جـامعـــة زيـان عاشـور بالجلفـة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الخِبْرة القضائِية فِي النِزاعات الأُسَريّة

(بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري)

مذكرة ضمن متطلبات

نيل شهادة ماستر حقوق تخصص: أحوال شخصية

إعداد الطالبة: **إشراف الأستاذ:**

طاهيري فتيحة د. جمال عبد الكريم

لجنة المناقشة :

1-أ / **بن يحي أبو بكر الصديق** رئيساً .

2-أ / **جمـــال عبـــد الكـــــريم** مقرراً .

3-أ/ **بشـــــار رشيـــــــــد** مناقشاً .

1436-1437هـ

2015-2016 م .

بِسْمِ اللَّـهِ الـرَّحْمَـٰنِ الـرَّحِيـمِ

(قُلۡ كَفَىٰ بِٱللَّهِ شَهِيدَۢا بَيۡنِي وَبَيۡنَكُمۡۚ إِنَّهُۥ كَانَ بِعِبَادِهِۦ خَبِيرَۢا بَصِيرًا)

سورة الإسراء الآية 96.

الإهداء

إلى من بلّغَ الرِسَالة و أَدّى الأمانَة سيدنا محمّد صلى الله عليْهِ وسلّم

إلى أمي الجزائر التي حملتني على أرضها

إلى أبي الذي ورثتُ منه العصا المستقيمة و له منّي تحية قانونية لأنه أزاح كل الأشواك التي تعيق طريقي في هذا المجال

إلى أمي التي علمتني القناعة و الصبر و زرعت بذور الدعاء في طريقي

إلى طيور فرحتي إخوتي و أخواتي من الفارس إلى الزعيم

إلى عمي الذي فتح لي أبواب بيته طيلة مشواري الدراسي في الجامعة

إلى كل من علّمتني حرفاً من كتاب الله و مازالت إلى يومنا هذا

إلى كل زميلاتي و زملائي الذين يجاهدون من أجل إقامة العدل و ضمان الحقوق و الحريات

أُهدي لكم هذا العمل المتواضع

و إن وجدتم نُقصاً أو عيباً فسدوا الخلل جل من لا عيب فيه وعلا

طاهيري فتيحة

شكر و تقدير :

أشْكُر الله العليم الخبير الذي يسر لي إتمام هذه المذكرة ، و من لا يشكر الناس على معروفهم و إحسانهم فإنه لا يشكر الله ، قال رسول الله صلى الله عليه و سلم :

(من لا يشكر النّاس لا يشكر الله) حديث صحيح .

أتقدم بأسمى عبارات التقدير و الشكر **للدكتور جمال عبد الكريم** الذي كان يوجهني و ينصحني في جميع مراحل تدريسه لي و إشرافه على هذه المذكرة و أسال الله أن ينفع به الأجيال الصاعدة في مجال القانون و أرجوا من الله أن يوصلني إلى مقام كمقامه في العلم .

كما أشكر الأستاذ و العم **طاهيري عبد اللطيف** الذي أتعبته في تنسيق المذكرة من الجانب الشكلي ، و من الواجب الأخلاقي أن أشكر جميع الأساتذة الذين دَرّسُوني في جامعة الجلفة من مرحلة الليسانس إلى الماستر و أخُص بالذكر الدكتور **فشار عطاء الله ، شنوف العيد ، درماش بن عزوز ، شريط محمد ، لحرش أسعد المحاسن ، بن علية حميد ، شلالي رضا ، بن مصطفى عيسى، بشير حفيظة ، عسالي صباح ، معيزة عيسى ، الأبيض ليلى** ...الخ .

و الشكر موصول لكل من درسني و ساندني بالتوجيه و النصيحة .

مقــدمـــة

مقدمــة

للأسرة أُسُسْ عمرانية مرعية في كل ملة، كما يكتسي نظام الأسرة على مر العصور أهمية بالغة باعتبارها القاعدة الأساسية لتكوين المجتمعات القديمة و المعاصرة على حد سواء، لكن طبيعة النفس البشرية تميل نحو الملذات و الشهوات و حب المال و الطمع فيه، مما يؤدي إلى تهديم الأُسُسْ العمرانية التي تتبني عليها الأسرة ، فينتج عنها تمزيق شامل ابتداء من أركان قيامها من خلال قيام النزاعات و الخصومات داخل الأسرة الواحدة .

هذه النزاعات تدفعنا إلى اللجوء نحو القضاء من أجل الفصل فيها و ايجاد حل لها، كما أن علم القضاء من قواعد الدين التي يقوم عليه بنيانه القويم ، به الدماء تعصم و تهدر ، و الأموال تصان و تسلب فكان من أَجَل العلوم قدراً و أعزها شرفاً بدليل قول الله عز وجل : ﴿ وَدَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَٰنَ إِذۡ يَحۡكُمَانِ فِي ٱلۡحَرۡثِ إِذۡ نَفَشَتۡ فِيهِ غَنَمُ ٱلۡقَوۡمِ وَكُنَّا لِحُكۡمِهِمۡ شَٰهِدِينَ ٧٨ فَفَهَّمۡنَٰهَا سُلَيۡمَٰنَۚ وَكُلًّا ءَاتَيۡنَا حُكۡمٗا وَعِلۡمٗاۚ وَسَخَّرۡنَا مَعَ دَاوُۥدَ ٱلۡجِبَالَ يُسَبِّحۡنَ وَٱلطَّيۡرَۚ وَكُنَّا فَٰعِلِينَ ٧٩ ﴾ سورة الأنبياء ، فقد أثنى الله عز وجل على داوود في اجتهاده في الحكم كما أثنى على سليمان لاجتهاده وفهمه وجه الصواب .

كما أن القاضي مُلزم بفهم الوقائع المعروضة عليه لإيجاد أسباب النزاعات بغرض تسويتها و الفصل فيها بواسطة وسائل الإثبات فبدونها يضيع الحق و يُخفى ، كما يرمي نظام الاثبات إلى الاتيان بالحجة على واقعة ينفيها الخصم ، و قاعدة الإثبات تطبق على الوقائع ذلك أن القانون يدركه القاضي الذي يطبقه .

غير أن طرق الإثبات في الفقه الإسلامي و القانون تكاد تكون واحدة إلا أننا نرى وجود اختلافا بين المذاهب الفقهية في تِعدادها و حجية بعضها وقوة اعتمادها من حيث التوسعة و التضييق في ذات المذهب الواحد أحياناً ، غير أن المادة القانونية تبقى مُلزمة للقاضي فيما نصت عليه طرق الإثبات منها الإقرار ، اليمين ، المعاينة ، الانابة القضائية ، مضاهاة الخطوط ، إجراء الخبرة ، و هذه الأخيرة هي مِحْور دراستنا في هذا البحث نظراً لعدم إلمام القاضي بشتى المعارف و العلوم و عدم اِختصاصه فيها ، خاصة فيما تعلق بالوقائع ذات الطابع التقني و الفني .

إن صعوبة اِثبات الحق تزداد تعقيداً كُلما ازداد تطور المجتمعات من الناحية الاجتماعية و الاقتصادية بسبب ظهور وقائع تتصف بالتعقيد مما يستلزم اللجوء و الاستعانة بالخبير من أجل اِزالة هذا التعقيد و تنوير قناعة القاضي بغرض الفصل في النزاع بِحُكم يضمن المحافظة على الحقوق المسلوبة و الضائعة التي كانت سبباً في النزاع الأسري .

أسباب اختيار الموضوع :

الأسباب الذاتية :

- نظرتي الواقعية لتهدم الكثير من الأُسَرْ و تشَتُتِها ، إما لنفي ولد و إما لِإدعاء ذهاب عفة البنت و الشك في أمرها ، و إما الادعاء بالعيب من قبل الزوجين فاستلزم الأمر التحَقُقْ في هذا الأمر المهم و محاولة تسوية هذه النزاعات لضمان بقاء الأسرة و الحفاظ على كيانها .
- اتساع دائرة الظلم داخل الأُسْرة خاصة أن هذا الزمن قد فسدت فيه الذمم ، لطالما رأيت بعض الأشخاص تذهب حقوقهم لعدم كفاية الأدلة معهم و تكون المحصلة الأخيرة أن يُلجأ في هذا الأمر إلى الخبير القضائي .

الأسباب الموضوعية :

- كثرة الدراسات و الأبحاث المتعلقة بالخبرة في شقها المدني و التجاري و الاداري و الجنائي ، و ندرة الدراسات المتعلقة بالخبرة في مجال النزاع الأسري و خاصة الجانب الفقهي مع محاولة نزع الغبار عن مهنة الخبرة القضائية و تسليط الضوء عليها و تبيين أهميتها و دورها من الناحية العلمية .

أهمية الموضوع

إن أهمية هذا الموضوع تكمن في معرفة مكانة الخبرة أمام القضاء الاسلامي و معرفة مدى إمكانية قاضي شؤون الأسرة للجوء لأهل الخبرة و المعرفة لتنوير قناعته نتيجة الوقائع المعقدة التي تُعرض عليه من حين لآخر .

الدراسات السابقة :

حسب اطلاعي و بحثي في هذا الموضوع وجدت بأن جُل الدراسات السابقة ركزت على الجانب المدني و التجاري و الاداري و الجنائي لكن العام الماضي تمت مناقشة مذكرة بعنوان الخبرة القضائية في مجال الأحوال الشخصية غير أنها تفتقر لجانب الفقه الإسلامي و الجانب الأُسري بشكل واضح و صريح ولا تختلف اختلافا كبيرا عن بقية الدراسات السابقة سوى في جُزئيات قليلة .

صعوبات البحث :

أهم الصعوبات التي واجهتني هي تشتت موضوع الخبرة بين أبواب كتب الفقه و عدم حصرها في باب واحد ، بالإضافة إلى تشعبه فتارة يتعلق بالمعاملات و اَحيانا بالأحوال الشخصية و اَحيانا بالسياسة الشرعية ...الخ ، بالإضافة إلى صعوبة الحصول على الوثائق من المراكز العلمية بغرض تدعيم الموضوع بتقارير الخبراء من الناحية العملية و الاجرائية ، و أرى أن أكبر الصعوبات التي أرهقتني هي ضيق الوقت و عدم التفرغ الكامل للكتابة.

المنهج المتبع :

اعتمدت على المنهج التاريخي من خلال ذِكر مراحل التطور التاريخي للخبرة ، و المنهج الوصفي بوصف مهنة الخبرة القضائية ، والمنهج التحليلي مع المقارن و ذلك بمقارنة الخبرة بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري .

اشكالية البحث :

- كيف يتم تحديد مجال الخبرة القضائية في النزاع الأسري؟
- هل يمكن أن تكون الخبرة القضائية وسيلة لتسوية النزاع الأسري في القانون الجزائري ؟

خطة البحث :

الفصل الأول : الخبرة القضائية في النزاع الأسري بمنظور الفقه الإسلامي .

المبحث الأول : مفهـوم الخبـرة .

المطلب الأول : تعريف الخبرة و مشروعيتها .

المطلب الثاني : التطور التاريخي للخبرة أمام القضاء الإسلامي .

المبحث الثاني : أهمية الخبرة و مجالها في النزاع الأسري .

المطلب الأول : أهمية الخبرة .

المطلب الثاني : مجال الخبرة في تسوية النزاع الأُسري .

الفصل الثاني : الخبرة في النزاع الأسري بمنظور القانون الجزائري .

المبحث الأول : الإطار القانوني للخبرة في النزاع الأُسري .

المطلب الأول : القانون المنظم للخبرة القضائية .

المطلب الثاني : مجال الخبرة القضائية أمام قاضي شؤون الأسرة .

المبحث الثاني : إجراءات الخبرة أمام قاضي شؤون الأسرة .

المطلب الأول : التزامات الخبير و سلطة قاضي شؤون الأسرة .

المطلب الثاني : صعوبات إنجاز الخبرة و بطلانها .

الفصل الأول

الخبرة في النزاع الأسري بمنظور الفقه الإسلامي

إن الخبرة في الفقه الإسلامي لا تقتصر على مجال مُعين بل هي شاملة و واسعة فهي تتعلق بالمعاملات و السياسة الشرعية و الأحوال الشخصية و غيرها لكن الفقهاء لم يعقدوا لها باباً مستقلاً بل كانوا يتطرقون إلى تعداد طرق الإثبات و حجية بعضها و قوة اعتمادها من حيث التوسعة و التضييق .

كما أن الخبرة في النزاع الأسري بمنظور الفقه الإسلامي هي بمثابة جُزئية بسيطة إلا أنها تُشكِل وسيلة من الوسائل الهامّة ، لأن الشريعة الإسلامية تتميز بشمولها في الزمان و المكان أي أن أحكامها غير محدودة بمكان أو زمان ، فكان من الواجب على القضاء الإسلامي أن يأخذ هذه الصفة منها ما لم أقُل أنها ترتقي من مرتبة الوجوب إلى اللزوم لأن أحوال الناس تتغير و الحوادث و الوقائع لا متناهية .

إن القاضي مُكلّف بفهم الوقائع المعروضة عليه لإيجاد حُكم عادل يَدْرَأُ من خلاله كل ظُلم لكن القاضي غير مُلم بكافة العلوم و تخصُصاتها لذلك يجد صعوبة في فهم الواقعة أحيانا و تحديد مَعالِمها .

من خلال الفصل الأول المعنون بالخبرة في النزاع الأسري بمنظور الفقه الإسلامي، نحاول تبيين مفهوم الخبرة في المبحث الأول مع توضيح أهم الألفاظ المشابهة لها و مشروعيتها في القرآن الكريم و السنة النبوية و إعمال الصحابة للخبرة أما المبحث الثاني نُخصصه لأهمية الخبرة ومجالها في النزاع الأسري مع توضح أهم الشروط الواجب توافرها في الخبير .

المبحث الأول: مفهوم الخبرة

لا ريب أن الشريعة الإسلامية تطرقت لفكرة الخبرة بمصطلحات متعددة و باعتبارها نوعاً من أنواع الشهادة أو الاستشارة وهذا مصداقاً لقول الله تعالى:﴿ وَلَا يُنَبِّئُكَ مِثْلُ خَبِيرٍ ﴿١٤﴾﴾ سورة فاطر ، فقد عبر الفقهاء عن الخبرة بلفظ البصيرة كما عبروا عنها بلفظ المعرفة ويختلف لفظها باختلاف مراحل تطورها التاريخي .

من خلال هذا المبحث يتم فيه تسليط الضوء على مفهوم الخبرة و الألفاظ ذات الصلة بها دون الإغفال عن مكانة الخبرة في القضاء الإسلامي عبر مراحل التطور التاريخي لها من الجانب النظري و العملي .

المطلب الأول: تعريف الخبرة و مشروعيتها

الخبرة لها عدة تعريفات و معان و لكن من خلال هذا المطلب قُمنا بوضع التعريف الجامع مع ذكر أهم الألفاظ المشابهة لها و مشروعيتها كمدخل عام لها .

الفرع الأول: تعريف الخبرة:

أولا : لغة : بكسر الخاء وضمها أي العلم بالشيء و معرفته على حقيقته ، كقولك خبرت الشيء إذا عرفت حقيقة خبره[1] .

إنّ الخِبرُ و الخُبرُ و الخِبْرةُ و المَخْبَرةُ و المَخْبُرةُ كله العلم بالشيء و يقال : من أين أَخْبرْت هذا الأمر أي من أين علمت ؟ و قولهم لأَخْبِرنّ خُبْرك أي لأعلمنّ علمك [2] .

أي أنّ الخبرة هي المعرفة ببواطن الأمور[3].

ثانيا : اصطلاحا : لا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي ، و الخبير هو اسم من أسماء الله الحسنى و معناه : العالم بكنه الشيء المطلع على حقيقته الذي لا يخفى عليه خافية

1 – وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، الموسوعة الفقهية الكويتية ، ج 9 ، ط 2 ، الكويت ، 1940 هـ ، ص 17 .

2 – ابن منظور ، لسان العرب ، لبنان ، دار الجيل و دار لسان العرب ، ج 4 ، 1408 هـ /1988 م ، ص 277 .

3– أحمد مختار ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، ط1 ، عالم الكتب ، القاهرة ، 2008 م ، ص 608.

و هذا مصداقاً لقول الله عز وجل : ﴿ٱلۡحَمۡدُ لِلَّهِ ٱلَّذِی لَهُۥ مَا فِی ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَا فِی ٱلۡأَرۡضِ وَلَهُ ٱلۡحَمۡدُ فِی ٱلۡأٓخِرَةِۚ وَهُوَ ٱلۡحَكِيمُ ٱلۡخَبِيرُ ۝١ ﴾ سورة سبأ[1].

إضافة إلى ذلك فالخبير جمع خبراء وهو صفة مشبهة تدل على الثبوت من خَبَرَ / خُبر (هم خبراء) أي عارف بالأمر على حقيقه عالم بالبواطن و الظواهر[2]، قال تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ خَبِيرُۢ بِمَا تَعۡمَلُونَ ۝١٨ ﴾ سورة الحشر ، و قد ثبت في القرآن الكريم لفظ الخبير أكثر من أربعين موضوعاً .

الفرع الثاني : ألفاظ ذات صلة :

أولا : الفِراسة :

بكسر الفاء أي التثبت و التأمل للشيء و البصر به ، يقال : إنه لفارس بهذا الأمر إذا كان عالماً به و في الحديث قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (اتقوا فراسة المؤمن)[3].

يقول ابن الأثير : الفراسة إما أن تكون بإلهام من الله تعالى أو تتعلم بالدلائل و التجارب و الخلف و الأخلاق فتعرف به أحوال النّاس ، و يقول ابن فرحون : الفراسة ناشئة عن جود القريحة و حدة صفاء الفكر فهي بهذا المعنى قريبة لمعنى الخبرة .

ثانيا : الحذق :

الحذق المهارة ، يقال : حذق الصبي القرآن و العمل يحذقه حذقاً ، و حذقاً إذا مهر فيه ، و حذق الرجل في صنعته أي مهر فيها و عرف غوامضها و وقائعها .

ثالثا : العلم و المعرفة :

[1] – علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني ، معجم التعريفات ، القاهرة دار الفضيلة ، 2004 ، ص 86 .

2 – أحمد مختار ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، القاهرة ، عالم الكتب، ط1 ، 2008 ، ص 609 .

3 – أبي عيسى الترميذي ، الجامع الكبير ، بيروت ، دار الغرب الاسلامي ، ج 5 ، ط1 ، ص 200 ، رقم 3127 .

1/ العلم يطلق على معانٍ : منها ما يصير به الشيء منكشفاً ، و منها الصورة الحاصلة من الشيء عند العقل ، ومنها الإدراك و منها الاعتقاد الجازم المطابق للواقع

2/المعرفة : هي إدراك الشيء على ما هو عليه وهي مسبوقة بجهل ، بخلاف العلم [1].

و الفرق بينهما و بين الخبرة أن الخبرة العلم بكنه المعلومات على حقائقها فيفها معنى زائد على العلم و المعرفة [2] .

رابعا : البصر أو البصيرة :

البصيرة لغة : العلم و الخبرة ، يقال : هو ذو بصر و بصيرة أي ذو العلم و خبرة ، و يعرف المعنى الاصطلاحي مما أورد ابن العابدين في أن القاضي يرجع تقدير القيمة إلى أهل البصيرة وهم أهل النظر و المعرفة في قيمة الشيء .

خامسا: التجربة :

مصدر جَرّب ، و معناه الاختبار مرة بعد أخرى ، و على ذلك فالتجربة اسم للاختبار مع التكرار لأنها من التجريب الذي هو تكرير الاختبار و الإكثار منه و لا يلزم في الخبرة التكرار[3].

سادسا: القائف :

هو من يعرف الآثار و يتتبعها ، و يعرف شبه الرجل بأخيه ، و أبيه ، و الجمع القافة ، و تستعمل القيافة في اصطلاح الفقهاء في نفس المعنى ، قال المغنى : القافة قوم يعرفون الإنسان بالشبه [4] .

سابعا: الشهادة :

الفرق بين الخبير و الشاهد

1 – الموسوعة الفقهية الكويتية ، ج 19 ، ص 18 –19 .

2 – أبي الهلال العسكري ، الفروق اللغوية ، القاهرة دار العلم و الثقافة ، 1422هـ/2002م ، ص 72–86 .

3 – الموسوعة الفقهية الكويتية ، المرجع السابق ، ص 19 .

4– برهان الدين بن فرحون المالكي ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية و المنهاج ، الرياض ، دار عالم الكتب ، ب ط ، ج2 ، 1423هـ/2003،ص 99 .

عقدنا هذه المقارنة لأنه ربما يظهر للقارئ تشابهاً تاماً لا يميز له أحدهما عن الآخر ، و الحق أن هناك وجه شبه بينهما من حيث أن كل واحد منهما يقرر أمام القضاء الأمور التي شاهدها و التفاصيل التي لاحظها و الأحوال و الظروف المتعلقة بموضوع الدعوى .

أما الفرق فيظهر في أن الشاهد يشهد على ما يعلم من وقائع رآها أو سمعها بنفسه ، أما الخبير فإنه يبدي رأيه فيما يعرض عليه من قضية أو مسألة فنية من خلال ظروف معينة لا يعرفها شخصياً .

كما تعتبر شهادة الشاهد دليلاً مباشراً في القضية و أما الخبير فرأيه يعتبر مجرد توضيح أو تقدير لدليل آخر ، فهو أقرب إلى الحكم منه إلى الشهادة [1] .

الشهود عددهم محدود في القضية و لا يمكن للقاضي الاستعاضة عنهم بغيرهم ، أما الخبير فعددهم غير محدود و للقاضي أن ينتخب منهم ما يشاء ، و الشاهد يعتمد على حواسه و ذاكرته فيما يقدمه من معلومات للقاضي أما الخبير يعتمد على تقييماته و أراءه و ما يتوصل إليه من نتائج على تطبيق معطيات علمية و أصول فنية هذا ما يمكن أن نلاحظه من فروق جوهرية بين الشاهد و الخبير .

الفرع الثالث: مشروعية الخبرة :

بعد اطلاعنا على الموضوع من خلال الغوص في أبواب الكتب استطعنا بفضل الله أن نستقي مشروعية الخبرة من كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه و سلم و عمل الصحابة و السلف الصالح بالإضافة إلى مدى الحاجة للخبرة في الواقع نظراً لحاجة كافة الناس إليها .

أولا : مشروعية الخبرة من القرآن الكريم :

1 – قال الله تعالى : ﴿وَمَآ أَرۡسَلۡنَا مِن قَبۡلِكَ إِلَّا رِجَالٗا نُّوحِيٓ إِلَيۡهِمۡۚ فَسۡـَٔلُوٓاْ أَهۡلَ ٱلذِّكۡرِ إِن كُنتُمۡ لَا تَعۡلَمُونَ ٤٣ ﴾ النحل .

1 – مصطفى هرجة ، الإثبات في المواد الجنائية ، مصر ، دار المطبوعات الجامعية ، ط 2 ، 1992م ، ص 101 .

الآية فيها دلالة واضحة على العمل بالخبرة و بمقتضى ما يراه الخبراء فذلك مشروع باتفاق الفقهاء و هم إن لم يعقدوا لها باباً مستقلاً ففروعهم في أبواب الفقه المختلفة تدل صراحة على مشروعيتها و اعتبارها أداة من أدوات الإثبات .

إضافة إلى ذلك فالآية الكريمة تدل على من جهل الحكم يجب عليه سؤال العلماء و العمل بما أفتوا به [1] .

2 – قال الله سبحانه و تعالى : ﴿ وَرَٰوَدَتۡهُ ٱلَّتِي هُوَ فِي بَيۡتِهَا عَن نَّفۡسِهِۦ وَغَلَّقَتِ ٱلۡأَبۡوَٰبَ وَقَالَتۡ هَيۡتَ لَكَۚ قَالَ مَعَاذَ ٱللَّهِۖ إِنَّهُۥ رَبِّيٓ أَحۡسَنَ مَثۡوَايَۖ إِنَّهُۥ لَا يُفۡلِحُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴿٢٣﴾ وَلَقَدۡ هَمَّتۡ بِهِۦۖ وَهَمَّ بِهَا لَوۡلَآ أَن رَّءَا بُرۡهَٰنَ رَبِّهِۦۚ كَذَٰلِكَ لِنَصۡرِفَ عَنۡهُ ٱلسُّوٓءَ وَٱلۡفَحۡشَآءَۚ إِنَّهُۥ مِنۡ عِبَادِنَا ٱلۡمُخۡلَصِينَ ﴿٢٤﴾ وَٱسۡتَبَقَا ٱلۡبَابَ وَقَدَّتۡ قَمِيصَهُۥ مِن دُبُرٖ وَأَلۡفَيَا سَيِّدَهَا لَدَا ٱلۡبَابِۚ قَالَتۡ مَا جَزَآءُ مَنۡ أَرَادَ بِأَهۡلِكَ سُوٓءًا إِلَّآ أَن يُسۡجَنَ أَوۡ عَذَابٌ أَلِيمٞ ﴿٢٥﴾ قَالَ هِيَ رَٰوَدَتۡنِي عَن نَّفۡسِيۚ وَشَهِدَ شَاهِدٞ مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٖ فَصَدَقَتۡ وَهُوَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ﴿٢٦﴾ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٖ فَكَذَبَتۡ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٢٧﴾ فَلَمَّا رَءَا قَمِيصَهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٖ قَالَ إِنَّهُۥ مِن كَيۡدِكُنَّۖ إِنَّ كَيۡدَكُنَّ عَظِيمٞ ﴿٢٨﴾ ﴾ سورة يوسف .

الآية تبين لنا بأن الشاهد الذي شهد إنّما شهد عن خبرة ، و الأمر الذي أشار إليه يوضح مدى خبرته ، و هذا يوضح أثر الخبرة في الإثبات .

3 – قال الله تعالى : ﴿ ٱلَّذِي خَلَقَ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضَ وَمَا بَيۡنَهُمَا فِي سِتَّةِ أَيَّامٖ ثُمَّ ٱسۡتَوَىٰ عَلَى ٱلۡعَرۡشِۚ ٱلرَّحۡمَٰنُ فَسۡـَٔلۡ بِهِۦ خَبِيرٗا ﴿٥٩﴾ ﴾ سورة الفرقان .

معنى هذه الآية الكريمة فاسأل عنه – أي الله – خبيراً أي عالماً به و بصفاته و بأسمائه [1] .

1 – اختلف المفسرون في تفسير هذه الآية : بعضهم قال : هم الذين قرأوا الكتب من قبلكم التوراة و الانجيل و غير ذلك من الكتب ، و ذهب إلى هذا الإمام الطبري (ج340/5) ، و ذهب الإمام القرطبي إلى أنهم مؤمنو أهل الكتاب(الجامع لأحكام القرآن ،272/11) ، وقال ابن عباس هم أهل القرآن ، و الراجح أن المقصود بهم أهل العلم في كل فن.

ثانياً : مشروعية الخبرة في السنة النّبوية :

1 – بعث النبي صلى الله عليه وسلم حين دنا من بدر علي بن أبي طالب و يعد بن أبي وقاص و الزبير بن العوام في نفر من أصحابه يتجسسون له الخبر ، فأصابوا سقاة لقريش غلاماً لبني سعيد بن العاص و غلاما لبني الحجاج ، فأتوا بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فوجدوه يصلي فجعل أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يسألونهما لما أنتما ؟ فيقولان نحن سقاة لقريش ، بعثونا نسقيهم من الماء ، فكره القوم خبرهما ، و رجوا أن يكونا لأبي سفيان فضربوهما ، فلما أزلقوهما قالا : نحن لأبي سفيان فتركوهما ، و ركع رسول الله صلى الله عليه وسلم و سجد سجدتين ثم سلم ، و قال : (إذا صدقاكم ضربتموهما ، و إذا كذباكم تركتموهما ، صدقا و الله إنهما لقريش) قالا هم وراء هذا الكثيب الذي ترى بالعدوة القصوى [2].

فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم : (كم القوم ؟) قالا : كثير، قال ، (ما عدتهم ؟) قالا ما ندري ، قال : (كم تنحرون كل يوم ؟) قالا : يوماً تسعاً و يوماً عشراً ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (القوم ما بين تسعمائة إلى ألف) .

الحديث يدل على أن النّبي عليه الصلاة و السلام استخدم خبرته للوصول من عدد الإبل التي تنحر إلى عدد الجيش .

2 – حديث عائشة رضي الله عنها قالت : دخل رسول الله صلى الله عليه و سلم عليّ يوماً و هو مسرور فقال : يا عائشة ألم تري أن مجززا المدلجي دخل علي فرأى أسامة و زيداً و عليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما و بدت أقدامهما ، فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض [3].

و النّبي صلى الله عليه و سلم سُرّ كثيراً من مجزز المدلجي لأنه أعمل خبرته في بيان نسب أسامة من زيد بعد ما رميا بالزنا لاختلاف ألوانهما .

---

1 – القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، بيروت ، مؤسسة الرسالة ، ب ط، ج3 ، 1427هـ/2006، ص 63 .

2 – ابي الفداء اسماعيل بن الكثير ، تفسير القرآن العظيم ، الجزائر ، دار الكتاب الحديث ، ج 2، 1433 هـ/2012 م ، ص890 –893.

3 – ابي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، بيروت ، دار ابن كثير للطباعة و النشر ، كتاب الفرائض ، باب القائف ، ط 1 ، 1426هـ/2002 م ، ص 1676 ، رقم 6771 .

ثالثاً: إعمال الصحابة للخبرة في حياتهم :

قال جعفر بن محمد : أُتيَ عُمَرُ بن الخطاب رضي الله عنه بامرأة قد تعلقت بشاب من الأنصار ، وكانت تهواه ، فلما لم يساعدها اِحتالت عليه ، فأخذت بيضة فألقت صُفارها ، و صَبت البياض على ثوبها و بين فخذها ، ثم جاءت إلى عمر صارخة ، فقالت هذا الرّجُل غلبني على نفسي ، و فضحني في أهلي و في ثوبها أثر المني ، فهَمّ بَعقوبة الشاب فجعل يستغيث ، و يقول : يا أمير المؤمنين ، تثبت في أمري ، فو الله ما أتيت فاحشة و ما هممت بها ، فلقد راودتني عن نفسي فاعتصمت ، فقال عُمَرُ : يا أبا الحسن ما ترى في أمرهما ، فنظر علي إلى الثوب ، ثم دعا بماء حار شديد الغليان ، فصب على الثوب فجمد ذلك البياض ، ثم أخذه واشتمه و ذاقه ، فعرف طعم البيض و زجر المرأة فاعترفت [1].

المطلب الثاني : التطور التاريخي للخبرة أمام القضاء الإسلامي

الفرع الأول: مراحل تطور الخبرة :

كان القضاء من الوظائف الداخلة في صلاحيات الخليفة ، و كان النبي (ص) و الخلفاء الأولون يباشرون القضاء بأنفسهم ، و لم يقلدوه لغيرهم إلا من خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، و كان الخليفة عمر أول قاض في الإسلام رتب القضاء و الإدارة و ولى القضاة في الأماكن المتعددة في الدولة الإسلامية وكان يوصيهم بتقوى الله و الحكم بالعدل .

كان من قواعد القضاء الإسلامي استقلال القاضي و وجوب الحكم وفق قواعد الشريعة الإسلامية و المساواة بين الخصوم عند المحاكمة و عند اعتبار الأصل براءة الذمة هو إلزام المدعي بتقديم الدليل لإثبات دعواه و تدقيق البيانات المقدمة إلى القاضي [2].

هذا وقد كانت حرية الاجتهاد مبدأ أصيلاً في الشريعة الإسلامية فالاجتهاد لم يكن جائزاً فحسب بل كان واجباً أيضاً لذلك أجيزت الحيل الشرعية المباحة التي تهدف إلى إثبات حق أو دفع

1 – ابن القيم الجوزية ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، جدة ، دار علم الفوائد، ط1 ، ج1 ،1428هـ/ 2007 ، ص120 .

2 – صبحي المحمصاني ، الأوضاع التشريعية في الوطن العربي ماضيها و حاضرها ، بيروت ، دار العلم للملايين ، ب ط ، 1975 ، ص 172و124 و 175 .

مظلمة ، أو التيسير بحسب الحاجة ، بمعنى أن الإسلام يعطي القاضي الحرية المطلقة في تحديد كيفية الوصول إلى الحقيقة .

و قد أرسى الخليفة عمر رضي الله عنه هذا المبدأ في دستور القضاء من خلال رسالته إلى أبي موسى الأشعري بالقول : (الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب الله و سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم و اعرف الأشباه و الأمثال ، ثم قس الأمور بعد ذلك بنظائرها واعمد على أقربها إلى الله و أشبهها بالحق) .

هذا وقد عرف في التاريخ الفقه الإسلامي من أهل الخبرة ما يسمى بالخارص و القائف ، مرت الدولة بمراحل متعددة ، فمن مرحلة صاحب الشريعة النبي صلى الله عليه و سلم و مرحلة الخلفاء الراشدين إلى الأمويين و العباسيين إلى الحكم العثماني [1].

و في جميع تلك المراحل لم تكن توجد مجموعات قوانين كما هو الحال في العالم المعاصر إلى أن تأثرت الدولة العثمانية في عهد السلطان سليمان ، الذي لُقب سليمان القانوني بمجموعات القوانين الأوربية كمدونة جوستنيان و مدونة نابليون .

حيث قررت السلطة العثمانية التي كانت تبسط نفوذها على معظم البلدان العربية ، ضرورة مواكبة التطور ، و وضعت مجموعة من القوانين منها قانون أصول المحاكمات عام 1861م ، و القانون المدني من خلال مجلة الأحكام العدلية في عام 1876 م ، و تم تقييم المجلة حسب المواضع التي تناولتها على غرار الطريقة الأوربية ، و قد جاءت المجلة في 1851 م مادة قانونية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية [2] .

لأن مجلة الأحكام العدلية كانت تتضمن القانون الإسلامي المكتوب للقاضي المسلم في بلاد الإسلام التي كانت خاضعة للحكم العثماني ، حيث تحدثت عن الإقرار الكتابي و اللساني و الشهادة ، و الحجج الخطية ، و القرينة القاطعة و التحليف ، و لم تأت المجلة على ذكر الخبرة باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات .

1 – محمد واصل و حسين بن علي الهلال ، الخبرة الفنية أمام القضاء ،الكويت ، وزارة العدل، 2004 ، ص16 .

2 – محمد المحمصاني ، المرجع السابق ، ص 16–169 .

الفكر السائد في تلك الفترة اعتبر الخبرة نوعاً من أنواع الشهادة ، بالإضافة إلى أن المسائل التي كانت تعرض على القاضي المسلم من خلال المنازعات القائمة بين الأفراد لم تكن تنطوي على تقنية عالية مركبة و معقدة ، بل كانت في معظمها مسائل بسيطة يستطيع القاضي بفطنته و غزارة علمه الإحاطة بها ، و من ثم تطبيق الأحكام العادلة بشأنها و هكذا نخلص القول أن التشريع الإسلامي و الفقه الإسلامي لم يبحثا في الخبرة الفنية كمسألة تفصيلية بل ترك أمر اللجوء إليها إلى فطنة وحكمة القاضي المسلم في ضوء ظروف كل قضية إلى حدة [1].

لكن التطورات الحديثة و النوازل المعاصرة استلزمت وجوباً على القاضي الاستناد إلى الخبرة لِقصور فهمه و صعوبة إدراكه و فهمه للمسائل الفنية ذات الطابع التقني كالعيوب التي تحول بين الزواج ، النزاع القائم بين الورثة في التركة المتعلقة بالعقارات ، تقييم متاع البيت المتنازع عليه و المشترك بين الزوجين ، النزاع المتعلق بإثبات نسب الطفل ، تقييم مقدار و ثمن المسوغات محل النزاع ، إضافة إلى ذلك نزاع بين الموصى لهم في معرفة مقدار الوصية ذات المنافع والعقارات ..إلخ .

و مسائل عدة يعجز القاضي في إيجاد حل لها فيجد نفسه أمام أمرٍ يدفعه للجوء إلى أهل الخبرة لكن لم يترك ذلك عبثاً و إنما وفقاً لشروط تم استخلاصها بعد المطالعة في فروع كتب الفقه .

الفرع الثاني : شروط الخبرة :

من خلال الغوص في لُب المواضيع و فروع الكتب الفقهية يمكن استنتاج الشروط الواجب توافرها في الخبير و هي لا تختلف عن شروط الشهادة لأن القاضي يعتبر الخبرة نوع من أنواع الشهادة و تبيينها بالشكل الآتي :

1 – أن تتوفر في الخبير الشروط التي يجب أن تتوافر في الشهادة و التي يعتد بها و يحكم بمقتضاها ، و يكون كل واحد من أهل الخبرة أهلاً للشهادة [2].

1 – محمد واصل و حسين علي الهلال ، المرجع السابق ، ص 18 .

2 – عبد الحسين عبد السلام يوسف ، القاضي و البينة ،الكويت ، مكتبة المعالي ، ط1 ، 1407هـ/1987م ، ص 394 .

2 – أن يكون الخبير من أهل المعرفة فعلاً في صنعته و مهنته و اختصاصه الذي يسأل فيه ، و لا يشترط فيه غير ذلك عند المالكية الذين قالوا يصح من الرجل و المرأة و المسلم و الكافر و الفاسق ، و لا يشترط فيه العدد ، فيجوز الرجوع إلى خبير واحد أو أكثر لأنه يشبه الشهادة من جهة و باعتباره إلزام لمعين ويشبه الرواية من جهة ثانية لأن حكمه ينفذ [1].

3 – أن يكلفه القاضي بتنفيذ المطلوب منه بناء على ما يراه ، أو بناء على طلب أحد الطرفين المتخاصمين .

4 – ألا تكون له صلة بالمتخاصمين أو بأحد الطرفين و الأولى أن يكون من غير ناحيتهم حتى لا يقع حرج أو يجامل في القول .

5– أن تكون حاله في الاتصال بالناس معتدلة و ألا يجالس سفلة الناس .

6– مراعاة التعدد المطلوب للاستيثاق من الشهادة قياساً على الإستيثاق عند التحمل في الدين ، حتى ولو كان الأمر مما يختص بالنساء [2] .

7– أن يكون ثابت و غير مضطرب نفسياً و تتوافر له الظروف الاجتماعية و النفسية الملائمة لكي يقوم بعمله و هو هادئ مطمئن بمثل القاضي ، فكما لا يقضي القاضية و هو جائع أو مريض قياساً على ما قاله النبي عليه الصلاة و السلام : (لا يقضي القاضي بين اثنين و هو غضبان)[3] .

1 – محمد مصطفى الزحيلي ، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ، دمشق ، مكتبة دارالبيان، ط1 ، ج1 1402هـ/1982م ، ص599 .

2 – عبد الحسين عبد السلام يوسف ، المرجع نفسه ، ص394.

3 – أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، دمشق ، دار ابن كثير ، كتاب الاحكام ، ط 1 ، 1423هـ /2002 م ، ص 1676 ، رقم 6771 .

الفرع الثالث : عدد أهل الخبرة :

الأصل أن أهل الخبرة إن كان على جهة الشهادة يجب فيه اثنان عند جمهور الفقهاء إلا إذا لم يقدر على اثنين و إن كان على جهة الإخبار و الرواية فلا يجب فيه التعدد و يكفي فيه المخبر الواحد ولو كان غير مسلم ، و من هذا القبيل أهل المعرفة في العيوب ، و منهم الطبيب ، الخارص[1]، القائف ، القاسم و نحوهم [2] .

الفرع الرابع : تعارض الخبرة مع البينات الاخرى

إذا تعارض الخبرة مع الإقرار يقدم عليها لأنه أقوى منها في الإثبات لأنه فيه إظهاراً للحق من ثبوت الحق للغير على نفسه و الخبرة نوع من أنواع الشهادة و لها معها ارتباط و بينهما عموم و خصوص ، فالإقرار أقوى من الخبرة و هذا من حيث الأصل و لكن عليه استثناءات و ينبغي التمييز بين حالتين حالة أقر على نفسه أنه اشترى الشيء بعشرة دنانير و قال الخبراء ثمنه ثمانية دنانير فالإقرار مقدم و حالة أخرى أقر على نفسه أنه قاتل و أثبت الخبراء غير ذلك فالخبرة مقدمة .

و إذا تعارضت الخبرة مع علم القاضي ، فإنها تقدم على علم القاضي لأن فيها ارتباطا مع المعاينة من جهات معينة، و الخبرة و المعاينة أقوى في الإثبات من علم القاضي ، و لأن المعاينة و الخبرة تعتمد أحياناً على الرؤية و هذا يعود إلى اليقين ، و الدليل اليقيني أقوى من الظني .

أما الكتابة و القرائن فإنها تتفرع من الخبرة و إذا تعارضت مع الخبرة فنلجأ إلى الترجيح ثم الجمع ، و إن تعارضت الخبرة مع غيرها من البيانات في الأعيان يحكم في ذلك للذي يضع يده على العين و هذا المعمول به عند الجمهور[3].

1 – الخرص : هو الحزر و التحري ، وهو اجتهاد في معرفة قدر الشيء (من التمر و العنب) لمعرفة قدر الزكاة فيه ، فإذا بدا صلاح الثمار و حل بيعها ينبغي أن يبعث الامام من يخرصها و يعرف قدر الزكاة فيها وهذا عند جمهور الفقهاء (الموسوعة الفقهية الكويتية ج 19 ص 21) .

2 – وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، الموسوعة الفقهية الكويتية ، ج 9 ، ط 2 ، الكويت ، 1940 ، ص 18–19.

3 – محمد الزحيلي ، وسائل الإثبات ، ج2 ، ص 880 .

المبحث الثاني :أهمية الخبرة ومجالها في النزاع الأسري

إن أهمية الخبرة وارد في كل واقعة مُعقدة يصعب فيها تفكيك محل النزاع فيها ، من خلال المبحث نُحاول تبيين مدى أهمية الخبرة و نطاقها في النزاع الأسري و دورها الفعال في خدمة المنظمة الأسرية .

المطلب الأول : أهمية الخبرة في الإثبات

إن للخبرة أهمية بالغة منذ إعمال القضاء لها باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات التي تساعد القاضي بفهم الواقعة المعروضة عليه و هذا سنوضحه أكثر من خلال هذا المطلب .

الفرع الأول: أهمية الخبرة :

إن تقدم العلوم و تفرع الأبحاث و زيادة التخصص و تقسيم العمل في جميع فروعه يؤكد الحاجة إلى الخبرة و فائدتها و أهميتها ، فإن القضاة بأشد الحاجة إلى أهل الخبرة و الاختصاص في جميع الأمور اليومية إذا أرادوا الوصول إلى حقائق الأمور ، فيطلبون الاستعانة بذوي الاختصاص في النواحي العملية و التطبيقية [1] .

كما نعلم أن الخبير يبين حقيقة الشيء بعد التجارب و الأبحاث العلمية التي استغرقت سنوات كثيرة في حياته ، بحيث يزول معه العامل الشخصي تقريباً ، و بذلك يكون رأي الخبير هو الخبرة بذاتها، و يتضح لنا مدى أهمية الخبرة باعتبارها و سيلة من وسائل الإثبات و لا يخفى علينا بأن العديد من الوقائع تتطلب الخبرة الفنية ، فالقاضي حتى و إن كان مؤهلا من الناحية القانونية و الشرعية إلا أنه ليس مؤهلا من الجانب الفني و التقني .

لا ريب أن الإسلام حث على طلب العلم و التعلم و مخالطة العلماء و الاستفادة من علمهم و أمرنا الله على سبحانه و تعالى بأن نسأل أهل الذكر و هذا مصداقاً لقول الله تعالى : ﴿ فَسۡـَٔلُوٓاْ أَهۡلَ ٱلذِّكۡرِ إِن كُنتُمۡ لَا تَعۡلَمُونَ ﴿٤٣﴾ ﴾ سورة النحل ، و أهل الذكر هم العلماء

1 – محمد مصطفى الزحيلي ، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ، ج2 ، ط1 ، مكتبة دار البيات ، دمشق ،1402هـ/1982م ، ص598 .

المتخصصون في كل فرع من فروع العلم النافع ، و سؤالهم أمر لازم لمعرفة الصواب من غيره ، و تمييز الحق من الباطل .

المطلب الثاني : مجال الخبرة في تسوية النزاع الأسري

إذا استلزم اللجوء إلى الخبرة كوسيلة لإثبات الحق في قضية ما فإن القضاء في النظام الإسلامي لا يتردد في استخدامها و المسائل و القضايا التي يعتمد فيها على قول أهل الخبرة مبسوطة في كتب الفقهاء منثورة بين أبوابها المختلفة ، هذا فضلا عن المسائل الفنية المستجدة و ما سيستجد و المجال بابه مفتوح لا ينسد و من خلال هذا نتطرق إلى أهم المسائل المتعلقة بالنزاع الأسري التي عرضها الفقهاء على سبيل المثال لا حصرا .

الفرع الأول : عيوب الزواج :

تنقسم هذه العيوب إلى قسمين منها ما يوجب لكل من الزوج و الزوجة حق طلب فسخ العقد بدون اشتراط و منها ما يوجبه إذا اشترطه أحد الزوجين و لكن قبل التطرق إليها بالتفصيل علينا معرفة معنى العيب أولا[1] .

أولا: معنى العيب : مصدر من عاب الشيء عَيْباً و عاب، و صار ذا العيب فهو عائب ، و العيب و العيبة بمعنى واحد ، أي الوصمة و جمع العيب أعايب و عيوب و المعاب والمعيب : موضع العيب و مكانه و يجمع على معايب [2] .

و قال تعالى : ﴿ أَمَّا ٱلسَّفِينَةُ فَكَانَتۡ لِمَسَٰكِينَ يَعۡمَلُونَ فِي ٱلۡبَحۡرِ فَأَرَدتُّ أَنۡ أَعِيبَهَا وَكَانَ وَرَآءَهُم مَّلِكٞ يَأۡخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصۡبٗا ٧٩﴾ سورة الكهف .

و قال القرطبي أي أجعلها ذات عيب ، يقال : عبت الشيء فعاب إذا صار ذا عيب ، فهو معيب و عائب [3] .

1 – أحمد بن فريحة الغريسي ، في الحياة الاسلامية ، الجزائر ، بن عكنون ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ب ط ، ج 4 ، 2011، ص109.

2 – ابن منظور لسان العرب ، ج 1 ، ص 633 .

3 – القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 11 ، ص 34 .

اصطلاحا : العيب في النكاح ، و هو ما يُخل بمقصوده الأصلي كالتنفير عن الوطء و كسر الشهوة وهو متعلق بكل نقص بدني أو عقلي أو معنوي في الزوجين معاً ، أو بأحدهما يمنع من تحقيق أهداف الزواج و غاياته السامية .

1-عيوب الرجال :

أ- **العنة** : لغة : عَنّ الشيء عنّاً و عُنوناً : أي إذا اعترض أمامه ، ويقال امرأة عنينة : لا تشتهي الرجال و العنة و العُنة : الاعتراض و الاعتنان : الاعتراض و الجمع أعِنّة وعُنُن[1].

و في الاصطلاح : هو من لا يقدر على الجماع لمرض أو لكبر السن[2] .

بالنسبة للحنفية : العنة تتنافى مع العلاقة الزوجية وهي كالمرأة و المرأة وهو يوجب الحق في طلب الفسخ .

المالكية : العنين هو من له ذكر صغير لا يتأتى به الجماع و مثله الذي له آلة ضخمة لا يتأتى بها الجماع .

فكلاهما عيب يجعل للمرأة حق الفسخ [3] .

الحنفية : العنين هو الذي لا يستطيع إتيان زوجته في قبلها و لو انتصبت آلته قبل أن يقرب منها و إذا أمكنه أن يتأتى غيرها ، أو يأتي الثيب دون البكر ، و أمكنه أن يأتي زوجته في دبرها لا في قبلها ، فمن وجدت فيه حالة من هذه الاحوال كان عنيناً بالنسبة لزوجته ، و كان لها حق طلب الفسخ .

الشافعية و الحنابلة: عرّفوا العنين بأنه العاجز عن إتيان امرأته في قبلها حتى ولو كان قادرا على اتيان غيرها [4].

1 – ابن منظور لسان العرب ، ج 13 ، ص 656.

2 – الجرجاني ، معجم التعريفات ، دار الفضيلة ، القاهرة ، ص 2004 .

3 – محمد عوض الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعة ،القاهرة ، دار الأفاق العربية ، ط1 ، ج4، 1427 هـ /2006م ، ص138-151 .

4 – محمد عوض الجزيري ، المرجع السابق ، ص 138-151.

ب- الجب :

لغة : مصدر جباً ، يقال جبّه يَجُبُه جَباً و جباباً ، أي إذا قطعه ، و الاجتباب هو استئصال الخص

و في الاصطلاح :

عند الاحناف : الجب استئصال ذكر الخصيتين .

عند المالكية : الجب هو قطع الذكر و خصيتاه معاً و لو خلقة .

عند الشافعية : الجب هو قطع الذكر كله أو لم يبق منه قدر الحشفة .

ج- الخصاء : يقال خصاه ، خصياً و خِصاء : سل خصيتيه و نزعهما و الجمع خصيان و خِصية : و الخصية البيضة من أعضاء التناسل و يكون في الناس و الدواب و الغنم [1] .

عند المالكية : الخصي هو مقطوع الأنثيين دون الذكر و لو انتصب ذكره ، و لكنه لا يمني كان معيباً ، أما إذا أمنى فلا رد بالخصاء وأما المعترض هو الذي لا ينتصب لمرض

و نحوه .

الشافعية : هو سل البيضتين أو قطعهما مع بقاء الذكر .

عند الحنابلة : هو قطع الخصيتين أو سلهما أو رضهما كما يسل الأنثيان من الحيوان مع بقاء جلدهما ، ولو كان الذكر باقيا سليما يمكن الوطء به ، لأن الخصاء إما أن يمنع الوطء أو يضعفه ، و يمكن اثباته من خلال عرض المعيب على الطبيب الخبير ، و اقراره يفصل في الموضوع و مثل ذلك ما إذا ادعت أن ذكره شُل فإنه لا يمكن أن يحكم القاضي في الموضوع حكما صحيحا إلا الطبيب الخبير[2] .

1 – ابن منظور ، لسان العرب ، ج 14 ص 229 .

2 – محمد عوض الجزيري ، المرجع السابق ، ص 138-152.

د- الاعتراض : هو عدم انتشار الذكر ، و هذا في الاصطلاح عند المالكية فقط ، و غيرهم أدخله في العنة [1] .

هـ- التآخذ : هو الامتناع عن قربان الزوجة لمانع حسي ربما مثلوا له بالمسحور[2] .

- **أهمية قول الخبير في هذه الأمور :**

الخبير يثبت أن هذه العيوب إما أن تكون خلقة أو قديمة أو طارئة

و القاضي ينبني حكمه حسب ما يراه ضمن المعطيات التي أمامه و هل هذه العيوب يحصل تفريق بين الزوجين – الفسخ – و هذا موضع كبير و مختلف فيه عند الفقهاء لا مجال لذكره في أن العنة و الجب و الخصاء ..الخ توجب الفسخ أم لا ؟

و هل الأثر المترتب على التفريق بين الزوجين هو فسخ أم طلاق ؟

إذا حدث نزاع بسبب هذه العيوب كأن يدعي الزوج أنه وطء زوجته و أنكرت ، فإن كانت بكرا حكمت امرأة لها خبرة موثوقة بعدالتها ، فإن قالت : إن بكارتها أزيلت بوطء حلف الزوج أنه وطئها ، فإن حلف قضي له ، و إن نكل خيرت الزوجة بين الإقامة معه و طلاقها منه ، على الوجه المتقدم ، إذا لم يكن قد أجل له سنة ، و إلا أجل له سنة بعد تقرير ذات الخبرة ، و إن عرضت على امرأتين لهما خبرة ، كان أفضل و أوثق .

وإن كانت المرأة ثيباً حين تزوجها ، فإنه يحلف بأنه وطئها من غير عرضها على ذات خبرة ، و يعمل بقوله منكر استحقاق الفرقة ، هذا هو المقرر ، وقد يقال : إذا وجدت وسيلة يمكن بها معرفة الرجل إذا كان قادر على الوطء كما يقال أو لا ، كالكشف الطبي ، فلماذا لا يصار إليها لتضرر المرأة .

1 – الدردير ، شرح الدردير ، ج2 ، ص 470 – 471.

2 – الموصلي ، الاختيار لتعليل المختار ، القاهرة ، مطبعة الحلبي ، ب ط ، ج 3 ، ص 115 .

النبي صل الله عليه و سلم يقول : (لا ضرر و لا ضرار) لا مانع من ذلك لأنه هو الوسيلة الوحيدة للإثبات ، خصوصا أنهم أجازوا عرض المرأة على النساء إذا ادعى أنها رتقاء و أنكرت و لا فارق بينهما[1] .

هذا الموضوع كبير وفيه اختلاف كثير يمكن بحثه بشكل مستقل ، و أغلب الفقهاء من أصحاب المذاهب الفقهية لا يخرجون عن هذه المعاني للعيوب عند الرجال و تعريفاتهم تدور حول المعنى نفسه .

1 – محمد عوض الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعة ،القاهرة ، دار الأفاق العربية ، ط 1 ، ج 4 ، 1427 هـ /2006م ، ص 147-148 .

2/ عيوب النساء :

أ- **الرتق** : مصدر رتق الشيء أي إذا لحمه و أصلحه و الرتق ضد الفتق قال تعالى : ﴿ أَوَلَمۡ يَرَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ أَنَّ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضَ كَانَتَا رَتۡقٗا فَفَتَقۡنَٰهُمَاۖ وَجَعَلۡنَا مِنَ ٱلۡمَآءِ كُلَّ شَيۡءٍ حَيٍّۖ أَفَلَا يُؤۡمِنُونَ ٣٠ ﴾ سورة الأنبياء .

الرتق : مصدر ، و سميت المرأة رتقاً بسبب التصاق الموضع و لا يمكن جماعها ، فمدار الرتق في اللغة على السد و الالتحام و الالتئام [1] .

ب – القرن : لغة : يقال قَرَنَ الشيء : أي إذا جمع بينه و بين آخر أو وصلهما و القرن بسكون الراء ، شيء يكون في فرج المرأة كالسن يمنع الوطء و يقال له العفلة ، قد يكون لحم أو من غدة غليظة .

ج – العفل : لغة : عَفَلَ عَفْلاً ، و عَفَل الكبش أي حبسه و العفل : شيء يخرج من قبل المرأة ، و الجمع عُفل و عند الرجل يخرج من الدبر .

