

MLR

Medeniyet Law Review

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını

Publication of İstanbul Medeniyet University Faculty of Law

Yıl 2018 Cilt 3 Sayı 4

Year 2018 Volume 3 Issue 4

ALDAĞ | 1967



**Geçmişten gelen tecrübe,
Geleceğe yürüyen güç.**

www.aldag.com.tr

Medeniyet Law Review

Yıl 2018 Cilt 3 Sayı 4 / Year 2018 Volume 3 Issue 4

Hakemli Dergidir / Peer Reviewed Journal

Yayın Sahibi Publisher	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Dekan Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz On behalf of Istanbul Medeniyet University Faculty of Law, Dean Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz
Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Responsible Manager	Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz
Editör Editor	Yrd. Doç. Dr. Tülay Yıldırım
Yayımcının Adı Name of Publishing Company	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi İstanbul Medeniyet University Faculty of Law
Basımıcının Adı Printed by	Renk Matbaası
Basıldığı Yer Place of Publication	Mevlevihane yolu No:2 Davutpaşa Fatih/İstanbul
Basım Tarihi Publication Date	Ocak 2018
Yönetim Yeri Place of Management	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Atalar Mh. Şehit Hakan Kurban Cd. NO:44, 34865 Kartal/İstanbul
E-mail	lawreview@medeniyet.edu.tr
URL	hukuk.medeniyet.edu.tr/tr/yayinlar/medeniyet-law- review
Yayın Türü Type of Publication	Bu dergi yılda iki sayı olarak yayımlanan, süreli, hakemli bir hukuk dergisidir Medeniyet Law Review is an academic refereed journal, published bi-annually.
ISSN	2458-7958

Dergiye yapılan atıflarda "MLR" kısaltması kullanılmalıdır.
"MLR" abbreviation should be used in reference to the journal.

Bu dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, makalelerde yer alan görüşlerden sorumlu değildir.
Articles published in this journal represent only the views of the contributors. İstanbul Medeniyet University Faculty of Law is not responsible for the views in the articles.

Copyright © 2018

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Prof. Dr. M. Refik Korkusuz'un yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınmaz. Normal ve kanuni alıntılarda kaynak göstermek zorunludur.

All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the İstanbul Medeniyet University Faculty of Law and Prof. Dr. M. Refik Korkusuz. It is obligatory to show footnotes for regular or legal quotations.

DANIŞMA KURULU / REFEREE LIST

	Name Surname	Affiliation	Country
1	Prof. Dr. Nurşen Caniklioğlu	Marmara Üniversitesi	Türkiye
2	Prof. Dr. Talat Canbolat	Marmara Üniversitesi	Türkiye
3	Prof. Dr. Abdurrahman Eren	Haliç Üniversitesi	Türkiye
4	Prof. Dr. Ali Nazım Sözer	Yaşar Üniversitesi	Türkiye
5	Prof. Dr. Fevzi Demir	Yaşar Üniversitesi	Türkiye
6	Prof. Dr. Costea Claudia Anna	University of Bucharest	Romanya
7	Prof. Dr. Lacrech Assaad Elmahacen	Faculty of Law Djelfa University	Cezayir
8	Prof. Dr. Taha H. Hasan AL- Anbagy	University Mustansiriya	Irak
9	Prof. Dr. Attar Nassima	Abubakar Belcaid University of Telemen	Cezayir
10	Prof. Dr. Salaheldin Abdelrahman Eldoma	Omdurman Islamic University	Sudan
11	Prof. Dr. Abderrahmane Hazerchi	Ziane Achour University Djelfa Algeria	Cezayir
12	Prof. Dr. Hadi Shalluf	(Former Counsel for the Defence of Darfur Cases at the International Criminal Court) Kuweyt University	Fransa
13	Prof. Dr. Brahim Bendaoud	Djelfa Universite / College of Law	Cezayir
14	Prof. Dr. Yettou Fatiha	University Djilali Liabes of Sidi Bellabes	Cezayir
16	Prof. Dr. Gulio Cesare Giorgini	University Nice Sophia Antipolis	Fransa
17	Prof. Dr. Fethi Gedikli	İstanbul Üniversitesi	Türkiye
18	Prof. Dr. Halil Kalabalık	Sakarya Üniversitesi	Türkiye
19	Prof. Dr. Melikşah Yasin	İstanbul Üniversitesi	Türkiye
20	Prof. Dr. Mariam Jikia	Georgian Technical University	Gürcistan
21	Prof. Dr. Muhammed Shukry	University of Duhok	Irak
22	Prof. Dr. Wady Suleyman	University of Duhok	Irak
23	Prof. Dr. Abdullah Abalkhay	Riyad Imam University	Suudi Arabistan
24	Prof. Dr. Ahmet Bilgin	Kırkkale Üniversitesi	Türkiye
25	Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın	İstanbul Medipol Üniversitesi	Türkiye

26	Prof. Dr. Hakan Hakeri	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
27	Prof. Dr. Cevdet İlhan Günay	İstanbul Yeniüzyıl Üniversitesi	Türkiye
28	Prof. Dr. Ahmet Gürbüz	Bingöl Üniversitesi	Türkiye
29	Prof. Dr. Celal Erbay	İstanbul Yeniüzyıl Üniversitesi	Türkiye
31	Prof. Dr. Ümit Gezder	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
32	Prof. Dr. Ali Kasha	Qudus University	Filistin
33	Prof. Dr. Abdessalam Herfane	Muhammad University	Fas
34	Prof. Dr. F. Hüsnu Erdem	Dicle Üniversitesi	Türkiye
35	Prof. Dr. Yavuz Atar	İbn Haldun Üniversitesi	Türkiye
36	Prof. Dr. Paula Todini	Campus University	İTALYA
37	Prof. Dr. Fazıl Yıldırım	Gazi Üniversitesi	Türkiye
38	Prof. Dr. Hasan Tahsin Fendoğlu	Hacettepe Üniversitesi	Türkiye
39	Prof. Dr. Mahmut Koca	Şehir Üniversitesi	Türkiye
40	Prof. Nasir Khalil Jalal	Bahreyn University	Bahreyn
41	Prof. Dr. Fahrettin Korkmaz	Aydın Üniversitesi	Türkiye
42	Doç. Dr. Fena İpek Kayalı	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
43	Doç. Dr. M. Barış Günay	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
44	Doç. Dr. Necmettin Kızılkaya	İstanbul Üniversitesi	Türkiye
45	Doç. Dr. Ahmet Hamdi Topal	İstanbul Medipol Üniversitesi	Türkiye
46	Doç. Dr. Abdurrahman Savaş	İstanbul Üniversitesi	Türkiye
47	Doç. Dr. Walid Elgohary	The Accountability State Authority	Mısır
48	Yrd. Doç. Dr. Murat Tümay	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	
49	Yrd. Doç. Dr. Saliha Okur Gümrukçuoğlu	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
50	Yrd. Doç. Tülay Mat Yıldırım	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
51	Yrd. Doç. Dr. Cemil Tekeli	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
52	Yrd. Doç. Dr. Özgür Arıkan	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
53	Yrd. Doç. Dr. Abdullah İslamoğlu	İstanbul Üniversitesi	Türkiye
54	Assoc. Prof. Hani Albasoos	Sultan Qaboos University	Umman
55	Yrd. Doç. Dr. Ali Emrah Bozbayındır	İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi	Türkiye
56	Yrd. Doç. Dr. Mehtap Civir	Yeni Yüzyıl Üniversitesi	Türkiye

57	Assist. Prof. Dr. Muhamed Ali	International University of Sarajevo	Bosna Hersek
58	Prof. Nasir Khalil Jalal	Bahreyn University	Bahreyn
59	Dr. Aveen Khaled Abdurrahman	University of Duhok	Irak
60	Dr. Azzam Tamimi	The Chairman of Alhiwar TV Channel and its Editor in Chief	Birleşik Krallık
61	Dr. Tarek Chindeb	Beyrut Barosu- UHUB Yönetim Kurulu Üyesi	Lübnan
62	Prof. Dr. Sad Beshir	Jordan Albalqa University	Ürdün
63	Mahmud Al-Rashid	Chair of the Islamic Society of Britain's Shura Council	Birleşik Krallık
64	Prof. Dr. Yücel Oğurlu	İstanbul Ticaret Üniversitesi	Türkiye
65	Prof. Dr. Fahrettin Korkmaz	Atatürk Üniversitesi	Türkiye
66	Prof. Dr. Abdulhamed Mohammed	Fayoum University	Mısır
67	Yrd. Doç. Dr. Akif Tögel	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi	Türkiye
68	Dr. Halil Altındağ	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
69	Dr. Merve Ürem Çetinel	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
70	Dr. Derya Tekin	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye

YAYIN İLKELERİ

1. Medeniyet Law Review Dergisi (MLR), hakemli dergi statüsünde, Ocak-Temmuz aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanır.

2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.

3. Derginin dili İngilizce olmakla birlikte, Türkçe, Arapça, Almanca ve Fransızca makalelere yer verilmektedir.

4. Dergiye gönderilen makalelerin başına 200-250 kelimedenden oluşan öz, özlerin yazıldığı dillerde başlık ve özün altına beşer anahtar kelime eklenmelidir. Anahtar kelimeler tercihen alana ait dizinlerden seçilerek verilmelidir. Yazılan makalelerin yazıldığı dildeki öze ek olarak İngilizce öz eklenmesi gerekmektedir.

5. Yazılar Microsoft Word Programında, ana metin Times New Roman karakterinde 12 punto ve 1,5 satır aralığında, dipnotlar Times New Roman karakterinde 10 punto ve 1 satır aralığında iki yana yaslı olarak hazırlanmış, sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üst ve soldan (4) cm., alt ve sağdan (3) cm. olarak ayarlanmış bir şekilde CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.

6. Yazının başlığı siyah ve tümü büyük harf olacak şekilde hazırlanmalıdır. Başlığın hemen altında sayfanın sağında yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldızlı dipnot konularak dipnotta yazarın görev yaptığı kurum, unvanı ve iletişim (e-posta) bilgisi belirtilmelidir.

7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumu, iletişim adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini bildirmelidirler.

8. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basıma hazır olarak verdikleri kabul edilir. Yayın kurulu tarafından yapılan ön incelemede derginin yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar hakeme gönderilmeden önce yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.

9. Yayın kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan makaleler kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak uzman iki hakeme gönderilecek ve onların onayı ile yayımlanabilecektir. Eğer hakemlerden biri olumsuz görüş bildirirse üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulacak ve onun görüşü belirleyici olacaktır. Yazarlara makalenin hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.

10. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.

11. Makalenin sonunda makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Kaynakça eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar ise her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

12. Başlıklandırma sistemi şu şekilde olmalıdır: **I. A. 1. a. (a) i.**

Dipnot atıfları aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

a. Kitap atıflarında:

aa. Metin içindeki ilk atıflarda:

- ŞANLI, Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 5. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 5.
- bb. Sonraki atıflarda:**
ŞANLI, s. 24.
- b. Editörlü Kitap atıflarında:**
KARA, Hacı, “Turkish Maritime Law”, **Introduction to Turkish Law**, Ed. M. Refik KORKUSUZ, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 309.
- c. Makale atıflarında:**
aa. Metin içindeki ilk atıflarda:
TOPUZ, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK m. 448-460)” **MÜHF – HAD**, Y. 2013, C. 19, S. 1, s. 298.
bb. Sonraki atıflarda:
TOPUZ, s. 298.
- d. Elektronik kaynakların atıflarında:**
aa. Metin içindeki ilk atıflarda:
GÖZLER, Kemal, “Hukuk Okumak İsteyen Üniversite Adaylarına Fakülte Tercih Konusunda Uyarılar”, (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gen.tr/tercih-rehberi.htm>, E.T. 03.03.2014.
bb. Sonraki atıflarda:
BAŞÖZEN, s. 8.
- e. Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.**
GÖZLER, **Anayasa Hukukunun...**, s. 76.
- f. Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.**
KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)**, 25. Baskı, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 145.
- g. Süreli yayında elektronik kaynağa atf:**
BERRY, John N. , "Educate Library Leaders," **Library Journal**, (Çevrimiçi) <http://www.epnet.com/ehost>, E.T: 3 Nisan 2000.
- h. Ansiklopediye atf:**
BOHANNAN, Paul, “Law and Legal Institutions”, **International Encyclopedia of Social Sciences**, Vol. IX, Ed. by., David L. Shils, w. Place, McMillan and Free Press, 1968, pp. 73-77.
- i. Klasik eserlere atf:**
ARİSTOTELES, **Nikomakhos'a Etik**, s. 22-23.
- j. Kutsal kitaplara atf:**
Kur'an-ı Kerim, 49/12.

EDITORIAL POLICY

1. Medeniyet Law Review is a new academic refereed journal, published bi-annually, in January and July, by the Istanbul Medeniyet University Law School.

2. Papers submitted to the journal shall neither have been published nor currently be under evaluation for publishing elsewhere. Having submitted article to the journal, author refers his commitment in this regard.

3. The Journal is published in English; however, papers submitted in Turkish, Arabic, French and German of academic value are also published.

4. The papers submitted to the journal with abstracts consisting of at least 200-250 words and five key words shall be attached to the beginning of the paper. In addition to abstracts of papers for the language it is written, abstracts in English shall also be attached.

5. Each paper should be submitted as a Word document to the editor via CD or e-mail. Papers should be written according to the following style guidelines: **Paper size:** A4, **Top:** 4 cm; **Bottom:** 3 cm; **Left:** 4 cm; **Right:** 3 cm **Text body:** Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified, **Footnotes:** Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified.

6. The title of the paper shall all be written with black uppercase letters. The author's name shall be listed just below to the title and there shall be a mark to the end of the last name, indicating the title of the writer, his/her institutional affiliation and e mail adress.

7. Details of the author's institutional affiliation, full address and other contact information shall also be mentioned in the submissions.

8. All submissions are regarded as ready to publish and already proofread by the author himself or herself. The pre-evaluation of all submissions to Medeniyet Law Review will be performed by the Editorial Board and the the submissions that are unacceptable on the basis of the General Principles of Publication will be send back to the author to be corrected in accordance with the principles of publication.

9. Papers approved through the first evaluation shall be sent to one referee with the name of the writer extracted from the text according to the blind peer review principle and can only be published with his approval.

10. According to the referee's final report, demanding corrections from the author, publishing or rejection of the paper shall be decided and the author shall be informed of the situation as soon as possible.

11. At the end of the paper there shall be a bibliography, arranged in alphabetical order according to the surname of the writer. Bibliography should be arranged in accordance with the first reference to works. Citations in the paper shall be shown in the footnotes at the end of each page.

12. Heading format should be as: **I. A. 1. a. (a) i.**

Footnotes should be arranged as follows:

a. For books:

aa. For the first footnote:

BORN, Gary B., **International Commercial Arbitration**, 2. Edition, Kluwer Law International, 2014, p. 62.

bb. For following footnotes of the same work:

BORN, p. 62.

- b. For papers:**
aa. For the first footnote:
WRIGHT, David, “Another wrong step: equitable compensation following a breach of trust“, **Trusts & Trustees**, Vol. 21, Issue 7, Pp. 825-843, 2015, p. 831.
- bb. For following footnotes of the same work:
WRIGHT, p. 298.
- c. For web pages:**
aa. For the first footnote:
LÖRCHER, Torsten, “Arbitration in Germany”, https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration_volume_I/CMS%20GtA_Vol%20I_GERMANY.pdf, Access Date: 03.03.2014.
- bb. For following footnotes of the same work:
LÖRCHER, p. 9.
- d. If multiple works of one author are to be cited in the paper, the name of the cited work should be shortened in the way that allows the distinction of author’s other studies.**
CHEMERINSKY, **Constitutional Law...** p. 76.
CHEMERINSKY, **Criminal Procedure...**, p. 35.
- e. If studies prepared by multiple authors are to be cited, the names and surnames of all writers should be stated.**
aa. For the first footnote:
MILLER, Angharad/OATS, lynne, **Principles of International Taxation**, 25. Edition, Tottel Publishing, 2006, p. 145.
- bb. For following footnotes of the same work:
MILLER/OATS, s. 145.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

Amerikan Realizminde Sosyal Fayda Anlayışının Evrimci Yorum İle Beraber Değerlendirilmesi.....1

Şerife Sümeyra ÇADAK

The Right to Work of Aliens Under International Protection in Turkey.....31

Kazım ÇINAR

NGOs As A Specific Model of Participation- How Can One Justify That Model With Regard to Theory Of Democracy?.....59

Miray AZAKLI KÖSE

Controlling Football-Related Crime in Turkey: Situational Crime Prevention Approach and Implications.....83

Derya TEKİN

**Reflexions Sur Les Fondements Normatifs Du Droit De La
Sante Dans L'ordre Juridique Camerounais.....191**

Simon Pierre ZOGO NKADA

NOT: Dergimizin bu sayısında üç arapça makale bulunmaktadır. Bu makalelere arapça okumaya uygun olarak derginin arka kapağında başlayarak yer verilmiştir.

NOTE: In this issue of our journal there are three Arabic articles. These articles are arranged according to arabic reading by starting from the back cover of the journal.

AMERİKAN REALİZMİNDE SOSYAL FAYDA ANLAYIŞININ EVRİMCİ YORUM İLE BERABER DEĞERLENDİRİLMESİ

Şerife Sümeyra ÇADAK¹

ÖZET

Amerikan realistlerine göre hakimler, önlerine gelen olaylarda sosyal faydayı ve toplum yapısını göz önüne alarak karar vermelidir. Ancak toplum; ekonomik, siyasi, sosyal nedenlerle zaman içerisinde değişebilmektedir. Hakimler bu değişimin farkında olmalı ve benzer olaylara ilişkin geçmiş içtihatlarla bağlı kalmamalıdır. Kararları değişen toplum yapısına uygun olmalıdır. Amerikan realistlerinin bu düşüncelerine benzer olarak AİHM hakimleri de kararlarını değişen Avrupa toplumunu dikkate alarak sosyal fayda eksenli vermektedir. Sözleşme'nin yaşayan bir belge olduğunu ve günün koşullarına göre yeniden değerlendirilmesini ifade etmektedir. Mahkemenin günün koşullarına göre değerlendirme yapması evrimci yorum olarak adlandırılmaktadır. AİHM kararlarında Amerikan realizmi ve evrimci yorum arasında

¹ İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Araştırma Görevlisi, serifesumeyra@gmail.com.

büyük benzerlik vardır. Amerikan realistlerinin savunduğu düşünceleri AİHM kararlarında somut olarak görmek mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Amerikan Realizmi, Evrimci Yorum, Sosyal Fayda, AİHM

ABSTRACT

American realists defend that judges must make decisions depend on social benefit and community nature. Society may change in course of time with social, economic, politic reasons. Judges also should aware of this change and reconsider new cases apart from old jurisprudences and decide on new structure of community. We also see American realists' ideas in ECHR cases. ECHR judges decide with considering social benefits and changes in the community. It is named as Evolutionary interpretation. In the decisions we can see this sentence; "Convention is a living instrument and must be interpreted in the light of present-day conditions". We conclude that realists's opinions can see physically in ECHR judgments.

Keywords: *American Realism, Evolutionary Interpretation, Social Benefit, ECHR*

GİRİŞ

Amerikan Realizmi 20. Yüzyılda Amerika'da pozitivizme tepki olarak ortaya çıkmış Amerikan hukuk sistemi üzerinde oldukça etkili olmuş bir hukuk felsefesidir². Pozitivizmin savunduğu hukuki kesinlik ilkesine ve kanunlara sıkı sıkıya bağılılığı reddetmiştir. Amerikan realistleri hukuku yargı kararlarına eşdeğer olarak görmüş³ ve hukukun topluma faydalı olması gerektiğini savunmuştur. Dolayısıyla yargı kararlarını incelemiş ve faydacı bir anlayışla kararların verilmesi taraftarı olmuşlardır⁴. Zaman içerisinde toplumun değişen ihtiyaçlarına göre kurallara birebir bağılı kalmadan hukukun yargı kararlarıyla şekillenmesi gerektiğine inanmışlardır⁵.

Yukarıda kısaca özetlediğimiz özellikleriyle Amerikan realizmi yerli ve yabancı pek çok araştırmmanın konusunu oluşturmuştur. Kanaatime göre Amerikan realistleri yargı kararlarına yoğunlaşmış olduğundan realizmin özellikleri de kararlar üzerinden incelenmelidir. Ancak Amerikan realizminin

² YÖROĞLU, Ömer. **Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletleri'nde Hakim olan Hukuk Teorisi**, İstanbul, İ.İ.B.F. Yayınları, 1982, s.4-20.

³ FRANK, Jerome, "Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation", **Colombia Law Review**, 1947, 47(8), s. 1259-1278.

⁴ HOLMES, Oliver Wendell, "The Path of The Law", **Harvard Law Review**, 1987, s. 457(10).

⁵ LLEWELLYN, Karl, "Some Realism About Realism Responding to Dean Pound", **Harvard Law Review**, 2013, C. 697(44), s.1222-1264.

özelliklerinin ayrı ayrı incelenmesi detaylı bir araştırmanın konusudur. Çalışmamızda ise Amerikan realizmine göre “mahkemelerde toplumun değişen ihtiyaçlarına göre karar verilmesi gerekir” anlayışının uluslararası bir Mahkeme olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM) kararlarıyla beraber ele almak istiyoruz.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa’da bireyin temel hak ve özgürlüklerini korumak üzere kurulmuş ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS) kapsamında faaliyet gösteren uluslararası bir mahkemedir⁶. İnsan hakları ihlalleriyle ilgili 47 ülkeden yapılan başvuruları bu ülkelerden seçilen hakimlerle sonuçlandırmaya çalışmaktadır. Farklı toplum yapısına ve adalet anlayışına sahip devletler hakkında yapılan başvurular hakkında karar vermeye çalışmaktadır. Uyuşmazlıkların çözümünde ise AİHS’yi temel almaktadır.

AİHM kararları daha önce değişik araştırmaların konusunu oluşturmuş ancak Amerikan realizmiyle ilişkilendirilerek incelenmemiştir. Biz çalışmamızda konuyla ilgili öncelikle Amerikan realistlerinin düşüncelerini anlatıp ardından AİHM kararlarında bu anlayışın nasıl yer aldığını incelemenin literatüre

⁶GÖZÜBÜYÜK, Şeref /GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 4. bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 50-100.

katkı sağlayacağına inanıyoruz. Zira realistlerin savunduğu değişen toplum yapısına göre mahkeme kararlarında değişikliğe gidilmesi anlayışı AİHM'nin kararlarında “evrimci yorum” olarak karşımıza çıkmaktadır. Amerikan realistlerinin savunduğu görüşler AİHM içtihatlarında yer almış ve uygulanmıştır. Amerikan realistlerinin savundukları düşünceleri daha iyi anlayabilmek açısından da AİHM kararlarına bakmak faydalı olacaktır. Bundan dolayı öncelikle Amerikan realistlerinin savunduğu düşünce anlatılacak, ardından AİHM'nin evrimci yorum yönteminin AİHS kararlarında nasıl yer bulduğu anlatılacaktır. Amerikan realistlerinin savunduğu gibi AİHM kararlarında evrimci yorum çerçevesinde değişen toplum ihtiyaçlarının dikkate alındığı gösterilecektir.

I. AMERİKAN REALİZMİNDE SOSYAL FAYDA

Öncelikle yukarıda bahsettiğimiz üzere Amerikan realistlerine göre hukukun sosyal faydaya hizmet etmesi gerekir⁷. Amerikan realistleri bu kabulü Jeremy Bentham⁸ ve John Stuart

⁷ POUND, Roscoe, “Interests of Personality”, **Harvard Law Review**, Y. 1915, C. 28(4), s. 343-365.

⁸ BENTHAM, Jeremy, **An Introduction to Principles of Morals and Legislation**, Kitchener: Batoche Books, 2000, s. 14-19.

Mill⁹ gibi faydacı filozofların ve özellikle William James¹⁰'in düşüncelerinden yola çıkarak temellendirmiştir¹¹. Hukuk mahkeme faaliyetleriyle oluştuğundan hakimler sosyal faydayı sağlamakla yükümlüdür. Ancak sosyal faydanın sağlanması için toplumun ihtiyaç ve beklentilerinin farkında olunması gereklidir. Toplum içindeki grupların, yaşam tarzları ve yerleşmiş gelenekleri dikkate alınmadan verilen kararlar sosyal faydadan uzaktır. Aynı zamanda adaletsizliklerin doğmasına ve hukuka olan güvenin azalmasına sebep olacaktır. Bundan dolayı hakimlerin sosyoloji bilmesi gereklidir¹².

Hakimlerin verdikleri kararların sosyal faydaya göre değişkenlik göstermesi halkın tepkisine neden olabilmektedir. Halk, hukuk kurallarının matematik formülleri gibi olduğunu düşünmektedir. Hukukçuların vazifesi olaylara söz konusu formülleri uygulamaktır. Bu bakımdan hukukun kesin ve açık olduğu görüşü yaygındır¹³. Ancak, mahkeme kararlarına bakıldığında beklenen kesinlik ve açıklıktan oldukça uzaktır. Mahkemeler aynı konuya ilişkin olaylarda çok farklı kararlar

⁹ MILL, John Stuart, **Utilitarianism**, Kitchener:Batoche Books, 2001, s. 25.

¹⁰ JAMES, William, **Pragmatizm**, İstanbul, İletişim Yayınları, 2015, s. 151.

¹¹ GÜRKAN, Ülker, **Hukuki Realizm Akımı**, Ankara, Sevinç Kitabevi, 1967, s. 5-15.

¹² LLEWELLYN, Karl, "A Realistic Jurisprudence" **Columbia Law Review** 1930, C. 30(4), s. 431-465.

¹³ FRANK, Jerome, "Law and Modern Mind", **Transaction Publishers**, New York, 2008, s. 3.

verebilmektedir. Halk bu tür durumlarda hukukçuları hukuku karmaşıklaştırmakla suçlamaktadır. Hukukçuların kötü niyetli ve ihmalkar hareket ettikleri düşünülmektedir¹⁴. Ancak aslında hukuki olaylar, insan faktöründen ötürü değişken ve karmaşık yapıdadır. Olaydan olaya sosyal fayda değişmektedir. Hakimlerin sosyal faydaya göre hareket etmesi gereklidir.

Diğer yandan toplum yapısı ekonomik, siyasal, dini, coğrafi sebeplerle zamanla değişebilmektedir. Ticaretin gelişmesiyle kapalı ve muhafazakar bir toplum zamanla açık topluma dönüşebilmektedir. Toplumun içindeki dini yapı değişebilmektedir. Kanun koyucuların mahkemelerin önüne gelebilecek bütün uyuşmazlıklara ilişkin kanuni düzenleme yapabilmesi mümkün değildir. Teknoloji ve bilimin gelişimi kanun yapımından hızlıdır. En kapalı ve durağan toplumlarda bile hukuk kuralları hiçbir zaman bütün sosyal meseleleri çözmeye yetkin, sabit ve mükemmel olamaz¹⁵. Kanun koyucu bazen de bilerek hukukta boşluk bırakmaktadır. Bu durumlarda hakimlerin önüne gelen olayı, sosyal ve ekonomik düzen kapsamında toplum gerçekliklerine göre bir karara bağlaması gereklidir¹⁶. Mahkeme kararlarının hep aynı kalması sosyal fayda kavramına zarar

¹⁴FRANK, s. 5.

¹⁵ FRANK, s. 8.

¹⁶ GÜRKAN, s. 17.

verecektir. Hukukun da toplum yapısına ve ihtiyaçlarına göre bir oluşum içerisinde olması gereklidir¹⁷.

Dolayısıyla hukukun toplumun değişen koşullarına göre yorumlanması gereklidir. Jhering'e göre de değişimin tahlil edilip hukukta tatbik edilmesi için sosyolog hukukçulara ihtiyaç vardır¹⁸. Hukukta toplumsal değişim hiç dikkate alınmadan hep aynı yönde kararların verilmesi sosyal faydadan uzak olduğundan hukukta istikrar ve kesinlik toplumsal faydaya uygun değildir¹⁹.

Hakimler geçmişte verilen kararlara sıkı sıkıya bağlı kalıp toplumun değişen ihtiyaçlarını göz önüne almadığında önemli bir sorun daha ortaya çıkar. Hakim olarak kendi vereceği kararların da geleceği etkileyeceğini düşünür. Bu durum hukukun gelişmesini tamamen önler. Zira hakimler geleceği kontrol etmeye çalışırlar. Gelecekte sorun oluşturabilecek bir konuya ilişkin olarak kararını verirken adaletsiz davranmış olur²⁰.

Yukarıda açıkladığımız üzere Amerikan realistleri değişen toplum yapısına uygun olarak hakimlerin aynı olaylarda karar değişikliğine gitmesini sosyal faydaya uygun bulmuştur. Hukuk felsefelerini hakimlerin zamana ve topluma göre sosyal faydayı

¹⁷ JHERING, Rudolf, **Hukuk Uğrunda Savaş**, İstanbul, Sinan Basımevi, 1935, s. 11.

¹⁸ GÜRKAN, s. 17.

¹⁹ FRANK, s. 8.

²⁰ FRANK, s. 17.

sağlayacak şekilde içtihat değişikliğine gitmeleri üzerine kurmuştur. Günümüze gelindiğinde AİHM'ye baktığımızda da sosyal fayda gözetilerek değişen Avrupa toplum yapısına uygun kararlar verildiğini görmekteyiz.

II. AİHS'NİN SOSYAL FAYDAYA UYGUN YORUMLANMASI

AİHM, kendisine gelen uyuşmazlıkları AİHS'ye bağlı olarak sonuca ulaştırmaktadır. Sözleşmenin her zaman çağdaş ve etkili olması olabilmesi hakimlerin uygulamasıyla sağlanmaktadır. AİHM hakimleri sözleşmeye yaşayan bir belge olarak yaklaşmaktadır ve değişen şartlara göre yeniden yorumlanmasını savunmaktadır²¹. Dolayısıyla Sözleşme'nin yapıldığı zamanki koşullardan daha çok Avrupa'daki toplumsal gelişmeler Sözleşme'nin değerlendirilmesinde önemlidir²².

AİHM'nin günün koşullarına göre aynı konuda değişik kararlar vermesi literatürde evrimci ya da dinamik yorum yapması olarak adlandırılmaktadır. Evrimci yorum anlayışıyla AİHM, eski kararlarına ve Sözleşmeye sıkı sıkıya bağlı olmaktan kurtulmuştur. AİHM, yorumlarıyla koruma altına alınan hakları genişletme ve olaya göre yeniden yorumlama imkanına sahip olmuştur. Böylece

²¹ Tyrer v. The United Kingdom, 5856/72, 25.04.1978, § 31.

²² Marcx v. Belgium, 6833/90, 13.07.1979, § 40., Tyrer v. United Kingdom, 5856/72, 25.04.1978, §31.

evrimci yorum anlayışı AİHM'ye bir anlamda hareket serbestisi kazandırmıştır. Sözleşmenin toplumsal ve teknolojik değişikliklere uyum sağlamasını kolaylaştırmıştır²³. Hızlı değişen toplumsal argümanlara göre sürekli hukuki metin oluşturmak ve Sözleşmede yer alan maddeleri revize etme zahmetinden kurtarmıştır²⁴. AİHM'nin evrimci yorum anlayışına başvurduğu durumlarda Sözleşme'nin “yaşayan bir belge olarak ” ve “günün değişen koşullarına” göre yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir. Evrimci yorum anlayışı kararlarda bu ifadelerle karşımıza çıkmaktadır.

AİHM kararlarında söz konusu ifadeler sık sık yer almaktadır. Ancak AİHM ilk defa Tyrer/İngiltere kararında Sözleşme'nin yaşayan bir belge olarak değerlendirilmesi ve değişen şartlara göre yeniden yorumlanması gerektiğini söylenmiştir²⁵. Bu anlamda AİHM, evrimci yorum anlayışını ilk defa Tyrer/İngiltere kararında benimsemiştir.

Başvuru konusu okullarda fiziksel şiddet kullanımına ilişkindir. Başvurucu bir kişinin vücut bütünlüğüne yönelik zarar vermiştir. Başvurucuya yönelik kırbaçla cezalandırma yoluna

²³ DZEHTSIAROU, Kanstantsin, “European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights”, **German Law Journal**, 2011, Vol. 12 No. 10, s. 1730-1745.

²⁴ VARJU, Marton, “Transition as a Concept of European Human Rights Law”, **European Human Rights Law Review**, 2009, s.170-172.

²⁵ Tyrer v. United Kingdom, 5856/72, 25.04.1978, §31.

gidilmiştir. Mahkeme tarafından bu tür bir ceza küçük düşürücü ve Sözleşmeye aykırı bulunmuştur. Etkili ve caydırıcı bir ceza olarak düşünülse de bedensel cezalandırmanın aşağılayıcı karakterinin devam ettiği söylenmiştir. Dava açısından önemli olan husus, başvurunun yapıldığı dönemde İngiltere'nin büyük kısmında bedensel ceza yasaklanmıştır. Ancak başvuruya konu İngiltere'nin özerk bölgesinde bedensel ceza yasaldır. Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin cezalandırma sistemlerindeki gelişmeler ve genel kabuller Mahkeme'yi etkilemiştir. Mahkeme Avrupa toplumundaki değişiklikleri dikkate alarak sözleşmenin yaşayan bir belge olduğunu ve günün koşullarına göre yorumlanması gerektiğini söylemiştir. Mahkeme bu kararından sonra pek çok maddeye ilişkin olarak evrimci yorum anlayışına başvurmuştur²⁶.

Yaşayan belge değerlendirmesinin yapıldığı bir başka karar Dudgeon/İngiltere'dir. Kuzey İrlanda'da homoseksüelliğin ceza hukuku açısından bir suç oluşturmasının aile ve özel hayat hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle başvuru yapılmıştır. Kuzey İrlanda savunmasında, dini değerlere bağlı ve muhafazakâr bir toplum olduğunu, homoseksüelliğin ciddi anlamda toplumun ahlaki yapısını bozduğunu söylemiştir. Bu anlamda Mahkeme, Kuzey İrlanda'nın ahlaki havasını dikkate almıştır. Ancak, kanunun yapıldığı dönemle karşılaştırma yapılacak olursa; bugün hoşgörü

²⁶ DZEHTSIAROU, s. 1730-1745.

ortamı daha gelişmiş, daha anlayışlı bir toplum vardır. Ayrıca üye devletlerin büyük çoğunluğunda homoseksüel aktiviteler artık ceza hukuku anlamında suç niteliği taşımasına gerek görülmemektedir. ²⁷Mahkeme bu bakımdan Sözleşmeyi yaşayan belge olarak yorumlamış ve başvurucu lehine insan hakları ihlali olduğuna karar vermiştir.

Günün değişen koşullarına ve değişen toplum yapısına göre hareket etmek için ise Mahkeme, Avrupa geneli fikir birliği (European Consensus) verilerine başvurmaktadır. Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkelerin çoğunluğunun bir uyuşmazlık konusunda genel bir mutabakata varması Avrupa geneli fikir birliği (European consensus) olarak adlandırılmaktadır. Örneğin kürtaj konusunda Mahkeme öncelikle Avrupa'da hangi ülkelerin kürtaja izin verdiğini incelemektedir. Ayrıca geçmişteki durumla ilgili de karşılaştırma yapmaktadır. Sonuç olarak değişen toplumun isteklerini ve ihtiyaçlarını tespit etmekte oldukça faydalı bir veri elde edilmektedir. Eğer Avrupa geneli kürtaja izin verme konusunda genel bir mutabakat bulunuyorsa devletin kısıtlamalarına karşı daha özgürlükçü bir tavır göstermektedir. Böylece değişen toplumun yapısına uygun pratik faydaya uygun bir karar verilmektedir.

²⁷ *Dudgeon v United Kingdom*, 7525/76, 24.02.1983, §60.

AİHM, Marckx/Belçika kararında genel mutabakata özellikle bakmıştır. Kararda başvuru, evlilik dışı doğan bir çocuğun Belçika yasalarına göre annenin çocuğuyla arasında doğumla soybağı kurulmamasından ve gayri meşru çocuk olarak görülmesinden dolayı ayrımcılık yasağıyla bağlantılı olarak özel hayat hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Belçika kanunlarına göre babalık bağı da tanıma veya mahkeme kararıyla kurulmaktadır. Mahkeme, Sözleşme'deki özel hayat hakkının yasal ya da yasal olmayan evlilik olarak ayırım yapmadan aile hayatını koruduğunu belirtmiştir²⁸. Belçika hükümeti savunmasında yasal evliliğin ahlak ve kamu düzenine uygun aile yapısını devam ettirme sebebiyle korunduğunu söylemiştir. Mahkeme, son olarak değerlendirmesini Sözleşmeciler devletlerin yerel hukuklarına göre yapmıştır. Sözleşme'ye üye devletlerin çoğunluğunun anneye çocuk arasında soybağının doğumla kurulduğu şeklinde düzenleme yaptığı ve yapmaya devam ettiği Mahkeme tarafından incelenmiştir. Diğer bir söyleyişle evlilik dışı doğan çocuklar konusunda Avrupa ülkeleri ortak paydada toplanmıştır²⁹.

Sözleşmenin aynı konuda verdiği konularda değişikliğe gitmesi Mahkemeyi istikrarsız olarak gösterebilmektedir. Hukuki

²⁸ Marckx v. Belgium, §36-39.

²⁹ Marckx v. Belgium, 6833/74 , 13/06/1979,§41.

kesinliğin olmaması Mahkemenin keyfi karar verdiği gibi bir algıya sebep olmaktadır. Mahkemenin Avrupa geneli fikir birliğini esas alırken ayrıca takdir hakkı denilen kuruma başvurması bu eleştirilerin önüne geçmektedir. Her devletin kendi kültürü sahip olduğu milli ve sosyal değerleri bulunduğundan Avrupa geneli insan hakları standardından özellikle bazı konularda bahsetmek oldukça zordur. Sözleşme çerçevesinde devletler insan hakları konusunda ortak bir paydada birleşmiş olmalarına rağmen, devletler egemenlik alanlarına saygı gösterilmesini beklemektedir. Bu noktada Mahkeme söz konusu devletlere takdir hakkı bırakmaktadır. Takdir hakkı bir bakıma üye devletler ile Mahkeme arasında ihtiyaç duyulan esnekliği sağlamaktadır³⁰. Devletlere Sözleşmeyle yüklenmiş olan sorumlulukları ile egemenlikleri arasında denge kurmaktadır³¹. Ayrıca devletlerin egemenlik alanlarında belirli bir hareket serbestisi sağlamaktadır³².

Takdir yetkisi mutlak ve kesin bir yetki değildir. İnsan haklarına ilişkin bazı konularda Mahkeme tarafından geniş olarak sağlanırken bazı konularda dar değerlendirme yapılmaktadır. Örneğin; “genel ahlak”, “sağlık”, “ulusal güvenlik” gibi subjektif

³⁰ LETSAS, George, “Two Concepts of Margin of Appreciation”, **Oxford Journal of Legal Studies**, 2006, Vol. 26, No. 4, s. 705–732 .

³¹ LETSAS, s. 705–732 .

³² YOUROW, Howard Charles, **The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence**, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1996, s.14.

olarak nitelendirilen unsurların söz konusu olduđu durumlarda veya mülkiyet hakkı gibi kamu yararının söz konusu olduđu durumlarda takdir yetkisi geniş değerlendirilmektedir. Bununla birlikte evrensel standarda ulaşmış diyebileceğimiz demokratik toplum gerekleri gibi konularda yetki dar olarak yorumlanmaktadır³³.

Avrupa geneli fikir birliğine bağılı olarak da takdir yetkisi değişmektedir. Mahkeme Avrupa’da genel olarak kabul görmüş bir hakkı yasaklayan devlet karşısında yetki değerlendirmesini dar yapmaktadır. Örneğin, eşcinsel birliktelikler konusunda bugün Avrupa genelinde bir serbesti vardır. Buna yönelik yasaklamaların olduđu ülkeden yapılan başvuruda ülkenin takdir yetkisini dar yorumlamaktadır. Bununla beraber Avrupa genelinde bir birlik olmayan konularda -eşcinsellerin evlat edinmesi gibi-takdir yetkisini daha geniş olarak değerlendirip uyuşmazlık konusu devlete daha fazla düzenleme serbestisi tanımaktadır. Avrupa geneli fikir birliğinin araştırılmasıyla beraber günün değişen koşullarına göre takdir hakkı da değişim gösterebilmektedir. Bu anlamda Avrupa geneli fikir birliği, evrimci yorum anlayışı ile takdir hakkı arasında uzlaşma sağlamaktadır³⁴.

³³ ATAKAN, Arda, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2010, C. 16(3-4), s. 30-38.

³⁴ DZEHTSIAROU, Kanstantsin, “Does Consensus Matter? Legitimacy of

Bir diğ er yönden evrimci yorum anlayışının Sözleşmeci devletler açısından sürpriz olmasını engellemektedir. Zira fikir birliğine bir günde ulaşılmamaktadır. Dolayısıyla Avrupa genelinde değı şim olduđ u öngörülebilir olmaktadır. Ancak Avrupa geneli fikir birliğı kesin değı ldir. Günün koşullarına göre değı şmektedir. Mahkeme günün koşullarına göre kararlarını revize etmektedir.

Takdir hakkı ve Avrupa geneli fikir birliğı arayışlarına daha fazla örnek verecek olursak yaşamın başlangıcına yönelik Avrupa genelinde fikir birliğı yoktur. Bundan dolayı kürtaja izin verip vermeme konusunda devletlerin takdir hakkı geniştir³⁵. Benzer şekilde kadının evlendikten sonra kendi soyadını taşımaya devam etmesi için yapılan başvuruda Mahkeme, Avrupa geneli fikir birliğı olup olmadığını kontrol etmiştir. Türkiye'nin kadının kendi soyadını kullanmasını engelleyen tek Avrupa ülkesi olduğunu fark etmiştir. Bunun üzerine Türkiye'nin özel hayatla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağını ihlal ettiğine karar vermiştir.³⁶

Bir başka örnek karar olarak, Birleşik Krallık'ta mahkumların oy kullanması tamamen yasaktır. Hirst/İngitere kararına konu olan bu durum Mahkeme tarafından Sözleşme'ye

European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights", **Public Law Review**, 2011, s. 534, 541.

³⁵ Vo v. France, 539224/00, 08.08.2004, §74

³⁶ Leventođ lu Abdulkadirođ lu v. Turkey, 7971/07, 28.08.2013.

aykırı bulunmuştur. Esasen Mahkeme Sözleşme'ye üye devletlerde ortak bir mutabakata varılmadığını ve devletin takdir hakkının geniş olduğunu kabul etmiştir. Ancak takdir hakkının yine de çok geniş olmayacağını her konuyu kapsamayacağını belirtmiştir. Bütün mahkumlara yönelik her konuda hiçbir şekilde oy hakkı tanınmamasının takdir hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir³⁷.

III. EVRİMCİ YORUMUN AİHM KARARLARINDAKİ GÖRÜNÜŞÜ

Evrimeci yorum anlayışı ve bu çerçevede takdir hakkından bahsederken Avrupa toplumundaki insan haklarına bakışın değişimiyle AİHM'nin kararlarında insan haklarına bakışın nasıl farklılaştığını da anlatmak gereklidir. Avrupa toplumunda, 2000 yılından itibaren insan haklarına saygı ve toplumsal değişimlerde artma olmuştur. AİHM de 2000 yılı öncesi ahlak ve özgürlükler konusunda daha muhafazakar bir yaklaşım sergileyip devletlere daha geniş takdir hakkı tanıırken, 2000 sonrası daha fazla insan haklarını önemseyip uluslararası hukuk belgelerinin gelişimine paralel olarak devletlere daha az takdir hakkı vermeye başlamıştır.

³⁷ *Hirst v United Kingdom* (Appl No. 74025/01) Judgment of 6 October 2005. § 81,82

Özellikle eşcinsel ilişkilere yönelik toplumun bakışı daha özgürlükçü olmaya başlamıştır. Eşcinseller toplumda daha fazla kabul görmeye ve hak talep etmeye başlamışlardır. Mahkeme de değişen toplum yapısını dikkate alarak evrimci yorum ile eşcinsellerin yaptığı başvurularda onların haklarını daha destekleyici yeni kararlar vermiştir. Dolayısıyla kanaatimce, AİHM'nin evrimci yorumlarını net görebilmek adına eşcinsellerin başvurularına ilişkin verdiği kararlardan bahsetmek gereklidir.

Bu kısımda öncelikle eşcinsel ilişkilerin Mahkeme tarafından tanınması talepleriyle alakalı yaşanan değişim incelenecektir. 1986 yılında AİHM'ye yapılan ilk başvurunun konusunu kadından erkeğe cinsiyet değiştirme ameliyatı olmuş bir transseksüel oluşturmuştur. Başvurucunun ameliyat masrafları devlet tarafından karşılanmıştır. Ancak ameliyat sonrasındaki cinsiyeti hükümet yetkilileri tarafından tanınmamıştır. Dolayısıyla özel hayat hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Ancak Mahkeme, doğum sertifikasının sonradan değiştirilmesinin oldukça zor olduğunu, pek çok problemi beraberinde getirebileceğini kabul etmiştir. Bu bakımdan cinsiyet değişiminin tanınmamasında kamusal menfaatin ağır bastığına karar vermiştir. Özel hayat hakkının ihlal edilmediğini söylemiştir³⁸. Buna ek olarak Mahkeme, transseksüellerin yaşadığı sıkıntıların bilincinde

³⁸ Rees v. United Kingdom, 9532/81, 17.10. 1986, §42.

olduklarını belirterek, toplumsal ve tıbbi gelişmelere göre uygun tedbirlerin incelenmeye devam edeceğini ifade etmiştir³⁹.

Rees/ Birleşik Krallık kararından sonra Mahkeme, Cossey/Birleşik Krallık kararını incelemiştir. Önceki kararına benzer şekilde cinsiyet değiştirmenin devlet tarafından tanınmamasını hak ihlali olarak görmemiştir. Cinsiyet değiştirme ameliyatıyla diğer cinsin bütün biyolojik özelliklerinin edinilmediğini söylemiştir⁴⁰. Ayrıca evlenme hakkının da ihlal edilmediğine karar vermiştir. Evlenme hakkı konusunun devletlerin takdir alanında bulunduğunu kabul etmiştir.

B./Fransa kararına gelindiğiye Mahkeme, cinsiyet değişiminin tanınmamasının hak ihlali oluşturmayacağı yönünde önceki içtihatlarında küçük bir değişikliğe gitmiştir. Mahkeme, gerekçesinde İngiltere’de doğumdan itibaren bilgilerde hiçbir şekilde değişiklik yapılmadığını ancak Fransa’da bilgiler konusunda sürekli güncelleme yapıldığını söylemiştir. Buna göre Fransa kolaylıkla cinsiyet değişimini tanıyabilecektir. Yüksek kamu yararı bulunmamaktadır⁴¹.

Benzer bir tanıma başvurusu X,Y,Z/Birleşik Krallık’tır. Kadından erkeğe cinsiyet değiştirme ameliyatı olan X ile bayan

³⁹ Rees v. United Kingdom, 9532/81, 17.10. 1986, §47.

⁴⁰ Cossey v. United Kingdom, 10843/84, 27.09.1990,§40.

⁴¹ B. v.France, 13343/87, 25.03.1992, §59-63.

Y'nin düzenli ve sürekli birlikteliklerinin hükümet yetkililerince tanınmamasına ilişkindir. Mahkeme, evlilik birliğini tanıyıp tanımamanın devletin takdir alanında olduğuna karar vermiştir. Ancak X ve Z'den yapay dölleme yoluyla olan Z arasında fiili aile bağının olduğunu kabul etmiştir⁴².

Rees⁴³ ve Cossey⁴⁴ davalarının benzeri olarak Sheffield ve Horsam/Birleşik Krallık başvurusunda Mahkeme, farklı bir yaklaşım göstermesi için herhangi bir neden olmadığını söylemiştir. Sözleşmeciler açısından transseksüellik konusunda kabul edilen genel bir yaklaşımın olmadığına ve karmaşık, bilimsel, hukuki, ahlaki ve sosyal sorunlara yol açmaya devam ettiğine değinmiştir⁴⁵. Dolayısıyla Sözleşme'nin herhangi bir maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Ancak yine de transseksüellik olgusunun toplumsal kabul görmesi ve ameliyat olan transseksüellerin karşılaştığı sorunların çözümlenmesi bakımından Sözleşmeciler devletlerin inceleme yapması gerektiğini kaydetmiştir⁴⁶.

2002 yılına gelindiğinde Mahkeme açısından önemli bir

⁴² X,Y,Z V. United Kingdom, 21830/93, 22.04.1997,§37.

⁴³ Rees v. United Kingdom, 9532/81, 17.10. 1986.

⁴⁴ Cossey v. United Kingdom, 10843/84, 27.09.1990.

⁴⁵ Sheffield and Horsham v. United Kingdom, 31-32/1997/815-816/1018-1019, 30.07.1998,§58.

⁴⁶ Sheffield and Horsham v. United Kingdom,§60.

dönüm noktası olmuştur. Mahkeme, transseksüellerin ameliyat sonrası cinsiyet değiştirme taleplerini devletlerin takdir alanında olduğunu söylemekteydi. Goodwin/İngiltere⁴⁷ ve I/İngiltere gibi kararlarla Mahkeme, özel hayat hakkı kapsamında transseksüellerin ameliyat sonrası cinsel kimliğinin kamu belgelerinde değiştirilmesi konusunda devletlerin sorumluluğunun bulunduğunu kabul etmiştir. Bunun yanında cinsiyet değişiminin tanınmamasından dolayı kişinin eski cinsiyetinden birisiyle evlenememesini de evlilik hakkının ihlali olarak görmüştür. Sebep olaraksa, sözleşmecî devletlerin geneli bakımından değişen şartların değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Diğer bir deyişle, Mahkemenin önceden verdiği kararlardan bugüne Avrupa genelinde çok önemli değişiklikler olmuştur. Mahkeme, günün şartlarına göre genele göre değerlendirme kriterlerinde esnekliğe sahiptir. Ayrıca artık Avrupa genelindeki konuyla alakalı uluslararası sözleşmeleri referans alarak değerlendirmesini yapmaktadır⁴⁸.

Eşcinsel birliktelikler ile ilgili diğer bir sorun, -aile- olarak tanınmamaları ve bundan dolayı karşılaştıkları hukuki sosyal problemlerdir. Mahkeme tarafından 2000 öncesi verilen kararlarda eşcinsel birliktelikler aile hayatı kapsamında ele alınmamıştır.

⁴⁷ Christine Goodwin v. United Kingdom, 28957/95, 11.07.2002.

⁴⁸ I. V. United Kingdom, 25680/94, 11/07/2002,§64.

Başvurucuların aralarındaki bağların sıklığı ve birlikte yaşam sürmeleri dikkate alınmaksızın aile olarak kabul edilmiyorlardı. Bu konuda devletlere geniş takdir hakkı verilmekteydi. Ancak aralarındaki eşcinsel ilişkinin özel hayat çerçevesinde ele alınması gerektiği ifade edilmekteydi.

Eşcinsel ilişki yaşayan çiftlerle ilgili Mahkeme'ye yapılan başvuruların bir kısmı taraflardan birinin ölümüyle kalan kişinin heteroseksüel evliliklerde tanınan hakların tanınmaması sebebiyle yapılmıştır. S./Birleşik Krallık komisyon kararında⁴⁹ lezbiyen bir ilişki yaşayıp, ilişkide kadın ve erkek olarak rol paylaşımı yapan çiftten birinin ölümüyle diğer çiftin kira sözleşmesinin sona erdirilmesiyle ilgili olan başvuru Komisyon tarafından kabul edilemez bulunmuştur. Zira her ne kadar kişilerden biri erkek diğeri kadın rolünü üstlense de aile olmadıklarını, aile bağı olmadığı için de başvuru konusu evin aile konutu teşkil etmeyeceğine karar vermiştir.

Aynı şekilde Mata Estevez/İspanya Komisyon kararında ölen partnerinin maaşını almak için başvuru yapan kişinin başvurusu kabul edilemez bulunmuştur. Ancak Komisyon, kararında Sözleşmeciler devletler tarafından homoseksüel evliliklerin sosyal ve hukuki olarak tanınması yönünde bir eğilim olduğunu

⁴⁹ S. v. The United Kingdom, 11716/85, 14.05.1986.

kabul etmiştir. Ancak henüz çok düşük bir oranda olduğu için, Sözleşmeci devletlerin bu konuda ortak bir mutabakata varmadıklarını ifade etmiştir. Bundan dolayı yine, Sözleşmeci devletlere homoseksüel evliliklerin aile olarak tanınması takdir hakkı bırakmıştır⁵⁰.

Homoseksüel ilişkilerin aile kapsamında değerlendirilmemesinin getirdiği sonuçlardan biri göçmenlik haklarından faydalanamamaktır. X. ve Y./Birleşik Krallık başvurusunda homoseksüel ilişki yaşayan başvuruçular aile kapsamında değerlendirilmediği için başvuruçulardan biri göçmenlik haklarından faydalanamamıştır. Komisyon başvuruçuların aralarındaki homoseksüel ilişkinin özel hayat kapsamında değerlendirileceğine ancak aile teşkil etmediklerine dolayısıyla başvurunun kabul edilemez bulunmasına karar vermiştir⁵¹.

EB/Fransa kararıyla Mahkeme içtihat değişikliğine yönelmeye başlamıştır. EB/Fransa kararının konusu lezbiyenin Fransız yetkilerince evlat edinmek istemesinin reddedilmesidir. Zira aile içinde babayı simge eden kimse bulunmamaktadır. Mahkeme, başvuruçuyu incelediğinde bunun bir bahane olarak başvuruçunun homoseksüel oluşundan dolayı kullanıldığını

⁵⁰ Mata Estevez v. Spain (Admissibility), 56501/00, 10.05.2001.

⁵¹ X and Y v. The United Kingdom, 9369/81, 03.05.1983.

söylemiştir. Başvurucu, seksüel yöneliminden dolayı ayrı muameleye maruz bırakılmıştır. Farklı muamele objektif ve mantıklı bir nedene dayanmamaktadır. Mahkeme benzer konudaki önceki kararında Avrupa genelinde bir mutabakat olmadığı için devletlerin geniş takdir hakkı olduğunu kabul etmiştir⁵². Ancak bu kararda seksüel kimlik konusunun söz konusu olduğu yerlerde farklı muamele için ikna edici ve geçerli nedenlerin olması gerektiğini söylemiştir⁵³. Fransa hükümeti önemli sebebi kanıtlamak zorundadır. Mahkeme, Sözleşmeciler devletler açısından tek başına homoseksüellerin evlat edinmesi bakımından mutabakata vardığını tespit etmiştir. Bundan dolayı Fransa'ya bu konuda takdir hakkı bırakmamıştır. Özel hayat hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağı bakımından ihlal olduğu kararına varmıştır.

2010 yılına gelindiğinde Schalk ve Kopf, P.B. ve J.S. kararları ile Mahkeme, eşcinsel birliktelikleri aile olarak kabul etmeme yönündeki kararını değiştirmiştir. Sürekli birlikte olan sıkı bağlara sahip çiftlerin heteroseksüeller gibi aile kapsamında değerlendirilmesine karar vermiştir. ⁵⁴Mahkeme, bu konuda ilk verdiği kararlardan bugüne Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin

⁵² Frette v. France, 36515/97, 26.02.2002.

⁵³ EB v. France, 43546/02, 22.01.2008, §91.

⁵⁴ Schalk and Kopf v. Austria, § 94; P.B. and J.S. v. Austria, 18984/02, 22.07.2010, § 30.

eşcinselliğe bakışının değiştiğini ifade etmiştir. Avrupa Birliği hukukunda da eşcinsel birlikleri tanıma konusunda bir mutabakata varıldığını söylemiştir⁵⁵. Buna göre koşullar değiştiğinden artık eşcinsel birliktelikleri “aile” olarak görmek gereklidir⁵⁶.

2013 yılında karar verilen X and Others/Avusturya başvurusu ise evlat edinmenin homoseksüel çiftlere sağlanmaması üzerinedir. Mahkeme homoseksüel çiftleri de aile kapsamında kabul etmesiyle heteroseksüel çiftlere sağlanan evlat edinme hakkının sağlanmamasının özel hayat hakkını ihlal eder nitelikte bulmuştur. Bununla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir⁵⁷.

SONUÇ

Sonuç olarak, AİHM hakimleri özellikle eşcinsellere ilişkin kararlarda görüldüğü üzere zamanla daha özgürlükçü olmuş ve değişen toplum yapısına uygun kararlar vermiştir. Kararlarını verirken toplumun yaşantısını, kültürünü, inanışlarını dikkate almıştır. Toplumun sosyal faydasını gözeterek başvuruları sonuçlandırmaya çalışmıştır. Toplumdaki sosyal, ekonomik, dini değişimleri de gözardı etmemiştir. Toplumdaki gelişmelere paralel

⁵⁵ Schalk and Kopf v. Austria, § 93; P.B. and J.S. v. Austria, § 29.

⁵⁶ Schalk and Kopf v. Austria, § 94; P.B. and J.S. v. Austria, §30.

⁵⁷ X and Others v. Austria, 19010/07, 19/02/2013, § 153.

olarak Sözleşmeyi yeniden yorumlayarak sosyal faydanın sağlanması yönünde kararlar vermeye çalışmıştır. Bunu yaparken de evrimci yorum anlayışı çerçevesinde takdir hakkı, Avrupa geneli fikir birliği gibi kavramlar oluşturmuştur. AİHM içtihatlarında farklı kavramlarla yer alan ve evrimci yorum olarak adlandırdığımız yöntem ise Amerikan realistleri tarafından hukuk felsefesinde yeni bir anlayış olarak savunulmuştur. AİHM'nin tam olarak Amerikan realistlerinin düşüncelerinden etkilendiğini ve uyguladığını iddia etmek elimizdeki veriler sınırlı olduğundan güçtür. Ancak Amerikan realistlerinin düşüncelerinin AİHM kararlarında somutlaştığını görmekteyiz. AİHM'nin evrimci yorum ile verdiği kararlarla Amerikan realistlerinin düşünceleri bağdaşmaktadır. Amerikan realizminde sosyal fayda anlayışı AİHM kararlarında da benzer şekilde görülmektedir.

KAYNAKÇA

1. ATAKAN, Arda, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2010, C. 16(3-4), s. 30-38.
2. BENTHAM, Jeremy, **An Introduction to Principles of Morals and Legislation**, Kitchener: Batoche Books, 2000, s. 14-19.
3. DZEHTSIAROU, Kanstantsin, “Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights”, **Public Law Review**, 2011, s. 534, 541.
4. DZEHTSIAROU, Kanstantsin, “European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights”, **German Law Journal**, 2011, Vol. 12 No. 10, s. 1730-1745.
5. FRANK, Jerome, “Law and Modern Mind”, **Transaction Publishers**, New York, 2008, s. 3.
6. FRANK, Jerome, “Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation”, **Colombia Law Review**, 1947, 47(8), s. 1259-1278.
7. GÖZÜBÜYÜK, Şeref ve GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 4. bası, Turhan

- Kitabevi, Ankara, 2003, s. 50-100.
8. GÜRKAN, Ülker, **Hukuki Realizm Akımı**, Ankara, Sevinç Kitabevi, 1967, s. 5-15.
 9. HOLMES, Oliver Wendell, "The Path of The Law", **Harvard Law Review**, 1987, s. 457(10).
 10. JAMES, William, **Pragmatizm**, İstanbul, İletişim Yayınları, 2015, s. 151.
 11. JHERING, Rudolf, **Hukuk Uğrunda Savaş**, İstanbul, Sinan Basımevi, 1935, s. 11.
 12. LETSAS, George, "Two Concepts of Margin of Appreciation", **Oxford Journal of Legal Studies**, 2006, Vol. 26, No. 4, s. 705–732 .
 13. LLEWELLYN, Karl, "A Realistic Jurisprudence" **Columbia Law Review** ,1930, C. 30(4), s. 431-465.
 14. LLEWELLYN, Karl, "Some Realism About Realism Responding to Dean Pound", **Harvard Law Review**, 2013, C. 697(44), s.1222-1264.
 15. MILL, John Stuart, **Utilitarianism**, Kitchener:Batoche Books, 2001, s. 25.
 16. POUND, Roscoe, "Interests of Personality", **Harvard Law Review**, Y. 1915, C. 28(4), s. 343-365.
 17. VARJU, Marton, "Transition as a Concept of European Human Rights Law", **European Human Rights Law Review**, 2009, s.170-172.

18. YOUROW, Howard Charles, **The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence**, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1996, s.14.

19. YÖROĞLU, Ömer. **Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletleri'nde Hakim olan Hukuk Teorisi**, İstanbul, İ.İ.B.F. Yayınları, 1982, s.4-20.

AİHM KARARLARI

B. v.France, 13343/87, 25.03.1992.

1. Christine Goodwin v. United Kingdom, 28957/95, 11.07.2002.
2. Cossey v. United Kingdom, 10843/84, 27.09.1990.
3. *Dudgeon v United Kingdom*, 7525/76, 24.02.1983.
4. EB v. France,43546/02, 22.01.2008, §91.
5. Frette v. France, 36515/97, 26.02.2002.^[L]_[SEP]
6. *Hirst v United Kingdom* (Appl No. 74025/01) Judgment of 6 October 2005.
7. Leventoğlu Abdulkadiroğlu v. Turkey, 7971/07, 28.08.2013.
8. Marckx v. Belgium, 6833/74 , 13/06/1979.
9. Mata Estevez v. Spain (Admissibility), 56501/00, 10.05.2001.
10. P.B. and J.S. v. Austria, 18984/02, 22.07.2010.
11. Rees v. United Kingdom, 9532/81, 17.10. 1986.

12. S. v. The United Kingdom, 11716/85, 14.05.1986.
13. Schalk and Kopf v. Austria, 30141/04, 22.11.2010.
14. Sheffield and Horsham v. United Kingdom, 31-32/1997/815-816/1018-1019, 30.07.1998.
15. Tyrer v. United Kingdom, 5856/72, 25.04.1978.
16. Vo v. France, 539224/00, 08.08.2004.
17. X and Others v. Austria, 19010/07, 19/02/2013.
18. X and Y v. The United Kingdom, 9369/81, 03.05.1983.
19. X,Y,Z V. United Kingdom, 21830/93, 22.04.1997.

THE RIGHT TO WORK OF ALIENS UNDER INTERNATIONAL PROTECTION IN TURKEY

Kazım Çınar¹

Abstract

As one of the most important fundamental rights, the right to work is supposed to be provided to all people. However fundamental rights and freedoms can be restricted to foreigners in accordance with international law and by means of laws in Turkish law as well as world practice. In this respect, the right to work of forced migrants in Turkey has been restricted from various aspects, too. Taking the fact that the Turkish geography has faced too many forced migrants in several years into consideration, the importance of labor market regulation considering those aliens has increased. That's why there has emerged several new regulations including law and regarding by-laws. In this paper, the categorization of forced migrants in Turkey has been explained just after the legal basis for restrictions of the work of aliens in general set forth. Then the types of work permits for aliens in Turkey has been discoursed because aliens are supposed to have a work permit in general which in turn means they do not have a direct access to Turkish labor

¹ Research Assistant in the Department of Private International Law, Istanbul Medeniyet University, E-mail contact: kazimcinar2@gmail.com

market. After that the paper focuses on the work of forced migrants for both international protection status holders including refugees, conditional refugees, secondary protection and temporary status protection holder. The paper has been concluded with the author's personal opinions.

Keywords: *the right to work, forced migrants, international protection, temporary protection, work permit*

I. Introduction

A. The Right to Work in General

The citizenship has mostly been defined as the legal and political connection between an individual and state². Because of the said connection, a relation regarding rights and obligations emerges between them. The concept of "alien" has been built on the notion of citizenship. Though several terms are used to identify those who are not a citizen,³ Turkish law identifies the aliens as

² GÜNGÖR, Gülin, **Tabiiyet Hukuku** (Law of Nationality), Ankara, 2016, p.1; NOMER, Ergin, **Türk Vatandaşlık Hukuku** (Turkish Citizenship Law), Ankara, 2017, p.3. About that citizenship states a belonging, please also see ERDEM, Bahadır, **Türk Vatandaşlığı Hukuku** (Turkish Citizenship Law), İstanbul, 2017, p.1. In order for the doctrinal ideas about the legal nature of citizenship within the historical process please see DOĞAN, Vahit, **Türk Vatandaşlık Hukuku** (Turkish Citizenship Law), Ankara, 2017, p.9-12.

