

MLR



# Medeniyet Law Review

**İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını**

**Publication of İstanbul Medeniyet University Faculty of Law**

**Yıl 2019 Cilt 4 Sayı 7**

**Year 2019 Volume 4 Issue 7**



## Medeniyet Law Review

Yıl 2019 Cilt 4 Sayı 7 / Year 2018 Volume 4 Issue 7

Hakemli Dergidir / Peer Reviewed Journal

<b>Yayın Sahibi Publisher</b>	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
<b>Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Responsible Manager</b>	Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz
<b>Editör Editor</b>	Dr. Öğr. Üyesi Tülay Yıldırım
<b>Yayıncının Adı Name of Publishing Company</b>	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi İstanbul Medeniyet University Faculty of Law
<b>Basıncının Adı Printed by</b>	Renk Matbaası
<b>Basıldığı Yer Place of Publication</b>	Mevlevihane yolu No:2 Davutpaşa Fatih/İstanbul
<b>Basım Tarihi Publication Date</b>	Temmuz 2019
<b>Yönetim Yeri Place of Management</b>	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Atalar Mh. Şehit Hakan Kurban Cd. NO:44, 34865 Kartal/İstanbul
<b>E-mail</b>	lawreview@medeniyet.edu.tr
<b>URL</b>	hukuk.medeniyet.edu.tr/tr/yayinlar/medeniyet-law- review
<b>Yayın Türü Type of Publication</b>	Bu dergi yılda iki sayı olarak yayımlanan, süreli, hakemli bir hukuk dergisidir Medeniyet Law Review is an academic refereed journal, published bi-annually.
<b>ISSN</b>	2458-7958

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

Bu dergide yayımlanan 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 © 2019**

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 alınamaz. Normal ve kanuni alıntılarda kaynak göstermek zorunludur.

All rights reserved. No part of this publication may be copie, 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.

**DANIŐMA KURULU / REFEREE LIST**

	<b>Name Surname</b>	<b>Affiliation</b>	<b>Country</b>
1	Prof. Dr. Nurően Canikliođlu	Marmara Őniversitesi	TŐrkiye
2	Prof. Dr. Talat Canbolat	Marmara Őniversitesi	TŐrkiye
3	Prof. Dr. Abdurrahman Eren	Haliç Őniversitesi	TŐrkiye
4	Prof. Dr. Ali Nazım SŐzer	Yaőar Őniversitesi	TŐrkiye
5	Prof. Dr. Fevzi Demir	Yaőar Őniversitesi	TŐrkiye
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 Őniversitesi	TŐrkiye
18	Prof. Dr. Halil Kalabalık	Sakarya Őniversitesi	TŐrkiye
19	Prof. Dr. Melikőah Yasin	İstanbul Őniversitesi	TŐrkiye
20	Prof. Dr. Mariam Jikia	Georgian Technical University	GŐrcistan
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 Őniversitesi	TŐrkiye
25	Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın	İstanbul Medipol Őniversitesi	TŐrkiye

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 Kashan	Qudus University	Filistin
33	Prof. Dr. Abdessalam Herfane	Muhammad University	Fas
34	Prof. Dr. F. Hüsni 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	Dr. Öğr. Üyesi . Murat Tümay	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	
49	Dr. Öğr. Üyesi Saliha Okur Gümrukçuoğlu	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
50	Dr. Öğr. Üyesi Tülay Mat Yıldırım	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
51	Dr. Öğr. Üyesi Cemil Tekeli	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
52	Dr. Öğr. Üyesi Özgür Arıkan	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
53	Dr. Öğr. Üyesi Abdullah İslamoğlu	İstanbul Üniversitesi	Türkiye
54	Assoc. Prof. Hani Albasoos	Sultan Qaboos University	Umman
55	Dr. Öğr. Üyesi Ali Emrah Bozbayındır	İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi	Türkiye
56	Dr. Öğr. Üyesi 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	Dr. Öğr. Üyesi Akif Tögel	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi	Türkiye
68	Dr. Öğr. Üyesi Yusuf İleri	Yeni Yüzyıl Üniversitesi	Türkiye
69	Dr. Öğr. Üyesi Halil Altındağ	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
70	Dr. Merve Ürem Çetinel	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
71	Dr. Derya Tekin	İstanbul Medeniyet Üniversitesi	Türkiye
72	Dr. Aissa Maiza	University of Djelfa	Cezayir





## 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 yapılabilecektir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, 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. Atıflar ve kaynakça Chicago atf sistemine uygun olarak yapılmalıdır.

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 atıf:**

BERRY, John N. , "Educate Library Leaders," **Library Journal**, (Çevrimiçi) <http://www.epnet.com/ehost>, E.T: 3 Nisan 2000.

**h. Ansiklopediye atıf:**

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 atıf:**

ARİSTOTELES, **Nikomakhos'a Etik**, s. 22-23.

**j. Kutsal kitaplara atıf:**

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. Bibliography and references should be arranged in accordance with The Chicago Manual of Style.
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](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

### ÖZEL HUKUK

KAMU GÖREVLİLERİ SENDİKALARININ DAVA AÇMA EHLİYETİ VE SINIRLARI.....	1
---	---

*Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ*

*Ar. Gör. Ömer UĞUR*

### KAMU HUKUKU

YARGILAMANIN YENİLENMESİ SONUCUNDA BERAAT VEYA CEZA VERİLMESİNE YER OLMADIĞI KARARININ VERİLMESİ HALİNDE TAZMİNAT İSTEMİ.....	33
(CMK m. 323/3)	

*Ar. Gör. Veysel TOPUZ*

**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 three are there Arabic articles. These articles are arranged according to arabic reading by starting from the back cover of the journal.



# KAMU GÖREVLİLERİ SENDİKALARININ DAVA AÇMA EHLİYETİ VE SINIRLARI

*Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ<sup>1</sup>*

*Ar. Gör. Ömer UĞUR<sup>2</sup>*

## ÖZ

Sendikaların kolektif nitelikli dava ehliyeti, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ("HMK") yer alan genel nitelikli düzenlemelerde, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ("STİSK") m. 26 ile 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu ("KGSTİSK") m. 19/2, f' de düzenlenmiştir. Kolektif nitelikli dava ehliyeti kapsamında sendikalara sadece belirli üyelerini temsil için değil, tüm çalışma hayatının kolektif yararları için de dava hakkı tanınmış; sendikaların belirli sayıdaki üyesinin kişisel çıkarlarının yanında çalışma hayatının ortak çıkarlarının korunması amaçlanmıştır. Ayrıca sendikaların kolektif nitelikli dava açabilmeleri için bu davadan yararlanacak

---

<sup>1</sup> İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, refik.korkusuz@medeniyet.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6105-1229.

<sup>2</sup> İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, omer.ugur@medeniyet.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7481-112X.

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 14.06.2019

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 16.07.2019

kişilerin sendikanın üyesi olmasına gerek bulunmamaktadır. Sendikalara tanınan bu kolektif nitelikli dava hakkı bir topluluk davası niteliğini taşır<sup>3</sup>.

Sendikaların üyelerinin kolektif nitelikte menfaatlerinin doğrudan ihlal edildiği bu tür davalarda sendikalar ve üst kuruluşlarının dava şartlarını taşıması ve özellikle olayda “hukuki menfaat” koşulunun bulunması gerekir. Zira HMK m. 114 vd. hükümlerine göre davanın açılması ve açılan davanın devam edebilmesi için gerekli olan dava şartlarının yargılamanın her aşamasında mevcudiyeti gerekir. Aksi halde, temel bir dava şartı olan “menfaat yokluğu” nedeniyle davanın reddi gerekir.

**Anahtar Kelimeler:** Kamu görevlileri sendikası, kolektif dava, topluluk davası, dava açma ehliyeti, hukuki menfaat

## **CIVIL SERVANTS' UNIONS' CAPACITY TO SUE AND ITS LIMITS**

### **ABSTRACT**

Unions' capacity to sue is stipulated under the general provisions of the Code of Civil Procedure (“HMK”), under the Article 26 of the Code of Unions and Collective Labour Agreement

---

<sup>3</sup> BATTAL, Şener, “Sendikaların Dava Ehliyetinin Topluluk Davası Kapsamında Değerlendirilmesi (Karar İncelemesi)”, **DEÜHFD**, Y. 2016 (Basım Yılı: Nisan 2017), C. 18, S. 2, s. 167.



(“STİSK”) numbered 6356 and under the Article 19/2, f of the Code of Civil Servants’ Unions and Collective Agreement (“KGSTİSK”) numbered 4688. Capacity to sue is entitled to the unions to protect not only the rights of their members but also general interests of the whole working life. On the other hand, the person, who will benefit from the action, does not necessarily be a member of the unions for the unions to bring an action with collective nature. The right to bring an action with collective nature has the characteristics of group action<sup>4</sup>.

In this type of actions, where the collective interests of the members of the unions are violated, the action must comply with the conditions of action and especially the condition of legal interest. Pursuant to the Article 114 and the following Articles of the Code of Civil Procedure, the conditions of action have to be fulfilled to bring and to continue an action during all of the stages of the trial. Otherwise, the action will be dismissed because of the lack of legal interest, which is a condition for action.

**Keywords:** Union of Civil Servants, collective action, group actions, capacity to sue, legal interest.

## **I. İŞÇİ VE KAMU GÖREVLİLERİNİN SENDİKA HAKKI**

Sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkı işçi ve memur ayrımı olmaksızın anayasal bir haktır. Öyle ki Anayasa'nın 51.

---

<sup>4</sup> BATTAL, Şener, “Sendikaların Dava Ehliyetinin Topluluk Davası Kapsamında Değerlendirilmesi (Karar İncelemesi)”, **DEÜHFD**, Y. 2016 (Basım Yılı: Nisan 2017), C. 18, S. 2, s. 167.

maddesinin birinci fıkrasında, "*çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz*" denilmek suretiyle tüm çalışanların sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkı anayasal güvenceye bağlanmıştır.

Sendika hakkı, demokratik toplumun temeli olan örgütlenme özgürlüğünün bir parçasıdır. Örgütlenme özgürlüğü, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kolektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğüdür. Bu özgürlük bireylere topluluk hâlinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkânı sağlar. Sendika hakkı da çalışanların bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilme serbestisini gerektirmekte ve bu niteliğiyle örgütlenme özgürlüğü kapsamında yer almaktadır.

Sendika kurma hakkı Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca ancak milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine dayanılarak kanunla sınırlanabilir. Öte yandan, anılan maddenin beşinci fıkrasında "*işçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir*" hükmüne yer verilerek ikinci fıkradaki

sınırlama sebepleri dışında da kamu görevlileri yönünden bu hakkın kapsamının daraltılması veya sınırlandırılması ya da hakkın kullanımının yasaklanması mümkün kılınmıştır<sup>5</sup>.

İşçi sendikalarının kolektif nitelikli dava ehliyeti 6356 Sayılı Kanun'da mevcut olan sendikaların üyeleri adına "bireysel dava açma hakkı" ile düzenlenmiştir. Bunun yanında kamu görevlileri sendikalarının üyeleri adına bireysel dava açabilme imkânı doğrudan bulunmasa bile, 2006 yılında Danıştay'ın 4688 Sayılı Kanun m. 19/2, f geniş yorumlayan İçtihadı Birleştirme Kararı ile kamu görevlileri sendikaları da aynı imkâna kavuşmuşlardır<sup>6</sup>. Bu anlamda gerek işçi gerekse kamu sendikalarının üyeleri adına bireysel ve kolektif nitelikli dava açma hakları hemen hemen aynı niteliktedir. Bu nedenle huzurdaki maddede kolektif nitelikte dava açma hakkını, her iki sendika türünü esas alarak ve birlikte inceleme zarureti doğmuştur. Bu çalışmada her iki tür sendika kavramını birlikte ifade etmek üzere, "*çalışanların sendikaları*" tanımı kullanılmıştır.

---

<sup>5</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, R.G. 20.10.2015-29508, T.30.09.2015, E. 2015/2, K. 2015/84.

<sup>6</sup> Kamu Görevlileri Sendika ve Konfederasyonlarının Kuruluş Amaçları 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 1'inci Maddesinde belirtildiği üzere, kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmektir. Sendikaların ve üst kuruluşlarının bu amaçlarını gerçekleştirebilmek için kanunda belirtilen durumlarda yetkili organları vasıtasıyla taraf ve dava ehliyetlerini kullanmaları söz konusudur. Başka bir anlatımla, sendikaların dava ehliyetinin, sendika tüzel kişiliğini ilgilendiren veya sendikanın ortak, ekonomik ve mesleki hak ve menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi ile ilgili eylem ve işlemler ile sınırlı olduğu kuşkusuzdur. Bkz. Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı, R.G.,T. 18/06/2006,E. 2005/1, K. 2006/1.

## **II. ÇALIŞANLARIN SENDİKALARININ DAVA AÇMA VE AÇILAN DAVAYI TAKİP YETKİSİ**

### **A. Genel Olarak Sendikaların Dava Açma Hakkı**

Türk hukuk sisteminde sendika ve konfederasyonlar, her tüzel kişi gibi genel hükümlere göre bazı yetkileri, malvarlığı haklarını, haksız fiil sorumluluğunu, taraf ve dava ehliyetini haizdirler<sup>7</sup>. Diğer tüzel kişiler gibi sendikaların ehliyeti amaçlarıyla sınırlı olup, amaçlarının dışına taşamazlar<sup>8</sup>. Yine Anayasa’da öngörülen temel hak ve özgürlüklerden sadece gerçek kişiler değil, niteliklerine uygun düştüğü oranda tüzel kişiler de yararlanır. Örneğin kanun önünde eşitlik, düşünce ve kanaat özgürlüğü, düşünceyi yayma, haberleşme ve yayın hakkı, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, mülkiyet hakkı, konut dokunulmazlığı ve hak arama özgürlüğü gibi hak ve özgürlüklerden sendikal kuruluşlar da yararlanırlar.

Sendikaların üyelerinin ortak hak ve menfaatlerini korumak amacıyla üyelerini temsilen dava açabilme ve bu nedenle açılmış davayı takip yetkileri olduğu, hem 6356 hem de 4688 sayılı Kanunlarda düzenlenmiştir. Bahsedilen yetkiye “kolektif nitelikli dava yetkisi” denilmektedir<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> EKMEKÇİ, Ömer, **Toplu İş Hukuku Dersleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 150.

<sup>8</sup> SUR, Melda, **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 160; TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut, **İş Hukukunun Esasları**, 8. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 316.

<sup>9</sup> ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat, **İş Hukuku Dersleri**, 31. Bası, Beta Yayınları, Ankara, 2018, s. 854.

Sendikaların yargılama alanına ilişkin faaliyetleri ise kolektif nitelikli davalar, üyeleri temsilen açılacak bireysel davalar ve toplu iş sözleşmesine ilişkin davalara ilişkindir. Sendikalar ve konfederasyonlar, kanunda belirtilen sınırlı hallerin dışında üyelerinin ihlal edilmiş kişisel haklarını korumak için dava açamazlar<sup>10</sup>.

## **B. Kolektif Nitelikli Dava: Topluluk Davası**

### **1. Tarihi Gelişimi**

Topluluk davası aslında Anglo-Sakson Hukuku kökenli bir dava türüdür. Grup davasının tarihsel temellerini “Bill of Peace” ve İngiliz Hakkaniyet Hukukunda (Equity Law) bulmak mümkündür. İngiliz Hakkaniyet Hukuku uygulaması, taraflar arasında dava arkadaşlığı kurulmasının elverişli olmadığı durumlarda, bir şahıs topluluğundaki bireylerden birinin veya birkaçının temsilci olarak dava açmasına olanak tanır.

17. yüzyılda İngiliz Hukukunda ortaya çıkan bu dava türü, esas olarak, 18. yüzyıldan itibaren Amerikan Hukuku içinde gelişmiştir. Grup davası kurumu, Amerikan Hukukunda 1912 tarihli Equity Rules’un 38. maddesinde ilk pozitif dayanağına kavuşmuş ve 1938’de “Federal Rules of Civil Procedure” adlı düzenlemenin 23. maddesiyle geliştirilmiş; bu madde ise, 1966’da esaslı bir değişikliğe uğramıştır.

---

<sup>10</sup> ESENER, Turhan/GÜMRÜKÇÜOĞLU BOZKURT, Yeliz, **Sendika Hukuku**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 82.

Günümüzde, “*representative action*” olarak adlandırılan grup davaları geçerliliğini korumakla birlikte, sadece tespit ve içtinap davası şeklinde açılabilmektedir. Tazminat davası biçiminde açılan grup davalarının ise kabule şayan olmadığı değerlendirilmeye başlanmıştır<sup>11</sup>.

Sendikaların mesleğin ortak çıkarlarını korumak için dava açıp açamayacakları sorunu, özellikle Fransız Hukuku’nda 19. yüzyılın sonunda ortaya atılmıştır. Örneğin, kırık çıkık ustası olduğunu iddia eden bir kişi doktorluk yapmaya kalktığı takdirde doktorlar sendikası bu kişiyi tıp mesleğinin ortak çıkarlarını ihlal ederek mesleğe zarar verdiği gerekçesine dayanarak dava ederek tazminat talep edebilecek midir? Bu durum Fransa’da çok tartışılmış ve Fransız Hukukunda başlangıçta “mesleğin ortak çıkarları” kavramının asılsız olduğu, çalışanların şahsi menfaatlerinin dışında mesleğin ortak menfaatleri kavramına dayanarak bir dava açılmayacağı ileri sürülmüştü. Ancak bu fikir daha sonradan modern iş hukuku sistemine giren mesleğin ortak çıkarları kavramı karşısında ehemmiyetini kaybetmiştir.

Kıta Avrupası’nın diğer ülkelerinde ise genel ilke bireysel dava açmak şeklinde olsa da son zamanlarda Kıta Avrupası hukukunda da bu tür davalar yaygınlaşmaya başlamıştır. Zira günümüz toplumlarında birçok kişiyi ilgilendiren ortak menfaatler bulunmaktadır. Ortak menfaatleri etkilenen herkesin ayrı ayrı dava

---

<sup>11</sup> HANAĞASI, Emel, **Davada Menfaat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 210.

açması hem yargının iş yükünü artıracığından hem de birçok kişi için gereksiz zaman ve para kaybı oluşturacağından usul ekonomisine uygun düşmemektedir. Ayrıca bireylere nazaran daha güçlü konumda bulunan hükümetler, şirketler ve topluluklara karşı dernekler veya sendikalar gibi tüzel kişilerin normal bireylere kıyasla hukuken daha etkili mücadele edebilecekleri de bir gerçektir. Bu düşüncelerden hareketle kişinin bir başkasının hukuki menfaatlerini korumak için dava açamayacağı yönündeki yukarıda değindiğimiz genel kural, son yıllarda bütün dünyada olduğu gibi ülkemizde de sendikalar veya diğer tüzel kişilerin üyeleri ile mensuplarının menfaatlerini korumak için topluluk davası açabilecekleri yönünde değişmeye başlamıştır<sup>12</sup>.

## **2. Türk Çalışma Hukukunda Uygulanması**

Topluluk davası sonucunda verilen karardan yalnızca dava açan sendika, dernek veya topluluğu temsil eden tüzel kişi değil, o menfaate ya da hakka sahip olan herkesin istifade etmesi nedeniyle, burada dikkat edilmesi gereken özellikler bulunmaktadır. Bu tür kuruluşların, kanunun kendileri için öngörülen sınırlar dâhilinde bu davaları açma hakları olduğunun kabulü gerekir<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> PEKCANITEZ, Hakan/ ÖZEKES, Muhammet/ATALAY, Oğuz, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara, 2011, s.; ÖZBEK, Mustafa, “Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, **AÜFHD**, Y. 2002, C. 51, S. 2, s. 15 vd.

<sup>13</sup> Ayrıca Bkz.: ÖZKARACA, Ercüment, “Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”. **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara, 2016.

### **a. Davanın Sendika veya Üst Kuruluşlar Tarafından ve Kanunda Öngörülen Şartlarda Açılmış Olması**

Kolektif nitelikli bu davaların sendika çalışanlarının ortak menfaatlerini, somut haklarını ihlal eden durumlarla sınırlı olduğu her türlü münakaşadan varestedir. Nitekim 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 26/2 hükmü ile sendikaların bu tür kolektif dava ehliyetinin olduğu kabul edilmiştir<sup>14</sup>.

İşçi sendikalarının yetkilerinin alanı 6356 Sayılı Kanun'un 1. Maddesinde belirlenmiştir. Buna göre işçi sendikalarının yetkilerinin alanı *“işçilerin ve işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını belirlemek üzere toplu iş sözleşmesi yapmaları, uyuşmazlıkları barışçı yollarla çözümlenmeleri, grev ve lokavta başvurmaları”*dır<sup>15</sup>.

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu m. 19/2, f'de ise *“üyelerin idare ile ilgili doğacak ihtilaflarında, ortak hak ve menfaatlerinin izlenmesinde veya hukukî yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda üyelerini veya mirasçılarını, her düzeyde ve derecedeki yönetim ve yargı organları önünde temsil etmek veya ettirmek, dava açmak ve bu nedenle açılan davalarda taraf olmak”* kamu sendikalarının gerçekleştirebileceği faaliyetler arasında sayılmıştır. 4688 Sayılı Kanun'un amacını

---

<sup>14</sup> ESENER/GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 84.

<sup>15</sup> Bu Konuda Geniş Bilgi İçin: GÜLMEZ, Mesut, **Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku**, TODAİE, Ankara, 2002, s. 439 vd.



belirten 1. maddesinde de tıpkı 6356 sayılı Kanun'a benzer bir alan belirlemesi getirmiştir. Buna göre sendika ve konfederasyonların oluşturulma amacı “*kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve meslekî hak ve menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi*”dir. Bu amaç aynı zamanda sendikaların faaliyetlerinde sahip oldukları yetkilerin çerçevesini de sınırlandırmaktadır.

### **b. Kolektif Hukuki Yarar Çerçevesinde ve Kanunda Belirtilen Taleplerle Sınırlı Olarak Açılmış Olması**

Açılan topluluk davalarında sendikalar ve konfederasyonlar kolektif yararın bulunduğunu her aşamada gözetmelidirler. Bu anlamda sendikalar çalışma hayatından, mevzuattan ya da örf ve adetten doğan bir uyuşmazlıkta üyelerini yargı organlarında temsil etmek, yani bir konuda dava açmak ya da açılmış bir davaya muhatap olmak hak ve yetkisiyle donatılmışlardır. Kanun burada sendika üyelerinin toplu nitelik taşıyan hakları, yani işçi veya işveren topluluğunun haklarını korumaktadır. Bu çerçevede önemli olan, uyuşmazlığın taraflarından birisinin sendika ve konfederasyon üyesi olmasıdır. Bir başka anlatımla, sendika ve üyelerinin çalışma ilişkilerinden doğan menfaatlerini koruyabilmenin veya üyelerinin ortak çıkarlarından bağımsız olan mesleğin ortak çıkarlarının da gözden kaçırılmaması gerekmektedir<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> NARMANLIOĞLU, Ünal, **İş Hukuku II - Toplu İş İlişkileri**, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 253.

Uygulamada sendikalar daha çok toplu iş sözleşmeleri çerçevesinde ortaya çıkan uyuşmazlıklar dolayısıyla bu faaliyetlerini icra etmekteyseler de konu kuşkusuz toplu iş sözleşmeleri dışındaki diğer hususlar dolayısıyla da gündeme gelebilecektir. Örneğin, Anayasa'daki sendikaya üye olma hakkını çok zorlaştıran veya imkânsızlaştıran bir kanunun uygulamasını gösteren bir uygulama yönetmeliğinin iptalini isteme hakkı gibi<sup>17</sup>. Sendikaların bu kolektif dava yetkisini kullanmaları için işyerinde yürürlükte bulunan bir TİS tarafı olmaları gerekmediği gibi yetkili ya da ehliyetli sendika olmaları da gerekmemektedir. Yine her sendika, kanuni gereklere uygun olarak kurulmuş olması kaydıyla üye sayısı ne olursa olsun üyelerini ya da onların mirasçılarını kanunun belirlediği sınırlar içinde yargı organları önünde temsil edebilecektir<sup>18</sup>.

## **I. KOLEKTİF NİTELİKLİ DAVA AÇMA HAKKININ SINIRLARI**

### **A. Genel Olarak Dava Şartları**

Türk Hukukundaki usul kanunu sistemine göre mahkemelerde davaların esastan incelenebilmesi dava şartlarının mevcudiyetine dayanır. Dava şartları kısaca, bir davanın esası hakkında mahkemece incelemeye başlanılabilmesi için bulunması gerekli olan şartlar şeklinde tanımlanabilir. Bu kısa tanımdan da anlaşılabilirliği üzere

---

<sup>17</sup> KUTAL, Metin, "Sendikaların Ortak Çıkarlarını Koruma İşlevi", **Kenan Tunçomağ'a Armağan**, İstanbul, 1997, s. 278; AKYİĞİT, Ercan, **İş Hukuku**, Seçkin Yayınları, 12. Bası, İstanbul, 2018, s. 618.

<sup>18</sup> NARMANLIOĞLU, s. 255.

dava şartları, davanın açılabilmesi için gerekli değildir. Yani dava şartlarından herhangi biri eksik olmasına rağmen ortada hukuken açılmış geçerli (derdest) bir dava bulunmaktadır.

Dava şartlarının neler olduğu HMK'nin 114/I. maddesinde sayılmış olup, buna göre dava şartları şunlardır:

- Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunması,
- Yargı yolunun caiz olması,
- Mahkemenin görevli olması,
- Yetkinin kesin olduğu hâllerde mahkemenin yetkili bulunması,
- Tarafların taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları; kanuni temsilin söz konusu olduğu hâllerde, temsilcinin gerekli niteliğe sahip bulunması,
- Dava takip yetkisine sahip olunması,
- Vekil aracılığıyla takip edilen davalarda vekilin davaya vekâlet ehliyetine sahip olması ve usulüne uygun düzenlenmiş bir vekâletnamesinin bulunması,
- Davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olması,
- Teminat gösterilmesine ilişkin kararın gereğinin yerine getirilmesi,
- Davacının, dava açmakta hukuki yararının bulunması,
- Aynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması,
- Aynı davanın, daha önceden kesin hükme bağlanmamış olması.

Türk hukukunda davacının mahkemeden hukuki himaye istemesinde korunmaya değer bir menfaatinin<sup>19</sup> olması temel bir usul hukuku ilkesidir. Bu bağlamda mahkemeye başvurmada menfaati olmayan kişinin hukuki himayeden mahrum kalacağı kabul edilmektedir<sup>20</sup>. Davada menfaat özetle, davacının uyuşmazlığın çözümü için hukuki himayeye, başka bir deyişle mahkemenin esasa ilişkin kararına ihtiyaç duymasındır<sup>21</sup>. 6100 Sayılı HMK ile birlikte davacının, dava açmakta hukuki yararının bulunması bir dava şartı olarak düzenlenmiştir (HMK m. 114/h).

Dava şartlarının önemi, mahkemenin herhangi bir davanın esası hakkında inceleme yapabilmesi için gerekli olmalarından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla dava şartlarından herhangi biri olmadan açılan davada, mahkemenin davanın esasına girmeden dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar vermesi gerekmektedir. HMK'nin 115. maddesi gereğince, dava şartlarının bulunup bulunmadığı yargılamanın her aşamasında hâkim tarafından re'sen dikkate alınabileceği gibi, bu durum taraflarca da her zaman ileri sürülebilir. Dava şartının noksan olduğu bir davada taraflar,

---

<sup>19</sup> 6100 Sayılı HMK'da menfaat terimi yerine hukuki yarar terimi kullanılmaktadır.

<sup>20</sup> PEKCANITEZ, Hakan/ TAŞ KORKMAZ, Hülya/ AKKAN, Mine/ ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, C. II, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2015, s. 946; HANAĞASI, s. 26.

<sup>21</sup> HANAĞASI, s. 109; TUĞSAVUL TAŞPOLAT, Melis, **Kolektif Hukuki Yarar Kavramı ve Kolektif Hukuki Yararı Sağlamaya Yönelik Yöntem Olarak Topluluk Davalarına Genel Bakış**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 7; ÜSTÜNDAĞ, Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000, s. 276.

davanın görülmesine devam edilmesine ve davanın esası hakkında bir karar verilmesine muvafakat etseler bile hâkimin davanın usulden reddine karar vermesi gerekmektedir.

Sendikaların dava açma hakkı bakımından değerlendirmemiz gereken iki tür dava şartı bulunmaktadır. Bunlar dava takip yetkisi ve menfaattir. HMK'nun 53. maddesine göre; *“dava takip yetkisi, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisidir. Bu yetki, kanunda belirtilen istisnai durumlar dışında, maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edilir.”* Davayı takip yetkisi davayı kimin yürüteceğine ilişkin bir kavram olup, davanın esasıyla ilgili hüküm alabilme yetkisi şeklinde tanımlanmaktadır<sup>22</sup>.

## **B. Dava Şartı Olarak Menfaat**

### **1. Genel Olarak Menfaat**

Davada menfaat dava konusuna ilişkin dava şartlarından biridir<sup>23</sup>. Davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi için ilgili

---

<sup>22</sup> ŞENER, s. 176; Nitekim 4688 S.Y. 19/2-F hükmü uyarınca kamu görevlileri sendikaları ve üst kuruluşlarının üyeleri hakkında tesis edilen bireysel (subjektif) işlemlere karşı dava açıp açamayacakları konusunda Danıştay 2. ve 5. Dairelerince verilen kararlar ile 11. ve 12. Dairelerince verilen kararlar arasındaki aykırılığın, sendikaların üyeleri adına dava açabilecekleri yolundaki 2. ve 5 Daire kararları doğrultusunda giderilmesi için talep üzerine, Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı verilmiştir. Danıştay kararı gereğince 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 19'uncu Maddesinin (F) Bendi Uyarınca Kamu Görevlileri Sendikaları ve Üst Kuruluşlarının üyeleri hakkında tesis edilen bireysel (sübjektif) işlemlere karşı üyelerini temsilen dava açma ve bu nedenle açılan davalarda taraf olma hakkının bulunduğu çoğunlukla kabul edilmiştir. Bkz: Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı, 18/06/2006 T. R.G.,E. 2005/1Ve K. 2006/1.

<sup>23</sup>ÜSTÜNDAĞ, s. 312; KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. II, İstanbul, 2001, s. 1363.

uyuşmazlıkta tarafların menfaatinin bulunması gerekir. Menfaatin yokluğunun tespiti halinde dava usule ilişkin bir nihai kararla sona erdirilecektir.

Davada hukuki menfaatin varlığının kabul edilebilmesi için, doğmuş ve güncel bir menfaatin var olması gerekir<sup>24</sup>. Buna göre menfaat davanın açıldığı anda mevcut olmalıdır; ileride doğacak ya da doğma ihtimali olan bir yararın varlığı yeterli değildir. Bu nedenle muaccel olmayan bir alacak için dava açılması durumunda bu dava menfaat yokluğundan usulden reddedilir<sup>25</sup>. Öğretide menfaatin “korunmaya değer” olması gerektiği de ileri sürülmektedir. Burada esasen hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi istenmektedir. Örneğin bir kimsenin 1.000,00-TL’lik alacağı için bin adet 1-TL’lik alacak davası açması hakkın kötüye kullanımı teşkil edeceğinden, korunmaya layık bir hukuki menfaat de bulunmayacaktır<sup>26</sup>. Aynı şekilde dava açmaktaki menfaat hukuki bir menfaat olmalıdır. Salt ideal veya ekonomik yarar bir kişinin dava açması için tek başına yeterli kabul edilemez<sup>27</sup>. Yine öğretide dava ile elde edilmek istenen sonuca daha kolay, hızlı ve ucuz başka bir yolla ulaşmanın mümkün

---

<sup>24</sup> HANAĞASI, s. 230; BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. Bası, Ankara, 1978, s. 408.

<sup>25</sup> POSTACIOĞLU, İlhan, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. Baskı, İstanbul, 1975, s. 203; KURU, s. 1367; PEKCANITEZ/TAŞ KORKMAZ/AKKAN/ÖZEKES, **Pekcanitez Usul**, s. 948; YILDIRIM, M. Kamil/ALANGOYA, Yavuz,/DEREN-YILDIRIM, Nevhis, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s. 194; POSTACIOĞLU, s. 203.

<sup>26</sup>KURU, Baki, **Makaleler**, Arıkan, İstanbul, 2006, s. 177; YILDIRIM/ALAGONYA/ DEREN-YILDIRIM, s. 192.

<sup>27</sup> Bkz: HMK 114. Madde Gerekeçesi.

olduğu durumlarda dava açılması halinde, menfaatin eksik olacağını savunan bir görüş de bulunmaktadır<sup>28</sup>. Bu şartın gerçekleşebilmesi için dava yerine kullanılacak diğer usuli vasıtanın hukuki korumayı dava ile muadil bir şekilde sağlamaya elverişli olması gerekir<sup>29</sup>.

## **2. Kolektif Menfaat Şartı ve Koşulları**

Hukukumuzda kolektif menfaati sağlamak amacıyla kabul edilen araçlardan biri HMK m. 113’de düzenlenen topluluk davasıdır. Kolektif menfaat, bireysel menfaate göre çok daha geniştir. Kolektif menfaatte söz konusu olan sadece “kişisel menfaatler toplamı” değil, “grubun üstün menfaati”dir. Grubun üstün menfaati ise grup üyelerinin kişisel menfaatler toplamını içermekle birlikte, bunu da aşan soyut, genel bir varlık olarak anlaşılır<sup>30</sup>.

İşte grubun, bu tür bir menfaati korumak için dava açıp açamayacağı bir sorundur. Bazı yazarlara göre, böyle bir davanın kabule şayan olduğunu kabul edebilmek için tüzel kişiliği, onu oluşturan üyelerin kişiliğinden farklı, bağımsız bir gerçek olarak ve grubun kendisi ile (örneğin bir sendika söz konusu ise meslek ile) aynı varsaymak gereklidir. Bu halde kolektif menfaatin, grup için doğrudan ve kişisel menfaat haline dönüştüğü ve bu menfaatin zarara uğraması halinde grubun dava açabileceği kabul edilebilir. Ancak, bu yöndeki bir kabul çeşitli sakıncalar taşımaktadır. Çünkü grup, savcı

---

<sup>28</sup> ÜSTÜNDAĞ, S. 279; YILDIRIM/ALAGONYA/ DEREN-YILDIRIM, s. 194; BİLGE/ÖNEN, s. 407.

<sup>29</sup> HANAĞASI, s. 269.

<sup>30</sup> HANAĞASI, s. 201.

gibi hareket etmekte ve hukuk davası geleneksel anlayışından uzaklaşmaktadır. Bu nedenle, kolektif menfaat kamu menfaatiyle karışmaktadır<sup>31</sup>.

Kural olarak dava şartı olan hukuki menfaat bireyseldir. Kişinin kendi adına doğrudan ve kişisel menfaati çerçevesinde dava açabileceği kabul edilmektedir. Bu durum tüzel kişiliklerin grubunun üyesinin (veya üyelerinin) doğrudan ve kişisel menfaatlerini korumak için onun (veya onların) adına dava açabilmesine kural olarak engel olmaktadır. Ancak bu kuralın mutlak olarak uygulandığından söz etmek de mümkün değildir. Zira 1946 yılından bu yana hukukumuzda, sendikaların üyelerinin doğrudan ve kişisel menfaatlerini korumak için dava açabilecekleri kabul edilmektedir. Aynı şekilde yaşanan toplumsal ve hukuki gelişmelerle birlikte sosyal hakların kuvvetlenmesi sonucunda medeni yargılama hukuku menfaatin bireyselliğini temel alan klasik anlayıştan uzaklaşmıştır<sup>32</sup>. Bu doğrultuda birçok kişiden oluşan topluluğa ait menfaati tanımlamak için “kolektif menfaat” kavramı ortaya atılmıştır<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> HANAĞASI, s. 201.

<sup>32</sup> ÖZBAY, İbrahim, **Grup Davaları**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 32; SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral, “Sendikalar Kanunu Madde 32/3’e Göre Açılan Davaların Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 113. Maddesinde Düzenlenen Topluluk Davalar Bağlamında Değerlendirilmesi,” **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık-2011, S. 24, s. 173.

<sup>33</sup> ÖZBAY, s. 30.



Kolektif hukuki menfaat kavramı topluma yönelik ortak, bölünemeyen menfaat ve haklar topluluğu olarak tanımlanmaktadır<sup>34</sup>.

6100 Sayılı HMK ile topluluk davası düzenlenmeden önce de bazı özel kanunlarla belli birtakım tüzel kişilere üyeleri adına dava açma yetkisi tanınmaktaydı. 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 26/2’de işçi ve işveren sendikalarına ve konfederasyonlar bakımından işçi ve işverenlerin menfaatlerini ilgilendiren hususlarda üyelerini temsilen dava açma ve davayı takip ehliyetinin düzenlenmiş olması, hukukumuzdaki özel topluluk davası örneklerindedir<sup>35</sup>. HMK m. 113 düzenlemesi ile topluluk davalarının hukuki çerçevesi çizilmiş, genel bir düzenleme ihdas edilmiştir.

Kuruluşlar, belirli kimseleri değil, kolektif ve anonim bir işçi topluluğunu temsil eder. Bu anlamda, “Topluluk davası” başlıklı HMK m. 113 uyarınca; *“Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir.”* Buna karşılık sendikalar bir topluluk davası

---

<sup>34</sup> TUĞSAVUL TAŞPOLAT, s. 25.

<sup>35</sup> Bu hükmün bir benzeri 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 32. maddesinde de yer almaktadır.

yoluyla üyelerinin bireysel haklarına ilişkin ifaya yönelik eda davası açamazlar<sup>36</sup>.

Kolektif menfaati himaye etmek için kanunen çeşitli imkânlar tanınsa da bu imkânlar sınırsız ya da kayıtsız değildir. HMK m. 113'de topluluk davasının açılması için belli şartlar öngörülmüştür. İlk olarak bu davaların sadece tüzel kişiler tarafından açılabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu sebeple gerçek kişiler ya da tüzel kişiliği olmayan topluluklar topluluk davası açmaya muktedir değildir. Madde devamında davanın ancak tüzel kişilerin statüleri çerçevesinde açılabileceği düzenlenmiştir. Bir tüzel kişinin statüsü çerçevesinde dava açıp açmadığını tespit etmek için, ilgili tüzel kişinin statüsünde yer alan amaç ve faaliyetleri ile topluluk davasının konusunun uyuşması gerekir<sup>37</sup>. Son olarak ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için topluluk davası açabileceği ifade edilmiştir. Buna göre tüzel kişiler sadece bu sayılan taleplerle topluluk davası açabilir. Örneğin tazminat talepli bir

---

<sup>36</sup> ŞAHLANAN, Fevzi, "Sendikaları Dava Ehliyeti Bağlamında Topluluk Davası", **Tekstil İşveren**, Nisan 2016, S. 138, Dipnot 473; SUR, s. 162. Bir Yargıtay kararına göre bir sendikanın açtığı toplu iş sözleşmesi ile iş sözleşmesi hükümlerinin birlikte uygulanması gerektiğine dair tespit davası, bizzat tüzel kişilik adına açıldığından ve HMK m. 114/e uyarınca dava takip yetkisi olmadığı için, dava şartı yokluğundan reddedilmelidir. Karar için bkz: Yarg. 9. HD, T. 28/04/2015, E. 2015/11497 K. 2015/15217, **Tekstil İşveren**, Nisan 2016, s. 4.

<sup>37</sup> DİŞEL, Buse, "Alman Federal Mahkemesinin Verdiği Bir Karar Işığında Derneklerin "Statüleri Çerçevesinde" Açtığı Topluluk Davaları," **DEÜHFD - Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan**, C. 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015), s. 1843.

topluluk davası açma imkânına HMK'da yer verilmemiştir<sup>38</sup>. Bu şartların yanı sıra HMK m. 113'e göre topluluk davasının derneklerin ve tüzel kişilerin üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatleri ile ilgili olması gerekmektedir. Buna göre açılan topluluk davasında kolektif menfaatin mevcut olması gerekir<sup>39</sup>. Bu şartın sağlanması için, açılan davanın derneğin veya ilgili tüzel kişiliğin üyelerinin, mensuplarının ya da temsil ettikleri kesimin şahsi menfaatinden bağımsız olup olmadığına dikkat edilmesi gerekir. Zira topluluğun üyelerinden birinin şahsi menfaatleri veya bireysel hak ihlalleri sebebiyle topluluk davası açmak mümkün değildir<sup>40</sup>. Üyelerin iddiaları ile dava arasında doğrudan bağ bulunmalı ve söz konusu uyuşmazlık temsil edilen grup üyeleri için ortak olmalıdır.

Dava konusu uyuşmazlığın grup üyeleri için benzer nitelikteki hukuki vakıa ve sebeplere dayanması şartı değerlendirilirken mahkemelerin daha geniş yorumlama yapması gerektiği, uyuşmazlıklar arasında büyük ölçüde benzerliğin bulunmasının yeterli kabul edilmesi gerektiği doktrinde ifade edilmektedir<sup>41</sup>. Burada bahsedilen menfaati sadece maddi menfaatle sınırlamak da doğru değildir. Kişilik haklarına, özel yaşama, manevi değerlere zarar

---

<sup>38</sup> KARAASLAN, Varol/EROĞLU, Muzaffer, "Kolektif Hukuki Himayenin Farklı Görünüm Şekilleri: Class Action ve Topluluk Davaları", **EÜHFD**, C. XIII, S. 3-4, Y. 2009, s. 215.

<sup>39</sup> TUĞSAVUL TAŞPOLAT, s. 219.

<sup>40</sup> TUĞSAVUL TAŞPOLAT, s. 219; PEKCANITEZ/TAŞ/KORKMAZ/AKKAN/ÖZEKES, **Pekcanitez Usul**, s. 1099, TANRIVER, Süha, **Medeni Usul Hukuku**, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 618

<sup>41</sup> TUĞSAVUL TAŞPOLAT, s. 221.

gelmesi halinde topluluk dava açmak için menfaatin bulunduğu kabul edilmelidir<sup>42</sup>.

## **II. SENDİKALARIN AÇACAĞI BU TÜR DAVALARDA ÖZEL SINIR**

Bu davalarda esas itibarıyla kuruluşun taraf olduğu kolektif nitelikli bir dava açma hakkı söz konusu olduğu için konunun bir de 6356 Sayılı Kanun'un m. 26/2'ye 4688 Sayılı Kanun'un m.19/2, f çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir<sup>43</sup>. Kamu görevlileri sendikalarının en temel yetkisi bu Kanundaki hükümler çerçevesinde toplu sözleşme görüşmelerinde taraf olmaktır. Bunun yanında 4688 sayılı Kanun'da bu sendikalara birtakım başka yetkiler de tanınmıştır.

Kamu görevlileri sendikalarının 4688 sayılı Kanun'da düzenlenen en önemli yetkilerinden biri de dava açma ve dava takip etme yetkisidir. Ancak hiç şüphesiz bu yetki sınırsız bir yetki değildir. 4688 sayılı Kanun'un 19. maddesinin 2. fıkrasının f bendinde bu yetki, daha önce de ifade edildiği gibi, şu şekilde düzenlenmiştir:

*“Üyelerin idare ile ilgili doğacak ihtilaflarında, ortak hak ve menfaatlerinin izlenmesinde veya hukukî yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda, üyelerini veya mirasçılarını, her düzeyde ve*

---

<sup>42</sup> PEKCANITEZ/TAŞ KORKMAZ/AKKAN/ÖZEKES, **Pekcanitez Usul**, s. 1099.

<sup>43</sup> KAR, Bektaş, “Sendikaların Dava Ehliyeti, Taraf Sıfatı ve Davayı Takip Yetkisi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan**, Özel Sayı, Y. 2016, s. 977-992; Aynı konuda SUR, s. 163.

*derecedeki yönetim ve yargı organları önünde temsil etmek veya ettirmek, dava açmak ve bu nedenle açılan davalarda taraf olmak.”*

Düzenlenen bu yetkiyi ayrıntılı şekilde incelemek gerekirse dava açma ve dava takip yetkisinin kullanılabilceği ilk durum sendikanın üyeleri ile idare arasında doğacak ihtilaflardır. Böyle bir durumda sendikalar üyelerini veya mirasçılarını her düzeyde ve derecedeki yönetim ve yargı organları önünde temsil etmek veya ettirmek, dava açmak ve bu nedenle açılan davalarda taraf olmak yetkisini haizdir.

Kamu görevlileri sendikaları tarafından dava açma ve dava takip yetkisinin kullanılabilceği bir diğcr durum ise üyelerin hukukî yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumudur. Bu ihtimal ilk ihtimalden farklı olarak sendika üyelerinin yalnızca idare ile ilgili doğacak ihtilaflarıyla sınırlı değildir. Bir diğcr deyişle sendikalar üyelerinin idare dışındaki kişilerle ilgili doğacak ihtilaflarında da, üyelerini veya mirasçılarını her düzeyde ve derecedeki yönetim ve yargı organları önünde temsil etmek veya ettirmek, dava açmak ve bu nedenle açılan davalarda taraf olmak yetkisini kullanabilecektir.

Kamu görevlileri sendikaları tarafından dava açma ve dava takip yetkisinin kullanılabilceği son durum ise üyelerinin ortak hak ve menfaatlerinin izlenmesi halidir. Bunun en temel örneği sendikaların akdedilen Toplu İş Sözleşmesi hakkında yorum davası açabilme yetkisidir. Böylelikle sendika, tüm üyelerinin ortak hak ve menfaatlerinin gözeterek, toplu iş sözleşmesinin nasıl yorumlanması

gerektiđi hususunda her bir işçinin ayrı ayrı dava açmasına gerek kalmaksızın bir mahkeme kararı alabilecektir.

Üyelerin ortak hak ve menfaatleri kavramının açıklanması, sendikaların dava açma ve takip yetkisinin sınırlarının belirlenmesi bakımından oldukça önemlidir. Ortak hak ve menfaat kavramının önem arz ettiği diğer durumlar da vardır. Toplu iş sözleşmeleri sendika üyelerinin ortak hak ve menfaatlerine yönelik akdedilebilecek olup yine iş mücadelesi de ancak üyelerin ortak hak ve menfaatleri kapsamında gerçekleştirilebilecektir. Bir işyerinde işçilerin ortak hak ve menfaatleri dışında kalan hususlar esas alınarak gerçekleştirilen grev uygulaması yasal grev olarak kabul edilemez.

Ortak hak ve menfaatler kavramı sendikaların tanımı içinde de yer almaktadır. 4688 sayılı Kanununun m. 3/1-(f) bendinde sendika “*Kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve meslekî hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar*” olarak tanımlanmıştır. Buna göre ortak hak ve menfaatler dendiğinde esasında kamu görevlilerinin ortak **ekonomik, sosyal ve mesleki** hak ve menfaatleri anlaşılmaktadır. Zira sendikaların kuruluş amacı bu sayılan hak ve menfaatleri korumak ve geliştirmektir. Ekonomik hak ve menfaatler, kişilerin daha ziyade parasal hak ve menfaatlerini kapsar. Sosyal hak ve menfaatlerin ise genellikle sosyal refaha ilişkin olan kültürel, sportif, ailesel hak ve menfaatleri kapsadığı söylenebilir. Son olarak, mesleki hak ve menfaatlerin kapsamına kişilerin meslekleriyle alakalı özlük haklarının girdiđi kabul edilebilir.

Gerek genel bir dava şartı olan ve HMK m. 114/1, h'de düzenlenen menfaat dava şartı ve gerekse 6356 Sayılı Kanun m. 26/2 ile 4688 Sayılı Kanun19/2, f madde hükmü birlikte mütalaa edildiğinde; işçi sendikalarının ve kamu görevlileri sendikalarının hiçbir şekilde kendilerini ilgilendirmeyen bir düzenleyici işleme ya da idari karar ve tasarruflara karşı doğrudan dava açma hakkı bulunmadığı görülmektedir.

Bu durumda, sendikaların doğrudan kendilerini ilgilendiren idari işlemlerin yanı sıra üyelerinin çalışma hayatını ilgilendiren idari işlemlere karşı da dava açmada menfaati olduğu belirtilmekte ve fakat bu yetkilerinin üyelerinin çalışma hayatını ilgilendiren işlemlerle sınırlı olduğu kabul edilmektedir. Üyelerin çalışma hayatını ilgilendiren idari işlemlerin personel hukukunu ilgilendiren işlemlerle sınırlı olduğu münakaşadan varestede olarak kabul edilmelidir. Başka bir deyişle, üyelerinin çalışma koşulları, çalışma süreleri, özlük hakları, izinleri vs. konularında sendika üyeleri adına dava açılabilmektedir. Ancak üyelerinin yürüttüğü hizmete ilişkin bir idari işleme karşı üyelerini ilgilendirdiği gerekçesiyle sendikanın dava açabilmesi, mevcut yasal düzenlemeler karşısında mümkün görünmemektedir.

Bilindiği üzere sendikaların doğrudan kendilerini ilgilendiren idari işlemlerin yanı sıra üyelerinin çalışma hayatını ilgilendiren idari işlemlere karşı da dava açmada menfaati olduğu kabul edilmektedir. Ancak üyelerinin çalışma hayatını ilgilendiren işlemler ifadesi, üyelerin personel hukukunu ilgilendiren işlemlerle sınırlıdır.

Sendikanın üyeleri adına dava açabilme ehliyeti bulunup bulunmadığını, üyelerin ilgili işleme bireysel olarak dava açma menfaati bulunup bulunmadığı kontrol edilerek cevap verilebilir. Eğer sendika üyesinin bir idari işleme karşı dava açmada menfaati bulunmuyorsa, sendikanın evleviyetle menfaatinin bulunmadığı kabul edilir.

Bilindiği üzere kamu görevlilerinin, idarenin yürütülen hizmetin işleyişine ilişkin almış olduğu kararlara ve düzenlemelere karşı, doğrudan kendi statülerini ilgilendirmedeği sürece, dava açmada menfaatinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Örneğin bir matematik öğretmenin, Millî Eğitim Bakanlığı'nın matematik derslerinin işleyişine ilişkin almış olduğu kararlara karşı dava açmada bir menfaati bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu matematik öğretmenin üyesi olduğu sendikanın da bu işleme karşı dava açamayacağı kabul edilir.

## **SONUÇ VE DEĞERLENDİRME**

Sendika ve konfederasyonlar, Anayasanın herkese tanıdığı hakların ihlali durumunda, dava yoluyla ya da diğer kanunların öngördüğü usul ve esaslarla, üyelerinin hak ve menfaatini korumak amacıyla, kolektif nitelikli dava açma yetkisine sahiptirler. Ancak bu hakkı kullanabilmek için, dava açabilmek adına gerekli şartların yanında;

- İster işçi sendikaları ve üst kuruluşları ve isterse Kamu görevlileri sendikaları ve üst kuruluşlarının açacakları tüm davalarda;



kanunen bu davayı açabilmek için gerekli yasal mesnedin bulunması gerekir.

- Sendikalar ve üst kuruluşların, kolektif nitelikli davayı açmasında hukuki menfaatlerinin bulunduğunu ispatlamaları gerekir. Bu husus bir dava şartıdır. Bu şekilde dava açan çalışan örgütleri, kanunla kendilerine çizili alanda kalsalar bile “hukuki menfaat şartını ispatlayamadıkları takdirde; davanın, esasa girmeksizin, dava şartı olan hukuki menfaat yokluğundan reddine karar verilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda kural olarak davacı ancak kendi hukuki menfaatlerini korumak için dava açabilir.
- Ne işçi sendikası ne de kamu görevlileri sendikalarının, kendilerini ve üyelerini doğrudan ilgilendirmeyen ve kanunların kendilerine doğrudan yetki vermediği konularda dava açma hakkı bulunmaktadır. İşçi ya da kamu görevlileri sendikaları, toplumun genelini ilgilendirdiğini düşündükleri herhangi bir konuyu ya da uzun vadede üyelerini ilgilendirdiği bir işlemi de uyuşmazlık konusu yapamazlar ve bunu yargıya taşıyamazlar. Buna rağmen, yargıya yapılan bu tür başvuruların hem dava ehliyeti eksikliği hem de dava şartlarının (menfaat yokluğunun) mevcudiyeti nedeniyle, reddedilmesi gerekir.

Yukarıda detaylı şekilde açıklandığı üzere, kamu görevlileri sendikaları tarafından dava açma ve dava takip yetkisinin kullanılabilceği durumlar 4688 sayılı Kanunda düzenlenmiştir. Kamu görevlileri sendikaları dava açma ve dava takip yetkisine sahip olmakla birlikte bu yetki sınırsız bir yetki değildir. Bu sendikaların

dava açma ve dava takip yetkilerini kanunun sınırları çerçevesinde kullanması mümkündür.

Kamu görevlileri sendikaları tarafından dava açma ve dava takip yetkisinin kullanılabilceği haller, daha önce de ifade edildiği gibi, kanunda sınırlı olarak öngörülmüştür. Bunların dışında bir dava türü ile başvurunun yapılması halinde davanın dava şartı yokluğu neticesinde reddinin gerekeceği ortadadır.

## **KAYNAKÇA**

AKYİĞİT, Ercan, **İş Hukuku**, Seçkin Yayınları, 12. Bası, İstanbul, 2018.

BATTAL, Şener, “Sendikaların Dava Ehliyetinin Topluluk Davası Kapsamında Değerlendirilmesi (Karar İncelemesi)”, **DEÜHFD**, Y. 2016, C. 18, S. 2, s. 167-206 (Basım Yılı: Nisan 2017).

BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. Bası, Ankara, 1978.

ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat, **İş Hukuku Dersleri**, 30. Bası, Beta Yayınları, Ankara, 2018.

DİŞEL, Buse, “Alman Federal Mahkemesinin Verdiği Bir Karar Işığında Derneklerin “Statüleri Çerçevesinde” Açtığı Topluluk Davaları,” **DEÜHFD - Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan**, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1823-1855 (Basım Yılı: 2015)

EKMEKÇİ, Ömer, **Toplu İş Hukuku Dersleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

ESENER, Turhan/GÜMRÜKÇÜOĞLU BOZKURT, Yeliz, **Sendika Hukuku**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

GÜLMEZ, Mesut, **Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku**, TODAİE, Ankara, 2002.

HANAĞASI, Emel, **Davada Menfaat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

KAR, Bektaş, “Sendikaların Dava Ehliyeti, Taraf Sıfatı ve Davayı Takip Yetkisi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan**, Özel Sayı, Y. 2016.

KARAASLAN, Varol/EROĞLU, Muzaffer, “Kolektif Hukuki Himayenin Farklı Görünüm Şekilleri: Class Action ve Topluluk Davaları”, **EÜHFD**, Y. 2009, C. XIII, S. 3-4,

KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. II, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001.

KURU, Baki, **Makaleler**, Arıkan, İstanbul, 2006

KUTAL, Metin, “Sendikaların Ortak Çıkarlarını Koruma İşlevi”, **Kenan Tunçomağ’a Armağan**, İstanbul, 1997.

NARMANLIOĞLU, Ünal, **İş Hukuku II - Toplu İş İlişkileri**, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.

ÖZBAY, İbrahim, **Grup Davaları**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009.

ÖZBEK, Mustafa, “Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, **AÜFHD**, Y. 2002, C. 51, S. 2

ÖZKARACA, Ercüment: “Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtayın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”. **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Ankara, 2016.

PEKCANITEZ, Hakan/ ÖZEKES, Muhammet/ATALAY, Oğuz, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara, 2011.

PEKCANITEZ, Hakan/ TAŞ KORKMAZ, Hülya/ AKKAN, Mine/ ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, C. II, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2015.

POSTACIOĞLU, İlhan, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. Baskı, İstanbul, 1975.

SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral, “Sendikalar Kanunu Madde 32/3’e Göre Açılan Davaların Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 113. Maddesinde Düzenlenen Topluluk Davalar Bağlamında Değerlendirilmesi,” **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Aralık-2011, S. 24, s. 172-176.

SUR, Melda, **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

ŞAHLANAN, Fevzi, “Sendikaları Dava Ehliyeti Bağlamında Topluluk Davası”, **Tekstil İşveren**, Nisan 2016, S. 138.

TANRIVER, Süha, **Medeni Usul Hukuku**, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

TUĞSAVUL TAŞPOLAT, Melis, **Kolektif Hukuki Yarar Kavramı ve Kolektif Hukuki Yararı Sağlamaya Yönelik Yöntem Olarak Topluluk Davalarına Genel Bakış**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.

TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut, **İş Hukukunun Esasları**, 8. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016

ÜSTÜNDAĞ, Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000.

YILDIRIM, M. Kâmil/ALANGOYA, Yavuz,/DEREN-YILDIRIM, Nevhis, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.



**YARGILAMANIN YENİLENMESİ SONUCUNDA  
BERAAT VEYA CEZA VERİLMESİNE YER OLMADIĞI  
KARARININ VERİLMESİ HALİNDE TAZMİNAT  
İSTEMİ  
(CMK m. 323/3)**

*Veysel TOPUZ<sup>1</sup>*

**ÖZ**

Yargılamanın yenilenmesi kanun yolu, olağanüstü bir kanun yolu olup, sınırlı sayıda belirtilen nedenlere dayanılarak, kesinleşmiş bir hükmün iptal edilip suç konusu olayın yeniden yargılanmasını ifade eder. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 311. ila 323. maddeleri arasında hem lehe hem de aleyhe olmak üzere yargılamanın yenilenmesi müessesesi düzenlenmiştir.

Kanun'da, yargılamanın yenilenmesi sonucunda, eski hükmün iptal edilip yeni bir hükmün kurulmasının, belli başlı sonuçları öngörülmüştür. Bu sonuçlardan bir tanesi olan Devletin tazminat sorumluluğu 5271 sayılı CMK'nın 323/3. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; *“yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz*

---

<sup>1</sup> İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, veyseltopuz\_35@hotmail.com, Orcid: 0000-0002-9831-2816.

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 31.01.2019

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 8.07.2019

*edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddî ve manevî zararlar bu Kanununun 141 ilâ 144 üncü maddeleri hükümlerine göre tazmin edilir.”*

Hem 1985 yılında imzaladığımız İHAS 7 No’lu Ek Protokol’ün 3. maddesinin gereğinin yerine getirilmesi hem de hukuk devleti ilkesinin yüceltilmesi adına böyle bir tazminat sorumluluğunun kabul edilmesi önemli bir kazanımdır.

CMK m. 323/3’te öngörülen tazminat sorumluluğunun şartları bakımından aynı kanununun 141 ila 144. maddelerine atıf yapılmıştır. Biz de bu sebeple ve konunun daha iyi anlaşılmasını sağlamak amacıyla CMK m. 323/3’te öngörülen tazminat sorumluluğuna ilişkin şartları esasa ve usule ilişkin olmak üzere ikiye ayırmak suretiyle inceleyeceğiz. Esasa ilişkin şartlara, yargılamanın yenilenmesi kurumunun karakteristik özelliklerinden; usule ilişkin şartlara ise daha çok CMK’nın 141 ila 144. maddeleri arası düzenlemelerinden ulaşılmıştır.

**Anahtar kelimeler:** *yargılamanın yenilenmesi, beraat, ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi, tazminat sorumluluğu.*

## **ABSTRACT**

The renewal of proceeding is an extraordinary remedy, which is based on a limited number of stated reasons, which means that a finalized judgment is annulled and the court orders a new trial. The Law No. 5271 on Criminal Procedure (CMK) Articles 311 to 323



regulates the procedure for the renewal of proceedings, both in favor of and against the defendant.

As a result of the renewal of the proceedings, the revocation of the former provision and the establishment of a new provision have certain consequences in the Law. The State's compensation liability regulated under article 323/3 is one of these consequences. According to this *“In the event that a decision is made that no acquittal or punishment is given as a result of the renewal of the proceedings, the material and moral damages suffered by the person due to the execution of the previous conviction decision in full or in part, shall be compensated in accordance with the provisions of Articles 141 to 144 of this Law.”*

Both the fulfillment of the requirements of Article 3 of the Protocol No. 7 to the ECHR we signed in 1985 and the adoption of such a compensation liability for the glorification of the principle of the rule of law is an important achievement.

Articles 141 to 144 of the same law have been referred to in accordance with the requirements of the compensation liability stipulated in Article 323 paragraph 3 of the Law. For this reason, we will examine the conditions for compensation liability by categorising them as substantial and procedural conditions. While substantial conditions are elicited from the characteristics of the institution of the renewal of the judiciary, the procedural conditions are revealed through the Articles 141 to 144 of the CMK.

