi sahibkarın maliyyə və ya təsərrüfat vəziyyəti barədə məlumatlar dediyimiz zaman, elə göstəricilər anlaşılır ki, onlar qüvvədə olan normativ-hüquqi aktlara, mövcud təcrübəyə əsasən kreditorun iradəsinə təsir edərək kredit verilməsi haqqında qərar qəbul olunmasına səbəb olur. Bu məlumatlara aşağıda göstərilənlrə aid oluna bilər:

1) təşkilatın və ya fərdi sahibkarın balansı barədə məlumatlar;

2) təşkilatın və ya fərdi sahibkarın mədaxili və məxarici barədə məlumatlar;

3) təşkilatın və ya fərdi sahibkarın dövriyyə və əsas vəsaitləri və ümumilikdə mülkiyyəti barədə məlumatlar;

4) əmlak hüquqları və öhdəlikləri barədə məlumatlar;

5) məhsul alınması və yaxud xidmət göstərilməsi ilə bağlı sifarişlərin olub-olmaması barədə məlumatlar.

Göstərilmiş məlumatların aşkar olaraq yalan olması aşağıdakılarda ifadə edilir:

1) müvafiq sənədə şüurlu şəkildə onun məzmun və mənasını təhrif edən məlumatlar daxil olunur və yaxud faktiki xarakterli məlumatlar tam olaraq əks edilmir;

2)onlara şüurlu formada düzgün olmayan məlumatların əsasında qiymət verilir.

Kreditora yalan məlumat verilməsi o məlumatların hüquqi akt üzrə vacib olan formada kredit barədə qərar qəbul edən şəxsə təqdim olunmasını nəzərdə tutur. Bu məlumatlarda vacib rekvizitlər, məlumatın konkret olaraq bir şəxs tərəfindən verilməsini, onun iradəsini ifadə etməyini göstərən, həmçinin məsul şəxsin imzasını təsdiqləyən digər əlamətlər əks edilir.

Göstərilən məlumatların kredit barədə qərar qəbul edən şəxsə çatdırılması zamanı, forması və qaydası kredit müqaviləsi ilə bağlı münasibətləri nizama salan mülki qanunvericilik normalarıyla müəyyən edilir.

Qanunsuz kredit alma, yaxud kreditdən təyinatına əsasən istifadə etməmə cinayətinin vacib tərkib əlamətlərindən biri də alınan məqsədli kreditin qanunsuz formada olmasıdır.

Qanunsuz dövlət kreditini almaq təqsirkarın kredit almağın hüquqi əsaslarını müəyyənləşdirən normativ-hüquqi aktlarda nəzərdə tutlmuş qaydaları qəsdən pozmaq yoluyla onu əldə etməsində ifadə edilir.

Məqsədli dövlət kreditindən təyinatına əsasən istifadə olunmaması məqsədli dövlət kreditinin verilməsi barədə qərarda nəzərdə tutulan şərtlərə zidd olaraq ondan istifadə olunmasında və yaxud həmin vəsaitlərdən aralıq mərhələlərdə azanc əldə etmək üçün istifadə edilməsində ifadə edilən hərəkətlər mülkiyyət əleyhinə olan cinayətlər, yaxud vəzifə cinayətlərinin tərkibini yaratmadığı zaman CM-in 195-ci maddəsiylə məsuliyyətə səbəb olur.

Qanunsuz kredit almaq və yaxud kreditdən təyinatına əsasən istifadə etməmə zamanı törədilən əməllər bu cinayətin törədilməsi vasitəsi və ya üsulu kimi çıxış etdiyi hallarda cinayətlərin cəmi deyil də, vahid cinayət tərkibi mövcud olur.

Qanunsuz kredit almaq və yaxud kreditdən təyinatına əsasən istifadə etməmə qanunda maddi tərkibli cinayət olaraq nəzərdə tutulduğuna görə həmin əməllərin konkret ictimai təhlükəli nəticəyə-ziyan vurulmasına səbəb olması tələb edilir. Həmin ziyan xeyli məbləğdə (iyirmi mindən yüz minə qədər) olduğu zaman cinayət tərkibi mövcud olur.

Qanunsuz kredit alma, ya kreditdən təyinatına əsasən istifadə etməmə nəticəsində ziyan kredit verənə vurulur. Həmin ziyanın miqdarı kreditor borcunun həcminə əsasən hesablanmaqla verilən kreditin məbləğinə əsasən müəyyən olunur.

