Azərbaycan məhkəmələrində bir həyula dolaşır...

CABİR ƏLİYEV
PhD, vəkil

> *"...BMT Baş Məclisinin xx.xx.1959-cu il tarixli, 1386 nömrəli qətnaməsi ilə qəbul edilmiş "Uşaq hüquqları haqqında" Bəyannamənin 6-cı prinsipinə görə, azyaşlı uşaq, müstəsna şərait mövcud olduğu hallardan başqa, anasından ayrılmamalıdır. Hazırkı işdə ananı və uşaqları bir-birindən ayırmaq üçün müstəsna şərait mövcud deyil."* ***İş № 2(103)-7127/2022, Bakı Apellyasiya Məhkəməsi Mülki kollegiyasının 02. 12. 2022 tarixli qətnaməsi***
>
> *"...BMT Baş Məclisinin xx.xx.1959-cu il tarixli, 1386 nömrəli qənaməsi ilə qəbul edilmiş "Uşaq hüquqları haqqında" Bəyannamənin 6-cı prinsipinə görə azyaşlı uşaq, müstəsna şərait mövcud olduğu hallardan başqa, anasından ayrılmamalıdır."* ***İş № 2(102)-1633/2023, Ali Məhkəmə Mülki Kollegiyasının 18. 04. 2023 tarixli qərarı***
>
> *"... Belə ki, BMT Baş Assambleyasının 20 noyabr 1959-cu il tarixli 1386 (XİY) saylı qətnaməsi ilə elan edilmiş Uşaq Hüquqları Bəyannaməsinin 6-cı prinsipinə görə... [a]zyaşlı uşaq, müstəsna şərait mövcud olduğu hallardan başqa, anasından ayrılmamalıdır. ...İşə mahiyyəti üzrə baxan məhkəmələr uşaqların anasından ayrılmasını şərtləndirən müstəsna hallar müəyyən etməmişlər."* ***İş № 2(102)-471/2023, Ali Məhkəmə Mülki Kollegiyasının 07. 03. 2023 tarixli qərarı***

Beləcə yüzlərlə, bəlkə də minlərlə məhkəmə qərarı...

Qəribədir! Əslində "qəribə" yazandan sonra fikirləşdim nə qəribəsi, əsl tragikomediyadır. Bir ədliyyə sistemi düşünün ki, həmin sistemdə məhkəmələr illərdir bir beynəlxalq bəyannaməyə istinad edərək mübahisə həll edirlər, amma bəyannamə əslində yoxdur. Bəli, yanlış oxumadınız! İllərdir Azərbaycan məhkəmələri uşaq tələbi, yaxud el dili desək, "himayə işləri" ilə bağlı işlərdə istinad etdikləri 1959-cu il tarixli BMT Uşaq hüquqları Bəyannaməsinin 6-cı prinsipi əslində yoxdur. Texniki terminlə ifadə etsək, sözügedən prinsip hüquq aləmində mövcud deyil (**null and void**).