³ The terms used sometimes contradict with each other, for some examples please see ÇİÇEKLİ, Bülent, **The Legal Position of Turkish Immigrants in the European Union**, Ankara, 1998, p.127 ff.

those who do not have a citizenship connection with Turkish State⁴. In this regard, refugees, stateless(heimatlos) and other migrants are legally aliens.

The right to work is one of the universal human rights⁵. In many international legal documents, that fundamental rights must be provided to all people and equally⁶. Similarly the right to work has been entitled to all people in Turkey according to Article 49 of the Turkish Constitution⁷. However as emphasized in Article 16 of the Constitution, fundamental rights and freedoms can be restricted to foreigners in accordance with international law and by means of

⁴ Law on Aliens and International Protection, OJ. 11/4/2013, I.28615.

⁵ DOĞAN, Vahit, **Türk Yabancılar Hukuku** (Turkish Law of Aliens), Ankara, 2017, s.195. Because of the said proposition, the right to work has been examined under public rights. However the right to work also generates reciprocal rights and obligations in private law. ÇELİKEL, Aysel / ÖZTEKİN GELGEL, Günseli, **Yabancılar Hukuku** (Law of Aliens), İstanbul, 2017, p.180-181. In order for the classification of the rights and freedoms of the aliens, also see BERKİ, Osman Fazıl, **Devletler Hususi Hukuku I - Tabiyet ve Yabancılar Hukuku** (Private International Law – Law of Nationality and Aliens), Ankara, 1966, p.155-203.

⁶ For instance; 1966 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Article 6 in particular), International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (New York, 18 December 1990), the conventions of International Labor Organization. However, many of the international conventions include escape clauses that allow states to make different regulations for citizens and those who are not citizens. ÇİÇEKLİ, Bülent, **Yabancılar ve Mülteci Hukuku** (Law of Aliens and Refugees), Ankara, 2016, p.53.

⁷ An English version of Turkish Constitution is available at https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf.

laws. In respect to this, the aliens' right to work in Turkey has been restricted from various aspects⁸.

B. The Right to Work for Aliens

In order for aliens to be able to legally work in Turkey; they in principle 1) should have the entrance conditions to enter the state; 2) should take a work permit and 3) should work on occupations that are not forbidden to them⁹.

The principal law on aliens' right to work in Turkey is the Law on the International Labor Force-Law No.6735-¹⁰ which is fairly fresh. The said law was published in the Official Gazette on August 13, 2016. The latter law makes important changes to the work permit system in Turkey and according to Article 27/7, the former law, the Law on Work Permits of Foreigners-Law No.4857- has been abolished. The Law on the International Labor

⁸ No doubt the said restrictions have important justifications. The works of aliens may be restricted with the reasons such as public security, public interest, public health in accordance with the economic conditions of the state. Mostly Lausanne Agreement and the following bilateral agreements identified the legal scope of the works of aliens in Turkey. ÇELİKEL/ ÖZTEKİN-GELGEL, p.181-182.

⁹ ERKEN, Baki, "Uluslararası İşgücü Kanunu Çerçevesinde Türkiye'de Yabancıların Çalışması" (The Work of Aliens Under International Labor Force Law) **TİSK Akademi**, V.11, N.22, 2016, p.385; ÇİÇEKLİ, p.107-108.

¹⁰ OJ 13.08.2016, I.29800.

Force (hereinafter referred as ILF) has pieced together the regulations about aliens' work in Turkey¹¹. Moreover new arrangements were done and new organizations were founded with this law, which have been seen a necessity. On the other hand, there is still not any new by-law which enlighten in case there occurs an ambiguity in practice even though around half a year has passed.

C. The Importance of the Issue

As a result of conditions in the region and national policy, Turkey has been one of the top countries that have millions of people displaced from their countries. In particular the number of Syrians which are around 3 millions even in terms of the registered¹² shows the severity of the case and those statistics inevitably changes the demographical and social structure of the society as well as the attitudes of the Turkish residents to those people. The continuing civil war and regional disorder enforce the country to make new regulations for them. In this context, the right to work for aliens under international protection has been re-regulated for

¹¹ ERKEN, p.387. Before the said law, -International Labor Force Law- it had been criticized that the work permits given by various authorities was carrying several problems. For example, it was claimed that it prevented to form a healthy database, the unfair competition could not be prevented, it caused an unrecorded economy. ARSLAN, Hakan, "Türkiye'de Yabancıların Çalışma Rejimi"(The Working Regime of Aliens in Turkey) **Çimento İşveren**, V.22, N.5, 2008, p.5.

¹² The data has been taken from the UNCHR website. For the detailed information please visit <http://data.unhcr.org/syrianrefugees/country.php?id=224>

several times for 2 years. In August 2016, the new law on foreigners' right to work, which is fairly comprehensive, with the law number 6735 entered into force. In this paper, the right to work of aliens under international protection and temporary protection status according to Turkish International Labor Force Law and other related sub-regulations will be examined.

II. The Categorization of Aliens in terms of Forced Migration

A. The Concept

As was stated above, aliens are mostly defined those who does not have a citizenship connection with the state in which he/she is located. An alien can be either a real person or a legal person. In this respect, the scope of aliens is wide-ranging, which includes refugees, migrants and those who have lost the citizenship of that state. Some groups of aliens have special legal statuses which enable them to enjoy more privileged rights and sometimes to face extra restrictions. The people that benefit from international protection based on compulsory international migration are the example that comes to mind firstly. Regarding statuses have been regulated by the Law on Aliens and International Protection (hereinafter referred as AIP), Law No.6458, sub-regulations and some international conventions.

B. Refugees

The term refugee has been used to identify all people that displaced from their country by force in everyday language. However, the legal meaning of the term is far narrower than the used. In terms of law of refugee, the main legal source is the Convention Relating to the Status of Refugees, also known as the 1951 Geneva Convention.¹³ Article 1 of the latter has defined the term in a detailed way. Apart from this, 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, also known as the 1967 New York Protocol has changed the definition slightly. According to the Convention with the change by the Protocol, the term “refugee” shall apply to any person who is outside the country of his nationality owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it. Furthermore because of the reservation Turkey made, only the people coming from Europe and having the

¹³ In order for a detailed and official information please visit <http://www.unhcr.org/1951-refugee-convention.html>

above-mentioned conditions can be given the status of refugee. The same approach has been accepted by the internal law, AIP.

C. Conditional Refugees

The status of conditional refugee has been regulated by Article 62 of AIP. According to this, *a person who as a result of events occurring outside European countries and owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself or herself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it, shall be granted conditional refugee status upon completion of the refugee status determination process.* The actual difference between refugees and conditional refugees is their geographic roots of persons who apply to international protection.

D. Secondary Protection

Another international protection type that is regulated under AIP is ‘secondary protection’. According to the Article 63 of the law, the first issue to be able to have the latter status is to be neither qualified as a refugee nor as a conditional refugee. In addition secondary protection can be provided to those who would a)

be sentenced to death or face the execution of the death penalty; b) face torture or inhuman or degrading treatment or punishment; c) face serious threat to himself or herself by reason of indiscriminate violence in situations of international or nationwide armed conflict; if they returned to the country of origin or country of former habitual residence.

E. Temporary Protection

Temporary protection has initially been regulated by Article 91 of AIP. In addition, upon the serious number of the forced migrants, a specific regulation – The Temporary Protection Bylaw – has been issued in October 2014.¹⁴ This status is in principle has established for foreigners who have been forced to leave and cannot return to their country they left, and have arrived at or crossed the borders of Turkey in a mass influx situation seeking immediate and temporary protection, in practice mostly for Syrians.¹⁵ In fact this status is not a part of international protection because it has

¹⁴ OJ, 22.10.2014, I.29153.

¹⁵ Some studies about the legal positions of Syrians in Turkey are; EKŞİ, Nuray, “Türkiye’de Bulunan Suriyelilerin Hukuki Statüsü”(Legal Status of Syrians Placed in Turkey) **Legal Hukuk Dergisi**, N.119, 2012. TOPAL, Ahmet Hamdi, “Geçici Koruma Yönetmeliği ve Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü” (By law on Temporary Protection and Legal Status of Syrains in Turkey) **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, V.2, N.1, 2015; KAYA, İbrahim / YILMAZ EREN, Esra, Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Durumu, Arada Kalanların Hakları ve Yükümlülükleri (Legal Status of Syrians in Turkey- The Rights and Obligations of Those Who Stay in the Middle), **SETA Reports**, 2015.

been regulated separately from international protection in both AIP and the regarding by-law. The distinguishing points for the said status are ‘a mass influx’ and ‘immediate protection’. For instance secondary protection is not an immediate and temporary tool. Temporary protection identification document to those whose registration proceedings are completed will be issued by Governorates. This document grants to them the right to stay in Turkey. However, it will not be deemed to be equivalent to a residence permit or documents which substitute residence permits. Similarly it shall not grant the right for transition to long term residence permit or its duration shall not be taken into consideration when calculating the total term of residence permit durations and shall not entitle its holder to apply for Turkish citizenship. (Art. 25 of the By-law)

III. The Work Permits in Turkey

A. Periodical Work Permit

Periodical work permit is the basic work permit and the most-given one.¹⁶ In principle, initially a work permit for maximum one year shall be granted to the foreigner at the first application. If the duration of the job or service contract is less than

¹⁶ Detailed statistics are available in The Official Report on Work Permits of Foreigners, 2015 Report, at <https://www.csgb.gov.tr/media/3209/yabanciizin2015.pdf>

one year, work permit will be given for the time determined in the contract. The applicable time-extensions for periodical work permit are as follows: At the first extension application, a work permit for maximum two years and maximum three years in the following applications can be granted for the same employer. However, applications to be employed by a different employer shall be evaluated as it is the first application, which in turn means maximum one-year work permit will be given. The regulation regarding times for work permits is almost the same with the former law, however the condition of “being dependant to the same employer” is new.

B. Indefinite Work Permit

Indefinite work permit allows foreigners to work in Turkey without any time restriction. The groups that can apply to indefinite work permit in Turkey are 1) those who have long-term residence permit¹⁷ and 2) those who had legal work permit for at least 8 years uninterruptedly. However, being in the stated groups does

¹⁷ In order to have long-term residence permit in Turkey one a) has to stay in the state at least 8 years uninterruptedly b) must not have received social assistance in the past three years; c) has to sufficient and stable income to maintain themselves or, if any, support their family; d) has to be covered with a valid medical insurance; e) must not to be posing a threat to public order or public security. However, for foreigners who are considered appropriate for a long-term residence permit due to meeting the conditions determined by the Migration Policies Board, the conditions stated above may not applied, except not posing a threat to public order or public security. AIP Art..42-43; Governing Regulation of AIP, Art. 40.

not automatically extinguish the discretion of the national authorities, in other words, that does not entitle an absolute right to aliens.

In order for one to have 8-year-legal work permit, he or she has to apply for extension at least three times because a person can apply to indefinite work permit after the time of 1+2+3+(at least) 2 years. ‘Uninterruptedly’ means that the foreigner does not spend more than six months outside of Turkey. Spending less than six months do not interrupt the legal employment period of the foreigner but that period which the foreigner is outside of Turkey are not considered in context of legal employment period.¹⁸

C. Independent Work Permit

Independent work permit enables aliens to work in Turkey without being dependant to an employer. In the ILF, it has been defined as *the work permit which allows foreigners to work in their name and account in Turkey*. In fact the work permits stated above are dependant work permits because they are given based on an employer. In the former law, Law No.4817, the condition of ‘having resided five years legally and uninterruptedly’ were required in order to be able to apply for independent work permit. However the said condition has been abolished by ILF, instead the qualification of the foreigner and the contribution to national economy

¹⁸ ARSLAN, p.12.

has been featured.¹⁹ In this context, it has regulated that *foreigners who are members of a profession can be granted independent work permit provided that they meet the special conditions specified in other laws*. Besides it is worth underlining that independent work permits are granted for a definite period of time without time limitation specified in Article 10 of ILF.

D. Exceptional Work Permit

A number of groups that are stated by laws for several reasons can be granted work permit *exceptionally* regardless of limitations about application, time, the evaluation and rejection of application. The doctrine calls this the exceptional work permit.²⁰ According to the Preamble of ILF, the stated privileges have been granted to those foreigners for their importance or statuses or by virtue of specific provisions of their work and stay in accordance with regarding laws. The foreigners who can be granted work permit exceptionally are as follows:

a) Those who are evaluated as qualified labour according to their education, wage, professional experience, contribution in science and technology and similar traits,

¹⁹ ERKEN, p.388.

²⁰ ÇİÇEKLİ, p.117-119; ÇELİKEL/ÖZTEKİN-GELGEL, p.198-199, DOĞAN, p.212.

b) Those who are evaluated as qualified investor according to their contribution in science and technology, investment or export level, size of the employment they will provide and similar traits,

c) Those who are employed in a project carried out in Turkey for a temporary period,

d) Those who are reported to be of Turkish origin by the Ministry of Internal Affairs or Ministry of Foreign Affairs,

e) Citizens of the Turkish Republic of Northern Cyprus,

f) Citizens of an EU member states,

g) Holders of international protection status, conditional refugee status, temporary protection or stateless or human trafficking victim who are benefiting from victim support process in accordance with the Law no 6458,

h) Those who are married with a Turkish citizen and living with his/her spouse in Turkey within marriage union,

i) Those who are working in the representations of foreign states and international organizations in Turkey without diplomatic immunity,

j) Those who are coming to Turkey for scientific, cultural, artistic or sportive purposes with international success in his/her field,

k) Cross-border service providers.

IV. The Right to Work of Aliens That are Forced Migrants

As can be seen in the list of groups that can be granted exceptional work permit; holders of international protection status, conditional refugee status, temporary protection or stateless or human trafficking victim who are benefiting from victim support process in accordance with the Law no 6458, can be granted work permit exceptionally regardless of limitations about application, time, the evaluation and rejection of application, according to Article 16/1-f of ILF. Besides this law, in order for forced migrants' right to work in Turkey, the governing regulation of former (annulled) the law no.4817, above-mentioned Temporary Protection By-law, the By-law on The Work of Persons Provided Temporary Protection and the By-law on the Work of Persons Having International Protection Application and International Protection Status need to be taken into consideration.

A. International Protection

As was mentioned above, international protection refers to the statuses of refugee, conditional refugee and secondary protection. On the other hand, in terms of the work conditions in Turkey, it is feasible to make categorization of international protection sta-

tus as a) those who have applied to one of the international protection status but not finally decided by competent authorities; b) refugees; c) conditional refugees and d) secondary protection holders. The basic legal documents for international protection status holders' work in Turkey are AIP (Art. 89) and the By-law on the Work of Persons Having International Protection Application and International Protection Status. The latter is published in the OJ and entered into force in April 2016. However especially for refugees, several international conventions need to be taken into consideration.

1. Applicants

Those who have applied to one of the international protection status but not finally decided to be given one of them are hereinafter referred as applicant in short in accordance with the legal definition stated in AIP and concerning By-law. Initially it should be noted that the applicants are expected to have a work permit which in turn means they do not have a direct access to Turkish labor market. Second important point is that the applicants cannot apply for work permit directly; instead they may apply after six months following the application date of an international protection status.(Art.6/3 the By-law) If the competent authority determines that there has not been six months after the international pro-

tection application, the work permit recourse will be denied. Moreover, applicants should apply to work permit with their identity card granted by competent authorities. If the validity period of the mentioned identity cards expired or there are less than 30 days for expiration, the application is expected to be denied.(Art.11/b the By-law) Although an applicant has a work permit, this situation do not enable him/her to apply to work for another employer or work independently unless otherwise he/she has the said identity card.(Art.6/2 the By-law)

Applicants might be imposed an obligation to settle in a certain city. If such a person applies for work permit outside of the certain city, the Ministry of Labor and Social Security, as the competent authority to give work permit, the opinion of Ministry of Internal Affairs is taken. In case the Ministry of Internal Affairs presents a negative opinion about the applicant in terms of above-mentioned context, the application for work permit and time extension are supposed to be denied.(Art.11/ç the By-law).

2. Refugees

For refugees' working, there have been several international documents that include the right to work. One of them, which are significant, is Article 17 of 1951 Geneva Convention, which states that *the Contracting State shall accord to refugees lawfully staying in their territory the most favourable treatment*

accorded to nationals of a foreign country in the same circumstances, as regards the right to engage in wage-earning employment. The similar regulations can be found in Article 18 which is about independent working and 19 of the Geneva Convention. In Turkey, especially the groups of people that are related with Turkish roots and qualified aliens have special opportunities about work and stay. Concordantly refugees have been given the right to direct entrance to internal labor system in national law.

According to Art. 89 of AIP, the refugee upon being granted the status, may work independently or be employed, without prejudice to the provisions stipulated in other legislation restricting foreigners to engage in certain jobs and professions. The same provision has placed in Art.4/1 of the By-Law. The identity document of refugees also substitutes for a work permit, which will be written on the document. On the other hand access of the refugee to the labor market may be restricted for a given period, where the situation of the labor market and developments in the working life as well as industry-specific and economic conditions regarding employment necessities, in agriculture, industry or, service sectors or a certain profession, line of business or, administrative and geographical areas. This provision aims to enable the government to control international labor in the country. That's why the Ministry of Internal Affairs are informed about the current situation includ-

ing the city in which refugees work, the jobs refugees do, the sectors refugees work, whether they work dependent or independent.(Art.4/4 the By-law) However, such restrictions shall not apply to those who have been residing in Turkey for three years; are married to Turkish citizens; or, have children with Turkish citizenship. The latter is fully in conformity with Art. 17/2 of the Geneva Convention.²¹

3. Conditional Refugees

Conditional refugees can also be granted exceptional work permit. However upon being granted the status, they directly do not have a right to have work permit. In fact mostly conditional refugees and applicants are considered in a similar way. That's why there might be found similar restriction including a time limitation to apply. The said restriction is that a conditional refugee may apply for a work permit after six months following the application date of an international protection claim. It should be added that having a valid work permit do not enable an absolute right to

²¹ Second paragraph of Article 17 states that in any case, restrictive measures imposed on aliens or the employment of aliens for the protection of the national labor market shall not be applied to a refugee who was already exempt from them at the date of entry into force of this Convention for the Contracting State concerned, or who fulfils one of the following conditions: (a) He has completed three years' residence in the country; (b) He has a spouse possessing the nationality of the country of residence. A refugee may not invoke the benefits of this provision if he has abandoned his spouse; (c) He has one or more children possessing the nationality of the country of residence.

stay in Turkey for those aliens.(Art.5/2 the By-law) As an exception applicants and conditional refugees working in the seasonal agriculture and animal husbandry sectors are exempted from work permit.(Art.9/1 the By-law)

Taking some humanitarian concerns into consideration about a minimum wage limit has been determined. According to Art. 17 of the By-Law, applicants and conditional refugees cannot be paid a salary under the legal minimum wage. The said wage was 1404.06 TL in 2017.²²

4. Secondary Protection Holders

Holders of secondary protection status are mostly evaluated with the status of refugees. Just like refugees, the holders of secondary protection may work independently or dependently to an employer after being granted the status. The identity document shall also substitute for a work permit. It is worth underlying that the mentioned opportunity does not prejudice to the provisions stipulated in other legislation restricting foreigners to engage in certain jobs and professions.

²² Ministry of Labor and Social Security, Minimum Wage, see at <https://www.csgeb.gov.tr/home/Contents/Istaitistikler/AsgariUcret>

5. The Procedure

The applications for work permit for applicants and international protection status holders are done by means of *e-devlet* (e-government) portal which is an electronic portal that may be used for many legal actions regarding the government. The related documents about the foreigner and the employer are supposed to be uploaded and then sent to the Ministry of Labor and Social Security. Any demand for time extension is also done via e-devlet portal but the request should be done before the end of former work permit's time limit. However one may continue to work under the same employer from the date of time extension application till the result of application provided that the application is documented.(Art.8/4 the By-law) That there has been a deportation decision which is final in conformity with AIP is a reason for an application to be denied.²³

Having missing documents is not a direct cause of rejection. In case there are some missing documents in the application, the applicant is informed about it and requested to complete the necessary documents. The legal time for completion is 15 days. If

²³ For detailed information about deportation in Turkish law please see KUŞCU, Döndü, **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri** (*Deportation of Foreigners According to Provisions of Law on Aliens and International Protection*), İstanbul, 2017.

the latter not completed within the time limit stated by the Ministry, the application would be denied. (Art.12 the By-law)

Public benefit associations in accordance with Law of Associations²⁴ and tax-exempt endowments in accordance with Law on Recognition of Tax Exemption to Endowments²⁵ may employ international protection status holder provided that they work on humanitarian aid organizations.

B. Temporary Protection

The status of temporary protection, which has been explained above, is different than international protection statuses. By-law on Temporary Protection²⁶ and By-law on Work Permits of Those Who Provided Temporary Protection²⁷ issued by Council of Ministers are other legal instruments about their labor in Turkey. There can be seen major similarities between the work of conditional refugees and applicants in international protection statuses and the work of holders of temporary protection status.

Holders of temporary protection status cannot work in Turkey without a work permit. According to Art. 16 of ILF, they are amongst those who are able to take exceptional work permit. However, aliens under temporary protection can apply to Ministry of

²⁴ OJ 23.11.2004, I.25649

²⁵ OJ 07.08.2003, I.25192

²⁶ OJ 22.10.2014, I.29153

²⁷ OJ 15.1.2016, I.29594

Labor and Social Security for work permit after six month from the date they registered as ‘under temporary protection status’(Art.5/1 and By-law on Work Permits of Those Who Provided Temporary Protection). The applications should be done by themselves if they apply for independent work permit, in other cases the employer should do. *E-devlet* portal should be used in applications as is the case in the work of international protection status. As a specific situation, those who will be employed in the agriculture seasonally and stockbreeding sector are exempted from work permit and their applications will be made through the governorship offices.

The holders of temporary protection status are not exempt from the jobs that only Turkish citizens can perform, so if an employer or temporary protected one applies for that kind of jobs, the said application will be dismissed.

There is an important labor quota regulated in Article 8 of the By-law. As a general rule, the total of temporary protected employed workers cannot exceed the 10% of the employed that is Turkish national in an organization. If an employer employs less than ten workers in a workplace, then one temporary protected alien can be employed. An exception to this rule is that if it can be certified by the approval of Provincial Directorates of Labor and Employment Agency that no Turkish national employee of the

same quality can be found in the domestic labor market within four weeks, the above-mentioned quota may not be executed.(Art.8/3)

As is the case in international protection, public benefit associations in accordance with Law of Associations²⁸ and tax-exempt endowments in accordance with Law on Recognition of Tax Exemption to Endowments²⁹ may employ international protection status holder provided that they work on humanitarian aid organizations.(Art.11 of the By-law) Finally it should be underlined that monthly salaries of temporary protected cannot be less than the Turkish minimum wage.

V. Conclusion

The right to work is one of the fundamental rights of people however it can be restricted by laws for aliens in conformity with international law. The term alien has mostly been used to identify people who are not a citizen in legal literature. In order for an alien to work in Turkey, he or she in principle must have taken a work permit from the competent authority. There are four types of work permits for aliens, which are periodical, indefinite, independent and exceptional work permits. In the new law regulating the work permits and other issues on the works of aliens, it is stated that all

²⁸ OJ 23.11.2004, I.25649

²⁹ OJ 07.08.2003, I.25192

holders of international protection and temporary protection statuses may be granted a work permit exceptionally. In spite of that, there are some other restrictions about their applications for work permit. Maybe the sharpest one is the time limitation for conditional refugees and holders of temporary protection status. A conditional refugee may apply after six months following the application date of an international protection claim; where as temporary protected one may apply after six months following their official registration.

No doubt the regulations about the working of the above-mentioned alien categorizes are crucial mostly because of the high number of them. In national public opinion, some criticize the legal instruments that give those aliens an opportunity to work in Turkey claiming that Turkey already has a high rate of unemployment and this makes it worse. However, it is now a reality that those people cannot return their country in this situation and it is more possible that those people may undermine the social order without a job to be able to live by them. The concerned negative effects are inevitable to a certain extend but the better solutions on the concerns lays on political moves to carry those people secure lands, or burden sharing. It is a strictly hard puzzle, but the above-mentioned facilitated procedure for the work permits of the aliens under international protection and temporary protection seems to be a good alternative in the current cycle.

BIBLIOGRAPHY

ARSLAN, Hakan; “Türkiye’de Yabancıların Çalışma Rejimi” (*The Working Regime of Aliens in Turkey*), Çimento İşveren Dergisi, C.22, S.5, 2008, pn.4-23.

BALE, Tim(Ed.); Immigration and Integration Policy in Europe, Oxon, 2009.

BERKİ, Osman Fazıl; Devletler Hususi Hukuku I (*Private International Law I*), Ankara, 1966.

BRETTEL, Caroline / HOLLIFIELD, James (Eds.); Migration Theory – Talking Across Disciplines, New York, 2008.

ÇELİKEL, Aysel / ÖZTEKİN-GELGEL, Günseli; Yabancılar Hukuku (*Law of Aliens*), İstanbul, 2017.

ÇİÇEKLİ, Bülent; Yabancılar ve Mülteci Hukuku (*Law of Aliens and Refugees*), Ankara, 2016.

ÇİÇEKLİ, Bülent; The Legal Position of Turkish Immigrants in the European Union, Ankara, 1998.

DOĞAN, Vahit; Türk Vatandaşlık Hukuku (*Turkish Citizenship Law*), Ankara, 2017.

DOĞAN, Vahit; Türk Yabancılar Hukuku (*Turkish Law of Aliens*), Ankara, 2017.

EKŞİ, Nuray; Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku (*Law of Aliens and International Protection*), İstanbul, 2016.

EKŞİ, Nuray; “Türkiye’de Bulunan Suriyelilerin Hukuki Statüsü” (*Legal Status of Syrians Placed in Turkey*), Legal Hukuk Dergisi, N.119, 2012, pn.3-22.

ERDEM, Bahadır; Türk Vatandaşlık Hukuku (*Turkish Citizenship Law*), İstanbul, 2017.

ERKEN, Baki; “Uluslararası İşgücü Kanunu Çerçevesinde Türkiye’de Yabancıların Çalışması” (*The Work of Aliens Under International Labor Force Law*), TİSK Akademi, V.11, N.22, 2016, pn.381-405.

GÜNGÖR, Gülin; Tabiiyet Hukuku (*Law of Nationality*), Ankara, 2016.

İÇDUYGU, Ahmet/ KİRİŞÇİ, Kemal(Eds.); Land of Diverse Migrations – Challenges of Emigration and Immigration in Turkey, İstanbul, 2009.

KAYA, İbrahim / YILMAZ EREN, Esra; Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Durumu, Arada Kalanların Hakları ve Yükümlülükleri (Legal Status of Syrians in Turkey- The Rights

and Obligations of Those Who Stay in the Middle), SETA Reports, 2015.

KUŞCU, Döndü; Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri (Deportation of Foreigners According to Provisions of Law on Aliens and International Protection), İstanbul, 2017.

NOMER, Ergin; Türk Vatandaşlık Hukuku (Turkish Citizenship Law), Ankara, 2017.

**NGOs AS A SPECIFIC MODEL OF PARTICIPATION-
HOW CAN ONE JUSTIFY THAT MODEL WITH
REGARD TO THEORY OF DEMOCRACY?**

Miray Azaklı Köse¹

Abstract

This paper aims to discuss the roles and participation channels of non-governmental organizations (NGOs) on international plane in the light of the theory of democracy. Firstly NGO participation to international legal system will be examined very briefly by looking at three periods of international law. Although NGOs have been effective in international sphere, they still not been considered a subject of international law that possess legal personality. However the emergence of new concepts such as “global governance”, explains NGOs’ new roles in the theory of democracy.

Democracy without participation of civil society, has been seen as a deficient concept. That is because it does not only mean voting in elections. With globalization process the importance of the

¹ Research Assistant, Istanbul University, Faculty of Law, Public International Law Department, e-mail: miray.kose@istanbul.edu.tr.

This paper was presented at the “**2nd Turkish-German Joint Seminar: Importance of Participation for the Protection of Environment**” organized between Istanbul University and Kassel University, in Istanbul, April 16-18, 2014.

participation of civil society has been increased gradually. After mentioning democratic deficit of international law with regard to non-state actors in the second part; the current legal status of NGOs under international law, their roles and participation channels will be examined. Furthermore the question of whether there is a generally accepted definition of NGOs according to the relevant international legal documents will be discussed.

One of the most important areas in which NGOs perform significant functions is the environmental law. The term “global environmental governance” has been used to explain the legitimacy of NGO participation to the field. Finally, a brief overview of how NGOs function in this specific field (the means of participation) and some problems that stem from the lack of legal personality of NGOs will be discussed.

Keywords:

Non-governmental organizations, environmental law, participation, global governance, civil society

Öz

Bu makale demokrasi teorisinin ışığında, hükümetler dışı örgütlerin uluslararası alandaki rolü ve katılım yollarını tartışmayı amaçlamaktadır. Öncelikle uluslararası hukukun üç dönemine göre hükümetler dışı örgütlerin uluslararası hukuk sistemine katılımı

kısaca deęerlendirilecektir. Hükümetler dıřı örgütler uluslararası arenada giderek etkili olmakla birlikte; hala uluslararası hukuk kişilięine sahip bir suje olarak kabul edilmemiřtir. Ancak “küresel yönetim” gibi yeni kavramların ortaya çıkıřı, demokrasi teorisinde hükümetler dıřı örgütlerin yeni rollerini açıklamaktadır.

Demokrasi seçimlerde oy vermenin ötesinde bir anlama sahip olduęu için; sivil toplumun katılımı olmaksızın kendi başına eksik bir kavram olarak görölmektedir. Küreselleřme süreci ile birlikte sivil toplum katılımının önemi giderek artmaktadır. İkinci bölümde hükümet-dıřı aktörlere iliřkin olarak uluslararası hukukun demokrasi eksiklięinden söz edildikten sonra; hükümetler dıřı örgütlerin uluslararası hukuk alanındaki güncel hukuki statüsü, rolleri ve katılım yolları ele alınacaktır. Ayrıca ilgili hukuki belgelere göre hükümetler dıřı örgütlerin genellikle kabul edilen bir tanımı olup olmadıęı tartışılacaktır.

Hükümetler dıřı örgütlerin önemli iřlevler gördükleri başlıca alanlardan biri çevre hukukudur. “Küresel çevresel yönetim” terimi bu katılımın meřruiyetini açıklamak için kullanılmaktadır. Son olarak hükümetler dıřı örgütlerin bu özel alanda nasıl hareket ettikleri (katılım yöntemleri) ve hukuk kişilięinden yoksun olmalarının yol açtıęı bazı problemlere dair genel bir deęerlendirmeye yer verilecektir.

Anahtar kelimeler: *Hükümetler dışı örgütler, çevre hukuku, katılım, küresel yönetim, sivil toplum*

I. Historical Background

In order to understand how international legal system evolved, one should look at the subjects that act in international sphere, throughout history. One of the most important characteristics of today's modern international law has been the inclusion of various actors: These include states, international organisations, regional organisations, non-governmental organisations, public companies, private companies and individuals.²

From one point of view, international law may be divided historically into three periods that are categorized as follows: “The Voluntarist Period” (begins with 1648 the Peace of Westphalia), “Institutionalist Period” (begins in 1899 and lasts till 1990s) and “The Civil Society Period” (begins in 1975 and includes the age we live in today)³.

After the Peace of Westphalia the notion of nation-state emerged and a new legal system was established between those

² Malcolm N. Shaw, **International Law**, 196 (6th ed. 2008)

³ Charlotte Ku, 2001 John W. Holmes Memorial Lecture: **Global Governance and Changing Face of International Law**, 2, ACUNS Reports & Papers No.2 (2001).

nation-states. Many scholars today, consider the Peace of Westphalia as the beginning of modern international law. The main actors of Westphalian system were sovereign states that possess a unique power which let them determine the international law rules by themselves. There was no room for other actors such as non-governmental organizations (NGOs) to take part in the decision-making processes. States were able to decide to limit or not limit their own powers by accepting new rules and had just to do what they specifically accepted. That's why the period is called "voluntarist". It was based on voluntariness⁴.

Institutionalist period: In this period international organizations were established and they became actors nearby the States. However the characteristics of the first period remained unchanged. Since governmental organizations were designed to manage relations between states which were seeking their own interests.

"The civil society period" is characterized by the existence of NGOs. Therefore one should focus on the role of NGOs when talking about this period. Today, political power is not only owned by the states and international organizations that states created, but also by multinational corporations, networks of individuals and

⁴ Professor Ku points out that "during this period, states were obligated to do very little beyond what they specifically accepted". *Id.*, at 8.

nongovernmental organizations. Globalization has reduced the power of governments. Consequently non-state actors became effective in the decision-making processes.

With globalization process, problems became global as well and new concepts such as “global governance”, “deliberative democracy” and “the legitimacy of international law” emerged. These concepts are used to explain participation of non-state actors to the international plane and to justify it. Before focusing on these concepts, democracy and representation issues in international law will be examined.

II. How can we justify NGOs in theory of democracy?

According to the traditional international law, a government in effective control of a territory is generally accepted as the representative of the population⁵. While recognizing a government as the people’s legitimate representative, international law does not deal with whether the government has come to power through democratic methods. As the representative of the population a government can decide to be a party to an international agreement or to become a member of an international organization and to represent the state in such organizations. It means that since many states are built on undemocratic legal

⁵ Anna-Karin Lindblom, **Non-Governmental Organizations in International Law**, 6 (1st ed. 2005).

systems, large sections of the world's population are not represented on the international plane⁶. It is called “democratic deficit” of international law and it leads to controversies about legitimacy of international law.

Democracy at national level is also seen as a deficient concept by the contemporary political theorists. Participation is recognized as an indispensable element of democracy today and it is more than voting in elections. Representative democracy is itself a modification of the purest form of democracy⁷, so there can be another model such as participatory democracy. Participatory democracy calls for broad participation in the decision making process and it requires creating opportunities for all members of a group to participate⁸.

As a result of the need for democratization at the global level, the concept of global governance emerged which has been linked to the notion of participation. Global governance is based on participation, consultation, transparency and accountability. Non-state actors contribute to democratic processes for the benefit of increased legitimacy. At the same time they improve efficiency

⁶ *Id.*, at 6.

⁷ Kenneth Anderson & David Rieff, *Global Civil Society: A Sceptical View* in **Global Civil Society**, 2004/5 26, 33 (Helmut Anheier ed. 2005).

⁸ Sabine Saurugger, *Interest Groups and Democracy in the European Union*, in **Interest Group Politics in Europe** 172, 173-174 (Jan Beyers ed. 2010)

of the policy making and ensure the participation of various societies from different states, to the global decision making processes.

In order to participate, there must be a space allowing these actors to participate at first place. Therefore an analyze regarding the abilities of non-state actors, especially NGOs under the international law will be given below. The legal framework that provide NGOS various opportunities to access decision making processes will also be mentioned.

III. Legal Framework Under International Law

The term non-state actors includes subjects other than states such as academic institutions, business forums, clan and kinship circles, environmental movements, ethnic lobbies, human rights promoters, labour unions, relief organizations, think tanks and more⁹. All these actors are sometimes called “civil society”. The term civil society is generally used to classify persons, institutions and organizations that have the goal of advancing or expressing a common purpose through ideas, actions and demands on governments¹⁰. NGOs also constitute a part of civil society. NGOs focus on a variety of fields, eg religion, culture, human rights,

⁹ Jan Aarte Scholte, *Civil Society and Democracy in Global Governance*, 8 **Global Governance** 281, 283-284

¹⁰ Jean L. Cohen & Andrew Arato, **Civil Society and Political Theory** (1st ed. 1992)

development, sports, and the environment.¹¹ Sometimes these two terms (civil society and NGOs) are used interchangeably, however their meanings are not identical. Civil society is a broader term that covers numerous individuals and institutions as well as NGOs.

There is no generally accepted definition of the term NGO in international law. Each international document that refers to NGOs establishes its own definition. For instance, an ECOSOC Resolution on *Consultative Relationship between the United Nations and NGOs*¹², *European Convention on the Recognition of the Legal Personality of International NGOs*¹³ or a declaration on *fundamental principles on the status of non governmental organizations in Europe*¹⁴ apply a range of criteria in order to determine which entities will be recognized as NGOs according to their provisions.

¹¹ Stephan Hobe, *Non-Governmental Organizations*, in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, para.1

¹² ECOSOC Res. E/1996/31, Consultative relationship between the United Nations and non-governmental organizations, July 25, 1996, <http://www.un.org/documents/ecosoc/res/1996/eres1996-31.htm> (Last visited February 26, 2017)

¹³ European Convention on the Recognition of the Legal Personality of International Non-Governmental Organisations, June 25, 1986, E. T. S. No.124.

¹⁴ Fundamental Principles on the Status of Non-governmental Organisations in Europe and explanatory memorandum, November 13, 2002, <https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/ONG/Fundamental%20Principles%20E.pdf> (Last visited February 26, 2017)

However there are generally accepted requirements provided by international legal instruments that helps define the term. A report¹⁵ issued by Ecologic - Institute for International and European Environmental Law Policy on behalf of *Umweltbundesamt* determines certain points which may be taken into account to recognize an organization as an NGO: having non-governmental founding act, having headquarters and executive officer, having aims and activities in support of international co-operation, providing expertise and representation, being non-profit making, no governmental control over activities, having certain characteristics in NGO governance¹⁶.

Firstly, certain legal characteristics might be required concerning founding acts of these organizations. International organizations are established by intergovernmental agreements which are governed by public international law. Opposedly, NGOs are generally established by individuals or associations under the domestic law of a state. This difference is commonly recognized by international documents. For instance; United Nations Economic and Social Council (UN ECOSOC) and United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) refer to NGOs

¹⁵ Sebastian Oberthür et. al Participation of Non-Governmental Organizations in International Environmental Governance, http://ecologic.eu/sites/files/publication/2013/report_ngos_en.pdf (Last visited February 26, 2017)

¹⁶ *Id.*, at 22,23,24,25

as organizations “not established by inter-governmental agreement.”¹⁷

Some institutions such as ECOSOC, Council of Europe and UNCTAD require that NGOs have headquarters and executive officer¹⁸. Therefore NGOs need a basic organizational structure¹⁹.

Besides, certain features about aims and activities of NGOs may be required in legal documents. ECOSOC and UNCTAD require NGOs to be supportive of the UN Charter and the specific objectives of the respective international institutions²⁰. This requirement aims eliminate the opponents of an institution and prevent them from using institution’s structure in order to reach their objectives²¹.

Some institutions (ECOSOC and UNCTAD) require NGOs to be a representative of important elements of public opinion or to

¹⁷ UN ECOSOC Res 1296 (XLIV), May 23, 1968, para. 7; UNCTAD, Trade and Development Board Decision 43(VII), September 20, 1968, para I/8.

¹⁸ For ECOSOC see: supra note 8, at I/10; for the Council of Europe see: Supra note 9, art.1; for UNCTAD see: Id, para I/6.

¹⁹ Oberthür, Supra note 11, at 22

²⁰ For ECOSOC see: supra note 8, at I/2-3; for UNCTAD see: Supra note 13, para I/3.

²¹ Oberthür, Supra note 11, at 23

provide special expertise and competence on topics relevant to the institution²².

Some institutions require NGOs to be non profit making. For instance The Council of Europe Convention determines that accredited NGOs pursue a non profit making aim²³.

NGOs generally defend opinions that are independent from governmental interests. In order to preserve these characteristics, there must be no control of governments over the NGOs. The Council of Europe refers to “private” nature of NGOs, while ECOSOC refers to the free expression of views²⁴.

ECOSOC and UNCTAD provide requirements about the internal structure of the NGOs: For instance, democratic structure, accountability of NGO representatives and transparency of decision making procedures²⁵.

At the end of the day, it is obvious that the definition of an NGO will depend on the provisions of the legal instrument in

²² For ECOSOC see: supra note 8, at I/1-4-9; for UNCTAD see: Supra note 13, para I/2.

²³ Supra note 10, art.1.

²⁴ For the Council of Europe see: Supra note 9, art.1; for ECOSOC see: Supra note 13, para. 7.

²⁵ For ECOSOC see: supra note 8, para I/10-12; for UNCTAD see: supra note 13, para I/2-7.

question; therefore it's not possible to constitute an NGO definition that fits in all cases.

The term has been provided by Article 71 of the UN Charter for the first time; however no definition has been given. The first time that non-governmental organizations (NGOs) took a role in formal UN deliberations was through the UN Charter:

*“ The Economic and Social Council may make suitable arrangements for consultation with **non-governmental organizations** which are concerned with matters within its competence. Such arrangements may be made with international organizations and, where appropriate, with national organizations after consultation with the Member of the United Nations concerned.”*

Although Article 71 recognizes consultative opportunities to the NGOs, a specific NGO does not have a treaty based right to be consulted.²⁶ This relationship with ECOSOC is governed today by ECOSOC resolution 1996/31.

In the realm of environmental governance, NGOs are the most prominent actors. The first intergovernmental environmental summit is the 1972 UN Conference on Human Environment

²⁶Steve Charnovitz, *Nongovernmental Organizations and International Law*, 100 **American Journal of International Law** 357 (2006)

(Stockholm Conference). That was an important step for NGOs to take a part in the global governance processes. Likewise, the UN Conference on Environment and Development (1992 Rio Earth Summit) was of particular significance to NGOs. It demonstrates an important feature of environmental law which is the increased participation of the NGOs.²⁷

1992 Rio Earth Summit produced a non-binding legal instrument, an action plan for sustainable development, namely Agenda 21²⁸.

Agenda 21 declared the need for new forms of participation:

*“The United Nations system, including international finance and development agencies, and all intergovernmental organizations and forums should, in consultation with non-governmental organizations, take measures to ... enhance existing or, where they do not exist, establish mechanisms and procedures within each agency to draw on the expertise and views of non governmental organizations in policy and program design, implementation and evaluation.”*²⁹

²⁷Catherine Redgwell, *International Environmental Law* in **International Law**, 662 (Malcolm D. Evans ed. 2003)

²⁸ U.N. GAOR, 46th Sess., Agenda Item 21, UN Doc A/Conf.151/26 (1992)

²⁹ *Id.*, para. 27.9

As it is seen, Agenda 21 affirms the importance of NGOs and seeks integration of NGOs to intergovernmental system in order to reach sustainable development goals. In particular, it aims establishing formal participatory procedures “for the involvement of NGOs at all levels from policy-making and decision-making to implementation.”³⁰

Article 3 para. 7 of 1998 Aarhus Convention³¹, requires each of the parties “to promote the application of the principles of this Convention in international environmental decision-making processes and within the framework of international organizations in matters relating to the environment.”

IV. NGOs’ Roles and Participation Channels

Functions that NGOs perform in global environmental governance are worth mentioning. Problems have become global and more complex since the beginning of the 20th century. Nation states have difficulties in overcoming such major problems today when compared to the past. Therefore the nature of environmental policymaking has changed and non-state actors have begun to cooperate with the states in certain cases.

³⁰ *Id.*, para. 27.6

³¹ Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, June 28, 1998, 2161 UNTS 447

Together with international human rights law, international environmental law is the field of law with the most significant NGO impact.³² NGOs have great success in shaping the environmental agenda of individual states, convention and treaty processes, and the work of the United Nations³³. Their participation in environmental governance can take a variety of forms. NGOs deliver technical expertise on particular topics as well as participate directly in operational activities. Especially in the field of environmental law, knowledge and expertise gain special importance. In order to evaluate negative impacts of certain activities on environment, technical knowledge and expertise are needed. By collecting, disseminating and analyzing information, NGOs provide such expertise and have influence on policy making procedures. For example Greenpeace International has become one of the major sources of information on the illegal trade in hazardous wastes³⁴. Furthermore, by sharing the information with public, NGOs function as opinion leaders. They do not accept international law and international community as they find it³⁵.

³² Christine Fuchs, *Environment, Role of Non-Governmental Organizations* in **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, para.2

³³ A. Dan Tarlock, *The Role of Non-Governmental Organizations in the Development of International Environmental Law*, 68 **CHI.-KENT L. REV.** 61, 65 (1992).

³⁴ Jennifer Clapp, *Africa, NGOs and the International Toxic Waste Trade*, 3 **J. ENV. DEV.** 17, 36 (1994) See also Oberthür, *Supra* note 11, at 41.

³⁵ Tarlock, *Supra* note 26, at 66.

Knowledge and skills are also core resources for these organizations. By means of specific information, NGOs design their policies and strengthen their arguments in related area.

NGOs also influence public opinion and decision making processes through lobbying. Lobbying may be understood as influencing decision makers informally in the corridors of meetings³⁶. NGOs can give expert advice to politicians that include ideas from outside the normal bureaucratic channels³⁷. (For instance, Greenpeace advice to African delegations during Basel Convention negotiations was decisive on the ban of exports of hazardous wastes from OECD to developing countries³⁸)

NGO representatives have also become members of national delegations, even sometimes they become negotiators. This type of participation is a close cooperation between governments and the NGOs. In the field of environmental governance, assistance provided by lawyers from FIELD to the Alliance of Small Island States (AOSIS) is a good example of this kind of cooperation. FIELD staff not only provides advice to

³⁶ Oberthür, *Supra* note 11, at 42.

³⁷ Barbara Gemmill & Abimbola Bamidele-Izu, *The Role of NGOs and Civil Society in Global Environmental Governance*, <http://environment.yale.edu/publication-series/documents/downloads/a-g/gemmill.pdf> (Last visited February 2, 2017).

³⁸ Clapp, *supra* note 27, at 25-26. See also Oberthür, *Supra* 11, at 44.

government representatives from AOSIS countries but also negotiates on their behalf³⁹.

NGOs also operate after decision making processes by monitoring implementation of agreements and governmental compliance to such legal commitments. As such, NGOs can cause pressure on governments and help strengthen international agreements.

One of the functions of NGOs regarding environmental governance is ensuring transparency. Since inter-governmental negotiations generally take place behind closed doors; NGOs play a critical role in transparency of political processes. Reports of NGO representatives from inside international negotiations and reports on effectiveness of implementation make the process more transparent.

Consequently, NGOs shape public opinion by means of abovementioned tools. Especially media campaigns have a huge impact on environmental policy. They can at any time launch a campaign focusing on human rights, the environment or development etc. These tools help influence individuals and groups; as a consequence shape public opinion.

³⁹ Oberthür, *supra* note 11, at 44.

V. Conclusion

Despite NGOs play a significant role in global environmental governance; this role is limited. The emerging presence of global civil society conflicts with the traditional state-centric approach to international law.⁴⁰ Many institutions provide NGOs opportunities to observe and contribute to debates; however NGOs are generally not allowed to vote on decisions. Since classical international law still does not grant international legal personality to NGOs, they have to stay within the borders drawn by international agreements. On the other hand, this limited role is still very powerful. It has been seen as a paradox of NGOs: power without legal status⁴¹. From one point of view, this lack of legal status has been an advantage: Since the criteria are not strictly determined for the NGOs, various societal actors have opportunity to contribute to the political process.⁴²

At present time, we see that certain agreements and conventions set out the details of legal status of NGOs. As mentioned above, typically such documents grant a consulting status to NGO and obligate international organizations to make arrangements for consultation. Because of the complexity of

⁴⁰ Zoe Pearson, *Non-Governmental Organisations and International Law*, 23 **Australian Year Book of International Law** 73 (2004)

⁴¹ Tarlock, *Supra* note 26, at 64.

⁴² Kerstin Martens, *Examining the Non-Status of NGOs in International Law*, 10 **Indiana Journal of Global Legal Studies** 2 (2003)

environmental problems, international community needs the support and knowledge of NGOs. Besides, NGOs provide more legitimacy to decision making processes by means of representing large number of individuals. In other words, providing more space to NGOs is an efficient way of eliminating democratic deficit of international law. Under the concepts of global governance and participatory democracy, NGOs seem going to be more effective in future decisions. If participation, consultation and transparency are considered building blocks of global governance, NGOs may be the most important actors to achieve and progress these goals.

BIBLIOGRAPHY

Anna-Karin Lindblom, NON-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS IN INTERNATIONAL LAW, (1st ed. 2005)

A. Dan Tarlock, *The Role of Non-Governmental Organizations in the Development of International Environmental Law*, 68 CHI-KENT L. REV. 61,(1992)

Barbara Gemmill & Abimbola Bamidele-Izu, The Role of NGOs and Civil Society in Global Environmental Governance, <http://environment.yale.edu/publication-series/documents/downloads/a-g/gemmill.pdf> (Last visited February 2, 2017).

Catherine Redgwell, *International Environmental Law* in INTERNATIONAL LAW (Malcolm D. Evans ed. 2003)

Charlotte Ku, 2001 JOHN W. HOLMES MEMORIAL LECTURE: GLOBAL GOVERNANCE AND CHANGING FACE OF INTERNATIONAL LAW, ACUNS Reports & Papers No.2 (2001).

Christine Fuchs, *Environment, Role of Non-Governmental Organizations* in MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW

Jan Aarte Scholte, *Civil Society and Democracy in Global Governance*, 8 GLOBAL GOVERNANCE 281.

Jean L. Cohen & Andrew Arato, CIVIL SOCIETY AND POLITICAL THEORY (1st ed. 1992)

Jennifer Clapp, *Africa, NGOs and the International Toxic Waste Trade*, 3 J. ENV. DEV. 17, (1994)

Kenneth Anderson & David Rieff, Global Civil Society: A Sceptical View in GLOBAL CIVIL SOCIETY 2004/5 26 (Helmut Anheier ed. 2005)

Kerstin Martens, *Examining the Non-Status of NGOs in International Law*, 10 INDIANA JOURNAL OF GLOBAL LEGAL STUDIES 2 (2003)

Malcolm N. Shaw, INTERNATIONAL LAW, 196 (6th ed. 2008)

Sabine Saurugger, Interest Groups and Democracy in the European Union, in INTEREST GROUP POLITICS IN EUROPE 172 (Jan Beyers ed. 2010)

Sebastian Oberthür et. al Participation of Non-Governmental Organizations in International Environmental Governance, http://ecologic.eu/sites/files/publication/2013/report_ngos_en.pdf (Last visited February 26, 2017)

Stephan Hobe, *Non-Governmental Organizations*, in MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW

Steve Charnovitz, *Nongovernmental Organizations and International Law*, 100 AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 357 (2006)

Zoe Pearson, *Non-Governmental Organisations and International Law*, 23 AUSTRALIAN YEAR BOOK OF INTERNATIONAL LAW 73 (2004)

DOCUMENTS :

ECOSOC Res. E/1996/31, Consultative relationship between the United Nations and non-governmental organizations, July 25, 1996, <http://www.un.org/documents/ecosoc/res/1996/eres1996-31.htm> (Last visited February 26, 2017)

European Convention on the Recognition of the Legal Personality of International Non-Governmental Organisations, June 25, 1986, E. T. S. No.124.

Fundamental Principles on the Status of Non-governmental Organisations in Europe and explanatory memorandum, November 13, 2002, <https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/ONG/Fundamental%20Principles%20E.pdf> (Last visited February 26, 2017)

UN ECOSOC Res 1296 (XLIV) May 23, 1968

UNCTAD, Trade and Development Board Decision 43(VII), September 20, 1968

Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, June 28, 1998, 2161 UNTS 447

U.N. GAOR, 46th Sess., Agenda Item 21, UN Doc A/Conf.151/26 (1992)

CONTROLLING FOOTBALL-RELATED CRIME IN TURKEY: SITUATIONAL CRIME PREVENTION APPROACH AND IMPLICATIONS

Dr. Derya TEKİN¹

Abstract

How to control football-related crime has historically often occupied the agenda in Turkey. Due to the lack of the empirical evidence on the effectiveness of the State control mechanisms on football, this paper employs the situational crime prevention approach to reveal how the available crime control techniques can plausibly produce reduction in football-related crime. Five mechanisms of the situational crime prevention model to reduce crime are accordingly related to each technique. The paper aims to produce a template which locates the Turkish social control on football into a particular crime prevention approach.

Key words: *Turkish football, football-related crime, crime control, situational crime prevention*

Football, historically, has been one of the most significant elements of popular culture in Turkey. As in many countries where the game is acknowledged to be the predominant national sport, violent fan behavior has hitherto been the most undesirable aspect of Turkish football. It has been often claimed that football violence

¹ İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi Doktor, derya.tekin@medeniyet.edu.tr

is a problem which is not being properly policed or governed due to inadequate policies and initiatives and inadequacies in the legal framework. A survey-based study, *Stadium Security Research 2013*, revealed that seven out of every ten persons find Turkish stadiums to be insecure, with 73 per cent stating that when attending stadiums, they have witnessed or been subjected to violence. Nearly one in eight (13 per cent) have suffered physical violence, while 30 percent have been exposed to verbal abuse. Finally, 30 per cent of study participants reported that they had witnessed either physical or verbal abuse. To address these concerns, the Turkish State has provided a range of control measures such as a strong police presence at stadiums, the introduction of *Law 6222 to Prevent Violence and Disorder at Sporting Events* and the imposition of unique administrative sanctions such as ‘women-and-children-only games’ as a punishment form for unruly behavior by fans and ‘banning away-team fans from stadiums at derby games’. However, the Turkish literature has lacked the analysis of the State’s control policy on football using a particular approach to crime prevention.

This paper examines the control strategies used by the State authorities, with a particular focus on the implications of situational crime prevention (hereinafter “SCP”). First, three approaches to crime prevention are briefly explained and the choice

of SCP are justified. The legal response of the Turkish State follows. The physical transformation of Turkish stadiums, the rules and prohibitions accompanying this transformation, policing strategies, the electronic card system, football banning orders (hereinafter “FBOs”) and the practices introduced by the Turkish Football Federation (hereinafter “TFF”) are first detailed and compared with their European equivalents, if any. How to locate each measure within the SCP model of Cornish and Clarke² follows. Due to the lack of available data on the effectiveness of identified measures, the paper focuses on how each measure could plausibly lead to reduction in football-related crime considering the opportunities and precipitators found in the Turkish football context. Finally, all identified control techniques are incorporated into a template

I. **Approaches to Crime Prevention**

In a simple criminological classification, three approaches to tackling crime can be discerned: law and order, social prevention and environmental prevention. Despite dissent from a few criminologists, the first of these, which demands the extensive involvement

² CORNISH, Derek. B. and CLARKE, Ronald. V., “Opportunities, Precipitators and Criminal Decisions: A reply to Wortley’s Critique of Situational Crime Prevention” **Crime Prevention Studies**, Y. 2003, V. 16, p. 41-96.

of the criminal justice system through arrest, imprisonment or another form of penalties, is likely to have some deterrent effects and even to be classified as the last ditch of social prevention³. Social prevention is concerned with identifying and addressing the social/root causes of criminal behavior, while environmental prevention aspires to manipulate specific contexts which engender criminal opportunities. It is worth noting that the sociological training of many criminologists led them to explain crime and deviance in terms of wider social variables such as social class, subcultures or parenting styles⁴. Regarding policy and practice, these sociological theories have put the main emphasize on the social transformations governments need to achieve to prevent crime⁵.

The theory of situational crime prevention (SCP), on the other hand, is an environmental approach to crime prevention, which was pioneered by the British criminologist Ronald V. Clarke in the early 1980s⁶. In his early work, Clarke identified two goals that SCP measures ultimately serve to achieve: first, to ‘reduce the

³ SUTTON, Adam, CHERNEY, Adrian and WHITE, Rob, **Crime Prevention: Principles, Perspectives and Practices**, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 23-4.

⁴ BIRKBECK, Christopher and LAFREE, Gary, “The Situational Analysis of Crime and Deviance” **Annual Review of Sociology**, Y. 1993, V. 19, p. 114.

⁵ SUTTON *et al.*

⁶ CLARKE, Ronald. V., “Situational Crime Prevention: Theory and Practice” **British Journal of Criminology**, Y. 1980, V. 20, I. 2, p. 136-147.

CLARKE, Ronald. V., “Situational Crime Prevention: Its Theoretical Basis and Practical Scope” **Crime and Justice**, Y. 1983, V. 4, p. 225-256.

physical opportunities for offending’ and/or secondly, to ‘increase the chances of an offender being caught’⁷. Informed by the seminal article of Richard Wortley⁸, Clarke’s latest classification has included 25 categories together with new techniques under five interrelated strategies to tackle crime:

**Table 1: The Latest Classification of the SCP Techniques
Borrowed from Cornish and Clarke⁹**

Increasing the Effort	Increasing the Risks	Reducing the Rewards	Reducing Provocations	Removing Excuses
1. Hardening targets	2. Extending Guardianship	11. Concealing targets	16. Reducing frustrations and stress	21. Setting Rules
2. Controlling access to facilities	7. Assisting natural surveillance	12. Removing targets	17. Avoiding disputes	22. Posting Instructions
3. Screening exits	8. Reducing anonymity	13. Identifying property	18. Reducing emotional arousal	23. Alerting Conscience
4. Deflecting Offenders	9. Utilizing displace managers	14. Disrupting markets	19. Neutralizing peer pressure	24. Assisting Compliance
5. Controlling tools/weapons	10. Strengthening formal surveillance	15. Denying benefits	20. Discouraging Imitation	25. Controlling drug and alcohol

⁷ CLARKE, *Situational Crime Prevention: Theory...*, p. 139.

⁸ WORTLEY, Richard, “A Classification of Techniques for Controlling Situational Precipitators of Crime” *Security Journal*, Y. 2001, V. 14.

⁹ CORNISH and CLARKE, p. 90.

The introduction of the last two categories of strategies, reducing provocations and removing excuses, has extended the traditional model of SCP which mainly focused on opportunity variables which are ‘the instrumental considerations of risk, effort, and reward’¹⁰. According to the two-stage model offered by Wortley, controlling precipitators can be as important as regulating opportunities¹¹:

The first stage of the model involves situational forces that precipitate criminal conduct. Behaviour may be entirely avoided if relevant situational precipitators are adequately controlled. In the event that behaviour is initiated, then, in the second stage of the model performance of that behaviour is subject to consideration of the costs and benefits that are likely to follow. The absence of appropriate disincentives or constraints will permit or encourage behaviour while appropriate disincentives or constraints will prevent or discourage behaviour.

Although Cornish and Clarke have welcomed this expansion of SCP in ways that embrace techniques directed at the motivational dimension of offending rather than the opportunity dimension,

¹⁰ CORNISH and CLARKE, p. 80.

¹¹ WORTLEY, p. 64.

they have insisted that the value of the precipitator-control techniques may be more limited in practice when compared to those of opportunity-reduction. Madensen and Eck, on the other hand, have suggested that the diversity of interventions guarantees that the weaknesses of one intervention are balanced by the strengths of other interventions¹².

Clarke acknowledged that the proposed opportunity-reduction techniques may easily evoke some unattractive issues at either the individual or societal level such as fear and suspicion amongst fellow citizens; an image of a “big-brother” or “fortress society”; and infringement of individual liberties¹³. For example, White¹⁴ claimed that SCP, which he categorized as the conservative or traditional model of crime prevention, fragments communities through social exclusion because it implicitly favours those who afford to benefit from the techniques above over those who do not. Duff and Marshall similarly argued that SCP may lead to ‘differential protection’ which protection against crime is left to individ-

¹² MADENSEN, Tamara D. and ECK, John E., **Spectator Violence in Stadiums - Problem-Oriented Guides for Police, No. 54**, Office of Community Oriented Policing Services (COPS), U.S. Department of Justice, Washington, D.C, 2008, p. 46.

¹³ CLARKE, **Situational Crime Prevention: Its Theoretical Basis...**, p. 250.

¹⁴ WHITE, Robert, “Situating Crime Prevention: Models, Methods, and Political Perspectives”, **The Politics and Practice of Situational Crime Prevention**, Ed. Ross HOMMEL, New York, Criminal Justice Press, 1996, p. 102.

uals, or potential victims, to the greatest extent possible at the expense of ‘an equal level of collective protection’ that should be provided by the political community¹⁵. This putative discrimination of SCP has been rejected on the grounds that a range of SCP devices is either cheap to implement or afforded by public authorities or private businesses rather than individual would-be victims¹⁶.

Sutton *et al.* similarly find SCP strategies, which focus on how to stop people committing crime rather than how to change them in fundamental ways, more befitting for a society of a more liberal and tolerant kind¹⁷. Felson and Clarke further believe that ‘people are not very prone to long-term improvement’¹⁸. However, it does not purport that SCP is opposed to the improvement of the social status of minorities or disadvantaged classes through social programmes¹⁹. Rather, SCP proponents reject the idea that social

¹⁵ DUFF, R. A. and MARSHALL, S. E., “Benefits, Burdens and Responsibilities: Some Ethical Dimensions of Situational Crime Prevention”, **Ethical and Social Perspectives on Situational Crime Prevention**, Eds. A. VON HIRSCH, D. GARLAND, and A. WAKEFIELD, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 24-26.

¹⁶ SEVE, Rene, “Philosophical Justifications of Situational Crime Prevention”, **Rational Choice and Situational Crime Prevention**, Eds. G. NEWMAN, R. V. CLARKE, R. V. and S. G. SHOHAM, Aldershot, Ashgate, Y. 1997, p. 193-4.

¹⁷ SUTTON *et al.*, p. 68.

¹⁸ FELSON, M. and CLARKE, R. V. (1997), “The Ethics of Situational Crime Prevention”, Eds. G. NEWMAN, R. V. CLARKE and S. G. SHOHAM, Aldershot, Ashgate, Y. 1997, p. 205.

¹⁹ SUTTON *et al.*, p. 50-51.

development is the major crime reduction mechanism while contending that SCP should support relevant initiatives for their own sake²⁰. Moreover, according to Sève, ‘situational prevention reminds us that the undertaking of prevention by citizens or groups (associations, companies, local authorities) may also constitute a democratic activity by a return to the sources of political liberalism’²¹. Felson and Clarke similarly underlined that the SCP approach advocates three ethical principles a liberal democracy should consider when designing crime prevention policy, which are (a) delivering crime prevention equally to all sections of society; (b) respecting individual rights; and (c) distributing the responsibility for crime prevention among citizens²².

In reply to the intrusion and obtrusion criticisms, Clarke²³ similarly remained optimistic about the operation of his model, insisting that SCP does not necessarily violate individual liberties or impair life standards. On the contrary, he claimed that many situational measures are not even noticeable, as in the replacement of aluminium cash compartments with steel ones in post offices in the UK, while some could even enhance quality of life, as in the design

²⁰ *Ibid.*

²¹ SEVE, p. 194.

²² FELSON and CLARKE, p. 199.

²³ CLARKE, **Situational Crime Prevention: Its Theoretical Basis...**, p.250.

of defensible-space housing which promoted the neighbourhood sense and feeling of safety among residents²⁴.

Finally, Clarke has suggested that the opportunity reduction techniques should be selected and implemented following ‘a careful assessment of possible solutions’ in relation to the crime problem in hand²⁵:

[M]any different solutions can be found for a specific problem of crime and disorder if it is analysed in enough detail. These solutions need to be carefully assessed for their costs and benefits. In all cases, the assessment must go beyond financial considerations and must include a variety of social and ethical costs – intrusiveness, inconvenience, unfairness, discrimination, etc. Even if the assessment is informal, as it usually must be, this stage should never be skipped. Because there are always many different ways to reduce opportunities, there is no necessity to adopt a particular solution if it is found unacceptable in certain respects.

SCP proponents underline that such cost-benefit calculation always should be kept at the specific or local level²⁶. All these suggest that SCP can only obviate ideological and ethical criticisms as

²⁴ *Ibid.*

²⁵ CLARKE, Ronald V., “Situational Crime Prevention”, *Environmental Criminology and Crime Analysis*, Eds. R. WORTLEY and L. MAZORELLE, Cullompton, Willan, Y. 2008, p. 192.

²⁶ See FELSON and CLARKE, SEVE.

long as it does not claim to be a general theory of crime prevention²⁷.