Subyektiv cəhətdən qanunsuz kredit alma, ya kreditdən təyinatına əsasən istifadə etməmə təqsirin qəsd formasında törədilir. Təqsirkar şəxs qanunsuz şəkildə kredit, güzəştli şərtlərlə, yaxud məqsədli dövlət krediti

alındığını və yaxud məqsədli dövlət kreditindən təyinatına əsasən istifadə etmədiyini dərk edir, bunun ictimai təhlükəli nəticələrini öncədən görür, bunun baş verməsini arzu edir və yaxud buna şüurlu formada yol verir.

Qanunsuz kredit alma, yaxud kreditdən təyinatına əsasən istifadə etməmə cinayətinin subyekti, təhlil olunan maddənin birbaşa göstərişinə əsasən, həmin kreditin verildiyi təşkilatın rəhbəri və yaxud fərdi sahibkar ola bilər.

Nəticə

Qanunsuz kredit alma vaxtı xeyli və külli miqdarda ziyan vurulmasının müəyyən olunması üçün hər bir halda fərdi qaydada araşdırma aparılması, bu məsələnin bütün faktiki hallarını nəzərə alaraq yekun nəticə çıxarılması düzgün olar. Bu vaxt alınmış və yaxud təyinatı üzrə istifadə edilməmiş kreditin miqdarının, zərərçəkən kredit təşkilatlarının maliyyə durmunun və qanunsuz kredit almanın onların maliyyə durumuna təsirinin, qanunsuz kredit alma nəticəsində kredit alma imkanından məhrum olan üçüncü şəxslərin maddi durmunun, ilkin olaraq nəzərə alınması vacibdir.

CM-in 195.1-ci maddəsində nəzərdə tutulan xeyli məbləğdə dedikdə, iyirmi min manatdan yüz manata qədər olan məbləğ anlaşılır və cinayət nəticəsində vurulan ziyanın 2 mislindən 4 mislinə qədər miqdarda cərimə və yaxud 2 ilə qədər müddətə islah işləri, yaxud 1 ilə qədər müddətə azadlığın məhdudlaşdırılması, yaxud 2 ilə qədər müddətə azadlıqdan məhrum edilmə ilə cəzalandırılır. [3, s183]

CM-in 195.2-ci maddəsində cinayətin ağırlaşdırıcı tərkib əlaməti- eyni əməllərin külli miqdarda ziyan vurması nəzərdə tutulmuşdur. Burada külli miqdar dedikdə, yüz min manatdan artıq olan məbləğ nəzərdə tutulur. Qeyd olunan maddədə olan əməllərin yüksək miqdarda ziyan vurması ilə nəticələnməsi cinayət nəticəsində vurulan ziyanın 3 mislindən 5 mislinə qədər miqdarda cərimə və yaxud 1 ildən 3 ilə qədər müddətə azadlığın məhdudlaşdırılması, yaxud 2 ildən 5 ilə qədər müddətə azadlıqdan məhrum edilməklə cəzalandırılır. [3, 183]

Ədəbiyyat

1. Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyası, Hüquq yayın evi, Bakı, 2019, 86 səh.
2. Azərbaycan Respublikasının Mülki Məcəlləsi, http://www.e-qanun.az/code/8
3. Azərbaycan Respublikası Cinayət Məcəlləsi, Bakı, Hüquq yayın evi, 2019, 737 səh.
4. Azərbaycan Respublikası Cinayət Məcəlləsinin kommentariyası, CM-in 190-353-cü maddələrinin şərhi, Bakı, Hüquq yayın evi, 2018, 799 səh.
5. http://edf.gov.az/az/content/97
6. http://smb.gov.az/nav/guztli-maliyylm-mexanizmlri

Criminal liability for violation of credit relations of economic entities

Summary

This article, which is new to the criminal legislation of Azerbaijan, is one of the important principles of a market economy, which guarantees freedom of entrepreneurship, economic pluralism, equality of all business entities, regardless of organizational and legal and form of ownership. In accordance with fair social and economic rules, our state provides support measures for the development of entrepreneurs to ensure a decent standard of living for all, one of which is the provision of soft loans.

Illegal borrowing or non-use of credit for its intended purpose is an object of crime, as it undermines the legitimate interests of all participants in economic relations, as well as the foundations of the financial system in general.

Other decisions on granting loans and relevant normative-legal acts indicate the need to use targeted state credit in accordance with its purpose. Failure to use the loan for its intended purpose constitutes a criminal offense under criminal law.

Уголовная ответственность за нарушение кредитных отношений хозяйствующих субъектов

Резюме

Эта статья, которая является новой для уголовного законодательства Азербайджана, является одним из важных принципов рыночной экономики, гарантирующей свободу предпринимательства, экономический плюрализм, равенство всех хозяйствующих субъектов, независимо от организационно-правовых и форм собственности. В соответствии со справедливыми социальными и экономическими правилами, наше государство обеспечивает меры поддержки для развития предпринимателей для обеспечения достойного уровня жизни для всех, одним из которых является предоставление льготных кредитов.

