وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

قسم العلوم الإسلامية

الحصانة القضائية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

مذكرة مقدَّمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إعداد الطالب :

معطاالله عبد القادر

إشراف الأستاذ :

د. حباس عبد القادر

لجنة المناقشة :

الاسم واللقب	الدرجة	الجامعة	الصفة
د. شويرف عبد العالي	أستاذ محاضر أ	جامعة غرداية	رئيسا
د. حباس عبد القادر	أستاذ محاضر أ	جامعة غرداية	مشرفا ومقررا
د. مصيطفى محمد السعيد	أستاذ محاضر أ	جامعة غرداية	مناقشا

الموسم الجامعي :

1440 – 1441 هـ / 2019 – 2020 م

بسم الله الرحمن الرحيم

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

قسم العلوم الإسلامية

الحصانة القضائية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

مذكرة مقدَّمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إعداد الطالب :

معطاالله عبد القادر

إشراف الأستاذ :

د. حباس عبد القادر

لجنة المناقشة :

الاسم واللقب	الدرجة	الجامعة	الصفة
د. شويرف عبد العالي	أستاذ محاضر أ	جامعة غرداية	رئيسا
د. حباس عبد القادر	أستاذ محاضر أ	جامعة غرداية	مشرفا ومقررا
د. مصيطفى محمد السعيد	أستاذ محاضر أ	جامعة غرداية	مناقشا

الموسم الجامعي :

1440 – 1441 هـ / 2019 – 2020 م

الإهـداء

أحمد الله عز و جل على عونه ومنه لاتمام هذا البحث.

الى من والدي العزيز حفظه الله...

الى من تفرح لفرحي وتحزن لحزني، والدتي العزيزة حفظها الله..

الى اخوتي و اخواتي

الى اصدقائي و اخوتي في الله

الى كل من منحني التشجيع و شاركني عناء هذا البحث ، أخواني، أخواتي...

الى كل أحبتي لكم أهدي هذا الجهد المتواضع..

الى كل اخواتي و اخواتي

كما اهدي هذا العمل الى كل من ساهم من قريب أو بعيد في انجازه..

الطالب : معطاالله عبد القادر

شكر و عرفان

قال تعالى :"ولئن شكرتم لأزيدنكم"

نشكر الله عز و جل، أول من يستحق الشكر،نحمده على نعمة الصبر التي وهبنا اياها، فلولا توفيقه لنا ما كنا للنجز هذا العمل.. فلكل مبدع انجاز، ولكل شعر قصيدة، ولكل مقام مقال، ولكل نجاح شكر و تقدير، فجزيل الشكر نهديه الى :

الاستاذ المؤطر : حباس عبد القادر.

الذي لم يبخل علي وزودني بكافة المعلومات.

أسأل المولى عز و جل أن يحفظكم و يزيدكم من علمه وينفع بكم الاسلام والمسلمين وجعل ذلك في ميزان حسناتكم ان ربي سميع قريب،،

الطالب : معطاالله عبد القادر

مقدمة

مقدمة

القضاء وظيفة من وظائف الدولة الحديثة، وهو من أعمال السيادة، تحتكره الدولة وتمارسه بواسطة أجهزة متخصصة يطلق عليها السلطة القضائية، تمارس اختصاصها عن طريق مؤسسات تمثل في محاكم بمختلف درجاتها، إذ يشكل الاختصاص القضائي سلطة الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة.

وعلى أية حال فإنّ القاضي باعتباره ظل الله في الأرض فهو من يتحمل وحده أمام الله وأمام المتقاضين أمانة تحقيق العدل، ومسؤولية الحكم على أرواح الناس وأموالهم وأعراضهم وحرياتهم، فيجب أن لا يستسلم للأمر الواقع وأن لا يقبل أن يكون وسيلة لقمع الحريات مهما كان نوع النظام الحاكم في أي بلد كان.

وإنّ استقلال القاضي لا يتحقق إلاّ بتمتع القاضي بالحصانة، وهذا يعني تحرر سلطة القاضي من أي مؤثرات خارجية أو داخلية فالقاضي لا يخضع إلاّ لله سبحانه وتعالى والقانون هو ميزان العدل.

وتبعا لذلك نجد أنّ كل التشريعات بما فيها العربية والأجنبية نصت على وجوب إحاطة القضاة بكافة الضمانات التي تكفل استقلاليتهم، ومن أهم هذه الضمانات نجد الحصانة القضائية أي قاضي بإجراءات تختلف عن الإجراءات المتخذة ضد باقي الأفراد داخل المجتمع، هذه الحصانة أعطيت للقاضي نتيجة الوظيفة الصعبة التي هو مكلف بها، حيث أنّه كثيرا ما يكون عرضة للاعتداءات والمكائد من قبل الكثيرين من أجل التأثير على حسن سير عمله.

وبشكل عام تمنح الحصانة للأشخاص اللّذين لهم دور فعال ووظائف مهمة في الدولة ولا تقتصر على القضاة فقط، إلاّ أنّه قد يحدث أن يتوافر من الضوابط ما يكفي لعقد الاختصاص لمحاكم الدولة، لكن قد توجد لدى المدعى عليه صفة تعرقل تحريك الدعوى ضده أو تعفيه من ولاية القضاء، ث تشكل هذه الصفة سبب لمنح المتصف بها حصانة تتباين في مضموها وأساسها وأشخاصها حسب القانون المقرر لها.

فالحصانة المقررة بموجب القانون الداخلي تعني تمتع الشخص بحماية قانونية معينة، إمّا مطلقة كما في حصانة الملوك والرؤساء، أو جزئية كما في حصانة أعضاء البرلمان، أو مؤقتة كما في حصانة الموظفين والقضاة.

أمّا الحصانة المكرسة بموجب القانون الدولي فتتمثل في الإعفاء من ولاية القضاء، رغم توافر الضابط الكافي لعقد الاختصاص له، بحيث تمنح لرئيس الدولة الأجنبية في المقام الأول، أو أي شخص من أشخاص النشاط الدبلوماسي الذين يسهرون على السير الحسن للمؤسسات المربوط بها العمل الدبلوماسي، ذلك أن الحصانة القضائية الدولية لا تنحصر فيها كشخص معنوي فحسب بل تمتد إلى من يمثلها وهو رئيس الدولة وباقي الدبلوماسيين، مصدرها في مواثيق المنظمات الدولية وأنظمتها الأساسية.

وبتطور العلاقات الدولية بين الدول، استقرت بذلك الأحكام الخاصة بالحصانة، وأصبحت جزء من القانون الدولي، وقد تم تدوين قواعدها ومبادئها في اتفاقيات دولية عامة، وهي اتفاقيتا "**فيينا حول العلاقات الدبلوماسية والقنصلية**" لعامي 1961-1963، واتفاقية "**فيينا للبعثات الخاصة**" عام 1969.

وتشمل الحصانة القضائية الإعفاء من الخضوع للقضاء الجبائي والمدني والإداري، وكل ما يتعلق بذلك من إجراءات، كالإدلاء بالشهادة أمام المحاكم، وكذلك إجراءات التنفيذ.

وتعد الحصانة الجزائية أهم أشكال الحصانة القضائية، كونها تمثل نتيجة حتمية أو حق يترتب عن الحرمة الشخصية التي يتمتع بها الأشخاص المشمولين بالحصانة.

وما يميز هذه الحصانة هو مصدرها ذلك أنّه يكون في الغالب عرف دولي مصادق عليه بموجب اتفاقية دولية، والتي أساسها مبدأ الاستقلال ومبدأ المساواة أو فكرة المجاملة أو فكرة الضرورة في العلاقات الدولية.

ومنه فالحصانة المكرسة في القانون الدولي تعتبر قيد على الاختصاص القضائي للدولة، لذا فهي المقصودة من دراستنا، وبذلك تخرج الحصانة المقررة وفق القانون الداخلي من نطاق الدراسة.

و بما أنّ الجزائر بلد مسلم، فنحن متعلقون بالشريعة الإسلامية كتعلقنا بالتشريع القانوني، لذا وجب النظر لحكم الحصانة في الإسلام ومقارنتها مع القانون الجزائري لإيجاد أوجه الاتفاق والتناقض بينها.

أولا : أهمية الموضوع

تكمن أهمية هذا الموضوع في النقاط التالية :

- **الأهمية النظرية :**

1. أهمية هذا الموضوع ناشئة من أهمية هذا العمل ودور عمل القضاء وما يتبعه من أهمية في حفظ حقوق الإنسان، فالقضاء هو الكافل والحامي له.
2. المساواة في تطبيق القاعدة القانونية بين جميع أفراد المجتمع دون تمييز بسبب الوظيفة أو المنصب أو غير ذلك.

- **الأهمية العلمية:**

تتمثل الأهمية العلمية من هذه الدارسة في تحليل مصطلح الحصانة بشكل أوضح وتبيين كل الخفايا التي تحملها الكلمة.

ثانيا : دوافع اختيار الموضوع

إن لكل دارسة خلفية تكون سبب في رغبة الباحث في العمل عليها، فهناك أسباب ذاتية تخص الباحث نفسه، وأخرى تفرضها طبيعة الموضوع وعلاقته بالمجتمع، أمّا الأسباب التي دفعتني للقيام بهذه الدارسة هي:

الدوافع الذاتية:

ملاحظة الفهم الخاطئ لموضوع حصانة القاضي عند الكثيرين ومحاولة الاستفاضة في البحث من أجل الوصول إلى المعنى الحقيقي لها. وهي ترجع إلى ميولنا واهتماماتنا العلمية في تناول موضوع حديث، وعلى قدر كبير من الأهمية تعكسها موجة الجدل الواسع بين الفقهاء ورجال القانون، وما للموضوع من تبعات على خطة التشريعات الداخلية.

كما نرجع أيضا سبب اختيارنا للموضوع إلى رغبتنا في إضافة دراسة أخرى على قدر مستوانا العلمي في القانون في الفقه العربي، فعلى الرغم من وجود دراسات أكاديمية سابقة في الموضوع، لكنها تبقى قليلة ولم تتناوله أغلبها وإنما تطرقت إلى بعض جزئيات الموضوع فقط.

الدوافع الموضوعية :

تتمثل الدوافع الموضوعية في :

1. ازدياد الجرائم والتعسفات المرتكبة من قبل المتمتعين بالحصانة القضائية، واستمرار هذه الجرائم يؤدي إلى عرقلة سير العدالة والأداء الفعال، وبالتالي يفقد الأفراد ثقتهم بها وتعم الفوضى في المجتمع.
2. تكمن أهمية هذا الموضوع أيضا في بناء قضاء مستقل وعادل ونزيه، يشعر فيه الفرد بالأمن والأمان والراحة والطمأنينة، لعدم ضياع الحقوق.

ثالثا : إشكالية البحث

كما أسلفنا سابقا بأنّ كافة التشريعات عملت على النص باستقلال المتمتعين بالحصانة ومنحهم العديد من الضمانات التي تكفل ذلك ولعلّ من أهمها الحصانة القضائية الجزائية، التي تجعل المستفيد منها مطمئنا في أداء مهامه، إلاّ أنّ هذه الميزة لا يمكن خلوها من السلبيات المرافقة لها، حيث أصبحت أداة لخرق القانون بقوة القانون، حيث أنّ التعسف في استخدامها دفع بالكثير إلى توجيه نقد لاذع لها، حيث أصبحت مطبة لارتكاب الجرائم من طرف المستفيدين منها لتحقيق مصالح شخصية ومن هنا يطرح الإشكال الآتي: " **ما المقصود بالحصانة القضائية وما هو نطاقها وأحكامها في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية وماهي شروطها؟**"

وعليه وحتى يتسني لنا السيطرة على جوانب الموضوع ارتأينا الاستعانة بأسئلة فرعية لتعزيز الإشكالية المطروحة، والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

- من هم الأشخاص المتمتعون والمستفيدون من الحصانة القضائية الجزائية؟
- ما مدى الحصانة القضائية بعد زوال الصفة الوظيفية؟
- الحصانة القضائية تمتد في نطاقها لتشمل جميع الجرائم مهما كان نوعها؟ أم أنّها تختلف في أحكامها حسب نوع الجريمة ودرجة خطورتهما؟

- ما هي الطرق المتبعة لمساءلة الأشخاص المتمتعين بالحصانة القضائية وما مدى شرعية وفعالية الوسائل المتبعة للحد من التعسف والإساءة في استعمال الحصانة ؟

إنّ كل هذه الأسئلة ذات أهمية بالغة لاسيما بعد تمادي الأشخاص المشمولين بالحصانة القضائية الجزائية في التعسف في استعمالها، مما أدى إلى انتشار ظاهرة الإجرام بين الأوساط الدبلوماسية وفي المحيط الدولي.

رابعا : الدراسات السابقة

توجد العديد من الدراسات التي تطرقت لموضوع الحصانة بصفة عامة، لكنها عزفت في مجملها عن شرح وتفصيل حيثياته، كما أنّها لم تتناول كل جوانب البحث انطلاقا من الإشكالات التي يثيرها هذا الموضوع، بسبب تشعبه واتساع مجال الدراسة فيه ليشمل العديد من المسائل والقضايا الهامة، ما نتج عنه ندرة المراجع المتخصصة المعتمد عليها بصفة رئيسية في معالجة موضوع الحصانة القضائية لجزائية، إلاّ أنني لا أنكر اعتماد بعضها كمنطلق للدراسة رغم اختلاف مضمونها وإن اشتركت في بعض النقاط نذكر منها على سبيل المثال :

- الحصانات في الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية للدكتور عادل عبد الله المسعدي، حيث تعتبر الدراسة بحثا عرضه الكاتب في ندوة تطور العلوم الفقهية والنظرية الفقهية بمدينة مسقط في سلطنة عمان، والتي كانت في أفريل 2013م.
- أثر الحصانة على المسؤولية الجزائية في القفه الإسلامي، للدكتورين عادل التميمي وعادل حرب اللصاصمة، حيث كانت هذه الدراسة مقارنة بين أحكام الفقه والقانون في هذه المسألة، تم نشرها في مجلة علوم الشريعة والقانون، في العدد الأول لسنة 2014، بالأردن.

خامسا: منهج البحث

ارتأينا للإجابة على إشكالية الدراسة إتباع المنهج الوصفي التحليلي، وذلك لأنّ الموضوع يقتضي الوصف الدقيق والتحليل في آن واحد والعرض الملخص لكافة جوانب الموضوع للوقوف على الحصانة والمبادئ النظرية التي تحكمها للوصول إلى ضبط أحكامها ودراسة أهم تطبيقاتها القانونية والعملية في الواقع الدولي.

واعتمدنا أيضا المنهج المقارن في المقارنة بين الحصانة في التشريعات.

سادسا: الصعوبات

في سبيل إعداد هذا البحث واجهتنا عدة صعوبات وعوائق، ترجع أغلبها إلى طبيعة الموضوع بحد ذاته الذي يتسم بالدقة والاتساع والتشعب، بحيث يشمل العديد من المسائل القانونية لارتباطه بجملة من المواضيع التي تضمنتها مختلف فروع القانون، والتي يستحيل الإحاطة بكل جوانبها مما أدى إلى صعوبة التحكم في الموضوع وكذلك قلة البحوث والدراسات التي تناولت موضوع الحصانة بصفة معمقة ومفصلة فما عثرنا عليه لا يتعدى أن يكون مجرد دراسة عامة أو جزئية يمكن اعتمادها كمرجع لتدعيم البحث ولا يمكن أخذها كأساس تقوم عليه الدراسة، لهذا فإنّ عملنا ومسعانا لم يكن سهلا ومعبدا.

سابعا: خطة البحث

وللإجابة عن الإشكالية السابقة الذكر وكل ما أثير حولها من تساؤلات قمنا باقتراح خطة البحث التالية:

الفصل الأول: ماهية الحصانة بين الشريعة والقانون.

المبحث الأول: تعريف الحصانة القضائية.

المبحث الثاني: أنواع الحصانات القضائية.

الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بالحصانة

المبحث الأول: مصادر الحصانة القضائية.

المبحث الثاني: نطاق الحصانة القضائية، حدودها، بدايتها وزوالها.

الفصل الأول:

الحصانة القضائية

بين التشريع الإسلامي و القانون الوضعي

المبحث الأول: الحصانة القضائية بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي.

المبحث الثاني: أنواع الحصانات القضائية.

تمهيد

يصعب على القاضي أن يسمو كليا على عواطفه، ويستحيل ألا يتأثر بمعتقداته الفكرية ومركزه الاجتماعي، ومن الطبيعي أن يتأثر بالنظام السياسي القائم في الدولة كونه مواطنا فيها ويهتم بتطورها وازدهارها، ولهذا السبب يسن المشرع بعض القواعد التي تحول دون تأثير بعض العوامل الداخلية والخارجية على العمل القضائي[1]

ومن أبرز هذه القواعد نجد الحصانة القضائية.

ولقد تعددت الأقوال في تعريف الحصانة القضائية بين خلط وتضييق وتوسيع وقد تناولتها أغلب التشريعات القانونية ومن بينها التشريع الإسلامي والقانون الجزائري.

وللتعرف بالتفصيل على مصطلح الحصانة القضائية ومصادرها وأنواعها، قمنا بتقسيم الفصل إلى ما يلي:

المبحث الأول: الحصانة القضائية بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي.

المبحث الثاني: أنواع الحصانات القضائية.

[1] محمد أمقران بويشر، النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية،ط4، 2005، ص 104 .

المبحث الأول: تعريف الحصانة القضائية

المطلب الأول: مفاهيم عامة حول الحصانة والقضاء.

لكي نتمكن من تحديد تعريف الحصانة القضائية لا بدّ لنا من التعرض أولا إلى معنى الحصانة ومعنى القضاء لنقف بعد ذلك على معنى الحصانة القضائية، وهو الأمر الذي قمنا بالتطرق إليه من خلال المبحث التالي:

الفرع الأول: تعريف الحصانة

لكي نتمكن من الإحاطة بمعاني ودلالات الحصانة لابدّ لنا أولا من التعرض إلى كل من التعريف اللغوي وكذا التعريف الاصطلاحي.

أولا: لغة

الحصانة مصدر الفعل حصُن، وأصل الكلمة يدل على الحفظ والحياطة والحرز، ويقال: " **حَصُنَ المكان يَحصُنُ حَصانة فهو حَصين منع وأحصَنَه صاحبه وحَصَّنَه والحِصنُ كلُّ موضع حصين لا يوصّل إلى ما في جوفِه والجمع حُصونٌ وحِصنٌ حصينٌ من الحصانة** ..." كما قيل: حِصنٌ حصينٌ أي منيع، كما يطلق الحاصين والحصان على المرأة المتعففة[1]. وبذلك فإنّ لفظ الحصانة يدل على المنعة التي تمنع الغير من الوصول إلى من اتصف بها بإيذاء أو تنقص.

ثانيا: اصطلاحا

يشير الفقهاء إلى أنّ لفظ الحصانة لم يرد في النصوص الشرعية ولا في لغة الفقهاء، والذي ورد في ذلك هو ألفاظ " الإحصان، والمحصن، والمحصنة "[2].

فالإحصان وما يشتق منه من ألفاظ يشتمل على معان عدة مثل: الإعفاف عن الزنا وتحصين النفس من الوقوع في الحرام ومثال ذلك قوله تعالى: (**إِنَّ ٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْغَٰفِلَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ لُعِنُواْ فِي ٱلدُّنْيَا وَٱلْءَاخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ**)[3].

---

[1] ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب، دار صادر بيروت، مج13، ص 1136.

[2] وليد الربيع، الحصانات الدبلوماسية في الفقه الإسلامي والقانون الدولي، مجلة البحث العلمي الإسلامي، مركز البحث العلمي الإسلامي، العدد الخامس، 1462، ص 75

[3] سورة النور، الآية 23.