As for the academic advancement of the research on controlling football violence, it should be noted that in Europe the social-scientific research related to football-related crime and disorder has long been dominated by British scholars, and particularly English scholars. Consequently, the most significant theories in relation to the phenomenon have historically been generated in England, chiefly under the heading of ‘hooliganism’, and have reflected Marxist, psychological, sociological, anthropological, gender and socio-psychological/interactionist perspectives. Early theories on the phenomenon of football violence established the precedents of ‘sub-cultural theories of delinquency’ and proposed social prevention mechanisms to control football-related crime²⁸.

²⁷ MARONGIU, Pietro and NEWMAN, Graeme, “Situational Crime Prevention and the Utilitarian Tradition”, **Rational Choice and Situational Crime Prevention**, Eds. G. NEWMAN, R. V. CLARKE and S. G. SHOHAM, Aldershot, Ashgate, Y. 1997.

²⁸ See for example TAYLOR, Ian, “Spectator Violence around Football: The Rise and Fall of the Working Class Weekend”, **Research Papers in Physical Education**, Y. 1976, V. 4, p. 4-9. CLARKE, John, “Football and Working Class Fans: Tradition and Change”, **Football Hooliganism: The Wider Context**. Eds. R. INGHAM, S. HALL, J. CLARKE, P. MARSH and J. DONOVAN, Inter-Action Imprint, London, 1978. MARSH, Peter, ROSSER, Elisabeth and HARRE, Rom, **The Rules of Disorder**. Routledge & Kegan Paul, London, 1978. WILLIAMS, John, DUNNING, Eric and MURPHY, Patrick, **Hooligans Abroad: The Behaviour and Control of English Fans in Continental Europe**, Routledge & Kegan Paul, London, 1984. DUNNING, Eric, MURPHY, Patrick and WILLIAMS, John, **The Roots of Football Hooliganism: An Historical and Sociological Study**. Routledge & Kegan Paul, London, 1988.

While the main subject matter of the research on football violence was once self-acknowledged hooligan formations, the academic focus has gradually moved to the acts and processes that precipitate violence and disorder. However, even in the interactionist approaches, the main focus has been offender motivations or level of readiness rather than particular crime events²⁹. This has led the ignorance of opportunities and other immediate factors which are found in crime situations and move potential offenders from a state of readiness to commit offences to full action. This gap has been filled by the theory of situational crime prevention.

In light of the academic development of the research on football violence, the choice to adopt SCP approach in this paper may be justified as follows. First, it conceptualizes football violence as a wider phenomenon rather than the actions of a small number of people with criminal dispositions who are dedicated to

ARMSTRONG, Gary and HARRIS, Rosemary, "Football Hooligans: Theory and Evidence", **The Sociological Review**, Y. 1991, V. 39, I. 3, p. 427-458.

²⁹ See for example GIULIANOTTI, Richard, "Scotland's Tartan Army in Italy: The Case for the Carnavalesque", **Sociological Review**, Y. 1991, V. 39, I. 3, p. 503-527. STOTT, Clifford and REICHER, Steve, "How Conflict Escalates: The Inter-Group Dynamics of Collective Football Crowd Violence", **Sociology**, Y. 1998, V. 32, I. 2, p.353-377. SPAAIJ, Ramon, **Understanding Football Hooliganism: A Comparison of Six Western European Football Clubs**. Amsterdam University Press, Amsterdam, 2006. PEARSON, Geoff, **An Ethnography of English Fans: Cans, Cops, and Carnivals**. Manchester University Press, Manchester, 2012.

violence (i.e. hooligans). Secondly, it separately examines different forms of violent and disorderly fan behavior by avoiding sweeping generalizations and by taking account of legal definitions in labelling football-related violence. Thirdly, the available control techniques implemented in relation to football, or sport generally, in Turkey are associated to the latest framework developed by Cornish and Clarke, which extends both the purposes of situational preventive interventions and hence their forms in ways that include psychological dimension of the person-situation interaction.

II. Legal Regulations on Football Violence in Turkey

The football-related crime prevention policy of the Turkish State, as in many other European countries, is predominantly predicated on situational prevention and law and order. Law 6222 is at the heart of the Turkish social control in relation to football. This legal instrument which was introduced by the Turkish State in 2011 regulates preventive measures and criminal sanctions related to violent and unruly fan behaviors in detail.

The first specific legal instrument for addressing sports-related violence in Turkey was enacted in 2004 via Law 5149 to Prevent Violence and Disorder at Sporting Events. Law 5149 prohibited acts such as the sale, use or possession of alcohol and possession of injurious articles in sporting areas (Art. 11); obscene chanting (Art. 12); illegal ticket sale (Art. 14); unauthorized entry to the

field of play (Art. 17/1); making statements which are incompatible with sports ethics or incendiary, pejorative or discriminatory statements based on language, religion, sect, race, sex, ethnicity or political view, or hanging banners or bills of this nature at/around sport grounds (Art. 17/2); and damaging sporting areas (Art. 24). Those who breached any of these rules, except Article 12, were subject to either an administrative fine or an administrative fine with a banning order, which were imposed by the Sport Security Boards established under provincial administrations. The law did not envisage any punishment for obscene chanting, which was prohibited by Article 12.

Following the Report of the Parliamentary Research Committee completed in March 2011, Law 5149 was abrogated in April 2011 by Law 6222 to Prevent Violence and Disorder at Sporting Events. It has been (widely) acknowledged that international law and practices were taken into consideration by Turkish law makers involved in the legislative process that led to Law 6222³⁰. The Preamble to the new law, which was presented to the Turkish Grand National Assembly (TGNA) in December 2010 by the Jus-

³⁰ Turkish NOC Report 2013 by Turkish National Olympic Committee Sport Law Commission & İstanbul Bar Association Sport Law Commission.

tice and Development Party (JDP) Government, began by declaring the motive behind the introduction of specific legislation as follows:

As the protection of the rights of fans and other persons who carry on business in sports and the prevention of violence and disorder at sporting events constitute an extraordinary situation beyond a common public order issue, violence and disorder at sport cannot be dealt with by general criminal provisions. Thus, the problem should be dealt with particularly [translated from Turkish].

The Government also highlighted both quantitative and qualitative increases in violent and disorderly behavior at sporting events, in particular football games, in recent years³¹. It was underlined that Law 5149 had fallen short of expectation in terms of its ability to prevent violence and disorder since it came into force in 2004 and six years later problems in the application of the law had still not been resolved³². The increase in the number of offenders who got involved in sport-related crimes from 2002 to 2010 has been tabulated by Parliamentary Research Committee as follows:

³¹ Preamble to Law 6222: Draft Law on the Prevention of Violence and Disorder in Sports and the Report of the Justice Commission – 1/990.

³² *Ibid.*

Table 2: Number of Offenders Who Committed Sport-Related Crimes in Turkey, 2002-2010³³

	2002 - 2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
2002-2003 (GDS Statistics)	1253							
2004-2007 (TFF Statistics)		297	653	748	1158			
2008-2010 GDS Statistics)						1087	1209	1091

Although both Law 5149 and Law 6222 were enacted to tackle violence and disorder arising at any sporting event, football has been the main context for their implementation. According to the official statistics collected by the TFF and the General Directorate of Security (GDS) between 2004 and 2010 and presented by the Parliamentary Research Committee in 2011, unruly fan behaviors were mostly witnessed at football matches.

³³ Report of the Parliamentary Research Committee, p. 109.

Table 3: Distribution of Sport-Related Disorder in Turkey, 2004-2010³⁴

	Foot- ball	Basket- ball	Volley- ball	Hand- ball	Othe r
2004- 2008 (TFF Statis- tics)	93%	4%	2%	0%	1%
2008- 2010 (GDS Statis- tics)	96.5%	2.7%	0.6%	0%	0.2%

These statistics indicate that football violence has been the primary motive behind the specific legislation on sport-related violence in Turkey. According to a report titled *The Factors Having an Effect on Violence in Sport, the Statistics, and the Solution Proposals*,

³⁴ Report of the Parliamentary Research Committee.

which was prepared by the GDS in 2012, the most frequently committed football-related crimes in Turkey are possession, use, or sale of forbidden articles in sporting areas (37%); obscene chanting (31%); damage to property (10%); entering sport areas without a ticket (8%); entering prohibited areas (7%); intentional injury (5%); and entering sport areas while intoxicated (2%). When hooliganism is defined on the basis of sub-cultural group formations with proclivities to inter-group violence³⁵, it can be argued that hooligan activities constitute a small proportion of football violence in Turkey. The data elicited from both media and official statistics indicate that missile throwing is the most common form of football violence in Turkey, followed by swearing (i.e. obscene chanting).

Finally, Law 6222 has extended the scope of the previous law so as to cover places where fans gather in groups frequently or temporarily and routes on a journey to and from stadiums as well as inside and around sporting areas. For example, fans now may be subjected to FBOs for engaging in unruly behavior far away from stadiums as long as the behavior in question fits the definition provided by the law. Extending the scope of the law in this way may be interpreted as a precaution designed to prevent the displacement of violence to outer stadiums. The law does not specify the

³⁵ as it is by Giulianotti and Spaaij.

timeframe in which the law applies, referring only to ‘before’, ‘during’ and ‘after’ a designated sporting event in a broad sense. The Government also intended to strengthen the new law by replacing administrative fines with the penalty of imprisonment³⁶. Accordingly, the authority to impose punishment for football-related offences has been delegated to the criminal courts. However, on 15 December 2011, six months after Law 6222 came into force, Law 6259 made significant amendments in relation to penalties. The terms of imprisonment were reduced by half or replaced with punitive fines. The Preamble to Law 6259 justified these reductions as follows:

As a principle of the state of law, punishments and security measures are imposed by considering the gravity of an offence and the dangerousness of an offender. In addition to this, the punishments imposed for crimes by other laws also should be taken into account when determining the just punishment. Finally, in compliance with humanist principles, penal policies should aim to reintegrate offenders into society and enhance their sense of social responsibility [translated from Turkish].

³⁶ Preamble to Law 6222.

According to some Turkish sports lawyers, the introduction of reduced sentences has substantially weakened the deterrent power of Law 6222³⁷.

III. Physical Transformation of Stadiums in Turkey and Stadium Rules

As stimulated by Article 3/4(a) of the European Convention on Spectator Violence and Misbehavior at Sports Events and in particular at Football Matches (1985), it is the duty of State parties ‘to secure that the design and physical fabric of stadia provide for the safety of spectators, do not readily facilitate violence between spectators, allow effective crowd control, contain appropriate barriers or fencing, and allow security and police forces to operate’. The regulations to be followed by clubs are also in force. The UEFA Safety and Security Regulations (Edition 2006), for example, oblige match organizers, clubs and other participating associations to take precautionary measures to ensure the safety and security of the crowd for all matches played within the scope of any UEFA competitions. The commonly-held expectations of physical transformation of stadiums by the sporting authorities is a testament to the hypothesis that ‘soccer matches (and other stadium

³⁷ Turkish NOC Report, 2013.

events) comprise a distinct place-and time-specific crime attractor/generator'³⁸. In the light of the international instruments above, separate sections for away fans, physical barriers between field of play and stands, all-seated terraces, numbered seating, entrance controls and CCTV systems have been introduced across European football stadiums albeit at different times and to varying degrees. The Hillsborough Stadium Disaster and the final report submitted to the Home Secretary by Lord Justice Taylor who carried out the inquiry may be seen as a milestone in English football. The report pointed to a number of factors that triggered the events: overcrowding; antiquated stadiums; poor facilities inside stadiums; hooliganism; excessive alcohol consumption; and the lack of positive leadership expected from relevant bodies like the FA, the Football League and clubs³⁹. Furthermore, the report provided a list of recommendations for both safety and control of the crowd such as the installation of CCTV systems; membership cards; segregation of terraces; more seating at stadiums; encouragement of fans' clubs; alcohol restrictions; more active involvement by clubs with the community; and harsher penalties for offenders. The guidance offered by the Report on the management of football stadiums

³⁸ KURLAND, Justin, JOHNSON, Shane D. and TILLEY, Nick (2014), "Offenses around Stadiums: A Natural Experiment on Crime Attraction and Generation", *Journal of Research in Crime and Delinquency*, Y. 2014, V. 51, I. 1, p. 7.

³⁹ Final Report of Inquiry by Lord Justice Taylor into the Hillsborough Stadium Disaster, Submitted to the Home Secretary on 19 January 1990.

in Europe is still applicable, although some of its recommendations, i.e. membership cards, have been subject to criticism for the way they operate.

As for Turkey, the Report of the Parliamentary Research Committee has revealed that while official authorities and fan groups strongly support the idea that improving the physical conditions of sports facilities would effectively reduce football violence in Turkey. Accordingly, the major regulations introduced by the State have been CCTV systems, alcohol restrictions and other prohibitions.

A. CCTV

The transformation of stadiums into violence-free entertainment venues requires more than the amelioration of general facilities. Security-related installations which are incorporated into the fabric of stadiums play a vital role in both pre- and post-criminal processes. Judging by the declarations of the authorities, fan surveys and public opinion polls, CCTV has been a universally appreciated policing apparatus since its introduction⁴⁰. As well as identifying supporters who are involved in violence and disorder inside stadiums, it functions as a deterrent for potential offenders. As main-

⁴⁰ GARLAND, Jon and ROWE, Michael, "The Hooligan's Fear of the Penalty", *Soccer & Society*, Y. 2000, V. 1, I. 1, p.149.

tained by Cavadino and Dignan, the deterrent function of punishment depends on the ‘perceived likelihood of detection’ in the eyes of potential offenders, which CCTV and other forms of surveillance in stadiums attempt to foster⁴¹.

While many European States have officially supported and regulated the application of CCTV, skeptical voices from within academia have questioned its operation in terms of the displacement of violence to outer stadiums and the violation of fundamental rights, i.e. privacy. With reference to Greek stadiums, for example, Mastrogiannakis and Dorville have suggested that ‘the main effect of the deterrent and repressive functions of these systems, concerning the control of the phenomenon, is to force the riots outside and far from the stadia’⁴². However, they have not provided any empirical data to support this argument other than stating that many scholars have expressed this view. By contrast, another Greek

⁴¹ CAVADINO, Mick and DIGNAN, James, **The Penal System: An Introduction**, 4th Edition, Sage, London, 2007, p. 38-9.

⁴² MASTROGIANNAKIS, Diamantis and DORVILLE, Christian, “Electronic Surveillance in Greek Stadia: Bureaucratic Process and Bargaining Games of a Failed Operation”, **Sport in Society: Cultures, Commerce, Media, Politics**, Y. 2013, V. 16, I. 2, p. 189.

scholar, Georgoulas, has adopted a critical criminological approach to examining the use of CCTV in a range of countries across the globe⁴³. He has concluded that:

It operates based on the evidence of guilt, violates privacy (there will be no unmonitored locations), is characterized by the transparency in collection, circulation and elaboration of personal data, and pre-exposes and prerecords population groups that are pre-stigmatized, even before the (prospective or not) event. The practice of CCTV systems so far has shown that in Europe most of these violate the legislation of the states in which they are deployed (mainly in relation to personal data and their use).

The arguments of Georgoulas are rather harsh, particularly in his failure to acknowledge the positive aspects of the practice in terms of crime prevention and public safety. Stadiums are widely recognized as public spaces throughout the world and obviously CCTV is not in operation in areas such as washrooms. As Felson and Clarke point out, ‘there is no reasonable expectation of privacy in such public places’⁴⁴. Duff and Marshall justify the use of CCTV cameras on the grounds that it burdens everyone subject to surveillance indiscriminately and support the use of this measure as long

⁴³ GEORGOULAS, Stratos, “Social Control in Sports and the CCTV Issue: A Critical Criminological Approach”, **Sport in Society: Cultures, Commerce, Media, Politics**, Y. 2013, V. 16, I. 2, p 246-7.

⁴⁴ FELSON and CLARKE, p. 209.

as the protective benefit is worth the burden⁴⁵. In a similar vein, the concerns expressed by Georgoulas may be valid in particular contexts when CCTV records are used for the stigmatization of particular supporter groups, i.e. in a way that discourages the free expression of their political views. Accordingly, the way local practices operate determines whether the system achieves its primary goals of deterring potential offenders and identifying law-breakers.

Scholars who examined the system also expressed concern about the intrusive aspects of CCTV⁴⁶. Norris and Armstrong, for example, claimed that the proliferation of CCTV will turn Britain into a maximum surveillance society. Newburn and Hayman responded to such dystopian predictions by highlighting the duality of the system, in which the potential harms and benefits of CCTV surveillance simultaneously exist in the same political context⁴⁷. By achieving a balance between these two, the authors suggested

⁴⁵ DUFF and MARSHALL, p. 27.

⁴⁶ See DAVIES, Simon G., "CCTV: A New Battleground for Privacy", **Surveillance, Closed Circuit Television and Social Control**, Eds. C. NORRIS, J. MORGAN and G. ARMSTRONG, Aldershot, Ashgate, 1998. MARX, Gary, **Undercover: Police Surveillance in America**. University of California Press, Berkeley, 1998. NORRIS, Clive and ARMSTRONG, Gary, **The Maximum Surveillance Society: The Rise of CCTV**. Berg, Oxford, 1999.

⁴⁷ NEWBURN, Tim and HAYMAN, Stephanie, **Policing, Surveillance and Social Control: CCTV and Police Monitoring of Suspects**. Cullompton, Willan, 2002, p. 167-9.

that protective functions can be favored over privacy even by the subjects of the surveillance⁴⁸.

As for Turkey, the examination of 26 football-related violent events occurred between 1967 and 2014 has indicated that lack of evidence is one of the most common justifications for acquittal in football-related criminal cases in Turkey⁴⁹. This finding is likely to be interpreted as the low risk of apprehension by potential offenders in a manner that affects their crime decision-making processes. In order to increase the risk of detection in Turkish stadiums, the duty to install necessary equipment into stadiums has been imposed on clubs by Law 6222 and the Regulation on the Implementation of Law 6222. In June 2013, the physical and technical infrastructure of the Turkish stadiums was examined by a dedicated committee under the auspices of a joint workshop comprised of the representatives of a range of relevant institutions, including the Ministry of Youth and Sport, the Ministry of Justice, the High Council of Judges and Prosecutors, the GDS, the General Directorates of Sport, the Offices of the Chief Prosecutor, provincial security directorates and sport security units in the provinces where the first and second division football clubs are located and the presidents of these clubs. Informed by the findings of this committee,

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ See Appendix 1 and Appendix 2.

the Ministry of Youth and Sport issued a circular on 16 August 2013 in which it charged the clubs and the Federation to complete the installation of technical equipment urgently to ensure the consistent implementation of the relevant laws. A circular from the Ministry of Interior dated 26 September 2013 similarly demanded the supply and installation of a sufficient number of camera systems with cutting-edge features able to monitor the stadium gates, terraces and the field of play and to record sound and video that can be used as forensic evidence. It is worth noting that Fenerbahçe was the club which achieved a considerable improvement in relation to the stadium security systems far before other clubs in Turkey. In 2008, the club announced that with the support of the TFF they installed a security system which consists of 178 cameras in and around their stadium⁵⁰. Eighteen out of 178 cameras were installed outside the stadium so as to cover an area of one and half kilometers for 24 hours. The head of stadium claimed that this system was one of a kind in Turkey and accordingly Fenerbahçe had the most secured stadium of Turkey.

Regarding the SCP approach, CCTV cameras may produce their effects through several different mechanisms. As suggested

⁵⁰ Fenerbahçe.org, 2008, **Saracoğlu'na 178 Kameralı Yeni Güvenlik Sistemi/New Security System with 178 Cameras at Saraçoğlu**. Available at: <http://www.fenerbahce.org/i/detay.asp?ContentID=10693>, Accessed: 20 May 2016.

by Tilley, ‘in a given context, a particular crime prevention measure fires one or more causal mechanisms, which produce a particular outcome-pattern’⁵¹. In the Turkish football context, CCTV, as a SCP measure, activates two mechanisms depending on its mode of operation: increasing risks and reducing provocations. While acknowledging that CCTVs can work and produce their effects through different mechanisms, as also explained below separately, increasing the perceived risks of detection by strengthening formal surveillance is likely to be the first and main effect of CCTV. Although there is limited evidence available on the effectiveness of CCTVs in Turkey, the evidence of impact on different crime types in other settings attests to the suitability of this measure to reduce football-related crimes in Turkey⁵².

B. Alcohol Restrictions

Although populist views have taken the correlation between alcohol consumption and football violence for granted, the literature

⁵¹ TILLEY, Nick, **Understanding Car Parks, Crime and CCTV: Evaluation Lessons from Safer Cities**, London, Home Office Police Department, 1993, p. 3.

⁵² see for example the systematic review and meta-analysis of the CCTV impact on crime reductions in public space, undertaken by WELSH, Brandon and FARRINGTON, David P., “Public Area CCTV and Crime Prevention: An Updated Systematic Review and Meta-Analysis”, **Justice Quarterly**, Y. 2009, V. 26, I. 4, p. 716-745.

provides little empirical evidence regarding the influence of alcohol on the occurrence of violent fan behavior⁵³. Nevertheless, alcohol as a contributing if not causal factor has been acknowledged and regulated to varying degrees by a range of European countries including England, France, Portugal, Slovenia, Scotland, Spain and the Netherlands⁵⁴.

One of the earliest legislative actions on the issue was the absolute ban on alcohol in Scottish stadiums imposed by the Criminal Justice (Scotland) Act 1980. Five years later, the European Convention on Spectator Violence and Misbehavior at Sports Events and in particular at Football Matches (1985) brought the issue onto the European stage. The Convention encouraged State parties to take necessary action ‘to exclude from or forbid access to matches and stadia, insofar as it is legally possible, [...] people who are under the influence of alcohol or drugs’ (Art. 3/4(d)) and ‘to prohibit the introduction of alcoholic drinks by spectators into stadia; to restrict, and preferably ban, the sale and any distribution

⁵³ See MURPHY, Patrick and WADDINGTON, Ivan, **Soccer Review**, Leicester, The Professional Football Association, 2005, p. 40. FROSDICK, Steve and MARSH, Peter, **Football Hooliganism**, London, Routledge, 2005, p. 123.

⁵⁴ SIEKMANN, Robert, GARDINER, Simon, SOEK, Janwillem, OLFERS, Marjan and MOJET, Hans, **Football Hooliganism with an EU Dimension: Towards an International Legal Framework – Final Report AGIS Programme 2003**, The Hague, T.M.C. Asser Instituut, 2004.

of alcoholic drinks at stadia, and to ensure that all beverages available are in safe containers' (Art. 3/4(f)). That same year in England, the Thatcher government introduced the Sporting Events (Control of Alcohol) Act 1985, which banned the consumption and/or possession of alcohol within sight of the pitch.

In Turkey, Law 6222 similarly prohibits the admission to sports grounds of a person who clearly appears to be under the influence of alcohol or another stimulant. The possession of liquor or narcotic or stimulant drugs at sporting events is subject to a punitive fine (Art. 13/6). Those found drunk inside sports grounds and refuses to leave are forcibly expelled and banned from watching matches for a one-year period. Banning from watching for drunkenness is an example of an administrative football banning order, which is immediately enforced by the police with no need for any judicial procedure. Pointing to the need for 'reasonable suspicion', some lawyers have argued that it is not possible to impose this ban on a drunk person who does not constitute any risk of harm or has not committed a crime just because s/he enters or attempts to enter sports grounds⁵⁵. Law 6222 also prohibits alcohol consumption inside stadiums without any exception, i.e. out of sight

⁵⁵ DERE, Coşkun, "Spor Müsabakalarını Seyirden Yasaklanma/Banning from Watching Sport Competitions", **Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu - Av. Ömer Remzi Arıkan Armağanı/Ankara Bar Association Sport Law Committee – Special Edition for Lawyer Ömer Remzi Arıkan**, Eds. T. ÇAĞLAR, Ankara, Mattek, 2013. ZAFER, Hamide, "Sporda Şiddet ve

of the pitch as is the case for English stadiums. Despite the lack of empirical evidence on the role of alcohol in relation to the extent of football violence in Turkey, the president of the TFF also asked clubs to schedule early kick-off times to reduce the alcohol consumption by fans⁵⁶. Moreover, some Turkish lawyers have supported the idea of early kick-off times on the grounds that it is more difficult to evade the police in the daytime⁵⁷.

Considering the latest SCP model proposed by Cornish and Clarke, alcohol restrictions first serve to negate the excuses of offenders who seek to evade responsibility of their violent behaviors. The potential use of alcohol as an excuse was explained by Murphy and Waddington as follows⁵⁸:

It is also the case that football hooligans themselves helped to foster the link between football hooliganism and alcohol consumption. If, for example, a football hooligan found himself in court charged with assault and was asked to explain his behaviour, he may well have asked himself the question: ‘What sort of explanation is more likely to lead to a lesser sentence?’ ‘I was out

Düzensizliğin Önlenmesine Yönelik Bir Çare Olarak Seyirden Yasaklama/A Remedy to Prevent Violence and Disorder in Sport: Banning Order from Match”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi/Journal of the Justice Academy of Turkey**, Y. 2014, V. 5, I. 19, p. 23-52.

⁵⁶ RADİKAL, 1 August 2013, **Taraftara ‘Direniş’ Yasak/Fan ‘Resistance’ Forbidden**, Available at: <http://www.radikal.com.tr/spor/taraftara-direnis-yasak-1144375/>, Accessed: 20 May 2016.

⁵⁷ Turkish NOC Report, p. 23.

⁵⁸ MURPHY and WADDINGTON, p. 40.

of my head because I'd drunk too much' or 'I get a buzz out of violence'. The answer is self-evident.

Taking the subjective evaluations of potential offenders in relation to the situations conducive to violence into account, Felson and Boba further claim that alcohol plays a major role in the perception of provocations⁵⁹:

It gives people big mouths and big ears. Big mouths help people make aggressive statements that provoke counterattacks and restoration of justice. Big mouths also help people to provoke others into fights. Alcohol makes bigger ears by getting people to hear things that were not said. Managing alcohol is part of preventing violence.

Controlling alcohol in the football context accordingly emerges as a strategy under the category of removing excuses, as proposed by Cornish and Clarke. Secondly, alcohol-related restrictions in football stadiums do not only serve to keep supporters sober-minded, they also reduce the likelihood of trouble stemming from the use of alcohol bottles and cans as missiles. Replacing glassware with plastic, for example, was a measure which successfully reduced injuries in barroom environments⁶⁰. Frosdick and Marsh noted that

⁵⁹ FELSON, Marcus and BOBA, Rachel L., **Crime and Everyday Life**, 4th Edition, London, Sage, 2010, p. 189.

⁶⁰ GRAHAM, Kathryn and HOMEL, Ross, **Raising the Bar: Preventing Aggression in and around Bars, Clubs and Pubs**. Devon, Willan, 2008.

a similar concern was found in relation to alcohol control strategies in the British context since the 1980s⁶¹. Incidents in which match officials and players were injured in this way have been reported in some European countries such as Germany and Sweden where pitch-side drinking is permitted⁶². This auxiliary dimension of these restrictions can be located within the category of increasing the effort for committing crime by controlling tools/weapons in the first place⁶³. Accordingly, in a similar way to CCTV, banning alcohol can produce its effects through different mechanisms which are (a) increasing efforts as a result of controlling alcohol containers that can be used as weapons and (b) removing excuses. Considering the extent of missile throwing in the Turkish football context, the first mechanism, in particular, can plausibly contribute to reductions in this form of disorderly fan behavior.

C. Other Prohibitions

Law 6222 identifies four specific offences that can be categorized as violent or disorderly fan behavior. Three of them, namely possession, use or sale of forbidden articles at sporting areas (Art. 12 and 13), obscene chanting (Art. 14) and unauthorized enter to the game field (Art. 16), have been enacted in a similar way to the

⁶¹ FROSDICK and MARSH, p. 127.

⁶² PONTURO, Tony, **Alcohol and Football**. London, Alcohol Concern, 2014.

⁶³ CORNISH and CLARKE

former law, although significant changes have been applied to the elements of the offences in question and to the punishment of offenders. ‘Running riot at sporting areas and damaging facilities’ (Art.17), on the other hand, has been introduced as a new offence.

According to Article 13 of the law, a person who carries tools which can be used for cutting, crushing, wounding or drilling or articles which are fulminating, sparkling, inflammable or burning will be sentenced to up to one year’s imprisonment; this term is extended up to five years for those who provide these tools and articles. If an offender disturbs the peace of a match by using these tools or articles, unless the behavior constitutes another crime which requires the imposition of a heavier penalty, s/he faces a sentence of 1-3 years’ imprisonment (Art. 13/4). If the same offence is committed by using other articles which are not prohibited by the Law, the offender is hit with a punitive fine (Art. 13/5). If implemented strictly together with ‘controlling access’, another SCP measure, controlling the possession, use or sale of forbidden articles at sporting areas emerges as one of the main precautions designed to block criminal opportunities for would-be offenders regardless of their motivation. This measure is accordingly located under the category of increasing efforts by controlling tools/weapons.

The elements and sanctions of obscene chanting, which constitutes a form of symbolic violence, in the former law (Law 5149, Art. 12) were also changed drastically. According to the new law (Law 6222, Art. 14/1) that regulates obscene chanting:

- The illegal behavior should occur at or around sporting areas.
- It can be a group behavior or single fan behavior.
- The words or acts should be perceived as an ‘insult’ by third persons who hear or see them, regardless of whether they mention or target a specific person.
- Offenders shall be punished with punitive fines, unless the behavior constitutes another crime which requires the imposition of a heavier penalty.
- And the investigation and prosecution are not bound to a complaint.

If the words or acts are of a discriminatory nature based on religion, language, race, ethnicity, or sex, offenders shall receive sentence of six months up to two years’ imprisonment, unless the behavior constitutes another offence which requires the imposition of a heavier penalty (Art. 14/2). In cases where offences defined in the

first and second clauses are committed through holding or hanging written banners or graffiti, the penalty is increased by one-half (Art. 14/3). Punishing obscene chanting unlike the former law may be interpreted as a strategy of the Turkish State which seeks to alert conscious about the illegality of this behavior and removes excuses accordingly. Swearing has been also identified as one of the most common unruly crowd behavior in the Turkish football context.

‘Unauthorized entry to the field of play and other areas in which fans are not generally permitted’ is regulated by Article 16 of the law wherein perpetrators are sentenced to a minimum of three months up to one year in prison or to a punitive fine. Moreover, offences which interfere with the course or threaten the security of a match, will incur a penalty of 1-3 years’ imprisonment (Art. 16/2). Regulating unauthorized entry to the playing field as a separate crime serves to avoid possible disputes as well as making it more difficult for motivated offenders to make contact with their targets, namely players in the pitch or match attendants. Pitch invasion is one of the most common disorderly fan behaviors in Turkish football history in light of the media sources examined within the scope of the project⁶⁴. Accordingly, banning unauthorized entry to certain areas including the field of play emerges as a

⁶⁴ See Appendix 1 and Appendix 2.

measure which will contribute to increased efforts by hardening targets and reducing provocations by avoiding possible disputes.

Finally, Article 17 of the law, which refers to ‘running riot at sporting areas and damaging facilities’, rules that the crimes involving intentional injury or damage to property at sporting areas are subject to the general provisions of the Turkish Criminal Code and the investigation and prosecution of these offences is not bound to a complaint. It is worth noting that Law 6222 presumes sporting areas and other commodities in these areas to be ‘public property’ in terms of the crime of damage to property (Art. 17/2). Identifying stadiums as public property, even though they may be owned by private individuals, implies that predatory crimes committed in such places are deemed by the Turkish lawmakers to be more serious than ordinary predatory crimes. It is also worth noting that referees, observers and representatives are similarly considered public officials in the crimes committed against them in relation to their duties⁶⁵. Sağır interprets this attribution as the control of sports, in particular football, by the central authority which aims to increase its power in stadiums⁶⁶.

⁶⁵ Law 6222, Art. 20.

⁶⁶ SAĞIR, Adem, “Sociological Analysis of the Case of Football in Turkey in the Context of Law No. 6222”, **TODAİE’s Review of Public Administration**, Y. 2012, V. 6, I. 3, p.190.

The detailed definition of violent and disorderly behaviors by Law 6222 is compatible with one of the basic principles of the SCP theory, which seeks ‘to remove any ambiguity concerning the acceptability of conduct’⁶⁷. From this perspective, the clarity of rules serves to alert potential offenders about the severity of the costs involved in the decision-making process⁶⁸. According to Clarke, some highly specific laws may be designed to support such rules⁶⁹. The introduction of new rules and prohibitions and the strengthening of some existing rules in terms of their elements and sanctions through Law 6222 is a testament to this argument. Such strategy accordingly may be seen as an implication of removing excuses via setting rules.

IV. Policing Strategies in Turkey

The policing strategy that has been encouraged in Europe is one of increasing cooperation and information exchange between the police and other competent authorities at both the national and the international level. Regarding the latter, the Council of EU seeks to enhance international police cooperation between Member States via its binding legal instruments. Council Decision

⁶⁷ CLARKE, Ronald. V., “Situational Crime Prevention”, **Crime and Justice: Building a Safer Society: Strategic Approaches to Crime Prevention**, Y. 1995, V. 19, p.118.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

2002/348/JHA (Art. 1/1), for example, obliges each Member State to establish ‘a national football information point of a police nature’ which will coordinate and facilitate the anticipated exchange of information and international police cooperation. As a part of their authorization, furthermore, they are assigned to attain the personal information of risk-supporters and prepare a risk assessment concerning individual clubs or the national team of the country in which they operate. In 2007, Council Decision 2007/412/JHA was introduced, which amended the 2002 Decision in light of expert assessments on the operation of international police cooperation. The amendment emphasized the need for the formation and circulation of ‘generic and/or thematic national football disorder assessments’, and the more accurate exchange of relevant information.

Despite the efforts to improve police co-operation in Europe, the early argument of Garland and Rowe, which emphasized the difficulty of controlling sporadic violence, still has merit, particularly considering the sporadic and spontaneous nature of football violence⁷⁰. As indicated by both official reports⁷¹ and media sources⁷², while inter-group quarrels emerge as sporadic incidents, throwing missiles at particular or random targets, pitch invasion,

⁷⁰ GARLAND and ROWE, p. 146.

⁷¹ See in particular “The Factors Having an Effect on Violence in Sport, the Statistics, and the Solution Proposals”.

⁷² See Appendix 1 and Appendix 2.

vandalism/property destruction, confrontations with the police and verbal assault can be listed as more frequent crowd behaviors in Turkey:

The fact that such events are relatively co-ordinated does at least offer the police the possibility of controlling and preventing this type of disorder, just as intelligence-gathering and surveillance might be used against drug-traffickers, paedophile rings or other organized criminals. Such strategies remain limited though, since much football-related violence appears to be relatively unorganized and *ad hoc*, and not the product of highly organized groups, and is therefore very difficult to prevent using the kinds of approach detailed here⁷³.

In the context of Turkish football, there has been only one exception to this rule. As part of the so-called hooligan investigation initiated in 2013, the members of a number of fan groups were arrested by the police after a one-year chase using technical surveillance devices and were accused of being members of a criminal enterprise⁷⁴. Within the scope of the operations, the police found a number of injurious articles, including knives, during the searches

⁷³ GARLAND and ROWE, p. 155.

⁷⁴ HÜRRİYET, 27 September 2013, **İstanbul'da Taraftar Operasyonu/Police Operation against Fans in İstanbul**, Available at: <http://www.hurriyet.com.tr/istanbulda-taraftar-operasyonu-24800370>, Accessed: 20 May 2016.

conducted before the matches. The proactive policing against football-related crime and disorder in Turkey, on the other hand, is the employment of the police and other security attendants in stadiums. According to Madensen and Eck, stadium personnel in charge of security is an essential part of any crime prevention strategy in relation to the football-related crime prevention⁷⁵. Clarke had also highlighted the role of formal surveillance in the football context as follows⁷⁶:

Good liaison between the police, the two soccer teams, and supporters' clubs can reduce the opportunities and temptations for vandalism and violence; arrival and departure of supporters can be better managed so as to avoid long delays; within and possibly around the grounds, routes of access to stands and occupation of stands can be controlled.

With reference to English stadiums, the employment of stewards at stadiums in the 1990s, as well as the proliferation of CCTV monitors, hand-held video camera and the photo-phone system in the late 1980s, made a significant contribution to policing football crowds⁷⁷. Many duties of the police at football stadiums were then transferred to stewards appointed by host clubs⁷⁸. That there was

⁷⁵ MADENSEN and ECK, p. 12.

⁷⁶ CLARKE, **Situational Crime Prevention: Its Theoretical Basis...**, p. 244.

⁷⁷ FROASDICK and MARSH, p. 158-9.

⁷⁸ *Ibid.*

no national standard for testing the efficiency of stewards in relation to crowd control and spectator safety was the primary concern for both authorities and academics in the first years of the practice⁷⁹. Today, all stewards working in any stadium in the UK must hold a Level 2 National Vocational Qualification (NVQ) in spectator safety. In order to achieve this level, they are subject to a training package, ‘On the Ball’, introduced by the Football Association. A stadium safety officer, who has to be appointed in every English stadium, is in charge of executing these training programs in addition to other safety-related duties. According to the Home Office Statistics for the 2010/11 season, ‘51% of all matches [in England] were police free – continuing to free up police resources to deal with local police and community priorities’⁸⁰. The English model of policing, which relies on the assignment of qualified stewards inside stadiums, is a testament to the hypothesis that systematic management of the immediate environment is an integral part of a successful situational prevention.

In Turkey, Law 6222 (Art. 6) obliges clubs to provide a sufficient number of private security guards, who carry out security-related duties inside stadiums along with the police, and club attendants, whose role is to ensure spectator safety. Regarding the

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Home Office, 2011, Official Statistics on Football-Related Arrests and Banning Orders, Season 2010/11.

former, clubs can buy private security services to fulfil the duties imposed by the Law. Provincial Sport Security Boards are authorized to determine the number of private security guards which will be employed by clubs and their places of duty. In relation to first division football club matches, police officers who are not on duty on the match day can be assigned to provide security upon application by the relevant club and at the request of the Federation. The police officers assigned to this task by the authorized police unit are paid twice their usual daily wage. The number of police officers cannot exceed one third of the number of private security guards as determined by the Provincial Sport Security Boards. Private security guards assigned to sporting grounds are subject to Law 5188 on Private Security Services in terms of their duties and powers, except that they cannot carry firearms.

It is worth noting that the duties of private security guards that are regulated by law are not equivalent to those of stewards in English football stadiums. Stewards may be trained by the clubs themselves or provided via stewarding agencies for health and safety-related duties inside stadiums, such as guiding spectators upon entry and exit or rendering emergency first-aid. Unlike stewards, a private security force is a special unit which is endowed by

law with similar authority to that of the police, albeit with more limited powers⁸¹.

In order to facilitate coordination between relevant individuals and agencies and to monitor the execution of security measures at football matches, a competition security chief is appointed by the local authority from among police commanders (Law 6222, Art. 7). Police officers and private security guards work together under the command and governance of the competition security chief. Competition security chiefs were put in charge under the previous law as well. In a meeting held with representatives of the İstanbul Provincial Sport Security Board, it was stated that the assignment of the same provincial police commanders as competition security chiefs in 2010 and 2011 enabled this group of chiefs to specialize in the control of clubs and stadiums, including the use of spectator profiling⁸². According to Law 6222, competition security chiefs can decide to increase the number of police officers at any time. Each competition security chief assigns a police officer to each football club in the first and second divisions. This specified officer is charged with attending every match of that club, including away games. In the event of violence or disorder on the

⁸¹ Turkish NOC Report, p. 25.

⁸² Report of the Parliamentary Research Committee, p. 163.

terraces, private security guards inform the authorized police officer and the police officer in question dispatches a sufficient number of police to that area⁸³.

As a specific power invested in security attendants during the admission of fans into stadiums, stewards (or the police, depending on the law and ground regulations of a given country) have the right to search spectators to prevent admission of forbidden materials. Law 6222 (Art. 12/2) grants police officers and private security guards, on condition of the governance of the police, authorization to search spectators and their belongings via technical devices or by hand. The police are further warranted to conduct such searches around and en route to and from sports grounds before, during and after matches in accordance with Law 2559 on Police Powers (Art. 12/3). Comparing the security measures taken inside Turkish and British stadiums, Mizrahi and Maguire have observed that:

Turkey's security measures have even gone a step further in the searches conducted on spectators entering the stadium to watch the match. Turkish security guards remove lighters, coins and

⁸³ ÜSTÜNEL, Rüstem and ALKURT, Zafer "Futbolda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi için 6222 Sayılı Yasanın Getirdiği Yeni Bir Uygulama: Elektronik Bilet ve Yaşanan Sorunlar/A New Application by Law No.6222 to Prevent Football Violence and Disorder: Electronic Ticket and Associated Problems", **Kara Harp Okulu Bilim Dergisi/Science Journal of Turkish Military Academy**, Y. 2015, V. 25, I. 2, p. 157.

even house keys from those coming to watch, to try and ensure nothing can be thrown at any of the players or the referees, although the odd item still tends to find its way onto the field⁸⁴.

The effectiveness of the police presence at Turkish football stadiums has been the focus of numerous survey-based academic studies in the early 2000s, prior to the introduction of Law 6222 in 2011⁸⁵. A study by Oktay Çelik found that one in every three police

⁸⁴ MİZRAHİ, Doğan D. and MAGUIRE, Joseph, “Content Analysis on the Media Expression of Hooligan Behaviour in Turkish Association Football Derbies: Case Study of Fenerbahçe SK – Galatasaray SK from 2000-2010”, **Collected Insights from the Field of Sport - Volume 1: Football and Society**, Eds. G. HENDRIKS, K. GILBERT, D. OYON and C. STRICKER, Lausanne, AISTS, 2014, p. 20.

⁸⁵ See for example GÜLTEKİN, Okan, DOĞAN, Mehmet, DOĞAN, Ayşegül and EYLEN, Berrin, “Futbol Sahalarında Şiddet ve Emniyet Güçlerinin Tutumu Üzerine Bir Araştırma/A Research on Violence in Football and Attitudes of Security Attendants”, **21.Yüzyılda Polisin Eğitimi Sempozyumu/Symposium of Police Training in 21st Century**. Ankara, EGM Yayınları, 2000. KAYNAK, İlter, **Spor Müsabakalarında Görev Yapan Polislerin Tutum ve Davranışlarının Araştırılması/Investigation of the Attitudes and Behaviours of the Police in Sports Competitions**, Master’s Thesis, Gazi University, Institute of Health Sciences, Department of Physical Training and Sports, Ankara, 2002. DEMİRYÜREK, Murat. S., **Futbolda Şiddet Olgusu ve Futbol Karşılaşmalarının Güvenlik Yönetimi/The Phenomenon of Football Violence and Security Management**, Master’s Thesis, Ankara University, Institute of Social Sciences, Department of Political Science and Public Administration, Ankara, 2003. PULUR, Attila, KAYNAK, İlter and ORHAN, Serdar, “Polislerin Spor Müsabakalarındaki Saldırgan Seyirciye Müdahalede Kendi Taraftarlığının Etkisinin Araştırılması/The Investigation of the Effect of Supportive Attitudes of Police on Their Interfering Behaviors towards Aggressive Spectators in Sports Competitions”, **Kırşehir Eğitim Fakültesi Dergisi/Journal of Kırşehir Education Faculty**, Y. 2004, V. 5, I. 2, p. 241-260. GÜLTEKİN, Halil, **Türk Futbolunda Şiddetin Önlenmesine Yönelik Emniyet Uygulamalarının Yasalar Çerçevesinde İncelenmesi/Investigation of Security Applications Directed to the Prevention of Turkish Football Violence within the Frame of Laws**, Master’s Thesis, Niğde University,

officers (35.7%) speculated that missiles thrown onto the field were given to fans by club managers; 27.8% presumed that missiles were placed in stadiums before matches, while 19.8% alleged that stadium attendants provided fans with them⁸⁶. Only 16.7% believed that fans brought missiles with them⁸⁷. Most (85.9%) police officers said that they would not choose to take charge in football matches if they had another option⁸⁸. Only 3.1% said they were willing to take charge⁸⁹. Similarly, participants in a study by Arıkan and Çelik revealed their indispositions by rejecting the view that “the more police in stadiums, the less violence” by a 78% majority⁹⁰.

In terms of the interactions between fans and the police, 83.7% of participants in Çelik’s study and 70.5% of those in Arıkan and Çelik’s study suggested that fans provoked the police into treating them harshly. Çelik also reported that the majority of

Institute of Social Sciences, Department of Physical Training and Sports, Niğde, 2008.

⁸⁶ ÇELİK, Oktay, “Seyirci Saldırıcılığı ve Polisin Tutumu/Spectator Aggressiveness and Attitude of the Police”, **Polis Dergisi/Police Journal**, Y. 2005, V. 45, p. 16-21.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ ARIKAN, Yusuf and ÇELİK, Oktay, “Futbolda Şiddet ve Polis/Violence in Football and the Police”, **Polis Bilimleri Dergisi/Turkish Journal of Police Studies**, Y. 2007, V. 9, I. 1-4, p. 109-132.

officers (88.1%) believed that the police did not provoke fans. Another consistent finding was that police officers were not influenced by their own fan identities when responding to incidents at football matches⁹¹. Regarding the views on the training participants had received, in a study by Arıkan and Çelik of 241 police officers from two different cities, İzmir and Sivas, more than half the participants reported that they had received in-service training on football fan profiles (54.8%), spectator aggressiveness and hooliganism (54.4%) and sport security (53.5%). By contrast, Gültekin's study of 300 police officers from three different cities (İstanbul, İzmir and Aksaray) with service experience in the top three divisions of the football league found that more than half had not received in-service training on spectator aggressiveness and violence (56.7%) or sport security (65.6%). These findings can be interpreted as an indication that police training fell below the desired level. With the introduction of Law 6222 and the Regulation on the Implementation of Law 6222, the responsibility for providing training for police officers and competition security officers has been imposed on the central sport security units established under the GDS. Responsibility for employing private security guards who are trained in sport security, on the other hand, has been left to individual clubs.

⁹¹ KAYNAK; PULUR *et al.*; ARIKAN and ÇELİK; GÜLTEKİN.

In relation to the efficiency of private security guards, the findings of a joint project by Bahçeşehir University and City Security Group (CSG), an İstanbul-based company providing private security services, offer important insights. The study used random sampling to seek the views of 1000 people living in İstanbul on the security of stadiums⁹². Seventy per cent of respondents reported that they found stadiums insecure (52%) or very insecure (12%). Sixty-six per cent considered the training of private security guards in charge of stadiums inadequate, while 7 out of 10 believed that private security guards who have been trained in sport security can prevent violence. Three out of five participants considered the police to be the most appropriate security provider, while two out of five favor private security guards. The research has illustrated that the number of those who favor private security guards correlates directly to the level of education and income of the participants. Seven out of ten participants believe that collaboration by the police, private security and the public prosecutor will increase security at sporting events. Regarding the latter, the Ministry of Justice has decided to assign public prosecutors who will be in personal contact with the police and will instruct them promptly when needed⁹³. Following a directive from the Ministry of Youth and

⁹² Stadium Security Research 2013 by Bahçeşehir University & City Security Group. Turkish: Stadyum Güvenliği Araştırması.

⁹³ Turkish NOC Report, p. 31.

Sport, three seats in the front row came to be reserved for so-called sports prosecutors to enable them to follow competitions in a proper environment. Stadium Security Research, however, illustrated that the number of those who consider the so-called sports prosecutors to be best suited for taking charge inside stadiums decreases as the level of education and income of the respondents increases. Similarly, the number of those who share the view that ‘collaboration by the police, private security and the public prosecutor will increase the security at sporting events’ tends to decrease in inverse proportion to the respondents’ level of education and income. These findings indicate that wealthier, more educated fans are more skeptical than others about the ability of these agents to control disorder at sporting events. It may also imply that these fans find the visibility of judicial actors on the terraces unnecessarily intimidating.

In relation to the SCP model of Cornish and Clarke, the presence of the police and private security guards at stadiums contributes to extend guardianship and accordingly increases the risk of detection for potential offenders. Moreover, authorized security attendants activate another SCP mechanism, which it is increasing efforts via controlling tools/weapons, because they undertake body searches of fans at stadium gates.

V. Turkish Fans' Identification (ID) Card Scheme:

Passolig

Identity cards for football supporters were first proposed in England by the Taylor Report under the name of membership cards; however, 'detailed theoretical and practical criticism of the government's membership scheme also led Taylor to reject it as a solution to hooliganism, which effectively meant that it was never implemented'⁹⁴. An equivalent scheme was only legislated after 2000 in Italy, another European country which had suffered a great deal of football violence. Fan identity cards for Italian supporters, known as *Tessera del Tifoso (TdT)*, were introduced in 2007 by the Ministry of Interior but did not come into effect until the 2009/10 football season.

The Tessera was first introduced as a 'fan privilege' card to be distributed by individual teams. The Tessera would enable fans to purchase tickets, to use the Tessera as a credit card and to gain special rewards to be determined by the individual teams. Initially, fans were critical of the commercial aspects of the card. The card would not be free and since it would be tied to a bank account, some saw the card as a scheme to help banks and add

⁹⁴ TAYLOR, Matthew, **The Association Game: A History of British Football**, Oxon, Routledge, 2013, p. 340.

nothing to the security at the stadium. The Tessera was to be introduced in phases. At first, it would only be required for fans to purchase tickets to away games, while, eventually, it was to replace the season tickets⁹⁵.

By operation of law, fans convicted of certain offences and fans banned from attending in matches are not eligible to apply for the *Tessera*⁹⁶. According to Maccanico, this rule implies that the scheme intends to differentiate between ‘fans who can be trusted’ and those who pose a ‘security threat’⁹⁷. The scheme encountered widespread opposition from Italian supporters across the country, in particular from *Ultràs*, which united to protest the practice, and led to a significant decrease in the number of fans attending matches during the 2010/11 football season in Italy⁹⁸. The scepticism on the part of *Ultràs* was rooted in the commercial aspects of the implementation and repressive outcomes for fans⁹⁹. Private advocates and public rights defenders also repudiated the scheme on

⁹⁵ GUSCHWAN, Matthew C., “La Tessera della Rivolta: Italy’s Failed Fan Identification Card”, *Soccer & Society*, Y. 2013, V. 14, I. 2, p. 223.

⁹⁶ MACCANICO, Yasha, “Public Order and Demonstrations in Italy: Heavy-Handed Policing, Militarisation and Prohibition”, *Statewatch Journal*, Y. 2010, V. 21, I. 1, p. 5.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ See MACCANICO; GONDA, Marcin, “Supporters’ Movements “against modern football” and Sport Mega Events: European and Polish Contexts”, *Przegląd Socjologiczny*, Y. 2013, V. 3, p. 85-106; GUSCHWAN.

⁹⁹ GUSCHWAN, p. 216.

the grounds that the police would access sensitive private information and share it with football clubs and banks¹⁰⁰.

According to the annual report of the National Observatory for Sporting Events issued at the end of the 2011/12 season, there were over one million *TdT*s in Italy by the end of 2012¹⁰¹. Based on this report and the findings of the Memorandum of Understanding dated 21 June 2011 and signed by the Ministry of the Interior and the Sporting Authorities, the Italian sports lawyer Paolo Garraffa has addressed the concerns expressed against the *TdT* system by drawing attention to three positive developments that have resulted from it. First, contrary to popular belief the scheme has increased attendance at matches because *TdT* holders are now entitled to enter even risky away matches without being subject to ticket restrictions¹⁰². Garraffa has also noted that attendance at *Serie A* (Italian Professional Football League) matches had been declining for decades even before the introduction of *Tessera*¹⁰³.

¹⁰⁰ GONDA; GUSCHWAN

¹⁰¹ GARRAFFA, Paolo, 2013, "Supporter's Card and Stadium Attendance in Italy: A Successful Experiment?", **LawinSport**, Available at: <http://www.lawinsport.com/articles/regulation-a-governance/item/supporter-s-card-and-stadium-attendance-in-italy>, Accessed: 20 May 2016.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*

Secondly, the scheme has virtually obviated ticket touting practices in Italian football¹⁰⁴. Finally, with the exception of a few stadiums, the scheme has succeeded in preventing football-related violence when the number of recent incidents is compared to those of previous seasons¹⁰⁵. Following Italy, Poland introduced a mandatory supporter ID card scheme via the ‘Act on Mass Events Security of 20 March 2009’:

Very strict identification scheme was also imposed which forced all supporters to purchase ID cards, including photo and private data. Every person who wishes to buy a ticket for any league game needs to have a *fan card* of the host club and present ID document at the entry. [A] Person from Łódzkie voivodship is unable to purchase an individual ticket for a game in Warszawa when the team from Łódzkie is playing there¹⁰⁶.

Like the criticism directed towards the *TdT* scheme, falling attendances has been the main concern of Polish authorities as well as procedural difficulties¹⁰⁷. The executives of both *Ekstraklasa*

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ WOZNIAK, Wojciech, “Polish Football under Transition: Catch-Up Modernisation Gone Wrong”, *Football and its Communities*, Eds. D. HYNES and A. KIERNAN, Oxford, Inter-Disciplinary Press, 2013, p. 122.

¹⁰⁷ Stadium Database News Portal, 12 December 2015, **Poland: Clubs Withdrawing Obligatory Fan Cards**, Available at: <http://stadiumdb.com/news/2015/02/poland-clubs-withdrawing-obligatory-fan-cards>, Accessed: 3 May 2016.

(Polish Professional League) and the *PZPN* (Polish FA) have complained about the irksome application process involving the submission of excessive information with a mandatory photo. In accordance with the demands of these sporting authorities, the Polish legislative body agreed to revise current regulation and decided to end ID card scheme. According to the draft legislation, newcomer fans and tourists now can buy any match ticket with only a personal ID without being subjected to the formalities of a fan ID card, while season ticket holders and regular match-goings can continue to use their existing cards.

In Turkey, following the example of the European models, Article 5/4 of Law 6222 introduced an electronic system for creating match tickets. Fan ID cards contain the name, surname, national ID number and photograph of the person who wishes to buy a match ticket. If the person is a citizen of a foreign country, the card will contain the name of his/her country and the serial number of his/her passport instead of a national ID number, which s/he used when entering Turkey. Ticket sales are only executed upon presentation of these personally identifiable and non-transferable cards. Controlling the use of ID cards in stadiums is the responsibility of home clubs. In matches where there is no home club, this responsibility is discharged mutually by participating clubs. Fi-

nally, at national matches, responsibility is undertaken by the relevant federation. According to Article 11 of Law 6222, federations are entitled to control and inspect the operation of the card scheme via a ‘centralized control system’ which will be established under their auspices. Personal data collected through electronic card registrations are also stored in a centralized database by federations, to which the Ministry of Finance and the Ministry of Interior are granted access.

The Turkish fan ID card scheme known as *Passolig* was implemented on 14 April 2014, three years after Law 6222 was enacted, and only in relation to football matches. With the introduction of *Passolig* cards, the era of paper tickets came to an end. After a private bank, *Aktifbank*, purchased the operating rights of the scheme by tender, *Passolig* cards came to be issued as a debit card, a prepaid debit card or a credit card which is designed to function simultaneously as a match ticket, fan card, ticket for public transportation in certain cities and loyalty card for certain stores. Buyers have to pay an annual usage fee ranging between 16-29 Turkish liras, of which a certain amount is transferred to football clubs. Every person who wishes to buy a match ticket first should register for a *Passolig* card and then use it to buy match tickets. Season tickets are also processed on *Passolig* cards. Cards can be created with a club logo on them if a recipient indicates his/her

team when entering their personal data. Unless declared otherwise by Sport Security Boards, *Passolig* cards may be used for any matches in the first and second divisions regardless of the logo on them. However, clubs may give priority to the cards with their own logos. If after doing so there are still tickets available, a general sale of cards bearing the logos of other teams shall begin on a date set by the authorized club. According to the statistics updated daily on the official *Passolig* website, 2,007,323 cards have been registered as of 3 May 2016. Of these, 399,962 have been issued with the Fenerbahçe logo, followed by Galatasaray with 376,722 and Beşiktaş with 320,089.

Negative reactions to *Passolig* were evident from the very beginning of the scheme. The acknowledged Turkish sociologist and sports journalist Tanıl Bora has argued that the scheme amounts to the usurpation of a public space¹⁰⁸. That personal information about fans is shared with the Ministry of Finance and the Ministry of Interior by law has also aroused suspicion over whether the scheme is serving purposes other than preventing violence, such as blacklisting¹⁰⁹. The scheme is criticized on the grounds that

¹⁰⁸ BORA, Tanıl, 2014, “Passolig: Kamu Alanının Gaspsı/Passolig: Usurpation of Public Space”, Online Article, **Radikal**, Available at: <http://www.radikal.com.tr/yazarlar/tanil-bora/passolig-kamu-alaninin-gaspi-1188145/>, Accessed: 8 August 2015.

¹⁰⁹ GÜNEY, Emir, “Passolig Türk Sporundaki Şiddet ve Düzensizliği Nasıl Engellenecek?”, **Panorama Khas**, Y. 2014, V. 15, p. 70-72.

Law 6222 does not provide a safeguard for the protection of personal data collected from fans. Another criticism against the scheme is that people are obliged to become customers of a private bank even though they might use their cards for no transaction other than the purchase of match tickets¹¹⁰.

The Ankara-based fan association *Taraftar Hakları Dayanışma Derneği/Taraf-Der* (Fan Rights Solidarity Association) filed a suit alleging that the relevant provisions were unconstitutional and appealed to the Ankara 16th Consumer Court for a stay of execution. In the trial on 18 November 2014, the court found that the claim of unconstitutionality was reasonable and appealed to the Constitutional Court¹¹¹. As per Article 40 of Law 6216 on the Establishment and Adjudicatory Procedures of the Constitutional Court, if a competent court is of the opinion that the provisions which will be applied to the case at hand are contrary to the Constitution or of it finds the claim of unconstitutionality made by a party reasonable, it can appeal to the Constitutional Court for those provisions to be annulled. This authorization granted to general trial courts is referred to as “concrete norm control” when im-

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Hürriyet, 18 November 2014, “Passolig’de de Top Anayasa Mahkemesi’nde/Passolig Case Referred to the Constitutional Court”, Available at: <http://www.hurriyet.com.tr/passolig-de-de-top-anayasa-mahkemesi-nde-27604666>, Accessed: 20 May 2016.

plemented. Using this authority given by law, the Ankara 16th Consumer Court claimed that the provisions for an electronic card system, which underpin the *Passolig* scheme, violate fundamental and universal rights and freedoms in contravention with the Constitution, the European Convention on Human Rights (ECHR) and the Universal Declaration of Human Rights (UDHR). The court argued that the scheme causes innocent or even victimized football fans to suffer double-victimization by restricting such fundamental rights as the right to protect and improve their corporeal and spiritual existence, the right to demand respect for their private and family life and the right to request protection of personal data. Regarding the latter, Article 5/11(c) of the law, which regulates that the federations are entitled to advertise and commercialize the data on the electronic cards on behalf of clubs, was particularly found to be incompatible with the principle of protection of personal data as well as the legal motive behind Law 6222, which is the prevention of violence. It was claimed that with this article the concept of an electronic card is ascribed a commercial mission. Moreover, the annual usage fee introduced by the intermediary firm, *Aktifbank*, was interpreted as a breach of the principle of the hierarchy of norms on the grounds that such a fee is not regulated by law.

Considering Article 20 of the Constitution which guarantees that personal data is processed only in the situations stated by

law or with the explicit consent of people, the Constitutional Court also found the relevant provision to be an inappropriate and disproportionate restriction of the right to request protection of personal data¹¹². The Court stated that it cannot be assumed that people give consent to the transfer of their personal information to the third parties; moreover, it cannot be claimed that such transfer is a necessary measure to prevent violence in sports. Accordingly, the Court approved the request to annul this provision. For the same reasons, the provision that regulates that federations can transfer authority for keeping personal data in a central database was also found to be unconstitutional. However, apart from these two provisions, the Court established that the scheme is an appropriate measure for the prevention of violence in sports which constitutes a threat to public order and security:

By the medium of the scheme, illegal ticket sale or mass ticket supply for fan groups will be eradicated; admission of a banned person into stadiums will be prevented as a person will only be able to attend games with the card drawn up in their name; and in addition to security financial audit will be made more easily in terms of tax. Accordingly, it is clear that this regulation is crafted for the purpose of public good [translated from Turkish]¹¹³.

¹¹² Constitutional Court Decision No. 2015/103, 12 November 2015.

¹¹³ Constitutional Court Decision No. 2015/103, 12 November 2015.

Having noted that protection of personal data is not an absolute and unlimited right, the Court stated that it may be restricted by law without infringing upon the essence of the right and on condition of conformity with the requirements of the democratic order of the society and the principle of proportionality. The collection of personal data, i.e. name, surname, national identity number and photograph, was found to be an appropriate tool for the operation of the scheme, which is designed for public benefit. Moreover, the Court underlined that the information gathered does not have the characteristics of sensitive data, unlike information on political opinion, religious belief, health, sexual life or criminal record. Accordingly, it was stated that sharing this limited amount of personal data with the Ministry of Finance and the Ministry of Interior, which already hold more detailed and sensitive personal data about Turkish citizens, cannot constitute any contradiction to the principle of data security.

The decision of the Constitutional Court has been interpreted differently by the Turkish sports community. According to the part plaintiff (*Taraf-Der Association*) and other *Passolig* opponents, the Court implied that the TFF can operate an electronic card scheme, but it does not have a right to commercialize and transfer

that scheme to the banks¹¹⁴. From this point of view, the tender of *Passolig* should have been voided. However, the TFF claimed that the Court deemed the electronic ticket scheme suitable and acknowledged the authority of the TFF, including the transfer of the operation of the scheme, with the exception that the personal data collected as part of the scheme cannot be commercialized. The TFF concluded that the scheme operates in compliance with existing regulations because the personal data collected via *Passolig* has never been commercialized by the federation.

Regarding the implications of *Passolig* for the SCP model of Cornish and Clarke, this measure activates at least four different mechanism. It first increases the efforts for potential offenders as an access control technique. It also reduces anonymity and thus significantly increases the risks of detection. As the third effect produced by this measure, it prevents the mass ticket supply and accordingly removes the financial rewards which used to stir controversy among fan groups. Finally, it removes any possible excuse about the illegal supply or possession of match tickets by setting the certain rules about the sale of tickets.

¹¹⁴ Hürriyet, 16 December 2015, “AYM’nin Passolig Kararı Kafaları Karıştırdı/Confusing AYM Decision”, Available at: <http://www.hurriyet.com.tr/aymnin-passolig-karari-kafalari-karistirdi-40027971>, Accessed: 20 May 2016.

VI. **Football Banning Orders (FBO) and the Issue of Infringement of Fundamental Rights**

The very basic operation of FBOs in Europe was crafted in Article 3/4(d) of the European Convention on Spectator Violence and Misbehavior at Sports Events and in particular at Football Matches (1985), which proposes the exclusion of ‘known or potential trouble makers’ from matches and/or the prohibition of their access to stadiums. FBOs have been legislated in a range of European countries including Belgium, England, France, Italy, the Netherlands, Norway, Republic of Ireland, Scotland and Sweden¹¹⁵. In England particularly, they are at the heart of the recent policing strategy for dealing with football-related violence¹¹⁶. The development of FBOs in this country may be seen as a salient reflection of the zealous efforts made by State authorities to control the phenomenon which they called hooliganism. The earliest, non-judicial form of FBO was implemented in England by individual clubs in reference to their ground regulations, which grant them authorization to remove troublemakers¹¹⁷. As clubs could impose bans only

¹¹⁵ SIEKMANN *et al.*, p. 56.

¹¹⁶ JAMES, Mark and PEARSON, Geoff, “Football Banning Orders in the Courts”, *Journal of Criminal Law*, Y. 2006, V. 70, I. 6, p. 509-524; HOPKINS, Matt and HAMILTON-SMITH, Niall, “Football Banning Orders: The Highly Effective Cornerstone of a Preventative Strategy?”, *Football Hooliganism, Fan Behaviour and Crime: Contemporary Issues*. Eds. M. HOPKINS and J. TREADWELL, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2014.