kodifikasiya

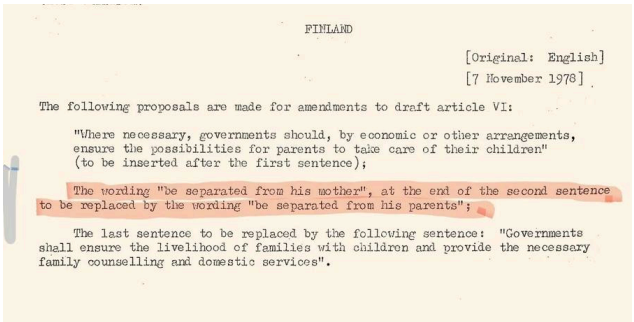
Ümumiyyətlə beynəlxalq hüququn kodifikasiyasının özünəməxsus təbiəti var. Beynəlxalq hüquqda kodifikasiya edilmək istənilən sahədə əvvəlcə yumşaq hüquq (**soft law**) deyilən bir mətn qəbul edilir. Bu adətən bəyannamə, direktiv və s. formasında olur. Bu mətnlər yarı-hüquqi sənəd adlanır və məcburi qüvvəsi yoxdur. Bir müddət sonra, necə deyərlər, bu mətnlərdəki hüquqlar müzakirə edilib dövlətlər tərəfindən "həzm" edildikdən sonra həmin sahədə məcburi qüvvəsi olan konvensiyalar qəbul olunur. Beynəlxalq insan hüquqlarının kodifikasiyasında bu tendensiyasının tarixi-obyektiv səbəbləri var. Məsələn, II Dünya Müharibəsindən sonra BMT qurularkən keçmişin ağrılı təcrübələrinin bir daha baş verməməsi üçün insan hüquqlarının təsbit olunduğu məcburi qüvvəsi olan bir mətnə ehtiyac olduğu qənaətindəydi üzv dövlətlər... Ancaq problem ondaydı ki, bu mətndə hansı hüquqların qeyd ediləcəyi barədə dövlətlər ortaq məxrəcə gələ bilmirdi. Dünya iki qütblüydü... Sovet bloku siyasi və mülki hüquqlara etiraz edirdi, liberal ənənəyə sahib dövlətlər isə sosial hüquqlara... Beləliklə proses uzanırdı və planlaşdırılan məcburi qüvvəsi olan mətni qəbul etmək mümkün olmurdu. Bundan sonra həll yolu olaraq məcburi qüvvəsi olmayan və məcburi qüvvəsi olmadığı üçün hamının razılaşacağı bir mətn hazırlamaq fikrində uzlaşıldı və beləliklə, 1948 tarixli Ümumdünya İnsan Hüquqları Bəyannaməsi qəbul olundu. Burdakı

hüquqların məcburi qüvvəsi olan sənədə çevrilməyi — "əkiz paktların" qəbulu isə 18 il sonra 1966-cı ildə baş tutdu. Hələ də mübahisələr davam etdiyi üçün məcburi qüvvəsi olan hüquqlar da iki ayrı sənəddə, sosial və mədəni hüquqlar bir, siyasi və mülki hüquqlar başqa bir konvensiya ilə qəbul olunmuşdu.

Yuxarıda girizgah verdiyim kodifikasiya prosesi beynəlxalq uşaq hüquqları sahəsində də müşahidə oluna bilər. Belə ki, 1959-cu ildə bizim məhkəmələrin sevimli mətni **Uşaq Hüquqları Bəyannaməsi** elan edilmiş, Bəyannamədəki müddəalar uzun illər müzakirə və "həzm" edildikdən sonra 1989-cu ildə məcburi qüvvəsi olan **Uşaq Hüquqları Konvensiyası** qəbul olunmuşdur. Ancaq Bəyannamənin "həzm" edilməyən və ciddi etirazlara səbəb olan müddəalarından biri 6-cı prinsipdə qeyd edilən "**istisna hallar olmadıqca uşaq anadan ayrılmamalıdır**" cümləsi idi. 6-cı prinsipdə qeyd edilən "***ana***" sözünə valideynlər arasında ayrı-seçkilik yaratdığı və uşağın həyatında atanın rolunu nəzərə almadığı üçün bir çox dövlət tərəfindən etiraz edilirdi. Bu etirazlar 1989-cu il Konvensiyasının hazırlıq mərhələsində daha qızğın formada davam etdi...

travaux préparatoires

1989-cu il tarixli **Uşaq Hüquqları Konvensiyasının** *travaux préparatoires*-ından aydın olur ki, Polşa deleqasiyası tərəfindən təqdim olunan ilkin layihədə də Konvensiyanın 9-cu maddəsində eynilə Bəyannamənin 6-cı prinsipindəki "**istisna hallar olmadıqca uşaq anadan ayrılmamalıdır**" cümləsi olmuşdur. Lakin bu cümləyə şiddətli etirazlar olmuş və "ana" sözünün "valideynlər" sözü ilə əvəz edilməsi təklif edilmişdir.