د- الإفضاء : لغة : الاتساع ، و الفضاء الشيء المختلط ، و أفضى المرأة : جعل مسلكيها واحداً فهي مفضاة .

اصطلاحا : هو اختلاف مسلكي الذكر و البول ، و أولى منه اختلاط مسلكي الذكر و الغائط ، أي المني و البول [2]، و عبر عنه بالفتق عند الحنابلة و يقال لها الشريم أيضا .

و – البخر : هو نتن الفرج ، و أما نتن البدن فلا رد به و هو إن أمكن تخفيه بالنظافة و الروائح العطرة ، و تنظيف المعدة بتنظيف الأغذية و تخفيفها إلا أن علاجه صعب و سببه أن فم المعدة له غطاء إذا نزل عليه الغذاء ينتفخ فينزل الغذاء إلى المعدة ، ثم يعود الغطاء كما كان فيكتم الروائح التي تنبعث من المعدة ، فإذا اختل ذلك انبعثت منه رائحة البخر [3] .

1 – ابن منظور ، لسان العرب ، ج 10 ، ص 114.

2 – محمد عوض الجزيري ، المرج السابق ، ص 151-152 .

3 – أحمد بن فريحة الغريسي ، في الحياة الاسلامية ، الجزائر ، بن عكنون ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ب ط ، ج 4 ، 2011، ص 112.

ز- **الاستحاضة** : هو سيلان الدم في غير وقته من العرق النازل من أدنى الرحم دون قعره و ذلك لعلة و ليس أمراً جلياً [1] .

و هناك عيوب مشتركة بين الزوجين ، لا مجال لتفصيلها و هي :

الجنون ، و الجذام ، و البرص ، والعذيطة وهي الخراقة عند الوطء ...فهذه العيوب متى وجد واحد منها في أحد الزوجين كان للآخر أن يطلب مفارقته بفسخ النكاح و لو كان معيبا مثله لأن الإنسان يكره من غيره ما لا يكرهه من نفسه ، فالجنون الذي يثبت به الخيار للرجل وللمرأة له ثلاث صور:

الأولى أن يحدث قبل العقد ، الثانية أن يحدث بعد العقد و قبل الدخول ، و الثالثة أن يحدث بعد الدخول .

أما الجذام فإنه يثبت به الخيار للزوجة ، سواء وجد في الرجل قبل العقد أو بعده ، و سواء كان قليلا أو كثيرا ، بشرط أن يكون محققا ، فإنه كان مشكوكا في أنه جذام ، أو لا فإنه لا يرد بالاتفاق ، و أما الرجل فله حق الفسخ إن كان موجودا في المرأة قبل العقد أو عند العقد ، سواء كان قليلا أو كثيرا ، و لا حق له في الفسخ بالجذام الحادث بعد العقد مطلقا ، كما لا حق لأحدهما في الفسخ بالجذام القائم بأصولهما كالأب و الجد و الأم خوفا من وصول الداء بطريقة الوارثة لأن ذلك غير مستيقن .

أما البرص سواء كان أبيض أو أسود فإن كان قبل العقد و كان كثيرا فإنه يجعل لكل من الزوجين الخيار في الفسخ ، فإن كان يسيرا فترد به المرأة باتفاق ، و هناك قولان في رد الرجل باليسير من البرص ، وهذا إذا حدث قبل العقد و إذا حدث بعد العقد ، فإن كان يسرا فلا رد به لأحدهما سواء وجد في الزوج أو الزوجة ، و إن كان كثيرا وجد في الرجل كان للمرأة الحق في الرد أو الفسخ و إن وجد في المرأة فليس للرجل الحق في الفسخ على المذهب المالكي و ذلك لأن الرجل بيده الطلاق فإن تضرر منها فارقها بالطلاق [2].

1 - ابن منظور ، لسان العرب ، ج7، ص 142.

2 – أحمد بن فريحة الغريسي، في الحياة الاسلامية، الجزائر، بن عكنون، ديوان المطبوعات الجامعية، ب ط، ج 4، 2011، ص 109-111.

و فيما يتعلق بالعذيطة فإنها عيب يرد به الزوجان ، و هو مرض قذر تنفر منه النفس ، ولكن شره أهون من غيره ، فإن كان الرجل يتقذر به و يعاف المرأة بسببه فله مفارقتها بالطلاق ، و أما المرأة فيمكنها الاغضاء عنه [1].

- قول أهل الخبرة و المعرفة في إثبات العيب بين الزوجين :

لقد علمنا أن الخبرة وسيلة من وسائل الإثبات الهامة في القضاء ، خاصة فيما تعلق بعيوب الزوجين ، فإن قول أهل الخبرة بمثابة بينة للمدعي تشهد له بصحة دعواه [2].

و في العصر الحاضر الذي تقدمت فيه ميادين العلم في كافة المجالات أصبح هناك مختصون و خبراء يلجأ إليهم من أجل المشاورة و التحكيم .

هناك العديد من المسائل التي يرجع فيها إلى أهل الدراية و العلم و المعرفة و الخبرة ، و قد ذكرها الفقهاء في كتبهم .

علاقة هذا البحث بقول أهل الخبرة ، من حيث تحديد طبيعة العيب المدعى به ، و هل هو قديم أم جديد و كل ما يرتبط به من أمور [3] .

إذا قدمت إلى القاضي دعوى من أحد الزوجين بخصوص العيوب المانعة من النكاح ، فإنه يستعين بأهل الخبرة و المعرفة ، فيأخذ برأيهم ، و يكون هذ الرأي هو وسيلة إثبات خاصة عند عدم وجود أدلة أخرى للإثبات ، و الله سبحانه و تعالى جاء بهذا الأمر كما أسلفنا في قوله تعالى : ﴿ فَسْـَٔلُوٓاْ أَهۡلَ ٱلذِّكۡرِ إِن كُنتُمۡ لَا تَعۡلَمُونَ ﴿٤٣﴾ ﴾ سورة النحل ، و المعلوم أن أهل الذكر هم أهل الخبرة و العلم و المعرفة ، و هذا ما وضحناه فيما سبق في مشروعية الخبرة في الفقه الاسلامي [4] .

1 – أحمد بن فريحة الغريسي ، المرجع نفسه، ص 109–111.

2 –.محمد الزحيلي ، وسائل الاثبات ، ج2 ، ص 594–600 .

3 – الموسوعة الفقهية الكويتية ، ج 29 ، ص 67–68 .

4 – راجع مشروعية الخبرة من هذه المذكرة ، ص 10 –13.

يشترط في الخبير الذي يدلي بقوله في إثبات العيب أو نفيه ، أن يكون من أهل المعرفة و الاختصاص و الثقة و الأمانة ، لأن قول الخبير يعد من قبيل الإخبار ، و هو يحتمل الصدق أو الكذب ، و لكن بما أن خبره يستند إلى علم و فهم و حذق فيترجح جانب الصدق في قوله [1] .

و ما يرجع فيه إلى أهل قول الخبرة في الطب و ما يتعلق بعيوب أحد الزوجين أو كليهما ، كأن تدعي الزوجة أن زوجها عنيناً ، فيؤجله القاضي سنة كاملة لتمكينه من الاتصال بزوجته ، فإذا انقضت السنة وادعى وطأها و أنكرت ، فإنها تعرض على أهل الخبرة في هذا المجال ، و يمكن أن يحصل لهم الكشف الطبي ، فإن قالوا لا تزال تلك المرأة التي ادعت على زوجها بالعنة بكراً فإن القاضي عندها يفرق بينهما [2] .

روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قضى في الزوج العنين أن يؤجل سنة ، فإن وصل زوجته و إلا أخذت المهر كاملاً وفرق بينهما و عليها العدة ، مع أن الظاهرية يخالفون الجمهور في التفريق بين الزوجين للعيوب .

كما أن هذه العيوب تمنع الوطء فضررها ظاهر لأنها تفوت مقاصد النكاح من عفاف النفس و إيجاد النسل ، فكان الفسخ بسببها يتفق و أصول الشريعة في رفع الضرر و التقارير الطبية التي تكتب نتيجة الفحص الطبي تعتبر بمثابة بينة تساند موقف المدعي من أحد الزوجين متى ما خرجت من طبيبة ثقة .

أولا: الخبرة في أمور أخرى تتعلق بالنساء:

1-البكارة :

البكارة بالفتح : هي جلدة على قُبل المرأة ، و تسمى عذرة أيضاً و العذراء هي المرأة التي تفتض ، و البكر هي التي لم يلمسها رجل ، و يقال للرجل بكر إذا لم يقرب النساء ، و البكر كل أنثى تعتبر في الحكم بكراً سواء كانت بكراً حقيقة لبقاء غشاء البكارة أو مع زواله [3] .

1 - محمد الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 596-600 .

2 - الكسائي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمية ، ط2 ، ج 2 ، 1406 هـ/ 1986 م ، ص 323 .

3 - ابن منظور ، لسان العرب ، ج4 ، ص 78 .

و في الحديث قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : (خذوا عني ، خذوا عني ، قد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة و نفي سنة و الثيب بالثيب جلد مائة و الرجم)[1].

لا خلاف بين أهل العلم من زالت بكارتها ، أي عذرتها بغير وطء كوثبة أو طفرة أو حدة حيضة أو طول التعنيس أو بالضرب ...الخ ، فإنها في حكم البكر التي بقيت فيها العذرة – غشاء البكارة – و على هذا الأمر ذهب الفقهاء في مختلف المذاهب الإسلامية [2] .

إن مسألة البكارة من المسائل المهمة عند جميع المجتمعات الاسلامية و التقاليد الاجتماعية تعطي هذا الأمر الكثير من الأهمية و هذه التقاليد و الأعراف تجعل من غشاء البكارة دليلاً على عفة المرأة و تجعل تمزقه قبل الزواج عنواناً على فسادها فينتج نزاع داخل الأسرة و يؤدي إلى تدمير الأسرة بأكملها و إيقاع الأذى في تلك المرأة التي تعتبر مجرمة تستحق القتل حسب تلك الأعراف و التقاليد .

كثيراً ما نسمع و نرى فتيات تم قتلهن في المجتمعات المحافظة نتيجة هذا الأمر المُشين و هذا الأمر أدى الى شيء آخر قد شاع في زماننا شيوع الأخبار ، و أصبح من الأهمية أن يطرق ، لأن فيه من الشبهة ما فيه ، وهو أن كثيراً من الفتيات أصبحت تأتي الفاحشة قصداً فتذهب بكارتها أو أنها قد خلقت من غير بكارة ، فتذهب تلك الفتيات إلى طبيب أو شخص ، يقوم بعملية تسمى عملية رتق البكارة ، و هو إعادة الغشاء كما سبق إلى حد ما ، و يترتب على هذا كثيرا من الأمور التي يجب الاحتراز منها من باب المصلحة ..الخ [3] .

فذلك كان لا بد من التحقق من هذا الأمر حتى تستقر الحياة العائلية و يقضي على الشكوك و الظنون ...، فهذا الأمر يتطلب أن تعرض المرأة على خبير من النساء – كطبيبة مثلاً– تراها و تفحصها و ترى هل زالت بكارتها أم لا ؟ و إذا زالت بكارتها ، فترى الخبيرة أزالت بسبب حيض أم أنها خلقت بدون بكارة أم بسبب وثبة أم أنها زالت بسبب وطء ..الخ .

1 – مسلم بن الحجاج ، صحيح مسلم ، دار طيبة ، ط 1 ، كتاب الحدود ، 1427 هـ /2006 م ، ص 806 ، رقم 1690 .

2 – الكسائي ، بدائع الصنائع ، ج 2 ، ص 325–327 .

3 – أيمن محمد علي ، شهادة أهل الخبرة و أحكامها ، عمان ، دار الحماد ، ط1 ، 2008 ، ص 122 .

2-اشتراط الزوج بكارة الزوجة :

ذهب الحنفية : أن الزوج لو تزوجها على أنها بكر و تبين له بعد الدخول أنها ثيب فإنه يلزمه كل المهر ، لأن المهر شرع لمجرد الاستمتاع دون البكارة و لا يثبت بتخلف شرط البكارة فسخ العقد .

ذهب المالكية : فلا يصح له ردها إلا أن يقول الزوج (أتزوجها عذراء) و هي التي لم تزل بكارتها بمزيل و لا يثبت الفسخ ، إلا أن يشترط العذرية .

و عند الشافعية : لو نكح امرأة بشرط بكارتها ، فتبين فوات الشرط صح النكاح ، لأن المعقود عليه معين لا يتبدل بخلف الصفة المشروطة و القول الثاني عندهم بطلانه لأن النكاح يعتد الصفات و الاسماء دون التعيين و المشاهدة ، فيكون اختلاف الصفة فيه .

عند الحنابلة : إن شرط في التزويج أن تكون بكراً فوجدها ثيباً بالزنى ملك الفسخ ، أما الشرط بأن تكون بكراً فبانت ثيباً ، قال ابن قدامة : عن أحمد كلام يحتمل الامرين[1] :

أحدهما :لا خيار له لأن النكاح لا يرد فيه بعيب سوى ثمانية عيوب فلا يرد منه بمخالفة الشرط .

الأمر الثاني : له الخيار نصاً ، لأنه شرط وصفاً مرغوباً فيه ، فبانت بخلافه .

روى الزهري أن رجلا تزوج امرأة فلم يجدها عذراء، كانت الحيضة خرقت عذريتها ، فأرست إليه عائشة رضي الله عنها ، أن الحيضة تذهب العذرة يقيناً.

و في الحسن الشعبي ، في الرجل إذا لم يجد امرأته عذراء ، ليس في ذلك شيء ، لأن العذرة تذهب بالوثبة و كثرة الحيض و التعنيس و الحمل الثقيل [2].

نجد أن أمر البكارة هو مما تطلع عليه النساء غالباً و لا يطلع عليه الرجل ، لأن كشف العورة غير جائز في الشريعة الاسلامية ، و لأن هذا الأمر المتعلق به خطير و مهم جداً ، فيجوز للنساء المتخصصات الاطلاع عليه للوقوف على حقيقته .

1 – الموسوعة الفقهية الكويتية ، ج 8 ، ص 180-181.

2 – فقه النوازل ، لجنة المناهج ، الجامعة الامريكية المفتوحة ، كلية الدراسات الاسلامية و العربية ، ب ط ، ب س ، ص 234 .

3- الثيوبة :

مصدر ثاب : أي رجع ، و يقال للإنسان إذا تزوج ثيب و الإطلاق على المرأة أكثر لأنه ترجع إلى أهلها على غير الوجه الأول [1]، و ورد في الخبر : (البكر بالبكر جلد مائة و نفي سنــة ، و الثيب بالثيب جلد مائة و الرجم) [2] .

هناك مسألة هامة تتعلق بهذا الأمر ، هل من زالت بكارتها في الحكم تعتبر ثيباً ؟ و قد اختلف الفقهاء في ذلك :

- ذهب أبو حنيفة و صاحباه أن من زالت بكارتها في وطء صحيح فهي ثيب ، أو بعد شبهة عقد فهي ثيب ، و تُزوج الثيب لكنهم اختلفوا في الموطوءة بزنا هل إذا ذهبت بكارتها تعتبر ثيباً أم لا ، فقال أبو حنيفة تعتبر بكراً ، و أما صاحباه أبو يوسف و محمد قالا تعامل معاملة الثيب .
- ذهب المالكية : أن الثيب هي التي زالت بكارتها في وطء حلال دون الحرام على المشهور ، و من زالت بكارتها بزنا فإنها تعتبر بكراً [3] .
- عند الشافعية و الحنابلة : إذا زالت بكارة المرأة بوطء في القبل سواء كان حلالا أم حراماً ، أو بذكر حيوان فالأوجه أنها ثيب [4].

هذه المسألة (أي الثيوبة) و مسألة البكارة من المسائل المهمة في الفقه الإسلامي و في المجتمع المسلم ، نظرا لما يتعلق بها من أحكام ، و هذه المسائل التي تطلع عليها النساء غالباً و ذلك للحفاظ على عورات من الكشف و مبدأ الستر في الاسلام شيء مهم .

إن الخبيرة من النساء (طبيبة) ترى تلك الفتاة بكر أم ثيب لأن أحكام الثيب تختلف عن أحكام البكر ، فمثلا من ناحية الولي في النكاح ، و الثيب أحق بنفسها ، و ذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم : (الأيم أحق بنفسها من وليها) [5] .

1 – الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية ، ط2 ، ج 15 ، ص 65 .

2 – أخرجه مسلم ، ج3 / رقم الحديث 1316.

3 – الدردير ، الشرح الصغير ، ج1 ، ص 357–366 .

4 – الموسوعة الفقهية الكويتية ، ج 15، ص 65–66 .

5 – مسلم بن الحجاج ، صحيح مسلم ، دار طيبة ، 1427هـ 2006م ، كتاب النكاح ، ص 614 ، رقم 1419.

مسألة القسم بين الزوجات و البيات عندها إذا كانت ثيباً و عند غيرها ، و مقدار الأيام التي يبيتها الزوج عند كل منهما (أي الثيب و البكر) و يظهر أثر تبيين الثيوبة من البكارة في استحقاق المهر لكل واحدة و مقداره ، و أيضاً في الوصية للبكر و الثيب ...الخ.

الفرع الثاني: اثبات النسب :

أولا : اثبات النسب بواسطة القيافة

1-تعريف القيافة :

أ- لغة : من قاف يقوف قوفاً و قيافة أي : تتبع الأثر الجمع قافة كبائع و باعة [1] .

ب-شرعاً : من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه بما خصه الله تعالى به من علم ذلك [2] .

القافة : قوم يعرفون الانساب بالشبه و قد اختلف العلماء في جواز الأخذ بحكم و رأى القائف في إلحاق النسب على قولين .

القول الأول : جواز الحكم بالقيافة دل عليه سنة الرسول صلى الله عليه وسلم و عمل خلفائه الراشدين كعمر و علي و الصحابة من بعدهم كأبي موسى الأشعري و ابن عباس و انس بن مالك و لا مخالف لهم من الصحابة ، و من التابعين سعيد بن المسيب و عطاء بن رباح و الزهري و إياس بن معاوية و قتادة و مالك بن أنس و أصحابه و من بعدهم الشافعي و أصحابه و أحمد و اسحاق و أبو ثور و أهل الظاهر ، و اجمالاً فهو قول جمهور الأمة ، و أما الأدلة التي استندوا عليها فأذكر منها :

- ما جاء في خبر الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها قالت : دخل علي النبي صلى الله عليه و سلم مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال : ألم تري أن مجززاً المدلجي دخل عليّ فرأى أسامة و زيداً عليهما قطيفة قد غطيا بها رؤوسهما وقد بدت أقدامهما فقال أن هذه الأقدام بعضها من بعض[3] .

1 – ابن منظور ، لسان العرب ، ج9 ، ص 293 .

2 – الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، بيروت، دار المعرفة ،ط1، ج4 ، 1418هـ/1997 م ، ص 64 .

3 – اسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، دار ابن كثير ، دمشق ، كتاب الفرائض ، باب القائف ، 1423هـ ، 2002 م ، ص 1676 ، رقم 6771 .

و هذا دليل على اقرار النبي صلى الله عليه وسلم على القافة و لولا ذلك لمنعه من المجازفة و هو صلى الله عليه و سلم لا يقر على خطأ و لا يسر إلا بالحق ، و سبب سروره عليه الصلاة و السلام بما قاله مجزز : أن المنافقين كانوا يطعنون اسامة لأنه كان طويلاً أسود الأنف .

كان زيد قصيراً بين السواد و البياض أخنس الأنف ، وكان طعنهم مغيظة له صلى الله عليه و سلم إذ كانا حِبّيْهِ ، فلما قال المدلجيّ ذلك وهو لا يرى إلا أقدامهما سُرّ به و قال أبو داود : ان زيداً كان أبيض ، و روى ابن سعد أن اسامة كان أحمر أشقر و زيد مثل الليل الأسود [1].

قال الشافعي معقباً على حديث عائشة رضي الله عنها : فلو لم يكن في القافة إلا هذا ينبغي أن يكون فيه دلالة أنه علم ، و لو لم يكن عالماً لقال له : لا تقل هذا لأنك إن أصبت في شيء لم آمن عليك أن تخطئ في غيره و في خطئك قذف محصنة أو نفي نسب و ما أقره إلا أن رضيه علماً و لا يسر إلا بالحق صلى الله عليه و سلم .

اعتمد النبي صلى الله عليه وسلم الشبه في لحوق النسب في ولد المتلاعنين فقال : أبصروها فان جاءت به أكحل العينين سابغ الأليتين خدلج الساقين ، فهو لشريك بن سحماء فجاءت به كذلك فقال صلى الله عليه وسلم : لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي و لها شأن عظيم[2].

و ذكر عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن عروة بن الزبير أن رجلين ادعيا ولدا، فدعا عمر القافة، واقتدى في ذلك ببصر القافة، وألحقه أحد الرجلين .

وروى عبد الرزاق عن معمر عن أيوب عن بن سيرين قال اختصم إلى الأشعري في ولد ادعاه دهقان ورجل من العرب فدعا القافة فنظروا إليه فقالوا للعربي أنت أحب إلينا من هذا العلج أو كما قال ولكن ليس بابنك فخل عنه فإنه ابنه [3].

1 – شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج ، بيروت ، دار المعرفة ، ج 4 ، ط 1 ، 1418هـ /1997 م ، ص 647 .

2 – ابي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، لبنان ، بيروت ، دار ابن كثير ، ط 1 ، كتاب التفسير (سورة النور 24) ، ص 1186 ، ح رقم 4747 .

3 – عبد الرزاق الصناعي ، المصنف ، بيروت ، المكتب الاسلامي ، ط 1 ، ج 7 ، 1390هـ /1970م ، ص 360 ، رقم 13475 و 13479.

و روي أن رجلاً شريفاً شك في ولد له من جاريته و أبى أن يستلحقه ، فمر به إياس بن معاوية في المكتب وهو لا يعرفه فقال : أدع لي أباك فقال له المعلم : و من أبوك هذا ؟ قال : فلان ، قال : من أين علمت أنه أبوك ؟ قال : هو أشبه به من الغراب بالغراب ، فقام المعلم مسروراً الى أبيه فأعلمه بقول إياس ، فخرج الرجل و سأل إياس فقال : من أين علمت أنه ولدي ؟ فقال سبحان الله ، و هل يخفى على أحد ؟ إنه أشبه بك من الغراب ، فسر الرجل و استلحق ولده .[1]

تشهد للقافة أصول الشريعة و القياس لأن القول بها حكم يستند إلى ادراك أمور خفية و ظاهرة و الشارع متشوف إلى اتصال الأنساب و عدم انقطاعها فوجب اعتباره كنقد الناقد و تقويم المقوّم و قد حكى أبو محمد بن قتيبة : أن قائفاً كان يعرف أثر الأنثى من أثر الذكر .

أهل الخبرة هم أهل القيافة و أهل الخرص و القاسمين و غيرهم ، ولهم فيها علات يختصون بمعرفتها من التماثل و الاختلاف و القدر و المساحة...الخ.

القول الثاني : عدم جواز الأخذ بحكم القافة و هو قول أبي حنيفة و أصحابه و استدلوا على ما يلي :

- الحكم بالقافة تعويل على مجرد الشبه و الظن و التضمين ، فإن الشبه يوجد بين الأجانب و ينتفي بين الأقارب و هذا أمر معلوم بالمشاهدة لا يمكن جحده فكيف يكون دليلا على النسب و يثبت به التوارث و الحرمة و سائر أحكام النسب .

و قد روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم قال : يا رسول الله ولد لدي غلام أسود ، فقال : هل لك من ابل ؟ قال نعم ، قال ما لونها ؟ قال حمر ، قال : هل فيها من أوْرَق ؟ قالِ : نعم ، قال فأنّى ذلك ، قال لعله نزعه عرق ، قال فلعل ابنك هذا نزعه .[2]

ذهب الحنفية إلى أنه لا يثبت النسب بقول القافة ، لأن الشبه لا يثبت بها ، و إنما لأن الشرع حصر دليل النسب في الفراش و غاية القيافة المخلوقية من الماء لا لإثبات الفراش ، فلا تكون

1 – موفق الدين ابن قدامة ، المغني ، دار احياء التراث ، العربي ، ط1 ، ج6، 1405هـ/1985م ، ص 127 ، رقم 4576 .

2 – البخاري ، صحيح البخاري ، لبنان ، بيروت ، دار ابن الكثير ، ط 1، 1423هـ /2002 م ، ص 1352 ، رقم 5305 .

حجة لإثبات النسب ، و يستدلون على مذهبهم بأن الله عز وجل شرع حكم اللعان بين الزوجين عند نفي النسب ، و لم يأمر بالرجوع الى قول القائف ، فلو كان قوله حجة لأمر بالمصير إليه عند الاشتباه[1].

لأن مجرد الشبه غير معتبر فقد يشبه الولد أباه الأدنى ، و قد يشبه أباه الأعلى الذي باعتباره يصير منسوباً إلى الأجانب في الحال و إليه أشار رسول الله صلى الله عليه

وسلم : (الولد للفراش و للعاهر الحجر)[2] .

مفاد كل هذا أن النسب يثبت للرجل عند الحنفية بثبوت سببه و هو النكاح ، أو ملك اليمين و لا يرجع عمل القائف إلى شيء ذلك ، و إنما يرجع إلى معرفة التخلق من الماء و هو لا يثبت به النسب حتى و لو تيقنا من هذا التخلق و لا فراش ، فإن النسب لا يثبت[3].

- **الترجيح :**

بعد الخوض في لُب ما استدل به كل الفريقين أرى أن الراجح هو عدم الآخذ بها في عصرنا الحاليّ لأن ظهور الوسائل العلمية و الحديثة التي تقوم على تحليل الدماء و الأنسجة و الخلايا كافية و نتائجها صحيحة نسبيا على عكس القيافة فقد يتشابه عدة اشخاص و ليس لهم أيّ صلة قرابة أو دم ، كما أن القانون الوضعي لا يأخذ بها و لا تعتبر قرينة لإثبات النسب بل تم استبدالها بالخبرة الطبية و المتمثلة في الطرق العلمية لإثبات النسب و هذا ما آخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 40 من قانون الاسرة التي تنص " ...يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب "[4] ، مع العلم أن القيافة كانت بمثابة الخبرة في اثبات النسب و ذلك قبل ظهور و سائل الاثبات العلمية .

1 – شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، بيروت ، دار المعرفة ، ج 17 ، 1409 هـ ، 1989 م ، ص 70 .

2 – الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية ، ج 14 ، ط 1 ، 1416هـ/ 1995 م ، ص 97 .

4 – قانون رقم 84–11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ09 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم .

ثانيا: اثبات النسب بواسطة البصمة الوراثية :

1-تعريف البصمة الوراثية :

أ- البصمة الوراثية مركب وصفي من كلمتين (البصمة) و (الوراثية) .

البصمة : مشتقة من البُصُم : هو فوق ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر ، عن أبي مالك و لم يجيء به غيره ، لابن العرابي : يقال ما فارقتك شبراً و لا فتراً و لا عتباً و لا بُصماً يقال البصم ما بين الخنصر و البنصر و العبر و الرتب مذكوران في مواضعهما ، وهو ما بين الوسط و السبابة ، و الفترة ما بين السبابة و الإبهام ، و البشر ما بين الإبهام و الخنصر و الفوت ما بين كل أصبعين طولاً [1] .

قد أكد مجمع اللغة العربية لفظة البصمة بمعنى أثر الختم بصم بصماً : أي ختم بطرف اصبعه [2] .