¹¹⁷ JAMES and PEARSON.

within the borders of their own grounds, persons subject to the ban were still able to attend matches held on other grounds within the country or abroad¹¹⁸. FBOs on conviction in Europe, on the other hand, are primarily predicated on the prohibition of supporters who are convicted of football-related offences from attending all home matches as an additional punishment¹¹⁹. Compliance with an FBO is demonstrated by reporting to a police station on match days¹²⁰. In accordance with the increasing inclination to employ more proactive or risk-oriented strategies for controlling criminal behavior in Europe, administrative FBOs, which is called FBOs on complaint in England, have come to be imposed in the absence of a football-related conviction¹²¹. FBOs serve to control access to stadiums by denying trouble-makers and potential trouble-makers access to them in the first place in a manner consistent with the SCP model of Cornish and Clarke.

Although England has pioneered the development of many control techniques in relation to football in Europe, this has not been the case for administrative FBOs. Known in Italy as *Daspo*, such orders were first introduced on a national level by the Italian

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ TSOUKALA, Anastassia, **Football Hooliganism in Europe: Security and Civil Liberties in the Balance**, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2009, p. 111.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ TSOUKALA; HOPKINS and HAMILTON-SMITH.

legislature via Law No. 401 in 1989; by the late 1990s they had come to be used throughout Europe¹²².

As for the effectiveness of FBOs to reduce football-related violence, the Home Office Statistics in England published in 2011 stated that ‘banning orders work – around 92% of individuals whose orders have expired since 2000 are assessed by police as no longer posing a risk of football disorder’. The annual statistics published by Home Office also illustrated that there is a steady decrease in football-related arrests over the last five football seasons, which are the 2010/11, 2011/12, 2012/13, 2013/14 and 2014/15 seasons, with the exception of the slight increase observed in the 2012/13 season. There were 1,873 football-related arrests in the 2014/15 season¹²³ while it was 3,089 during the 2010/11 season¹²⁴. The number of FBOs also steadily decreased during the last five years from 3174 as at 29 November 2011 to 2181 as at 8 September 2015¹²⁵.

In Turkey, FBOs are provided under Law 6222 in the form of a security measure known as ‘being banned from watching’ and

¹²² TSOUKALA, p. 111.

¹²³ Home Office, 2015 – Official Statistics on Football-Related Arrests and Banning Orders, Season 2014/15.

¹²⁴ Home Office, 2011.

¹²⁵ Home Office, 2015.

a protective measure known as ‘banning from watching’. According to Zafer, this variant phrasing was introduced accidentally by the Turkish legislative authority¹²⁶. In fact, the two forms of FBO are distinguished by the stage at which each order is made. As per Article 18/1 of Law 6222, being banned from watching orders shall be imposed by the court at the end of a trial as a security measure for offences regulated under this law and other relevant laws referenced by Law 6222. Although the term ‘security measure’ has a preventative connotation, the order is in fact made by the court as a sanction. However, distinct from punishment, security measures are sanctions aiming to eliminate the danger that the offender posed to the society. The duration of the measure is determined so as to be proportionate to the dangerousness of the offender. Being banned from watching indicates that a person’s access to sporting grounds for the purpose of watching matches and trainings is prohibited. This form of banning order takes effect with the finalization of the court’s judgement and terminates after one year from the execution of the sentence. If the court finds it unnecessary to impose a penalty when making a banning order, the order shall remain in effect for one year from the day on which the court’s judgement becomes final. According to Article 18/2, this form of FBO also shall apply to those offences of intentional injury, obscene

¹²⁶ ZAFER, p. 30.

chanting and damage to property that are committed by fan groups outside sporting grounds.

As for banning from watching, these orders will be made by the police *ex-officio* if the Office of the Prosecutor launches an official investigation against the suspect for offences regulated in Law 6222¹²⁷. Unless the order is removed by the prosecutor during the investigation process or by the court during the trial process, it will continue to be executed as a protective measure. Under Turkish law protective measures are ordered to prevent potential harm associated with imminent danger or to secure the execution of the sanction to be granted by the court later. From this aspect, they share the same legislative motives as the concept of FBO on complaint which exists in a range of European countries. Unlike these, however, banning from watching is enforced by the police *ex-officio* without making an application to the court. A banning order executed as a protective measure is immediately removed by the public prosecutor during the investigation phase. During the trial phase, it is terminated by the court if the court decides not to pursue prosecution or it returns an acquittal or drops the case (Art. 18/5). In cases public prosecution of a charge is suspended, or the

¹²⁷ Article 18/2 of Law 6222 and Article 22 of Regulation on the Implementation of Law 6222.

announcement of the verdict is deferred, or another sanction is decided as an alternative to a short-term imprisonment according to Art. 50 of the Turkish Penal Code (TPC), or prison sentence or the execution of a prison sentence is suspended, the order of banning from watching also shall be enforced for one year from the finalization of the court decision (Art. 18/6). In the case of a prepayment penalty (Art. 75 of the TPC), the order shall have effect from the date prepayment is made.

Information about people subject to these orders is recorded and kept in an electronic database which is created by the GDS for this purpose and is accessible by sports clubs and federations. This data is reported to relevant sports clubs and competent authorities of the relevant foreign country for matches played abroad. In practice, sports bureaus organized under the GDS register the required information (e.g. national ID number, photograph, date of order) in a data system known as Pol-Net 4. Using this mobile system, online inspections of national ID numbers and photo ID enable the identification of banned fans at stadium gates. A person banned from watching is obliged to report to the nearest police station on match days involving the team specified in the order, both at the start of the match and again an hour later. Article 18/8 of Law 6222 provides two criteria when specifying the team.

The first criterion is that the team should be the side that was playing when the offense subject to the order was committed. The second criterion is that the team should be the one that is supported by the person banned from watching. In practice, the team that should be recorded in the Pol-Net 4 system is determined according to the suspect's declaration or the terrace on which s/he was seized. A person who fails to comply with the 'recourse' requirement is hit with a punitive fine equivalent to 500 Turkish liras. It is expected that this requirement will be waived when the electronic ticket system is completely installed in stadiums¹²⁸.

Regarding the impact area of orders, as clarified by Article 22 of the Regulation on the Implementation of Law 6222, being banned from watching applies to all regulated sports competitions and training sessions. For example, a person subject to an order because of a football match involving Fenerbahçe club must report to a police station only on the days when the Fenerbahçe football team, not other branches of the same club, has a match. However, the ban prevents that person from watching all sports competitions in any sports grounds.

¹²⁸ Turkish NOC Report, p. 60.

Because of the powers given to the police, the length of orders and the restrictions attached to these orders, FBOs have received considerable criticism from within academia, particularly in relation to the principle of proportionality¹²⁹. The English legislation has been particularly cited for potentially infringing civil liberties. As a notable example, in respect of matches outside the UK, FBOs oblige people subject to orders to surrender their passports to a specific police station at a specific time (Football Spectators Act 1989, Art. 14E/3) and 14J/3). Furthermore, according to Article 14G/1, ‘a banning order may, if the court making the order thinks fit, impose additional requirements on the person subject to the order in relation to any regulated football matches’. These additional requirements may include ‘requiring the person concerned to attend at a police station for the duration of a match to banning them from using public transport on match days and/or from visiting town centres, pubs and bars during risk periods’¹³⁰. FBOs on complaint, which are referred to as 14B orders in the literature, are particularly contentious because they are enforced in the absence of a criminal conviction.

As with FBOs on complaint, the legitimacy of banning from watching has been widely questioned in Turkey. In fact, three

¹²⁹ JAMES and PEARSON; TSOUKALA; HOPKINS and HAMILTON-SMITH.

¹³⁰ TSOUKALA, p. 111-2.

different local courts agreed that the measure is unconstitutional. The objections to the provisions for banning from watching focused on four main points: (1) the contradiction with the presumption of innocence, as the order is enforced in the absence of a court decision or a prosecutor's motion; (2) the contradiction with the right to legal remedies, as those who are subject to these orders have no right to object; (3) the contradiction with the principle of proportionality, as the order obliges banned fans to report to a police station every time their team has a match; and finally (4) the contradiction with the principles of personal liberty, human dignity and freedom to travel, as banned fans are forced to remain the fan of a particular team and to follow its fixture consistently. The Constitutional Court examined the applications made by the courts altogether and refused the requests to annul related clauses¹³¹.

The standards governing the restriction of fundamental rights and freedoms are set by the Turkish Constitution (Art. 13) as follows:

Fundamental rights and freedoms may be restricted only by law and in conformity with the reasons mentioned in the relevant articles of the Constitution without infringing upon their essence. These restrictions shall not be contrary to the letter and spirit of the Constitution and the requirements of the democratic order of

¹³¹ Constitutional Court Decision No. 2014/138, 11 September 2014.

the society and the secular republic and the principle of proportionality [translated from Turkish].

With reference to the provision above, the Turkish Constitutional Court first underlined that restricting fundamental rights and freedoms is possible for the purpose of maintaining and protecting public order. Pursuant to the Constitution, the State is responsible for maintaining public order as well as protecting fundamental rights and freedoms and taking necessary measures to prevent crime and violence is a part of this duty. The Court also referred to Article 12/2 of the Constitution, which explains the nature of fundamental rights and freedoms in relation to the duties and responsibilities of the individual to society, to his/her family, and to other individuals.

A person has duties and responsibilities when using her/his fundamental rights and freedoms, not excepting participating in sporting events. People who abuse these rights and freedoms are assumed to know that their rights and freedoms may be restricted in conformity with the Constitution. It cannot be accepted that a few pro-violence people infringe others' rights. It is quite usual that those people have to face some sanctions when they do not fulfil their duties and responsibilities [translated from Turkish]¹³².

¹³² Constitutional Court Decision No. 2014/138, 11 September 2014.

The Court has determined that banning from watching orders are a necessary and appropriate measure to prevent the risk of harm to society and accordingly to protect public order. The Court also underlined that these orders can be removed by the public prosecutor during the investigation process or by the court during the trial process at any time. Although Law 6222 does not envisage an explicit right of objection for respondents, a valid objection still can be made at the beginning of an investigation as the investigation will be carried out in accordance with general provisions of criminal procedure, namely Law 5271 of Criminal Procedure. Accordingly, there is not an absolute obligation to implement these orders until the end of an investigation or prosecution. Finally, the Court found that the respondent's duty to report to the nearest police station was proportionate and necessary for the achievement of a legitimate aim. That the person subject to the order must report to a police station only twice on match days involving the specified team has been interpreted as a partial and temporary restriction which does not abolish the freedom of movement entirely or injure the essence of the right.

As for the role of FBOs for the situational prevention of football-related violence, they first strengthen formal surveillance at stadiums by preventing the admission of fans who committed football-related crimes. Accordingly, they can be located under the

mechanism ‘increasing risks’. Furthermore, the introduction of administrative FBOs for drunk fans can be interpreted as a strategy for removing the excuses in relation to the heavy alcohol use because this measure is likely to alert conscious about the illegality of the behavior in question.

VII. **TFF Practices**

According to the Football Disciplinary Regulations of the TFF which are updated before the start of every football season, home clubs are in charge of providing security and maintaining order inside and around stadiums. They are also liable for any incident occurring before, during and after matches and any violation committed by their players, attendants, presidents, honorary presidents, managers, workers, members, private security guards and supporters in accordance with the objective liability principle. Taking into account the gravity of the violation, clubs may face a range of disciplinary punishment, including written warning, reprimand, administrative fine, withdrawal of an award, exclusion from leagues, transfer ban, stadium ban, playing without spectators, defeat by default, point deduction and relegation to a lower league. Regarding the implementation of the ‘playing without spectators’ punishment, with the release of the Football Disciplinary Regulations dated 27 August 2011, the TFF took an unprecedented step which

also aims to contribute to the situational prevention of football violence and disorder inside stadiums. The practice of ‘women-and-children-only games’, amplified below, remained in force for three football seasons but was removed by the Football Disciplinary Regulations dated 15 July 2014, which introduced the practice of ‘partial stadium closure’ instead. However, this punishment, which was only implemented for one football season, was also removed the following year by the Football Disciplinary Regulations dated 1 August 2015.

Meanwhile, the admittance of away spectators to matches between Beşiktaş, Fenerbahçe, Galatasaray and Trabzonspor, which are referred to as derby matches in the Turkish media and sports community, were banned by the Federation between November 2011 and September 2016 for security reasons.

A. Women-and-Children-Only Games

Women-and-children-only games were introduced by the TFF in August 2011 as an alternative disciplinary measure to playing without spectators. The punishment of playing without spectators is imposed on teams for a range of violent and disorderly behavior by their fans, including pitch invasion, missile throwing, physical

damage inside and around stadiums and obscene chanting, in addition to or instead of a fine¹³³. It was determined that the clubs shall then be forced to admit, free of charge, to their next home match only women and children of either sex who are under the age of 12 and in the company of their mothers¹³⁴. The sanction in relation to the ban of obscene chanting used to be applied when breaches happened four times in a single football season, after which it was applied after every match during which the ban was breached.

Although the practice was introduced as a form of disciplinary action for clubs, in practice it functioned as a situational prevention measure manipulating the demography of the crowd and thereby the crime patterns in stadiums¹³⁵. Furthermore, it was a salient departure from the traditional criminological approach, which focuses exclusively on offenders while ignoring the contribution of others to both the occurrence and the prevention of crime beyond merely influencing the propensity of offenders to engage in crime:

¹³³ Football Disciplinary Regulations, 27 August 2011, Article 54-55.

¹³⁴ Football Disciplinary Regulations 2011, Art. 102.

¹³⁵ KURLAND, Justin, **The Ecology of Football-Related Crime and Disorder**, Ph.D. Thesis, University College London, Department of Security and Crime Science, London, 2014, p. 79-80.

Environmental criminology focuses a great deal of attention on the various *actors* that might influence the likelihood of crime occurrence, including but not limited to offenders, and how they interact within a particular setting. Recognising that the presence or absence of certain actors can act as a catalyst for crime occurrence, avoidance, or prevention is fundamental to understanding crime for the environmental criminologist. Considerable efforts have been made to come to terms with the necessary combination of actors for crimes to occur or to be averted, and while questions remain about the role various non-offender actors play in relation to different crime types, fundamental to the environmental approach is the notion that various actors contribute to and shape crime events¹³⁶.

In the context of Turkish football, the argument that violence and disorder would come to an end with an increase in the presence of women spectators on terraces had been made previously by TFF officials in 2008¹³⁷. Before the start of the 2011/12 football season, the then-TFF President, Mehmet Ali Aydınlar, introduced two more new strategies to improve Turkish football, which came to be memorialized with the news of violence and a match-fixing scandal. Regarding the first project, during the 2011/12 season, the TFF defrayed the cost of tickets for 111,689 women and children under

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ TFF Press Release, 15 October 2008, 'Ordu'da "Türkiye'de Bayan Futbolu" Semineri/Seminar in Ordu on "Women's Football in Turkey".

the age of 16 at 248 league matches¹³⁸. Meanwhile, the imposition of women-and-children-only games as a substitute for the sanction of playing without spectators was put into action. The first women-and-children-only match was between Fenerbahçe and Manisaspor teams in Fenerbahçe Şükrü Saraçoğlu Stadium in İstanbul in September 2011. The match, which received a great deal of attention in the national and foreign press, hosted more than 41,000 women and children spectators¹³⁹. During the 2011/12 football season, 43 matches were played before exclusively for women and children audiences by home clubs under sanction¹⁴⁰. In total, 241,739 women and children were admitted into stadiums free of charge as a result of these matches. Fenerbahçe, which is the most sanctioned club, played twelve matches in front of women and children spectators during the 2011/12, 2012/13 and 2013/2014 football seasons, including the title match of the 2013/14 season¹⁴¹.

The impact of the practice on the game in terms of the number of yellow and red cards displayed and the number of goals

¹³⁸ TFF Press Release, 13 August 2012, ‘Kadın/Çocuk Seyirci Uygulamasına Altın Pusula Ödülü/Golden Compass Reward to Women and Children Only Game Practice’.

¹³⁹ BBC, 21 September 2011, “Fenerbahçe only Allowed to Admit Women and Children”, Available at: <http://www.bbc.co.uk/sport/football/14998237>, Accessed: 26 October 2014.

¹⁴⁰ TFF Press Release, 13 August 2012.

¹⁴¹ Hürriyet, 27 April 2014, “Bugün Günlerden Fenerbahçe/Today is the Day of Fenerbahçe”, Available at: <http://www.hurriyet.com.tr/bugun-gunlerden-fenerbahce-26302301>, Accessed: 20 May 2016.

scored has been examined by Lale Orta¹⁴². In that study, eight women-and-children-only games selected by the author were compared with eight regular matches played between the same teams in the same season, which is the 2011/12 football season¹⁴³. No significant difference was found in the number of red cards or the number of goals accumulated by the two groups, but the number of yellow cards displayed during women-and-children-only games decreased by almost a quarter¹⁴⁴. Orta has interpreted this finding as an indication that women-and-children-only games do not affect the performances of players on the pitch apart from enabling more sportsmanlike play¹⁴⁵.

However, the positive effect of the practice was relatively limited on the terraces. Ankaragücü football club, for example, was sanctioned to play two additional women-and-children-only games because of the obscene chanting of female spectators during a

¹⁴² ORTA, Lale, “Strategic Effects of Woman Fans on Football Matches”, **International Journal of Management Sciences and Business Research**, Y. 2012, V.1, I. 8, p. 36-44.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*

home match to which only women and children fans had been admitted as part of a playing-without-spectators sanction¹⁴⁶. Bursaspor football club was similarly punished with an additional women-and-children-only game after obscene chanting by its female spectators¹⁴⁷. In order to prevent further penalties, Beşiktaş football club, which was fined four times for obscene chanting, even asked the Federation for permission to play behind closed doors rather than in front of its women and children spectators¹⁴⁸. The club's request was denied but the 2013/14 football season was the last season during which the practice of women-and-children-only games was in place. Although the imposition of women-and-children-only matches does not seem to prevent symbolic violence, namely obscene chanting, in stadiums, it remains a valiant effort for the situational prevention of other football-related offences.

Within the SCP model of Cornish and Clarke, women-and-children-only games can be located under the category of reducing

¹⁴⁶ Hürriyet, 11 May 2013, "Kadınlar da Yaktı/Punishment because of Women", Available at: <http://www.hurriyet.com.tr/kadinlar-da-yakti-23249156>, Accessed: 20 May 2016.

¹⁴⁷ Ntvspor News Portal, 13 March 2014, "Kadın ve Çocuklar Ceza Aldırdı!/Women and Children Cause Punishment!", Available at: <http://www.ntvspor.net/haber/futbol/104272/kadin-ve-cocuklar-ceza-aldirdi>, Accessed: 20 May 2016.

¹⁴⁸ Sabah, 19 March 2014, "Kadınlara da Yasak Gelsin/Ban for Women", Available at: <http://www.sabah.com.tr/spor/superlig/2014/03/19/kadinlara-da-yasak-gelsin>, Accessed: 20 May 2016.

provocations because promoting the presence of female fans at stadiums can avoid disputes which are more likely to occur in the presence of male fans. The fact that no real violent incident was recorded during these matches is a testament to this evaluation.

B. Partial Stadium Closure

As per the Football Disciplinary Regulations dated 15 July 2014, partial stadium closure was substituted for women-and-children-only games. The sanction of partial stadium closure was first introduced by the UEFA Disciplinary Regulations (Art. 14) as amended in 2011. The Control, Ethics and Disciplinary Body of UEFA imposes the punishment for discriminatory misconduct on terraces.

The UEFA resolution introduced a two-stage approach to sanction clubs or national teams whose supporters engage in discriminatory behaviour. For the first offence, the club or national team should be sanctioned with a partial stadium closure concerning the section where the racist incident occurred. For a second offence, a full stadium closure and a financial penalty are provisioned. Additionally, the resolution suggests state authorities

ban supporters found guilty of racist behaviour from attending football matches in future¹⁴⁹.

During the 2013/14 football season alone, sixteen clubs were sanctioned with partial stadium closure by UEFA for discriminatory incidents on terraces at international matches¹⁵⁰.

In Turkey, the implementation of partial stadium closure as an alternative to women-and-children-only games did not receive a warm welcome from clubs. The clubs frequently stated that they were deprived of their fans and ticket revenues because of closed terraces despite the introduction of the *Passolig* scheme in April 2014 and the installations of camera systems throughout stadiums¹⁵¹. In accordance with the Football Disciplinary Regulations dated 1 August 2015, the implementation of partial stadium closure was terminated on the grounds that the existing systems are adequate for identifying culpable fans on terraces. In the current system, the only sanction imposed on first and second division clubs arising from the objective responsibility principle is an administrative fine which is gradually increased every time the ban on obscene chanting is breached. The revenue loss arising from partial

¹⁴⁹ Fare Network, Fare Observer Scheme in European Football Season 2013-14 Report, London, 2014, p. 5.

¹⁵⁰ Fare Network, p. 9-11.

¹⁵¹ Hürriyet, 29 May 2015, “Tribün Kapatma Cezası Kalkıyor/Partial Stadium Ban Repeal”, Available at: <http://www.hurriyet.com.tr/tribun-kapatma-cezasi-kalkiyor-29135879>, Accessed: 20 May 2016.

closure of stadiums has been averted because now all *Passolig* cards on a particular terrace where obscene chanting is committed are blocked for a match and new fans are admitted into the same terrace at the next match. Apart from the practical difficulties of identifying each individual who engaged in the prohibited behavior on the terraces, holding observant fans accountable for the behaviors of their non-observant peers may be interpreted as an effort to create positive peer pressure in order to prevent obscene chanting on the terraces.

With regard to the SCP model of Cornish and Clarke, partial stadium closure and blocking *Passolig* cards for a match can be identified as a measure which discourages imitation between terraces under the mechanism of reducing provocations. Both mechanisms are activated by CCTVs fitted into stadiums and detected the terraces where prohibited crowd behaviors, in particular obscene chanting, occur.

C. Derby Matches without Away Spectators

With the written approval of the four clubs, the TFF declared that no away spectators would be admitted to matches played between Beşiktaş, Fenerbahçe, Galatasaray and Trabzonspor during the 2011/12 season¹⁵². Despite frequent criticism against the practice

¹⁵² TFF Press Release, 17 November 2011, “Kulüplerden Ortak Karar/Mutual Decision by Clubs”.

and speculation about its abolition, it was the only one to survive in Turkey over the last five football seasons, including the 2015/16 season. The practice was one of the most extreme SCP measures not only in Turkey but throughout Europe. The ban sought to avoid possible provocations and therefore possible confrontations between two sets of fans by excluding away fans from stadiums completely.

Regarding the SCP model of Cornish and Clarke, derby matches without away fans can also be located under the category of reducing provocations because this measure seeks to avoid possible disputes among home and away fans by excluding the latter.

VIII. Conclusion

In light of the explanations above, the control measures introduced by the Turkish authorities have been coded and incorporated into a template as follows:

Table 4: Football-Related Control Policy of Turkey with a SCP Approach

Increasing the Effort	Increasing the Risks	Reducing the Rewards	Reducing Provocations	Removing Excuses

<p>1. Hardening targets <i>Stadium design, i.e. segregating fences between two sets of fans or fans and the pitch</i></p>	<p>2. Extending Guardianship <i>Increased police and private security presence</i></p>	<p>11. Concealing targets</p>	<p>16. Reducing frustrations and stress <i>Increasing comfort at stadiums</i></p>	<p>21. Setting Rules <i>Sale of tickets via Passolig, Defining criminal behaviors and sanctions in detail via Law 6222</i></p>
<p>2. Controlling access to facilities <i>Passolig</i></p>	<p>7. Assisting natural surveillance <i>All seated stadiums</i></p>	<p>12. Removing targets</p>	<p>17. Avoiding disputes <i>Banning away fans in derby games, Changing the demography of the crowd by promoting the presence of female fans on the terraces</i></p>	<p>22. Posting Instructions</p>
<p>3. Screening exits</p>	<p>8. Reducing anonymity <i>Passolig</i></p>	<p>13. Identifying property</p>	<p>18. Reducing emotional arousal</p>	<p>23. Alerting Conscience <i>Punishing obscene chanting unlike the former law, administrative FBOs</i></p>

				<i>for drunk fans.</i>
4. Deflecting Offenders	9. Utilizing place managers	14. Disrupting markets <i>Ending mass ticket supply via Passolig</i>	19. Neutralizing peer pressure	24. Assisting Compliance
5. Controlling tools/weapons <i>Banning the possession and use of a list of articles, Body search</i>	10. Strengthening formal surveillance <i>CCTVs, FBOs</i>	15. Denying benefits	20. Discouraging Imitation <i>Partial stadium closure, Blocking Passolig cards for a match</i>	25. Controlling drug and alcohol <i>Absolute alcohol ban inside stadiums</i>

The analysis of the football-related crime control policy of Turkey with a situational approach to crime prevention suggests that a successfully implemented situational interventions can plausibly reduce football-related crime in Turkey. As indicated by Table 4, different situational crime prevention interventions may activate more than one crime reducing mechanisms. *Passolig* is the most significant example of such interventions because it takes advantage of four crime reducing mechanisms, which are (1) increasing the effort for potential offenders who intend to gain access to a

stadium, (2) reducing anonymity and thus increasing the risk of being detected, (3) removing the financial rewards by preventing mass ticket supply, and finally (4) removing excuses about the illegal supply or possession of match tickets by setting certain rules about their sale. However, as explained above, this particular intervention is also the most criticized one because of the actors, namely a private bank, involving in its implementation. In a similar vein, the Turkish literature has indicated that both fans and security attendants have concerns about the policing strategies implemented at Turkish stadiums. The study herein suggests that the theoretical value of each intervention may not be the same as its perception by fan groups or other relevant persons because of the contextual factors. Merging the theoretical and practical value of situational interventions thus emerge as an important area for the further research¹⁵³.

Finally, the wide-ranging implications of situational crime prevention in the Turkish football context may be interpreted as a positive development for the football-related crime control policy of Turkey. Law 6222 imposes a number of SCP-related duties on clubs, the TFF and fan groups. If carefully designed and operation-

¹⁵³ See TEKİN, Derya, **An Evaluation of Situational Crime Prevention in Football in Turkey**, Ph.D. Thesis, Queen's University Belfast, School of Law, Belfast, 2017.

alized by these persons and institutions, situational crime prevention interventions are likely to contribute to the prevention of football-related crime and disorder in a more civilized manner.

BIBLIOGRAPHY

- Arikan, Y. and Çelik, O. (2007), 'Futbolda Şiddet ve Polis/Violence in Football and the Police', *Polis Bilimleri Dergisi/Turkish Journal of Police Studies*, 9(1-4): 109-132.
- Armstrong, G. and Harris, R. (1991), 'Football Hooligans: Theory and Evidence', *The Sociological Review*, 39(3): 427-458.
- BBC, 21 September 2011, 'Fenerbahçe only Allowed to Admit Women and Children'. Available at: <http://www.bbc.co.uk/sport/football/14998237> (Accessed: 26 October 2014).
- Birkbeck, C. and LaFree, G. (1993), 'The Situational Analysis of Crime and Deviance', *Annual Review of Sociology*, 19: 113-137.

- Bora, T. (2014), 'Passolig: Kamu Alanının Gaspi/Passolig: Usurpation of Public Space' (Online Article), *Radikal*. Available at: <http://www.radikal.com.tr/yazarlar/tanil-bora/passolig-kamu-alaninin-gaspi-1188145/> (Accessed: 8 August 2015).
- Cavadino, M. and Dignan, J. (2007), *The Penal System: An Introduction (4th Edition)*. London: Sage.
- Circular of the Ministry of Interior on the Security of Sports Areas, published on 26 September 2013.
- Circular of the Ministry of Youth and Sports on Law 6222, published on 16 August 2013. Document No: 30212986-000/3.
- Clarke, J. (1978), 'Football and Working Class Fans: Tradition and Change', in Ingham, R., Hall, S., Clarke, J., Marsh, P. and Donovan, J. (eds.) *Football Hooliganism: The Wider Context*. London: Inter-Action Imprint.
- Clarke, R. V. (1980), 'Situational Crime Prevention: Theory and Practice', *British Journal of Criminology*, 20(2): 136-147.
- Clarke, R. V. (1983), 'Situational Crime Prevention: Its Theoretical Basis and Practical Scope', *Crime and Justice*, 4: 225-256.
- Clarke, R. V. (1995), 'Situational Crime Prevention', *Crime and Justice: Building a Safer Society: Strategic Approaches to Crime Prevention*, 19: 91-150.

- Clarke, R. V. (2008), 'Situational Crime Prevention', in Wortley, R. and Mazorelle, L. (eds.) *Environmental Criminology and Crime Analysis*. Cullompton: Willan.
- Constitutional Court Decision No. 2014/138, 11 September 2014.
- Constitutional Court Decision No. 2015/103, 12 November 2015.
- Council Decision 2002/348/JHA of 25 April 2002, concerning Security in connection with Football Matches with an International Dimension.
- Council Decision 2007/412JHA of 12 June 2007, amending Decision 2002/348/JHA concerning Security in connection with Football Matches with an International Dimension.
- Cornish, D. B. and Clarke, R. V. (2003), 'Opportunities, Precipitators and Criminal Decisions: A reply to Wortley's Critique of Situational Crime Prevention', *Crime Prevention Studies*, 16: 41-96.
- Çelik, O. (2005), 'Seyirci Saldırganlığı ve Polisin Tutumu/Spectator Aggressiveness and Attitude of the Police', *Polis Dergisi/Police Journal*, 45: 16-21.
- Davies, S. G. (1998), 'CCTV: A New Battleground for Privacy', in Norris, C., Morgan, J. and Armstrong, G. (eds.) *Surveillance, Closed Circuit Television and Social Control*. Aldershot: Ashgate.
- Demiryürek, M. S. (2003), *Futbolda Şiddet Olgusu ve Futbol Karşılaşmalarının Güvenlik Yönetimi/The Phenomenon of*

Football Violence and Security Management. Master's Thesis. Ankara University, Institute of Social Sciences, Department of Political Science and Public Administration, Ankara.

Dere, C., (2013), 'Spor Müsabakalarını Seyirden Yasaklanma/Banning from Watching Sport Competitions', in Çağlar, T. (ed.) *Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu - Av. Ömer Remzi Arıkan Armağanı/Ankara Bar Association Sport Law Committee – Special Edition for Lawyer Ömer Remzi Arıkan*. Ankara: Mattek.

Tekin, D. (2017), *An Evaluation of Situational Crime Prevention in Football in Turkey*. Ph.D. Thesis. Queen's University Belfast, School of Law, Belfast.

Duff, R. A. and Marshall, S. E. (2000), 'Benefits, Burdens and Responsibilities: Some Ethical Dimensions of Situational Crime Prevention', in Von Hirsch, A., Garland, D. and Wakefield, A. (eds.) *Ethical and Social Perspectives on Situational Crime Prevention*. Oxford: Hart Publishing.

Dunning, E, Murphy, P. and Williams, J. (1988), *The Roots of Football Hooliganism: An Historical and Sociological Study*. London: Routledge & Kegan Paul.

Fare Network (2014), *Fare Observer Scheme in European Football Season 2013-14 Report*. London: Fare Network.

- Felson, M. and Boba, R. L. (2010), *Crime and Everyday Life (4th Edition)*. London: Sage.
- Felson, M. and Clarke, R. V. (1997), 'The Ethics of Situational Crime Prevention', in Newman, G., Clarke, R. V. and Shoham, S. G. (eds.) *Rational Choice and Situational Crime Prevention*. Aldershot: Ashgate.
- Fenerbahçe.org (2008), *Saracoğlu'na 178 Kameralı Yeni Güvenlik Sistemi/New Security System with 178 Cameras at Saracoğlu*. Available at: <http://www.fenerbahce.org/i/DETAY.asp?ContentID=10693> (Accessed: 20 May 2016).
- Final Report of Inquiry by Lord Justice Taylor into the Hillsborough Stadium Disaster, Submitted to the Home Secretary on 19 January 1990.
- Football Disciplinary Regulations, 27 August 2011 (Turkey).
- Football Disciplinary Regulations, 15 July 2014 (Turkey).
- Football Disciplinary Regulations, 1 August 2015 (Turkey).
- Frosdick, S. and Marsh, P. (2005), *Football Hooliganism*. London: Routledge.
- Garland, J. and Rowe, M. (2000), 'The Hooligan's Fear of the Penalty', *Soccer & Society*, 1(1): 144-157.
- Garraffa, P. (2013), 'Supporter's Card and Stadium Attendance in Italy: A Successful Experiment?' (Online Article),

LawinSport. Available at: <http://www.lawinsport.com/articles/regulation-a-governance/item/supporter-s-card-and-stadium-attendance-in-italy> (Accessed: 20 May 2016).

- Georgoulas, S. (2013), 'Social Control in Sports and the CCTV Issue: A Critical Criminological Approach', *Sport in Society: Cultures, Commerce, Media, Politics*, 16(2): 239-249.
- Giulianotti, R. (1991), 'Scotland's Tartan Army in Italy: The Case for the Carnavalesque', *Sociological Review*, 39(3): 503-527.
- Gońda, M. (2013), 'Supporters' Movements "against modern football" and Sport Mega Events: European and Polish Contexts', *Przegląd Socjologiczny*, 3: 85-106.
- Graham, K. and Homel, R. (2008), *Raising the Bar: Preventing Aggression in and around Bars, Clubs and Pubs*. Devon: Willan.
- Guschwan, M. C. (2013), 'La Tessera della Rivolta: Italy's Failed Fan Identification Card', *Soccer & Society*, 14(2): 215-229.
- Gültekin, H. (2008), *Türk Futbolunda Şiddetin Önlenmesine Yönelik Emniyet Uygulamalarının Yasalar Çerçevesinde İncelenmesi/Investigation of Security Applications Directed to the Prevention of Turkish Football Violence within the Frame of Laws*. Master's Thesis. Niğde University, Institute of Social Sciences, Department of Physical Training and Sports, Niğde.

- Gültekin, O., Doğan, M., Doğan, A. and Eylen, B. (2000), ‘Futbol Sahalarında Şiddet ve Emniyet Güçlerinin Tutumu Üzerine Bir Araştırma/A Research on Violence in Football and Attitudes of Security Attendants’, *21.Yüzyılda Polisin Eğitimi Sempozyumu/Symposium of Police Training in 21st Century*. Ankara: EGM Yayınları.
- Güney, E. (2014), ‘Passolig Türk Sporundaki Şiddet ve Düzensizliği Nasıl Engelleyecek?’, *Panorama Khas*, 15: 70-72.
- Home Office, 2011 – Official Statistics on Football-Related Arrests and Banning Orders, Season 2010/11.
- Home Office, 2015 – Official Statistics on Football-Related Arrests and Banning Orders, Season 2014/15.
- Hopkins M. and Hamilton-Smith, N. (2014), ‘Football Banning Orders: The Highly Effective Cornerstone of a Preventative Strategy?’, in Hopkins, M. and Treadwell, J (ed.) *Football Hooliganism, Fan Behaviour and Crime: Contemporary Issues*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Hürriyet, 11 May 2013, ‘Kadınlar da Yaktı/Punishment because of Women’. Available at: <http://www.hurriyet.com.tr/kadinlar-da-yakti-23249156> (Accessed: 20 May 2016).
- Hürriyet, 27 September 2013, ‘İstanbul’da Taraftar Operasyonu/Police Operation against Fans in İstanbul.

Available at: <http://www.hurriyet.com.tr/istanbulda-taraf-tar-operasyonu-24800370> (Accessed: 20 May 2016).

Hürriyet, 27 April 2014, ‘Bugün Günlerden Fenerbahçe/Today is the Day of Fenerbahçe’. Available at: <http://www.hurriyet.com.tr/bugun-gunlerden-fenerbahce-26302301> (Accessed: 20 May 2016).

Hürriyet, 18 November 2014, ‘Passolig’de de Top Anayasa Mahkemesi’nde/Passolig Case Referred to the Constitutional Court’. Available at: <http://www.hurriyet.com.tr/passolig-de-de-top-anayasa-mahkemesi-nde-27604666> (Accessed: 20 May 2016).

Hürriyet, 29 May 2015, ‘Tribün Kapatma Cezası Kalkıyor/Partial Stadium Ban Repeal’. Available at: <http://www.hurriyet.com.tr/tribun-kapatma-cezasi-kalkiyor-29135879> (Accessed: 20 May 2016).

Hürriyet, 16 December 2015, ‘AYM’nin Passolig Kararı Kafaları Karıştırdı/Confusing AYM Decision’. Available at: <http://www.hurriyet.com.tr/aymnin-passolig-karari-kafalari-karistirdi-40027971> (Accessed: 20 May 2016).

James, M. and Pearson, G. (2006), ‘Football Banning Orders in the Courts’, *Journal of Criminal Law*, 70(6): 509-524.

Kaynak, İ. (2002), *Spor Müsabakalarında Görev Yapan Polislerin Tutum ve Davranışlarının Araştırılması/Investigation of the Atti-*

- tudes and Behaviours of the Police in Sports Competitions*. Master's Thesis. Gazi University, Institute of Health Sciences, Department of Physical Training and Sports, Ankara.
- Kurland, J. (2014), *The Ecology of Football-Related Crime and Disorder*. Ph.D. Thesis. University College London, Department of Security and Crime Science, London.
- Kurland, J., Johnson, S. D. and Tilley, N. (2014), 'Offenses around Stadiums: A Natural Experiment on Crime Attraction and Generation', *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 51(1): 5-28.
- Maccanico, Y. (2010), 'Public Order and Demonstrations in Italy: Heavy-Handed Policing, Militarisation and Prohibition', *Statewatch Journal*, 21(1): 7-15.
- Madensen, T. D. and Eck, J. E. (2008), *Spectator Violence in Stadiums - Problem-Oriented Guides for Police, No. 54*. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, Office of Community Oriented Policing Services (COPS).
- Marongiu, P. and Newman, G. (1997), 'Situational Crime Prevention and the Utilitarian Tradition', in Newman, G., Clarke, R. V. and Shoham, S. G. (eds.) *Rational Choice and Situational Crime Prevention*. Aldershot: Ashgate.
- Marsh, P., Rosser, E. and Harré, R. (1978), *The Rules of Disorder*. London: Routledge & Kegan Paul.

- Marx, G. (1998), *Undercover: Police Surveillance in America*. Berkeley: University of California Press.
- Mastrogiannakis, D. and Dorville, C. (2013), 'Electronic Surveillance in Greek Stadia: Bureaucratic Process and Bargaining Games of a Failed Operation', *Sport in Society: Cultures, Commerce, Media, Politics*, 16(2): 184-191.
- Mizrahi, D. D. and Maguire, J. (2014), 'Content Analysis on the Media Expression of Hooligan Behaviour in Turkish Association Football Derbies: Case Study of Fenerbahçe SK – Galatasaray SK from 2000-2010', in Hendriks, G., Gilbert, K., Oyon, D. and Stricker, C. (eds.) *Collected Insights from the Field of Sport - Volume 1: Football and Society*. Lausanne: AISTS.
- Murphy, P. and Waddington, I. (2005), *Soccer Review*. Leicester: The Professional Football Association.
- Newburn, T. and Hayman, S. (2002), *Policing, Surveillance and Social Control: CCTV and Police Monitoring of Suspects*. Cullompton: Willan.
- Norris, C. and Armstrong, G. (1999), *The Maximum Surveillance Society: The Rise of CCTV*. Oxford: Berg.
- Ntvspor News Portal, 13 March 2014, 'Kadın ve Çocuklar Ceza Aldırdı!/Women and Children Cause Punishment!'. Available at: <http://www.ntvspor.net/haber/futbol/104272/kadin-ve-cocuklar-ceza-aldirdi> (Accessed: 20 May 2016).

- Orta, L. (2012), ‘Strategic Effects of Woman Fans on Football Matches’, *International Journal of Management Sciences and Business Research*, 1(8): 36-44.
- Pearson, G. (2012), *An Ethnography of English Fans: Cans, Cops, and Carnivals*. Manchester: Manchester University Press.
- Ponturo, T. (2014), *Alcohol and Football*. London: Alcohol Concern.
- Pulur, A., Kaynak, İ. and Orhan, S. (2004), ‘Polislerin Spor Müsabakalarındaki Saldırgan Seyirciye Müdahalede Kendi Taraftarlığının Etkisinin Araştırılması/The Investigation of the Effect of Supportive Attitudes of Police on Their Interfering Behaviors towards Aggressive Spectators in Sports Competitions’, *Kırşehir Eğitim Fakültesi Dergisi/Journal of Kırşehir Education Faculty*, 5(2): 241-260.
- Radikal, 1 August 2013, ‘Taraftara ‘Direniş’ Yasak/Fan ‘Resistance’ Forbidden’. Available at: <http://www.radikal.com.tr/spor/taraftara-direnis-yasak-1144375/> (Accessed: 20 May 2016).
- Report of the Parliamentary Research Committee. Turkish: Spor Kulüplerinin Sorunları ile Sporda Şiddet Sorununun Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Raporu. May 2011.

- Sabah, 19 March 2014, ‘Kadınlara da Yasak Gelsin/Ban for Women’. Available at: <http://www.sabah.com.tr/spor/superlig/2014/03/19/kadinlara-da-yasak-gelsin> (Accessed: 20 May 2016).
- Sağır, A. (2012), ‘Sociological Analysis of the Case of Football in Turkey in the Context of Law No. 6222’, *TODAIÉ’s Review of Public Administration*, 6(3): 165-194.
- Sève, R. (1997), Philosophical Justifications of Situational Crime Prevention, in Newman, G., Clarke, R. V. and Shoham, S. G. (eds.) *Rational Choice and Situational Crime Prevention*. Aldershot: Ashgate.
- Siekman, R., Gardiner, S., Soek, J., Olfers, M. and Mojet, H. (2004), *Football Hooliganism with an EU Dimension: Towards an International Legal Framework – Final Report AGIS Programme 2003*. The Hague: T.M.C. Asser Instituut.
- Spaaij, R. (2006), *Understanding Football Hooliganism: A Comparison of Six Western European Football Clubs*. Amsterdam: Amsterdam University Press.
- Stadium Database News Portal, 12 December 2015, ‘Poland: Clubs Withdrawing Obligatory Fan Cards’. Available at: http://stadiumdb.com/news/2015/02/poland_clubs_withdrawing_obligatory_fan_cards (Accessed: 3 May 2016).

- Stadium Security Research 2013 by Bahçeşehir University & City Security Group. Turkish: Stadyum Güvenliği Araştırması.
- Stott, C. and Reicher, S. (1998), 'How Conflict Escalates: The Inter-Group Dynamics of Collective Football Crowd Violence', *Sociology*, 32(2): 353-377.
- Sutton, A., Cherney, A. and White, R. (2008), *Crime Prevention: Principles, Perspectives and Practices*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Taylor, I. (1976), 'Spectator Violence around Football: The Rise and Fall of the Working Class Weekend', *Research Papers in Physical Education*, 4: 4-9.
- Taylor, M. (2013), *The Association Game: A History of British Football*. Oxon: Routledge.
- TFF Press Release, 15 October 2008, 'Ordu'da "Türkiye'de Bayan Futbolu" Semineri/Seminar in Ordu on "Women's Football in Turkey"'.
TFF Press Release, 17 November 2011, 'Kulüplerden Ortak Karar/Mutual Decision by Clubs'.
TFF Press Release, 13 August 2012, 'Kadın/Çocuk Seyirci Uygulamasına Altın Pusula Ödülü/Golden Compass Reward to Women and Children Only Game Practice'.
- Tilley, N. (1993), *Understanding Car Parks, Crime and CCTV: Evaluation Lessons from Safer Cities*. London: Home Office Police Department.

- Tsoukala, A. (2009), *Football Hooliganism in Europe: Security and Civil Liberties in the Balance*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Turkish NOC Report 2013 by Turkish National Olympic Committee Sport Law Commission & İstanbul Bar Association Sport Law Commission.
- UEFA Disciplinary Regulations (Edition 2011).
- UEFA Safety and Security Regulations (Edition 2006).
- Üstünel, R. and Alkurt, Z. (2015), ‘Futbolda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi için 6222 Sayılı Yasanın Getirdiği Yeni Bir Uygulama: Elektronik Bilet ve Yaşanan Sorunlar/A New Application by Law No.6222 to Prevent Football Violence and Disorder: Electronic Ticket and Associated Problems’, *Kara Harp Okulu Bilim Dergisi/Science Journal of Turkish Military Academy*, 25(2): 141-175.
- Welsh, B. C. and Farrington, D. P. (2009), ‘Public Area CCTV and Crime Prevention: An Updated Systematic Review and Meta-Analysis’, *Justice Quarterly*, 26(4): 716-745.
- White, R. (1996), ‘Situating Crime Prevention: Models, Methods, and Political Perspectives’, in Hommel, R. (ed.) *The Politics and Practice of Situational Crime Prevention*. New York: Criminal Justice Press.

- Williams, J., Dunning, E. and Murphy, P. (1984), *Hooligans Abroad: The Behaviour and Control of English Fans in Continental Europe*. London: Routledge & Kegan Paul.
- Wortley, R. (2001), 'A Classification of Techniques for Controlling Situational Precipitators of Crime', *Security Journal*, 14: 63-82.
- Woźniak, W. (2013), 'Polish Football under Transition: Catch-Up Modernisation Gone Wrong' in Hynes, D. and Kiernan, A. (eds.) *Football and its Communities*. Oxford: Inter-Disciplinary Press.
- Zafer, H. (2014), 'Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Yönelik Bir Çare Olarak Seyirden Yasaklama/A Remedy to Prevent Violence and Disorder in Sport: Banning Order from Match', *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi/Journal of the Justice Academy of Turkey*, 5(19): 23-52.

Legal Sources

- Act on Mass Events Security of 20 March 2009, The Journal of Laws No. 62, Item 504 (Poland).
- Regulation on the Implementation of Law 6222. Turkish: Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik. Published in the Official Gazette on 22 December 2012.

Constitution of the Republic of Turkey, Published in the Official Gazette on 20 October 1982.

Criminal Justice (Scotland) Act 1980.

Criminal Procedure Code of Turkey, Law No. 5271 of 4 December 2004.

European Convention on Spectator Violence and Misbehaviour at Sports Events and in particular at Football Matches CETS No. 120, Council of Europe. Entry into Force: 1 November 1985.

Football Spectators Act 1989 (England and Wales).

Law 2559 on Police Powers (Turkey). Published in the Official Gazette on 14 July 1934.

Law 5149 to Prevent Violence and Disorder at Sporting Events (Turkey). Turkish: Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun. Published in the Official Gazette on 07 May 2004.

Law 5188 on Private Security Services (Turkey). Published in the Official Gazette on 26 June 2004.

Law 6222 to Prevent Violence and Disorder at Sporting Events (Turkey). Turkish: Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun. Published in the Official Gazette on 14 April 2011.

Preamble to Law 6222: Draft Law on the Prevention of Violence and Disorder in Sports and the Report of the Justice Commission – 1/990. Turkish: Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun Tasarısı ile Adalet Komisyonu Raporu. 27 December 2010.

Preamble to Law 6259 – Legislative Proposal to Amend Law 6222. Sporting Events (Control of Alcohol) Act 1985 (England and Wales).

Turkish Penal Code, Law No. 5237 of 26 September

Appendix 1: List of Violent Events and the Consulted Media

List of Violent Events (VE)	Ntvmsnbc News Portal, 1 December 2008	Radikal, 22 September 2010	Original or Additional Source
VE 1	√	√	√√
VE 2	√	√√	
VE 3	√	√√	
VE 4	√	√√	
VE 5	√√	√	
VE 6		√	√√
VE 7		√	√√
VE 8	√√	√	
VE 9	√√	√	
VE 10			√√
VE 11	√√		
VE 12			√√
VE 13		√	√√
VE 14		√	√√
VE 15	√√		
VE 16		√√	
VE 17		√√	
VE 18		√√	
VE 19			√√
VE 20			√√
VE 21			√√
VE 22			√√
VE 23			√√
VE 24			√√
VE 25			√√
VE 26			√√

Sources*

* In 2008, *Ntvmsnbc*, a popular media organ in Turkey, published an online article on major football-related incidents under the title ‘The Black History of Football in Turkey’. The article summarised a series of football-related incidents

√: The source at which the event is covered

√√ : The source which is consulted in the PhD project conducted by the author, which forms the basis of this paper.

List of Violent Events (VE):

VE 1: Sivas-Kayserispor match of 17 September 1967

VE 2: Kırıkkale-Tarsus İdman Yurdu match of 25 June 1969

VE 3: Beşiktaş-Galatasaray match of 14 December 1991

VE 4: Fenerbahçe-Bişiktaş match of 13 December 1993

VE 5: Galatasaray-Leeds United match of 5 April 2000

VE 6: Diyarbakırspor-Altay match of 13 May 2001

VE 7: Kayserispor and Çaykur Rizespor match of 5 April 2003

VE 8: Göztepe-Karşıyaka match of 5 August 2003

VE 9: Beşiktaş-Çaykur Rizespor match of 21 October 2004

VE 10: Fenerbahçe-Galatasaray of 22 May 2005

VE 11: Fenerbahçe-Everton match of 31 July 2005

VE 12: Galatasaray-Fenerbahçe match of 22 March 2006

in Turkey since 1959 when the Turkish Football League was established. Another popular news portal in Turkey, *Radikal*, also compiled a list of violent events at football stadiums in ‘The History of Violence in Turkish Football’, published in 2010. The relevant information about football-related in Turkey described in this project has been inferred from a range of media reports, but these two sources have remained central. Each particular football-related incident has been cited from the relevant newspapers published on the date of the incident; however, when the original news cannot be found, ‘Ntvmsnbc News Portal, 1 December 2008’ and ‘Radikal, 22 September 2010’ have been referred to as the source.

- VE 13: Fenerbahçe-Galatasaray match of 3 December 2006
- VE 14: Galatasaray-Fenerbahçe match of 19 May 2007
- VE 15: Bursaspor-Antalyaspor match of 30 October 2008
- VE 16: Bursaspor-Diyarbakırspor match of 26 September 2009
- VE 17: Diyarbakırspor- Bursaspor match of 6 March 2010
- VE 18: Fenerbahçe-Galatasaray match of 29 October 2009
- VE 19: The cancelled match between Bursaspor and Beşiktaş of May 2011
- VE 20: Fenerbahçe-Galatasaray match of 12 May 2012
- VE 21: Fenerbahçe-Galatasaray match of 12 May 2013
- VE 22: Göztepe-Tavşanlı Linyitspor match of 13 May 2013
- VE 23: Galatasaray-Fenerbahçe match of 12 August 2013
- VE 24: Beşiktaş-Galatasaray match of 22 September 2013
- VE 25: Kayserispor-Çaykur Rizespor match of 11 April 2014
- VE 26: Galatasaray-Fenerbahçe match of 25 August 2014

Appendix 2: All Media Sources Consulted in the Project*

Name of the Media Source	Number of the Citations
Milliyet	21
Hürriyet	20
Radikal	13
Doğan News Agency	4
BBC	3
CNN Türk News Portal	3
Ntvmsnbc News Portal	3
Habertürk	2
Aljazeera-Türk News Portal	1
Daily Mail	1
Cihan News Agency	1
Cumhuriyet	1
Gazetevatan News Portal	1
Ntvspor News Portal	1
Sabah	1
Stadium Database News Portal	1

* Hürriyet, Sabah, Milliyet, and Radikal newspapers have been preferentially consulted during the project because these four Turkish print and online newspapers are the most acknowledged newspapers in sports news in Turkey. Free access to the online archive of the Milliyet newspaper, in particular, provided a wealth of information for the PhD project conducted by the author, which forms the basis of this paper.

REFLEXIONS SUR LES FONDEMENTS NORMATIFS DU DROIT DE LA SANTE DANS L'ORDRE JURIDIQUE CAMEROUNAIS

Simon Pierre ZOGO NKADA¹

Resume

Le système de santé du Cameroun dans sa structure organique repose sur une architecture institutionnelle pyramidale, et dont le fonctionnement est sous-tendu par un cadre normatif diversifié de par son contenu, mais insuffisamment élaboré pour permettre l'émergence d'un droit de la santé qui se traduise par l'affirmation dans un environnement juridique précis, des règles sanitaires visant à améliorer l'état de santé d'une population donnée. L'intégration de ces règles codifiées de nature coercitives dans l'ordre juridique camerounais appelle au préalable à la promotion du droit à la santé qui demeure un objectif relevant des obligations régaliennes de l'Etat. Car il s'agit d'un droit fondamental dont le bénéfice est d'abord lié à la personne en tant qu'individu, mais ce droit se réalise de façon optimale et palpable dans un cadre collectif.

¹ *Docteur en droit, Chargé de Cours à la Faculté des Sciences, juridiques et politique. Université de Douala: simonzogo@yahoo.fr, tél : (+237) 677 78 17 70*

Summary

The system of health of Cameroon in its organic structure is based on a pyramidal institutional architecture, and functioning of which is underlain by a normative frame diversified all over its contents, but insufficiently worked out to allow the emergence of a right of health which is translated by affirmation in a definite legal environment, health rules aiming at improving the state of health of a given population. The integration of these rules codified by nature coercive in the Cameroonian legal order calls in anticipation to the promotion of the right to the health which remains an objective raising regalian obligations of the State. Because it is about a basic right the benefit of which is first linked to the person as individual, but this right comes true in an optimum and palpable way in a collective frame.

Introduction

La santé des personnes est une exigence essentielle des sociétés contemporaines à laquelle aucun Etat moderne ne peut déroger, car il s'agit d'une obligation qui relève du domaine régalien du champ d'activités sociales de la puissance publique. La santé dans sa dimension ontologique étant considérée comme un « état de complet bien-être physique, moral et social, qui ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité

»,² le droit à la santé constitue un droit fondamental consacré par nombre de textes constitutionnels des Etats de par le monde³, et repris dans les Chartes à caractère social⁴ ratifiées par les Etats. Droit d'essence constitutionnelle, le droit à la santé est un droit fondamental, essentiel et indispensable à la jouissance des autres droits de la personne.

Cette composante du droit à la vie reconnu à tout être humain, qui n'est rien d'autre que le droit à pouvoir bénéficier des soins et services de santé de qualité, et sans considération de son statut social, apparaît donc comme un maillon important des droits de la personne dans une approche holistique. Le droit à la santé est à la fois un droit individuel et collectif et reste une quête, un objectif à atteindre aussi bien pour l'individu en ce qu'il a de plus personnel, que pour l'organisation sociale considérée sous le prisme de système de santé⁵. Il s'agit en quelque sorte d'un droit abstrait et même polysémique, car il englobe aussi bien le droit à

² Cf. Préambule de la constitution de l'Organisation Mondiale de la Santé signée par les représentants de 61 Etats le 22 Juillet 1946, et qui est entrée en vigueur le 7 Avril 1948.

³ Ainsi de la constitution du Gabon du 26 Mars 1991 modifiée par la loi du 11 Mars 2000 (article 1^{er}), bien que la plupart des autres constitutions se bornent à proclamer dans leurs préambules les principes fondamentaux tels que le respect de la vie et de la dignité humaine.

⁴ La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples du 27 Juin 1981, et plus spécifiquement la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 Décembre 1948.

⁵ Anne LAUDE, Bertrand MATHIEU, Didier TABUTEAU, Droit de la santé, Thémis droit, PUF 3^e éd. 2012, P.2

l'alimentation, le droit à l'eau, le droit à un environnement sain que le droit aux soins et services de santé de qualité, le plus en vue qui est difficilement identifiable, dans la mesure où l'on pourrait simplement le formuler comme un droit à des prestations de santé, et qui n'entraîne à la charge de la collectivité ou de l'Etat, aucune obligation de résultat⁶. Ainsi perçu, le droit à la santé est une obligation qui incombe à la collectivité publique (l'Etat), et cette obligation préfigure l'institution d'un cadre normatif qui organise et fixe les règles applicables aux prestations de soins médicaux et aux activités déployées en milieu hospitalier par le corps médical.

Le droit à la santé qui se réduit à une simple projection de la volonté des pouvoirs publics en matière de santé ⁷, est perçu ici comme une passerelle susceptible d'induire la création d'un instrument juridique de régulation des relations entre les patients, les prestataires de soins de santé et les autres acteurs intervenant dans la chaîne des activités sanitaires. C'est donc le lien étroit qui fonde la relation entre les deux notions voisines que sont le droit à la santé et le droit de la santé, dont il convient de relever les contours. Dans cette étude, dans la dynamique de la construction d'un système de santé viable au Cameroun, tel qu'il est prévu dans la Loi cadre relative au domaine

⁶ Ibidem.

⁷ Il s'agit d'un objectif difficile à atteindre, relevant des politiques publiques élaborées par les Etats dans le domaine de la santé.

de la santé et les stratégies élaborées par les pouvoirs publics, l'accès aux soins de santé pour tous⁸, autre perception dans notre contexte du droit à la santé, peut-il générer un cadre normatif susceptible de réguler les relations de soins entre personnel médical et patients en milieu hospitalier? Certes le droit d'accès pour tous à des soins de santé de qualité et au meilleur coût reste indissociable du droit applicable aux questions sanitaires, mais cependant le droit de la santé se traduit par l'existence d'une organisation structurée des services de santé et d'un ensemble d'instruments de nature coercitive destinés à veiller aux enjeux relatifs à l'accès aux soins et à la sécurité sociale. Aussi, notre réflexion sur les fondements normatifs de l'introduction du droit de la santé dans l'ordre juridique camerounais prend en compte les évolutions observées dans la volonté des autorités publiques en charge de ce secteur d'activités de réguler autant le fonctionnement de l'architecture institutionnel, que le cadre des relations qui se développent entre patients et personnels soignants. L'absence d'un cadre normatif spécifique pour réguler les activités médicales de manière globale, ainsi que le fonctionnement des institutions médicales au Cameroun justifie du reste les insuffisances structurelles et managériales constatées dans notre système sanitaire. Bien plus, l'accessibilité et la disponibilité limités des

⁸ Il existe une Loi-cadre dans le domaine de la santé au Cameroun (loi n° 96 / 03 du 04 Janvier 1996)

services et des prestations de santé constituent des facteurs limitatifs à l'émergence du droit à la santé pour le plus grand nombre des populations, et donc un handicap à la mise en œuvre d'un cadre normatif formel. Dès lors, le droit à la santé doit être perçu comme un droit fondamental de la personne dont l'accès est équitablement garanti par l'Etat (I) ; mais aussi comme une exigence fondamentale à l'articulation des normes juridiques aux soins médicaux (II) dans un système sanitaire à la recherche d'une nouvelle image.

I. LE DROIT A LA SANTE, UN DROIT FONDAMENTAL DE LA PERSONNE

La plupart des constitutions des Etats modernes ont intégré dans leurs dispositions normatives, la protection et la garantie des droits inaliénables de la personne⁹ au rang desquels l'accès aux soins de santé de qualité et à un coût abordable pour tous, qui demeure une obligation régaliennne de l'Etat. Manifestation du droit à la vie qui est une prérogative liée à l'existence humaine, le droit à la santé est à la fois un droit individuel et un droit d'essence collective.

⁹ C'est l'objectif notamment consigné dans les objectifs du Millénaire pour le développement (redéfinis depuis 2015 sous la dénomination objectifs de développement durable), et repris par les axes majeurs du document de Stratégie pour la Croissance et l'Emploi.

A. Un droit individuel

Les droits individuels dans la catégorisation des droits humains se singularisent par leur caractère subjectif, c'est-à-dire qu'ils visent la protection de la personne dans son individualité ou dans ce qu'il a de particulier. Ces droits qui concourent d'abord à l'épanouissement de l'individu sont énoncés puis garantis par les normes juridiques internes des Etats, mais aussi par les instruments du droit international¹⁰. Ce caractère individuel du droit à la santé est perçu du double point de vue de sa nature (un droit fondamental) et de son caractère régalien.

1- Par sa nature

Droit fondamental de la personne, le droit à la santé est proclamé sans détour dans les lois constitutionnelles des Etats qui en garantissent la protection au plan juridique ; et la loi fondamentale du Cameroun ne déroge pas à cette exigence, lorsqu'elle énonce dans son préambule que « Toute personne a droit à la vie et à l'intégrité physique et morale », la santé étant considérée comme un facteur déterminant à la vie¹¹. Perçu comme

¹⁰ Les constitutions africaines résultant du processus de transition démocratique ou les révisions subséquentes qui ont marqué la fin des années 1990 et le début du 21^{ème} siècle ont réservé une place importante aux droits à caractère socioculturel de ces droits au rang desquels figure le droit à la santé des citoyens.

¹¹ Notamment à travers les dispositions des articles 3, 22 et 24 de la déclaration universelle des droits de l'Homme ; ainsi que celles de l'article 12 du Pacte Internationale relatif aux Droits Economiques Sociaux et Culturels

tel, le droit à la santé tend à être dilué et devient de plus en plus difficilement identifiable, car étant étroitement associé aux principes de dignité humaine, d'égalité (à l'accès aux soins), de liberté individuelle notamment. Le caractère inaliénable du droit à la santé, droit universellement reconnu par les lois de la communauté des Etats est consacré par le texte fondamental de l'Organisation Mondiale de la Santé dans une formulation qu'elle a emprunté aux lois fondamentales de ses Etats membres, qui reconnaissent une valeur constitutionnelle aux principes incantatoires formulés à travers leurs préambules¹². Ainsi, dès le troisième paragraphe de son préambule, la constitution de l'Organisation Mondiale de la Santé affirme que « La possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain... ». Il s'agit donc d'un droit individuel dont les Etats ont le devoir de garantir la protection par le dispositif juridique mis en œuvre à cet effet.

2- En vertu de son caractère régalien

Le droit à la santé demeure, malgré son objet difficile à réaliser dans la pratique, une obligation qui incombe à l'Etat ou aux autres collectivités publiques. Car l'Etat à travers la mission de service

¹² Cette formule est souvent reprise avec emphase par d'autres constitutions des pays africains à l'exemple de celle du Bénin du 11 Décembre 1990 qui en son article 15 énonce que « Tout individu a droit à la vie, à la liberté, à la sécurité et à l'intégrité de sa personne ».

public de santé¹³ dont il est investi a la charge d'assurer « la santé pour tous ». Dès lors, le droit à la santé peut se projeter au-delà de sa simple dimension subjective comme une obligation régaliennne qui est rappelée par la constitution de l'Organisation Mondiale de la Santé¹⁴. Le cadre législatif et réglementaire relatif au droit à la santé au Cameroun énonce les grands axes de la politique nationale de santé notamment à travers la loi n° 96 / 03 du 04 Janvier 1996 portant loi cadre dans le domaine de la santé¹⁵, et le décret n° 2000 / 692/ PM du 13 Septembre 2000 portant sur les modalités d'exercice du droit à la santé du fonctionnaire¹⁶. Ces deux textes contiennent des dispositions qui illustrent à suffisance le rôle indispensable de l'Etat dans le secteur de la santé, et cela se décline en termes d'obligation -de service public.

Même si la loi-cadre se borne à poser les grands principes sur lesquels repose la politique nationale de santé au Cameroun, le décret du 13 Septembre 2000 qui en découle est plus explicite dans

¹³ Cette mission se matérialise à travers les politiques publiques de santé mise en place par les pouvoirs publics, les infrastructures sanitaires publiques et privées et les actions de promotion et de soins de santé financées par l'Etat.

¹⁴ « Les gouvernements ont la responsabilité de la santé de leurs peuples ; ils ne peuvent y faire face qu'en prenant les mesures sanitaires et sociales appropriées », d'après le préambule de la constitution.

¹⁵ Cette loi fixe le cadre général de l'action de l'Etat dans le domaine de la santé. L'article 2 de la loi précise l'objectif visé par la politique nationale de santé qui repose sur « l'amélioration de l'état de santé des populations grâce à l'accroissement de l'accessibilité aux soins intégrés et de qualité pour l'ensemble de la population... »

¹⁶ Les obligations de l'Etat sont directement spécifiées aux articles 2, 3, 4 et 5.

la mesure où il définit les modalités de prévention des accidents et maladies d'origine professionnelle ainsi que la prise en charge des frais qui en résultent, mais également organise les mécanismes de prise en charge par l'Etat des frais relatifs à l'évacuation sanitaire et aux accidents et maladies non imputables au service.