ثالثا: الحصانة في القانون.

تستعمل كلمة الحصانة بايزاء immnité وكلمة privilege وهم يعنون ما يحصل عليه المقطعون من رجال الدين أو العلمانيين من امتيازات تجعلهم بعيدين عن تدخل رجال القضاء وموظفي المالية من قبل الحكومة المركزية[1].

وجاء في الدستور الأمريكي: " قضاة المحكمة العليا يعينون مدى الحياة إلاّ أنّ الحكومة تشجعهم على التقاعد في بداية السبعين براتب كامل، والتقاعد هناك، والتقاعد هناك اختياري لا إجباري".[2]

وذكر الأستاذ الدكتور طلال عامر الهتار كلمة "الحصانة" في معنى "الحماية" وقال: " هناك بعض الموظفين العاملين تطبق عليهم قوانين خاصة من حيث المسؤولية، تلك هي إرادة المشرع، تارة بغية تأمين حماية أكثر فعالية لبعض الفئات من الموظفين وجعلهم يتمتعون بحصانة أكثر اتساعا". [3]

ولعل من أجمع وأدق التعريفات لهذا المصطلح القول بأنّ الحصانة هي امتياز يقرره القانون الدولي العام أو القانون الداخلي يؤدي إلى إعفاء المتمتع به من عبء أو تكليف يفرضه القانون العام على جميع الأشخاص الذين يوجدون على إقليم الدولة ويعطيه ميزة عدم الخضوع لأحكام السلطة العامة في الدولة وخاصة السلطة القضائية أو بعض أوجه مظاهرها.[4]

ونستخلص من التعريفات اللغوية والقانونية أنّ المقصود من الحصانة القضائية هو الاستقلال القضائي وحماية القضاء من المعتدين، فالقاضي يتمتع بالحصانة والحماية المشروطة أي حمايته في ما يكون موافقا للشرع وإلاّ فحكمه باطل ولا ينفذ.

أما في القانون الوضعي فالقاضي ملزم بأن يحكم بما جاء في المواد الدستورية.

الفرع الثاني: تعريف القضاء

إنّ تعريف القضاء في اللغة يختلف عن تعريفه في الاصطلاح وكذا في الفقه وقد نتج هذا الاختلاف عن اختلاف الزاوية التي ينظر إليه كل منهما لهذا المصطلح.

---

[1] عبد الله العلائي، الصحاح في اللغة والعلوم، تح: نديم مرغشلي، أسامة مرغشلي، دار الحضارة العربية، بيروت ج1، ص 676.

[2] حسن الفكهاني، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، ص 296.

[3] طلال عامر المهتار، مسؤولية الموظفين ومسؤولية الدولة، دار اقرأ، بيروت، ص 113.

[4] عماد محمد رضا التميمي، أثر الحصانة على المسؤولية الجنائية في افقه الإسلامي، المجلد 41، العدد1، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، 2014، ص84.

أولا: تعريف القضاء

لغة :

القضاء في اللّغة الحتم والبيان والفصل ومنه الرجل قضِي أي سريع القضاء يكون في الدين والحكومة [1]ويراد بالقضاء معان عدة منها الأداء أي قضى فلان دينه، إلا أن الحكم والفصل بين المتنازعين هو أكثر معانيه استعمالاً،قال تعالى: (**وَاللَّهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ**)[2]، أي يحكم بالعدل ،وقد يقصد به الإنهاء، الإخبار، الخلق، الموت، الحكم، الإلزام والأمر[3] ومنه قوله تعالى (**فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ**)4

الوجوب والوقوع مثال ذلك قوله تعالى: (**قُضِيَ الْأَمْرُ الَّذي فيه تَسْتَفْتيَان**).[5]

1. الحكم بمعنى الإيجاب والإلزام, ومنه قوله تعالى:(**وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُواْ إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً**).[6] ما قضي أي حكم.
2. الخلق والصنع، يقال لقضاه أيصنعه وقدره قال تعالى: (**فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَات**).[7]
3. الإعلام والإبلاغ والتبيين، قال تعالى(**وَقَضَيْنَا إِلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ فِي الْكِتَابِ**).[8]

وقال بعضهم[9]: يطلق على معان، منها الفراغ كما في: "وقضى الأمر"، ومنها الأداء كما في قضى زيد دينه.

ثانيا : القضاء في الاصطلاح

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية مع فقهاء القانون في إعطاء تعريف اصطلاحي لمعنى القضاء في تعريف القضاء اصطلاحا وسوف نورد هذا من خلال الآتي:

---

[1] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي،مر: انس محمد الشامي،زكرياء جابر،القاموس المحيط،دار الحديث القاهرة2008م،ص1336.

[2]سورة غافر، الآية 20

[3]حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي، المركز العربي لنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص28.

[4]سورة الجمعة، الآية10.

[5] سورة يوسف، الآية 41.

[6] سورة الإسراء، الآية 23.

[7] سورة فصلت، الآية 12.

[8] سورة الإسراء، الآية 4.

[9] الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 480/16، دار إحياء الكتب العربية.

تعريف القضاء في الشريعة الإسلامية :

القضاء اصطلاحا تعددت التعاريف فيه فنجد أن الأحناف عرفوه بأنه" قطع الخصومة او القول ملزم صَدر عن ولاية عامة"، ومنهم من عرفه بأنه :فصل وقطع المنازعات على وجه مخصوص[1].

وعند الشافعية بأنه:"إلزام من له الإلزام بحكم الشرع" فخرج الإفتاء لانتفاء ولاية الإلزام العامة وعرفوه كذلك بأنه:"إظهار حكم الشرع في الواقعة من المطاع" فنجد هذه التعريفات تصب في معني إظهار حكم الشرع والإلزام بهذا الحكم ممن به الإلزام.

وتعريفه عند الحنابلة بأنه:بينة الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الخصومات إذ قالوا بأنه" الإلزام وفصل الحكومات".[2]

وتعريفه عند المالكية "القضاء معناه الدخول بين الخالق والخلق ليؤدي فيهم أوامره وأحكامه بواسطة الكتاب والسنة" وقالوا كذالك:"حقيقة القضاء الإخبار عن حكم شرعي علي سبيل الإلزام" وقال غيره "قضى القاضي أي ألزم الحق أهله".[3]

والتعريف الذي يمكن اختياره للقضاء بمعناه الاصطلاحي هو أن يقال:

" القضاء هو الحكم بين الخصوم بالقانون الإسلامي بكيفية مخصوصة وإيراد بالكيفية المخصوصة كيفية الدعوى والأساليب والضوابط التي يلتزم بها القاضي والخصوم في إجراءات التقاضي والترافع أمام القاضي، ووسائل الإثبات لحق المدعي به، والتي على أساس هذه الوسائل يصدر القاضي حكمه الحاسم للنزاع وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية".[4]

تعريف القضاء في القانون الوضعي

تعددت تعريفات فقهاء القانون للقضاء إلاّ أنّه عند الغالبية يعني الفصل في النزاع وفقا للقانون محافظة على السلم الاجتماعي ويرجع السبب في اختلافهم إلى الزاوية التي ينظر إليها كل اتجاه، حيث اعتمد البعض في تعريفه للقضاء على الجانب الشكلي، أي ينظر إليه من ناحية الهيئة القائمة بالعمل

---

[1] محمد حمد الغرايبة، نظام القضاء في الإسلام، دار الحامد لنشر،عمان،الأردن، 2004، ص45.

[2] نفس المرجع، ص46.

[3] برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ابن الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون العمري المالكي،تبصره الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تع: الشيخ جمال علي،ج1،دار عالم الكتب،الرياض، 2003م، ص9.

[4] عماد محمد رضا التميمي، أثر الحصانة على المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية قانونية مقارنة، ص12.

القضائي. ومنهم من اتجه الاتجاه الموضوعي فنظر إلى موضوع العمل القاضي، ومنهم من زاوج بين المذهبين أي الشكلي والموضوعي وهو ما أطلق عليه الفقه بالمذهب المختلط.

- **المذهب الشكلي:**

إذا كانت السمة الأساسية للدولة الحديثة هي الفصل بين السلطة التشريعية، التنفيذية والقضائية إلاّ أنّ هذا لا يعني اختلاف عمل كل سلطة عن الأخرى اختلافا جوهريا، بل هناك تشابه كبير بين عمل كل سلطة إلى درجة يصعب فيها إحداث فصل خاصة بين السلطتين القضائية والتنفيذية، فإذا كان القاضي ينقل حكم القانون من العمومية إلى الخصوصية ومن التجريد إلى الواقع فإنّ الرجل الإدارة أيضا دور مماثل وقد دفع هذا التشابه في الأعمال والتطابق في تقنيات الوظائف جانب من القول بوجود سلطتين في الدولة هما السلطة التشريعية والتنفيذية.[1]

وبات من اللازم مع هذا التشابه وضع معيار فاصل بين العمل القضائي والعمل الإداري خاصة، وتقوم المدرسة الشكلية في تعريف العمل القضائي بالنظر إلى الجهة التي تصدرها وما يتبع بشأنه من إجراءات خاصة.[2]

ويعد الفقيه "كاري دي مالبيرج" من أكبر دعاة هذه النظرية فهو يرى أنّ الوظيفة القضائية لا تختلف من الناحية الموضوعية عن الوظيفة التنفيذية، فإن نظرنا إلى معيار المنازعة نجد أنّ القضاء ليس وحده من يتولى الفصل في المنازعات لأنّ الإدارة هي الأخرى تتولى الفصل في التظلمات التي ترفع إليها، وتبعا لذلك فإنّ فكرة المنازعة لا يمكن الاعتماد عليها لتمييز العمل القضائي عن غيره، ويكون العمل قضائيا إذا كان صادرا من السلطة القضائية، سواء صدر عن المحاكم على اختلاف درجاتها وأنواعها، أو كان داخلا في صميم الوظيفة القضائية كأن يكون حاسما في النزاع بين المتخاصمين، أو كان خارجا من نطاق الوظيفة القضائية كأن يصدر من القاضي بناء على سلطته الولائية كالأمر بتعيين وصي.[3]

ويبقى واضحا أن هذا المعيار ليس فيه إجماع بين أنصاره على الضوابط الشكلية التي يمكن الالتجاء إليها للتفرقة بين العمل القضائي والعمل الإداري.[4]

---

[1] عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، ص14.

[2] المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

[3] شمس مرغني علي، المعيار الوظيفي كمعيار للتمييز بين العمل الإداري والعمل القضائي، مجلة العلوم الإدارية، 1972 العدد 3، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، ص100.

[4] هشام خالد، مفهوم العمل القضائي في ضوء الفقه وأحكام القضاء، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، 1990، ص17.

وقد انتقد هذا المعيار على أساس قصوره في تعريف العمل القضائي وبالتالي القضاء، وذلك لاعتماد المعيار على إرادة المشرع في تحديد متى يكون العمل قضائيا من عدمه، إضافة إلى أن إرادة المشرع أمر خارج عن العمل القضائي، كما انتقدت على أساس أن الاختلاف في الإجراءات هو نتيجة للاختلاف في الجوهر، في حين أن الإجراء لا يكشف عن خصوصية العمل القضائي.[1]

المذهب الموضوعي:

ويتزعمه الفقيه "ديجي" إذ يرى أنّه حتى نكون بصدد عمل قضائي ينبغي أن تتوفر ثلاثة مسائل هي:

- الادعاء بمخالفة القانون يقدمه صاحب الشأن.
- تقرير يعده القاضي يضمنه وجهة نظره مستندا على الوقائع المعروضة عليه وحكم القانون فيها.
- القرار هو النتيجة الطبيعية والحتمية للتقرير الذي انتهى إليه ويحتوي على حل القضية المعروضة.

وقد انتقدت النظرية على إطلاقها لأنه لا يوجد عمل إداري تقديري بحت، ولا عمل قضائي مقيد بالقانون بشكل مطلق، فالقاضي يعمل سلطته التقديرية، وهذه الأخيرة يمكن أن تزيد أو تنقص باختلاف المسائل محل النزاع، ولا أدل على ذلك من استعمال القاضي الجنائي سلطته التقديرية في اختيار العقوبة التي يوقعها على المتهم، ونفس الشيء بالنسبة للقاضي المدني عندما يقرر توزيع الملك على الشركاء في حالة الملكية على الشيوع، و القرار الإداري لا يصدر دوما عن سلطة تقديرية فقد يصدر عن سلطة مقيدة بالقانون كما في حالة الترقية بالأقدمية المطلقة في بعض الوظائف.[2]

بالإضافة إلى نظريات أخرى كنظرية المنازعة، نظرية الهدف، ونظرية تغير البناء القانوني، بالإضافة إلى نظريات أخرى كثيرة، والتي ترى في المعيار الموضوعي المعيار الحاسم في تحديد طبيعة العمل القضائي.[3]

ج. المذهب المختلط:

إزاء ما وجه من انتقادات للمعيار الشكلي والموضوعي كل على حدى ظهر في الفقه من نادى بضرورة المزج بين المعيار الشكلي والموضوعي فعرفوا العمل القضائي بأنّه: تقرير قانوني يؤديه باسم الدولة عضو مستقل محايد في نطاق إجراءات تعرف بالإجراءات القضائية ولهذا التقرير قوة حقيقية قانونية

---

[1] شمس مرغني علي، المرجع نفسه، ص 100-103.

[2] هشام خالد، المرجع السابق، ص 38-49

[3] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص15

فيما جاء جانب فقهي آخر بتعريف للعمل القضائي، حيث جاء فيه بأنه: «**تقرير قانوني يؤديه باسم الدولة عضو مستقل محايد في نطاق إجراءات خاصة تعرف بالإجراءات القضائية ولهذا التقرير قوة الحقيقة القانونية** » .

ولم يسلم هذا المعيار من سهام النقد، حيث يعيب عليه منتقدوه بأن المثالب التي أخذت على المعيارين السابقين هي نفسها على هذا المعيار.[1]

والسلطة القضائية هي وحسب اشتقاقها بالذات قول الحق من خلال تمكين الجميع من رفع قضاياهما أمام المحاكم بهدف توضيح معنى القواعد القانونية المعمول بها.[2]

المطلب الثاني: تعريف الحصانة في الشريعة الإسلامية

تم الإسلام اهتماما بالغا بإقامة العدل في المجتمع، وجعل للقضاة من الإجلال والاحترام ما لا نجد في غيره من الأديان ولا النظم الوضعية وذلك حتى لا تقع السلطة القضائية تحت تأثير أي سلطة أخرى أو تحت تأثير أي شخص يحول دون القضاء وإقامة العدل.

بالنسبة للقضاة فلم نجد كلمة الحصانة في معناها المعروف لدى علماء الإسلام، فالامتيازات التي يعطيها القانون إلى المسئولين يقابلها وينفيها نفيا قاطعا، لأنّ الناس في الشريعة الإسلامية سواسية ولا توجد فيها فضيلة لشخص عن آخر إلاّ بالتقوى.

قال أبو بكر حينما بويع بالخلافة: " أيها الناس قد وليت عليكم ولست بخيركم، إن أحسنت فأعينوني وإن أسأت فقوموني، طيعوني ما أطعت الله ورسوله فإذا عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم "[3]

وقال عمر: " لو وديت آتي وإياكم في سفينة في لجة البحر تذهب بنا شرقا و غربا، فلن يعجز الناس أن يولوا رجلا منهم فان استقاموا اتبعوه، وإن جنف قتلوه، فقال طلحة وما عليك لو قلت وإن تعوج اعزلوه، قال: لا القتل أنكل لمن بعده ".[4]

---

[1] شمس مرغني علي، المرجع السابق، ص: 114.

[2] مورسيه دوفرجيه، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري والأنظمة السياسية الكبرى، تر: جورج سعد، ط1، المؤسسة الجامعية للنشر، بيروت 1992، ص143.

[3] رواه ابن هشام في سيرته (661/2) و معمر في جامعه (20702) والبيهقي (353/6) وغيرهم وهو صحيح.

[4] رواه الطبري في تاريخه (572/02).

من خلال الأثرين السابقين نجد أن الإسلام ينفي جميع الامتيازات لأي طرف ولا توجد أي حصانة لطرف على حساب الآخر، إلاّ حصانة الحق والصواب.

وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: " بينما رسول الله عليه الصلاة والسلام يقسم قسما أقبل عليه رجلا فاكب عليه فطعنه رسول الله بعرجون كان معه فجرح وجهه فقال له صلى الله عليه وسلم: " تعال فاستقد فقال بل عفوت يا رسول الله ".[1]

عن عائشة: (**أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث أبا جهم بن حذيفة**[2]) مصدقا فلاجة رجل في صدقته، قضية أبو جهم، فشجه، فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم، فقالوا: القود با رسول الله، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «لكم كذا وكذا، قلم نيز ضوا، فقال: «لكم كذا وكذا، فلم يزضو، فقال: «لكم كذا وكذا، فرضوا، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «إني خاطب العشية على الناس ومخبرهم برضاكم» فقالوا: نعم، فخطب رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم «إن هؤلاء الليثيين أتوني يريدون القود، فعرضت عليهم كذا وكذا فرضوا، أرضيتم ؟» قالوا: لا، فهم المهاجرون بهم، فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يكفوا عنهم، فكفوا، ثم دعاهم فزادهم، فقال: «أرضيتم؟» فقالوا: نعم، قال: «إني خاطبت على الناس ومخبرهم برضاكم» قالوا: نعم، فخطب النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: «أرضيتم؟» قالوا: نعم).[3]

---

[1] السنن الصغرى للنسائي، كتاب القسامة، القود في الطعنة، حديث رقم 4739، عن موقع : أرشيف الإسلام

[1]أبو جهم: عامر بن حذيفة بن غانم القرشي العدوي، وقيل عبيد الله بن حذيفة. أسلم عام الفتح، وصحب النبي صلى الله عليه وسلم، وكان مقدما في قريش معظما، وعالما بالنسب، حضر بناء الكعبة مرتين: مرة في الجاهلية حين بنتها قريش، ومرة حين بناها ابن الزبير، وهو أحد الأربعة الذين دفنوا عثمان بن عفان. ت: في آخر خلافة معاوية. وقيل: مات بعد قتل عمر بن الخطاب، ابن سعد، الطبقات الكبرى: (م.س): (١٩٩٩)؛ (٩/٨)، القرطبي الاستيعاب في معرفة الأصحاب (م.س): (٢٨٩٩): (4/ ١٩٢٣).

[2] أبو جهم: عامر بن حذيفة بن غانم القرشي العدوي، وقيل عبيد الله بن حذيفة. أسلم عام الفتح، وصحب النبي صلى الله عليه وسلم، وكان مقدما في قريش معظما، وعالما بالنسب، حضر بناء الكعبة مرتين: مرة في الجاهلية حين بنتها قريش، ومرة حين بناها ابن الزبير، وهو أحد الأربعة الذين دفنوا عثمان بن عفان. ت: في آخر خلافة معاوية. وقيل: مات بعد قتل عمر بن الخطاب، ابن سعد، الطبقات الكبرى: (م.س): (١٩٩٩)؛(٩/٨)، القرطبي الاستيعاب في معرفة الأصحاب (م.س): (٢٨٩٩): (4/ ١٩٢٣).

[3] أبو داود: سنن أبي داود (م.س): باب العامل يصاب على يديه خطا (4534) (١٨١ / ٩ – ١٨٢)، درجة الحديث: سكت عنه فهو صالح، وقال محقق الكتاب: صحيح. النسائي (أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني) ت: (١٣٠٣-): سنن النسائي، تح: عبد الفتاح أبو غدة، حلب، مكتب المطبوعات الإسلامية، ط الثانية، 1406هـ - 1984م (4٧٧٨): (٣٥ / ٨)، قال محقق الكتاب: صحيح الإسناد.