**Key Words:** renewal of proceedings, acquittal, verdict of no punishment, liability of compensation.

## I. Giriş

Yargılamanın yenilenmesi kanun yolu, olağanüstü bir kanun yolu olup<sup>2</sup>, kanunda sınırlı sayıda belirtilen nedenlere dayanarak, kesinleşmiş bir hükümde adli hata<sup>3</sup> olduğu gerekçesiyle, suç konusu olayın yeniden yargılanmasını olanaklı kılar<sup>4</sup>. Bu kanun yolu sadece kesinleşmiş kararlara karşı işletilebilir, henüz kesinleşmemiş

---

<sup>2</sup> Kesin olmayan kararlara karşı gidilebilen kanun yolları olağan kanun yolları olarak isimlendirilir. Kesin veya kesinleşmiş kararlara karşı gidilebilen kanun yolları ise olağanüstü kanun yolları olarak adlandırılır. ÖZTÜRK, Bahri-TEZCAN, Durmuş- GEZER, Özge- KIRIT, Yasemin- AKCAN, Esra- ÖZAYDIN, Özdem-TÜTÜNCÜ, Efsar Erden- VILLEMIN, Derya Altınok- TOK, Mehmet Can, (Ed. Bahri ÖZTÜRK) Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara Eylül 2018, s. 683; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar/ TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2018, s. 726; ŞAHİN, Cumhur/ GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, 7. Bası, s. 246; YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, Yargılamanın Yenilenmesi Muhakemesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 123, Şubat 2015, Sayfa: 7-35, s. 7; KAVAK, A. Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 16, Ağustos 2011, Sayfa: 209-239; s. 210.

<sup>3</sup> Adli hata yargılamanın gereklerine aykırı olarak sanık lehine veya aleyhine hükmün sonuç doğurması olarak ifade edilmektedir. Adli hata ancak hüküm kesinleşip infaz başladıktan sonra ortaya çıkabilir. Açıklamalar için bkz. AKYÜREK, Güçlü, Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara: Haziran 2018, Seçkin Yayıncılık, s. 30 vd. Maddi mesele önünde yaşanmış olay mahkeme önünde gerçeğe uygun sergilenmemişse ya da hukuki mesele çözümlerken hata yapılmışsa hüküm hatalıdır ve düzeltilmesi gerekir. NİŞANCI, Dilaver, Ceza Muhakemesinde Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 2018, Adalet Yayınevi, s. 21; ŞAHİN/ GÖKTÜRK, s. 313.

<sup>4</sup> EREM, Faruk, “Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler”, AÜHF, S. 1-4, C. 19, Ankara 1992, s. 3; BAKIM, Sevi, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi”, Prof. Dr. Nur CENTEL’e Armağan, MÜHF-HAD, C. 19, Y. 2013, s. 920; NİŞANCI, s. 22.

hükümler açısından bu yola başvurulamaz<sup>5</sup>. Bu nedenle kesin hükmün dokunulmazlığının istisnasını oluşturur<sup>6</sup>.

Yargılama faaliyeti yürüten kişiler de birer insandır ve insanın bulunduğu her yerde hataların yapılabileceği bir gerçektir<sup>7</sup>. Bireylerin hak ve özgürlüklerine ağır müdahaleler içeren ceza yargılamasında adli hatanın yapılması halinde bunun gecikmesizin giderilmesi, gerçek adaletin tesis edilmesi ve maddi gerçeğin doğru şekilde ortaya çıkarılması gerekmektedir<sup>8</sup>. Bu yöntemlerin en kapsamlısı olan yargılamanın yenilenmesi kurumunun da asli gayesi budur<sup>9</sup>. Ülkemizin de 1985 yılında imzaladığı ve 10.3.2016 tarih ve 6684 sayılı Yasa ile uygun bulduğu İHAS Ek 7 No’lu Protokol m. 7/4 uyarınca, “*Yargılamanın yenilenmesi kanun yolu aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkını ihlal etmez.*”<sup>10</sup>

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 311. ila 323. maddeleri arasında yargılamanın yenilenmesi müessesesi

---

<sup>5</sup> ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2018, Seçkin Yayıncılık, s. 825; NİŞANCI, s. 8.

<sup>6</sup> “Kesinleşen hükümle sonuçlanmış bir ihtilaf yeniden yargılama konusu yapılamaz. Bununla birlikte gerçek adaleti hedef alan ceza yargılamasında kanunda sayılı bazı hallerde yargılamanın lehe veya aleyhe yenilenmesine izin verilebilir.” Yarg. 1. CD., 08.12.1999, 3547/4139. HAKERİ/ÜNVER, s. 825.

<sup>7</sup> EREM, s. 4; AKYÜREK, s. 221.

<sup>8</sup> EREM, s. 5; BAKIM, s. 921.

<sup>9</sup> BAKIM, s. 921; AKYÜREK, s. 45; KARAKURT, Ahu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi”, Dokuz Eylül Ün. Sosyal Bilimler Ens. Kamu Hukuku Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2008, s. 10 vd.

<sup>10</sup> ŞAHİN/ GÖKTÜRK, s. 313.

düzenlenmiştir<sup>11</sup>. Yargılamanın yenilenmesi yoluna hem hükümlünün lehine hem de aleyhine olarak başvurmak mümkündür<sup>12</sup>. Mülga CMUK'tan farklı olarak 5271 sayılı CMK, hükümlünün aleyhine yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurma sebeplerini sınırlandırmıştır<sup>13</sup>.

Yargılamanın yenilenmesi kararının ardından yeniden yargılama yapan mahkemenin ilk hükmünü iptal edip kişi hakkında beraat ya da ceza verilmesine yer olmadığına dair karar tesis etmesi halinde bunun tazminat hukuku açısından özel bir takım sonuçları olacaktır<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda "muhakemenin iadesi" adı altında yer almaktaydı.

<sup>12</sup> CMK'nın 311. maddesinde hükümlünün lehine, 314. maddesinde ise hükümlünün aleyhine olarak yargılamanın yenilenmesi sebepleri sınırlı olarak gösterilmiştir. Kanun gerekçesinde bu husus: "*Tasarı, hükümlülerin lehine olan yargılamanın yenilenmesi nedenlerini geniş, aleyhine olan nedenleri ise 1412 sayılı Kanundan daha da dar olarak düzenlemiştir. Bazı Batı kanunlarında aleyhte olarak yargılamanın yenilenmesi, esasen kabul edilmemektedir.*" <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=23594&pkanunnumarasi=5271> e.t.25.1.2019.

<sup>13</sup> ÜNVER/HAKERİ, s. 829.

<sup>14</sup> Ceza yargılamaları bakımından tazminat meselesiyle ilgili en eski metin olarak karşımıza 1339 tarihli (miladi 1923) 306 sayılı Ceza Kanununun 1. Babının 5. Faslına Müzeyyel Mevaddı Kanuniyedir. Bu kanun hükmüne göre zarara yol açan memur tazminatı kendisi ödeyecektir. Bu kanun 765 sayılı TCK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Mevzuatımızda doğan boşluk ancak 1964 yılında doldurulabilmiştir. HAKERİ, Hakan, Haksız Yakalama ve Tutuklanalara Tazminat Verilmesi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1999, s. 26; TANGAL, Murat, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Dokuz Eylül Ün. SBE, Kamu Hukuku Programı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 17; KARGI, Halil İbrahim, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Selçuk Ün. Sbe Kamu Hukuku Programı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 19. Kamu görevlisine rücu meselesinin eski tarihli bir kanunda gözetilmesi "*ciddiye alınması gereken bir meseledir*" bkz. İSTE, Onur, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Marmara Ün. Sbe, Kamu Hukuku Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 3. Ödenen tazminatın ilgili hakim veya

466 sayılı Kanunda<sup>15</sup> mahkûm olmuş kişi bakımından yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat edilmesi durumunda tazminat istenebileceğine ilişkin bir hüküm yoktu<sup>16</sup>. Bu durum İHAS Ek 7 No’lu Protokolün 3. maddesine ve Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 14/6. maddesine<sup>17</sup> aykırılık oluşturuyordu. İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair

---

Cumhuriyet savcısına rücu meselesi hakkında ayrıca bkz. AŞKIN, Uğur, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminatta Rücu Sorunu, İnönü Üniv. Hukuk Fak. Dergisi, C. 9, S. 2, Y. 2018, s. 23 vd.

<sup>15</sup> Esasen 466 sayılı 1964 tarihli Kanun, 1961 Anayasasının 30. Maddesi hükmüne istinaden çıkarılmıştı. İlgili amir hüküm, “bu esaslar dışında işleme tabi tutulan kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar Kanuna göre Devletçe ödenir” düzenlemesini içermekteydi. Bkz. TANGAL, s. 18-19. 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun “yürürlükten kaldırılan kanunlar” üst başlıklı 18. maddesi uyarınca “7.5.1964 Tarih Ve 466 Sayılı Kanun Dışı Yakalanan Veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun” 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak 01 Haziran 2005 öncesi işlemler hakkında 7.5.1964 tarihli ve 466 sayılı Yasa uygulanmaya devam edecektir. Bu yasal düzenleme karşısında koruma tedbirleri nedeniyle tazminat hakkında iki ayrı yasa hükümleri uygulanmaya devam edecektir. Açıklamalar ve tespit için bkz. YALVAÇ, Gürsel, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Ceza Hukuku Ve Kriminoloji Dergisi, C. 3, S. 2, 2015, s. 268.

<sup>16</sup> YURTCAN, Erdener, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) Şerhi, 8. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 1663-1664; CANOĞLU, Veysel Candan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, Ocak 2017, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 30. Koruma tedbirleri nedeniyle tazminata ilişkin CMK hükümleri ancak 1 Haziran 2005 tarihinden sonra yapılan işlemler hakkında uygulanabilir. Bu tarihten önceki işlemler açısından mülga 466 sayılı Kanun uygulanacaktır. ŞAHİN/ GÖKTÜRK, s. 390.

<sup>17</sup> Sözleşmenin ilgili maddesi: “Bir kimse bir suçtan ötürü nihai bir kararla mahkûm olduğunda ve bu mahkûmiyeti adli hata bulunduğu gerekçesiyle bozulduğunda veya kendisi bağışlandığında, eğer mahkûmiyet kararının verildiği tarihte bilinmeyen olayların ortaya çıkarılmamış olmasının nedenleri kısmen veya tamamen kendisine yüklenebileceği kanıtlanmadıkça, bu tür bir mahkûmiyetin sonucu olarak ceza çeken bir kimseye hukuka uygun olarak tazminat ödenir.”

Sözleşmeye Ek 7 No’lu Protokolün 3. Maddesi, “bir suç nedeniyle mahkûm edilmiş olan kişinin sonradan ortaya çıkan delillerle haksız yere mahkûm edildiğinin ortaya çıkması halinde eğer bu delilin açıklanmamış olmasında kişinin kısmen veya tamamen bir kusuru yoksa tazminat isteme hakkı vardır” şeklindedir<sup>18</sup>. Bu Protokolü Türkiye 14 Mart 1985 tarihinde imzalamıştır. Ancak bu Protokolün uygun bulunması 10.3.2016 gün ve 6684 sayılı Yasa ile olmuştur<sup>19</sup>.

Mülga CMUK’ta bulunmayan bir hal ve hukuk devleti ilkesi adına önemli bir yenilik olarak<sup>20</sup> yargılamanın yenilenmesi sonucunda mahkûmiyet hükmünün kaldırılıp, kişi hakkında beraat ya da ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi halinde tazminat istenebileceği hususu CMK m. 323/3’te hüküm altına alınmıştır<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> İHAS Ek 7 No’lu Protokol tazminat ödenmesini insan hakları arasında ele almıştır. YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 487.

<sup>19</sup> CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, Eylül 2018, s. 513. 6684 sayılı Kanun gerekçesi için bkz. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=192947&pkanunnumarasi=6684> e.t. 25.1.2019.

<sup>20</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 793; NİŞANCI, s. 242; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 320. Mülga CMUK’ta bulunmadığı gibi 466 sayılı Yasa’da da yargılamanın yenilenmesi halinde beraat edilmesi sonucuna tazminat imkanı getiren düzenleme mevcut değildi. Açıklamalar için bkz. TALAS, s. 212; KARGI, s. 37.

<sup>21</sup> Verilen ilk kararın iptal edilip yeniden bir hüküm kurulmasının farklı etki ve sonuçları vardır. Bu sonuçların en önemlilerinden bir tanesi de, kanunda öngörülen şartların sağlanması halinde tazminat istenebilmesidir. Açıklamalar için bkz. AKYÜREK, s. 207-208. Yeni hükmün sonuçları hakkında bkz. NİŞANCI, s. 235. 5271 sayılı CMK’nın Hükümet Tasarısı metninde yargılamanın yenilenmesi yoluna münhasır bir tazminat sebebi mevcut değildi, Komisyonunda eklenmiştir. Gerekçe olarak: *Tasarının 358 inci maddesine, yargılamanın yenilenmesi sonunda daha önce mahkûm olmuş sanığın beraat etmesi veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, bu kişinin mağduriyetini gidermek için tazminat talep edebilmesini mümkün kılmak üzere üçüncü fıkra eklenmiş ve 323 üncü madde*

Buna göre; “yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddî ve manevî zararlar bu Kanunun 141 ilâ 144 üncü maddeleri hükümlerine göre tazmin edilir.”<sup>22</sup>”

## **II. Tazminat İsteminin Şartları**

### **A. Genel Olarak**

Yargılamanın yenilenmesi sonucunda eski hükmün iptal edilip yeni bir hükmün kurulması, adli hata içeren eski hükmün verdiği zararların giderilmesini tam olarak sağlayamaz<sup>23</sup>. Zira adli hata sadece hükme değil hükümlünün hayatına da etki eder ve maddi-manevi zararların oluşmasına sebep olur<sup>24</sup>. Mülga CMUK'ta ve 466

---

olarak  *kabul edilmiştir.”*  
[https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=23594  
&pkanunnumarasi=5271](https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=23594&pkanunnumarasi=5271) e.t.25.1.2019.

<sup>22</sup> İHAM verdiği kararlarda “koruma tedbirleri nedeniyle tazminat yolunu” tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olarak görmektedir. Ulusal mahkemelere başvurmaksızın İHAM'a giden başvuruyu iç hukuk yolları tüketilmediğinden kabul edilemez bulmaktadır. BEKRİ, Nedim, Yakalama Ve Tutuklama Nedeniyle Tazminat Düzenlemesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Açısından Değerlendirilmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Mayıs 2013, S. 1, s. 55-56.

<sup>23</sup> “Haksızlık daha geniş surette tamir görmelidir. Zira masum hükümlü umumun menfaatine kurulmuş adalet teşkilatının bir hatasından dolayı zarar görmüştür.” EREM, s. 44.

<sup>24</sup> EREM, s. 43; AKYÜREK, s. 213.

sayılı Yasa'da bulunmayan bir hal olarak<sup>25</sup>, CMK 323/3'te bu zararların giderilmesine ilişkin bir düzenleme getirilmiştir<sup>26</sup>.

CMK m. 323/3 uyarınca tazminat talebinin mahkemelerce kabul edilebilmesi için gereken şartları esasa ilişkin ve usule ilişkin şartlar olarak ikiye ayırabiliriz. Esasa ilişkin şartlar<sup>27</sup>: 1- Muhakemenin yenilenmesine konu olan ilk hükmün mahkûmiyet olması<sup>28</sup>, 2- İlk hükümdede öngörülen mahkûmiyet kararının kısmen veya tamamen infaz edilmesi, 3- Yeniden yargılama sonucunda verilen hükmün beraat ya da ceza verilmesine yer olmadığı yönünde olması şeklindedir<sup>29</sup>.

Usule ilişkin şartlar bakımından ise tazminat isteyebilecek olan kişiler, dava açma süresi, yargılama usulü, tazminatın kapsamı

---

<sup>25</sup> 466 sayılı “*Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun'un*” sadece hukuka aykırı yakalama ve tutuklama bakımından uygulama imkânı mevcuttu. Haksız bir mahkûmiyet gerçekleşse bile haksız bir yakalama ve tutuklama söz konusu olmadığından-zira bu hal kesin bir hükme dayalıdır- zikredilen Kanunun uygulanma imkânı yoktu. Açıklamalar için bkz. TALAS, s. 212. 1412 sayılı CMUK zamanındaki bu eksiklik hakkındaki eleştiriler için bkz. TALAS, s. 212-213; BAYTAR, Serdal, “Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşılanması”, TBB Dergisi, Sa. 61, Y. 2005, s. 360.

<sup>26</sup> ÖZTÜRK vd., Ceza Muhakemesi, s. 587; KARAKURT, s. 189; TALAS, s. 212; NİŞANCI, s. 242; YALVAÇ, s. 264; AYCI, Emrullah, Ceza Yargılamasında Koruma Tedbirleri, Kasım 2014, Adalet Yayınevi, s. 248 vd. Bu tazminin nakdi şekli de olması isabetli bir düşünce olarak 2005 yılında CMK m. 323/3 ile kabul edildi. Bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, Yargılamanın Yenilenmesi..., s. 34.

<sup>27</sup> YENİSEY/ NUHOĞLU, Yargılamanın Yenilenmesi., s. 34; KARAKURT, s. 190; AKYÜREK, s. 213.

<sup>28</sup> CMK'nın 223. maddesinde hüküm türleri sayılmıştır. Buna göre, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükümdür. Ayrıca bkz. GÖKCEN, Ahmet/ BALCI, Murat/ ALŞAHİN, Mehmet Emin/ ÇAKIR, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayıncılık, 3. Baskı, 2018, s. 613.

<sup>29</sup> AKYÜREK, s. 214.



ve talep edilecek mercii başlıkları ele alınabilir ki, kanun koyucu bu hususlarda CMK m. 141 ila 144 üncü maddelerine atıf yapmakla yetinmiştir<sup>30</sup>.

## **B. Esasa İlişkin Şartlar**

### **1. İlk Hükümün Mahkûmiyet Hükümü Olması**

CMK m. 323/3 uyarınca tazminat talep edebilmek için bulunması gereken ilk şart, verilen ilk hükümün mahkûmiyet hükümü olması gerekliliğidir<sup>31</sup>. Bu mahkûmiyet, hapis cezasına ilişkin olabileceği gibi, adli para cezasına ilişkin de olabilir. Ancak ifade edelim ki, önceki hükümde güvenlik tedbirine hükmolünmüşsa tazminat istemi söz konusu olamayacaktır<sup>32</sup>.

Güvenlik tedbirlerinin de kişinin özgürlüğünü kısıtlayabildiği, ilk hükümün hatalı olması sebebiyle kişinin hukuka aykırı kayıplara uğrayabileceği düşünülse bile lehe yenileme ancak mahkûm olmuş kişi açısından isteneceğinden<sup>33</sup> güvenlik tedbirine ilişkin bir hükümle ilgili yenileme istenemez; bu sebeple CMK m.

---

<sup>30</sup> CMK m. 323/3 düzenlemesi esasen koruma tedbirleri nedeniyle tazminata ilişkin bir düzenleme değildir. Burada, yapılan yargılama sonucunda verilmiş olan bir mahkûmiyet hükümü ve bunun infazı dolayısıyla tazminat söz konusudur. Ancak kanun koyucu CMK m. 141'e atıf yaparak bu tazminata ilişkin hususları düzenlemiştir. Açıklamalar için bkz. ÖZTÜRK, Bahri/ KAZANCI, Behiye Eker/ GÜLEÇ, Sesim Soyer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2017, s. 351; NİŞANCI, s. 242.

<sup>31</sup> CMK m. 323/3'te kullanılan, "önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi" ifadesinden bunu çıkarmaktayız.

<sup>32</sup> AKYÜREK, s. 213; KARAKURT, s. 169.

<sup>33</sup> NİŞANCI, s. 242; AKYÜREK, s. 213.

323/3 uyarınca tazminat talebi de söz konusu olamaz<sup>34</sup>. Aleyhe yenileme bakımından ise, ilk başta verilen güvenlik tedbiri hükmünün kaldırılıp ikinci yargılama sonucunda beraat ya da ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi hali hukuken mümkün olsa da<sup>35</sup> böyle bir halde yine tazminat talebinde bulunulamaz<sup>36</sup>.

## **2. Mahkûmiyet Hükümünün Kısmen veya Tamamen İnfaz Edilmesi**

CMK m. 323/3 gereğince tazminata hükmedilebilmesi için bulunması gereken ikinci şart, mahkûmiyet hükmünün kısmen veya tamamen infaz edilmesi gerekliliğidir<sup>37</sup>. Burada infaza başlanmış olması yeterli olup, infazın tamamlanması gerekli değildir<sup>38</sup>. Buradaki mahkûmiyet hükmünden kast olunan yalnızca hapis cezasına mahkûmiyet olmayıp, adli para cezası mahkûmiyetinin kısmen veya tamamen infazı halinde de tazminat istenebilmelidir<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> NİŞANCI, s. 242; AKYÜREK, s. 213; KARAKURT, s. 190.

<sup>35</sup> Gerçekten de böyle bir ihtimal hukuken mümkün olabilir ama uygulamada karşılaştırılması son derece düşük bir ihtimaldir. Açıklama için bkz. AKYÜREK, s. 213.

<sup>36</sup> AKYÜREK, s. 213.

<sup>37</sup> KARAKURT, s. 190; AKYÜREK, s. 213; NİŞANCI, s. 243.

<sup>38</sup> KARAKURT, s. 190; AKYÜREK, s. 214; NİŞANCI, s. 242-243. “*davacı hakkında Sarıyer 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 13/03/2007 tarih, 2005/891-2007/129 sayılı ilamı ile mahkûmiyet hükmü kurulduğu, belirtilen kararın 26/06/2012 tarihinde kesinleşmesine müteakip davacı hakkındaki hapis cezasının bir kısmının 16/01/2013-01/02/2013 tarihleri arasında infaz edildiği, akabinde davacının yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulü ile belirtilen durumun açığa kavuşup, davacının beraatine karar verildiği görülmekle... 16/01/2013-01/02/2013 tarihleri arasında ise haksız yere almış olduğu cezanın infaz edildiği kanaati ile belirtilen dönemlere ilişkin maddi ve manevi tazminat talebinin kısmen kabulüne karar verilmiş*” Yarg. 12 CD., 12.11.2018 T., 4376/10609.

<sup>39</sup> AKYÜREK, s. 214. Doktrinde *Yenisey/Nuhoğlu*; yargılamanın yenilenmesi sonucu verilen yeni kararda ödenmiş olan para cezasının, muhakeme masraflarının

Çünkü TCK m. 45 gereğince “suç karşılığında uygulanacak yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır.”

İnfaza henüz başlanmadan yargılama yenilenmiş ve ilk mahkûmiyet hükmü iptal edilip beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmişse tazminata hükmedilemeyecektir<sup>40</sup>. Böyle bir kişinin, önceki mahkûmiyet hükmü dolayısıyla toplum nazarında itibar kaybetmesi sonucunda manevi bir zararı doğmuş<sup>41</sup> olsa da henüz infaza başlanmadığı için kanun bu halde tazminat istemeye cevaz vermemiştir. Ancak kişi ilk yargılama sırasında yakalanmış ve tutuklanmış olsa henüz infaza başlanmadan yargılama yenilense ve yeniden yargılama sonucunda beraat etse veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmiş olsa bu durumda tazminat isteyebilmelidir (CMK m. 141/1-e)<sup>42</sup>. Bu ihtimalde ilkinden farklı olarak, kişi özgürlüğünden mahrum bırakılma sonucu doğuran bir koruma

---

ve müsadere edilmiş eşyanın iadesine de karar verilmesi gerektiği yönünde görüş bildirirler. Ayrı bir dava açılmasını önleyen bu durum usul ekonomisi ilkesinin sonucudur. YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1012. Ayrıca bkz. McDONALD Elisabeth, The Admissibility of Acquittal Evidence in Criminal Trials: Toward Reform, 34 Victoria U. Wellington L. Rev. 639 (2003), s. 650.

<sup>40</sup> AKYÜREK, s. 213.

<sup>41</sup> KARAKURT, s. 190.

<sup>42</sup> CMK'nın 323. maddesi, CMK m.141 vd düzenlenen genel kuralları kısıtlamak için getirilmemiştir. CMK m. 141/1-e'ye göre, “kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen” kişiler tazminat isteyebilir. İlk yargılama sırasında gözaltına alınmış ve tutuklanmış bir kişi hakkında hüküm verilse ancak henüz infaz başlamadan yargılama yenilenip beraat etse veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilse, maddi ve manevi zararının tazminini isteyebilir. AKYÜREK, s. 214.

tedbirine maruz kalmış ancak bunun haksız olduğu sonradan ortaya çıkarılmıştır. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir<sup>43</sup>.

TCK m. 51 uyarınca “işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir.” Erteleme halinde denetim süresi yükümlülükler uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır. (TCK m. 50/8). Denetim süresini yükümlülüklerine uygun geçiren hükümlü hakkında yargılama yenilenip, mahkûmiyet hükmü kaldırılıp, yerine beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilirse kanundaki diğer şartlarında sağlanması halinde tazminat talep edilebilir<sup>44</sup>.

Yargıtay, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde gözaltında ve tutuklu kalınan süreler sebebiyle açılan tazminat davasının, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının sonucu beklenmeden kabulüne karar verilmesini isabetsiz bulmaktadır. Yüksek Mahkememiz, denetim süresi safhasında davacı açısından bir zararın bulunup bulunmadığı, varsa bile bunun tespitinin mümkün olmadığından bahisle tazminat davası açısından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının sonucunun beklenmesi

---

<sup>43</sup> Yargıtay uygulamasını isabetli bulmaktayız. “Davacının 17/10/2005-06/12/2005 tarihleri arasında haksız yere tutuklu kaldığı, 16/01/2013-01/02/2013 tarihleri arasında ise haksız yere almış olduğu cezanın infaz edildiği kanaati ile belirtilen dönemlere ilişkin maddi ve manevi tazminat talebinin kısmen kabulüne karar verilmiş olmasına karşın, 17/10/2005-06/12/2005 tarihleri arasında tutuklu kalan şahsın davacı mı, yoksa davacının kimlik bilgilerini kullanan kişimi olduğu araştırılarak, sonucuna göre hüküm tesis edilmesi gerektiği gözetilmeden, eksik araştırmaya istinaden yazılı şekilde hüküm tesisi” Yarg. 12. CD., 12.11.2018 T., 2018/4376 K., 2018/10609 K.

<sup>44</sup> KARAKURT, s. 190.

kanaatindedir<sup>45</sup>. Kişi denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlemez ve yükümlülüklerine uygun davranırsa CMK m. 231/10 uyarınca açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak davanın düşmesine karar verilir. Dava düşme kararı ile sonuçlandırıldığı ve kanun koyucu bu karara tazminat imkânı tanımadığından tazminat istenmesi mümkün değildir<sup>46</sup>. Ancak açıklanması geri bırakılan hüküm açıklanır(kasten suç işlediği veyahut yükümlülüklerle

---

<sup>45</sup> “...5237 Sayılı TCK'nın [188/3-4](#), [192/3](#), 31/3 ve 62. maddeleri uyarınca 1 yıl 6 ay 22 gün hapis ve 20 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına, 5271 Sayılı CMK'nın [231/5](#). maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ve 3 yıl süre ile denetim süresine tabi tutulmasına karar verildiği, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararın 20.04.2009 tarihinde kesinleştiği, davacının vekili aracılığıyla denetim süresinin bitimini beklemeden tazminat talebinde bulunduğu davada;

Davacının tazminat talebine dayanak teşkil eden ceza davasında, hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiştir. Bu kapsamda, davacının denetim süresine uyması hâlinde düşme kararı verilecektir. Bu süre içinde kasten yeni bir suç işlemesi hâlinde ise mahkûmiyet hükmü açıklanacak, bu hükme karşı kanun yoluna başvurulduğu takdirde davacı hakkında mahkûmiyet hükmünün esastan denetimi sonucu daha fazla cezaya hükmedilebileceği gibi beraat kararı da verilebilecektir. Dolayısıyla bu aşamada davacı açısından doğan bir zararın bulunup bulunmadığının tespiti ve varsa miktarının hesaplanması mümkün olmadığından, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararın sonucunun beklenmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Bu itibarla, Yerel Mahkemenin direnme kararına konu hükmünün, davacı tarafından gözaltında ve tutuklu kalınan süreler sebebiyle açılan tazminat davasının, hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının sonucu beklenmeden kabulüne karar verilmesi isabetsizliğinden diğer yönleri incelenmeksizin bozulmasına karar verilmelidir.” Yarg. CGK., 04.10.2018 T., 12-765/406.

<sup>46</sup> KARGI, s. 57.

uymadığı için) ve verilen mahkûmiyet kararı kanun yolları aşamasında beraat ile sonuçlanırsa tazminata hükmedilmesi gerekir<sup>47</sup>.

Mahkûmiyet hükmünün hapis cezasına ilişkin değil de, adli para cezasına ilişkin olması, bu cezanın kısmen veya tamamen ödenmiş bulunması ve sonrasında yargılama yenilenip kişi hakkında beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi halinde de tazminat talebi söz konusu olacaktır<sup>48</sup>. Böyle bir durumda kişinin maddi bir zararı olduğu gibi suçlandığı için manevi zararı da vardır. Bunların giderilmesini Devletten isteyebilir<sup>49</sup>.

### **3. Yeniden Yargılama Sonucunda Verilen Hükümün Beraat ya da Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Yönünde Olması**

CMK m. 323/3 uyarınca tazminat isteyebilmek için bulunması gerekli bir diğer şart; yargılamanın yenilenmesi sonucu verilen yeni kararın ya beraat ya da ceza verilmesine yer olmadığına dair karar olması gerekliliğidir. Beraat kararının CMK m. 232/2’de belirtilen gerekçelerden hangisine dayanılarak verildiğinin tazminat istemi açısından bir önemi yoktur<sup>50</sup>. Yenileme sonucunda bu

---

<sup>47</sup> KARGI, s. 57. Yargıtay bu sebeple denetim süresinin sonucunun beklenmesini ve buna göre koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davası açılıp açılmayacağına karar verilmesini istemektedir.

<sup>48</sup> AKYÜREK, s. 214.

<sup>49</sup> Belçika örneğinde, kişi açısından herhangi bir infaz söz konusu olmasa bile salt kişinin hatalı olarak suçlandığı gerekçesiyle tazminat hakkının doğduğu kabul edilmektedir. Açıklamalar için bkz. AKYÜREK, s. 214.

<sup>50</sup> ÖZTÜRK vd., Ceza Muhakemesi, s. 587. Müellifler aynı eserinde CMK m. 223/3 hükmü göz ardı edilerek derhal beraat kararı verilecek yerde durma, düşme ya da ceza verilmesine yer olmadığına kararı verilmiş ise tazminata hükmedilmelidir

hükümler dışında başka bir hüküm verilmişse hükümlünün tazminat istemeye hakkı yoktur<sup>51</sup>.

Yargıtay önceki idari yaptırım kararının kaldırılarak, idari yaptırım kararı verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi halinde CMK m. 141 uyarınca tazminat istenemeyeceğine karar vermektedir<sup>52</sup>.

Burada önemli bir tartışma konusu olarak şu karşımıza çıkmaktadır<sup>53</sup>: Yeniden yargılama sonucunda daha az ceza alan kişi açısından tazminat hakkı söz konusu olabilir mi?

CMK'nın 323/3 hükmüne bakıldığında bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Çünkü yeniden yargılama sonucunda tazminata hak kazanabilmek için kişi hakkında ya beraat kararı ya da ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi gerekir. Ayrıca

---

şeklinde görüş bildirmektedirler. ÖZTÜRK vd., Ceza Muhakemesi, s. 587. Aynı yönde bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, s. 494.

<sup>51</sup> Bu açıdan davanın düşmesi, davanın reddi, durma vb. diğer hükümlerde tazminat hakkı doğmayacaktır. Açıklamalar için bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, s. 494; AKYÜREK, s. 214; KARAKURT, s. 190; NİŞANCI, s. 242.

<sup>52</sup> “..adli para cezasını 10.040 TL olarak 03.02.2011 tarihinde ödediği, davacı vekilince önceki kesinleşmiş mahkûmiyet hükmüne karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna müracaat edildiği ve nihayet ... 48. Asliye Ceza Mahkemesinin 2012/216 Esas- 2012/1238 Karar sayılı kararıyla 03.07.2012 tarihinde önceki idari yaptırım kararı verilmesine yer olmadığına karar verildiği, yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddî ve manevî zararlar Ceza Muhakemesi Kanununun 141 ilâ 144 üncü ve 323/3. maddeleri hükümlerine göre tazmin edilir şeklindeki düzenleme karşısında yargılamaya devamla esas hakkında bir karar verilmesi nedeniyle tebliğnamedeki bozma isteyen görüşe iştirak edilmemiştir.” Yarg. 12. CD., 03.02.2015 T., 9373/1835.

<sup>53</sup> Bu husus doktrinde de tartışmalıdır: KARAKURT, s. 168; BAKIM, s. 949; AKYÜREK, s. 214; TALAS, s. 212.

tazminata ilişkin genel mahiyetteki CMK m. 141 vd. uyarınca da tazminat istenemeyeceğini söylemek gerekir<sup>54</sup>. Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> AKYÜREK, s. 215.

<sup>55</sup> *Kanunun 323/3. maddesinde "Yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddî ve manevî zararlar bu Kanunun 141 ilâ 144 üncü maddeleri hükümlerine göre tazmin edilir" hükmüne yer verilmiş ise de, maddede sadece yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi ibarelerine yer verilmiş olması ve maddenin atıfta bulunduğu kapsamda kalan 141. maddenin 1(f) bendinde "Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan" kişilerin tazminat isteyebilecekleri belirtilmiş olup, **somut olayda davacının (sanığın) tahliye edildiği tarihe kadar ceza infaz kurumunda geçirmiş olduğu sürenin, mahkum olduğu hükümlülük süresini aşmadığının anlaşılması karşısında tebliğnamedeki bozma öneren görüşüne iştirak edilmemiştir.***

*Yapılan incelemeye, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141/1. maddesinde "suç soruşturması ve kovuşturması sırasında" gerçekleşen koruma tedbirlerine ilişkin hukuka aykırılıklar yönünden tazminat istenebileceği, somut olayda davacı hükümlü statüsüne geçtikten sonra yapılan yargılamanın yenilenmesi sonucunda hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanarak verilen sonuç cezaya göre şartla tahliye tarihini aşan hükümlülükte geçen süre yönünden bu kanun hükümlerine göre tazminat*

*istenemeyeceği gerekçe gösterilerek davanın reddine karar verilmesinde usul ve kanuna aykırı yön bulunmadığından davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün onanmasına karar verilmiştir. Yarg. 12 CD., 11.1.2016 T., 430/109. Aynı karara düşülen muhalefet şerhindeki ifadeler ise dikkat çekicidir: "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Verilmesine İlişkin 5271 sayılı CMK'nın 141/1 ve devamı maddelerinde belirtilen şartların davacı yönünden gerçekleşmiştir. Kanunun 323.Maddesinde belirtilen "beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına" kelimelerine takılıp kalmamak gerekir. Kanunun 141/1- f maddesinde " Mahkum olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan..." kişilerin tazminat isteyebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca dairesimizin şartla tahliyeden fazla cezaevinde kalanlar için tazminat verilmesini öngören (Yargıtay 12.CD, 24.01.2013/24083-1 ve 24.04.2014/832-10020) istikrarlı uygulamaları ile davacının durumu örtüşmektedir. Dolayısıyla talep bu açıdan da*



Ancak bu noktada ikili bir ayırım yapmak suretiyle yukarıda yer verdiğimiz sorunu çözmek isabetli olacaktır. Kişinin ceza infaz kurumunda geçirdiği süre yeniden yargılama sonucunda almış olduğu hükümlülük süresinden fazla ise bir başka ifadeyle yeniden yargılama sonucunda almış olduğu yeni fakat eskisine nazaran daha az olan cezayı kişi zaten infaz kurumunda geçirdiyse ve bu süre aşıldıysa tazminat isteyebilmelidir. Ancak yeniden yargılama sonucu daha az ceza olsa bile ceza infaz kurumundan tahliye edildiği tarihe kadar geçirdiği süre yeniden yargılama sonucunda mahkûm olduğu hükümlülük süresini aşmıyorsa tazminat isteyemeyecektir.

İfade edelim ki, CMK m. 141/1-f uyarınca sanığın gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreler mahkûm olduğu cezadan fazla ise tazminat hakkı doğmasına rağmen daha fazla bir cezanın infazıyla karşı karşıya kalmış bir kişi açısından tazminat hakkının doğmaması CMK m. 323/3'ün varoluş gerekçesiyle bağdaşmamaktadır<sup>56</sup>. Bu açıdan bir eksiklik söz konusudur. Bu eksikliği Anayasa m. 40/son da yer alan *“kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.”* düzenlemesinin tamir edebileceği akla gelse de olması gereken hukuk

---

değerlendirildiğinde davacı bakımından oluşan zararın giderilmesi gerekir. Kısaca davacının 6216 sayılı Kanununun 45-50.maddeleri gereğince hak arama yolu açık olmakla birlikte, davacının uğradığı haksızlık nedeniyle CMK'nın hükümlerine göre maddi ve manevi zararlarının giderilmesi gerektiğini düşündüğümüzden sayın çoğunluğun tazminat ödemesini kabul etmeyen mahalli mahkeme kararını onaması yönündeki görüşüne katılmıyoruz.”

<sup>56</sup> AKYÜREK, s. 215; KARAKURT, s. 190.

bakımından açık kanuni bir düzenleme yapılması en isabetli çözümdür<sup>57</sup>. Zira hükümlü burada esasen olması gerekenden daha fazla bir cezanın infazı ile baş başa kalmıştır ve kayıplarının giderilmesi gerekmektedir<sup>58</sup>.

### **C. Usule İlişkin Şartlar**

#### **1. Genel Olarak**

CMK'nın 323. maddesinin 3. fıkrasında aynı kanunun 141 ila 144. maddelerine gönderme yapılmaktadır. CMK m. 141 vd. tazminat konusundaki genel prensipleri içermektedir<sup>59</sup>.

İfade edelim ki, CMK m. 323/3 çerçevesinde tazminat hakkı doğan kişinin ayrıca Kanunun 141 vd. da öngörülen esasa ilişkin şartları da sağlaması gerekmez<sup>60</sup>. Aksi bir yorum hem yargılamanın yenilenmesi kurumuyla bağdaşmaz hem de tazminat talebini

---

<sup>57</sup> CMK m. 141/1-f hükmü zorlama bir kıyasla burada da uygulanabilir ancak açık kanuni düzenleme gereklidir. Açıklamalar için bkz. AKYÜREK, s. 215. Benzer açıklamalar için bkz. NİŞANCI, s. 244.

<sup>58</sup> Doktrinde *Nişancı*, daha az ceza verilmesi ile sonuçlanan yeniden yargılama sonucunda verilen kararların tazminata mahal vermemesi durumunun hakkaniyetle uyumlu olmadığı kanaatindedir. Zira hükümlü olması gerekenden daha fazla ceza ile karşı karşıya kalmış, fiilen çekmese bile manevi açıdan bunun ağırlığını hissetmiştir. Bu durumda da adli bir hata vardır ve bunun giderilmesi gerekir. Açıklamalar için bkz. NİŞANCI, s. 244.

<sup>59</sup> Her ne kadar CMK m. 323/3'te aynı kanunun 141 ila 144. maddelerine atıf yapılsa da zikredilen kanunun 144. maddesinin içeriği dikkate alındığında bu hükmün yargılamanın yenilenmesi nedeniyle tazminat talebi bakımından uygulanma kabiliyeti yoktur. Bu nedenle CMK m. 323/3'ü "CMK'nın 141-143. Maddeleri uygulanır" şeklinde anlamak gerekir. Açıklamalar için bkz. SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara: 2016, s. 336.

<sup>60</sup> NİŞANCI, s. 244.

olanaksız kılar<sup>61</sup>. Ayrıca her iki hükmün uygulanma evreleri farklıdır. Zira CMK m. 141 vd. suç soruşturması veya kovuşturması sırasında uygulanan koruma tedbirlerinden doğan hukuka aykırılıkların giderilmesine ilişkin tazminat taleplerini içerir iken CMK m. 323/3 ise hüküm kesinleştikten sonraki aşamada oluşacak tazminat talebini düzenlemektedir. Bir başka ifadeyle CMK m. 323/3'ün uygulanacağı hallerde suç soruşturması ve kovuşturması sona ermiş hükmün infaz aşaması başlamış, CMK m. 141 vd. ise henüz daha hüküm verilmemiş olup suç soruşturması veya kovuşturması devam etmektedir. Bu sebeple, zikredilen hükümde CMK m. 141 vd. yapılan atfı sadece usule ilişkin şartların sağlanması bakımından anlamak gerekir<sup>62</sup>.

## **2. Süre Şartı**

CMK'nın 142. maddesinin 1. fıkrasına göre, *“karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir.”*<sup>63</sup>

CMK'nın 323/3. maddesi uyarınca tazminat isteyebilmek için ikinci yargılama sonunda verilen beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının kesinleşmiş olması gerekir. Bu açıdan beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına dair karara ilişkin istinaf-temyiz

---

<sup>61</sup> İlk yargılamada haksız mahkûmiyet dolayısıyla tazminat hakkı doğan kişi ikinci yargılama bakımından 141 vd bağlamında zarara uğrarsa ilk tazminat hakkından bağımsız ayrı bir tazminata hak kazanır. AKYÜREK, s. 215.

<sup>62</sup> NİŞANCI, s. 244; AKYÜREK, s. 214.

<sup>63</sup> Bu hüküm 21.4.1975 tarih ve 3-5 sayılı İçtihadı Birleştirme kararının kanuna yansıtıldığını göstermektedir. Bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, s. 487.

süresinin dolması veya Bölge Adliye Mahkemesi tarafından başvurunun esastan reddine (onama) veyahut Yargıtay tarafından hükmün onanmasına karar verilmesi gerekir ve bu kararların sanığa tebliğinden itibaren süreler işlemeye başlar<sup>64</sup>. Kanunda öngörülen 3 ay ve 1 yıllık süreler hak düşürücü sürelerdir<sup>65</sup>. Bu sebeple işlemeye başladıktan sonra durmaz, kesilmez<sup>66</sup>.

İfade edelim ki, CMK m. 232/6 uyarınca hüküm fıkrasında, 223 üncü maddeye göre verilen kararın ne olduğunun, uygulanan kanun maddelerinin, verilen ceza miktarının, kanun yollarına

---

<sup>64</sup> AKYÜREK, s. 215. “5271 Sayılı CMK'nın [141](#) vd. maddelerinde koruma tedbirleri nedeni ile tazminat davasının açılma koşulları ve süresi düzenlenmiş olup, anılan kanunun 142/1. maddesinde karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her halde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabileceğinin hüküm altına alındığı, tazminat talebinin dayanağı olan Balıkesir 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2013/416-329 E-K sayı ve 17/06/2014 tarihli beraat hükmünün davacı (sanık) yönünden temyiz edilmeden 09/09/2014 tarihinde kesinleştiği, hüküm içeriğinde CMK'nın [141/2.](#) ve [232/6.](#) maddelerinde belirttiği şekilde ilgiliye ayrıntılı olarak tazminat hakkının bulunduğu, başvuru merci ve süresi hatırlatılmadığı dikkate alınarak tazminat davasının 05/02/2015 tarihinde ve CMK'nın [142/1.](#) maddesinde öngörülen 1 yıllık süresi içinde açıldığı gözetilerek yargulamaya devamla esas hakkında bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi” Yarg. 06.11.2017 T., 8999/8416.

<sup>65</sup> “..Tazminat davasının kararın kesinleşmesinden itibaren açılmasını öngören CMK'nın 142/1. maddesinde dava açma süresi en fazla kararın kesinleşmesinden itibaren 1 yıllık hak düşürücü süreye bağlanmış olup” Yarg. 12. CD., 14.5.2018 T., 1972/5463. Ayrıca bkz. DONAY, s. 238-239; GÖKCEN-BALCI-ALŞAHİN-ÇAKIR, s. 518; BAYTAR, s. 369.

<sup>66</sup> “466 sayılı Kanun'un 2. maddesinde yazılı üç ay içinde davanın açılmasını öngören süre, hak düşürücü sürelerdendir, işlemeye başladıktan sonra durmaz; kesilmez, tatili mümkün değildir, mahkemece göz önünde tutulur. Belgeler eklenmeden yapılan başvurular ile dava açılmış sayılamaz ve daha sonra belgelerin eklenmesi suretiyle şartların tamamlanması keyfiyeti, hükmün kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde tahakkuk etmediği takdirde, ilk haliyle açılmamış sayılan davayı açılmış hale getirmez” Yarg. 5 CD., 11.7.1972 T., 2999 E., 3346 K.

başvurma ve tazminat isteme olanağının bulunup bulunmadığının<sup>67</sup>, başvuru olanağı varsa süresi ve merciinin tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça gösterilmesi gerekir. Tazminat hakkına ilişkin süre ve istemin yapılacağı merciin açık şekilde ilgiliye bildirilmesi gerekir<sup>68</sup>. Bu bildirim yapılmadığı veya eksik yapıldığı hallerde süre işlemeye başlamaz<sup>69</sup>.

### **3. Talep Mercii**

CMK m. 142/2, 3 uyarınca *“tazminat istemi, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır. Tazminat isteminde bulunan kişinin dilekçesine, açık kimlik ve adresini, zarara uğradığı işlemin ve zararın nitelik ve niceliğini kaydetmesi ve bunların belgelerini eklemesi gereklidir.”*

Yargılamanın yenilenmesi isteminin kabule değer görülmesi halinde kural olarak yeniden yargılamayı yapacak olan mahkeme ile

---

<sup>67</sup> Bu bildirim; *“Devlet işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır”* şeklinde düzenlenen Anayasanın 40/2. maddesinin bir gereğidir. Açıklamalar için bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 475.

<sup>68</sup> ÖZTÜRK vd., Ceza Muhakemesi, s. 642; CANOĞLU, s. 138; CENTEL/ZAFER, s. 515; ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s. 352.

<sup>69</sup> CENTEL/ZAFER, s. 515. Yargıtay’ın bu husustaki kararları istikrar kazanmış vaziyettedir. CANOĞLU, s. 138. *“Somut olayda davacı hakkında verilen beraat kararında CMK’nın 232/6 uyarınca yapılması gereken tazminat isteme hakkına ilişkin bildirim yapılmadığı anlaşıldığından bu açıdan dava dilekçesinin süresinde verildiğinin kabulü gerekir.”* Yarg CGK, 21.12.2010 T., 212-263.

ilk yargılamayı yapan mahkeme aynı olacaktır<sup>70</sup>. Bu sebeple eski hükümlünün oturduğu yerdeki ağır ceza mahkemesi ilk yargılamayı yapmışsa aynı yerdeki bir başka ağır ceza dairesine yoksa en yakın ağır ceza dairesine tazminat talebi dermeyan edilmelidir<sup>71</sup>. İlk yargılama, şahsın oturduğu yer ağır ceza mahkemesi tarafından yapılmadıysa tazminat dilekçesi doğrudan oturulan yer ağır ceza mahkemesine sunulmalıdır. Zarara uğrayan kişinin Türkiye’de oturduğu yerin bulunmaması halinde önceki yargılamayı yapan mahkemenin yargı çevresindeki ağır ceza mahkemesinin yetkisini kabul etmek gerekir<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Burada mülga CMUK’ta olmayan önemli bir değişikliğe işaret etmek gerekir: CMK m.23/3 uyarınca yargılamanın yenilenmesi halinde önceki yargılamada görev almış hâkimin aynı işte görev yapması yasaklanmıştır. ÜNVER-HAKERİ, s. 827. *“Yargılamanın yenilenmesi isteminin kabule değer olup olmadığına ilişkin kararın aynı mahkemece, fakat asıl kararı veren başkan ve üyeler dışındaki hakimlerden oluşturulan heyetçe verilmesi gerekir. Asıl kararı veren heyette başkan olarak görev yapan E.O’nun yargılamanın yenilenmesi isteminin reddine karar veren heyette de görev alması CMK’nın 23/3. maddesine aykırılık oluşturur.”* Yarg 1. CD., 13.1.2010 T., 2009/10007 E., 2010/4 K. “Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanununun yeni 140 a maddesi uyarınca muhakemenin yenilenmesi muhakemesinde yetkili mahkeme, verdiği son karara karşı muhakemenin yenilenmesi talep edilen mahkemeden başka ancak o mahkeme ile aynı madde itibarıyla yetkiye sahip bir mahkemedir.” Bkz. GRAUHAN, Hans Firedrich, Deutsche Richterzeitung(DRZ), Alman Ceza Muhakemesi Kanununda 1975 yılında Yapılan Değişiklikler, (Ter: Feridun Yenisey), s. 383.

<sup>71</sup> AKYÜREK, s. 215; NİŞANCI, s. 244; GÜNAY, Erhan, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat ve Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu (Tazminat) Davaları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Nisan 2018, s. 36. Uygulamamız da bu şekildedir: *“aynı Kanununun 142. maddesinin 2. fıkrasında ise koruma nedeniyle tazminat davalarının zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanacağı belirtildiği dikkate alınarak görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yargılamaya devamla yazılı şekilde karar verilmesi”* Yarg. 12 CD., 21.11.2016 T., 11874/12890.

<sup>72</sup> ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s. 355. Müellifler bu ihtimalde ayrıca CMK’nın 13. maddesinin de kıyasen uygulanacağı kanaatindedirler. Buna göre kişinin en son

İstem yetkili ağır ceza mahkemesine sunulduktan sonra CMK m. 142/4 uyarınca, mahkeme varsa eksikliklerin bir ay içinde giderilmesini ister. Eğer bu eksiklikler süresinde giderilmezse, tazminat istemi itiraz yolu açık olmak üzere reddedilir.

#### **4. Yargılama Usulü**

CMK'nın 142. maddesinin 5. fıkrasına göre “*mahkeme, dosyayı inceledikten sonra yeterliliğini belirlediği dilekçe ve eki belgelerin bir örneğini Devlet Hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ ederek, varsa beyan ve itirazlarını on beş gün içinde yazılı olarak bildirmesini ister.*”<sup>73</sup> Mahkeme tazminatın belirlenmesi için gerekli olan araştırmaları yapmaya veya hâkimlerden birine yaptırmaya yetkilidir<sup>74</sup>.

---

oturduğu yer belirlenemiyorsa ilk usul işleminin yapıldığı yer mahkemesinin yetkili kabul edilmesi mümkündür. ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s. 355.

<sup>73</sup> Yargıtay bu düzenlemelere muhalefet edilmesini bozma sebebi yapmaktadır. “5271 Sayılı CMK'nın 142. maddesinin 5. fıkrasındaki; ‘Mahkeme, dosyayı inceledikten sonra yeterliliğini belirlediği dilekçe ve eki belgelerin bir örneğini Devlet Hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ ederek, varsa beyan ve itirazlarını onbeş gün içinde yazılı olarak bildirmesini ister.’, 7. fıkrasındaki; ‘Mahkeme, kararını duruşmalı olarak verir. İstemde bulunan ile Hazine temsilcisi, açıklamalı çağrı kâğıdı tebliğine rağmen gelmezlerse, yokluklarında karar verilebilir.’ şeklindeki düzenlemelere muhalefet edilerek, davalı vekiline dava dilekçesinin tebliğ edilmesi ve taraflar adına açıklamalı çağrı kâğıdı çıkarılarak, kararın duruşmalı olarak verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi.” Yarg. 12. CD., 02.04.2018 T., 9614/3772.

<sup>74</sup> Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davalarındaki boşluklar HMK'daki hükümlerin uygulanması suretiyle doldurulmaya çalışılmıştır. Ancak bu yanlış bir düşüncedir zira öncelikle CMK'nın uygulanması gerekmektedir. CANOĞLU, s. 160. Tazminat davalarında hakim tarafların ileri sürdükleri hukuki nedenlerle bağlı olmayıp, olaylara uygulanacak hukuk kurallarını kendiliğinden belirlemek zorundadır. Bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, s. 496.

Tazminat kararının CMK m. 142/7 uyarınca duruşmalı olarak verilmesi gerekir<sup>75</sup>. Bir başka ifadeyle tazminat isteminde bulunan hükümlü ile hazine temsilcinin de katılımıyla karar verilmesi gerekir<sup>76</sup>. “*Ancak istemde bulunan ile Hazine temsilcisi, açıklamalı çağrı kâğıdı tebliğine rağmen gelmezlerse, yokluklarında karar verilebilir.*”

Verilen karara ilişkin, Kanunda öngörülen özel hüküm nedeniyle (m. 142/8) istinaf yoluna başvurulabilir; inceleme öncelikle ve ivedilikle yapılır.

Hazine zararına yol açan mükerrer davalara dair ödemelerin önlenmesinin temini ve kamu kaynaklarının etkili, verimli ve hukuka uygun kullanılması bakımından, Yargıtay aynı konu ve içeriğe dayalı olarak birden fazla açılmış tazminat davasının olup olmadığının araştırma konusu yapılmamasını bozma sebebi yapmaktadır<sup>77</sup>.

CMK'nın 143. maddesinin 1. fıkrası gereğince ikinci yargılama sonucu beraat ettiği için tazminata hak kazanan birisi aleyhine yargılama yenilenip, beraat kararı kaldırılıp, tekrar mahkum edilirse ödenmiş olan tazminat Cumhuriyet savcısının yazılı istemi ile

---

<sup>75</sup> ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s. 356. “*kararın duruşmalı olarak verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi.*” Yarg. 12. CD., 02.04.2018 T., 9614/3772.

<sup>76</sup> ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s. 355. Yazarlar dava dilekçesi ve eklerinin tebliğ edileceği kişinin Hazine temsilcisi değil, Cumhuriyet savcısı olması gerektiği kanaatinde idirler. Devletin zarar görmemesi için çaba gösterecek olan mercii Hazine değil Cumhuriyet savcılığıdır. Bkz. aynı eser s. 355. Ayrıca bkz. CANOĞLU, s. 159 vd; AKYÜREK, s. 216.

<sup>77</sup> Karar için bkz. Yarg. 12. CD., 02.04.2018 T., 9614/3772. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (e.t.28.1.2019)



aynı ağır ceza mahkemesinden alacağı karar üzerine geri alınır<sup>78</sup>. Ancak ikinci yargılama sonucu ceza verilmesine yer olmadığına karar verildiği için tazminata hak kazanan kişi aleyhine yargılama yenilense ve mahkûm edilse, ödenmiş olan tazminat geri istenemez<sup>79</sup>. Zira kanun lafzında sadece beraat kararı kaldırılıp mahkum edilen kişilerden tazminatın geri alınacağı yazılı olup, bu istisnai hüküm kıyas yoluyla genişletilemez.

### **5. Tazminat İsteyebilecek Olan Kişiler**

CMK m. 323/3 uyarınca, ölmüş bir kişi için de tazminat istenip istenemeyeceği, kişinin mutlaka hayatta olmasının gerekip gerekmediği meselesi tartışmalı bir başka konudur. Zira bu hususta ne CMK m. 323'te ne de CMK m. 141'de açık bir hüküm bulunmamaktadır<sup>80</sup>.

Yargılamanın yenilenmesi kanun yoluna baktığımızda; CMK'nın 313. maddesi uyarınca hükmün infaz edilmiş olması veya hükümlünün ölümü, yargılamanın yenilenmesi istemine engel olmaz<sup>81</sup>. Ölenin eşi, üstsoyu, altsoyu, kardeşleri yargılamanın

---

<sup>78</sup> AKYÜREK, s. 216. “Geri alma halinde Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun hükümleri caridir. Bu kararlara karşı itiraz edilebilir. Geri isteme şartı gerçekleştiğinde Cumhuriyet savcısı Hazine temsilcisinin istemini beklemeden talepte bulunmalıdır.” Açıklamalar için bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, s. 498.

<sup>79</sup> AKYÜREK, s. 216.

<sup>80</sup> CANOĞLU, s. 144.

<sup>81</sup> Veciz ifadeler dikkat çekici: “Hicap ölümden sonra da yaşar, bu sebeple ölen hükümlünün itibarının iadesi mümkün olmalıdır. Bu fikir doğrudur ve gerek felsefecinin, gerek devlet adamının tasvibine mazhar olmalıdır. Bir insan ölse dahi ondan daima bir şeyler kalacağını ilan etmek kanunlar için bir şereftir.” SOTGIU, G., La Revisione Dei Giudicati Penali, Roma 1933, s. 21, (zikreden: EREM, s. 11).

yenilenmesi isteminde bulunabilirler<sup>82</sup>. Hatta bu kişilerin yokluğu hâlinde, Adalet Bakanı da yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunabilir.

Doktrinde bazı görüşler<sup>83</sup>, CMK m. 323/3 düzenlemesinin yalnızca hükümlünün uğradığı zararların giderilmesine yönelik bir düzenleme olduğu bu sebepten hükümlünün ölümü halinde diğer kişilerin örneğin eşi, alt ve üst soyunun tazminat isteme hakkının olmadığı yönündedir. Bu tazminat düzenlemesiyle sadece haksız olarak bir cezanın infazına maruz kalan kimselerin zararlarının giderilmesi hedeflenmektedir. Bu durumda doğrudan maddi ve manevi zarara uğrayan tek kişi cezaya katlanmak zorunda kalan hükümlüdür<sup>84</sup>.

İfade edelim ki, CMK m. 323/3 dolayısıyla tazminat davası açma hakkı kural olarak haksız bir cezanın infazıyla karşı karşıya kalan kişiye getirilmiş bir imkan olsa da, kişinin ölmeden önce dava açması veya dava açma iradesini açıkça ortaya koyması durumunda bu hak mirasçılara da geçebilir, mirasçılar bu şartlarda açılmış bir

---

<sup>82</sup> ÖZTÜRK vd., *Ceza Muhakemesi*, s. 753. “Bu kimselerin hükümlünün yalnız lehine muhakemenin yenilenmesini isteyebilecekleri aşıkardır.” için bkz. EREM, s. 13.

<sup>83</sup> KARAKURT, s. 191; AKYÜREK, s. 218.

<sup>84</sup> KARAKURT, s. 191. Doktrinde *Akyürek*, “tıpkı Fransa’da olduğu gibi hatalı olarak verilen mahkûmiyet hükmünden dolayı zarara uğrayan üçüncü kişilerin de esasen tazminat hakkının bulunması gerekir” görüşündedir. Ayrıca İtalya, İspanya ve İrlanda da olduğu gibi hükümlünün ölmüş yakınlarının da tazminat isteme hakları bulunmalıdır. Açıklamalar ve çeşitli ülkelerden örnekler için bkz. EREM, s. 45; AKYÜREK, s. 218.

davaya devam edebilir<sup>85</sup>. Bu durumda tazminat davasını takip etme hakkı mirasçılara geçmektedir<sup>86</sup>. Kişinin tazminat davasını açtıktan sonra ölmesi halinde mahkeme, mirasçılara davadan haberdar olabilmeleri ve kaldığı yerden davaya devam edebilmeleri amacıyla tebligat yapmak zorundadır. Mirasçılar davaya katılırlarsa davaya kaldığı yerden devam edilecektir<sup>87</sup>.

## **6. Tazminatın Kapsamı**

CMK m. 323/3'ün atıf yaptığı aynı Kanununun 141. maddesine göre kişiler maddi ve manevi her türlü zararlarını Devletten isteyebilirler. CMK m. 142/6 gereğince tazminat miktarı belirlenirken tazminat hukukunun genel prensiplerinin<sup>88</sup> dikkate alınması

---

<sup>85</sup>ÖZTÜRK vd., Ceza Muhakemesi, s. 589. Uygulamamız da bu yönde gelişmiştir. *“Davacıların tazminat talebinin kısmen kabulüne ilişkin hüküm, davacılar vekili ve davalı vekili tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü; Yapılan inceleme, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, incelenen dosya kapsamına göre, davacılar vekilinin tüm temyiz itirazları ile davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, ancak; Davanın 5271 sayılı CMK'nın 141. maddesinde düzenlenen koruma tedbirlerine dayalı tazminat davası niteliğinde bulunduğu, koruma tedbirleri nedeniyle dava açma hakkının kural olarak zarar görene ait olduğu, bu hakkın ancak zarar görenin ölmeden önce dava açması veya dava açma iradesini açıkça izhar etmesi durumunda mirasçılara intikal edeceği, mirasçıların bu şartlarda açılmış davaya devam edebilecekleri veya dava açabileceklerinin kabulü gerekir.”* Yarg. 12 CD., 22.10.2018 T., 2018/4190 E., 2018/9992 K. Yargıtay'ın eski tarihli kararları da bu yöndedir: *“Ölümü ile davanın ve bir hukuki münasebetin süjesi olabilme ehliyeti yok olmuş bulunan davacının ölümünden önce 466 sayılı Kanun gereğince usulen dava ikamesi ile doğmuş bulunan usul hukuku münasebetine mirasçıları halef olurlar.”* (Yarg., 1. CD, 13.5.1991 T., 1274/1262).