Le droit à la santé est assurément un droit fondamental dont le bénéfice est d'abord lié à la personne en tant qu'individu, mais ce droit se réalise de façon optimale et palpable dans un cadre collectif.

B. Un droit d'essence collective

Le droit à la santé exige l'adoption par les pouvoirs publics d'une politique nationale de santé, telle qu'énoncée au Cameroun dans la loi-cadre en matière de santé, et les différentes stratégies sectorielles¹⁷ qui en découlent. Cela suppose la prise en compte des préoccupations sanitaires dans leur globalité, pour le bénéfice de la collectivité nationale, à travers l'exercice de ce droit et ses moyens de réalisation.

¹⁷ La première stratégie sectorielle en matière de santé au Cameroun a été élaborée pour la période 2001-2015, et le document actuellement en préparation devra couvrir la période 2016-2025.

1- Dans son exercice

Droit social par son objet qui consiste à rendre accessible les soins de santé à tous sur toute l'étendue du territoire national, le droit à « un état complet de bien-être physique, mental et social » ne peut être effectif que si son exercice est garanti dans des conditions acceptables. Bien que le diagnostic de l'état des lieux du secteur de la santé au Cameroun ne permette pas le plein exercice du droit à la santé des populations dans leur ensemble¹⁸, ce secteur a fait l'objet de nombreuses réformes visant à améliorer les performances du système national de santé du Cameroun¹⁹. En plus de cette évolution intervenue dans la politique sanitaire de manière générale²⁰, d'autres réformes ont été réalisées pour assurer un accès équitable à la santé aux populations. Il en est ainsi notamment du décret du 7 février 1995 portant organisation des

¹⁸ Le secteur santé reste mal loti en dépit des attentions que lui portent le gouvernement : la part du budget national alloué au Ministère de la santé a certes progressé depuis 2010 mais demeure en-dessous des 15 % préconisés par la conférence d'Abuja de 2001 sur le VIH / SIDA, la tuberculose et les autres maladies infectieuses ; le ratio médecin par nombre d'habitants est de un médecin pour 10000 habitants, et reste très en-deçà du ratio fixé par l'OMS qui est de 1 médecin pour 1 000 habitants.

¹⁹ La dernière réforme du système national de santé a été entreprise en 1989, et a été officiellement adoptée à travers la « Déclaration de Politique Sectorielle de Santé en 1992, et de la déclaration de mise en œuvre de la « Réorientation des soins de Santé Primaires » en 1993. Ce dernier concept repose sur les trois principes de base ci-après : la participation de la communauté dans le sens de son auto-responsabilisation vis-à-vis de ses problèmes de santé ; la mise en évidence du lien étroit entre le développement et la santé ; le respect des droits de l'homme dont celui d'être informé y compris son libre arbitre.

²⁰ Notamment au travers de la loi-cadre du 4 Janvier 1996.

services de santé de base en districts de santé, en vue non seulement de pourvoir tout le territoire national en structures de santé de base, mais surtout de rendre accessible les soins de santé au plus grand nombre de la population des zones reculées. Ainsi, le territoire camerounais est aujourd'hui couvert par 190 districts de santé qui correspondent à un découpage géographique bien défini, et comportant des structures sanitaires établies au niveau périphérique²¹ .

L'exercice du droit à la santé se traduit davantage par l'accessibilité des soins, non seulement en termes de ressources humaines, d'infrastructures et équipements disponibles, mais surtout eu égard aux mesures d'accès aux soins et autres ressources humaines prévues aux plans administratif et juridique. Il en est ainsi par exemple de la prise en charge sanitaire des personnes vulnérables à travers la mise en place des mutuelles de santé par des groupes associatifs initiée en 2009 dans le cadre d'une plate-forme négociée entre le ministère de la santé, les partenaires institutionnels bilatéraux (Telle la GIZ) et les Associations. Malgré le faible taux de couverture des districts de santé du Cameroun²², ces mutuelles de santé ont plus ou moins

²¹ Celles-ci sont réparties selon un niveau pyramidal comprenant les hôpitaux de District, les centres médicaux d'Arrondissement et les Centres de Santé Intégrés.

²² En 2010, il existait 158 mutuelles de santé dans seulement 74 Districts de santé sur les 185 que comptait la carte sanitaire du Cameroun (Soit un taux de

permis l'accès de certaines populations aux soins de santé. Leur faillite du fait de la mauvaise gestion a conduit à leur disparition progressive du paysage sanitaire national -seulement 42 d'entre elles restent encore en activité-; néanmoins, l'Etat poursuit ses efforts pour accroître l'accessibilité aux soins de santé, à travers l'amélioration des moyens de réalisation de l'offre des soins de santé pour tous²³.

2- A travers des moyens de réalisation spécifiques

L'élaboration de la politique sanitaire ainsi que les moyens déployés pour sa mise en œuvre relèvent de la compétence de l'Etat, même s'il est accompagné par l'action des partenaires qui reste déterminante. Pour garantir le droit à la santé, l'Etat a défini des axes stratégiques de son action, dont les principaux consistent en la viabilisation des districts de santé en tant que maillons essentiels du système de santé²⁴; l'amélioration de la santé de la mère, de l'adolescent et de l'enfant; la lutte contre la maladie et la protection de la santé.

couverture de 35 % seulement), mais à ce jour seul une quarantaine de mutuelles fonctionnent encore.

²³ L'Etat reste le principal fournisseur de soins de santé au Cameroun à hauteur de 56 % des prestations; tandis que le secteur privé intervient à 44 %.

²⁴ Le système de santé doit être entendu comme l'ensemble constitué des professionnels de santé, des établissements et des réseaux de santé constitués des partenaires et autres acteurs non institutionnels (ONG, associations), des organismes d'assurance maladies, mais aussi des autorités sanitaires et des usagers.

La viabilisation des Districts de santé est un concept générique qui repose principalement sur le renforcement de l'offre des soins de santé. Il s'agit là d'un des moyens susceptibles d'améliorer la qualité de l'offre des soins dispensés dans les formations sanitaires, au travers de l'exigence de disponibilité des infrastructures sanitaires, des ressources humaines et des médicaments²⁵. La santé de la mère, de l'adolescent et de l'enfant représente le second pan de réalisation du droit à la santé, à travers l'objectif de réduction de la mortalité de ces catégories de personnes vulnérables. L'amélioration de la santé maternelle s'est faite notamment au moyen du Programme Multisectoriel National de lutte contre la Mortalité Néonatale et infantile à l'initiative de l'Organisation Mondiale de la Santé, avec pour objectif de réduire la mortalité de cette frange de la population de 25 % pour la période 2014-2018 ; par l'amélioration de la disponibilité des soins à travers l'accroissement des effectifs du personnel qualifié pour prendre en charge les femmes enceintes, et celles ayant des complications post partum²⁶. Mais aussi par l'amélioration de

²⁵ Voir « Rapport du ministère de la justice sur l'Etat des droits de l'Homme au Cameroun en 2014 », pp 143-145.

²⁶ Le programme de prise en charge des fistules obstétricales dues aux mauvaises conditions d'accouchement a permis de réduire le taux de mortalité, à travers deux campagnes effectuées en 2014 au cours desquelles 128 femmes ont bénéficié de chirurgie, et un centre de prise en charge permanent ouvert à cet effet à l'hôpital protestant de Ngaoundéré.

l'accès aux soins de la mère²⁷. La santé de l'adolescent est orientée vers des actions visant à la prévention et la lutte contre le VIH/SIDA et autres maladies transmissibles, la lutte contre la consommation de la drogue et de l'alcool. Quant à l'amélioration de la santé de l'enfant, l'accent est mis sur l'objectif de réduction de la mortalité néo-natale et infantile, notamment par la réduction de la transmission de la mère à l'enfant du VIH, les campagnes de vaccination gratuite et la prise en charge gratuite pour la traitement du paludisme chez les enfants de moins de 5 ans décidée par les pouvoirs publics en 2007.

En ce qui concerne la lutte contre la maladie et la promotion de la santé, il s'agit là aussi de la manifestation du droit à la santé comme un acquis du système de santé de notre pays, malgré l'absence d'un filet de sécurité sanitaire assorti d'un régime d'assurance maladie généralisée à toutes les couches sociales²⁸. L'Etat camerounais déploie depuis quelques années des moyens tant matériels qu'humains, en vue d'assurer un accès équitable aux

²⁷ Dans ce cadre, un programme « chèque santé financé par l'Etat et ses partenaires a été lancé en 2015, avec pour objectif la surveillance de la santé des femmes enceintes jusqu'à 45 jours après l'accouchement.

²⁸ Une étude est en cours au niveau institutionnel visant à instaurer la couverture santé universelle (CSU). Cette prestation ne concerne que 4 % de la population camerounaise ; le pourcentage prépaiements volontaires auprès des compagnies d'assurance est de 4,8%. Cette faiblesse du système de couverture sanitaire des populations explique le fait que la contribution des ménages aux soins de santé se situe autour de 70 % au Cameroun

soins et services de santé ; ce qui demeure une exigence essentielle à l'articulation des normes juridiques aux systèmes de santé au sens large.

II. LE DROIT A LA SANTE COMME FONDEMENT DE L'ARTICULATION DES NORMES JURIDIQUES AUX SOINS MEDICAUX.

L'Etat de complet bien-être physique, mental et social auquel aspire toute personne au sein d'une collectivité organisée sous l'emprise du droit apparaît comme une exigence fondamentale à toute affirmation de cette prérogative au travers d'un cadre normatif formel. Aussi la nécessité de disposer au Cameroun d'un corps de règles de droit qui encadrent les activités de santé est tributaire de l'environnement institutionnel des soins de santé, même si l'obligation régaliennne de l'accessibilité des soins de santé reste limitée dans son objet.

A. L'encadrement du dispositif institutionnel des soins de santé

Le système national de santé tel que mis en place au fil des années à travers les textes législatifs et réglementaires qui l'encadrent repose sur l'organisation des activités médicales et l'existence de corps de métiers sont juridiquement encadrées.

1- L'encadrement juridique des professions médicales

Les professions médicales réparties en différents corps, qui regroupent l'ensemble des personnes formées intervenant dans le circuit institutionnel de prestation des soins de santé, sont réglementées, et leur accès est subordonné à certaines conditions²⁹. Ces professions se distinguent par leur diversité et leur spécificité, mais se révèlent être complémentaires dans leur exercice. Le système de santé camerounais repose essentiellement sur la pratique de la médecine moderne et de l'ensemble des professions qui la sous-tendent³⁰, avec laquelle cohabite la médecine alternative telle que la « *tradithérapie* » ou médecine traditionnelle dont la pratique n'est pas encore réglementée³¹.

En ce qui concerne la profession de médecin qui apparaît comme le bras séculier du système de santé camerounais dans son

²⁹ Voir notamment la loi n°90-36 du 10 Août 1990 relative à l'exercice et à l'organisation de la profession de médecin, dont l'article 2 fixe les conditions d'exercice de la profession de médecin. Cette législation se rapproche en ce point des dispositions du Code de la santé publique français en la matière (article L. 4111-1) qui a élargi les conditions d'accès à la profession médicale aux ressortissants communautaires ou à ceux de l'espace économique européen (article L. 4131-1).

³⁰ Celles-ci sont souvent organisées dans le cadre des ordres professionnels, à l'exemple des médecins, pharmaciens, chirurgiens-dentistes, sages-femmes, ou encore infirmiers et techniciens médico-sanitaires.

³¹ Malgré l'absence d'un cadre juridique formel d'exercice, la « médecine traditionnelle » reste marginalisée dans le système sanitaire camerounais, bien que près de 60 % de la population ait souvent recours à ce mode alternatif de soins de santé.

aspect opérationnel³², elle est organisée autour des exigences relatives aux conditions d'accès et aux modalités d'exercices.

Ainsi donc l'accès à la profession de médecin est soumis à un certain nombre de conditionnalités que la loi a posé, et dont les modalités sont définies par voie réglementaire. Aussi bien la loi relative à l'exercice et à l'organisation de la profession de médecin que le décret qui organise l'ordre des médecins au Cameroun, posent comme exigences principales la possession du titre de médecin qui est sanctionné par un diplôme, et l'inscription au tableau de l'ordre des médecins. Ces « conditions de fond » d'accès à la profession de médecin ne sont pas une exception camerounaise, et peuvent se justifier par l'exigence de la qualité des prestations liées à la profession, les préoccupations liées à la déontologie et à l'éthique qui doivent guider le praticien dans sa relation avec le patient. L'exigence des conditions rédhitoires d'accès à la profession de médecins vise également à protéger la profession de l'usurpation du titre ou de l'exercice illégal de la médecine³³, toutes choses qui sont récurrents dans notre contexte médical, et dont les infractions restent encore très peu ou pas du

³² En raison des responsabilités qui lui incombent dans la chaîne de prestations des soins.

³³ L'usurpation de titre se distingue de l'exercice illégal de la profession médicale en ce que le fait de se prévaloir d'un titre dont on ne dispose pas est une infraction moindre que de pratiquer des actes et d'exercer une profession pour laquelle l'auteur n'est pas légalement habilité, eu égard aux conséquences qui peuvent en découler, notamment en termes de sécurité sanitaire.

tout sanctionnées³⁴. Ces carences souvent relevées dans l'accès voire l'exercice de la profession médicale sont endiguées par la rigueur des conditions d'exercice fixées par l'ordre National des médecins³⁵, ainsi que les autres corporations des différents corps de métiers de la santé. Mais de manière globale, l'encadrement juridique de l'ensemble des professions de santé qui s'exercent à travers la qualité et la disponibilité des soins s'apprécie aussi à travers l'organisation des structures en charge des activités sanitaires.

2- L'organisation des activités sanitaires

Les activités des professionnels de santé telles que prévues par les stratégies sectorielles de santé mises en œuvre par les pouvoirs publics s'exercent dans le cadre du service public de la santé, qui intègre à la fois les formations sanitaires publiques et privées. En vue d'une meilleure efficacité du système national de santé qui s'est structuré autour des formations sanitaires de base, ainsi que celles classées en première, deuxième catégorie et en hôpitaux de

³⁴ L'usurpation de titre de médecin est sanctionnée de manière uniforme par l'article 219 du Code Pénal, tandis que l'exercice illégal de la médecine n'est pas encore réprimé de manière coercitive par une réglementation spécifique. Ce qui explique la pratique clandestine des actes médicaux par des personnes sans qualification dans le domaine médical.

³⁵ L'exercice de la profession de médecine est réglementée au Cameroun par le décret n° 92-265- PM du 22 Juillet 1992 fixant les modalités d'application de la loi relative à l'exercice et à l'organisation de cette profession.

référence³⁶, L'Etat n'a établi aucune discrimination dans son appui au secteur de la santé constitué autour de trois composantes représentées respectivement par le secteur public de la santé, les formations sanitaires privées, et le réseau des hôpitaux privés confessionnels. A travers cette structuration des activités du service public de santé, l'accessibilité des soins de santé s'est améliorée, même si cela ne s'est pas accompagné d'une amélioration qualitative des prestations et d'un accroissement de la sécurité sanitaire en termes d'assurance maladie généralisée.

Par ailleurs, la réglementation camerounaise admet l'exercice de la médecine en clientèle privée, ce qui consacre le caractère libéral de la profession, sans doute dans l'optique d'assurer une plus grande accessibilité des soins aux patients en quête de soins de qualité. Certes l'exercice des professions médicales est soumise à des normes qui préfigurent le respect des droits et obligations du patient et du soignant dans la relation de prestation de soins, mais seule l'aménagement d'un système d'organisation de soins de santé en l'absence d'un socle juridique uniforme et à portée coercitive se pose comme une limite à sa réalisation.

³⁶ Cette classification n'est appliquée qu'aux seules formations sanitaires publiques, et tient compte de l'envergure du plateau technique, des spécialités existantes et du niveau d'infrastructures disponibles. Ainsi entre les services de santé de base dotés d'infrastructures sommaires où sont dispensés des soins de santé primaires et les structures dotées d'équipements ultra-modernes, il y a les « hôpitaux centraux » et régionaux.

B. Le droit à la santé est limité dans son objet

Le droit à la santé étant admis comme un droit fondamental de la personne au même titre que les autres droits qui sont consacrés dans la constitution³⁷, il se matérialise dans la pratique comme un droit à la protection de la santé des personnes que l'Etat doit garantir. Cela sous-entend le droit à la prévention de la maladie, à l'égal accès, à la continuité des soins et aussi parfois le droit à la gratuité et à la qualité des soins. Ainsi, la mise en œuvre effective de ces droits fondamentaux reste hypothéquée par l'absence d'un cadre normatif coercitif, et par la non codification du secteur de la santé au Cameroun.

1- L'absence d'un cadre normatif coercitif

Le droit à la santé se décline sous différents aspects dont le droit à la protection de la santé constitue une des déclinaisons essentielles, car cette protection de l'Etat de santé se manifeste au-delà des droits reconnus à la personne malade. Il s'agit en réalité d'une protection qui englobe des activités liées à la prévention des maladies et les soins administrés aux malades. Dans le système de santé mis en place au Cameroun et appliqué à travers les plans

³⁷ Les droits fondamentaux de la personne sont catégorisés dans la constitution camerounaise au même titre que les constitutions des autres pays en droit économiques, sociaux, culturels et politiques.

stratégiques qui les sous-tendent³⁸, le droit à la protection de la santé se traduit non seulement à travers un ensemble de textes juridiques qui encadrent « la protection générale de la santé » et la « protection sanitaire de la famille et de l'enfant »³⁹ ; mais surtout est mis en œuvre au moyen des actions menées par des structures administratives et des programmes de santé qui ont pour mission, la promotion et la protection de la santé⁴⁰. Le droit à la protection de la santé reste donc un droit à caractère général, constitué d'un dispositif normatif qui encadre des activités sanitaires n'impliquant aucune obligation stricte quant au résultat à atteindre, au regard des objectifs fixés par les pouvoirs publics qui définissent la politique sanitaire nationale.

Le droit à la protection de la santé participe au même titre que le droit à la qualité des soins, de la matérialisation du droit de la santé au travers des règles juridiques qui encadrent de manière rigoureuse la prise en charge des patients en vue de bénéficier des soins de qualité en milieu hospitalier. Cependant, le cadre normatif

³⁸ En dehors de la stratégie sectorielle de la santé élaborée pour une période décennale, il a été instauré une planification d'exécution triennale des activités dans certains départements ministériels dont celui de la santé ; et cela en adéquation avec l'exécution du budget de l'Etat.

³⁹ Cf. Recueil des textes du ministère de la santé publique.

⁴⁰ Deux structures rattachées à l'administration centrale jouent un rôle important dans ce domaine : la Direction de la Lutte contre la Maladie, les Epidémies et les Pandémies et la Direction de la Promotion de la Santé ; les Programmes de santé étant des structures opérationnelles d'appoint.

d'articulation des activités sanitaires tel qu'il existe dans notre pays n'a pas encore mis en place une «Charte des soins médicaux », entendue comme un cahier d'engagements liant le personnel médical et les patients dans leurs relations de soins. Certes les dommages et autres préjudices causés en milieu hospitalier par le corps médical à l'occasion de l'exercice de leur activité sont réprimés par la législation classique nationale⁴¹, mais le personnel médical est généralement exonéré des fautes médicales causées à l'occasion de l'administration des soins, en raison non seulement de la difficulté à établir sa responsabilité dans l'aggravation de l'état de santé du patient⁴² ou son décès, mais aussi de l'ignorance de leurs droits par les patients qui admettent souvent comme une fatalité, les cas d'erreur médical du personnel soignant.

Le cadre normatif de la protection de la santé au Cameroun reste donc simplement indicatif, bien qu'il relève du domaine des droits fondamentaux que l'Etat garantit à tous⁴³, ce qui explique

⁴¹ Cf. Code civil (art-1384), Code Pénal (art-219) notamment.

⁴² En règle générale, le personnel médical n'est pas soumis à l'obligation de résultat, mais à l'obligation de moyens vis-à-vis du patient dont il a la charge.

⁴³ L'article L. 1110-1 du Code de la santé publique française stipule que «le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne. Les professionnels, les établissements et réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins et les autorités sanitaires contribuent avec les usagers à développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible».

dans une certaine mesure les insuffisances qui édulcorent l'expression du droit à la santé, et au-delà l'émergence d'un instrument de codification formelle des règles d'organisation des soins de santé.

2- Le manque de codification du secteur de la santé

Le secteur de la santé dans sa structure organique est certes doté des règles de régulation des activités médicales, mais l'étendue du champ des interventions de l'administration chargée des questions de santé ne permet pas une approche cohérente dans l'action des acteurs de la santé au Cameroun⁴⁴ ; malgré l'existence d'une politique sanitaire dont les stratégies sont clairement élaborées par les pouvoirs publics avec l'expertise technique des partenaires et l'appui financier des organismes de financement de la santé⁴⁵. Aussi le système de santé tel qu'il est mis en œuvre ne peut véritablement atteindre les objectifs d'efficience, notamment pour ce qui est de l'accessibilité, la qualité des soins et l'égal accès aux soins de santé que s'il était normé par un ensemble de règles de fonctionnement formalisées, sur le modèle d'un code qui intègre

⁴⁴ Le cadre stratégique global est fragmenté par des actions peu cohérentes et inefficaces sur le long terme, malgré les ressources conséquentes mobilisées par l'Etat et les partenaires. A titre d'illustration, on observe une résurgence cyclique des maladies telles que le Choléra, la tuberculose, la poliomyélite, la lèpre naguère éradiquées à l'échelle nationale.

⁴⁵ Parmi lesquels l'OMS, le Fonds Mondial contre le Paludisme, la tuberculose et le VIH / SIDA figurent en bonne place.

des aspects juridiques, scientifiques, socio-anthropologiques, éthiques, voire économiques de la pratique médicale.

Il existe certainement un cadre législatif et réglementaire d'organisation et de pratique des activités médicales et paramédicales⁴⁶ au Cameroun, constitué des lois et des règlements concernant soit l'organisation et le fonctionnement des structures et autres activités relevant du secteur de la santé en général, soit certaines matières spécifiques ayant une connexion avec la santé⁴⁷. Mais le défaut d'harmonisation de ces instruments juridiques, leur éparpillement à travers des supports médiatiques peu accessibles et parfois inconnus⁴⁸, ne favorise guère l'éclosion d'un cadre d'expression du droit de la santé en tant que discipline ayant pour objet les questions sanitaires, tant dans leur aspect individuel que dans leur aspect collectif⁴⁹. Ainsi, l'adoption d'un cadre juridique

⁴⁶ Sont ainsi désignées les activités qui ont un lien avec la pratique de la médecine ou s'en rapprochent: il s'agit notamment de la profession de pharmacien, d'opticien ou de kinésithérapeute.

⁴⁷ Les secteurs d'activités comme l'agriculture, l'élevage, la pêche, l'éducation, la recherche scientifique notamment font l'objet d'une réglementation connexe avec le secteur de la santé.

⁴⁸ Le Recueil des textes et le site web du ministère de la santé sont peu connus du grand public, le premier support n'étant diffusé qu'au sein des services centraux et déconcentrés du ministère.

⁴⁹ Anne LAUDE, Bertrand MATHIEU, Didier TABUTEAU, Droit de la santé; Thémis droit, PUF; 3^e éd-2012. Les auteurs pensent que les considérations individuelles liées à la protection des droits fondamentaux doivent être conciliées avec une conception collective du droit de la santé qui se traduit par l'affirmation des règles sanitaires visant à améliorer l'état de santé d'une population donnée.

codifié dans le domaine de la santé permettrait de mieux arrimer notre système de santé aux besoins sanitaires des populations, mais aussi aux mutations du monde médical actuel, toutes exigences qui pourraient amener le système sanitaire du Cameroun à une plus grande performance.

Considéré à la fois comme un droit individuel et collectif, le droit à la santé figure parmi les droits humains reconnus et garantis au plan constitutionnel. A ce titre, l'Etat dans ses missions régaliennes est soumis à l'obligation de procurer à sa population les conditions acceptables d'accès à un état de complet bien-être physique, moral et social. Le droit à la santé qui en réalité se ramène au droit de la protection de la santé dans ses différentes déclinaisons⁵⁰, est un processus qui se construit au travers de la mise en œuvre d'un environnement sanitaire sous-tendu par des règles d'organisation des professions médicales et des infrastructures sanitaires ainsi que leur fonctionnement, susceptibles de satisfaire à la demande et aux exigences sanitaires du plus grand nombre des patients. Le point d'aboutissement de cette construction étant l'instauration d'un système de protection de la santé sur des normes et principes de droit formalisés et codifiés, cela constitue un ensemble de conditions essentielles pour

⁵⁰ Il s'agit du droit à l'égal accès aux soins, le droit à la prévention et la continuité des soins.

garantir une meilleure sécurité sanitaire aux personnes. Ce processus est certes en mouvement dans le contexte du Cameroun, mais son aboutissement ne semble pas imminent. Tant il est vrai que les obstacles à la mise en œuvre effective d'un cadre normatif codifié dans notre système sanitaire sont nombreux, et se résument en termes d'insuffisance et d'éparpillement des textes existant, car ne couvrant pas tous les secteurs d'activités des soins et des spécialités médicales pratiquées ; mais il faut aussi mentionner la faible matérialisation dans notre système de gouvernance sanitaire des instruments juridiques internationaux, qui fixent souvent des standards à respecter et des objectifs à atteindre⁵¹ par les Etats comme le Cameroun qui présente un niveau de couverture sanitaire assez faible tant dans la disponibilité qu'en regard de la qualité des soins de la santé.

⁵¹ Le Camerounais a souscrit à des engagements internationaux dûment ratifiés, et qui posent des principes et exigences tels que le renforcement des soins de santé primaires, l'affectation de 15 % du budget des Etats aux besoins de santé, la priorisation de la santé de la mère de l'enfant et de l'adolescent, etc.

- سياسة المنافسة 1 / 2015 الصادر بقرار رئيس هيئة تنظيم الاتصالات رقم (1) لسنة 2016.
- اللائحة التنفيذية لقانون الاتصالات القطري رقم 1 لسنة 2009.
- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976
- قانون المنافسة الأردني رقم 49 لسنة 2002
- قانون الأوراق المالية الأردني رقم 76 لسنة 2002.
- تعليمات حماية المنافسة في قطاع الاتصالات الأردني.

- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- قانون سوق العراق للأوراق المالية الصادر بأمر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم 74 لسنة 2003.
- الأمر رقم 65 لسنة 2004، بشأن هيئة الإعلام والاتصالات العراقية، الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة.
- قانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي، رقم 14 لسنة 2010.
- قانون هيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية رقم 4 لسنة 2000.
- قانون تنظيم قطاع الاتصالات الإماراتي رقم 3 لسنة 2003.
- السياسة العليا لقطاع الاتصالات في دولة الإمارات العربية المتحدة 2006-2010.
- اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم قطاع الاتصالات الإماراتي، الصادرة بموجب قرار للجنة العليا للإشراف على قطاع الاتصالات رقم (3) لسنة 2003.
- القانون المدني القطري رقم 22 لسنة 2004.
- قانون هيئة قطر للأسواق المالية رقم 8 لسنة 2012.
- قانون الاتصالات القطري رقم 1 لسنة 2009.

- سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد، 43، صادرة عن كلية الحقوق جامعة الموصل، 2010.

- صبري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، البحرين، 2009.

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1952.

- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، بغداد، بدون سنة الطبع.

- عدنان عبد الباقي لطيف، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون بجامعة السليمانية، 2009.

- عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، منشورات جامعة جيهان الخاصة، أربيل، 2011.

- فيصل نسيغة، رياض دنش، النظام العام، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، صادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة.

ثانياً: التشريعات

المصادر

أولاً: الكتب والدراسات

- بوحلايس إلهام، الاختصاص في مجال المنافسة، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسطنطينية متتوري، 2005.

- بوبعة عبد الوهاب، دور الابتكار في دعم الميزة التنافسية (دراسة حالة اتصالات الجزائر للهاتف النقال – موبيليس)، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل درجة الماجستير في علوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة قسطنطينية متتوري، 2012.

- تيورسي محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011.

- زوبير ارزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري – تيزي وزو، 2011.

- سربست قادر حسين، الممارسات المخلة بالمنافسة في قطاع الاتصالات، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين – أربيل، 2013.

بتطبيق أحكام قانون تنظيم الاتصالات والقوانين المكملة له. ونقترح تطبيق هذا الحل من قبل التشريعات الأخرى محل الدراسة أيضاً.

الخاتمة

بعد الانتهاء من بحثنا الموسوم بالنظام العام التنافسي في سوق الهواتف المحمولة، تبين لنا أن من بين التشريعات محل الدراسة ما لم تنظم المنافسة في سوق الهواتف المحمولة بل ترك الأمر لتطبيق قانون المنافسة، ومن التشريعات أيضاً ما نظمت المنافسة في سوق الهواتف المحمولة إلا أنها لم تسد الباب أمام تطبيق أحكام قانون المنافسة كالتشريعات الأردني والقطري، إلا أنه مع ذلك يلاحظ تميز القانون القطري عن القانون الأردني في تنظيمه أحكام المنافسة بشكل مفصل خصوصاً الحماية الاستباقية والحماية اللاحقة بشكل يمكن معه القول بأنه من النادر اللجوء إلى تطبيق أحكام قانون حماية المنافسة على قطاع الاتصالات. ونجد أن من التشريعات ما تمنع تطبيق أحكام المنافسة على قطاع الاتصالات ومن بينها قطاع الهواتف المحمولة كما هو الحال في القانون الإماراتي، الذي رأى تميز المنافسة فيه عن القطاعات الأخرى. وبذلك منح المشرع الإماراتي حل أي مسألة في هذا الخصوص بإصدار تشريعات فرعية في حال عدم اكتفاء نصوص التشريع العادي بحل المسألة.

ومع أننا نجد أن موقف المشرع الإماراتي هو الأقرب للصواب غير أننا نفضل وضع قواعد عامة واضحة في قانون تنظيم الاتصالات وإصدار الهيئة للوائح تنظم حماية المنافسة مع ضرورة تحديد محكمة مختصة يكون لأطراف النزاع الاحتكام إليها، وتقييد المحكمة في هذه الحالة بنص القانون

طريقة معالجة مسلكية مؤقتة قبل الوصول إلى قرار نهائي. وتتنظر الهيئة في طرق معالجة مؤقتة حين يبرهن المشتكون أن غياب طرق المعالجة المؤقتة هذه قد يؤدي إلى ضرر كبير لا يمكن إصلاحه، ويمكن للهيئة الرد على تصرف غير تنافسي من خلال طرق معالجة أخرى، حيث يمكن للهيئة على وجه الخصوص الموافقة على التزامات ملزمة والطلب من الفريق المخالف أن يوافق علنياً على قرار الهيئة كما يجوز للهيئة أن تصدر إنذاراً لمقدم أو مقدمي الخدمات المعنيين أو إحالة المسألة إلى المدعي العام⁵⁷.

ويمكن القول أن اتجاه المشرع القطري هو أكثر وجاهة من التشريعات المقارنة الأخرى في تعاملها مع قواعد النظام العام التنافسي في سوق الهواتف المحمولة، فمن جانب الأليات القانونية الاستباقية واللاحقة على الإخلال أعطى المشرع لهيئة تنظيم الاتصالات القطري التدخل مسبقاً لمنع الإخلال بهذه القواعد، وكذلك فرض الجزاءات في نطاق القانون في حالة الإخلال، كما أن المشرع القطري لم ينس أن بعض صور الإخلال بقواعد النظام العام التنافسي يستوجب نقل الموضوع للمحاكم وفي مثل هذه الأحوال يقتصر دور الهيئة على تنفيذ الحكم القضائي الصادر بصدد الموضوع.

تنظر المادة 76 من اللائحة التنفيذية لقانون الاتصالات القطري⁵⁷.

٢ - أن يكون هذا الأمر، وفقاً لتقديرها، هو الوسيلة الفعالة لمنع إساءة استخدام الوضع المسيطر أو الممارسات المخلة بالمنافسة⁵³.

وبموجب سياسة المنافسة الصادر بالقرار رقم (1) لسنة 2016 من رئيس هيئة تنظيم الاتصالات القطري فإنه في حال انتهاك المنافسة المنصوص عليها في قانون الاتصالات تقوم هيئة تنظيم الاتصالات في التحقيق في قيام مقدم الخدمة بانتهاك الحظر المفروض على سوء استعمال الموقع المسيطر أو أقدم على سلوك غير تنافسي⁵⁴. ويأتي تطبيق طرق المعالجة بناءً على قانون الاتصالات لسنة 2006 واللائحة التنفيذية لقانون الاتصالات لسنة 2009، فوفقاً لأحكام قانون الاتصالات فإن للهيئة سلطة تطبيق التدابير الملائمة لمنع مقدمي الخدمة من القيام أو الاستمرار بالقيام بممارسات غير تنافسية⁵⁵، وقد طرق المعالجة تتضمن الإحالة إلى النيابة العامة وبعض الالتزامات المفروضة على مقدمي الخدمات على سبيل المثال لا الحصر⁵⁶.

ووفقاً لأحكام اللائحة التنفيذية لقانون الاتصالات القطري لهيئة تنظيم الاتصالات استشارة مقدمي الخدمات المعنيين عند تحديد وسيلة المعالجة المناسبة، وقد يتضمن ذلك التخلي عن بعض جوانب الأعمال. وقد تقوم الهيئة في بعض الحالات بدراسة الطلبات المقدمة من المشتكين لفرض

الاتصالات القطري رقم 1 لسنة 2009. لقانون التنفيذية تنظر المادة 76 من اللائحة⁵³

القسم الخامس من سياسة المنافسة في قطاع الاتصالات القطري.⁵⁴

المادة 4 من قانون الاتصالات القطري.⁵⁵

المادة 46 من قانون الاتصالات القطري.⁵⁶

2- إلزام مقدمي الخدمة المعنيين بتقديم تقارير دورية للأمانة العامة لتحديد مدى التزامهم بقراراته.

3- إحالة المخالف إلى النيابة العامة لاتخاذ الإجراءات الجنائية ضده.

وبموجب اللائحة التنفيذية لقانون الاتصالات القطري رقم 1 لسنة 2009 الصادر عن مجلس إدارة المجلس الأعلى للاتصالات وتكنولوجيا المعلومات فإن للأمانة العامة من وقت إلى آخر، أن تدعو مقدم الخدمة الذي قام بأعمال إساءة استخدام الوضع المسيطر أو الممارسات غير التنافسية والأشخاص المتأثرين بمثل هذه الأعمال أو الممارسات إلى الاجتماع لمحاولة وضع معالجات محددة لمثل هذه التصرفات أو الممارسات.

ويجوز للأمانة العامة، في حال تكرار عدم تنفيذ أي أمر صادر عنها بمنع مقدم الخدمة المسيطر من إساءة استخدام وضعه المسيطر أو من القيام بأعمال أو نشاطات غير تنافسية، إصدار أمر بإلزامه بالتخلي عن بعض مجالات الأعمال، مع مراعاة ما يلي:

1 - إخطار مقدم الخدمة كتابة قبل إصدار هذا الأمر لإبداء ملاحظاته

في هذا الشأن.

يتضمن نص القرار سردا للوقائع وتحليلا للممارسات وتأثيرها على سير آليات السوق وتوازنها وكذلك درجة خطورتها. ولا بد من أن يتخذ الوزير الإجراءات اللازمة التي تكفل تنفيذ قرارات المحكمة المتعلقة بالأوامر والشروط الخاصة لممارسة النشاط التي قد تفرضها المحكمة. كما أن القرارات الصادرة عن المحكمة في القضايا المتعلقة بالمنافسة تكون خاضعة للطعن لدى محكمة الاستئناف والتمييز⁵².

الفرع الثاني

في قوانين الاتصالات

أسند قانون الاتصالات القطري في المادة 46 مهمة معالجة الممارسات غير التنافسية إلى الأمانة العامة للمجلس الأعلى للاتصالات وتكنولوجيا المعلومات في قطر، فإذا ما قام مقدم الخدمة بممارسات غير تنافسية، أو قام مقدم الخدمة المسيطر بإساءة استخدام سيطرته، فلأمانة العامة، أن تصدر من القرارات ما تعالج به الممارسات غير التنافسية أو إساءة استخدام السيطرة، ولها على الأخص ما يلي:

1- إلزام الأشخاص المعنيين بإيقاف العمل أو النشاط المسبب لهذه الممارسة أو إجراء تغييرات محددة في هذا العمل أو النشاطات لإلغاء أو تخفيف أثره السلبي على المنافسة.

المادة 18 من قانون المنافسة الأردني.⁵²

العامة في قضايا المنافسة التي تقع ضمن اختصاص محكمة البداية مدع عام متخصص⁵¹.

وفي جميع الأحوال تكون الوزارة طرفاً في كل قضايا المنافسة ولها أن تقدم أي دراسات أو ملاحظات للمحكمة وأن تطلب الاستمرار في نظر هذه القضايا حتى في الأحوال التي يسقط فيها أي من الجهات المشار إليها في الفقرة (أ) من هذه المادة الدعوى أو يتصالحوا عليها ولها أيضاً الطعن بالقرارات الصادرة في هذه القضايا. وتكون لقضايا المنافسة صفة الاستعجال وللمحكمة، إذا رأت ذلك مناسباً، أن تصدر القرارات لوقف أي تصرف أو منعه لحين إصدار القرار النهائي.

وتصدر المحكمة نتيجة المحاكمة قراراً يتضمن بصورة خاصة بيان مدى مخالفة الممارسات المعروضة عليها لأحكام هذا القانون. وكذلك الأمر بإزالة المخالفة ضمن مدة تحددها المحكمة أو فرض شروط خاصة على المخالف في ممارسة نشاطه حسب مقتضى الحال. وإيقاع العقوبة المقررة على المخالفين. كما أن للمحكمة أن تأمر بنشر قرارها أو ملخص عنه على نفقة المخالف في صحيفتين يوميتين محليتين على الأقل على أن

تحريك تنظر المادة 16 من قانون المنافسة الأردني، وبموجب المادة 17 من نفس القانون يتم⁵¹ بناء القانون من هذا (10) و(9) و(8) و(6) و(5) المواد أحكام بمخالفة المتعلقة القضايا أو المدير من بتنسيب الوزير الأتية: الجهات من أي من العام المدعي إلى شكوى تقدم على حماية جمعيات الخاص أو القطاع من مؤسسة أخرى، وكذلك أي رسمية جهة أي طلب على بناء الصناعة غرف أو الأقل على مستهلكين متضررين لخمسة تجمع أي المرخصة أو من المستهلكين القطاعية. ينظر العربي وردية، فكرة النظام التنظيمية والنقابية أو الهيئات المهنية والتجارة أو الجمعيات العام في الإجراءات القضائية الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان، 2010، ص 146.

ووفقاً للمادة 14 من قانون المنافسة الأردني تشكل لجنة تسمى لجنة شؤون المنافسة برئاسة وزير الصناعة والتجارة وعضوية كل من أمين عام الوزارة نائبا للرئيس ومدير عام هيئة التأمين والرئيس التنفيذي لهيئة تنظيم قطاع الاتصالات ومدير عام هيئة تنظيم النقل البري ورئيس غرفة تجارة الأردن ورئيس غرفة صناعة الأردن ورئيس أي من الجمعيات التي تعنى بحماية المستهلك يسميها الوزير إضافة إلى ثلاثة أشخاص من ذوي الخبرة والاختصاص يسميهم الوزير.

ومن بين ما تتولها اللجنة إقرار الخطة العامة للمنافسة ودراسة المسائل المتعلقة بأحكام هذا القانون وإعداد مشروعات القوانين والأنظمة المتعلقة بالمنافسة أو تلك التي تمنح امتيازات جديدة أو حقوقا استثنائية. في حين تختص محكمة البداية بالنظر في أي مخالفة لأحكام المواد (5) و (6) و (8) و (9) و (10) من قانون المنافسة. ويشمل اختصاص المحكمة قضايا التعويض المترتبة على تلك المخالفات، أما بالنسبة لباقي مخالفات أحكام قانون المنافسة فتخضع للقواعد العامة لاختصاص المحاكم. على أنه يخصص للنظر في قضايا الممارسات المخلة بالمنافسة ضمن محكمة البداية المختصة قاض أو أكثر من ذوي الاختصاص ممن تلقوا تدريباً خاصاً على أن يتم تعيينهم بقرار من المجلس القضائي. كما ويمثل النيابة

الاتصالات. عضو بدرجة خبير أو ما يعادله يمثل الجهاز المركزي للتقييس والسيطرة النوعية / وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي وأعضاء يمثلون الجهات الآتية: اتحاد الغرف التجارية والصناعية. اتحاد الصناعات العراقي. مجلس حماية المستهلك. نقابة المحاسبين والمدققين العراقية. وموظف من ذوي الخبرة والاختصاص يعينه رئيس المجلس ويكون مقرراً لها⁴⁸.

ويتولى مجلس شؤون المنافسة والاحتكار مهمة تقصي المعلومات والممارسات المخلة بقواعد المنافسة ومنع الاحتكار بالتعاون مع الجهات ذات العلاقة وفق أحكام التشريعات، وإجراء التحقيقات في الممارسات التي تكشفها أو بناء على ما تتلقاه من شكاوى وإخباريات أو تلك التي تكلفها بها المحكمة وإعداد التقارير عن نتائجها وإصدار توجيهات بالمسائل المتعلقة بعملها وذلك من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من الجهات ذات العلاقة⁴⁹.

وبموجب قانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي فان على مجلس القضاء الأعلى تشكيل محاكم للنظر في النزاعات الناشئة عن حماية المستهلك والمنافسة ومنع الاحتكار وغيرها من الممارسات التجارية ويكون القضاة في هذه المحاكم من ذوي الخبرة والمعرفة في هذه الحقول⁵⁰.

المادة 4 من القانون السابق الذكر.⁴⁸

المادة 7 من القانون السابق الذكر.⁴⁹

المادة 15 من القانون السابق الذكر.⁵⁰

قام بمنع المنافسة أو بالحد منها أو قام بتشويه المنافسة في السوق المعني. ولا يجوز للمرخص له المهيمن أن يميز ضد الزبائن أو المنافسين من أجل أن يفضل نفسه أو تابعيه في تقديم المنتجات أو الخدمات التي هو مهيمن فيها. فبعد أن حظر المشرع مثل هذه السلوكيات انتقل إلى إيراد صور للممارسات التي تعد من قبيل الممارسات المخلة بالمنافسة.

المبحث الرابع

الجهة المختصة بحماية النظام العام التنافسي الاستباقي واللاحق
في سوق الهواتف المحمولة

الفرع الأول

في قوانين المنافسة

بموجب قانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي يشكل مجلس يسمى (مجلس شؤون المنافسة ومنع الاحتكار) يتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري يرتبط برئاسة الوزراء⁴⁷. ويرأس المجلس شخص متفرغ بدرجة وكيل وزارة له خبرة كافية في شؤون السوق والأمور المتعلقة بالمنافسة ومنع الاحتكار وتطبيقاتها القانونية ويحمل شهادة جامعية أولية في الأقل ولرئيس مجلس الوزراء اختيار نائب لرئيس المجلس ف2. ويتألف المجلس من: أعضاء بدرجة مدير عام يمثلون الجهات الآتية: وزارة الصناعة والمعادن، وزارة التجارة ووزارة

الفقرة 1 من المادة 4 من قانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي.⁴⁷

المستهلكين أو الموردين وهو ما يعرف بسوء الاستعمال الاستغلالي. سوء الاستعمال الاقصائي: يمكنه أن يمنع أو يحدّ بشكل كبير من المنافسة الحالية أو المستقبلية المحتملة في سوق معينة، عبر إضعاف المنافسين الحاليين أو وضع العوائق أمام الدخول إلى السوق أو حتى عبر الاستئثار به على سبيل المثال. وفي هذه الحالة، غالباً ما تقوم المنشآت المسيطرة بالاستغناء عن الأرباح على المدى القصير بغية زيادة الأرباح على المدى البعيد. ويمكن لهذا التصرف أن يضرّ بالمستهلكين عبر تقليل المنافسة والتسبب بارتفاع الأسعار والحدّ من الخيارات المتاحة أمام العملاء أو الحدّ من المحفزات التي تدفع إلى الاستثمار والابتكار. وقد يكون سوء استعما المركز المهيمن سوء استعمال استغلالي حيث يتمّ استخلاص عائدات من المستهلكين أو المزودين. ويمكن أن يتعلق سوء الاستعمال هذا بالتسعير أو عدم التسعير التي يفرضها المشغل المسيطر. فعلى سبيل المثال، يمكن للشركة المسيطرة استخدام قوتها السوقية لفرض أسعار باهظة على المستهلكين أو لتقليل الدفعات المستحقة للموردين. ومما لا شك فيه إن هذا التصرف يؤدي بشكل مباشر للمستهلكين والمزودين. ويمكن أيضاً تصنيف السلوك التعسفي المحتمل على أساس السلوك المرتكز على السعر وعلى أساس السلوك غير المرتكز على السعر⁴⁶.

ووفقاً للمادة 10 من تعليمات حماية المنافسة في قطاع الاتصالات الأردني يعتبر المرخص له المهيمن مسيئاً لاستغلال وضعه المهيمن إذا

سياسة المنافسة 1 / 2015 الصادر بقرار رئيس هيئة تنظيم الاتصالات رقم (1) لسنة 2016. ⁴⁶ للتفصيل ينظر أيضاً سربست قادر حسين، مصدر سابق، ص 114.

المعني. كما ويعتبر من قبل إساءة استخدام القوة السوقية التحزيم أو الربط المخل بالمنافسة تحزيم ربط المنتجات أو الخدمات المعروضة في الأسواق المعنية والتي تؤدي إلى الحد من المنافسة أو منعها أو الإخلال بالمنافسة في واحدة أو أكثر من تلك الأسواق المعنية أو سوق معني آخر. وأيضاً يعتبر من تلك الصور إساءة استخدام المعلومات استخدام أو الإفصاح عن المعلومات التي تم الحصول عليها فيما يتعلق بتوفير منتج أو خدمة لأغراض أخرى غير التي تم تقديمها من أجله⁴⁵.

أما في قطر فإنه وبموجب سياسة المنافسة رقم (1) لسنة 2016 وبالاستناد على المادة 41 من قانون الاتصالات على مقدمي الخدمات المصنفين بأنهم يتمتعون بوضع قوي في السوق أو بأنهم مسيطرون في سوق أو عدة أسواق، عدم إساءة استعمال قوتهم أو موقعهم المسيطر. حيث يلاحظ أن سياسة المنافسة لا تحظر المركز المسيطر في سوق أو أسواق معينة بل تحظر سوء استخدام هذا الموقع. ويتعين على الشركات التي تتمتع بموقع مسيطر عدم السماح لتصرفاتها بإعاقة قيام منافسة حقيقية وصحيحة.

ويمكن لسوء استخدام الموقع المسيطر أن يستهدف المنافسين المحتملين وهو ما يعرف بسوء الاستعمال الإقصائي أو يستهدف

السياسة التنظيمية الصادرة عن هيئة تنظيم قطاع الاتصالات الإماراتي. وبموجب هذه السياسة فإن 45 لأغراض هذه السياسة التنظيمية يجب أن يفهم ميدئياً وليس بصورة قاطعة أن الجهة لا تملك قوة سوقية ينظر سربست قادر في السوق المعني إذا كانت حصتها السوقية لا يتجاوز 40% في السوق المعني. حسين، الممارسات المخلة بالمنافسة في قطاع الاتصالات، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين – أربيل، 2013، ص 113.

وقد حظر المشرع الإماراتي إساءة استخدام القوة السوقية من قبل الأطراف الذين يتمتعون بمثل هذه القوة في السوق المعني وذلك بعدم جواز استخدامها بطريقة تحد أو تمنع أو تخل بالمنافسة في السوق المعني أو غيره من الأسواق المعنية. وقد ذكر المشرع بعض الحالات التي تمثل إساءة استخدام القوة السوقية وذلك على سبيل المثال لا الحصر ومنها التسعير الافتراضي والذي يتم تخفيض سعر المنتج أو الخدمة في السوق المعني بأقل من تكاليفه المعنية عندما يكون للجهة المعنية إمكانية تعويض الخسائر التي تكتسبها من تخفيض الأسعار وعندما لا يستطيع المنافس التسعير بمثله من دون أن يتكبد خسائر، ويشمل أيضاً التسعير غير العادل أو المشروط والتي تحدد سعر المنتج أو الخدمة في السوق المعني والذي يكون مشروطاً بالمقارنة مع التكاليف المعنية في العرض لهذا المنتج أو الخدمة.

ومن صور إساءة استخدام القوة السوقية التبادل البيئي المخل بالمنافسة وذلك باستخدام العائدات من المنتج أو الخدمة المعروضة في السوق المعني لدعم تسعير آخر أقل من الكلفة للمنتج أو الخدمة المعروضة في سوق معني منفصل. وكذلك يعد من صور إساءة استخدام القوة السوقية الاعتصار الهامشي الذي يعتبر الحالة التي تكون فيها الجهة التي توفر مدخلاً أساسياً (على النحو الذي تحدده الهيئة) لخدمات الاتصالات أو المنتجات المتعلقة بها في السوق المعني أما تزيد من تكاليف المدخلات أو تقلل سعرها لخدمات الاتصالات أو المنتجات المتعلقة بها في السوق المعني لمنع المنافسين من جني مستوى معقول من الربح في السوق

الفرع الثاني

الآليات القانونية لحماية النظام العام التنافسي في سوق الهواتف المحمولة في قوانين الاتصالات

إن القانون الإماراتي وفي معرض معالجته للمنافسة في السياسة التنظيمية الخاصة بحماية المنافسة الصادرة عن هيئة تنظيم قطاع الاتصالات قد حكم بعدم الجواز لأي جهة التعاقد أو إبرام اتفاق رسمي أو غير رسمي مع أي طرف إذا كان هذا التعاقد أو الاتفاق يحد أو يمنع أو يخل بالمنافسة في السوق المعني (سوق الاتصالات). وكذلك يحظر على جهات التعاقد في سوق الاتصالات تقاسم أو تخصيص الأسواق أو مصادر التوريد أو الاتفاق على خلاف ذلك أو التوصل إلى اتفاق على عدم التنافس في مجالات معينة أو توفير منتجات أو خدمات للمشاركين أو مجموعة مشتركين. وكذلك حظر المشرع الإمداد التواطئي وذلك بتحديد كمية أو نوعية المعروض من المنتجات أو الخدمات في السوق المعني بشكل مباشر أو غير مباشر والتي من خلال القيام بها قد تحد أو تمنع أو تخل بالمنافسة في ذلك السوق المعني أو غيره. وقد تم التعامل الحصري الذي يتطلب من الطرف توريد وشراء أو توزيع منتجاته أو خدماته على أساس حصري والذي من خلال القيام به قد يحد أو يمنع أو يخل بالمنافسة في السوق المعني (سوق اتصالات الهواتف المحمولة)⁴⁴.

السياسة التنظيمية الصادرة عن هيئة تنظيم قطاع الاتصالات الإماراتي.⁴⁴

التواطؤ في العطاءات أو العروض في مناقصة أو مزايمة ولا يعد من قبيل التواطؤ تقديم عروض مشتركة يعلم فيها أطرافها عن ذلك منذ البداية على ألا تكون الغاية منها المنافسة غير المشروعة والاحتكار وبأية صورة كانت. أو كانت من شأنها التمييز بين العملاء في العقود المتشابهة بالنسبة لأسعار السلع والخدمات أو شروط بيعها وشرائها. أو إرغام عميل لها على الامتناع على التعامل مع جهة منافسة لها. أو رفض التعامل دون مسوغ قانوني مع عميل معين بالشروط التجارية المعتادة. أو السعي لاحتكار مواد معينة ضرورية لممارسة جهة منافسة لنشاطها أو شراء سلعة أو خدمة معينة بالقدر الذي يؤدي إلى رفع سعرها في السوق أو منع انخفاضه. أو تعليق بيع أو تقديم خدمة بشراء سلعة أو سلع أخرى أو بشراء كمية محددة منها أو بطلب تقديم خدمة أخرى. أو كان يؤدي إلى إرغام جهة أو طرف أو حصول أي منهما على أسعار أو شروط بيع أو شراء خاصة غير مبررة بشكل يؤدي إلى إعطائه ميزة في المنافسة أو إلى إلحاق الضرر به⁴³.

المادة 10 من القانون السابق الذكر كما وتنص المادة 11 من نس القانون على ما يلي:⁴³
أولاً: يحظر على أية جهة إعادة بيع منتج على حالته بسعر أقل من سعر شرائه الحقيقي مضافاً إليه الضرائب والرسوم المفروضة على المنتج ومصاريف النقل أن وجدت إذا كان الهدف من ذلك الإخلال بالمنافسة المشروعة، ويقصد بسعر الشراء الحقيقي: السعر المثبت في قائمة الشراء بعد تنزيل الخصومات المنصوص عليها فيها.
ثانياً: لا يشمل الحظر المنصوص عليه في البند (أولاً) من هذه المادة المنتجات سريعة التلف والتنزيلات المرخص بها لأي بيع يتم لتصفية الأعمال أو تجديد المخزون بأسعار أقل.

عدة مؤسسات أو جزء منها بصفة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق أسهم في رأس المال أو عن طريق شراء عناصر من أصول المؤسسة أو بموجب عقد أو بأي وسيلة أخرى، أو أنشئت مؤسسة مشتركة تؤدي بصفة دائمة جميع وظائف مؤسسة اقتصادية مستقلة⁴².

ونفس الأمر يلاحظ في المادة 9 من قانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي التي تحظر أي اندماج بين شركتين أو أكثر وأية ممارسة تجارية مقيدة إذا كانت الشركة أو مجموعة من الشركات مندمجة أو مرتبطة مع بعضها تسيطر على 50% أو أكثر من مجموع إنتاج سلعة أو خدمة معينة أو إذا كانت تسيطر على 50% أو أكثر من مجموع مبيعات سلعة أو خدمة معينة.

وأيضاً ذهب المشرع العراقي في القانون المذكور إلى حظر أية ممارسات أو اتفاقات تحريرية أو شفوية تشكل إخلالاً بالمنافسة ومنع الاحتكار أو الحد منها أو منعها وبخاصة ما يكون موضوعها أو الهدف منها تحديد أسعار السلع أو الخدمات أو شروط البيع وما في حكم ذلك. أو تحديد كمية السلع أو أداء الخدمات. أو تقاسم الأسواق على أساس المناطق الجغرافية أو كميات المبيعات أو المشتريات أو العملاء أو على أي أساس آخر يؤثر سلباً على المنافسة ومنع الاحتكار. أو كان الهدف من ذلك التصرف أو السلوك المؤدي لعرقلة دخول مؤسسات إلى السوق أو إقصائها عنه أو تعريضها لخسائر جسيمة بما في ذلك البيع بالخسارة.

المواد 15 و16 و17 من القانون السابق الذكر.⁴²

لارتفاع الأسعار ولانخفاضها، تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين مما يحرمهم من منافع المنافسة، إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية³⁹.

ويحظر أيضاً على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعيتها التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة. ويتمثل هذا التعسف على الخصوص في رفض البيع دون مبرر، البيع المتلازم أو التمييزي، البيع المشروط باقتناء كمية دنيا، الالتزام بإعادة البيع بسعر أدنى، قطع العلاقة التجارية لمجرد رفض المتعامل الخضوع لشروط تجارية غير مبررة، كل عمل آخر من شأنه أن يقلل أو يلغي منافع المنافسة داخل السوق⁴⁰. كما يحظر عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتجاتها من الدخول إلى السوق⁴¹.

وقد يحظر التجمعات الاقتصادية فيما إذا من شأنه المساس بالمنافسة وتكوين وضعيه هيمنة مؤسسة ويحصل ذلك في الغالب إذا اندمجت مؤسستان أو أكثر كانت مستقلة من قبل أو حصل شخص أو عدة أشخاص طبيعيين لهم نفوذ على مؤسسة أو عدة مؤسسات على مراقبة مؤسسة أو

المادة 7 من القانون السابق الذكر.³⁹

المادة 11 من القانون السابق الذكر.⁴⁰

المادة 12 من القانون السابق الذكر.⁴¹

ويترتب على الهيمنة على السوق أنه يحظر على المهيمن الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه ولاسيما عندما ترمي إلى الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها، وكذلك تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمار أو التطور التقني، اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل، وهكذا إذا كانت تؤدي إلى عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها، ونفس الشيء فيما إذا كانت تؤدي إلى تطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين مما يحرمهم من منافع المنافسة، وأيضا إذا كانت تتم من خلال إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم طبيعتها أو حسب الأعراف التجارية³⁸.

كما ويحظر كل تعسف ناتج عن الوضع المهيمن على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها إذا ما قصد: الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية فيها، تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني، اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل، عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع

المادة 6 من قانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي كما وتنص المادة 9 من نفس القانون على أنه³⁸ يرخص بالاتفاقيات والممارسات التي يمكن أن يثبت أصحابها انها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني أو تساهم في تحسين التشغيل أو من شأنها السماح للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بتعزيز وضعيتها التنافسية في السوق.

المبحث الثالث

الآليات القانونية لحماية النظام العام التنافسي في سوق الهواتف المحمولة

ونرى معالجة الآليات القانونية لحماية النظام العام التنافسي في سوق الهواتف المحمولة في فرعين الأول في الأنظمة القانونية التي تعتمد على تشريعات المنافسة لتنظيم النظام العام التنافسي في سوق خدمات الهواتف المحمولة والثاني في تلك التي تعتمد على تشريعات الاتصالات لتنظيم النظام العام التنافسي في السوق ذلك السوق.

الفرع الأول

الآليات القانونية لحماية النظام العام التنافسي في سوق الهواتف المحمولة في قوانين حماية المنافسة

لم يبين القانون العراقي المقصود بالمركز المهيمن بل عرف النتيجة المترتبة على المركز المهيمن ألا وهو الاحتكار بانه كل فعل أو اتفاق أو تفاهم صدر من شخص أو أكثر طبيعي أو معنوي أو ممن توسط بينهم للتحكم بالسعر أو نوعية السلع والخدمات بما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمجتمع³⁷.

الفقرة 2 من المادة 1 من قانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي.³⁷

وبموجب التعليمات المذكورة تقوم الهيئة والمرخص لهم بتبني وتطبيق هذه التعليمات لتحليل المنافسة في قطاع الاتصالات ولإستخدامها في جميع المجريات القابلة للتطبيق بما في ذلك، دون الحصر، تصنيف المرخص لهم المهيمنين لغايات إلزامهم بالواجبات المحددة بموجب قانون الاتصالات والحالات المقامة من قبل الهيئة والتي تدعي فيها بوجود تصرفات مضادة للمنافسة من قبل المرخص لهم، ولفض المنازعات كما في حالة قيام طرف ثالث بتقديم شكوى للهيئة يدعي فيها بوجود تصرف غير تنافسي من المرخص له، ولمراجعة حالات الاستحواذ أو تحويل الملكية للرخص لغايات مضادة للمنافسة. وقد تولت التعليمات المذكورة بعد ذلك ببيان الحالات التي تعتبر إخلالاً بقواعد المنافسة ورتبت الجزاءات عليها³⁶.

ويبدو مما سبق صواب الاتجاه الذي يذهب إلى تخصيص تنظيم المنافسة في قطاع الاتصالات بتنظيم مستقل، لما للمنافسة في هذا القطاع من تمايز عن القطاعات الاقتصادية الأخرى، أضف إلى ذلك فإن مثل هذا التنظيم القانوني الخاص هو الذي يعطي الصلاحية لهيئة تنظيم الاتصالات بالتدخل المسبق والوقائي في تجنيب شركات الاتصالات المزودة لخدمة الهواتف المحمولة في الأخلال بالقوة التنافسية في سوق الاتصالات.

المادة 5 من تعليمات حماية المنافسة في قطاع الاتصالات الأردني.³⁶

- وضعت العوائق أمام دخول السوق أو التوسع فيه أو أدت إلى استبعاد الموردين أو الشارين الآخرين على نحو غير تنافسي.
- حدثت من المنافسة أو عملت على تسهيل تواطؤ المورد أو الشاري مع منافسيه.
- ومن أشكال الاتفاقيات الرأسية:
- اتفاقيات التوزيع الحصري،
- العلامة التجارية الواحدة،
- فرض أسعار إعادة البيع،
- التوزيع المحدود؛
- تقسيم السوق³⁵.

أما في الأردن فإن قانون المنافسة الأردني قد ورد بصيغة عامة دون الإشارة إلى استثناء لقطاع الاتصالات من الخضوع لأحكامه، بل نص في المادة الثالثة بسريان أحكامه على جميع أنشطة الإنتاج والتجارة والخدمات في المملكة وبالتالي قطع الشك باليقين أن أحكام هذا القانون تطبق على قطاع الاتصالات أيضاً. وقد أصدر هيئة تنظيم قطاع الاتصالات الأردني تعليمات حماية المنافسة في قطاع الاتصالات سنة 2006.

سياسة المنافسة 1 / 2015 الصادر بقرار رئيس هيئة تنظيم الاتصالات رقم (1) لسنة 2016.³⁵

- عبر الكشف عن معلومات استراتيجية تؤدي إلى ارتفاع إمكانية القيام بتنسيق سواء ضمن أو خارج إطار التعاون الذي تغطيه الاتفاقية،
 - عبر الوصول إلى تطابق التكلفة ما يسهل عملية تنسيق الأسعار والمخرجات.
- كما ويمكن للهيئة، في بعض الظروف، أن تقرر أن أنواع أخرى من الاتفاقيات الأفقية بأنها غير تنافسية من حيث موضوعها أو آثارها³⁴.
- أما الاتفاقيات الرأسية هي جزء أساسي من معظم الصفقات التجارية. ويمكن أن تشمل أي اتفاقيات توريد، وترخيص، وتوزيع والحصول على وكالة أو امتياز. وبشكل عام، فإنه من غير المرجح أن ينجم عن الاتفاقيات الرأسية التي ترتبط بأجزاء مختلفة من سلسلة الإنتاج والتوزيع، نتائج غير تنافسية على عكس الاتفاقيات الأفقية. وبالرغم من أن هذه الاتفاقيات تحد من الحرية التجارية لطرف أو أكثر من أطراف الاتفاقية، إلا أنها قد تتضمن على العديد من الفوائد منها مواءمة المحفزات لأفرقاء الاتفاقية وذلك على مختلف مستويات سلسلة الإنتاج والتوزيع. وبالتالي فإن الهيئة تفترض على وجه العموم أن الاتفاقيات الرأسية لا تمنع المنافسة أو تؤدي إلى هبوطها ما لم يخلص قرار محدد إلى خلاف ذلك. لكن يمكن للاتفاقيات الرأسية أن تمنع المنافسة أو تؤدي إلى هبوطها في حال:

سياسة المنافسة 1 / 2015 الصادر بقرار رئيس هيئة تنظيم الاتصالات رقم (1) لسنة 2016.³⁴

- الحد من المخرجات
- تقاسم الأسواق والعملاء،
- التواطؤ في العروض،
- الحد من الاستثمارات أو التحكم بها أو استخدام البحث والتطوير،
- اتفاقيات تحديد أو فرض الحد الأدنى لأسعار إعادة البيع³³.

ويمكن للحظر أن ينطبق على أنواع مختلفة من الاتفاقيات غير التنافسية الأفقية والرأسية. والاتفاقيات الأفقية هي الاتفاقيات والممارسات المتفق عليها بين منشآت تعمل على المستوى عينه من سلسلة الإنتاج أو التوزيع. وبشكل عام، فإن هذه الاتفاقيات قد تمنع المنافسة أو تؤدي إلى هبوطها بطرق عديدة منها:

- عبر الحد من إمكانية قيام المنشآت بالتنافس فيما بينها أو فيما بينها وبين أطراف أخرى،
- عبر الحدّ من إمكانية قيام الأفرقاء باتخاذ القرارات بشكل مستقل نتيجةً لمساهمة كبيرة في الأصول في مشاريع مشتركة كالمحاصة على سبيل المثال،
- عبر الحدّ من إمكانية قيام الأفرقاء باتخاذ القرارات بشكل مستقل عبر مواءمة مصالح مالية كبيرة لكل فريق من أفرقاء الاتفاقية،

³³ سياسة المنافسة 1 / 2015 الصادر بقرار رئيس هيئة تنظيم الاتصالات رقم (1) لسنة 2016.