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكلف أبا جهم بدفع الدية، بل دفعها عنه، وتحمل المسؤولية عن أبي جهم، لأن أبا جهم كان موظفا على الصدقات، ويعمل لمصلحة المسلمين، فلم يتحمل مسؤولية الخطأ أثناء أداء الوظيفة، كذلك القاضي لا يتحمل مسؤولية الخطأ في الحكم، لأنه يعمل لمصلحة المسلمين.

فقد تبين أيضا من الحديثين السابقين أنّ المسلمين سواسية وحتى ذات رسول الله عليه أفضل الصلاة والسلام غير مصونة لو وقع منه معاذ الله جور أو اعتداء على أي شخص فله أن يأخذ حقه من الرسول الكريم والذي لا يتصور من شخصيته الظلم والجور ولكن كقاعدة أساسية علمنا عليه الصلاة والسلام بأنّه لا يجوز لأي أحد سواء كان رئيس دولة أو ولي أو قاض أن يعتدي على أحد مهما كان منصبه فما بالنا بالقضاة، نعم إنّ الشريعة الإسلامية اهتمت بالقضاة وأحكامهم و أتاحت لهم وسائل الاستقلال القضائي مادام القاضي قائما على الحق والصواب.[1]كما نعلم أنّ ولاية القضاء استمدت من الخلافة لأنّ القاضي وكيل وممثل عن الخليفة في القيام بأعمال القضاء، فلذلك نرى أنّ الشريعة الإسلامية جعلت حق رقابة القضاة من صلاحية الخليفة ومنحه حق عزل القاضي إذا رأى في عزله مصلحة.

المطلب الثالث: تعريف الحصانة القضائية في القانون

إنّ تقلال القضاء وحمايته هو الطريق الوحيد لنشر العدالة وتوفير الأمن في المجتمع والاستقرار لدى الرعية، وإن لم يوجد الاستقلال في إدارة القضاء واستطاع كل عابث أن يعبث به بالاعتداء أو التوسط أو الرشوة أو بأي وسيلة أخرى فإنّ هذا يؤدي إلى الظلم والعدوان ويفقد الناس ثقتهم في العدالة وتنتشر الفوضى في البلاد.

ظهرت فكرة " الحصانة " في أوائل القرن العشرين وبدءا بإعطاء بعض الامتيازات لرؤساء الدول كما ورد في كتاب أوبن هيم الذي نص فيه على:

" يتمتع رئيس الدولة في الخارج بطائفة من الحصانات والامتيازات بعضها يهدف إلى حماية شخصه من كل اعتداء أدبي عن طريق وسائل الإعلام ...أو اعتداء مادي، وهذه الحماية بنوعيها يطلق عليها الحصانة الشخصية، كما تتمتع أمتعة الرئيس بحصانة عدم جواز فتحها وتفتيشها، وتبقى الحصانة ما بقيت لهم هذه الصفة وتزول بمجرد انتهاء هذه الصفة ".[2]

[1] محمد رويس خان، محمد أيوب خان، المرجع السابق، ص110.

[2] عبد الزيز سرحان، تقنين أحكام القانون الدولي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يوليو 1973، العدد الثاني، ص375.

والحصانة بمعنى الاستقلال والحماية القضائية كما هو المقصود في الموضوع، فنجد أنّ القوانين الوضعية تتمت بها، ونصت عليها الأوراق الدستورية، إلا أنها طبقت في بعض البلدان ولم تطبق في أخرى. وفي ما يلي بعض المواد من الدساتير الوضعية.

ولهذا كان مبدأ استقلال القضاء مبدأ هاما أخذ به القانون الوضعي والفقه الإسلامي على حد سواء، حيث أجمعت الدساتير الحديثة،[1] ضمان استقلال السلطة القضائية، حيث نصت هذه الدساتير كلها على أن القضاة مستقلون.[2]

مثالا على ذلك ما جاء في الدستور السوري لعام 1950- 1953، في نص المادة 104 التي تنص على قضاة الحكم مستقلون لا سلطان عليهم في قضاءهم لغير القانون.

والجمع بين هذه الآراء: أن القضاة يتمتعون بالحصانة ضد العزل، وعليه فإن تعيينهم ونقلهم يبهم وتقاعدهم وترقياتهم وغيرها من الأعمال الإدارية موكولة إلى جهة قضائية عليا تتولى هذه الأمور، ويتمتعون بحصانة جنائية عن بعض الأفعال كالقذف والسب والتي تصدر منهم أثناء ممارستهم لعملهم وتكون ضرورية لذلك.

وفي الأخير بعد تقديم بعض المواد القانونية للدساتير المختلفة نجد أنّ جميع الدساتير متفقة في استقلال القضاء وحمايته، وعدم التدخل في شؤون القضاة، وعدم قابلية القضاة للعزل إلاّ بالقانون.
ولذلك فقد أجمعت الدساتير على أنّ القضاة مستقلون لا سلطان عليهم لغير القانون كما أسلفنا ذكره.

[1] المادة 104 من دستور 1953 التي تنص على مبدأ استقلال القضاء..

[2] عمار بوضياف، المرجع السابق، ص115.

المبحث الثاني: أنواع الحصانات القضائية.

المطلب الأول: أنواع الحصانات القضائية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي

للحصانة عدة أنواع وهي نفسها في الشريعة الإسلامية وفي القانون لكنها تختلف فيما بينها من حيث المضمون، وفي ما يلي نذكرها مفصلة في كلا التشريعين:

الفرع الأول: الحصانة الإدارية : وتظهر في أربعة أشكال: [1]

أ. الحصانة في مجال التعيين:

تعتبر بوابة العبور والدخول في باب القضاء، حيث أنّ بقية الحصانات إنّما تجب بعد التعيين في السلك القضائي وأنواعها في الفقه الإسلامي هي:

1- الحصانة في مجال التعيين في الفقه الإسلامي:

إن تعيين القضاة في الشريعة الإسلامية لا يكون إلا من طرف الإمام أو من ينوبه، وهذا وهو ضمان للحصانة التي متع بها القاضي، وبالتالي لن يحابي أحدا أو يتملق لوزير أو رئيس طمعا في تولي القضاء، حيث أنّ هذا المنصب لا يمكن الوصول إليه إلا عن طريق الإمام.

والحصانة أيضا هي أن يأمن القاضي على نفسه في ممارسة عمله؛ لأنّه لا يمكن لأحد إبعاده عن منصبه إلاّ الإمام؛ لأنّ من يملك التعيين يملك العزل، وبالتالي يجعل القاضي في حصانة من محاولة الكيد له في تنحيته عن مكانه أو حرمانه من توليه مهامه.

2- الحصانة في مجال التعيين في النظام:

مما لاشك فيه أنّ تعيين القضاة على النحو المعروف في القانون يشكل حصانة واستقلالا للقاضي لأنّه لا يدين بالفضل لأحد؛ وقد تمّ بناء على كفاءته وقدراته واستحقاقه.

أ. الاستقلالية في العمل:

يقصد بالاستقلال هنا أن يقوم القاضي بتقرير الحكم الذي يراه موافقا للحق، دون أن يكون هناك أي تأثير عليه، سواء فيما يخص وظيفته أو مرتبه أو غير ذلك من وجوه التأثير.

وسوف نتناول هذه الحصانة في فرعين مستقلين: [2]

---

[1] سلمان بن فوزان صالح الفوزان، المرجع السابق، ص61.

[2] د.أحمد سالم باعمر، الدبلوماسية بين الفقه الإسلامي و القانون الدولي، دراسة مقارنة، دار النفائس، الأردن، 2001 ص 73.

- **الاستقلال في العمل في الفقه الإسلامي:**

استقلال القاضي في عمله يعتبر من أبرز الحصانات والضمانات التي تعين القاضي على الحق والعدل، وهو فرع عن أهم مبادئ القضاء وهو مبدأ الاستقلال في القضاء.

ومما يدل على استقلال القاضي في عمله ما ورد عن النبي – صلى الله عليه وسلم – عندما بعث معاذ إلى اليمن قال: (**كَيْفَ تَصْنَعُ إِنْ عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ قَالَ: أَقْضِي بِمَا فِي كِتَابِ اللَّهِ قَالَ: فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي كِتَابِ اللَّهِ قَالَ: فَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال أَجْتَهِدُ رَأْيِي لَا آلُو قَالَ فَضَرَبَ رَسُولُ الله صلى الله عليه وَسَلَّمَ صَدْرِي ثُمَّ قَالَ الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وفق رَسُولِ اللَّهِ لِمَا يُرْضِي رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**) [1]

ووجه الدلالة من الحديث، إقرار النبي – صلى الله عليه وسلم – لمعاذ في تقرير حكمه عند عدم النص، من اجتهاده، دون تدخل من أحد.

وهكذا كان الخلفاء من بعده لا يقبلون التدخل في القضاء، ويرون أنّ القاضي مستقل في عمله، و ما جاء في خطاب عمر بن الخطاب إلى القاضي شريح : ".. ***مافي كتاب الله وقضاء النبي فاقض به فإن أتاك ما ليس في كتاب الله ولم يقض به النبي فاقضي به أئمة العدل فأنت بالخيار إن شئت أن تجتهد رأيك وإن شئت تؤمرني ولا أرى في مؤامرتك إياي إلا أسلم لك***" .

ب.ضمانة الاستقلال الشخصي للقضاة:

استقلال القضاة غير استقلال القضاء، فاستقلال القضاة ينبع من ضمائرهم بقطع النظر عن السلطة القضائية التي ينتمون لها، ذلك إنه إذا كان مفهوم استقلال السلطة القضائية يتعلق بالمؤسسة القضائية كاملة؛ فإن مفهوم استقلال القاضي كشخص لا يتعلق بمؤسسة القضاء وإنما بأحد أعضائها فقط وهو القاضي، والمقصود باستقلال القضاة هو أن يكونوا أحرارا في البحث عن الحق والعدل دون أن يكون هناك تأثير من سلطة أو ضغط من حاكم أو تدخل من ذوي النفوذ، وألا يخاف القضاة لومة لائم في إقرار الحق ، وهو أيضا قيام القاضي بوظيفته القضائية دون تعرضه لأي نوع من الضغوط والمؤثرات الخارجية.[2]

[1] أخرجه أبو داود والترمذي وأحمد.

[2] شامي يسين ,المساءلة التأديبية للقضاة,أمواج للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، دط، 2015، ص76

ت. الحصانة ضد العزل:

وتتضح أهمية هذه الحصانة للقاضي، لأن أخطر ما يواجه القاضي في ممارسة عمله هو التلويح والتعريض له بالعزل والتنحية، مما يؤدي إلى اختراق استقلال القاضي والتأثير عليه ثم على العدالة. وكما أن هذه الحصانة ضمان للقاضي فهي ضمان للمتقاضي كذلك، وضمان لحسن سير مرفق العدالة سيرا حسنا. وما يجدر التنبيه إليه أن هذه الحصانة لا تعني أن القاضي مالكا هذا المنصب، و إنما إذا وجدت أسباب العزل فإنه يعزل، وسوف نتناول هذه الحصانة في فرعين مستقلين:

1. **الحصانة ضد العزل في الشريعة الإسلامية:**

فقد اهتمت اهتماما بالغا بالقضاء والقاضي فاق أي نظام وضعي، وقد اتفق الفقهاء على ضرورة تعيين القاضي من قبل الإمام باعتباره الخليفة، كما اتفق الفقهاء على أنه إذا تغيرت حالة القاضي بفسق أو زوال عقل أو مرض يمنعه من القيام بعمله، أو اتصف بما ينافي الأهلية، أو اختل فيه بعض شروط القضاء فإنه ينعزل. [1]

كما ذكر الفقهاء – رحمهم الله– أن القاضي يعزل إذا كان في عزله مصلحة للمسلمين، أما إذا كان عزل القاضي لا يحقق مصلحة، أو لم يكن هناك سبب شرعي لعزله، فإنه لا يعزل، وذلك لتعلق حق الأمة به. [2]

أمّا إذا كان القاضي قد توافرت فيه الشروط ولم يرتكب ما يوجب العزل، فقد اختلف الفقهاء في جواز عزله من عدمه على قولين:

- **الرأي الأول:** مذهب الشافعية[3] والمالكية"[4] وفي رواية للحنابلة[1]، يذهب إلى عدم جواز عزل القاضي مع سداد حاله ووجود أهليته وكفايته للقضاء.

---

[1] البهوتي، منصور بن يونس. كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق: إبراهيم أحمد عبد الحميد، طبعة خاصة، 1423هـ- 2003م، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، ج5، ص3195 / انظر: الحطاب، محمد بن محمد: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ: زكريا عميرات، طبعة خاصة، 1423هـ. 2003م، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، ج8، ص 81. /البهوتي. المرجع السابق، ج5، ص3195.

[2] انظر: الحطاب. المرجع السابق، ج8، ص102.

[3] شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،ج6 ،دار الكتب العلمية، د.م، ط ، 1ج6 ،ص271.

[4] هو برهان الدين أبو الوفا إبراهيم بن نور الدين أبي الحسن علي بن محمد بن أبي القاسم فرحون بن محمد بن فرحون اليعمري المدني المالكي ولد بالمدينة المنورة الشريفة ونشأة وسمع من الحافظ جمال الدين المطري وغيره تفقه وبرع وصنف وجمع وحدث وولي قضاء

واستدل أصحاب هذا الرأي بالدليل التالي:

- أن ولاية القضاء عقد تم لمصلحة المسلمين، فلا يملك عزله مع سداد حاله، كما لو عقد النكاح على موليته، فإنه لا يملك فسخه. [2]
- أن القاضي بتقلده القضاء صار قاضيا من جهة الله تعالى، فلا يعزل بعزل الخليفة له، أي أن القاضي يباشر القضاء بولاية عامة المسلمين ولمصالحهم العامة، لأن ما يضاف إلى الله تعالى من اصطلاح الفقهاء عندما يتكلمون عن الحقوق والولايات يعنون به حق عامة المسلمين وما يتعلق بمصالحهم العامة.

الرأي الثاني: يجوز عزل القاضي حتى مع توافر أهليته سواء عزله الإمام لريبة أو بدون ريبة، وهو مذهب الحنفية"[3] وقول للمالكية [4] ووجه عند الحنابلة [5]والظاهرية.[6]

واستدل أصحاب هذا الرأي بالدليل التالي:

- أن القاضي يستمد ولايته من عامة المسلمين، لأنهم هم الذين أسندوا إليه ولاية القضاء فهو في الحقيقة نائبهم ووكيلهم فيها، وما دور الخليفة في إصدار أمره بتعيين القاضي أو عقده ولاية القضاء له إلا بمنزلة الرسول عن عامة المسلمين، ثم إن عامة المسلمين أذنوا للخليفة دلالة بعزل

المالكية بالمدينة المنورة، اشتهر بكتابه "تبصرة الحكام " وكانت وفاته بالمدينة المنورة في ذي الحجة سنة 799 هـ، ودفن بالبقيع وقد جاوز 90 سنة، أنظر ترجمته - :أحمد بابا التنبكتي، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، إشراف وتقديم: عبد الحميد عبد الله الهرامة، ج1 ،ر.ت1 ،منشورات كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس،ص 33-35 ، 1989 هـ -1398 ط1، ص 87.

[1]أبو محمد موفق الدين، عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج10، مكتبة القاهرة، مصر، د ط، 1968،ص90.

[2] بن قدامة، ج10 ،المصدر السابق، ص90

[3]علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1986.

[4]انظر: ابن فرحون، ج1، المصدر السابق، ص 87.

[5]أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري، المحلى بالآثار، ج8 ،دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت، ص536.

[6]هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء أبو يعلى، ولد في أو 29 28 ليلة خلت من المحرم سنة 380 هـ، كان عالم زمانه وفريد عصره، عارفا للقرآن وعلومه، والحديث والفتوى، تفقه عن أبي الحسن السكري وغيره، وقرأ عليه الكثير ون منهم أبو الحسن البغدادي، وله تصانيف عدة، منها أحكام القرآن والأحكام السلطانية، تولى قضاء بغداد بعد وفاة القاضي بن ماكولا، توفي في ليلة الاثنين 19 رمضان سنة 458 هـ، ودفن بمقبرة الإمام أحمد بن حنبل .انظر ترجمته - : أبو يعلى الفراء الحنبلي، طبقات الحنابلة، ج 2 ،دار المعرفة، بيروت، لبنان، د .ط، د.ت، ص – 193 . 21

القاضي كما أذنوا له بتعيينه وتعيين من يخلف القاضي المعزول إذا ما رأى المصلحة في عزله وتعيين من يخلف القاضي المعزول إذا ما رأى المصلحة في عزله وتعيين غيره بدله، فعزل القاضي في الحقيقة لم يتم من قبل الخليفة وإنما من قبل عامة المسلمين، وهذه [1]هي الحجة التي اعتمدها الحنفية في جواز عزل القاضي وتكييفهم لمركز القاضي ودور الخليفة في عملية العزل.

وإذا أردنا الترجيح بين الآراء السابقة بعدد من الأدلة، منها[2]:

- **الدليل الأول:** أن تولية القاضي تمت لمصلحة المسلمين، فلا يملك عزله مع سداد حاله، كما لو عقد النكاح الولي على موليته فليس له فسخه .
- **الدليل الثاني:** أن القاضي بتقلده القضاء صار قاضيا من جهة الله تعالى، فلا ينعزل بعزل الخليفة.
- **الدليل الثالث:** عزل القاضي دون سبب عبث، و تصرفات ولي الأمر إنما تبني على المصلحة، كما دلت على ذلك القاعدة الشرعية.
- **الدليل الرابع:** القاضي وكيل ونائب عن المسلمين، ولا يجوز عزل الوكيل إذا تعلق بالوكالة حق الغير.

1. **الحصانة ضد العزل في النظام :** تم تأسيس حصانة القضاة ضد العزل في النظام.

وتقتضي قواعد الحماية خاصة في المجال التأديبي الاعتراف للمجلس الأعلى للقضاء بصلاحية تقديم اقتراحات ومشاريع قوانين سيما تلك المتعلقة بالقانون الأساسي للقضاء، وكذا مختلف القوانين التي تنظم عمل السلطة القضائية، وهذا الاعتراف للمجلس بهذه الصلاحية إجراء من شأنه أن يرسخ قواعد الحماية ويعمل على تجسيد مبدأ استقلال القضاء أحسن تجسيد. [3]

وأسباب العزل التي توجب العزل هي: إنهاء خدمته لأسباب تأديبية، العجز الصحي، الوفاة، قبول استقالته.، بلوغه سن التقاعد.

---

[1]نظر: الكاساني، ج7 ،المصدر السابق، ص16

[2]وليد ربيع، الحصانات الدبلوماسية في الفقه الإسلامي والقانون الدولي، مجلة البحث العلمي الإسلامي، مجلة إسلامية متخصصة في البحوث والدراسات الإسلامية،مركز البحث العلمي الإسلامي،السنة الثانية، العدد الخامس، 2008، ص 75.

[3]عمار بوضياف، الحماية القانونية للقاضي في التشريع الجزائري، المرجع السابق ، ص257.