Незаконное заимствование или неиспользование кредита по назначению является объектом преступления, поскольку оно подрывает законные интересы всех участников экономических отношений, а также основы финансовой системы в целом.

Другие решения о предоставлении кредитов и соответствующие нормативно-правовые акты указывают на необходимость использования целевого государственного кредита в соответствии с его назначением. Неиспользование кредита по назначению является уголовно наказуемым деянием.

Rəyçi: dos. Ş.Kərimov

Göndərilib: 27.05.2020 Qəbul edilib: 29.05.2020

DOI: 10.36719/AEM/2007-2020/54/91-94

Sabuna Firaddin Mammadzada
Baku State University
mammadzadaa@mail.ru

BREACH OF CONTRACT AS ONE OF THE GROUNDS FOR TERMINATION OF THE CONTRACT OF CARRIAGE OF GOODS BY SEA

Key words: *a contract of carriage of goods by sea, termination of contract, terms of contract, repudiatory breach, anticipatory breach*
Açar sözlər: *dənizlə yük daşınması müqaviləsi, müqavilənin xitam olunması, müqavilənin müddəaları, imtinaedici pozuntu, gözlənilən pozuntu*
Ключевые слова: *договор морской перевозки груза, расторжение договора, условия договора отказ от договора, досрочное нарушение*

Introduction

Termination of contract is an act occurring when the parties to the contract are discharged from their contractual obligations. Normally, the contract should be terminated when the parties to the contract carry out the obligations agreed in accordance with the terms in the contract and, as a result, the contractual relations between the parties are satisfied. Otherwise, termination of the contract may take in other various ways without the total performance required by law, that one of these ways is breach of contract. Breach of contract occurs where one party refuses or fails to perform the obligations undertaken according to the contract. However, breach does not automatically terminate the contract and gives to the aggrieved party the right to decide whether he wants to terminate the contract or not.

A contract of carriage of goods by sea as one of the types of contracts may be terminated due to the ground as breach of contract. Firstly, we should determine the notion of this contract. Let's look through how this matter is reflected in the national legislation and different conventions.

In accordance with the article 1 of the Hague-Visby Rules "a contract of carriage" applies only to contracts of carriage covered by a bill of lading or any similar document of title, in so far as such document relates to the carriage of goods by sea, … from the moment at which such bill of lading or similar document of title regulates the relations between a carrier and a holder of the same [1]. In the Hamburg Rules the article 1 defines that "a contract of carriage by sea" means any contract whereby the carrier undertakes against payment of freight to carry goods by sea from one port to another [2]. According to the Rotterdam Rules "a contract of carriage" means a contract in which a carrier, against the payment of freight, undertakes to carry goods from one place to another [3].

In the legislation of the Republic of Azerbaijan the definition for a contract of carriage of goods by sea is reflected in the article 87 of the Merchant Shipping Code. This article defines that a contract of carriage of cargo by sea is any contract under which a carrier is obliged to transport the cargo (provided or to be provided by the shipper) to the destination port and deliver it to the person authorised to accept the cargo (referred to as a consignee) and payment of the transportation costs (freight) will be borne by the shipper or consignee [4].

In the article 850 of the Civil Code of the Republic of Azerbaijan the notion of the contract of carriage is mentioned such as regarding to the freight contract transporter is in charge for transporting goods (items) form one place to place of destination in return of the payment (freight fee), and Owner or Receiver of the goods (items) has to make payment for that [5].

As can be seen from the above mentioned provisions the contract of carriage of goods by sea is one under which the carrier undertakes to carry the goods from one place to another and deliver them to the consignee, in return for which the shipper is obliged to pay freight to the carrier. Thus, the contract of carriage of goods by sea regulates rights and obligations of the parties. They have a duty to perform the contract. In the case of breach of the contractual obligations the contract of carriage of goods by sea may be terminated. Therefore, it is important to determine the effect of breach to the termination of the contract.

Breach of the contract of carriage of goods by sea occurs when one party refuses or fails to perform one or more of the obligations agreed in this contract. Such a breach may take one of three forms. The party in default may either expressly repudiate liability under the contract, do some act which renders further performance of the contract impossible, or simply fail to perform when performance is due [6, p. 346]. The effect of breach is that it gives an automatic right to claim for damages and also in some instances, may entitle the innocent party to treat itself as discharged.