القوة السوقية عن طريق القيام بالتصرفات المضادة بالمنافسة والمجلس الأعلى للاتصالات هي الجهة التي تقرر ما إذا كان التصرف يشكل ممارسة مضادة للمنافسة أو إساءة لاستخدام الوضع المسيطر أو القوة السوقية في السوق.

وقد أصدر رئيس هيئة تنظيم الاتصالات بالقرار رقم (1) لسنة 2016 سياسة المنافسة والتي تستند إلى أحكام قانون الاتصالات القطري خصوصاً المادة 41 منه والتي تحظر مقدمي خدمات الاتصالات القيام بممارسات غير تنافسية، كما تمنع المادة 45 من قانون الاتصالات "أي شخص من أن يشارك في أي ممارسات تمنع المنافسة أو تؤدي إلى هبوطها" وبموجب الفقرة 2.1. من القرار المذكور، فإن من شأن الممارسات التي تتضمن اتفاقيات أو ممارسات متفق عليها بين منشآت مستقلة والتي تقييد السلوك التنافسي الطبيعي، أن تمنع المنافسة وأن تؤدي إلى هبوطها. وتصنّف الهيئة الاتفاقيات المحظورة ضمن الاتفاقيات التي تحمل قيوداً على المنافسة في "موضوعها"، وضمن الاتفاقيات التي تؤدي إلى "آثار" تمنع المنافسة أو تؤدي إلى هبوطها. فالاتفاقيات التي تحمل قيوداً على المنافسة في "موضوعها" غالباً ما تمنع بطبيعتها كل منافسة وتؤدي إلى هبوطها. لذا، وعند التحقيق في الاتفاقيات، تفترض الهيئة أن هذه الاتفاقيات تؤدي إلى منع المنافسة أو إلى هبوطها. والاتفاقيات التي تقييد المنافسة في موضوعها تتضمن خاصة على:

• تسعير توافقي،

(ي) أي عوامل أخرى ذات علاقة لتقدير وجود القوة السوقية في سوق معين³².

وقد أصدر المجلس الأعلى للاتصالات وتكنولوجيا المعلومات القطري إخطار وتوجيهات لمقدمي خدمة الاتصالات المشغلين لشبكات الاتصالات الثابتة والبنية التحتية للاتصالات والخدمات المرتبطة بها بشأن التصرفات المضادة للمنافسة بموجب أحكام قانون الاتصالات في أبريل 2011 وفقا للصلاحيات الممنوحة له بموجب أحكام المادة 40 من قانون الاتصالات والذي يخول المجلس الأعلى للاتصالات رصد ومنع أي استخدام للوضع المسيطر أو القوة السوقية في السوق والممارسات المضادة للمنافسة واتخاذ الإجراءات الملائمة لمواجهة إساءة استخدام الوضع المسيطر في السوق والممارسات المضادة للمنافسة من أجل تعزيز المنافسة وحماية مصالح العملاء والجمهور في دولة قطر.

وقد شمل الإخطار المذكور الممارسات المضادة للمنافسة أو إساءة استخدام السيطرة في السوق أو الوضع المسيطر والمتعلقة بالاتفاقات والترتيبات أو التفاهات المضادة للمنافسة والأحكام الإقصائية للغير والتعامل الحصري المضاد للمنافسة ورفض التعامل. وبموجب المادة 41 من قانون الاتصالات يحظر على مقدمي الخدمة القيام بالممارسات المضادة للمنافسة كما تمنع مقدمي الخدمة الذين لهم قوة سوقية مؤثرة في السوق أو وضع مسيطر في السوق من إساءة استخدام الوضع المسيطر أو

المادة 72 من القانون السابق الذكر.³²

"(أ) تعريف سوق أو أسواق الاتصالات المعنية فيما يتعلق بالمنتجات والمدى الجغرافي

(ب) تقييم القوة السوقية بناءً على مراجعة الخصائص الاقتصادية والسلوكية للسوق المعني ودراسة مدى وضع مقدم خدمة في التصرف باستقلالية عن العملاء والمنافسين سواء كان يعمل منفرداً أو بالاشتراك مع آخرين

ويجوز أن تتضمن المنهجية المعايير التالية لتقييم درجة القوة السوقية في سوق معني

(أ) الحصة السوقية

(ب) حجم الشركة الكامل والنسبي في السوق المعني

(ج) درجة السيطرة على المرافق والبنية التحتية التي تكون عديمة الجدوى الاقتصادية لشخص آخر ليقوم بتطويرها بهدف تقديم الخدمات في السوق المعني

(د) اقتصاديات المدى والمجال

(هـ) غياب القوة الشرائية المقابلة بما في ذلك خصائص انتقال العميل

(و) العوائق الهيكلية والاستراتيجية للدخول والتوسع

أما في قطر فبالرغم من وجود القانون رقم (19) لسنة 2006 بشأن حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية إلا أن قانون الاتصالات رقم (34) لسنة 2006 قد خص تنظيم المنافسة بسوق الاتصالات وقرر بإلغاء كل حكم يخالف أحكام القانون²⁹ انطلاقاً من أن تطوير أداء قطاع الاتصالات في الدولة، تكون من خلال تشجيع المنافسة³⁰. كما ومنح القانون إلى مجلس إدارة المجلس الأعلى للاتصالات وتكنولوجيا المعلومات سلطة إصدار اللائحة التنفيذية للقانون، وللأمين العام اللوائح الأخرى، كما يصدر القرارات والأوامر والقواعد والتعليمات والتعميمات اللازمة لتنفيذ أحكام القانون³¹.

وقد قرر مجلس إدارة المجلس الأعلى للاتصالات وتكنولوجيا المعلومات في قطر بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون الاتصالات رقم (1) لسنة 2009 والتي منحت إلى الأمانة العامة سلطة إصدار إخطار يحدد المعايير والمنهجية التي ستطبق في تحديد ما إذا كان هناك وجود للقوة السوقية المؤثرة في سوق معني محدد، وعلى الأمانة العامة نشر هذه المنهجية على الموقع الإلكتروني للمجلس الأعلى، ويجوز لها تعديلها من وقت إلى آخر. مع جواز اشتغال المنهجية للعناصر التالية:

المادة 7 من قانون الاتصالات القطري رقم 1 لسنة 2009.

المادة 2 من القانون السابق الذكر.

المادة 6 من القانون السابق الذكر.

كما وقد أصدرت هيئة تنظيم الاتصالات الإماراتي سياسة تنظيمية بحماية المنافسة في قطاع الاتصالات لتشجيع وحماية المنافسة في هذا القطاع من خلال التدخل الاستباقي واللاحق، ويتكون هذا الإطار من ثلاث أدوات تنظيمية: وهي السياسية التنظيمية لتدابير حماية المنافسة، والسياسية التنظيمية للتدابير الاستباقية لحماية المنافسة، والسياسية التنظيمية للتدابير اللاحقة لحماية المنافسة²⁸.

تعتبر اللوائح التنظيمية الاستباقية تطلعية في التطبيق وتتألف عادة من استخدام أدوات أو وسائل يسعى من خلالها المنظم للتدخل في تطوير السوق، وقد يسعى المنظم إلى تحقيق ذلك من خلال إدخال تدابير ترمي إلى إدخال قدر من المنافسة في الأسواق الحالية، أو لتهيئة الظروف التي من خلالها قد تطور المنافسة.

من جهة أخرى فإن اللوائح التنظيمية اللاحقة، ليست مصممة لتقديم المنافسة في السوق، وإنما للحفاظ على أي قدر من المنافسة قد يكون متوفراً من وقت لآخر حيث تميل اللوائح التنظيمية اللاحقة إلى ان تكون تفاعلية بطبيعة الحال وتوفر القواعد اللاحقة إطار تنظيمي للمنظم من أجل معالجة كل حالة على حدة عند وجود مزاعم عن سلوك مخل بالمنافسة الذي قد يؤدي إلى فشل السوق.

إرشادات تعريف السوق وتقييم المنافسة، هيئة تنظيم الاتصالات الإماراتي، 2010.28

القانون المذكور أي اتفاق أو ممارسة أو عمل يتعلق بسلعة أو خدمة معينة يمنح قانون أو نظام آخر اختصاص تنظيم قواعد المنافسة الخاصة به إلى أجهزة تنظيمية قطاعية ما لم تطلب تلك الأجهزة التنظيمية القطاعية خطياً من الوزارة توليها لهذا الأمر بشكل كامل أو جزئي ووافقت الوزارة على ذلك، "وتشمل هذه الاستثناءات القطاعات والأنشطة والخدمات الآتية- : أ- قطاع الاتصالات....."26.

ومع هذا الاستثناء فإن القانون الاتحادي رقم 3 لسنة 2003 في شأن تنظيم قطاع الاتصالات في دولة الإمارات العربية المتحدة لم يتضمن أي حكم بخصوص الأمر، إلا أن السياسة العليا لقطاع الاتصالات في دولة الإمارات العربية المتحدة الصادرة من هيئة تنظيم الاتصالات في الدولة قد قضت بفتح سوق الاتصالات المحلية أمام المنافسة بشكل تدريجي، بغية رفع كفاءة هذا القطاع، والارتقاء بنوعية المنتجات، والخدمات المقدمة للعملاء، وتنوع الخيارات المعروضة، وضمان توافرها. والتأكيد على استمرارية المنافسة عبر إيجاد الإطار التشريعي الملائم لحماية حقوق المؤسسات العاملة في هذا القطاع، وحماية حقوق المشتركين في خدمات الاتصالات27.

لسنة 4 رقم الاتحادي القانون تطبيق أحكام من المستثناة والأعمال والأنشطة ملحق بالقطاعات26 المنافسة. تنظيم شأن 2012 في

المتحدة 2006-2010. العربية الإمارات دولة الاتصالات في لقطاع العليا السياسة27

حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها²⁵.
وتطبيق شروط غير متكافئة لنفس الخدمات تجاه الشركاء التجاريين، مما
يحرّمهم من منافع المنافسة، وإخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم
خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود سواء بحكم بطبيعتها
أو حسب الأعراف التجارية.

ويتضح من نصوص قانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي شموله
بتنظيم المنافسة خصوصاً من الممارسات المقيدة للمنافسة والضارة به في
قطاع الاتصالات وبالتحديد قطاع التزويد بخدمات الهاتف المحمول من
خلال نصوص أمرّة تحظر القيام بالأعمال التي من شأنه التأثير على حرية
المنافسة.

الفرع الثاني

النظام العام التنافسي في سوق الهواتف المحمولة في قوانين

الاتصالات

تذهب بعض القوانين إلى استبعاد تطبيق قوانين المنافسة على قطاعات
معينة ومن بينها قطاع الاتصالات والتي تدخل فيها تقديم خدمات الهواتف
المحمولة، فيلاحظ القانون الاتحادي رقم 4 لسنة 2012 في شأن تنظيم
المنافسة لدولة الإمارات العربية المتحدة قد استثنت من تطبيق أحكام

بوبة عبد الوهاب، دور الابتكار في دعم الميزة التنافسية (دراسة حالة اتصالات الجزائر للهاتف²⁵
علوم التسيير، كلية العلوم في النقال – موبيليس)، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل درجة الماجستير
الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة قسطنطينية متنوري، 2012، ص174.

السوق مما يؤدي إلى تشجيع القطاعات الخاص والمختلط والعام وتطويرها دعماً للاقتصاد الوطني وحسن الانسيابية للسلع والخدمات²². إذن يهدف هذا القانون إلى تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الضارة بالمجتمع التي يقوم بها المستثمرون أو المنتجون أو المسوقون أو غيرهم في جميع النشاطات الاقتصادية²³. وتسري أحكام القانون المذكور على أنشطة الإنتاج والتجارة والخدمات التي يقوم بها الأشخاص الطبيعية والمعنوية داخل العراق كما تسري أحكامه على أية أنشطة اقتصادية تتم خارج العراق وتترتب عليها آثار داخله²⁴.

إن الهدف الأساس من تشريعات حماية المنافسة هو الحماية من الممارسات المقيدة للمنافسة والأعمال الاحتكارية والتي تتضمن الأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه خصوصاً إذا كان تؤدي إلى الحد من الدخول في السوق أو في ممارسة النشاطات التجارية، وكذلك تقليص أو مراقبة الإنتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمار أو التطور التقني، أيضاً اقتسام الأسواق أو مصادر التمويل. ويخل في ذلك عرقلة تحديد الأسعار

الأسباب الموجبة لقانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي رقم (14) لسنة 2010.

المادة من القانون السابق الذكر²³

الفقرة الأولى من المادة 3 من القانون المذكور كما نصت الفقرة 2 ثانياً من نفس المادة: "تسنتي²⁴ من حكم البند (أولاً) من هذه المادة القرارات التي تصدرها وزارة الصناعة والمعادن ووزارة التجارة بناء على تحويل من مجلس الوزراء في تحديد أسعار السلع والخدمات الأساسية بناء على قيام ظرف استثنائي طارئ وللمدة التي يتطلبها ظرف المذكور".

بها قوانين المنافسة ترمي إلى حماية السوق من الممارسات الضارة بالمنافسة والمخالفات الاحتكارية. وتشكل معظم القواعد التي يسعى المشرع من خلالها تحقيق ذلك قواعد نظام عام تنافسية لا يمكن مخالفتها.

المبحث الثاني

التنظيم التشريعي للنظام العام التنافسي في سوق الهواتف

المحمولة

إن قواعد النظام العام التنافسي في سوق الهواتف المحمولة من حيث التنظيم التشريعي تنقسم ما بين قواعد في القوانين المنظمة لحماية المنافسة وقواعد لحماية المنافسة في منظمة قوانين الاتصالات، ونرى دراسة الموضوع في فرعين أخذين بالاعتبار التقسيم المذكور.

الفرع الأول

النظام العام التنافسي في سوق الهواتف المحمولة في قوانين

حماية المنافسة

من بين التشريعات المنظمة للمنافسة التي لم تميز في سريان حكمها على جميع القطاعات، قانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي رقم (14) لسنة 2010، إذ صدر هذا القانون لضمان حرية المنافسة ومنع الاحتكار في الأسواق ولما للمنافسة ومنع الاحتكار من أهمية في خلق حافز لتخفيض الكلفة والسعر وتحسين الجودة بالنسبة للسلع والخدمات المعروضة في

المتعاملين الذين يحصلون إلى جانبهم على سلع وخدمات. وبالتالي يكون العرضون في تنافس لكي يتم تفضيلهم من قبل المستهلكين وهؤلاء الآخرون في تنافس للوصول إلى العروض المحدودة²⁰. ويعرفها آخرون بأنها "نظام من العلاقات الاقتصادية ينضوي تحته عدد كبير من المشترين والبائعين، وكل منهم يتصرف مستقلاً عن الآخر للبلوغ بربحه إلى الحد الأقصى، وهو نظام لا تخضع فيه الأسعار إلا لتفاعل قوى اقتصادية متحررة من أي قيد يفرض عليها، وهي قوى العرض والطلب"²¹.

لذا يمكن القول بان قواعد المنافسة تهدف في الأساس إلى ضمان السير الحسن للسوق وتحقيق الفاعلية، وبمعنى آخر، حماية هذه الأخيرة من كل ممارسة من شأنها المساس بهاتين الغايتين اللتين تبقيان في حد ذاتهما وسيلتين توصلان إلى غاية أكبر تتمثل في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلد على وجه الخصوص. ويظهر ذلك جلياً من خلال حظر الممارسات التي يكون موضوعها أو من آثارها منعاً وتضييقاً و عرقلة للحرية التنافسية عموماً في السوق. بعبارة أخرى فان قوانين المنافسة تأتي لتضمن وتكفل حرية ممارسة النشاط الاقتصادي للجميع على النحو الذي لا يؤدي إلى تقييد المنافسة الحرة أو منعها أو الإضرار بها وبذا فان القواعد التي تأتي

تيورسي محمد، قواعد المنافسة والنظام العام الاقتصادي، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية 20 والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص13. زوبير ارزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2011، ص 6.
عدنان باقي لطيف، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، أطروحة دكتوراه مقدمة 21 إلى مجلس كلية القانون، جامعة السليمانية، 2009، ص6. ينظر أيضاً بوحلايس إلهام، الاختصاص في مجال المنافسة، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسطنطينية متنوري، 2005، ص1.

على المُجهز والمعلن ممارسة الغش والتضليل والتدليس وإخفاء حقيقة المواد المكونة المواصفات المعتمدة في السلع والخدمات كافة. وأيضاً إنتاج أو بيع أو عرض أو الإعلان عن سلع وخدمات مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة¹⁸.

ويتبين لنا من أحكام النظام العام الواردة في القوانين الاقتصادية السابقة الذكر، أن تدخل الدولة من خلال النظام العام الاقتصادي يتجلى في أسلوبين:

الأول: أسلوب الحماية: فيقصد به المشرع حماية الطرف الضعيف في العلاقة القانونية.

الثاني: أسلوب التوجيه: ويقصد به المشرع توجيه المعاملات بما ينسجم مع التوجه الاقتصادية والسياسة الاقتصادية في الدولة¹⁹.

الفرع الثالث

النظام العام التنافسي

تقوم أساس المنافسة في السوق على قاعدة العرض والطلب، لذا يذهب الفقه إلى أن المقصود بالمنافسة تلك الوضعية التي يكون فيها المتعاملون الاقتصاديون أحراراً لعرض بضائعهم وخدماتهم في السوق، واختيار

المادة 9 من القانون السابق الذكر. 18
صبري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، البحرين، 2009، 19
ص 102-103.

العمل فيها، ممارسة أي وظيفة أو مهنة أو أي عمل آخر في القطاع الخاص ويكون ذا صلة بعمل الهيئة، أو تقديم أي خدمات أو استشارات بشكل مباشر أو غير مباشر، أو المشاركة في عضوية مجلس إدارة أي جهة تخضع لرقابة الهيئة أو أي جهة ذات صلة بها. ويُستثنى من ذلك أعمال المجالس واللجان التي تشكلها الدولة أو تشرف عليها¹⁵.

أما فيما يتعلق بقوانين حماية المستهلك نلاحظ النص على قواعد النظام العام في هذه القوانين بصورة صريحة كونها تهدف إلى حماية الجانب الضعيف في العلاقة، فبموجب قانون حماية المستهلك القطري رقم 8 لسنة 2008 يستفيد كل مقتن لأي منتج سواء كان جهازاً أو أداة أو آلة أو عتاداً أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون ويمتد هذا الضمان إلى الخدمات ويجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة، في حالة ظهور عيب بالمنتج، استبداله أو إرجاع ثمنه، أو تصليح المنتج أو تعديل الخدمة على نفقته. ويستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان المنصوص عليه أعلاه دون أعباء إضافية وقد أكد المشرع على كون هذه القاعدة من النظام العام باعتباره باطلاً كل شرط يخالف ذلك¹⁶. وكذلك هو الحال في قانون حماية المستهلك العراقي رقم 1 لسنة 2010 والذي منع الترويج بأية وسيلة من وسائل الإعلام والنشر والدعاية للسلعة أو الخدمة التي لا تتوفر فيها المواصفات القياسية المحلية أو الدولية المعتمدة¹⁷. كما حظر نفس القانون

المادة 20 من القانون السابق الذكر.¹⁵

المادة 24 من القانون السابق الذكر.¹⁶

الفقرة 5 من المادة 7 من القانون السابق الذكر.¹⁷

تعامل يجريه أي شخص في حال إخلاله وتعامله بالرغم من الحظر الوارد في الحكم المذكور¹¹.

وقد حظر قانون الأوراق المالية الأردني رقم 76 لسنة 2002 على الهيئة القيام بأي عمل تجاري أو المساهمة في المشاريع التجارية أو إقراض الأموال أو تملك أو إصدار الأوراق المالية¹². كما حظر القانون نفسه على أي مفوض ممارسة أي مهنة أو القيام بأي عمل بما في ذلك إشغال المنصب الوزاري أو عضوية مجلس الأمة أو أي منصب أو وظيفة في الحكومة وفي المؤسسات الرسمية العامة والمؤسسات العامة والبلديات وفي أي شركة أو مؤسسة، أو أن يكون له أي تأثير في اتخاذ القرارات في الجهات المذكورة أو أن يقدم المشورة لأي منها¹³.

وقد انتهج المشرع القطري النهج السابق الذكر للمشرع الأردني في القانون رقم (8) لسنة 2012 بشأن هيئة قطر للأسواق المالية إذ لم يجز بأن يكون للرئيس، أو نائبه، أو أي من أعضاء المجلس، أو الرئيس التنفيذي، أو أي من موظفي الهيئة، مصلحة شخصية مباشرة أو غير مباشرة في العقود التي تبرم مع الهيئة أو لحسابها، أو في المشاريع التي تقوم بها، أو في أي مجال آخر من مجالات نشاطها¹⁴. كما حظر على أعضاء المجلس والرئيس التنفيذي أو أي من موظفي الهيئة، أثناء توليهم

المادة 39 من قانون هيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية رقم 4 لسنة 2000.¹¹

الفقرة أ من المادة 9 من قانون الأوراق المالية الأردني رقم 76 لسنة 2002.¹²

الفقرة ب من المادة 11 من قانون الأوراق المالية الأردني رقم 76 لسنة 2002.¹³

المادة 19 من قانون هيئة قطر للأسواق المالية رقم 8 لسنة 2012.¹⁴

إصدار لوائح خاصة بحماية المستهلك لخدمات الهواتف المحمولة وأيضاً حماية المستهلك في قطاع الطيران المدني. ومن القوانين التي شملتها التطورات في مجال القوانين الاقتصادية كانت بتشريع قوانين تحمي المنافسة في السوق من الاحتكار. وعلى غرار قوانين حماية المستهلك فقد جاءت قوانين حماية المنافسة في صور التشريعات العادية والتشريعات الفرعية أيضاً. فقد أصدر بعض الدول ومنها تركيا لوائح لحماية المنافسة في قطاعات معينة كقطاع الطاقة وقطاع المواصلات والاتصالات وقطاع إنتاج السمنت وقطاع تجارة منتجات التبغ والكحول.

وقد تضمنت القوانين المذكورة قواعد عديدة متعلقة بالنظام العام والتي جاءت لاعتبارات مختلفة. فالقانون المؤقت لسواق العراق للأوراق المالية رقم 74 لسنة 2004 جاء بقاعدة تمنع حكومة العراق في أن تكون لها مصلحة ملكية أو أي ريع أو موجودات في السوق¹⁰. أما القانون الاتحادي رقم (4) لسنة 2000 في شأن هيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية والسلع لا يسمح لأي شخص أن يتعامل بالأوراق المالية بناءً على معلومات غير معلنة أو مفصح عنها يكون قد علم بها بحكم منصبه. كما منع القانون المذكور أي شخص نشر الشائعات عن بيع أو شراء الأسهم كما لا يجوز لرئيس وأعضاء إدارة أية شركة أو موظفيها استغلال معلوماتهم الداخلية عن الشركة في شراء الأسهم أو بيعها في السوق، وحكم بالبطلان على كل

الفقرة الأولى من المادة الثامنة من قانون سوق العراق للأوراق المالية الصادر بأمر سلطة الائتلاف¹⁰ المؤقتة رقم 74 لسنة 2003.

عنها لقيام علاقات سليمة بين المواطنين، بما يناسب علاقاتهم الاقتصادية⁹. إلا أن ما يمكن الجزم به أن قواعد النظام العام هي مجموع القواعد التي تمس المصالح العليا للمجتمع، الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية، والتي تعلق على مصالح الأفراد، ولا يجوز للأفراد مخالفتها بالاتفاقات التي يبرمونها فيما بينهم ويترتب البطلان على الاتفاقات المبرمة بشأنها.

الفرع الثاني

النظام العام الاقتصادي

أضحى النظام الاقتصادي في عصرنا الحالي عصب الحياة وتبدلت مع هذا المفهوم النظم السياسية وأثرت على نحو فعال في الحياة الاجتماعية. ولا يخفى أن هذه التطورات في المجال الاقتصادي استوجب تدخل المشرع بالمعالجة وبالتحديد في دول منطقة الشرق الأوسط فبعد ما كان الاقتصاد الشامل هو الذي يحكم السوق لعقود طويلة سلكت هذه الدول طريق الانتقال تدريجياً إلى اقتصاد السوق، فكانت المرحلة الانتقالية حافلة بإصدار مجموعة من القوانين المتعلقة بالنظام العام الاقتصادي لعل من أبرزها القوانين المنظمة للتعامل بالأوراق المالية وسوق الأوراق المالية، وشملت هذه التغييرات بإصدار قوانين حماية المستهلك من خلال التشريعات العادية و إصدار لوائح من خلال التشريعات الفرعية كما في

فيصل نسيغة، رياض دنش، النظام العام، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، 9 صادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة، مارس 2008، ص 164.

او مخالفاً للنظام العام او للأداب. فمصير العقد هو البطلان فيما إذا كان مخالفاً للنظام العام⁷. وفي هذا الخصوص تنص المادة 130 من القانون المدني العراقي "1 – يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام او للأداب والا كان العقد باطلاً. 2 – ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالاحوال الشخصية كالأهلية والميراث والاحكام المتعلقة بالانتقال والاجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية"⁸.

وقد تنوعت التعاريف الخاصة بالنظام العام فقد ذهب الفقه بانه مجموعة الشروط والقواعد اللازمة للأمن والأداب العامة والتي لاغنى

تنص المادة 132 من القانون المدني العراقي⁷

1 – يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقدون دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام أو للأداب.

2 – ويفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك.

3 – أما إذا ذكر سبب في العقد فيعتبر انه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك.

تنص المادة 131 من القانون المدني العراقي⁸

1 – يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلأئمه أو يكون جارياً به العرف والعادة.

2 – كما يجوز أن يقترن بشرط نفع لأحد العاقدين أو للغير اذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للأداب والا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً.

لمخالفته للنظام العام عليه، فاشتراط المؤجر على المستأجر بعدم دفع ضريبة العقار يعتبر باطلاً.

ب. القوانين المنظمة لأحكام المعاملات المالية تضم الكثير من الأحكام المتعلقة بالنظام العام. ومن هذه الأحكام ما ترمي إلى حماية الجانب الضعيف. فمن ذلك عدم جواز الاتفاق على سعر للفائدة يجاوز الحد الأعلى الذي ينص عليه القانون. ويقع باطلاً كذلك الاتفاق الذي ينزل به العامل عن التعويض الذي يفرضه له القانون عند إصابته أثناء العمل⁶.

ونجد في القانون المدني القطري العديد من الأحكام التي تقضي بالبطلان لمخالفتها للنظام العام منها المادة 151 والتي تقضي ببطلان العقد إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام. وكذلك المادة 242 والتي تقض بعدم قيام التزام طبيعي يخالف النظام العام. أما في القانون المدني الأردني فإنه بموجب أحكام الفقرة الثانية من المادة 163 يكون العقد باطلاً فيما إذا منع الشارع التعامل في شيء أو كان مخالفاً للنظام العام وبموجب المادة من نفس القانون 165 إذا كان سبب العقد مخالف للنظام العام فإنه يعد باطلاً. كما وأنه بموجب المادة من القانون المذكور 397 يبطل التصرف إذا علق وجوده على شرط مخالف للنظام العام.

وبالنسبة للقانون المدني العراقي نجد المادة 75 منه ينص على انه "يصح ان يرد العقد على أي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون

عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص 205.⁶

إن نسبية النظام العام وتغيره باختلاف الزمان والمكان يجعل من الصعب تحديد مفهومه بصورة دقيقة. فهو نسبي النطاق تضيق وتتسع تبعاً لدرجة تطور المجتمع ولتغلب المذاهب الاجتماعية والاقتصادية فيه وهي تختلف باختلاف الزمان والمكان وما يعد من النظام العام في جيل ما قد لا يعد كذلك في جيل آخر⁴. وفكرة النظام العام في حد ذاتها فكرة مرنة ومتطورة ومتغيرة تتغير بتغير الزمان والمكان. وتبعاً لتغير الأسس التي يقوم عليها تنظيم المجتمع، وهي فكرة معيارية، ومعيارها دائماً المصلحة العامة⁵.

وتضيق فكرة النظام العام وتتسع باختلاف فروع القوانين، وفيما يتعلق بهذه الفكرة في القوانين المالية وقوانين المعاملات المالية والتي تتركز حولها موضوع البحث نجد أن:

أ. القوانين التي تمس مالية الدولة تعتبر من النظام العام، ويعتبر كل اتفاق على مخالفتها باطلة، فالإتفاق على التهرب الضريبي يعتبر باطلاً

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية⁴ الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 401. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، بغداد، بدون سنة الطبع، ص 200. سلطان عبد الله محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد، 43، صادرة عن كلية الحقوق جامعة الموصل، 2010، ص 85.

عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر⁵ الالتزام، منشورات جامعة جيهان الخاصة، أربيل، 2011، ص 279.

التي تتولى مراقبة خضوع الشركات المقدمة لخدمات الهاتف المحمول للنظام العام التنافسي من عدمه في حالة التنظيم الإستباقي وهل هي الجهة ذاتها التي توقع الجزاءات في حالة التنظيم اللاحق للأخلال بالنظام العام؟

وما هي الجزاءات المدنية المترتبة على الإخلال بالنظام العام التنافسي؟ هل هي ذات الجزاءات المترتبة على الإخلال بقواعد النظام العام الاقتصادي أم أنه مختلف عنه؟ وهل أن الجزاءات المترتبة على الإخلال بالنظام العام التنافسي في سوق الهواتف المحمولة هي ذاتها فيما لو كانت مشرعة في قوانين خاصة بقطاع الاتصالات وسوق الهواتف المحمولة عن تلك التي لم تنظم بقوانين خاصة بل كانت خاضعة للأحكام العامة لقوانين المنافسة.

المبحث الأول

مفهوم النظام العام التنافسي

نرى دراسة مفهوم النظام العام التنافسي من خلال ثلاثة فروع نبين في الأول منها مفهوم النظام العام وفي الثاني مفهوم النظام العام الاقتصادي أما في الثالث فنعرج فيها إلى النظام العام التنافسي.

الفرع الأول

مفهوم النظام العام

ويتجلى دور النظام العام التنافسي في سوق الهواتف المحمولة في التصدي للاتفاقات التي تحد أو تمنع أو تخل بالمنافسة، وأيضاً الاتفاقات التي ترمي إلى تحديد الأسعار، تقاسم الأسواق، الإمداد التواطئي، التعامل الحصري والتسعير الافتراضي، التسعير غير العادل أو المفرط، التبادل البيئي المخل بالمنافسة، الاعتصار الهامشي، التحريم أو الربط المخل بالمنافسة، رفض الإمداد المخل بالمنافسة، تدني الخدمة، التمييز ضد المنافسين، الحسومات المخلّة بالمنافسة، إساءة استخدام المعلومات.

تساؤلات البحث

إلى جانب التساؤلات المتعلقة بالنظام العام والنظام العام الاقتصادي والتنافسي يركز البحث على الإجابة على عدد من التساؤلات الهامة المتعلقة بالموضوع ومنها: مدى جدوى قواعد النظام العام التنافسي في الاكتفاء كضابط لتنظيم المنافسة في سوق الهواتف المحمولة؟ وهل من ضرورات لتشريع خاص بتنظيم آليات النظام العام التنافسي في هذا السوق؟ ماذا لو وجد بين نصوص قانون المنافسة وقانون المنافسة في سوق الهواتف المحمولة تعارض؟ وإذا كان مثل هذا التشريع مطلوباً فهل يستوجب ذلك إدخال نصوص ضمن قانون الاتصالات أم أنه لا بد من قانون مستقل ينظم المسألة؟ وما هو نوع التشريع الذي يستلزم لمعالجة الموضوع، التشريع عادي أم من الممكن تنظيمه عن طريق التشريع الفرعي (اللوائح والأوامر)؟ وما هي الآليات القانونية التي تدخل ضمن نطاق النظام العام التنافسي في سوق الهواتف المحمولة؟ وما هي الجهة

وقد برزت في الأونة الأخيرة فكرة النظام العام الاقتصادي وخصوصاً في إطار المنافسة في السوق وحماية المستهلك. وبناء على ذلك ذهب الفقه إلى وجود نظام عام تنافسي يهدف إلى حماية المنافسة بغية قطع الطريق أمام الممارسات المخلة بالمنافسة في السوق. وقد تصدت التشريعات الخاصة بالمنافسة إلى هذا الأمر بالمعالجة ورتبت على الإخلال به جزاءات مدنية وجنائية.

وفي هذا الإطار يلاحظ تميز سوق الهواتف المحمولة عن غيرها من الأسواق الأخرى بحصرية المنافسة بين عدد من الشركات تقدم الخدمة. من هنا يلاحظ أن من التشريعات ما تذهب إلى تطبيق قواعد المنافسة في السوق المنصوص عليها في قانون المنافسة على جميع القطاعات من دون استثناءات كما هو الحال بالنسبة للقانون العراقي. في حين أن من التشريعات ما تراعي الدور المهم والمتميز لقطاع الاتصالات والمنافسة فيها، فتشرع لها قواعد خاصة بالمنافسة كما هو الحال بالنسبة للقانون القطري والقانون الأردني. واستناداً على ما سبق يمكن القول بان المشرع قد يكتفي بقواعد النظام العام التنافسي في تنظيم سوق الهواتف المحمولة، وقد يرى أن ذلك ليس مجدياً لذا يأتي بقواعد خاصة كنظام عام تنافسي في هذا السوق من خلال تشريعات خاصة. وبالتحديد فان من الممارسات المخلة بالمنافسة ما تختص بهذا السوق دون غيره كالربط البيني وإساءة استخدام المعلومات.

public order competitive position in the mobile phone market where to look in the competitive public order in the mobile phone market in the protection of competition and public order laws competitive In the mobile phone market in the Protection of Competition, as well as legal mechanisms to protect the competitive position of public order in the mobile phone market in the telecommunications laws of laws, we have been dedicated fourth section to determine the competent authority to protect the competitive public order pre-emptive and post in the mobile phone market in competition laws and the laws of Communications has overall research conclusion included the most important conclusions and recommendations that have been reached. Through the study.

Keywords: *Public order, Telecommunicaton law, Competition law*

المقدمة

إن فكرة النظام العام ترتبط بشكل وثيق بكل فروع القانون، ويبيغي المشرع حماية هذا النظام على أساس انه من المقومات الأساسية للمجتمع. كما ولا يختلف الفقه على أن النظام العام فكرة نسبية يتباين باختلاف المكان والزمان. لهذا لم يكن من المستطاع حصر مفهومه وأيضا تحديد نقطة بدايته ونهايته. وكان لذلك أثر على عدم اتفاق الفقه بصدد تعريفه كما كان له الأثر في التطور المستمر والمتجدد لمفهومه.

قوانين حماية المنافسة والنظام العام التنافسي في سوق الهواتف المحمولة في قوانين الاتصالات، والبحث في الأليات القانونية لحماية النظام العام التنافسي في سوق الهواتف المحمولة بدراسة الأليات القانونية لحماية النظام العام التنافسي في سوق الهواتف المحمولة في قوانين حماية المنافسة وكذلك الأليات القانونية لحماية النظام العام التنافسي في سوق الهواتف المحمولة في قوانين الاتصالات، وقد خصصنا المبحث الرابع لتحديد الجهة المختصة بحماية النظام العام التنافسي الاستباقي واللاحق في سوق الهواتف المحمولة في قوانين المنافسة وقوانين الاتصالات وقد ختمنا البحث بخاتمة تضمن لأهم الاستنتاجات والتوصيات التي تم التوصل إليها. من خلال الدراسة.

Abstract

The research is marked by ((competitive public order in the mobile phone market: Comparison Study)) came to study the idea of the overall economic system, especially in the context of competition in the mobile phone market, with excellence mobile phone market notes from other market exclusivity competition between a number of companies that provide the service. From here we discussed the subject from all sides we have adopted in the first part, the statement of the concept of competitive public order through a statement the concept of public order, as well as the overall economic system and competitive public order, and then we discussed in Section II of the legislative regulation of

النظام العام التنافسي في سوق الهواتف المحمولة: دراسة مقارنة

د. ناصر خليل جلال¹ د. امانح رحيم أحمد² د. محمد سعود العنزي³

الملخص

إن بحثنا الموسوم بـ ((النظام العام التنافسي في سوق الهواتف المحمولة: دراسة مقارنة)) أتت جاءت لدراسة فكرة النظام العام الاقتصادي وخصوصاً في إطار المنافسة في سوق الهواتف المحمولة، إذ يلاحظ تميز سوق الهواتف المحمولة عن غيرها من الأسواق الأخرى بحصرية المنافسة بين عدد من الشركات التي تقدم الخدمة. من هنا بحثنا في الموضوع من جميع الجوانب فقد اعتمدنا في المبحث الأول بيان مفهوم النظام العام التنافسي من خلال بيان مفهوم النظام العام وأيضاً النظام العام الاقتصادي و النظام العام التنافسي، ومن بعد ذلك تطرقنا في المبحث الثاني للتنظيم التشريعي للنظام العام التنافسي في سوق الهواتف المحمولة من حيث البحث في النظام العام التنافسي في سوق الهواتف المحمولة في

¹ أستاذ القانون المدني – كلية الحقوق جامعة البحرين

² سكرتير مجلس الوزراء – حكومة إقليم كردستان العراق

³ أستاذ القانون التجاري المساعد – كلية الحقوق جامعة البحرين

قرار المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, قرار بتاريخ:
1998/12/25, ملف رقم: 56098, المجلة القضائية 1999,
العدد 04, ص: 102.

Rennes, Ch., Civ., 18/5/1925, D., 1953, n 13.. CA.CF

الحقوق والعلوم السياسية, جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان, 1431 هـ (2010 م).

ثالثاً: النصوص القانونية.

قانون الأسرة الجزائري الصادر بموجب القانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق 4 مايو سنة 2005 يتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 الذي يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984.

القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007 المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد 31 بتاريخ: 13 مايو 2007.

رابعاً: الأحكام القضائية.

حكم محكمة النقض المصرية, نقض مدني بتاريخ: 1977/03/22, مجموعة أحكام النقض, عدد 37, ص: 133.

قرار المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, 1989-12-25, ملف 34089, المجلة القضائية 1990, عدد 4, ص: 102.

بن شويخ الرشيد, شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل; دراسة مقارنة
لبعض التشريعات العربية, (الجزائر: دار الخلدونية للنشر, القبة
القديمة, 1430 هـ 2008 م), ط 1.

جانم جميل فخري محمد, مقدمات عقد الزواج (الخطبة) في الفقه والقانون,
(الأردن: دار الحامد للنشر والتوزيع, 1431 هـ 2009 م), ط 1.

شحاتة شفيق, النظرية العامة للإلتزام في الشريعة الإسلامية, (القاهرة:
مطبعة الإعتقاد, 1355 هـ 1936 م), ج 1.

صقر نبيل , قانون الأسرة نصاً وفقهاً وتطبيقاً, (الجزائر: دار الهدى,
1426 هـ 2006 م), ط 1.

عبد المولى طه, التعويض عن الأضرار الجسدية في ضوء الفقه وقضاء
النقض الحديث, (مصر: دار الكتب القانونية, 1423 هـ 2002 م).

فوزي محمد, نظرية الضمان في الفقه الإسلامي, (الكويت: مكتبة التراث,
1403 هـ 1983 م), ط 1.

محنة محمد, الخطبة والزواج, (الجزائر: دار الشهاب, 1420 هـ 2000
م), ط 2.

ثانياً: الرسائل العلمية.

إلياس مسعودة نعيمة, التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج
والطلاق -دراسة مقارنة-, أطروحة دكتوراه, (الجزائر: كلية

الظاهري ابن حزم, المحلى, تحقيق: أحمد محمد شاكر, (بيروت: المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع, بدون سنة نشر), ج 8.

القُدومي عبير ربحي شاكر, التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية, (الأردن: دار الفكر, 1428 هـ 2007م), ط 1.

القرافي أحمد بن إدريس, أنوار البروق في أنواء الفروق, (بيروت: عالم الكتب, بدون سنة نشر), ج 1

النجار عبد الله مبروك, التعويض عن فسخ الخطبة: أسسه ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون, (القاهرة: دار النهضة العربية, 1423 هـ 2002م), ط 3.

بلتاجي محمد, دراسات في أحكام الأسرة, (القاهرة: مكتبة الشباب, 1411 هـ 1990م),

بلحاج العربي, النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري, (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية, 1422 هـ 2001م), ط

.1

بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري, (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية, 1426 هـ 2005م), ج 2.

السعدي محمد صبري, مصادر الإلتزام: النظرية العامة للإلتزامات,
(الجزائر: دار الكتاب الحديث, 1424 هـ 2003 م), ط 1, ج 2.

السعدي محمد صبري, شرح القانون المدني الجزائري, (الجزائر: دار
الهدى للطبع والنشر والتوزيع, 1425 هـ 2004 م), ط 2.

السنهوري عبد الرزاق, الوسيط في شرح القانون المدني, (لبنان: دار إحياء
التراث العربي, 1385 هـ 1966 م), ط 1.

السنهوري عبد الرزاق, الوسيط في شرح القانون المدني, (الإسكندرية:
شركة الجلال للطباعة, 1424 هـ 2003 م), ج 1.

السيد عبد السميع أسامة, التعويض عن الضرر الأدبي: دراسة تطبيقية في
الفقه الإسلامي والقانون, (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة,
1428 هـ 2007 م), ط 1.

السيوطي، الأشباه والنظائر, (القاهرة: مطبعة مصطفى البابي الحلبي,
1379 هـ 1959 م), ط 2.

الشرقاوي جميل, دروس في النظرية العامة للإلتزام, (القاهرة: دار
النهضة العربية, 1406 هـ 1986 م), ط 1, ج 1.

الصابوني عبد الرحمان ، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي; وما عليه
العمل في دولة الإمارات العربية المتحدة، (الكويت: مكتبة الفلاح
للنشر والتوزيع, 1408 هـ 1987 م), ط 1.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: الكتب.

ابن نجيم, شرح الأشباه والنظائر, (بيروت: دار الكتب العلمية, 1420 هـ
1999 م), ط 1, ج 3.

أبو زهرة محمد, الأحوال الشخصية, (القاهرة: دار الفكر العربي, 1377
هـ 1957 م).

أبو زهرة محمد ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره, (القاهرة: دار الفكر
العربي, 1391 هـ 1971 م).

الأشقر عمر سليمان، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني,
(عمان: دار النفائس للنشر والتوزيع, 1422 هـ 2001 م), ط 2.

الأشقر عمر سليمان، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق, (عمان:
دار النفائس للنشر والتوزيع, 1420 هـ 2000 م), ط 1.

الدريني محمد فتحي ، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي, (بيروت: مؤسسة
الرسالة, 1415 هـ 1994 م), ط 1, ج 1.

السباعي مصطفى, شرح قانون الأحوال الشخصية, (بيروت: المكتب
الإسلامي, دار الورق, 1421 هـ 2000 م), ط 2, ج 1.

حسب جسامة الضرر اللاحق, وعلى أن يشمل ما لحق المضرور من
خسارة وما فاتته من كسب.

وأخيراً, بناء على ما ذكر من حقائق, نوصي المشرع الجزائري
بضرورة تحديد أسس وتقدير التعويض في قانون الأسرة, ضماناً لحقوق
المتخاصمين من جهة, ولفتح الباب لرقابة المحكمة العليا على أحكام
القضاة من جهة أخرى; وكننتيجة لذلك يجب التقييد من سلطة قاضي شؤون
الأسرة في مجال تقدير تعويض ضرر العدول عن الخِطبة.

وعلى صعيد آخر, العدول عن الخِطبة قد يكون من طرف, والسبب
في هذا العدول يكون من الطرف الآخر, ومن خلال النص الوارد في قانون
الأسرة الجزائري (المادة الخامسة في فقرتها الثانية) يتضح بأن الطرف
العادل عن الخِطبة هو المسؤول في كل الأحوال عن التعويض حتى وإن
كان الطرف الثاني هو المتسبب في هذا العدول, لذلك يجب على المشرع
الجزائري إعادة النظر في هذه النقطة, وترتيب مسؤولية التعويض بالنسبة
للطرف الذي يتسبب في العدول, وليس الطرف الذي يبادر إلى هذا العدول.

بخلاف الضرر الإحتمالي الذي لا يستحق التعويض إلا إذا أصبح محقق الوقوع.

- انقسم الفقه الإسلامي المعاصر بخصوص مدى وجوب التعويض عن ضرر العدول عن الخِطبة إلى اتجاهين: الإتجاه الأول يرى وجوب التعويض عن ضرر العدول ودون تفريق بين الضرر المادي والمعنوي; ذلك أن كل حق مقيد بمنع الضرر في الفقه الإسلامي قصداً أو مآلاً أياً كان منشئه. بينما يرفض الإتجاه الثاني التعويض عن ضرر العدول عن الخِطبة; ذلك أن حق العدول مقرر شرعاً للخاطب والمخطوبة, والمقرر أن "الجواز الشرعي ينافي الضمان", ومن يستعمل ما أجاز له الشرع لا يكون مسؤولاً عما يترتب عن ذلك الإستعمال, إنما تنشأ المسؤولية عند المجاوزة والإعتداء, والعدول عن الخِطبة لا يعتبر اعتداءً إنما استعمال لحق العدول.

- تَبَيَّنَ المشرع الجزائري في قانون الأسرة حق الطرفين في العدول عن الخِطبة بمقتضى المادة الخامسة (05) في فقرتها الثانية المذكورة أعلاه, وعلى صعيد مقابل أجاز التعويض عن ضرر العدول عن الخِطبة, بالرغم من عدم بيانه لنوع هذا التعويض ولا لكيفية تقديره, إنما ترك ذلك لتقدير قاضي الموضوع على أن يقوم بذلك تبعاً للظروف, فقد يتخذ هذا التعويض الطابع العيني فيحكم القاضي بإعادة الحال إلى ما كان عليه, ويشمل ذلك إعادة المهر والهدايا المقدمة من الخاطب للمخطوبة, كما قد يكون التعويض بمقابل نقدي يقدره القاضي على

يوم الحكم به لأن الضرر قد يخف كما قد يزداد, وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك.

خاتمة:

لقد اتضح لنا بعد هذا العرض لأحكام التعويض عن ضرر العدول عن الخِطبة مجموعة من الحقائق التي نجلها في الآتي:

- عدم تعرض الفقهاء القدامى لمسألة العدول عن الخِطبة, ذلك أن الخِطبة إنما هي وعد بالزواج, والوفاء بهذا الوعد يعتبر واجباً أخلاقياً, والعدول عنه مذمة أخلاقية ودينية. بخلاف الفقه الإسلامي المعاصر الذي انقسم إلى اتجاهين: الإتجاه الأول يرى عدم جواز العدول عن الخِطبة نظراً لما في ذلك من إخلاف للوعد والرجوع عن القول. واتجاه ثان يرى جواز العدول عن الخِطبة, وإن كان من الأفضل تركه ما لم يوجد ما يبرره. الإتجاه الأخير الذي سايره المشرع الجزائري في قانون الأسرة صراحة بموجب أحكام المادة الخامسة (05) في فقرتها الثانية, والتي جاء فيها: "يجوز للطرفين العدول عن الخِطبة...".

- يكون الضرر المترتب عن العدول عن الخِطبة قابلاً للتعويض متى كان محققاً; بمعنى أن يكون قد وقع فعلاً أو أن يكون وقوعه في المستقبل على نحو مؤكد, وأن يكون هذا الضرر مباشراً وبسبب العدول لا بسبب آخر, فإذا انتفت صلة الربط بين الضرر والعدول, فلا يكون حينها موجباً للتعويض, ويستوي في ذلك أن يكون الضرر مادياً أو معنوياً,

ويراعي القاضي في تقدير التعويض الظروف الملازمة لوقوع الضرر؛ أي الظروف الشخصية التي تتصل بحالة المتضرر الصحية والمالية والعائلية، كما يراعي الظروف الشخصية والمالية للمسؤول، فالضرر يقدر تقديراً ذاتياً وشخصياً⁽⁵⁹⁾، ولا يجب أن يتجاوز التعويض بأي حال من الأحوال مقدار الضرر، وذلك ما نصت عليه المادة 131 من القانون المدني الجزائري، حيث جاء فيها: "إذا لم يتيسر للقاضي وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروور بالحق في طلب التعويض خلال مدة معينة وذلك بالنظر من جديد في التعويض، وللقاضي أن يحكم للمضروور بنفقة وقتية إذا ثبت له أن المضروور يستحق التعويض".

أما بخصوص وقت تقدير التعويض، فلا يثير أي إشكال إذا ما استمر الضرر في مداه؛ أي على ما هو عليه من يوم وقوعه إلى وقت صدور الحكم، لكن الإشكال يُثار إذا تغير الضرر بالزيادة أو النقصان من يوم وقوعه إلى غاية تاريخ صدور الحكم، والرأي الراجح أن وقت نشوء الحق في التعويض هو الوقت الذي نشأ فيه الضرر، أما الوقت الذي يؤخذ به عند تقدير الضرر فهو يوم صدور الحكم؛ وذلك لأن الضرر ليس من الثابت أن يظل على حاله⁽⁶⁰⁾. ففي حال العدول عن الخطبة يعتبر وقت نشوء الحق في التعويض هو يوم العدول عن الخطبة، أما وقت تقدير التعويض فهو

(59) بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج 2، ص: 269.
(60) عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة: أسسه ومدى مشروعيتها في الفقه الإسلامي والقانون، ط 3، ص: 115.

التعويض بنشر حكم إدانة المدعى عليه في الصحف, ليكون بذلك تعويض بمقابل غير نقدي⁽⁵⁶⁾.

أما التعويض بمقابل نقدي فهو التعويض الغالب في دعاوى المسؤولية التقصيرية, بحيث إذا تعذر التعويض العيني يجوز الحكم بتعويض المتضرر بمقابل نقدي, والأصل أن يكون التعويض النقدي مبلغاً معيناً يتم تقديمه دفعة واحدة, لكن يمكن أن يحكم القاضي بتجزئة المبلغ المحكوم به إلى أقساط في شكل إيراد مرتب, كما يصح أن يحكم القاضي بدفع المبلغ إلى شخص ثالث, على أن يلزم المدين بتقديم تأمين أو أن يودع مبلغاً كافياً لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به, وهو ما نصت عليه المادة 132 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها: "... ويصح أن يكون إيراداً مرتباً, ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين أن يقدم تأميناً".

يتحدد نطاق التعويض على أساس الضرر الذي لحق بالمتضرر, والذي يشمل ما لحق المتضرر من خسارة وما فاتته من كسب⁽⁵⁷⁾, ويشمل التعويض في المسؤولية التقصيرية كل الأضرار المباشرة مادية كانت أو معنوية, متوقعة أو غير متوقعة, في حين أن الضرر في المسؤولية العقدية لا يكون إلا عن الأضرار المباشرة والمتوقعة⁽⁵⁸⁾.

(56) عبد الله مبروك النجار, التعويض عن فسخ الخطبة: أسسه ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون, ط 3, ص: 106.

(57) المادة 182 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر.

(58) بلحاج العربي, النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري, (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية, 1422 هـ 2001 م), ط 1, ج 2, ص: 268.

أولاً: التعويض العيني عن ضرر التعسف في العدول عن الخِطبة.

ويتخذ فيه التعويض شكل التنفيذ العيني, أو الوفاء بالتعويض عينياً; أي إعادة الحال إلى ما كان عليه, حيث نجد هذا النوع من التعويض في الإلتزامات التعاقدية عادة, والقاضي ملزم بالحكم به إذا كان ممكناً⁽⁵⁴⁾. ويمكن تصور التعويض العيني في المسؤولية التقصيرية, ففي مجال العدول عن الخِطبة إذا كان من عدل قد استولى على مال من الطرف الآخر أثناء فترة الخطوبة, كالمهر والهدايا المقدمة للمخطوبة مسبقاً, فإن التعويض العيني يكون بإرجاع المهر إلى الخاطب, وقد يكون الخطأ متمثل في إشاعة كذبة مثل تشويه سمعة المخطوبة من طرف خاطبها, فيمكن حينها للقاضي وبناء على طلب الطرف المتضرر أن يلزمه بنشر تكذيب لما قاله, فيكون ذلك بمثابة تعويض عيني⁽⁵⁵⁾.

ثانياً: التعويض بمقابل عن ضرر التعسف في العدول عن الخِطبة.

عادة ما يكون التعويض بمقابل نقدي; أي تقويم الضرر بمبلغ نقدي والحكم به, ولكن قد يكون التعويض بمقابل غير نقدي في الأحوال التي يتعذر فيها على القاضي الحكم بالتنفيذ العيني في المسؤولية التقصيرية, مثل دعاوى السب والقذف حيث يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل

(54) محمد صبري السعدي, شرح القانون المدني الجزائري, (الجزائر: دار الهدى للطبع والنشر والتوزيع, 1425 هـ 2004 م), ط 2, ص: 156.

(55) محمد صبري السعدي, شرح القانون المدني الجزائري, ص: 156.

ويمكن القول هنا أن التعويض عن ضرر العدول في هذه الحالة يكون بديلاً عن الالتزام بالوفاء بالوعد، لأن الوعد هنا ينتهي بالعدول، وأن التعويض لا يكون إلا إذا صاحبت العدول ظروف وملابسات من شأنها إلحاق الضرر بالطرف الآخر⁽⁵³⁾.

وعليه يجب على القاضي أن يراعي مسألة مهمة، وهي أنه إذا تبين له أن طرفاً من أطراف الخطوبة قد تسبب في العدول، بأن غرر بالطرف الآخر، مما دفعه إلى العدول عن الخطبة، جاز له أن يقضي على الطرف المتسبب بالتعويض للطرف الآخر.

أما بخصوص كيفية تعويض الضرر المترتب عن التعسف في العدول عن الخطبة، فطبقاً لنص المادة 132 من القانون المدني الجزائري، يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض أقساطاً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً.

ويقدر التعويض بالنقد، ويجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كان عليه، أو أن يحكم -على سبيل التعويض- بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع.

(53) نبيل صقر، قانون الأسرة نصاً وفقهاً وتطبيقاً، ص: 15.

الفرع الثاني: كيفية التعويض عن الضرر.

يخضع التعويض عن ضرر العدول عن الخِطبة للقواعد العامة في القانون المدني الجزائري، كما يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فإن رأى هذا الأخير أن الأفعال الصادرة عن الطرف العادل لا تسبب أي ضرر فلا يحكم بالتعويض، ومثال ذلك كأن يندفع أحد الخاطبين تحت تأثير الخطبة إلى تأنيث منزله، فهنا لا يعتبر خاسراً أو متضرراً، لأن هذا الفعل الذي قام به أمر حتمي يأتيه عن وعي بالخطبة، وهو لازم من لوازم الحياة الزوجية، فلا يطالب بالتعويض عنه.

وتأكيداً لهذا المعنى نصت المادة السابعة (07) من التشريع الأسري الجزائري على أن: " مجرد العدول عن الخِطبة لا يترتب عنه تعويض، غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرراً للآخر يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض ".

وما يمكن التركيز عليه هنا أن المسؤولية تكون تقصيرية مرتكزة على ثلاثة أركان، الخطأ، الضرر، والعلاقة السببية بينهما، ويكون على المتضرر إثبات الخطأ الصادر عن الطرف الآخر، ثم يثبت أن هذا الخطأ قد سبب له ضرراً، أي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر⁽⁵²⁾.

(52) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1426 هـ - 2005 م)، ج 2، ص: 17.

وما دام العدول حق يحميه القانون، فإن التعويض هنا يكون خاصاً بالضرر الذي قد ينجم عن الأفعال المصاحبة⁽⁵⁰⁾ للعدول ذاته، كتشويه سمعة المخطوبة في الوسط الذي تعيش فيه.

وبما أن المشرع الجزائري قد أكد على جواز التعويض عن الضرر المادي والضرر المعنوي معاً، يكون بذلك قد حقق نتيجتين هما:

- أنه قد سائر واقع المجتمع الجزائري،
- أنه قد سد الفراغ الذي كان موجوداً في القانون المدني الجزائري، الذي لم ينص على التعويض عن الضرر المعنوي.

والملاحظ أن التشريع الأسري الجزائري لم يوجب التعويض، وإنما أجازَه فقط طبقاً لما نصت عليه المادة 02/05 من قانون الأسرة الجزائري التي عبرت بـ: " جاز الحكم بالتعويض"، فهو يخضع لظروف العدول، وأحوال الخاطبين، ومدى اقتناع القاضي، وهو المعنى الذي أكدته المادة 130 من القانون المدني الجزائري التي تنص: " من سبب ضرراً للغير لیتفادی ضرراً أكبر محققاً به أو بغيره لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً"⁽⁵¹⁾.

(50) الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل؛ دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ص: 43.

(51) المادة 130 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، السالف الذكر.

التقصيرية⁽⁴⁷⁾, وهو ما نصت عليه المادة 124 من القانون المدني الجزائري⁽⁴⁸⁾ بقولها: "كل فعل أي كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير, يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض". ومن هنا يمكن القول بأن ما ذهب إليه المشرع الجزائري يتفق مع روح الشريعة الإسلامية, خاصة قاعدة: "لا ضَرَرٌ ولا ضِرَارَ".

القضاء الجزائري بدوره أكد على حق المتضرر في التعويض نتيجة العدول عن الخِطْبَةِ, فجاء في قرار المحكمة العليا: "من المقرر أن الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه أما القضاء, وهو حجة قاطعة على المُقِرِّ, ومن المقرر أيضاً أنه إذا ترتب على العدول عن الخِطْبَةِ ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض, ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقاً للقانون, ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي بإلغائه الحكم المستأنف ورفضه الدعوى المتضمنة طلب التعويض من الطاعن على الضرر الذي أصيب به بالرغم من إقرار المطعون ضدها بفسخ الخِطْبَةِ أمام القضاء يكونوا قد خالفوا القانون, ومتى كان ذلك يستوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽⁴⁹⁾.

(47) الرشيد بن شويخ, شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل; دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية, ص: 38.

(48) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007 المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد 31 بتاريخ: 13 مايو 2007.

(49) قرار المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, قرار بتاريخ: 1998/12/25, ملف رقم: 56098, المجلة القضائية 1999, العدد 04, ص: 102.

فقرتها الثالثة التي تنص: " إذا ترتب عن العدول عن الخِطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض"⁽⁴⁶⁾.

يلاحظ من خلال نص المادة الوارد أعلاه أن المشرع الجزائري حكم بالتعويض إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي, واعتبر العدول في حد ذاته خطأً يستوجب التعويض, فالأصل أن المشرع الجزائري اعتبر الخطبة وعد, وأعطى لكلا الطرفين الحق في العدول عنها بمقتضى الفقرة الأولى من المادة الخامسة (05).

ولكن, هل كل الأضرار التي يترتبها العدول عن الخِطبة تستوجب التعويض ؟ ثم إن العدول قد يكون من طرف, والسبب في هذا العدول يكون من الطرف الآخر, ومن خلال النص القانوني المذكور (المادة الخامسة في فقرتها الثانية) يتضح بأن العادل عن الخِطبة هو المسؤول في كل الأحوال عن التعويض حتى وإن كان الطرف الثاني هو المتسبب في هذا العدول, وهي نقطة يجب على المشرع الجزائري إعادة النظر فيها وترتيب مسؤولية التعويض بالنسبة للطرف الذي يتسبب في العدول, وليس الطرف الذي يبادر إلى هذا العدول.

أضف لذلك, المشرع الجزائري من خلال نص المادة الخامسة حكم بالتعويض, لكن لم يبين نوعه, وترك ذلك لتقدير القاضي, غير أن التعويض لا يكون على أساس المسؤولية العقدية, بل على أساس المسؤولية

(46) المادة 05 من القانون رقم 05-09 السابق الذكر.

فساد الأخلاق، وانخرام الذمم، مع ما فرضته الحضارة المادية في انفتاحها على المجتمعات المسلمة في زماننا.

ثم أننا لا بد أن نشير إلى أن مسألة عبء الإثبات يتحملها من وقع عليه ضرر العدول، المطالب بالتعويض، ويمكنه إثبات ذلك بكافة وسائل وطرق الإثبات، عن طريق إثبات وجود الخطبة، وإثبات وقوع الضرر عند فسخها(45).

المطلب الرابع: التعويض عن ضرر العدول في التشريع الأسري الجزائري.

حتى نتناول التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة في التشريع الأسري الجزائري، لابد من تحديد الضرر الذي يلزم التعويض عنه (الفرع الأول)، ثم بيان كيفية التعويض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد الضرر.

فقد يصيب أحد الخاطبين ضرراً من جراء عدول الطرف الآخر عن إتمام وعده، وبناء عليه نجد التشريع الأسري الجزائري قد نص على التعويض عنه في المادة الخامسة (05) من قانون الأسرة الجزائري في

(45) عبد الرحمن الصابوني، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي؛ وما عليه العمل في دولة الإمارات العربية المتحدة، (الكويت: مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، 1408 هـ - 1987 م)، ط 1، ص: 87-88.

المحاكم, وإذا ما وازنا بين الضررين, ضرر العدول عن الخِطبة
و ضرر هتك الأسرار العائلية لاقتضى الأمر ستر هذه الأسباب بعدم
الدعوى إلى التعويض⁽⁴³⁾.

وبالرغم من قوة الأسانيد التي ساقها أنصار هذا الإتجاه, إلا أن القول
بأن الخِطبة مجرد وعد بالزواج غير ملزمة, والعدل قد استعمل حقه
الشرعي في العدول قول خاطئ; لأن هذا الحق ليس مطلقاً استعماله, بل
لا بد من استعماله بطريقة لا تلحق الأذى بالطرف الثاني, وإلا حُكِمَ
بالتعويض عن هذا الأذى للطرف المتضرر. كذلك يعتبر القول بأن
التعويض فيه إكراه ضمنى لإتمام الزواج أمر غير مقبول, ذلك أن
التعويض في حالة العدول ليس إكراهاً على إتمام الزواج, إنما هو محاولة
لرفع الظلم عن الطرف المتضرر. كما أن القول بأن التعويض يستلزم
البحث عن الأسباب والدوافع التي أدت إلى العدول, مما يؤدي إلى كشف
الأسرار العائلية قول مردود أيضاً, ذلك أن دقة النزاع ما كانت لتصلح دفعاً
بعدم اختصاص القضاء بنظره, وليس أحق برعاية القضاء وإشرافه على
كل شيء أكثر من الأعراض والحرمان للمساس بذات الإنسان⁽⁴⁴⁾.

في نهاية هذا المطلب يتبين والله أعلم قوة أدلة الاتجاه الأول
وخصوصاً الفريق الثاني فيه, أي القائلين بوجوب التعويض إذا تعلق
العدول بأسباب معقولة, وهو الذي يثبتته الواقع, ويشهد له, خصوصاً مع

(43) عبير ربحي شاعر القدومي, التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية, ص: 82.

(44) جميل فخري محمد جانم, مقدمات عقد الزواج (الخطبة) في الفقه والقانون, ص: 262.

والاعتداء، والخاطب أو المخطوبة لا يعتبر متعدياً إذا استعمل حقه في العدول(40).

- ما دام حق العدول مقرر للخاطبين، فيترك تقدير الأقدام والإحجام لهما، والقول بالتعويض قد يلجئ الطرف الذي حكم عليه بالتعويض إلى الزواج وهو كاره، وهو أمر ينخرم به عقد الزواج الذي يتأسس على ركن الرضا(41).

- أن كلاً من الخاطبين يعلم أن له حق العدول عن الخطبة، فلا بد له من الاحتياط، حتى لا يقع في التغيرير، فالحاصل أن المطالبة بالتعويض عن ضرر العدول إنما تتأسس على الاغترار وقتئذ، والاعترار لا يوجب تعويضاً، بمعنى أن الخاطب أو المخطوبة قد اغتر من تلقاء نفسه، ولم يغرر به الطرف الآخر، فلا محل للتعويض هنا.