ث. الحصانة ضد نقلهم من وظائفهم:

1. الحصانة ضد نقلهم من وظائفهم في الفقه :

لم نقف على من صرح من الفقهاء بمنع نقل القاضي أو ترقيته ونحوه، ولم أجد كذلك من ذكر ذلك عن الفقهاء من المتأخرين، ولعل سبب ذلك يرجع إلى أنّ مثل هذه المسائل **الخاصة بنقل، ترقية، انتداب، لم تكن معروفة لدى الفقهاء،** أو في كتاباتهم ، فلذلك لم يتطرق لها **بنفس المصطلح عليها.**

وعليه فان كلام الفقهاء عن العزل شامل للنقل، لأن النقل أو الترقية **كما أسلفنا إنما هو صورة من صور العزل، وإقصاء للقاضي، لكن هذا الإقصاء قد تم بطريقة أكثر أدبا من العزل، و أبعد عن إثارة القضية لدى العامة.**

ومن هنا يمكننا القول أنّ الفقهاء أقروا حصانة القاضي ضد العزل، ولمّا كان النقل داخل في العزل، **حيث أنّه** إبعاد للقاضي عن وظيفته القضائية، كان في حكم العزل عند الفقهاء، فهو من باب الإلحاق.

2. الحصانة ضد نقلهم من وظائفهم في النظام: نص النظام أنّه لا يجوز نقل أعضاء السلك القضائي ـ ندبهم داخل السلك القضائي إلاّ بقرار من المجلس الأعلى للقضاء.كما لا يجوز نقل أعضاء السلك القضائي أو ندبهم أو إعارتهم خارج السلك القضائي إلا بأمر دولي بناء على قرار من المجلس الأعلى **للقضاء تحدد فيه المكافاة المستحقة للقاضي المندوب او المعار.**

الفرع الثاني: الحصانة الجنائية:

أ. الحصانة الجنائية في الفقه الإسلامي:

إنّ الحصانة الجنائية التي تقرها التشريعات المعاصرة والمتمثلة بالحصانة ضد القبض والتفتيش والحجز وما إلى ذلك لم ترد عند الفقهاء وليس لها ذكر في مصنفاتهم، وذلك حسب ما وقفت عليه.

وهذا ممّا جعل بعض المؤلفين يقول: " لا تعرف الشريعة الإسلامية نظاما خاصا المسؤولية الجنائية لرجال القضاء، فالقضاة شأنهم شأن سائر الناس يخضعون لأحكام الحدود والقصاص والتعزير بلا تفرقة، فلم نقف في مصنفات الفقه الإسلامي التي عرضت للبحث في القضاء عن انفراد رجال القضاء بأحكام خاصة بالنسبة للمسؤولية الجنائية وتوقيع العقاب ".

والفقهاء تعرضوا لهذه الحصانة لكن بصورة كانت معروفة أو سائدة لديهم، وهي حماية القاضي من **كيد خصومه،** ولا شك أنّ الحصانة الجنائية المعروفة في النظم المعاصرة إنّما يقصد منها حماية القاضي من الكيد، حتى في حالة ارتكابه للمخالفة أو الجريمة حيث يمكن أن تكون صورة الكيد بتضخيم ما عمله أو

زيادة ما لم يعمل، سواء اتخذ هذا الكيد بصورة تفتيش أو حبس أو غير ذلك، فالصور متعددة، والمقصد واحد وهو الكيد للقاضي، والعلاج هو إضفاء الحصانة الجنائية عليه بالصورة التي لا تخالف الشرع. [1]

ب. الحصانة الجنائية في القانون الوضعي:

يتمتع الممثل الدبلوماسي بالحصانة الكاملة من الاختصاص الجنائي للدولة المعتمد لديها، فلا يجوز محاكمته أو إلقاء القبض عليه، أو إجباره للمثول أمام المحاكم، أو إصدار الأحكام ضده مهما كانت خطورة الأعمال و الجرائم التي اقترفها، سواء كانت (جنايات ، جنح ، أو مخالفات) فعدم خضوع المبعوث الدبلوماسي للقضاء الجنائي في الدولة المعتمد لديها مطلق لا يحتمل أي استثناء، و يعتبر من القواعد المتصلة بالنظام العام، و لا يمتلك الدبلوماسي التنازل عنها، و على المحكمة التي ترفع إليها الدعوى الجنائية ضد المبعوث الدبلوماسي أن تقضي بعدم اختصاصها متى ثبتت لها صفته الدبلوماسية.

فهذه الحصانة هي إحدى نتائج حرية التصرف التي يجب كفالتها للمبعوث الدبلوماسي[2]، تأكيدا لمبدأ سيادة الدولة المستقلة، و ذلك حتى لا تتخذ الدول في قضائها ستارا لمراقبة تصرفات مبعوثي الدولة ذات السيادة[3]، فلو جاز للسلطات المحلية أن تتخذ ضد المبعوثين الدبلوماسيين في حالة وقوع جريمة من أحدهم، أو الاشتباه في ارتكابها لها إجراءات القبض و الحبس و المحاكمة وما يتبع ذلك من توقيع العقوبات عليهم، لأصبحوا تحت رحمة الدولة المضيفة[4]، و بالتالي عدم تمكينهم من احتفاظهم باستقلالهم في القيام بمهامهم، فضلا عن أن أسرار دولهم تكون عرضة لأن تنتهك بدعوة التحري عن الجرائم التي قد تنسب إليهم أضف إلى ذلك أن محاكمتهم أمام القضاء الجنائي قد تكون وسيلة للشهر بهم أو الانتقام من حماستهم و نشاطهم في الدفاع عن مصالح دولهم اتجاه حكومة الدولة المضيفة، لهذا نجد الدولة المضيفة تقتصر فقط على اعتبار المبعوث الدبلوماسي شخص غير مرغوب فيه'personne non grata أو طرده، و للقاضي المحلي أو أي جهة أخرى في الدولة المعتمد لديها سلطة تقديرية لتقرير من الذي يتمتع بالحصانة القضائية، بل أن وزارة الخارجية هي الجهة ذات الاختصاص في إثبات تمتع المبعوث

---

[1] سلمان بن فوزان صالح الفوزان، المرجع السابق، ص72.

[2] وليد خالد ربيع الحصانات والامتيازات الدبلوماسية في الفقه الإسلامي والقانون الدولي، دراسة مقارنة، مجلة الفقه والقانون، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، ص 19-20.

[3] أبو عمارة وافي، بورباية حسين، حماية البعثات الدبلوماسية في القانون الدولي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ، 2014ص50-51

[4] على صادق أبو هيف، المرجع السابق، ص 167

بالحصانة القضائية، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 31 من اتفاقية فيينا بأنه " يتمتع المبعوث الدبلوماسي بالحصانة القضائية فيم يتعلق بالقضاء الجنائي للدولة المعتمد لديها ..... "

و تجدر الإشارة أن هناك حصانات أخرى تلحق بالحصانة القضائية الجنائية و المتمثلة في الإعفاء من الشهادة، و الحصانة ضد إجراءات التنفيذ.

الفرع الثالث: الحصانة المدنية:

القاعدة السائدة هي أن كل من عمل عملا أو أصدر قولا أو حكما فإنه مسئول عنه لكن لما كان الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها بالنسبة للقاضي في علاقته مع الخصوم، يؤدي إلى العنت والمشقة للقاضي وإلى كثرة دعاوى التعويض على القاضي، ما يسبب نفرة عن هذا المنصب قامت الحاجة إلى إيجاد حصانة في هذا الشأن[1] وهي ما تعرف بالحصانة المدنية، ويقصد بهذه الحصانة، عدم مخاصمة القاضي بسبب ما يصدره من أحكام على الناس، إذا كانت تلك الأحكام صادرة عن اجتهاد وطلب للحق.

أما إذا تعمد الجور أو الغش أو نحو ذلك فلا حصانة له، بل عليه العقوبة والضمان ونحو ذلك مما يرد تفصيله.

أ. الحصانة المدنية في الفقه الإسلامي:

ذكر فقهاء الإسلام أنّ القاضي إذا أخطأ في حكمه بغير تعمد فلا مؤاخذة عليه، والدليل على ذلك حديث عمرو بن العاص أنّه سمع رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول: **(إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ).**[2]

وكما بينوا أنّ القاضي لا يخاصم بسبب حكمه الذي أصدره إذا لم يتعمد الجور والظلم، وهذه هي الحصانة المدنية التي تقرها النظم المعاصرة، ويترتب على هذه الحصانة أنّ القرارات القضائية لا يجوز أن تكون عرضة للمناقشة والتقييم، من قبل السلطات الأخرى، فالخطأ القضائي إذا وجد يصحح بطريقة محددة كالطعن بالحكم أمام المحكمة الأعلى درجة.

---

[1] سلمان بن فوزان صالح الفوزان، المرجع السابق ص74.

[2] - خرجه البخاري (١٣/ ٣٣٠)، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة: باب أجر الحاكم إذا اجتهد أو أخطاء حديث (٧٣٥٢)، ومسلم (٣/ ١٣٤٢)، كتاب الأقضية: باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، حديث (١٧١٩ / ١٠)، والنسائي (٨/ ٢٢٣ - ٢٢٩)، كتاب آداب القضاة : باب الإصابة في الحكم، والترمذي (١٣٢٩)، وابن حبان (٥٠١٠)، والدار قطني (4/ ٢٠٤)، كتاب في الأقضية والأحكام، والبيهقي (١١٨ / ١٠) كلهم من طريق أبي بكر بن محمد عن أبي سلمة عن أبي هريرة به.

والخلاصة أن الفقهاء لا يجيزون مخاصمة القاضي بسبب حكمه إذا لم يتعمد الجور والظلم، وأمّا إذا تعمد فتجوز مخاصمته ويجب عليه الضمان، وهذه هي الحصانة المدنية.[1]

ب. الحصانة المدنية في القانون الوضعي:

قد كان المبعوث الدبلوماسي يتمتع بحصانة مطلقة في الأمور المدنية حتى **أواخر القرن التاسع عشر،** حيث اقره العرف وسجلته اغلب الدول في تشريعاتها منذ القرن السابع عشر ومنها التشريعات الهولندية الأولى في هذا المجال سنة 1679 **إذ تنص على ان الاشخاص والخدم وحاشية السفراء او الوزراء الذين يأتون** إلى **هذا البلد ويقيمون فيه أو يمرون فيه، أو يجرون ديوناً فيه، لا يمكن توقيفهم أو إلقاء القبض عليهم أو حجزهم** بسبب هذه الديون التي عقدوها، **لا أثناء** وصولهم ولا **أثناء إقامتهم، ولا أثناء تركهم** هذا البلد ويجب على السكان التقيد بذلك فيما يريدون عقده مع السفراء **أو خدمهم المذكورين** أعلاه.

ومن المفيد الإشارة إليه أن الآراء أيضا اختلفت حول طبيعة هذه الحصانة، **فدفع البعض منهم** إلى أنها قيد على الاختصاص القضائي الوطني ومنهم من رأى أنها دفع بعدم قبول الدعوى في حين ذهب اتجاه **أخر** أنها استثناء على الاختصاص القضائي الدولي ، ويعد هذا الاتجاه الأكثر اقتراباً من تحديد **طبيعة الحصانة القضائية المدنية حيث أن** كل دولة تستقل بتحديد الاختصاص الدولي لمحاكمها في المنازعات التي تتضمن عنصراً أجنبياً بصورة عامة بينما يحقق مصالحها الاجتماعية والسياسية و**الاقتصادية** التي تهدف أليه سياساتها التشريعية.[2]

وتقوم النظم الحديثة على طريقين في مخاصمة القضاة وهما:

- **الطريق الأول:**

تحديد الحالات التي يسأل عنها القاضي مدنيا، وتتباين النظم في هذه الحالات، إلاّ أنّ السائد هو النص على الحالات التالية:

1- الغش والتدليس والغدر:

ويقصد بالغش والتدليس الانحراف الذي يرتكبه القاضي أثناء أدائه وظيفته بسوء نية، إمّا محاباة **لأحد الخصوم، أو نكاية به، أو تحقيق مصلحة.**

---

[1] سلمان بن فوزان صالح الفوزان، المرجع السابق ص75

[2](2) د. سهيل الفتلاوي ، الحصانة الدبلوماسية ، ص118 وما بعدها .

وهناك من يرى أنّ النص على الغش والغدر زيادة لا مبرر لها، وأنّ النص على التدليس كاف لشموله جميع صور الانحراف عن العدالة بسوء نية.

2- الخطأ المهني الجسيم والمقصود به:

الخطأ الفاضح الذي يصل إلى درجة كبيرة من الجسامة ولا يمكن أن يقدم عليه القاضي المتبصر.

3- إنكار العدالة:

ويقصد بذلك امتناع القاضي عن الحكم في القضية بعد اتضاحها، ولابدّ أن يكون هذا الامتناع بسوء نية، أمّا إذا كان الامتناع لبحث الحكم أو التأكد من بينة أو نحو ذلك ماهو من لوازم الحكم، فهذا لا يعد تنكرة للعدالة، بل هو عين العدالة، على أن التفريق بين الحالتين يحتاج إلى دقة وروية وتبصر.

- **الطريق الثاني:**

يتعين في هذا الطريق إتباع إجراءات معينة ومعقدة إلى حد ما، تجعل الخصم يتردد قبل رفعها.

المطلب الثاني :المقارنة بين أنواع الحصانة القضائية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي:

من خلال ما سبق نلاحظ أنّ حصانة القاضي تنقسم إلى ثلاثة أقسام رئيسة:

وأنّ الحصانة الإدارية تستهدف الأمان الوظيفي و العملي، والحصانة الجنائية تستهدف حماية شخص القاضي مما يؤثر عليه، وعلى استقلاله، أما الحصانة المدنية فهي تستهدف حماية الحكم القضائي من الانحراف به عن الحق، خشية المخاصمة، مع استهدافها حماية القاضي من الكيد. وتختلف مع الشريعة الإسلامية، إذ عبر عنها في القانون الوضعي بعدة تسميات :

- **حصانة إدارية.**
- **حصانة جنائية.**
- **حصانة مدنية**

كما يتجلى لنا من خلال النتائج المتوصل إليها، أن رسولنا الكريم عليه و سلم، منح لمبعوثي الدول و الرسل، بعض من صور الحصانة المتعارف عليها حاليا وهذت ما يبدو واضحا من كيفية تعامله صلى الله عليه و سلم مع موفدي و رسل القبائل.

كما أقر الفقه الإسلامي للرسل و مبعوثي الدول إلى الدول الإسلامية، التمتع ببعض الحصانات و الامتيازات، حيث أن عقد الأمان يشكل أساسا فقهيا لما يتمتع به كبعوثي الدول الأجنبية، من

حصانات في الدول الإسلامية، أما من حيث أساسها القانوني، فيتمثل حاليا في نظرية مقتضيات الوظيفة وفق الفقه الدولي والتي أكدتها اتفاقية فيينا عام1996، **كما أن الفقه الإسلامي قد أقر العديد من امتيازات و** الحصانات التي يراها ضرورية لتمكين المتمتع بها من أداء المهام **المنوطة** به في الدولة **الإسلامية**- كما هو الحال بالنسبة للقانون الدولي فيما يخص المبعوث **الدبلوماسي، من حيث معاملته** باحترام وعدم جواز القبض عليه أو احتجازه، وحرمة مسكنه.

كما أن الحصانة القضائية للمبعوث تأتي مطلقة بالنسبة للقضاء الجنائي، مع تقييدها بالنسبة للقضاء المدني و **الإداري.**

أما بالنسبة للحصانة القضائية في الفقه الإسلامي، فقد جاء الوضع مختلفا تماما عما عليه الحال في القانون الوضعي، حيث لا يوجد خلاف بين فقهاء المسلمين على وجوب القصاص على المستأمن في حالة ارتكابه جريمة القتل العمد، مع توافر شروطها وأركانها، وهذا الحكم يشمل الرسل **والمبعوثين بصفة** عامة، كونهم مستأمنين شرعا، **اما بالنسبة** لعقوبات الحدود، فقد اختلف الفقهاء في شانها، وأن الفقه **الإسلامي** كما هو الحال بالنسبة للقانون الوضعي يقرر حصانة لمقر البعثة في **إطار الضوابط و الشروط** التي تكفل عدم **إساءة** في استخدام هذه الحصان والامتيازات ضد مصالح الدولة المقيم فيها.

من خلال ما رأيناه في هذا الفصل الأول نقول أنّ **الآراء والتشريعات اختلفت حول مفهوم ومضمون الحصانة القضائية أو ما تسمى أيضا بالاستقلال القضائي بالنسبة للقضاء بين القانون الوضعي** الجزائري والدولي مقارنة بالفقه الإسلامي، وتعرفنا **أيضا على أنواع الحصانة القضائية بالنسبة للقضاة .**

الفصل الثاني:

الأحكام المتعلقة بالحصانة القضائية

المبحث الأول: مصادر الحصانة القضائية.

المبحث الثاني: نطاق الحصانة القضائية، حدودها، بدايتها وزوالها.

تمهيد:

إن من مظهر سيادة الدولة ممارستها لسلطتها القضائية الجزائية ضد جميع الجرائم المرتكبة محليا بغض النظر عن شخصية الجناة، إذ يستوي أن يكون الجاني مواطنا من الدولة أو أجنبيا عنها.

يرد على هذه القاعدة استثناءات تمس بعض الأشخاص يتمتعون بها أو ما يسمى بحصانة ، نظرا لكونهم يمثلون دولتهم لدى دول أجنبية أو منظمات وهيئات دولية، وهو ما يستدعي ضمان اكبر حماية لهم حتى يتمكنوا من أداء مهامه بشكل فعال. وهذا لا يكون إلا باستثنائهم من الجهات القضائية للدولة المستقبلة مما يجعل مسائلتهم غير ممكنة وهو ما يعتبر اعتداء على مبدأ سيادة الدولة واستقلاليتها لذي يعد مبدأ من مبادئ المعمول بها في القانون الدولي العام.

إن مضمون الحصانة القضائية يثير جملة من المسائل، بعضها ذو طابع فقهي والبعض الأخر منها قائم على طابع قانوني تطبيقات الدول المتمايزة للحصانة القضائية وهذا الأمر راجع إلى نشأة الحصانة ائية وحدودها، ويختلف باختلاف الأشخاص الذي يتمتعون بها ، وحتى نتمكن من تحديد تام لطبيعة الحصانة القضائية ، وجب علينا تحديد أهم المفاهيم المتعلقة بها للتوصل إلى نطاق حدودها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي.

المبحث الأول :مصادر الحصانة القضائية

المطلب الأول : مصادر الحصانة القضائية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

أجتهد الفقهاء القانون قبل إبرام الاتفاقية الدولية التي كرست أحكام الحصانة القضائية في البحث عن سند قانوني يبرر وجود هذه الحصانة هذا ما دفعنا لتحليل مضمون النظريات الفقهية أولا لنعرج فيما بعد لبيان دور كل من العرف الدولي و الاتفاقيات الدولية والقوانين الداخلية في تأسيس الحصانة القضائية.

الفرع الأول: الأساس الفقهي للحصانة القضائية:

لقد نشأت قواعد الحصانة القضائية و تطورت نتيجة ممارسات الدول، حتى أصبحت من القواعد العرفية الملزمة للدول كافة. إلا أن اختلاف التجمعات السياسية والظروف الدولية وتضارب المصالح، وعدم استقرار العلاقات الدولية، أدى إلى تباين تطبيق قواعد الحصانة القضائية بحسب الظروف والأحوال.[1]

ورغبة منها في توحيد قواعد الحصانة القضائية وثباتا في التعامل الدولي، اتجهت الدول إلى تقنين أغلبية هذه النصوص الاتفاقية في شكل اتفاقيات ثنائية أو جماعية حسب المصلحة، آخذة بعين الاعتبار التطورات التي يشهدها ا تمتع الدولي المعاصر.[2]

ويقسم الفقه هذه المصادر إلى مصادر غير مكتوبة تتمثل في العرف الدولي، وأخرى مكتوبة وهي الاتفاقيات الدولية والتشريع الداخلي.