FINLAND

[Original: English]
[7 November 1978]

The following proposals are made for amendments to draft article VI:

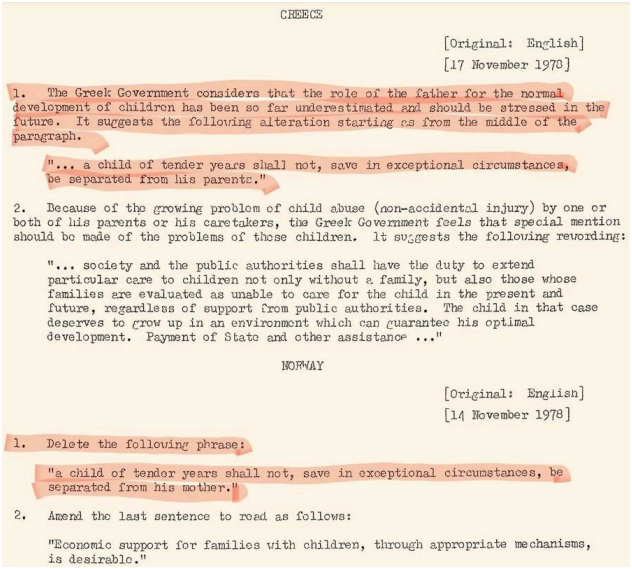
"Where necessary, governments should, by economic or other arrangements, ensure the possibilities for parents to take care of their children" (to be inserted after the first sentence);

The wording "be separated from his mother", at the end of the second sentence to be replaced by the wording "be separated from his parents";

The last sentence to be replaced by the following sentence: "Governments shall ensure the livelihood of families with children and provide the necessary family counselling and domestic services".

"Uşaq hüquqları haqqında" Konvensiyanın layihəsi barədə BMT Baş Katibliyinən təqdim etdiyi 1978 tarixli hesabatda Finlandiya hökümətinin mövqeyi

Məsələn, Konvensiyanı hazırlamaqla məsul olan **BMT İqtisadi və Sosial Şurasının** subsidiar orqanı **İnsan Hüquqları Komissiyası** (indiki İnsan Hüquqları Şurasının sələfi) BMT Baş Katibliyindən üzv dövlətlərin mövqeyini əks elətdirən hesabat istəmişdi. Həmin hesabat 1978-ci ildə Komissiyaya təqdim edilmişdi. Həmin hesabatda üzv dövlətlər bir mənalı olaraq müvafiq maddədəki "ana" sözünün "valideynlər" sözü ilə əvəz edilməsini təklif edirdi.



CREECE

[Original: English]
[17 November 1978]

1. The Greek Government considers that the role of the father for the normal development of children has been so far underestimated and should be stressed in the future. It suggests the following alteration starting as from the middle of the paragraph.

"... a child of tender years shall not, save in exceptional circumstances, be separated from his parents."

2. Because of the growing problem of child abuse (non-accidental injury) by one or both of his parents or his caretakers, the Greek Government feels that special mention should be made of the problems of those children. It suggests the following rewording:

"... society and the public authorities shall have the duty to extend particular care to children not only without a family, but also those whose families are evaluated as unable to care for the child in the present and future, regardless of support from public authorities. The child in that case deserves to grow up in an environment which can guarantee his optimal development. Payment of State and other assistance ..."

NORWAY

[Original: English]
[14 November 1978]

1. Delete the following phrase:

"a child of tender years shall not, save in exceptional circumstances, be separated from his mother."

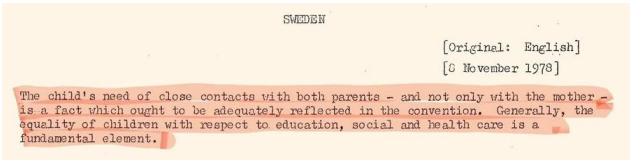
2. Amend the last sentence to read as follows:

"Economic support for families with children, through appropriate mechanisms, is desirable."

"Uşaq hüquqları haqqında" Konvensiyanın layihəsi barədə BMT Baş Katibliyinən təqdim etdiyi 1978 tarixli hesabatda Yunanistan və Norveç hökümətinin mövqeyi

Misal olsun, hesabatda Yunanıstanın mövqeyi aşağıdaki kimi əks olunmuşdu:

> *Yunanıstan hökuməti düşünür ki, indiyə qədər ataların uşağın normal inkişafındakı rolu lazımi qədər qiymətləndirməyib və bu gələcəkdə nəzərə alınmalıdır. Ona görə də ... müvafiq dəyişikliyi təklif edir: "Uşaq müstəsna hallar xaric tender yaş* dövründə **valideynlərindən**** ayrılmamalıdır."*