- أن القول بالتعويض مخالف لإجماع الأمة الإسلامية(42)، فلم يقل فقيه واحد من الفقهاء القدامى بوجوب التعويض عند العدول عن الخطبة، والقول به بعد ذلك خرق لذلك الإجماع الذي ينضبط بقواعد نصية.

- أن القول بالتعويض يوجب إبراز المبررات والأسباب التي دعت إلى العدول، وتقدير حجم الضرر لتحديد التعويض الملائم، وفي ذلك كشف للأسرار العائلية والشخصية بعرض أدق التفاصيل أمام

(40) عمر سليمان الأشقر، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، (عمان: دار النفائس للنشر والتوزيع، 1422 هـ / 2001 م)، ط 2، ص: 39.

(41) عبير ربحي شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، (الأردن: دار الفكر، 1428 هـ / 2007 م)، ط 1، ص: 79.

(42) عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، (عمان: دار النفائس، 1420 هـ / 2000 م)، ط 1، ص: 61.

ضرر نتيجة تهور أحد الطرفين واغتراره في القيام بعمل ما, فلا يكون ذلك نتيجة للخِطبة بل بسبب التهور, وبالتالي فإن الضرر الواقع لأحد الطرفين يكون نتيجة للتهور وليس نتيجة للعدول عن الخِطبة⁽³⁸⁾.

الفرع الثاني: اتجاه عدم التعويض عن ضرر العدول عن الخِطبة.

يرى هذا الاتجاه أنه لا وجه للتعويض عن ضرر العدول، ويرفضون مبدأ التعويض عن ضرر العدول عن الخِطبة رفضاً كلياً، ويمثل هذا الرأي الأستاذ الدكتور عمر سليمان الأشقر - رحمه الله - والشيخ محمد بخيت المطيعي - رحمه الله - من علماء الأزهر الشريف، ويمكننا أن نوجز أهم أدلتهم فيما يلي:

- الخِطبة اتفاق أولي للزواج، وليست عقداً، فلا تعدو كونها وعد بالزواج، فالقول بالتعويض ينافي حقيقة الخطبة، ومن يقرر إيجاب التعويض، وأن الخِطبة وعد وقع في التناقض⁽³⁹⁾.
- الحق العدول حق ثابت مقرر شرعاً للخاطب والمخطوبة في أي وقت دون قيد أو شرط، ومن المقرر أيضاً أن " الجواز الشرعي ينافي الضمان " أي أن من يستعمل ما أجاز له الشرع لا يكون مسؤولاً عما يترتب عن ذلك الاستعمال، وإنما تنشأ المسؤولية عند المجاوزة

(38) جميل فخري محمد جانم, مقدمات عقد الزواج (الخطبة) في الفقه والقانون, (الأردن: دار الحامد للنشر والتوزيع, 1431 هـ 2009 م), ط 1, ص: 262.

(39) جميل فخري محمد جانم, مقدمات عقد الزواج (الخطبة) في الفقه والقانون, ص: 256.

شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء؛ أي عند الوعد بالشيء
يقضى بتنفيذ الوعد ووجوب الوفاء به⁽³⁵⁾.

ب. والمبدأ الثاني هو مبدأ إساءة استعمال الحق⁽³⁶⁾, وقد قال بهذا المبدأ
الإمام أبي حنيفة في كثير من فروع الفقه في مسائل الولاية على
القاصر, الوكالة, وحقوق العلو والجوار, كما قال به الإمام مالك في
مسائل فقهية كثيرة, لدرجة أصبح معها هذا المبدأ مسلماً به ومن
المبادئ المنصوص عليها في كثير من القوانين العربية المقارنة,
وبالتالي فإن إساءة استعمال الحق في مسألة العدول عن الخطبة, من
باب التعسف في استعمال الحق, وهو منشأ المسؤولية عن الضرر
الناجم عن ذلك التعسف قصداً أو مآلاً⁽³⁷⁾.

وبالرغم من الأدلة التي ساقها الاتجاه الفقهي الموجب للتعويض عن
ضرر العدول عن الخطبة, إلا أن الاستدلال بأن العدول عن الخطبة بغير
مبرر يعتبر تعسف في استعمال الحق يستوجب التعويض أمر لا يعتد به;
لأن الخطبة حق, والحق لا يترتب عنه تعويض.

أما عن استدلالهم بالقاعدة الفقهية: (لا ضرر ولا ضرار), فالنبي ﷺ
نفى إيقاع الضرر, ولم ينف وقوعه لأن الضرر واقع في حالة العدول
والمطلوب رفعه, وهو ما يتنافى ومشروعية الخطبة, فالخطبة شرعت
للتعارف وتقريب الطرفين, فكل منهما يتصرف على هذا النحو, وإذا وقع

(35) مصطفى السباعي, شرح قانون الأحوال الشخصية, (بيروت: المكتب الإسلامي, دار الورق, 1421
هـ 2000 م), ط 2, ج 1, ص: 62.

(36) مصطفى السباعي, شرح قانون الأحوال الشخصية, ج 1, ص: 65.

(37) محمد فتحي الدريني, بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي, ج 1, ص: 523.

بينما يرى مجموعة من الفقهاء منهم الأستاذ مصطفى السباعي والأستاذ فتحي الدريني، والدكتور عبد الرحمان الصابوني ضرورة التعويض عن الضرر المادي والأدبي دون تفريق بينهما، وسنبين أدلة هذا الاتجاه فيما يلي:

- الأصل أن العدول عن الخِطْبَةِ إنما أُبِيحَ لهدف إقامة الفرصة لكل من الخاطبين لتفادي الارتباط بزواج لا يرضاه، فإذا رافق هذا الفسخ خطأ وضرر، فإنه يحق للمتضرر طلب التعويض، فلا تحمي الشريعة الإسلامية عُذُولاً غير مُسَبَّب بأسباب معقولة، وإن كان كذلك، فإن العدول يكون مَعِيباً في باعته، فيوجب مسؤولية صاحبه، إذا لحق بالطرف الآخر ضرر محقق⁽³³⁾.

- كل حق مقيد بمنع الضرر في الفقه الإسلامي، قَصْداً أو مَآلاً، أيّاً كان مَنشئُهُ، إذا كان بغير حق، فالقاعدة الفقهية تقرر أنه: (لا ضَرَرَ ولا ضِرَارَ)⁽³⁴⁾.

- أن مبدأ التعويض هو مبدأ عادل تقره مبادئ الشريعة الإسلامية، بناء على أصليين شرعيين هما :

أ. مبدأ الالتزام في الفقه المالكي، الذي يرى- في بعض أقواله- لزوم الوعد إذا ترتبت عليه آثار، والالتزام عندهم هو إلزام الشخص نفسه

(33) محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1415 هـ 1994م)، ط 1، ج 1، ص: 523.

(34) للإطلاع على معنى القاعدة وشرحها، يُنظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، (القاهرة: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1379 هـ 1959م)، ط 2، ص: 83.

وحتى نتحكم في معالجة الموضوع منهجياً، نقسم الآراء إلى اتجاهين، اتجاه أول الذي يرى التعويض، والذي انقسم إلى فريقين، وله نفس الأدلة، واتجاه ثان يرى عدم التعويض، وسأبين كل اتجاه منها بأدلته، للخلوص إلى رأي فقهي يكون راجحاً بينها.

الفرع الأول: اتجاه وجوب التعويض عن ضرر العدول عن الخِطبة.

يرى هذا الاتجاه الفقهي وجوب التعويض عن ضرر العدول، وقد انقسم إلى فريقين، فريق أول يرى وجوب التعويض مطلقاً، من غير تفصيل في ماهية الضرر، ويمثل هذا الفريق الأستاذ الدكتور عبد الرحمان الصابوني.

وفريق ثان يرى وجوب التعويض عن الضرر إذا لم ترافقه أسباب معقولة- وإن اختلفوا في تحديد نوع الضرر بعد ذلك- ويمثل هذا الفريق الشيخ محمد أبو زهرة، الذي رأى وجوب التعويض عن الضرر المادي فقط، أما الضرر الأدبي فلا يرى التعويض عنه، لأنه - في نظره يترتب أساساً على أمور قد نهى الشارع الحكيم عنها، فلا يصح في نظره أن يشرع ما يحمي آثار مخالفة شرع الله تعالى⁽³²⁾، وإنما على المخالف لأمر الله تعالى ونهيه أن يتحمل تبعه فعله.

(32) محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، (القاهرة: دار الفكر العربي، 1391 هـ 1971 م)، ص: 67.

أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه⁽³⁰⁾.

لذلك, يُعتبر التعويض عن تفويت الفرصة في إتمام زواج وشيك تثبت جديته بالدلائل التي تؤكد قرب وقوعه, فهو ضرر مباشر وحال يلحق بالخطيئة ويتم التعويض عنه على أساس الحرمان من الكسب المحقق من زواج, إذ يتولى القاضي تحديد قيمة الكسب النهائي بداية ثم يقدر ما للفرصة من درجة احتمال لتحقيق ذلك الكسب النهائي, ثم يقوم بتقدير التعويض بما يعادل قيمة تلك الفرصة بالنسبة للكسب النهائي⁽³¹⁾.

إذاً, يعتبر التعويض عن تفويت الفرصة مبدأً مستقر وثابت علمياً استجابة للضرورة والحاجة وحفاظاً للحقوق واستجابة لمقتضيات العدالة, بالرغم من اختلاف الفقه الإسلامي المعاصر في ذلك, الإختلاف الذي نقوم بدراسته في المطلب الموالي.

المطلب الثالث : اتجاهات الفقه الإسلامي المعاصر.

لقد اختلف الفقه الإسلامي المعاصر حول مسألة التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة, وانقسم إلى ثلاثة اتجاهات, اتجاه يرى وجوب التعويض, واتجاه ثان يرى عدم التعويض, واتجاه ثالث وسط بين الاتجاهين السابقين, يقول بالتعويض عن ضرر العدول مع التفصيل فيه,

(30) قرار محكمة النقض المصرية, نقض مدني بتاريخ: 1977/03/22, مجموعة أحكام النقض, عدد 37, ص: 133.

(31) مسعودة نعيمة إلياس, التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق -دراسة مقارنة-, ص: 88.

الإنسان وداخل المجتمع حتى لا يستهين الناس بها ويتجاسروا على التعدي عليها⁽²⁸⁾.

الفرع الثالث: الضرر المحتمل قيامه نتيجة العدول عن الخِطبة.

كما أن هناك ضرراً مستقبلي محقق الوقوع, نجد كذلك ما يسمى بالضرر الإحتمالي الذي يمكن أن يقع أو لا يقع بحيث لا يستحق التعويض إلا إذا أصبح محقق الوقوع. لكن وبالرغم من ذلك, إلا أن فرصة الزواج وإن كانت بدورها أمراً محتملاً, إلا أن تفويتها على المخطوبة يعتبر أمراً محققاً يترتب عنه ضرر حال يجب التعويض عنه, وهو نفس الحكم الذي أخذت به محكمة "ران" الفرنسية في قرارها منذ سنة 1925, وذلك بإعطاء الخطيبة حق طلب التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية من المسؤول عن قتل خطيبها لحرمانها من فرصة الزواج به, وقد أثبتت الخطيبة في هذه القضية بأن أوراق الدعوى لحفل عقد القران قد وزعت, وأن تاريخ الزواج قد حدد, وأن بعض المصروفات قد أنفقت لهذا الغرض⁽²⁹⁾. وهو كذلك ما جرى عليه القضاء المصري حيث جاء في قرار محكمة النقض أن: "القانون لا يمنع من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان للمضرور من رجحان كسب فوته عليه العمل غير المشروع, وذلك

(28) مسعودة نعيمة إلياس, التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق -دراسة مقارنة-, ص: 87.

(29) (CF. CA. Rennes, Ch., Civ., 18/5/1925, D., 1953, n 13.)

الذي يصيب الإنسان في ذمته المالية, فالضرر المعنوي ما يصيب الشخص في ذمته النفسية كالشعور والكرامة وغيرها من الأضرار المعنوية⁽²⁶⁾.

وعليه, فالضرر المعنوي لا يمس المال ولا يمس المصلحة المالية, إذ هو عبارة عن الألم والحزن الذي يلحق الإنسان جراء فعل صادر من الغير, لذلك يُعتبر ألم الفراق في العدول عن الخطبة ضرر معنوي يلحق بأحد الخطيبين, كما قد يكون إفشاء أسرار أحدهما للغير عند العدول كذلك ضرر معنوي يمس خصوصيات كل منهما, فالضرر المعنوي هنا غير مالي; أي أن المصلحة المعتدى عليها لا تدخل تحت التعامل بالمال قصداً, وإن كان تقويمها بالمال ممكناً, وذلك كنوع من الضمان الذي يستهدف جبر ومواساة المضرور⁽²⁷⁾.

ويشترط في الضرر المعنوي كذلك أن يكون واقعاً فعلاً, ولحق بالمضرور; لأن محل الحماية المقصود بتقرير المسؤولية عن الضرر الواقع عليها يشمل اختلال الجانب النفسي في حياته من جراء الضرر الحاصل بإتلاف معنى من معاني الحياة لدى الإنسان, والتي تمثل قيمة تعلق فوق قيمة المال ولا تقدر به أصلاً, وإن كان من الجائز اعتباره مقياساً لقيمتها; لأن تقرير المسؤولية في هذه الحالة يستهدف حماية تلك القيم في

(26) عبد الرزاق أحمد السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني, (الإسكندرية: شركة الجلال للطباعة, 1424 هـ - 2003 م), ج 1, ص: 559.

(27) عبد الله مبروك النجار, التعويض عن فسخ الخطبة: أسسه ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون, ط 3, ص: 96.

- أن يكون الضرر المترتب عن العدول محققاً؛ بمعنى أن يكون قد وقع أو سيقع حتماً في المستقبل, أما الضرر الإحتمالي فلا يوجب التعويض⁽²³⁾.
- أن يكون الضرر المترتب عن العدول مباشراً, أي بسبب هذا العدول لا بسبب آخر, فإذا انتفت صلة الربط بين هذا الضرر والعدول, حينها لا يكون موجباً للتعويض.

لِفرع الثاني: الضرر المعنوي للعدول عن الخِطبة.

الضرر المعنوي هو إلحاق مفسدة في شخص الآخرين لا في أموالهم, يمس كرامتهم أو يؤذي شعورهم أو يتهمهم في دينهم وشرفهم⁽²⁴⁾, ونحو ذلك من الأضرار التي يطلق عليها اليوم اسم الأضرار الأدبية⁽²⁵⁾.

ويعرفه الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري بأنه: (كل ضرر قد يصيب الجسم فيما يلحق به من ألم أو ما يحدث من تشويه, وقد يصيب الشرف والإعتبار والعرض وقد يصيب العاطفة والشعور, والضرر المعنوي هو كل مساس بالذمة الأدبية للإنسان على عكس الضرر المادي

(23) طه عبد المولى طه, التعويض عن الأضرار الجسدية في ضوء الفقه وقضاء النقض الحديث, (مصر: دار الكتب القانونية, 1423 هـ 2002 م), ص: 162.

(24) محمد فوزي, نظرية الضمان في الفقه الإسلامي, (الكويت: مكتبة التراث, 1403 هـ 1983 م), ط 1, ص: 112.

(25) أسامة السيد عبد السميع, التعويض عن الضرر الأدبي: دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون, (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة, 1428 هـ 2007 م), ط 1, ص: 68.

الخاطب عن الخِطْبَةِ, فتكون النفقات التي قامت المخطوبة بصرفها ضرراً مادياً لحق بها جراء هذا العدول.

ولا يخفى أن ضرراً مادياً قد وقع على الفتاة، لكن لنا أن نتساءل فنقول: ألم تكن الفتاة على علم أن خطبتها وعد غير ملزم؟ وأن رجوع الخاطب عن الخِطْبَةِ حق له، وله أن يمارس حقه متى شاء؟ أليس تركها للعمل والدراسة وشراؤها الأثاث الذي طلبه الخاطب قبل العقد سوء تصرف منها، واستعجال في اتخاذ القرار، وخطأ في حساب عواقب الأمور؟

ما الذي أجبرها على إطاعة أمره، مع أنه لا طاعة له عليها؟ لقد تصرّفت بمطلق حريّتها وإرادتها، وهي وحدها تتحمل مسؤولية تصرفاتها وسوء تقديرها. أما العدول عن الخِطْبَةِ فهو حق لكل من الخاطبين، ولا وجه للضمان عند استعمال الحق.

ولئن كان الأمر كذلك, فإن هناك من يرى بأن الضرر المادي في العدول عن الخِطْبَةِ يتحقق بتوافر الشروط التالية:

- وجود إخلال بحق أو مصلحة الطرف المتضرر من العدول, سواء كان هذا الإخلال يمس بحق مالي أو غير مالي⁽²²⁾.

(22) محمد صبري السعدي, مصادر الإلتزام: النظرية العامة للإلتزامات, (الجزائر: دار الكتاب الحديث, 1424 هـ 2003 م), ط 1, ج 2, ص: 83.

الفرع الأول: الضرر المادي للعدول عن الخطبة.

الضرر المادي هو الذي ينطوي على مساس بمصلحة ذات قيمة مالية، كالإعتداء على حق شخص في سلامة جسمه أو إصابته بجروح ترتب عنها خسارة مالية كعدم القدرة على الكسب أو تحمل نفقات العلاج، كما يعتبر ضرراً كذلك التعدي على أي حق من الحقوق المالية كحق الملكية⁽¹⁹⁾.

إن الضرر المادي إذا لحق أحد طرفي الخطوبة جراء عدول الطرف الثاني كان قابلاً للتعويض، ولكن يشترط فيه أن يكون محققاً. والضرر المحقق هو الذي يكون قد وقع فعلاً، أو أن يكون وقوعه في المستقبل على نحو مُؤكد⁽²⁰⁾، كأن يقوم الخاطب باستئجار الفندق لإقامة حفل الزفاف ثم تعلن بعد ذلك المخطوبة عدولها عن الخطبة، حينها تكون النفقات التي تحملها الخاطب ضرراً مادياً محققاً بسبب عدول المخطوبة⁽²¹⁾.

نفس الأمر بالنسبة للمخطوبة التي قد تترك عملها أو تشتري أثاثاً مخصوصاً يرغب به الخاطب، أو تترك الدراسة بناء على طلبه، أو غير ذلك من الصور التي تتضرر فيها الفتاة بسبب طاعة الخاطب، ثم يَعدّل

(19) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (لبنان: دار إحياء التراث العربي، 1385 هـ - 1966 م)، ط 1، ص: 856.

(20) عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة: أسسه ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون، (القاهرة: دار النهضة العربية، 1423 هـ - 2002 م)، ط 3، ص: 93.

(21) مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق - دراسة مقارنة، ص: 57.

زواجها مستقبلاً، ولذلك فاحتمالية العدول عن الخطبة حق جائز ولكن يجب استعمال هذا الحق لغرض مشروع، وعدم الإضرار قدر الإمكان بالطرف الثاني.

المطلب الثاني: الضرر الناتج عن مجرد العدول وصوره.

يؤكد الأستاذ الدكتور محمد بلتاجي تحقق وقوع الضرر في حالة فسخ الخطبة، فيقول في ذلك: (مما لا شك فيه أن ضرراً حقيقياً قد يلحق بالطرف الآخر عند فسخ الخطبة الذي قام به غيره...) (16).

ويُقصد بالضرر كل أذى يُصيب الشخص في حق من حقوقه أو مصالحه المشروعة، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مادية أو معنوية (17). كما عرف البعض الآخر الضرر بأنه إتلاف جزئي أو كلي لشيء مادي، والمقصود بالإتلاف أن يفقد الشيء منفعته كلاً أو بعضاً (18).

وينقسم ضرر العدول إلى قسمين، ضرر مادي (الفرع الأول) مثل أن يحبس الرجل المرأة على نفسه بخطبتها، فيحرمها من أن يتقدم إليها غيره ممن يساويه أو يفضله، وضرر معنوي (الفرع الثاني) يشمل كل ما يمس جوانب السمعة والخلق والإحساس المعنوي.

(16) محمد بلتاجي، دراسات في أحكام الأسرة، ص: 215.

(17) جميل الشرفاوي، دروس في النظرية العامة للإلتزام، (القاهرة: دار النهضة العربية، 1406 هـ. 1986 م)، ط 1، ج 1، ص: 44.

(18) شفيق شحاتة، النظرية العامة للإلتزام في الشريعة الإسلامية، (القاهرة: مطبعة الإعتقاد، 1355 هـ. 1936 م)، ج 1، ص: 299.

الإباحة لأحد الخاطبين إذا ما ظهر ما يمنع من المضي قدماً في إتمام عقد الزواج.

وبما أن المشرع الجزائري أجاز العدول عن الخِطبة لكل من الطرفين, ولم يقيد هذا الإجراء بشرط, فلا التزام بإتمام الزواج ما لم يوجد عقد, ومن ثم يبقى لكل من الطرفين حق العدول بإرادته المنفردة دون الرجوع إلى الطرف الآخر وطلب رضائه بشأن هذا العدول لكونه مباح شرعاً وجائز قانوناً⁽¹⁴⁾, وهو الرأي الذي أخذت به المحكمة العليا في الجزائر في قرارها الذي قضت بموجبه أنه: "من المقرر فقهاً وقضائاً أن الخِطبة في الشريعة الإسلامية هي وعد بالزواج وليست عقداً, وإن تمت بالاتفاق بين الطرفين, وهي لا تبيح لهما أن يختلطا اختلاط الأزواج, وعلى هذا فالخِطبة بعد تمامها لا تُعتبر عقداً ولا زواجاً ولا يترتب عليها شيء من الإلتزام بتمام العقد انطلاقاً من مبدأ الرضائية في العقد"⁽¹⁵⁾.

عموم القول, للعدول عن الخِطبة مزايا ومساوئ على حدّ سواء, فلقد أدى اختلاط الخاطب بالمخطوبة في عصرنا إلى اكتشاف عيوب ومساوئ كل طرف للآخر والتي يرى معها العدول عن الخِطبة, فمن محاسن العدول أن يحول دون زواج فاشل قد يصعب التخلص منه أو من آثاره, فيكون العدول وقاية من شقاء الزوجين. أما من مساوئ العدول عن الخِطبة, ما قد يلحق بسمعة أحد الطرفين, خاصة المرأة من أقاويل وتقليص لفرص

(14) محمد محدة, الخِطبة والزواج, (الجزائر: دار الشهاب, 1420 هـ 2000 م), ط 2, ص: 57.
(15) قرار المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, 1989-12-25, ملف 34089, المجلة القضائية 1990, عدد 4, ص: 102.

الخطبة إذا تمت أن تكون وعداً بعقد الزواج (فلعل ما ذكره في البداية سهو منه⁽¹²⁾).

فالراجح إذن أن الخطبة وعد بالزواج أي هي وعد بالعقد وليست عقداً، فلا تحل حراماً، ولا تحرم حلالاً⁽¹³⁾، وفي نفس المعنى نجد المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية الأردني قد نصت على أنه: " لا ينعقد الزواج بالخطبة، ولا بالوعد، ولا بقراءة الفاتحة، ولا بقبض شيء على حساب المهر، ولا بقبول الهدية".

كما نصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري: "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة..." فقررت الحق في العدول لكل من الخاطب والمخطوبة عند وجود سببه.

إن الملاحظ من خلال النص الوارد أعلاه أن المشرع الجزائري لم يجعل حق العدول مقروناً بأي شرط أو قيد، بل سمح باستعماله في أي وقت ولكل من الطرفين، وتُشير في هذا الصدد كذلك إلى أن استعمال المشرع لمصطلح "يجوز" دليلاً على أن العدول عن الخطبة ليس حقاً مطلقاً، يستعمله صاحبه كيفما شاء، إنما هو حق مقيد بالغاية التي أُقِرَّ من أجلها، ورخصة سمح المشرع الجزائري باستعمالها في ظروف معينة، ومن باب

(12) نبيل صقر، قانون الأسرة نصاً وفقهاً وتطبيقاً، (الجزائر: دار الهدى، 1426 هـ 2006 م)، ط 1، ص: 11.

(13) الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل: دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، (الجزائر: دار الخلدونية للنشر، القبة القديمة، 1430 هـ 2008 م)، ط 1، ص: 40.

- إذا جاز للزوج أن يطلق بعد العقد مع ما يترتب على ذلك من آثار, فمن باب أولى يجوز العدول عن الخِطبة قبل العقد.

- القول بعدم جواز العدول يقضي بأن يلزم الخاطب بإجراء عقد الزواج وهو كاره له, وهذا يتنافى مع طبيعة عقد الزواج القائم على الرضا. هذا المعنى للتكييف الفقهي للخِطبة هو الذي سارت عليه أغلب التشريعات الأسرية في البلدان العربية والإسلامية, لكنها اختلفت في مسألة تقدير وجود ضرر, وفكرة التعويض عنه.

الفرع الثاني: تكييف الخِطبة في التشريع الأسري الجزائري.

يتفق التشريع الأسري الجزائري في تكييفه للخِطبة مع الفقه الإسلامي على أنها وعد بالزواج, فقد نصت المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الأولى على أن: " الخِطبة وعد بالزواج.. "(11), وهو الموقف الذي سار عليه أغلب الفقه الوضعي الجزائري, ولا نعدم رأي من يرى أن الخِطبة ليست وعداً بالزواج, بل هي مجرد طلب, فالجميع متفق على أنها ليست عقداً, ولا يلتفت إلى ما ذكره أحد المعاصرين من أن الخِطبة "عقد رضائي", لأنه قال بعدها: (إن أقصى ما تؤديه

(11) المادة 05 من قانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق 4 مايو سنة 2005 يتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 الذي يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة.

ورغم اختلاف الفقهاء في مدى إلزام الوعد، إلا أن اختلافهم لا يتجاوز نطاق العقود المالية، ولا يردُّ بالقطع على عقد النكاح أو مقدماته، فلا يُثار الكلام في الوعد أو الإلزام به في باب النكاح، لأن الإلزام به يقتضي إرغام الشخص على المضي في عقد الزواج وهو غير راض به، وليس للقضاء سلطان الإكراه في هذا العقد⁽⁹⁾.

وبالتالي إذا لم تكن للخطبة قوة الإلزام لأحد الطرفين، فلكل منهما أن يتراجع عنها، وإن فعل ذلك فليس لأحد من سبيل عليه؛ لأنه عدول عما يدوم الضرر فيه، ولا تقبل الدعوى التي تُرفع من أحدهما لطلب إتمام الزواج. وبالتالي لا يُكره الرجوع عن الخطبة سواء أكان من الرجل أم من المرأة أم من وليها إذا كان لغرض صحيح، أما إذا لم يكن للرجوع مسوغه وغرضه الصحيح فإنه يكون مكروهاً عند الله تعالى لما فيه من خلف الوعد ونقض العهد، والوفاء بالعهد من حسن الخلق ومكارمه، والمكروه هو الفعل الذي لا يُثاب فاعله ولا يُؤثم بفعله، ولا يعاقب عليه بشيء⁽¹⁰⁾.

لذلك، رجح الكثير من الفقهاء القول القائل بجواز عدول الخاطب أو المخطوبة عن الخطبة، وذلك للأسباب التالية:

- أن الخطبة لا تحمل صفة الإلزام، بل هي فرصة للتحري والباحث والتروي.

(9) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، (القاهرة: دار الفكر العربي، 1377 هـ - 1957 م)، ص: 26.
(10) مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق - دراسة مقارنة، ص: 57.

أن تكون مجرد وعد بعقد الزواج، وليس للوعد هنا قوة الإلزام عند جمهور الفقهاء⁽⁵⁾.

ويؤكد هذا المعنى بعض الفقهاء المعاصرين عندما يُنصون على أن الخطبة فيها شيء من معنى الاختيار المفتوح أمام الخاطبين، كما أن فيها معنى وجود شرط مُضمّر لترك عقد الزواج إذا لم يُظهر للخاطب معنى الإتمام⁽⁶⁾، ويعلق عليه عدم وجود الجبر والإلزام القضائيين في قضاء المحاكم الشرعية.

فالخطبة بهذا المعنى يجوز لكل من الخاطبين العدول عنها، وإن كان الأفضل تركه ما لم يوجد ما يُبرره، لكونه يتنافى مع خلق الوفاء بالوعد الذي دلت عليه الآيات الكريمة كما في قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ [الإسراء: 34]، وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾ [النحل: 91] وفي مثل قوله - ﷺ: «آية المنافق ثلاث، إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أُوْتِمِنَ خان»⁽⁷⁾، فقد دلّ هذا الحديث الشريف على أن خلف الوعد من صفات المنافقين، وهذا ذم له يدل على التحريم؛ لأن ذكر خلف الوعد في سياق الذم يدل على تحريمه⁽⁸⁾.

(5) أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، (الأردن: دار النفائس، 1426 هـ / 2005 م)، ط 2، ص: 52.

(6) محمد بلتاجي، دراسات في أحكام الأسرة، (القاهرة: مكتبة الشباب، 1411 هـ / 1990 م)، ص: 214.
(7) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق، ج 1، ص: 09، الحديث رقم: 33، ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب بيان خصال المنافق، ج 01، ص: 78، الحديث رقم: 59.

(8) مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق - دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، (الجزائر: كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان، 1431 هـ / 2010 م)، ص: 56.

وإذا سلمنا بأن الخِطْبَةَ وإن لم تكن عقداً، فهي وعد بالزواج، والوعد بالزواج وإن لم يكن لازماً، إلا أن الوفاء به واجباً أخلاقياً والعدول عنه مَدْمَةٌ أخلاقية ودينية، وقد يكون الوفاء به واجباً في بعض الحالات كما لو أدخل الواعد الموعود في بعض الإرتباطات المالية أو غير المالية المتصلة بالوعد، أو الناشئة عنه، وذلك ما ذهب إليه بعض فقهاء المالكية، الذين رأوا بأن الوعد إذا كان مقروناً بسبب، سواء دخل الموعود في السبب أم لا، كما لو قال الواعد للموعود تزوج وأنا أعطيك المهر، ففي هذه الحالة يجب الوفاء بالوعد⁽²⁾.

ولا يكفي لوجوب الوفاء أن يكون الوعد مقترناً بالسبب حسب المشهور من مذهب المالكية، بل لا بد من أن يكون الموعود قد دخل فيه، وبدون ذلك لا يجب الوفاء. أو إذا كان معلقاً كما ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية كما لو قال الواعد إذا لم يوفِّ لك مَدِينِكَ بدينك سوف أوفيك به⁽³⁾. ومنهم من قال بأنه لازم مُطلقاً وهو ما رجحه الشاذلي حيث قال الوعد كله لازم ويقضي به على الواعد ويُجبر⁽⁴⁾.

ولكن البحث المتأني في هذه الجزئية يصل بنا في نهايته - على التحقيق- أن الخِطْبَةَ ليست عقداً له قوة الإلزام في العقود، وأقصى ما تُؤديه

(2) أحمد بن إدريس القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، (بيروت: عالم الكتب، بدون سنة نشر)،

ج 1، ص: 23.

(3) ابن نجيم، شرح الأشباه والنظائر، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1420 هـ 1999 م)، ط 1، ج 3، ص: 237.

(4) ابن حزم الظاهري، المحلى، تحقيق: أحمد محمد شاكر، (بيروت: المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، بدون سنة نشر)، ج 8، ص: 377.

إن الخِطبة بما لها من مقومات وسمات وأثار خاصة تتطلب إعادة النظر في تكييفها القانوني والفقهية، وذلك من خلال منظور جديد ورؤية فقهية خاصة بُغية إكسابها سمات تتناسب مع أهميتها الاجتماعية.

لذلك، يتناول هذا المطلب تكييف الخِطبة في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، وتكييفها في التشريع الأسري الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تكييف الخِطبة في الفقه الإسلامي.

لم يتعرض الفقهاء القدامى لهذه المسألة لا في مؤلفاتهم الفقهية، ولا حتى الفتاوى التي نُقلت عنهم، ولعل ذلك يرجع لأسباب من أهمها:

- أن أمور المجتمع المسلم في سابق عهدها كانت تتميز باليسر والبساطة، فلم تكن الخِطبة لتأخذ حيزاً طويلاً من الزمن، إلا ما تعلق بالتحضير للزواج، وإذا ما ظهر لأحد طرفي الخطبة فسخها، فإنه يفعل ذلك ببساطة.

- أن المجتمع المسلم الذي تُراعى فيه الآداب الإسلامية في الخِطبة ما كانت لتُطرح فيه مسائل من هذا النوع، إذ لا يتصور وقوع ضرر على أحد الخاطبين في اتباع أحكام الشرع.

- ثم أن الفقهاء في الفقه الإسلامي يُفرون بين حالتين، اغترار أحد الخاطبين من تلقاء نفسه، وهنا لا يثبت له أي حق، وتغريه من قبل الخاطب الآخر، وهنا تثبت له بعض الحقوق بما سيأتي تفصيله في البحث.

الخطبة, وتحديد أنواع الأضرار التي توجب التعويض وفق منهج وصفي تحليلي للنصوص القانونية; لا سيما قانون الأسرة والقانون المدني الجزائري, وذلك بغية إيجاد السُّبُل الكفيلة بحفظ حقوق الطرف المتضرر نتيجة العدول عن الخطبة.

من جانب آخر اعتمدنا المنهج المقارن كأداة للمقارنة بين أحكام التشريع الأسري الجزائري, وأحكام الفقه القانوني والإسلامي المعاصر, رجاء الوقوف على الحلول المختلفة التي أقرها الفقه, فنعطي بذلك صورة للمشرع الجزائري عما وصل إليه الفكر القانوني والإسلامي المعاصر.

إن دراسة هذا الموضوع تتطلب التطرق إلى أربعة مسائل جوهرية: تتعلق المسألة الأولى بتكييف الخطبة في الفقه الإسلامي والتشريع الأسري الجزائري (المطلب الأول); وتتعلق المسألة الثانية بالضرر الناتج عن العدول عن الخطبة سواء كان مادياً أو معنوياً (المطلب الثاني); في حين تتعلق المسألة الثالثة باتجاهات الفقه الإسلامي المعاصر بخصوص الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة (المطلب الثالث); وتتعلق المسألة الأخيرة بالتعويض عن ضرر العدول عن الخطبة في التشريع الأسري الجزائري من حيث تحديد الضرر وكيفية التعويض عنه (المطلب الرابع).

المطلب الأول: تكييف الخطبة في الفقه الإسلامي والتشريع الأسري الجزائري.

مقدمة:

تُعتبر الخِطبةُ مقدمة من مقدمات الزواج وأهم مراحلها التمهيدية، وقد اتفقت نظرة التشريعات الوضعية – بما فيها نظرة المشرع الجزائري- مع آراء الفقه الإسلامي في أن الخِطبةُ وعد بالزواج، لكنهم اختلفوا بعد ذلك في تحديد مدلول الوعد والأحكام الفقهية المترتبة على عدم الوفاء به.

ومن أهم تلك الآثار ما يتركه العُدول – سواء كان من الخاطب أو المخطوبة- من ضرر مادي أو أدبي على الطرف الآخر، وقد اتفقت التشريعات الوضعية على ضرورة التعويض عن مثل تلك الأضرار، وإن اختلفت في كيفية تقدير الضرر ومن ثمة التعويض عنه.

كما اختلف الفقه الإسلامي حول مسألة التعويض عن ضرر العُدول عن الخِطبةُ ، وهي مسألة لم يبحثها الفقهاء القدامى، بل فهم بعض الفقه الإسلامي المعاصر ذلك على أنه إجماع منهم على عدم التعويض عن مثل ذلك الضرر.

وتأتي هذه الورقة البحثية محاولة مني للإجابة عن هذا الإشكال العام المتمثل أساساً في : هل يمكن التعويض عن ضرر العُدول عن الخِطبةُ في التشريع الأسري الجزائري وفي الفقه الإسلامي؟ وما هي أنواع الضرر التي يجب التعويض عنها؟ وكيف يتم هذا التعويض؟

وللإجابة عن الإشكالية المطروحة أعلاه، سنحاول رصد موقف التشريع الأسري الجزائري من مسألة التعويض عن ضرر العُدول عن

أقر بدوره التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة سواء كان الضرر مادياً أو معنوياً, كما منح لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية في بحث شروط استحقاقه وتقديره.

الكلمات الدالة: العدول عن الخطبة, الضرر , التشريع الأسري, الفقه الإسلامي, التعويض.

Abstract:

Abandoning the betrothal is the right of both parties, and the use of this right is restricted by regulations so that it does not cause harm to the other party. Therefore, the various comparative laws have agreed to compensate for the harm of abandoning the betrothal, contrary to what was adopted by the contemporary Islamic jurisprudence, which disagreed on the question of compensation for the harm of abandoning the betrothal between approval and rejection.

Under article 5 of Law No. 05-09 including the Family Code, the Algerian legislator endorsed the compensation for the harm caused by abandoning the betrothal, whether the damage is material or moral.

Keywords: *abandoning the betrothal, Harm, Family law, Islamic jurisprudence, compensation.*

لتعويض عن ضرر العدول عن الخطبة

دراسة مقارنة في قانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي

د. باخويا دريس¹

ملخص باللغة العربية:

يعتبر العدول عن الخطبة حق مكفول قانوناً لكل من الخاطب والمخطوبة، وممارسة هذا الحق مقيدة بضوابط حتى لا يترتب عن ممارسته إلحاق ضرر بالطرف الآخر، فمن جهة قد يُعتبر العدول عن الخطبة بمثابة مخرج يحول دون إتمام زواج فاشل قد يصعب التخلص منه ومن آثاره، وعلى العكس من ذلك قد ينتج عن العدول أضرار مادية أو معنوية جسيمة، ولذلك أقرت مختلف التشريعات الوضعية المقارنة أحقية الطرف المتضرر في التعويض، على خلاف الفقہ الإسلامي المعاصر الذي اختلف في مسألة التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة ما بين مُنكر ومُجيز.

المشروع الجزائري بمقتضى المادة الخامسة (05) من القانون رقم: 09-05 الذي يعدل ويتم القانون رقم 11-84 والمتضمن قانون الأسرة،

¹Faculty of Law and Political Science - African University Ahmed Draya, Adrar – Algeria. كلية الحقوق والعلوم السياسية – الجامعة الإفريقية أحمد دراية، درار- الجزائر.

94. كامل عبد الله، دور السلاح في إشعال الصراعات الداخلية في ليبيا،
2012/04/03، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي:
<http://www.siyassa.org/newsContent/2/106/2239/>، تاريخ الاطلاع:
مارس 2013.

95. ليبيا والفيدرالية: سياقات الماضي ومآلات المستقبل، 2012/04/26، متوفر
على الموقع الإلكتروني
التالي: <http://www.aljazeera.net/news/arabic/2015/2/11/%D>،
تاريخ الاطلاع 2015/02/11.

96. مذكرات اعتقال عائلة القذافي، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي :
[http://www.icrc.org/eng/resources/documents/news-
release/2011/libya-news-2011-03-10.htm](http://www.icrc.org/eng/resources/documents/news-release/2011/libya-news-2011-03-10.htm)، تاريخ الاطلاع جوان

2015

87. الحوار الليبي: التحديات وفرص النجاح المحدودة، 2015/02/12، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي:
<http://www.aljazeera.net/news/arabic/2015/2/11/%D> ، تاريخ الاطلاع:
88. الحوار الليبي: التحديات وفرص النجاح المحدودة، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي:
89. رويترز، 15 فبراير 2012 ، "Some 5,000 militia men join new Libyan army" ، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.reuters.com/ar>: تاريخ الاطلاع: 2013/03/06.
90. عبدالرحمن أميني، حرب يومية ضد مهربي السلاح الليبي إلى الجزائر، 7 أبريل 2015، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.alwasat.ly/ar/news/libya/69259>، تاريخ الاطلاع: 31 ماي 2015.
91. عبدالرحمن أميني، حرب يومية ضد مهربي السلاح الليبي إلى الجزائر، 7 أبريل 2015، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.alwasat.ly/ar/news/libya/69259>، تاريخ الاطلاع: 31 ماي 2015.
92. عبيد إميغن، انتشار السلاح الليبي والتعقيدات الأمنية في إفريقيا، أكتوبر 2014، مركز الجزيرة للدراسات، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي: <http://studies.aljazeeranet>: تاريخ الاطلاع فبراير 2015.
93. فران: معركة القذافي الأخيرة، 2011/09/12، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي: <http://studies.aljazeera.net>، تاريخ الاطلاع: فبراير 2015.

82. تقرير بعثة المجتمع المدني لتقصي الحقائق في ليبيا، يناير 2012، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي:
<http://www.al-madina.com/node/51467> ، تاريخ الاطلاع : 31 ماي 2015.

83. تقرير بعثة المجتمع المدني لتقصي الحقائق في ليبيا، يناير 2012، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي:
<http://www.nato.int/cps/en/natolive/71679.htm>، تاريخ الاطلاع: 2015/08/15.

84. تقرير بعثة المجتمع المدني لتقصي الحقائق في ليبيا، يناير 2012، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي:
<http://www.hrw.org/news/2011/01/10/libya-government-attacks-misrata-kill-civilians>، تاريخ الاطلاع جوان 2015.

85. تقرير بعثة المجتمع المدني لتقصي الحقائق في ليبيا، يناير 2012، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي:
<http://www.nato.int/cps/en/natolive/71679.htm>، تاريخ الاطلاع 2015/08/15.

86. الحوار الليبي: التحديات وفرص النجاح المحدودة، 2015/02/12، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.nato.int/cps/en/natolive/71679.htm>، تاريخ الاطلاع 2015/08/15.

86. الحوار الليبي: التحديات وفرص النجاح المحدودة، 2015/02/12، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.aljazeera.net/news/arabic/>، تاريخ الاطلاع: 2015/02/11.

76. تقارير حقوقية و إعلامية، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي:
<http://www.guardian.co.uk/world/2011/feb/17/libyan-protesters-prepare-for-day-of-rage>. تاريخ الاطلاع ديسمبر 2015.
77. مخفي منصورية ، نظام القذافي في قبضة القبائل الليبية، مارس 2011،
مقال من مركز الجزيرة للدراسات، متوفر على الموقع الإلكتروني بتاريخ
فبراير 2014 www.aljazeera.net/studies
78. الصراعات القبلية بالقرب من المنشآت النفطية عام 2012، أخبار ليبيا
السياسية، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي:
http://www.un.org/events/res_1325e.pdf ، تاريخ الاطلاع:
15 نوفمبر 2013
79. زياد مقدم ، 2014/09/16، الأزمة الليبية والتحرك المصري في ظل
الأبعاد الإقليمية والدولية، مركز الأهرام للدراسات السياسية
والإستراتيجية، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي:
<http://acpss.ahram.org.eg/News.aspxSerial>، تاريخ الاطلاع
2015/02/03.
80. الجزائر تتحرك لوقف فوضى السلاح الليبي، " 28 فبراير 2015، متوفر
على الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.akhbarelyoum.dz/ar>، تاريخ
الاطلاع: 31 ماي 2015.
81. د ب أ، أف ب - بني غازي، الجيش الجزائري يحبط تهريب أكثر من 40
صاروخا من ليبيا، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي: 2014/02/28،

70. بوابة الوسط "الأمم المتحدة تقر بفشل حظر الأسلحة في ليبيا"، 28 فبراير 2015، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي:
<http://www.alwasat.ly/ar/news/libya/63399> تاريخ الاطلاع:
2015/05/31.
71. بوابة الوسط، 24 فبراير 2015، الثاني: أميركا تتجاهل تدفق السلاح بليبيا و«بوكو حرام» داخل أراضينا، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي:
<http://www.alwasat.ly/ar/news/libya/62850>، تاريخ الاطلاع: 31 ماي 2015.
72. عبد الرحمن اميني، الجزائر: حجز 150 قطعة سلاح على الحدود مع ليبيا ومالي والنيجر، بوابة الوسط، 10 يناير، 2015، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي:
<http://www.alwasat.ly/ar/news/libya/55789> تاريخ الاطلاع:
31 ماي 2015.
73. تقرير "إنترناشيونال بيزنس تايمز" الأمريكي يحدّر: "استمرار تهريب الأسلحة من ليبيا يهدد استقرار الجزائر وتونس"، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.alg360.com/%D> تاريخ الاطلاع: 2015/05/31.
74. موجة تهريب غير مسبوقه للأسلحة الليبية إلى الجزائر 20 أغسطس 2015، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي :
<http://www.alg360.com/%D/125654> ، تاريخ الاطلاع 2015/05/31.
75. موجة تهريب غير مسبوقه للأسلحة الليبية إلى الجزائر 20 أغسطس 2015، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي:
<http://www.alg360.com/%D/1259751> ، تاريخ الاطلاع:
2015/05/31.

65. حقول وأنابيب النفط والغاز الليبي: متوفر على الرابط التالي :

<http://images.google.fr/imgres?imgurl=http%3A%2F%2Farchiv.e.aawsat.com>

66. الاحتكام للسلاح: رهانات حفتر ومآلات تحركه، 2014/06/04،

متوفر على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.aljazeera.net/news/arabic/2015/2/11/%D>

تاريخ الاطلاع: 2015/02/11.

67. الاحتكام للسلاح: رهانات حفتر ومآلات تحركه، 2014/06/04، متوفر

على الموقع الإلكتروني

التالي: <http://www.aljazeera.net/news/arabic/2015/2/11/%D>

D، تاريخ الاطلاع: 2015/02/11.

68. إغراءات السلاح: مزلق قطع شعرة الشرعية بلبيبي، 2014/03/10،

متوفر على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.aljazeera.net/news/arabic/2015/2/11/%D>

تاريخ الإطلاع 2015/02/11.

69. الأمن في ليبيا: شرعية الدولة وسطوة السلاح، 2012/01/29، متوفر على

الموقع الإلكتروني التالي:

<http://studies.aljazeera.net/ar/positionestimate/201201/201212>

1931731697805.html، تاريخ الاطلاع 20 سبتمبر 2015.

ثانياً: المجلات والدوريات:

56. بن خليف، عبد الوهاب . أزمة المواطنة في المجتمع الليبي في ظل التوازنات بين القبيلة والدولة. " المجلة الجزائرية للدراسات السياسية. 1 جوان 2014.

57. بوطالب محمد نجيب ، الظواهر القبلية والجهوية في المجتمع العربي المعاصر: دراسة مقارنة للثورتين التونسية و الليبية، ط1، قطر، الدوحة: المركز العربي للأبحاث ودراسات السياسات، 2012.

58. السياسة الدولية، اتجاهات نظرية: الشارع القوى الأكثر تأثيراً في فترات ما بعد الثورات، العدد 187، يناير 2012.

59. السياسة الدولية، اتجاهات نظرية: القوة، كيف يمكن فهم تحولات القوة في السياسة الدولية، العدد 188، أبريل 2012.

60. السياسة الدولية، التحولات الانتقالية المؤثرة في تشكيل مستقبل النظام العالمي، العدد 187، يناير 2012.

61. السيد، ياسين. أمن البحر الأبيض المتوسط والعالم العربي. السياسة الدولية (أكتوبر 1994) 118: 76

62. المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، ليبيا ومخاوف الانزلاق في طريق الاقتتال الأهلي الشامل، الدوحة: المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، 2014.

63. مركز المسبار للدراسات والبحوث، الإسلاميون في ليبيا بعد الثورة: نوفمبر، دبي: مركز المسبار للدراسات والبحوث، 2012.

ثالثاً: المواقع الإلكترونية (معطيات وأشكال ومقالات):

64. الأنابيب من الأحواض الجوفية عبر الصحراء الليبية: امتداد خطمتوفر على

الرابط <http://www.arabency.com/ar/>

and Michael Smith .London and New york: Routledge Taylor & Francis Group, 2006.

51. Kenneth N. Waltz. The Stability of a Bipolar World ,” in The Cold War and Nuclear Deterrence, ed. Barry Buzan and Lene Hansen .Los Angeles London New Delhi Singapore: SAGE Publications, 2007.
52. Mearsheimer, John. The Tragedy Of Great Power Politics. New York, London: W. W. Norton & Company, 2003.
53. Morgenthau Hans J. Another "Great Debate": The National Interest of the United States,” in The Cold War and Nuclear Deterrence, ed. Barry Buzan
54. Mouritzen, Hans. Kenneth Waltz: a critical rationalist between international politics and foreign policy,” in The Future of International Relations Masters in the Making?, ed. Iver B. Neumann and Ole Wæver. London, New York: Routledge, 1997.
55. Zeev Maoz, National Choice sand International Process ,Cambridge, New York, Port Chester, Melbourne, Sydney: Cambridge University Press, 1990.

44. Gnatieff, Michael. Intervention and State Failure. *Dissent Magazine*, Winter 2002, p.118.
45. J. Morgenthau, Hans. *Politics Among Nations: The Struggle For Power And Peace*, 5th ed. New York: Alfred A Knof, 1978.
46. J. Weltman, John. "Managing Nuclear Multipolarity," in *The Cold War and Nuclear Deterrence*, ed. Barry Buzan and Lene Hansen. Los Angeles London New Delhi Singapore: SAGE Publications, 2007.
47. Jack S. Levy, "The Offensive/Defensive Balance of Military Technology: A Theoretical and Historical Analysis," in *The Cold War and Nuclear Deterrence*, ed. Barry Buzan and Lene Hansen (Los Angeles London New Delhi Singapore: SAGE Publications, 2007).
48. Joenniemi, Pertti. "A Deutschian security community? Nordic peace reframed," In *Contemporary Security Analysis and Copenhagen Peace Research*, ed. Stefano Guzzini and Dietrich Jung. London: Routledge, 2004.
49. K. J. Holsti; *The Diplomacy of Security: in Modern Diplomacy*, ed. Andrew F. Cooper, Jorge Heine and Ramesh Thakur. United Kingdom: Oxford University Press, 2013.
50. Kaldor, Mary. *The Globalizing War Economy: in Perspective on World Politics*. 3rd ed. ed. Richard Little

- ed. Margot Light and A. J. R. Groom ,Great Britain: Frances Pinter (Publishers) Limited, 1985.
39. Brzezinski, Zbigniew.The Choice : Global Domination or Global Leadership. New York: A Member of the Perseus Books Group, 2004.
 40. Buzan Barry. Economic Structure and International Security: The Limits of the Liberal Case,” in The Transition to the Post-Cold War Security Agenda, ed. Barry Buzan and Lene Hansen .Los Angeles London New Delhi Singapore: SAGE Publications, 2007.
 41. Buzan ,Bary ,and Waever, Ole. Regions and Powers :The structure of international security. Cambridge,New York : Cambridge University Press,2003.
 42. Cornelius Friesendorf,and Christopher Daase.Conclusion: analyzing and avoiding unintended consequences of security governance:in Rethinking Security Governance :The problem of unintended Consequences ed. Christopher Daase and Cornelius Friesendorf.USA and Canada: Routledge, 2010.
 43. Daniel S. Papp, Contemporary International Relations: Frameworks For Understanding, 5th ed. (New York: Macmillan College Publishing Company, 1994.

33. وناس المنصف ، الشخصية الليبية: ثلوث القبيلة، والغنيمة

والغلبة، د. د.ن: الدار المتوسطة للنشر، 2014.

1. باللغة الأجنبيّة

34. Aart Scholte, Jan. Global Civil Society: in Perspective on World Politics, 3rd ed., ed. Richard Little and Michael Smith. London and New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2006.
35. Adler ,Emanuel, and Barnett, Michael . Security Communities in Theoretical Perspective: in Security Communities. United Kingdom : Cambridge University Press, 1998.
36. Andrew Linklater, « Globalization and the Transformation of Political Community, » In The Globalization of World Politics : An Introduction to International Relations, ed. John Baylis and Steve Smith, 2nd New York: Oxford University Press, 2001.
37. Booth, Ken .Security and Emancipation,” in The Transition to the Post-Cold War Security Agenda, ed. Barry Buzan and Lene Hansen .Los Angeles London New Delhi Singapore: SAGE Publications, 2007.
38. Brown ,Chris. Development and Dependency,: In International Relations: A Handbook of Current Theory,

24. خميس، كامل أحمد ، بلال ، عبد الله، و الفقيه عبد الله. الديمقراطية المتعثرة: مسار التحركات العربية الراهنة من أجل الديمقراطية. ط1. بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، 2014.
25. دوركايم إميل. قواعد المنهج في علم. الجزائر: المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 1990.
26. الدوري، عدنان طه. العلاقات السياسية الدولية. ط4. طرابلس: الجامعة المفتوحة، 1998.
27. الديجاني، محمد سليمان ، و الديجان ، منذر سليمان. منهجية البحث العلمي في علم السياسة. عمان: دار زهران، 2008.
28. روبرت، جوفر، وإدواردز أليستار. المعجم الحديث للتحليل السياسي. ترجمة من طرف الجلبي سمير عبد الرحيم . بيروت: الدار العربية للموسوعات، 1999.
29. شيخ صلاح الدين ، منهجية البحث العلمي للجامعيين، الجزائر: دار العلوم، 2003.
30. الصاوي محمد مبارك محمد الصاوي، البحث العلمي: أسسه و طريقة كتابته، القاهرة: المكتبة الأكاديمية، 1992.
31. عز الدين احمد علي ، التنمية المعاقلة في ليبيا: دراسة تحليلية نقدية لعقود الظلام الأربعة، ليبيا: وزارة الثقافة والمجمع المدني، 2013.
32. عوض محمود عباس، في علم النفس الاجتماعي، بيروت: دار النهضة العربية، 1980.

15. تشومسكي، نعوم. **الدولة الفاشلة: إساءة استعمال القوة و التعدي على الديمقراطية**. ترجم من طرف الكعكي سامي. بيروت: دار الكتاب العربي، 2007.
16. تشيف نيمانيكولا ، نظرية علم الاجتماع، تر. محمود عودة وآخرون ، الإسكندرية: دار المعرفة الجامعية، 1997.
17. توفيق، سعد حقي توفيق. **مبادئ العلاقات الدولية**. ط 1 . عمان: دار وائل للنشر، 2000.
18. جبارة، عطية جبارة. **علم الاجتماع الإعلام**. الإسكندرية: دار الوفاء لدنيا الطبعة و النشر، 2001.
19. جدالرب ،حسام الدين. **الجغرافيا السياسية** _ ط 1. القاهرة: الدار المصرية اللبنانية، 2009.
20. جهاد ، عودة ، و أحمد، علي إبراهيم. **العنف السياسي و الانقسام المجتمعي في ليبيا**. ط 1. القاهرة: المكتب العربي للمعارف، 2015.
21. الحديثي، عباس غالي. **نظريات السيطرة الإستراتيجية و صراع الحضارات**. الأردن: دار أسامة للنشر و التوزيع، 2004.
22. ختاوي، محمد. **النفط و تأثيره في العلاقات الدولية**. ط 1. بيروت: دار النفائس للطباعة و النشر و التوزيع، 2010.
23. خضر ،خضر. **مفاهيم أساسية في علم السياسة**. لبنان، طرابلس: المؤسسة الحديثة للكتاب، د.ت.ن.

7. باهي، سمير. تأثير التحولات الدولية لفترة ما بعد الحرب الباردة على السياسات الخارجية للدول المغربية. ط1. الإسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية، 2014.
8. بشارة، عزمي. في الثورة و القابلية للثورة. ط2. قطر: المركز العربي للأبحاث و دراسات السياسات، 2014.
9. بن خلدون عبد الرحمان ، كتاب العبر وديوان المبتدأ والخبر في أيام العرب والعجم والبربر ومن عاصرهم من ذوي السلطان الأكبر، 7أج. بيروت: دار الكتب العلمية، 1992.
10. بن نبي مالك، ترجمة: شاهين عبد الصابور، مشكلات الحضارة: مشكلة الثقافة، ط4، دمشق: دار الفكر للطباعة والتوزيع و النشر، 1984.
11. بوتومور، توم. مدرسة فرانكفورت. ترجم من طرف هجرس سعد. ليبيا، طرابلس: دار أوربا، 1998.
12. بوحوش عمار والذنيبات محمود، مناهج البحث العلمي و طرق إعداد البحوث، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1995.
13. بورديو، بيير. الرمز والسلطة. ترجم من طرف بنعبد العالي عبد السلام. ط3. المغرب: دار توبقال للنشر، 2007.
14. بوطالب، محمد نجيب. الظواهر القبلية و الجهوية في المجتمع العربي المعاصر: دراسة مقارنة للثورتين التونسية والليبية. ط1. الدوحة: المركز العربي للدراسات و الأبحاث، 2012.

قائمة المراجع:

أولاً: الكتب:

أ-باللغة العربية:

1. إبراهيم، عبد الكريم. جواد، الحمد خيرى عمر. الكيالى، عبد الحميد. محمد الجمل. و الأسمر مروان . دراسات إستراتيجية: تقدير موقف الثورات العربية. ط 1 . عمان: مركز دراسات الشرق الأوسط، 2012.
2. أبو القاسم، مصطفى عبد الله. قضايا وأزمات دولية معاصرة: النظرية والتطبيق. ط 2 . الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، 1997.
3. أغسطيني، هنريلودى. سكان ليبيا. ترجم من طرف خليفة محمد التليسي. ليبيا: الدار العربية للكتاب، 1990.
4. انديشة، أحمد محمد. التاريخ السياسي والاقتصادي للمدن الثلاث في ليبيا. مصراتة: دار و مكتبة الشعب، 2004.
5. أوغلو، أحمد داود. العمق الاستراتيجي: موقع تركيا في الساحة الدولية. ترجم من طرف محمد جابر وطارق عبد الجليل، مر. بشير نافع وبرهان كوروغلو. ط 2 . الدوحة: مركز الجزيرة للدراسات، 2011.
6. اينيس ل . كلود. النظام الدولي والسلام العالمي. ترم من طرف عبد الله العريان . القاهرة: دار النهضة العربية، 1964.

البعض عبر تلك التصنيفات الضيقة وإدراك بعضهم البعض على أساس الانتماءات القبلية وليس مبدأ المواطنة³¹ الذي يصفُ الناس ضمن فئة واحدة يتنافسون ويتفاعلون على قدم المساواة التي تمنحها صفة المواطنة.

- تصب مخرجات الجهود الدبلوماسية الجزائرية في عملية ما خلف الإطار الإقليمي المحيط بالأزمة الأمنية الليبية، والمشجع على الحوار السياسي الداخلي الشامل لكل القوى السياسية والمجتمعية والعسكرية ودفعها نحو بعضها البعض للتفاعل الإيجابي، وبناء مؤسسات الدولة وصناعة السلم الأهلي.
- الأمنة الإقليمية للبيئات الوطنية لدول شمال إفريقيا بحيث أصبحت قضية الاستقرار أو عدم الاستقرار ليست شأنًا داخليًا خالصًا (ليبيا منفردة) وإنما هو خاص بالمنطقة أو بالدول الجوار بسبب أن الديناميكيات الأمنية المختلفة التي لا تبقى حبيسة الحدود الوطنية للدولة، وإنما تخترق الجغرافيا الوطنية لتشمل المنطقة و في بعض الأحيان تتمدد لتشمل مستوى ما بين مناطقي.
- عدم الاستقرار الأمني في ليبيا يولد في السياق الإقليمي وضع أمني مضطرب نتيجة تمدد التهديدات الأمنية الجديدة عبر الجوار.

³¹ Andrew Linklater, « Globalization and the Transformation of Political Community, » In The Globalization of World Politics : An Introduction to International Relations, ed. John Baylis and Steve Smith, 2nd (New York: Oxford University Press, 2001), pp. 621-26.

المؤسساتية، وعدم تمكن نخب ما بعد الثورة من التوصل إلى اتفاق حول الشكل النهائي للكيان السياسي الشرعي بفعل طبيعة البنية السوسولوجية وغياب مجتمع الحداثة، ويمكن تلخيص أهم النتائج التي توصلن إليها هذه الدراسة في النقاط التالية:

- المخرجة الأمنية أن النزعة القبلية المحافظة حول المجتمع، الثقافة السياسية ومشروع المجتمع، شكلت المناخ المناسب لتوليد التطرف والجماعات المتشددة التي ساهمت لاحقا في عطب السلم الأهلي؛ ومن ثم أصبحت تشكل عيبا وظيفيا للجماعات السياسية في التعامل مع تعقيدات الوضع السياسي والأمن عقب اختفاء نظام معمر القذافي.
- امتد تأثير الثقافة القبلية إلى فترة ما بعد القذافي حيث المناخ الديمقراطي المفتوح على مصراعيه وبدون قيود؛ الذي ساعد على تغذية الثقافة القبلية وشيوعها عبر الإقليم والمدفوعة بروح الانتقام لدى البعض والخوف من خسارة الامتيازات السياسية السابقة لدى البعض الآخر.
- إحدى تعقيدات الأزمة الأمنية الليبية غياب مجتمع مدني فعال وعريض القاعدة يستطيع أن يلعب دور الخيار الثالث بين الجماعات المسلحة والحكومة ويمارس دور الوسيط المحاكي للتجربة التونسية في إدارة أزمة الانتقال الديمقراطي.
- خلق شيوع النزعة القبلية في ليبيا أعباءً متزايدة على الاستقرار الأمني من خلال التأثير على اتجاهات الناس نحو بعضهم

عنصر القوة في الموقف الجزائري أنه غير مكلف من الناحية الأمنية بأن لا يورطها في مستنقع النزاعات الأهلية الليبية من جهة، وثانياً أنه متنسق مع المسار العام للجهود الدولية بواسطة الأمم المتحدة الرامية إلى معالجة الأزمة بواسطة الحوار السياسي وصناعة التوافقات المشتركة بين الأطراف الرئيسية في النزاع الأهلي. وهذا يجعل الدبلوماسية الجزائرية لا تصطدم مع الإرادة الدولية، وفي نفس الوقت يكسبها مكانة الدولة الباحثة عن السلم الإقليمي. هناك العديد من المبررات التي أثرت على توجهات الدبلوماسية الجزائرية نحو الأزمة الليبية وصاغت أبعاد ومضامين تثبيت الاستقرار الإقليمي، يأتي في مقدمتها:

- تفادي التورط المباشر في النزاعات الأهلية الذي يحولها سريعا إلى طرف في النزاع،
- توفير الموارد الأمنية والاقتصادية،
- تعزيز التعاون الأمني الإقليمي،
- احتواء التهديدات الإرهابية والتصرف في اتساق مع مسارات الدبلوماسية الدولية للأمم المتحدة والقوى العظمى إزاء مشكلات المنطقة؛ خاصة عندما يتعلق الأمر بالمصالح الحيوية المطلوبة من قبل القوى العظمى كالنفط الليبي.

خلاصة واستنتاجات:

العامل المساهم في استمرار حالة عدم الاستقرار الأمني في ليبيا وانتشارها إلى المستويين الإقليمي والدولي محدد في غياب الدولة

التشكيلات المسلحة من المدن ووضع جدول زمني لجمع السلاح وحل جميع الميليشيات المسلحة.

(5) تأكيد المشاركين التزامهم التام بإعادة تنظيم وبناء قوات مسلحة وشرطة وأجهزة أمنية تقوم بحماية وسلامة أمن المواطنين وحماية التراب الوطني³⁰.

الموقف الأكثر حداثة كان حول إعلان التوقيع بالأحرف الأولى على "ميثاق السلم والمصالحة" بين الأطراف السياسية الليبية بتاريخ 11 جويلية 2015 في مدينة الصخيرات المغربية، بالرغم من غياب الطرف المحاور الآخر وهو المؤتمر الوطني العام؛ إلا أن مضمون الميثاق بصفة عامة يستجيب للخطوط العامة التي تتبناها الدبلوماسية الجزائرية إزاء الأزمة الأمنية الليبية، والتي منها:

- الدعوة إلى تشكيل حكومة وحدة وطنية بشكل توافقي،
- إنهاء المظاهر المسلحة في الشوارع،
- رفض الإرهاب والتطرف بكل أشكاله وعودة مؤسسات الدولة للعمل.

