

جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية –  
كلية الحقوق و العلوم السياسية

## الخبرة الطبية في مسائل الأسرة

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

شعبة القانون الخاص

تخصص القانون الخاص الشامل

إشراف الدكتورة:

اقروفة زبيدة

إعداد الطالبين:

- عربي مراد

- بن محرز طارق

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا .....

الأستاذة

مشرفا .....

الدكتورة اقروفة زبيدة

ممتحنا .....

الأستاذة

2014 - 2013

السنة الجامعية

## كلمة شكر و تقدير

نتقدم بوافر الشكر و التقدير و الامتتان إلى الأستاذة الفاضلة  
الدكتورة إقروفة زبيدة بقبولها الإشراف على مذكرتنا و متابعتها  
البحث بكل دقة و عناية، فمنها لها أسمى آيات التقدير و العرفان  
و جزاها الله تعالى خير الجزاء، و أدام الله تعالى في عمرها و رزقها  
الصحة و العافية و إننا نعدّ إشرافها علينا منّة و مفخرة نضلّ نعتر  
بها.

كما نتقدم بخالص الشكر و التقدير إلى كل أساتذة جامعة عبد  
الرحمان يرة ببجاية ولكل من مدّ يدّ العون ووقف بجانبنا في انجاز  
هذه المذكرة .

لكل هؤلاء كافة تقديرنا و احترامنا.

## إهداء

أهدي ثمرة عملي إلى من زرع في روحي المثابرة و العمل، إلى من علّمني معنى الطّموح و الأمل إلى دروب الأمانى و المستقبل و إلى من أفنيا شبابهما لإسعادي، و بذلوا جهودا لإرضائي و اللذان علّمني الصبر و كانا لي سنداً و عوناً .

و إليهن حبهما يعلو فوق كل حب، إليهن قارن الله عزّ وجل طاعتها بطاعته، وأوجب تعالى برهم إلى أعظم مدرسة حظيت بالتربية في كنفهما،إليك يا فردوس القيم و الأحكام و قاموس العواطف، إلى فيض المحبة و الحنان، إلى أعز إنسانة في الوجود إلى قرة عيني و أعلى من الروح "أمي الغالية" جفّ الزمان وفاض حنين مبسمك، قست القلوب و رق حديد معصمك ، إليك يا من حملتني وهنا على وهن ويا من فرشتي طريقى بدعوات لتتير دري و تضيء دنياي .

يا من جسدت الأبوة في اسمي معانيها، و يا من زرع في نفسي المثل الأعلى و التربية الفاضلة و حب العمل و لم يبخل عليّ يوماً و تمنى لي النجاح دوما ليفتخر بي، إلى أعلى من الروح "أبي الغالي"  
﴿أسأل الله تعالى أن يحفظكما و يطيل في عمركما﴾

إلى من أفرح و أرفع الرأس شموخاً بإنتمائي إليهم إلى كل إخوتي:

\*نـورة\*، \*ياسمين\*، \*أمــــــــــــــــين\* .

إلى أعز صديق \*سليم\*، إلى من شاركني هذا العمل \*طارق\* .

إلى التي كان دعاؤها سرّاً نجاحي، جدّتي \*يماطــــــــــــــــيمة\* أطال الله في عمرها.

إلى الغالية على قلبي دوما خالتي \*تسعديت\* رحمها الله و أدخلها فسيح جنانه.

إلى كل أصدقائي زملائي في المشوار الدراسي \*أحمد، مخلوف، منير، بوخالفة، عبد الحق، الياس، يزيد، فريد، محمد، العربي، ماسي، حلیم، لطفي، صافية، سهام، حنان، زهرة، ليندة، صونية، حفيظة، صبرينة\* .

دون أن أنسى كلّ الأصدقاء الذين قاسموني الحلو و المرّ و كلّ من عرفني من قريب أو بعيد، و تمنوا لي الأفضل من الصميم. و لكل هؤلاء أهدي هذه المذكرة.