1. نظرية الصفة التمثيلية:

تعود جذور هذه النظرية إلى العصور الوسطى، حيث كانت العلاقات الدولية ذات طبيعة شخصية وترتبط بالأشخاص والملوك والأمراء.[3]

---

[1] الفتلاوي ، نفس المرجع ، ص 67

[2] انضمت الجزائر إلى العديد من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة وعلى سبيل المثال : اتفاقية حول حصانات و امتيازات الأمم المتحدة بموجب المرسوم 337 / 63 المؤرخ في 1963/ 09 / 13 ، ج ر ج ج 1963/ 09 / 14 ، ص 942،
وانضمت إلى اتفاقية الدولية حول امتيازات وحصانات الوكالات المتخصصة في 1947 / 11 / 21 مرسوم 338 /6 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية لسنة 1963، ص 942.

[3] لزهر خشايمية، النظام القانوني للموظفين الدوليين، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2002، ص 116.

ومؤدي هذه النظرية أنّ الحصانة التي يتمتع بما ممثلوا الدولة وعلى رأسهم رئيس الدولة، تستند أساسا إلى صفتهم التمثيلية على أساس أنهم ينوبون عن دولتهم أمام دول أخرى.[1]

وطالما أن المبعوث الدبلوماسي يعد ممثلا لدولته ورئيسها فإنه يستمد حصانته منها، كما أنّ حصانة الدبلوماسي ليست إلا نقلا لحصانة سيده إليه، فالدبلوماسي كممثل لصاحب السيادة إمّا يتزود بما للأمير الذي يمثله من حصانات، وتعتمد هذه النظرية على المبدأ القائل بأن النظراء لا يجوز أن يكون لأحدهم سلطان على الأخر، أي أنّ المبدأ السائد هو مبدأ المساواة بين الملوك والأمراء الذين كانت الدول تتجسد في شخصهم، وليس من التصور أن ينطبق تشريع ما على ملك آخر، وبالتالي عدم انطباقه على ممثله أو بمعنى آخر أنّ الأشخاص ذوي الأوضاع المتساوية لا تحل منازعتهم في المحاكم التابعة لأي منهم، ذلك أنّ مؤدي الحصانة هنا هو تمكين مبعوث الدولة من تمثيلها.[2]

ولقيت هذه النظرية قبولا في تلك العصور وطبقت لدى المدن اليونانية القديمة، وكذلك الهند كما أيدها جانب من الفقه، وبعضا من الأحكام القضائية، وأوضحوا أن الدبلوماسي يعتبر كأنه هو نفسه الحاكم الممثل له يتمتع في الدول المضيفة بالحصانات والامتيازات التي تمنح لهذا الأخير.

2. نظرية الامتداد الإقليمي :

أو ما يعرف رية الإقليمية، أو نظرية الامتداد القاري، وأول من قال بها هو الفقيه الهولندي "جروسيوس"، وانتشرت هذه النظرية في القرن التاسع عشر وتنطلق من فكرة مفادها أن مثل الدولة لا يخضع للاختصاص الإقليمي، أي للنظم القانونية والقضائية الداخلية للدولة المستقبلة، على افتراض أن ممثل الدولة يعتبر وهو يمارس مهامه كأنّه لم يغادر إقليم دولته[3]، وأنّ إقامته في الدولة التي يباشر فيها مهمته هي في حكم الامتداد لإقامته في موطنه، و بعبارة أدق أنّ مقر البعثة الدبلوماسية الذي يقوم فيه بأعمال وظيفته يعتبر كامتداد لإقليم الدولة التي يمثلها.

---

[1] محمد عبد المطلب الخشن، الوضع القانوني في رئيس الدولة في القانون الدولي العام، مدير دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 207.

[2] محمد طلعت الغنيمي، الوسط في قانون السلام، الفصل الرابع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص226 .

[3] عبد العزيز بن ناصر بن عبد الرحمان العبيكان، الحصانات والامتيازات الدبلوماسية والقنصلية في القانون الدولي، الطبعة الأولى، شركة العبيكان للأبحاث والتصوير، 2008، ص215.

قد تعرضت هذه النظرية إلى العديد من الانتقادات، كونها تقوم على افتراض خيالي مخالف للواقع أو الحقيقة، وهو وجود مقر البعثة وأعضائها على إقليم دولة أجنبية[1]

علاوة على أنّ هذا الافتراض يحمل نوع من التناقض، يظهر هذا التناقض في وجود المبعوث الدبلوماسي في مكانين في وقت واحد، الدولة الموفد إليها على أساس فعلي ودولته التي ينتمي إليها على أساس فرضي، وهذا الأمر لا يتطابق مع واقع الممارسة.[2]

كما يرى "فوشي" أنها تسند إلى افتراض غامض وخطير بل وخاطئ، ومن ثم فهي غير كافية لتفسير الحصانات والامتيازات الدبلوماسية، والقانون الدولي لا يحتاج إلى الافتراض لتفسير قواعده[3]فهو غامض كونه يؤدي إلى نتائج غير مقبولة والتي تتمثل في فروض الثلاث التالية :

أولا: بالنسبة للجريمة التي تقع داخل السفارة، هل يمكن لنا اعتبارها كما لو أنها وقعت خارج إقليم الدولة المستقبلة؟

هذا المجال نجد أن القانون الوضعي لا يعتبر دار البعثة جزءا من إقليم الدولة المعتمدة وعلى هذا فإنّ الجرائم التي تقع داخلها لا تخضع لقوانين هذه الدولة بل لقوانين الدولة المضيفة، وهو ما يتعارض مع الواقع ويؤدي إلى نتائج غير مقبولة من الدول.[4]

ثانيا: فيما تعلق بالمجرم اللاجئ إلى دار البعثة هل يشترط إتباع إجراءات التسليم بالنسبة له؟

ه النظرية تؤدي إلى تعقيد إجراءات إلقاء القبض على المجرمين اللاجئين إلى دار البعثة، إذ تكون الدولة المضيفة ملزمة بإتباع ات خاصة بتسليم المجرمين، كما لو أنه لجأ إلى أراضي دولة أجنبية وهذا ما يتعارض و سيادتها[5]

ثالثا: كما أن هذه النظرية لا يمكن التعويل عليها لأن تكون أساسا قانونيا لتمتع الموظفين الدوليين بحصانة دولية، ذلك لأنّه ليس للمنظمة سلطان إقليمي، كونها لا تملك السيادة على أي إقليم.[1]

---

[1] محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، الجزء الثالث، الحياة الدولية، القانون الدبلوماسي والقانون القنصلي والقانون الدولي الحر، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، 2002، ص 68.

[2] سليمان بن سليمان العبري، العلاقات الدبلوماسية بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ص131.

[3] غازي حسين صباريني، الوجيز في مبادئ القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص237.

[4] أحمد عبد الحميد عشوش، الوسيط في القانون الدولي العام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية 1990، ص401.

[5] علي بوسف شكري، الدبلوماسية في عالم متغير، المرجع السابق، ص 123.

3. نظرية مقتضيات الوظيفة:

أدت الانتقادات التي وجهت إلى النظريات السابقة إلى نشوء نظرية ثالثة تعرف بنظرية مقتضيات الوظيفة أو نظرية المصلحة الوظيفية، مؤدي هذه النظرية هو أنّ أساس الحصانة هو تمكين الممثل الدبلوماسي من مباشرة مهامه، ومساعدته على أداء عمله بدون عوائق[2]، فالحصانة هنا مقررة للوظيفة ذاتها وليس لفائدة الممثل الشخصية، والحصانة بهذا المعنى تنقضي بانتهاء هذه الوظيفة.

وتعد هذه النظرية حسب أغلبية الفقهاء الأسلم لتبرير الحصانة من ناحية، ولتحديد مداها ومؤداها من ناحية أخرى،[3] وقد أخذ بهذه النظرية معهد القانون الدولي في فيينا عام 1924 حيث جاء فيه: " **أن أساس الحصانات الدبلوماسية يكمن في المصلحة الوظيفية** ".

وقد تضمن ذلك أيضا تقرير نفس المعهد في نيويورك عام 1929، والذي ورد فيه أنّ الممثلين الدبلوماسيين لهم حصانات عديدة محدودة في الوقت الحاضر أثناء تأدية مهامهم.

ما أخذت بها أيضا اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 حيث قررت في ديباجتها "**أن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية تعتقد أنّ المزايا والحصانات المذكورة ليس الغرض منها تمييز الأفراد، وإنّما تمكين البعثات الدبلوماسية بوصفها ممثلة للدول للقيام بمهامها على أكمل وجه**".

كما نصت على ذلك أيضا المادة 13 من اتفاقية حصانات وامتيازات منظمة المؤتمر الإسلامي لعام 1976 وأخذت بهذه النظرية أيضا جامعة الدول العربية وهذا ما نصت عليه في المادة 14 منها في الاتفاقية الخاصة بذلك والصادرة عنها .

وكخلاصة لما سبق عرضه يمكن القول أنّ تعدد النظريات الفقهية التي اعتمدت كأساس لتبرير الحصانة القضائية لممثلي الدولة الأجنبية ومن في حكمهم من الأشخاص المتمتعين بما يجعلها مسألة قانونية متشعبة ومتداخلة.

ومن هنا برز اتجاه حديث في الفقه يدعو إلى ضرورة الجمع بين أكثر من أساس من الأسس التي سبق و أشرنا إليها في تبرير منح الحصانة لممثلي الدولة.[1]

---

[1] هاني رضا، العلاقات الدبلوماسية والقنصلية تاريخها، قوانينها، أصولها، الطبعة الأولى، دار المنهل اللبناني، بيروت، 2006، ص 219.

[2] Yvon Loussouarn – Pierre Bourel, op.cit, p732

[3] علي صادق أبو هيف، القانون الدبلوماسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص 125.

الفرع الثاني: المصادر القانونية:

إنّ القواعد الخاصة بالحصانة هي قواعد دولية قد تكون عرفية، كما قد تتمثل في نصوص اتفاقيات ـلية، تكون هذه القواعد ملزمة للدولة في مواجهة دول أخرى ولها انعكاساتها على القوانين الداخلية للدولة التي تكشف عن وجودها كما تكون منشأة لها.

أولا: العرف الدولي :

العرف في أبسط معانيه هو ممارسة العامية المقبولة كالقانون، وهو ما أكدته المادة الثامنة والثلاثون من النظام التأسيسي لمحكمة العدل الدولية، التي نفهم منها بأنّ العرف الدولي هو العادات الدونية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال.[2]

وقد كانت المعتقدات الدينية في بادئ الأمر هي مرجع القواعد المتعلقة بمعاملة الممثلين الدبلوماسيين والسفراء، وكانت هذه القواعد تضمن لهم الحماية والحصانة، حيث جرى التقيد بها بدقة تامة خوفا من غضب الآهة وانتقامها إذا تم الإخلال بها.[3]

وما يذكر أن اليونانيون القدماء كانوا يعتبرون الاعتداء على شخص الغير مخالفة من أفظع المخالفات التي ترتكبها دولة ضد دولة أخرى، أما الرومان فقد كانوا ينظرون إلى الأذى الذي يصيب المبعوث على أنّه انتهاك لحرمة قانون الشعوب، كما قد أفرد قدماء المصريين والفرس والفينيقيين سفاراتهم بحصانة خاصة، وكان المبعوثون الدبلوماسيون يحظون بحماية شبه دينية بسبب القوة التي كانوا يتمتعون بنزول الديانات السماوية رسخت هذه الحصانة، كما أدى تكرار الممارسات المتعلقة بها إلى استقرارها لتكسب صفة الأعراف الدولية[4].

ولقد أدت حركة التفاعل الدولي إلى إفراز بعض الإشكالات المتعلقة بقواعد التمثيل الدبلوماسي ـول، وذلك نتيجة لزيادة عدد المبعوثين الدبلوماسيين، و تنوع واجباتهم، مما أدى في كثير من الأحيان إلى مخالفة هؤلاء القوانين المحلية بمناسبة قيامهم بوظائفهم بصفة رسمية، دون أن تتخذ السلطات المحلية الإجراءات القضائية بحقهم لاعتبارات متعددة.[5]

---

[1] وليد ربيع، المرجع نفسه، ص97.

[2] زايد عبيد الله مصباح، الدبلوماسية، الطبعة الأولى، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1999، ص159.

[3] محمد صالح زهرة، أصول العمل الدبلوماسي والقنصلي، المرجع السابق، ص 54.

[4] سعيد بن سلمان العبري، الدبلوماسية بين النظرية والتطبيق، القاهرة، ص 185.

[5] سهيل حسين الفتلاوي، الحصانة الدبلوماسية للمبعوث الدبلوماسي، المرجع السابق ص70.

ومع تكرار مواقف تلك السلطات ظهر عرف دولي جديد يقضي بتمتع المبعوث الدبلوماسي بالحصانة القضائية تجد أساسها في مبدأ استقلال الدولة وسيادتها، وهي أقدم من حصانة الدول ورؤساءها[1]، والتي تجد مصادرها أيضا في العرف الدولي وقواعد المجالات، وعلى خلاف ذلك تماما نجد أنّ الحصانات الدولية التي يتمتع بها الموظفون الدوليون لا تجد مصادرها في العرف الدولي لأنّها تستمد شرعيتها من النصوص الصريحة التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية المختلفة، الاتفاقيات العامة، الاتفاقيات الثنائية، واتفاقيات المقر[2] وبمرور الزمن و تكرار مواقف السلطات استقرت قواعد الحصانة القضائية في مل الدولي وأصبحت بمثابة قواعد عرفية ملزمة، ولقد درج المجتمع الدولي على الاعتراف بالعرف الدولي كمصدر رئيسي للحصانة القضائية، حتى بعد أن ثبتت أحكامها في الاتفاقيات الدولية المختلفة .

ذلك لأنّ الاتفاقيات الدولية والقوانين الداخلية مهما حاولت تقنين أحكام العرف الدولي المتعلقة بالحصانة القضائية فإنّها لا تستطيع أن تشمل جميع هذه القواعد.

هذا ما أكدته ديباجة اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 التي نصت على أنّ الدول الأطراف فيها تؤكد ضرورة قواعد القانون الدولي العرفي في تنظيم المسائل لم تتضمنها صراحة أحكام هذه الاتفاقية.[3]

ثانيا : المعاهدات والاتفاقيات الدولية :

تعتبر الاتفاقيات الدولية ثنائية كانت أم جماعية من أهم الوسائل التي ساعدت على تطور وثبات قواعد الحصانة القضائية. فقد ساهمت بصورة فعالة وجدية في تقنين قواعد العرف الدولي في نصوص تتسم بالوضوح والصراحة و اليقين.[4]

يمكن تعريف الاتفاق الدولي بأنه تصرف قانوني متعدد الأطراف، بمقتضاه تتجه إرادة شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي العام، إلى إحداث آثار قانونية معينة داخل إطار التمتع الدولي ووفقا لقواعد القانون الدولي العام. ويعتبر صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية بإلزام أطرافه في مجال العلاقات الدولية، متى توافقت إرادة الأطراف على الالتزام به، واتجاه نيتهم إلى الخضوع بشأنه لقواعد القانون الدولي العام بصرف النظر عن كونه مكتوبا أم لا، وأن يتم وفقا لشكليات معينة ، كما عرفته اتفاقية

[1] عزدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية للكتاب، 1986، ص770.

[2] هاني رضا، العلاقات الدبلوماسية والقنصلية تاريخها قوانينها أصولها، المرجع السابق، ص 220.

[3] زايد عبيد الله مصباح، المرجع السابق، ص 160.

[4] الفتلاوي، نفس المرجع ، ص72

فيينا لقانون المعاهدات الصادرة عن الأمم المتحدة في 1969/05/23 بأنه : "اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر ويخضع للقانون الدولي سواء تم في وثيقة واحدة أو أكثر وأيا كانت التسمية التي تطلق عليه (الاتفاق أو الاتفاقية الدولية أو المعاهدة الدولية)، كما ورد له تعريف للأستاذ شارل روسو بأنه : اتفاق بين أشخاص القانون الدولي يهدف إلى إنتاج بعض الآثار القانونية.[1]

ولما كانت الاتفاقية الدولية في هذه، فإن الحصانة القضائية كثيرا ما كانت محلا لها، وما أن تصادق عليها الدولة حتى تصبح ملزمة بأحكامها، كما كانت كذلك محلا لاتفاقيات ثنائية مثل اتفاقية المقر. ويؤكد كتاب القانون الدولي الخاص هذا الاتجاه يقول بعضهم، [2] أن مصادر الحصانة, تستقر في جوهرها ضمن تعهدات الدولة سواء بصفة صريحة أو ضمنية؛ ويكفي في رأيهم أن تسمح الدولة (للبعثة الدبلوماسية بالتواجد على إقليمها للقول بأنها توافق ضمنها على منحها تلك الحصانات.

ثالثا: القوانين الداخلية

إنّ القاضي الوطني لا يطبق القانون الداخلي الذي تصدره دولته في حالة عدم النص على المسألة محل الصراع في الاتفاقيات الدولية، كما يصعب عليه الرجوع إلى أحكام العرف الدولي، هذا ما دفع غالبية الدول في الاتجاه إلى إصدار قوانين خاصة بالحصانة القضائية لممثلي الدولة.

لقد اختلفت الدول في تحديد القانون الذي يتضمن القواعد التي تحكم الحصانة القضائية، فبعض الدول أفردت لها قانونا خاصا أطلق عليه " قانون الحصانات الدبلوماسية " مثل الأرجنتين في قانونها الصادر في عام 1948 و1955، وأستراليا في سنة 1925، وقد نصت هذه القوانين على الحصانة القضائية في الأمور المدنية والجزائية[3]، في حين اتجهت دول أخرى إلى تقرير أحكام الحصانة القضائية في نصوص قوانين متفرقة حسب نوع الحصانة، فأوردت أحكام الحصانة القضائية في الأمور المدنية ضمن

---

[1] Le traité international apparait comme un accord entre sujet du droit des gens destiné à produire certains effets de droit, Charles Rousseau, op.cit. p 21

[2] La source de l'immunité réside pour l'essentiel dans l'engagement international expressément ou implicitement pris par la France expressément lorsqu'elle signe une convention telle que la convention de Vienne du 18/04/1961 sur les relations diplomatiques, ou plus ponctuellement un accord de siège: implicitement lorsqu'elle déclare seulement.

[3] سهيل حسين الفتلاوي، المرجع السابق، ص 83.

نصوص القانون المالي أو قانون المرافعات المدنية[1]، وفيما تعلق بالأحكام الخاصة بالحصانة القضائية الجزائية فقد وردت في نصوص قانون العقوبات أو قانون المرافعات الجزائية.[2]

وتبرز أهمية التشريعات الوطنية في كونها تكشف عن قواعد دولية، وتؤكد على ضرورة الالتزام بها دون أن تكون هي نفسها مصدرا لها، أما إذا تعارضت هذه التشريعات مع أحكام القانون الدولي فإنّها تكون ملغاة في حالة مصادقة الدولة على هذه الأحكام التزامها بها[3] وعلى الرغم من استقرار العرف الدولي والاتفاقيات الدولية والقوانين الداخلية على منح ممثلي الدولة على اختلافهم، حصانة قضائية جزائية تتمثل في إعفائهم من الخضوع لقضاء الدولة المعتمدين لديها، إلاّ أنّ مسألة تحديد مدى هذه الحصانة لا تزال محل خلاف.

[1] مثل ما قررته النمسا في القانون الصادر عام 1825 كذلك ما قررته بولونيا في القانون الصادر عام 1832.

[2] وهذا ما قررته بولونيا في قانون وصول المحاكمات الجزائية عام 1928.

[3] – رشيد أوشاغو، المرجع السابق، ص 25.