أعلنت الجزائر دعمها لمبادرة السلم والمصالحة لأنها تتسق مع المسارات الكبرى للموقف الجزائري نحو دول الجوار وإستراتيجية تسوية الأزمات الإقليمية وتثبيت الاستقرار الإقليمي، بغض النظر عن المكان الذي أعلنت منه المبادرة الأممية وتوقيع الأطراف الليبية عليها.

البيان الختامي لاجتماع الأحزاب السياسية الليبية والنشطاء السياسيين في الجزائر بتاريخ 10 و11³⁰ آذار/مارس 2015.

على مقاربات سياسية مشتركة لتخطي عقبة المرحلة الانتقالية. أدت هذه الجهود السياسية إلى تنظيم اجتماعات ضمّت ممثلين عن الأحزاب السياسية، قادة سياسيين وعناصر من المجتمع المدني الليبي. من بين هذه المبادرات، الاجتماع الذي عقد بتاريخ 10 و11 مارس 2015 بالجزائر وحضره الممثل الخاص للأمين العام للأمم المتحدة ورئيس بعثة الأمم المتحدة للدعم في ليبيا السيد برناردينو ليون (*Bernardino León*) وممثلة الاتحاد الأوروبي المكلفة بالشؤون الخارجية والسياسة الأمنية السيدة فديريكا موغبريني (*Mogherini Federica*)، وبعد يومين من الحوار السياسي بين ممثلي الأحزاب السياسية وشخصيات مستقلة وناشطين حقوقيين؛ توج الاجتماع بصياغة بيان مشترك وختامي تضمن مجموعة من النقاط المهمة وهي كالتالي:

- 1) تأكيد المجتمعين على ضرورة التعهد بحماية وحدة ليبيا الوطنية والترابية واستقلالها وسيادتها على أراضيها وبالتالي رفض أي شكل من أشكال التدخل الخارجي في الأزمة الأمنية الليبية.
- 2) الالتزام بالإعلان الدستوري المتضمن لمبادئ ثورة 17 فبراير القائمة على أسس العدالة وحقوق الإنسان وبناء دولة القانون والمؤسسات.
- 3) الالتزام باحترام العملية السياسية المبنية على قواعد اللعبة الديمقراطية والتداول السلمي على السلطة.
- 4) التأكيد على دعم الحوار بمساراته المختلفة وإعلان الرغبة الجماعية على إنجاز أعماله في أقرب وقت ممكن، بشكل يؤدي إلى تشكيل حكومة توافقية ووضع ترتيبات أمنية تتضمن وقفا دائما لإطلاق النار وانسحاب

انعقد الاجتماع الثالث لوزراء خارجية دول الجوار الليبي في مدينة الحمامات التونسية الذي توسع إلى ممثلي كل من الجامعة العربية والاتحاد الإفريقي، وكان يندرج ضمن الخيار السياسي للدبلوماسية الجزائرية التي كانت تدفع باستمرار نحو الحلول السلمية والحوارات السياسية ودعم المصالحة الوطنية بين الفرقاء الليبيين والاحتواء الجماعي لآثار انهيار النظام الأمني العسكري في ليبيا وإعادة تأهيل المؤسسات والبنية التحتية للدولة الليبية. لقد كانت المخرجة المهمة لهذا الاجتماع الإقليمي، البيان الختامي الذي أكد في ديباجته على: "ضرورة احترام وحدة ليبيا وسيادتها وسلامتها الترابية، ووقف كافة العمليات العسكرية التي تقوم بها الميليشيات المختلفة، ودعوة كافة الأطراف السياسية في ليبيا إلى حل خلافاتها عبر الحوار وانتهاج مسار توافقي [في معالجة المشاكل السياسية والأمنية العالقة]"²⁹. بالتمعن في هذا المقطع من البيان الختامي، يمكن ملاحظة بسهولة تأثير المقاربة الجزائرية في حل الأزمة الليبية على الاجتماع الإقليمي، والاعتماد على الإقناع والأطروحة الموضوعية التي تحد الأزمات وفي نفس الوقت تكون أقل كلفة للأطراف الإقليمية عندما لا تتورط بطريقة أو بأخرى في الدم الليبي.

لم تركز الدبلوماسية الجزائرية فقط على التنسيق الإقليمي مع دول الجوار الليبي، وإنما امتدت إلى البيئة الداخلية الليبية، من خلال العمل على مساعدة الأطراف السياسية الليبية على الحوار مع بعضها البعض والتوافق

مقدم زياد، 2014/09/16، الأزمة الليبية والتحرك المصري في ظل الأبعاد الإقليمية والدولية،²⁹ مركز الأهرام للدراسات السياسية والإستراتيجية، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي: <http://acpss.ahram.org.eg/News.aspxSerial> .2015/02/03 تاريخ الاطلاع،

كانت كل المواقف والأنشطة والمبادرات والتصريحات تجري ضمن
مفهمة الإطار السياسي-الأمني المشار إليه سابقا، إذ بادرت الجزائر في
شهر ماي 2014 إلى دعوة وزراء خارجية دول جوار ليبيا للاجتماع على
هامش الاجتماعات الوزارية لمنظمة عدم الانحياز في الجزائر، من أجل
التشاور حول الأزمة الأمنية المتصاعدة على خلفية الانقسام الحكومي
والصدام المسلح العنيف في مطار طرابلس والسيطرة على العاصمة
ومدينة بنغازي بتاريخ 30 جويلية 2014؛ وكذا احتواء التداعيات الأمنية
والإنسانية لتجدد النزاع الأهلي في ليبيا. بالطبع كانت المقاربات متباينة
بشكل شديد خاصة بين الرؤية المصرية المدفوعة بالمشاكل الأمنية المحلية
والرؤية الجزائرية الحريصة على إنهاء النزاع الأهلي على حدودها
الشرقية الطويلة. ثم جاء الاجتماع الثاني في غينيا في شهر جوان 2014
على هامش القمة الإفريقية، من أجل بلورة مزيد من الرؤى والمقاربة حول
مساعدة الليبيين في تجاوز المحنة الأمنية دون مزيد من الدماء وتفاذي
احتمالات تقسيم الدولة الليبية إلى إمارات تسيطر عليها الجماعات
المتشددة.

واجهت الدبلوماسية الجزائرية وضعا إقليميا معقداً خاصة من قبل
تلك الدول (تشاد، النيجر ومصر) التي كانت تدافع عن التدخل العسكري
غير المحسوب في الأزمة الليبية لتصبح جزءاً من المشكلة بدل الحل وتزيد
من تعقيد النزاع الأهلي، ضمن بيئة أمنية إقليمية هشة وتساعد التهديدات
الإرهابية عبر الصحراء الإفريقية.

الجزائرية العملية إنسانية بحتة وأنهم ممنوعون من الإدلاء بأي تصريحات أو أنشطة مناهضة للحكومة الليبية كما أكدت أن الجزائر ترفض اتخاذ أراضيها لأي أنشطة عسكرية ضد جيرانها، وأن ما يجري في ليبيا شأن داخلي يخص الليبيين وحدهم؛ وهذا يعني النأي بالنفس عن الخلافات السياسات بين القوى الليبية الجديدة، والجهود الأمنية-العسكرية سوف تتركز فيما بعد اختفاء حكومة معمر القذافي على توفير الغطاء الأمني المناسب لمجال جغرافي طوله 900 كلم في المنطقة الحدودية بين البلدين من أجل منع تدفق مصادر التهديد إلى أراضيها ومنع أي تنسيق عسكري محتمل بين تنظيم القاعدة في بلاد المغرب الإسلامي وأنصار الشريعة أو داعش في ليبيا.

وفق هذه المفهمة السياسية-الأمنية، تتضمن الإستراتيجية الجزائرية نحو ليبيا ما يلي:

- دعم الاستقرار الوطني،
- الإبقاء على مسافة واحدة من كل الأطراف،
- تعزيز الحوار السياسي الوطني،
- دعم دور الأمم المتحدة في إدارة الحوار الليبي-الليبي وتكوين حكومة وحدة وطنية،
- احتواء أنشطة تجارة الأسلحة، تدفق اللاجئين وأفراد الجماعات المسلحة المتطرفة
- مبادرات التدخل العسكري الخارجي لدعم طرف ضد آخر في الأزمة الليبية التي هي أصلا بالغة التعقيد.

المحور الثالث: دور الدبلوماسية الجزائرية في مواجهة الأزمة الليبية واعتبارات الأمن الإقليمي

شكلت الدبلوماسية الحذرة واعتبارات الأمن الإقليمي الإطار العام للموقف الجزائري منذ الأيام الأولى لنشوب الأزمة الليبية في فبراير 2011؛ بحيث أبتقت على علاقاتها التاريخية مع رموز الحكومة الليبية السابقة دون التدخل بثقلها العسكري في الصراع الأهلي بالرغم من الاتهامات المتكررة للجماعات المتمردة بإمداد قوات القذافي بالمقاتلين الأفارقة والمعدات والذخيرة، إلا أن وزير خارجية الجزائر كان دائما ينفي هذه الاتهامات. وربما الموقف الجزائري العلني والأكثر وضوحا الذي كان يخدم موقف الحكومة الليبية في بداية الأزمة هو رفض التدخل العسكري الأطلسي في الأزمة الليبية ودعم المتمردين لوجستيا وبواسطة القصف الجوي للوحدات القتالية الليبية خاصة تدمير القوات الجوية، المطارات وقطاع الدبابات ومخازن الأسلحة. لقد كان ينظر صناع القرار في وزارة الخارجية الجزائرية بأن التدخل الأطلسي في الأزمة الليبية سوف يعرض الاستقرار الأمني للمنطقة ككل، ويدمر البنية الأمنية والسوسيولوجية للمجتمع الليبي وليس أن يسقط حكومة معمر القذافي فقط. ظهر الخلاف مبكراً بين الجزائر والحكومة الجديدة في طرابلس بسبب استقبال الأولى لبعض أعضاء عائلة معمر القذافي من النساء، إذ طالبت الحكومة الليبية بتسليمهم إليها لمحاكمتهم، في مقابل ذلك اعتبرت الحكومة

الهوية القبلية وليس المواطنة. وقد عبّر عن ذلك المنصف وناس بقوله:
"ذلك أن الفاعل داخل أجهزة السلطة لا يعبر فقط عن هويته الفردية،
وإنما كذلك عن مرجعيته القبلية؛ فهو موال لقبيلته وليس موالياً بالضرورة
للدولة؛ وهو مرتبط بالجغرافيا القبلية أكثر من الوطن؛ وهو حريص على
أن يضمن لقبيلته الحد الأدنى من الغلبة الريعية والمالية والخدماتية وخاصة
السياسية بدل حرصه على توزيع عادل للثروات الوطنية"²⁷.

المشكلة الأكثر تعقيداً، أن الهوية القبلية والإدراكات القبلية لم يتوقف
تأثيرها عند حدود العلاقات الفردية الشخصية مع القبيلة، وإنما امتد إلى
توزيع الرفاهية الاجتماعية والاختلال في النفوذ السياسي والأمني بين
المناطق وداخل النظام السياسي الليبي؛ التي تحولت بعد انهيار نظام
القذافي إلى صراعات مسلحة دامية من أجل تصحيح الاختلالات،
استرجاع المكانات أو تصفية الحسابات القديمة. إن التأثير الأمني
والسياسي والاجتماعي للغلبة القبلية في المجتمع الليبي متضمن في صياغة
المنصف وناس عندما قال: "فالغلبة، وفق معناها السياسي والاجتماعي،
هي عبارة عن مجموعة من الحلقات المتشابكة والمترابطة التي تضمن
للفاعل ريعاً رمزياً وقوة إكراهية تحقق السطوة وإعادة إنتاج القبيلة ومنع
تدفق الثروة، أفقياً وعمودياً، من جهة الحيلولة دون وصولها إلى الفئات
الخصمة من جهة أخرى. وبمقتضى هذا الفهم للغلبة، جرى إقصاء مدن
وبلدات بكاملها من التنمية والريع البترولي"²⁸.

المنصف وناس، مرجع سبق ذكره، ص ص. 62-63. 27

المنصف وناس، مرجع سبق ذكره، ص ص. 63-64. 28

وبالرغم من إعلان معمر القذافي عن ضرورة تسييس القبيلة لأنها تتحول إلى مصدر خطر على الدولة، إلا أنه من الناحية العملية كرّس الحياة القبلية في المجتمع الليبي من خلال " .. أن فلسفة النظام السابق كانت تقوم، فيما تقوم، على تدمير الدولة بكل هياكلها وعلى تشجيع الليبيين على المشاركة في التدمير بحجة القضاء على كل الحواجز والموانع بين الحاكم والمحكوم طورا وتحقيق الديمقراطية الشعبية المباشرة التي ترفض تماما التمثيل باعتباره تدجيلا طورا آخر" ²⁵ .

من جهة أخرى، أخذ التأثير السياسي للقبيلة على المجتمع الليبي شكل ما سماه المنصف ونّاس "بالغلبة .. اعتماداً على ثلوث الربيع والخوف والزبونية"، ولو أن من ناحية الامتداد المعرفي، ترجع جذور هذا المصطلح إلى أطروحة ابن خلدون²⁶ حول الملك والتغلب عبر ديناميكية العصبية. في سياق التأثير السياسي والاجتماعي للقبيلة، أصبحت الآثار الأمنية والسوسيو-سياسية قابلة للملاحظة بسبب الاستغلال الكثيف والمتعمد للقبلية من قبل نظام القبيلة في صياغة مفردات السياسة والمخرجات الأمنية؛ التي امتدت في التأثير المأساوي إلى ما بعد فترة العقيد معمر القذافي، ومن المحتمل أن تستمر لعقود قادمة إلى أن تنتشر أشكال ومظاهر التحديث في المجتمع. كانت إحدى تلك الآثار المأساوية شيوع الثقافة القبلية ومن وراء ذلك مفهومة الإدراكات القبلية، بحيث أنتجت في النهاية الرجل القبلي بدل المواطن المدني؛ الموجه سلوكيا بواسطة

²⁵ نفس المرجع السابق، ص ص. 36-37

²⁶ ابن خلدون، مرجع سبق ذكره، ص. 147.

استمرار سيطرة النزعة القبلية على المجتمع الليبي التي تأخذ عادة صبغة البداوة، ونفوذ القبيلة على عمليات السياسة المحلية خاصة فيما يتعلق متابعة وملاحقة حركات الشباب في المناطق النائية؛ في مقابل الضعف الملحوظ لحركة تحديث المجتمع الليبي المتأصلة في عقلية العقيد معمر القذافي الذي استمر طيلة حكمه يمجّد نموذج البداوة من خلال رمز الخيمة؛ بالإضافة لمتغيرات مستقلة فرعية مسؤولة عن الميل الملحوظ للعنف المسلح سواء خلال أشهر التمرد ضد نظام القذافي أو في استمرار حركة العنف والفوضى الأمنية فيما بعد قيادة معمر القذافي. وتشتق النزعة القبلية نحو العنف المسلح من الافتراض العام الذي طرحه ابن خلدون²³ حول فكرة أن المجتمع البدوي (القبلي) هو أكثر ميلاً نحو القتال والتمرد والاعتماد على الذات في حماية الممتلكات، تماماً كما تفعل القبائل في الكثير من مجتمعات العالم الثالث مثل المجتمع الليبي.

لخص الباحث المنصف ونّاس تأثير النزعة القبلية على المجتمع الليبي في نقطتين "1) التنصل من مسؤولية تحديث المجتمع الليبي اقتصادياً واجتماعياً وتطوير حياته السياسية وتوفير الآليات والمؤسسات التي تكفل التعبير المنظم والاندرج في الحداثة ..2) تغليب البدو على الحضر والريف على المدينة وجعل المجتمع برمته يعيش على إيقاع الصحراء.." ²⁴

²³كتاب العبر وديوان المبتدأ والخبر في أيام العرب والعجم والبربر ومن عبد الرحمان بن خلدون، عاصره من ذوي السلطان الأكبر، 7 أ.ج. (بيروت: دار الكتب العلمية، 1992)، 1: 134-47. المنصف ونّاس، الشخصية الليبية: ثالوث القبيلة، والغنيمة والغلبة (د. دن: الدار المتوسطة للنشر، ²⁴ 2014)، ص ص. 32-33.

ورفلة (الغرب)	ورفلة (الشرق)
ترهونة (الغرب)	ترهونة (الشرق)
أمسلاتة	الزنتان
العمامرة	الرحيبات
المعدان	كاباو
الحرابة	أدرسة
ورشفانة	نالوت
المشاشية	الغزايا
تاورغة	جادو
المقارحة	يفرن
أولاد يوسف	القلعة
النوايل	مكلة
الصيعان	العواقير (بنغازي)
العجيلات	التوارق
الرقيعات	شكشوك
الريانية	زواره
القواليش	الزاوية
الأصابعة	مصراطة
الفرجان (سرت وترهونة)	الفرجان (الشرق)
قبائل الخمس	قبائل مصراطة

(التي انضم أهلها إلى الثوار) وقبيلة المشايشة (التي انضم أهلها إلى جانب النظام)، ويعود أصل المشكلة إلى نزاعات على الأراضي الزراعية خلال فترة الاستعمار الإيطالي. وهناك من يضيف العامل الإثني في تأجيج الصراعات الأهلية في المجتمع الليبي، مثلا الصراع بين مصراتة وتاورغاء، إذ يتميز سكان هذه الأخيرة بلون البشرة الداكنة ويُعتقد أن أصولهم تنحدر من أماكن مختلفة في أفريقيا، في حين يتميز سكان الأولى بلون بشرة فاتحة وينحدرون من خليط اثني عربي وتركي وركسي. وبالطبع الحالة العامة، فإن المناخ النفسي الذي يعيشه كل فرد غادر بيته ومدينته ومكان عمله سوف يكون على الأقل متعاطفا مع النظام السابق إن لم نقل جزء منه، في مقابل أن أفراد الجماعات المسلحة هم الناقمون على كل رمز يشير إلى الوضع السياسي السابق؛ ومن ثم كان النازحون الخزان البشري لتجنيد المناوئين للنظام الجديد وتعقيد الوضع الأمني الهش بعد نهاية الحرب الأهلية

ويمكن توضيح المواقف القبلية إزاء النزاع الأهلي من خلال الجدول رقم 2 التالي:²²

القبائل المساندة للقذافي	القبائل المساندة للمتمردين
القذائف	العبيدات
أولا سليمان	البراعة

محمد نجيب بوطالب، مرجع سبق ذكره، ص 15.22

(ي) الاشتباكات العسكرية في أقصى الجنوب بين قبائل التبو بتاريخ 5 ديسمبر 2012 حول السيطرة على تلك المناطق التي أصبحت ممراً مهماً للبضائع المهربة؛

(ع) الصدامات المسلحة بين بين الزنتان والمشاشية بتاريخ: 13 ديسمبر 2011.²¹

يجب التذكير بأن النزاعات المسلحة القبلية ممتدة بجذورها إلى فترة حكم معمر القذافي كما سبقت الإشارة إليه، لكن المتغير المستقل الرئيسي المغذي للصدامات القبلية المسلحة من حين لآخر محدد في المواقف القبلية المتباينة إزاء الحرب الأهلية التي نشبت في 17 فبراير 2011، بحيث وقفت بعضها إلى جانب قوات معمر القذافي، في حين انحاز بعضها إلى جانب المتمردين؛ وهو الصراع الذي أدى إلى انهيار نظام القذافي في أكتوبر 2011.

كما أشرنا من قبل، الصراعات القبلية ممتدة في التاريخ السياسي الليبي الحديث منذ أيام الاستعمار الإيطالي في ثلاثينيات القرن الماضي، تتغذى بواسطة الاتهامات المتبادلة بالموالاة للاستعمار والمناهضين له. نفس الشيء خلال الحرب الأهلية في 2011، بعض القبائل انحازت إلى جانب القذافي وأخرى إلى جانب الثوار، وبعد انتهاء الحرب ظهرت معادلة سياسية أمنية جديدة، فريق قبلي خسر الحرب ويبحث عن استرجاع نفوذه وفريق آخر ربح الحرب ويريد أن ينتقم للماضي السياسي. لقد تجلت هذه الحالة بكل وضوح في الصراع القبلي في جبل نفوسة بين قبيلة الزنتان

²¹ محمد نجيب بوطالب، مرجع سبق ذكره، ص ص. 87-89.

ثانيا: الصراعات القبلية والسلطة

بناءً على الخلفية السابقة حول انتشار النزعة القبلية على المجتمع الليبي بشكل عام، ظهرت الصراعات القبلية من جديد على المشهد الليبي في ظل بيئة أمنية شديدة الهشاشة، سواء من خلال استغلالها من قبل بعض القوى السياسية المتضررة من الوضع الجديد المنبثق عن انهيار نظام معمر القذافي، أو اندفاعها بنفسها وتحركها بواسطة أسباب قبلية للسيطرة على مصادر الثروة والضغط على السلطة الجديدة بواسطة الجماعات المتطرفة التي تحتضنها في مناطقها. يمكن في هذا الصدد، عرض بعض الأمثلة حول الصراعات القبلية على السلطة ومصادر الثروة، وهي:

- أ) الصراع بين قبيلة الصيعان ونالوت في شهر سبتمبر 2012، عرف بـ "حادثة المرأة التي انتقمت من الثوار باستعمال السلاح"؛
- ب) الصراع بين مجموعة من اتباع القبائل العربية والطوارق في غدامس غرب ليبيا لأسباب اثنية محركة بواسطة مصالح معينة؛
- ج) استمرار الصراعات القبلية في منطقة بني وليد جنوب ليبيا، التي كانت أعنفها يومي 24 و 25 جانفي 2012؛
- د) ظهور جيش القبائل في منطقة الزنتان المناهض لحكومة طرابلس المدعومة من قبل قوات فجر ليبيا التي أغلبها من مدينة مصراتة؛ التي أدت إلى مواجهات دامية غرب ليبيا.
- هـ) اندلاع اشتباكات مسلحة بين منطقة الزاوية ومنطقة ورشفانة بالماية؛
- و) النزاعات المسلحة بين بني وليد وسوق الجمعة التي أدت إلى مقتل أكثر من 12 شخص؛

الأكاديميين الليبيين الدكتور محمد علي عز الدين عن ثقافة التشظي للقبيلة في المجتمع الليبي خلال مرحلة حكم معمر القذافي، الممتد تأثيرها إلى ما بعد اختفائه من المشهد الوطني تماما بقوله: " .. وقد دعم نظام القذافي القبيلة في ليبيا بكل ما أوتي من قوة لنشر الفرقة بين أفراد الشعب وزرع الفتنة بينهم، حتى إن المناصب المحلية في المدن والأرياف كانت توزع على أساس القبيلة ومدى كبر القبيلة وقوتها، فتعيب المناصب وتمنح للأشخاص، بالإضافة لمدى قناعة الشخص بأفكار اللجان الثورية، وكان معيار اختيار وتعيين مدراء الإدارات المحلية على أسس قبلية لا يعتمد فيه مبدأ الكفاءة ولا المؤهل العلمي لا عتلاء المناصب. وأزمة الهوية في المجتمعات القبلية تظهر واضحة، حيث إن الفرد يعاني من ازدواجية الولاء، هل سيرجع إلى القبيلة أم إلى الدولة، وغالبا ما يكون انتماءه إلى القبيلة أقرب وأصدق من انتمائه إلى الدولة" ²⁰.

هذا المحتوى لتأثير القبيلة على تشظي المجتمع الذي عبّر عنه محمد علي عز الدين في عهد القذافي قد امتد إلى مرحلة ما بعده، ولكن بتأثير أكثر مأساوية بسبب البيئة الأمنية الهشة عقب نهاية الحرب الأهلية كما أشرنا من قبل.

²⁰ محمد علي عز الدين، التنمية المعاقبة في ليبيا: دراسة تحليلية نقدية لعقود الظلام الأربعة (ليبيا: وزارة الثقافة والمجمع المدني، 2013)، ص ص. 143-44.

من ذلك الاعتبار بسبب ظاهرة التسلح الشعبي وشيوع النزعة الأمنية داخل المجتمع القائمة على حماية واستمرار الزعيم على رأس النظام السياسي. (4) الاعتماد في طريقة إدارة مؤسسات الحكومة والهيئات المجتمعية على التحالفات القبلية، من خلال مراعاة التوازنات في إسناد الوظائف والمسؤوليات الكبيرة في الدولة، طالما أن النظام ليس ديمقراطياً ولا يعتمد على معيار الكفاءة المهنية في إدارة الدولة.

(5) تراجع دور النخب السياسية والأكاديمية والثقافية والفنية وحتى الدينية وكل ما من شأنه أن يخلق التعددية والتنوع في الآراء والحوار السياسي وأشكال الاتصال السياسي المفتوح والحرية في التعبير السلمي عن الآراء والأفكار -سواء في العلاقات المجتمعية العامة أو ضمن مؤسسات المجتمع مثل المدارس والجامعات والمصانع والتظاهرات الرياضية- حول قضايا المجتمع، وبالتالي إلغاء التعددية الثقافية التي مكنت لسيطرة القبيلة وثقافة المجتمع المحافظ.

(6) استمرار الأعراف القبلية والقيم البدوية داخل المنظومة الاجتماعية وكذا شيوع الثقافة القبلية كمحتوى للعمليات السياسية وكموجهة للسلوك العام للمجتمع.¹⁹

امتد تأثير الثقافة القبلية إلى فترة مع بعد القذافي حيث المناخ الديمقراطي المفتوح على مصراعيه وبدون قيود؛ الأمر الذي ساعد على تغذية الثقافة القبلية وشيوعها عبر الإقليم والمدفوعة بروح الانتقام لدى البعض والخوف من خسارة الامتيازات السياسية السابقة لدى البعض الآخر. عبّر أحد

محمد نجيب بوطالب، مرجع سبق ذكره، ص 100-101.¹⁹

حول الأفكار والأنشطة التي يقومون بها، مقابل الأموال التي كانت تتلقاها من حكومة معمر القذافي.

تعتبر القبيلة إحدى المفاتيح المهمة في فهم آليات البناء الاجتماعي الليبي من خلال المؤشرات التي اقترحها محمد نجيب بوطالب، والمحددة في مجموعة النقاط التالية:

(1) تداخل الأدوار لدى الفاعلين لا يخفي أولوية الولاء القبلي والعشائري لديهم، مما يعني استمرار التأثير القبلي على السياسات الوطنية في مضمونها الاقتصادي الاجتماعي وفي مضمونها الأمني (سواء في اتجاه استقرار النظام السياسي أو باتجاه تقويض الأمن المجتمعي ونشوب النزاعات الأهلية).

(2) وجود رد فعل ملحوظ على الفشل الإيديولوجي للدولة التي بناها العقيد معمر القذافي منذ عام 1969 بالرجوع إلى الاعتماد على دور القبيلة في المحافظة على الاستقرار الأمني واستمرار النظام السياسي بطرق أخرى غير الوظيفية أو بطريقة تسري في الاتجاه المعاكس للمنظور الوظيفي أو بتعبير روبرت ميرتن¹⁸ شيوع العيوب الوظيفية؛ فضلا عن فشل برامج التحديث، خصوصا حينما يستمر الفراغ المؤسساتي السياسي داخل المجتمع.

(3) استمرار خضوع عمليات الانتداب السياسي والأمني داخل النظام السياسي الليبي لاعتبارات قبلية طويلة فترة حكم القذافي، وصعوبة الخروج

نيكولا تيماشيف، نظرية علم الاجتماع، تر. محمود عودة وآخرون (الإسكندرية: دار المعرفة¹⁸ الجامعية، 1997)، ص ص. 24-322.

تأهילה في التسويق السياسي لتوحيد العدو الخارجي¹⁶) يستهدف الوحدة الوطنية للأمة.

من ناحية التحليل السياسي الواقعي في سياق فهم الأزمة الأمنية الليبية، تعتبر القبلية معطى إمبريقي لا بد أن يؤخذ بعين الاعتبار، سواء بسبب جوهريتها في النظام السياسي السابق، أو بسبب تصنيفها كأحدى الأطراف الخاسرة في الحرب الأهلية في 2011، على الأقل تلك التي ساندت نظام معمر القذافي في مواجهة التمرد المسلح عبر الحدود.

من الناحية التاريخية، تعامل نظام معمر القذافي مع القبيلة كمكوّن أساسي في تثبيت استقرار النظام السياسي على خلفية غياب الأحزاب السياسية وجماعات المجتمع المدني بالمعنى الحديث للكلمة؛ فوجد البديل في القبائل التي يبلغ عددها تقريبا 140 قبيلة، وهو عدد له وزنه السوسيولوجي في الاستقرار الاجتماعي-السياسي. وكانت المبادرة العملية لتجسيد الدور السياسي للقبيلة والاستعانة بها في تحقيق الاستقرار بين المناطق والتوازنات السياسية والاجتماعية، إنشاء ما يسمى "بالنواحي القبلية" في عام 1977¹⁷، التي في الحقيقة كانت تتولى مهام أمنية استخبارية حول تعقب حركة الشباب في المناطق القبلية وجمع المعلومات

¹⁶ Zeev Maoz, National Choice sand International Process (Cambridge, New York, Port Chester, Melbourne, Sydney: Cambridge University Press, 1990) pp. 503 -06.

¹⁷ محمد نجيب بوطالب، الظواهر القبلية والجهوية في المجتمع العربي المعاصر: دراسة مقارنة للثورتين التونسية والليبية (قطر: المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، 2012)، ص ص. 65-74.

يقول عشية تصاعد حدة الاحتجاجات الشعبية ضده بأن "وراءه ملايين الليبيين".

في سياق التحليل الأمني لدور القبيلة في الأزمة الأمنية الليبية، دائما يملأ القبيلة الفراغ الأمني في البيئات الأمنية الهشة أو التي تعاني من الصراعات الأهلية والانفلات الأمني وشيوع الاحتراب الأهلي؛ كالجاري بعد انهيار نظام القذافي في ليبيا. مثلا في جنوب البلاد، نشبت صراعات قبلية كبيرة في بني وليد بالقرب من المنشآت النفطية في عام 2012، استدعت إرسال تعزيزات عسكرية من الشمال، وهو الوضع الذي خلق فراغا أمنيا كبيرا في المدن الكبيرة أدت إلى نشوب نزاعات دامية في العاصمة والمدن الأخرى.¹⁵

لا شك في أن القبيلة كان لها دور في المجتمعات العربية والتاريخ السياسي العربي منذ منتصف القرن العشرين، لكن هذا عكس في حقيقة الأمر جوانب الضعف في انتقال هذه المجتمعات إلى حالة الحداثة، وبالتالي حملت معه بذور العطب الأمني وفي بعض الأحيان الصراعات الأهلية في مقابل شيوع السطوة الأمنية على المجتمع تحت مبرر أن الأمن أولا وتعزيز إدراكات وجود عدو خارجي (كانت إسرائيل هي الطرف الأكثر

¹⁵ الصراعات القبلية بالقرب من المنشآت النفطية عام 2012، أخبار ليبيا السياسية، متوفر على ، تاريخ الاطلاع: http://www.un.org/events/res_1325e.pdf الموقع الإلكتروني التالي: 15 نوفمبر 2013

منابع النفط ومسارات عبور أنابيبه نحو الموانئ البحرية نحو الأسواق العالمية.

أدت الأساليب المتباينة للتعامل مع القبائل من قبل نظام معمر القذافي إلى ظهور خصومات سياسية بينها واستمرار القديمة منها، فعلى سبيل مثال هناك خصومة بين قبيلة الزنتان في جبل نفوسة وجيرانهم أهل الرياينة الغربية الذين كانوا حلفاء مقربين من العقيد معمر القذافي، ومتهمين في نظر قبيلة الزنتان بأنهم أيضا تحالفوا مع الاستعمار الإيطالي في أربعينيات القرن العشرين. بحكم هذه العلاقة المشحونة بالتناقض والخصومة، انحازت قبيلة الزنتان إلى جانب الاحتجاجات الشعبية في 17 فبراير 2011، في حين انحاز أهل الرياينة الغربية إلى جانب قوات القذافي. لقد استمرت الآثار الأمنية-السياسية للخلافات التاريخية بين القبيلتين إلى ما بعد القذافي من خلال نشوب النزاعات الأهلية المسلحة بينهما من حين لآخر ونزوح ما يقارب 470 عائلة من بلدة الرياينة الغربية نحو مناطق أخرى هربا من الاشتباكات المسلحة. بسبب العلاقة الوثيقة بين نظام القذافي والقبائل الليبية، قاتلت الكثير منها إلى جانبه مثل قبيلة الورفلة، المقارحة، القذاذفة وترهونه؛ لقد هدد القذافي ونفذ تهديده خلال الاحتجاجات الشعبية بتسليح القبائل من أجل تعقيد الوضع الأمني أمام القوى الثورية الجديدة، على خلفية الديمغرافية التي تنتمي لهذه الفئة من فواعل الأزمة الأمنية الليبية والمقدرة بحوالي مليون نسمة، أي ما يعادل ثلث مجموع السكان؛ وربما هذه الديمغرافيا القبلية هي التي جعلت القذافي

الجدول 1: الطابع العسكري للقبيلة الليبية في بدايات القرن (1911-

1920)¹⁴

في سياق التوظيف السياسي التاريخي للقبيلة في المجتمع الليبي، اعتمد معمر القذافي بشكل كبير على دعم القبائل في تثبيت استقرار النظام السياسي خلال فترة أربعين سنة من حكمه -ولو بمستويات مختلفة وأساليب متباينة- بواسطة شراء ولائها بالأموال وإشراكها في بعض مناصب الحكم؛ لذلك هي الطرف الأبرز الذي وجد نفسه خاسرا من انهيار نظام القذافي في خريف 2011، وبذلك شكلت شوكة غائرة في كيان النظام السياسي الوليد بعد الحرب الأهلية والهشاشة الأمنية، اقتصاديا وسياسيا. لكن تعامل القذافي مع القبائل، خاصة في جنوب البلاد كان مصلحياً بحتاً وبسبب بعثرتها في صحراء عميقة الامتدادات الجغرافية، لم يكن لدورها أي تأثير على مسار الصراع في المناطق الساحلية المكتظة بالسكان والمتمردة على نظام القذافي خاصة في بنغازي وطرابلس. إذ لم تكن منظمة، ولا بالعدد الوفير الذي يمكن أن يؤثر على مسار الأحداث في المناطق الحضرية الكثيفة والثائرة.

لم يتعامل القذافي مع القبائل ككتلة سوسولوجية موحدة، وإنما تعامل مع كل طرف وفق الوضعية الاجتماعية والاقتصادية والمنطقة التي تنتمي إليها كل قبيلة، بحيث أنه راهن على الخلافات والصراعات بينها حتى لا تتوحد ضده خاصة تلك التي تقطن المناطق الحيوية للدولة مثل مناطق

محمد نجيب بوطالب، الظواهر القبلية و الجهوية في المجتمع العربي المعاصر: دراسة مقارنة¹⁴ للثورتين التونسية و الليبية، (ط1، قطر، الدوحة: المركز العربي للأبحاث و دراسات السياسات، 2012)، ص 70.

لتجنيد أفراد قوات الأمن والجيش، والبعض الآخر كانت تشكل جزءاً من النظام السياسي مثل القذافة في مدينة سرت وغيرها. إذا أخذنا معيار النفوذ السياسي والعلاقة مع النظام السياسي، فإن هناك فقط ثلاثين قبيلة تقريبا التي شكلت ثقلا مجتمعيًا وسياسيًا في استمرار النظام السياسي طيلة فترة حكم معمر القذافي ووفقا للدراسة السوسولوجية التي أجرتها أمال العبيدي من جامعة قاريونس بنغازي، "فإن أكبر القبائل العربية في ليبيا وأكثرها نفوذا هي قبيلة بني سالم (في برقة) وقبيلة بني هلال (غرب ليبيا). وفي الشمال الغربي من ليبيا (إقليم طرابلس) فإن أهم القبائل هي ورفلة، وترهونة، وفي منطقة برقة، كقبائل كراغلة والتواجر والرملة. أما قبيلة القذافي فقد كانت صغيرة " 13.

عدد قطع السلاح	القبيلة
6000	الدرسة (برقة)
14000	العواكير
11000	الزوية
2500	الرجبان والزنتان
5000	الصيعان
5000	الحرابة

¹³ منصورية مخفي، نظام القذافي في قبضة القبائل الليبية، مارس 2011، مقال من مركز الجزيرة www.aljazeera.net/studies للدراسات، متوفر على الموقع الإلكتروني بتاريخ فبراير 2014 ،



خريطة توضح التوزيع القبائلي في ليبيا¹²

أولاً: التوظيف السياسي التاريخي للقبيلة

أشار المؤرخ الليبي عبد العزيز نجم إلى أن عدد القبائل الليبية يبلغ حوالي 140 قبيلة وعائلة تشكل في العموم المجتمع، كانت لها علاقات متفاوتة الصلة والتحالف مع النظام السابق؛ إلا أن هناك بعض القبائل كان لها نفوذ قابل للملاحظة لعدة أسباب، منها أن البعض منها يقطن مناطق حيوية للنظام السياسي مثل العاصمة والمناطق التي تحتوي حقول النفط، والبعض الآخر بسبب حجمها الديمغرافي الكبير الذي يعتبر مصدراً مهماً

¹²متوفر على الموقع الإلكتروني التالي:
<http://images.google.fr/imgres?imgurl=http%3A%2F%2Farchive.alqabas.com>
 m تاريخ الاطلاع: 15 مارس 2016

جبريل. بالرغم من حصول التحالف الليبرالي على أغلبية المقاعد، إلا أن تشكيله للحكومة لم يؤد تحقيق الاستقرار السياسي والأمني في ليبيا، بسبب أعباء التراكمات السياسية، البنوية، الاقتصادية والأمنية التي اصطدمت بها الحكومة الجديدة في الأشهر الأولى. إلا أن المشكلة الرئيسية التي واجهت حكومة التحالف الليبرالي بقيادة علي زيدان هي عدم قدرتها على السيطرة على الميليشيات المسلحة والتعامل مع مطالبها حول العمل وحقوقها، خاصة وأن هذه الأخيرة تنظر لنفسها على أنها هي التي أسقطت حكومة القذافي وكسبت الحرب وليس تجمعات الأحزاب الذين كان معظم قادتها أعضاء في المجلس الانتقالي وليس في جبهات القتال. بالإضافة إلى عدم قدرة الحكومة على إعادة بناء المؤسسات الأمنية والعسكرية وتأهيل مؤسسات الدولة. وكانت من المواقف الصعبة التي واجهت حكومة علي زيدان قيام الميليشيات المسلحة باقتحام المقرات الحكومية، وكانت آخرها قيام هذه الجماعات باختطاف رئيس الحكومة لمدة ثلاثة أيام في ماي 2013.

المحور الثاني: الدور السياسي للقبيلة وإعاقة التوازنات السياسية والمجتمعية

من الناحية المفاهيمية، عرّف محمد عاطف غيث القبيلة بأنها: "وحدة متماسكة اجتماعيا، ترتبط بإقليم، وتعتبر في نظر أعضائها ذات استقلالية سياسية"¹¹.

¹¹ عبد الوهاب بن خليف، "أزمة المواطنة في المجتمع الليبي في ظل التوازنات بين القبيلة والدولة"، المجلة الجزائرية للدراسات السياسية 1 (جوان 2014): 60.

الانتخابات باعتبارها أول تجربة عمل سياسي ديمقراطي في تاريخ المجتمع الليبي.¹⁰

تأثر الحزب بشكل مأساوي بما حدث في مصر في 03 جويلية 2013، عندما ناصبه خليفة حفتر العداء، الأمر الذي جعل قيادة الحزب تلجأ مع مجموعة من القوى السياسية متمسك باستمرار عمل المؤتمر الوطني العام، لتوثيق علاقتها بالقوى الإقليمية خاصة تونس والجزائر والمغرب، إذ شاركت مثلا قيادة الحزب في الحوارات السياسية المتكررة بين الأطراف الليبية التي التأمّت في الجزائر بين عام 2014 و2015؛ من أجل الدعم الإقليمي السياسي لموقف الحزب حول مواجهة سياسة الإقصاء الأمني المتبناة من قبل خليفة حفتر والقوى الليبرالية الموالية له.

ثالثاً: تحالف القوى الوطنية

تشكل تحالف مجموعة من الأحزاب ذات الإيديولوجية الليبرالية عقب سقوط نظام معمر القذافي، كان البعض منها ممثلاً في المجلس الانتقالي والبعض الآخر ليست كذلك؛ وكانت الغاية التي تجمع بينها الدخول للانتخابات المقبلة بقائمة واحدة لمواجهة أي احتمال لفوز حزب العدالة والبناء والأحزاب الإسلامية الأخرى بالأغلبية الساحقة. بسبب المخاوف من هيمنة أحزاب الإسلام السياسي على مقاعد المؤتمر الوطني العام، تحالف ما يقارب سبعة عشر حزبا بقيادة رئيس الحكومة السابق محمود

¹⁰ المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، ليبيا ومخاوف الانزلاق في طريق الاقتتال الأهلي - الشامل (الدوحة: المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، 2014)، ص. 03-05.

والتي بقيت خارج اللعبة الحزبية ولم تستطع الأحزاب احتواء طموحاتها وتأطير أفرادها في العمل السياسي بسبب النزعة العسكرية التاريخية التي تعمقت في الوعي الشعبي طيلة أربعين سنة من حكم معمر القذافي. نشب النزاع المسلح بين هذه القوى مما خلق أزمات أمنية معقدة وعدم استقرار خاصة في المدن الكبرى والمناطق الساحلية التي تحتوي على مرافئ تصدير النفط واستقبال البضائع الخارجية. فقد نشبت صراعات مسلحة على السلطة خارج العملية السياسية بين ثوار الزنتان وثور مصراتة، وتحولت بعض كتائب القذافي إلى موالية للخليفة حفتر والبعض الآخر أعلن انتماءه لتنظيم الدولة الإسلامية وسيطر على مدينة سرت مسقط رأس العقيد معمر القذافي.⁹

ثانياً: حزب العدالة والبناء

يصنف حزب العدالة والبناء إحدى القوى السياسية الإسلامية الأكبر في ليبيا وهو محسوب على جماعة الإخوان المسلمين، بالرغم من إصرار مسؤولي الحزب على أنهم هيئة سياسية مفتوحة على كل الشرائح الليبية وليس ملتزمين بتوجيهات المرشد العام للإخوان في ليبيا. ويعتبر هذا الحزب القوة السياسية الثانية في البلاد بعد التحالف الليبرالي بقيادة محمود جبريل المكوّن من عدد كبير من الأحزاب العلمانية الليبرالية. لقد حصد حزب العدالة والبناء 41 مقعداً من أصل 200 مقعد في البرلمان أو ما يسمى بالمؤتمر الوطني العام في انتخابات 2012، وذلك بعد حصوله على نسبة 20.5% من الأصوات، بالرغم من الظروف الصعبة التي جرت في

⁹ مركز المسبار للدراسات والبحوث، مرجع سبق ذكره، ص ص. 152-56.

الحكومة الانتقالية، مثل سالم قنام نائب رئيس المجلس الوطني، وانتخب محمد يوسف المقرئف رئيساً له، وهو تابع للجبهة الوطنية لإنقاذ ليبيا؛ بالإضافة إلى بعض الشخصيات الإسلامية ذات ميول ليبرالية. أظهرت الجبهة ميولها للسياسة الليبرالية من خلال التأكيد على الالتزام بالديمقراطية، فصل السلطات، الالتزام بالتعددية السياسية والحزبية، التداول السلمي على السلطة، اعتماد الشفافية والمساءلة والمحاسبة حول طرق إدارة مؤسسات الدولية ومشاريع التنمية وطرق صرف أموال الدولة خاصة فيما يتعلق بمداخل النفط.

يمكن إدراج في قائمة القوى السياسية الليبية الجديدة التي انبثقت عقب اختفاء نظام معمر القذافي، حزب "تجمع الأمة" ذو الإيديولوجية الإسلامية الذي أسس من قبل قيادات وأعضاء الجماعة الإسلامية المقاتلة الليبية سابقاً، وقد نص ميثاق الحزب على مجموعة من الأهداف من أهمها:

- ترسيخ مفهوم التعددية والتداول السلمي على السلطة،
- حماية الأسرة من التفكك وتعزيز القيم الأخلاقية الإسلامية،
- تعزيز دور المرأة وإتاحة الفرص أمامها للمشاركة في الحياة العامة في إطار الفضائل والقيم الإسلامية".⁸

إلا أن المشكل الرئيسي الذي واجه عمل الأحزاب السياسية بصفة عامة في ممارسة السياسة والانتقال بالدولة إلى حالة الاستقرار الأمني والتعافي الاقتصادي هو القوى الثورية في حد ذاتها التي أطاحت بنظام القذافي،

⁸ مركز المسبار للدراسات والبحوث، الإسلاميون في ليبيا بعد الثورة: نوفمبر (دبي): مركز المسبار للدراسات والبحوث، (2012)، ص ص. 151-52.

نشوب الاحتجاجات الشعبية وتبوء مركز القيادة، لكن بعد انتهاء الحرب الأهلية وانهيار نظام القذافي أثر ترك العمل العسكري والانخراط في السياسة وطرح الرؤية الإسلامية المعتدلة إظهاراً منه لتخليه عن الفكر المتطرف لتنظيم القاعدة والسلفية الجهادية.

تضمن برنامج الحزب الأفكار السياسية المعتدلة مثل حرية الرأي والتعبير، العدالة وحماية حقوق المساواة وتبني الديمقراطية والمشاركة السياسية والتعاون مع الأحزاب السياسية الأخرى لإدارة البلاد، كانعكاس لإقامة التعددية السياسية فيما بعد نظام القذافي.

هناك عدد آخر من الأحزاب السياسية الليبية التي ظهرت عقب انهيار نظام معمر القذافي، تتبنى العمل السياسي والمشاركة في تأسيس نظام سياسي مدني وتعزيز الحريات العامة ودور المجتمع المدني، والتي منها حزب "الاتحاد من أجل الوطن" الذي تأسس في يناير 2012، برئاسة عبد الرحمن الصويحي وتبنى شعار سياسي يلخص الاتجاه العام لبرنامجه يحمل عنوان "ليبيا الجديدة بوجوه جديدة"، وكان يرمي من وراء ذلك إلى دعم حقوق ومطالب الثوار المشروعة في السياسة وصناعة القرارات الوطنية، بناء الاقتصاد الليبي والتصدي لمحاولات عسكرية الثورة أو الدولة والمساهمة في جهود المصالحة الوطنية بين جميع أطراف المجتمع الليبي.

كذلك هناك حزب "الجبهة الوطنية" الذي هو الآخر تأسس في عام 2012 من قبل مجموعة من الشخصيات المتعددة الميول السياسية: ليبرالية وإسلامية، كانوا أعضاء في المجلس الانتقالي وآخرين أعضاء في

محاوور الءراسة:

- **المحوور الأول:** ضعف أداء القوى السياسية وإعاقة الانتقال الديمقراطي.
- **المحوور الثاني:** الدور السياسي للقبيلة وإعاقة التوازنات السياسية والمجتمعية.
- **المحوور الثالث:** دور الدبلوماسية الجزائرية في مواجهة الأزمة الليبية واعتبارات الأمن الإقليمي

المحوور الأول: ضعف أداء القوى السياسية وإعاقة الانتقال الديمقراطي

أولاً: حزب الوطن

هو حزب ذو خلفية إسلامية أسس من قبل قائد المجلس العسكري في طرابلس عبد الحكيم بلحاج الذي قاد معركة طرد كتائب القذافي من العاصمة في رمضان 2011 وارتبط اسمه بهذا النجاح العسكري المدوي الذي أخرج معمر القذافي وحكومته من العاصمة كمؤشر على انهيار النظام السياسي في ليبيا. ولزعيم الحزب تاريخ طويل مع الجماعات الإسلامية المسلحة، إذ أنه شارك في قتال الروس في أفغانستان خلال فترة ثمانينيات القرن العشرين، ثم أسس جماعة القتال الإسلامية الليبية وتم اعتقاله خارج البلاد وسلم للسلطات الليبية، ثم أطلق سراحه في مبادرة القذافي للتصالح مع العناصر الإسلامية في أواخر فترة حكمه. لذلك، كانت هناك خلفية عسكرية مكنته من الانخراط في العمليات العسكرية خلال

ب) منهج دراسة حالة:

يعتبر منهج دراسة الحالة من أهم المناهج في استقصاء تفاصيل مشكلة سياسية أو مسألة معينة أو قضية أو تحليل سلوك سياسي محدد. يتضمن هذا المنهج تجميع البيانات حول دولة معينة أو نظام سياسي معين أو فئة أو أقلية معينة؛ مثل تجميع المعلومات حول اللوبي الصهيوني في الولايات المتحدة الأمريكية أو عن العرب كأقلية في بريطانيا أو دراسة سياسة خارجية لدولة معينة أو أزمة أمنية في منطقة ما من العالم.⁶

دراسة الحالة هي دراسة متعمقة للعوامل المتشابكة التي تمثل جذور الحالة ومحتوياتها، بحيث تتخطى الجوانب الظاهرية لموضوع الدراسة إلى الأسس الأولى للنشأة والتطور عبر فترات زمنية معينة والتغيرات التي طرأت عليها؛ فهي منهج يحاكي الدراسة التاريخية للحالة أو المجتمع، بعض الباحثين من يؤكدون على الأهمية المنهجية للفصل بين المنهج التاريخي ومنهج دراسة الحالة لوجود بعض الفوارق المميزة بينهما، وبعض آخر يجعل دراسة الحالة جزءاً من المنهج الوصفي عندما يحلل بواسطتها العلاقات المتبادلة، ويراهم البعض الآخر منهجاً مميزاً لكونه يهدف إلى التعرف على وضعية واحدة معينة، وبطريقة تفصيلية دقيقة.⁷

الكلمات المفتاحية للدراسة:

الأمن الإقليمي، الأزمة الأمنية، التوازن السياسي، السوسيولوجيا المجتمعية.

محمد سليمان الديجاني، منذر سليمان الدجاني، منهجية البحث العلمي في علم السياسة، عمان: دار 6
زهران، 2008، ص 88.

صلاح الدين شيخ، منهجية البحث العلمي للجامعيين، الجزائر: دار العلوم، 2003، ص 152.⁷

أ) المنهج الوصفي

من المناهج الأكثر مناسبة في تحليل الموضوع، يعرف بأنه: " طريقة لوصف الظاهرة المدروسة وتصويرها كميًا عن طريق جمع معلومات مقننة عن المشكلة وتصنيفها وتحليلها وإخضاعها للدراسة الدقيقة"². وهناك من يعرفه بأنه: " يقوم... على وصف ظاهرة من الظواهر للوصول إلى أسباب هذه الظاهرة، و العوامل التي تتحكم فيها واستخلاص النتائج لتعميمها، و يتم ذلك وفق خطة بحثية معينة وذلك من خلال تجميع البيانات وتنظيمها وتحليلها"³. وهناك من يرى أن البحوث التي تعتمد على الوصف هي: " البحوث التي تركز على دراسة الحقائق الراهنة المتعلقة بوصف طبيعة وسمات وخصائص مجتمع ما أو جماعة ما، إذ بعد الدراسة الكشفية يتم التنقل بين الفروض التي تم استخراجها للتوصل إلى أهمها"⁴. وهناك من يرى أداة الوصف: "تحاول...جمع بيانات دقيقة عن الظاهرة التي يتصدى لدراستها في ظروفها الراهنة وإن كان تحاول أحيانا تحديد العلاقات بين هذه الظاهرة والظواهر التي يبدو أنها في طريقها للتطور أو النمو ووضع تنبؤات عنها"⁵.

عمار بوحوش و محمود الذنبيات، مناهج البحث العلمي و طرق إعداد البحوث، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1995)، ص 107.

محمد مبارك محمد الصاوي، البحث العلمي: أسسه و طريقة كتابته، (القاهرة: المكتبة الأكاديمية، 1992)، ص 107.

جبارة عطية جبارة، علم الاجتماع الإعلام، (الاسكندرية: دار الوفاء لنديا الطبعة و النشر، 2001)، ص 202.

عباس محمود عوض، في علم النفس الاجتماعي، (بيروت: دار النهضة العربية، 1980)، ص ص 19-20.

وانتقلت ثقافة التشظي عبر العمليات السوسولوجية في المستويات القبلية الدنيا من جيل لآخر حتى أضحت واقعا ثقافيا ورمزيا يمارس إملاءاته النفسية والإدراكية والسلوكية المجتمعية؛ ويوجه الحياة السياسية نحو التبعر وعدم الاتساق. ومن هذا المنطلق نطرح التساؤل العام التالي: كيف ساهمت الإستراتيجية الليبية لبعثرة التلاحمات السوسولوجية في إعاقه تقدم حركة الحداثة؟

التساؤلات الفرعية:

1. ما هي عوامل التغذية الأولية لعدم الاستقرار في ليبيا، وما هي مظاهر التغذية الرجعية والتعزيز الذاتي لحالة انعدام الأمن؟
2. ما هي المصادر البنائية والرمزية لعدم الاستقرار واستمرار الأزمة الليبية؟
3. ما هي معوقات التوازن السياسي والمجتمعي الليبي؟
4. ما هو دور الدبلوماسية الجزائرية في مواجهة الأزمة الليبية؟

منهج الدراسة:

بسبب الطبيعة التحليلية للدراسة، يتم تبني منهجين رئيسيين لتفسير تعقيدات قضية استراتيجية بعثرة التلاحمات السوسولوجية ودورها في إعاقه تقدم حركة الحداثة في المجتمعات العربية، وهما: المنهج الوصفي ومنهج دراسة حالة.

المدني، الجمعيات النسائية والأحزاب السياسية؛ وبالتالي استمرار التهديدات الكامنة في عطب الأمن المجتمعي. تحمل النظرة القبلية في طياتها التفسيرات الصارمة حول طريقة إدارة الدولة وتوجيه المجتمع العام، وبالتالي عدم القدرة على إنتاج الاستجابات المناسبة للتعامل مع التحديات الأمنية والمطالب المجتمعية؛ التي انعكست بشكل أساسي في عدم قدرة النظام السياسي على التطور والتكيف مع متطلبات وتغيرات بيئة النظام الدولي طيلة أربعين سنة.

الإشكالية البحثية:

شكّلت القبيلة من منظور بعض الباحثين والمفكرين، عائقاً كبيراً أمام التنمية السياسية للمجتمع الحديث؛ وذلك من خلال تشكيلها للفرد الذي يعتمد في أنشطته المجتمعية المختلفة على انتمائه للقبيلة وليس الدولة؛ بواسطة الاعتقاد الثابت في أن القبيلة هي مصدر الثروة والامتيازات وتمكينه ومساعدته على تسلق نظام الترقيات ضمن السلم الهرمي للنظام السياسي. وتمثل الجمهورية الليبية إحدى النماذج الأكثر شيوعاً في الوطن العربي لهذه المقاربة القبلية، فدور القبيلة لم يتفاعل من فراغ، اشتق أهميته وقوته من تلك المكانة والقيمة السياسية التي منحها إياه نظام القذافي كدور حيوي يمكن الاعتماد عليه في استمرار النظام السياسي. اعتمد القذافي على القبائل في دعم نظامه عبر إستراتيجية بعثرة التلاحمات السوسولوجية من أجل خدمة التلاحم حول مركز شخصه، وعبر سنوات من عمل هذه الإستراتيجية، تكونت ثقافة العداة والخصومة بين القبائل ضد بعضها البعض لكن كلها تتواصل مع مركز شخصية القائد الأوحد.

concept of nation state. But many parties are concerned about what is going on inside Libya, to the extent that they are looking at the internal security stability as a national interest because of the influx of security threats towards their lands and a severe thirst for their stability and social security. The study will discuss the main internal and external factors affecting the situation outcomes Security and political and Libyan neighboring countries.

تقديم:

بعد أن أسقط الشعب الليبي النظام الديكتاتوري السابق، منذ اندلاع أحداث 17 فبراير 2011 في ظل ما سمي بالربيع العربي- وجدت ليبيا نفسها تعيش فوق بؤر الإرهاب والتهديب والسلاح وعجز الدولة عن إصلاح نفسها، ومسار بناء الحرية وبناء الدولة المدنية الديمقراطية التعددية التي وعد بها المجلس الوطني الانتقالي، هي بعيدة المنال في ظل عملية استبدال سلطة الديكتاتور الراحل بسلطة الميليشيات المسلحة، التي تجر البلاد نحو حرب أهلية. وطففت النزعة القبلية إلى السطح، حيث حاولت كل قبيلة فرض آرائها وشروطها على المجالس المحلية. المخرجة الأمنية الرئيسية للدور المهيمن المخول للقبيلة على حساب الفواعل تحت وطنية الأخرى خلال الأربعين سنة من حكم القذافي، انعكست في بقاء المجتمع العام تحت سيطرة القبيلة والنزعة المحافظة في مقابل إعاقه تقدم حركة الحداثة بواسطة القوى الثقافية المتتورة مثل جماعات المجتمع

استراتيجية بعثرة التلاحمات السوسولوجية ودورها في إعاقة تقدم حركة ما بعد الحداثة- دراسة حالة الأزمة الأمنية الليبية

أ. يونس عجال¹

الملخص:

من خلال نموذج الأزمة الأمنية الليبية، يتبين أن مفهوم الأمن القومي لم يعد محددًا بواسطة القوى الوطنية والمحلية وحدها، ولم يعد شأنًا داخليًا خالصًا، كما هي المفهومة التقليدية لنظام وستفاليا (1648) حول مفهوم الدولة القومية. وإنما وجدت العديد من الأطراف معنية بما يجري داخل ليبيا، إلى درجة أنها أصبحت تنظر إلى الاستقرار الأمني الداخلي كمصلحة وطنية بسبب تدفق أشكال التهديد الأمني نحو أراضيها وعطباً قاسياً لاستقرارها وأمنها المجتمعي، وسيتم التطرق من خلال هذه الدراسة إلى أهم الفواعل الداخلية والخارجية المؤثرة في مخرجات الوضع الأمني والسياسي الليبي ودول الجوار.

Summary:

Through the Libyan security crisis model, the concept of national security is no longer defined by national and local forces alone and is no longer either a purely domestic affair, as is the traditional understanding of the Westphalia system (1648) on the

الجامعة جزائر- كلية العلوم السياسية و الإعلام¹

BORN, p. 62.

ب. الأوراق البحثية:

1. الهامش الأول:

WRIGHT, David, “Another wrong step: equitable compensation following a breach of trust “, *Trusts & Trustees*, Vol. 21, Issue 7, Pp. 825-843, 2015, p. 831.

2. الهامش التالي لذات العمل:

WRIGHT, p. 298.

ج. الصفحات الإلكترونية:

1. الهامش الأول:

LÖRCHER, Torsten, “Arbitration in Germany”,
https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration_volume_I/CMS%20GtA_Vol%20I_GERMANY.pdf, Access Date: 03.03.2014.

2. الهامش التالي لذات العمل:

LÖRCHER, p. 9.

د. إذا تم الإشارة إلى عملين لمؤلف واحد في ذات الصفحة، فيجب اختصار اسم العمل بحيث يمكن التمييز بينه وبين الدراسات الأخرى لذات المؤلف.

CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, p. 76.

CHEMERINSKY, *Criminal Procedure*, p. 35.

هـ. الدراسات التي يعدها أكثر من مؤلف، فيتم الإشارة إليها بإيراد أسماء و ألقاب كافة المؤلفين.

1. الهامش الأول:

MILLER, Angharad/OATS, Lynne, *Principles of International Taxation*, 25. Edition, Tottel Publishing, 2006, p. 145.

2. الهامش التالي لذات العمل:

MILLER/OATS, s. 145.

الاسم الأخير، لتحديد لقب الكاتب، و المؤسسة التي يتبعها و عنوانها البريدي.

7. يجب أيضاً أن تذكر تفاصيل المؤسسة التابع لها المؤلف، العنوان بالكامل، و أي بيانات أخرى للتواصل.

8. كافة الأوراق المقدمة من المفترض أنها معدة للنشر، و تم تدقيقها من خلال المؤلف/ة. و سيتم التقييم المسبق من خلال مجلس تحرير المجلة، و فيما يتعلق بالأبحاث المقدمة التي تم رفضها وفقاً للأسس العامة سيعاد إرسالها إلى المؤلف لتصحيحها وفقاً لمبادئ النشر.

9. ترسل الأوراق الموافق عليها من خلال التقييم الأول إلى اثنين من المحكمين، بعد حذف اسم الناشر من النص وفقاً لقواعد مراجعة الأقران غير المنظور، و لا ينشر البحث إلا بموافقتهم. و إذا أبدى أي من المحكمين رأياً سلبياً، فيتم الاستعانة بمحكم ثالث، ليصبح رأياً حاسماً. و لن يكشف شخصية المؤلف (ون) و المحكم (ون) لبعضهم البعض.

10. سيتم اتخاذ القرار بنشر أو رفض الورقة البحثية، وفقاً للتقرير النهائي للمحكمين، أو طلب تصحيحات من المؤلف، و سيتم إبلاغ المؤلف بالموقف في أقرب وقت ممكن.

11. يجب أن يوضع في نهاية البحث قائمة مراجع، مرتبة ترتيباً أبجدياً وفقاً للقب الكاتب. و يجب أن ترتب قائمة المراجع وفقاً لأول إشارة إلى الأعمال. و تضاف الإشارات المرجعية بالهوامش في نهاية كل صفحة.

ترتب الهوامش على النحو التالي:

أ. الكتب:

1. الهامش الأول:

BORN, Gary B., International Commercial Arbitration, 2. Edition, Kluwer Law International, 2014, p. 62.

2. الهامش التالي لذات العمل:

السياسة التحريرية

1. مجلة "مدنية للقانون" هي مجلة أكاديمية محكمة نصف سنوية، تصدر في مايو و نوفمبر، من خلال كلية الحقوق جامعة مدنية باسطنبول.
2. الأوراق المقدمة للمجلة يجب ألا يكون قد سبق نشرها أو قيد التقييم للنشر في أي مكان آخر. و يلتزم المؤلف بذلك عندما تقدم المقالات إلى المجلة.
3. تنشر المجلة بالإنجليزية، و مع ذلك تنشر أيضاً الأبحاث ذات القيمة المقدمة باللغات التركية، العربية، الفرنسية و الألمانية.
4. يجب أن تتضمن الأبحاث المقدمة للمجلة ملخص من 200 – 250 كلمة على الأقل، بالإضافة إلى 5 كلمات بحث في بداية الورقة. و بالإضافة إلى ملخصات الأبحاث في اللغات المكتوب بها البحث، فيجب أيضاً تقديم ملخص لها باللغة الإنجليزية.
5. يجب أن تقدم كل الأبحاث إلى المحرر في صيغة ملف "ورد" بواسطة إسطوانة مدمجة أو البريد الإلكتروني. و يجب أن تكتب الأبحاث وفقاً للإرشادات التنسيقية التالية:
مقاس الورق: A4، الأعلى: 4 سم؛ الأسفل: 3 سم؛ اليسار: 4 سم؛
يمين: 3 سم.
- بيانات المتن: نوع الخط: Times New Roman، مقاس 14 ، 1.5
تباعد الأسطر، متساوي.
- الحواشي: Times New Roman، مقاس 10، تباعد أسطر 1، متساوي
6. يجب أن يكتب عنوان الأبحاث بالأحرف الكبيرة السوداء. و يكتب اسم المؤلف تحت العنوان مباشرة، على أن توضع علامة في نهاية

فهرس الموضوعات

استراتيجية بعثرة التلاحمات السوسولوجية ودورها في إعاقة تقدم
حركة ما بعد الحداثة- دراسة حالة الأزمة الأمنية الليبية.....1
الدكتور يونس عجال

التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة دراسة مقارنة في قانون الأسرة
الجزائري والفقاه الإسلامي.....53
الدكتور باخويا دريس

النظام العام التنافسي في سوق الهواتف المحمولة: دراسة
مقارنة.....95

الدكتور ناصر خليل جلال
الدكتور امانج رحيم أحمد
الدكتور محمد سعود العنزي

مجلة المدنية للبحوث القانونية

صادرة عن جامعة اسطنبول المدنية كلية الحقوق

مجلة قانونية فصلية محكمة

السنة الثالثة - العدد الرابع

كانون الثاني 2018 م