\*مراد\*

## إهداء

الصلاة و السلام على سيد البشرية محمد و على آله و صحبه أجمعين  
إلى من جرع الكأس فارغاً ليسقيني قطرة حب، إلى من كادت أنامله ليقدّم لنا لحظة سعادة  
إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم أبي العزيز أطل الله في عمره  
إلى من أرضعتني الحب والحنان، إلى رمز الحب وبلسم الشفاء، إلى القلب الناصع أمي الحبيبة التي  
أدعو الله عز و جل أن يسكنها جنات الفردوس خالدة فيها أبداً و أن يجعلنا صالحين ندعو لها بالرحمة  
إلى القلوب الطاهرة الرقيقة والنفوس الصافية إلى رياحين حياتي جدتي جميلة أطل الله في عمرها،  
و أخوالي و نسائهم، خاصة أروع و أطيب الناس خالي جلول  
إلى من حبهم يجري في عروقي و يلهج بذكراهم فؤادي إلى إخوتي زهير و يمين خاصة البرعمين  
الصغيرين يويو و وسيم  
إلى الأخوات حميدة، أنيسة، دليلة وبناتها الحبيبات، زهرة و حورية اللواتي لم تتركاني أحس بفراق أعز  
الناس إلي و هي أمي  
إلى الذين بذلوا كل جهدٍ و عطاءٍ لكي أصل إلى هذه اللحظة أساتذتي الكرام لا سيما أستاذة منيرة دربي  
في مذكرتي الأستاذة الدكتورة إقروفة زبيدة و الأستاذة خلفي أمين و الأستاذة مقنانة مبروكة و زارع حب العلم  
في قلبي أساتذتي من يوم دخولي إلى المدرسة إلى أصحاب القلوب الطيبة والنوايا الصادقة  
إلى من رافقوني منذ أن حملنا حقائب صغيرة ومعهم سرّ الدرب خطوة بخطوة  
أصدقائي الأعزاء منير، زبير، هاني، رابح، مولود  
الآن تفتح الأشعة وترفع المرساة لتتطلق السفينة في عرض بحر واسع مظلم هو بحر الحياة وفي  
هذه الظلمة لا يضيء إلا قنديل الذكريات، ذكريات الأخوة البعيدة إلى الذين أحببتهم و أحبوني إلى من  
أنويها شريكة حياتي و أم أولادي العزيزة كاتية والى ماجد، ملاك و ندين

\*طارق\*

## قائمة لأهم المختصرات

أ: الأستاذ.

ب.ط: بدون طبعة.

ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ج: الجزء.

د.دن: دون دار النشر.

د.س: دون سنة.

د.ص: دون صفحة.

د.ط: دون طبعة.

د: الدكتور.

ص: الصفحة.

ط: الطبعة.

ط1: الطبعة الأولى.

ع: العدد.

غ. أ. ش: غرفة الأحوال الشخصية.

ق. أ. ش: قانون الأحوال الشخصية.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.إ.م.ج: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ق.م.أ: القانون المدني الجزائري الجزائري.

م.ق: المجلة القضائية.

م: المادة.

A.D.N :Acid Desoxyribo nucléique. ➤

## مقدمة

يعتبر الجهاز القضائي الدعامة القانونية للحفاظ على الحقوق وتثبيتها، ويتحقق ذلك إما عن طريق الدور الوقائي الردعي الذي يخلق الخوف في نفوس الأفراد، فالكثيرون منهم لا يستهون القضاء ويتجنبون الوقوع في السلوكات التي تؤدي بهم إلى مواجهة الجهة القضائية، التي تتميز بطول الإجراءات، والمساس بسمعتهم، والخوف من الجزاءات التي سيتم الحكم بها في حالة انتهاك حق من الحقوق التي يحميها القانون، بالإضافة إلى دفع المصاريف القضائية التي قد تتعب كاهلهم، مما يؤدي إلى توشي الأفراد التعدي على حقوق الغير ، أما الطريق الثاني الذي يحقق به القضاء تثبيت الحقوق، يتحقق في الحالة التي يكون فيها قد تم الاعتداء على حق من الحقوق، فيجد المعتدى عليه أمامه حق اللجوء إلى القضاء المختص برفع دعوى قضائية، إلا أن ما تجدر الإشارة إليه هو أن القضاء لايعترف بحق إلا إذا وجد هناك ما يثبتته وفقا لقواعد الإثبات من كتابة، شهود، قرائن، إقرار، بيعة، وخبرة، ولكل وسيلة حجبتها في الإثبات، وما يهم في هذا المجال هي الخبرة كوسيلة للإثبات وبالذات الخبرة الطبية في مسائل الأسرة.