<sup>86</sup>CANOĞLU, s. 145. Bu durumda davacının aile nüfus kayıt örneği getirilerek mirasçıların tespit edilmesi ve haberdar edilmeleri gerekir. CANOĞLU, s. 145.

<sup>87</sup>GÜNAY, s. 21.

<sup>88</sup>Tazminat miktarı belirlenirken tazminat hukukunun genel prensiplerinin dikkate alınması ancak karşılığında tazminatın hukuk mahkemesince değil de bir

gerekecektir<sup>89</sup>. Yargıtay uygulamasına göre tazminat miktarı belirlenirken HMK m. 26 uyarınca taleple bağlılık ilkesi gereğince hareket etmek gerekir ve talep edilen miktarı geçmeyecek şekilde tazminata karar verilebilir<sup>90</sup>. Ayrıca tazminata ek olarak yasal faiz istendiği ancak bunun açıkça hangi tarihten itibaren istendiğinin anlaşılabilmesi durumunda dava tarihinden itibaren yasal faiz işletilmekte ve bu yönde karar verilmektedir<sup>91</sup>. Dava dilekçesinde yer almayan faiz talebi sonradan ıslah beyanı ile dermeyan edilebilir

---

ceza mahkemesince belirlenmesi bir çelişki gibidir. Zira tazminat hukukunda uzman olan hukuk mahkemeleridir ceza mahkemesi değildir. Açıklamalar için bkz. AKYÜREK, s. 216. Koruma tedbirlerine muhatap olmak dolayısıyla mağdur olmuş kişilerin zararlarının tazmini aslında bir özel hukuk sorunudur. Ancak bu mağduriyetin bir ceza muhakemesi ile ilgili ortaya çıkması ve konunun önemi dolayısıyla bu hususta yargılama yapma ve tazminata hükmetme yetkisi ceza mahkemesine aittir. Açıklamalar için bkz. ŞAHİN/ GÖKTÜRK, s. 390.

<sup>89</sup> Tazminat belirlenirken hem ceza muhakemesi hem de tazminat hukukunun genel prensiplerinin dikkate alınması gerekmektedir. Bkz, CENTEL/ZAFER, s. 481; İSTE, s. 4.

<sup>90</sup> “...Dava; davacı suç soruşturması nedeni ile hayvanlarına el konulduğunu, atılı suç nedeni ile kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğini belirterek CMK'nın 141. vd. maddeleri gereğince maddi tazminat isteminde bulunmuştur. Dava dilekçesinde el koymaya konu olan hayvanların 24.000 TL'ye satın alındığının belirtilmesi ve davacının dosyaya yansıyan bundan başka ticari bir zararının olmadığına anlaşılması karşısında, HMK'nın 26. maddesinde düzenlenen “taleple bağlılık” kuralı uyarınca talep edilen miktarı geçmeyecek şekilde maddi tazminata hükmedilmesi gerekirken, talepten fazla olarak 48.115 TL maddi tazminata hükmedilmesi bozma nedenidir”. Yarg 12 CD, 8.6.2016, 9866/9713.

<sup>91</sup> “...davacı tarafça açıkça tarih belirtmeden faiz talebinde bulunduğu dikkate alınarak hükmolunan tazminat miktarlarına dava tarihi olan 06.05.2010 tarihinden itibaren yasal faize hükmolunması gerektiğinin gözetilmemesi” Yarg. 12 CD, 3.10.2016, 6758/11524. İfade edelim ki Yargıtay'ın bu hususta çelişkili kararları da vardır. “hazineye ödenen 52.000 TL nin beraat kararı sonrasında davacıya iade edilip edilmediği araştırılıp, iade edilmemiş ise bu miktarın ve ödeme ile iade arasında işleyecek kanuni faizin de maddi tazminat kapsamında hüküm altına alınması gerektiği gözetilmeden” Yarg. 12 CD., 09.04.2018 T., 11358/4127.

ancak ıslah talebinin davalı idareye bildirilmemesi bozma sebebi teşkil edecektir<sup>92</sup>.

Tazminat belirlenirken tazminat hukukunun genel prensiplerinin dikkate alınacak olması ancak bu miktarın hukuk mahkemelerince deđil de ceza mahkemesince belirlenmesi hususu bir takım tartışmalara sebebiyet vermiştir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, bu davaların tazminat konusunda uzman olmayan ve farklı bir usul uygulayan ağır ceza mahkemelerince görülmesinin anayasaya aykırı olduđu savıyla, CMK m. 142/2 hükmünün iptali istemiyle kendisine yapılan itiraz başvurusunda “hukuk devletinde yasa koyucu, mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkilerinin, işleyişinin ve yargılama usullerinin belirlenmesi konusunda yasama yetkisini kullanırken, Anayasa'nın ve hukukun temel ilkelerine bađlı kalmak koşuluyla takdir yetkisine sahip olduđu, tedbir niteliğindeki uygulamalar nedeniyle tazminat isteminin hangi mahkemede görüleceğinin belirlenmesi yasama organına ait takdir yetkisi içinde kaldıđı” gerekçesiyle kuralın, Anayasa'ya aykırı olmadığına oy birliđiyle karar vermiştir<sup>93</sup>.

10.3.2016 tarih ve 6684 sayılı Yasa ile uygun bulunduđumuz İHAS Ek 7 No'lu Protokolün 3. maddesi uyarınca; bir suç nedeniyle

---

<sup>92</sup> “..Davacının dava dilekçesinde yer almayan, gözaltına alınma tarihinden itibaren faize hükmolunması taleplerine ilişkin ıslah beyanının davalı tarafa bildirilmesi gerektiđi gözetilmeksizin, yargılamaya devamla hüküm tesis edilmesi,” Yarg. 12. CD., 02.04.2018 T., 9614/3772.

<sup>93</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, 25.2.2010 T., 2008/38 E., 2010/39 K. RG Sayı: 27585, RG Tarih: 18.05.2010.  
<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> (e.t. 25.01.2019)

mahkûm edilmiş olan kişinin sonradan ortaya çıkan delillerle haksız yere mahkûm edildiğinin ortaya çıkması halinde eğer bu delilin açıklanmamış olmasında kişinin kısmen veya tamamen bir kusuru yoksa tazminat isteme hakkı vardır<sup>94</sup>. Örneğin, sanık kendi lehine olan bir tanık beyanını kasti olarak mahkemeden gizlese ve yargılama sonucunda mahkûm olsa; hüküm kesinleştikten sonra gizlediği bu delili dermeyeran ederek yenileme talebinde bulursa ve yapılan yeniden yargılama sonucunda beraat etse tazminat talebinde bulunamayacaktır. Çünkü yargılamanın yenilenmesine kasten yol açmış bir kimse açısından tazminat istemi söz konusu olmayacaktır<sup>95</sup>. Yargılamanın yenilenmesine sebep olan delilin mahkemeden gizlenmesinde kasti bir hareketi olmayan, taksiri bulunan kişi ise tazminat isteyebilmekle birlikte bu durum tazminat miktarı belirlenirken göz önünde tutulur<sup>96</sup>.

CMK m. 323/3 uyarınca istenecek olan maddi zararı, haksız yere mahkum olup da cezası kısmen veya tamamen infaz edilmiş olan kişinin bedenen ya da malen uğradığı mali kayıp oluşturur<sup>97</sup>. Davacı

---

<sup>94</sup> Doktrinde hâkim görüş de bu yöndedir: EREM, s. 48; AKYÜREK, s. 217; ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s. 358.

<sup>95</sup> EREM, s. 47-48; NİŞANCI, s. 245; UNGAN, Abdulkadir, Haksız fiil Tazminatı ile Koruma Tedbirlerine Aykırılıktan Doğan Tazminat, Seçkin Yayıncılık, Aralık 2017, s. 111

<sup>96</sup> “Hükümlünün hukukun kabul ettiği ölçüde kusurlu olması halinde tazminatın tenzili gerekir” için EREM, s. 48. Ayrıca bkz. AKYÜREK, s. 217. Tazminat hukukunun genel prensiplerinin göz önüne alınacağından veçhile hatalı hükme mahkûmun kendisinin neden olması halinde müterafik kusur değerlendirmesi yapılacak ve miktar bu nispette belirlenecektir. Açıklamalar için bkz. TALAS, s. 211.

<sup>97</sup> “davacının, mahkûmiyet hükmü nedeniyle memuriyetinin sona erdirildiğinin belirtildiği ve dosya içeriğine göre de davacının daha sonradan tekrar göreve

tarafından Hazineye ödenen adli para cezası da maddi tazminat kapsamındadır<sup>98</sup>. Yoksun kalınan kazancın yanı sıra haksız eylem ve işlemin sebep olduğu giderler de maddi zarar dâhilindedir<sup>99</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10.11.2015 tarih ve 12-123/380 sayılı kararı maddi zararın tespiti bakımından önemli değerlendirmeler içerdiğinden burada aktarmayı uygun buluyoruz: *“Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davalarında karşılanması gereken maddi zarar; malvarlığının aktif değerlerinde meydana gelen azalma veya pasifinde, başka bir anlatımla borçlarında artma şeklinde oluşabilir. Maddi tazminatın esasını oluşturan malvarlığında meydana gelen azalma veya gelir kaybının tespitinde objektif ölçü ve belgelere dayanılmalı, kişinin gözaltına alınması ya*

---

*başladığının anlaşıldığı dikkate alındığında, Davacının mahkûmiyet hükmünün infazı nedeniyle 07.06.2013 – 15.07.2013 tarihleri arasında cezaevinde bulunması nedeniyle maaşında kesinti yapıp yapılmadığı, kesinti yapılmış olması halinde toplam ne kadar kesinti yapıldığı ve yapılan bu kesinti ile mahkûmiyet hükmü nedeniyle memuriyetten çıkarıldığının tespiti halinde davacının memuriyetten çıkarılıp tekrar göreve başladığı süreçte kendisine ödenmeyen maaşlarının daha sonradan kendisine ödenip ödenmediği ilgili kurumdan sorulup...”* Yarg. 12. CD., 14.11.2016 T., 12125/12689. Ayrıca bkz. CENTEL/ZAFER, s. 514.

<sup>98</sup> *“5271 sayılı CMK'nın 323/3 maddesindeki, yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddî ve manevî zararlar bu Kanununun 141 ile 144 üncü maddeleri hükümlerine göre tazmin edileceğine ilişkin düzenleme dikkate alınarak, davacı tarafından hazineye ödenen 52.000 TL nin beraat kararı sonrasında davacıya iade edilip edilmediği araştırılıp, iade edilmemiş ise bu miktarın ve ödeme ile iade arasında işleyecek kanuni faizin de maddi tazminat kapsamında hüküm altına alınması gerektiği gözetilmeden..”* Yarg. 12 CD., 09.04.2018 T., 11358/4127; *“ödenen adli para cezasının davacıya iade edilmemiş olduğunun tespit edilmesi durumunda maddi tazminat kapsamında davacıya ödenmesi gerektiğinin gözetilmemesi,”* Yarg. 12. CD., 14.11.2016 T., 12125/12689.

<sup>99</sup> CENTEL/ZAFER, s. 514.

*da tutuklanmasından önceki işine bakılmalıdır. Davacı işçi ya da memursa çalıştığı yerden, serbest meslek çalışanı ise ilgili meslek kuruluşundan sorulup, vergi kayıtları da incelenerek, sağlık durumu, çalıştığı işin niteliği, hafta sonu, dini ve milli bayramlarda çalışıp çalışmadığı araştırılıp sonucuna göre gerekirse bilirkişi marifetiyle maddi kaybı hesaplanmalıdır. Herhangi bir işte çalışmayan kişilere verilecek maddi tazminatın hesaplanmasında gözaltında ya da tutuklu kaldıkları dönemdeki net asgari ücret göz önünde bulundurulmalı, serbest meslek sahibi olanların ne kadar kazanç elde ettikleri vergi dairesi veya ilgili meslek kuruluşundan sorulmalı, belli bir işyerinde çalışmayan, dolayısıyla aldıkları ücret ya da maaşı belirli olmayan kişilerin ise tarım veya sanayide çalışıp çalışmadıkları araştırılıp, bu alandaki asgari ücret üzerinden tazminat hesaplanmalıdır. Maddi tazminat ile davacıların malvarlığında meydana gelen somut bir azalma ya da kazanç kaybı, ödedikleri avukatlık ücreti gibi masrafların karşılanması amaçlanır.”*

Yargıtay 12. Ceza Dairesi bir kararında; ceza davasında ödenmeyen vekalet ücretinin maddi tazminat kapsamında dava konusu edilemeyeceğini belirtmiş ve yargılamanın yenilenmesi sonucu beraatine hükmedilen davacının kendisini vekil ile temsil ettirdiği gerekçesiyle vekalet ücretinin maddi tazminat kapsamında hüküm altına alınmasını isabetsiz bulmuştur<sup>100</sup>.

---

<sup>100</sup> “29/05/1957 tarih ve 4-16 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da belirtildiği üzere, vekalet ücreti, yargılama giderleri kapsamında olup, bu hakkın asıl davadan bağımsız olarak dava konusu yapılamayacağı ancak ait olduğu davada hüküm altına alınması gereken ve ilgili davada temyizden incelenebilecek



*Yargılamanın Yenilenmesi Sonucunda Beraat veya Ceza Verilmesine Yer  
Olmadığı Kararının Verilmesi Halinde Tazminat İstemi*

Tazmini istenebilecek olan bir diğer zarar türü ise manevi zarardır. Manevi zarar mahkum olup cezası kısmen veya tamamen infaz edilmiş olan kişinin sosyal çevresinde itibarının sarsılması, haksız yere özgürlüğünden yoksun kalması sebebiyle duyulan elem, ıstırap ve ruhsal problemlerin bir ölçüde giderilmesini amaçlar<sup>101</sup>. Manevi tazminatın belirlenmesinde ise nesnel bir ölçüt olmamakla birlikte, davacının sosyal ve ekonomik durumu, üzerine atılı suçun niteliği (tutuklanmasına neden olan olayın cereyan tarzı, tutuklu kaldığı süre) ve benzeri hususlar ile tazminat davasının kesinleşeceği tarihe kadar davacının elde edeceği parasal değer dikkate alınıp, hak ve nefaset ilkelerine uygun makul bir miktar tespit edilir<sup>102</sup>.

---

*haklardan olduğundan, ceza davasında ödenmeyen vekalet ücretinin, maddi tazminat kapsamında ayrıca dava konusu edilemeyeceğinin belirtilmiş olması karşısında, tazminat talebinin dayanağı olan ceza dava dosyasında, yargılamanın yenilenmesi sonucu beraatine hükmedilen davacının kendisini vekil ile temsil ettirdiği gerekçesiyle "1.000" TL vekalet ücretinin maddi tazminat kapsamında hüküm altına alınması, isabetsiz olup..” Yarg. 12 CD, 16.2.2015, 6659/2665. Aynı yönde bkz. Yarg. 12 CD., 08.10.2018 T., 4954/9327.*

<sup>101</sup> Yarg. CGK, 10.11.2015 T., 12-123/380; Yarg. CGK, 17.3.2009 T., 193/60. CENTEL/ZAFER, s. 514; Yarg. 12. CD., 12.11.2018 T., 4376/10609. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (e.t. 25.01.2019). Ayrıca bkz. RUDSTEİN, David S., Double Jeopardy and the Fraudulently-Obtained Acquittal, 60 Mo. L. Rev. 607 (1995), s. 646.

<sup>102</sup> Bkz. Yarg. 12. CD. 13.6.2016 tarih ve 5161/9967 sayılı kararı. Benzer yönde, “manevi tazminat miktarı belirlenirken objektif bir kriter olmamakla birlikte, hükmedilecek manevi tazminatın davacının sosyal ve ekonomik durumu, üzerine atılı suçun niteliği, gözetilmesine neden olan olayın cereyan tarzı, tutuklu kaldığı süre, gözetilmesine alınma tarihinden itibaren faize hükmedilmesi suretiyle tazminat davasının kesinleştiği tarihe kadar davacının elde edeceği parasal değer ve benzeri hususlar da gözetilmek suretiyle, hakkaniyet ölçüsünü aşmayacak bir şekilde, hak ve nefaset kurallarına uygun makul bir miktar olarak tayin ve tespiti gerekirken, 45 gün süreyle tutuklanan davacı için hükmedilen manevi tazminat

Manevi zararın haiz olduğu nitelik gereği somut şekilde belgelendirilebilmesi mümkün değildir. Ancak CMK m. 142/3 uyarınca, maddi zarara ve zararın miktarına ilişkin bilgi ve belgelerin dilekçeye eklenmesi gerekir. Eklenen bilgi ve belgelerin eksikliği halinde bunun bir ay içinde giderimi istenir aksi halde talep itiraz yolu açık olmak üzere reddedilir (m. 142/4).

01/02/2018 tarih ve 7078 sayılı Kanun'un 139. maddesi ile değişik CMK'nın 142. maddesinin 10. fıkrası<sup>103</sup> uyarınca tazminata ilişkin mahkeme kararları kesinleşmeden ve idari başvuru süreci<sup>104</sup> tamamlanmadan icra takibine konulamayacaktır. Karar kesinleştikten sonra tazminat ve vekalet ücretinin<sup>105</sup> tahsili için banka hesap numarası

---

*miktarının bu ölçütlere uymayıp az tayini''* (Yarg. 12. CD, 1.6.2016 T., 11419/9303).

<sup>103</sup> (Ek: 15/8/2017-KHK-694/144 m.; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/139 m.) Tazminata ilişkin mahkeme kararları, kesinleşmeden ve idari başvuru süreci tamamlanmadan icra takibine konulamaz. Kesinleşen mahkeme kararında hükmedilen tazminat ile vekâlet ücreti, davacı veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirim yapıldığı tarihten itibaren otuz gün içinde ödenir. Bu süre içinde ödeme yapılmaması halinde, karar genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur.

<sup>104</sup> Tazminat kararına ilişkin mahkeme kararı kesinleştikten sonra hükmedilen tazminatın ve vekalet ücretinin davacıya ödenebilmesi için banka hesap numarasının davalı idareye yazılı şekilde bildirilmesi gerekir. Bu bildirim yapıldığı tarihten itibaren idarece otuz gün içinde davacıya ödeme yapılacaktır. Bu süre geçmesine rağmen ödeme yapılmazsa karar icra hukuku esasları uyarınca infaz olunacaktır. Tüketilmesi gereken idari başvuru süreci budur.

<sup>105</sup> (Ek: 15/8/2017-KHK-694/144 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/139 md.) Tazminat davaları nedeniyle Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince hesaplanan nisbi avukatlık ücreti ödenir. Ancak, ödenecek miktar Tarifede sulh ceza hâkimliklerinde takip edilen işler için belirlenen maktu ücretten az, ağır ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için belirlenen maktu ücretten fazla olamaz.

ile birlikte idareye başvurulacak, otuz gün içinde idarece ödeme gerçekleştirilmezse icra takibine başlanabilecektir<sup>106</sup>.

## SONUÇ

Ceza muhakemesi hukukunda yer alan yargılamanın yenilenmesi olağanüstü kanun yolları arasında yer alıp kesin hükümdeki adli hataların ortadan kaldırılıp, maddi gerçeğin doğru şekilde ortaya çıkmasını hedefler. Adli hatanın kaldırılıp yeni hükmün tesis edilmesiyle her ne kadar adalet sağlanmaya çalışılsa da hatalı verilmiş eski hükmün infazından dolayı kişi maddi ve/veya manevi kayıplara uğramış olabilir. Modern hukuk devletinin gerçekleşmesi adına sadece eski hükmün kaldırılmasıyla yetinilmeyip yanı sıra oluşan zararların da giderilmesinin sağlanması önemli bir kazanımdır.

Mülga CMUK'ta ve 466 sayılı Kanun'da bulunmayan bir hal ve önemli bir yenilik olarak yargılamanın yenilenmesi sonucunda mahkumiyet hükmünün kaldırılıp, kişi hakkında beraat ya da ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi halinde tazminat istenebileceği hususu CMK m. 323/3'te hüküm altına alınmıştır. Ayrıca ifade edelim ki, bu düzenleme sayesinde tarafı olduğumuz uluslararası düzenlemelerden hem İHAS 7 No'lu Ek Protokol'ün hem de Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesinin gerekleri yerine getirilmiş durumdadır. İlgili Kanun hükmüne göre (m. 323/3); *“yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet*

---

<sup>106</sup> UNGAN, s. 164.

*kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddî ve manevî zararlar bu Kanununun 141 ilâ 144 üncü maddeleri hükümlerine göre tazmin edilir.”*

CMK m. 323/3 uyarınca tazminat talebinin mahkemelerce kabul edilebilmesi için gereken şartlardan bir tanesi verilen ilk hükmün mahkûmiyet olması gerekliliğidir. Ayrıca bu mahkumiyet hükmünün kısmen veya tamamen infaz edilmesi de gerekmekte olup, henüz infaz başlamadan yargılama yenilenmiş ise tazminat talebi söz konusu olmayacaktır. İnfaza başlanmış olması yeterli olup, infazın tamamlanması gerekli değildir. TCK m. 45 gereğince “suç karşılığında uygulanacak yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezaları” olduğuna göre, mahkumiyet hükmünden kast olunan yalnızca hapis cezasına mahkumiyeti olmayıp, adli para cezası mahkumiyetinin kısmen veya tamamen infazı halinde de tazminat istenebilecektir.

Önemli bir diğer şart ise yargılamanın yenilenmesi sonucunda verilen yeni hükmün ya beraat ya da ceza verilmesine yer olmadığına dair karar olması şartıdır. Yargıtay bu şartı oldukça sıkı yorumlamakta ve verilen yeni kararın bu iki karar türü dışında bir karar olması halinde tazminat talep edilemeyeceğine hükmetmektedir.

Yeniden yargılama sonucunda daha az ceza alan kişi açısından tazminat hakkının söz konusu olup olamayacağı doktrin ve uygulamada tartışmalıdır: Yeniden yargılama sonucu verilen yeni hüküm eskisine nazaran az ceza içeriyorsa ve kişi bu süreyi zaten

infaz kurumunda hükümlü olarak geçirdiyse, aşılın süre bakımından tazminat talebi kabul edilmelidir. Zira, CMK m. 141/1-f mahkum olup gözaltı ve tutuklulukta geçirilen sürelerin hükümlülük süresinden fazla olması halinde tazminat talebine cevaz veriyorsa, hükümlü olarak fazladan yatılan süreden doğan zararın da tazminatla giderilmesi gerekir.

Doktrinde bir görüş; açık bir düzenleme olmasa da CMK m. 141/1-f hükmünün burada kıyasen uygulanmasında bir sakınca olmadığı, ceza muhakemesi hukukunda kıyasın kural olarak mümkün olduğu, tazminata ilişkin bu boşluğun CMK m. 141/1-f hükmü uyarınca kıyasen doldurulmasının ceza muhakemesindeki sınırlı kıyas yasağına takılmayacağı şeklindedir.

İfade edelim ki, ceza muhakemesi hukukunda kıyas yasağı sınırlayıcı ve istisnai hükümlerde devreye girmektedir. CMK m. 323/3 hükmünde, kanun koyucu yeniden yargılama sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararlarının verilmesi halinde tazminata hükmedilebileceğini net bir şekilde ifade etmiştir. Bu istisnai bir hükümdür ve kıyas yoluyla genişletilemez. CMK 323/3'te 141 inci maddeye yapılan atıf da bunu sağlayamaz. Bu sebeple, yeniden yargılama sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmeyip de eski hükme nazaran daha az ceza verilmesi halinde tazminat isteminin şartlarına ilişkin kanuna açık bir hüküm eklenmesi isabetli olacak ve tartışmaları da sonlandıracaktır.

İfade edelim ki daha az ceza alan kişi açısından infaz kurumunda geçirilen süre yeni karardaki mahkûmiyet süresini

aşmıyorsa tazminat istenemeyecektir. Uygulamadaki kararlar da genellikle bu yöndedir.

CMK m. 323/3, tazminat talebinin dermeyanı bakımından usuli şartlara ilişkin CMK m. 141 ila 144. maddelerine atıf yapmaktadır. İlgili maddelerde davanın açılacağı süre, görevli-yetkili mahkeme, duruşmalı yargılama ve tazminatın kapsamı düzenlenmiştir. Kanun koyucu, tazminat miktarı belirlenirken tazminat hukukunun genel prensiplerinin göz önünde bulundurulacağı yönünde hüküm sevk etmiştir. Doktrin ve uygulamada birtakım düşünceler ağır ceza mahkemelerinin tazminat konusunda uzman olmadığı savıyla bu davaların hukuk mahkemelerinde görülmesi gerektiği şeklinde olsa da Anayasa Mahkemesi bu konuda son noktayı koymuş tazminata karar verecek mercii olarak ağır ceza mahkemelerinin yetkilendirilmesini yasamanın takdir yetkisi kapsamında gördüğünden düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Yargılamanın yenilenmesi talebi hükümlü ölse de kanunda gösterilen yakınları hatta bazı hallerde Adalet Bakanı tarafından da istenebilir. Ancak yargılamanın yenilenmesi sonucunda tazminat talebinin ölmüş kişinin yakınları veyahut üçüncü bir kişi tarafından dermeyan edilip edilemeyeceği tartışmasında hakim görüş yalnızca hayatta olan hükümlünün tazminat isteyebileceği şeklindedir. Zira haksız bir cezanın infazı münasebetiyle doğrudan maddi ve manevi zarara uğrayan tek kişi hükümlüdür.

Önemle ifade edelim ki, CMK m. 323/3 dolayısıyla tazminat davası açma hakkı kural olarak haksız bir cezanın infazıyla karşı karşıya kalan kişiye getirilmiş bir imkan olsa da, kişinin ölmeden önce dava açması veya dava açma iradesini açıkça ortaya koyması durumunda bu hak mirasçılara da geçebilir, mirasçılar bu şartlarda açılmış bir davaya devam edebilir. Bu durumda tazminat davasını takip etme hakkı mirasçılara geçmektedir. Kişinin tazminat davasını açtıktan sonra ölmesi halinde mahkeme, mirasçılara davadan haberdar olabilmeleri ve kaldığı yerden davaya devam edebilmeleri amacıyla tebligat yapmak zorundadır. Mirasçılar davaya katılırlarsa davaya kaldığı yerden devam edilecektir.

CMK m. 142/10 uyarınca tazminata ilişkin mahkeme kararları, kesinleşmeden ve idari başvuru süreci tamamlanmadan icra takibine konulamayacaktır.

## **KAYNAKÇA**

- AKYÜREK, Güçlü, Yargılamanın Yenilenmesi, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara: Haziran 2018.
- AŞKIN, Uğur, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminatta Rücu Sorunu, İnönü Üniv. Hukuk Fak. Dergisi, C. 9, S. 2, Y. 2018.
- AYCI, Emrullah, Ceza Yargılamasında Koruma Tedbirleri, Adalet Yayınevi, Kasım 2014.
- BAKIM, Sevi, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi”, Prof. Dr. Nur CENTEL’e Armağan, MÜHFHAD, C. 19, Y. 2013.
- BAYTAR, Serdal, “Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşılanması”, TBB Dergisi, Sa. 61, Y. 2005.
- BEKRİ, Nedim, Yakalama Ve Tutuklama Nedeniyle Tazminat Düzenlemesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Açısından Değerlendirilmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Mayıs 2013, Sa. 1.
- CANOĞLU, Veysel Candan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, Ocak 2017, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık, 15. Baskı, Eylül 2018.
- EREM, Faruk, “Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler”, AÜHFD, S. 1-4, C. 19, Ankara 1992.



- GÖKCEN, Ahmet/ BALCI, Murat/ ALŞAHİN, Mehmet Emin/  
ÇAKIR, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet  
Yayıncılık, 3. Baskı, 2018.
- GRAUHAN, Hans Firedrich, Deutsche Richterzeitung(DRZ), Alman  
Ceza Muhakemesi Kanununda 1975 yılında Yapılan  
Değişiklikler, (Ter: Feridun YENİSEY).
- GÜNAY, Erhan, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat ve  
Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu (Tazminat) Davaları, 2.  
Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara: Nisan 2018.
- HAKERİ, Hakan, Haksız Yakalama Ve Tutuklananlara Tazminat  
Verilmesi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1999.
- İSTE, Onur, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Marmara Üniv.  
SBE, Kamu Hukuku Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi,  
İstanbul 2009.
- KARAKURT, Ahu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin  
Yenilenmesi”, Dokuz Eylül Üniv. Sosyal Bilimler Ens. Kamu  
Hukuku Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi,  
İzmir 2008.
- KARGI, Halil İbrahim, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat,  
Selçuk Üniv. Sbe Kamu Hukuku Programı Yayınlanmamış  
Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- KAVAK, A. Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın  
Yenilenmesi, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 16,  
Ağustos 2011, Sayfa Aralığı: 209-239.

- McDONALD Elisabeth, The Admissibility of Acquittal Evidence in Criminal Trials: Toward Reform, 34 Victoria U. Wellington L. Rev. 639 (2003).
- NİŞANCI, Dilaver, Ceza Muhakemesinde Yargılamanın Yenilenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2018,.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar/ TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, İzmir: Eylül 2018.
- ÖZTÜRK, Bahri/ KAZANCI, Behiye Eker/ GÜLEÇ, Sesim Soyer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2017.
- ÖZTÜRK, Bahri-TEZCAN, Durmuş- GEZER, Özge- KIRIT, Yasemin- AKCAN, Esra- ÖZAYDIN, Özdem-TÜTÜNCÜ, Efser Erden- VILLEMIN, Derya Altınok- TOK, Mehmet Can, (Ed. Bahri ÖZTÜRK) Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara: Eylül 2018.
- RUDSTEİN, David S., Double Jeopardy and the Fraudulently-Obtained Acquittal, 60 Mo. L. Rev. 607 (1995).
- SOTGIU, G., La Revisione Dei Giudicati Penali, Roma 1933.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara: 2016.
- ŞAHİN, Cumhur/ GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Seçkin Yayıncılık, 7. Bası, Ankara: Şubat 2018.

TALAS, Serdar, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamann Yenilenmesi”, İstanbul Ün. Sosyal Bilimler Ens. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2004.

TANGAL, Murat, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Dokuz Eylül Ün. SBE, Kamu Hukuku Programı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

UNGAN, Abdulkadir, Haksız fiil Tazminatı ile Koruma Tedbirlerine Aykırılıktan Dođan Tazminat, Seçkin Yayıncılık, Aralık 2017.

ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2018, Seçkin Yayıncılık.

YALVAÇ, Gürsel, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Ceza Hukuku Ve Kriminoloji Dergisi, C. 3, S. 2, 2015.

YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018.

YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, Yargılamann Yenilenmesi Muhakemesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 123, Şubat 2015, Sayfa Aralığı: 7-35.

YURTCAN, Erdener, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) Şerhi, 8. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

### **İnternet Kaynakları**

<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> (e.t. 25.01.2019)

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (e.t. 25.01.2019)

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=23594&pkanunnumarasi=5271> e.t.25.1.2019.

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=192947&pkanunnumarasi=6684> e.t. 25.1.2019.

[www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (e.t.28.01.2019)







*International Criminal Responsibility of Military and Civilian Leaders in  
International Criminal Law and Its Application Before  
The International Criminal Court*

	المطلب الأول -التطبيقات القضائية للمسؤولية الجنائية الدولية للعسكريين
	أولاً- محكمة نورنبيرج
	ثانياً- محكمة طوكيو أو المحكمة العسكرية للشرق الأدنى:
	المطلب الثاني -التطبيقات القضائية للمسؤولية الجنائية الدولية للعسكريين والمدنيين معاً
	أولاً- محكمة يوغسلافيا سابقاً أو المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا 1992
	ثانياً – المحكمة الجنائية الدولية الخاصة لرواندا:
	ثالثاً- المحكمة الجنائية الدولية
	الاختصاص والمقبولية والقانون الواجب التطبيق لدى المحكمة الجنائية الدولية
	الخاتمة
	المراجع



- STL Special Tribunal for Lebanon
- NSDAP German National Socialist (Nazi) Party
- PTC Pre-Trial Chamber
- RDMDG Revue de droit militaire et de droit de la guerre
- OTP Office of the Prosecutor
- ICJ International Court of Justice
- IHL International Humanitarian Law
- ILR International Law Rapport
- I.M.T.T International Military Tribunal for the far East, Tokyo
- TWC Trail of the War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals
- NMT Nuremberg Military Tribunals

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
	المخلص
	المقدمة
	المبحث الأول -تحديد المسؤولية الجنائية الدولية للأفرادعسكريين أو مدنيين في القانون الجنائي الدولي
	المطلب الأول -تحديد المسؤولية الجنائية الدولية تاريخياً
	المطلب الثاني -تحديد المسؤولية الجنائية الدولية وفقاً للاتفاقيات الدولية
	المبحث الثاني -التطبيقات القضائية الدولية للمسؤولية الجنائية الدولية للعسكريين والمدنيين

- <https://www.rts.ch/info/monde/9108719-mladic-karadzic-milosevic-le-bilan-du-travail-du-tpiy-a-la-haye.html>
- <https://www.rts.ch/info/monde/9108719-mladic-karadzic-milosevic-le-bilan-du-travail-du-tpiy-a-la-haye.html>
- <https://www.rts.ch/info/monde/9108719-mladic-karadzic-milosevic-le-bilan-du-travail-du-tpiy-a-la-haye.html>
- <https://casebook.icrc.org/case-study/icty>
- <https://www.rts.ch/info/monde/9108719-mladic-karadzic-milosevic-le-bilan-du-travail-du-tpiy-a-la-haye.html>
- <https://www.rts.ch/info/monde/9108719-mladic-karadzic-milosevic-le-bilan-du-travail-du-tpiy-a-la-haye.html>
- <http://www.un.org/arabic/documents/basic/rwanda.pdf>
- [http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictr\\_EF.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictr_EF.pdf) Article 1:  
Competence of the International Tribunal for Rwanda
- <https://www.justiceinfo.net/fr/justice-reconciliation/522-les-d%C3%A9cisions-historiques-du-tpir.html>
- <https://ihl.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/>
- [https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2018/09/10/pour-les-etats-unis-la-cour-penale-internationale-est-illegitime-et-deja-morte\\_5353174\\_3222.html](https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2018/09/10/pour-les-etats-unis-la-cour-penale-internationale-est-illegitime-et-deja-morte_5353174_3222.html)

## **Abbreviations**

- ICC International Criminal Court
- ICL International Criminal Law
- ICTY International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
- ICTR International Criminal Tribunal for Rwanda
- ILC International Law Commission
- RPE Rules of Procedure and Evidence
- UNSC United Nations Security Council
- WCC War Crimes Chamber

- d'État devant la Cour pénale internationale le 14 mars 2016** <http://www.justice-en-ligne.be/mot1039.html>
- **Martyna Fałkowska-Clarys « Au-delà de tout doute raisonnable » : le premier acquittement devant la Cour pénale internationale dans l'affaire Ngudjolo le 30 mars 2013** <http://www.justice-en-ligne.be/mot1039.html>
  - **Maryse Alié, L'affaire Lumumba : imprescriptibilité des crimes de guerre et feu vert à l'ouverture d'une instruction en Belgique le 22 février 2013** <http://www.justice-en-ligne.be/mot1039.html>
  - **Eric David Hissène Habré, une condamnation historique le 28 juin 2016** <http://www.justice-en-ligne.be/mot1039.html>
  - **<https://casebook.icrc.org/glossary/individual-criminal-responsibility>**
  - <https://casebook.icrc.org/case-study/switzerland-immunity-general-nezzar>
  - <http://www.legal-tools.org/doc/512713/pdf/> Procès des grands criminels de guerre Devant le Tribunal Militaire International Nuremberg 14 novembre 1945-1er octobre 1946 Texte officiel en langue française - Édité à Nuremberg, Allemagne 1947
  - <https://books.openedition.org/iheid/4006?lang=fr>
  - The International Military Tribunal for the Far East- <https://history.state.gov/milestones/1945-1952/nuremberg>
  - <http://www.cnd.org/mirror/nanjing/NMTT.html>.
  - <http://www.icty.org/x/cases/tadic/press/fr/PR226f.pdf> Duško Tadić condamné à 20 ans d'emprisonnement 14 juillet 1997, la Chambre de première instance II composée des Juges Gabrielle Kirk McDonald (Présidente), Ninian Stephen et Lal Chand Vohrah, a rendu son jugement portant condamnation de Duško Tadić.

internationale de droit pénal, 2002/1 (Vol. 73) Éditeur  
: ERES

- **Véronique Laroche-Signorile** Comment le procès de Nuremberg a façonné la justice internationale preuve [http://www.lefigaro.fr/histoire/2016/09/30/26001-20160930ARTFIG00292\\_-comment-le-proces-de-nuremberg-a-faconne-la-justice-internationale.php](http://www.lefigaro.fr/histoire/2016/09/30/26001-20160930ARTFIG00292_-comment-le-proces-de-nuremberg-a-faconne-la-justice-internationale.php), 2016 S
- Werle, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*. 2d ed. The Hague: TMC Asser, 2009.
- M. Cherif Bassiouni The 'Nuremberg Legacy' In Guénaël Mettraux (ed.), *Perspectives on the Nuremberg Trial*. Oxford University Press (2008)
- Cryer, Robert, Hakan Friman, Darryl Robinson, and Elizabeth Wilmshurst. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. 2d ed. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2014
- Héctor Olásolo, About The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes. Published BY Hart Publishing 2009,
  
- **Fanny Declercq** **La destruction des mausolées de Tombouctou : la Cour pénale internationale déclare l'islamiste Al Mahdi coupable de crime de guerre le 14 octobre 2016** <http://www.justice-en-ligne.be/mot1039.html>
- **Martyna Fałkowska-Clarys** **L'acquittement de Jean-Pierre Bemba par la Cour pénale internationale : et les victimes dans tout ça ? le 1er septembre 2018** <http://www.justice-en-ligne.be/mot1039.html>
- **Martyna Fałkowska-Clarys** **L'ouverture du procès Gbagbo : premier procès à charge d'un ancien chef**

- **Hadi Shalluf**·L internationalisation de la répression pénale international entre perspectives et critiques – édition du Panthéon Paris France 2016 PP —15- 45
- Cassese, Antonio, and Gaeta, Paola. *Cassese's International Criminal Law*. Revised by Antonio Cassese, Paola Gaeta, Laurel Baig, Mary Fan, Christopher Gosnell, and Alex Whiting. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2013 PP 24- 83
- Hadi SHALLUF , ICC Judgment in Mali case and the international criminal responsibility for acts of vandalism and destruction of religious and cultural and human heritage, Kuwait international law school journal volume 6 , issue 2 – ser .no 2 , June 2018 .
- **Beth VanSchaack and Ron Slye****Defining International Criminal Law in Social Science Research Electronic Paper Collection:** <http://ssrn.com/abstract=1006089>
- **Beth VanSchaack and Ron Slye****Defining International Criminal Law in Social Science Research Electronic Paper Collection:** <http://ssrn.com/abstract=1006089>
- **Beth VanSchaack and Ron Slye****Defining International Criminal Law in Social Science Research Electronic Paper Collection:** <http://ssrn.com/abstract=1006089>
- **Bantekas, Ilias. *Principles of Direct and Superior Responsibility in International Humanitarian Law*. Manchester, UK: Manchester University Press, 2002 PP 23- 45**
- **Rachel Grondin** La responsabilité pénale du chef militaire : un défaut d'agir mais pas un défaut d'état d'esprit , Éditions Wilson & Lafleur, inc. Volume 34, numéro 2, 2004
- **Nasser Zakr****La responsabilité du supérieur hiérarchique devant les tribunaux pénaux internationaux, Revue**

لاشك بأن الإعلان الأمريكي يوضح مدى أهمية المحكمة الجنائية الدولية، وأهمية القضاء الجنائي الدولي في ملاحقة المسؤولين عسكريين أو مدنيين عن الجرائم المنصوص عليها في نظام روما الأساسي، ومدى تخوف الكثيرين من المتابعة القضائية الجنائية الدولية.

هذا يؤكد مدى تخوف الدول من ارتباطها بالمسؤولية الجنائية الدولية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة وهو ما يؤثر على سمعتها الدولية ويحملها التعويضات

## **Bibliography**

---

Le conseiller de Trump, John Bolton, menace de « sanctions » contre la juridiction, qui a fait part de son intention d'ouvrir une enquête sur des crimes de guerre en Afghanistan, John Bolton avait déjà ferrailé contre la Cour pénale internationale (CPI) – dont les Etats-Unis n'ont jamais ratifié la création – lorsqu'il était membre de l'administration républicaine de George W. Bush. Nommé en avril conseiller à la sécurité nationale de Donald Trump, il a relancé, lundi 10 septembre, ses attaques contre cette institution, fort du soutien qu'il sait pouvoir obtenir d'un président hostile à tout organisme supranational perçu comme une éventuelle menace pour la souveraineté américaine. Il a ainsi qualifié la CPI d'« inefficace, irresponsable et carrément dangereuse ». Car l'éphémère ambassadeur américain aux Nations unies (2005-2006), qui s'exprimait à Washington devant la Federalist Society, une organisation conservatrice, en est convaincu : « *Le but non avoué mais central des partisans les plus vigoureux* » de la CPI « *a toujours été de corseter les Etats-Unis* ». Un dessein d'autant plus néfaste que cette institution est incapable, selon lui, du moindre effet de dissuasion sur les Etats voyous et les dictateurs. « *L'histoire a prouvé que le seul moyen de dissuasion est (...) la puissance juste des Etats-Unis et de leurs alliés* », a assuré le conseiller à la sécurité nationale.

وفي النهاية لا شك بأن المجتمع الدولي قطع شوطاً مهماً وأساسياً من أجل العدالة الجنائية الدولية، مما لا يمكن معه الرجوع إلى الخلف بالرغم من عدم اعتراف الولايات المتحدة الأمريكية بالمحكمة الجنائية الدولية وبملاحقتها تهديدها، حيث أعلنت واشنطن رسمياً بتاريخ 10 سبتمبر 2018 وهي أحد الأعضاء الدائمين في مجلس الأمن الدولي والمتمتعين بحق النقض (الفيتو) أن المحكمة الجنائية الدولية لا تتمتع بأية شرعية، وأنها ميتة، وأن الولايات المتحدة الأمريكية لن تتعامل مع هذه المحكمة بل إن الولايات المتحدة الأمريكية هددت المحكمة بإجراءات انتقامية وعقوبات حال اتخاذ أي إجراء قضائي من المحكمة ضد أي من مواطنيها أو مواطني الدول الصديقة<sup>(31)</sup>.

---

<sup>31</sup>() Pour les Etats-Unis, la Cour pénale internationale est « illégitime » et « déjà morte » [https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2018/09/10/pour-les-etats-unis-la-cour-penale-internationale-est-illegitime-et-deja-morte\\_5353174\\_3222.html](https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2018/09/10/pour-les-etats-unis-la-cour-penale-internationale-est-illegitime-et-deja-morte_5353174_3222.html)

بل إن القانون الجنائي الدولي لم يقف عند حدود القادة العسكريين والمدنيين للدول، بل حمل المسؤولية الجنائية الدولية لكل من يتولى قيادة مجموعات مسلحة، أو يشارك مع هذه المجموعات المسلحة أو يساعدها على ارتكاب جرائم منصوص عليها في اتفاقية روما لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية، أو ما سبقها من محاكم؛ مثل محكمة يوغوسلافيا سابقاً، أو محكمة رواندا كما رأينا.

ولا ننسى هنا محكمة سيراليون، أو محكمة كمبوديا، أو المحكمة الخاصة بلبنان، (التي تتولى محاكمة المتهمين باغتيال رفيق الحريري)، كل هذه المحاكم الخاصة التي أنشأها مجلس الأمن الدولي أدت إلى مفهوم المسؤولية الجنائية الدولية، ووضع معيار المسؤولية الشخصية للأفراد سواء أكانوا عسكريين أم مدنيين، ومن هنا نجح مبدأ عدم الإفلات من العقاب لكل القادة العسكريين والمدنيين عما ارتكبوه، أو ما يمكن ان يرتكبوه من جرائم ضد الإنسانية، وجرائم حرب، وجرائم إبادة جماعية، أو جرائم اعتداء، كما هو منصوص عليه بميثاق روما أو النظام الأساسي لروما الخاص بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية.

من هنا نخلص إلى بعض النصائح التي نرى أنها مهمة جداً وهي:

- 1- يجب أن يكون هناك تضافر دولي عام لملاحقة كل من يرتكب جرائم منصوص عليها في القانون الجنائي الدولي وميثاق روما لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية؛
- 2- سرعة التحقيق والقبض على المتهمين؛
- 3- سرعة سماع الشهود؛
- 4- الاحتفاظ بجميع المستندات والمعلومات المتعلقة بالجرائم وتوثيقها والتحفظ عليها؛
- 5- التعاون التام مع المحكمة الجنائية الدولية وتقديم كل المساعدة؛
- 6- التعاون مع منظمة الأمم المتحدة ومجلس الأمن الدولي، وتقديم كافة المعلومات عن الجرائم المرتكبة على أراضي الدول.



بالغرف الإفريقية لمحاكمة الرئيس حسين حبري الرئيس السابق لجمهورية تشاد لمحاكمته عن الجرائم التي ارتكبها خلال حكمه من 1982 حتى 1990، حيث تم الحكم عليه بعد إدانته عام 2016<sup>(30)</sup>.

### الخاتمة

نستخلص في خاتمة هذا البحث أنه من خلال التجارب الإنسانية، وتطور المفهوم العام للقانون، تطور مفهوم المسؤولية الجنائية الدولية، وانتقل من مرحلة الانتقام بين الدول، إلى العدالة، وانتقل من مسؤولية الدول المسؤولية من هم على رأس السلطة، ومن يسيرون الدول على المستوى العسكري أو المدني، أي بمعنى آخر قادة الدول؛ عسكريين أو مدنيين.

---

<sup>(30)</sup>Hissène Habré, *une condamnation historique - par Eric David le 28 juin 2016* <http://www.justice-en-ligne.be/mot1039.html> - Le 30 mai 2016, la **Chambre africaine extraordinaire d'Assises de la Cour d'appel de Dakar a condamné l'ancien dictateur tchadien Hissène Habré à une peine d'emprisonnement à vie pour crimes contre l'humanité, viols, exécutions, esclavage et enlèvement, tous faits commis pendant les huit ans qu'il a dirigé le Tchad (1982-1990). Éric David, professeur émérite de droit international de l'Université libre de Bruxelles et président du Centre de droit international de l'Université libre de Bruxelles, commente ci-après cette décision dont il n'existe pour l'instant que le transcript du résumé lu à l'audience de condamnation. L'affaire n'en mérite pas moins un bref commentaire sur les circonstances ayant conduit à la création des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises (CAEJS) et sur la motivation de la décision =prononcée oralement. Sauf indication contraire, les informations qui suivent trouvent leur source dans le mémoire déposé par la Belgique devant la Cour internationale de Justice dans l'affaire des Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader, Belgique c. Sénégal, 1er juillet 2010 ci-après « mémoire belge ».**

---

L'enquête sur la situation en République démocratique du Congo(RDC) est le premier cas auquel le Procureur de la Cour pénale internationale (CPI) s'est penché depuis le début des activités de cette jeune juridiction, dont le Statut (à savoir un traité international à vocation universelle avec, pour l'heure, 122 États parties), signé à Rome en 1998, est entré en vigueur en juillet 2002.

La première décision au fond rendue par la CPI s'inscrivait, sans grande surprise, dans le contexte de cette situation. Pour rappel, il s'agissait d'un verdict de culpabilité dans l'affaire Lubanga, verdict dont l'auteur a eu l'occasion de traiter sur Justice-en-ligne, et qui avait été l'occasion pour l'opinion publique et pour la doctrine plus spécialisée d'aborder plusieurs questions allant du rôle de la justice pénale internationale dans la société contemporaine jusqu'aux problématiques relatives à des points très techniques de la procédure devant la Cour.

**(<sup>29</sup>) L'affaire Lumumba : imprescriptibilité des crimes de guerre et feu vert à l'ouverture d'une instruction en Belgique**

*par Maryse Alié, le 22 février 2013 <http://www.justice-en-ligne.be/mot1039.html>*

Le 17 janvier 1961, Patrice Lumumba, alors premier ministre du Congo, est tué. De hauts responsables de l'ancienne métropole belge sont suspectés d'avoir trempé dans l'affaire mais aucun procès ne l'a jamais établi. Pourtant, le fils de Patrice Lumumba, François Lumumba, s'est constitué partie civile en Belgique, initiant ainsi une procédure pénale du chef de crime de guerre, tortures et traitements inhumains et dégradants commis sur la personne de son père. **Le 12 décembre 2012, la chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Bruxelles a rendu un arrêt sur la légalité et la régularité de la procédure pénale sur cette constitution de partie civile : les poursuites peuvent avoir lieu. Les faits allégués auraient été commis entre le 1er décembre 1960, date de l'arrestation de Patrice Lumumba, et le 17 janvier 1961, jour de sa mort violente.**

Maryse Alié, avocate au barreau de Bruxelles, tutrice aux Universités de Nantes et de Paris-X Nanterre, nous explique les enjeux et les difficultés de cette affaire.

الموجهة له<sup>(28)</sup>، وقضية لومببا<sup>(29)</sup>، ولا ننسى في هذا السياق حتى وإن لم يكن أمام المحكمة الجنائية الدولية وإنما أمام محكمة دكار بالسنغال ما يسمى

---

dissidente (conjointe) d'un total de 420 pages، de quoi apporter de l'eau au moulin de ceux qui voudraient s'aventurer dans l'analyse du bien-fondé de la décision sous ses aspects technico-juridiques.

**(27) L'ouverture du procès Gbagbo : premier procès à charge d'un ancien chef d'État devant la Cour pénale internationale**

*par Martyna Fałkowska-Clarys، le 14 mars 2016 <http://www.justice-en-ligne.be/mot1039.html>*

Il est bien révolu le temps où les chefs d'État criminels échappaient à la Justice. Lorsque leurs États ont ratifié le Statut de Rome، c'est-à-dire le traité qui crée la Cour pénale internationale، cette dernière juridiction peut les juger. Plusieurs articles ont été consacrés à cette cour sur Justice-en-ligne : saisir à cet effet « Cour pénale internationale » dans le moteur de recherche . Pour la première fois depuis sa création، les poursuites à l'encontre d'un ancien chef d'État ont abouti à l'ouverture d'un procès devant la Cour avec، sur le banc des accusés، Laurent Gbagbo qui a longtemps présidé au destin de la Côte d'Ivoire.

Éclairage par Martyna M. Fałkowska، chercheuse doctorante au Centre de droit international et de sociologie appliquée au droit international (Université libre de Bruxelles)، avec le soutien du Fonds Alice et David Van Buuren.

**(28) « Au-delà de tout doute raisonnable » : le premier acquittement devant la Cour pénale internationale dans l'affaire Ngudjolo**

*par Martyna Fałkowska-Clarys، le 30 mars 2013 <http://www.justice-en-ligne.be/mot1039.html>*

Le 18 décembre 2012، la Cour pénale internationale a rendu son deuxième jugement au fond، et ce dans le cadre de la situation en République démocratique du Congo. Il s'agit d'un acquittement dans l'affaire à l'encontre de Mathieu NgudjoloChui. MartynaFałkowska، doctorante au Centre de droit international de l'Université libre de Bruxelles، nous en dit davantage et nous rappelle que la Justice pénale internationale، comme toute Justice pénale، doit se fonder sur des preuves solides.

---

**Martyna Falkowska-Clarys, Senior Research Fellow à l'Institut Max Planck Luxembourg pour le droit procédural, revient sur le contexte et les suites de cette décision, spécialement pour les victimes des actes dont Bemba était accusé.**

Par une décision de la majorité des juges (trois voix contre deux) de la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale, Jean-Pierre Bemba fut acquitté, en juin dernier, des crimes pour lesquels il avait été condamné en première instance, à une peine de 18 ans d'emprisonnement. En sa qualité de « personne faisant effectivement fonction de chef militaire » (article 28 a du Statut de la Cour, aussi appelé le Statut de Rome), Bemba avait alors été déclaré coupable de crimes contre l'humanité (meurtre et viol) et de crimes de guerre (meurtre, viol et pillage) commis par les troupes du Mouvement de Libération du Congo (MLC) lors d'une opération en République centrafricaine en 2002-2003. Il faut rappeler qu'en vertu du système mis en place par le Statut de Rome, la Chambre de première instance ne peut fonder sa décision que sur des faits et circonstances retenus au stade de la confirmation des charges (article 74, § 2 du Statut). En appel, la majorité des juges estima, entre autres, que certains actes ayant sous-tendu le verdict de culpabilité rendu par la Chambre de première instance dépassaient le cadre des charges confirmées par la Chambre préliminaire. La Chambre d'appel accueillit ainsi le moyen d'appel de la défense en ce sens. Plus fondamentalement, c'est la responsabilité pénale de Jean-Pierre Bemba en tant que supérieur hiérarchique qui fut remise en cause par la Chambre d'appel. Pour être engagée, cette forme de responsabilité implique notamment que l'intéressé ait manqué à son obligation de prendre toutes les mesures « nécessaires et raisonnables » pour empêcher ou réprimer l'exécution de crimes par ses subordonnés. Dans son arrêt, la Chambre d'appel pointe du doigt les erreurs d'appréciation des circonstances, motivations et limitations propres à la situation de Jean-Pierre Bemba en tant que « chef militaire éloigné de ses troupes déployées à l'étranger ». Trouvant que les conclusions de la Chambre de première instance étaient le résultat d'une appréciation déraisonnable, la Chambre d'appel estime que les éléments constitutifs de la responsabilité du supérieur hiérarchique n'ont pu être établis et que, partant, l'intéressé ne pouvait être tenu pénalement responsable pour les crimes commis par le MLC. Nous noterons au passage que, si l'arrêt du 8 juin 2018 fait à peine plus de 90 pages (ce qui dans le monde de la justice pénale internationale relève d'une extrême concision), il est accompagné de deux opinions concordantes (une conjointe et une individuelle) et d'une opinion

الفقيه أي قضية مالي<sup>(25)</sup>، وقضية جانبيير بمبمبا<sup>(26)</sup>، وقضية رئيس ساحل العاج الساب قبكبوا<sup>(27)</sup>، وقضية نودجلو جلو الذي تم الإفراج عنه وإيقاف التهم

---

(25) Hadi SHALLUF ‘ ICC Judgment in Mali case and the international criminal responsibility for acts of vandalism and destruction of religious and cultural and human heritage ‘ Kuwait international law school journal ‘ op ‘cit‘ volume 6 ‘ Issue 2 –Ser .no 2 ‘ June 2018 . pp 149-174

See also ‘La destruction des mausolées de Tombouctou : la Cour pénale internationale déclare l’islamiste Al Mahdi coupable de crime de guerre- par *Fanny Declercq* ‘ le 14 octobre 2016 <http://www.justice-en-ligne.be/mot1039.html>

**La Cour pénale internationale a condamné ce mardi 27 septembre 2016 Ahmad Al Mahdi à neuf ans d’emprisonnement pour destruction de bâtiments culturels et religieux. Un signal clair contre la destruction des trésors de l’humanité**

**Fanny Declercq** ‘ assistante à l’Université catholique de Louvain ‘ nous présente ce jugement.

1. La décision de la Chambre de première instance de la Cour pénale internationale est inédite et d’une importance capitale pour la protection du patrimoine.

L’affaire Al Mahdi est celle des grandes premières : premier islamiste jugé à La Haye ‘ premier aveu de culpabilité d’un accusé à la Cour pénale internationale ‘ premier procès dédié uniquement à la poursuite de crimes contre des biens culturels et première fois que la justice internationale se prononce sur la situation du Mali.

La Cour pénale internationale est occupée à écrire l’histoire.

**(26) L’acquittement de Jean-Pierre Bemba par la Cour pénale internationale : et les victimes dans tout ça ?**

par *Martyna Falkowska-Clarys* ‘ le 1er septembre 2018 <http://www.justice-en-ligne.be/mot1039.html>

**Le 8 juin 2018 ‘ la Chambre d’appel de la Cour pénale internationale acquittait Jean-Pierre Bemba des crimes de guerre et des crimes contre l’humanité pour lesquels il avait été condamné en première instance à une peine de 18 ans d’emprisonnement.**

=

Les juges de la Cour pénale internationale (CPI), basée à La Haye, ont rendu mercredi leur tout premier verdict. Thomas Lubanga Dyilo, président de l'Union des patriotes congolais (UPCP), a été reconnu coupable de crimes de guerre pour avoir enrôlé des enfants de moins de 15 ans dans les rangs de sa branche armée et les avoir fait activement participer aux hostilités entre 2002 et 2003 dans la région de l'Ituri. La peine infligée à cet ex-chef milicien sera prononcée ultérieurement.

=

Vêtu d'un boubou blanc, Thomas Lubanga, détenu préventivement depuis 7 ans, a écouté sans broncher la lecture de cette décision par le juge britannique Adrian Fulford. Le président de la Chambre de première instance a souligné que le verdict avait été rendu à l'unanimité après 3 ans de procès, 204 jours d'audience et l'audition de 67 témoins. Nombre de ces témoins ont attesté que des enfants suivaient des entraînements très durs et subissaient des châtiments sévères. Les jeunes filles étaient utilisées comme domestiques et subissaient des violences sexuelles de la part des soldats et des chefs militaires.

Selon la Cour, les preuves confirment que Thomas Lubanga s'est engagé dans un conflit armé interne pour prendre le contrôle de l'Ituri et que des enfants ont participé aux combats ou ont servi comme gardes du corps. En tant que chef de cette armée, il était informé et tenait un rôle crucial dans ce recrutement.

Le Bureau du procureur Luis Moreno Ocampo, qui voulait faire de cette affaire ce dossier des «enfants soldats» une affaire exemplaire, n'est pas totalement épargné par ce jugement. La décision déplore le fait que des intermédiaires locaux peu scrupuleux aient été utilisés pour enquêter et trouver des témoins dont la fiabilité s'est finalement avérée douteuse. «Le Bureau du procureur n'aurait pas dû déléguer ses responsabilités», souligne la décision qui écarte dans la foulée plusieurs témoignages. «C'est à l'accusation qu'il incombe de conduire les enquêtes et d'éviter tout risque de conflit d'intérêt».

Instituée il y a bientôt 10 ans, la Cour pénale internationale traite à ce jour de 14 affaires dont trois sont en phase de procès. Sept enquêtes ont été ouvertes dans le contexte des situations en Ouganda, République démocratique du Congo, République centrafricaine, Darfour, Kenya, Lybie et en Côte d'Ivoire

إذا كان ذلك القائد العسكري أو الشخص قد علم ، أو يفترض أن يكون قد علم ، بسبب الظروف السائدة في ذلك الحين، بأن القوات ترتكب أو تكون على وشك ارتكاب هذه الجرائم.

إذا لم يتخذ ذلك القائد العسكري أو الشخص جميع التدابير اللازمة والمعقولة في حدود سلطته لمنع أو قمع ارتكاب هذه الجرائم أو لعرض المسألة على السلطات المختصة للتحقيق والمقاضاة.

فيما يتصل بعلاقة الرئيس والمرؤوس غير الوارد وصفها في الفقرة 1، يُسأل الرئيس جنائياً عن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة والمرتكبة من جانب مرؤوسين يخضعون لسلطته وسيطرته الفعليتين نتيجة لعدم ممارسة سيطرته على هؤلاء المرؤوسين ممارسة سليمة.

إذا كان الرئيس قد علم أو تجاهل عن وعي أي معلومات تبين بوضوح أن مرؤوسيه يرتكبون أو على وشك أن يرتكبوا هذه الجرائم.

إذا تعلقّت الجرائم بأنشطة تدرج في إطار المسؤولية والسيطرة الفعليتين للرئيس.

ج- إذا لم يتخذ الرئيس جميع التدابير اللازمة والمعقولة في حدود سلطته لمنع أو قمع ارتكاب هذه الجرائم أو لعرض المسألة على السلطات المختصة للتحقيق والمقاضاة.

وتأكيداً وتطبيقاً لذلك ومن خلال التطبيقات القضائية للمحكمة كانت أول أحكام المحكمة هي قضية توماس لوبنغا التي مرت بعدة مراحل قضائية إلى أن حكم فيها نهائياً. تبعها العديد من القضايا الأخرى<sup>(24)</sup> مثل قضية احمد

---

(24)Le premier jugement de l'histoire de la Cour pénale internationale est tombé sur Thomas Lubanga، ex-chef milicien congolais، a été reconnu coupable de crimes de guerre pour avoir enrôlé et envoyé de jeunes enfants au combat.