المبحث الثاني : نطاق الحصانة القضائية في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول : نطاق الحصانة القضائية

أولا :مفهوم الحصانة :

هي نتيجة حتمية أو حق يترتب عن حرمة شخصية، هذا الحق لا يمكن تبريره إلا بالرجوع إلى العديد من النظريات الفقهية وإسناده إلى أساس قانوني هذا من جهة، ومن جهة أخرى لابد من البحث في مدى هذا الحق بين الإطلاق و التقييد.

والحصانة القضائية في الفقه الإسلامي باعتبارها تابعة للنظام القانوني واستقراءه في الدولة الإسلامية من خلال النظام التشريعي و السوابق التاريخية ،إضافة إلى الجانب الاجتماعي، وقد حظي القضاة بمكانة مرموقة في المجتمع، تمثلت في نفاذ كلمتهم واستقلاليتهم وعدم التدخل في قضائهم، واهم من ذلك عدم قابلية عزلهم.[1]

وقد اعتبر مبدأ عدم قابلية عزلهم ذا أهمية كبيرة للقضاة، موفرة لهم من خلال هذا المبدأ الاستقلالية و الاستقرار في أعمالهم ومنع الاعتداء على ولايتهم، وقد كان هذا المبدأ محل نقاش وجدل بين الفقهاء، من حيث إطلاق يد ولي الأمر في عزل القضاة أو تقييدها بوجود سبب أو مصلحة، فيما يعتبره البعض انه المظهر الوحيد لحضانة القضاة.

وعليه سوف نتطرق إلى تعريف حصانة القاضي لغة واصطلاحا.

أ. لغة :

الحصانة في اللغة من الفعل "حصن"، ويقال لكل ممنوع "محصن"، وعموما يطلق لفظ الحصانة في اللغة على التحصين و الإعفاء و الحماة والتكريم والمنع، وهذا المعنى الأخير هو أشملها.[2]

---

[1] يحي بن احمد الخزان، الحصانة القضائية في الفقه في القانون اليمني و التونسي، أطروحة لنيل شهادة الدكتورة في العلوم الإسلامية، جامعة الزيتونة، تونس، 2001، ص36.

[2] احمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار إحياء الكتب العربية، ط1، مج 2، 1366هـ، ص69.

ب.اصطلاحا :

لم يرد هذا المصطلح في مؤلفات ومصنفات الفقهاء في الشريعة الإسلامية، وإنما ظهر مصطلح في الأدبيات القانونية الحديثة، إذ نصت عليه القوانين المعاصرة الدولية والمحلية ، فقد تطرق الفقهاء إلى مفهوم الحصانة القضائية بألفاظ أخرى تحمل نفس الدلالة و المعنى في الاصطلاح الحديث، ومن هذه الألفاظ : استقلال القضاة، واجبات القضاة، ضمانات التقاضي، حقوق القاضي ونحوها مما ذكر في كتب أدب القضاء المتقدمة وفي كتب بعض الفقهاء المعاصرين، وعليه فقد تصدى بعض الفقهاء والباحثين المعاصرين لتعريف الحصانة القضائية في الفقه الإسلامي :"حماية شخص القاضي وأحكامه من الاعتداء، وتهيئة الجو الملائم ليباشر القاضي مهام وظيفته في حرية وبغير عائق".[1]

أما في التعريف الثاني، فان مصطلح" الحصانة" لم يذكر بلفظه في الفقه الإسلامي لأن الفقهاء لم يستخدموه في كتاباتهم وعبروا عنه بشكل عام في بعض أحكام الحصانة تحت مسميات عدة تحمل نفس الدلالة و مضامين مشابهة للمصطلح، مثل الرسول(المبعوث)، عقد الأمان(المستأمن) وغير ذلك من المسميات.[2]

في التعريف الثالث، يشير الفقهاء إلى أن مصطلح الحصانة لم يرد في النصوص الشرعية ولا في لغة الفقهاء، والذي ورد في ذلك هو ألفاظ : الإحصان-و المحصن-والمحصنة.[3]

ومن خلال هذه التعاريف يمكن القول أن هذا التعريف غير مقتصر على الحصانة ضد العزل فقط، بل يتناول الحصانة بمفهومها الشامل، كون هناك عدة معان أخرى لحصانة القضاة في الشريعة الإسلامية دون وجود مصطلح و مفهوم واضح ومحدد كونه مصطلحا غير وارد في الشريعة الإسلامية وفي كتابات

[1] سليمان بن فوزان بن صاح بن فوزان، حصانة القاضي، بحث ماجستير في السياسية الشرعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، ص17.

[2] انظر باعمر، الفقه السياسي للحصان الدبلوماسية، دار النفائس للنشر و التوزيع ط1

[3] الدكتور وليد الربيع، الحصانات الدبلوماسية في الفقه الإسلامي والقانون الدولي، مجلة البحث العلمي الإسلامي، مجلة إسلامية متخصصة تعنى بالبحوث والدراسات الإسلامية، مركز الحث العلمي الإسلامي، السنة الثانية، العدد الخامس، 2005، ص75.

الفقهاء أيضا، وقد تفردت ببعضها كالحصانة الذاتية وكان لها السبق في تقرير جوانب أخرى في الحصانة، كالحصانة ضد الإجراءات المدنية، والحصانة ضد الإجراءات الجنائية.[1]

وعليه يمكن تحديد نطاق الحصانة إلى ثلاث نقاط رئيسية تتمثل في :

أ. الحصانة القضائية من حيث الأشخاص

حيث تعد وزارة الخارجية قائمة تتضمن قوائم أسماء المبعوثين الدبلوماسيين ممن يتمتعون بالحصانة القضائية ذلك أن امتلاك الشخص جواز دبلوماسي لا يُعد كافياً لتمتع صاحبه بالحصانة الدبلوماسية بل لابد من ورود اسمهُ في القائمة. [2]، ويمكن تصنيف الأشخاص المشمولين بهذه الحصانة إلى ثلاثة أصناف، الصنف الأول الأشخاص الذين يحق لهم تمثيل دولتهم ويتمتعون بالصفة الدبلوماسية، وهم المبعوثون الدبلوماسيون، والصنف الثاني هم الأشخاص الذين يقومون بالأعمال الإدارية والفنية وهم الإداريون والفنيون والمستخدمون أما الصنف الثالث فهم الخدم الخاصون لدى المبعوث الدبلوماسي.

ب. نطاق الحصانة من حيث الزمان:

إن الحصانة القضائية الممنوحة للأشخاص(القضاة و موظفو الدولة السامون) لها الدور في تمكينهم من أداء مهامهم وأعمال وظيفتهم بصورة صحيحة، فالسؤال الذي يتبادر إلى الذهن متى تبدأ هذه الحصانة بالسريان هل من وقت صدور قرار تعيين الشخص المتمتع بالحصانة من قبل الدولة أم من وقت التحاقه بوظيفته ؟

للإجابة على هذا ساؤل فلقد ظهرت عدة اتجاهات فقهية بهذا الصدد، فمنهم من رأى أن الحصانة القضائية تبدأ بالسريان من الوقت الذي يباشرون فيها وظيفتهم مباشرة فعلية ، وذلك لان الحصانة منحت لتسهيل قيامه بمهامه. أما الاتجاه الثاني، فلقد ميز بين رئيس البعثة والأعضاء إذ يرى هذا

[1] هاني محمد كامل المنايلي، السلطة القضائية في النظام الإسلامي، مصر، دار الكتب القانونية، 2010، ص187.

[2] د. غازي حسن صباريني ، مصدر سابق ، ص187 – 188.

الاتجاه أن رئيس البعثة يتمتع بالحصانة بمجرد وصوله إلى أراضي الدولة المستقبلة ومباشرتهم لوظيفتهم، إلا أن هذا الرأي منتقد أيضاً إذ لا داعي لهذا التمييز فالحصانة القضائية هي واحدة.[1]

فيما يرى أصحاب الاتجاه الثالث : فانه يرى أن الحصانة القضائية للمبعوث الدبلوماسي تسري من اللحظة التي تطأ قدماه أراضي الدولة المستقبلة بعد إشعار سابق يصدر من بعثته الدبلوماسية بأن حكومته قد عينته في الدولة المستقبلة بعد إن وافقت على قبول أوراق اعتماده، أو الأحوال التي يستشف منها معرفة صفته الدبلوماسية كالإطلاع على أوراق اعتماده أو جواز سفره سواء أكان رئيس البعثة أم احد أعضائها. وقد اخذ بهذا الاتجاه اتفاقية هافانا لعام 1928 في المادة (22) والتي نصت (يتمتع المبعوث الدبلوماسي بالحصانة القضائية منذ اللحظة التي يعبر فيها إلى حدود الدولة المعين بها بعد أن يعرف نفسه وبمركزه وصفته الدبلوماسية) وكذلك المادة 16 من مشروع اتفاقية جامعة هارفارد لسنة 1932 والتي نصت على ما يلي (يتمتع عضو البعثة وأفراد عائلته بالامتيازات والحصانات المنصوص عليها في هذه الاتفاقية منذ وقت دخوله إقليم الدولة المعتمد لديها وهذا ما أخذت به أيضاً اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 في المادة (39) (يتمتع بالمزايا والحصانات بمجرد دخوله أراضي الدولة المعتمد لديها بقصد الوصول إلى مقر عمله) .

لكن التساؤل الذي يُثار ما هو الوقت الذي تبدأ فيه الحصانة بالنسبة للشخص الذي عُين دبلوماسياً وهو موجود في إقليم الدولة المستقبلة سواء أكان وجوده فيها بقصد الزيارة أو الدراسة.[2]

وقد ظهرت بهذا الصدد عدة أراء لكن الرأي الراجح هو أن الحصانة القضائية التي يتمتع بها المبعوث الدبلوماسي تبدأ من الوقت الذي تبلغ فيه وزارة الخارجية الدولة المستقبلة بقرار تعيينه ولقد أخذت بهذا الاتجاه اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية أما إذا وجد في تلك الأراضي فيكون من وقت تبليغ وزارة الخارجية بتعينه أو تبليغ أي وزارة أخرى متفق عليها . على أن هذا النص لا يشمل رئيس البعثة لأنه تعينه في الدولة المستقبلة لا يتم إلا بعد موافقتها على اعتماده ، فإذا كان الشخص موجوداً في إقليم الدولة المستقبلة وصدر قرار تعينه فانه لا يتمتع بالحصانة القضائية إلا بعد موافقتها وهو بذلك

[1] د. غازي حسين صباريني ، الدبلوماسية المعاصرة (دراسة قانونية) الطبعة الثالثة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2011 ، ص181 ./ د. سهيل الفتلاوي ، القانون الدبلوماسي ، ص297 و 299 .

[2] د. غازي حسن صباريني، مصدر سابق ، ص181 – 182 .

يختلف عن بقية أعضاء البعثة الذين يتمتعون بالحصانة منذ اللحظة التي تسلم منها وزارة خارجية الدولة المستقبلة قد ترفض تعيينه في حين أنها لا ترفض تعيين المبعوث الدبلوماسي وان كان لها حق طرده باعتباره شخصاً غير مرغوب فيه.[1]

وسواء أكان الشخص الذي عين دبلوماسياً موجوداً في دوله أو كان في إقليم الدولة المستقبلة ، فأنه يتمتع بالحصانة القضائية طيلة المدة التي يبقى فيها شاغلاً لمنصبه سواء أكان يمارس مهامه فعلاً أم متوقفاً لمرض أو إجازة . فإذا ما انتهت مهمته الدبلوماسية عليه الرجوع إلى دولته أو الذهاب إلى دولة أخرى للعمل فيها وعادةً ما تنهى مهمة عمل الدبلوماسي بانتهاء المدة المحددة في أوراق اعتماده ، إذا كان رئيس للبعثة أما بقية أعضاء البعثة فإنها محددة في أوراق تعيينه المبلغة إلى وزارة خارجية الدولة المستقبلة .

فالسؤال الذي يتبادر إلى الذهن هل أن الحصانة القضائية للمبعوث الدبلوماسي تنتهي بانتهاء وظيفته أي بمجرد صدور قرار من حكومته بسحبه من البعثة أو منذ إعلان هذا القرار إلى وزارة خارجية الدولة المستقبلة ؟ ، لقد أجابت المادة 39 الفقرة الثانية من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية 1961 على هذا التساؤل (تنتهي عادة امتيازات وحصانات كل شخص انتهت مهمته بمغادرة البلاد أو بعد انقضاء فترة معقولة من الزمن تمنح له بهذا الغرض ، ولكنها تظل على ذلك الوقت حتى في حالة وجود نزاع مسلح).

أ. نطاق الحصانة من حيث المكان:

من المعلوم أن المبعوث الدبلوماسي يتمتع بالحصانة القضائية في الدولة المستقبلة كما بينا سلفاً إلا أن عمل الدبلوماسي قد يتطلب المرور في دولة ثالثة سواء أكان للذهاب إلى مقر عمله أو العودة إلى بلده أو لتمشية أمور عمله ووظيفته ، فما هو الوضع حيال وجوده في دولة ثالثة وارتكب فعلاً موجباً للمسؤولية ، فهل يتمتع بالحصانة القضائية ؟

للإجابة عن هذا التساؤل نود الإشارة إلى أن إلى أن غالبية فقهاء القانون الدولي أكدوا على أن المبعوث الدبلوماسي يتمتع بالامتيازات والحصانات الدبلوماسية عند وجوده في إقليم دولة ثالثة أثناء

[1] د. سهيل الفتلاوي، الحصانة الدبلوماسية ، ص302 – 303 .

توجهه إلى عمله أو أثناء عبوره دولة ثالثة عندما يكون في طريقه إلى بلده ، وذلك من اجل تأمين أداء الدبلوماسي لعمله .

ولقد نصت اتفاقية هافانا لعام 1928 في المادة 23 على أن " يتمتع أفراد البعثة بنفس الحصانات والامتيازات في الدولة التي يمرون بها على مقرات عملهم أو العودة إلى دولهم في أية دولة يوجدون فيها أثناء قيامهم بأعمال وظيفتهم على أن يقوموا بإشعار حكومات تلك الدولة بصفتهم الرسمية " .

ونصت كذلك المادة الخامسة من قرارات معهد القانون الدولي لعام 1929 على أن المبعوث لدبلوماسي يتمتع بالحصانات والامتيازات في البلاد التي يمر بها أثناء توجهه إلى عمله أو العودة إلى وطنه بصفة نهائية أو مؤقتة).[1]

وهو ما نصت المادة (40) في الفقرة الأولى من اتفاقية فيينا لعام 1961 على ما يلي (تقوم الدولة الثالثة بمنح الحصانة الشخصية وغيرها من الحصانات التي يقتضيها ضمان المرور أو العودة لكل مبعوث دبلوماسي يحمل جوازه سمة لازمة منها ويكون ماراً بإقليمها أو موجوداً فيه في طريقه إلى تولي منصبه في دولة أخرى أو في طريق العودة إليه أو إلى بلاده ويسري ذات الحكم على أي فرد من أسرته ويكون متمتعاً بالامتيازات والحصانات ومسافراً بصحته أو مقرراً للالتحاق به أو للعودة إلى بلاده) .

المطلب الثاني :نطاق الحصانة القضائية في القانون

أولا :مفهوم حصانة القاضي في القانون الوضعي :

الحصانة باعتبارها مصطلحا نشأت في الأدبيات القانونية الغربية، وتعني إعفاء بعض الأشخاص من تطبيق القواعد العامة عليهم في المسائل القضائية والمالية، أو هي امتياز يقرره القانون الدولي العام أو القانون الداخلي للدولة يؤدي إلى إعفاء المتمتع بهذا الامتياز من أي عبئ أو تكليف يفرضه القانون العام على جميع الأشخاص الذين يوجدون على إقليم الدولة أو يعطيه ميزة عدم الخضوع لأحكام السلطة العامة في الدولة و خاصة السلطة القضائية أو بعض أوجه مظاهرها.[2]

[1] د. غازي حسن صباريني ، مصدر سابق ، ص184 – 185 .

[2] يحي بن محمد الخزان مرجع سبق ذكره، ص 109.

و الحصانة باعتبارها مفهوما عاما في القانون لا تقتصر ع ، القضاة فقط، إذ يتمتع بها إلى جانب القضاة، رئيس الدولة، أعضاء البرلمان[1] وهي ما تسمى بالحصانة الداخلية وفق القانون الوطني دولة، بالإضافة إلى حصانة خارجية التي ينظمها القانون الدولي، وهي الحصانة التي يتمتع بها رؤساء الدول الأجنبية[2]، والدبلوماسيون،[3] والموظفون الدوليون.

ويختلف مفهوم الحصانة في القانون الدولي العام أو الحصانة الخارجية عن مفهومها الداخلي أو الوطني، حيث أن من يتمتع بالحصانة الخارجية يعفى كلية من الخضوع للتشريعات الوطنية، وذلك توفيرا للحماية والحرية أثناء مزاولة مهامهم خارج دولتهم، كما أن الحصانة و الامتيازات الدولية أوسع في نطاقها من الحصانات الداخلية.[4]

كما أن الامتيازات الممنوحة و الإجراءات المبينة في قانون الإجراءات الجزائية في القانون الجزائري[5]، من المادة 573 إلى المادة 581 من نفس القانون ، تبين أن للقاضي بالإضافة إلى الموظفين الحكوميين ين يتمتعون بالحصانة ، عند ارتكابهم لجريمة لا يحاكمون مباشرة إلا بعد مباشرة إجراءات خاصة تتمثل في تكوين ملف إجرائي قضائي يرسل إلى المحكمة العليا حسب التدرج، حيث تنظر هذه الأخيرة في إمكانية متابعة الشخص الذي يتمتع بالحصانة(القاضي أو الموظف) أو عدم متابعته، أي أن هناك حصانة قضائية ضمنية ، وهو ما تؤكده المادة 12 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته.[6]

و ما يخص الحصانة التي يتمتع بها القاضي، فقد وضع لها خبراء و فقهاء القانون عدة تعريفات نذكر منها :"الحصانة ضمانة تحمي القضاة من المطالبات المدنية الكيدية ومن الإجراءات الجزائية أو

---

[1] المادة 126 من الدستور.

[2] المادة 21 من اتفاقية فيينا للبعثات الخاصة المنعقدة عام 1969.

[3] المادة 01 من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام1961.

[4] يحي بن محمد الخزان، نفس المرجع، ص98-99.

[5] الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق ل 8جوان 1966م، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم، ج، ر، ج، العدد 48، 1966م، المعدل والمتمم للقانون رقم 17-07 المؤرخ في 28 جمادى الثاني1438، الموافق ل 27 مارس 2017، م، ج، ر، ج، العدد 20،السنة الرابعة الخمسون، 29 مارس 2017

[6] القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006م، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج، ر، ج، العدد 14، 2006ن المعدل و المتمم.

تأديبية التعسفية التي قد تتخذها السلطة التنفيذية، أو يقوم بها الأفراد ضد القضاة".[1] فمن خلال هذا التعريف يمكن القول أنها جملة من الضمانات التي يتمتع بها القضاة، قصد حمايتهم من جميع الانتهاكات والاعتداءات التي يمكن أن تعرضوا لها ، والمقصود بالمطالبات المدينة، الحصانة ضد المسؤولية المدنية للقضاة بسبب أخطائهم المهنية، كما تحمي هذه الحصانة القضاة من الدعاوى الكيدية و الإجراءات الجزائية والتأديبية و التعسفية.