Termination of the contract of carriage of goods depends on that which terms of the contract have been broken. Let's look through how terms of the contract are categorized. Historically, contractual terms have been divided into two main categories: conditions and warranties. Lord Denning MR described the distinction as follows: ". . . if the promisor broke a condition in any respect, however slight, it gave the other party a right to be quit of his future obligations and to sue for damages: . . . If the promisor broke a warranty in any respect, however serious, the other party was not quit of his future obligations. He had to perform them. His only remedy was to sue for damages" [7, p. 28]. A condition is such a significant term of the contract, at a result of non-fulfillment of it, performance of the other terms will be radically different from what has been originally intended. Consequently, in the case of breach of any condition, the innocent party has the right to treat the contract as repudiated and itself as discharged from performance of the obligations under the contract, as a result, the contract is terminated. Conversely, a warranty is not essential as a condition, so, breach of it will not result with discharging of the party not in default from performance of the contractual obligations. Therefore, this party to the contract is able to claim for damages, however, it does not have an option to repudiate.

The other type of terms of the contract may be render an intermediate or innominate term. Normally, such a term does not enter into the traditional category of the terms of the contract such as conditions and warranties. The consequences of breach of an intermediate term depend on the seriousness of the breach. It is not every breach of an intermediate term that justifies the innocent party in terminating the contract; the question of whether or not the contract can be terminated depends on the seriousness of the breach and the seriousness of the effect that it has on the contract [8, p. 478]. In normal, terms relating the description of a ship are more considered as intermediate terms, for example: terms mentioning the ship's speed or cargo capacity and so on. If the breach of these terms deprives the innocent party of the main benefit of the contract, then it can be allowed that this party to terminate.

Breach of contract may be in one of two forms such as repudiatory and anticipatory. Repudiatory breach occurs when a party in default breaks terms of the contract or otherwise shows a clear intention not to perform the contractual obligations. This case deprives the innocent party from substantial part of benefit which is intended to earn on the occasion of performance of the contract. Thus, the innocent party has the right to treat the contract as terminated. The breach itself does not automatically terminate the contractual obligations. For it, the innocent party should accept repudiatory breach which is committed by the defaulting party. So, the innocent party may elect one of the following options:

1) the right to waive the repudiatory breach and continue with performance of the contractual obligations, or

2) the right to accept this type of breach. In such an option, the non-defaulting party is at once discharged from performance of all outstanding obligations under the contract and entitled to sue for damages [6, p. 352].

Anticipatory breach is a repudiation of the obligations under the contract by one of the parties to the contract indicating an intention, express or implied, that the contract will not be performed. In other words, a party demonstrates in advance of the date fixed for performance of the contract that it is not going to perform. The party not in default may elect to terminate immediately without the importance of waiting for the date for performance to come. Anticipatory breach does not automatically terminate the obligations under the contract, for it to be effective, the repudiation should be accepted by the other party. Repudiation by one party standing alone does not terminate the contract. It takes two to end it, by repudiation on the one side and acceptance of the repudiation on the other. This issue was considered in The Simona [6, p. 346-347] known as the case Fercometal Sarl v Mediterranean Shipping Co. SA (1989). In this case charterers entered into an agreement with ship owners for the carriage of a cargo of steel in the vessel "Simona" from Durban to Bilbao with a laycan of 3-9 July. The contract allowed the charterers an option of termination on 9 July. The ship owners requested the charterers to extend the cancelling date for 13-16 July. But, the charterers reputed the contract and gave notice of the cancellation of the contract of carriage. This notice constituted an anticipatory breach because it had been given in advance of the cancelling date of 9 July. But, the vessel was not ready for loading. The ship owners waived the breach and claimed for wrongful repudiation. They gave a notice of readiness to load on 8 July. In holding that the contract still subsisted despite the anticipatory breach, Lord Ackner remarked that "when one party wrongfully refuses to perform obligations, this will not automatically bring the contract to an end. The innocent party has an option. He may either accept the wrongful repudiation as determining the contract and sue for damages or he may ignore or reject the attempt to determine the contract and affirm its continued existence [6, p. 347]. The Court held that wrongful repudiation and failure to perform the contractual obligations of one of the parties to the contract does not immediately affect to termination of the contract. Thus, in the instance of wrongful repudiation, the other party (non-repudiating) may elect one of two options such as acceptance of the repudiation or affirmation of the contract by resuming for

carrying out the contractual obligations. Consequently, the charterers' unaccepted repudiation does not influence their right of termination if the vessel is not ready by 9 July. The charterers can exercise the right of termination under the existing contractual clause with no damages, because the ship owners continued to accept the resuming of the contract and failed to tender the ready vessel on 9 July.