لا يؤثر أي حكم في هذا النظام الأساسي يتعلق بالمسؤولية الجنائية الفردية في مسؤولية الدول بموجب القانون الدولي

المادة (26)- لا اختصاص للمحكمة على الأشخاص أقل من 18 عاماً:

لا يكون للمحكمة اختصاص على أي شخص يقل عمره عن 18 عاماً وقت ارتكاب الجريمة المنسوبة إليه.

عدم الاعتراف بالصفة الرسمية: المادة (27)-

يطبق هذا النظام الأساسي على جميع الأشخاص بصورة متساوية دون أي تمييز بسبب الصفة الرسمية، وبوجه خاص فإن الصفة الرسمية للشخص، سواء كان رئيساً لدولة، أو حكومة، أو عضواً في حكومة أو برلمان، أو ممثلاً منتخباً، أو موظفاً حكومياً، لا تعفيه بأي حال من الأحوال من المسؤولية الجنائية بموجب هذا النظام الأساسي، كما أنها لا تشكل في حد ذاتها، سبباً لتخفيف العقوبة.

لا تحول الحصانات أو القواعد الإجرائية الخاصة التي قد ترتبط بالصفة الرسمية للشخص سواء كانت في إطار القانون الوطني أو الدولي، دون ممارسة المحكمة اختصاصها على هذا الشخص.

: المادة (28)- مسؤولية القادة والرؤساء الآخرين

بالإضافة إلى ما هو منصوص عليه في هذا النظام الأساسي من أسباب أخرى للمسؤولية الجنائية عن الجرائم التي تدخل في اختصاص يكون القائد العسكري أو الشخص القائم فعلاً بأعمال القائد العسكري: المحكمة مسؤولاً ومسؤولية جنائية عن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة والمرتكبة من جانب قوات تخضع لإمرته وسيطرته الفعليين، أو تخضع لسلطته وسيطرته الفعليين، حسب الحالة، نتيجة لعدم ممارسة القائد العسكري أو الشخص سيطرته على هذه القوات ممارسة سليمة.



أ) ارتكاب هذه الجريمة سواء بصفته الفردية، أو بالاشتراك مع آخر، أو عن طريق شخص آخر، بغض النظر عما إذا كان ذلك الآخر مسؤولاً جنائياً

ب) الأمر أو الإغراء بارتكاب، أو الحث على ارتكاب جريمة وقعت بالفعل أو شرع فيها

ج) تقديم العون أو التحريض أو المساعدة بأي شكل آخر لغرض تيسير ارتكاب هذه الجريمة أو الشروع في ارتكابها، بما في ذلك توفير وسائل ارتكابها

د) المساهمة بأي طريقة أخرى في قيام جماعة من الأشخاص، يعملون بقصد مشترك على ارتكاب هذه الجريمة أو الشروع في ارتكابها، على أن:- تكون هذه المساهمة متعمدة وأن تقدم

"1- إما بهدف تعزيز النشاط الإجرامي أو الغرض الإجرامي للجماعة، إذا كان هذا النشاط أو الغرض منطوياً على ارتكاب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة.

- أو مع العلم بنية ارتكاب الجريمة لدى هذه الجماعة "2

هـ) فيما يتعلق بجريمة الإبادة الجماعية؛ التحريض المباشر والعلني على ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية

و) الشروع في ارتكاب الجريمة عن طريق اتخاذ إجراء يبدأ به تنفيذ الجريمة بخطوة ملموسة، ولكن لم تقع الجريمة لظروف غير ذات صلة بنوايا الشخص، ومع ذلك، فالشخص الذي يكف عن بذل أي جهد لارتكاب الجريمة أو يحول بوسيلة أخرى دون إتمام الجريمة لا يكون عرضة للعقاب بموجب هذا النظام الأساسي على الشروع في ارتكاب الجريمة إذا هو تخطى تماماً وبمحض إرادته عن الغرض الإجرامي

تُنظَم علاقة المحكمة الجنائية الدولية بمنظمة الأمم المتحدة بموجب اتفاقية تنسيق بين الجانبين، **المادة (2):** "تنظم العلاقة بين المحكمة والأمم المتحدة بموجب اتفاق تعتمده جمعية الدول الأطراف في هذا النظام الأساسي ويبرمه بعد ذلك رئيس المحكمة نيابة عنها."

وتعمل هذه المحكمة كمحكمة تكميلية للقضاء الداخلي فهي لا تستطيع أن تقوم بدورها القضائي ما لم تبد المحاكم الوطنية رغبتها، أو كانت غير قادرة على التحقيق أو الادعاء ضد تلك القضايا، فهي بذلك تمثل الأمل الأخير. ويضع قضاة المحكمة نصب أعينهم وضع حد للتجارب المتمثلة في عدم الإفلات من العقوبة على مستوى العالم."

هنا يمكننا القول بأن المحكمة الجنائية الدولية وبالرغم من قصر عمرها حققت مبدأ عاماً الا وهو مبدأ المسؤولية الجنائية الفردية للعسكريين والمدنيين على السواء تجاه مسؤوليتهم في ارتكاب جرائم حرب وجرائم إبادة وجرائم ضد الإنسانية وجرائم عدوان الذي دخل حيز التنفيذ.

**المادة (25) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، نصت صراحة على مبدأ المسؤولية الجنائية الفردية للعسكريين والمدنيين على السواء حيث تنص على الآتي:**

المسؤولية الجنائية الفردية: المادة (25) -

يكون للمحكمة اختصاص على الأشخاص الطبيعيين عملاً بهذا النظام الأساسي.

الشخص الذي يرتكب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة يكون مسؤولاً عنها بصفته الفردية وعرضة للعقاب وفقاً لهذا النظام الأساسي

وفقاً لهذا النظام الأساسي، يسأل الشخص جنائياً، ويكون عرضة للعقاب عن :- أي جريمة تدخل في اختصاص المحكمة في حال قيام هذا الشخص بما يلي

(ب) قيام القوات المسلحة لدولة ما بقصف إقليم دولة أخرى بالقنابل، أو استعمال دولة ما أية أسلحة ضد إقليم دولة أخرى؛

(ج) ضرب حصار على موانئ دولة ما أو على سواحلها من جانب القوات المسلحة لدولة أخرى؛

(د) قيام القوات المسلحة لدولة ما بمهاجمة القوات المسلحة البرية أو البحرية أو الجوية أو الأسطولين البحري والجوي لدولة أخرى؛

(هـ) قيام دولة ما باستعمال قواتها المسلحة الموجودة داخل إقليم دولة أخرى بموافقة الدولة المضيفة، على وجه يتعارض مع الشروط التي ينص عليها الاتفاق، أو أي تمديد لوجودها في الإقليم المذكور إلى ما بعد نهاية الاتفاق؛

(و) سماح دولة ما وضعت إقليمها تحت تصرف دولة أخرى بأن تستخدمه هذه الدولة الأخرى لارتكاب عمل عدواني ضد دولة ثالثة؛

(ز) إرسال عصابات أو جماعات مسلحة أو قوات غير نظامية أو مرتزقة من جانب دولة ما أو باسمها تقوم ضد دولة أخرى بأعمال من أعمال القوة المسلحة تكون من الخطورة بحيث تعادل الأعمال المذكورة أعلاه، أو اشتراك الدولة بدور ملموس في ذلك.

هنا يجب التنويه هنا إلى أن المادة (15 مكرراً) حولت الأمر بصورة صريحة في المسؤولية الفردية في جرائم العدوان، حيث نصت على أن يدرج النص التالي بعد الفقرة 3 من المادة (25) من النظام الأساسي:

"فقرة 3 مكرراً- فيما يتعلق بجريمة العدوان، لا تطبق أحكام هذه المادة إلا على الأشخاص الذين يكونون في وضع يمكنهم من التحكم فعلاً في العمل السياسي أو العسكري للدولة أو من توجيهه.

تعديلات على نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بشأن جريمة العدوان مادة (8 مكرراً).

- 1- تحذف الفقرة 2 من المادة (5) من النظام الأساسي.
- 2- يدرج النص التالي بعد المادة (8) من النظام الأساسي: المادة (8) مكرراً) جريمة العدوان.
- 3- لأغراض هذا النظام الأساسي، تعني "جريمة العدوان" قيام شخص ما، له وضع يمكنه فعلاً من التحكم في العمل السياسي أو العسكري للدولة أو من توجيه هذا العمل، بتخطيط أو إعداد أو بدء أو تنفيذ عمل عدواني يشكّل، بحكم طابعه وخطورته ونطاقه، انتهاكاً واضحاً لميثاق الأمم المتحدة 2 ..
- 4- لأغراض الفقرة 1، يعني "العمل العدواني" استعمال القوة المسلحة من جانب دولة ما ضد سيادة دولة أخرى أو سلامتها الإقليمية أو استقلالها السياسي، أو بأي طريقة أخرى تتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة. وتطبق صفة العمل العدواني على أي عمل من الأعمال التالية، سواء بإعلان حرب أو من دونه، وذلك وفقاً لقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (3314 - د-29) المؤرخ 14 ديسمبر 1974:

أ) قيام القوات المسلحة لدولة ما بغزو إقليم دولة أخرى أو الهجوم عليه، أو أي احتلال عسكري، ولو كان مؤقتاً، ينجم عن مثل هذا الغزو أو الهجوم، أو أي ضم لإقليم دولة أخرى أو لجزء منه باستعمال القوة؛

---

Art. 8bis	Crime of Agression
Art. 15bis	Exercise of jurisdiction over the crime of aggression (State referral, propriomotu)
Art. 15ter	Exercise of jurisdiction over the crime of aggression (Security Council referral).

" 11- إخضاع الأشخاص الموجودين تحت سلطة طرف آخر في النزاع للتشويه البدني أو لأي نوع من التجارب الطبية أو العلمية التي لا تبررها المعالجة الطبية أو معالجة الأسنان أو المعالجة في المستشفى للشخص المعني والتي لا تجري لصالحه وتتسبب في وفاة ذلك الشخص أو أولئك الأشخاص أو في تعريض صحتهم لخطر شديد.

" 12- تدمير ممتلكات العدو أو الاستيلاء عليها ما لم يكن هذا التدمير أو الاستيلاء مما تحتمه ضرورات الحرب.

(و) تنطبق الفقرة 2 (هـ) على المنازعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي وبالتالي فهي لا تنطبق على حالات الاضطرابات والتوترات الداخلية، مثل أعمال الشغب أو أعمال العنف المنفردة أو المتقطعة أو غيرها من الأعمال ذات الطبيعة المماثلة، وتنطبق على المنازعات المسلحة التي تقع في إقليم دولة عندما يوجد صراع مسلح متطول الأجل بين السلطات الحكومية وجماعات مسلحة منظمة أو فيما بين هذه الجماعات.

ليس في الفقرتين 2 (ج) و (د) ما يؤثر على مسؤولية الحكومة عن حفظ أو إقرار القانون والنظام في الدولة أو عن الدفاع عن وحدة الدولة وسلامتها الإقليمية، بجميع الوسائل المشروعة.

كما أنه في كمبالا بأوغندا عام 2010 تمت إضافة جرائم الاعتداء، وتمت إضافة المادة (8 مكرراً)<sup>(23)</sup>.

---

(23)<https://ihl-icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/>

Amendment to the Rome Statute of the International Criminal Court on the Crime of Aggression, articles 8bis, 15bis and 15ter, 11 June 2010

The amendment to the Statute regarding articles 8bis, 15bis and 15ter, reproduce here the text contained in depositary notification C.N.651.2010 Treaties-8.

The full text with the amended articles on the right panel is made available courtesy of the International Criminal Court.

" 2- تعتمد توجيه هجمات ضد المباني والمواد والوحدات الطبية ووسائل النقل والأفراد من مستعملي الشعارات المميزة المبينة في اتفاقيات جنيف طبقاً للقانون الدولي.

" 3- تعتمد شن هجمات ضد موظفين مستخدمين أو منشآت أو مواد أو وحدات أو مركبات مستخدمة في مهمة من مهام المساعدة الإنسانية أو حفظ السلام عملاً بميثاق الأمم المتحدة ماداموا يستحقون الحماية التي توفر للمدنيين أو للمواقع المدنية بموجب القانون الدولي للمنازعات المسلحة.

" 4- تعتمد توجيه هجمات ضد المباني المخصصة للأغراض الدينية أو التعليمية أو الفنية أو العلمية أو الخيرية، والآثار التاريخية، والمستشفيات، وأماكن تجمع المرضى والجرحى، شريطة ألا تكون أهدافاً عسكرية.

" 5- نهب أي بلدة أو مكان حتى وإن تم الاستيلاء عليه عنوة.

" 6 - الاغتصاب أو الاستعباد الجنسي أو الإكراه على البغاء أو الحمل القسري على النحو المعرف في الفقرة 2 (و) من المادة 7 أو التعقيم القسري، أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي يشكل أيضاً انتهاكاً خطيراً للمادة (3) المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع.

" 7 - تجنيد الأطفال دون الخامسة عشرة من العمر إلزامياً أو طوعياً في القوات المسلحة أو في جماعات مسلحة أو استخدامهم للمشاركة فعلياً في الأعمال الحربية.

" 8- إصدار أوامر بتشريد السكان المدنيين لأسباب تتصل بالنزاع، ما لم يكن ذلك بداع من أمن المدنيين المعنيين أو لأسباب عسكرية ملحة.

" 9- قتل أحد المقاتلين من العدو أو إصابته غدرًا.

" 10- إعلان أنه لن يبقى أحد على قيد الحياة.

" 26- تجنيد الأطفال دون الخامسة عشرة من العمر إلزامياً أو طوعياً في القوات المسلحة أو استخدامهم للمشاركة فعلياً في الأعمال الحربية.

(ج) في حالة وقوع نزاع مسلح غير ذي طابع دولي، الانتهاكات الجسيمة للمادة (2) المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع المؤرخة في 12 آب/ أغسطس 1949، وهي أي من الأفعال المرتكبة ضد أشخاص غير مشتركين اشتراكاً فعلياً في الأعمال الحربية، بما في ذلك أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا أسلحتهم، وأولئك الذين أصبحوا عاجزين عن القتال بسبب المرض أو الإصابة أو الاحتجاز أو لأي سبب آخر وتشمل ما يلي:

" 1- استعمال العنف ضد الحياة والأشخاص، وبخاصة القتل بجميع أنواعه والتشويه والمعاملة القاسية والتعذيب.

" 2 - الاعتداء على كرامة الشخص، وبخاصة المعاملة المهينة والحاطة بالكرامة.

" 3- أخذ الرهائن.

" 4 - إصدار أحكام وتنفيذ إعدامات دون وجود حكم سابق صادر عن محكمة مشكلة تشكيباً نظامياً تكفل جميع الضمانات القضائية المعترف عموماً بأنه لا غنى عنها.

(د) تنطبق الفقرة 2 (ج) على المنازعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، وبالتالي فهي لا تنطبق على حالات الاضطرابات والتوترات الداخلية مثل أعمال الشغب أو أعمال العنف المنفردة أو المتقطعة وغيرها من الأعمال ذات الطبيعة المماثلة.

(هـ) الانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية على المنازعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، في النطاق الثابت للقانون الدولي، وتتضمن أي من الأفعال التالية:-

" 1- تعمد توجيه هجمات ضد السكان المدنيين بصفتهم هذه، أو ضد أفراد مدنيين لا يشاركون مباشرة في الأعمال الحربية.

" 19- استخدام الرصاصات التي تتمدد أو تتسطح بسهولة في الجسم البشري مثل الرصاصات ذات الأغلفة الصلبة التي لا تغطي كامل جسم الرصاصة، أو الرصاصات المحززة الغلاف.

" 20- استخدام أسلحة أو قذائف أو مواد أو أساليب حربية تسبب بطبيعتها أضراراً زائدة، أو آلاماً لا لزوم لها، أو تكون عشوائية بطبيعتها بالمخالفة للقانون الدولي للمنازعات المسلحة، بشرط أن تكون هذه الأسلحة والقذائف والمواد والأساليب الحربية موضع حظر شامل وأن تدرج في مرفق لهذا النظام الأساسي، عن طريق تعديل يتفق والأحكام ذات الصلة الواردة في المادتين 121 و 123.

" 21- الاعتداء على كرامة الشخص وبخاصة المعاملة المهينة والحاطة بالكرامة.

" 22 - الاغتصاب أو الاستعباد الجنسي أو الإكراه على البغاء أو الحمل القسري على النحو المعرف في الفقرة 2 (و) من المادة 7، أو التعقيم القسري، أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي يشكل أيضاً انتهاكاً خطيراً لاتفاقيات جنيف.

" 23- استغلال وجود شخص مدني أو أشخاص آخرين متمتعين بحماية لإضفاء الحصانة من العمليات العسكرية على نقاط أو مناطق أو وحدات عسكرية معينة.

" 24 - تعمد توجيه هجمات ضد المباني والمواد والوحدات الطبية ووسائل النقل والأفراد من مستعملي الشعارات المميزة المبينة في اتفاقيات جنيف طبقاً للقانون الدولي.

" 25- تعمد تجويع المدنيين كأسلوب من أساليب الحرب بحرمانهم من المواد التي لا غنى عنها لبقائهم، بما في ذلك تعمد عرقلة الإمدادات الغذائية على النحو المنصوص عليه في اتفاقيات جنيف.



" 8- قيام دولة الاحتلال على نحو مباشر أو غير مباشر بنقل أجزاء من سكانها المدنيين إلى الأرض التي تحتلها، أو أبعاد أو نقل كل سكان الأرض المحتلة أو أجزاء منهم داخل هذه الأرض أو خارجها.

" 9- تعمد توجيه هجمات ضد المباني المخصصة للأغراض الدينية أو التعليمية أو الفنية أو العلمية أو الخيرية والآثار التاريخية والمستشفيات وأماكن تجمع المرضى والجرحى، شريطة ألا تكون أهدافاً عسكرية.

" 10- إخضاع الأشخاص الموجودين تحت سلطة طرف معاد للتشويه البدني، أو لأي نوع من التجارب الطبية أو العلمية التي لا تبررها المعالجة الطبية أو معالجة الأسنان أو المعالجة في المستشفى للشخص المعني والتي لا تجري لصالحه وتتسبب في وفاة ذلك الشخص أو أولئك الأشخاص أو في تعريض صحتهم لخطر شديد.

" 11- قتل أفراد منتسبين إلى دولة معادية أو جيش معاد أو إصابتهم غدرًا.

" 12- إعلان أنه لن يبقى أحد على قيد الحياة.

" 13- تدمير ممتلكات العدو أو الاستيلاء عليها ما لم يكن هذا التدمير أو الاستيلاء مما تحتمه ضرورات الحرب.

" 14- إعلان أن حقوق ودعاوى رعايا الطرف المعادي ملغاة أو معلقة أو لن تكون مقبولة في أية محكمة.

" 15- إجبار رعايا الطرف المعادي على الاشتراك في عمليات حربية موجهة ضد بلادهم حتى وإن كانوا قبل نشوب الحرب في خدمة الدولة المحاربة.

" 16- نهب أي بلدة أو مكان حتى وإن تم الاستيلاء عليه عنوة.

" 17- استخدام السموم أو الأسلحة المسممة.

" 18- استخدام الغازات الخانقة أو السامة أو غيرها من الغازات وجميع ما في حكمها من السوائل أو المواد أو الأجهزة.

7-أخذ رهائن".

ب) الانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية على المنازعات الدولية المسلحة في النطاق الثابت للقانون الدولي، وتشمل أي فعل من الأفعال التالية:-

"1- تعمد توجيه هجمات ضد السكان المدنيين بصفقتهم هذه، أو ضد أفراد مدنيين لا يشاركون مباشرة في الأعمال الحربية.

" 2- تعمد توجيه هجمات ضد مواقع مدنية ، أي المواقع التي لا تشكل أهدافاً عسكرية.

" 3- تعمد شن هجمات ضد موظفين مستخدمين أو منشآت أو مواد أو وحدات أو مركبات مستخدمة في مهمة من مهام المساعدة الإنسانية أو حفظ السلام، عملاً بميثاق الأمم المتحدة ما داموا يستخدمون الحماية التي توفر للمدنيين أو للمواقع المدنية بموجب قانون المنازعات المسلحة.

" 4- تعمد شن هجوم مع العلم بأن هذا الهجوم سيسفر عن خسائر تبعية في الأرواح، أو عن إصابات بين المدنيين، أو عن إلحاق أضرار مدنية، أو إحداث ضرر واسع النطاق وطويل الأجل وشديد للبيئة الطبيعية يكون إفراطه واضحاً بالقياس إلى مجمل المكاسب العسكرية المتوقعة الملموسة المباشرة.

" 5- مهاجمة أو قصف المدن أو القرى أو المساكن أو المباني العزلاء التي لا تكون أهدافاً عسكرية بأية وسيلة كانت.

" 6- قتل أو جرح مقاتل استسلم مختاراً، يكون قد ألقى سلاحه أو لم تعد لديه وسيلة للدفاع.

" 7- إساءة استعمال علم الهدنة أو علم العدو أو شارته العسكرية وزيه العسكري أو علم الأمم المتحدة أو شاراتها وأزيائها العسكرية، وكذلك الشعارات المميزة لاتفاقيات جنيف مما يسفر عن موت الأفراد أو إلحاق إصابات بالغة بهم.

حريتهم أو إعطاء معلومات عن مصيرهم أو عن أماكن وجودهم بهدف حرمانهم من حماية القانون لفترة زمنية طويلة.

3- لغرض هذا النظام الأساسي، من المفهوم أن تعبير "نوع الجنس" يشير إلى الجنسين، الذكر الأنثى، في إطار المجتمع، ولا يشير تعبير "نوع الجنس" إلى أي معنى آخر يخالف ذلك.

### المادة (8)- جرائم الحرب:

1- -يكون للمحكمة اختصاص فيما يتعلق بجرائم الحرب، ولاسيما عندما ترتكب في إطار خطة أو سياسة عامة، أو في إطار عملية ارتكاب واسعة النطاق لهذه الجرائم.

2- لغرض هذا النظام الأساسي تعني "جرائم الحرب":

أ) الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف المؤرخة في 12 آب/أغسطس 1949، أي فعل من الأفعال التالية ضد الأشخاص أو الممتلكات الذين تحميهم أحكام اتفاقية جنيف ذات الصلة:

1- القتل العمد، التعذيب أو المعاملة اللاإنسانية، بما في ذلك إجراء تجارب بيولوجية.

2-تعمد إحداث معاناة شديدة أو إلحاق أذى خطير بالجسم أو بالصحة.

3-إلحاق تدمير واسع النطاق بالممتلكات والاستيلاء عليها دون أن تكون هناك ضرورة عسكرية تبرر ذلك وبالمخالفة للقانون وبطريقة عابثة.

4-إرغام أي أسير حرب أو أي شخص آخر مشمول بالحماية على الخدمة في صفوف قوات دولة معادية.

5-تعمد حرمان أي أسير حرب أو أي شخص آخر مشمول بالحماية من حقه في أن يحاكم محاكمة عادلة ونظامية.

6-الإبعاد أو النقل غير المشروعين أو الحبس غير المشروع.

ج ) يعني "الاسترقاق": ممارسة أي من السلطات المترتبة على حق الملكية، أو هذه السلطات جميعها على شخص ما، بما في ذلك ممارسة هذه السلطات في سبيل الاتجار بالأشخاص، ولا سيما النساء والأطفال.

د ) يعني "إبعاد السكان أو النقل القسري للسكان": نقل الأشخاص المعنيين قسراً من المنطقة التي يوجدون فيها بصفة مشروعة بالطرد أو بأي فعل قسري آخر دون مبررات يسمح بها القانون الدولي.

هـ) يعني "التعذيب": تعمد إحاق ألم شديد أو معاناة شديدة، سواء بدنياً أو عقلياً بشخص موجود تحت إشراف المتهم أو سيطرته، ولكن لا يشمل التعذيب أي ألم أو معاناة ينجمان فحسب عن عقوبات قانونية أو يكونان جزءاً منها أو نتيجة لها.

و ) يعني "الحمل القسري": إكراه المرأة على الحمل قسراً وعلى الولادة غير المشروعة بقصد التأثير على التكوين العرقي لأي مجموعة من السكان، أو ارتكاب انتهاكات خطيرة أخرى للقانون الدولي. ولا يجوز بأي حال تفسير هذا التعريف على نحو يمس القوانين الوطنية المتعلقة بالحمل.

ز ) يعني "الاضطهاد": حرمان جماعة من السكان أو مجموع السكان حرماناً متعمداً وشديداً من الحقوق الأساسية بما يخالف القانون الدولي، وذلك بسبب هوية الجماعة أو المجموع.

ح) تعني "جريمة الفصل العنصري": أي أفعال لا إنسانية تماثل في طابعها الأفعال المشار إليها في الفقرة (1) وترتكب في سياق نظام مؤسسي قوامه الاضطهاد المنهجي والسيطرة المنهجية من جانب جماعة عرقية واحدة إزاء أي جماعة أو جماعات عرقية أخرى، وترتكب بنية الإبقاء على ذلك النظام.

ط) يعني "الاختفاء القسري للأشخاص": إلقاء القبض على أي أشخاص أو احتجازهم أو اختطافهم من قبل دولة أو منظمة سياسية، أو بإذن أو دعم منها لهذا الفعل أو بسكوتها عليه، ثم رفضها الإقرار بحرمان هؤلاء الأشخاص من

د) إبعاد السكان أو النقل القسري للسكان.

هـ) السجن أو الحرمان الشديد على أي نحو آخر من الحرية البدنية بما يخالف القواعد الأساسية للقانون الدولي.

و) التعذيب.

ز) الاغتصاب أو الاستعباد الجنسي، أو الإكراه على البغاء، أو الحمل القسري، أو التعقيم القسري، أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي على مثل هذه الدرجة من الخطورة.

ح) اضطهاد أي جماعة محددة أو مجموع محدد من السكان لأسباب سياسية أو عرقية أو قومية أو إثنية أو ثقافية أو دينية، أو متعلقة بنوع الجنس على النحو المعرف في الفقرة (3)، أو لأسباب أخرى من المسلم عالمياً بأن القانون الدولي لا يجيزها، وذلك فيما يتصل بأي فعل مشار إليه في هذه الفقرة أو أية جريمة تدخل في اختصاص المحكمة.

ط) الاختفاء القسري للأشخاص.

ي) جريمة الفصل العنصري.

ك) الأفعال اللاإنسانية الأخرى ذات الطابع المماثل التي تتسبب عمداً في معاناة شديدة أو في أذى خطير يلحق بالجسم أو بالصحة العقلية أو البدنية.

2- لغرض الفقرة 1:

أ) تعني عبارة "هجوم موجه ضد أي مجموعة من السكان المدنيين": نهجاً سلوكياً يتضمن الارتكاب المتكرر للأفعال المشار إليها في الفقرة (1) ضد أي مجموعة من السكان المدنيين، عملاً بسياسة دولة أو منظمة تقضي بارتكاب هذا الهجوم، أو تعزيزاً لهذه السياسة.

ب) تشمل "الإبادة": تعمد فرض أحوال معيشية من بينها الحرمان من الحصول على الطعام والدواء، بقصد إهلاك جزء من السكان.

2- تمارس المحكمة الاختصاص على جريمة العدوان متى اعتمد حكم بهذا الشأن وفقاً للمادتين (121) و (123)، يعرّف جريمة العدوان ويضع الشروط التي بموجبها تمارس المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بهذه الجريمة، ويجب أن يكون هذا الحكم متسقاً مع الأحكام ذات الصلة من ميثاق الأمم المتحدة.

#### **المادة (6) - الإبادة الجماعية:**

لغرض هذا النظام الأساسي تعني "الإبادة الجماعية" أي فعل من الأفعال التي ترتكب بقصد إهلاك جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية بصفقتها هذه إهلاكاً كلياً أو جزئياً، وهذه الأفعال هي:

(أ) قتل أفراد الجماعة.

(ب) إلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بأفراد الجماعة.

(ج) إخضاع الجماعة عمداً لأحوال معيشية يقصد بها إهلاكها الفعلي كلياً أو جزئياً.

(د) فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة.

(هـ) نقل أطفال الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى.

#### **المادة (7) - الجرائم ضد الإنسانية:**

1- لغرض هذا النظام الأساسي، يشكل أي فعل من الأفعال التالية "جريمة ضد الإنسانية" متى ارتكب في إطار هجوم واسع النطاق، أو منهجي موجه ضد أي مجموعة من السكان المدنيين، وعن علم بالهجوم:

(أ) القتل العمد.

(ب) الإبادة.

(ج) الاسترقاق.

تختص المحكمة الجنائية الدولية بمتابعة الأفراد المتهمين بـ"جرائم الإبادة الجماعية"، وتعني حسب تعريف ميثاق روما: "القتل أو التسبب بأذى شديد بغرض إهلاك جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية إهلاكاً كلياً أو جزئياً".

و"الجرائم ضد الإنسانية"، هي أي فعل من الأفعال المحظورة المنصوص عليها في نظام روما، إذا ارتكب بشكل منظم وممنهج ضد مجموعة من السكان المدنيين، مثل القتل العمد والإبادة والاعتصاب والإبعاد والنقل القسري والتفرقة العنصرية والاسترقاق.

فيما تعني "جرائم الحرب"، كل الخروقات المرتكبة بحق اتفاقية جنيف لسنة 1949، وانتهاك قوانين الحرب في نزاع مسلح دولي أو داخلي.

ويمكن للمحكمة أن تنظر بقضايا أشخاص متهمين بارتكاب هذه الجرائم مباشرة، أو آخرين لديهم مسؤولية غير مباشرة فيها، كالمسؤولية عن الإعداد أو التخطيط، أو مسؤولية التغطية عليها، أو مسؤولية التشجيع عليها.

**الاختصاص والمقبولية والقانون الواجب التطبيق لدى المحكمة الجنائية الدولية:**

**المادة (5)-الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة:**

1- يقتصر اختصاص المحكمة على أشد الجرائم خطورة وتكون موضع اهتمام المجتمع الدولي بأسره، وللمحكمة بموجب هذا النظام الأساسي اختصاص النظر في الجرائم التالية:

أ) جرائم الإبادة الجماعية.

ب) الجرائم ضد الإنسانية.

ج) جرائم الحرب.

د) جريمة العدوان.

هنا يجب الإشارة إلى انه و للمرة الأولى في تاريخ القضاء الجنائي الدولي تتم إدانة إمرة شغلت وزيرة للأسرة حيث تم الحكم عليها مع خمس آخرين بالسجن المؤبد

### ثالثاً. المحكمة الجنائية الدولية\* :

في 17 يوليو 1998 وافقت 120 دولة في اجتماع للجمعية العمومية للأمم المتحدة في إيطاليا على ما يُعرف بميثاق روما، واعتبرته قاعدة لإنشاء محكمة جنائية دولية دائمة، وعارضت هذه الفكرة سبع دول، وامتنعت 21 دولة عن التصويت.

واعتبر الميثاق "أن ملايين الأطفال والنساء والرجال في القرن العشرين الذي شهد حربين عالميتين قد وقعوا ضحايا لفظائع لا يمكن تصورها هزت ضمير الإنسانية بقوة"، وأنه شهد "جرائم خطيرة تهدد السلم والأمن العالميين"، وأن مثل هذه الجرائم لا يجوز أن تمر دون عقاب.

وتأسست المحكمة الجنائية الدولية بصفة قانونية في الأول من يوليو 2002 بموجب ميثاق روما، الذي دخل حيز التنفيذ في 11 أبريل من السنة نفسها، بعد تجاوز عدد الدول المصادقة عليه ستين دولة.

---

9- **Les patrons du MRND condamnés** : le 21 décembre 2011, les chefs de l'ancien parti au pouvoir au moment du génocide contre les Tutsis sont reconnus coupables de génocide et crimes contre l'humanité et condamnés à la perpétuité. Matthieu Ndirumutse était président du Mouvement républicain national pour la démocratie et le développement (MRND) de l'ancien président Juvénal Habyarimana, tandis qu'Edouard Karemera était vice - président du parti. Dans ce jugement, qui illustre plus que tout autre au TPIR la responsabilité de supérieur hiérarchique, les deux hommes sont condamnés pour différents crimes perpétrés à travers le pays en 1994 par des membres de leur parti, en particulier les fameux miliciens Interahamwe du MRND. Le jugement sera confirmé en appel.

\*International Criminal Court ( ICC )



- 5- **Indemnisation d'un ex-ministre pour violation de son droit à un avocat** : le 31 janvier 2007, dans une décision sans précédent, le TPIR ordonne au greffe de présenter des excuses et de verser une indemnisation de 2.000 dollars à un ex-ministre acquitté. Il s'agit de réparer la violation, durant les premiers mois de sa détention, de son droit d'être assisté par un avocat. Après avoir traîné des pieds, le greffe exécutera la décision. Ancien ministre de l'Enseignement primaire et secondaire, André Rwamakuba était resté sans avocat durant les premiers mois de sa détention. Les juges rejetèrent cependant ses prétentions à une réparation pour avoir été arrêté et détenu pendant près de 8 ans alors qu'il était innocent.
- 6- **Condamnation de l'ancien patron de l'armée** : Jugé avec trois autres officiers, le général Augustin Bizimungu, chef d'état-major de l'armée rwandaise pendant le génocide, est condamné le 17 mai 2011, à 30 ans de prison, pour génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre. Condamné essentiellement pour sa responsabilité de supérieur hiérarchique, le général Bizimungu paye des meurtres et des viols commis par des soldats de l'armée régulière, notamment à Kigali et Cyangugu. Selon une conversation versée au dossier, un diplomate américain avait prévenu le général le 13 mai 1994 qu'il répondrait un jour de ce qui arriverait aux Tutsis qui s'étaient réfugiés au stade de Cyangugu. Le jugement sera confirmé en appel.
- 7- **Pour la première fois, un tribunal international condamne une femme** : Unique femme à avoir été mise en accusation par le TPIR, l'ex-ministre de la Famille Pauline Nyiramasuhuko, jugée avec cinq autres accusés, est condamnée le 24 juin 2011, à la prison à vie. Ancienne assistante sociale devenue juriste sur le tard avant d'être adoubée ministre, elle est reconnue coupable de sept des onze chefs d'accusation qui étaient portés contre elle. Sa culpabilité est notamment reconnue pour génocide, entente en vue de commettre le génocide et crimes contre l'humanité. Elle a comparu en appel en avril dernier et attend le 1<sup>er</sup> arrêt définitif vers la fin de l'année. Ce sera le dernier jugement du TPIR.
- 8- **Premier renvoi d'une affaire au Rwanda** : le 28 juin 2011, après avoir rejeté plusieurs demandes de renvois d'accusés vers le Rwanda, le TPIR rend sa première décision de transfert d'une affaire vers la justice rwandaise. Après une longue bataille en appel, le pasteur pentecôtiste Jean Uwinkindi sera remis aux autorités rwandaises le 20 avril 2012. Son procès est aujourd'hui en cours devant la Haute cour à Kigali.

est reconnu pour la première fois comme pouvant être constitutif du crime de génocide, lorsqu'il est commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe particulier ciblé comme tel.

- 2- **Condamnation de l'ex-Premier ministre** : le 4 septembre 1998, Jean Kambanda, le chef du gouvernement intérimaire en place après l'assassinat du président Juvénal Habyarimana, est condamné, après être passé aux aveux, à la perpétuité pour génocide, entente en vue de commettre le génocide, incitation directe et publique à commettre le génocide, complicité dans le génocide et crimes contre l'humanité. L'ancien Premier ministre reviendra sur ses aveux lors de son appel qui sera rejeté le 19 octobre 2000.
- 3- **Jugement dans l'affaire médias** : le 3 décembre 2003, l'historien Ferdinand Nahimana, l'un des fondateurs de la tristement célèbre Radio-télévision libre des mille collines (RTL), est condamné à la prison à vie de même que Hassan Ngeze, propriétaire-directeur du journal Kangura. Le juriste Jean-Bosco Barayagwiza, un autre fondateur de la RTL, se voit infliger 35 ans de prison. Le novembre 2007, la chambre d'appel réduit les peines. Nahimana est condamné à 30 ans de prison, Barayagwiza à 32 et Ngeze à 35. La responsabilité de Nahimana est retenue pour des émissions incitant au génocide diffusées par la RTL après le 6 avril 1994 en raison du fait qu'il n'a pas puni ses subordonnés, les journalistes de la station, alors qu'il savait ou avait des raisons de savoir qu'ils commettaient des crimes. La responsabilité de Barayagwiza n'est pas retenue en ce qui concerne la RTL. S'agissant de Ngeze, la chambre d'appel confirme sa responsabilité pour avoir incité au génocide par le biais d'articles publiés dans son journal en 1994.
- 4- **« Constat judiciaire » du génocide contre les Tutsis** : le 16 juin 2006, à la demande du procureur dans le procès de trois dirigeants du Mouvement républicain national pour la démocratie et le développement (MRND), le parti de l'ex-président Juvénal Habyarimana, la chambre d'appel conclut que le génocide des Tutsis de 1994 au Rwanda est « un fait de notoriété publique », qui « fait partie de l'histoire mondiale ». « Il n'y a aucune base raisonnable pour qui que ce soit de nier qu'en 1994, il y avait une campagne de massacres de masse visant à détruire, en tout ou tout au moins en grande partie, la population tutsie du Rwanda », tranche unanimement la chambre.

والمرة الأولى التي يعترف فيها متهم بذنب ارتكاب أعمال الإبادة الجماعية، أمام محكمة جنائية دولية. ومثل أكاييسو، فإن كامباندا، هو الآخر، يقضي حالياً عقوبة السجن المؤبد في مالي.

ومن الجدير بالذكر أنه تمت محاكمة كل من فرديناندناهيमानا وجان - بوسكوباراياغويزا، رئيساً محطة الإذاعة والتلفزيون الحرة للتلال الألف، وحسن نغيزي، مؤسس ومدير صحيفة "كانغورا". وقد ضمت المحكمة لوائح اتهام أولئك الثلاثة في محاكمة واحدة، يشار إليها عامة باسم "قضية الإعلام" (المدعي العام ضد فرديناندناهيमानا، وجان - بوسكوباراياغويزا وحسن نغيزي). وقد أدت هذه المحاكمة إلى تحديد مسؤولياتهم في ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في النظام الأساسي للمحكمة، وتعد المرة الأولى منذ محكمة نورمبرغ، التي يتم التحقيق فيها في دور وسائل الإعلام كعنصر من عناصر القانون الجنائي الدولي. وفي عام 2003، أدين ناهيماناباراياغويزا ونغيزي بتهم الإبادة الجماعية. والتأمر لارتكاب أعمال إبادة جماعية، والتحريض المباشر والعلني على ارتكاب أعمال الإبادة الجماعية، وارتكاب جرائم ضد الإنسانية. وقد حكم على ناهيماناونغيزي في البداية بالسجن المؤبد وعلى باراياغويزا بالسجن لمدة 35 عاماً. وبعد الاستئناف خفض الحكم على ناهيماننا ليصبح السجن لمدة 30 عاماً، وعلى نغيزي ليصبح السجن مدة 35 عاماً<sup>(22)</sup>.

---

(22) Voici quelques-unes parmi les décisions les plus marquantes du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) qui termine ses travaux cette année.

<https://www.justiceinfo.net/fr/justice-reconciliation/522-les-d%C3%A9cisions-historiques-du-tpir.html>

- 1- **Jugement Akayesu** : le 2 septembre 1998, le TPIR prononce son premier jugement mais aussi le tout premier jugement rendu par la justice internationale pour génocide. Reconnu coupable de génocide et crimes contre l'humanité, l'ancien maire de Taba (centre du Rwanda), Jean-Paul Akayesu, est condamné à la prison à perpétuité. Dans le jugement, le viol

وفي 2 أيلول/ سبتمبر 1998، أدانت المحكمة أكايسو فيما يتعلق بتسعتهم تخص الإبادة الجماعية، والتحرير المباشر والعلني على ارتكاب الإبادة الجماعية، واقتراح جرائم ضد الإنسانية بقصد الإبادة والقتل والتعذيب والاعتصاب وأعمال لإنسانية أخرى. وقد مثلت إدانة أكايسو "أول إدانة تُدعى فيها محكمة دولية إلى تفسير تعريف الإبادة الجماعية على النحو الوارد في اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها" (انظر: No Sheet 1. Fact ICTR Glance a at Tribunal The (ووفقاً للاتفاقية، تُعرّف الإبادة الجماعية بأنها ارتكاب جرائم معينة، منها: "قتل أعضاء من جماعة قومية أو عرقية أو دينية، بصفتها هذه، أو إلحاق أذى جسدي أو نفسي خطير بأعضاء الجماعة، بقصد تدميرها الكلي أو الجزئي"، (المادة 2 من اتفاقية الإبادة الجماعية). وإضافة إلى تفسير المحكمة لتعريف الإبادة الجماعية، فقد أوضحت أن جريمة الاعتصاب هي: "انتهاك بدني ذو طبيعة جنسية يرتكب بحق شخص في ظروف قهرية"، (المدعي العام ضد جان - بول أكايسو، الفقرة 598. وأكدت أن الاعتداء الجنسي يمثل "إبادة جماعية، شأنه في ذلك شأن أي فعل آخر ما دام قد اقترُف بقصد محدد، أو للقضاء الكلي أو الجزئي على جماعة معينة، مستهدفة بصفتها هذه" (المرجع نفسه، الفقرة 731. علماً بأن أكايسو يقضي حالياً عقوبة السجن المؤبد في مالي، وإضافة إلى ما نشأ عن محاكمة أكايسو من فقه قضائي مهم، فقد أرست المحكمة سابقين مهمتين في محاكمة جان كامباندا (المدعي العام ضد كامباندا). فقد كان كامباندا يشغل منصب رئيس وزراء الحكومة المؤقتة لرواندا خلال الأيام المائة التي ارتكبت فيها أعمال الإبادة الجماعية. وقد قُدم كامباندا إلى المحكمة في تشرين الأول/أكتوبر 1997، وأقر بأنه مذنب فيما يتعلق بست تهم ذات صلة بالإبادة الجماعية، والتآمر على ارتكاب أعمال الإبادة الجماعية، والتحرير المباشر والعلني على ارتكاب أعمال الإبادة الجماعية، والتواطؤ في ارتكاب أعمال الإبادة الجماعية، وارتكاب جرائم ضد الإنسانية. علماً بأن إقرار كامباندا بأنه مذنب، ثم إدانته يمثلان المرة الأولى في تاريخ القانون الدولي التي يدان فيها رئيس حكومة بارتكاب جرائم من أعمال الإبادة الجماعية،

عقدت المحكمة الجنائية الدولية لرواندا محاكمتها الأولى في 9 يناير 1997 التي تناولت إحدى أهم القضايا في تاريخ القانون الدولي، ألا وهي قضية المدعي العام ضد جان - بول أكايسو. ففي أثناء أعمال الإبادة الجماعية في رواندا عام 1994 كان جان - بول أكايسو رئيساً لبلدية تابا، وهي مدينة شهدت اغتصاب الآلاف من أهالي "التوتسي" وتعذيبهم وقتلهم، على نحو منهجي. وقد واجه أكايسو، في بداية محاكمته، 12 تهمة من تهمة الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية، وانتهاكات للمادة 3 من اتفاقيات جنيف لعام 1949، اتخذت شكل القتل والتعذيب والمعاملة القاسية. وفي حزيران/يونيو 1997 أضاف المدعي العام ثلاثتهم أخرى تتعلق بجرائم ضد الإنسانية، وانتهاكات للمادة 3/ من البروتوكول الثاني الإضافي، اتخذت شكل الاغتصاب، والأعمال غير الإنسانية، وهتك العرض. تقرير المحكمة (868/1997/S). علماً بأن هذه التهم الإضافية تمثل

## **\* International Criminal Tribunal for Rwanda ( TPIR )**

المرّة الأولى في تاريخ القانون الدولي الجنائي، والتي تعد الاغتصاب عنصراً من عناصر الإبادة الجماعية<sup>(21)</sup>.

---

### **Les décisions historiques du TPIR**

<sup>21</sup>(Jugement du Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, affaire ICTR-96-4-T, le 02 septembre 1998, p. 200, par. 487.

Jugement du Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Le Procureur c. Alfred Musema*, affaire ICTR-96-13-T, le 27 janvier 2000, p. 45, par. 131.

نظام محكمة رواندا الأساسي شبيه بنظام محكمة يوغسلافيا سابقاً، وتضمنت المواد من 2 حتى 4 موضوع الجرائم التي تقع في اختصاص المحكمة مؤكدة على المسؤولية الفردية كمعيار أساسي لملاحقة جرائم الإبادة الجماعية وجرائم ضد الإنسانية<sup>(20)</sup>.

---

<sup>(20)</sup>[http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictr\\_EF.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictr_EF.pdf) Article 1: Competence of the International Tribunal for Rwanda The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for such violations committed in the territory of neighbouring States between 1 January 1994 and 31 December 1994, in accordance with the provisions of the present Statute.

Article 2: Genocide 1. The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons committing genocide as defined in paragraph 2 of this Article or of committing any of the other acts enumerated in paragraph 3 of this Article. 2. Genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such: (a) Killing members of the group; (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group; (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; (d) Imposing measures intended to prevent births within the group; (e) Forcibly transferring children of the group to another group. 3. The following acts shall be punishable: (a) Genocide; (b) Conspiracy to commit genocide; (c) Direct and public incitement to commit genocide; (d) Attempt to commit genocide; (e) Complicity in genocide.

Article 3: Crimes against Humanity The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds: (a) Murder; (b) Extermination; (c) Enslavement; (d) Deportation; (e) Imprisonment; (f) Torture; (g) Rape; (h) Persecutions on political, racial and religious grounds; (i) Other inhumane acts.

### \*International Criminal Tribunal for former Yugoslavia (ICTY)

يمكننا القول أن نتائج هذه المحكمة أي محكمة يوغسلافيا سابقا كانت إيجابية ليس فقط على المستوى القضائي، وإنما في تحديد المسؤولية الجنائية للعسكريين والمدنيين كمسؤولين أو قادة للدول أو الميليشيات إلخ..(18).

### ثانياً\_ المحكمة الجنائية الدولية لرواندا:\*

الصراع القبلي بين قبيلتي الهوتو HUTU والتوتسو Tutsu عام 1994 خلف دماراً شاملاً، وجرائم إبادة جماعية، وجرائم حرب، مما اضطر المجتمع الدولي إلى إصدار قرار رقم 935 لعام 1994 بإنشاء لجنة دولية للتحقيق في الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني، وقد خلصت اللجنة إلى تقديم تقرير يؤكد على ارتكاب جرائم يجب معاقبة مرتكبيها، مما دفع مجلس الأمن إلى إصدار قرار رقم 955 في 8 نوفمبر 1994، حيث

تم إقرار النظام الأساسي للمحكمة، واختيار مدينة أورشا التنزانية كمقر للمحكمة تطبيقاً للقرار رقم 977 لسنة 1995 (19).

---

**ZeljkoRaznatovic, alias Arkan: décès en 1997 après inculpation Chef du groupe paramilitaire des "Tigres", formé en 1990 pour "défendre les intérêts serbes" en Croatie et en Bosnie. Il a été inculpé en 1997 par le TPIY de crimes contre l'humanité et crimes de guerre pour des faits commis en 1995 à Sanski Most (Bosnie), mais l'acte d'accusation n'a été révélé qu'après sa mort. Arkan a été abattu à 47 ans le 15 janvier 2000 dans le hall de l'hôtel Intercontinental de Belgrade. Un assassinat toujours non élucidé.**

**<https://www.rts.ch/info/monde/9108719-mladic-karadzic-milosevic-le-bilan-du-travail-du-tpiy-a-la-haye.html>**

(18) **Mladic, Karadzic, Milosevic**, le bilan du travail du TPIY à La Haye <https://www.rts.ch/info/monde/9108719-mladic-karadzic-milosevic-le-bilan-du-travail-du-tpiy-a-la-haye.html>

(19) <http://www.un.org/arabic/documents/basic/rwanda.pdf>

---

**Radovan Karadzic:** condamné à 40 ans de prison, L'ancien chef politique des Serbes de Bosnie, 72 ans, a été déclaré coupable le 24 mars 2016 de génocide et de neuf autres chefs d'accusation et condamné à 40 ans de prison. Arrêté en 2008 après 13 ans de clandestinité, il est le plus haut responsable condamné pour son rôle dans les conflits en ex-Yougoslavie. <https://www.rts.ch/info/monde/9108719-mladic-karadzic-milosevic-le-bilan-du-travail-du-tpiy-a-la-haye.html>

**Biljana Plavsic:** condamnée à 11 ans de prison Agée de 87 ans, elle est la plus célèbre des femmes criminelles de guerre. Vice-présidente de la République des Serbes de Bosnie pendant la guerre, puis présidente après, elle est la seule femme jugée devant le TPIY, qui l'a condamnée en 2003 à onze ans de prison. Elle avait plaidé coupable. <https://www.rts.ch/info/monde/9108719-mladic-karadzic-milosevic-le-bilan-du-travail-du-tpiy-a-la-haye.html>

**Franjo Tudjman:** décès en 1999 sans avoir été condamné Elu président de la Croatie en 1990, ce fervent nationaliste a mené son pays à l'indépendance en 1991, provoquant un conflit avec les Serbes de Croatie qui a fait environ 20'000 morts. Après son décès à 77 ans en 1999, le TPIY avait fait savoir qu'il aurait été inculpé de crimes de guerre s'il était resté en vie. <https://www.rts.ch/info/monde/9108719-mladic-karadzic-milosevic-le-bilan-du-travail-du-tpiy-a-la-haye.html>

**Alija Izetbegovic:** décès en 2003 sans inculpation Premier président de la Bosnie et musulman, il a mené le pays vers l'indépendance, suivie d'un conflit sanglant (1992-95) entre les trois communautés dominantes (musulmans, Serbes et Croates) qui a fait 100'000 morts. Après son décès à 78 ans en 2003, le TPIY a annoncé qu'il avait fait l'objet d'une enquête pour crimes de guerre n'ayant pas abouti à une inculpation. <https://www.rts.ch/info/monde/9108719-mladic-karadzic-milosevic-le-bilan-du-travail-du-tpiy-a-la-haye.html>



الرئيس اليوغسلافي السابق سلوفودانملوسوفيتش Solovodan Milosovic، وتعد أول سابقة قضائية جنائية يحاكم فيها رئيس دولة سابق إلا أنه مات قبل انتهاء المحاكمة، كما تم توجيه الاتهام إلى رئيس كرواتيا تجمان، وأيضاً إلى رئيس البوسنة على لجا<sup>(17)</sup>

---

(17) Slobodan Milosevic: décès en prison en 2006 avant le jugement Elu en 1990 président de la Serbie, il a soutenu la cause serbe dans les conflits en Croatie (1991-95), en Bosnie (1992-95) et au Kosovo (1998-99). Evincé du pouvoir en 2000, il est décédé en 2006 à 64 ans dans le centre de détention du TPIY, où il était jugé pour génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre. <https://www.rts.ch/info/monde/9108719-mladic-karadzic-milosevic-le-bilan-du-travail-du-tpiy-a-la-haye.html>

Ratko Mladic: condamné à la perpétuité, L'ancien chef militaire des Serbes de Bosnie, 74 ans, a été condamné le 22 novembre 2017 à perpétuité après avoir été reconnu coupable de crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide, notamment pour son rôle dans le siège de Sarajevo et le massacre de Srebrenica, qualifié de génocide par la justice internationale. Il avait été arrêté en 2011 après 16 années de cavale. Mais Ratko Mladic va faire appel de sa condamnation <https://www.rts.ch/info/monde/9108719-mladic-karadzic-milosevic-le-bilan-du-travail-du-tpiy-a-la-haye.html>

Ojislav Seselj: acquitté, Le leader ultranationaliste serbe, 63 ans, a été acquitté en mars 2016 par le TPIY de l'ensemble des accusations de nettoyage ethnique contre des Croates, des musulmans et d'autres non-Serbes. Seselj n'était pas "le chef hiérarchique" des milices de son Parti radical (SRS), avait estimé le TPIY. Le procureur du TPIY avait invoqué des "erreurs de grande envergure" dans la décision des juges. Son procès en appel doit se tenir le 13 décembre devant le Mécanisme pour les tribunaux pénaux internationaux (MTPI), compétent pour reprendre toute affaire du TPIY. <https://www.rts.ch/info/monde/9108719-mladic-karadzic-milosevic-le-bilan-du-travail-du-tpiy-a-la-haye.html> =

ارتكبت في يوغسلافيا سابقاً، والتي تعتبر منافية لمعاهدات جنيف والقانون الدولي الإنساني والمواثيق الدولية.

وعلى ضوء تقرير اللجنة أصدر مجلس الأمن الدولي في 22 فبراير 1993 قراره رقم 808 القاضي بإنشاء محكمة جنائية دولية لمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة والمخالفة لقواعد القانون الدولي الإنساني التي ارتكبت في أراضي اتحاد يوغسلافيا سابقاً منذ بدء النزاع عام 1991.

هذه تعتبر البداية الحقيقية للقضاء الجنائي الدولي، وهي التي أقرت مبادئ المسؤولية الجنائية للأفراد مدنيين أو عسكريين دون أي اختلاف، ومن ثم أصدرت الكثير من الأحكام بالسجن لمدد تتراوح بين السجن المؤبد أو السجن لعشرين عاماً، كما هو الحال في قضية تاديك Tadic الصربي الشهيرة التي حكم فيها بعشرين عاماً من السجن عن جرائم القتل والتعذيب، كما حكمت على الجنرال الكرواتي بلاسكيش Blaskic بالحبس لمدة خمسة وأربعين سنة<sup>(16)</sup>. ومن أشهر المتهمين الذين تمت محاكمتهم أمام هذه المحكمة

---

(16) <http://www.icty.org/x/cases/tadic/press/fr/PR226f.pdf> Duško Tadić condamné à 20 ans d'emprisonnement 14 juillet 1997, la Chambre de première instance II composée des Juges Gabrielle Kirk McDonald (Présidente), Ninian Stephen et Lal Chand Vohrah, a rendu son jugement portant condamnation de Duško Tadić.

Jugement du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, affaire IT-95-14-T, 3 mars 2000, p. 103, par. 307.

Jugement, TPIY - *Zejnildelalij Zdravko Mucij* connu aussi comme : « Pavo » *HazilDeliJEsadLandzo* connu aussi comme : « Zenga », affaire IT-96-21T, supra note 14, par. 386.

Jugement du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Zejnildelalij Zdravko Mucij* connu aussi comme : « Pavo » *HazilDeliJEsadLandzo* connu aussi comme : « Zenga », affaire IT-96-21T, 16 novembre 1998, par. 370.

1. الجرائم ضد الإنسانية؛

2. جرائم الحرب؛

3. جرائم ضد السلام؛

4. التحريض والتدخل والمساهمة في ارتكاب هذه الجرائم؛

كل هذه الجرائم ارتبطت ارتباطاً وثيقاً بمبدأ المسؤولية الشخصية.

لقد كانت أحكام هذه المحكمة مرتبطة بالأشخاص العسكريين الذين تم اتهامهم، وصدرت ضدّهم أحكام بالسجن المؤبد والإعدام من منطلق المسؤولية الشخصية الجنائية للقادة المدنيين والعسكريين بمن فيهم سفراء لليابان إبان الحرب.

## المطلب الثاني

### التطبيقات القضائية للمسؤولية الجنائية الدولية للعسكريين والمدنيين معاً

هذا المطلب يختلف عن المطلب السابق لتغير القضاء الجنائي الدولي وتطوره، حيث انتقل من مرحلة المسؤولية الشخصية للعسكريين عن جرائم الحروب وجرائم ضد الإنسانية، إلى مرحلة جديدة ألا وهي المسؤولية الجنائية الدولية لكل الأفراد عن هذه الأعمال عسكريين أو مدنيين.

أولاً- محكمة يوغسلافيا سابقاً أو المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا 1992 \*

لأول مرة في تاريخ البشرية يتفق المجتمع الدولي من خلال مجلس الأمن الدولي على إصدار قرار رقم 780 بتاريخ 6 أكتوبر 1992، القاضي بتشكيل لجنة من خبراء بالتحقيق وجمع الأدلة عن المخالفات الجسيمة التي

## ثانياً - محكمة طوكيو أو المحكمة العسكرية للشرق الأدنى:\*

وقعت اليابان اتفاق استسلام عام 1945 بعد هزيمتها في الحرب العالمية الثانية، ومن ثم أصدر القائد العسكري الأعلى لقوات الحلفاء في الشرق الأقصى الجنرال الأمريكي (مارك آرثر) تصريحاً عام 1946 أعلن فيه عن تأسيس محكمة جنائية عسكرية لمحاكمة ومعاقبة مجرمي الحرب في الشرق الأقصى، وبالأخص اليابانيين، وتم تحديد القواعد الأساسية للمحكمة بلائحة ألحقت بهذا التصريح، وعقدت المحكمة أولى جلساتها بمدينة طوكيو اليابانية. وسوف ندرس هذه المحكمة من حيث تشكيلها، اختصاصاتها، ضمانات المتهمين أمامها:

### • تشكيل المحكمة:

تراوح عدد قضاة هذه المحكمة بين 6 إلى 11 عضواً، يعينهم القائد الأعلى لقوات الدول المتحالفة بناءً على توصية من هذه الدول، ويتضح من تشكيل هذه المحكمة أن القائد الأعلى لقوات الدول المتحالفة كان له الدور الرئيس في تكوينها وتعيين قضاة وممثلي النيابة العامة، وهذا ما يجعل هذه المحكمة تختلف عن محكمة نورمبرغ التي كان يتم تعيين القضاة ونوابهم من قبل الدول المتحالفة.

### • اختصاص المحكمة:

بينت المادة (5) من لائحة طوكيو الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة وهي:

---

Two former ambassadors were sentenced to seven and twenty years in prison. One died two years later in prison. The other one, Shigemitsu, was paroled in 1950, and was appointed foreign minister in 1954.

jugées, dont une par contumace, 12 furent condamnées à la pendaison, trois à la réclusion à perpétuité, deux à vingt ans de prison, une à quinze et une autre à dix. Le Tribunal prononça trois acquittements (T.M.I., pp. 395-396).

Condamnations à mort : Göring (se suicida dans sa cellule le 15 octobre 1946), von Ribbentrop, Keitel, Kaltenbrunner, Rosenberg, Frank, Frick, Streicher, Sauckel, Jodl, Seyss-Inquart et Bormann.

Emprisonnements à perpétuité et à temps : Hess (perpétuité), Funk (perpétuité), Raeder (perpétuité), vonSchirach (20 ans), Speer (20 ans), von Neurath (15 ans), Dönitz (10 ans).

Acquittements : Schacht, von Papen, Fritzsche.

\*) The International Military Tribunal for the Far East-  
<https://history.state.gov/milestones/1945-1952/nuremberg>

\* THE TOKYO WAR CRIMES TRIALS-  
<http://www.cnd.org/mirror/nanjing/NMTT.html> Le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, en abrégé TMIEO, aussi nommé Tribunal de Tokyo, Tribunal militaire de = Tokyo ou encore Procès de Tokyo, est créé le 19 janvier 1946 pour juger les grands criminels de guerre japonais de la Seconde Guerre mondiale

15) Cryer, Robert, Hakan Friman, Darryl Robinson, and Elizabeth Wilmschurst. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. 2d ed. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2010 pp 30 – 80

**(15) THE VERDICT <http://www.cnd.org/mirror/nanjing/NMTT.html>, OP CIT .**

Two (Yosuke Matsuoka and Osami Nagano) of the twenty-eight defendants died of natural causes during the trial. One defendant (Shumei Okawa) had a mental breakdown on the first day of trial, was sent to a psychiatric ward and was released in 1948 a free man. The remaining twenty-five (25) were all found guilty, many of multiple counts. Seven (7) were sentenced to death by hanging, sixteen (16) to life imprisonment, and two (2) to lesser terms. All seven sentenced to death were found to be guilty of inciting or otherwise implicated in mass-scale atrocities, among other counts. Three of the sixteen sentenced to life imprisonment died between 1949 and 1950 in prison. The remaining thirteen (13) were paroled between 1954 and 1956, less than eight years in prison for their crimes against millions of people.