فكما نعرف أن مجالات القانون مختلفة فهناك ما يتعلق بالحياة المدنية، وما يتعلق بالحياة الاجتماعية وما يتعلق بالجانب الإداري، وما يتعلق بالجانب الجزائي، وما يتعلق بالأسرة وغير ها ، و لكل مجال قانون ينظمه، كما نجد أن كل مجال له مصادر احتياطية و مصادر رئيسية قد تختلف من حيث ترتيبها من مجال إلى آخر، وبما أن موضوع البحث له صلة بالأسرة فإن أحكامها تم جمعها في قانون الأسرة والتي استندت في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية وذلك استجابة لكتاب الله تعالى ولسنة رسوله. فتعرف الأسرة بالنظر إلى المفهوم القانوني على أساس العلاقة التي تربط أفراد الأسرة من صلة القرابة والزوجية وعلى أساس ارتباطها بتكوين المجتمع ، ونظرا لأهمية الأسرة حضت بعناية خاصة من الناحية الشرعية والقانونية والتي تهدف دائما إلى إقامة التوازن بين أفرادها حتى لا يطغى جانب على الآخر، كما تبنى الأسرة على أساس المودة والرحمة، لهذا نجد أفراد الأسرة يتوددون إلى بعضهم البعض، فيساعد القوي منهم الضعيف وينفق منهم الميسر على المعسر، ويسهر كل واحد منهم على إسعاد الآخر، ويحث كل واحد منهم الآخر على أوجه البر، كما يسعى كل واحد إلى إصلاح أسرته عن طريق الحوار والتفاهم، كل هذا تزرعه الرابطة الدموية والزوجية في قلوب أفراد الأسرة، فنفس الدم الذي يجري بين عروقهم لن يذهب سودا وهو الذي يولد ذلك الحنان فيما بينهم، كل ما سبق الإشارة إليه الهدف منه هو المحافظة علي كيان الأسرة وشملها.

إلا أنه في الكثير من الأحيان ما تكون العلاقات الأسرية فيما بين أفرادها غير مستقرة فتكون عرضة للنزاع، فتصبح المعاشرة فيما بين الزوجين مستحيلة لعدة أسباب مختلفة كأن تكون هناك خيانة زوجية مما يؤدي إلى اختلاط الأنساب، أو ممارسة الزوجة الحيلة من أجل تعليق والتأثير في تقسيم التركة بادعائها الحمل، ومنها ما يصيب أحد أفرادها كالاختلال العقلي، أو قيام رب الأسرة المريض مرض الموت بالتصرف في أمواله عن طريق التبرعات رغبة في الإضرار بالورثة أو تفضيلا لأحد الورثة على

الآخرين، فترفع عدة قضايا أمام قسم شؤون الأسرة إما أن يكون موضوعها طلب الحجر علي فرد من أفراد الأسرة لجنون أوعته، أو طلب فك الرابطة الزوجية من طرف الزوجة مؤسسة على عيب من العيوب الموجبة للتطليق، أو طلب إبطال تصرفات المريض مرض الموت، أو طلب نفي نسب الولد أو إثباته .  
والمتمتعن في هذه المراكز القانونية السابقة الذكر يتبين له أن لها جانب فني علمي بحت لا يحيط القاضي معرفة علمية كافية، أولاً لأن القاضي هو رجل قانون يتعين عليه معرفة المسائل القانونية وثانياً انه غير ملزم بالإلمام بالعلوم الأخرى، وثالثاً لأن العلم واسع وفيه مختلف التخصصات مما يصعب على الشخص الواحد أن يعرف كل تلك العلوم، ومن أجل ذلك يجد القاضي نفسه ملزم بالاستعانة بأهل العلم والمعرفة والممثلون في هذا الموضوع محل البحث في الخبراء الطبيين لأن كل من إثبات التطليق للعيوب كالعقم مثلاً، أو إثبات الجنون، أو الحمل، أو مرض الموت، يتحقق عن طريق الطب، والاستعانة بالخبراء الطبيين يتم وفق إجراءات قانونية منها ما له علاقة بالخبرة القضائية بصفة عامة والمنظمة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومنها ما يتعلق بالخبرة الطبية بصفة خاصة، والهدف من سلوك طريق الخبرة هو محاولة الوصول إلى الحقيقة مما يعزز الحكم .

### أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع في:

- إبراز دور الطرق العلمية في مساعدة القاضي في بناء الأحكام القضائية وذلك على أساس أن هناك بعض التقنيات العلمية نسبة الشك والخطأ البشري فيها قليل بل ويكاد ينعدم، ومثال ذلك نتائج البصمة الوراثية والتي يرى أغلب الفقه أنها وسيلة إثبات قطعية نظراً لاستنادها على دلائل علمية يقينية.
- البحث عن المواطن التي تحتاج للخبرة الطبية وتحليلها من أجل الوصول إلى تعزيز تقرير الخبرة الطبية في مجال الإثبات ومحاولة التلليل على أن بعض المجالات لا يمكن فيها الاستغناء عنها، وكذلك فيما يخص الأخذ بما استقرت الخبرة عليه لا يجب أن نجعل للقاضي فيها سلطة واسعة تسمح له بالتهرب من نتائج الخبرة.
- دراسة وسيلة من وسائل الإثبات المذكورة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي الخبرة القضائية التي تتفرع منها الخبرة الطبية ثم نحاول إسقاطها على مسائل الأسرة وفي الأخير استخراج بعض المسائل التي لها علاقة بالخبرة الطبية ودراستها بالتفصيل مع إعطاء الملاحظات.

### أسباب اختيار الموضوع:

- الموضوع يدخل في إطار القانون الخاص وذلك لتعلقه بفرع من فروع وهو قانون الأسرة والذي يسمى في بعض الدول العربية بالأحوال الشخصية.
- موضوع الخبرة الطبية في مسائل الأسرة لم يعرف دراسة سابقة في كل المواضيع التي تحتاج إلى خبرة طبية في المسائل الأسرية.

- اهتمام الباحثين بدراسة الخبرة الطبية بالنسبة للمجال الجزائي دون المجالات الأخرى خلق في نفسي روح البحث والتصدي لموضوع الخبرة الطبية لشؤون الأسرة، خاصة مع تطور التقنيات العلمية وفي سبيل ذلك مثلا الدور الذي تلعبه البصمة الوراثية في إثبات النسب.

- إثراء المكتبة الجزائرية بالمادة العلمية من أجل استفادة الأجيال اللاحقة منها، مما يعطيهم فرصة للنقد واستكمال النقائص، أو زيادة المستجدات، بما أننا في تطور مستمر والمجتمع يختلف من زمن إلى آخر والقانون كما نعرف هو قابل للتعديل فقد يستحدث موضوع ما أو يلغي.

## أهداف البحث

تكمن أهداف البحث في:

المتضمن في مواد قانون الأسرة يجد أن المشرع الجزائري لم يستعمل بصريح العبارة مصطلح الخبرة الطبية، وفي بعض المواد يذكر مواطن تكون بحاجة إلى خبرة طبية إلا أنه لا نجد في مضمون المادة كلمة الخبرة أو ما يفيد معناها، كما أنه لم يبين من خلال نصوص قانون الأسرة ما المقصود بالخبرة ولا ما هي أحكامها، لهذا سيتم من خلال هذه الدراسة محاولة إلقاء الضوء على جميع المواضيع التي تحتاج إلى الخبرة الطبية والوصول إلى معرفة المقصود بهذه الأخيرة ثم معرفة مدى تأثير الخبرة على حكم القاضي.

دراسة الخبرة الطبية في شؤون الأسرة تؤدي إلى إبراز العلاقة الموجودة بين الطب والقانون، فالشخص العادي أو المبتدئ في الدراسة القانونية لن يضع في الحسبان أن تكون هناك علاقة بين الطب والقانون، إلا أنه في الحقيقة كلا من المجالين بحاجة إلى بعضهما، فالطب ينظمه القانون بموجب نصوص قانونية، والقانون يتخذ من الطب وسيلة من وسائل تحقيق العدالة، وتندرج هذه الوسيلة تحت تسمية الخبرة الطبية، والتي تعتبر وسيلة من وسائل الإثبات و تعهدلي خبراء تكون لهم دراية وإلمام بالجانب الطبي، فكلما وقعت في يد القاضي قضية لها علاقة بالجانب الطبي إلا وسمح له القانون بندب الخبير إما بطلب من الخصوم أو من تلقاء نفسه.