In the Merchant Shipping Code of the Republic of Azerbaijan reasons for waiver of execution of the contract of carriage of goods by sea are reflected. These cases may be the ground for breach of contract and, as a result, the contract can be terminated. The article 119 of this Code mentions these cases as the following:

1) if the value of the loaded cargoes does not cover the freight and the carrier's costs on the cargoes, and the shipper or the charterer do not completely pay for the freight and submit an additional guarantee before the ship departure, the carrier will be authorised to waive from the execution of the contract of carriage of goods by sea before the ship departure and request compensation of losses.

2) the shipper and charterer will be authorised to waive from execution of contract of carriage of goods by sea, on conditions of payment of all costs incurred by the carrier in connection with the execution of this contract, demurrage costs and or freight or part of it [4].

As can be seen, the contract of carriage of goods by sea may be breached due to repudiation of one of the parties to the contract in such cases mentioned in the law. These events give rise to a right of action for damages and may entitle the non-defaulting party to treat the contract as terminated.

Conclusion

A contract of carriage of goods by sea as the formation of transport relationship between a shipper and a carrier regulates their rights and obligations. The parties have a duty to perform the contractual obligations. On the occasion of breach of the obligations by one of the parties, the contract of carriage of goods by sea may be terminated. Breach of the contract occurs when one party fails to carry out one or more obligations as described in the contract, or refuses to fulfill them and shows the intention not to perform the contract. Breach may be repudiatory or anticipatory. Termination of the contract of carriage of goods by sea ranges depending on the breach of certain terms of the contract such as conditions, warranties and intermediate or innominate terms. Consequently, breach of the contract does not automatically terminate the contract and it may entitle the innocent party to treat the contract as terminated.

References

1. The Hague-Visby Rules - The Hague Rules as Amended by the Brussels Protocol, 23 February, 1968;
2. United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, ("Hamburg Rules"), 1978, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/aconf89d13_en.pdf ;
3. United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, (Rotterdam Rules), 2008, http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/transport/rotterdam_rules/Rotterdam-Rules-E.pdf;
4. Azərbaycan Respublikasının Ticarət Gəmiçiliyi Məcəlləsi, http://www.e-qanun.az/code/16;
5. Azərbaycan Respublikasının Mülki Məcəlləsi, http://www.e-qanun.az/code/8;
6. John F Wilson, Carriage of Goods by Sea, seventh edition, 2010, p.559;
7. Paul Todd, Principles of the Carriage of Goods by Sea, London and New York, p.443;
8. Richard Williams, Gard Guidance on Maritime Claims and Insurance, 2013, p.594

Müqavilənin pozulması dənizlə yük daşınması müqaviləsinə xitam verilməsi hallarından biri kimi

Xülasə

Məqalədə dənizlə yük daşınması müqaviləsinin anlayışı barədə milli qanunvericiliyin və beynəlxalq konvensiyaların müddəaları nəzərdən keçirilir və onun əhəmiyyəti qeyd olunur. Dənizlə yük daşınması müqaviləsi əsasında tərəflərin, yəni yükgöndərən və daşıyıcının hüquq və öhdəlikləri yarandığı kimi, bu hüquq və öhdəliklərin sona çatması baxımından müqaviləyə xitam verilməsi hallarının müəyyənləşdirilməsi mühüm əhəmiyyət kəsb edir. Müqavilənin pozulması bu hallardan biri kimi müəyyən hallarda dənizlə yük daşınması müqaviləsinin xitamına səbəb olur. Məqalədə müqavilə pozuntularının gözlənilən və imtinaedici kimi növləri, müqavilədə hansı növ müddəaların pozulmasının onun xitamına təsiri və onların nəticələri təhlil olunur.

Нарушение договора как один из случаев расторжения договора о морской перевозке грузов

Резюме

В статье рассматриваются положения национального законодательства и международных конвенций об определении договора о морской перевозке и подчеркивается его значимость. Права о обязанности сторон как отправителя, так и перевозчика зарождаются на основании договора о морской перевозке, важно определить обстоятельства расторжения договора, учитывая сроки истечения данных прав и обязанностей. Нарушение пунктов договора в некоторых случаях приводит к расторжению договора о морской перевозке. В статье анализируются виды нарушения такие, как досрочное нарушение и отказ от договора, отмечается влияние нарушения условий договора на его расторжение и последствия.