لقد تبنت هذه المحكمة ولأول مرة المسؤولية الفردية، وأصدرت أحكاماً تتعلق بالإعدام والسجن المؤبد والسجن، وأيضا البراءة. وبمتابعة إجراءات المحاكمة يتبين لنا أن هذه المحكمة كفلت بعض الحقوق المتعلقة بالمحاكمة العادلة، من حيث توفير الدفاع والترجمة واستعمال الأدلة المصورة<sup>(14)</sup>، الأحكام جميعها تم تنفيذها<sup>(15)</sup>.

---

(<sup>14</sup> <https://books.openedition.org/iheid/4006?lang=fr> Le Tribunal pouvait prononcer contre les accusés convaincus de culpabilité la peine de mort ou tout autre châtement estimé juste. Sa décision devait être motivée et n'était pas susceptible de révision (art. 26). Seul le Conseil de contrôle avait le droit, à tout moment, de réduire ou de modifier d'autres manières les décisions, sans toutefois pouvoir aggraver la sévérité (art. 29).

*Procédure et jugement.* L'acte d'accusation, publié le 18 octobre 1945, répartissait les actes incriminés en quatre chefs d'accusation : crime contre la paix, crimes de guerre, crimes contre l'humanité et complot. Vingt-quatre personnes étaient mises en accusation (*Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945 - 1<sup>er</sup> octobre 1946, Acte d'accusation, tome I, pp. 29-101*).

Leys'est suicidé avant le procès. Bien que Krupp vonBohlenundHalbach ait été déclaré inapte à subir son procès, les inculpations retenues contre lui dans l'acte d'accusation ont été maintenues en vue d'un éventuel procès lorsque son état de santé le permettrait (*Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945 - 1<sup>er</sup> octobre 1946, Décision du Tribunal accordant l'ajournement des débats concernant Gustav Krupp vonBohlen, p. 150*). Pour sa part, Bormann, en fuite, a été jugé par contumace. Vingt-et-un accusés ont dès lors comparu à Nuremberg : Goring, Hess, von Ribbentrop, Keitel, Kaltenbrunner, Rosenberg, Frank, Frick, Streicher, Funk, Schacht, Dônitz, Raeder, vonSchirach, Sauckel, Jodl, von Papen, Seyss-Inquart, Speer, von Neurath, Fritzsche.

Commencé le 20 novembre 1945, le procès a pris fin avec le prononcé de la décision le 1er octobre 1946 (*Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945 - 1<sup>er</sup> octobre 1946, Jugement, tome I (ci-après T.M.I.), pp. 181-396*). Des vingt-deux personnes

لمعاقبة مجرمي الحرب دون النظر إلى مكان ارتكاب الجرائم أو موجهي التهم سواء أكانت من أفراد أم منظمات، لمحاكمتهم عن جرائم التآمر وجرائم ضد السلم وجرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية.

تميزت هذه المحاكمة ولأول مرة بالتاريخ في المحاكمات الجنائية بصورة عامة، وأول مرة في تاريخ القضاء الجنائي بصورة خاصة، أنه يتم تحديد المسؤولية الجنائية الدولية للعسكريين، أي المسؤولية الفردية أو الشخصية، وفقاً لأدلة مصورة توضح تورط المسؤولين العسكريين مباشرة في ارتكاب أعمال إجرامية تنافي الأخلاق والأعراف الدولية للحروب<sup>(13)</sup>.

---

20160930ARTFIG00292 -comment-le-proces-de-nuremberg-a-faconne-la-justice-internationale.php, 2016 S

Le procureur général Robert Jackson prend l'initiative de présenter des images comme preuves en audience. C'est une première dans le système judiciaire. Il s'agit pour lui «d'établir des faits incroyables au moyens de preuves crédibles». Plusieurs films sont projetés au cours du procès. Ainsi le 29 novembre 1945 est présenté un film d'une heure sur les camps de concentration. Il est monté à partir d'extraits de bandes filmées par l'armée américaine lors de la libération des camps. Il s'agit également de mettre les accusés face aux atrocités nazies et de les déstabiliser. Mais l'accusation présente également des films réalisés à partir d'extraits de bandes tournées par les nazis eux-mêmes. Le film intitulé «Le Plan nazi», présenté en décembre 1945, est notamment composé de séquences d'actualités allemandes et de bandes filmées par les gardiens SS dans les camps de concentration.

See also Werle, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*. 2d ed. The Hague: TMC Asser, 2009. PP 13-34

See also M. Cherif Bassiouni 'The Nuremberg Legacy' In Guénaël Mettraux (ed.), *Perspectives on the Nuremberg Trial*. Oxford University Press (2008) p 45.

(13) <http://www.legal-tools.org/doc/512713/pdf/> Procès des grands criminels de guerre Devant le Tribunal Militaire International Nuremberg 14 novembre 1945- 1er octobre 1946 Texte officiel en langue française Édité à Nuremberg, Allemagne 1947.

القضائية عام 1921 بمبني المحكمة العليا للإمبراطورية الألمانية في لايبزغ، وكانت هذه المحاكمة على نطاق محدود، خصوصاً بعد إفلات الإمبراطور الألماني غليوم الثاني من المحاكمة إثر هروبه إلى هولندا التي رفضت تسليمه إلى المحاكمة، وهنا يمكننا القول إن هذه المحاكمة كانت بداية مهمة لتأكيد مبدأ المسؤولية الجنائية الدولية للأفراد العسكريين، حتى جاءت محكمة نورمبيرج بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية التي حددت صراحة المسؤولية الجنائية للأفراد سواء أكانوا عسكريين أم غير عسكريين.

في عام 1943، التقى أقطاب الحلفاء الثلاثة الكبار (الولايات المتحدة الأمريكية، والاتحاد السوفييتي، وبريطانيا) في العاصمة الإيرانية طهران، وقرر رؤساء هذه الدول في قمتهم معاقبة المسؤولين عن جرائم الحرب خلال الحرب العالمية الثانية. وبانتهاء الحرب، تمت محاكمة 200 من قادة الحزب النازي الألماني في محكمة نورمبيرج، و1600 آخرين في محاكمات عسكرية اعتيادية خارج نورمبيرج. قام أقطاب هذه الدول بتزويد المحكمة بفاض رئيس وفاض آخر بديل، ومدّع عام.

النظام الأساسي لهذه المحكمة<sup>(12)</sup> يوضح أن اتفاقية لندن التي أسست محكمة نورمبيرج تنص في المادة الأولى منها على المحكمة الدولية الجنائية

---

**(12) Accord concernant la poursuite et le châtime des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire. Londres, 8 août 1945.**

[https://www.cvce.eu/content/publication/1999/1/1/cc1beb97-9884-4aa1-b902-e897a8299bec/publishable\\_fr.pdf](https://www.cvce.eu/content/publication/1999/1/1/cc1beb97-9884-4aa1-b902-e897a8299bec/publishable_fr.pdf)Article premier

Un Tribunal Militaire International sera établi, après consultation avec le Conseil de Contrôle en Allemagne, pour juger les criminels de guerre dont les crimes sont sans localisation géographique précise, qu'ils soient accusés individuellement, ou à titre de membres d'organisations ou de groupes, ou à ce double titre.

**Véronique Laroche-Signorile** Comment le procès de Nuremberg a façonné la justice internationale preuve <http://www.lefigaro.fr/histoire/2016/09/30/26001->



وأكدتها اتفاقية روما بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية، كما أكدتها المادة السادسة الفقرة 3 من النظام الخاص بإنشاء محكمة جنائية دولية خاصة بيوغسلافيا سابقاً، وأيضاً في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الخاصة بروندا<sup>(11)</sup>.

بعد هذا العرض البسيط يمكننا أن نسلط الضوء على التطبيقات القضائية للقضاء الجنائي الدولي حيال المسؤولية الجنائية الدولية للعسكريين ومن أبرزها ما يلي:

### أولاً- محكمة نورنبيرج:

أنشأت اتفاقية فرساي لعام 1919 التي تم توقيعها بعد إنهاء الحرب العالمية الأولى ما يسمى بمحاكمات جرائم حرب لايبزغ، التي بداءت إجراءاتها

---

de Nuremberg, qui a considéré que les personnes autres que celles qui ont commis les crimes, précisément celles qui ont donné les ordres pour de tels crimes, étaient aussi responsables pour les crimes fondés sur leur complicité dans la conduite criminelle

Quant à la responsabilité du supérieur pour les actes du subordonné, signalons qu'elle a été reconnue en 1907 par la Convention de la Haye. Dans le rapport préliminaire présenté à la Conférence de paix, à Versailles, le 29 mars 1919, a été reconnue la possibilité d'attribuer la responsabilité sur les personnes en position d'autorité qui ont failli à leur devoir de prévenir les violations des lois ou coutumes de la guerre commises au cours de la Première Guerre Mondiale.

(11) **Nasser ZakrLa - Responsabilité du supérieur hiérarchique devant les tribunaux pénaux internationaux** Revue internationale de droit pénal, 2002/1 (Vol. 73)Éditeur : ERES- See also Héctor Olásolo , About The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes. Published BY Hart Publishing 2009, PP 56- 98

الدولي<sup>(8)</sup>. حيث بات من المعروف أن المسؤولية الجنائية للقادة العسكريين أو من يتبعهم لا يتحملها فقط من قام مباشرة بهذه الأعمال، بل تمتد لكل مساعدة أو تسهيل أو تحريض على ارتكاب هذه الجرائم<sup>(9)</sup>.

يرجع تاريخ اعتبار المسؤولية الجنائية الدولية للقادة العسكريين مسؤولية فردية كما رأينا إلى اتفاقية فرساي عام 1919، بل تمتد جذورها إلى اتفاقية لاهاي عام 1907، وأيضاً إلى النظام الأساسي لمحكمة نورنبيرج<sup>(10)</sup>،

---

<sup>(8)</sup> **Rachel Grondin** La responsabilité pénale du chef militaire : un défaut d'agir mais pas un défaut d'état d'esprit , Éditions Wilson & Lafleur, inc. Volume 34, numéro 2, 2004. Le chef militaire possède une responsabilité particulière relativement à certains crimes internationaux commis par un subordonné. Suite à la sortie de photos dans les médias, en mai 2004, illustrant les nombreux sévices commis sur les détenus dans la prison d'Abou Ghraïb, en Irak, plusieurs des soldats accusés soulevèrent en défense qu'on leur avait ordonné de rendre les détenus plus dociles. Peu importe que ce moyen de défense permette leur acquittement ou pas, cet événement, hautement médiatisé, soulève la question de la responsabilité pénale du commandant pour les crimes commis par les soldats sous son autorité.

<sup>(9)</sup> **Rachel Grondin** La responsabilité pénale du chef militaire : un défaut d'agir mais pas un défaut d'état d'esprit , Éditions Wilson & Lafleur, inc. Volume 34, numéro 2, 2004

Comme quiconque, le chef militaire participe à la commission d'un crime lorsqu'il en ordonne la commission. De même, lorsqu'il encourage, sollicite ou apporte son aide en 312 Revue générale de droit (2004) 34R.G.D. 309-341 vue de faciliter la commission d'un crime, il engage sa responsabilité pénale si ce crime est commis.

<sup>(10)</sup> **Nasser ZakrLa - Responsabilité du supérieur hiérarchique devant les tribunaux pénaux internationaux** , Revue internationale de droit pénal, 2002/1 (Vol. 73)Éditeur : ERES

D'une manière générale, les principes de la responsabilité individuelle sont posés pour s'assurer que tous ceux qui contribuent à la commission du crime sont tenus pour responsables. Ceci est en accord avec la décision du Tribunal Pénal Militaire

كل هذا يقودنا إلى أن من يقوم بالإعمال الإجرامية وفقاً للقانون الجنائي الدولي أشخاص تابعون للدولة، وفي أغلب الأحيان هم الجنود الذين يمثلون الدولة ويقومون بتنفيذ أوامرها.

وقد حدد نظام روما الأساسي بصراحة<sup>(7)</sup> المسؤولية الجنائية للقادة العسكريين الذين يرتكبون أعمالاً إجرامية تتمثل في جرائم إبادة جماعية، أو جرائم ضد الإنسانية، أو جرائم حرب، أو حتى جرائم اعتداء. كما تم تعديل اتفاقية روما بكمبالا عام 2010 حيث أضيفت جرائم الاعتداء إلى الجرائم التي حددتها اتفاقية روما، ومنها على سبيل المثال جرائم سجن أبوغريب، التي تم نشر بعض وقائعها عالمياً على أوسع نطاق عبر وسائل الإعلام مما وضع المسؤولية المتعلقة بإعمال العسكريين محل اهتمام القضاء الجنائي

---

La responsabilité pénale du chef militaire : un défaut d'agir **Rachel Grondin** <sup>7</sup>(  
mais pas un défaut d'état d'esprit , Éditions Wilson & Lafleur, inc. Volume 34,  
numéro 2, 2004

Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale prévoit que le chef militaire n'ayant pas exercé le contrôle qui convenait, engage sa responsabilité pour le crime commis — génocide, crime contre l'humanité, crime de guerre — par des Forces qui lui sont subordonnées s'il savait ou « aurait dû savoir que ces forces commettaient ou allaient commettre ce crime ». Au Canada, la Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre établit que pour son manquement, le chef militaire est plutôt responsable pour un crime distinct de celui commis par un subordonné. Alors que l'élément matériel requis pour ces deux crimes est semblable, chacun possède un élément psychologique différent. La première partie de cet article traite de la participation par omission au crime commis, un modetraditionnel de participation en droit pénal canadien, alors que la deuxième partie, porte sur la commission d'un crime autre que celui commis par le subordonné. La présente étude cherche à démontrer que dans les deux cas, le crime dont sera responsable le chef militaire est, selon le droit pénal canadien, un crime de nature particulière exigeant une mens rea subjective. Le rapprochement certain entre ces deux crimes permet de conclure au caractère subjectif de l'élément moral rattaché au crime portant sur le manquement du chef militaire, une interprétation conforme à la Charte canadienne des droits et libertés.

أن اتفاقية روما لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية قد سلبت هذا الاختصاص في اتفاقية منع الإبادة الجماعية الموقع عليها في 9 ديسمبر 1948.

محكمة العدل الدولية وأيضاً المحكمة الدولية الجنائية الخاصة بيوغسلافيا سابقاً و جدتا صعوبة في وضع المسؤولية الجنائية مباشرة على دولة صربيا التي كان بإمكانها أن تتدخل لوقف المجاز الجماعية ضد المسلمين في البوسنة.

كذلك لم تستطع محكمة العدل الدولية في قضية نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية أن تحدد مسؤولية الولايات المتحدة تجاه الكونتراس، وهي تعد من أكبر القضايا التي وضعت المحكمة أمام محك تحديد المسؤولية الخاصة بالدول في الأعمال العسكرية، إذ إن المحكمة رفضت إن تحمّل الإدارة الأمريكية إي الدولة الأمريكية المسؤولية عما قام به الكونتراس<sup>(5)</sup>. وهنا أيضاً يري رون سايلوفان شاك<sup>(6)</sup> أن الدول تخضع بصورة مباشرة للمنظمات الدولية لحقوق الإنسان، ومجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة، وأيضاً المنظمات الأخرى الأهلية أو الحكومية التي تحدد مسؤولية الدول عن انتهاكات حقوق الإنسان.

---

<sup>(5)</sup> Beth VanSchaack and Ron Slye *Defining International Criminal Law* in Social Science Research Electronic Paper Collection: <http://ssrn.com/abstract=1006089>

<sup>(6)</sup> Beth VanSchaack and Ron Slye *Defining International Criminal Law* in Social Science Research Electronic Paper Collection: <http://ssrn.com/abstract=1006089>

See also Bantekas, Ilias. *Principles of Direct and Superior Responsibility* in *International Humanitarian Law*. Manchester, UK: Manchester University Press, 2002 PP 23- 45

على ما تم من عرضه على محكمة العدل الدولية في النزاع الذي حصل في يوغوسلافيا سابقاً، بل إنهما يذهبان إلى القول إن محكمة العدل الدولية يمكنها النظر في النزاع جنائياً لتحديد المسؤولية الجنائية للدول، إلا أننا نرى أنهما ذهبا بعيداً في وضع المسؤولية الجنائية كمعيار للاتفاقية، في حين أننا نرى

---

Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols. The Inter-American system has a Commission (based in Washington D.C.) and Court (IACHR) that exercise this function with respect to the American Declaration on the Rights and Duties of Man and the American Convention on Human Rights. Africa long had a Commission with jurisdiction over the African Charter on Human and People's Rights. A sister court—the African Court of Human and People's Rights (ACHPR)—was recently established and will be housed in Arusha, Tanzania. There is no regional human rights system in Asia or the Middle East.

Many of the norms adjudicated by these bodies have analogs in international criminal law. So, for example, the state of Honduras was found liable for a practice and policy of disappearances in the seminal case of *Velasquez Rodriguez v. Honduras*.<sup>8</sup> In addition, human rights treaties have created a web of enforcement bodies with varying adjudicative powers. The Human Rights Committee (HRC), for example, is a creature of the International Covenant on Civil and Political Rights. It has the power to entertain communications from individuals claiming to be victims of violations of any of the rights set forth in the Covenant committed by states that have ratified the Covenant's First Optional Protocol. The Committee then forwards its "views" to the state concerned in order to promote compliance. Similar committees hear petitions from victims claiming violations of the Convention Against Torture and other multilateral human rights conventions.

There is only limited state responsibility for breaches of international law before domestic tribunals. States were historically absolutely immune from suit before the courts of sister sovereigns. By the middle of the 20<sup>th</sup> century, however, this norm began to weaken as the role of the state in international relations diversified and the principle of sovereignty eroded. A new norm of restrictive, or qualified, immunity gradually emerged, which accords immunity for public acts (*acta jure imperii*), but not for acts in which a state is acting in a private or commercial capacity (*acta jure gestionis*). Although there are some international law instruments that address the issue,<sup>9</sup> foreign sovereign immunity is now largely governed by national law. For example, in the United States, Congress enacted the Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA), 28 U.S.C. §1330 *et seq*

ويرى رون سايلوفان شاك<sup>(4)</sup> أن هذه المادة توضح مدى تعقب الدول بالمسؤولية التي هي مدنية في واقعها وجنائية في صميمها، واستدلا بذلك

---

(4) See **Beth Van Schaack and Ron Slye Defining International Criminal Law** in Social Science Research Electronic Paper Collection: <http://ssrn.com/abstract=1006089> (Tort liability is available in limited circumstances against states responsible for international crimes. The International Court of Justice (ICJ), the judicial branch of the United Nations, can hear claims between states that have accepted its jurisdiction. It exercises only civil jurisdiction over states (not individuals).<sup>5</sup> The ICJ can exercise jurisdiction over states accused of being responsible for the commission of international crimes. Most importantly, Article IX of the Genocide Convention provides that disputes “between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfillment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or any of the other acts enumerated in article III [conspiracy, incitement, attempt, complicity], shall be submitted to the International Court of Justice.” Pursuant to Article IX, Bosnia-Herzegovina sued the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) for committing genocide. The Court, largely echoing the ICTY’s genocide jurisprudence, determined that Serbia was liable for failing to *prevent* genocide at Srebrenica, where Bosnian Serb troops massacred more than 7,000 Bosnian Muslim boys and men in July 1995, but that Serbia itself was not liable for the *commission* of genocide.<sup>6</sup> Another notable example is the case of *Nicaragua v. United States*. There, Nicaragua attempted to hold the United States responsible for violations of the laws of war committed by the *Contras* rebel forces, who were receiving considerable U.S. assistance. When the Court ruled in preliminary proceedings that it had jurisdiction, the United States defaulted and withdrew its acceptance of ICJ jurisdiction. Nonetheless, the ICJ proceeded against the U.S. in default and determined that violations by the *Contras* were not attributable to the United States.

**In addition, states are subject to the jurisdiction of a number of human rights bodies** with varying powers of enforcement. Europe, the Americas and Africa boast regional human rights commissions and/or courts that can accept jurisdiction over individual petitions brought by victims of human rights violations alleging violations of the institutions’ constitutive treaties. In Europe, the European Court of Human Rights (ECHR) (based in Strasbourg, France) exercises jurisdiction over states that are party to the European Convention for the

د- المساهمة بأي طريقة أخرى في قيام جماعة من الأشخاص، يعملون بقصد مشترك، بارتكاب هذه الجريمة أو الشروع في ارتكابها، على أن تكون هذه المساهمة متعمدة....).

## المبحث الثاني

### التطبيقات القضائية الدولية للمسؤولية الجنائية الدولية للعسكريين والمدنيين

#### المطلب الأول

#### التطبيقات القضائية للمسؤولية الجنائية الدولية للعسكريين

على الرغم من أن الدول ليست مسئولة كما رينا أعلاه أمام القضاء الجنائي الدولي، إلا أن الدول تبقى أيضاً لها مسؤوليات أخرى في الجانب المدني المرتبط بالقانون الجنائي الدولي، حيث إن قضاء محكمة العدل الدولية التي تعد جزءاً من نظام الأمم المتحدة، إذ يمكن للدول أن تلجأ إلى هذه المحكمة لتحديد المسؤوليات في حال الإخلال بتطبيقات القانون الدولي العام، ولكن هناك أيضاً استثناء مهم جداً قد يغفله الكثيرون من المتخصصين في القانون الجنائي الدولي، أو المتخصصين في القانون الدولي العام، ألا وهو نص المادة التاسعة من الاتفاقية التي تعطي الحق للأطراف المتنازعة أن تلجأ إلى محكمة العدل الدولية عند حدوث أي نزاعات تنشأ بشأن تطبيق أو تنفيذ هذه الاتفاقية. وذلك وفقاً للمادة التاسعة من اتفاقية تأسيس محكمة العدل الدولية التي تنص على ما يلي: تعرض على محكمة العدل الدولية، بناءً على طلب أي من الأطراف المتنازعة، النزاعات التي تنشأ بين الأطراف المتعاقدة بشأن تفسير أو تطبيق أو تنفيذ هذه الاتفاقية، بما في ذلك النزاعات المتصلة بمسؤولية دولة ما عن إبادة جماعية، أو عن أي من الأفعال الأخرى المذكورة في المادة الثالثة.

("طرف النزاع الذي يكون تحت سلطته أشخاص محميون مسؤول عن المعاملة التي يلاقونها من ممثليه، بغض النظر عن المسؤولية الشخصية التي من الممكن أن يتعرض لها".

وقد وضعت اتفاقيات جنيف الأربع شروطاً لقيام مسؤولية الرؤساء عن مرؤوسيه، وهي: - وجود علاقة بين الرئيس والمرؤوس. شرط العلم والمعرفة أو لديه من الأسباب ما يجعله يعلم بجرائم مرؤوسيه. - إخفاء الرئيس في اتخاذ التدابير اللازمة والمعقولة لمنع جرائم مرؤوسيه ومعاقبتهم عليها.

كما نصت على ذلك المادة (25) من النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية التي ورد فيها:

1- يكون للمحكمة اختصاص على الأشخاص الطبيعيين عملاً بهذا النظام الأساسي.

2- الشخص الذي يرتكب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة يكون مسؤولاً عنها بصفته الفردية وعرضه للعقاب وفقاً لهذا النظام الأساسي.

3- وفقاً لهذا النظام الأساسي، يسأل الشخص جنائياً ويكون عرضه للعقاب عن أي جريمة في اختصاص المحكمة حال قيام هذا الشخص بما يلي:

أ- ارتكاب هذه الجريمة سواء بصفته الفردية أو بالاشتراك مع آخر أو عن طريق شخص آخر. بغض النظر عما إذا كان ذلك الآخر مسؤولاً جنائياً.

ب- الأمر أو الإغراء بارتكاب أو الحث على ارتكاب جريمة وقعت بالفعل أو شرع فيها.

ج- تقديم العون أو التحريض أو المساعدة بأي شكل آخر لغرض تيسير ارتكاب هذه الجريمة أو الشروع في ارتكابها، بما في ذلك توفير وسائل ارتكابها.



للمحاكمة لا يمكنه أن يحتمي خلف أوامر رؤسائه ولا خلف الفقه الذي يعتبر هذه الجرائم أعمال دولة....".

بكل تأكيد نؤيد ما اتجه إليه القضاء الجنائي الدولي الحديث الذي اعتبر الفرد أي الشخص الطبيعي هو محل الجريمة الدولية، أسوة بالقانون الجنائي الداخلي، ومن ثم فإن المسؤولية الجنائية تقع على الأشخاص الذين ارتكبوا الأفعال الإجرامية المستوجبة المسؤولية والعقاب. إذ إنه لا يمكن بأي حال من الأحوال مساءلة الدولة باعتبارها شخصاً طبيعياً على تلك الجرائم المنصوص عليها في القانون الجنائي الدولي الحديث ابتداء من اتفاقية فرساي ثم محكمة نورنبيرج ومحكمة طوكيو بعد الحرب العالمية الثانية، حيث تم ترسيخ مبدأ عام بالقانون الجنائي الدولي هو مبدأ القصد الجنائي المرتبط بالفعل الإجرامي والنية لارتكاب الفعل الإجرامي الذي لا يمكن أن يتوفر لدى الدولة كشخص معنوي.<sup>(3)</sup>

## المطلب الثاني

### تحديد المسؤولية الجنائية الدولية وفقاً للاتفاقيات الدولية

رأينا فيما سبق عرضه في هذا البحث أن الاتفاقيات الدولية تشكل، ليس فقط مصدراً أساسياً للقانون الدولي بصفة عامة، بل العصب الأساسي للقانون الجنائي الدولي، و لربما تعد اتفاقية فرساي الاتفاقية الأكثر أهمية لتحديد المسؤولية الجنائية للأفراد، أو ما يسمى بالمسؤولية الشخصية للمسؤولين العسكريين والمسؤولين المدنيين.

لقد أكدت العديد من الاتفاقيات الدولية هذا المبدأ، ومن ذلك ما ورد في المادة (29) من اتفاقية جنيف الثالثة لعام 1949، والتي نصت على أن:

---

<sup>(3)</sup>(Hadi SHALLUF , ICC Judgment in Mali case and the international criminal responsibility for acts of vandalism and destruction of religious and cultural and human heritage , Kuwait international law school journal volume 6 , issue 2 –ser .no 2 , june 2018 . pp 149-174

ثم جاءت الحرب العالمية الثانية التي دارت بين المحور والحلفاء في أوروبا وشرق آسيا وذهب ضحيتها عشرات الملايين من البشر، مما دفع المجتمع الدولي – أو بشكل أصح الدول المنتصرة – إلى إنشاء محكمتين عسكريتين خاصيتين إحداهما في مدينة نورمبيرج الألمانية لمحاكمة المسؤولين النازيين عن الحرب، والثانية محكمة طوكيو لمحاكمة اليابانيين المسؤولين عن جرائم تلك الحرب.

لقد أكدت محكمة نورنبيرج في نظامها الأساسي علاناً: "الأشخاص الطبيعيون وحدهم الذين يرتكبون الجرائم وليس الكائنات النظرية المجردة، ولا يمكن كفالة تنفيذ احترام نصوص القانون الدولي إلا بعقاب الأفراد الطبيعيين المرتكبين لهذه الجرائم". وفي هذا السياق، قال ممثل الادعاء في محكمة نورنبيرج أيضاً: "المتصور بأن الدولة قد ترتكب جرائم هو من قبيل الوهم أو الخيال، فالجرائم ترتكب دائماً من الأشخاص الطبيعيين فقط، بينما الصحيح أن يستخدم الوهم أو الخيال في مسؤولية دولة أو مجتمع في سبيل فرض مسؤولية مشتركة أو جماعية... وأن أياً من المتهمين المحالين

---

**ARTICLE 229.** Persons guilty of criminal acts against the nationals of one of the Allied and Associated Powers will be brought before the military tribunals of that Power. Persons guilty of criminal acts against the nationals of more than one of the Allied and Associated Powers will be brought before military tribunals composed of members of the military tribunals of the Powers concerned. In every case the accused will be entitled to name his own counsel.

See also Cassese, Antonio, and Gaeta, Paola. *Cassese's International Criminal Law*. Revised by Antonio Cassese, Paola Gaeta, Laurel Baig, Mary Fan, Christopher Gosnell, and Alex Whiting. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2013 PP 24- 83

7. Has Algeria agreed that its nationals may be prosecuted for violations of Protocol II by ratifying Protocol II?
8. May Switzerland apply its 2012 legislation to Mr. Nezzar for acts committed between 1992 and 1999? Even if, before 2012, Switzerland would not have had, under its legislation, jurisdiction to prosecute him?

- 1- **Hadi Shalluf**, L'internationalisation de la répression pénale internationale entre perspectives et critiques – édition du Panthéon Paris France 2016 PP —15- 45

**ARTICLE 227.** The Allied and Associated Powers publicly arraign William II of Hohenzollern, formerly German Emperor, for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties. A special tribunal will be constituted to try the accused, thereby assuring him the guarantees essential to the right of defence. It will be composed of five judges, one appointed by each of the following Powers: namely, the United States of America, Great Britain, France, Italy and Japan.

In its decision the tribunal will be guided by the highest motives of international policy, with a view to vindicating the solemn obligations of international undertakings and the validity of international morality. It will be its duty to fix the punishment which it considers should be imposed. The Allied and Associated Powers will address a request to the Government of the Netherlands for the surrender to them of the ex-Emperor in order that he may be put on trial.

**ARTICLE 228.** The German Government recognises the right of the Allied and Associated Powers to bring before military tribunals persons accused of having committed acts in violation of the laws and customs of war. Such persons shall, if found guilty, be sentenced to punishments laid down by law. This provision will apply notwithstanding any proceedings or prosecution before a tribunal in Germany or in the territory of her allies.

The German Government shall hand over to the Allied and Associated Powers, or to such one of them as shall so request, all persons accused of having committed an act in violation of the laws and customs of war, who are specified either by name or by the rank, office or employment which they held under the German authorities.

---

for service (OAG 05-03-0001). <https://casebook.icrc.org/case-study/switzerland-immunity-general-nezzar> Switzerland, The Immunity of General Nezzar

بينما نجد المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا سابقاً أقرت مبادئ تتعلق بالمسؤولية الشخصية عن الأعمال المخالفة للقانون الدولي الإنساني في قضية **ICTY, Prosecutor v. Radovan Karadzic** رادوفان كرادتشي <https://casebook.icrc.org/case-study/icty-prosecutor-v-radovan-karadzic> حيث اعتبرت إضافة إلى المسؤولية الجنائية الدولية المتعلقة بأعمال مخالفة للمبادئ العامة للقانون الجنائي الدولي بخصوص الحروب، أقرت أن ذلك يدخل أيضاً في إطار مبادئ القانون الإنساني الدولي ومن تم تعد الأعمال التي قام بها اختراق وانتهاك لهذه المبادئ.

هنا نري انه هناك مجموعة من الأسئلة التي تعد في واقع الأمر مفتاحاً لهذا البحث المتعلق بالمسؤولية الجنائية الدولية للقادة عسكريين أو مدنيين سنحاول التركيز على البعض منها من خلال مبادئ القانون الجنائي الدولي بالنظر الي الحكم الصادر من القضاء الفدرالي السويسري .

1. Which violations of IHL do the Swiss authorities allege Mr. Nezzar to be responsible for? Why would IHL have applied at the time of the suspected crimes? Did Protocol II apply?
2. Under IHL, does extradition take priority over prosecution based on universal jurisdiction?
3. May or must Switzerland establish its jurisdiction in this case?
4. Does it matter, for the purpose of establishing Swiss jurisdiction, that the two victims reside in Switzerland? Under international law?
5.
  - a. Does Mr. Nezzar benefit from international immunity for his alleged crimes? Does the Court recognize this immunity? How does the Court deprive him from his immunity?
  - b. How could it be justified that Mr. Nezzar does not benefit from international immunity for his alleged crimes? How could it be argued that the obligation to prosecute Mr. Nezzar prevails over his immunity ?
  - c. In the hypothesis that Mr. Nezzar benefits from immunity, should the Swiss authorities respect it even if Mr. Nezzar did not invoke it?
6. May the Swiss authorities prosecute Mr. Nezzar despite the amnesty he was granted in Algeria? Did such an amnesty violate IHL?

على ملاحقة إمبراطور ألمانيا غليوم الثاني باعتباره مسؤولاً عن الحرب العالمية

### \*أستاذ القانون الجنائي الدولي – كلية القانون الكويتية العالمية

الأولى، وهو من يتحمل مسؤولية الحرب، ولهذا تم إنشاء محكمة بهذا الخصوص بناءً على أن المسؤولية الجنائية تقع على المسؤول عن إعطاء الأوامر بالحرب<sup>(2)</sup>

---

(2) قضية الجنرال الجزائري نزار، وزير الدفاع الجزائري الأسبق أمام القضاء الجنائي السويسري، والتي قام برفعها أحد الضحايا والمتحصلين على اللجوء السياسي بسويسرا تحت رقم BB.2011.140 بتاريخ 25 يوليو 2012، حيث نجد أن المحكمة الفيدرالية السويسرية واجهت صعوبة كبيرة جدا في اتخاذ قرار واضح لتحديد المسؤولية الجنائية للقادة وخصوصاً فيما يتعلق بمخالفة قواعد القانون الدولي الإنساني. القضاء الجنائي السويسري حاول أن يضع معيار قواعد الحصانة الدبلوماسية كمعيار أساسي لعدم متابعة الجنرال الجزائري. هذا الحكم نرى أنه بعد مرجعاً مهماً حول النزاع القانوني بين الحصانة الدبلوماسية وانتهاكات حقوق الإنسان، ويمثل تناقضاً تاريخياً وقانونياً مع مبادئ القانون الجنائي الدولي بل وأيضاً اتفاقية روما المؤسسة للمحكمة الجنائية الدولية. الكاتب هنا تم دراسته للحكم وحيثياته مباشرة من خلال الأرشيف الخاص بالمحاكم السويسرية

File no. BB.2011.140•**Decision of the Swiss Federal Criminal Court dated 25 July 2012**Object of the appeal Subject-matter jurisdiction (Art. 23 (1) (g) of the Code -Swiss Criminal Code of Procedure (here in after: CCP) in relation with Art. 264b and following of the Code. Swiss Criminal Code (here in after: SCC)/Art. 108 and 109 prev. Code militaire. Swiss Military Criminal Code (here in after: SMCC) Art. 393 (1)(a) CCP

In fact by letter dated 19 October 2011, B., statutory refugee in Switzerland since 5 June 1996, also filed a complaint against A. through his counsel. He claims that he was one of the many torture victims in 1993 (OAG 05-02-0001; 01-00-0001). Algerian citizen living since 2003 in Switzerland where he has been granted refugee status, has also filed a complaint against A. for acts of torture committed against him since 1993 in Algeria. The complainant has also constituted himself as private claimant against A. and he has indicated an address with a Geneva lawyer

individuals who made the decision and represented the State, (227), (228) and (229) of the Treaty of Versailles, to prosecute German Emperor Gleum II as responsible for World War II.

## المبحث الأول

### تحديد المسؤولية الجنائية الدولية للأفراد

#### عسكريين أو مدنيين في القانون الجنائي الدولي \*\*

### المطلب الأول

#### تحديد المسؤولية الجنائية الدولية تاريخياً

منذ بداية التفكير في ملاحقة مجرمي الحروب كانت توجد دائماً مشكلة وتباين في وجهات النظر حول تحديد المسؤوليات الجنائية الدولية بين أن تكون هذه المسؤولية شخصية مرتبط بمن أعطوا الأوامر، أو مسؤولية جماعية تتحملها الدولة. ومن هنا اختلفت الآراء الفقهية والسياسية على مبادئ عامة تتعلق بالمسؤولية الجنائية الدولية للأفراد، أي المسؤولية الجنائية الفردية أو الشخصية مع الاتجاه المعارض، أو الأخذ في الاعتبار أن المسؤولية الجنائية الدولية يجب أن تكون مسؤولية جماعية تتمثل في الدولة ومؤسساتها العسكرية والمدنية مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بمبدأ السيادة وسلطات الدولة وأن القانون الدولي لا يخاطب الأفراد وإنما الدول.

ألا أن محكمة نورنبيرج الخاصة بمحاكمة مجرمي الحرب، واتفاقية فرساي لعام 1919 وضعتا حداً فاصلاً لهذا الخلاف، حيث أوضحتا أن المسؤولية الجنائية الدولية يجب أن تكون فردية، وأن السيادة والسلطة والدولة تتمثل في الأفراد الذين هم يصنعون القرار ويمثلون الدولة، حيث اعتبرت أن مجرمي الحرب هم من كانوا بسدة الحكم، ومن يعطون الأوامر التي أدت إلى الحروب، ولهذا نصت المواد (227) و (228) و (229) من اتفاقية فرساي

**INTERNATIONAL CRIMINAL RESPONSIBILITY OF  
MILITARY AND CIVILIAN LEADERS IN  
INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND ITS  
APPLICATION BEFORE THE INTERNATIONAL  
CRIMINAL COURT**

*Hadi Shalluf*

**ABSTRACT**

From the beginning of thinking about prosecuting war criminals, there has always been a problem and divergence of views on the definition of international criminal responsibility, whether this responsibility is a personal responsibility or a collective responsibility of the state. Hence, jurisprudential and political opinions differed on general principles of international criminal responsibility To individuals, ie individual or personal criminal responsibility with the opposing tendency, or to take into account that international criminal responsibility must be a collective responsibility of the State and its military and civilian institutions are closely linked to the principle of sovereignty and power And that international law does not address individuals, but states.

However, the Nuremberg Tribunal for the Prosecution of War Criminals and the Versailles Convention of 1919 put an end to this dispute, stating that international criminal responsibility must be individual, that sovereignty, power and the State were the

## المسؤولية الجنائية الدولية للقادة العسكريين والمدنيين

### في القانون الجنائي الدولي و تطبيقاتها إمام المحاكم الجنائية الدولية

د. هادي شلوف<sup>1</sup>

مند بداية التفكير في ملاحقة مجرمي الحروب كانت توجد دائماً مشكلة وتباين أن تكون هذه الدولية بين في وجهات النظر حول تحديد المسؤوليات الجنائية الأوامر، أو مسؤولية جماعية تتحملها أعطوا المسؤولية شخصية مرتبط بمن على مبادئ عامة تتعلق هنا اختلفت الآراء الفقهية والسياسية الدولة.ومن بالمسؤولية الجنائية الدولية للأفراد، أي المسؤولية الجنائية الفردية أو الجنائية الأخذ في الاعتبار أن المسؤولية الشخصية مع الاتجاه المعارض، أو مسؤولية جماعية تتمثل في الدولة ومؤسساتها الدولية يجب أن تكون العسكرية والمدنية مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بمبدأ السيادة وسلطات الدولة وأن وإنما الدول. القانون الدولي لا يخاطب الأفراد

الخاصة بمحاكمة مجرمي الحرب، واتفاقية ألا أن محكمة نورنبرج فرساي لعام 1919 وضعتنا حداً فاصلاً لهذا الخلاف، حيث أوضحتنا المسؤولية الجنائية الدولية يجب أن تكون فردية، وأن السيادة والسلطة أن والدولة تتمثل في الأفراد الذين هم يصنعون القرار ويمثلون الدولة، حيث هم من كانوا بسدة الحكم، ومن يعطون اعتبارنا أن مجرمي الحرب إلى الحروب، ولهذا نصت المواد (227) و (228) الأوامر التي أدت و(229) من اتفاقية فرساي على ملاحقة إمبراطور ألمانيا غليوم الثاني باعتباره مسؤولاً عن الحرب العالمية

---

<sup>1</sup> hadishalluf@gmail.com, Orcid , أستاذ القانون الجنائي الدولي – كلية القانون الكويتية العالمية  
Number: 0000-0001-7832-6770.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih (تاريخ إرسال البحث) : 24.01.2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih (تاريخ قبول البحث) : 30.07.2019



9. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 3، السنة 25، 20 يناير 1988.
10. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، السنة 38، 8 غشت 2001.
11. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46، السنة 38، 19 غشت 2001.
12. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 72، السنة 41، 13 نوفمبر 2004.
13. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 76، السنة 41، 28 نوفمبر 2004.
14. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 45، السنة 46، 29 يوليو 2009.
15. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 62، السنة 48، 20 نوفمبر 2011.
16. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 68، السنة 50، 31 ديسمبر 2013.
17. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 12، السنة 54، 22 فبراير 2017.

18. journal officiel de la république algérienne  
démocratique et populaire, 2année, n°2,

وبشرية، فإنهم لن يتمكنوا من تحقيق أهدافهم إلا في ظل اقتناع وتعاون ايجابي من طرف جميع مستعملي الطريق، والتطبيق الصارم والعاقل لقانون المرور، وهذا ما يساهم في دعم مصداقية قانون المرور ورجاله في سبيل تحقيق وقاية مرورية فعّالة ومستدامة. إن قانون المرور ما هو إلا إجراءات تنظيمية لكيفية استعمال الطريق من طرف جميع أفراد المجتمع ضمن ضوابط المصلحة العامة، بشكل يحافظ على سلامتهم وسلامة ممتلكاتهم.

#### **قائمة المراجع:**

1. بن محسن محمد الصبحي عبد العزيز: الآثار الاجتماعية للحوادث المرورية في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، الرياض، 1998 .
2. بوظريفة حمو و آخرون: فعالية قانون المرور الجديد . مجلة الوقاية و الأرغوميا ، العدد 1 ، 2007 .
3. المركز الوطني للوقاية والأمن عبر الطرق ، إحصاءات الحوادث المرورية ، 2004 - 2014.
4. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد33، السنة الثامنة، 23 أبريل 1971.
5. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد104، السنة11، 27 ديسمبر 1974.
6. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد79، السنة12، 3 أكتوبر 1975.
7. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد الأول، السنة 21، 3 يناير 1984.
8. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 7، السنة 24، 11 فبراير 1987.

وكننتيجة لذلك يتم رفع هذه الغرامات إلى 3.000 دج بالنسبة للمخالفات من الدرجة الأولى و 4.000 دج للمخالفات من الدرجة الثانية و 6.000 دج للمخالفات من الدرجة الثالثة و 7.000 دج للمخالفات من الدرجة الرابعة.

كما يلزم هذا القانون سائقي مركبات نقل البضائع (أكثر من 3.500 كغ) ومركبات نقل الأشخاص التي بها أزيد من 9 مقاعد تزويد مركباتهم بجهاز تسجيل مدة السياقة والسرعة والمسافة المقطوعة "الكرونوتاكيغراف".

وسيتم إنشاء مجلس وزاري مشترك لدى الوزارة الأولى يتكفل بتحديد السياسة والإستراتيجية الوطنية للوقاية والسلامة المرورية والتنسيق بين مختلف الفاعلين في هذا المجال.

#### خاتمة:

يساهم قانون المرور في ضبط حركة المرور وسلوكيات الفوضى المرورية، ليتسنى للمجتمع أن ينعم بالأمان أثناء استخدام الطريق، وهذا ما حرصت عليه الجزائر منذ سنوات من خلال التعديلات المتتالية في قانون المرور ليستجيب للتحديات والمشكلات المتجددة، ونشير هنا إلى ضرورة أن تبع القاعدة القانونية المرورية من التفاعل الاجتماعي اليومي وخصائص البيئة الاجتماعية والمادية التي يعيشها المجتمع، مع العمل بكل ما من شأنه أن يساهم في الاقتناع والالتزام الطوعي الفردي والجماعي ببنود القانون المرور بصفتها إجراءات تحفظ حياة وأمن مستعملي الطريق. فمهما توقّرت لرجال المرور من إمكانات مادية

2.000 دج، و2.500 دج للمخالفات من الدرجة الثانية كاختراق الخط المتواصل والتوقف والركن العشوائي.

- أما المخالفات من الدرجة الثالثة مثل عدم وضع حزام الأمان والتوقف أو الوقوف الخطيرين أو منع المرور فستطبق عليها غرامات ب 3.000 دج، في حين ستطبق غرامات ب 5.000 دج على المخالفات من الدرجة الرابعة مثل المناورات الممنوعة على الطرق السيارة والسريعة وسير المركبات بدون إنارة ومخالفة الأحكام المتعلقة بالتقاطع والتجاوز واجتياز خط متواصل والاستعمال اليدوي للهاتف المحمول أو الإنصات بكلتا الأذنين بوضع خوذة التنصت الإذاعي والسمعي أثناء القيادة.

- يعاقب كل سائق مركبة تجاوز السرعة المسموح بها ب 30 بالمائة و أكثر بغرامة مالية تتراوح ما بين 10.000 و 50.000 دج.

كما يعاقب بالسجن لمدة تتراوح من ستة أشهر إلى سنتين وغرامة من 20.000 إلى 50.000 دج كل سائق مركبة لنقل البضائع يتجاوز وزنها الإجمالي المرخص به 3.500 كغ أو مركبة لنقل الأشخاص التي تشمل على أكثر من تسعة مقاعد وذلك عقب عدم احترام التدابير القانونية المتعلقة بمدة القيادة ومدة الراحة التي تسبب حادث مرور ينجم عنه قتل غير عمدي.

وفي حالة عدم دفع الغرامة الجزافية المتعلقة بالمخالفات بعد 45 يوما من تاريخ تسجيل المخالفة يتم تحرير محضر قضائي بعدم الدفع يتم توجيهه لوكيل الجمهورية.

- إدراج نظام النقاط في رخصة السياقة الذي سيسير من طرف وزارة الداخلية عن طريق بطاقيّة وطنية لرخص السياقة ستسمح بإحصاء كل المخالفات المسجلة عبر كامل التراب الوطني.

ومن خلال هذا النظام تمنح لكل رخصة سياقة رصيذا به 24 نقطة يخفض عند كل مخالفة يقوم بها صاحب الرخصة الذي يتعرض أيضا لغرامة جزافية وعقوبات جزائية حسب نوع المخالفة.

- خلال الفترة الإختبارية التي تدوم سنتين تحصل رخصة السياقة على 12 نقطة فقط، كما نص هذا القانون على أن المخالفة تؤدي إلى إلغاء الرخصة خلال هذه الفترة.

- يتم خصم النقاط وفق سلم يميز أربعة أنواع من المخالفات تستلزم سحب من 1 إلى 6 نقاط حسب طبيعتها و10 نقاط في حالة الجرح. وبعد سحب كل النقاط تصبح الرخصة منتهية الصلاحية حيث يتوجب على حاملها التسجيل من جديد للحصول على رخصة جديدة تخضع للفترة الإختبارية.

- يمكن تعليق رخصة السياقة عند ارتكاب جنح بالإضافة إلى العقوبات الجزائية والغرامات حيث تتغير مدة التعليق حسب طبيعة الجنحة.

كما شدّد القانون الجديد العقوبات ضد المخالفين لقواعد حركة المرور حيث تم رفع الغرامات الجزافية حسب درجة المخالفة.

- بالنسبة للمخالفات من الدرجة الأولى المتعلقة أساسا بتقديم الوثائق واستعمال تجهيزات سيارة غير مطابقة فقد تم تحديد غرامتها الجزافية عند

-سائقي مركبات نقل البضائع التي يفوق وزن حمولتها الإجمالي المرخص به أو يساوي 3500 كلغ.

-سائقي مركبات نقل الأشخاص التي تشتمل على أكثر من تسعة (9) مقاعد باحتساب مقعد السائق

ووضع العقوبات التي يمكن أن تقع على السائق في حالة عدم التزامه بذلك، حيث حدّدها بعقوبة قد تصل إلى 3 سنوات سجن وغرامة قد تصل إلى 200000 دج، وهذا كتدبير ردعي تقاديا للحوادث التي يمكن أن تقع بسبب طول المسافة ومشقة السفر، وكذلك عدم أخذ الكفاية من الراحة والتي تقلل من تركيز السائق.

ورغم كل هذه الإجراءات والتدابير الصارمة والردعية، لم يغب كل هذا عن تزايد حوادث المرور التي أضحت ظاهرة تثير القلق، مما جعل المشرع الجزائري يُصعد في كل مرة الإجراءات الردعية أملا في التخفيف من حدة هذه الظاهرة، ويتضح لنا ذلك جليا في آخر قانون صدر لحد الساعة، وهو القانون رقم 05-17 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1438 الموافق 16 فبراير سنة 2017، يعدل ويتمم القانون رقم 01-14 المؤرخ في 2001، المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها<sup>(22)</sup>. احتوى هذا القانون على 18مادة، حيث تم فيه اتخاذ إجراءات صارمة، من أهمها:

---

<sup>22</sup>. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 12، السنة 54، 22 فبراير 2017، ص 3.

بدأ سريان مفعول هذا القانون ابتداءً من الأول يناير 2010. وفي سنة 2011 تم إصدار المرسوم التنفيذي رقم 11-376 المؤرخ في 16 ذي الحجة عام 1432 الموافق لـ 12 نوفمبر سنة 2011، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 04-381.<sup>(20)</sup> احتوى على 12 مادة، تم التطرق فيه لموضوع رخصة السياقة الاختبارية ورخصة السياقة والرخصة بالنقاط وشهادة الكفاءة المهنية، وهذا بشكل تفصيلي أكثر. وقد أكد هذا المرسوم على أن الأحكام الواردة فيه لا تدخل حيز التنفيذ إلا بعد سنة من نشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية.

وفي سنة 2013 صدر القانون رقم 13-08 المؤرخ في 27 صفر عام 1435 الموافق لـ 30 ديسمبر سنة 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014<sup>(21)</sup> تم التطرق فيه لموضوع المرور ضمن بعض مواد، حيث احتوى هذا القانون على 95 مادة، من ضمنها ثلاث مواد تناولت موضوع المرور، المادتين 69 و 70 جاءتا لتُعدّلا وتُتمما على التوالي المواد 49 و 66 من القانون رقم 01-14 المؤرخ في 19 غشت سنة 2001 والمتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها، أما المادة 71 فقد أضيفت إلى نفس القانون (01-14).

ركز المُشرّع فيها على مدة السياقة ومدة الراحة بالنسبة للحالتين التاليتين:

---

20. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 62، السنة 48، 20 نوفمبر 2011، ص5.

21. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 68، السنة 50، 31 ديسمبر 2013، ص3.

ورغم هذه التعديلات والإضافات، إلا أن هذا القانون بقي قاصرا، ولم يحل المشكلة الأساسية، وهي التخفيف من حوادث المرور، هذا ما أدى إلى إصدار الأمر رقم 03-09 المؤرخ في 29 رجب عام 1430 الموافق لـ 22 يوليو سنة 2009، والمعدل والمتمم للقانون رقم 01-14 لسنة 2001 المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها<sup>(18)</sup>. احتوى على 14 مادة، وقد جاء هذا القانون بهدف تحديد القواعد المتعلقة بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها خاصة: تقليص وضعية انعدام الأمن في الطرقات. -تحديد قواعد استعمال المسالك العمومية وكيفيات ضبط حركة المرور عبر الطرق وسيولها. -توفير شروط تطوير متوازن لنقل نوعي في إطار المصلحة العامة. -تحديد إطار مؤسستي يكلف بوضعه حيز التنفيذ. -إقامة تدابير ردعية في مجال عدم احترام القواعد الخاصة بحركة المرور عبر الطرق<sup>(19)</sup>.

كما وضح المخالفات من الدرجات الأولى الثانية الثالثة والرابعة، وأيضا الجرح والعقوبات المترتبة عنهم وإجراءات تنفيذها، وتميز بالصرامة، حيث نص في المادة 68، الفقرة الثانية، على عقوبة قد تصل إلى 10 سنوات سجن وغرامة قد تصل إلى 1000000 دج.

---

18. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 45، السنة 46، 29 يوليو 2009، ص 4.

19. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 45، مرجع سابق، ص 4.



- خضوع السيارات قبل وضعها للسير لأول مرة داخل التراب الوطني للمراقبة للتأكد من مطابقتها للمواصفات التقنية.
  - وجوب تسليم كل مالك سيارة بطاقته الرمادية لمصالح ولاية مقر تسجيلها في غضون 3 أشهر من تاريخ إصدار محضر عدم صلاحيتها للسير من طرف المصالح التقنية.
  - خضوع كل متحصل جديد على رخصة سياقة لفترة تدريبية مدتها سنتان، تسلم له خلال هذه الفترة شهادة قيادة مؤقتة صالحة للاستعمال.
  - وضع الممهلات بعد ترخيص من الوالي بناء على اقتراح من رئيس المجلس الشعبي البلدي، وضرورة وضعها بمقاييس ومعايير موحدة.
  - رفع قيم الغرامات الجزافية المتعلقة بالمخالفات.
  - توسيع مجال سحب رخص السياقة بتوضيح الحالات التي تؤدي إلى ذلك وحتى الحالات التي تؤدي إلى إلغائها.
- وبعد هذا القانون وفي نفس الشهر والسنة تم إصدار مرسوم تنفيذي رقم 381-04 مؤرخ في 15 شوال عام 1425 الموافق لـ 28 نوفمبر سنة 2004، يحدد قواعد حركة المرور عبر الطرق<sup>(17)</sup>. احتوى على 315 مادة، وقد أوضح بعض المفاهيم الخاصة بالطريق والمركبة وحدد القواعد المطبقة على جميع مستعملي الطريق، كما بيّن طرق وكيفيات إثبات المخالفات التي يقع فيها مستعملي الطريق وما يترتب عنها من عقوبات.

---

17. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 76، السنة 41، 28 نوفمبر 2004، ص 6.

وفي سنة 2004 صدر قانون آخر يتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها وهو القانون رقم 04-16 المؤرخ في 27 رمضان عام 1425، الموافق لـ 10 نوفمبر سنة 2004، المعدل والمتمم للقانون رقم 01-14 السابق<sup>(16)</sup>. ضم هذا القانون 25 مادة، وقد جاء هذا القانون ليدعم المنظومة التشريعية المتعلقة بحركة المرور (لأنه ضمن القوانين التنظيمية وليس التشريعية)، واتخذ صبغة أكثر صرامة، وُسِّعت من خلاله حالات سحب رخص السياقة وأزال الغموض على نقاط عديدة في القانون 01-14

وقد تميز هذا القانون بالدقة والصرامة أكثر من القانون الذي سبقه، إذ وضحت مواده العديد من النقاط التي كان يشوبها الغموض في القانون رقم 01-14، وأضافت بعض النقاط وهذا تبعا لمستجدات تلك الفترة من وجهة نظر واضعي القانون، وكان أهم ما جاء به:

- إجبارية حيازة كل سيارة على محضر للمراقبة التقنية.
- احترام المسافة الأمنية المحددة بين السيارات.
- تحديد السن القانونية لقيادة المركبات ذات الوزن الثقيل بـ 25 سنة.
- إجبارية تجهيز كل مركبة لنقل الحاويات بنظام ترسيخ قطع الزاوية.
- تخصيص شريط التوقف الإستعجالي للحالات المستعجلة ومنع المركبات الأخرى من المرور أو التوقف بها.

---

16. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 72، السنة 41، 13 نوفمبر 2004، ص3.

بعدها بسنة جاء المرسوم رقم 88-06 المؤرخ في 29 جمادى الأولى 1408 الموافق لـ 19 يناير 1988، يحدد القواعد الخاصة بحركة المرور (13). وتضمن 323 مادة.

### ثالثا: تطور قانون المرور ما بين 2001 إلى 2017

ظل قانون المرور السابق دون أي تعديل جديد إلى غاية سنة 2001 حيث تم إصدار قانونين في نفس الشهر، الأول هو قانون رقم 01-13 المؤرخ في 17 جمادى الأولى 1422 الموافق لـ 7 غشت 2001، تضمن توجيه النقل البري وتنظيمه<sup>(14)</sup>. ضم هذا القانون 67 مادة، حيث حدد من خلالها المبادئ والقواعد العامة التي تحكم نشاط النقل البري للأشخاص والبضائع والمخالفات والعقوبات المترتبة عن هذه العملية.

والثاني هو قانون رقم 01-14 المؤرخ في 29 جمادى الأولى 1422 الموافق لـ 19 غشت 2001، يتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها<sup>(15)</sup>.

ضم هذا القانون 140 مادة، ألغى بموجب مادته 139 القانون رقم 87-09، مبقيا على النصوص التي لا تتعارض معه، وقد هدف من خلال مواده إلى تحديد الشروط المتعلقة بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها.

---

13. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 3، السنة 25، 20 يناير 1988، ص 58.

14. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، السنة 38، 8 غشت 2001، ص 4.

15. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46، السنة 38، 19 غشت 2001، ص 4.

- ضرورة الصيانة والمراقبة الدورية لجميع السيارات، ولهذا الغرض أنشئت المراقبة التقنية للسيارات.
  - ضرورة استعمال حزام الأمن.
  - منع نقل الأطفال التي تقل أعمارهم عن 10 سنوات في الأماكن الأمامية.
  - تكفل الدولة بترقية سياسة خاصة بالوقاية والأمن في الطريق من خلال الحملات التوعوية الدورية وتربية وإعلام المواطن من أجل ترقية الانضباط في استعمال الطرق العمومية، وكذلك التهيئة الملائمة للمنشآت الأساسية للطرق.
  - تعليم قواعد المرور والوقاية والأمن في الطرق داخل المؤسسات.
  - إنشاء لجنة وطنية ولجان ولائية للوقاية وأمن الطرق.
  - رفع قيم الغرامات المالية.
- ومن خلال هذا القانون تظهر لنا الجدية في سن أحكام تنظيم حركة المرور وسلامتها، إلا أن هذه المصادقية والنية المبدولة لم تغط كل النقائص، ولم تستطع احتواء الظاهرة والحد من حوادث المرور، خاصة مع التطورات والتغيرات التي حصلت في مختلف مجالات الحياة، و بروز ظواهر جديدة كانتشار الهاتف النقال واستعمال سماعات التصنت الإذاعي.

### ❖ أمر رقم 84-01

مؤرخ في 28 ربيع الأول 1404 الموافق لـ 2 يناير 1984، عدل بعض مواد الأمر 74-107 المتضمن قانون المرور<sup>(11)</sup>.

ضم هذا القانون مادتين، عدّل بموجب الأولى منه كل من المواد رقم 241 إلى 261، 267، 275، 281 إلى 286، 288 و 289، وقد ركز في هذا التعديل على رفع الحد الأدنى من قيم الغرامات الجزافية المترتبة عن مختلف المخالفات.

لم يختلف الأمر 84-01 عن سابقه في إيجاد سبيل للحد من حوادث المرور المتزايدة وما ينتج عنها من أعداد كبيرة في الجرحى والقتلى، مما أوجب استصدار قانون جديد علّه يحقق الهدف المنشود والمتمثل في إيجاد استراتيجيات للحفاظ على سلامة وأمن المواطنين.

### ❖ قانون رقم 87-09

مؤرخ في 11 جمادى الثانية 1407 الموافق لـ 10 فبراير 1987، تعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها، احتوى على 95 مادة، ألغى بموجب المادة 94 منه الأمر 74-107<sup>(12)</sup>، ومن بين الأحكام الجديدة التي جاء بها:

- إجبارية الفحص الطبي الدوري للسائق.

---

11. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد الأول، السنة 21، 3 يناير 1984، ص 4.

12. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 7، السنة 24، 11 فبراير 1987، ص 225.

ودون تغيير<sup>(9)</sup> ، وبهذا لم يكن هناك أي تغيير في قيم الغرامات الجزافية ولا العقوبات. وقد ضم هذا الأمر 322 مادة. لم يأت هذا الأمر بجديد، مما جعل المسؤولين يعيدون النظر فيه وفي تعديله، وهذا من خلال الأمر 60-75.

❖ أمر رقم 60-75

مؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، جاء ليعدل ويتم الأمر 74-107، بدأ سريان مفعوله ابتداء من نشره في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، وذلك بتاريخ 3 أكتوبر 1975.<sup>(10)</sup> تضمن ثلاثة مواد، نصت المادة الثانية منه على تعديل المادتين 241 و 242 من الأمر 74-107 من خلال إدراج إجبارية الكشف عن نسبة تواجد الكحول في الدم لكل شخص يقود مركبة في حالة سكر، وتحديد العقوبة الخاصة بها، ومن جهة أخرى نصت هذه المادة على العقوبة المعدة لكل سائق ارتكب أو تسبب في ارتكاب حادث وحاول الهروب للإفلات من المسؤولية الجزائرية أو المدنية والعقوبات المعدة لها في حالات ارتكاب السائق جريمة القتل الخطأ أو الجرح الخطأ. وظل العمل بهذا القانون مستمرا دون أي تعديل إلى غاية سنة 1984 حيث جاء . أمر رقم 84-01.

<sup>9</sup> الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 104، السنة 11، 27 ديسمبر 1974، ص 1306.

<sup>10</sup> الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 79، السنة 12، 3 أكتوبر 1975، ص 1062.

الكتاب الثاني والذي ضم أحكاما مختلفة ورد فيه ثلاثة أبواب كما يلي:  
الباب الأول: توقيف مفعول رخصة السياقة.  
الباب الثاني: توقيف بعض المركبات ووضعها في الحظيرة وسحبها من السير.