الوراثة : الوراثة من مصدر ورث أو أرث يقال ورث فلان و منه و عنه ورثاً و إرثاً أي صار إليه بعد موته و في الحديث : (لا يرث المسلم الكافر) ، أو ورث فلاناً جعله من ورثته ، و الورث و الوراثة و التراث مصادر ما يخلفه الميت و رثته ، و الميراث جمع مواريث و هو تركة الميت.

ب-البصمة الوراثية اصطلاحاً :

اِجتهد العلماء المعاصرون في وضع تعريف مناسب للبصمة الوراثية باعتبارها من المصطلحات العلمية الحديثة ، و قد اختلفوا في هذه التعريفات على النحو الآتي :

حيث جاء في تعريف ندوة الوراثة و الهندسة الوراثية و الجينوم البشري للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المنعقدة بالكويت في الفترة من 13 إلى 15 أكتوبر إذ يقول : (إن البصمة الوراثية هي البنية الجينية إلى الجينات المورثات التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه هي وسيلة لإنكار تخطي في التحقق من والديه البيولوجية و التحقق من الشخصية [3] .

1 – ابن منظور ، لسان العرب ، بيروت ، دار المصادر ،ج 2 ، ط 1 ، 2008م ، ص 97 .

2 – ابراهيم انيس و زملاؤه ،المعجم الوسيط ، قطر ، مطابع قطر الوطنية ، ج1 ، 1985م ، ص 60 .

3 – محمد أحمد غانم ، الجوانب القانونية و الشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية ، الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة ، ب ط ، 2008 ، ص 60.

كما جاء إقرار المجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة هذا التعريف السابق للبصمة الوراثية من الناحية العلمية ، وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي و التحقق من الشخصية ، و معرفة الصفات الوراثية المميزة للشخص و يمكن أخذها من أي خلية من الدم أو اللعاب أو المني...أو غير ذلك [1] ، أما التعريف العلمي للبصمة الوراثية هي : التركيب الوراثي الناتج عن فحص الحمض النووي العدد واحد أو أكثر من أنظمة الدلالات الوراثية[2] .

و الناظر لهذه التعريفات يتبين له أنها تدور حول معنيين لا ثالث لهما:

الأول : انتقال الوراثية من الآباء إلى الأبناء .

الثاني : دراسة التركيب الوراثي و هذه أهم الأعمال التي تقوم البصمة الوراثية عن طريق خبير له دراية بهذه الأمور .

2- موقف الفقهاء من البصمة الوراثية :

رأي مجمع الفقه الإسلامي :

إن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في المدة من 21-1422/10/26هـ الذي يوافق 05-2002/01/10/10 النظر على التحريف الذي سبق للمجمع اعتماده في دورته الخامسة عشرة و نص على ما يلي : (البصمة الوراثية في البنية الجينية بينت البحوث و الدراسات العلمية أنها وسيلة تمتاز بالدقة و تسهيل مهمة الطب الشرعي و يمكن أخذها من أي خلية بشرية من الدم أو اللعاب أو المني أو البول أو غيره) .

إن تقرير اللجنة التي كلفها المجمع في الدورة الخامسة عشر بإعداده من خلال إجراء دراسة ميدانية مستفيضة للبصمة الوراثية و الاطلاع على البحوث التي قدمت في الموضوع من الفقهاء و الأطباء و الخبراء و الاستماع إلى المناقشات دارت حولها و تبين من ذلك أن نتائج البصمة الوراثية تكاد تكون في اثبات نسب الأولاد إلى الوالدين أو نفيهما ، و في إسناد العينة من البول أو

1 – حسني محمود عبد الدايم ، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الاثبات ، الاسكندرية ، دار الفكر الجامعي ، ط1 ، 2007م ، ص 83.

2 – خليفة علي الكعبي ، البصمة الوراثية و أثرها على الاحكام الفقهية ، الاسكندرية ، دار الجامعة الجديدة ، ط 1 ، 2004 م ، ص 45 .

المني أو اللعاب التي توجد في مسرح الحادث إلى صاحبها أقوى بكثير من العادية (التي هي اثبات النسب بوجود الشبه الجسماني بين الأصل و الفرع) .

و الخطأ في البصمة الوراثية ليس وارداً من حيث هو[1] ، إنما الخطأ في الجهد البشري أو عوامل التلوث نحو ذلك و بناء على ما سبق قرر ما يلي :

أ – لا مانع شرعاً من الاعتماد على البصمة الوراثية و التحقيق و اعتباره وسيلة للجرائم التي ليس فيها حد شرعي .

ب – إن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لا بد أن يحاط بمنتهى الحذر و الحيطة و السرية و لذلك لا بد أن تقدم النصوص و القواعد على البصمة الوراثية .

ت – لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب و لا يجوز تقديمها على اللعان بسورة النور .

ث – لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعاً ، و يجب على الجهات المختصة منحه و فرض العقوبات الزاجرة .

يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات الآتية :

– حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات و مراكز رعاية الأطفال و نحوها

كذا الاشتباه في أطفال الأنابيب .

– حالات ضياع الأطفال و اختلاطهم بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب و تعذر معرفة أهلهم أو وجود جثث لن يتمكن التعرف على هويتها ، أو قصد التحقق من الهويات في الحروب و المفقودين[2] .

– حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع بسبب نقص الأدلة أو تساويها أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة و نحوه.

1 – محمد فنخور العبدلي ، الحمض النووي أو البصمة الوراثية DNA هل يثبت به النسب ، محافظة القريات،1432 هـ/2010، ص 8–9 .

2 – حسام أحمد ، البصمة الوراثية حجيتها في الاثبات الجنائي و النسب ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط1 ، 2010 م، ص 173.

– يوصي المجمع الفقهي بما يأتي :

أن تمنع الدولة اجراءات الفحص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء ، و أن تكون مختبرات لجهات مختصة و أن تمنع القطاع الخاص الهدف للربح من مزاولة هذا الفحص لما يترتب على ذلك من المخاطر الكبرى .

- تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة ، يشترك فيها المختصون و الأطباء و الإداريون و تكون مهمتها الإشراف على نتائج البصمة الوراثية و اعتمادها .
- أن توضع آلية دقيقة لمنع الاحتيال و الغش ، و منع التلوث و كل ما يتعلق بالعنصر البشري في حقل مختصرات البصمة الوراثية ، حتى تكون النتائج مطابقة للواقع و أن يتم التأكد من دقة المختبرات ، و أن يكون عدد المورثات (الجينات المستعملة للفحص) بالقدر الذي يراه المختصون ضرورياً دفعاً للشك .

- **الرأي الشخصي :**

إن الأخذ بهذه التقنية تحقق مقصود الشرع في حفظ الأنساب من الضياع شريطة أن يتم إجراؤها من طرف خبراء لهم دراية واسعة و شاملة في مجال الطب الشرعي ، لأن الخبرة مبدأ ضروري لاستعمال هذه الوسيلة كما يجب ، لكن مع مراعاة الحالات غير الشرعية كصورة رجل و امرأة اعترف كل واحد منهما بالزنا و في هذه الحالة فالقاضي لا يستطيع شرعاً أن يثبت نسب الولد لذلك الرجل سواء اعترف ذلك الرجل بأن الطفل منه أو لم يعترف و هذا ما أخذ به الدكتور علي جمعة مفتي الديار المصرية .

ثالثا: العلاقة بين الطب الشرعي و الخبرة في الاسلام :

1-الطب الشرعي Médical Jurisprudence : هو فرع من فروع الطب يرتبط بالقضايا القانونية ، و المسائل الجنائية مثل كشف أسباب الموت في جرائم القتل و الانتحار و التسمم و الاجهاض و لهذا فإن الطب الشرعي فرع شديد الصلة بالفقه ، فيجب على من يتخصص فيه أن يكون على درجة كافية من المعرفة بالأحكام الشرعية التي تتعلق بالطب عامة و بفنون الطب الشرعي خاصة [1].

[1] - أحمد محمد كنعان ، الموسوعة الفقهية الطبية ، دار النفائس ، ط 1 ، 1420هـ/2000م ، ص 647 .

هناك علاقة وطيدة بين ما جاء في مجالات خبرة الطب الشرعي و بين الخبرة في الاسلام ، حيث أنه لما كان الأخذ بمسائل القافة و تشبه الآن ما يقوم به الطب الشرعي إلا أن الطب الشرعي لا يعتمد أساساً في إثبات النسب على الشبه ، و إنما يجعل الشبه أساساً في عملية الاثبات ثانوياً ، و يعتبر تحليل الدم و تحليل فصائل و زمر الدم للابن و الأب أو الأم شيئاً أساسياً في عملية الاثبات و هذا يتفق مع الشريعة الاسلامية في الأساس ، حيث أن القيافة طريق معتبر لإلحاق النسب و يمكن التأكد من قول القائف بتحليل الدم و معرفة فصيلة دم الأب و الأم و الولد ، فإن وافق التحليل قول القائف فيها و نعمت و إلا قدمت نتيجة تحليل الدم المبنية على أُسُسْ علمية ثابتة أودعها في الإنسان لأن القائف يعتمد على الخبرة في ذلك و هي معرضة للخطأ نوعاً ما[1].

كما أن مسائل تحديد عيوب الزواج لدى الزوجين ، و العيب القديم أم الجديد ، و يبنى عليه الفسخ أم لا؟...الخ.

و مسائل تحديد زوال البكارة و أسبابها ، و زمن زوالها ، كل هذه الأمور يبحثها الطب الشرعي و يحددها ، ويعرف حقيقتها ، ثم يتضح من أمور رتق البكارة ، و تبيين ما مدى عفة الفتاة ، خاصة إذا حدثت وفاة بسبب هذا الأمر ، و هذا يتفق مع الشريعة الإسلامية ، حتى لا تبنى الأحكام على الظن و يرمى الناس بالباطل و يحصل الظلم من ذلك ، و حتى يستقر المجتمع نفسياً بعد أن يعرف حقائق زوال البكارة و أسبابها و زوالها ليست علامة على الفحش أو عدم العفة و الطهارة ..الخ .

على هذا الأساس الشرعي الذي استمدت منه خبرة الطب الشرعي هو القرآن الكريم ، و السنة النبوية ، و هذا ما تؤكده الدراسات القانونية فيتوافر في هذا الأمر صفته الشرعية ، لأنها تخاطب العقل و الوجدان القائم على أساس يعتبر مصدراً لكل الشرائع و يؤكد أهمية الخبرة .

قال الله تعالى : ﴿ إِن تَدۡعُوهُمۡ لَا يَسۡمَعُواْ دُعَآءَكُمۡ وَلَوۡ سَمِعُواْ مَا ٱسۡتَجَابُواْ لَكُمۡۖ وَيَوۡمَ ٱلۡقِيَٰمَةِ يَكۡفُرُونَ بِشِرۡكِكُمۡۚ وَلَا يُنَبِّئُكَ مِثۡلُ خَبِيرٖ ١٤ ﴾ سورة فاطر .

[1] - أيمن محمد علي ، شهادة أهل الخبرة و أحكامها ، عمان ، دار الحماد ، ط1، 2008 ، ص 197.

هذا يشير إلى ضرورة الرجوع إلى أهل المعرفة و الخبرة و الاختصاص في الأمور الفنية و القرآن الكريم جاءت بعض آياته واضحة ضمن هذا النطاق ، ومثال على ذلك قوله تعالى : ﴿ وَجَآءُو عَلَىٰ قَمِيصِهِۦ بِدَمٍ كَذِبٍۚ قَالَ بَلۡ سَوَّلَتۡ لَكُمۡ أَنفُسُكُمۡ أَمۡرًاۖ فَصَبۡرٞ جَمِيلٞۖ وَٱللَّهُ ٱلۡمُسۡتَعَانُ عَلَىٰ مَا تَصِفُونَ ﴿١٨﴾ ﴾ سورة يوسف .

هنا أشار القرآن الكريم إلى وجود أثر الدم على القميص كما زعم اخوة يوسف عليه السلام ، و هذا الأمر لا يتعارض مع خبرة الطب الشرعي في عملية الإثبات و التحليل لمعرفة نوع و فصيلة الدم تلك و التأكد من صحتها عندما تكون على الملابس أو على أي جسم .

الفرع الثالث : الخبرة في الرضاع و الاستهلال :

أولا: معنى الرضاع : رضع أمه بالكسر (رَضَاعاً) بالفتح ، و لغة أهل نجد من باب ضرب و (أرضعته) أمه امرأة (مُرضع) أي لها ولد تُرضعه و تقول العرب الرضاعة بالفتح للراء و تقول الرِضاعة بكسر الراء [1]، و قد قال الله تعالى :

﴿ وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ لَا تُكَلَّفُ نَفۡسٌ إِلَّا وُسۡعَهَاۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۚ وَعَلَى ٱلۡوَارِثِ مِثۡلُ ذَٰلِكَۗ فَإِنۡ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٖ مِّنۡهُمَا وَتَشَاوُرٖ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَاۗ وَإِنۡ أَرَدتُّمۡ أَن تَسۡتَرۡضِعُوٓاْ أَوۡلَٰدَكُمۡ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا سَلَّمۡتُم مَّآ ءَاتَيۡتُم بِٱلۡمَعۡرُوفِۗ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعۡمَلُونَ بَصِيرٞ ﴿٢٣٣﴾ ﴾ سورة البقرة .

قال صاحب الجامع لأحكام القرآن بعد هذه الآية : يقال يَرْضَع رَضَاعة و رِضاعاً ، و رَضَعَ يرْضَعُ رَضْعاً و رِضَاعة (بكسر الراء في الأول و فتحها في الثاني ، و اسم الفاعل راضع

1 – الامام الرازي ، مختار الصحاح ، بيروت ، دار القلم ، ب ط ، 1975 م ، ص 245 .

فيهما ، و الرضاعة : اللؤم [1]، (و المُرضِعة) الأم ، و المُرضِع التي معها الصبي ترضعه و نجد الدليل على ذلك من القرآن الكريم .

قال الله تعالى : ﴿ وَحَرَّمْنَا عَلَيْهِ ٱلْمَرَاضِعَ مِن قَبْلُ فَقَالَتْ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰٓ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُۥ لَكُمْ وَهُمْ لَهُۥ نَٰصِحُونَ ﴿١٢﴾ ﴾ سورة القصص .

و قال الخليل[2] : المرضعة الفاعلة للإرضاع و (المرضِعُ) ذات الرَضيع .

معنى الاستهلال : نقول استهل الطفل أي صاح عند الولادة ، وهو مأخوذ من الفعل هلّ و معناه : السقوط و النزول[3] .

ثانيا: أهمية الخبرة في الرضاع و الاستهلال :

إن أمر الرضاع هام جداً ، بل خطير ، لأنه إذا لم يتداركه الإنسان بعين النظر و السؤال عنه و البحث فيه فإنه سيقع في إشكاليات متعددة ، فالرضاع أمر لا يطلع عليه الرجال غالباً ، و تطلع عليه النساء غالباً لذا كان من المهم بحث المسألة أن شهادة النساء تعتبر في مرتبة شهادة أهل الخبرة و المعرفة و ذلك لمعرفة أحوال الرضاع و كيفياته و أوقاته و أطرافه ، لأن فيه تترتب الحرمة بين الشخصين بسبب الرضاع و حتى لا يحدث بينهما زواج و بالتالي حدوث الفسخ بينهما [4].

أما الاستهلال فإن معرفة حالته و التأكد من أمره هام بالنسبة للإرث ، فأهل القضاء يهمهم أن يعرفوا هل استهل الطفل أم لا ؟ فإذا كان استهل فإنه يستحق ميراثه ، و إن لم يستهل فإن له ترتيبات أخرى تبحث في مسائلها.

1 – القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج3 ، ص 161 .

2– الخليل بن أحمد الفراهدي : (170هـ/786م) : الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهدي ، أبو عبد الرحمان ، من أئمة اللغة و الأدب و واضع علم العروض وهو أستاذ سيبويه النحوي ، ولد و مات بالبصرة ، عاش فقيرا شعث الرأس متمزق الثياب له مؤلفات عديدة منها (العين) معاني الحروف ، (النقط و الشكل) / الزركلي ، الأعلام ، ج2 ، ص 314 .

3 – الامام الرازي ، مختار الصحاح ، ص 699 .

4 – ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص 70 .

الفرع الرابع: الخبرة في تقسيم التركة

إذا وجد نزاع بين الورثة فمن المستلزم تعيين القاسم .

أولا :تعريف القاسم :

لغة : مأخوذ من القسم وهو مصدر قسم الشيء يقسمه قسْماً و قسمه أي : جزأه ، و القِسم (بالكسر) : النصيب و الحظ ، الجمع أقسام ، و قاسمته المال أي : أخذ كل واحد نصيبه ، و قسيمك :الذي يقاسمك أرضاً داراً أو مالاً ، و القسّام : الذي يقسم الدور و الأرض بين الشركاء[1] .

شرعاً : هي عبارة عن إفراز بعض الأنصباء عن بعض ، و مبادلة بعض ببعض و في الشرح الكبير : (تمييز حق في متاع بين شركاء) [2].

ثانياً : مشروعيتها : عرفت شرعية القسمة بالكتاب الكريم و السنة النبوية الشريفة و إجماع العلماء .

1- أما الكتاب الكريم : فقوله تعالى:﴿ وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ ۖ كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ ﴿٢٨﴾ ﴾ سورة القمر ، أي : أخبرهم أن ماء قوم صالح مقسوم بينهم و بين الناقة لها يوم و لهم يوم [3] ، وقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُوْلُواْ ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينُ فَٱرْزُقُوهُم مِّنْهُ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلاً مَّعْرُوفًا ﴿٨﴾ ﴾ سورة النساء ، أي إذا حضر قسمة التركة أحد من ذوي القربى غير الوارثين فانفعوهم بشيء من الرزق لأنها تعتبر صدقة وصلة .

2- و أما في السنة النبوية الشريفة :

هناك الكثير من الأحاديث التي تبين مشروعية القسمة نذكر منها :

1 – ابن المنظور ، لسان العرب ، ج12 ، ص 478 .

2 – الدردير ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج3 ، دار الكتب العلمية ، ب ط ، ب ت ، ص 500 .

3 – جمال محمد الدين القاسمي محاسن التأويل ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، ط1 ، ج 5 ، 1376 هـ ، 1957 م ، ص 42 .

حدثنا هشام بن عمار ثنا إسماعيل بن عياش ثنا شرحبيل بن مسلم الخولاني سمعت أبا أمامة الباهلي يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول في خطبته عام حجة الوداع : (إنّ الله قد أعطى كل ذي حق حقه ، فلا وصية لوارث) [1] .

عن أبي سعيد الخذري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قسم بينهم سهم طعاما مختلفا بعضه أفضل من بعض قال فذهبنا نتزايد بيننا فمنعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبتاعه إلا كيلا بكيل لا زيادة فيه[2] .

الإجماع : فإن الناس استعملوا القسمة و توارثوها من لدن رسول الله صلى الله عليه و سلم إلى يومنا هذا ، و المعقول يقتضيه توفيراً على واحد مصلحته بكاملها ليخلص من سوء المشاركة و كثرة الأيدي فيتمكن من التصرف في حصته على وجه لا يضايقه فيها أحد فكثيرة هي الأموال المشتركة الناس ، و عدم القول بجواز قسمتها يوقع الناس في الحرج و هذا مدفوع شرعاً ، و إدراجها في القضاء لا يحتاج القاضي إليها فالقاسم كالقاضي [3] ، و عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : قسّم رسول الله صلى الله عليه و سلم يوم خيبر للفرس سهمين و للرجال سهماً ، فسّره نافع فقال : إذا كان مع الرجل فرس فله ثلاثة أسهم فإن لم يكن له فرس فله سهم [4].

و كثرة الأيدي فيتمكن من التصرف في حصته على وجه لا يضايقه فيها أحد، فكثيرة هي الأموال المشتركة بين الناس و عدم القول بجواز قسمته يوقع الناس في الحرج و هذا مدفوعاً شرعاً.

ثالثا: أهم الشروط التي يجب أن تتوفر في القاسم :

1- الإسلام : فلا تجوز قسمة الكافر أو الذمي إلا بتراضي الشركاء ، فإن القاسم من قبل الحاكم أُشترط الإسلام لأنه صار نائبه و لا يجوز أن يكون الحاكم أو القاضي كافراً ، و هذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية و الحنابلة و عند الحنفية تجوز قسمة الذمي لجواز بيعه .

1 – محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني ، سنن ابن ماجة ، بيروت ، دار الفكر ، ب ط ، ج2 ، ص 209 ، رقم 2713 .

[2] - أحمد بن محمد بن حنبل ، مسند الإمام أحمد ، دار إحياء التراث العربي ، ج3 ، 1414هـ/1993م ، ص 81 . رقم 11362 .

[3] - جمال الكيلاني ، (الاثبات بالمعاينة و الخبرة في الفقه و القانون) ، مجلة جامعة النجاح للأبحاث كلية الشريعة ، نابلس ، فلسطين ، المجلد 16(1)، 2002م، ص 282.

4 – البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب المغازي ، باب (39) غزوة خيبر ، حديث رقم 4228،5/ ص 94 .

2- العلم و الحساب : و هذا باتفاق الفقهاء لأن عمله يتطلب ذلك حتى لا يقع حيفه الذي يؤدي إلى النزاع .

3- أن يكون عادلاً أميناً على أموال الناس و هذا باتفاق الفقهاء أيضاً .

القسمة من العقود اللازمة التي لا يجوز الرجوع عنها و لا نقضها ، فإذا حكم القاضي بها لزمت جميع الشركاء و ليس لأحدهم الرجوع عنها بلا سبب شرعي كالضرر أو العيب ، فإذا تمت عملية القسمة و خرجت جميع السهام سواء كانت بالتراضي أم بالتقاضي لزمت ، و هذا فقه جمهور العلماء من الحنفية و المالكية و الحنابلة [1] ، و عند الشافعية : تلزم قسمة التقاضي و في التراضي وجهان : تلزم بعد تمامها ، و الثاني : لا تلزم و لا يخفى رجحان لزومها و ذلك لاستقرار التعامل بين الناس [2] .

الفرع الخامس : الخبرة في الجرائم الجنسية :

إن اختصاصات الخبير في الطب الشرعي التحقق من وقوع الأعمال الجنسية التي تقع على الأفراد ، فيقوم الخبير بفحص الحالات فحصاً شاملاً و دقيقاً يشتمل على فحص الملابس و الآثار الموجودة عليها ، ثم فحص الآثار و الإصابات الموجودة على الجسم ثم يتم فحص المني ، وفحص الشعر و فحص الدم و فحوصات شاملة للتأكد من الأمور ، و تعرف هذه بالجرائم الجنسية التي يقوم بها الفرد اتجاه الآخرين ذكوراً كانوا أم اناثاً بصورة تلحق بهم العار و تؤذيهم في عفتهم و كرامتهم ، كالاعتداء على العرض أو الزنا أو عمل ينافي الحشمة و ينافي الطباع البشرية كاللواط أو أعمال تتسم بالخروج و الاعتداء على الحياء ، و هذه الجرائم يعاقب عليها الشرع و القانون [3]، و نحن لسنا بصدد الحديث عن عقوبتها.

الشريعة الإسلامية عرفت هذا الفحص عن هذه الجرائم قديماً، فهذا سيدنا علي رضي الله عنه : تأتي امرأة إلى مجلس سيدنا عمر رضي الله عنه فتدعي أن شاباً قد واقعها ، وقد وضعت بياض على فرجها حتى كاد أن يوقع سيدنا عمر رضي الله عنه العقوبة على الشاب .

1 - ابن العابدين ، حاشية ابن العابدين ،ج 6/ص357.

2 - الشربيني ، المغني المحتاج ، ج 4 /ص 646.

3 - عصام شعبان سامي سلطان ، طب الأسنان الشرعي ، ص 419 .

لولا أن يحضر بعض ذلك من الماء المشتبه به الموجود على فرجها فوضعه سيدنا علي في الماء الساخن فتخثر ، ثم أخذه فبلعه ، فعرف بخبرته و تجربته أن المني في الماء الساخن لا يتخثر و إنما يذوب فأفرج عن الشاب واعترفت المرأة [1].

في مثل هذه الجرائم يقوم الخبير بفحص العلاقات الدالة على هذه الجرائم ، وهي آثار العنف و المقاومة من قبل الفاعل و المفعول به ، ثم تمزق غشاء البكارة في الزنا أو الإصابات الموجودة في الجسم ، و العثور على حيوانات منوية على جسم المفعول به إما بالفرج أو المهبل أو على الملابس ، حصول الحمل نتيجة الزنا ، و هذا يعتب في الشريعة قرينة على حدوث الزنا خصوصاً البكر .

فيقوم الخبير في مثل هذه الحالات بإعداد تقريره حول هذه الوقائع ، مثبتاً فيه النتائج و التاريخ الذي حدثت فيه هذه الجرائم ، حتى يتم النظر فيها من قبل القضاء ، و بالتالي يأخذ القضاء موقفاً إما بالمعاقبة أو بالبراءة .

1 – الزحيلي ، وسائل الاثبات ، ج2 ، ص 598 .

الفصل الثاني

الخبرة في النزاع الأسري بمنظور القانون الجزائري

إن الخبرة في الفقه الإسلامي تختلف عن الخبرة في القانون الجزائري من حيث الشروط و التنظيم و الإجراءات فيما تعلق بالجانب الأُسري و الجوانب الأخرى ، لأن المشرع الجزائري أعطى لقاضي شؤون الأسرة صلاحيات واسعة فبإمكانه اتخاذ أي إجراء يراه مناسباً و ضرورياً لحماية الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع ، فهو يمارس صلاحيات قاضي الاستعجال كما يمكن له الاستعانة بأهل الاختصاص سواء في المجال الطبي و العقاري و المحاسبة و الاجتماعي بصفة عامة و أن يلجأ إلى الاستشارة لمعرفة أسباب النزاع القائم بين الزوجين لأجل تنوير قناعاته لبناء حكمه نظراً لنقص خبراته في مجالات يصعب عليه معرفتها فالقاضي ليس مُلِماً بجميع العلوم و الفنون .

في هذا الفصل نحاول الإلمام بنظام الخبرة القضائية في النزاعات الأسرية بمنظور القانون الجزائري.

قمنا بتقسيم الفصل الثاني إلى مبحثين ، الأول تطرقنا للخبرة القضائية من الجانب النظري وفقاً للتشريع الجزائري و ذلك من خلال تبيين الإطار القانون المنظم للخبرة القضائية من الناحية الموضوعية و الاجرائية و مجال الإعمال بها أمام قاضي شؤون الأسرة .

أما في المبحث الثاني تطرقنا للجانب الإجرائي لنظام الخبرة القضائية و مدى تطبيقها أمام قاضي شؤون الأسرة مع تبيين التزامات الخبير و سلطة قاضي شؤون الأسرة مع توضيح أهم الصعوبات التي تواجه الخبير أثناء إنجازه للخبرة و الأسباب المؤدية إلى بطلان الخبرة.

المبحث الأول : الإطار القانوني المنظم للخبرة في النزاع الأسري

من خلال هذا المبحث نُبين أهم القواعد العامة المنظمة للخبرة القضائية في النزاع الأسري بنظرة المشرع الجزائري.

المطلب الأول تطرقنا للقانون المنظم للخبرة القضائية و المطلب الثاني مجال و نطاق الخبرة القضائية أمام قاضي شؤون الأسرة .