Rəyçi: h.f.d. S.Ə.Eyvazova

Göndərilib: 30.05.2020 Qəbul edilib: 01.06.2020

DOI: 10.36719/AEM/2007-2020/54/95-98

Aytac Tahir Cahangirova
Baku State University
aytaccahangirova@mail.ru

CHALLENGES İN PROTECTİON OF USER-GENERATED CONTENT

Key words: *user-generated content, types of user-generated content, copyrightable content*
Açar sözlər: *istifadəçi tərəfindən yaradılan kontent, istifadəçi tərəfindən yaradılan kontentin tipləri, müəlliflik hüququ ilə qorunan kontent*
Anahtar kelimeler: *kullanıcı tarafından oluşturulan içerik, kullanıcı tarafından oluşturulan içerik türleri, telif hakkıyla korunan içerik*

Introduction

Copyright is struggling with UGC for many reasons. It is essential to note that UGC in every stage of it may create challenges for copyright because of its nature. This chapter first will analyze the problems of uncopyrightable UGC in connection with copyright in order to differ the challenges of copyrightable UGC from uncopyrightable content in regarding of copyright infringements. Therefore, these difficulties will analyze under two sections: A) Challanges arising from uncopyrightable UGC, B) Challanges arising from copyrightable UGC.

The structure of UGC platforms indicate what the various actions are that users can make: downloading, altering, mixing, uploading, and/or making available audio, video, and text content on personal web pages, social sites, or using peer-to-peer technology to allow others to access content on their computer. At first sight, they may seem as a great opportunity for people who want to express themselves on these platforms. There is truth that UGC is considered as a tool for an expression of the user, for example user shares video with background music in order to describe her feelings. Actually, all of us use platforms so as express themselves in different ways. But by creating UGC and uploading it to the Internet someone may potentially violate a number of exclusive rights: the reproduction right, the adaptation right, and the communication to the public right and so on. At the same time, the existence of limitations and exceptions on copyright may provide the scope for the lawful use. In this point, the main issue is that what actions on copyrighted content are allowed by copyright law for users, and which limitations and exceptions may offer solace to the user. It is so difficult to define line between lawful actions and unlawful actions on copyrighted content by others because of the wide variety of UGC and unclear character of some limitations and exceptions. At this moment, it should be stressed that, in general, in order to maintain an appropriate balance between the interests of right holders and public`s interest, copyright laws allow certain limitations on economic rights, that is, cases in which protected works may be used without the authorization of the right holder and with or without payment of compensation. As it can be seen these exemptions and limitations related to just economic rights, therefore there are no any exemptions, limitations and other form of restriction on moral rights of authors. This is a general approach that these limitations and exceptions aim at create the balance between author and public, in regard of this approach every state defines the scope of copyright limitations and exceptions on their legislation.

How work these limitations and exceptions for UGC? User-generated content may be sheltered from the expansive exclusive rights by three exceptions and limitations: the quotation exception, the exception allowing incidental inclusion, and the exception for use for purpose of parody, caricature or pastiche (InfoSoc Directive 2001: art. 5(3)d) . By giving a common understanding of these exceptions this may possible to understand “safe place” for creating by users on internet.

The Berne Convention provides in article 10(1) that “[i]t shall be permissible to make quotations from a work which has already been lawfully made available to the public, provided that their making is compatible with fair practice, and their extent does not exceed that justified by the purpose […]”. The conditions for allowed quotations may be different in every country. Actually, the law only allows short quotations, for example, you can use up to 400 words in a single extract or you can quote up to 300 words at a time provided that you do not use more than 800 in total and other conditions. The requirement that the quotations be short is often understood to mean that musical works and works of graphical art cannot be quoted (Gaubiac, Y (1997) pp. 2-77). It is important to note that for making quotations from a work there must be a purpose of criticism or review. Therefore, if quotation is making in order to reach the aims which are required for legality of such use, then music quotation may deem possible under this condition that quotation

must be no more than is required to achieve purpose. For instance, the reproduction of an entire painting in an auction catalogue could not regarded to be a permitted (short) quotation (Cour de cassation (1re Chambre Civile), Fabris v. Loudmer, 22 January 1991, 23 I.I.C. 294 (1992). In other cases, the showing during 49 seconds of murals by the artist Edouard Vuillard during a news broadcast was not allowed Société nationale de programmes Antenne 2 v Société SPADEM, 4 July 1995] nor was the showing of paintings in a reportage about an art exhibition (Cour de cassation (1re Chambre Civile), Utrillo, 13 November 2003, 35 I.I.C. 716 (2004).

Generally, quotation exceptions have many sides and boundaries of it are formed by every state and of course, it may change case by case. As a result, from this brief understanding of quotation is clear that if user apply to quotation under the certain required conditions and they have compliance with the legislation, then her use is considered as lawful action.