SWEDEN

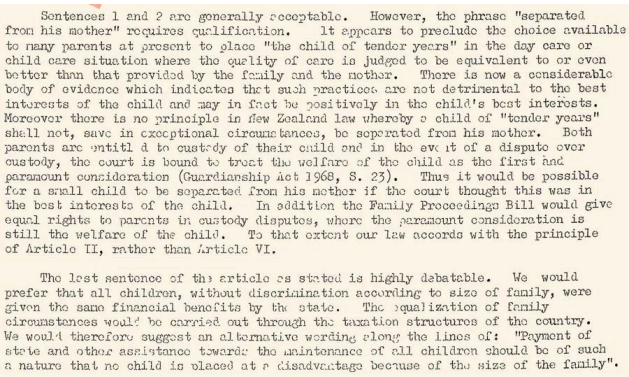
[Original: English]
[6 November 1978]

The child's need of close contacts with both parents - and not only with the mother - is a fact which ought to be adequately reflected in the convention. Generally, the equality of children with respect to education, social and health care is a fundamental element.

"Uşaq hüquqları haqqında" Konvensiyanın layihəsi barədə BMT Baş Katibliyinən təqdim etdiyi 1978 tarixli hesabatda İsveç hökümətinin mövqeyi

İsveç hökümətinin də uşağın sadəcə anayla deyil, hər iki valideynlə yaxın olması lazım gəldiyini qeyd edərək bunun Konvensiyada əks olunmağını istəyirdi.

Daha sonra 1980-ci ildə sözügedən hesabatın davamı olaraq İnsan Hüquqları Komissiyasına təqdim edilən əlavə hesabatda da Yeni Zelandiya hökuməti bu məsələyə xüsusi yer ayıraraq "ana" sözünün "valideynlər" sözü ilə əvəzlənməsini əsaslandırmışdır.



Sentences 1 and 2 are generally acceptable. However, the phrase "separated from his mother" requires qualification. It appears to preclude the choice available to many parents at present to place "the child of tender years" in the day care or child care situation where the quality of care is judged to be equivalent to or even better than that provided by the family and the mother. There is now a considerable body of evidence which indicates that such practices are not detrimental to the best interests of the child and may in fact be positively in the child's best interests. Moreover there is no principle in New Zealand law whereby a child of "tender years" shall not, save in exceptional circumstances, be separated from his mother. Both parents are entitled to custody of their child and in the event of a dispute over custody, the court is bound to treat the welfare of the child as the first and paramount consideration (Guardianship Act 1968, S. 23). Thus it would be possible for a small child to be separated from his mother if the court thought this was in the best interests of the child. In addition the Family Proceedings Bill would give equal rights to parents in custody disputes, where the paramount consideration is still the welfare of the child. To that extent our law accords with the principle of Article II, rather than Article VI.

The last sentence of the article as stated is highly debatable. We would prefer that all children, without discrimination according to size of family, were given the same financial benefits by the state. The equalization of family circumstances would be carried out through the taxation structures of the country. We would therefore suggest an alternative wording along the lines of: "Payment of state and other assistance towards the maintenance of all children should be of such a nature that no child is placed at a disadvantage because of the size of the family".

"Uşaq hüquqları haqqında" Konvensiyanın layihəsi barədə BMT Baş Katibliyinən təqdim etdiyi 1980 tarixli hesabatda Yeni Zelandiya hökümətinin mövqeyi

Beləliklə bu etirazlar nəticə vermiş və ilkin versiya dəyişdirilərək Konvensiyanın 9-cu maddəsinin yekun mətnində "*ana*" sözü "*valideynlər*" sözü ilə əvəz edilmişdir.

Dolayısıyla azərbaycan məhkəmələri beynəlxalq uşaq hüquqları sahəsində bir mətn tətbiq edəcəksə, bu, artıq bəyannamə olaraq belə qüvvəsini itirmiş (6-cı prinsip qeyd edilən cümlə kontekstində) 1959-cu il Bəyannaməsi deyil, eyni mövzunu tənzimləyən, daha sonrakı tarixli (*lex posterior*), Azərbaycan tərəfindən ratifikasiya edilmiş, məcburi hüquqi qüvvəsi olan **1989 tarixli Uşaq Hüquqları Konvensiyası**nın 9-cu maddəsi olmalıdır. Həmin maddədə isə istisna hallar olmadıqca, uşaq andan yox, valideynlərdən ayrılmamalıdır qeyd edilib. 1959-cu il tarixli Uşaq Hüquqları Bəyannaməsinin 6-cı prinsipində qeyd edilən "istisna hallar olmadıqca, uşaq anadan ayrılmamalıdır" cümləsi isə yalnız uşaq hüquqlarının beynəlxalq hüquqdakı inkişaf mərhələsini tədqiq edən hüquq tarixçiləri üçün bir əhəmiyyət kəsb edə bilər.