المطلب الأول : القانون المُنَظِم للخبرة القضائية

إن المتمعن في أحكام شؤون الأسرة يلاحظ بأنها تنقسم إلى قسمين ، جانب موضوعي و الآخر إجرائي.

فرع الأول : الجانب الموضوعي :

يتولى قانون الأسرة الجزائري بتنظيم الجانب الموضوعي لقواعد شؤون الأسرة و الملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينظم الخبرة القضائية في هذا الجانب و لكن المتتبع للُب مواد قانون

الأسرة يجد أن المشرع الجزائري أشار إلى الاستعانة بالخبرة ولكن بشكل ضمني في المواد الآتية : "40 ، 53 /2 و 5 و 7 " .

كما أشار إليها المشرع بشكل صريح في المادة103 ق أ ج بلفظ أهل الخبرة : " يجب أن يكون الحجر بحكم قضائي و للقاضي أن يستعين **بأهل الخبرة** في اثبات أسباب الحجر" ، و أهل المعرفة في نص المادة 174 ق أ ج : " إذا ادعت المرأة الحمل و كذّبها الورثة تُعرض على **أهل المعرفة** مع مراعاة أحكام المادة 43 من هذا القانون "[1]. و لا خلاف بين أهل الخبرة و المعرفة فكلاهما سواء ، على عكس مدونة الأسرة المغربية ، حيث أشار المشرع المغربي للفظ الخبير في أكثر من 16 موضعا بشكل صريح وضمني .

1 – أمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م .

فرع الثاني : الجانب الإجرائي :

إن الأحكام الإجرائية لشؤون الأسرة ينظمه قانون الإجراءات المدنية و الإدارية من نص المادة 423 إلى 499 ق إ م إ ، جاء بإجراءات فعّالة أعطت لقاضي شؤون الأسرة الدور الإيجابي في ممارسة صلاحياته و لاسيما باللجوء إلى الخبرة القضائية وفقاً لنص الماد 425 ق إ م إ : " يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال ، و يجوز له اضافة الى الصلاحيات المخولة له في هذا القانون ، أن يأمر في اطار التحقيق بتعيين مُساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء الى مصلحة مُختصة في الموضوع بغرض الاستشارة .

ينتهي التحقيق بتحرير تقرير يتضمن المعاينات التي قام بها المحقق و الحلول المقترحة ،

يطلع قاضي الاطراف على التقرير و يحدد لهم أجلاً لتقديم طلب إجراء تحقيق مضاد .

يمكن اللجوء إلى الاستشارة في أي وقت و حتى أثناء اجراءات الصلح " [1].

الخبرة القضائية ينظمها قانون رقم 08- 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الادارية في الباب الرابع من وسائل الاثبات ، من القسم الثامن و خصص لها المشرع الجزائري خمسة فروع من المادة 125 إلى145 من خلال هذا القانون نلاحظ بأن المشرع الجزائري لم يعرف الخبرة القضائية بشكل صريحْ و واضح لكن حدد هدفها من خلال نص المادة 125 ق إ م إ و التي تنص : " تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي " [2].

Expert (pr .civ)

Personne ayant une compétence dans un domaine déterminé , chargée soit d'office par le juge , soit par l'accord des parties afin d'éclairer le tribunal sur certains aspects techniques du procés.

Expertise (pr.civ)

1 – قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، جريدة رسمية عدد 21 المؤرخة في 23أفريل 2008 ، تم تطبيقه بعد سنة من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية ، كما أُلغي بموجب المادة 1064 منه أحكام الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08-60-1966 المتضمن قانون الاجراءات المدنية المعدل و المتمم .

[2] - قانون رقم 08-09 ، المرجع السابق .

Utilisation des connaissances techniques d'un spécialiste pour aider à la solution d'un procès.[1]

بالإضافة إلى المرسوم التنفيذي رقم 310/95 المؤرخ في 15 جمادي الأول 1416 الموافق لـ 1995/10/10 يحدد شروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين و كيفياته كما يحدد حقوقهم و واجباتهم ، أما إن كانت الخبرة تتعلق بالجرائم الواقعة على نظام الأسرة فإن قانون الإجراءات الجزائية هو الذي ينظمه من نص المادة 143-156 ق إ ج .

كما اختلفت المواقف الفقهية من فكرة الخبرة فيرى بعضهم أنها بمثابة شهادة فنية في بعض المعارف و التخصصات التي لا يُلم القاضي بها ، لذلك قالوا بوجوب تحقق العدالة في الخبير على اعتبار أن ذلك شرط في الشهادة .

بينما يرى أكثرية الفقهاء بالإضافة إلى التشريع الوضعي : أن الخبرة هي احدى طرق الاثبات التي يمكن أن يلجأ إليها الأطراف في الدعوى كما يمكن للقاضي أن يلجأ لها من تلقاء نفسه كلما دعت الحاجة للتثبيت من مسائل فنية اختصاصية فمهما كانت المواقف من الخبرة فإنها تتفق في أنها طريقة يتم اللجوء إليها لحسم المنازعات ذات الطبيعة الخاصة ، لذلك تعرف بأنها تدبير اجرائي ، يلجأ إليه القاضي في كل أمر يستلزم معرفة ضرورية بالوقائع ذات الطبيعة المركبة .

الفرع الثالث : خصائص الخبرة القضائية :

أولاً: الصفة الفنية للخبرة القضائية :

إن الإخلال بهذه الخاصية يترتب عليه حتماً بطلان الخبرة و من ثمة فإنه لا يجوز للقاضي ندب خبير لتوضيح مسائل قانونية لأن هذا العمل يعد تنازلاً منه على اختصاصه للخبير و هو ليس أهلاً للفصل في هذه المسائل لأن القاضي يعد خبيراً في القانون و يفترض فيه العلم به، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1993/07/07 تحت رقم 97774 و الذي جاء فيه " من المقرر قانوناً و قضاء أن يأمر القاضي بإجراء الخبرة و تعيين خبير مع

[1]- Ibtissem Garram ,Terminologie Juridique ,Blida, Palais du livre ,1998,P 127-128

توضيح مهمته التي تكتسي طابعاً فنياً بحتاً مع مراعاة عدم التخلي عن صلاحيات القاضي للخبير.

و لما ثبت من قضية الحال أن القرار المنتقد أمر الخبير بإجراء تحقيق مع سماع الشهود و ثم الاعتماد على نتائج تقريره للفصل في موضوع الدعوى فإن ذلك يعد مخالفاً للقانون و مستوجب للنقض و الابطال[1] .

ثانياً : الصفة الاجرائية للخبرة القضائية :

إن الخبرة القضائية هي بمثابة تدبير من تدابير التحقيق ، أو وسيلة من وسائل الاثبات و أن ما تتوصل إليه يعد عنصراً من عناصر الإثبات.

كما تفترض الخبرة القضائية وجود نزاع قائم حيث تمثل هذه الخبرة وسيلة إثبات تساعد في حسم النزاع و يرفض القضاء أن تكون الخبرة مستقلة عن أي نزاع لأن طلب الخبرة هي إجراءات الإثبات التي يلجأ إليها الخصوم أو القاضي بصدد دعوى قائمة بالفعل .

و مع ذلك فقد أجيز اللجوء إلى الخبرة بصفة أصلية كاستثناء في الدعاوى الاستعجالية التي يجوز لقاضي الأمور الاستعجالية ندب الانتقال و المعاينة و سماع الشهود لإثبات حالة يخشى من ضياع معالمها.

ثالثاً: الصفة الاختيارية للخبرة القضائية :

إن المحكمة هي التي تقدر مدى ضرورة الاستعانة بخبير و هي تملك السلطة المطلقة ، في ندب الخبراء سواء من تلقاء نفسها أو استجابة لطلب الخصوم و ذلك بتقديرها للأسباب و لا معقب عليها في ذلك لتكوين قناعتهم فترفض ندب خبير حتى و لو قدم الخصوم طلب بذلك و يجب أن يكون الحكم الصادر بندب الخبير أو برفضه من طرف القاضي[2] .

[1] - أيمن بوثينة ، الخبرة القضائية في المادة الادارية ، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر اكاديمي ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، 2013/2012 ، ص 8-9 .

2 – لحسين بن شيخ آث موليا ، مبادئ الاثبات في المنازعات الادارية ، الجزائر ، دار هومة للطباعة و النشر ، ب ط ، 2004 ، ص 221.

الفرع الرابع: تمييز الخبرة عن مفاهيم قانونية مشابهة لها :

أولاً: الخبرة و التحقيق:

يتميز التحقيق عن الخبرة هو أن في التدبير الأول يعرف من يدلي بأقواله بأنه شاهد و الأقوال و الملاحظات اضافة إلى كون الشهود في التحقيق ملزمين بحلف اليمين مرة واحدة و ذلك أثناء تعيينه أمام المجلس القضائي الذي عينه و ليس في كل دعوى و عكس الشاهد في التحقيق يحرر محضر وجوباً تجوز فيه الشهادة الواردة في التحقيق أما في الخبرة فيعاد ذكر أقوال و ملاحظات ذوي العلم ضمن تقرير ينجزه الخبير عند اتمام مهامه [1].

ثانياً: الخبرة و المعاينة :

يقصد بالمعاينة مشاهدة المحكمة نفسها محل النزاع أيّاً كانت طبيعته و تعتبر من طرق الاثبات المباشرة و ذلك لا تصلها مادياً بالواقعة المراد اثباتها ، كما يمكن اعتبار الخبرة من المعاينة الفنية التي تستعين المحكمة لتحقيقها بواسطـة أهل العلم و الفن الخارجين عن دائرة علم القاضي [2].

فكل من الخبرة و المعاينة من الناحية القانونية اجراءات من التحقيق و تهدف المعاينة إلى إثبات الحالة المادية للأشياء و الأشخاص و الأماكن و لقد نص عليها قانون الإجراءات المدنية و الادارية في المادة 146 أما من الناحية الفنية فالمعاينات و سيلة اثبات الغرض منها جمع الأدلة و هي في ذلك تختلف عن الخبرة أثناء المعاينة إذا رأى لذلك ضرورة و هو ما ورد في نص المادة سالفة الذكر.

إذا كان موضوع المعاينة يتطلب معلومات فنية فيجوز للقاضي أن يأمر في الحكم نفسه باستصحاب من يختار من ذوي الاختصاص للاستعانة به .

يذكر في قرار إجراء المعاينة موعد إجرائها و يقوم بإرسال إخطار للخصوم لحضور المعاينة، يحق للمحكمة في جميع الأحوال أو القاضي المنتدب سماع الخصوم أو من يكون سماعه ضرورياً من الشهود ، يجب على الكاتب تحرير محضر يثبت فيه وقائع القضية إضافة

1 – أيمن بوثينة ، المرجع السابق ، ص**11**.

2 – محمد حسن قاسم ، الاثبات في المواد المدنية و التجارية ، مصر ، الدار الجامعية ، ب ط ، ص 229 .

إلى توقيع القاضي و يضم هذا التقرير ملف الدعوى يتكفل بمصاريف الانتقال الطرف الذي يتحمل مصاريف الدعوى [1].

ثالثاً: الخبرة و مضاهاة الخطوط :

تنص المادة 164 ق إ ج م إ " تهدف دعوى مضاهاة الخطوط إلى اثبات أو نفي صحة الخط أو التوقيع على المحرر العرفي .

يختص القاضي الذي ينظر في الدعوى الأصلية ، بالفصل في الطلب الفرعي لمضاهاة الخطوط المتعلقة بمحرر العرفي .

يمكن تقديم دعوى مضاهاة الخطوط للمحرر العرفي كدعوى أصلية أمام الجهة القضائية المختصة ".

إن مضاهاة الخطوط هو ما يجري من تحري في الكتابة ، إما أن يكون تدبير يشكل الغاية الإجرائية و يتولى انجازه القاضي بنفسه أو الاستعانة بأخصائي في الكتابة ، أو أن تكون محلاً تصبوا إليه الخبرة ذاتها أو عملاً من أعمالها ، ففي كلتا الحالتين يعتمد على القياس أو المقارنة مع محررات ثابتة المصدر أو على ضوء ما يتم تحريره بعد الإملاء الشفهي أو حتى بناء على ما يبديه الغير من شهادة أو ملاحظات [2].

و من خلال هذا نستخرج أهم القواعد العامة المنظمة للخبرة القضائية في النزاعات الأسرية .

الفرع الخامس : التسجيل في قائمة الخبراء

إن الوظيفة الأساسية للخبير تتمثل في مساعدة المحكمة عن طريق توضيح الأمور و الوسائل التقنية أو العملية ، حتى يمكن للمحكمة أن تفهم الحقائق و المسائل الأساسية محل الخلاف فهماً كاملاً [3] .

1 – نبيل صقر ، الوسيط في شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، الجزائر ، الهدى للطباعة و النشر ، ب ط ، 2008 ، ص 207–208.

2 – بطاهر تواتي ، الخبرة القضائية في الأحوال المدنية و التجارية و الادارية في التشريع الجزائري و المقارن ، الجزائر ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، ط 1 ، 2003 ، ص 24.

3 – ماجدة خلوصي ، تقارير الخبرة الهندسية و الفنية ، مصر ، ب ط ، ص 21–22 .

نص المشرع الجزائري على أهم الشروط الواجب توافرها في الخبراء للتسجيل في قوائم الخبراء القضائيين في المرسوم التنفيذي رقم 310/95 ، الفصل الثاني المعنون بـ الشروط العامة للتسجيل من نص المادة 4 إلى 8 من نفس المرسوم التنفيذي .

حددت نص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 310/95 السالف الذكر شروط تسجيل الشخص الطبيعي في قائمة الخبراء القضائيين إذا توفرت فيه الشروط الآتية :

أولا : أن تكون جنسيته جزائرية مع مراعاة الاتفاقيات الدولية .

ثانيا: أن تكون له شهادة جامعية أو تأهيل مهني معيّن في الاختصاص الذي يطلب التسجيل فيه .

ثالثاً: أن لا يكون قد تعرض لعقوبة نهائية بسبب ارتكابه وقائع مخلة بالآداب العامة أو الشرف.

رابعاً : أن لا يكون قد تعرض للإفلاس أو التسوية القضائية .

خامسا: أن لا يكون ضابطاً عمومياً وقع خلعه أو عزله أو محامياً شطب اسمه من نقابة المحامين أو موظفًا عزل بمقتضى إجراء تأديبي بسبب ارتكابه وقائع مخلة بالآداب العامة أو الشرف .

سادساً: أن لا يكون قد منع بقرار قضائي من ممارسة المهنة .

سابعاً : أن لا يكون قد مارس هذه المهنة أو هذا النشاط في ظروف سمحت له أن يتحصل على تأهيل كافٍ لمدة لا تقل عن 7 سنوات .

ثامناً: أن تعتمده السلطة الوصية في اختصاصه أو يسجل في قائمة تعدّها هذه السلطة .

كما لا يكفي للخبير حصوله على شهادة جامعية أو مهنية بل يجب أن يكون قد مارس مهنته وتحكم في فنياتها وعلم من الممارسة معظم الإشكالات المطروحة وكيفية الوصول إلى حل [1].

[1] - المرسوم رقم 310/95 المؤرخ في أكتوبر 1995 ، الجريدة الرسمية ، العدد 60، سنة 1995م .

و بالرجوع إلى المادة 04 فقرة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 310/95 نجدها قد نصت على شرط التأهيل[1] .

لكن المشرع الجزائري أهمل شرطاً مُهماً وهو العُمر الذي يجب أن يتوفر في المترشح لمهنة الخبير و تم اِسقاطه من المرسوم التنفيذي رقم 310/95 [2].

إضافة إلى ذلك إهماله لأنواع من التخصصات الأخرى كالخبير الاجتماعي و الخبير النفسي و كل هذه التخصصات تخدم الأسرة و تحد من النزاعات التي من الممكن الاستعانة بهم في مرحلة الصلح .

الفرع السادس : إجراءات التسجيل في قائمة الخبراء المعتمدين لدى الجهات القضائية :

يقدم طلب التسجيل إلى النائب العام لدى مجلس القضاء الذي يختار مقر إقامته بدائرة اختصاصه و يبين بدقة الاختصاص أو الاختصاصات التي يطلب التسجيل فيها و يجب أن يصحب طلب التسجيل الوثائق الثبوتية المتعلقة بالمعلومات النظرية و التطبيقية التي يكتسبها المترشح في الاختصاص المراد التسجيل فيه ، مثل الخبرة التي تحتاج للوسائل و الأدوات العلمية الحديثة و المتطورة جداً أو المخابر العلمية الخاصة ببعض أنواع الخبرة و الأجهزة العلمية المختلفة [3] ، هذه الوثائق تحدد بقرار من طرف وزير العدل إذا اقتضى الأمر ذلك [4] .

و نظرا للطرح العام الذي احتوته المادة07 من المرسوم التنفيذي رقم 310/95 من غير تفصيل للوثائق المطلوب إرفاقها بالملف استلزم الاعتماد على مضمون المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 310/95 لاستنباط الوثائق المرجوة و هي كالآتي :

- شهادة جنسية .
- صحيفة السوابق القضائية رقم 03 .
- نسخة مصادق عليها من الدبلوم .

[1] - المرسوم رقم 310/95 المؤرخ في أكتوبر 1995 ، الجريدة الرسمية ، العدد 60، سنة 1995م.

2 – داسي نبيل ، الاثبات عن طريق الخبرة في المسائل المدنية و التجارية . مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص عقود و مسؤولية ، جامعة آكلي محند أولحاج ، البويرة ،2013–2014 م، ص 38.

3 – أيمن بوثينة ، الخبرة القضائية في المادة الادارية ، مذكرة مقدمة لاستكمال شهادة الماستر ، جامعة قاصدي مرباح ، 2013 ، ص19.

4 – انظر المادتين 6و7 من المرسوم التنفيذي رقم 310/95 المؤرخ في أكتوبر 1995، الجريدة الرسمية ، العدد 60 ، سنة 1995 .

- شهادة تأهيل لمدة لا تقل عن 7 سنوات بالنسبة للشخص الطبيعي و 5 سنوات بالنسبة للشخص المعنوي ، مع ذكر التجهيزات و أوصافها[1].

بعد تقديم طلب التسجيل في قائمة الخبراء القضائيين إلى النائب العام يقوم هذا الأخير بإجراء تحقيق إداري حول الشخص الراغب في التسجيل [2] .

و بعد إنجاز التحقيق الاداري المذكور ، يحيل النائب العام الملف برمته إلى رئيس المجلس القضائي الذي يستدعي الجمعية العامة للقضاة العاملين في مستوى المجلس القضائي و المحاكم التابعة له إلى إعداد قائمة الخبراء القضائيين حسب الاختصاص في أجل شهرين على الأقل قبل نهاية السنة القضائية[3] .

تُرسل هذه القوائم إلى وزير العدل ليوافق عليها ، ثم يؤدي الخبراء القضائيون المقيدون أول مرة في قوائم المجالس القضائية اليمين المنصوص عليها في المادة 145 من قانون الإجراءات الجزائية : " أقسم بالله العظيم بأن أقوم بأداء مهمتي كخبير على خير وجه و بكل إخلاص و أن أبدي رأيي بكل نزاهة و استقلال " [4].

يتم إعداد محضر أداء اليمين الذي يحتفظ به في أرشيف المجلس القضائي من أجل الرجوع إليه عند الحاجة و الاقتضاء كما تعد اليمين إجراء جوهري يترتب على إغفاله بطلان الحكم الذي يبنى على تقرير الخبرة.

لقد استطعت الحصول على قائمة الخبراء المعتمدين لدى مجلس قضاء الجلفة و المحاكم التابعة له لسنة 2016 ، و عدد هؤلاء الخبراء هو 33 خبيراً ، يتوزع اختصاص كل واحد منهم إلى 18 مجال .

1 – غانية خروفة ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الخبرة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع قانون العقوبات و العلوم الجنائية ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، 2009/2008 ، ص 37 .

2 – المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 310/95 ، مرجع سابق .

3 – غانية خروفة ، مرجع سابق ، ص 37 .

4 – أمر رقم 155/66 مؤرخ في 08 جوان 1966 ، يتضمن قانون الاجراءات الجزائية ، الجريدة الرسمية العدد 48 ، الصادر بتاريخ جوان 1966 ، معدل و متمم .

خبير في أمراض النساء و التوليد ، طب العيون ، الجراحة العامة ، الأذن و الأنف و الحنجرة ، الطب الشرعي ، الطب العام ، الإعلام الآلي ، المناجم ، الأسعار ، المحاسبة، كهرباء العمارات ، السيارات ، الاشغال العمومية ، الطبوغرافية و مسح الاراضي ، خبير في الفلاحة ، الهندسة الريفية ، الهندسة المدنية ، خبير في الهندسة المعمارية.

الفرع السابع : أنواع الخبرة القضائية :

إذا كانت معارف القاضي محدودة و ناقصة فيما تعلق بالأمور و المسائل الفنية هو الأمر الذي يبرر الاستعانة بشخص من أهل المعرفة ليوضح له المسائل الشائكة و الغامضة التي يثيرها النزاع المعروض عليه ، فذلك يعني أن الخبرة ليس إلا تكملة أساسية و ضرورية لخبرة القاضي في المجال الذي يجهله ، و ليس في العلوم التي يعلمها ويدركها [1].

يتم تعيين الخبير من طرف القاضي و ذلك من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم و له أن يعيّن خبيراً أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من عدة تخصصات مختلفة و ذلك وفقاً لنص المادة 126 ق إ م إ و من خلال هذا يمكن تحديد أنواع الخبرة بالشكل الآتي :

أولاً : الخبرة الأولى :

هي الخبرة التي تأمُر بها المحكمة للمرة الأولى عندما يستعصي عليها الأمر في فهم مسائل فنية ، أو عندما تتوفر في إحدى القضايا المطروحة عليها للفصل فيها ظروف أو شروط معينة ، عادة ما تنحصر هذه الخبرة في نقطة فنية واحدة كالحكم بتعيين خبير طبي لمعرفة نسب الطفل أو تعيين خبير عقاري معالم الحدود بين أملاك متجاورة ، فهنا المحكمة تحتاج إلى خبير واحد لمعاينة العقار محل النزاع .

ثانياً: الخبرة الثانية :

هي الخبرة التي تشمل نفس القضية و لكن تكون حول نقاط مختلفة تماماً عن النقاط التي تناولتها الخبرة حسب أهمية و طبيعة موضوع الخبرة و تستند إلى نفس الخبير أو الخبراء الذين قاموا بأعمال الخبرة الأولى أو إلى خبراء آخرين .

1 – فريدة عميري ، مرجع سابق ، ص 100 .

يأمر القاضي بناء على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسه إذا تبين من الوقائع لم تتناوله الخبرة الأولى ، و تلجأ المحكمة إلى مثل هذا النوع من الخبرة كلما إحتاج الفصل في الدعوى إلى التحقق من بعض الأمور لا يمكن التأكد منها إلا بواسطة من كانت له معرفة فينة .

ثالثاً: الخبرة التكميلية :

هي الخبرة التي يأمر بها القاضي عندما يرى نقصاً في الخبرة المقدمة له أو أن الخبير لم يقم بمهمته على أحسن وجه كعدم إجابته على جميع الأسئلة و النقاط الفنية المعين من أجلها ، أو أنه لم يستوف حقها من البحث و التحري ، فيأمر بها لاستكمال هذا النقص الملحوظ في التقرير ، و تستند الخبرة التكميلية إلى الخبير الذي قام بالخبرة الأصلية أو إلى خبير آخر ، و ذلك يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي [1] .

رابعاً : الخبرة المضادة :

لم ينص القانون على إمكانية اللجوء إلى الخبرة المضادة عن قصد ، ذلك أنه من المفترض في القاضي أنه تابع بكل جد مجريات الخبرة التي أمر بها و عند تتبعه لها ، و حتى بعد استكمالها يمكنه المطالبة بمعلومات و توضيحات إضافية إما كتابة أو شفاهة ، و هذا ما يغنيه عن اللجوء إلى تعدد الخبرات و تضاربها غالباً و من الأمثلة على ذلك تعامل القاضي مع الخبرة في مثل هذا القرار:

عن الوجه الثاني الذي يتعين فحصه مسبقاً و المأخوذ من انعدام و قصور الأسباب حيث أن حاصل ما يذكره الطاعنون في هذا الوجه هو عدم بيان القرار المطعون فيه للأسباب التي جعلته يتبنى نتائج الخبرة التي أمر بها في أول مرة بعد أن أمر بخبرة ثانية ، مع أنه عند قضائه بتعيين خبير فإن كان قد أسس ما ذهب إليه على رفض الطرفين لنتائج الخبرة .

حيث أنه تبين فعلاً في سائر أوراق الدعوى و من قرار المطعون فيه أنه على إثر استئناف الحكم الذي صادقت المحكمة بموجبه على الخبرة التي أمرت بها فاستلزم من المجلس أن يعين خبيراً ليقوم بمهمة تعويض الاستحقاق و بعد رجوع الدعوى و أمام رفض الطرفين لنتائج الخبرة

1 – ملياني بغدادي ، مرجع سابق ، ص 14-15 .

عيّن خبيراً ثانياً ، و بعد الإرجاع الثاني و دون تسبيب مقنع قرر المصادقة على الخبرة التي أمر بها أول مرة .

حيث أنه بالرجوع إلى القرار الذي أمر بموجبه المجلس بإجراء خبرة ثانية يتبين أنه أسس ما ذهب إليه على كون أن الطرفين يلتمسان عدم المصادقة على تقرير الخبرة فلا يسع المجلس إلا اعتماد خبرة أخرى قبل الفصل في الموضوع .

و أنه في القرار المطعون فيه اعتمد على نفس الخبرة التي استبعدها ذاكراً بأنها جاءت غير محترمة للمادة القانونية ، إذ تارة يعتبر المجلس أن يقضي صراحة بإلغائها قبل الأمر بخبرة أخرى، و اعتماد الخبرة الأخيرة التي أمر بها أو عند الاقتضاء تعيين خبير آخر[1].

المطلب الثاني : مجال تعيين الخبرة القضائية أمام قاضي شؤون الأسرة

إذا كان يفترض في القاضي حسب تقديرنا الشخصي الإلمام بالعلوم القانونية و لا مناص أنه إذا انصب نزاع أسري بدرجة من التعقيد خاصة إذا تعلق بواقعة تَمُس الميدان التقني أو العلمي تفوق قدرات القاضي فإنه يلجأ لذوي الاختصاص .

المشرع الجزائري لم يحدد مجالاً لأجل حصر الاستعانة بالخبرة في مجال النزاع الأسري و إنّما ترك المجال مفتوحاً أمام قاضي شؤون الأسرة كُلما استدعت الحاجة إلى ذلك وهذا وفقاً لنص المادة 425 ق إ م إ " يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال ، و يجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون ، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة .

ينتهي التحقيق بتحرير تقرير يتضمن معاينات التي قام بها المحقق و الحلول المُقترحة

يُطلع القاضي الأطراف على تقرير و يُحدد لهم أجلاً لتقديم طلب إجراء تحقيق مضاد

1 – القرار رقم 443870 المؤرخ في 08/7/9 .

يُمكن اللجوء إلى الاستشارة في أي وقت وحتى أثناء إجراء الصلح " .