ثانيا: حصانة القاضي في نطاق القانون الجزائري :

تعتبر الحصانة القضائية ضمانة دستورية و قانونية في الدستور الجزائري، إلا أن الدساتير لا توضح تفاصيلها، فهي تحيل على القوانين الخاصة، وعليه فقد كرس الدستور الجزائري حق القضاة في الحماية ، من خلال إقرار مبدأ تدخل الدولة بكل ما تملكه من سلطة الإجبار و الإكراه لتحقيق الحماية الكاملة للقضاة من كل أشكال الضرر المادي و المعنوي التي قد يتعرضون لها أثناء تأدية مهامهم، وهو ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 148 من الدستور والتي تنص على أن القاضي محمي من كل أشكال الضغوطات والتدخلات والمناورات التي قد تضر بأداء مهمته أو تمس نزاهة حكمه.[2]

وهو ما يؤكده القانون بموجب القانون الأساسي لقضاء رقم 04-11، حيث يؤكد أن القاضي محمي من كل أشكال التهديد والاهانة و الاعتداء، وهو ما نصا عليه الفقرة الأولى أيضا من الدستور في المادة 29 من القانون الأساسي ، إذ نص على :" بقطع النظر عن الحماية المترتبة على تطبيق أحكام قانون العقوبات والقوانين الخاصة، يتعين على الدولة أن تقوم بحماية القاضي من التهديدات أو الاهانات أو السب أو القذف أو الاعتداءات أيا كانت طبيعتها ، والتي يمكن أن يتعرض لها أثناء قيامه بماهم هاو بمناسبتها أو بسببها حتى بعد الإحالة على التقاعد"[3]، وعليه فان القانون قد عزز من مكانة القاضي ووضعه القانوني ودعم حقه في الحماية وفق الدستور.

---

[1] فاروق الكيلاني، استقلال القضاء،مصر، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، 1977، ص156.

[2] القانون رقم16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن في الدستور الجزائري، ج،ر،ج،ج، رقم14 المؤرخ في 07 مارس 2016م المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1997.

[3] القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 21 رجب عام 1425هـ الموافق ل 06 سبتمبر 2004، المتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج، ر، ج، ج، العدد 57، 2004م.

مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي حول فكرة الحصانة القضائية

وعليه نجد أنه قد تم تعريف مصطلح" الحصانة القضائية" الفقهاء بصفة عامة وخاصة في كتاباتهم، ولكن هذه الكتابات خلت تقريبا من مصطلح الحصانة، وحتى في المواضيع التي ورد فيها لفظ الحصانة فقد كان المقصود معناه اللغوي الذي يدور حول عدم المؤاخذة والمحاسبة، كأن يقال أن القاضي يسأل عن الضمان، أي لا يتحمل المسئولية عما اقترفت يداه.

أما في القانون الوضعي، فقد اختلف إلى حد ما، حيث أخذ المصطلح الحصانة مدلولا واضحا وأكثر تحديدا، من حيث الشروط و القوانين الموضوعة، بل إن هذه الفكرة تجد تطبيقا لها في معظم النصوص القانونية ، كما تولى فقهاء القانون تحديد النظام القانوني والتفصيل في شرحه في شتى الفروع القانونية، ولكن لا يعني هذا أن تفوق الفكر القانوني على الفكر الشرعي في هذا الخصوص ، ذلك أن الفقه الإسلامي قد أورد مصطلحات ترادف أو تقابل اصطلاح الحصانة في نفس المعنى ، وهو اصطلاح الضمان، استقلال القضاء، حقوق القاضي...الخ، حيث أن الضمان أو الحصانة يشتمل على مدلول أكثر وضوحا في القانون، وقد تولى فقهاء المسلمين وضع تنظيم شرعي متكامل له، وهو ما يعني أن الفقه الإسلامي قد عرف فكرة الحصانة مضمونا لا اصطلاحا.[1]

كما أن فقهاء الإسلام قد حددوا الحصانة ضد العزل في الفقه الإسلامي بمبدأ عدم جواز عزل القاضي كضمانة تعبر عن حصانة حقيقة من مخاطر عدم الاستقرار والطمأنينة في عمله، واستقرت أراءهم على أن العزل لا يجوز إلا في أمور و في حالات معينة ، وجعلوا ضابط العزل في المصحة أي مصلحة المسلمين ، كون تولية القاضي هي لعامة المسلمين و إن كان يتم التعيين من قبل ولي الأمر الذي أعطي هذا الحق دون أن يعطى حق العزل.[2]

وتعتبر الحصانة أمرا ضروريا لاستقلال القضاء ونزاهته على السواء، بل هو واجب لتحقيق ثمرة القضاء، وهي إقامة صرح العدالة بين الناس ، ولكن هذا القول لا يجب أن يؤخذ على إطلاقه ذلك أن الحصانة من العزل إنما يراد بها حصانة القاضي من العزل عند توافر الصلاحية منهم لأعمال القضاء، ويكون العزل بدون سبب وهو ما يطلق عليه"العزل التعسفي"، وإلا فان العزل قد يكون مشروعا

[1] محمد علي عبد السلام وافي، المسؤولية الإجرائية للمحكم، مصر القاهرة، دار النهضة العربية، 2011، ص06.

[2] يحي بن محمد الخزان، مرجع سبق ذكره، ص 246.

وضروريا لاستقرار وصلاح العدالة نفسها"[1] فالإشكال الذي يتعلق بمبدأ الحصانة ضد العزل هو أنه إذا ِت في القاضي جميع الشروط اللازمة لولاية القضاء ولم يصدر منه ما يخل بهذه الشروط ولا بآداب القضاء ونزاهة القضاة . فقد اختلف الفقهاء حول عزل القاضي في هذه الحالة، ومثالا على ذلك قوه تعالى (**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**)[2]، فتقليد القضاء تم بعقد بين الإمام والقاضي لمصلحة المسلمين، وأن القول بجواز عزله دون سبب، فيه إخلال بالعقد وهذا ما لا يجوز.[3]

ومثال ذلك أن عليا بن أبي طالب –رضي الله عنه– آبا الأسود بعد توليته له، فقال :"***لم عزلتني وما خنت وما جنيت***؟ قال : ***إني رايتك يعلو كلامك على الخصمين***.[4]

أما في القانون الوضعي فقد يختلف ذلك أن مبدأ الحصانة ضد العزل هو تحصين من يولى القضاء بعدم إبعاده عن عمله إذا بدر منه ما يستوجب العزل إلا بعد اتخاذ إجراءات معينة ".[5]

وإذا ما رجعنا إلى الدستور الجزائري، نجده خاليا من الإشارة لضمان عدم القابلية للعزل رغم أهميتها على المستوى القانوني سواء بالنسبة للقاضي أو المتقاضي أو حسن سير العدالة، وعلى الرغم مما نصه الدستور في المادة 138[6]، إلا أن المؤسس الدستوري لم يتوج هذا الإقرار بذكر ضمان عدم قابلية ل، وبهذا يكون التشريع الجزائري قد خالف التشريعات العربية، حيث يشير الدستور المصري الصادر سنة 2014 في نص مادته 186 على أن :"القضاة مستقلون غير قابلين للعزل.." وأيضا في دستور المملكة المغربية لعام 2011 في مادته ال 108، إذ نص على انه :" لا يعزل قضاة الأحكام ولا ينقلون إلا بمقتضى القانون..."

ونظرا لما سبق وبالرجوع إلى المزايا و التعديلات الواسعة في إصلاحات سنة 1996، فانه منوط بالمشرع الجزائري إقرار مبدأ ضمان عدم قابلية عزل القضاة لما له من أهمية في السير الحسن للعدالة.

---

[1] نصر فريد محمد واصل، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، مصر، المكتبة التوفيقية، ص240.

[2] سورة المائدة، الآية 1

[3] ابن فرحون برهان الدين إبراهيم، تبصره الحكام في أصول الاقضية ومناهج الحكام، تحقيق جمال المرعشلي، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج1، ص78.

[4] ابن قدامة موفق الدين، المقنع في فقه الإمام، ،ج14، ص 88.

[5] عبد الفتاح مراد، المسؤولية التأديبية للقضاة وأعضاء النيابة، رسالة دكتورا في القانون كلية الحقوق، الإسكندرية، شركة جلال للطباعة، ص335.

[6] راجع المادة 138 من الدستور الجزائري المتعلقة باستقلالية القضاء.

وفي مقابل ذلك نص القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء على وجوب العزل كعقوبة تأديبية في حق القاضي في حال ارتكابه خطأ جسيما يشكل جناية وفق قانون العقوبات كالرشوة[1] حسب المادة 63 من قانون العقوبات باعتباره عقوبة من الدرجة الرابعة، وكذلك المادة 84 من نفس القانون التي تعتبر عقوبة العزل حالة من حالات إنهاء المهام القاضي.

، على ذلك فالمجلس الأعلى للقضاء هو المخول الوحيد لتطبيق هذه العقوبة(العزل) وفق الأشكال المنصوص عليها في القانون الأساسي للقاضي، بعيدا عن السلطة التنفيذية، وهو ما يشكل ضمانة لاستقلالية القضاء ، لكن و بالنظر إلى أن المجلس الأعلى للقضاء في الجزائر برئاسة وزير العدل يبقى تحت خاضعا للسلطة التنفيذية، حيث أن وزير العدل هو المخول بمباشرة الدعاوى التأديبية.[2]

ومنه نستنتج أن استقلالية القضاء في الجزائر غير مكتملة، وان ضمان مبدأ قابلية عدم العزل غير محصن كما ينبغي.

المطلب الثالث :التنازل عن الحصانة القضائية في القانون و الفقه الإسلامي.

1. التنازل عن الحصانة

يتمتع ممثلو الدول و القضاة كقاعدة عامة بحصانة قضائية تعفيهم من الخضوع للملاحقات القضائية والمسائل الجنائية سواء أثناء أو بعد ممارسة وظائفهم، ولكن قد ترد على هذه القاعدة استثناءات تتمثل في إمكانية الخضوع للمسائلة القانونية لقضاء الدولة المستقبلة ، وتجنبا للعقبات و الصعوبات التي تعتري تطبيق هذه القاعدة(تنازل عن الحصانة) اتجه الفقه و الاجتهاد إلى إقرار مبدأ التنازل عن الحصانة القضائية كإمكانية فقط وليس كواجب يفرض على الدول.

ويقصد بالتنازل عن الحصانة السماح للدولة المضيفة ممارسة اختصاصها القضائي على الأشخاص المتمتعين بالحصانة في المجال الجنائي، وقد أثار هذا الإجراء مسألتين : الأولى تخص الإجراءات المطبقة

[1] تنص المادة 63 من قانون العقوبات على :"يتعر القاضي الذي ارتكب خطا تأديبيا جسيما لعقوبة العزل، يعاقب أيضا بالعزل كل قاضي تعرض إلى عقوبة جنائية أو عقوبة الحبس من اجل جنحة عمدية.

[2] بحسب المادة 22 من القانون العضوي رقم 04-12 المؤرخ في 21 رجب 1425هـ الموافق لل06 سبتمبر 2004 والمتعلق بتشكيل المجلس الأعلى لقضاء وعمله وصلاحياته.

للتنازل وتحديد الجهة المختصة بالتنازل، هل هي الدولة المعتمدة أو رئيس البعثة أو المعني بالأمر،وكذلك البحث عن شكل التنازل ، هل هو صريح أم ضمني ؟

إن التنازل عن الحصانة القضائية بالنسبة لدعاوى القضائية (دعاوى مدنية أو إدارية) لا ينطوي على أي تنازل عن الحصانة بالنسبة إلى تنفيذ الحكم، بل لا بد في هذه الحالة من تنازل مستقل.[1]

2. شروط وشكل التنازل عن الحصانة القضائية :

إذ يتوجب توفر عدة شروط ليكون هذا التنازل ساري المفعول، يمكن حصرها في شرطين أساسيين :

- **اشتراط صدور قرار التنازل عن الحصانة القضائية من الجهة المخولة حصرا بهذا القرار :**

ويترتب على ذلك أن تنازل الأشخاص المتمتعين بالحصانات و الامتيازات عن أي امتياز أو أية حصانة يعد تنازلا باطلا دون موافقة الدولة الموفدة.[2] وهذا هو الرأي الغالب فقها وقضاء، وهو ما أكدته محكمة الاستئناف بباريس في حكم صادر عام 1909 أنه "ليس من حق المبعوثين الدبلوماسيين أن يستخدموا الحصانة القضائية،أي أن يتمسكوا بما أو يتنازلوا عنها إلا وفقا لوجهات نظر حكومتهم وبناءا على إذن منها".[3]

- **اشتراط أن يكون التنازل عن الحصانة القضائية صريحا :**

حيث يتوجب أن يكون التنازل عن الحصانة القضائية خطيا مع إبرازه إلى المحكمة المتخصصة لنظر في الدعوى المقامة عليه، وعندما يتم التنازل يبقى ذلك ساري المفعول إلى غاية الفصل فيه نهائيا، وذلك حسب ما جاء في المادة 32 من الفقرة الأولى في اتفاقية فيينا لعلاقات الدبلوماسية والتي تنص على :" إذا أقام المبعوث الدبلوماسي أو الشخص المتمتع بالحصانة القضائية بموجب المادة 37دعوى،

---

[1] راجع الفقرة الرابعة من المادة 32 م اتفاقية فيينا.

[2] محمد سامي عبد الحميد، "أصول القانون الدولي العام"، ج3، الحياة الدولية، المجلد الأول، "القانون الدبلوماسي والقانون الدولي للبحر"، ط3، الإسكندرية، مصر، 2002، ص102.

[3] الملاح فادي، سلطات الأمن و الحصانات و الامتيازات الدبلوماسية في الواقع النظري والعملي مقارنا بالشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1993، ص207.

فلا يمكنه الادعاء بالحصانة القضائية بشان أي دعوى اعتراضية تتصل اتصالا مباشرا بالدعوى الأساسية".[1]

وفي نفس السياق، تقر المادة 45 من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام 1963،بأن الحصانة القضائية الممنوحة للموظف القنصلي عن أعمالها الوظيفية هي حصانة مقررة أصلا لدولته التي لها وحدها الحق في التنازل عنها،فالموظف القنصلي لا يمكنه التنازل عنها إلا بموافقة دولته ،كما لا تعتبر لاغية إذا ما تنازلت عنها دولته ولا يحق له الاعتراض على هذا التنازل[2] وهذا ما أقره القضاء في أغلب الدول، الأمر الذي تبناه القضاء الأمريكي في قضية Arizti حيث اعتبرت المحكمة المختصة أن الحصانة ليست مقررة لمصلحة المبعوث بل لمصلحة دولته الموفدة، ومعنى ذلك أن التنازل يتم دون موافقة المبعوث.[3]

بيد أن بعض الدول مثل فرنسا وإنجلترا جعلتا الأمر مختلفا إذا كانت المسألة تتعلق برئيس الدولة حيث أقرت جواز تنازل رئيس الدولة عن الحصانة، وإن وجد خلاف عند الفقه الفرنسي في شأن ضرورة موافقة الدولة على هذا التنازل من عدم ضرورتها والراجح هو عدم استلزامها[4] ، إلا أن تمثيل رئيس الدولة في الخارجي جعله يتمتع بنفس الحصانة التي يتمتع بها الممثلون الدبلوماسيون ومنه يمكن القول أن رئيس الدولة لا يمكنه التنازل عن حصانته إلا بموافقة دولته، أما فيما يخص تنازل الموظف عن حصانته فهو يعتبر غير قانوني إلا إذا تأكدت المحكمة من التنازل عن الحصانة للمبعوث.[5] في حين يفترض أن تقوم الدولة الموفدة أن تسقط الحصانة عن الشخص المتمتع بالامتياز لاحترام الاستحقاقات المدنية للدائنين، في إقليم الدولة المعتمد لديها عندما لا يشكل ذلك عائقا للعمل الوظيفي له.

---

[1] راجع المادة 32 من اتفاقية فيينا للعلاقات الديبلوماسية.

[2] جابر عاصم، الوظيفة القنصلية والدبلوماسيون في القانون و الممارسة، ط1، منشورات البحر المتوسط، بيروت، لبنان، 1986، ص 651.

[3] لحرش عبد الرحمان، التعسف في استعمال الحصانة الدبلوماسية في ضوء اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961،أطروحة دكتورا، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2005، ص 172.

[4] عبد الله عز الدين، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، ط9، الهيئة المصرية للكتاب، 1986، ص772.

[5] خشايمية لزهر، النظام القانوني للموظفين الدوليين، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص145.

3. أثار التنازل عن الحصانة القضائية :

إن التنازل عن الحصانة القضائية يتبعه استرداد القضاء لكامل سلطاته، حيث يصبح الشخص المتمتع بالحصانة تحت طائلة القانون، ويطبق عليه قوانين الدولة المعتمدة لديها، ولا يكون هذا التنازل ساريا إلا في حدود الدعوى المقامة ، ويشمل التنازل جميع درجات التقاضي في نفس المحاكمة، ولا بد من توثيق هذا التنازل بشكل رسمي حتى يتمكن القضاء من القيام بكل سلطاته.

إلا أن تنازل الشخص المتمتع بالامتياز وخضوعه للقضاء لا يعني اتخاذ إجراءات تنفيذية بحقه، فعندما يخسر الدعوى وصدر الحكم في غير صالحه فانه لا يمكن صدور الحكم إلا بعد صدور تنازل خاص بتنفيذ الحكم، ومن هنا جاءت القاعدة بضرورة التنازل بشكل منفصل لتنفيذ الحكم رغم صدور قرار التنازل في الدعوى الأصلية،[1] وهو ما نصت عليه المادة 32-4 من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية.[2]

[1] أبو هيف، علي صادق، القانون الدبلوماسي، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص190-195./الناصر، عدلي، الحصانة أمام القضاء المدني و الجزائي، دار نارة للنشر والتوزيع، ص 260.

[2] نفس المرجع، ص261.

خاتمة

وبعد هذا العرض الموجز لبيان موقف كل من الفقه الإسلامي والقانون الدولي من الحصانات القضائية ، يمكن تلخيص أهم النتائج المتوصل إليها خلال الدراسة فيما يلي:

- الحصانة القضائية في القانون الدولي مصطلح قانوني يقصد به منح حماية الأشخاص المتمتعين بها بهدف عدم التعرض لشخصهم ومالهم ليتسنى لهم القيام بمهامهم على أكمل وجه، ويقابل هذا المصطلح في الفقه الإسلامي عقد الأمان الذي يعقد لمن يدخل بلاد الإسلام من غير المسلمين لغرض مشروع.
- الامتيازات الدبلوماسية تعني التمتع بمزايا وإعفاءات معينة تسمح للمبعوث الدبلوماسي القيام بوظائفه وتحقيق أهداف بعثته بسهولة ويسر، ولم يرد استعمال لهذا المصطلح في الفقه الإسلامي إلا أن مفهوم الأمان شامل و واسع.
- يمكن حصر أسس الحصانة القضائية في القانون الدولي في ثلاث نظريات وهي :نظرية الامتداد الإقليمي، ونظرية الصفة التمثيلية ونظرية مقتضيات الوظيفة.
- عقد الأمان هو أساس الحصانة في الفقه الإسلامي، وقد سبق الفقه الإسلامي القانون الدولي الحديث في التطرق إلى الحصانة من خلال النصوص الشرعية والقواعد الكلية واجتهاد الفقهاء المسلمين منذ قرون عديدة.
- الحصانة الشخصية تعني منح حماية للمتمتع بها وذلك حماية لشخصه أثناء تأدية مهامه، وهي ليست حصانة مطلقة وإنما هي حصانة مقيدة بضوابط نص عليها اتفاقية فيينا والفقه الإسلامي لا يعارض منح الحصانة الشخصية في العقيدة والعبادة وفي الإقامة والتنقل والاتصال والمشاركة في الحياة الاجتماعية وممارسة التجارة ما دام في ذلك كله منضبطا بالضوابط الشرعية.
- الحصانة القضائية تعني عدم خضوع المبعوث الدبلوماسي للولاية القضائية للدولة المعتمد لديها، وتتنوع إلى حصانة من القضاء الجنائي وهي مطلقة، وحصانة من القضاء المدني والإداري وقد أثبت القانون الدولي عليها بعض القيود والاستثناءات ، وهناك الحصانة التنفيذية والإعفاء من أداء الشهادة.
- اختلف موقف الفقه الإسلامي عن القانون الدولي في الحصانة القضائية، ويمكن تحديد ملامح هذا الموقف فيما يلي:
  - ✓ اتفق الفقهاء على وجوب القصاص على المستأمن إذا ارتكب جناية قتل عمد وتوافرت أركانها وشروطها، وهذا يشمل المبعوث الدبلوماسي أيضا لأنه مستأمن شرعًا.