As before mentioned incidental inclusion may consider as exception on copyright, it is important to add that this kind of exception is not acceptable in all legislations. But according to article 5(3)(i) of the InfoSoc Directive provides that member states may provide an exception or limitation for "incidental inclusion" of a work or other subject-matter in other material". As can be seen from wording of incidental inclusion, there is no direct intent to use copyrighted content, it means that the use of such content is incidental. Take into consider that the examples of subjects which are protected by copyright exist in many sides of our everyday lives, so sometimes it is impossible to avoid incidental kind of use of copyrighted content. In order to better understanding of this notion, it would be useful applying to some certain cases both in daily life of us and in court. For example, when user takes a photo, a snippet of any program on a television screen may include the background of this photo, or where there is some background music playing where user is filming and so on. The key point is that all these have not been deliberately added in the edit of user-generated content.

Accordingly, in cases which are issued in court the same approach is taken as a basis. For example, within the case of Football Affiliation Chief Association v Panini UK Ltd Panini distributed for sale collectible stickers depicting well known football players. The images of players showed their premier league forms, club badges and premier emblems. In this case, the Football Association Premier League ("FAPL") as the first claimant had license to Topps Europe Limited ("Topps") in order to product an official sticker and album collection and Toops paid a substantial sum for this license. Thus, Panini actions caused that FAPL, Topps and fourteen premier clubs applied to court for copyright infringement. At that moment, Panini tried to gain the benefit "incidential inclusion", therefore it argued that the inclusion of the claimant's logos or badges in the photographic images of the stickers and in the album were merely "incidental", not directly. Court did not accept this defense of Panini, therefore court held that the word "incidental" had "casual, inessential, subordinate or merely background" meaning according to Oxford English Dictionary, thus that inclusion was an integral part of the artistic work, without the badges Panini would not have had the complete picture that it wished to produce. Thus, such use of Panini was deemed as copyright infringement.

Panini appealed against this decision, submitting the judge was wrong to reach his decision for the following reasons: (i) there was no dichotomy between "integral" and "incidental" - the emblem and badges could be "an integral part of the artistic work", as the judge held, and yet be incidental to that work; (ii) that the test whether the inclusion of the emblems and badges is incidental must be answered in the light of the circumstances when the "photograph in issue is made" - the judge should not have taken into account the characteristics of a notional customer of Panini's product; (iii) that the "incidentality" of the inclusion must be judged with regard to artistic considerations - again, the judge should not have taken into account the characteristics of a notional customer; and (iv) that the judge should have informed himself of the legislative policy to which s.31 of the Act was intended to give effect as revealed by a consideration of the debate in Parliament. But Court stated that the inclusion of the individual badge and the FAPL emblem is not "incidental" in this case, because the inclusion of the individual badge and the FAPL emblem has great role in the object for which the image of the player as it appears on the sticker or in the album. Thus, according to court decision the main role of this emblem cause the lack of accidental inclusion from here. At the same time, there are other thoughts which do not agree with court decision, especially in FAPL emblem. According to this approach, the FAPL emblem within the work has little or no impact upon the overall impression of the photograph in the mind of the notional customer and inessentiality of it covers "not essential" and merely "background" meaning of incidental inclusion. Therefore, from this point it falls into the scope of incidental inclusion.

Thus, it should be stressed that because of incidental and background character of incidental inclusion, the value of it for UGC may not make a sense. This is why actually when users create content, then they may tend to use copyrighted content in order to add significant value to their content. At this moment their

intention brings the essentiality and main focus to the place of copyrighted work on these content, and this inclusion loses its incidental character.

As it can be seen from above examples every exception has special features and they may change case by case and when court makes a decision in these cases, these features and "fair use" are considered by court. This is why, users who accused of copyright infringement try to enjoy such exceptions and fair use umbrella in order to avoiding copyright infringement. For example, one of the more discussible category of UGC are mashups and remix arise copyright issues because of its "borrowing" character. The legality of use for mashup or remix, it is required a permission from the copyright holders, but actually, users use another work on their content without permission and they face copyright infringement claim against them and therefore, in order to stay out of these cases, they apply to fair use umbrella. Copyright law encourages authorship at least as much for the benefit of the people who will read, view, listen to, and experience the works that authors create, as for the advantage of those authors and their distributors (Jessica Litman (2007): p. 45). It should be stressed that the fair use doctrine can determine whether and when public, commercial uses could be deemed "legitimate", "lawful" and as can be seen from wording of it "fair". The examples of fair use are uses for news reporting, scholarship, research, or educational purposes. In order to gain the benefit from fair use, user actions must be appropriate to some certain factors. Actually these factors cover:

1. The purpose and character of the use;
2. The nature of the copyrighted work;
3. The amount of use;
4. The effect of such use on the market for the copyright holder work.