الفرع الأول : مرحلة الصلح :

يمكن لقاضي شؤون الأسرة اتخاذ أي اجراء يراه ضرورياً لحماية الأسرة كما يمكنه اللجوء إلى الاستشارة في أي وقت و حتى أثناء إجراءات الصلح و هذا وفقاً لنص المادة 425 الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

نستنتج من هذه المادة أن قاضي شؤون الأسرة يمكنه اللجوء إلى الاستشارة حتى في مرحلة الصلح و لكن المشرع الجزائري لم يوضح لنا نوع الخبرة التي يمكن الاستعانة بها في مرحلة الصلح ، و بما أن النزاع الأسري هو ظاهرة اجتماعية جُلها ناتجة عن عوامل نفسية كان من المفترض أن يتم تعيين خبير نفسي و اجتماعي يقومان بإجراء جلسة الصلح خاصة بالنزاع القائم بين الزوجين .

إذْ أن الصلح كما هو معلوم يتقرر في حالة النزاع والخصام بين الزوجين و هو ما يتطلب بأن يكون الصلح بعد رفع دعوى فك الرابطة الزوجية سواء باتفاق الطرفين أو بطلب من الزوجة ، فهنا بإمكان القاضي إجراء الصلح لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل النزاع [1] .

لكن القاضي غير مختص في الحالات النفسية و الاجتماعية و قد لا يكون خبيرا في المجال الأسري الواقعي بعيدا عن ما درسه من الناحية النظرية ، لذلك كان على المشرع الجزائري إلزام قاضي شؤون الأسرة حضور الخبير النفسي و الاجتماعي في جميع مراحل اجراءات الصلح .

الفرع الثاني : اثبات العيوب الموجبة لفك الرابطة الزوجية

بخصوص العيوب التي تحول دون تحقق الهدف من الزواج فإن المشرع الجزائري لم يذكرها وفقا لنص المادة 53 ق أ ج /ف 2 فإنه أشار إليها فقط دون تحديدها و يشترط في ذلك أن تكون الزوجة عالمة بالعيب قبل الزواج أو اثناءه ، كما يجب أن يكون العيب مانعاً من المعاشرة الزوجية أو مرضاً خطيراً على حياة الزوجة أو على صحتها و الذي لا يرجى الشفاء منه [2].

1- بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ، الجزائر ، دار الخلدونية ، ط1 ، 1429هـ/2008 م ، ص 182-183 .

2 - لحسين بن شيخ آث موليا ، المرشد في قانون الأسرة ، دار هومة ، ط3 ، 2016 ، ص 150 .

و بما أن العيوب لم يحددها المشرع الجزائري فإن القاضي حينما يُعرض عليه نزاع بخصوص هذا الشأن فإنه يعود إلى نص المادة 222 ق أ ج التي تنص " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " و كما وضحنا ذلك سابقا .

لكن ذهب الأحناف إلى أنه يثبت للزوجة فقط لأن الزوج يستطيع دفع الضرر عن نفسه بالطلاق الذي ملّكه الله إياه و لا داعي لرفع الأمر للقضاة لما فيه من التشهير بالمرأة أما الزوجة فلا تملك الطلاق فتعيّن اعطاءها حق طلب التفريق لتدفع عن نفسها .

ذهب الأئمة الثلاثة إلى أن هذا الحق يثبت لكل من الزوجين فيجوز للزوج طلب التفريق إذا وجد لزوجته عيباً يمنع الاتصال الجنسي كالرتق أو القرن أو العفل أو الافضاء أو وجدها مجنونة أو جذام أو برص أو أي عيب وجده بزوجته لم يرض به ، قد يقال كيف يلجأ إلى القاضي و بيده الطلاق و لكن لجوؤه للقاضي لئلا تضيع حقوقه [1] .

لقاضي شؤون الأسرة الاستعانة بأهل الخبرة في العلل التي تطلب فسخ الزواج من أجلها

إذا أمهل القاضي الزوج العنين بأن يضرب له أجلاً مُعيّناً فادّعى الوطء في مدة التأجيل فإن القاضي يصدقه بيمينه[2] ، فإن نكل عن اليمين حلفت الزوجة أنه لم يلمسها فرّق القاضي بينهما قبل انقضاء سنة التأجيل إذا أرادت الزوجة ذلك ، إن نكلت الزوجة عن الحلف كما نكل هو بقيت المدة إلى تمام الأجل أي إتمام السنة فإنه لم يدع الوطء بعد تمام السنة و طلب الفراق أمره القاضي بتطليقها فإن طلق فيها وإن لم يطلقها وامتنع عن طلاقها فالقاضي يطلقها بموجب حكم[3].

1 – طاهري حسين ، الاوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزائر ، دار الخلدونية ، ط1 ، 2009 ، ص 144–155 .

2 – نبيل صقر ، قانون الاسرة نصا و فقها و تطبيقاً ، الجزائر ، دار الهدى ، 2006 ، ص 178 .

3 – طاهري حسين ، المرجع السابق ، ص 117 .

أولاً : قرارات المحكمة العليا بشأن التطليق بسبب العيوب :

حيث أنّ عَجْزَ الطاعن عن مباشرة زوجته جِسمياً ثابت باعترافه و بشهادتين طبيتين ، و حيث يستفاد من مُراجعة الحُكم المعاد و من القرار المنتقد أن الزوجين المتخاصمين لم يَصفِا داء فرج الزوج حتى يتبين هل أن هذا المرض يُرجى شِفاءه أم لا ، واكتفى كل واحد منهما بادعاءات لم تثبت ثُبوتاً واضحاً .

حيث أن الفقه الاسلامي قرَّر في مثل قضية الحال ضرب أجل سنة كاملة للزوجة لعله يتحصل على البُرء ، و استقر الاجتهاد القضائي على أن تكون الزوجة خِلال تلك المدة بجانب بعلها ، و بعد انتهائها و لم تتحسن حالته فإنه يحكم بالتطليق .

حيث أن قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية و اعتبروا أن الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقاً بدار زوجها دون استطاعة هذا الأخير مُباشرتها جِسميا تُعَدُ حُجة كافية لإثبات عجزه عن ذلك ، و أن مرضه لا يُرجى زواله .

و حيث أن هذا الافتراض لا يُقبل شرعاً ، حيث أن الاجتهاد القضائي اِستقر أيضا على أن السنة التي تمنح للزوج يبدأ مفعولها من يوم تنفيذ الحكم القاضي بها .

حيث أن القرار المنتقد جاء حينئذ مُخالفا لمبادئ الشريعة الإسلامية و أن وجه الطعن صحيح الأمر الذي يجعل القرار المطعون فيه عُرضة للنقض[1] .

- حيث أن اجراءات الصلح بقطع النظر عن كونها غير مطلوبة قانوناً أمام قضاة المجلس

فإن المحكمة قد أنجزت هذه الجلسة بين الطرفين ، ولو أن القرار المطعون فيه هو الذي قضى بالتطليق بعد أن تهيأت أمامه القضية للحكم اثر الخبرة التي أمر بها قُضاة المجلس في تقرير 10-01- 1990م و التي تبين من خِلالها أن الزوج عقيماً لا يُنجبُ .

وتِبعاً لذلك فإن قضاة المجلس عندما اعتبروا أن هدف الزواج هو قبل كل شيء يكون طبقا لأحكام الفقرة 2 من المادة 53 من قانون الأسرة ، هذا و أن الطاعن لم يُوضح النصوص

1 – قرار في 1984/11/19/ غرفة الاحوال الشخصية / المحكمة العليا / مجلة المحكمة العليا / عدد رقم 03 / سنة 1989/ ص 74-75.

القانونية التي ادّعى خَرقها من طرف قُضاة الموضوع لتمكين المحكمة العليا من استعمال حقها في الرقابة ، فالقرار المطعون فيه بقضائه كما فعل قد وفر أسباباً شرعية كافية دون أي خرق للقانون ، عدا ما عاد منه إلى تطبيق المادة 52 من قانون الأسرة بالاستجابة لطلبها بالتطليق ، و الذي لا يترتب عليه الحكم على الزوج بالتعويض ، الشيء الذي يَنْجرُ عنه نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص التعويض فقط بدون إحالة [1].

حيث أن الدفوع التي أثارتها الطاعنة بهذه الأوجه مؤسسة لأن اكتفاء الحكم المطعون فيه باستبعاد الملف الطبي و دفوع الطاعنة في كون الزوج مجنوناً و مصاب بمرض عقلي بالقول : أن الطلب الاحتياطي المدعي عليها غير مؤسس و بالتالي رفضه ، فإنه فضلاً عن كونه لا يرقى أن يكون تسبيباً وفق ما تنص عليه المادة 38 ق إ م إ فإن الطلاق من المسائل الإرادية ، و منه فكل ما يمكن أن يثير الشك في مدى سلامة هذه الارادة من العيوب الشرعية و القانونية ، يستوجب التصدي له بالبحث و التدقيق بواسطة أهل الخبرة قبل البت فيه مما يعرضه للنقض [2].

تنص المادة 451 ق إ م إ " يعاين القاضي و يكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طِبقاً لأحكام قانون الأسرة ، و يفصل في مدى تأسيس الطلب ، آخذا بعين الاعتبار الظروف التي قدم فيها .

يمكن للقاضي أن يتخذ كل التدابير التي يراها ملائمة ، لاسيما الأمر بالتحقيق أو بخبرة طبية أو الانتقال للمعاينة يتعين على القاضي تسبيب الاجراءات المأمور به إذا تعلق بخبرة طبية

يعاين القاضي أيضاً و يكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقاً لأحكام قانون الأسرة ".

شدد المشرع الجزائري في هذا النص على ضرورة مراقبة مدى توفر حالات التطليق و كيفيات تطبيقها و منح للقاضي سلطة واسعة في اتخاذ كل تدبير من شأنه أن يؤدي إلى تأسيس الحالات المستند عليها في طلب التطليق ، كون أن حالات التطليق وردت على سبيل الحصر و هذا بغرض تقليص حالات اللجوء إلى التطليق ، و حصره في حالة الضرورة [3]، كما يمكنه

1 – قرار في 1992/12/22 / غرفة الأحوال الشخصية / المحكمة العليا / مجلة المحكمة العليا / عدد2/ سنة 1995 ، ص 93–94 .

2 – قرار في 2008/3/12/ غرفة الاحوال الشخصية / المحكمة العليا / مجلة المحكمة العليا / عدد رقم 67/ سنة 2012 ، ص 250 .

3 – لوعيل محمد لمين ، الاحكام الاجرائية و الموضوعية لشؤون الاسرة وفق التعديلات الجديدة و الاجتهاد القضائي ، الجزائر ، دار هومة ، ط1 ، 2010، ص 18–19 .

اللجوء إلى أي وسيلة من وسائل الاثبات لمعرفة أسباب التطليق و من بينها الاعتماد على الخبرة القضائية .

الفرع الثالث : إثبات النسب بالخبرة القضائية

يمكن اثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي ADN) ، و لا ينبغي الخلط بين اثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 41 من نفس القانون) ، و بين إلحاق النسب، في حالة العلاقة غير الشرعية [1].

لقد أضاف النص الجديد في المادة 40 من قانون الأسرة اللجوء إلى الطرق العلمية و تتمثل في الحمض النووي لكل من الأب و الطفل و اللجوء إلى الطرق الأخرى لكون الحامض النووي يختلف من شخص لآخر ، و أن حدوث الغلط في التحليل شبه مستحيل [2].

حيث بالاطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبنّى الحكم المستأنف يتبين بأن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لِطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب (ص ، م) للمطعون ضده باعتباره أباً له كما أثبتته الخبرة العلمية ADN مُعتمدين في ذلك على المادة 40 من قانون الأسرة رغم أن هذه الأخيرة تُفيد أن النسب يثبت بعِدة طرق و منها البينة ، و لما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده و من صلبه بناءً على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة ، كان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه و هذا الطاعن ، و لا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 ق أ ج و بين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية خاصة أنّ كِلاهما يختلف عن الآخر و لِكُل واحد منهما آثاراً شرعية كذلك ، و لما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضِده نتيجة لهذه العلاقة مع الطاعنة ، فإنه يلحق به الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه[3] .

و جاء في قرار آخر :

1 – لوعيل محمد لمين ، المرجع نفسه ، ص 59 .

2 – لحسين بن شيخ آث ملويا ، المرشد في قانون الاسرة ، المرجع السابق ، ص 90 .

3 – قرار في 2006/03/5 غرفة الأحوال الشخصية / المحكمة العليا / مجلة المحكمة العليا / عدد1/ سنة 2006/ ص 473-474 .

لكن بالرجوع الحكم المؤرخ في 11-07-2007 و الحكم المستأنف المؤرخ في 10-02-2010 يبين أنّ المدعي الطاعن أقرّ بأنه ألحق البنت المطعون ضِدها بموجب الأمر الصادر عن قاضي الحالة المدنية لِمحكمة بجاية بتاريخ 22-12-1979 و أصبحت بموجبه تُدعى (و ص) ابنة (و هـ) بدلاً من (ب ص) و هو الأمر الذي استهدف الطاعن إلغاؤه و الرجوع عن اقراره و بالتالي فإن النسب كما تبين بالزواج الصحيح يثبت بالإقرار وِفْقاً لأحكام المادة 4 من قانون الأسرة، و أن سعي الطاعن في تصحيح لقب المطعون ضدها بموجب الأمر المذكور و بمحض إرادته الحرة و تسجيلها باسمه يُعَدُ منه إقراراً قضائياً و حُجة تلزمه في إثبات النسب .

الاقرار بالبنوة المجرد الذي ليس فيه تحميل النسب على الغير يثبت به النسب و يكون ذلك حُجة على المقر و لو ثبت بطريقٍ آخر خلاف ذلك ، خاصة و أن الخبرة العلمية أثبتت نسب المطعون ضِدها منه وهو بعد الإقرار لا يحتمل النفي من المُقِر نفسه بأي طريق و تحت أي ادعاء ، مما يجعلُ الفرع غير سديد مستوجب النقض .

لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المستأنف و القرار المطعون فيه يتبين و أن قضاة الموضوع أثبتوا نسب المطعون ضدها من الطاعن اعتماداً على الاقرار كأحد الطرق المقررة لإثبات النسب وِفقاً لأحكام المادة 40 من قانون الأسرة مُدعماً بنتائج الخبرة العلمية ، و لم يشر أي من الحكم أو القرار إلى مسألة الزواج ، لا بالإثبات و لا بالنفي خِلافاً لما وَرَدَ في الوجه ، و يكون الفرع الثاني بذلك غير سديد مُسْتوجب النقض [1].

الفرع الرابع : إثبات أسباب الحجر عن طريق الخبرة القضائية

تنص المادة 103 ق أ ج " يجب أن ينطق بالحجر بموجب حكم ، و للقاضي أن يستعين بالخبراء في إثبات أسباب الحجر .

معنى هذا القول أنه لا يقع الحجر بقوة القانون ، بل لا بد من النطق به بموجب حكم قضائي ، و باستطاعة القاضي اللجوء إلى الخبرة لإثبات أسباب الحجر ، و يكون ذلك قبل الفصل في الموضوع أو بأمر على ذيل عريضة عند الاقتضاء [2].

1 – قرار في 2012/03/15/ غرفة الاحوال الشخصية / المحكمة العليا / رقم 452-12/ قرار غير منشور .

2 – لحسين بن شيخ آث موليا ، المرشد في قانون الاسرة ، المرجع السابق ، ص 320 .

حيث متى استند قضاة الموضوع في قضائهم على طبيبة مختصة في الطب العام و التشريح و لم يعتمدوا على طبيب مُختص في الأمراض العقلية لتوقيع الحجر على المطعون ضّده من عدمه ، يكونوا في هذه الحالة قد عرضوا قرارهم للنقض خاصة إذا عرض قبل نشر دعوى الحجر على طبيب أخصائي في الأمراض العقلية عندما حُرّكت ضده شكوى جزائية بإهانة هيئة نظامية ، و خَلُص آنذاك الطبيب المُختص في خبرته الطبية المحررة بتاريخ 21مارس 1999 م إلى أن المطعون ضِده لا يمكن أن يكون محلاً لِعقوبة جزائية ، و أنه في حاجة إلى تكفُّل علاجي استشفائي ، و بعد استقرار الحالة يتم تنظيم خروجه من باب التجربة و لابُد من مُراقبة منتظمة و دورية حيث يتضح جَلِياً و أمام عدم عرْض المطعون ضِده على طبيب أخصائي ، فإنّ الوجه المُثار جِدّي و يتعيّن قَبوله و بالتالي يستوجب نقض القرار [1].

الفرع الخامس: الخبرة في حصر مُخلفات المورث و قسمة التركة

تنص المادة 181 ق أ ج : " يراعي في قسمة التركات أحكام المادتين 109 و 173 من هذا القانون و ما ورد في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة ، و في حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء" .

أوجب المشرع الجزائري أن يكون تقسيم التركة بواسطة القضاء في حالة وجود قاصر بين الورثة ، و هذا بموجب حكم قضائي صادر عن محكمة شؤون الأسرة بعد إعداد الفريضة و قد يحتاج الأمر إلى تعيين خبير لتقسيم أموال التركة ، و القسمة القضائية إنما فرضت لحماية القاصر ضماناً لنصيبه في الميراث [2].

لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المؤرخ في 30-05-1999 و القرار المؤرخ في 08-10-2001 م المؤيد و المعدل له ، يتبين أن المحكمة صادقت على الخبرة القضائية المنجزة من طرف الخبير (ك ، ج) الذي أوكلت له مهمة حصر مخلفات مورث الأطراف و حدَّدت في منطوقه القِطع الأرضية التي تتضمن وِعاء التركة الآلية من المورث (ح م) و هو الحكم المؤيد بالقرار المذكور الذي أصدرت بشأنه المحكمة العليا القرار المؤرخ في 18-01-2006 م القاضي برفض الطعن ، و بالتالي فإنّ موضوع الورثة المستحقين للتركة و الأملاك المعنية بالقسمة تكون

1 – قرار في 2007.07.12 / غرفة الاحوال الشخصية /المحكمة العليا / عدد 2/ سنة 2006 / ص 481.

2 – لحسين آث موليا ، المرشد في قانون الاسرة ، المرجع السابق ، ص 402 .

قد حُسمت في هذه الحالة ، و لم يعد هناك محلاً للعودة إلى ما قبل المصادقة على خبرة الخبير (ك ، ج) لأن الحكم الصادر بتاريخ 04-02-1991 .

قد كلفت الخبير المُعين لإجراء مشروع قسمة على ضوء الفريضة المحررة من طرف الموثق محكمة خراطة بتاريخ 28-02-1990م ، و أنّ قضاة المجلس طبّقُوا صحيح القانون و أعطوا الأساس القانوني لِقرارهم ، و بذلك يكون الوجهين غير سديدين [1] .

كما أوجب المشرع الجزائري مراعاة القواعد المتعلقة بميراث الحمل وفقاً لنص المادة 174 ق أ ج و التي تنص " إذا ادعت المرأة الحمل و كذبها الورثة ، تعرض على أهل المعرفة مع مراعاة أحكام المادة 43 من هذا القانون .

يجب أن يكون الحمل ناتجاً من زواج شرعي ، أي أن يكون المورث في علاقة زوجية مشروعة بالمرأة الحامل ، و على ذلك تُعرض الحامل على أهل المعرفة و هم الأطباء لمعرفة مدى وجود الحمل .

و لا يعتد بحملها من زوجها الهالك إلا إذا وضع الحمل خلال أشهر على الأكثر من تاريخ الوفاة ، فإن وضع بعد ما يزيد عن عشرة أشهر من تاريخ وفاة الزوج فإن النسب لا يثبت للمولود من أبيه و بالنتيجة لا يثبت حقه في الميراث [2].

و في جميع الحالات يجوز للقاضي اللجوء إلى الخبرة الطبية لإثبات النسب و معه الميراث طبقاً للمادة 2/40 من قانون الأسرة ج ، لكن مع مراعاة أن يكون الحمل قد وضع خلال أشهر على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الانفصال طبقا للمادة 43 أعلاه .

مجال الاستعانة بالخبرة القضائية في النزاع الأسري مفتوح و غير محصور في واقعة معينة.

1 – قرار في 2012/04/12 / غرفة الاحوال الشخصية / المحكمة العليا / مجلة المحكمة العليا / رقم 00519-12/ قرار غير منشور .

2 – لحسين آث موليا ، المرشد في قانون الاسرة ، المرجع السابق ، ص 396-397 .

المبحث الثاني : اجراءات الخبرة أمام قاضي شؤون الأسرة

تتم الخبرة القضائية في النزاعات الأسرية بإتباع إجراءات نص عليها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الادارية و أول خطوة ندب الخبير من خلال صدور الحكم القضائي.

المطلب الأول : التزامات الخبير و سلطة قاضي شؤون الأسرة

تنص المادة 126 ق إ م إ : " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم ، تعيين الخبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة " .

الفرع الأول: الحكم بتعيين الخبير :

يتبين من المادة 128 ق إ م إ أن الحكم الذي يعين الخبير يجب أن يتضمن ما يلي :" عرض الأسباب التي بررت اللجوء إلى الخبرة ، و عند الاقتضاء بتبرير تعيين عدة خبراء بيان اسم و لقب و عنوان الخبير و الخبراء المعنيين مع تحديد التخصص تحديد مهمة الخبير تحديداً دقيقاً تحديد أجل إيداع تقرير الخبرة بأمانة الضبط " .

و لأن الخبرة يجب أن تبقى استثنائية الاستعمال حدد هذا القانون العناصر الأساسية التي يجب أن يتضمنها الحكم القضائي بإجراء الخبرة و ذلك حتى يمكن مراقبة مدى التزام القاضي بالحالات المستوجبة للخبرة ، و تفادي التعيينات المبالغ فيها، فتحديد الأسباب التي تبرر الخبرة تبين إلهام القاضي بعناصر القضية و اطلاعه على الصعوبات التي تعيق فصله فيها دون اللجوء إلى الاجراء المأمور به ، كما تستدعي من الخصم الذي يطلب اجراء خبرة أن يبين مقاصده من تلك التي يعتمد عليها في ذلك [1].

من المفروض أن يعين القاضي خبيراً واحد إلا أنه يمكنه اللجوء إلى أكثر من خبير إذا ادعت ضرورة لا يمكن تخطيها إلى ذلك ، كحالات الخبرات المحاسبية في قضايا اقتصادية تستدعي من الخبير الوحيد مدة عمل تتنافى و الآجال المعقولة أو تعيين خبراء في تخصصات مختلفة لقول رأيهم حول مسائل تقنية أو عملية تستدعي هذا التنوع في الاختصاص ، في هذه الحالة يبرر القاضي تعيينه لعدة خبراء .

1 – عبد السلام ديب ، قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، موفم للنشر ، ج1 ، ط 3 ، 2012 ، ص 168 .

كما يجب عليه تحديد مهام الخبير بدقة و تحديد الأجل الذي يدع فيه التقرير ، إذا تم تعيين أكثر من خبير لنفس المهمة يتعين عليهم إيداع تقرير واحد ما لم تكن أراءهم مختلفة .

الفرع الثاني :واجبات الخبير :

أولا: الخبير ملزم بأداء اليمين بمجرد تسجيله في قائمة الخبراء لأول مرة ، و لا يجوز له مباشرة أي عمل مهما كان من أعمال الخبرة إلا إذا كان قد حلف اليمين المنصوص عليها في القانون .

ثانياً: يجب على الخبير إخطار القاضي اعفاءه من المهمة المسندة إليه مع ذكر الأسباب التي جعلته لا يستطيع القيام بها حتى لا يشطب اسمه من قائمة الخبراء .

ثالثاً: على الخبير و هو يقوم بعمليات الخبرة أن يعمل دائماً و أن يسهر و أن تكون كل تلك الأعمال وجاهية بحضور كل الأطراف تحت طائلة البطلان.

رابعاً : على الخبير أن يقوم بالمهنة شخصياً و بنفسه و في المهلة المحددة له في الحكم و أن يبذل كل جهوده و أن ينفذها بإخلاص ونزاهة و أن يبتعد عن كل الشبهات و أن يحافظ على السر المهني .

خامساً: على الخبير أن لا يتجاوز حدود المهمة المسندة إليه من طرف القاضي الذي عينه و يلتزم بالإجابة عن النقط التقنية المعين من أجل توضيحها و إلا كانت أعماله باطلة لتجاوزه لمهمته [1].

سادساً : على الخبير أن يتجنب كل ممارسات أو مناورات تدليسية و عليه بذكر المصادر التي اعتمد عليها و أن يعلن و يسبب الرأي الذي توصل إليه و أن لا يعطي تقييم ذي طابع قانوني خلال شرحه لنتائج أعماله.

سابعاً : أن يبلغ الأطراف و يطلعهم على كل الوثائق و المعلومات المحصل عليها من طرفه و أن يأخذ بعين الاعتبار ملاحظاتهم و أقوالهم و اعتراضاتهم[2] .

1 – طاهري حسين ، التنظيم القضائي الجزائري ، الجزائر ، دار هومة ، ط2 ، 2008م ، ص 238 .

2 – طاهري حسين ، نفس المرجع ، ص 238.

الفرع الثالث: استبدال و رد الخبير :

تنص المادة 132 ق إ م إ : " إذا رفض الخبير إنجاز المهمة المسندة إليه أو تعذر عليه ذلك ، استبدل بغيره بموجب أمر على عريضة صادر عن القاضي الذي عينه ، إذا قبل الخبير المهمة و لم يقم بها أو لم ينجز تقريره أو لم يودعه في الأجل المحدد ، جاز الحكم عليه بكل ما تسبب فيه من مصاريف ، و عند الاقتضاء ، الحكم عليه بالتعويضات المدنية و يمكن علاوة على ذلك استبداله .

و تنص المادة 133 ق إ م إ على أنه " إذا أراد الخصوم رد الخبير المعين ، يقدم عريضة تتضمن أسباب الرد ، توجه إلى القاضي الذي أمر بالخبرة خلال 8 أيام من تاريخ تبليغه بهذا التعيين و يفصل دون تأخير في طلب الرد بأمر غير قابل لأي طعن و لا يقبل الرد إلا بسبب القرابة المباشرة أو القرابة غير المباشرة لغاية الدرجة الرابعة أو لوجود مصلحة شخصية أو لأي سبب جدي آخر ، و بمقتضى هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري خول لأطراف الخصومة رد الخبير الذي عينته المحكمة من تلقاء نفسها بتبديله بغير من الخبراء .

حتى يقبل طلب رد الخبير يجب على الخصم الذي يرغب في ذلك أن يقدم طلبه إلى الجهة القضائية المختصة و هي الجهة الآمرة بإجراء الخبرة متضمناً عدة شروط التي يجب أن تتوفر في طلب الرد .

يجب أن يكون طالب رد الخبير خصماً في النزاع الذي عين القاضي فيه الخبير كأن يكون مدعياً أو مدعى عليه اذ لا يجوز لغير الخصوم تقديم طلب رد الخبير .

أن يكون الخبير المراد رده قد عينه القاضي من تلقاء نفسه ، أما إذا كان الخبير قد تم تعيينه بناء على رغبة أحد الخصوم أو كليهما ، فليس لهما الحق في تقديم طلب الرد .

يجب على الخصم الذي يرغب في رد الخبير أن يقدم طلبه في المهلة القانونية و ذلك خلال 8 أيام تبدأ من تاريخ تبليغ المعني بهذا التبليغ [1].

أن يكون طلب الرد موقعاً من الخصم الراغب في رد الخبير أو من وكيله .

1 – أيمن بوثينة ، الخبرة القضائية في المادة الإدارية ، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، كلية الحقوق ، 2012–2013م ، ص 38.