ratio decidendi- obiter dictum

Məşhur deyimi improvizə eləsək, "skandal gələndə batmanla gəlir" deyə bilərik. Məhkəmələrimizin illərdir olmayan bir Bəyannamə müddəasına istinad edərək qərarlar çıxarması ilk baxışdan məlumatsızlıqdan, etinasızlıqdan yaranan bir "səhv" olaraq görünsə də, əslində bu "səhv" Azərbaycan konstitusiya və qanunlarının inkarı ilə nəticələnir və legitim hüquq siteminə paralel "qaçaq" nizam yaradır.

Mülki prosessual hüquqa görə (daha konkret MPM m. 2) mülki məhkəmə icratının vəzifəsi fiziki və hüquqi şəxslərin Azərbaycan Respublikası konstitusiyasından, qanunlarından və digər normativ hüquqi aktlarından irəli gələn hüquq və mənafelərini təsdiq etməkdir. Başqa sözlə, məhkəmələrin mübahisə predmetini həll edərkən tətbiq edəcəkləri ***əsas ölçü normalar*** **(ratio decidendi)** konstitusiya və qanunlardır. Təbii ki, məhkəmələr qərarlarını əsaslandırarkən məcburi hüquqi qüvvəsi olmayan bəyannamə kimi yumşaq hüquqa (soft law), digər ölkələrin məhkəməpresedentinə və hətta, elmi ədəbiyyata **obiter dictum**, yəni ***köməkçi normalar*** olaraq istinad edə bilərlər. Ancaq köməkçi normalara istinad edərək mübahisəni həll edə bilməzlər. Skandalın miqyasına baxın ki, bizim məhkəmələr heç yumşaq hüquq olaraq belə mövcud olmayan 1959-cu il tarixli Uşaq Hüquqları Bəyannaməsinin 6-cı prinsipini **ratio decidendi** olaraq istifadə edirlər. Bu isə Azərbaycan hüquq sisteminin inkarı ilə nəticələnir.

Skandalın miqyasını görmək üçün bir misal üzərindən izaha davam edək... Məsələn, anonimləşdirilmiş məhkəmə qərarları portalından "uşaq tələbi" ilə bağlı təsadüfi bir qərara baxaq... Ali Məhkmə qərarında (2022-ci ildə verilib bu qərar) deyir:

> *BMT Baş Assambleyasının 20 noyabr 1959-cu il tarixli, 1386 (XİY) saylı qətnaməsi ilə elan edilmiş "Uşaq Hüquqları Bəyannaməsi"nin 6-cı prinsipinə görə uşaq şəxsiyyətinin tam və ahəngdar inkişafı üçün məhəbbətə və başa düşülməyə möhtacdır. O, mümkün olduqda, valideynlərinin himayəsində və onların məsuliyyəti altında və hər halda, məhəbbət və mənəvi-maddi təminat mühitində böyüməlidir – azyaşlı uşaq müstəsna şərait mövcud olduğu hallardan başqa, anasından ayrılmamalıdır. Apellyasiya instansiyası məhkəməsi uşağı ananın himayəsindən alıb atasına verərkən müstəsnalıq təşkil edə bilən hər hansı bir halın olmasını müəyyən etməmiş, həmin hala istinad etməmiş və nəticəsini həmin sübutlar baxımından əsaslandırmamışdır.*

Burda bir haşiyə çıxaraq təəssüflə qeyd edim ki, ümumiyyətlə bu qərarda da əyani şəkildə göründüyü kimi məhkəmələrin kobud səhvlərindən biri də himayəçilik barədədir! Bizim

qanunvericilikdə nikah pozularkən uşaq valideynlərdən birinin himayəsinə verilmir, onun hansı valideynin yanında qalması, başqa sözlə, yaşayış yeri müəyyən edilir. Ali Məhkəmə kimi mötəbər bir məhkəmə uşağın yaşayış yerinin müəyyənləşdirilməsini uşağın valideynlərdən birinin himayəsinə verilməsi zənn edir. Halbuki, himayəçilik tamamilə başqa institutdur. Tərəflər boşanarkən məhkəmənin uşağın hansı valideynin yanında qalmasına qərar verməsindən asılı olmayaraq uşaq (lar) hər iki valideynin birgə himayəsində qalır.