- ✓ للفقهاء ثلاثة اتجاهات بالنسبة لجرائم الحدود إذا وقعت من المتمتع بالحصانة(المبعوث الدبلوماسي)، وهي على سبيل الإجمال:
  - تقام الحدود على المتمع بالحصانة إذا توفرت موجبات العقوبة شرعًا، ويعتبر هذا الاتجاه تحقيقا لمقاصد الشريعة الإسلامية من تشريع العقوبات وهي الزجر ومنع الفساد في الأرض وإنصاف المظلومين والضعفاء.
  - تقام الحدود إذا كانت حقا للعبد، ولا تقام إذا كانت حقا لله تعالى.
  - حصانة الرسل قاصرة على ما يحدث منهم في الأمور الدينية.

يخضع المبعوث الدبلوماسي للقضاء الإسلامي فيما يتعلق بالدعاوى المتعلقة بالأموال ونحوها.

يتفق الفقه الإسلامي مع القانون الدولي في تقرير حصانة مقر البعثة الدبلوماسية ، مع مراعاة الضوابط والقيود الواردة في هذا الشأن لكي لا يساء استعمال هذه الحصانة على نحو يتنافى مع مقتضاها ويلحق الضرر بالدولة المعتمد لديها.

- يجمع الفقه الإسلامي و القانون الدولي في تقرير الامتيازات الدبلوماسية التي تقضي بإعفاء المبعوثين من الضرائب والرسوم الجمركية وغيرها، إلا فيما يتعلق بممارسة الأعمال التجارية، مع مراعاة القيود والضوابط الواردة في هذا الشأن .

وفي الأخير ومن خلال النتائج المتوصل إليها في هذا البحث، وقد ظهر اتضح لنا تفوق الفقه الإسلامي وتميزه وأسبقيته في موضوع الحصانات القضائية وتقرير قواعده وأصوله وضوابط هذا الباب من خلال جهود الفقهاء بشكل عميق ودقيق يدل على استقلاليته ومرونته وصلاحيته لأنه في مصدره ومورده تنزيل من رب العالمين العليم الحكيم.

وصلى الله وسلم وبارك على عبده ورسوله محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

الفهارس العامة

- سورة المائدة، الآية 1
- سورة يوسف، الآية 41
- سورة الإسراء، الآية4/ 23.
- سورة النور، الآية 23.
- سورة غافر، الآية 20
- سورة فصلت، الآية 12.
- سورة الجمعة، الآية10.
- أبو داود: سنن أبي داود (م.س): باب العامل يصاب على يديه خطا (4534) (١٨١ / ٩ - ١٨٢)، درجة الحديث: سكت عنه فهو صالح، وقال محقق الكتاب: صحيح. النسائي (أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني) ت: (٣٠٣-): سنن النسائي، تح: عبد الفتاح أبو غدة، حلب، مكتب المطبوعات الإسلامية، ط الثانية، 1406هـ - 1984م (4778): (٣٥ / ٨)، قال محقق الكتاب: صحيح الإسناد.
- أبو جهم: عامر بن حذيفة بن غانم القرشي العدوي، وقيل عبيد الله بن حذيفة. أسلم عام الفتح، وصحب النبي صلى الله عليه وسلم، وكان مقدما في قريش معظما، وعالما بالنسب، حضر بناء الكعبة مرتين: مرة في الجاهلية حين بنتها قريش، ومرة حين بناها ابن الزبير، وهو أحد الأربعة الذين دفنوا عثمان بن عفان. ت: في آخر خلافة معاوية. وقيل: مات بعد قتل عمر بن الخطاب، ابن سعد، الطبقات الكبرى: (م.س): (١٩٩٩)؛ (٩/٨)، القرطبي الاستيعاب في معرفة الأصحاب (م.س): (٢٨٩٩): (4/ ١٩٢٣).
- خرجه البخاري (١٣/ ٣٣٠)، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة: باب أجر الحاكم إذا اجتهد أو أخطاء حديث (٧٣٥٢)، ومسلم (٣/ ١٣٦٢)، كتاب الأقضية: باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، حديث (١٧١٩ / ١٠)، والنسائي (٨/ ٢٢٣ - ٢٢٩)، كتاب آداب القضاة : باب الإصابة في الحكم، والترمذي (١٣٢٩)، وابن حبان (٥٠١٠)، والدار قطني (4/ ٢٠٤)، كتاب في الأقضية والأحكام، والبيهقي (١١٨ / ١٠) كلهم من طريق أبي بكر بن محمد عن أبي سلمة عن أبي هريرة به.

- رواه ابن هشام في سيرته (661/2) و معمر في جامعه (20702) والبيهقي (353/6) وغيرهم وهو صحيح.
- رواه الطبري في تاريخه (572/02).

قائمة

المصادر و المراجع

1. المصادر

- برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ابن الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون العمري المالكي،**تبصره الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، تع: الشيخ جمال علي، ج1،دار عالم الكتب،الرياض، 2003مً، ص9.
- البهوتي، منصور بن يونس. **كشاف القناع عن متن الإقناع**، تحقيق: إبراهيم أحمد عبد الحميد، طبعة خاصة، 1423هـ- 2003م، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، ج5، ص3195.
- الحطاب، محمد بن محمد: **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ: زكريا عميرات، طبعة خاصة، 1423هـ. 2003م، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، ج8، ص 81.
- شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**،ج6 ،دار الكتب العلمية، د.م، ط ، 1ج6 ،ص271.
- ابن فرحون برهان الدين إبراهيم، **تبصره الحكام في أصول الافضية ومناهج الحكام**، تحقيق جمال المرعشلي، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ج1، ص78
- ابن قدامة موفق الدين، **المقنع في فقه الإمام**،ج14، ص 88.
- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري، **المحلى بالآثار**، ج8 ،دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت، ص536.
- أبو محمد موفق الدين، عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي، **المغني**، ج10، مكتبة القاهرة، مصر، د ط، 1968،ص90.
- ابن منظور، **محمد بن مكرم بن علي**، لسان العرب، دار صادر بيروت، مج13، ص 1136.

2. المراجع

- أحمد بن حنبل .انظر ترجمته- : أبو يعلى الفراء الحنبلي، طبقات الحنابلة، ج 2 ،دار المعرفة، بيروت، لبنان، د .ط، د.ت، ص – 193 .
- أحمد سالم باعمر، الدبلوماسية بين الفقه الإسلامي و القانون الدولي، دراسة مقارنة، دار النفائس، الأردن، 2001 ص 73.
- أحمد عبد الحميد عشوش، الوسيط في القانون الدولي العام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية 1990، ص401.
- حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي، المركز العربي لنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص28.
- حسن الفكهاني، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، ص 296.
- حمد حمد الغرايبة، نظام القضاء في الإسلام، دار الحامد لنشر،عمان،الأردن، 2004، ص45.
- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 480/16، دار إحياء الكتب العربية.
- زايد عبيد الله مصباح، الدبلوماسية، الطبعة الأولى، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1999، ص159.
- سليمان بن سليمان العبري، العلاقات الدبلوماسية بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ص131.
- شامي يسين، المساءلة التأديبية للقضاة,أمواج للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، دط، 2015، ص76.
- طلال عامر المهتار، مسؤولية الموظفين ومسؤولية الدولة، دار اقرأ، بيروت، ص 113.

- عبد العزيز بن ناصر بن عبد الرحمان العبيكان، الحصانات والامتيازات الدبلوماسية والقنصلية في القانون الدولي، الطبعة الأولى، شركة العبيكان للأبحاث والتصوير، 2008، ص215.
- عبد الله العلائي، الصحاح في اللغة والعلوم، تح: نديم مرغشلي، أسامة مرغشلي، دار الحضارة العربية، بيروت ج1، ص 676.
- عبد الله عز الدين، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، ط9، الهيئة المصرية للكتاب، 1986، ص772.
- علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1986.
- علي صادق أبو هيف، القانون الدبلوماسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص 125.
- عماد محمد رضا التميمي، أثر الحصانة على المسؤولية الجنائية في افقه الإسلامي، المجلد 41، العدد1، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، 2014، ص84.
- غازي حسين صباريني ، الدبلوماسية المعاصرة (دراسة قانونية) الطبعة الثالثة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011 ، ص181 .
- فاروق الكيلاني، استقلال القضاء،مصر، القاهرة، دار النهضة العربية، ط1، 1977، ص156.
- محمد أمقران بويشر، النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية،ط4، 2005، ص 104 .
- محمد سامي عبد الحميد، "أصول القانون الدولي العام"، ج3، الحياة الدولية، المجلد الأول، "القانون الدبلوماسي والقانون الدولي للبحر"، ط3، الإسكندرية، مصر، 2002، ص102
- محمد طلعت الغنيمي، الوسط في قانون السلام، الفصل الرابع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص226 .

- محمد عبد المطلب الخشن، الوضع القانوني في رئيس الدولة في القانون الدولي العام، مدير دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 207.
- محمد علي عبد السلام وافي، المسؤولية الإجرائية للمحكم، مصر القاهرة، دار النهضة العربية، 2011، ص06.
- الملاح فادي، سلطات الأمن و الحصانات و الامتيازات الدبلوماسية في الواقع النظري والعملي مقارنا بالشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1993، ص207.
- مورسيه دوفرجيه، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري والأنظمة السياسية الكبرى، تر: جورج سعد، ط1، المؤسسة الجامعية للنشر، بيروت 1992، ص143.
- نصر فريد محمد واصل، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، مصر، المكتبة التوفيقية، ص240.
- هاني رضا، العلاقات الدبلوماسية والقنصلية تاريخها، قوانينها، أصولها، الطبعة الأولى، دار المنهل اللبناني، بيروت، 2006، ص 219.
- هاني محمد كامل المنايلي، السلطة القضائية في النظام الإسلامي، مصر، دار الكتب القانونية، 2010، ص187.
- هشام خالد، مفهوم العمل القضائي في ضوء الفقه وأحكام القضاء، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، 1990، ص17.

3. المعاجم و القواميس :

- احمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار إحياء الكتب العربية، ط1، مج 2، 1366هـ، ص69.
- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي،مر: انس محمد الشامي،زكرياء جابر،القاموس المحيط،دار الحديث القاهرة2008م،ص1336.

4. الأطروحات و الرسائل و المذكرات الأكاديمية

- خشايمية لزهر، النظام القانوني للموظفين الدوليين، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص145.
- سليمان بن فوزان بن صاح بن فوزان، حصانة القاضي، بحث ماجستير في السياسية الشرعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، ص17
- عبد الفتاح مراد، المسؤولية التأديبية للقضاة وأعضاء النيابة، رسالة دكتورا في القانون كلية الحقوق، الإسكندرية، شركة جلال للطباعة، ص335.
- عماد محمد رضا التميمي، أثر الحصانة على المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية قانونية مقارنة، ص12.
- أبو عمارة وافي، بوربابة حسين، حماية البعثات الدبلوماسية في القانون الدولي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014ص50-51.
- لحرش عبد الرحمان، التعسف في استعمال الحصانة الدبلوماسية في ضوء اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961،أطروحة دكتورا، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2005، ص 172.

- لزهر خشايمية، النظام القانوني للموظفين الدوليين، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2002، ص 116.
- يحي بن احمد الخزان، الحصانة القضائية في الفقه في القانون اليمني و التونسي، أطروحة لنيل شهادة الدكتورة في العلوم الإسلامية ، جامعة الزيتونة، تونس، 2001، ص3.

5. المجلات و الدوريات

- الدكتور وليد الربيع، الحصانات الدبلوماسية في الفقه الإسلامي والقانون الدولي، مجلة البحث العلمي الإسلامي، مجلة إسلامية متخصصة تعنى بالبحوث والدراسات الإسلامية، مركز الحث العلمي الإسلامي، السنة الثانية، العدد الخامس، 2005، ص75.
- شمس مرغني علي، المعيار الوظيفي كمعيار للتمييز بين العمل الإداري والعمل القضائي، مجلة العلوم الإدارية، 1972 العدد 3، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية، ص100.
- عبد الزيز سرحان، تقنين أحكام القانون الدولي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يوليو 1973، العدد الثاني، ص375.
- وليد خالد ربيع الحصانات والامتيازات الدبلوماسية في الفقه الإسلامي والقانون الدولي، دراسة مقارنة، مجلة الفقه والقانون، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، ص 19-20.

6. النصوص القانونية :

- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق ل 8جوان 1966م، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم، ج، ر، ج، ج، العدد 48، 1966م، المعدل والمتمم للقانون رقم 17-07 المؤرخ في 28 جمادى الثاني1438، الموافق ل 27 مارس 2017، م، ج، ر، ج، ج، العدد 20،السنة الرابعة الخمسون، 29 مارس 2017

- انضمت الجزائر إلى العديد من الاتفاقيات الدولية ذات الصلة وعلى سبيل المثال : اتفاقية حول حصانات و امتيازات الأمم المتحدة بموجب المرسوم 337 / 63 المؤرخ في 1963/ 09 / 13 ، ج ر ج ج 1963/ 09 / 14 ، ص 942
- انضمت إلى اتفاقية الدولية حول امتيازات وحصانات الوكالات المتخصصة في 1947 / 11 / 21 مرسوم 338 /6 ،
- تنص المادة 63 من قانون العقوبات على :"يتعر القاضي الذي ارتكب خطا تأديبيا جسيما لعقوبة العزل، يعاقب أيضا بالعزل كل قاضي تعرض إلى عقوبة جنائية أو عقوبة الحبس من أجل جنحة عمدية.
- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية لسنة 1963، ص 942.
- القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 21 رجب عام 1425هـ الموافق ل 06 سبتمبر 2004، المتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج، ر، ج، ج، العدد 57، 2004م.
- القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006م، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج، ر،ج،ج، العدد 14، 2006ن المعدل و المتمم.
- القانون رقم16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن في الدستور الجزائري، ج،ر،ج،ج، رقم14 المؤرخ في 07 مارس 2016م المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1997.
- المادة 01 من اتفاقية فبينا للعلاقات الدبلوماسية لعام1961.
- المادة 104 من دستور 1953 التي تنص على مبدأ استقلال القضاء..
- المادة 126 من الدستور الجزائري.
- المادة 138 من الدستور الجزائري المتعلقة باستقلالية القضاء.
- المادة 21 من اتفاقية فبينا للبعثات الخاصة المنعقدة عام 1969.

- المادة 22 من القانون العضوي رقم 04-12 المؤرخ في 21 رجب 1425هـ الموافق لل06 سبتمبر 2004 والمتعلق بتشكيل المجلس الأعلى لقضاء وعمله وصلاحياته.
- المادة 32 من اتفاقية فيينا للعلاقات الديبلوماسية.

ملخص :

لا يخفى ما للحصانة القضائية للأشخاص المتمتعين بها من أهمية في توفير مناخ من الحرية للتصرف بطمأنينة وتسهيل مهمته، فأستقر العرف الدولي على منح المبعوث تلك الحصانة وأكدته الاتفاقيات و القوانين الدولية ، إلا انه قد استغلت هذه الصفة للإفلات من الخضوع إلى القضاء، فعمدت بعض الدول إلى إضفاء هذه الصفة على مواطنيها من مرتكبي الجرائم للحيلولة دون مثولهم أمام القضاء.

وبناء على ذلك فقد حاولنا من خلال هذه الدراسة أن نسلط الضوء على الأساس القانوني لمنح الحصانة القضائية وامتيازاتها، والبحث عن السند القانوني لهذه الحصانات والامتيازات في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي وإبراز مصادرها ونطاقها القانوني.

Résumé:

L'immunité judiciaire est très importante pour les personnes qui en bénéficient en créant une atmosphère de liberté, d'agir avec confiance et de faciliter sa mission.

La pratique internationale consistant à accorder à l'envoyé que l'immunité a été établie et confirmée par des accords et des lois internationaux. Cependant, cette caractéristique a été exploitée pour échapper de la soumission à la justice, certains pays ont cherche à donner ce statut à leurs citoyens, auteurs de crimes, pour les empêcher de comparaitre devant les tribunaux.

En conséquence, nous avons tente à travers cette étude de baser sur la base judicaire de ces immunités et privilèges dans la jurisprudence islamique et dans la loi et de mettre en évidence leurs sources et leur portée juridique.

فهرس المحتويات العام

إهداء	
تشكر و عرفان	
المقدمـة	02
الفصل الأول : الحصانة القضائية بين التشريع الإسلامي و القانون الوضعي.	
تمهيد	
المبحث الأول: تعريف الحصانة القضائية	
المطلب الأول: مفاهيم عامة حول الحصانة والقضاء.	10
أولا: الحصانة لغة.	10
ثانيا: الحصانة اصطلاحا	10
ثالثا: الحصانة في القانون.	11
الفرع الثاني: تعريف القضاء	11
أولا : القضاء لغة	12
ثانيا : القضاء في الاصطلاح	12
تعريف القضاء في الشريعة الإسلامية	13
تعريف القضاء في القانون الوضعي	13
المطلب الثاني: تعريف الحصانة في الشريعة الإسلامية	16
المطلب الثالث: تعريف الحصانة القضائية في القانون	18
المبحث الثاني: أنواع الحصانات القضائية	
المطلب الأول: أنواع الحصانات القضائية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي	20
الفرع الأول: الحصانة الإدارية	20
الفرع الثاني: الحصانة الجنائية	25
الفصل الثاني الأحكام المتعلقة بالحصانة القضائية	
تمهيد	

المبحث الأول :مصادر الحصانة القضائية.	
المطلب الأول : مصادر الحصانة القضائية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.	33
الفرع الأول: الأساس الفقهي للحصانة القضائية.	33
1. نظرية الصفة التمثيلية.	33
2. نظرية الامتداد الإقليمي .	34
3. نظرية مقتضيات الوظيفة	36
الفرع الثاني: المصادر القانونية	37
أولا: العرف الدولي	37
ثانيا : المعاهدات والاتفاقيات الدولية	38
ثالثا: القوانين الداخلية	39
المبحث الثاني : نطاق الحصانة القضائية في الفقه الإسلامي.	
المطلب الأول : نطاق الحصانة القضائية	41
أولا :مفهوم الحصانة	41
أ. لغة	41
ب.اصطلاحا	41
• الحصانة القضائية من حيث الأشخاص	43
• نطاق الحصانة من حيث الزمان	43
• نطاق الحصانة من حيث المكان	45
المطلب الثاني :نطاق الحصانة القضائية في القانون	46
أولا :مفهوم حصانة القاضي في القانون الوضعي	46
ثانيا: حصانة القاضي في نطاق القانون الجزائري	48
مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي حول فكرة الحصانة القضائية.	49

المطلب الثالث :التنازل عن الحصانة القضائية في القانون و الفقه الإسلامي.	51
1. التنازل عن الحصانة	51
2. شروط وشكل التنازل عن الحصانة القضائية	52
3. أثار التنازل عن الحصانة القضائية	54
خاتمـة	56
الفهارس العامة	
قائمة المصادر و المراجع	
الملخص	
فهرس المحتويات العام	