أن يكون طلب الرد معللاً أي يذكر طالب الرد لأسباب التي أعتمد عليها في تقديم طلبه هذا و هي أسباب الرد التي ذكرها .

أما عن الإجراءات تقديم طلب الرد و الفصل فيه كما ورد في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يقدم طالب الرد عريضة إلى قاضي شؤون الأسرة الذي أصدر حكماً بتعيين الخبير و ذلك خلال أيام تبدأ من يوم تبليغه بالحكم القضائي بندب الخبير المراد رده و يجب أن يذكر في عريضة الرد اسم و لقب و عنوان الخبير ، كذلك اسم و لقب عنوان الخصوم كما يذكر أسباب الرد مُدعماً ذلك بالوثائِق التي تؤيدها و يتولى القاضي المختص سماع الخبير محل الرد و كذا سماع الخصوم و مناقشة أسباب الرد .

أما بخصوص أسباب رد الخبير فإن المشرع الجزائري لم يبين أسباب رده و إنّما أتى بسبب خاص وهو القرابة و سبب عام و هو السبب الجِدي .

يذهب أغلب الفقه إلى أن أسباب رد الخبير تشبه أسباب رد القاضي ، و اعتبار أسباب رد القضاة هي نفسها أسباب رد الخبراء هو أسلوب القرابة إلى الواقع العملي و منهج سليم و ذلك نظراً لتقارب وظيفة مهام كل من القاضي و الخبير إذ كل منهما يشارك في تحقيق العدالة عن طريق الفصل في قضايا المواطنين [1].

أولاً: عنصر القرابة : يتمثل عنصر القرابة الذي يجيز للقاضي رد الخبير كما يراه بعض الفقهاء في مجموعة من الحالات أهمها:

إذا كانت له أو لزوجته مصلحة شخصية في النزاع ، و إذا كانت ثمة قرابة أو نسب أو مصاهرة بين الخبير أو زوجته و بين أحد الخصوم ، إذا كانت للخبير مصلحة في النزاع أو لزوجته أو للأشخاص الذي يكون وصياً أو ناظراً أو قيماً عليهم ، إذا كان الخبير دائناً أو مديناً لأحد الخصوم [2] .

1 – محمود زهدود ، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري ، الجزائر ، ط1 ، 1991 ، ص 60 .

2 – نصر الدين هنوني و نعيمة تراعي ، الخبرة القضائية في مادة المنازعات الادارية ، الجزائر ، دار هومة ، ب ط ، ص 117–118.

إذا كان الخبير قد سبق له و أن قام بإجراء خبرة في نفس القضية و أعطى رأيه فيها، إذا كان الخبير أو زوجته و بين أحد الخصوم من المظاهر الكافية أو الجدية ما يشتبه معه في تحيزه في إجراء الخبرة .

إذا كان بين الخبير و بين أحد الخصوم عداوة شديدة يخشى معها تحيز الخبير أو عدم نزاهته .

ثانياً: عنصر الجدية : و من الأسباب الجدية التي تدفع بالقاضي إلى رد الخبير نذكر ما يلي :

1-عدم الكفاءة العلمية و المهنية و عدم اختصاصه في المادة محل الخبرة .

2-عدم الجدية في البحث و التحري المطلوبين في كل أعمال الخبرة ، عدم النزاهة و الإخلاص .

نستخلص أنه إذا توفر أي سبب من هذه الأسباب أو أكثر سواء تعلق الأمر بسبب القرابة أو سبب الجدية جاز للخصم الذي يرغب في رد الخبير الذي عينه من تلقاء نفسه أن يفعل ذلك.

الفرع الرابع : تنفيذ الخبرة :

يقوم الخبير بمهمته بإجراء المراقبات و التحريات اللازمة ، غير أنه يتعين عليه مراعاة مبدأ الوجاهية و ذلك باستدعاء الخصوم عن طريق المحضر القضائي لحضور عمليات الخبرة مع تحديد يوم و ساعة و مكان إجرائها.

في الحالات التي يكون حضورهم لمجرياتها غير ممكن بالنظر لطبيعتها فأنه يعفى من هذا الإجراء ، و من الحالات التي يستحيل فيها حضور الخصوم لمجريات الخبرة بعض الفحوصات أو الاستكشافات الطبية أو الإجراءات التي يقوم بها الخبير في أمكنة قد تكون خطرا على صحة و سلامة الخصوم ، و على أي حال فإن تقدير هذه الظروف يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع .

إذا كان الخبير في حاجة إلى ترجمة مكتوبة أو شفوية بواسطة مترجم تعين عليه اختياره بين المترجمين المعتمدين و إلا راجع القاضي في ذلك ، و يعود الخبير للقاضي لاستطلاع رأيه

حول الصعوبات التي قد تعيق عمله ، و ذلك بناء على تقريره يرفعه له ، كما يمكنه طلب تمديد نطاق المهمة المسندة إليه ، و يأمر القاضي باتخاذ أي تدبير يراه ضرورياً .

ليتمكن الخبير من القيام بمهمته ، فمن صلاحياته أن يطلب من الخصوم كل المستندات التي يراها ضرورية لإنجاز مهمته و دون تأخير ، و يتدخل القاضي إذا اعترض الخبير إشكاله ليأمر عند الاقتضاء تحت طائلة غرامة تهديدية تقديم تلك المستندات كما يمكن الجهة القضائية أن تستخلص الآثار القانونية على امتناع الخصوم عن تقديم المستندات [1].

على الخبير أن يأخذ بعين الاعتبار ملاحظات أو احتجاجات الخصوم في تقريره و إذا كانت مكتوبة يضمها له ، غير أنه لا يمكن للقاضي كما هو معمول به حاليا و عن خطأ أمر الخبير بإجراء الصلح بين الخصوم أو بسماع شهود في القضية لأن الصلح أوكله القانون للقاضي و سماع عملية تدخل ضمن إجراءات التحقيق المنوطة بالقاضي دون غيره .

أولا : في تقرير الخبرة : في شكله و مضمونه

يتكون تقرير الخبرة من عدة أقسام و هي :

1- الجزء الوصفي :

هذا الجزء يمكّن المحكمة التأكد من سلامة اجراءات الخبرة و شرعيتها و يأتي على النحو الآتي

- اسم الخبير و عنوان مكتبه.
- أسماء و ألقاب عناوين الأطراف .
- أسماء وكلاء أو ممثلي الأطراف أو محاميهم و عناوينهم .
- ذكر منطوق الحكم بدقة و حرفياً .
- ذكر الجهة القضائية التي أصدرت الحكم .
- تاريخ الحكم و رقم القضية .
- تاريخ تسليم الخبير الحكم الذي عينه و كلفه بالمهمة .

1 – عبد السلام ذيب ، قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجديد ، الجزائر ، موفم للنشر ، ط 3 ، ج 1 ، 2012، ،ص170.

- ذكر الطرف الذي سلمه حكم التعيين .
- ذكر تاريخ استدعاء الأطراف أو ممثليهم ونوع تلك الاستدعاءات .
- تاريخ الانتقال إلى معاينة الأماكن أو المبنى محل الخبرة .
- الاشارة إلى حضور أو غياب الأطراف المستدعية أو الأشخاص الذين تم استدعاؤهم .
- ذكر و تعداد الوثائق و المستندات التي سلمت للخبير من طرف الخصوم بناء على طلبه أو من تلقاء أنفسهم أو بأمر من القاضي[1] .
- عرض ملخص للأبحاث التي قام بها الخبير أو الأعمال المنجزة (أبحاث دراسات ميدانية ، تجارب ، تحاليل مخبرية ، انتقالات ، زيارات للأماكن ، سماع الشهود ، سماع الغير) .

في هذا الجزء يجب على الخبير أن يقدم رأيه و الذي توصل إليه و يعرض فيه بكل وضوح الأسباب التي دفعت به إلى اتخاذ ذلك الرأي لكي يسمح للمحكمة بأن تقتنع بنتائجه و للأطراف أن يبدوا ملاحظتهم حولها ، إن رأي الخبير في التقرير حتماً أن يقدم الإجابة الكافية و الواضحة على أسئلة المحكمة [2] .

يقوم الخبير بتوقيع تقرير الخبرة و وضع التاريخ لأن ذلك يطبع على الخبرة طابع الرسمية و يجب على الخبير أن يرفق بتقرير الخبرة الوثائق التي تساعد على توضيح و تفسير مذكراته و ما توصل إليه من نتائج لإنارة المحكمة.

ثانياً- طبيعة الحكم :

الأحكام الصادرة بإجراء الخبرة هي من الأحكام الإجرائية المتعلقة بإثبات الدعوى و تحقيقها ، تصدرها المحكمة من الفصل في الموضوع و تهدف من خلالها إلى إعداد القضية للفصل فيها .

و الأحكام الإجرائية الآمرة بخبرة إما أن تكون أحكاماً تمهيدية أو تحضيرية ، و بعد الحكم تمهيدياً إذا كان يكشف عن اتجاه رأي المحكمة في الموضوع أو يعطي انطباعاً عن اتجاه الحكم

1 – طاهري حسين ، التنظيم القضائي الجزائري ، الجزائر، دار هومة ، ط 2 ، 2008 ، ص 139 .

2 – طاهري حسين ، المرجع السابق ، ص 139-140 .

المحتمل عن المحكمة في موضوع الدعوى ، و على عكس ذلك فالحكم الذي لا يستفاد منه اتجاه المحكمة في الموضوع يعد حكماً تحضيرياً[1].

و في كل حال فإن عمل أهل الخبرة و الموازنة بين أراءهم فيما يختلفون فيه هو مما يستقل به القاضي إذ يدخل في سلطته الموضوعية التي لا معقب عليها من طرف المحكمة العليا و هذا بالرجوع لنص المادة 141 ق إ م إ " إذا تبين للقاضي أن العناصر التي بنى عليها الخبير تقريره و فيه له أن يتخذ جميع الإجراءات اللازمة ، كما يجوز له على الخصوص أن يأمر باستكمال التحقيق أو بحضور الخبير أمامه ليتلقى منه الايضاحات و المعلومات الضرورية .

الفرع الخامس : سلطة القاضي :

بالرجوع إلى نص المادة 144 من ق إ ج م إ : " إن القاضي غير ملزم برأي الخبير " يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة بأكملها أو يأخذ بجزء منها أو يعدلها ما دام غير ملزم برأي الخبير [2].

القاضي له الحرية التامة في تقدير عمل الخبير الذي انتدبته المحكمة ، و له أن يأخذ برأيه أولا و له أن يأمر بإجراء خبرة أخرى و عند الحكم تبقى له الحرية في استخلاصات قضائية من جميع طرق الاثبات مما أمر به و ما كان في ملف القضية من مستندات و قرائن [3].

القاضي ملزم بصفة مطلقة ، و قبل الموافقة أو عدم الموافقة على تقرير الخبرة بأن يقوم بدراسة الخبرة وافية و معمقة ، و يقوم بتمحيص كل من جاء في التقرير و يتأنى حتى لا يغيب عنه شاردة أو واردة فيه خصوصاً ما جاء به الخصوم من دفوع بشأن الخبرة و الرد على التقرير و يجب أن تكون دراسة القاضي للتقرير دراسة شاملة للجوانب الشكلية و الموضوعية و أن يفكر بكل جدية في الموقف الذي سيتخذه من التقرير المقدم إليه و من الانتقادات الموجهة إليه من الخصوم أو بدونها [4].

1- بغاشي كريمة ، الخبرة القضائية في المواد المدنية ،الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ب ط ، 2009 ، ص 85 .

2 – بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، الجزائر ، منشورات البغدادي ، ط1 ، 2009 ، ص143.

3 – سليمان مرقسن ، أصول الاثبات و اجراءات في المواد المدنية في القانون المصري ، ج2 ، ط 4 ،ص 382.

4 – أيمن بوثينة ، الخبرة القضائية في المادة الادارية ، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، 2012-2013 ، ص 45.

عند التركيز المعمق في نص المادة 144 ق إ ج م إ نجدها تبين بوضوح الموافقة التي يتخذها القاضي و هو يدرس و يتمحص تقرير الخبرة ، فإذا قام القاضي بما يتطلب منه عمله بشأن الخبرة و قام بدراستها بكل تعمق فإنه و لا شك يخلص إلى أحد المواقف التالية :

- أن يأخذ القاضي برأي الخبير دون قيد أو شرط .
- أن يأخذ ببعض ما تضمنه تقرير الخبير من أراء و نتائج أي يوافق على التقرير موافقة جزئية.
- أن يأخذ برأي الخبير و يرفض الخبرة بصفة كلية بشرط أن يعلل ذلك الرفض و يسببه في حكمه ، و عدم التقيد برأي الخبير من سلطات المحكمة فإن ذلك مشروط بضرورة النظر في أصل الموضوع و بحثه في جميع وجوهره ، و القضاء فيه على الوجهة التي يراها .

يجوز للقاضي أن يحكم ببطلان عمل الخبير لمخالفته للقانون إذا لم يحترم هذا الأخير القواعد الجوهرية لإجراء عمليات الخبرة في هذه الحالة لا يجوز للقاضي أن يستند في الحكم الذي يصدره إليه تقريره المحكوم ببطلانه .

أو أن يأمر القاضي سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم باستدعاء الخبير للجلسة لمناقشته في التقرير ، أو أن يأمر بإعادة التقرير إلى نفس الخبير لاستكمال النقص الموجود به و الرد على النقد الموجه إليه من طرف الأطراف [1].

الفرع السادس : أتعاب الخبير :

تنص المادة 15 من المرسوم التنفيذي 310/95 سابق الذكر " يتقاضى الخبير القضائي مكافأة عن خدماته وفقاً للتشريع و التنظيم المعمول بهما ، يحدد مقدار هذه المكافأة القاضي الذي عينه و تحت رقابة النائب العام و يمنع منعاً باتاً ، تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في هذا المجال على الخبير أن يتقاضى المكافأة من الأطراف مباشرة " [2].

لقد خصص المشرع الجزائري الفرع الرابع من القسم الثامن من الفصل الثاني المعنون بـ إجراءات التحقيق في قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، المادة 143 لا غير و حددت فيها

1 – مولاي ملياني بغدادي ، الخبرة القضائية في المواد المدنية ، حلب ، مطبعة حلب ، ب ط ، 2001 ، ص 168 .

[2] - المرسوم التنفيذي رقم 310/95 المؤرخ في أكتوبر 1995م ، الجريدة الرسمية ، العدد 60، سنة 1995م.

أتعاب الخبير و تنص فيها : " يتم تحديد أتعاب الخبير النهائية من طرف رئيس الجهة القضائية ، بعد إيداع التقرير مراعياً في ذلك المساعي المبذولة ، و احترام الآجال المحددة وجودة العمل المنجز .

يأمر الرئيس عند اللزوم إما استكمال المبالغ المستحقة للخبير مع تعيين الخصم الذي يتحمل ذلك ، و إما إعادة المبالغ الفائضة إلى من أودعها في جميع الحالات ، يفصل رئيس الجهة القضائية بأمر ، تسلم أمانة الضبط " .

يتضح من نص المادة أن رئيس الجهة القضائية يحدد أتعاب الخبير بعد إيداع تقريره ، و يأخذ بعين الاعتبار في ذلك المساعي المبذولة و احترام الآجال و جودة العمل المقدم ، يرخص رئيس الجهة القضائية لأمانة الضبط تسليم المبالغ المودعة لديها للخبير في حدود المبالغ المستحق و يأمر الطرف الذي يضع على عاتقه استكمال الأتعاب إذا تبين أن المبالغ المودعة تقل عن القيمة التي توصل إليها رئيس الجهة الفائضة إلى من أودعها [1].

يفصل في جميع الحالات بأمر تسلم نسخة منه للخبير لتنفيذه من طرف كتابة الضبط ، يمنع على الخبير تلقي تسبيقات عن الأتعاب من طرف الخصوم مباشرة و عند المخالفة يشطب اسمه من قائمة الخبراء و تبطل الخبرة .

الفرع السابع : حجية تقرير الخبرة :

أجمع الفقه على أن التقرير الذي يحرره الخبير و ذلك محضر أعماله هي سندات رسمية يحررها شخص مكلف بخدمة عامة ، و بذلك تكون له قوة المحررات الرسمية في الإثبات [2].

و بالتالي لا يجوز إنكار ما أثبته الخبير فيها باعتبار أنه قام بنفسه أو عاينه أو سمعه في حدود مهمته ، و ما رخص له فيه بشأن ذلك إلا عن طريق الطعن بالتزوير [3].

يكون لتقرير الخبير حجة في الإثبات بشأن بياناته المتعلقة بتاريخه و بحضور الخصم لدى الخبير أو تغيبهم ، و بجميع الأمور المادية التي حقق فيها الخبير و الاعمال الشخصية التي قام

1 – عبد السلام ذيب ، قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، الجزائر ، موفم للنشر ، ط 3 ، ج2 ، 2012 ، ص 175 .

2 – الغوثي بن ملحة ، قواعد و طرق الاثبات و مباشرتها في النظام القانوني الجزائري ، الجزائر ، دار هومة ، ط 6 ، 2009، ص125.

3 – عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الاثبات المدني ،الاردن ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، ط 3 ، 2011 ، ص339 .

بها في حدود مهمته المنتدب إليها ، و بالتالي لا تقبل شهادة الشهود في اثبات عكس هذه البيانات الواردة في التقرير[1].

أما فيما يتعلق بما أبداه الخصوم من الأقوال و أثبتها الخبير في التقرير ، فالراجح أن تكون لمحكمة الموضوع السلطة في تقديرها عند تكوين اعتقادها و هكذا الشأن أيضاً بالنسبة للأمور التي تخرج عن نطاق المهمة ، فيمكن دحضها بكافة الطرق ، كتحقيق الخبير مثلاً من اتفاق حاصل بين الخصوم أثناء قيامه بمهمته ، أما النتائج التي يتوصل إليها الخبير في تقريره فليست لها مثل هذه القوة ، و يحق للخصوم دحضها و إثبات خطئها و عدم مطابقتها للواقع بكافة طرق الإثبات [2].

لكن المشرع الجزائري لم يحدد لها القانون قوة ثبوتية معينة سواء في مواجهة الخصوم أو في مواجهة القاضي ، فللخصوم الحق في عدم التسليم بصحة ما جاء بتقرير الخبرة و لهم حق مناقشته إما لتأييده أو دحضه و ذلك بإبداء وسائل دفاعهم و دفوعهم بشأن هذا التقرير .

و القاضي بين حق هذا الخصم و ذاك في مناقشة التقرير ملزم بالرد على وسائل الدفاع و الدفوع الجوهرية التي يثيرها الخصوم بشأن تقرير الخبرة وهو ملزم في حالة حكمه ببطلان التقرير باستبعاده من أوراق الدعوى و عدم بناء حكمه عليه ، أما بالنسبة لحجية تقرير الخبرة في مواجهة القاضي هذا رأينا كيف أن المشرع الجزائري لم يحدد لهذا الدليل حجية يلزم بها القاضي و ترك تقدير هذا الدليل للقاضي فله إما أن يعتمده و يبنى حكمه عليه أو يطرحه و يستبعده عن أوراق الدعوى .

1 – يزيد نعيمة ، دور الخبرة في اثبات الاخطاء الفنية اثناء التدخل الطبي العلاجي ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص عقود و مسؤولية ، جامعة أكلي محند أولحاج ، البويرة ، سنة 2013 ، ص 86 .

2 – رمضان أبو السعود ، أصول الاثبات في المواد المدنية و التجارية النظرية العامة في الاثبات ، الجزائر ، دار الجامعة ، 1993 ، ص 193.

أولاً- حجية الخبرة في مواجهة الأطراف :

1- مبدأ المواجهة و مناقشة التقرير :

يعد تقرير الخبرة دليلاً من أدلة الإثبات و لكنه ليس بدليل الحاسم في الدعوى بحيث لا يجوز التعقيب عليه و إنما يكون محلاً لمناقشة الخصوم و لذلك يمكن لمن قدم التقرير في مصلحته أن يستند على ما تضمنه من أبحاث و آراء و ما وصل إليه الخبير من نتائج للتدليل على صحة ادعائه كما يكون لهذا الخصم أن يفسر ما غمض من عبارات التقرير ، بما يتفق مع مصلحته و يدحض العبارات التي لا تتفق مع هذه المصلحة[1] .

الخصم الآخر له الحق في مناقشة هذا التقرير و تنفيذ ما جاء به مبرزاً ما تضمنه من تناقض أو خطأ في البيانات أو فساد في الرأي و الاستدلال [2].

القاضي بين هذا الخصم و ذلك ملزم بمراعاة أهم مبدأ تقوم عليه الخصومة القضائية و هو مبدأ المواجهة بين الخصوم .

كما أن القضاة ملزم بالرد على أوجه الدفاع الجوهرية التي يثيرها الخصوم بشأن تقرير الخبرة و إلا كان حكمها باطلاً لقصور تسبيبه ، فمتى توافرت في وسائل الدفاع و الدفوع التي يثيرها الخصوم بشأن تقرير الخبرة و الشروط السالفة الذكر وجب على المحكمة الرد عليها و إلا كان حكمها باطلا لقصور تسبيبه .

2- القيود الواردة على سلطة القاضي في تقدير رأي الخبير :

لقاضي شؤون الأسرة السلطة في الأخذ كلياً بتقرير الخبرة أو جزء منها أو استبعادها و لكن هذه السلطة ليست مطلقة ، و ذلك أنه في حالة اتفاق الأطراف مسبقاً و بكل حرية على الالتزام بما يتوصل إليه الخبير فإن القاضي لا يمكنه مخالفة ذلك ، لأن الأطراف أحرار في التصرف في حقوقهم ، كما أنه في حالة موافقة جميع الأطراف على نتائج الخبرة بعد إنجازها فإن القاضي لا يمكنه رفض تلك الخبرة خاصة من الناحية الموضوعية .

1 – بغاشي كريمة ، الخبرة القضائية في المواد المدنية ، المرجع السابق ، ص 124 .

2 – رمضان أبو اسعود ، أصول الاثبات ، ص 461 .

لا يمكن للقاضي و هو يتفحص المعلومات و البيانات التقنية الواردة في الخبرة أن يرجح رأيه الشخصي على رأي الخبير في المسائل الفنية ، ففي مجال تقدير الضرر الجسماني الناتج عن حادث مرور لا يسوغ لقضاة الموضوع أن يعيدوا النظر في نتائج الخبرة بتقرير تخفيض نسبة العجز الجزئي الدائم مثلاً المحدد من الخبير إلا عن طريق خبرة أخرى .

كما أن القاضي و إن كانت له صلاحية تفسير الخبرة إلا أنه يتعين عليه أن لا يحرّف مضمون هذه الخبرة ، وقد عرف القضاء حالات عديدة تم فيها الغاء الأحكام و القرارات بسبب تحريف الخبرة أو لخطئها في فهم مضمونها[1] .

المطلب الثاني : صعوبات إنجاز الخبرة و بطلانها

الفرع الأول : صعوبات انجاز الخبرة :

إن أهم الصعوبات التي تعرقل من إنجاز الخبرة القضائية أو تنقص من قيمتها و مكانتها و مركزها القانوني هي :

- عدم إلمام الخبراء بالقوانين المنظمة للخبرة القضائية و التي سبق الإشارة إليها .
- قلة و انعدام الخبراء المختصين في مجال الأسرة (كالخبير الأسري النفسي و الاجتماعي).
- عدم إنجاز الخبرات في الآجال المحددة لذلك ، و عدم شطب تمديد هذه الآجال .
- عدم تواصل الخبير مع المحكمة أو القاضي الذي عينه لحل جميع الإشكالات التي تواجهه.
- إنجاز تقارير ناقصة بإغفال بعض النقط المحددة للخبير ، و عدم استجابته للمحكمة عندما تقوم بإرجاع المهمة إليه لإكمالها ، أو عندما تستدعيه لتقديم البيانات و التوضيحات الضرورية .
- استبدال الخبير و ما يترتب عليه من إعادة التبليغات للخبير القديم و الجديد و الأطراف ، و قد لا ينجز بدوره الخبرة .

1 – داسي نبيل ، الاثبات عن طريق الخبرة في المسائل المدنية و التجارية ، المرجع السابق ، ص 89 .

- صعوبات إنجاز الخبرة الثلاثية و الخبرة المضادة [1] .
- قيام بعض الخبراء بتكليف مساعديهم بإنجاز الخبرة ، و الاكتفاء بتوقيع التقرير .
- اتسام بعض التقارير بعدم الدقة و افتقارها للموضوعية إن لم يصل الأمر إلى تضمينها بيانات غير صحيحة و هو ما أدى إلى متابعة كثير من الخبراء .
- انحياز الخبير لأحد الأطراف و التواطؤ معهم و التضامن و هذا ما يعرف بحالة ضم الصفوف هذه العلاقة التي يفترض فيها الحياد و عدم الانحياز لأي أحد من الخصوم.

كل هذه الصعوبات من شأنها أن تجعل الخبرة القضائية تعاني من احتمال اهتزاز الثقة في الخبراء ، لأن ذلك يعتبر قصوراً بشرف و نزاهة المهنة ، و بالتالي يجب على القاضي أن يضع نصب عينيه مواجهة هذا التضامن المحتمل بين الخبير و أحد الأطراف المتنازعة ، كونه يمثل سداً منيعاً بين الأطراف المتنازعة و بين الحقيقة التي تستلزم الوصول إليها من أجل إثبات الحق المطالب به .

الفرع الثاني : بطلان الخبرة القضائية :

المشرع الجزائري لم ينص على حالات بطلان الخبرة القضائية سواء في المرسوم التنفيذي 310/95 الذي يحدد شروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين و كيفياته كما يحدد حقوقهم و واجباتهم ، و لا في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، فيما عدا ما ورد في الفقرة الثانية من المادة 140 منه التي تشير صراحة إلى حالة واحدة تؤدي إلى بطلان تقرير الخبير المقيد في الجدول المترتب على قبوله تلقي تسبيقاً عن الأتعاب و المصاريف من الخصوم .

1 – محمد سلام ، الخبرة القضائية في القانون المغربي ، المغرب ، 2012 ، ص 15 .

أولا : العيوب المؤدية إلى بطلان تقرير الخبرة :

1-الإخلال بمبدأ الوجاهية :

المشرع الجزائري حينما يفرض على الخبير دعوة الخصوم بموجب كتاب موصى عليه بعلم الوصول يرسله إليهم قبل اليوم المحدد للاجتماع بخمسة أيام على الأقل إمّا إلى موطنهم الحقيقي أو محل إقامتهم أو موطنهم المختار ، فإنه يرمي من خلال هذه الأوضاع الشكلية تمكين الخصوم من إبداء ملاحظاتهم و أقواله بشأن عمليات الخبرة [1] .

و هي الغاية التي نص عليها المشرع بصريح العبارة في نص المادة 54 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية " ...يثبت الخبير تقريره أقوال و ملاحظات الخصوم ".

فإذا توفرت هذه المقتضيات التي يستلزمها المشرع في هذا العمل الإجرائي و ثم احترام هذه الأشكال كان هذا العمل صحيحاً لأنه تم وفقاً لنموذجه القانوني الذي حدده المشرع ، أما إذا لم تتوفر هذه المقتضيات الشكلية فإن العمل الإجرائي يكون معيباً لأنه تم بالمخالفة لنموذجه القانوني مع أن المشرع الجزائري لم ينص على البطلان كجزاء لمخالفة هذه الأوضاع الشكلية [2].