الباب الثالث: أحكام إنتقالية ومختلفة.<sup>(8)</sup>  
وقد جاءت كل هذه الأحكام والخاصة بقانون المرور مفصلة من خلال 260 مادة. وقد ورد ضمن مواده عقوبة السجن لمدة تتراوح بين ثلاثة و 30 شهرا كأقصى عقوبة قد يتعرض لها السائق، في حين حدد المبلغ المتراوح بين 2000 و 60000 دج كأقصى غرامة مالية يمكن أن يدفعها المخالف.

وبما أنه القانون الأول الذي سنته الدولة بعد الاستقلال فمن الطبيعي أن يكون فيه نقائص أو أمور تتطلب التعديل، وهذا ما جرى، ففي سنة 1974 جاء التعديل في قانون المرور على شكل أمر رقم 74-107 .

#### ❖ أمر رقم 74-107

مؤرخ في 22 ذي القعدة 1394، الموافق لـ 06 ديسمبر 1974، تضمن قانون المرور، بدأ سريان مفعوله ابتداءا من 27 ديسمبر 1974. وقد ألغى هذا الأمر بموجب المادة الثالثة الأمر السابق رقم 71-15 المؤرخ في 9 صفر 1391 الموافق لـ 5 أبريل 1971 والمتضمن قانون المرور، غير انه خلافا للأحكام السابقة تبقى النصوص المتخذة تطبيقا للأمر المؤرخ في 9 صفر 1391 الموافق لـ 5 أبريل 1971 سارية المفعول

<sup>8</sup>. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد33، مرجع سابق، ص 483.

والكتاب الثاني والذي يضم أحكاما مختلفة.  
الكتاب الأول الخاص بشروط المرور والتعاريف ورد فيه ثمانية أبواب  
ضمت ما يلي:  
الباب الأول: الأحكام العامة المتعلقة بالمرور عبر الطرق والمطبعة على  
جميع مستعملي الطريق<sup>(7)</sup>.  
(الجريدة الرسمية، 23 افريل 1971، ص 482).  
الباب الثاني: الأحكام الخاصة المطبقة على السيارات بما فيها الحافلات  
ومجموعة المركبات.  
الباب الثالث: الأحكام الخاصة المطبقة على المركبات والآلات الزراعية  
ومعدات الأشغال العمومية وبعض الآليات الخاصة.  
الباب الرابع: الأحكام الخاصة المطبقة على الدراجات النارية والدراجات  
الخفيفة الآلية والدراجات الآلية الثلاثية الأطر والرباعية الأطر  
ومقطوراتها.  
الباب الخامس: الأحكام الخاصة المطبقة على الدراجات والآليات  
ومقطوراتها.  
الباب السادس: الأحكام الخاصة المطبقة على مركبات الجر بالحيوانات  
ومركبات الجر بالأيدي.  
الباب السابع: الأحكام الخاصة المطبقة على المشاة وعلى سيطرة  
الحيوانات غير المقرونة.  
الباب الثامن: تعليم قيادة المركبات ذات المحرك.

---

7. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 33، مرجع سابق، ص 482.



مادته الأولى أن قانون المرور يتألف من الأحكام التشريعية والتنظيمية الملحقة بهذا الأمر والمتعلقة بحماية الطريق العمومي وبشرطة المرور والسير.

وبموجب المادة الثالثة منه ألغى كل المراسيم، القوانين والأوامر المتعلقة بتنظيم ومراقبة حركة المرور الموروثة من فرنسا، بدءاً بالمرسوم المؤرخ في 14 ديسمبر 1886، وصولاً إلى المرسوم 61-93 المؤرخ في 21 يناير 1961<sup>(6)</sup>.

وحسب ما ورد في الجريدة الرسمية جاء قانون المرور مفصلاً كما يلي:

الجزء الأول خاص بالأحكام الجزائية التي بدورها ضمت أربعة أبواب:

-الباب الأول: خاص بمخالفات القواعد المتعلقة بقيادة المركبات والحيوانات، وضم الباب الأول لوحده فصلين، الفصل الأول جاء فيه نظام العقوبات العامة، والفصل الثاني جاء فيه نظام العقوبات الخاصة.

-الباب الثاني: ورد فيه الأحكام المتعلقة برخصة القيادة.

-الباب الثالث: ورد فيه أحكام عامة.

-الباب الرابع: خاص بتعليم قيادة المركبات ذات المحرك.

الجزء الثاني والذي ورد فيه القواعد الإدارية والتقنية الخاصة بالمرور عبر الطرق والمطابقة على مختلف مستعملي الطريق.

وقد قُسم هذا الجزء إلى عنصرين تحت مسمى الكتاب الأول، والذي يحتوي على شروط المرور والتعاريف

---

<sup>6</sup> الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد33، السنة الثامنة، 23 أبريل 1971، ص 482.

فبعد الاستقلال لم يكن بوسع الدولة الجزائرية سن قوانين متكاملة فيما بينهما وملائمة مع الواقع، حيث كانت حديثة العهد بالاستقلال، لذا اكتفت باتخاذ تدابير أولية تهدف إلى الإستفادة من التجربة الفرنسية مادامت لا تتعارض مع السيادة الوطنية، حيث قامت بإصدار الأمر رقم 157-62 بتاريخ 31 ديسمبر 1962 والمتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية<sup>(5)</sup>، الذي نص على أن جميع القوانين التي كانت مطبقة من قبل في الجزائر قبل الاستعمار تبقى سارية المفعول ما لم تمس السيادة الوطنية، وهذا إلى حين سن قوانين جديدة.

وقد مس هذا الأمر بطبيعة الحال الجانب الخاص بقانون المرور، حيث ظلت القوانين الفرنسية الخاصة بقانون المرور والمعمول بها سابقا سارية المفعول إلى غاية سنة 1971، أين تم إصدار أول قانون مرور تسنه الدولة الجزائرية المستقلة، ومنذ ذلك الحين عرفت الأطر القانونية المنظمة لحركة المرور في الجزائر تطورا مستمرا، وتوالت التعديلات القانونية التي من شأنها مواكبة المستجدات الحاصلة في المجتمع.

**ثانيا: تطور قانون المرور ما بين سنة 1971 و 1988**

❖ **أمر رقم 71-15**

مؤرخ في 9 صفر 1391، الموافق لـ 5 أفريل 1971، يتضمن قانون المرور، بدأ سريان مفعوله ابتداءً من الأول يوليو 1971، وقد جاء في

---

5. Journal officiel de la république algérienne démocratique et populaire, 2<sup>ème</sup> année, n°2, 11 janvier 1963, p 18.

وبالفعل، جاء قانون المرور لينظم وييسر استعمال الطريق لجميع المساهمين في حركة المرور، وذلك بعدل ودون انتقاء أو إقصاء، إلا أن الفوضى المرورية تقل من فاعلية بنود من قانون المرور، وتساهم في انتشار السلوكيات المهددة للأمان المروري، لذلك توالى تعديلات قانون المرور من فترة لأخرى حسب المستجدات التي تطرأ على التفاعل المروري في الحياة الاجتماعية بكل عناصره .

**المبحث الثاني: تطور قانون المرور في الجزائر ومسألة الضبط المروري**

**المطلب الأول: مسار قانون المرور في ضبط السلوك المروري**

**أولاً: تطور قانون المرور بُعيد الاستقلال**

أولت الجزائر بعد استقلالها أهمية لاستعمال شبكة الطرق وهذا من خلال إصدار القوانين والتشريعات التي تنظم حركة المرور قصد ضمان تنقل مستعمليها بكل سلامة وأمان، وعملت في كل مرة على مراجعتها وتعديلها بما يتوافق مع التطورات والمستجدات الحاصلة في المجتمع، فمع تزايد الكثافة السكانية وارتفاع الحظيرة الوطنية للمركبات، كان لزاماً على الدولة اتخاذ إجراءات وتدابير لحماية أمن وسلامة مواطنيها من الكم المتزايد من الحوادث الحاصل، وهذا من خلال سن القوانين المنظمة لحركة المرور وتحسين البنية التحتية للطرق، وهذا ما نلاحظه من خلال التطور المستمر للمنظومة التشريعية المتعلقة بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها وأمنها منذ الاستقلال إلى يومنا هذا.

## **ثانيا: ضبط حركة المرور**

عموما عند استفحال السلوكيات المرورية الخطرة في المجتمع نعود مباشرة إلى التفكير في دور عملية الضبط المروري كركيزة أساسية في إرساء مبادئ السلامة المرورية بمفهومها الواسع، والحقيقة أن الضبط المروري هو قاعدة السلامة المرورية، ويشتمل على عناصر ثلاثة مترابطة ومتكاملة لأداء وظيفة سامية، وهي تحقيق الأمن المروري على أرض الواقع.

### **أ- الضبط الذاتي:**

لابد لمستعمل الطريق سواء كان سائقا أم راجلا أن تكون لديه دراية واسعة بالسلوكيات الآمنة في استعمال الطريق، وأن تكون له القابلية والاستعداد لتجسيدها، فمستعمل الطريق كفرد يجب أن يعي بذاته وما يحيط به أثناء استعمال الطريق، أن يتصرف بشكل يصون أمنه وأمن مستعملي الطريق بصفة عامة.

**ب- الضبط الاجتماعي:** المجتمع هو مجموعة من الأفراد يشكلون أثناء تفاعلهم السلوك الاجتماعي، في إطار القيم والمعايير والعادات الاجتماعية السائدة، فحينما يسلك عدد معتبر من أفراد المجتمع سلوكيات مرورية غير آمنة، فإن تلك السلوكيات تصبح من سمات ذلك المجتمع، وتحتاج إلى تفعيل عناصر الضبط الاجتماعي.

### **ج: الضبط التنظيمي**

ويقصد به دور قانون المرور ورجال المرور في ردع مرتكبي المخالفات المرورية، وضمان الإلتزام ببنود قانون المرور.

## - الفوضى المرورية:

تعني الفوضى المرورية كل سلوك أو إجراء مادي أو معنوي يؤثر سلبا على أمان وسيرورة حركة المرور بكل عناصرها، ومن الناحية العملية تبرز من خلال تصرفات مستعملي الطريق المنافية لقواعد السلامة المرورية التي يحددها قانون المرور في بنوده.

### المطلب الثاني: قانون المرور والضبط المروري

#### أولا: مفهوم قانون المرور

هو مجموعة القواعد القانونية الهادفة إلى تحديد الشروط المتعلقة بتنظيم حركة المرور وأمنها، واستعمال الطرق العمومية بصفة تحقق إشباع حاجات الأفراد وضمان أمنهم وسلامتهم، وبكلمة أدق، يبين هذا القانون حقوق وواجبات مستعملي الطريق بصفة دقيقة لضمان الاستعمال العادل للطريق، حيث يهدف قانون المرور إلى ضبط سلوك مستعملي الطريق وتوفير الأمن والسلامة بها، والمحافظة على سيرورة الحركة المرورية<sup>(4)</sup>....

وعليه، فإن قانون المرور يعتبر بمثابة إجراءات تؤسس لتفاعل مروري آمن ومتوازن للجميع، في إطار العدل في استخدام عناصر البيئة المرورية بين مستعملي الطريق، وأن أي إخلال بقواعد المرور سيؤدي لا محالة إلى بروز فوضى مرورية متعددة الجوانب والأشكال.

---

4. بوظيفة حمو وآخرون: فعالية قانون المرور الجديد . مجلة الوقاية و الأرغومييا ، العدد 1 ، 2007 . ص. 9 .

طرف من الأطراف المشاركة في الحادث، وينتج عنه إزهاق للأرواح أو خسارة في الممتلكات أو إصابة في الأجسام»<sup>(2)</sup> .  
تتفق جل التعاريف على أنّ الحوادث المرورية مُفاجئة، وأن الأفراد يتورطون فيها بدون دراية أو توقع مسبق وعليه نُعرّف حوادث المرور: بأنها كل الإصابات الناجمة عن استخدام المركبة أثناء سيرها تحت ظروف معينة وينتج عنها آثار مدمرة للأرواح و/أو الممتلكات.

### ثانياً: أسباب حوادث المرور في الجزائر:

تقسم أسباب حوادث المرور في الجزائر إلى مباشرة وغير مباشرة ، والتي سنعرضها حسب الإحصائيات الرسمية على النحو التالي<sup>(3)</sup>: .

- الأسباب المباشرة هي الأسباب المتعلقة أساسا البشري، وحسب الإحصائيات المتوفرة يتحمل السائق نسبة 89.43% من حوادث المرور.
- الأسباب غير المباشرة هي التي تتعلق أساسا بالمركبة والطريق والمحيط وخصائصه.حيث تمثل نسبة 10.57% من إجمالي عدد حوادث المرور .

وبالتالي، يمكن أن التأكيد على أهمية مساهمة العوامل البشرية في تفاقم مشكلة الحوادث المرورية في الجزائر، والتي ترجع أساسا إلى مخالفات وأخطاء سلوكية يجسدها الأفراد والجماعات، حتى شكلت ما يسمى بالفوضى المرورية.

<sup>2</sup>. بن محسن محمد الصبحي عبد العزيز: مرجع سابق، ص 29 .

<sup>3</sup>. المركز الوطني للوقاية والأمن عبر الطرق: إحصاءات الحوادث المرورية ، 2004 - 2014.

## المبحث الأول: المشكلة المرورية وأبعادها

### المطلب الأول: ماهية المشكلة المرورية

تعد المشكلة المرورية عالمية وتمس جميع الأفراد في مختلف الأقطار والبلدان النامية منها والمتقدمة، برزت نتيجة للاستعمال المكثف لوسائل النقل، مما خلف تفاقم في حجم حركة المرور، خاصة في ظل تزايد معدلات تملك المركبات وحاجة الأفراد إلى التنقلات الكثيرة والمتكررة، كما أن هناك توسع وامتداد في حجم التجمعات السكنية، وللمشكلة المرورية عدة عناصر وامتدادات، ومن أبرز عناصرها الحوادث المرورية والاختناق المروري، الضوضاء والتلوث وقصور النقل العام في المدن.

### أولاً: مفهوم الحوادث المرورية

لقد صدرت تعاريف عديدة للحادثة المرورية، ولعل من أبرزها ما يأتي:

أ : يعرف حادث المرور حسب السيد عبد الجليل على أنه « جميع الحوادث التي ينتج عنها إزهاق للأرواح أو إصابات في الأجسام أو خسائر في الأموال أو جميع ذلك من جراء استعمال المركبة »<sup>(1)</sup>.

ب : يقول المطيري « الحادث المروري هو كل ما يحدث للمركبة أو فيها أثناء سيرها بسبب توافر ظروف معينة، ودون توقع أو تدبير سابق من أي

---

<sup>1</sup> . بن محسن محمد الصبحي عبد العزيز: الآثار الاجتماعية للحوادث المرورية في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، الرياض، 1998 . ص. 28 .

السلطة العامة، والقانون بهذا المعنى ليس إلا مجموعة من القواعد، فالقاعدة هي الوحدة أو الخلية التي يتكون منها.

تبرز الفوضى المرورية والتخلف المعنوي في الجانب المروري بشكل واضح في صورة التّعدي على قانون المرور، وقد يكون فرديا أو جماعيا، وهذا ما نراه في مواكب الأفراح أين يُخترق قانون المرور في إطار جماعات وبشكل مقصود، كما يتجلى التخلف المعنوي أيضا في سلوكات مرورية غير مسؤولة يقوم بها السواق والمشاة عن وعي وإدراك تتنافى و قواعد السلامة المرورية.

إن تنامي سلوكات الفوضى المرورية يؤدي بنا إلى التفكير في ضرورة حدوث تحول ذهني للأفراد قصد الاستعمال السليم للتقنيات الحديثة، ومن بينها المركبة وخصائص الطرقات الحديثة، الشيء الذي يساهم في تجسيد سلوكات مرورية منضبطة تتوافق مع بنود قانون المرور، حتى يتم التقليل من وقوع الحوادث المرورية. وبالمقابل فإنّ عدم حدوث هذا التحوّل يجعل الفرد يعيش صراعا بين ما يحمله من قناعات ومبادئ اجتماعية من جهة، وخصوصية المركبة وشروط استعمالها الآمن من جهة أخرى، وهذا ما ينعكس على الجانب النفسي الاجتماعي للفرد، والذي يظهر جليا في سلوكه المروري اليومي الذي يتسم بالفوضى وعدم التقيد بمبادئ السلامة المرورية، وبهذا يتورط مستعملو الطريق في عدد مُعتبر من الحوادث المرورية بوجه ما.



## **THE ROLE OF TRAFFIC LAW IN REDUCING TRAFFIC CHAOS AND CONTROLLING TRAFFIC IN ALGERIA**

*Dr. Saad Eddine Boutebal*

### **ABSTRACT**

Traffic chaos has become represents an obsession for all members of society, has become one of the most important issues that the effects of the various areas of social life, daily work to find practical solutions and suggestions to try to reduce these accidents or at the very least causes Mitigate accessories, not only based on certain disciplines embodied in reality guaranteed the actual application and strict traffic law, work on the voluntary commitment and automatic for items by road users.

**Keywords :** *traffic law, traffic chaos, traffic behavior, traffic prevention*

### **مقدمة:**

تتولى القواعد القانونية أساسا بعملية تنظيم العلاقات القائمة بين الأفراد في المجتمع وتحقيق الطمأنينة والأمان الاجتماعي العام، ونستخلص من هذا أن القاعدة القانونية هي قاعدة للسلوك الاجتماعي بصفة عامة، فالقانون في مجمله هو مجموعة من القواعد التي تحكم وتنظم سلوك الأفراد في الجماعة وتوفق بين مصالحهم، والتي يفرض على مخالفيها جزاء توقعه

## دور قانون المرور في الحد من الفوضى المرورية وضبط حركة السير في الجزائر

سعد الدين بوطبال<sup>1</sup>

### ملخص:

أصبحت الفوضى المرورية تمثل هاجساً لكافة أفراد المجتمع، إذ صارت واحدة من أهم المشكلات التي تمتد آثارها إلى مختلف مجالات الحياة الاجتماعية اليومية، أصبح لزاماً العمل على إيجاد الحلول والاقتراحات العملية لمحاولة التقليل من هذه الحوادث أو على أقل تقدير معالجة أسبابها والتخفيف من تواجدها، ولا يتأتى ذلك إلا بالاعتماد على ضوابط معينة مجسدة على أرض الواقع يضمنها التطبيق الفعلي والصارم لقانون المرور، والعمل على الالتزام الطوعي والتلقائي لبنوده من طرف مستعملي الطريق.

**كلمات مفتاحية:** قانون المرور، الفوضى المرورية، السلوك المروري، الوقاية المرورية.

---

Faculty of Social and Human Sciences, Khemis Miliana University Algeria [s.boutebal@univ-dbk.m.dz](mailto:s.boutebal@univ-dbk.m.dz)  
ORCID Number: 0000-0001-5894-7983

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih (تاريخ إرسال البحث) : 11.02.2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih (تاريخ قبول البحث) : 14.07.2019



société de l'information, en particulier du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique").

- Décret n° 92-280 du 27 mars 1992 pris pour l'application des articles 27 et 33 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 et fixant les principes généraux définissant les obligations des éditeurs de services en matière de publicité, de parrainage et de téléachat. Créé par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 84 Abrogé par Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 - art. 34 (V)
- Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique, JORF, n° L 178 du 17/07/2000 p. 0001 – 0016.

- مرسوم تنفيذي رقم 405/13 المؤرخ في 2 ديسمبر 2013، (ج.ر. عدد 60، الصادر بتاريخ 2 ديسمبر 2013)، يتضمن الموافقة على رخصة إقامة واستغلال شبكة عمومية للمواصلات اللاسلكية من الجيل الثالث وتوفير خدمات المواصلات اللاسلكية للجمهور الممنوحة لشركة «اتصالات الجزائر».
- مرسوم تنفيذي رقم 406/13 مؤرخ في المؤرخ في 2 ديسمبر 2013، (ج.ر. عدد 60، الصادر بتاريخ 2 ديسمبر 2013)، يتضمن الموافقة على رخصة إقامة واستغلال شبكة عمومية للمواصلات اللاسلكية من الجيل الثالث وتوفير خدمات المواصلات اللاسلكية للجمهور الممنوحة لشركة «الوطنية للاتصالات».
- مرسوم تنفيذي رقم 407/13 مؤرخ في المؤرخ في 2 ديسمبر 2013، (ج.ر. عدد 60، الصادر بتاريخ 2 ديسمبر 2013)، يتضمن الموافقة على رخصة إقامة واستغلال شبكة عمومية للمواصلات اللاسلكية من الجيل الثالث وتوفير خدمات المواصلات اللاسلكية للجمهور الممنوحة لشركة «أوراسكوم تليكوم الجزائر».
- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 05، سنة 1990،

## ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

### 1- الكتب:

- **POUJOL (M.N)**, la liberté d'expression sur l'internet : aspects de droit internet, R. Dalloz, n°2007, p 598.
- **Jean-Marc Coblence et Jean-Philippe Sala-Martin**, Communication commerciale et publicité sur internet, <http://www.caprioli-avocats.com/fr/informations/publicite>. le 17/01/2018.

### 2- النصوص التشريعية باللغة الفرنسية:

- LOI no 2000-719 du 1er août 2000 modifiant la loi no 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication JORF n°177 du 2 août 2000 page 11903 .
- Loi n° 79-1150 du 29 décembre 1979 relative à la publicité, aux enseignes et préenseignes, Modifié par Loi n°85-729 du 18 juillet 1985 - art. 41 JORF 19 juillet 1985, Abrogé par Ordonnance n°2000-914 du 18 septembre 2000 - art. 5 (V) JORF 21 septembre 2000.
- Directive 2000/31 / CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la

- كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
- 2 **المقالات العلمية:**
  - أشرف جابر سيد، مسؤولية مقدمي خدمات الإنترنت عن المضمون الإلكتروني غير المشروع (دراسة خاصة لمسؤولية متعهدي الإيواء)، مجلة الحقوق جامعة حلوان العدد الثاني والعشرون، 2010.
  - أمنية شوايدية، ضوابط حماية المستهلك من الإشهار الكاذب وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 13-378، مجلة تطوير العلوم الاجتماعية، العدد الثاني عشر، جوان 2015.
  - معتز نزيه المهدي، الالتزام بالسرية والمسؤولية المدنية، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد الصادرة عن كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد 82، 2009.
  - أروى تقوى، المسؤولية المدنية للمواقع الإلكترونية الإعلامية، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية-المجلد- 30 العدد الأول-2014.
- 3 **المقالات العلمية على شبكة الإنترنت:**
  - محمد عبد حسن العامري، جعفر شهيد هاشم، دور وسائل الإعلام الإلكترونية في حماية المستهلك دراسة ميدانية للإعلانات المظلمة في الإنترنت. ص 542. مقال منشور على الموقع <https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=76261> / اطلع عليه بتاريخ 2018/01/12.
  - عبد الفتاح محمود كيلاني، مدى المسؤولية القانونية لمقدمي خدمة الإنترنت، بحث منشور على شبكة الإنترنت، على الموقع [www.flaw.bu.edu.eg/flaw/images/part2](http://www.flaw.bu.edu.eg/flaw/images/part2)
  - عبد المهدي كاضم ناصر، المسؤولية المدنية لوسطاء الإنترنت، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، 2009، ص 230. بحث منشور على الموقع: <http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=13003> Le 4/ 6/2014

#### ثانيا: النصوص التشريعية:

- 1 **القوانين:**
  - القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر عدد 41 صادرة بتاريخ 27 يونيو 2004.
  - القانون رقم 09-04 المؤرخ في 05 غشت 2009، ج.ر عدد 47 الصادرة بتاريخ 16 غشت 2009.
  - القانون 18-05 المؤرخ في 10 مايو 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية جريدة رسمية عدد 28 صادرة بتاريخ 16 مايو 2018.
- 2 **المراسيم التنفيذية:**
  - المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 13 صفر عام 1422 الموافق ل 9 مايو سنة 2001، ج.ر.ج العدد 27.

بالقانون الواجب التطبيق والحلول القانونية، فمن المرجح أن يطلب من القضاة البت في عدد من النقاط في المستقبل القريب.

أما من ناحية التوصيات فمن الواجب على المشرع الجزائري الإسراع في إصدار قانون ينظم الإشهار وخصوصا الإشهار الإلكتروني، في ظل عدم إمكانية إعمال رقابة كافية على شبكة الانترنت، فبعدما كان الإشهار لا يتم إلا من قبل محترفين وبتوافر وسائل مادية وبشرية، أصبح في مقدور أي شخص في وقتنا الحالي أن يعلن عن أي منتج يملكه ولو لم يكن مشروعاً ودون رقابة من احد، كما أنه من الواجب على المشرع التشديد في العقوبات المفروضة على مقدم الخدمة في حالة عدم حذف الإعلانات الخادعة أو التي تتضمن مضامين غير مشروعة، إذ أنه هو المسؤول الأول والأخير عن وجود الإعلانات على شبكة الانترنت.

#### قائمة المصادر:

#### أولاً: المراجع باللغة العربية:

#### 1- الكتب:

- أمية أحمد محمد أحمد، حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 74.
- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2006.
- سمير حامد الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 01، 2006.
- شريف محمد غنام، التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية حقوق الملكية الصناعية والتجارية حقوق الملكية الأدبية والفنية، ابن خلدون للنشر والتوزيع، 2006.
- صلاح محمد أحمد دياب، الحماية القانونية للحياة الخاصة للعامل وضماناتها في ظل الوسائل التكنولوجية الحديثة، دار النهضة العربية، 2007.
- محمود السيد عبد المعطي خيال، الانترنت وبعض الجوانب القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.

مدير النشر أو الناشر، فهو ملزم بالتأكد من صحة المعلومات ومشروعيتها، وفرض عليه في حالة عدم صحة المعلومات القيام بمنح حق الرد للمضروب أو حجبها من الموقع<sup>(76)</sup>. أما المشرع المصري فلم ينص القانون رقم 67/2006 بشأن حماية المستهلك في المادة 07 منه، سوى عن إلزامه في مدة أقصاها سبع أيام منذ اكتشافه أو علمه بوجود عيب في منتج أن يبلغ جهاز حماية المستهلك بهذا العيب.

ويرى الفقه<sup>(77)</sup> أن مورد المحتوى هو المسئول المباشر عن مشروعية الإعلانات التي تتداول عبر الموقع، فإذا كانت الإعلانات التي زود بها متعهد الإيواء كاذبة أو مظلمة أو تضمنت منافسة غير مشروعة، فيعد مسئول عن الأضرار التي سببها الإعلان، كونه هو من يسيطر على هذه الإعلانات، وله كامل الاختيار في نشرها أو عدم نشرها، كما أن مسئوليته قد تكون ظاهرة في حالة بث إعلانات ممنوعة قانونا كالإعلانات الخاصة بالتبغ أو الخاصة بالمشروبات الكحولية أو المنتجات الصيدلانية.

#### **خاتمة:**

من خلال تطرقنا لمسئولية مقدم خدمة الاتصالات عن الإعلانات المضللة أو الخادعة، في ظل القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الالكترونية، فقد استخلصنا مجموعة من النتائج والمتمثلة في أن مقدم الخدمة يكون مسئول فقط في الحالات التي يكون فيها في مركز المعلن، أو يكون عالما بالمحتوى الإعلاني المضلل أو الخادع، وذلك بصور حكم قضائي يقضي بمنع النشر وعدم مشروعية الإشهار، أو صدور أمر من السلطة المختصة بمنع النشر، أو من قبل المتضرر شخصيا، على أن هذا الأخير يلزم بتعويض المعلن في حالة عدم صحة ادعاءاته، كما يكون مقدم الخدمة مسئول وهنا تعتبر المسئولية ثابتة في حقه، في حالة ما إذا كانت عدم مشروعية الإعلان ثابتة كالإشهار الخاص بالتبغ والمشروبات الكحولية، والمنتجات الصيدلانية، فهنا لا يمكنه التنصل من المسئولية، ورغم كل ما تطرقنا إليه وما توصلنا إليه من نتائج، فلا تزال هناك أوجه عدم يقين فيما يتعلق

<sup>76</sup> - المادة 115 من قانون الإعلام 05/12.

<sup>77</sup> - عبد الفتاح محمود كيلاني، مدى المسئولية القانونية لمقدمي خدمة الإنترنت، بحث منشور على شبكة الإنترنت، ص490 على الموقع [www.flaw.bu.edu.eg/flaw/images/part2](http://www.flaw.bu.edu.eg/flaw/images/part2)



فمورد المعلومات هو مصدر المعلومة من خلال أنه هو المسئول عن جمعها سواء كان ذلك مجاناً أو بمقابل، فهو المسئول الأول عن المعلومات التي تبتث على شبكة الإنترنت. ويعرف البعض مورد المعلومات بأنه الشخص الذي يزود الوسطاء الآخرين بالمعلومات والبيانات التي تبتث على الموقع الإلكتروني، فهو الذي يحدد مضمون ما يبتث على الموقع، والبيانات التي يحررها هذا المورد قد تكون في شكل نصوص مكتوبة أو صور أو قطع موسيقية أو علامات تجارية يعلن عنها<sup>(73)</sup>.

ووفقاً لأحكام التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 بشأن التجارة الإلكترونية، فنصت المادة 14 على انتفاء مسؤوليته مورد المعلومات إذا أثبتت أنه لا يعرف مضمون هذه المعلومات غير المشروعة، ولا الوقائع أو الظروف التي نشرت فيها هذه المعلومات، وأن يوقف بث أو نشر هذه المعلومات فور علمه بعدم مشروعيتها، أو منع الاتصال بها أو الحصول عليها<sup>(74)</sup>، لكن هذا الموقف ينطبق في حالة ما إذا لم يكن مورد المعلومة هو نفسه المعلن، ففي هذه الحالة لا يوجد أي شك في مسؤوليته المباشرة كفاعل أصلي عن الإشهار الخادع أو المظلل.

وبالنسبة لموقف المشرع الفرنسي فيعتبر أن مورد المعلومات هو بمثابة مدير النشر فهو يخضع لنفس الالتزامات الملقاة على هذا الأخير، ويلتزم مورد المعلومات باحترام أحكام القانون<sup>(75)</sup>.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فلم ينص على مسؤولية مورد المعلومات، إلا أنه مادام في مركز مدير النشر في وسيلة النشر الإلكترونية فإن مسؤوليته تماثل مسؤولية

73 - شريف محمد غنام، التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص173.

74 - سمير حامد الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط01، 2006، ص311.

عبد المهدي كاضم ناصر، المسؤولية المدنية لوسطاء الانترنت، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، 2009، ص 230. بحث منشور على

الموقع: <http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=13003> Le 4/ 6/2014.

75 - عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص114.

وظاهر، وهو ما تفاداه فعلا المشرع الفرنسي في المادة 6 فقرة 7 من القانون 575/2004 والمتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي<sup>(71)</sup>.

أما عن موقف المشرع الجزائري فقد ألزم مقدمي خدمة الإنترنت في المادة 12 من القانون 04/09 بصفة عامة -ويدخل ضمنهم مقدم خدمة الإيواء- بسحب المضامين غير المشروعة أو عدم السماح بالوصول إليها.

وبالنسبة للمشرع المصري فقد خلا قانون التجارة الإلكترونية المصري من نص يعاقب وسطاء خدمة الإنترنت، في حالة البث غير المشروع لمادة معلوماتية ذات علاقة بالحياة الخاصة، وعاقب فقط على إذاعة محرر أو توقيع الكتروني أو فض شفرة دون مسوغ قانوني، دون موافقة صاحب الشأن وذلك طبقا لنص المادة 30 من هذا القانون.

وفي رأينا فان مسؤولية متعهدي الإيواء تثبت في حالة ما إذا كان الاعتداء غير المشروع ظاهر، كما هو الحال كذلك لمؤجر المنزل الذي يعلم بالغرض الغير المشروع للمستأجر، كاستعماله للعين المؤجرة في الدعارة أو القمار أو لشرب الخمر.

وعلى أساس ذلك فإذا كان وجه عدم المشروعية غير ظاهر فلا يسأل متعهد الإيواء عن الإشهار الممنوع قانونا، وقد تكون المسؤولية ظاهرة في حالة وجود حكم قضائي يقضي بحظر نشر إعلان معين، وحجبه على المواقع الإلكترونية، ويقوم متعهد الإيواء رغم ذلك بالسماح بالنشر، فنكون في هذه الحالة أمام مسؤولية ظاهرة لمتعهد الإيواء.

#### **ثانيا: مسؤولية موردي المعلومات.**

يعرف مورد المعلومات بأنه ذلك الشخص الذي يقوم بتزويد النظام المعلوماتي بالمعلومات التي قام بتأليفها أو جمعها حول موضوع معين، ومن ثمة تكون له سيطرة كاملة على المادة المعلوماتية التي تبث على الشبكة، فهو الذي يقوم بالاختيار ثم التجميع والتوريد حتى تصل إلى الجمهور في صورة مادة معلوماتية على الشبكة<sup>(72)</sup>.

71 - حيث أصبح النص إذا قدر الغير وجود مضمون غير مشروع في موقع يؤويه متعهد الإيواء وأخطر متعهد الإيواء بذلك، واثبت بشكل واضح وظاهر أن المضمون غير مشروع.

72 - عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 114.

4- ويكون ملتزما بالرقابة إذا صدر له أمر قضائي، أي أن التزامه بالرقابة أصبح التزاما خاصا وليس عاما(67).

ومؤدى ذلك عدم وجود المسؤولية عن تحمل التبعية أو المخاطر، بل تقوم فقط في حالة ثبوت الخطأ، حيث يلتزم مورد الخدمة بمجرد بذل العناية لمنع تداول المضمون أو المعلومات المخالفة للقانون وذلك من خلال الجهود اليقظة التي تتناسب وإمكانياته، ولكن مضمون هذه الجهود وصددها يظل أيضا أمرا مبهما، حيث تحظر التوجيهات الأوروبية على الدول الأعضاء بأن تفرض على مقدم الخدمة التزاما عاما بمراقبة المعلومات التي يتولى نقلها أو تخزينها، والبحث النشط عن الوقائع والظروف التي تكشف عن الأنشطة الغير المشروعة(68).

أما عن موقف المشرع الفرنسي نص في المادة 8/43(69) من القانون رقم 719/2000(70) المتعلق بحرية الاتصالات، على قيام مسؤولية مقدمي خدمة الإيواء في حالتين: الأولى إذا أُلزمه القضاء بإلغاء مضمون غير مشروع من شأنه الإضرار بالغير، والثانية إذا أبلغ متعهد الإيواء بإلغاء هذا المضمون ولم يقم بذلك، أي أن القانون تبنى مسؤولية مخففة على متعهد الإيواء إذا جعل الأصل عدم مسؤوليته إلا في حالتين استثنائيتين.

إلا أن الانتقاد الذي وجه إلى هذا الاتجاه، هو أنه ترك سلطة تقدير المضمون غير المشروع للمضروب دون أن يشترط التحقق من جدية هذا الضرر أو إذا كان واضح

67 - فؤاد قاسم مساعد الشعبي، المرجع السابق، ص163.

-voir : POUJOL (N), la liberté d'expression sur l'internet : aspects de droit internet, recueil Dalloz, n°9 , 2007, p 594.

68 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص203، 204.

69 - Article 43-8. -« Les personnes physiques ou morales qui assurent, à titre gratuit ou onéreux, le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature accessibles par ces services, ne sont pénalement ou civilement responsables du fait du contenu de ces services que :

si, ayant été saisies par une autorité judiciaire, elles n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu».

70- LOI no 2000-719 du 1er août 2000 modifiant la loi no 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication JORF n°177 du 2 août 2000 page 11903 .

### أولاً: مقدم خدمة الاستضافة

إن متعهد الإيواء أو مقدم خدمة الاستضافة هو كل شخص طبيعي أو معنوي يتولى تخزين التطبيقات والسجلات المعلوماتية لعملائه، ويمدهم بالوسائل التقنية والمعلوماتية التي تمكنهم من الوصول إلى ذلك المخزون عبر الإنترنت<sup>(63)</sup>، ويتم تخزين صفحات الويب على حاسباته الخادمة مقابل أجر، فهو بمثابة مؤجر لمكان على الشبكة، للمستأجر (الناشر) والذي ينشر عليه ما يريد من نصوص أو صور أو ينظم مؤتمرات مناقشة أو ينشئ روابط من المواقع الأخرى<sup>(64)</sup>.

والقول بأننا أمام عقد إيجار غير مستساغ، لأن المؤجر لا يسأل عما يقوم به المستأجر، بينما متعهد الإيواء يسأل قانوناً في حالات معينة، ومن ذلك إيوائه لمواقع دون تحديد هوية أصحابها، فهو ملزم باليقظة تجاه المواقع التي يؤويها وملتزم بالإعلام والتبصير لهم عن عدم بث المضامين الغير المشروعة<sup>(65)</sup>.

وتثار مسؤولية متعهد الإيواء كما هو الحال في مسؤولية مقدم الخدمة، وقد جاءت التوجيهات الأوروبية الصادرة في 08 يونيو 2000 بشأن التجارة الإلكترونية، لتضع نظاماً وجب على الدول الأعضاء مراعاته، وعل أساس هذه التوجيهات فلا تقوم مسؤولية مقدم خدمة الإيواء إلا بشروط معينة وهي:

1- ثبوت علمه الفعلي بالمضمون غير المشروع للموقع الذي يؤويه، هذا بالنسبة للمسؤولية الجزائرية أما المسؤولية عن طلب التعويض فيكفي أن يكون النشاط غير مشروع ظاهراً.

2- أن تكون لديه الوسائل التي تمكنه من غلق الموقع الذي يتولى إيوائه أو منع الوصول إليه أو سحب المعلومة الغير المشروعة.

3- اتخاذ موقف سلبي رغم علمه وإمكانياته في اتخاذ ما يلزم على النحو السابق<sup>(66)</sup>.

63- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص202.

64- عيد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص100.

65- فؤاد قاسم مساعد الشعبي، المرجع السابق، ص163.

66- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص203.

7- الإعلان عن العتاد والتجهيزات والمنتجات الحساسة: نظمها المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 09-410(59) الذي يحدد قواعد الأمن المطبقة على النشاطات المنصبة على التجهيزات الحساسة، وعرفت المادة 02 من المرسوم التجهيزات الحساسة على أنها: "يقصد بالتجهيزات الحساسة في مفهوم هذا المرسوم، كل عتاد يمكن أن يمس استعماله غير المشروع بالأمن وبالنظام العام".

وقد حدد الملحق قائمة التجهيزات الحساسة ويعتبر من قبيل التجهيزات الحساسة تجهيزات المواصلات السلكية واللاسلكية وتجهيزا المراقبة.

وحسنا ما فعل المشرع الجزائري من خلال النص على مسؤولية مقدمي الخدمات في حالة عدم التزامهم الحياد عن المضامين التي تنقل على الشبكة، أو إذا كان عدم المشروعية ظاهر(60)، فذلك يؤدي إلى عدم مسؤولية مقدم الخدمة، أما في حالة المخالفة فيعتبر مقدم الخدمة مسئول عن الإشهار المظلل أو الخادع، أي إذا كان قدم قام بدور مقدم خدمة الاتصالات ومتعهد الإيواء(61).

ويؤيد جانب من الفقه(62) الاتجاه القائل بعدم مسؤولية مقدمي الخدمة وذلك بالمطالبة بتوفير الحماية القانونية لمزودي الخدمة استنادا إلى المبررات التالية:

- مزودي الخدمة لا ينتجون المعلومات، ولا يمارسون دورا رقابيا أو تحريريا.
- استحالة القيام بمهام المراقبة لمحتوى الإنترنت.
- سهولة تغيير المحتوى وتغيير عناوين المواقع الممنوعة.
- صعوبة تمييز المحتوى غير الشرعي من بين الكم الهائل للمعلومات المتمثل في العديد من الرسائل البريدية أو الإخبارية وصفحات الويب.

#### المطلب الثاني: مسؤولية مسؤلية وسطاء شبكة الاتصال عن طريق الانترنت

يتمثل هؤلاء في مقدم خدمة الاستضافة ومورد المعلومات.

59 - المرسوم التنفيذي 09-410 المؤرخ في 10 ديسمبر 2009، ج.ر عدد 73 الصادرة بتاريخ 13 ديسمبر 2009.

60 - المادة 12 من القانون 04/09.

61 - أنظر نص المادة 02/23 من المرسوم التنفيذي 01/219 والمادة 05/21 من المرسوم التنفيذي رقم 13/406.

62 - محمد سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص55.

كما يحظر المشرع الفرنسي الإعلانات عن الأدوية التي لا يجوز تسليمها إلا بناء على وصفة طبية على شبكة الانترنت<sup>(56)</sup>، كما نص على المنع المادة 03 القانون 18-05.

**4- الإعلانات الخاصة بلعب القمار واليانصيب:** عرفت المادة 167 من قانون العقوبات أعمال اليانصيب بأنه: "تعتبر من أعمال النصب العمليات المعروضة على الجمهور تحت أية تسمية مهما كانت والمعدة لإيجاد الأمل في الربح عن طريق الحظ". يعاقب المشرع الجزائري على الإعلان عن أعمال اليانصيب بالملصقات أو بأي طريقة أخرى بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبغرامة من 500 دج إلى 5000 دج، كما نصت على منع الإشهار الإلكتروني الخاص بلعب القمار واليانصيب المادة 03 من القانون 18-05.

**5- الإعلان عن المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية:** نظم المشرع حقوق الملكية الفكرية بموجب الأمر 03-05<sup>(57)</sup> بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، والنسبة للملكية الصناعية والتجارية فتشمل الاختراعات والرسوم والنماذج الصناعية وعلامات الخدمة والسلع وتسميات المنشأ والعناوين التجارية والأسماء التجارية<sup>(58)</sup>، على أن المنع لا يمس الإعلان عن هذه المنتجات بل المنتجات المزورة والتي تمثل اعتداء على حقوق الغير.

**6- الإعلان عن كل سلعة أو خدمة محظورة بموجب التشريع المعمول به:** يدخل في الحظر كل ما هو ممنوع من التداول في التشريع الجزائري على غرار الأسلحة بأنواعها أو المواد المخدرة أو أي خدمة ممنوعة قانونا كالإعلان الخاص بعمليات الإجهاض مثلا.

56 - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 128.

57 - الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر عدد 44 الصادر بتاريخ 24 جويلية 2003.

58 - فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية حقوق الملكية الصناعية والتجارية حقوق الملكية الأدبية والفنية، إين خلدون للنشر والتوزيع، 2006، ص 03.

يناير 2016 المبدأ العام المتمثل في حظر جميع أشكال الدعاية للتبغ أجهزة التدخين الإلكترونية وحاولياتها عبواتها.

وقد أصدر البرلمان الأوروبي في 26 ماي 2003 توجيه حول منع الإعلان عن التبغ، ودخل هذا التوجيه حيز التنفيذ في أواخر شهر جويلية 2005، وينظم هذا التوجيه الإعلان عن منتجات التبغ في الوسائل الأخرى غي التلفزيون، من بينها شبكة الانترنت، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية عدم مشروعية الإعلان عن التبغ على شبكة الانترنت في حكمها الصادر بتاريخ 06 ماي 2009<sup>(52)</sup>.

**2-الإعلانات الخاصة بالمشروبات الكحولية:** نصت على منع الاشهارت الخاصة بالمشروبات الكحولية المادة 45 من المرسوم التنفيذي رقم 91-101<sup>(53)</sup> والرسوم التنفيذية رقم 91-103<sup>(54)</sup> إذا منعت هذه المواد الإعلانات الخاصة بالمنتجات والخدمات والقطاعات الاقتصادية التي تكون محل حظر تشريعي أو تنظيمي، ويدخل في الحظر على أساس ذلك الإشهار الخاص بالمشروبات الكحولية.

**3-الإعلانات الخاصة بالمنتجات الصيدلانية:** تضمن المرسوم التنفيذي رقم 92-286 المؤرخ في 06/07/1992<sup>(55)</sup> والمتعلق بالإعلام الطبي والعلمي الخاص بالمنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري في مادته 06 منع القيام بعمل يخص المنتجات الصيدلانية قبل الحصول على تأشيرة إشهار، يسلمها الوزير المكلف بالصحة بعد استشارة لجنة مراقبة الإعلام الطبي والعلمي الخاص بالمنتجات الصيدلانية وموافقتها على ذلك،

---

52- la cour de cassation confirme une condamnation pour publicité illicite sur le tabac, le 06/05/2009.

مشار إليه: كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 120.

53- المرسوم التنفيذي رقم 91-101 المؤرخ في 20 أبريل 1991 يتضمن منح امتياز عن الأملاك الوطنية والصلاحيات والأعمال المرتبطة بالخدمة العمومية للتلفزيون إلى المؤسسة العمومية للتلفزيون، ج.ر عدد 19.

54 - مرسوم تنفيذي رقم 91-103 المؤرخ في 20 أبريل 1991 يتضمن منح امتياز على الأملاك الوطنية العقارية والمنقولة والصلاحيات والأعمال المرتبطة بالبث الإذاعي السمعي إلى المؤسسة العمومية للإذاعة المسموعة، ج.ر عدد 19.

55- المؤرخ بتاريخ 06 يوليو 1992، ج.ر عدد 53.

شبكة الإنترنت، ولا يعتبر الجهة التي أنتجتها، كما أنه قد لا يربطه بهذا المعندي أي عقد وقد لا يكون من بين أعوانه.

على أنه يمكن القول بمسؤوليته في حالة ما إذا كانت المضامين الغير المشروعة ظاهرة للعيان، وتتمثل حالات عدم المشروعية الظاهرة في الإعلانات الممنوعة والتي تتضمن إشهار حول التبغ أو المشروبات الكحولية، أو المنتجات الصيدلانية.

**1-الإعلانات الخاصة بالتبغ:** فبالنسبة لعدم مشروعية الإعلانات الخاصة بالتبغ فقد نصت المادة 65 من القانون رقم 85- 05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها<sup>(50)</sup> على أنه: "الإشهار حول التبغ محظور وهذا مهما كانت الدعائم الاشهارية وتحت أي شكل من الأشكال".

كما نصت على المنع المادة 03 من القانون 18-05 فقرة 03 بأنه: "تمارس التجارة الالكترونية في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما.

غير أنه، تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الالكترونية تتعلق بما يأتي:  
-المشروبات الكحولية والتبغ،..."

أما المشرع الفرنسي فقد تبنى نفس الموقف بالنسبة للإعلانات الخاصة بالتبغ والمشروبات الكحولية فقد أجاز التعامل بها، ولكن حدد الإشهار الخاص بها بموجب القانون الصادر في 1976/07/09 والقانون الصادر بتاريخ 10 جانفي 1991، إذ أدمجت نصوصهما في قانون الصحة العامة في المواد من L 355-24 إلى L 355-26 ومنع على أساس ذلك الإشهار الخاص بالتبغ ومنتجاته<sup>51</sup>. وقد وسع قانون الصحة المؤرخ 26

---

أشرف جابر سيد، مسؤولية مقدمي خدمات الانترنت عن المضمون الإلكتروني غير المشروع (دراسة خاصة لمسؤولية متعهدي الإيواء)، مجلة الحقوق جامعة حلوان العدد الثاني والعشرون، 2010، ص 187.  
50 - القانون رقم 85-05 مؤرخ بتاريخ 16 فبراير 1985، ج.ر عدد 08 صادرة بتاريخ 17 فبراير 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ بتاريخ 31 جويلية 1990 ج.ر عدد 35.

<sup>51</sup> - l'article L. 355-25 alinéa 1 du code de la santé publique : « Toute propagande ou publicité, directe ou indirecte, en faveur du tabac ou des produits du tabac ainsi que toute distribution gratuite sont interdites ».



الاتصالات عبر الإنترنت، عليهم إخطار المشتركين عن وجود وسائل تقنية تسمح بغلق الخدمة أو توقيع جزاء عليهم في حالة المخالفة<sup>(46)</sup>.

وأكدت الفقرة السابعة من المادة السادسة على أن مزودي الخدمة ليس عليهم الإشراف والرقابة على مضمون البيانات التي يقومون بنقلها، كما أنهم غير ملزمين بالبحث عن الوقائع التي تشير إلى الأنشطة الغير المشروعة أي في حالة حيادهم فلا تقوم أي مسؤولية في مواجهتهم<sup>(47)</sup>.

وعلى أساس ذلك فإن قيام مسؤولية مقدمي الخدمات يتوقف على مدى علمهم بعدم مشروعية المضمون الإلكتروني المنقول، وباستثناء حالة عدم المشروعية الظاهرة، فإن على مقدمي الخدمات في حالة علمهم بالمضمون الإلكتروني الغير المشروع، أو بتبليغهم به سواء من قبل السلطة القضائية أو الإدارية المختصة في الدولة أو من قبل المتضرر نفسه، فعليهم الاستجابة للأمر القضائي أو الإداري أو لطلب المتضرر، والقيام بسحب المضمون المخالف أو المنع من الوصول إليه، وهنا تنتفي مسؤوليتهم الجزائية والمدنية، وتقوم مسؤوليتهم في حالة المخالفة<sup>(48)</sup>.

وفي رأينا فمن غير المعقول تحميل مقدم الخدمة مسؤولية هذه المضامين<sup>(49)</sup>، خصوصا وأن مقدم الخدمة ليس هو المسئول عن وضع أو توريد هذه المضامين على

---

<sup>46</sup>-Article 06/1 Modifié par LOI n°2011-267 du 14 mars 2011 - art. 4 (V) Modifié par LOI n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 - art. 20 (V) -«1. Les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne informent leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner et leur proposent au moins un de ces moyens».

<sup>47</sup>-Article 06/7 « 7. Les personnes mentionnées aux 1 et 2 ne sont pas soumises à une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites».

<sup>48</sup>- **POUJOL (M.N)**, la liberté d'expression sur l'internet : aspects de droit internet, R. Dalloz, n°2007, p 598.

<sup>49</sup> - يجب أن ننوه بداية إلى ضرورة استيعاب دور مقدم الخدمة من الناحية الفنية وتداخله مع دور متعهد الإيواء وغيرهم ممن لهم صلة بالانترنت، لكي نتضح لنا معالم مسؤوليتهم القانونية، والقول بفرض التزامات قانونية بشكل مطلق سيثير مشكلات فنية وقانونية وحقوقية، حيث ذهب البعض إلى أنه من حيث المبدأ لا يمكن القول بفرض التزامات على مقدم الخدمة برقابة المعلومات غير المشروعة التي تمر عليه ووسائله، ثم إن مسألة الحجب وان تم تطبيقها فعلا تحل المشكلة من الناحية الواقعية.

كما تضمن القانون 04/09 الخاص بالقواعد الخاصة بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، النص على إلزام مقدمي خدمات الإنترنت بسحب المضامين غير المشروعة التي يطلعون عليها، مع استعمال كافة الطرق التقنية لمنع الوصول إليها<sup>(42)</sup>.

ووفقا لتوجيهات البرلمان الأوروبي فقد تبنى التوجيه رقم 31/2000<sup>(43)</sup>، والمتعلق ببعض الأوجه القانونية لخدمات شركة المعلومات وبصفة خاصة التجارة الإلكترونية في السوق الداخلي هذا الموقف، والذي تم تخصيص القسم الرابع منه لتنظيم المركز القانوني للوسطاء في خدمات الإنترنت، وقد جاءت (المادة 22)<sup>(44)</sup> من التوجيه الأوروبي، لتلزم دول الأعضاء في الإتحاد على نقل أحكامه إلى تشريعاتهم الداخلية<sup>(45)</sup>.

وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي في القانون الخاص بالثقة في الاقتصاد الرقمي، ووفقا للمادة 01/06 من هذا القانون فإن الأشخاص الذين يقتصر عملهم على تقديم خدمة

---

42 - المادة 12 من القانون 04/09 التي تنص بأنه: «زيادة على الالتزامات المنصوص عليها في المادة 11 أعلاه، يتعين على مقدمي خدمات الإنترنت ما يأتي: أ- التدخل الفوري لسحب المحتويات التي يتحيزون الإطلاع عليها بمجرد العلم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بمخالفتها للقوانين وتخزينها أو جعل الدخول إليها غير ممكن،

ب- وضع ترتيبات تقنية تسمح بحصر إمكانية الدخول إلى الموزعات التي تحتوي معلومات مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة وإخبار المشتركين لديهم بوجودها».

43 - Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique, JORF, n° L 178 du 17/07/2000 p. 0001 – 0016.

44 - Article 22 : « Le contrôle des services de la société de l'information doit se faire à la source de l'activité pour assurer une protection efficace des objectifs d'intérêt général. Pour cela, il est nécessaire de garantir que l'autorité compétente assure cette protection non seulement pour les citoyens de son propre pays, mais aussi pour l'ensemble des citoyens de la Communauté. Pour améliorer la confiance mutuelle entre les États membres, il est indispensable de préciser clairement cette responsabilité de l'État membre d'origine des services. En outre, afin d'assurer efficacement la libre prestation des services et une sécurité juridique pour les prestataires et leurs destinataires, ces services de la société de l'information doivent être soumis en principe au régime juridique de l'État membre dans lequel le prestataire est établi».

45 - voir : DRAYTA (U), internet et commerce électronique, bruyant, 2003, p 153.

وهناك من يرى بعدم مسؤولية مقدم الخدمة لأن دوره يقتصر على إيصال المعلومات، حتى ولو كان ضمن مهامه إيواء المعلومات -تخزينها- إذ ليس بمقدوره وقف الاتصال غير المشروع للمعلومات ولو تضمن مادة معلوماتية مخالفة للقانون<sup>(36)</sup>.

والرأي الثاني يرى مسائلة مقدم خدمة الاتصالات في حالة ما إذا تعدى دور مقدم الخدمة من دور الناقل وقام بمهام متعهد الإيواء الذي يسمح لمعلن أو مستغل الموقع بنشر إعلانه، هنا يسأل مدنيا عن الأضرار التي يسببها للغير نتيجة الإعلانات غير المشروعة، فهذا الدور الجديد يمكنه من الاطلاع على محتوى الإعلان<sup>(37)</sup>.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص على حالات عدم مسؤولية مقدم الخدمة من خلال المراسيم التنفيذية 405/13<sup>(38)</sup>، و406/13<sup>(39)</sup> و407/13<sup>(40)</sup>، في المادة 05/21 من هذه المراسيم المذكورة، وكذا المراسيم التنفيذية رقم 219/01 و09/04 و02/186، في المادة 05/23 من هذه المراسيم التنفيذية<sup>(41)</sup>، وذلك في حالة حياد خدماته إزاء محتوى المعلومات المرسل على شبكته، إذ يقتصر دوره على توصيل المعلومات، وفي حالة عدم الحياد يعتبر مسئولا مسؤولية تقصيرية عن الإعلانات الكاذبة أو المضللة التي تثبت أو ترسل عبر شبكته.

36 - عبد الفتاح بيومي حجازي، الجرائم المستخدمة في نطاق تكنولوجيا الاتصالات الحديثة، الطبعة الأولى، 2009، ص93.

37 - عبد الفتاح محمود كيلائي، مدى المسؤولية القانونية لمقدمي خدمة الانترنت، بحث منشور على شبكة الانترنت، على الموقع [www.flaw.bu.edu.eg/flaw/images/part2](http://www.flaw.bu.edu.eg/flaw/images/part2).

38 - مرسوم تنفيذي رقم 405/13 المؤرخ في 2 ديسمبر 2013، (ج.ر عدد 60، الصادر بتاريخ 2 ديسمبر 2013)، يتضمن الموافقة على رخصة إقامة واستغلال شبكة عمومية للمواصلات اللاسلكية من الجيل الثالث وتوفير خدمات المواصلات اللاسلكية للجمهور الممنوحة لشركة «اتصالات الجزائر».

39 - مرسوم تنفيذي رقم 406/13 مؤرخ في المؤرخ في 2 ديسمبر 2013، (ج.ر عدد 60، الصادر بتاريخ 2 ديسمبر 2013)، يتضمن الموافقة على رخصة إقامة واستغلال شبكة عمومية للمواصلات اللاسلكية من الجيل الثالث وتوفير خدمات المواصلات اللاسلكية للجمهور الممنوحة لشركة «الوطنية للاتصالات».

40 - مرسوم تنفيذي رقم 407/13 مؤرخ في المؤرخ في 2 ديسمبر 2013، (ج.ر عدد 60، الصادر بتاريخ 2 ديسمبر 2013)، يتضمن الموافقة على رخصة إقامة واستغلال شبكة عمومية للمواصلات اللاسلكية من الجيل الثالث وتوفير خدمات المواصلات اللاسلكية للجمهور الممنوحة لشركة «أوراسكوم تليكوم الجزائر».

41 - إذ ورد نفس النص في هذه المراسيم وذلك لأنه تم منح بموجبها الرخص الخاصة بتقديم خدمات الاتصالات، ولم يختلف فيها سوى المعني بالرخصة. إذ تنص المادة 5/23 على أنه: «يضمن صاحب الرخصة حياد خدماته إزاء محتوى المعلومات المرسل على شبكته. ويلزم نفسه باتخاذ جميع الإجراءات الضرورية لضمان حياد مستخدميه إزاء محتوى الرسائل المرسل على شبكتهم ويقدم لهذا الغاية الخدمات دون تمييز مهما كانت طبيعة الرسائل المرسل، ويتخذ الترتيبات الناجحة ليضمن لها السلامة».

تفرض على مقدم الخدمة واجب الصمت إزاء كل ما يصل إلى علمه وعدم إفشائها تنفيذًا للالتزام بالسرية، وهو التزام عام على المورد وكافة العاملين لديه<sup>(33)</sup>. وتعتبر من بين الحالات التي يعتبر فيها مقدم الخدمة مسؤولاً عقدياً، في حالة إفشاء البريد الإلكتروني للمشاركين، لصالح المعلنين من أجل إرسال بريد إلكتروني يتضمن رسائل إعلانية، قد تكون في بعض الحالات غير مرغوب فيها، وقد تتضمن بالدرجة الأولى إعلانات كاذبة أو مضللة وفي هذه الحالة يعتبر مقدم الخدمة مسؤولاً مسؤولية عقدياً عن الإفشاء ببيانات المستخدمين.

#### **ثانياً: قيام المسؤولية التقصيرية لمقدم خدمة الاتصالات**

تكون المسؤولية التقصيرية *délictuelle* إذا لم ينص العقد على بنود تحدد حالات قيام مسؤولية مقدم الخدمة، أو في حالة ما إذا لم يكن يربط المسؤول والمضروب أي عقد، وترتب الضرر على الإخلال بالتزام قانوني، ومصدر هذا الالتزام بالتعويض هو العمل الغير المشروع<sup>(34)</sup>.

ويفرض القانون واجبا عاما على مقدم خدمة الاتصالات في عدم الإضرار بالغير<sup>(35)</sup>، وفي حالة إحقاق الضرر ممن لا يربطهم به علاقة عقدياً، فإنه يسأل قانوناً وفقاً للمسؤولية التقصيرية.

واختلف الفقه في حالات قيام مسؤولية مقدم خدمات الاتصال.

33 - محمد سامي عبد الصادق، خدمة المعلومات الصوتية والالتزامات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص112/. أيمن مصطفى البقلي، النظام القانوني لعقد الاشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسبوط، 2009، ص409.

34 - طاهر شوقي أمين، المرجع السابق، ص56.

35 - تنص المادة 34 من الرسوم التنفيذية رقم 219/01 و186/02 و09/40 على أنه: «إن صاحب الرخصة مسئول تجاه الغير، بما في ذلك الوزير وسلطة الضبط، وذلك وفقاً لأحكام القانون رقم 03/2000 المؤرخ في 5 غشت سنة 2000، فيما يخص إقامة شبكة GSM وتشغيلها، وتوفير الخدمات، وفيما يخص الأضرار التي من المحتمل أن تنجم خاصة عن نقائص صاحب الرخصة أو عن نقائص مستخدميه أو عن نقائص شبكة GSM».

وفقا للتعريف فان مقدم خدمة الاتصال يقتصر دوره على تمكين مستخدمي الشبكة من الدخول ليها، ومن ثم الدخول إلى الموقع الالكتروني الذي يتضمن إشهار كاذب أو مظل، دون أن يكون له دور –من حيث المبدأ- في تزويد الموقع الالكتروني الاشهاري بالمحتوى أو إدارته أو تعديل مضامينه<sup>(31)</sup>.