Nəsə, qayıdaq mövzuya... Göründüyü kimi Ali Məhkəmə uşağın yaşayış yerinin atanın yaşayış yeri olaraq müəyyənləşdirilməsi üçün "**müstəsnalıq təşkil edə bilən hər hansı bir hal**"ın mövcud olmasını şərt qoyur? Ali Məhkəmə bunu hardan çıxarır? Ürəyim soyumadı! Çıxarır nədi, Ali Məhkəmə bunu hardan uydurur? Azərbaycan məhkəmələri nikah pozulduqda uşağın yaşayış yerini müəyyənləşdirərkən hansı meyara görə qərar verməlidir? "**Uşağın üstün mənafeyi**" (Ailə Məcəlləsi m. 60.4, "Uşaq hüquqları haqqında" Qanun m. 5, 19, Uşaq Hüquqları Konvensiyası m.3) meyarını əsas götürərək qərar verməlidirlər, yoxsa "**müstəsna hallarda uşaq ataya verilir**" prinsipini? Çünki, bu ikisi bir-birinə daban-dabana zidd meyarlardır və eyni faktiki hallı işə bunlardan hansını tətbiq etməyinizdən asılı olaraq fərqli məhkəmə qərarları verilə bilər!

Göründüyü kimi azərbaycan məhkəmələri olmayan bir Bəyannamə müddəasına istinad edərək özləri üçün paralel hüquq sistemi yaradıb və Azərbaycan Konstitusiyasını (*kişi ilə qadının eyni hüqüq və azadlıqları vardır*), qanunlarını (*uşaq haqqında qərar verilərkən onun üstün mənafeyi əsas götürülür),* beynəlxalq hüququ və hüququn hamılıqla qəbul olunmuş prinsiplərini inkar edir. Bu, bərabərlik və uşağın üstün mənafeyi prinsipləri üzərinə qurulduğu iddia edilən konstitusion nizamın mahiyyətinə ziddir.

Təsəvvür edin ki, məhkəmələrimiz İran qanunvericiliyinə istinad edərək uşaq tələbi ilə bağlı işlərdə uşağı ananın yanında saxlayır. Zira, İran Mülki Məcəlləsinə görə (m. 1169) valideynlər ayrılarkən uşaqlar cinsiyyətindən asılı olmayaraq 2 yaşına qədər, qız uşaqları isə 7 yaşına qədər anada qalır. 7 yaşından sonra isə atanın himayəsinə (Bəli, məhz himayəsinə... Çünki İran qanunvericiliyinə görə valideynlər boşananda uşaqlar valideynlərdən birinin himayəsinə verilir, bizdəki kimi birgə himayə davam etmir) verilir. Bu hipotetik misal nə qədər absurd görünürsə məhkəmələrimizin illərdir Uşaq Hüquqları Bəyannaməsinin 6-cı prinsipinə istinad edərək qərar verməsi də o qədər absurd və tragikomikdir.

Bəli, tarixə qeyd düşülsün... İllərdir minlərlə məhkəmə qərarlarında minlərlə uşağın taleyini həll edən, bir həyula kimi qərardan qərara dolaşan Uşaq Hüquqları Bəyannaməsinin 6-cı prinsipindəki o məşum cümlə əslində mövcud deyil... **null**

*Tender yaş dövrü doktrini anqlo-sakson hüququnda 0–4 yaşları əhatə edir

** fərqləndirmə mənə aiddir

İSTİNAD ÜÇÜN

Əliyev, C. (2023). Azərbaycan məhkəmələrində bir həyula dolaşır.... cabiraliyev.com. cabiraliyev.com/blog/azerbaycan-mehkemelerinde-bir-heyula-dolasir/