Every factors have special place for determining whether the use of a copyrighted work is a fair use. The complexity of pinning down how fair use actually functions, or should function, and how the four factors should be utilized, is a subject that has been written about extensively (Paul Goldstein 2008: p. 433). According to Professor Paul Goldstein over-reliance on the four factors as a strict guide to determining fair use decisions can be problematic because the factors: are an abstracted, antiseptic version of the real world; they do not mirror, or even refract, the features a world in which authors create works and publishers market them in which copyright users must decide whether to take a license or risk going without; and in which judges must decide whether the user guessed right or wrong (Paul Goldstein 2008: 438).

It is clear that determining exceptions and limitations for UGC on the basis on these factors and some requirements such as incidental use, private use and so on is not easy. In there the best way to apply these exceptions and limitations in order to avoiding copyright infringement is focusing diverse contexts because of cases which address "new technologies for the distribution of copyrighted content [such as] photocopying, cable retransmission, and home videotaping." (Paul Goldstein 2008: 438).

Finally, if we analyze all these exceptions and limitations in the light of UGC, then we see that the special features of UGC brings the additional challenges to defining the legal and i-llegal actions. First of all, UGC is on platforms which are open to many people, and these platforms make easy the sharing process and it can lead to facing more copyright infringement issues owing to virtual world. The other problematic issue is that actually users are unaware that they may be violating copyright law. When they create content apply to copyrighted content and they may not know that this process which they make can cause infringement and when they upload it to internet possibility of copyright infringement increases.

Conclusion

UGC can be clarified as copyrightable content and uncopyrightable content. Copyrightable content as a content that meets all certain copyright protection requierements. Uncopyrightable content is that could not protect as subject of copyright law, but it does not mean that this content is always an unlawful content. It can be lawful content or pure content which are not accepted as a subject matter of copyright law. In turns out that, expected ingringements depend on essential feature of UGC. Therefore, if UGC is copyrightible content, then challanges about it differ from uncopyrightable content.

Bibliography

1. InfoSoc Directive 2001
2. Gaubiac Y., 'Freedom to quote from an intellectual work', (1997) 171 RIDA
3. Cour de cassation (1re Chambre Civile), Fabris v. Loudmer, 22 January 1991, 23 I.I.C. 294 (1992)
4. (Cour de cassation (1re Chambre Civile), Utrillo, 13 November 2003, 35 I.I.C. 716 (2004).
5. Jessica Litman, Lawful Personal Use, 85 TEX. L. REV. 1871, 1882 (2007)
6. Paul Goldstein, Fair Use in Context, 31 COLUM. J.L. & ARTS 433, 433 (2008)

İstifadəçi tərəfindən yaradılan kontentin hüquqi mühafizəsinin çətinliyi

Xülasə

Müasir texnologiyanın bizə yaratdığı şərait sayəsində artıq özümüzü ifadə etmək daha asanlaşıb. Hamımızın ən azı bir sosial media hesabımız var, bu hesabdan istifadə edərək fərqli şeylər paylaşırıq, bəzilərimiz bu paylaşıma çox az vaxt sərf edərkən, digərlərimiz isə həqiqətən, kifayət qədər profesional kontent yarada bilir. Lakin yaradılan kontent bəzən müəllif hüquqlarını poza bilir, əlbəttə bu zaman internetin azad təbiəti də məsələyə təsirsiz ötüşmür. Belə olduqda istifadəçi tərəfindən yaradılan kontentin müəllif hüquqları ilə toqquşmamaması üçün mövcud olan istisnaların analizi vacib əhəmiyyət daşıyır.

Kullanıcı tarafından oluşturulan içeriyin korunmasının zorlukları

Özet

Modern teknolojinin yarattığı koşullar sayesinde kendimizi ifade etmek daha kolay hale geldi. Hepimizin en az bir sosyal medya hesabı var, bu hesabı farklı şeyler paylaşmak için kullanıyoruz, bazılarımız bu paylaşım için çok az zaman harcarken, diğerleri gerçekten profesyonel içerik oluşturabilir. Bu durumda ortaya çıkan sorulardan biri, oluşturdukları içeriğin telif hakkı ile korunması meselesidir. Ancak, oluşturulan içerik bazen telif hakkını ihlal edebilir ve elbette İnternet'in özgür doğası da bu konuyu yakından etkiliyor. Bu durumda, kullanıcı tarafından oluşturulan içeriğin telif hakkı ile çelişmemesi için istisnaları analiz etmek önemlidir.

Rəyçi: prof.Ş.Səmədova

Göndərilib: 27.05.2020 Qəbul edilib: 29.05.2020