ما يلاحظ أنه من بين الالتزامات الأساسية التي يفرضها القانون والتي تترتب على تقديم خدمات الاتصال هي الالتزام بالسرية، وهو الالتزام الذي يقع على عاتق شخص الأمين، بعدم إفشاء الوقائع والمعلومات التي تصل إلى علمه بطريقة مباشرة من صاحبها، أو بطريقة غير مباشرة بمناسبة القيام بتقديم خدماته<sup>(32)</sup>، حيث تلتزم شركات تقديم خدمات الاتصال بالحفاظ على سرية بيانات المشترك، بعدم إفشاء أي معلومات تخصه سواء اسمه أو عنوانه، كما تلتزم بالمحافظة على سرية المعلومات المرسله والمستقبله منه.

وخلافا للحالات التي يكون فيها مقدم خدمة الاتصال عبر شبكة الانترنت هو المعلن، وهو الذي قام بوضع إشهار الكتروني خادع أو مضلل، ففي هذه الحالة لا يطرح إشكال حول مسؤوليته المدنية أو الجزائية كونه يعتبر في مركز المعلن، ويتعرض لنفس العقوبات المقررة قانونا لهذا الأخير، إلا أنه في غالب الأحيان قد لا تربطه أي صلة بالإعلان، ويقتصر دوره على أنه يسهل دخول المعلن والمستهلك إلى شبكة الانترنت أي يكون حلقة الوصل بينهما.

وقد يكون مقدم الخدمة مسئول مسؤولية عقدية أو تقصيرية في الحالات التالية:

#### أولا: مسؤولية مقدم الخدمة مسئولية عقدية

من الممكن أن يعتبر مقدم الخدمة مسئول مسؤولية عقدية تجاه مستخدم شبكة الانترنت، إذا ربطه بهذا الأخير عقد، ويقتضي العقد المبرم بين المستخدم ومقدم خدمات الاتصالات، حصول هذا الأخير على بعض البيانات الشخصية للمشارك بغرض إبرام عقد الإشراك، مثل رقم الهاتف الشخصي وعنوانه ولقبه واسمه، والبريد الالكتروني، وهذه البيانات

<sup>31</sup> -أروى تقوى، المسؤولية المدنية للمواقع الالكترونية الإعلامية، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية- المجلد- 30 العدد الأول-2014، ص 456.

<sup>32</sup> - معتز نزيه المهدي، الالتزام بالسرية والمسؤولية المدنية، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد الصادرة عن كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد82، 2009، ص381.

أو أكثر من المفاتيح اللفظية، يعلن الموقع سلسلة من الوثائق ردا على ذلك ذات نصوص متعددة<sup>(29)</sup>.

### **المبحث الثاني: مدى مسؤولية مقدمي خدمات الاتصال عن الإشهار المضلل والخادع**

تعتبر الوسيلة الناقلة للإعلان أو الإشهار الوسيط بين المعلن والمستهلك، فهو الذي ينقل الرسالة الاشهارية للمتلقي، وقد أضافت التكنولوجيا الحديثة في مجال الاتصالات وسائل جديدة ناقلة للإعلان وهم مقدمي خدمة الاتصالات، حيث ثار جدال كبير بين الفقه حول مدى مسؤولية هؤلاء عن الإعلانات الكاذبة والمضللة من عدمها، وحالات وجود مثل هذه المسؤولية، باعتبار أن دور هؤلاء يقتصر على تسهيل عملية الدخول إلى شبكة الانترنت، وليس الإشراف الكامل على نقل الإعلان، ويتمثل هؤلاء في مقدم خدمة الاتصال، ووسطاء الاتصال عبر شبكة الانترنت.

### **المطلب الأول: قيام مسؤولية مقدم خدمة الاتصال عبر شبكة الانترنت**

عرف المشرع الجزائري مقدم خدمة الاتصال من خلال القانون رقم 04-09 الذي يتضمن للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها<sup>(30)</sup> في المادة 02 فقرة د بأنه: "مقدمو الخدمات: 1- أي كيان عام أو خاص يقدم لمستعملي خدماته، القدرة على الاتصال بواسطة منظومة معلوماتية و/أو نظام للاتصالات. 2- وأي كيان آخر يقوم بمعالجة أو تخزين معطيات معلوماتية لفائدة خدمة الاتصال المذكورة أو لمستعملها".

عرف المشرع الفرنسي مقدم خدمة الاتصال في المادة 1 /I/6 من القانون الخاص بالثقة في الاقتصاد الرقمي بأنه: "الأشخاص الذين يتمثل نشاطهم في تزويد الجمهور بالدخول إلى خدمات الاتصال على الشبكة وإعلام المشتركين بوجود وسائل تقنية تمكنهم من تقييد الدخول إلى بعض الخدمات أو اختيارها ويعرضون عليهم على الأقل إحدى هذه الوسائل".

<sup>29</sup> - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 118.

<sup>30</sup> - القانون رقم 04-09 المؤرخ في 05 غشت 2009، ج.ر عدد 47 الصادرة بتاريخ 16 غشت 2009.

تخضع هذه الخدمة لتوصيتي الاتحاد الدولي للاتصالات x-400 و x-500 UTT.T

«L».

وعرفه المشرع الفرنسي في القانون الخاص بالثقة في الاقتصاد الرقمي الصادر بتاريخ 21 يونيو 2004 في المادة الأولى بأنه: " كل رسالة أيا كان شكلها نصية أو صوتية أو مصحوبة بصور وأصوات يتم إرسالها عبر شبكة عامة للاتصالات، ويتم تخزينها على احد خوادم هذه الشبكة أو في المعدات الطرفية للمرسل إليه حتى يتمكن هذا الأخير من استعمالها".

وتعتبر الإعلانات التي ترسل عبر البريد الإلكتروني، من أهم صور الإعلانات الالكترونية<sup>(26)</sup>، فمن خلال البريد الإلكتروني يستطيع المعلن إرسال رسائل واستقبالها من أي شخص يملك بريدا الكترونيا، وما يميز هذه الخدمة هو أنها تتم مجانا ولا يستغرق إرسال الرسالة سوى ثوان معدودة<sup>(27)</sup>.

ورغم أن البريد الإلكتروني يعد من الأمور التي تدخل في الحياة الخاصة للإنسان، والتي لا يمكن الاطلاع عليها من قبل الغير إلا بموافقته، إلا أن المعلن أصبح يستعمل البريد الإلكتروني لإرسال إعلانات غير مرغوب فيها.

وإذا كانت الإعلانات التي تتم عبر البريد الإلكتروني تمثل إزعاجا بالنسبة للمستقبل، فإنها تحقق فوائد بالنسبة للمعلن نظرا لقلّة تكلفتها مقارنة بالبريد العادي، بالإضافة إلى سرعة وصولها إلى المرسل إليه<sup>(28)</sup>.

#### خامسا: الإحالة بأدوات البحث

يستعمل المعلنون للتسويق لموقع تجاري وتعريف المتصفحين للشبكة به، ما يسمى بأدوات البحث أو موتور البحث، وهو: " برنامج استكشافي يسمى "ROBOT" وهو يزور باستمرار المواقع الالكترونية والفهارس بطريقة آلية، على أساس المعلومات طبقا لكلمات المفاتيح التي يتضمنها، وإذا تم البحث على موقع موتور أو أداة البحث وذلك بلفظ

26 - أمينة أحمد محمد أحمد، المرجع السابق، ص 117.

27 - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 78.

28 - أمينة أحمد محمد أحمد، المرجع السابق، ص 81.

### رابعاً: البريد الإلكتروني

يعد البريد الإلكتروني الخدمة الأكثر استعمالاً من قبل مستخدمي شبكة الإنترنت، فهو أصبح يقوم بنفس الدور الذي كان يقوم به البريد التقليدي<sup>(22)</sup>، حيث يعد الوسيلة المثلى للاتصال بين الأفراد والمؤسسات العامة والخاصة، وتطور استخدامها وصارت ورقة رابحة بالنسبة لأصحاب الأعمال تمكنهم من الاتصال السريع وتسهل اختراق الحوائط والجدران وتستبيح الحدود والحواجز وتعتبر وسيلة سهلة للاتصال<sup>(23)</sup>.

ولم يعرف المرسوم التنفيذي رقم 98-257 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات انترنت واستغلالها البريد الإلكتروني بل بين فقط الخدمات التي يقدمها هذا الأخير من خلال نص المادة الثانية التي تنص بأنه: «- البريد الإلكتروني: E.MAIL -خدمات تبادل رسائل إلكترونية بين المستعملين.

- ثلثات "telenet"<sup>(24)</sup>.

- خدمة النفاذ إلى حواسيب متباعدة بصيغة المحاكاة الطرفية».

إلا أن المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية<sup>(25)</sup>، قد عرف في الملحق الرسائل الإلكترونية بأنها: «هي بمثابة تبادل وقراءة وتخزين معلومات في شكل رسائل معطيات بين الموزعات الموجودة في مواقع متباعدة. ويمكن المرسل إليه ( أو المرسل إليهم) قراءة الرسالة المبعوثة في وقت حقيقي أو في وقت مؤجل.

---

22- محمود السيد عبد المعطي خيال، الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 10.

23- صلاح محمد أحمد دياب، الحماية القانونية للحياة الخاصة للعامل وضماناتها في ظل الوسائل التكنولوجية الحديثة، دار النهضة العربية، 2007، ص 136.

24- التلنت هو اسم برنامج الدخول عن بعد الذي يستخدمه بروتوكول TCP/IP وهو يقيس إلى أي حد تبعد أو تقترب الحاسبات الآلية لكي تتصل ببعضها البعض أثناء الدخول إلى جلسات الحوار. محمود السيد عطية، المرجع السابق، ص 14.

25- المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 13 صفر عام 1422 الموافق ل 9 مايو سنة 2001، ج. ر. ج العدد 27.



بتاريخ 31 مارس 2000 في حكم صادر عن محكمة استئناف رين (Rennes)<sup>(17)</sup>، خاص بوقع بنك، حيث كان هذا الموقع يعرض مزايًا بطاقة الائتمان مع إغفال بعض المعلومات، ودفع البنك في الاستئناف بأن الموقع الانترنت لا يكون دعامة إعلانية، واعتبر المحكمة أن عدم إمكان الرجوع إلى الموقع واستشارته إلا بعد الاشتراك واختيار الموقع بواسطة المستعمل للانترنت لا يغير في الطابع الإعلاني للإعلانات التي تتم عليه، ويشبه بذلك الموقع صحيفة الإعلانات<sup>(18)</sup>.

وما يميز هذا الشكل من أشكال الإعلان الالكتروني هو قلة التكلفة، وهو ما يدفع أصحاب المواقع التجارية إلى الاهتمام به، من خلال الإشكال والرسومات والصور والألوان والأصوات التي توضع بالإعلان، بالإضافة إلى العبارات المغرية، لجذب المستهلكين<sup>(19)</sup>.

### ثالثًا: الإعلان بالرسائل البيئية

وهي رسائل تظهر في صفحتين أو أكثر من صفحات الانترنت عندما ينتقل المستخدم بين الصفحات، يغطي هذا الإعلان كامل الشاشة، ويستخدمها المعلنون للإشارة إلى مواقعهم، أو إلى السلع والخدمات التي يقدمونها، أو البريد الالكتروني الخاص بالمعلن<sup>(20)</sup>، ويظهر لبعض دقائق في اللحظة التي يطلب فيها من قبل المستعمل تحميل الصفحة المطلوبة، وذلك بهدف نشر الرسالة الإعلانية<sup>(21)</sup>.

---

<sup>17</sup> - arrêt rendu le 31 mars 2000, la cour d'appel de Rennes . *CA Rennes (Ire chambre B) Légipresse n° 172, juin 2000, III p. 97. affaire Compagnie Financière... a clairement indiqué* : « Un site internet est susceptible de constituer un support publicitaire : il permet la communication au public de textes et d'images, destinés éventuellement à présenter au public le consultant des marques des services et des marchandises et à inciter à la conclusion de contrats avec les consommateurs potentiels. Le fait que le site ne puisse être consulté qu'après abonnement et choix du site par l'utilisateur de l'internet ne change en rien le caractère publicitaire des annonces qui peuvent y être faites [...] Le critère essentiel du support de publicité réside dans le fait qu'il puisse véhiculer un message commercial quelle qu'en soit la forme ».

<sup>18</sup> - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 114.

<sup>19</sup> - نفس المرجع، ص 115.

<sup>20</sup> - أمينة أحمد محمد أحمد، المرجع السابق، ص 76.

<sup>21</sup> - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 112.

تتنوع الاشهارات الالكترونية حسب الطريقة المستعملة في الإعلان مثلما هو الحال بالنسبة للإشهار التقليدي، وتتمثل أشكال الاشهارات الالكترونية التي تتم عبر شبكة الانترنت في الشرائط الإعلانية، الرسائل المختلفة، البريد الإلكتروني، الإحالة بأدوات البحث، الارتباط التسعبي.

### **أولاً: الشريط الإعلاني**

يعد من أكثر أشكال الإعلانات شيوعاً، وهو عبارة عن مستطيل إعلاني يوجد في أعلى الصفحة الرئيسية أو في أسفلها، وقد يحتوي على ارتباطات تقود إلى الصفحة الرئيسية لموقع المعلن، وتقاس فاعلية الشريط الإعلاني بمدى فاعليته في دفع المستخدم للدخول إلى موقع المعلن<sup>(14)</sup>، وما يميزه كذلك هو أنه يظهر للمتصفح دون طلب منه في غالب الأحيان، كما قد لا يكون من الممكن التخلص منه لعدم وجود ما يمكن من ذلك، ويعد الشكل الشائع من أشكال الإعلانات التجارية الإلكترونية<sup>(15)</sup>.

يتخذ الشريط الإعلاني عدة أشكال، فقد يظهر في شكل شريط ثابت، أو الشريط بالرسوم المتحركة، أو إعلان الفواصل والنوافذ الصغيرة التي تظهر فجأة على صفحة الموقع<sup>(16)</sup>.

### **ثانياً: المواقع**

بعد ظهور التجارة الإلكترونية التي تعتمد أساساً على الانترنت من أجل إبرام العقود، وجد مستعملي هذه الطريقة الحديثة للتعاقد أسهل وسيلة للترويج لمنتجاتهم وخدماتهم من خلال وضع إعلاناتهم التجارية فيها.

ويعد القضاء الألماني أول من اعتبر الموقع الإلكتروني كوسيلة إعلان بتاريخ 1997 وقد صدر هذا الحكم من قبل محكمة ( Colence ) ، وتبعه في ذلك القضاء الفرنسي

14 - محمد عبد حسن العامري، جعفر شهيد هاشم، دور وسائل الإعلام الإلكترونية في حماية المستهلك دراسة ميدانية للإعلانات المظلمة في الانترنت. ص 542 . مقال منشور على الموقع

15 - أمينة أحمد محمد أحمد، المرجع السابق، ص 76. <https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=76261> / اطلع عليه بتاريخ 2018/01/12.

16 - محمد عبد العامري، جعفر شهيد هاشم، المرجع السابق، ص 40.

وبالنسبة للمشرع المصري فقد عرف الإشهار الكاذب بموجب المادة 17 من القرار رقم 886 لسنة 2006 الصادر عن وزارة الصناعة بتاريخ 2006/11/30 والمتضمن اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك بأنه: يعد إعلانا خادعا الإعلان الذي يتناول منتج أو يتضمن عرض أو بيان أو ادعاء كاذب أو أي أمر آخر ينصب بصفة خاصة على عنصر أو أكثر من العناصر التالية متى كان من شأنه أن يؤدي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مظلل مهما كانت وسيلة الإعلان...".

### ثانيا: التعريف الفقهي

عرف جاني من الفقه الإعلان أو الإشهار الإلكتروني بأنه: "كل إخبار تجاري أو مهني يقوم به التجار ومقدمو الخدمات باستخدام الوسائل الإلكترونية، يكون له دور في إعلام جمهور المستهلكين بمزايا السلع والخدمات، من أجل تحفيزهم وإقبالهم على التعاقد"<sup>(12)</sup>.

ويتبين من خلال التعريف خصائص الإشهار التجاري الإلكتروني، فهو يوجه إلى كافة جمهور المستهلكين، إذ يجب أن لا يوجه إلى شخص محدد بذاته، كما يجب أن يكون مضمونه إعلام المستهلك بمزايا السلع والخدمات، وان يهدف إلى تحفيزه ودعوته للتعاقد واقتناء السلع والخدمات، كما يجب أن يتميز بالطابع التجاري، وأهم خاصية تميزه عن الإشهار التقليدي هو أن يتم باستخدام وسيلة الكترونية والمتمثلة في شبكة الانترنت مهما كان الجهاز الموصول بالشبكة سواء كان هاتف نقال أو جهاز حاسب آلي.

أما الإشهار الإلكتروني الكاذب فيعرف بأنه " ذلك الإعلان الذي يقوم فيه المعلن سواء كان تاجرا أو مقدما لخدمة باستخدام ألفاظ وعبارات كاذبة حول الخصائص والمميزات الجوهرية للسلعة أو الخدمة المعلن عنها الكترونيا، بما يؤدي إلى إيقاع المستهلك في خداع إعلاني يدفعه إلى التعاقد أو يزيد من إقباله على التعاقد"<sup>13</sup>.

### المطلب الثاني: أشكال الإشهار التجاري الإلكتروني الخادع أو المظلل

12 - أمية أحمد محمد أحمد، حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 74.

13 - كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 180.

ولم يعرف المشرع الجزائري من خلال قانون التجارة الالكترونية 05-18 الإشهار الالكتروني الكاذب والمظلل وإنما بين ما يجب أن يلتزم به المورد الالكتروني في الرسالة الاشهارية التي يعرضها عن طريق وسيلة الكترونية وهو ما نصت عليه المادة 30 على أنه: "دون المساس بالأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال، كل إشهار أو ترويج أو رسالة ذات طبيعة أو هذه تجاري تتم عن طريق الاتصالات الالكترونية يجب أن يليها مقتضيات الآتية:

- أن تكون محددة بوضوح كرسالة تجارية أو اشهارية،
- أن تسمح بتحديد الشخص الذي تم تصميم الرسالة لحسابه،
- ألا تمس بالآداب العامة والنظام العام،
- أن تحدد بوضوح ما إذا كان هذا العرض التجاري يشمل تخفيضات أو مكافآت أو هدايا، في حالة ما إذا كان هذا العرض تجاريا أو تنافسيا أو ترويجيا،
- التأكد من أن جميع الشروط الواجب استيفائها للاستفادة من العرض التجاري، ليست مضللة ولا غامضة".

أما المشرع الفرنسي فعرفه في قانون الاستهلاك بمقتضى المادة 1/121 والتي تنص على أن الإعلان الخادع هو: "كل إعلان يشمل في أي شكل كان، ادعاءات، بيانات أو تقديمات كاذبة أو من شأنها أن توقع في الغلط، إذا كانت واردة على عنصر أو العديد من العناصر التالية: الوجود، الطبيعة، التكوين، الجودة الأساسية والنطاق المفيد، النوع، المصدر والأصل، الكمية، طريقة التصنيع وتاريخه، الملكية، ثمن البيع وشرطه في السلع والخدمات محل الإعلان، شروط الاستعمال، أسباب البيع وطرقه أو أداء الخدمات، مجال التعهدات الواقعة على المعلن شخصيته، صفته وصلاحيات الصانع والبايعين للمرة الثانية، المسبوقين أو المؤدين"<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> -Créé par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 84 Abrogé par Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 - art. 34 (V)

## المطلب الأول: تعريف الإشهار الالكتروني الخادع والمظلل

سننتظر للتعريف التشريعي ثم للتعريف الفقهي.

### أولاً: التعريف التشريعي

يجب التنويه إلى أن الإشهار الكاذب هو الذي يتضمن معلومات وادعاءات كاذبة، كأن يوصف المنتج بأنه طبيعي بينما هو اصطناعي، بينما الإشهار المظلل هو الذي يتضمن معلومات تؤدي إلى إيقاع المستهلك في الغلط، ويختلف الإشهار المظلل عن الكاذب أن الإشهار المظلل لا يستوجب الكذب، على أنهما وجهان لعملة واحدة وكلامهما ممنوع وهدفه هو إيقاع المستهلك في الغلط من أجل دفعه إلى اقتناء الخدمة أو السلعة<sup>(10)</sup>.

عرفه المشرع الجزائي الإشهار الكاذب أو المظلل في المادة 28 من القانون 04-02 بأنه: "دون الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية الأخرى المطبقة في هذا الميدان، يعتبر إشهار غير شرعي وممنوعاً كل إشهار تضليلي لاسيما إذا كان:

1- يتضمن تصريحات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتج أو خدمة أو بكمية أو فرته أو مميزاته.

2- يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الالتباس مع بائع آخر أو مع منتجاته أو خدماته أو نشاطه

3- يتعلق بعرض معين لسلع أو الخدمات في حين أن العون الاقتصادي لا يتوفر على مخزون كافي من تلك السلع أو لا يمكنه ضمان تلك الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الإشهار".

10 -منية شوايدية، ضوابط حماية المستهلك من الإشهار الكاذب وفقاً للمرسوم التنفيذي رقم 13-378، مجلة تطوير العلوم الاجتماعية، العدد الثاني عشر، جوان 2015، ص 146.

أما التوجيه الخاص بالتجارة الالكترونية رقم 31-2000<sup>(7)</sup> الصادر بتاريخ 08 جانفي 2000 فقد عرفه بأنه: " كل شكل من أشكال الاتصال موجه إلى تسويق السلع والخدمات مباشرة أو بصورة غير مباشرة، أو صورة مشروع أو منظمة أو شخص له نشاط تجاري، صناعي حرفي أو يمارس نشاط منظم".

وبالنسبة للمشرع الفرنسي فقد عرفه في القانون 79-1150 الصادر بتاريخ 1979/17/29 المتعلق بالحماية من اللافتات الإعلانية المعلقة على الجدران<sup>(8)</sup> وذلك في المادة الثالثة منه بأنه: " يعتبر إشهار كل إعلان للجمهور وجذب انتباههم سواء كان نموذجيا أو صورة".

كما عرفته اللائحة رقم 92-280<sup>(9)</sup> الصادرة في 27 مارس 1992 فقد عرفته بأنه: " كل شكل لرسالة تلفزيونية مذاعة بأجر أو بدونه، لتقديم الأموال أو الخدمات في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو فني أو مهن حرة من أجل الازدهار التجاري لشركة عامة أو خاصة".

وما يلاحظ على هذه التعريفات أنها لم تعرف الإشهار الالكتروني، الذي يختلف بشكل كبير عن الإشهار غير الالكتروني، أو بالأحرى التقليدي، خصوصا في وسيلة الترويج للسلع والخدمات وطرق الإشهار التي يعتمد عليها المعلن. وعلى أساس ذلك سنتطرق إلى تعريف الإشهار الالكتروني الكاذب أو المظلل، ثم سنتطرق إلى أشكاله.

---

<sup>7</sup> - Directive 2000/31 / CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, en particulier du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique").

<sup>8</sup> - Loi n° 79-1150 du 29 décembre 1979 relative à la publicité, aux enseignes et préenseignes, Modifié par Loi n°85-729 du 18 juillet 1985 - art. 41 JORF 19 juillet 1985, Abrogé par Ordonnance n°2000-914 du 18 septembre 2000 - art. 5 (V) JORF 21 septembre 2000.

<sup>9</sup> - Décret n° 92-280 du 27 mars 1992 pris pour l'application des articles 27 et 33 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 et fixant les principes généraux définissant les obligations des éditeurs de services en matière de publicité, de parrainage et de téléachat.

مستخدمي خدمة الاتصال عبر شبكة الانترنت مسئولون عما يبث من اشهارات مظلة أو كاذبة.

### المبحث الأول: مفهوم الإشهار الالكتروني الخادع أو المظلل وأشكاله

يقصد بالإشهار بصفة عامة على انه إخبار يتولاه محترف، من أجل التعريف بسلع وخدمات قصد تبيان مزاياها والترغيب فيها من قبل المستهلك، وذلك لترك انطباع ايجابي من المستهلكين، لدفعهم إلى الإقبال على اقتناء السلع والخدمات المعلن عنها<sup>(3)</sup>.

وقد عرف المشرع الجزائري الإشهار في القانون رقم 02-04 المؤرخ في 2004/07/23<sup>(4)</sup> الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية في المادة الثالثة منه بأنه: "الإشهار كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى الترويج لبيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة".

كما عرفه المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 1990/01/30 المتعلق بالجودة وقمع الغش<sup>(5)</sup> في المادة الثانية على أنه: "جميع الاقتراحات أو الدعايات أو العروض أو الإعلانات أو المنشورات أو التعليمات المعدة لترويج تسويق سلعة بواسطة أسانيد بصرية أو سمعية".

أما الإشهار الالكتروني فقد عرفه المشرع الجزائري من خلال 06 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الالكترونية<sup>(6)</sup> بأنه: "الإشهار الالكتروني كل إعلان يهدف بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع سلع أو خدمات عن طريق الاتصالات الالكترونية".

<sup>3</sup> -بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2006، ص 166.  
<sup>4</sup> - القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر عدد 41 صادرة بتاريخ 27 يونيو 2004.  
<sup>5</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 05، سنة 1990،  
<sup>6</sup> - القانون 05-18 المؤرخ في 10 مايو 2018، يتعلق بالتجارة الالكترونية جريدة رسمية عدد 28 صادرة بتاريخ 16 مايو 2018.

معلن، بمجرد امتلاكه لحاسب آلي واشترك في شبكة الانترنت، فهي تختلف عن وسائل الإعلام والاتصال، في سهولة النشر عبر هذه الشبكة دون الحاجة إلى الحصول على ترخيص بالنشر، أو توفير العديد من الأجهزة التي يديرها مختصين في مجال الإعلام والاتصال، فأصبح كل شخص ناشر ومؤلف، كما أن الإنترنت يساعد على تغيير تقنيات التسويق والإعلان، وقد اعتبر بالفعل أن العلاقة المباشرة بين المعلن المستهلك ستكون قاعدة الاتصال التجاري والإعلاني للشبكة (المعروفة باسم "واحد إلى واحد")<sup>(2)</sup>. كما الإشهار على شبكة الانترنت يؤدي إلى التهرب من الالتزامات القانونية المفروضة على المعلن، بالنظر لضعف الرقابة التي تمنح المعلن إمكانية للتهرب من التزاماته القانونية، كما تمكنه من الإعلان منتجات وخدمات، قد تكون ممنوعة من الإشهار في وسائل الإعلام التقليدية.

وإذا كان لا يطرح أي إشكال بالنسبة لمسئولية المعلن، الذي يعتبر مسئول مدنيا وجزائيا عن الإشهار المظلل أو الخادع، إلا أنه يطرح الإشكال حول مسئولية مقدمي خدمة الاتصال عبر شبكة الانترنت، الذين حلوا محل وسائل الإشهار التقليدية، هذه الأخيرة التي نظم المشرع التزاماتها القانونية في حالة الإخلال بالقواعد التي تحكم الإشهار، إذ أن هذا التطور يثير مسألة تكييف قواعد القانون، ومدى انطباق الأحكام التي تحكم الإعلانات على وسائل الإعلام التقليدية على الإعلانات التجارية على شبكة الإنترنت.

وهو ما دفعنا إلى البحث في مسئولية مقدمي خدمات الاتصال عبر شبكة الانترنت عما يبث فيها من إعلانات مضللة أو خادعة، والذين لا يمكن أن يتم الإشهار إلا بتدخل منهم؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية فمن الواجب أولا التعريف بالإشهار التجاري الالكتروني الكاذب أو المظلل وتبيان أشكاله، ثم سنتطرق إلى الحالات التي يمكن أن يعتبر فيها

---

<sup>2</sup>-Jean-Marc Coblenche et Jean-Philippe Sala-Martin, Communication commerciale et publicité sur internet, <http://www.caprioli-avocats.com/fr/informations/publicite>. le 17/01/2018.



## **RESPONSIBILITY FOR ELECTRONIC ADVERTISING IN ALGERIAN LEGISLATION IN ACCORDANCE WITH THE ELECTRONIC COMMERCE LAW N° 18-05**

*Attou El- Mossouess*

### **ABSTRACT**

The technological development in the field of communications has contributed to finding new ways to advertising goods and services. After having relied on audiovisual means for years, the field of advertising started relying heavily on websites for advertising goods and services. And so in order to regulate electronic advertising, the Algerian legislator has passed Law n° 18-05 on electronic trading services, which includes certain provisions that specify the obligations of the advertiser, without the service provider holding any responsibility for false advertising, except in the case of illegal advertisements about pharmaceutical products, also advertisements for gambling and tobacco, in addition to products affecting intellectual, industrial or commercial property rights, added to any prohibited goods or services under applicable legislation, and sensitive materials, equipments and products.

**Key words:** *Trade, electronic services, false advertising, goods and services, responsibility, website.*

### **مقدمة:**

يعد الإشهار من أهم الوسائل التي يعتمد عليها المنتج من أجل الترويج لسلعه وخدماته، لدفع المستهلك نحو الإقبال على اقتناء السلع والخدمات، وقد ساهم التطور التكنولوجي في مجال الاتصالات في ظهور طرق جديدة للإشهار، بعدما كان المعلن يعتمد على وسائل الإعلام التقليدية، والمتمثلة في التلفزيون والراديو والجرائد والملصقات، والتي من سلبياتها المبالغ المالية الطائلة التي يدفعها المعلنين، مما دفعهم إلى اللجوء إلى الإشهار عبر شبكة الانترنت والتي تتميز بقلّة التكلفة، وتعطي الإمكانية لأي شخص أن يكون

## **المسئولية عن الإشهار الإلكتروني في التشريع الجزائري وفقا لقانون التجارة الإلكترونية**

عتو الموسوس<sup>1</sup>

ملخص:

لقد ساهم التطور التكنولوجي في مجال الاتصالات في إيجاد طرق جديدة للإعلان عن السلع والخدمات، فبعدما كان يعتمد على الوسائل السمعية البصرية، أصبح يعتمد بشكل كبير على المواقع الإلكترونية للإعلان عن السلع والخدمات، ومن أجل تنظيم الإشهار الإلكتروني فقد أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 05-18 الخاص بالتجارة الإلكترونية، حيث تضمن بعض الأحكام التي تحدد التزامات المعلن، دون أن يحمل مقدم الخدمة أي مسؤولية عن الإشهار الخادع أو الكاذب إلا في حالة ما إذا كانت حالة عدم مشروعية الإشهار واضحة كالإعلان عن المواد الصيدلانية، الإعلانات الخاصة بأعمال القمار واليانصيب، الإعلانات الخاصة بالمواد الصيدلانية، الإعلان عن المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الإعلانات الخاصة بالتبغ، الإعلان عن كل سلعة أو خدمة محظورة الفكرية أو الصناعية أو التجارية، الإعلان عن العتاد والتجهيزات والمنتجات بموجب التشريع المعمول به، الحساسة.

**الكلمات المفتاحية:** التجارة الإلكترونية، الدعاية الكاذبة، السلع والخدمات، المسؤولية، الموقع الإلكتروني.

---

1 atousba@gmail.com, ORCID Number: 0000-0003-4812-1066. المركز الجامعي احمد زبانه

10.06.2019 (تاريخ إرسال البحث) **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih**

10.07.2019 (تاريخ قبول البحث) **Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih**



6- الموقع الرسمي للدستور المصري من الرابط التالي :

<http://www.sis.gov.eg/Newvr/consttt%202014.pdf>

7- الموقع الرسمي لمجلس الوزراء المصري:

<http://www.cabinet.gov.eg/english/cabinet/thecabinetlineup/pages/thecabinetlineup.aspx>

7- طلعت دويدار، المحاكم الاقتصادية خطوة أخرى نحو التخصص القضائي، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، 2009، مصر.

8- الهيثم زعفان، تحرير المرأة المصرية في عصر سيداو، البيان (لندن)، العدد 271، مارس/ربيع الأول 2010، لندن.

9- موسوعة التشريعات المصرية وفق آخر التعديلات معلقًا عليها بمبادئ محكمة النقض والإدارية والدستورية العليا، نقابة المحامين المصرية، 2018، مصر.

### المواقع الإلكترونية:

1- الموقع الإلكتروني للأمم المتحدة من الرابط التالي :

<https://www.un.org/en/>

2- ديباجة اتفاقية سيداو لسنة 1979 من الرابط التالي :

<https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/0360793A.pdf>

3- الموقع الإلكتروني لمجموعة معاهدات الأمم المتحدة من الرابط التالي:

<https://treaties.un.org/>

4- موقع مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان من الرابط التالي:

<https://www.ohchr.org/AR/AboutUs/Pages/WhoWeAre.aspx>

5- الموقع الرسمي للمجلس القومي للمرأة من الرابط التالي :

<https://ncw.gov.eg/>

لذلك نحن نناشد ونشجع المشرّع المصري على سنّ المزيد من التشريعات التي تساهم في تعميق الحماية للأسرة عموماً وللمرأة وللأطفال خصوصاً طالما أن ذلك يصب في مصلحة الأسرة والمرأة والطفل ولا يتعارض مع الشريعة الإسلامية الغراء.

## قائمة المراجع

### قائمة المراجع :

1- نعار زهرة، حماية حقوق المرأة وفقاً لاتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة (سيداو)، مجلة الدراسات الحقوقية جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر، الجزائر.

2- عبد العال الديربي، الالتزامات الناشئة عن المواثيق العالمية لحقوق الإنسان: دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر.

3- العماري صبرينة ومصطفاوي فايزة، حقوق المرأة بين اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق من جامعة عبد الرحمن ميرة (بجاية)، السنة الجامعية 2016/2017، غير معلوم الناشر، الجزائر.

4- سحر عبد الستار إمام، محكمة الأسرة، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، 2008، مصر.

5- طه أمل أبو الخير، التغيير الاجتماعي وتشريعات الأحوال الشخصية في المجتمع المصري، مجلة البحث العلمي (كلية البنات جامعة عين شمس)، 2016، مصر.

6- سامية قدرى، النساء والبحث عن العدالة: محكمة الأسرة وقضايا المرأة، المجلة العربية لعلم الاجتماع، مركز البحوث والدراسات الاجتماعية، كلية الآداب جامعة القاهرة، 2010، مصر.

حاولنا قدر المستطاع في هذا البحث أن نتناول صور الحماية القانونية للأسرة الواردة في اتفاقية سيداو وفي التشريع المصري خصوصاً حقوق الطرف الضعيف في الأسرة وهي المرأة والأطفال، وقد رأينا كيف أن اتفاقية سيداو تتضمن نصوصاً عظيمة تهدف لحماية الأسرة والمرأة والأطفال، كما رأينا أن التشريع المصري قد التزم إلى حدٍ كبيرٍ بنصوص اتفاقية سيداو فيما يتعلق بحماية الأسرة عموماً والمرأة والطفل خصوصاً فقد رأينا كيف أن المشرّع المصري نجح إلى حدٍ كبيرٍ في أن يضمن الدستور المصري الصادر عام 2014 وقوانين الأسرة رقم 1 لسنة 2000 و10 لسنة 2004 والقوانين المصرية الأخرى نصوصاً أسهمت إلى حدٍ كبيرٍ في حماية الأسرة وحماية المرأة والأطفال، ورأينا كيف أن المشرّع المصري حاول قدر المستطاع تشريع قوانين جديدة وتعديل القوانين السارية لمحاولة زيادة نطاق الحماية للأسرة وللمرأة ولمحاولة اتباع أحكام اتفاقية سيداو التي انضمت إليها مصر عام 1981.

ولكننا نرى أن محاولة اتباع المشرّع المصري لأحكام اتفاقية سيداو لن تنجح بنسبة 100 %، حيث إن الاتفاقية تحتوي على بنود تتصادم مع الشريعة الإسلامية التي ينص الدستور المصري 2014 في المادة الثانية منه أن أحكامها هي المصدر الرئيسي للتشريع، حيث تنص المادة الثانية على أن "الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع"، فسوف يكون هناك صدام بين أحكام الشريعة الإسلامية الغراء التي هي المصدر الرئيسي للتشريع في مصر وبين أحكام اتفاقية سيداو، ونرى أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال اتباع مبادئ اتفاقية تهدف إلى هدم مبادئ الشريعة الإسلامية واستبدالها.

ونرى أيضاً أن هناك اختلافاً ثقافياً وفكرياً وعقائدياً بين الشعوب وبين الأديان وبين الثقافات المختلفة، فلن يمكن بأي حالٍ من الأحوال التطبيق الكامل لاتفاقية سيداو على جميع الدول بنفس الشكل دون أن يكون هناك العديد من التَحَفُّطات من بعض الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية ومنها جمهورية مصر العربية.

انضمت مصر إلى الاتفاقية الدولية لمكافحة الاتجار في الأشخاص واستغلال دعارة الغير في 1950/3/21 ثم صدر القانون رقم 68 لسنة 1951 الذي عدل بموجب القانون رقم 10 لسنة 1961 في شأن مكافحة الدعارة في جمهورية مصر العربية والجرائم ذات الصلة بها، ومنها ما قد يُرتكب باستخدام وسائل الاتصال الحديثة كأجهزة الكمبيوتر أو شبكة الإنترنت، حيث أتم أفعال التحريض أو المساعدة أو التسهيل أو الاستخدام أو الإغراء على ارتكاب الفجور أو الدعارة، والتحريض أو الاستخدام أو التسهيل أو الاصطحاب لمغادرة البلاد أو دخولها للاستغلال بالفجور والدعارة، أو استغلال بغاء شخص أو فجوره أو معاونة أنثى على ممارسة الدعارة، أو فتح أو إدارة محال للفجور أو الدعارة أو تأجير أو تقديم مكان لممارسة الفجور أو الدعارة أو اعتياد ممارسة الفجور أو الدعارة.

انضمت مصر إلى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية<sup>28</sup> (قرار رئيس الجمهورية رقم 294 لسنة 2003)، وكذلك تم الانضمام للبروتوكول الإضافي المكمل للاتفاقية والخاص بمنع وقمع ومعاينة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال (قرار رئيس الجمهورية رقم 295 لسنة 2003)، والانضمام للبروتوكول الإضافي المكمل للاتفاقية والخاص بمكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو (قرار رئيس الجمهورية رقم 297 لسنة 2004).

وقد صدر القانون رقم 103 لسنة 1967 وقانون المحال العامة رقم 371 لسنة 1956، وقانون الطفل رقم 12 لسنة 1996 لمكافحة هذه الظاهرة.

ومن العرض السابق، حسناً فعل المشرّع المصري بتضمين الدستور المصري النصوص الهامة لحماية الأسرة السابق الإشارة إليها، حيث إنّه وبناءً على هذه النصوص التي تنصّ على حماية حقوق المرأة والأطفال فقد أصبح يمكن الطعن بعدم الدستورية على أيّ ممارسة من قبل أيّ مؤسسة أو أيّ شخص به شبهة تمييز ضد المرأة أو انتقاص من حقوق الطفل.

## الخاتمة

<sup>28</sup> انظر [http://legal.un.org/avl/pdf/ha/unctoc/unctoc\\_ph\\_a.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/unctoc/unctoc_ph_a.pdf)



القطاع الحكومي حقوقاً مثل إجازة الوضع وإجازات رعاية الطفل مع حفظ حقوقها المادية وحقوق الترقى والأقدمية، حيث تكفل هذه القوانين للعاملات في القطاع الحكومي الحق في الحصول على إجازة وضع لمدة 3 مرات خلال حياتها الوظيفية، وكذلك الحق في إجازة لرعاية الطفل لثلاث مرات طوال حياتها الوظيفية، وتقوم الجهة الحكومية بسداد التأمينات الاجتماعية المستحقة على العاملة وعلى جهة العمل، أو منحها جزء من المرتب بحسب اختيارها، مع الاحتفاظ لها بوظيفتها وأقدميتها الوظيفية والعلاوات الدورية والاجتماعية وحققها في الترقية لحين عودتها من الإجازة، كما لا يفرق القانون في القطاع الحكومي بين المرأة والرجل في الحصول على إجازة بدون مرتب لمرافقة الزوج أو الزوجة وبدون حد أقصى.

أما في القطاع العام وقطاع الأعمال والقطاع الخاص، فقد كفل القانون رقم 12 لسنة 2003 حقوقاً للمرأة، حيث تنصُّ المادة 91 من القانون على حق العاملة التي أمضت 10 أشهر أو أكثر في خدمة صاحب العمل، في إجازة مدتها 90 يوماً بتعويضٍ مساوٍ للأجر الشامل تشمل المدة التي تسبق الوضع والتي تليها ولا تستحق إجازة الوضع لأكثر من مرتين طوال مدة خدمتها ولا يجوز تشغيل العاملة خلال الـ 45 يوماً التالية للوضع.

كما تنصُّ المادة 92 من ذات القانون على أن يُحظر على صاحب العمل فصل العاملة أو إنهاء خدمتها أثناء إجازة الوضع.

وتنصُّ المادة 90 من ذات القانون على أن يصدر الوزير المختص قراراً بتحديد الأعمال الضارة بالنساء صحياً أو أخلاقياً وكذلك الأعمال التي لا يجوز تشغيل النساء فيها.

وبموجب هذه القوانين أصبحت المرأة المصرية تتمتع في القطاع الحكومي والقطاع العام وقطاع الأعمال العام بمساواة كاملة مع الرجل في الأجور والعلاوات الدورية والتشجيعية والعلاوات الخاصة وكذا علاوة الزواج، ونفس قيمة المعاش المستحق ونفس نظام الحصول على هذه المنافع، كما تتمتع المرأة العاملة في القطاع الحكومي والقطاع العام وقطاع الأعمال العام بالخدمات الصحية والاجتماعية لها ولأبنائها مثلها مثل الرجل.

**رابعاً: مكافحة جرائم الاتجار بالمرأة**

### ثالثاً: حق المرأة في العمل

اهتم الدستور المصري بحق الفرد في العمل على قدم المساواة بين الرجل والمرأة حيث نصّ الدستور المصري في المادة 12 على أن "العمل حق، وواجب، وشرف تكفله الدولة. ولا يجوز إلزام أي مواطن بالعمل جبراً، إلا بمقتضى قانون، ولأداء خدمة عامة، لمدة محددة، وبمقابل عادل، ودون إخلال بالحقوق الأساسية للمكلفين بالعمل"، ولم يفرق هذا النص بين الرجال والنساء في عدم جواز إلزام الرجل أو المرأة بالعمل جبراً مع حفظ حقوقهم الأساسية حين تكليفهم بالعمل وأن يكون العمل لمدة محددة وبمقابل عادل.

ونصّت المادة 16 من الدستور المصري كذلك على مادة مستحدثة خاصة بحماية أسر الشهداء من أزواجهم وأولادهم ووالديهم والعمل على توفير فرص العمل لهم، حيث نصّ على أن "تلتزم الدولة بتكريم شهداء الوطن، ورعاية مصابي الثورة، والمحاربين القدماء والمصابين، وأسر المفقودين في الحرب وما في حكمها، ومصابي العمليات الأمنية، وأزواجهم وأولادهم ووالديهم، وتعمل على توفير فرص العمل لهم، وذلك على النحو الذي ينظمه القانون، وتشجع الدولة مساهمة منظمات المجتمع المدني في تحقيق هذه الأهداف".

كما نصّت المادة 81 من الدستور على ضمان حقوق وتوفير فرص العمل لذوي الإعاقة والأقزام دون تمييز بين النساء والرجال إعمالاً لمبادئ المساواة والعدالة وتكافؤ الفرص حيث تنصّ المادة 81 على أن "تلتزم الدولة بضمان حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة والأقزام، صحياً واقتصادياً واجتماعياً وثقافياً وترفيهياً ورياضياً وتعليمياً، وتوفير فرص العمل لهم، مع تخصيص نسبة منها لهم، وتهيئة المرافق العامة والبيئة المحيطة بهم، وممارستهم لجميع الحقوق السياسية، ودمجهم مع غيرهم من المواطنين، إعمالاً لمبادئ المساواة والعدالة وتكافؤ الفرص".

وكان المشرّع المصري في القانون رقم 47 لسنة 1978 الخاص بالعاملين المدنيين بالدولة والقانون رقم 12 لسنة 2013 المنظم لأحوال العاملين في القطاع العام وقطاع الأعمال العام والقطاع الخاص وكذلك في قانون الخدمة المدنية رقم 81 لسنة 2016 حيث كفلت هذه القوانين للمرأة العاملة في

5- وبصفة عامة ارتفع نصيب المرأة في شغل الوظائف القيادية ومستويات اتخاذ القرار بالحكومة والقطاع العام وقطاع الأعمال، كما تشغل أيضاً الوظائف العامة فهناك رئيسات للهيئات والمؤسسات والجامعات.

6- ساوى قانون الجنسية المصري رقم 154 لسنة 2004 بين المرأة المصرية المتزوجة من غير مصري بالرجل المتزوج من غير مصرية في حق أبنائها من الجنسية المصرية، حيث لم يكن للمرأة هذا الحق من قبل، وبفضل هذا التعديل حصل الآلاف من أبناء المصريات على الجنسية المصرية منذ صدور القانون وقد أكد الدستور المصري 2014 على هذا الحق في المادة 6 منه كما سبقت الإشارة.

7- أصبحت المرأة المصرية بعد صدور قانون الضرائب رقم 91 لسنة 2005 تتمتع بنفس الإعفاءات الضريبية للأعباء العائلية مثلها مثل الرجل بعد أن تمت إزالة التمييز الذي كان موجوداً في قانون الضرائب القديم.

### ثانياً: حق التعليم للمرأة

اهتم الدستور المصري بالتعليم على قدم المساواة بين الرجل والمرأة حيث تنص المادة 19 من الدستور على "التعليم حق لكل مواطن، هدفه بناء الشخصية المصرية، والحفاظ على الهوية الوطنية، وتأسيس المنهج العلمي في التفكير، وتنمية المواهب وتشجيع الابتكار، وترسيخ القيم الحضارية والروحية، وإرساء مفاهيم المواطنة والتسامح وعدم التمييز، وتلتزم الدولة بمراعاة أهدافه في مناهج التعليم ووسائله، وتوفيره وفقاً لمعايير الجودة العالمية. والتعليم إلزامي حتى نهاية المرحلة الثانوية أو ما يعادلها، وتكفل الدولة مجانيته بمراحله المختلفة في مؤسسات الدولة التعليمية، وفقاً للقانون. وتلتزم الدولة بتخصيص نسبة من الإنفاق الحكومي للتعليم لا تقل عن 4% من الناتج القومي الإجمالي، تتصاعد تدريجياً حتى تتفق مع المعدلات العالمية، وتشرف الدولة عليه لضمان التزام جميع المدارس والمعاهد العامة والخاصة بالسياسات التعليمية لها".

ولم ينسَ المشرع المصري تعليم الكبار على قدم المساواة بين الرجال والنساء، فقد نصَّ على إنشاء الهيئة العامة لتعليم الكبار بموجب القانون رقم 8 لسنة 1991 في شأن محو الأمية وتعليم الكبار.

القضاء المصري رغم المعارضات من بعض علماء الشريعة لمخالفتها للأحكام الشرعية<sup>25</sup> على حدٍ وصف بعضهم.

2- أصبح مجلس الوزراء المصري يضم العدد من الوزارات بنسبة كبيرة تقترب من 25 % من إجمالي عدد الوزراء، حيث إنّه وفقاً لآخر تشكيل وزاري حتى تاريخ كتابة هذا البحث، فالحكومة الجديدة المشكلة برئاسة المهندس مصطفى مدبولي رئيس الوزراء تضم ثماني وزارات وهنّ الدكتورة/ غادة والي وزيرة للتضامن الاجتماعي، والدكتورة/ سحر نصر وزيرة للاستثمار والتعاون الدولي، والسفيرة/ نبيلة مكرم وزيرة للدولة للهجرة وشؤون المصريين للخارج، والدكتورة/ هالة السعيد وزيرة للتخطيط والمتابعة والإصلاح الإداري والدكتورة/ إيناس عبد الدايم وزيرة للثقافة، والدكتورة/ رانيا المشاط وزيرة للسياحة، والدكتورة/ هالة زايد وزيرة للصحة والسكان، والدكتورة/ ياسمين عبد العزيز وزيرة للبيئة<sup>26</sup> والكثير من هؤلاء الوزارات تقلدوا أكثر من مرة منصب وزير نظراً لإنجازاتهم وتميزهن، مما يعني أنه لا تفرقة أبداً في تقلد منصب الوزير في مصر بين الرجال والنساء، فالأمر يخضع في النهاية للكفاءة.

3- بلغ عدد النائبات 87 نائبة في مجلس النواب المصري الأخير 2015 أي نسبة تقترب من 15% من إجمالي مقاعد البرلمان المصري التي تبلغ 596 مقعداً.

4- تولت المرأة في جمهورية مصر العربية وظيفة المأذون رغم استفاضة رسالة جامعية بجامعة الأزهر أشرف عليها وناقشها مجموعة من كبار أساتذة الفقه في مصر وذهبت تلك الرسالة إلى عدم جواز تولي المرأة هذه الوظيفة<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> الهيثم زعفان، تحرير المرأة المصرية في عصر سيداوا، البيان (لندن)، العدد 271، مارس/ ربيع الأول 2010، ص9.

<sup>26</sup> انظر

<http://www.cabinet.gov.eg/english/cabinet/thecabinetlineup/pages/thecabinetlineup.aspx>

<sup>27</sup> الهيثم زعفان، مرجع سابق، ص10.

وقد نصَّ الدستور المصري على تحقيق تكافؤ الفرص دون تمييز بين الرجل والمرأة، حيث تنصُّ المادة 9 من الدستور المصري الجديد على أن "تلتزم الدولة بتحقيق تكافؤ الفرص بين جميع المواطنين، دون تمييز".

وقد أكد الدستور المصري على ضمان تكافؤ الفرص للجميع دون تمييز بين الرجل والمرأة في المادة 3/27 من الدستور المصري الجديد التي تنصُّ على أن "ويلتزم النظام الاقتصادي اجتماعياً بضمان تكافؤ الفرص والتوزيع العادل لعوائد التنمية وتقليل الفوارق بين الدخل والالتزام بحدِّ أدنى للأجور والمعاشات يضمن الحياة الكريمة، وبتحقيق أقصى في أجهزة الدولة لكلِّ من يعمل بأجر، وفقاً للقانون".

كما أكد الدستور على المساواة بين المواطنين المصريين الرجال والنساء في نص المادة 53 من الدستور المصري التي تنصُّ على أن "المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والحريات والواجبات العامة، لا تمييز بينهم بسبب الدين، أو العقيدة، أو الجنس، أو الأصل، أو العرق، أو اللون، أو اللغة، أو الإعاقة، أو المستوى الاجتماعي، أو الانتماء السياسي أو الجغرافي، أو لأي سبب آخر. التمييز والحض على الكراهية جريمة، يعاقب عليها القانون. تلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للقضاء على كافة أشكال التمييز، وينظم القانون إنشاء مفوضية مستقلة لهذا الغرض".

وبالنسبة للمساواة بين الرجل والمرأة في حصول أولادهم على الجنسية فقد نصَّت المادة 6 من الدستور المصري على أن "الجنسية حق لمن يولد لأب مصري أو لأم مصرية، والاعتراف القانوني به ومنحه أوقافاً رسمية تثبت بياناته الشخصية، حق يكفله القانون وينظمه. ويحدد القانون شروط اكتساب الجنسية".

وعند النظر للوضع الحالي للمرأة في جمهورية مصر العربية نجد أنه لا تمييز بينها وبين الرجل في الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ونلاحظ ونسوق لذلك بعض الأمثلة على سبيل المثال لا الحصر وفق ما يلي:

1- تم تعيين النساء في القضاء، حيث تم تعيين أول قاضية في عام 2003، حيث تم تعيينها بالمحكمة الدستورية العليا، كما تم تعيين قاضيات في سلك

الإدارة العليا في الدولة والتعيين في الجهات والهيئات القضائية، دون تمييز ضدها. وتلتزم الدولة بحماية المرأة ضد كل أشكال العنف، وتكفل تمكين المرأة من التوفيق بين واجبات الأسرة ومتطلبات العمل. كما تلتزم بتوفير الرعاية والحماية للأمومة والطفولة والمرأة المعيلة والمُسنة والنساء الأشد احتياجًا".

كما نصَّ على وجود تمثيل للمرأة في انتخابات الوحدات المحلية حيث نصَّ في المادة 1/180 على أن "تنتخب كلُّ وحدة محلية مجلسًا بالاقتراع العام السري المباشر، لمدة أربع سنوات، ويشترط في المترشح ألا يقل سنه عن إحدى وعشرين سنة ميلادية، وينظم القانون شروط الترشح الأخرى، وإجراءات الانتخاب، على أن يُخصص ربع عدد المقاعد للشباب دون سن خمس وثلاثين سنة، وربع العدد للمرأة، على ألا تقل نسبة تمثيل العمال والفلاحين عن خمسين بالمائة من إجمالي عدد المقاعد، وأن تتضمن تلك النسبة تمثيلًا مناسبًا للمسيحيين وذوي الإعاقة".

كما نصَّ الدستور على تمتع المجالس القومية المستقلة بالشخصية الاعتبارية والاستقلال الفني والمالي والإداري ومنها المجلس القومي للمرأة والمجلس القومي للطفولة والأمومة، حيث نصَّ في المادة 214 المتعلقة بالمجالس القومية على أن "يحدد القانون المجالس القومية المستقلة، ومنها المجلس القومي لحقوق الإنسان، والمجلس القومي للمرأة، والمجلس القومي للطفولة والأمومة، والمجلس القومي للأشخاص ذوي الإعاقة، ويبين القانون كيفية تشكيل كلِّ منها، واختصاصاتها، وضمانات استقلال وحياد أعضائها، ولها الحق في إبلاغ السلطات العامة عن أي انتهاك يتعلق بمجال عملها. وتتمتع تلك المجالس بالشخصية الاعتبارية والاستقلال الفني والمالي والإداري، ويُؤخذ رأيها في مشروعات القوانين، واللوائح المتعلقة بها، وبمجال أعمالها".

وجدير بالذكر أن المجلس القومي للمرأة قد تم إنشاؤه بموجب القرار الجمهوري رقم 90 لسنة 2000 والمنوط به العمل على النهوض بالمرأة وتمكينها من المشاركة الفعالة في التنمية والتأكيد على تمتعها بحق المساواة الدستوري على أرض الواقع.

في إقامة دعوى بشأن إحدى مسائل الأحوال الشخصية التي تختص بها محاكم الأسرة المصرية أن يقدم طلباً لتسوية النزاع إلى المكتب المختص، أي أن اللجوء لمكاتب تسوية المنازعات الأسرية ليس اختيارياً بل إجبارياً، حيث تقضي المحكمة بعدم قبول الدعوى التي ترفع ابتداءً إليها دون تقديم طلب التسوية إلى مكتب تسوية المنازعات الأسرية.

وحرصاً من المشرع المصري على مصلحة الأسرة، نصَّ القانون رقم 10 لسنة 2004 على أن ينشأ بدائرة اختصاص كل محكمة جزئية مكتب أو أكثر لتسوية المنازعات الأسرية، وذلك بغرض تقريب مكاتب التسوية من أطراف النزاع ولتوفير العدد الكافي من تلك المكاتب، كما أَعفَى الطلبات التي تقدم لتلك المكاتب من الرسوم تخفيفاً للأعباء، ونصَّ على وجوب انتهاء التسوية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب ولا يتم تجاوز تلك المدة إلا باتفاق أطراف النزاع، وفي حالة الوصول لتسوية ودية يتم تحرير محضر، ويكون لهذا المحضر قوة السند التنفيذي وينتهي بذلك النزاع، أما في حالة عدم التوصل لتسوية ودية يتم تحرير محضر لإثبات ما تم فيه ويتم إرسال المحضر والمحركات إلى محكمة الأسرة.

### **المطلب الثالث: حماية الأسرة في الدستور المصري والقوانين المصرية الأخرى**

#### **أولاً: المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية**

نص المشرع المصري في الدستور المصري الصادر في 18 يناير عام 2014<sup>24</sup> على المساواة بين الرجل والمرأة في جميع الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، حيث تنصُّ المادة 11 من الدستور المصري على أن " تكفل الدولة تحقيق المساواة بين المرأة والرجل في جميع الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وفقاً لأحكام الدستور. وتعمل الدولة على اتخاذ التدابير الكفيلة بضمان تمثيل المرأة تمثيلاً مناسباً في المجالس النيابية، على النحو الذي يحدده القانون. كما تكفل للمرأة حقها في تولى الوظائف العامة ووظائف

<sup>24</sup> للاطلاع على الدستور المصري <http://www.sis.gov.eg/Newvr/consttt%202014.pdf>

أطرافه قبل مرحلة التقاضي أمام المحاكم مما له أهمية كبيرة لأنه يقلل من الآثار السلبية والعواقب الوخيمة التي قد يسفر عنها وقوف أطراف الأسرة المتنازعة وجهاً لوجه أمام المحاكم في ساحة القضاء ولو صدر حكم عادل بين أطرافه، لأنه لو حسم النزاع على الصعيد القانوني فإنه قد يستمر في صورة اجتماعية بين الخصوم أطراف الحكم مما قد يخلف آثار سلبية جسيمة لا يمكن أن تلتئم جراحها لا سيما على الصغار، ولذا فإن الدور المُسند إلى هذه المكاتب بالغ الأهمية في احتوائه على هذه الآثار السلبية والحيلولة دون تصدُّع الأسرة وانهارها بمحاولة التوفيق بين أطرافها بتبصيرهم بجوانب النزاع المختلفة وآثار ذلك على العلاقات الأسرية مع بيان عواقب التمادي في النزاع على الطرفين وعلى ما بينهما من أولاد<sup>23</sup>.

ولا شك أن لهذه المكاتب دوراً حيوياً وهاماً في حماية الأسرة من التصدُّع والانحيار، حيث إنَّ هذا الدور الهام قد يجنب الأسرة التعرض للتفكك والانحيار وحتى إن لم ينته النزاع وتطلب العرض على القضاء للفصل فيه فأيضاً سوف يكون لمكتب تسوية المنازعات الأسرية دورٌ هامٌ وعظيمٌ في تقريب وجهات النظر وفي سهولة تطبيق وتنفيذ أحكام القضاء بعد صدورها تطبيقاً ناجماً عن رضا واقتناع ومودة من الطرفين بشكل يكفل الاحترام بينهم ويضمن إعطاء كل ذي حق حقه، كما يجعل الأطفال في ظروف اجتماعية أفضل.

حيث يقوم مكتب تسوية المنازعات الأسرية ببذل مساعي التوفيق بين الأطراف المتنازعة بهدف الوصول للصلح وذلك من خلال الاجتماع بأطراف النزاع وسماع أقوالهم ومناقشتهم وتبصيرتهم بجوانب النزاع وآثار ذلك على الأسرة وتماسكها وآثار ذلك على الأطفال في حالة وجود أطفال.

وأوجب المشرِّع على كلِّ من يرغب في إقامة دعوى أمام محكمة الأسرة في إحدى مسائل الأحوال الشخصية أن يقدم طلباً إلى مكتب تسوية المنازعات الأسرية فيما عدا دعاوى الأحوال الشخصية التي لا يجوز فيها الصلح أو الدعاوى المستعجلة ومنازعات التنفيذ والأوامر الوقائية، وتعظيماً لأهمية مكتب تسوية المنازعات الأسرية، أوجب المشرِّع على من يرغب

<sup>23</sup> - سحر عبد الستار إمام، مرجع سابق ص 124، 125.



ونرى أن المشرّع كان موفقاً في جعل محكمة الأسرة محكمة متخصصة، حيث إنّ ذلك في الواقع يصب في مصلحة الأسرة، فتخصص المحاكم في الأساس يقود إلى تخصص القاضي في فرع قانوني أو أكثر تطبيقاً لنص المادة 12 من قانون السلطة القضائية المصري الذي ينص على أنه: "يجوز تخصيص القاضي بعد مضي أربع سنوات على الأقل من تعيينه في وظيفته، ويجب أن يتبع نظام التخصص بالنسبة إلى المستشارين وبالنسبة لمن يكون من القضاة قد مضى على تعيينه ثماني سنوات".

مما يعني أن تخصص محاكم الأسرة بالفصل في منازعات الأسرة يقود إلى تخصص قضاة محاكم الأسرة، حيث إنّ قاضي الأسرة المتخصص رغم أنه ينبغي أن يعرف كيف يفصل في جميع أنواع الدعاوى إلا أنه يتخصص في الفصل في نوع معين من القضايا وهي قضايا الأسرة؛ مما يؤدي إلى ثقل خبرة قاضي الأسرة في الفصل في هذا النوع من القضايا، مما يساهم في تطبيق صحيح القانون في منازعات الأسرة تحقيقاً لحماية الأسرة.