إن الوجاهية من الإجراءات الجوهرية التي قد تؤدي إلى البطلان في حالة انعدامها خلال عمليات الخبرة .

- ضرورة حلف اليمين قبل بدء الخبير مهمته ، فيكون عمله باطلاً إذا لم يتم تأديتها .
- عدم احترام الإجابة عن الأسئلة الموجهة للخبير و عدم إعطاء رأيه فيها .
- عدم الأخذ بعين الاعتبار ملاحظات و أقوال الخصوم .
- تجاوز الخبير للمهمة الموكلة إليه .

[1] - بغاشي كريمة ، الخبرة القضائية في المواد المدنية ، الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ب ط ، 2009 ، ص 166-167 .
2 – بغاشي كريمة ، المرجع السابق، ص 166-167.

- إبداءه ملاحظات متصلة بالجانب القانوني و قيامه بمصلحة الأطراف و كذا توفر سبب من أسباب الرد لا تتضح إلا بعد إجراء الخبرة [1] .

بما أن العيب الشكلي متعلق بإجراء جوهري فإنه يتوقف البطلان هنا على تمسك الخصم به ، و هذا البطلان ليس من النظام العام و إنما هو مقرر لصالح الخصوم و يتوقف الحكم به على قيام الضرر و مطالبة الخصم المتضرر الحكم به ، فلا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها و إنما يتعين أن يدفع به الخصم المتضرر قبل أي دفاع في الموضوع و ذلك اعتباراً لأحكام المادة 60 و 61 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تقرر أن بطلان الأعمال الإجرائية شكلاً لا يتقرر إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك ، و وظيفة الخبير تتحدد بمساعدة المحكمة في استظهار أمور ليس في إمكانها إظهارها بنفسها و ذلك لارتباطها بعلوم أو بمسائل فنية لا تحيط بها المحكمة ، و على ذلك فعل الخبير ينبغي أن يقف عند هذا الحد ، فلا تتطرق مهمته إلى تناول أمور أخرى لا تدخل في نطاق وظيفته .

فليس للخبير إجراء تحقيق يكون من شأنه إثبات حق لأحد الخصوم و نزعه من الآخر ، ذلك أن سلطة التحقيق لا يملكها سوى القضاء ، و لذلك على القاضي أن يحدد مهمة الخبير بكل دقة و صراحة و بطريقة لا تؤدي إلى تفويض صلاحيات المحكمة لهذا الخبير[2] .

2- هناك عيوب موضوعية تؤدي إلى بطلان تقرير الخبير و هي :

عدم قيام الخبير المُعيّن بإجراء الخبرة بنفسه ، ذلك أن الخبير ملزم بأن يؤدي المهمة المسندة إليه بنفسه ، لأن الجهة القضائية التي انتدبته إنما اختارته لمزاياه الشخصية و حلف يميناً ، فلا يجوز له تكليف غيره للقيام بما أوكل إليه مهما كانت الظروف ، سواء في كل أو بعض ما أوكل إليه ، إلا إذا تعلق بالأعمال التحضيرية التي تسبق أداء الخبرة .

كجمع المواد اللازمة لعمل الخبير أو نقل الشيء محل الخبرة مكان إلى آخر و التي يمكن لمعاونيه القيام بها تحت مسؤوليته و إشرافه أما الأعمال الفنية أو العملية فلا يجوز له إطلاقاً توكيل غيره بها لأنها من الأعمال التي يلتزم بها الخبير شخصياً ، فإن خالف هذا الالتزام و تبين

1 – أيمن بثينة ، الخبرة القضائية في المادة الادارية ، مذكرة لنيل متطلبات شهادة الماستر ، تخصص قانون اداري ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2013/2012 ، ص 50 .

2 – رمضان أبو السعود ، أصول الاثبات في المواد المدنية و التجارية ، دار الجامعة ، 1993 ، ص 175 .

أن الخبرة أجريت من خبير آخر غير الخبير المعين في الحكم القضائي بتعيين الخبير ترتب على ذلك تقرير الخبرة دون الاخلال بما قد يتعرض له الخبير المخالف من عقوبات تأديبية ، حتى قيام مسؤوليته المدنية عما ألحقه بتصرفه من أضرار لأطراف الخصومة [1].

من باب أولى لا يجوز ندب خبير للموازنة بين الآراء الفقهية ، كما لا يجوز بتكييف الواقعة أو تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الوقائع ، و إن كان هناك من يرى[2] امكانية الاستعانة بخبير عند تطبيق قانون أجنبي لاعتبارات عملية أو للضرورة يدخل في اختصاصه فحص بعض القواعد القانونية كالقانون الأجنبي ، غير أنه يبدوا من غير المنطقي تأييد هذا الرأي إذ أن ذلك ينطوي في نهاية الأمر على تنازل القاضي عن كامل مهامه و تحوله إلى كاتب الخبير ، إذا كانت الوقائع المادية المراد اثباتها قد زالت آثارها أو لا وجود لها ماديا فلا يجوز ندب خبير لإثباتها عن طريق سماع الشهود أو استجوابهم .

كما لا يجوز الاستعانة بالخبير متى كانت الوقائع مشهورة ، و يقصد بهذه الأخيرة تلك المسألة التي لا تثير اثباتها جدلاً ، فالاستعانة بالخبير حولها لن يزيد من درجة اقتناع القاضي أو الخصوم ، فهي تدخل في دائرة المعارف العامة التي تصل إلى القاضي خارج مجال الدعوى ، و يحق له حينئذ التعديل عليها في الدعوى استثناء من القاعدة العامة التي تجيز الاستناد إلى دليل لم يطرح في الجلسة ، و على ذلك يجب أن يكون للواقعة المشهورة صفة العمومية .

كما أننا لا نرى لزوم القاضي أن يستعين بالخبراء في المسائل التي يحتاج إلى الإلمام بقاعدة عامة لا تستدعي دراية معينة ، حيث يفترض فيه الإلمام بهذه القواعد التي تدخل في دائرة الثقافة العامة لأفراد مجتمع معين في فترة زمنية ، فإذا احتاج القاضي إلى معرفة من هذا القبيل فيجب أن يتحرى بنفسه بالرجوع إلى المصادر المختلفة و لا يعد ذلك خروجاً على القاعدة العامة التي تقضي بأنه لا يحق للقاضي أن يحكم بناء على معلوماته الخاصة ، طالما أنّ لهذه القاعدة

1 – محمد حزيط ، الخبرة القضائية في المواد المدنية و الادارية في القانون الجزائري ،الجزائر ، دار هومة ، 2014 ، ص 176 .

2 – انظر : بغدادي مولاتي ، الخبرة القضائية في المواد الادارية ، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر اكاديمي ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، 2013/2012 ، ص 239 .

صفة العمومية ، أي تدخل في حدود المعرفة العامة الممكنة لدى أي شخص عادي متوسط الذكاء ينتمي إلى مجتمع معين دون أن يتطلب ذلك منه ثقافة معينة[1].

1 – خروفة غانية ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الخبرة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص قانون العقوبات و العلوم الجنائية ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، ص 12 .

خاتمـــة

في نهاية هذا البحث ، و بعد الغوص في أحكامه العامة و الجُزْئية بمنظور الفقه الإسلامي و القانون الجزائري من حيث المفهوم و مجاله في تسوية النزاع الأُسري في إطاره الفقهي و أهم صعوبات إنجاز الخبرة و بطلانها ، نستنتج بأن للقضاء ميزان فعَّال للفصل في النزاع ، فلا تضيع حقوق الناس ما دام القاضي آخذاً بناصيته فلا يخاف ضعيف من حيفه و لا يطمع قوي في جوره .

كما يُعطِي القاضي للوقائع الوصف القانوني الصحيح لأن قاعدة الاثبات تُطَبّق على الوقائع ذلك أن القانون يُدْرِكُه القاضي الذي يُطَبقُه ، غير أن التطور الملحوظ في القرن 21 أدى إلى بروز نزاعات أكثر تعقيداً لم تكن موجودة فيما سبق مما يصعب على القاضي فَهْمُها و اعطائها الوصف القانوني دون اللجوء إلى الخبرة .

من خلال هذه الدراسة نلاحظ بأن أثر الخبرة واضحاً في الشريعة الاسلامية وخاصة في اثبات النسب بشتى الطرق سواء كان عن طريق القيافة أو عن طريق الوسائل العلمية الحديثة مثل البصمة الوراثية ، عندما يثبت نسب الطفل يُلحق بأبيه و من ثَمّ يرثُه فيملك حق النفقة عليه ، كما أن للخبرة أثر في إثبات عيوب الزوجين فإذا ادعى أحد الزوجين أن الآخر فيه عيب يمنع من الاستمرار في الحياة الزوجية فبالخبرة تُجرى عمليات الكشف عن الفتاة مفضوضة البكارة مما يؤدي إلى الكشف عن حالة تلك الفتاة ، ناهيك عن النزاعات المتعلقة بالإرث و التي تلعب الخبرة دوراً واقعياً في حل النزاع القائم بين أصحاب الحقوق أو من لهم مصلحة في ذلك ، و بالتالي نستنتج بأن للخبرة دوراً فعّال في إثبات النزاعات الأُسرية .

و بعد التطرق لكافّة مراحل البحث توصلت إلى النتائج و الاقتراحات الآتية :

- الخبرة القضائية ليس لها موضوعاً مُتفرِداً و لا كُتُب خاصة في الفقه الاسلامي على المذاهب الأربعة باعتبارها المادة العلمية المبحوث عنها بل تم التطرق إليها في تِعداد طرق الاثبات و أحياناً لا يتم ذِكْرُها مع وجود قرائن على إثبات وجود الخبرة سابقاً مثل ما وضّحت في لُب الموضوع ومتنه .

لكن مع التطور الاجتماعي و الاقتصادي في المجتمعات أدى إلى ضرورة الالتفات لهذا الموضوع و معالجته و هذا ما يظهر جلياً في قرارات مجمع الفقه الاسلامي مؤخراً مع وجود نوازل .

- للخبرة دور فعّال في اثبات النزاع الأُسري يمكن أن يلجأ إليها قاضي شؤون الأسرة ابتداء من مرحلة الصلح .
- الخبرة تدخل في كثير من المجالات و لها تفرعات متخصصة (خبير طبي ، خبير عقاري ..الخ) .
- أقترح إحداث فروع و تخصصات جديدة ومن بينها الخبير في الشؤون الأسرية و الخبير الاجتماعي و الخبير النفسي و الزامية حضورهم في شتى مراحل النزاع الاسري و بالتالي يُمكن أن تتسع مهمة الخبير فترقى باعتبارها و سيلة اثبات إلى وسيلة لتسوية النزاع الأُسري .
- أقترح فكرة استحداث مكتب لتسوية النزاع الأسري على مستوى المحاكم مُكلف بإدارة مرحلة الصلح يرأسها خبراء الصلح .
- إعادة النظر في المعايير المحددة لاختيار الخبراء و الحرص على الرفع من الحضور النسوي في صفوف الخبراء .
- إخضاع الخبراء بعد تسجيلهم بالجدول لتدريب و تكوين في القانون المنظم لمهنة الخبراء القضائيين و تكثيف الأيام الدراسية ما بعد الاعتماد على مستوى المجالس القضائية .
- تفعيل الرقابة القضائية على اجراءات و مراحل انجاز الخبرة القضائية.
- استغلال الوسائل الحديثة في تبليغ إجراءات الخبرة سواء للأطراف أو لدفاعهم من أجل أداء الأجور المحددة أو لتبليغ الخبراء لإنجاز مهامهم ، لتفادي تعثر إجراءات التبليغ المعتمد عليه الآن .

قائمة المصادر والمراجع

المصادر :

1- **القرآن الكريم** .

كتب تفسير القرآن الكريم :

2- **ابي الفداء اسماعيل بن الكثير** ، تفسير القرآن العظيم ، الجزائر ، دار الكتاب الحديث ، ب ط ، 1433 هـ/2012 م .

3- **جمال محمد الدين القاسمي** ، محاسن التأويل ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1376 هـ/ 1957 م .

4- **القرطبي** ، الجامع لأحكام القرآن ، بيروت ، مؤسسة الرسالة ، ب ط ، 1427هـ/2006 م .

المعاجم و كتب اللغة :

5- **ابراهيم أنيس و زملاؤه** ، المعجم الوسيط ، قطر، مطابع قطر الوطنية ، ب ط ، 1985 م .

6- **أحمد مختار عمر** ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، القاهرة ، عالم الكتب ، ط 1 ، 2008 م .

7- **علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني** ، معجم التعريفات ، القاهرة ، دار الفضيلة ، ب ط ، 2004 م .

8- **ابن منظور** ، لسان العرب ، لبنان ، دار الجيل و دار لسان العرب ، 1408 هـ/1988 م .

9- **أبي الهلال العسكري** ، الفروق اللغوية ، القاهرة ، دار العلم و المعرفة ، ب ط ، 1422هـ/2002 م .

المراجع :

الكتب الفقهية:

10- **أحمد بن فريحة الغريسي** ، في الحياة الإسلامية ، الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ب ط ، 2011 .

11- **أحمد محمد كنعان** ، الموسوعة الفقهية الطبية ، دار النفائس ، ط1 ، 1420هـ/2000م.

12- **أحمد بن محمد بن حنبل** ، مسند الإمام أحمد ، دار إحياء التراث العربي ، ج3 ، 1414هـ/1993م .

13- **الإمام الرازي** ، مختار الصحاح ، بيروت ، دار القلم ، ب ط ، 1975 م .

14- **برهان الدين فرحون المالكي** ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية و المنهاج ، الرياض ، دار عالم الكتب ، ب ط ، 1423هـ/2003م .

15- **الخطيب الشربيني** ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، بيروت ، دار المعرفة ، ط1 ، 1418هـ/1997 م .

16- **الدردير** ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار الكتب العلمية ، ب ط .

17- **شمس الدين السرخسي** ، المبسوط ، بيروت ، المكتب الإسلامي ، ط1 ، 1409هـ/1989 م .

18- **صبحي المحمصاني** ، الأوضاع التشريعية في الوطن العربي ماضيها و حاضرها ، بيروت ، دار العلم للملايين ، ب ط ، 1975 م .

19- **أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري** ، صحيح البخاري ، بيروت ، دار ابن كثير للطباعة و النشر ، ط1 ، 1426هـ/2002م .

20- **عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري** ، الفقه على المذاهب الأربعة ، القاهرة ، دار الأفاق العربية ، ط1 ، 1427هـ/2006م .

21- **عبد الرزاق الصناعي** ، المصنف ، بيروت ، المكتب الاسلامي ، ط1 ، 1390هـ/ 1970 م .

22- **ابن عيسى الترميذي** ، الجامع الكبير ، بيروت ، دار الغرب الاسلامي ،ط1 .

23- **ابن القيم الجوزية** ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، جدة ، دار عالم الفوائد ، ط1 ، 1428هـ/2007م .

24- **الكسائي** ، بدائع الصنائع ، في ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمية ، ط2 ، 1406هـ/1986 م .

25- **لجنة المنهاج** ، فقه النوازل ، الجامعة الأمريكية المفتوحة ، كلية الدراسات الاسلامية و العربية ، ب ط .

26- **مسلم بن الحجاج** ، صحيح مسلم ، دار طيبة ، ط1 ، 1427هـ/2006م .

27- **الموصلي** ، الاختيار لتعليل المختار ، القاهرة ، مطبعة الحلبي ، ب ط ، 1356هـ/1937 م .

28- **وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية** ، الموسوعة الفقهية الكويتية ، الكويت ، ط ذات سلاسل .

الكتب القانونية :

29- **أيمن محمد علي** ، شهادة أهل الخبرة و أحكامها ، عمان ، دار الحماد ، ط1 ، 2008 م .

30- **بربارة عبد الرحمن** ، شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، الجزائر ، منشورات البغدادي ، ط1، 2009 .

31- **بطاهر تواتي** ، الخبرة القضائية في الأحوال المدنية و التجارية و الإدارية في التشريع الجزائري و المقارن ، الجزائر ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، ط1، 2003.

32- **بغاشي كريمة** ، الخبرة القضائية في المواد المدنية ، الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ب ط ، 2009 .

33- **حسام أحمد** ، البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي و النسب ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط1 ، 2010 م .

34- **حسني محمود** ، عبد الدايم ، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات ، الاسكندرية ، دار الفكر الجامعي، ط1 ، 2007م .

35- **خليفة علي الكعبي** ، البصمة الوراثية ، و أثرها على الأحكام الفقهية ، الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة ، ط1 ، 2004م.

36- **رمضان أبو السعود** ، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية النظرية العامة في الاثبات ، الجزائر ، دار الجامعة ، 1993 .

37- **سليمان مرقسن** ، أصول الاثبات و اجراءات في المواد المدنية و القانون المصري ، ط2 .

38- **بن شويخ الرشيد** ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، الجزائر ، دار الخلدونية ، ط1 ، 1429هـ/2008م .

39- **طاهري حسين** ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزائر ، دار الخلدونية ، ط1 ، 2009 م.

40- **طاهري حسين** ، التنظيم القضائي الجزائري ، الجزائر ، دار هومة ، ط2 ، 2008 م .

41- **عباس العبودي** ، شرح أحكام قانون الإثبات المدني ، الأردن ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، ط3 ، 2011 .

42- **عبد الحسين عبد السلام يوسف** ، القاضي و البينة ، الكويت ، مكتبة المعالي ، ط1 ، 1407هـ/1987م .

43- **عبد السلام ذيب** ، قانون الاجراءات المدنية و الإدارية ، الجزائر ، موفم للنشر ، ط3 ، ج 1، 2012 .

44- **الغوثي بن ملحة** ، قواعد و طرق الإثبات و مباشرتها في النظام القانوني الجزائري ، الجزائر ، دار هومة ، ط6 ، 2009 .

45- **لحسين بن شيخ آث موليا** ، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية ، الجزائر ، دار هومة للطباعة و النشر ، ب ط ، 2004.

46- **لحسين بن شيخ آث ملويا** ، المرشد في قانون الأسرة ، الجزائر ، دار هومة ، ط 3 ، 2016 م .

47- **لوعيل محمد لمين** ، الأحكام الإجرائية و الموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة و الإجتهاد القضائي ، الجزائر ، دار هومة ، ط 1 ، 2010.

48- **محمد أحمد غانم** ، الجوانب القانونية و الشرعية للإثبات ، الجنائي بالشفرة الوراثية ، الأزراريطة ، دار الجامعة الجديدة ، ب ط ، 2008 م .

49- **محمد حزيط** ، الخبرة القضائية في المواد المدنية و الإدارية في القانون الجزائري ، الجزائر ، دار هومة ، 2014.

50- **محمد حسن قاسم** ، الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، مصر ، الدار الجامعية ، ب ط .

51- **محمد مصطفى** ، الزحيلي ، وسائل الإثبات في الشريعة ، دمشق ، مكتبة دار البيان ، ط1 ، ج1 ، 1402هـ/1982م.

52- **محمد واصل و حسين بن علي الهلال** ، الخبرة الفنية أمام القضاء ، الكويت ، وزارة العدل ، ب ط ، 2004م .

53- **محمود زهدود** ، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري ، الجزائر ، ط 1 ، 1991 م.

54- **مصطفى هرجة** ، الاثبات في المواد الجنائية ، مصر ، دار المطبوعات الجامعية ، ط2 ، 1992م .

55- **موفق الدين ابن قدامة** ، المغني ، دار احياء التراث العربي ، ط1، ج6، 1405هـ/1985م، ص127.

56- **مولاي ملياني بغدادي** ، الخبرة القضائية في المواد المدنية ، حلب ، مطبعة حلب ، ب ط ، 1992 م .

57- **نبيل صقر** ، قانون الأسرة نصاً و فقهاً و تطبيقاً ، الجزائر ، دار الهدى ، 2006م

58- **نبيل صقر** ، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الجزائر ، الهدى للطباعة و النشر ، ب ط ، 2008 م .

59- **نصر الدين هنوني و نعيمة تراعي** ، الخبرة القضائية في مادة المنازعات الإدارية ، الجزائر ، دار هومة ، ب ط ، 2009 م .

مجلات و رسائل و مذكرات جامعية :

60- **أيمن بوثينة** ، الخبرة القضائية في المادة الإدارية ، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، كلية الحقوق ، 2013/2012م .

61- **جمال الكيلاني** ، (الاثبات بالمعاينة و الخبرة في الفقه و القانون) ، مجلة جامعة النجاح للأبحاث ، كلية الشريعة ، نابلس ، فلسطين 2002 ، المجلد 16، 2002 .

62- **داسي نبيل** ، الاثبات عن طريق الخبرة في المسائل المدنية و التجارية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون ، تخصص عقود و مسؤولية ، جامعة آكلي محند أولحاج ، البويرة ، 2014/2013م.

63- **غانية خروفة** ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الخبرة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع قانون العقوبات و العلوم الجنائية ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، 2009/2008م .

64- **يزيد نعيمة** ، دور الخبرة في إثبات الأخطاء الفنية أثناء التدخل الطبي العلاجي ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص عقود و مسؤولية ، جامعة أكلي محند أولحاح ، البويرة ، سنة 2013م .

قوانين و أوامر و مراسيم تنظيمية :

- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008م يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الجريدة الرسمية عدد 21 المؤرخ في أفريل 2008 م .
- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984م و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم .
- الأمر رقم 155/66 مؤرخ في 08 جوان 1966 م ، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية ، الجريدة الرسمية العدد 48 ، الصادر بتاريخ جوان 1966م ، معدل و متمم .
- الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 هـ الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005 م (ج ر 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005م) .
- المرسوم التنفيذي رقم 310/95 المؤرخ في أكتوبر 1995 م ، الجريدة الرسمية ، العدد 60 ، سنة 1995 م .

قرارات قضائية :

- قرار في 1984/11/19 م، غرفة الأحوال الشخصية ، المحكمة العليا ، مجلة المحكمة العليا ، عدد رقم 03، سنة 1989م.
- قرار في 2006/03/05م ، غرفة الأحوال الشخصية ، المحكمة العليا ، مجلة المحكمة العليا ، عدد 1 ، سنة 2006م.
- قرار في 2008/03/12 م ، غرفة الأحوال الشخصية ، المحكمة العليا ، مجلة المحكمة العليا ، عدد رقم 67 ، سنة 2012م .

- قرار في 2012/03/15م ، غرفة الأحوال الشخصية ، المحكمة العليا ، رقم 452–12/ قرار غير منشور .
- قرار في 2012/04/12م ، غرفة الأحوال الشخصية ، المحكمة العليا ، مجلة المحكمة العليا ، رقم 00519–12، قرار غير منشور .

مرجع باللغة الفرنسية :

1-Ibtissem Garram ,Terminologie Juridique ,Blida, Palais du livre ,1998 .

فهرس الموضوعات

عنوان الموضوع	الصفحة
مقدمــة	**02**
الفصل الأول : الخبرة في النزاع الأسري بمنظور الفقه الإسلامي **المبحث الأول : مفهوم الخبرة** **المطلب الأول** : تعريف الخبرة و مشروعيتها	**07** **08**
فرع الأول: تعريف الخبرة	**08**
الفرع الثاني : ألفاظ ذات صلة	**09**
أولا : الفراسة	**09**
ثانياً: الحذق	**09**
ثالثاً: العلم و المعرفة	**09**
رابعاً: البصيرة	**10**
خامساً: التجربة	**10**
سادساً: القائف	**10**
سابعاً: الشهادة	**10**
الفرع الثالث: مشروعية الخبرة	**11**
المطلب الثاني : التطور التاريخي للخبرة أمام القضاء الإسلامي	**14**
الفرع الأول : مراحل تطور الخبرة	**14**
الفرع الثاني : شروط الخبرة	**18**
الفرع الثالث : عدد أهل الخبرة	**18**
الفرع الرابع : تعارض الخبرة مع البينات	**18**
المبحث الثاني : أهمية الخبرة و مجالها في النزاع الأسري **المطلب الأول** : أهمية الخبرة في الإثبات	**19**
الفرع الأول: أهمية الخبرة	**19**
المطلب الثاني : مجال الخبرة في تسوية النزاع	**20**
الفرع الأول : عيوب الزواج	**20**

أولاً: معنى المعيب	**20**
1-عيوب الرجال	**21**
* أهمية قول الخبير في هذه الأمور	**23**
2-عيوب النساء	**25**
- قول أهل الخبرة و المعرفة في إثبات العيب بين الزوجين	**27**
- الخبرة في أمور أخرى تتعلق بالنساء	**27**
الفرع الثاني: اثبات النسب بالخبرة وفقاً للفقه الاسلامي	**32**
أولاً :اثبات النسب بواسطة القيافة	**32**
ثانياً :اثبات النسب بواسطة البصمة الوراثية	**36**
ثالثاً :العلاقة بين الطب الشرعي و الخبرة في الإسلام	**40**
الفرع الثالث: الخبرة في الرضاع و الاستهلال	**40**
- أهمية الخبرة في الرضاع و الاستهلال	**42**
الفرع الرابع: الخبرة في تقسيم التركة	**43**
الفرع الخامس: الخبرة في اثبات الجرائم الجنسية	**45**
الفصل الثاني : الخبرة في النزاع الأسري بمنظور القانون الجزائري	**48**
المبحث الأول : الإطار القانوني للخبرة في النزاع الأسري	**49**
المطلب الأول : القانون المنظم للخبرة القضائية	**49**
الرفع الأول: الجانب الموضوعي	**49**
الفرع الثاني: الجانب الإجرائي	**50**
الفرع الثالث: خصائص الخبرة القضائية	**51**
الفرع الرابع: تمييز الخبرة عن مفاهيم قانونية مشابهة لها	**53**
أولاً: الخبرة و التحقيق	**53**
ثانياً: الخبرة و المعاينة	**53**
ثالثاً: الخبرة و مضاهاة الخطوط	**53**
الفرع الخامس: التسجيل في قائمة الخبراء	**54**
الفرع السادس: أنواع الخبرة القضائية	**58**

المطلب الثاني : مجال تعيين الخبرة القضائية أمام قاضي شؤون الأسرة	**60**
الفرع الأول: الخبرة في مرحلة الصلح	**61**
الفرع الثاني: اثبات العيوب الموجبة لفك الرابطة الزوجية	**61**
الفرع الثالث: اثبات النسب بالخبرة القضائية	**65**
الفرع الرابع: اثبات أسباب الحجر عن طريق الخبرة القضائية	**66**
الفرع الخامس : الخبرة في حصر مخلفات المورث و قسمة التركة	**67**
المبحث الثاني : اجراءات الخبرة أمام قاضي شؤون الأسرة	**69**
المطلب الأول : التزامات الخبير وسلطة قاضي شؤون الأسرة	**69**
الفرع الأول : الحكم بتعيين الخبير	**70**
الفرع الثاني: واجبات الخبير	**70**
الفرع الثالث: استبدال ورد الخبير	**71**
الفرع الرابع: تنفيذ الخبرة	**73**
الفرع الخامس: سلطة القاضي	**76**
الفرع السادس: أتعاب الخبير	**77**
الفرع السابع: حجية تقرير الخبرة	**79**
المطلب الثاني : صعوبات إنجاز الخبرة و بطلانها	**81**
الفرع الأول: صعوبات إنجاز الخبرة	**81**
الفرع الثاني: العيوب المؤدية إلى بطلان الخبرة	**83**
أولاً: العيوب المؤدية إلى بطلان تقرير الخبرة	**83**
الخاتمة	**88**
قائمة المصادر و المراجع	**90**
الفهرس	**98**