وبناءً على ذلك فمحاكم الأسرة في القانون المصري من الناحية التنظيمية هي محاكم متخصصة قوامها قضاة متخصصون في المقام الأول<sup>22</sup> ويساهم هؤلاء القضاة المتخصصون في إضفاء مزيد من الحماية للأسرة المصرية ويكون قضاة الأسرة المتخصصون أكثر مراعاة لهذا النوع الخطير من القضايا وما يستتبعه من آثار اجتماعية ونفسية على الزوج والزوجة عموماً والأطفال خصوصاً.

### مكاتب تسوية المنازعات الأسرية:

وحرصاً من المشرّع على تعزيز دور القضاء في الحفاظ على السلام الاجتماعي داخل الأسرة بتعزيز استقرارها وحمايتها من التصدع والانحيار قام بإنشاء مكاتب لتسوية المنازعات الأسرية تتبع وزارة العدل، تقوم بداءةً بدور توفيقّي تصالحي في مرحلة سابقة على مرحلة التقاضي، تقوم فيها بالتقريب بين وجهات النظر المتعارضة بهدف التوصل إلى اتفاق بين الأطراف مما قد يسفر عن إمكانية التوصل إلى تسوية النزاع صلحاً بين

<sup>22</sup> طلعت دويدار، المحاكم الاقتصادية خطوة أخرى نحو التخصص القضائي، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، 2009، ص 16، 17.

وتناولها من الجوانب المختلفة، وبموجب نص المادة 11 من نفس القانون يعاون المحكمة خبيران أحدهما من الأخصائيين الاجتماعيين والآخر من الأخصائيين النفسيين يكون أحدهما على الأقل من النساء، ويقوم هذان الخبيران بدور المعاون للمحكمة إذ يلقيان الضوء على الجوانب الاجتماعية والنفسية للمسألة المعروضة، مما يمكن القضاة من الإحاطة بالمسألة المعروضة، ليس فقط في جانبها القانوني الذي يناط به القضاة، وإنما كذلك من الجوانب النفسية والاجتماعية المحيطة بالمسألة، فيسهم إلى حدٍ كبيرٍ في تكوين رأي قضائي سليم مبني على عقيدة راسخة ودراسة متأنية<sup>21</sup>.

ووفقاً لصريح نص المادة 1/11 هناك حالات يكون حضور الخبيرين فيها وجوبياً وهي دعاوى الطلاق والتطليق والتفريق الجسماني والفسخ وبطلان الزواج وحضانة الصغير ومسكن حضانتته ورؤيته وضمه والانتقال به ودعوى النسب والطاعة، وحسباً ما فعل المشرع المصري بجعل حضور الخبيرين وجوبياً في هذه الدعاوى لأهمية هذه الدعاوى وأثرها البالغ على حماية الأسرة، حيث سيكون لها آثار خطيرة ليس فقط على الزوج والزوجة بل وبالأخص على الأطفال الصغار، كما يتسق ذلك مع هدف المشرع من تخصيص محكمة تختص بنظر شؤون الأسرة وعلاج مشكلاتها والقيام بوظيفة اجتماعية بجانب الدور المنوط بها أساساً المتمثل في إصدار أحكام لتسوية المنازعات المعروضة عليها.

أما خارج الدعاوى التي حددتها المادة 1/11 يكون حضور الخبيرين جوازياً وفق صريح نص المادة 2/11 حيث إن للمحكمة أن تستعين بهما إذا رأت ضرورة لذلك، فالأمر متروك لتقدير المحكمة في هذه الحالة.

### محكمة الأسرة هي محكمة ابتدائية متخصصة:

ومما سبق، يتضح أن محكمة الأسرة هي محكمة من طبقة المحاكم الابتدائية المتخصصة لنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية والتي بموجب القانون رقم 10 لسنة 2004 أصبحت مختصة باختصاص حاجز تستأثر به دون غيرها من المحاكم.

<sup>21</sup> سحر عبد الستار إمام، مرجع سابق ص 21، 22.

وحرصًا من المشرّع المصري على حماية الأسرة، نصّ في القانون رقم 10 لسنة 2004 على أن جلسات المحاكمة غير علنية ولا يحضرها الأطفال، وفي حالة ضرورة حضورهم تخصص لهم قاعة مناسبة لأعمارهم وبها مشرف اجتماعي، كما نصّ المشرّع على إعفاء الأسر من الرسوم والمصاريف والنص على عدم ضرورة توقيع محامٍ على عريضة الدعوى تخفيفًا للأعباء المالية ولعدم ضرورة الاستعانة بمحامٍ.

كما تنصّ المادة (10) من نفس القانون على أن انعقاد جلسات محكمة الأسرة يتم في أماكن منفصلة عن أماكن انعقاد جلسات المحاكم الأخرى مع تزويد محكمة الأسرة بالوسائل التي تناسب طبيعة المنازعات وأطرافها وما تقتضيه من حضور الأطفال تلك الجلسات للاستماع إلى أقوالهم مما يحقق الحماية للأسرة المصرية، حيث إنّ المشرّع كان هدفه من البداية من إنشاء هذا القانون تحقيق صالح الأسرة عمومًا والأطفال خصوصًا والذين خصّهم المشرّع المصري بنصّ المادة 2/10 من القانون التي تنصّ على أن المحكمة تسترشد في أحكامها بما تقتضيه مصالح الطفل الفضلى.

بل وامتد حرص المشرّع المصري إلى مرحلة التنفيذ، حيث تقوم محكمة الأسرة بمتابعة تنفيذ الأحكام الصادرة منها عن طريق مكتب يرأسه قاضي التنفيذ مع الاستعانة بالأخصائيين أو أفراد الشرطة إن لزم الأمر.

### إنشاء محكمة الأسرة:

تنصّ المادة (1) من القانون 10 لسنة 2004 على أن تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة جزئية محكمة للأسرة يكون تعيين مقرها بقرار من وزير العدل.

ويعني إنشاء محكمة أسرة في دائرة اختصاص كل محكمة جزئية أن تكون هناك محاكم للأسرة دائمًا قريبة من المتقاضين، حيث سيكون هناك محكمة للأسرة بكل مركز أو قسم من مراكز أو أقسام المحافظات تقريبًا بعدد المحاكم الجزئية القائمة فيها.

وتتشكل محكمة الأسرة وفق القانون رقم 10 لسنة 2004 من ثلاثة قضاة يكون أحدهم على الأقل بدرجة رئيس بالمحكمة الابتدائية وهذا التشكيل الثلاثي يحقق ضمانات هامة للمتقاضين؛ نظرًا لأنه يتيح المناقشة بين القضاة

كما أن الواقع العملي حين تطبيق القانون رقم 1 لسنة 2000 قد أثبت أنه إذا أردنا فعلاً تحقيق حماية الأسرة وتحقيق العدالة الكاملة يجب أن يتم إنشاء محكمة مختصة بقضايا الأسرة تتوافر لها مقومات خاصة تناسب هذا النوع الحساس من القضايا وتناسب الغرض المنشود من إنشائها وتتوافق مع طبيعة المنازعات التي تعرض عليها وكذلك طبيعة المتقاضين الذين يلجؤون إليها والأشخاص الذين يشهدون جلساتها خاصة الصغار مما أوجب استصدار قانون إنشاء محاكم تتوافر فيها المقومات اللازمة لتحقيق الغرض المنشود من إنشائها<sup>19</sup>، لذا كان من الضروري أن يتدخل المشرع المصري بإصدار قانون جديد.

### المطلب الثاني: حماية الأسرة في القانون رقم 10 لسنة 2004 بإنشاء محاكم الأسرة

تدخل المشرع المصري للأسباب السابق الإشارة إليها بإصدار القانون رقم 10 لسنة 2004 بإنشاء محاكم الأسرة والتي تختص دون غيرها بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية التي ينعقد الاختصاص بها للمحاكم الجزئية والابتدائية طبقاً للقانون رقم 1 لسنة 2000.

وفي الواقع فإن مبادرة إنشاء محاكم خاصة للأسرة أيضاً كانت نتيجة لعدد من المتغيرات العالمية والمحلية التي ساهمت في إحداث تغييرات على المجتمع المصري، فقد جاءت هذه المبادرة نتيجة لتطور ونمو الحركة النسائية العالمية وما تركته من تداعيات على الحركة المصرية من ناحية، وتطور المواثيق والمعاهدات الخاصة بحقوق النساء والأطفال من ناحية أخرى، وأهمها في هذا الشأن اتفاقية سيداو، وقد حمل عدد من المعنيين بقضايا الأسرة عامّة وقضايا المرأة على الخصوص لواء مبادرة إنشاء محاكم خاصة للأسرة في مصر، وذلك بجانب عددٍ من المؤسسات الحكومية وغير الحكومية التي أدخلت تطوير قوانين الأحوال الشخصية في جمهورية مصر العربية من ضمن اهتماماتها<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأسرة المصري.

<sup>20</sup> سامية قدرى، النساء والبحث عن العدالة: محكمة الأسرة وقضايا المرأة، المجلة العربية لعلم الاجتماع، مركز البحوث والدراسات الاجتماعية، كلية الآداب جامعة القاهرة، 2010، ص 131.

المذاهب الأربعة، بالإضافة إلى إعفاء دعاوى النفقات من الرسوم القضائية بجميع أنواعها، وإلغاء الأحكام الغيابية.

ومن الجانب الاجتماعي للقانون فقد استحدث القانون نظام محكمة الأسرة وصندوق تأمين النفقات من أجل المساعدة الاجتماعية للأسر، والمساعدة في حلّ مشكلات الزواج العرفي من خلال السماح بإنهاء العلاقة من خلال وجود أي إثبات لإقامتها، كما أعطى القانون لأول مرة للمرأة الحق في الحصول على الطلاق بنفسها من خلال الخلع، وتنظيم القانون لرؤية الصغير، كما سعى القانون في مناقشاته إلى إدراج حق المرأة في السفر هي والأبناء دون إذن الزوج من أجل العمل أو للعلاج، ولكن نتيجة للمعارضة الشديدة وحماية لما تم تحقيقه تم التخلي عن هذا النص حفاظاً على ما تم الحصول عليه من حقوق، وبناءً على ما أوصى به القانون فقد تم إقرار قانون محكمة الأسرة وصندوق تأمين النفقات عام 2003، تلا ذلك ومن أجل مراعاة مصلحة الطفل الفضلى ونتيجة لتغيرات الواقع الاجتماعي وما تستدعيه الحاجة تم تعديل سنّ الحضانة بالقانون عام 2005<sup>18</sup>

ورغم ما حققه القانون من نجاح إلا أنه لم يكن كافياً لتحقيق حماية كافية للأسرة لكونه يقوم بتوزيع الاختصاص بين المحكمة الجزئية والمحكمة الابتدائية، إذ حددت المادة التاسعة منه المسائل التي تختص بها المحكمة الجزئية سواء فيما يتعلق بالنفس أو المال، وتختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية التي لا تدخل في اختصاص المحكمة الجزئية باعتبارها المحكمة ذات الولاية العامة، وكانت لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية بمجلس الشورى المصري قبل إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 قد أوصت في تقريرها بضرورة إنشاء محكمة للأسرة تختص بنظر جميع المنازعات التي تنشأ بين الزوجين مما يؤدي إلى تجنب تعدد المحاكم المختصة بنظر مسائل الأحوال الشخصية، كما يمكن المحكمة من الفصل في أوجه الخلاف المتعددة على نحو يحقق سرعة أفضل وعدالة أوفى كأثر لإحاطة المحكمة بكلّ عناصر النزاع، ولكنّ القانون رقم 1 لسنة 2000 لم يستجب لهذا التقرير.

<sup>18</sup> طه أمل أبو الخير، التغيير الاجتماعي وتشريعات الأحوال الشخصية في المجتمع المصري، مجلة البحث العلمي (كلية البنات جامعة عين شمس)، 2016، ص497.

تم إدخال تعديلات تشريعية على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بصدر القانون رقم 462 لسنة 1955 بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليية وإحالة الدعاوى التي تكون منظورة أمامها إلى المحاكم الوطنية، ثم أصدر المشرع القانون رقم 62 لسنة 1976 بشأن تعديل أحكام النفقات<sup>17</sup>.

وفي ظل هذا التعدد في النظام الإجرائي الحاكم لمسائل ومنازعات الأحوال الشخصية ظهرت الحاجة إلى تشريع قانون موحد لتنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية بسبب ما كانت تتعرض له الأسرة من توتر واضطرابات من كثرة القوانين والقواعد التي تحكم مسائل الأحوال الشخصية وما يستتبعه ذلك من آثار سيئة على نفوس الأسرة.

### المطلب الأول: حماية الأسرة في القانون رقم 1 لسنة 2000

نتيجة لحرص المشرع المصري في سبيل حماية الأسرة المصرية بتيسير إجراءات التقاضي في مجال الأحوال الشخصية وتوحيدها في قانون واحد علاوة على الاهتمام بمصلحة المتقاضين من خلال تقريب المحاكم من المتقاضين وتقليل نفقات التقاضي وسرعة البت في دعاوى الأسرة قام بإصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 بشأن تنظيم بعض أوضاع إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية بهدف تجميع القواعد الإجرائية بدلاً من تثارها في أكثر من قانون، فموجب هذا القانون أصبحت كافة قضايا ومنازعات الأحوال الشخصية خاضعة للقواعد الإجرائية الواردة في هذا القانون بحيث تسري أحكامه على المصريين مسلمين وغير مسلمين وعلى الأجانب كذلك، وقد جاء القانون رقم 1 لسنة 2000 بالتعديل من حيث الجانب الإجرائي من خلال جمع كافة الأحكام الإجرائية المتعلقة بالأحوال الشخصية في قانون واحد، واستثناء أحكام منازعات الأسرة من الطعن لتصبح القضايا تُنظر على درجتين فقط، والرجوع في قواعد الإثبات إلى

<sup>17</sup> سحر عبد الستار إمام، محكمة الأسرة، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، 2008، ص 13، 14.

العلاقات المتقابل بين الحقوق والواجبات على نحو من التكامل الذي يحقق المساواة الحقيقية بين الزوجين لا مظاهر المساواة الشكلية التي لا تحقق للزوجة مصلحة نافعة من الزواج بقدر ما تنقل كاهلها بالقيود، ذلك أن أحكام الشريعة الإسلامية تفرض على الزوج أداء المهر المناسب للزوجة والإنفاق عليها من ماله إنفاقاً كاملاً ثم أداء نفقة لها عند الطلاق في حين تحتفظ الزوجة بحقوقها الكاملة من أموالها ولا تلتزم بالإنفاق منها لإعالة نفسها، ولذلك قيّدت الشريعة حق الزوجة في الطلاق بأن أوجب أن يكون ذلك بحكم القضاء في حين لم تضع مثل هذا القيد على الزوج<sup>16</sup>.

وقد تحفظت على نص الفقرة الثانية من المادة 29 من الاتفاقية كما ورد في محضر الاجتماع السادس عشر أن الوفد المصري يتمسك بالتحفظ الوارد في الفقرة (2) من المادة 29 بشأن حق الدولة الموقعة على الاتفاقية في إعلان عدم التزامها بالفقرة 1 من تلك المادة وبعض ما قد ينشأ من خلاف بين الدول حول تفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية على هيئة تحكيم؛ وذلك تفادياً للتقيّد بنظام التحكيم في هذا المجال.

### المبحث الثاني: حماية الأسرة في التشريع المصري

نُبذة تاريخية عن التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية في جمهورية مصر العربية.

طبقت مصر في الماضي على منازعات الأحوال الشخصية بين المصريين لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها الصادرة بمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931، أما إذا كان الخصوم أو أحدهم من الأجانب فيطبق النظام الإجرائي الوارد في مواد الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 77 لسنة 1949 وقد أضيف هذا الكتاب في عام 1951 بمقتضى القانون رقم 26 لسنة 1951.

<sup>16</sup> محضر الاجتماع السادس عشر للدول الأطراف في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الذي يحتوي على نصوص الإعلانات والتحفّظات والاعتراضات وإشعارات سحب التحفّظات فيما يتعلق بالاتفاقية، نيويورك، 28 حزيران/يونيه 2010، ص 12.12 ويمكن الاطلاع على المحضر عبر الرابط

<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Elections2010.aspx>

مستويات التعليم، إلا أنه ما زال هناك ممارسات غير مرغوب فيها في هذا المجال من كلٍّ من الرجل والمرأة، ومن الصعب أن تتدخل الحكومة بالتدابير أو التشريعات التي تنظم ذلك.

**وبالنسبة للفقرة (و)** والتي تنصُّ على نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال. يتعلق مفهوم الولاية والقوامة بالإنفاق الكامل والالتزامات المالية والمادية. وحيث إنَّ هذه الالتزامات هي مسؤولية الأب وحده نجد أن الولاية والقوامة تصبح للأب طالما كان ملتزمًا وفي حالة وفاة الأب تكون الأم هي الوصية أو الجد من ناحية الأب حسب الظروف الخاصة للعائلة وقدرة الطرف على الإنفاق والرعاية، إلا أنه ما زال هناك الكثير من المشكلات التي تحرم الأم من الولاية على أبنائها في حالات الطلاق التي تتسم بالعداء والكراهية من كلا الطرفين، وهناك الكثير من الحالات نجد أن الآباء يتنازلون عن الوصاية للأم إيمانًا بقدرتها على تحمُّل المسؤولية من ناحية، ومن ناحيةٍ أخرى لتتحمل المسؤولية ويعفوا أنفسهم منها.

واختتمت حديثها بأنه تجري حاليًا مفاوضات بين عدة جهات للمطالبة بانتقال القوامة والولاية للأم مباشرة في حالة وفاة الأب، وبرفع التحفُّظ عن بعض فقرات المادة 16 بما لا يخل بحقوق المرأة التي تتمتع بها حاليًا<sup>15</sup>.

وقد ورد في محضر الاجتماع السادس عشر للدول الأطراف في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ضمن نصوص الإعلانات والتحفُّظات والاعتراضات وإشعارات سحب التحفُّظات فيما يتعلق بالاتفاقية أن مصر تحفظ على نص المادة 16 بشأن مساواة المرأة بالرجل في كافة الأمور المتعلقة بالزواج وعلاقات الأسرة أثناء الزواج وعند فسخه دون إخلال بما تكفله الشريعة الإسلامية للزوجة من حقوق مقابلة لحقوق الزوج بما يحقق التوازن العادل بينهما؛ وذلك مراعاة لما تقوم عليه العلاقات الزوجية في مصر من قدسية مستمدة من العقائد الدينية الراسخة التي لا يجوز الارتياح فيها، واعتبارًا لأن من أهم الأسس التي تقوم عليها هذه

<sup>15</sup> التقرير الجامع للتقريرين الدوريين السادس والسابع للدول الأطراف المقدم من مصر بموجب المادة 18 من اتفاقية سيداو، 5 سبتمبر 2008، ص108، 109، 110.



الزواج، أما إذا كان في مقدورها إثبات الضرر فلها كل الحقوق المنصوص عليها كاملة حسب القانون ويكون ذلك أمام القضاء.

كما أفادت أنه بالنسبة للفقرة (د) والتي تنصُّ على "نفس الحقوق والمسؤوليات كوالدة بغض النظر عن حالتها الزوجية في الأمور المتعلقة بأطفالها". وهنا وفقاً للقانون المصري فإننا نجد ما يلي:

- للأم حق حضانة الأطفال حتى سن ١٥ عاماً، ثم يُخَيَّر الأطفال بعد ذلك، والقانون في هذه الحالة يراعى صالح الأطفال أولاً..

- الرجل مكلف بتوفير مسكن ملائم للأم المطلقة والأطفال طالما هي الحاضنة.

- الرجل مكلف بالإنفاق على الأولاد نفقة كاملة.

- الرجل مكلف بأن يدفع للمرأة نفقات حاضنة مقابل قيامها بحضانة الأولاد.

- وفقاً للقانون المصري فإنه لا يوجد أي التزام على المرأة في أيٍّ من تلك الأمور.

وأفادت مصر بأنها تعتبر هذه البنود بنوداً لا ترغب في رفع التحفظ عنها، حيث إنها ستنتقص من حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية والقانون المصري؛ لأن الشريعة الإسلامية والقانون المصري يرتب حقوقاً للمرأة، ويرفع عنها مسؤوليات يلزم بها الرجل وحده.

بالنسبة للفقرة (هـ): والتي تنصُّ على نفس الحقوق في أن تقرر بحرية وبشعور من المسؤولية عدد أطفالها والفترة بين إنجاب طفل وآخر، وفي الحصول على المعلومات والتنقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق... نجد أن كلاً من الأب والأم يوليان صالح الأطفال أهمية خاصة تفوق أيٍّ أمر آخر من أمور حياتهما CEDAW/C/EGY/7 08-49826 110 في أغلب الأحوال، وأن الاتفاق على عدد محدد من الأطفال يتم في الغالب بالاتفاق بين كلٍّ من الرجل والمرأة والافتناع بأن ذلك من صالح التنشئة السليمة، خاصة مع زيادة

وقد أكدت مصر في التقرير الجامع للتقريرين الدوريين السادس والسابع المقدم منها بأن مصر تحفظت على هذه المادة حيث إن الحقوق والواجبات لكل من الزوج والزوجة في مصر وإن كانت غير متطابقة لكنها متكافئة، بل إن أعمال المساواة بالصورة التي جاءت في بعض بنود المادة سوف يؤدي إلى الانتقاص من حقوق المرأة التي تتمتع بها في الوقت الحالي.

إلا أنها أكدت أنها ورغم تحفظها إلا أن هناك عدة حقائق تتلخص فيما يلي:

**بالنسبة للفقرتين أ، ب:** بالنسبة للفقرة (أ) التي تنص على نفس الحق في عقد الزواج، والفقرة (ب) وتنص على نفس الحق في حرية اختيار الزوج وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل. إن للمرأة الحق في قبول أو رفض الزوج. ولا يمكن عقد الزواج إلا برضاها، وإذا تم عقده بدون رضاها يعتبر باطلاً ويفسخ العقد بالمحكمة، وقد تكون هناك بعض الممارسات المختلفة في المجتمعات المحلية ذات الطبيعة القبلية، إلا أنه لو لجأت المرأة إلى القضاء حتماً سيتم فسخ العقد.

**وبالنسبة للفقرة (ج):** التي تنص على "نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه وفقاً للشريعة الإسلامية والقانون المصري فإن الرجل مكلف بتقديم مهر وهدية (شبكة) للزوجة عند عقد الزواج وهي غير مكلفة بذلك، كما أنه مكلف بتجهيز وتأسيس منزل الزوجية للإقامة وهي غير مكلفة بشيء من هذا.

كما أنه وفقاً للشريعة الإسلامية والقانون المصري فإن الرجل مكلف بالإفناق عليها طوال استمرار الزوجية وهي غير مكلفة بذلك حتى لو كانت عاملة أو لها دخل مهماً كان كبيراً.

وعند الطلاق فإن الرجل مكلف بأن يؤدي إليها باقي المهر (مؤخر الصداق) ونفقة متعة تحدد وفقاً لطول مدة الزواج ويدفع لها نفقة لمدة عام، وهذا تكليف على الرجل ولا يقابله تكليف مواز على المرأة.

وقد أصبح للمرأة الآن ومنذ صدور القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ حق الطلاق (الخلع) في حالة عدم قدرتها على إثبات الضرر نظير رد المهر أو أي عقار أو أملاك كان قد وهبها لها بصفتها زوجته أثناء

ضمن نصوص الإعلانات والتحفُّطات والاعتراضات وإشعارات سحب التحفُّطات فيما يتعلق بالاتفاقية.

كما تحفَّظت مصر على المادة 16 من الاتفاقية والتي تنصُّ على أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، حيث أفادت جمهورية مصر العربية في التقريرين الرابع والخامس (30 مارس 2000) المقدَّمين منها تعليقاً على المادة 16 من الاتفاقية بأن الزواج من العقود الرضائية في مصر والتي يستوجب القانون أن تتم بالرضا الحر والكامل للطرفين – والزواج في مصر من أمور الأحوال الشخصية التي تطبق بشأنها أحكام الشرائع الدينية التي يدين بها أطراف العلاقة الزوجية فيما يتعلق بشروط صحة الزواج وانعقاده وأحوال فسخه أو بطلانه<sup>13</sup>.

حيث ترى مصر أن مساواة المرأة بالرجل في كافة الأمور المتعلقة بالزواج وعلاقات الأسرة أثناء الزواج وعند فسخه يجب أن تكون دون إخلال بما تكفله الشريعة الإسلامية للزوجة من حقوق مقابلة لحقوق الزوج بما يحقق التوازن العادل بينهما؛ وذلك مراعاة لما تقوم عليه العلاقات الزوجية في مصر من قدسية مستمدة من العقائد الدينية الراسخة التي لا يجوز الارتياح فيها، واعتباراً لأنَّ من أهم الأسس التي تقوم عليها هذه العلاقات التبادل بين الحقوق والواجبات على نحوٍ من التكامل الذي يحقق المساواة الحقيقية بين الزوجين لا مظاهر المساواة الشكلية التي لا تحقق للزوجة مصلحة نافعة من الزواج بقدر ما تنقل كاهلها بالقيود، ذلك أن أحكام الشريعة الإسلامية تفرض على الزوج أداء المهر المناسب للزوجة والإنفاق عليها من ماله إنفاقاً كاملاً ثم أداء نفقة لها عند الطلاق، في حين تحتفظ الزوجة بحقوقها الكاملة من أموالها ولا تلتزم بالإنفاق منها لإعالة نفسها ولذلك قيدت الشريعة حق الزوجة في الطلاق بأن أوجبت أن يكون ذلك بحكم القضاء في حين لم تضع مثل هذا القيد على الزوج<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> التقريران الدوربان الرابع والخامس للدول الأطراف المقدَّم من مصر بموجب المادة 18 من اتفاقية سيداو، 30 مارس 2000، ص 77.  
<sup>14</sup> الموقع الرسمي للمجلس القومي للمرأة المصري.

إلا أن مصر في التقرير الجامع للتقريرين الدوريين السادس والسابع المقدم منها أفادت فيما يتعلق بالفقرة الثانية من المادة 9 أنها استجابةً لملاحظات لجنة السيداوار رقم 330، 331 التي وردت في وثيقة الجمعية العامة للأمم المتحدة في الدورة السادسة والخمسين في 20 إبريل 2001 (38، 56، A)، قام المجلس القومي للمرأة بدراسة الموضوع دراسة وافية وبحضور ممثلي الجهات والوزارات المعنية ومنظمات المجتمع المدني، وخرج منها بما يلي: حيث إن الدستور ينص على المساواة المطلقة غير المشروطة بين الرجل والمرأة فإن حرمان أبناء المرأة المصرية المتزوجة من غير مصري من جنسيتها المصرية مثلها مثل الرجل يعتبر غير دستوري، وقد ساندت وزارة الخارجية المجلس القومي للمرأة في هذا الموضوع، وتمت مطالبة الحكومة بتعديل قانون الجنسية والمساواة بين المرأة والرجل في هذا الشأن، ونجح المجلس في تغيير قانون الجنسية الذي تم تعديله بموجب القانون رقم 154 لسنة 2004 ليساوي بين المرأة والرجل في الحق في نقل الجنسية المصرية إلى الأبناء في حالة زواج أي من الأبوين من طرف غير مصري وحصل الآلاف من أبناء المصريات المتزوجات من أجانب على الجنسية المصرية فور صدور القانون.

وتم إيداع وثيقة مصر برفع التحفظ عليها وذلك بعد صدور القانون رقم 154 لسنة 2004 والذي يساوي بين الرجل والمرأة في هذا الصدد، ولكن ما زال الأبناء من أب فلسطيني لا يحصلون على الجنسية المصرية تبعاً لما تم التوافق عليه من جامعة الدول العربية التي تحظر إعطاء جنسية أي دولة عربية للفلسطينيين حفاظاً على هويتهم الأولى، وأماً في عودتهم إلى دولتهم فلسطين عند التوصل إلى تحقيق ما اتفق عليه المجتمع الدولي من حق الفلسطينيين في استعادة وطنهم<sup>12</sup>.

ولم يرد ذكر أي تحفظ على المادة 9 في محضر الاجتماع السادس عشر للدول الأطراف في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

<sup>12</sup> التقرير الجامع للتقريرين الدوريين السادس والسابع للدول الأطراف المقدم من مصر بموجب المادة 18 من اتفاقية سيداوا، 5 سبتمبر 2008، ص53، 54.

والتحفظات والاعتراضات وإشعارات سحب التحفظات فيما يتعلق بالاتفاقية ما يفيد بأن مصر على استعداد لتنفيذ ما جاء في فقرات هذه المادة بشرط ألا يتعارض ذلك مع الشريعة وقد ورد ذلك في صورة تحفظ عام<sup>10</sup>

**كما تحفظت على نص الفقرة الثانية من المادة 9 من الاتفاقية والتي تنص** على منح الدول الأطراف المرأة حقًا مساويًا لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها، حيث أفادت جمهورية مصر العربية في التقرير الرابع والخامس المقدم منها تعليقًا على الفقرة الثانية من المادة 9 من الاتفاقية أنه فيما يتعلق بجنسية الأطفال القُصّر فينتهج القانون المصري في هذا الخصوص الجمع بين نظريتي حق الدم وحق الإقليم السائدة في فقه القانون المقارن في تبعية القُصّر لجنسية أبيهم مع إعطاء الحق للأبناء القصر في اختيار جنسيتهم الأصلية بعد بلوغ سن الرشد في حالة تجنس الأجنبي بالجنسية المصرية، وكذلك في حالة زوال الجنسية عن المصري لتجنسه بجنسية أخرى ومنح الجنسية المصرية طبقًا لحق الإقليم للقُصّر في حالة الميلاد في مصر إن كانت الأم مصرية لأب مجهول الجنسية أو لا جنسية له أو كان لأبوين مجهولي الجنسية أو اللقيط، وتقوم فلسفة المشرع المصري في هذا الشأن على تفادي الأوضاع الناشئة عن تنازع القوانين بشأن ازدواج الجنسية وما قد يترتب عليه من آثار قد يكون من شأنها الإضرار بمصلحة الصغير، وذلك بطبيعة الحال لا يعني مساواة مبدأ المساواة وإنما أمر يتعين تنظيمه وإيجاد الحلول المناسبة له دوليًا من خلال اتفاقيات ثنائية، ولذلك نص القانون أن تكون المعاهدات والاتفاقيات الدولية الخاصة بالجنسية والتي أبرمت بين مصر والدول الأجنبية واجبة التطبيق ولو خالفت أحكامه لضمان استقرار الأوضاع الناشئة عن تلك الاتفاقيات وقد جاء التحفظ المصري على الفقرة الثانية من المادة التاسعة للأسباب القانونية سالفة الذكر<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> محضر الاجتماع السادس عشر للدول الأطراف في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الذي يحتوي على نصوص الإعلانات والتحفظات والاعتراضات وإشعارات سحب التحفظات فيما يتعلق بالاتفاقية، نيويورك، 28 حزيران/يونيه 2010، ص 12.

<sup>11</sup> التقريران الدوران الرابع والخامس للدول الأطراف المقدم من مصر بموجب المادة 18 من اتفاقية سيداو، 30 مارس 2000، ص 45، 46.

## المطلب الثالث: ظروف انضمام جمهورية مصر العربية لاتفاقية سيداو وتحفظاتها

انضمت مصر إلى اتفاقية سيداو بموجب القرار الجمهوري رقم 434 لسنة 1981، وصدّقت عليها بتاريخ 18 سبتمبر من العام 1981، وتم نشرها بالجريدة الرسمية بعددها رقم 51 الصادر في 27 ديسمبر 1981، وتم العمل بالاتفاقية اعتبارًا من 18 أكتوبر من العام 1981 عملاً بنص المادة 27 من الاتفاقية.

وتنفيذًا للمادة 18 من الاتفاقية السابق الإشارة إليها، قامت مصر بتقديم التقارير التالية:

- التقرير الثاني: 19 كانون الأول/ ديسمبر 1986.

- التقرير الثالث: 25 تموز/ يوليو 1996.

- التقرير الرابع والخامس الموحدان: 30 آذار/ مارس 2000.

- التقرير السادس والسابع الموحد الموحدان: 5 أيلول/ سبتمبر 2008.

وقد تحفّظت مصر على المادة 2 من الاتفاقية، حيث أبدت استعدادها لتنفيذ ما جاء في فقرات هذه المادة بشرط ألا يتعارض مع الشريعة الإسلامية.

إلا أنها في التقرير الجامع للتقريرين الدوريين السادس والسابع المقدم منها أفادت بأنه يتم التنسيق بين الأجهزة الوطنية المعنية بهدف وضع رؤية وطنية موحدة للوصول إلى صيغة مناسبة لرفع التحفظ عن المادة الثانية<sup>9</sup>، حيث يتضح لها أن هذه المادة لا تتعارض مع دستور مصر أو أي من القوانين أو التدابير بصفة عامة.

وقد ورد في محضر الاجتماع السادس عشر للدول الأطراف في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ضمن نصوص الإعلانات

<sup>9</sup> التقرير الجامع للتقريرين الدوريين السادس والسابع للدول الأطراف المقدم من مصر بموجب المادة 18 من اتفاقية سيداو، 5 سبتمبر 2008، ص21.

الملائمة والإرشادات الطبية والاستفادة من برامج الضمان الاجتماعي، مع حصولها على التدريب والتعليم ومحو أميتها الوظيفية وتعزيز فرصها في الحصول على الائتمانات والقروض الزراعية وتسهيلات التسويق والتكنولوجيا وتوفير ظروف معيشية ملائمة لها من كهرباء وماء ونقل واتصالات.

### عاشراً: حق المرأة في المساواة أمام القانون

نصت المادة (15) من الاتفاقية على منح المرأة حقوقاً متساوية مع الرجل أمام القانون وتمنح الدول الأطراف المرأة في الشؤون المدنية أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل تكفل لها حقوقاً مساوية للرجل في إبرام العقود وإدارة ممتلكاتها وجميع مراحل الإجراءات المتبعة في المحاكم والهيئات القضائية مع اعتبار الدول كافة العقود التي تنتقص أو تقيد الأهلية القانونية للمرأة باطلة ولاغية، كما تمنح الدول الأطراف الرجل والمرأة نفس الحقوق فيما يتعلق بحركة الأشخاص وحرية اختيار محل سكنهم وإقامتهم.

### حادي عشر: حق المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية

تنص المادة (16) من الاتفاقية على أن تتخذ الدول الأطراف التدابير المناسبة لتحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية من الحق في الزواج وحرية اختيار الزوج وحرية فسخ عقد الزواج و حماية مصالح أطفالها سواء كانت رابطة الزوجية منعقدة أو منحلة، ونفس الحقوق والمسؤوليات المتعلقة بالولاية والوصاية على الأطفال، ونفس الحقوق الممنوحة للرجل في ملكية وحياسة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها سواء بلا مقابل أو بمقابل، مع اتخاذ جميع الإجراءات الضرورية والتشريع بتحديد سنٍ أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمراً إلزامياً.

الاجتماعي، وألا يتم التمييز بينها وبين الرجل بسبب كونها زوجة أو أم أو بسبب حمل أو رضاعة أو رعاية للأطفال مع منحها إجازة مدفوعة الأجر "إجازة أمومة" دون أن تفقد وظيفتها أو أقدميتها أو علاواتها الاجتماعية، مع توفير ما يلزم من خدمات اجتماعية لمساندة الوالدين في التوفيق بين التزاماتها الأسرية وبين مسؤوليات العمل حمايةً للأسرة.

### سابعاً: حق المرأة في ميدان الرعاية الصحية بالمساواة مع الرجل

اختصت المادة (12) من اتفاقية سيداو بضرورة أن تتخذ الدول الأطراف في الاتفاقية التدابير المناسبة لمنح المرأة حقوقاً متساويةً مع الرجل في ميدان الرعاية الصحية من ناحية الحصول على خدمات الرعاية الصحية وما يكفل للمرأة الحصول على الخدمات المناسبة فيما يتعلق بالحمل والولادة وفترة ما بعد الولادة مع توفير الخدمات الصحية المجانية عند الاقتضاء.

### ثامناً: حق المرأة في المساواة مع الرجل في الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

اختصت المادة (13) من الاتفاقية بضرورة اتخاذ الدول الأطراف في الاتفاقية التدابير المناسبة لمنح المرأة حقوقاً متساويةً مع الرجل في مجال الحياة الاقتصادية والاجتماعية من ناحية الحصول على الاستحقاقات الأسرية والحصول على القروض المصرفية والرهون العقارية والائتمان المالي، مع حقها في الاشتراك في الأنشطة الترويحية والألعاب الرياضية وتحقيق هذه المساواة في جميع جوانب الحياة الثقافية.

### تاسعاً: حق المرأة الريفية في حل مشاكلها الخاصة وفي مساواتها مع الرجل والعناية بها صحياً واجتماعياً واقتصادياً

حيث نصّت المادة (14) من الاتفاقية أن تضع الدول الأطراف في الاتفاقية المرأة الريفية في اعتبارها؛ لما تؤديه من أدوار عامة في تأمين أسباب البقاء لأسرتها وكذلك عملها في القطاع الاقتصادي غير النقدي، مع اتخاذ هذه الدول التدابير المناسبة لتحقيق مساواتها مع الرجل لتكفل لها المشاركة في التنمية الريفية والتخطيط الإنمائي والحصول على العناية الصحية



المشاركة في سياسات الحكومة والمشاركة في المنظمات والجمعيات غير الحكومية المعنية بالحياة العامة والسياسة بالبلد، مما يكفل للمرأة أن يكون لها دورٌ فعالٌ ومؤثرٌ في الحياة السياسية والعامة.

### ثالثاً: حق المرأة في تمثيل حكومتها على المستوى الدولي

حيث نصّت المادة (8) من الاتفاقية على ضرورة أن تتخذ الدول الأطراف التدابير اللازمة لتكفل للمرأة الفرصة لتقوم بتمثيل حكومتها على المستوى الدولي والاشتراك في أعمال المنظمات الدولية وذلك على قدم المساواة مع الرجل.

### رابعاً: حق المرأة في اكتساب الجنسية ومنحها لأطفالها دون الارتباط بجنسية الزوج

حيث نصّت المادة (9) على ضرورة أن تمنح الدول الأطراف المرأة الحقّ في اكتساب الجنسية والاحتفاظ بها وتغييرها، وألا يترتب على زواجها أو تغيير جنسية زوجها أن تفقد جنسيتها أو تصبح بلا جنسية أو يفرض عليها جنسية الزوج، بالإضافة إلى حقها في أن تمنحها الدولة حق جنسية أطفالها على قدم المساواة مع الرجل.

### خامساً: حق المرأة في التعليم والتوجيه الوظيفي والمهني والمنح التعليمية بالمساواة مع الرجل

اختصت المادة (10) من الاتفاقية بضرورة اتخاذ التدابير المناسبة لمنح المرأة حقوقاً متساويةً مع الرجل في ميدان التعليم بما يشمل المساواة في التعليم المقدم والمساواة في الوظيفة والمهنة والحصول على الدرجات العلمية والمنح التعليمية وبرامج التعليم المتواصل.

### سادساً: حق المرأة في المساواة مع الرجل في ميدان العمل

اختصت المادة (11) من اتفاقية سيداو بضرورة اتخاذ التدابير المناسبة لمنح المرأة حقوقاً متساويةً مع الرجل في ميدان العمل من حيث التمتع بنفس فرص التوظيف وحرية اختيار الوظيفة والحق في التدرج الوظيفي المماثل للرجل والمساواة معه في الأجر والاستحقاقات والمساواة في الضمان

الجزء الرابع: (المواد من 15- 16) يتضمن توفير المساواة للمرأة مع الرجل أمام القانون وفي ممارستها لحقوقها القانونية، وعلى وجه الخصوص في ميدان الأحوال الشخصية والأسرية.

الجزء الخامس: (المواد من 17- 22) يركز على آلية تنفيذ الاتفاقية، وذلك من خلال تشكيل لجنة للقضاء على التمييز ضد المرأة لمراقبة تنفيذ الاتفاقية وتعهّد الدول بتقديم التقارير حول تبنّيها.

الجزء السادس: (المواد من 23 – 30) يعالج مسألة إدارة الاتفاقية وغيرها من الجوانب الإجرائية الخاصة بها.

وقد قامت اتفاقية سيداو بصياغة مواد الاتفاقية بشكل يجعل كلّ مادة مختصة بموضوع معين متعلق بحماية المرأة وذلك بهدف بلورة الأحكام المشار إليها سابقاً والتي تضمن مشاركة المرأة في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، مما يؤثر بالسلب على رخاء المجتمع والأسرة نتيجة لصعوبة مشاركة المرأة في خدمة أسرتها ومجتمعها، وذلك كما يلي:

**أولاً: تعديل الأنماط الاجتماعية والثقافية من خلال تعظيم دور الأمومة في النفوس تحقيقاً لمصلحة الأطفال:**

حيث نصّت المادة (5) من اتفاقية سيداو على أن الدول يجب أن تتخذ التدابير المناسبة لتعديل الأنماط الاجتماعية والثقافية للقضاء على ثقافة وجود تفرقة بين الرجل والمرأة، مع ضرورة أن تكون التربية الأسرية قائمة على تعظيم دور الأمومة والتفهم السليم لدورها والتفهم السليم بأن هناك مسؤولية مشتركة بين الرجل والمرأة في تنشئة أطفالهم، وهذه المسؤولية المشتركة سوف تقوم في النهاية لتحقيق مصلحة أطفالهم مما يساهم في حماية الأسرة.

**ثانياً: القضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة السياسية والعامّة للبلد**

حيث نصّت المادة (7) من اتفاقية سيداو على ضرورة أن تتخذ الدول الأطراف التدابير المناسبة التي تكفل للمرأة الحقوق السياسية والعامّة، وبوجه خاص حقها في التصويت في الانتخابات والاستفتاءات وحقها في

- إسهام المرأة العظيم في رفاهية الأسرة وتنمية المجتمع لم يُعترف به حتى الآن على نحو كامل، ولدور الوالدين كليهما في الأسرة وتنشئة الطفل أهمية اجتماعية، فدور المرأة في الإنجاب لا يجب أن يتخذ ذريعة للتمييز، بل يجب تقاسم المسؤولية بين الرجل والمرأة والمجتمع ككل لتنشئة الأطفال بشكل سليم.

- يجب لتحقيق المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة أن يتم إحداث تغيير في الدور التقليدي للرجل وكذلك في دور المرأة في الأسرة والمجتمع.

### المطلب الثاني: حماية الأسرة في اتفاقية سيداو

تتضمن اتفاقية سيداو نصوصاً وقواعدَ أساسيةً تتمثل في الديباجة وستة أجزاء تفرعت عنها ثلاثون مادة تطبيقية<sup>8</sup>.

الجزء الأول: (المواد من 1- 6) على الدول الأطراف اتخاذ كافة التدابير المناسبة لتقدم المرأة من خلال إجراءات قانونية وإدارية من أجل تعديل أنماط السلوك الاجتماعية والثقافية ومكافحة الاتجار بالمرأة واستغلالها في أعمال البغاء.

الجزء الثاني: (المواد من 7-9) يتضمن حماية حقوق المرأة في مجال الحياة السياسية والعامة ومنح المرأة حقاً في الانتخاب على أساس من المساواة مع الرجل، كما تُمنح للمرأة وأطفالها حقوقٌ متساويةً مع الرجل في الجنسية.

الجزء الثالث: (المواد من 10- 14) تتضمن تعريف الدول الأطراف في الاتفاقية كافة الالتزامات المختلفة للقضاء على التمييز ضد المرأة في التعليم والعمل والصحة وفي الحياة الاجتماعية والاقتصادية والثقافية، بالإضافة إلى اتخاذ التدابير لمنع التمييز وضمان حقوق المرأة الريفية.

<sup>8</sup> لعماري صبرينة ومصطفى فايذة، حقوق المرأة بين اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق من جامعة عبد الرحمن ميرة (بجاية)، السنة الجامعية 2016/2017، غير معلوم الناشر، ص5، 6.

وحيث إنّ الاتفاقية تم إبرامها بغرض القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لذا نقترح تعريف اتفاقية سيداو بأنها "اتفاقية تهدف إلى القضاء على أيّ تفرقة أو استبعاد أو تقييد للمرأة على أساس جنسها يهدف إلى النيل من مساواتها بالرجل في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية أو في أيّ ميدان آخر أو يهدف إلى عدم الاعتراف للمرأة بهذه الحقوق أو تمتعها بها وممارستها لها بعرض النظر عن حالتها الزوجية".

وقد أخذت الجمعية العامة للأمم المتحدة بعين الاعتبار كافة الاتفاقيات الدولية التي تشجع على المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة وكذلك القرارات والتوصيات التي اعتمدها الأمم المتحدة ولكنها رغم ذلك ساورها القلق، حيث إنّ لا زال هناك تمييز واسع ضد المرأة مما يشكل انتهاكاً لكرامة الإنسان وللمساواة في الحقوق ويمثل عقبة ضد مشاركة المرأة في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية؛ مما يؤثر بالسلب على رخاء المجتمع والأسرة نتيجة لصعوبة مشاركة المرأة في خدمة أسرتها ومجتمعها، لذلك أقرت اتفاقية سيداو عدة أحكام كما يلي:

- إقامة نظام اقتصادي دولي جديد مستند على الإنصاف والعدل سوف يسهم إسهاماً بارزاً في النهوض بالمساواة بين الرجل والمرأة.

- تمتع الرجال والنساء بحقوقهم بشكل كامل يحتم لتحقيقه مكافحة العنصرية والتمييز العنصري والاستعمار والاحتلال الأجنبي والتدخل في الشؤون الداخلية للدول.

- تعزيز السلم والأمن الدوليين، وتخفيف حدة التوتر الدولي، والتعاون المتبادل فيما بين جميع الدول بصرف النظر عن نظمها الاجتماعية والاقتصادية، ونزع السلاح العام وتأكيد مبادئ العدل والمساواة والمنفعة المتبادلة بين البلدان واحترام السيادة الوطنية، كل ذلك يقود إلى تحقيق المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة.

- التنمية التامة والكاملة لبلد ما، ورفاهية العالم، وقضية السلم، تتطلب جميعاً أقصى مشاركة ممكنة من جانب المرأة على قدم المساواة مع الرجل في جميع الميادين.

تطبيقها، وتقدم هذه التقارير في غضون سنة من بدء تنفيذ الاتفاقية بالنسبة للدولة المعنية، ثم كل أربع سنوات على الأقل، وكلما طلبت اللجنة ذلك.

وتدعو اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (اتفاقية سيداو) إلى كفالة الحقوق المتساوية للمرأة بصرف النظر عن حالتها الزوجية، وذلك في كافة الميادين السياسية والاقتصادية والثقافية والمدنية، كما تدعو الدول الأعضاء إلى سنّ تشريعات وطنية تحرم التمييز ضد المرأة وتقوم بإلغاء أي نصوص قانونية تشكل تمييزاً ضد المرأة، وتدعو الاتفاقية كذلك إلى اتخاذ هذه الدول تدابير خاصةً للتعديل بتحقيق المساواة الحقيقية بين الرجل والمرأة وكفالة الحقوق المتساوية للمرأة في التعليم والوظيفة والأجر والزواج والولادة وخلافه.

وقد انضمت مصر إلى اتفاقية سيداو بموجب القرار الجمهوري رقم 434 لسنة 1981، وصدقت عليها بتاريخ 18 أيلول/سبتمبر من العام 1981، وتم نشرها بالجريدة الرسمية بعددها رقم 51 الصادرة في 27 ديسمبر 1981، وتم العمل بالاتفاقية اعتباراً من 18 أكتوبر من العام 1981 عملاً بنص المادة 27 من الاتفاقية<sup>7</sup>.

وتبرز أهمية هذه الاتفاقية في اهتمامها بالمرأة وقضايا المرأة مما جعلها جزءاً من القانون الدولي لحقوق الإنسان.

### المطلب الأول: تعريف اتفاقية سيداو وأحكامها

تنصّ المادة الأولى من الاتفاقية على أن المقصود بمصطلح "التمييز ضد المرأة" أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس ويكون من آثاره أو أغراضه النيل من الاعتراف للمرأة، على أساس تساوي الرجل والمرأة، بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية أو في أي ميدان آخر، أو إبطال الاعتراف للمرأة بهذه الحقوق أو تمتعها بها وممارستها لها بَعْضِ النظر عن حالتها الزوجية.

<sup>7</sup> عبد العال الديربي، الالتزامات الناشئة عن المواثيق العالمية لحقوق الإنسان: دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2011، ص 69.

التمييز ضد المرأة<sup>3</sup>، والذي دخل حيز التنفيذ في 22 ديسمبر 2000، ويخول البروتوكول الاختياري للأفراد والمجموعات تقديم رسائل إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بشأن الانتهاكات المزعومة للاتفاقية من جانب دولة طرف فيها، كما يسمح للجنة أن تحقق من تلقاء نفسها في الانتهاكات الجسيمة أو المنهجية للاتفاقية.

واللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة مؤلفة من 23 خبيراً في مجال حقوق المرأة من الجنسين<sup>4</sup>، يتم انتخابهم لولاية مدتها أربع سنوات طبقاً للمادة 17 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ويتم ترشيح الخبراء من قبل حكوماتهم، على أن ينتخبوا من قبل الدول الأطراف في الاتفاقية، وعند انتخابهم يعمل هؤلاء الخبراء بصفتهم الشخصية ولا يكونون عرضة للمحاسبة من قبل حكوماتهم<sup>5</sup> فهم مستقلون ومشهود لهم بالنزاهة والكفاءة في المجال الذي تغطيه اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ويولى الاعتبار للتوزيع الجغرافي العادل، ويعمل الأعضاء بصفتهم الشخصية ويجوز أن يعاد انتخابهم إذا أعيد ترشيحهم.

وكان آخر اجتماع للدول الأعضاء هو الاجتماع العشرون المنعقد في نيويورك في 7 يونيو عام 2018 لانتخاب اثني عشر عضواً في اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة ليحلوا محل الأعضاء الذين تنتهي مدة ولايتهم في 31 كانون الأول/ ديسمبر 2018<sup>6</sup>.

ووفقاً للمادة 18 (الفقرة 1) تقوم اللجنة بالسهر على تطبيق أحكام الاتفاقية وذلك عبر تقارير تقدمها الدول الأطراف عما اتخذته من تدابير تشريعية وقضائية وإدارية وغيرها من أجل تنفيذ أحكام هذه الاتفاقية، وعن التقدم المحرز في هذا الصدد، وعن العوامل والصعوبات التي تؤثر في كيفية

<sup>3</sup>نظر- [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1999/10/19991006%2005-18%20AM/Ch\\_IV\\_8\\_bp.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1999/10/19991006%2005-18%20AM/Ch_IV_8_bp.pdf)

<sup>4</sup> انظر <https://www.ohchr.org/AR/HRBodies/cedaw/Pages/cedawindex.aspx>

<sup>5</sup> نعار زهرة، حماية حقوق المرأة وفقاً لاتفاقية القضاء على التمييز ضد المرأة (سيداو)، مجلة الدراسات الحقوقية جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر، العدد 7، ص 189.

<sup>6</sup> انظر

<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Elections2018.aspx>

وقد كان موضوع حماية الأسرة بالفعل محلَّ اهتمام العديد من الدول ومنها جمهورية مصر العربية، لذا قامت مصر بالانضمام إلى الاتفاقية عام 1981 رغم تحفظها على العديد من المواد؛ نظرًا لكون الاتفاقية متوافقة في بعض أحكامها مع القانون المصري والشريعة الإسلامية، حيث إنَّها المصدر الرئيسي للتشريع في مصر، ومتعارضة في الأحكام الأخرى مع القانون المصري والشريعة الإسلامية، مما جعل مصر تبدي العديد من التحفظات على الاتفاقية رغم أنها قامت بسحب بعضها فيما بعد.

ونحاول في هذه الدراسة عرض صور حماية الأسرة وخصوصًا الطرف الضعيف في هذه الأسرة وهو المرأة والمنصوص عليها في اتفاقية سيداو، وظروف انضمام مصر لاتفاقية سيداو والتحفظات التي أبدتها عند الانضمام، والتي قامت بسحب بعضها فيما بعد، كما نحاول عرض صور حماية الأسرة في التشريع المصري مع مناقشة مدى نجاح المشرِّع المصري في اتباع الأحكام الكاملة التي نصَّت عليها اتفاقية سيداو من عدمه.

## المبحث الأول

### نشأة اتفاقية سيداو وظروف انضمام جمهورية مصر العربية لها

قامت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 كانون الأول/ ديسمبر عام 1979 باعتماد اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام وفق القرار رقم 180/34 ودخلت حيز التنفيذ في 3 أيلول/ سبتمبر عام 1981 وفقًا لأحكام المادة 27 منها، وهي اتفاقية تتكون من خمسة أجزاء بإجمالي 30 مادة تحتوي على المبادئ والتدابير المقبولة دوليًا لتحقيق المساواة في الحقوق للمرأة في كلِّ مكان، وقد جاء اعتماد هذه الاتفاقية تتويجًا لمشاورات استمرت لفترة خمس سنوات أجرتها فرقة عاملة متعددة واللجنة المعنية بمركز المرأة والجمعية العامة<sup>2</sup>.

واعتمدت الجمعية العامة في قرارها 4/54 المؤرخ في 6 تشرين الأول/ أكتوبر 1999، البروتوكول الاختياري لاتفاقية القضاء على جميع أشكال

<sup>2</sup> ديباجة اتفاقية سيداو لسنة 1979.

legislation. The Egyptian legislator is still facing many challenges to achieve more success with relation to the protection of the Egyptian family, trying to hold a reconciliation between committing to the CEDAW Convention provisions with regard to family protection on one hand, and not to violate the noble Islamic Law principle on the other hand.

### المقدمة

الأسرة هي نواة المجتمع، وقد حث الإسلام على الزواج من أجل التناسل بين البشر، فتكوين الأسرة هو تكوين للمجتمع فلا يمكن فصلها عنه، وبداخل هذه الأسرة تتشكل شخصية الفرد لتصيح مؤثرة في المجتمع بشكل إيجابي أو سلبي، لذا أمر الإسلام بالزواج ليكون هو الطريق الشرعي الوحيد لتكوين الأسرة وللتناسل بين البشر، وألزم ولي الأمر بأن يقوم بحماية الأسرة من خلال حفظ حقوق العباد وإقامة الحدود لتصان المحارم وقطع الخصام بين المتنازعين، كما أمر الإسلام الزوج والزوجة بحسن المعاشرة وأمر الآباء بحسن تربية الأبناء، وأمر الأبناء ببيّر الوالدين، ولم يختلف الأمر في الدين المسيحي، ففي المسيحية تعد الأسرة مقدسة لأنها تنجم عن زواج مقدس.

وقد تميزت الحضارات القديمة بإحاطة الأسرة والأطفال بالحماية اللازمة مثل المجتمع الفرعوني، وازدادت العناية بالأسرة في التنظيم الدولي المعاصر، فمنذ صدور ميثاق الأمم المتحدة وبداية من عام 1948 أصبح الإنسان محل اهتمام متزايد من المجتمع الدولي ومؤسساته القانونية، حيث اهتمت الأمم المتحدة منذ نشأتها بحماية الأسرة، وتم عقد العديد من الندوات والمؤتمرات لحماية حقوق الأسرة، كما تم إبرام العديد من الاتفاقيات في هذا المجال، ومن أهم هذه الاتفاقيات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والمعروفة باسم "اتفاقية سيداو" التي تهدف إلى القضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الحقوق السياسية والاقتصادية والاجتماعية.



## **FAMILY LEGAL PROTECTION BETWEEN EGYPTIAN LEGISLATION AND THE CEDAW CONVENTION**

*Dr. Sherif Al-Bedewy*

### **ABSTRACT**

On 18th of December 1979, the UN General Assembly adopted the agreement of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), and it came into force on the 3rd of September 1981. The significance of this convention is represented in its interest in the protection of woman as a part of the family and the community. Egypt took interest in the family protection subject, so it joined the CEDAW Convention on September 18, 1981, and it came into force on October 18, 1981. The significance of this convention is represented in its interest in the protection of woman as a part of the family and the community. Egypt had some preservation on articles 2, 9, 16, 29, however, it discarded its preservation partially later.

The Egyptian legislator has succeeded to a great extent in the enactment of a legislation for protecting the Egyptian family, and to implement the CEDAW Convention provisions with regard to the family protection. However, CEDAW Convention included some provisions that contradicted with the Islamic Law principles that Egyptian constitution is based upon being the main source of

## الحماية القانونية للأسرة بين اتفاقية سيداو والتشريع المصري

د. شريف عادل محمد محمد البديوي<sup>1</sup>

### ملخص

قامت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 كانون الأول/ ديسمبر عام 1979 باعتماد اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) ودخلت حيز التنفيذ في 3 أيلول/ سبتمبر عام 1981، وتبرز أهمية هذه الاتفاقية في اهتمامها بحماية المرأة بوصفها جزءًا من الأسرة ومن المجتمع، وقد كان موضوع حماية الأسرة محل اهتمام جمهورية مصر العربية؛ لذا قامت بالانضمام إلى اتفاقية سيداو بتاريخ 18 أيلول/ سبتمبر من العام 1981، وتم العمل بالاتفاقية اعتبارًا من 18 تشرين الأول/أكتوبر من العام 1981، وتبرز أهمية هذه الاتفاقية في اهتمامها بحماية المرأة بوصفها جزءًا من الأسرة ومن المجتمع وقد تحققت جمهورية مصر العربية على المواد 2، 9، 16، 29، إلا أنها عدلت عن هذه التحفظات بشكل جزئي فيما بعد.

وقد نجح المشرع المصري إلى حدٍ كبيرٍ في سن التشريعات لحماية للأسرة المصرية وتطبيقًا لأحكام اتفاقية سيداو فيما يتعلق بحماية الأسرة، إلا أن اتفاقية سيداو احتوت على بنود تصادمت مع مبادئ الشريعة الإسلامية التي ينص الدستور المصري أنها المصدر الرئيسي للتشريع، وما زالت التحديات مستمرة أمام المشرع المصري لتحقيق المزيد فيما يتعلق بحماية الأسرة المصرية محاولًا بذلك التوفيق بين الالتزام بأحكام اتفاقية سيداو فيما يتعلق بحماية الأسرة وبين عدم مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء.

---

Orcid number: 0000- 0003-2988-6952, dr.sherif@consultant.com<sup>1</sup>

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih (تاريخ إرسال البحث) : 21.04.2019  
Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih (تاريخ قبول البحث) : 21.07.2019

المسؤولية الجنائية الدولية للقادة العسكريين والمدنيين في القانون

الجنائي الدولي و تطبيقاتها أمام المحاكم الجنائية الدولية.....99

د. هادي شلوف

International Criminal Responsibility of Military and Civilian  
Leaders in International Criminal Law and Its Application  
Before the International Criminal Court

*Dr. Hadi Shalluf*

## فهرس المصؤعت

1.....الحماية القانونية للأسرة بين اتفاقية سيداو والتشريع المصر

د. شريف عادل محمد محمد البديوي

Family Legal Protection Between Egyptian

Legislation and The CEDAW Convention

*Dr. Sherif Al-Bedewy*

المسئولية عن الإشهار الالكتروني في التشريع الجزائري

41.....وفقا لقانون التجارة الالكترونية

عتو الموسوس

Responsibility for Electronic Advertising in Algerian Legislation

in Accordance with The Electronic Commerce Law N° 18-05

*Attou El- Mossouess*

دور قانون المرور في الحد من الفوضى المرورية وضبط

73.....حركة السير في الجزائر

سعد الدين بوطبال

The Role of Traffic Law in Reducing Traffic

Chaos and Controlling Traffic in Algeria

*Dr. Saad Eddine Boutebal*

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

2. الهامش التالي لذات العمل:

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](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.

## 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 "وورد" بواسطة إسطوانة مدمجة أو البريد الإلكتروني. و يجب أن تكتب الأبحاث وفقاً للإرشادات التنسيقات التالية:  
**مقاس الورق:** A4، **الأعلى:** 4 سم؛ **الأسفل:** 3 سم؛ **اليسار:** 4 سم؛ **يمين:** 3 سم.  
**بيانات المتن:** نوع الخط: Times New Roman، مقاس 12 ، 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 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:





# مجلة المدنية للبحوث القانونية

صادرة عن جامعة إسطنبول المدنية كلية الحقوق

مجلة قانونية فصلية محكمة

السنة الرابعة – العدد السابع

تموز 2019 م