## الإشكالية:

ما المقصود بالخبرة الطبية؟

وماهي المسائل ذات الصلة بالخبرة الطبية؟

وما مدى تأثيرها على حكم القاضي؟



**المنهج المتبع:**

للإجابة على الإشكال الذي سي طرح سيتم إتباع المنهج الإستقرائي، وذلك بالبحث في ثنايا قانون الأسرة واستخلاص جميع المواطن التي تحتاج إلي خبرة طبية، والبحث فيما إذا كان إجراء الخبرة أمر وجوبي لا يمكن الاستغناء عنه، أم أنه أمر جوازي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، وهل للخبرة نفس القوة في حالة وجودها كدليل واحد في يد القاضي أم توجد إلى جانبها أدلة إثبات أخرى، كما سيتم استعراض المواد التي تضمنت في محتواه لفظ الخبرة الطبية، مع الالتزام بتحليل هذه المواد وفي حالة عدم كفايتها سيتم بالاستعانة بالنصوص القانونية الأخرى.

**خطة البحث:**

من أجل الإحاطة بموضوع الدراسة و الإلمام بجمع جوانبه ارتأينا تقسيمه إلى فصلين يتضمن الفصل الأول ماهية الخبرة القضائية حيث تقتضي طبيعة الموضوع تبيان مفهومها الذي يتدرج ضمنه التعريف بها و أنواعها و خصائصها و طبيعتها و كذا تمييزها على باقي و سائل الإثبات بالإضافة إلى تبيان إجراءات الخبرة القضائية، أما الفصل الثاني تطرقنا فيه إلى عرض تطبيقات الخبرة الطبية في مسائل الأسرة حيث انتقينا أهمها و المتمثلة في إثبات النسب، التطلاق للعيوب و الضرر، الحجر الولاية و الوصاية، وختمنا هذا البحث بما توصلنا إليه من نتائج و توصيات.









## الفصل الأول

## ماهية الخبرة القضائية

إن التطور الإنساني وما لحقه من إنجازات مختلفة في جميع الميادين العلمية وآلت إليه وحققته في اختراعات حديثة، أدى إلى تشابك مصالح الأفراد وتضاربها تجارياً، اقتصادياً وخاصة اجتماعياً الشيء الذي أدى إلى تطور طبيعة النزاعات المعروضة على القضاء كنتيجة حتمية لذلك ولما كان العدل أساساً منوطاً بجهاز القضاء الذي هو رسالة نبيلة تسهر الدول على إرساء دعائمها، وإذا ما اعترضت القاضي أثناء فصله في الدعوى مسائل ذات طبيعة فنية أو علمية خارجة عن اختصاصه أو مداركه فقد أجازت له مختلف التشريعات المقارنة الاستعانة بأهل الفن والخبرة ممن يتميزون بالاستقامة والعلم والمعرفة وهذا ما تطرق إليه المشرع الجزائري في القانون الإجراءات المدنية والإدارية... إلخ.

فالخبرة القضائية وسيلة من وسائل الإثبات وإجراء من إجراءات التحقيق التي يأمر بها القاضي فلها قواعدها فنياتها وخصوصيتها التي لا بد من تعلمها وتطويرها والاهتمام بها كما نظم المشرع الجزائري مهنة الخبير القضائي بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 310/95 المؤرخ في 10/10/1995 ونظراً لأهمية موضوع الخبرة كان لزاماً أن نستعرض أهم عناصرها و مسائلها في التشريع الجزائري.

## المبحث الأول

## مفهوم الخبرة القضائية

## المطلب الأول

## تعريف الخبرة القضائية، أنواعها، خصائصها وطبيعتها

## الفرع الأول: تعريف الخبرة القضائية

إن الخبرة القضائية هي وسيلة من وسائل الإثبات يتم اللجوء إليها إذا اقتضى الأمر كشف دليل أو تعزيز أدلة قائمة، كما أنها استشارة فنية يستعين بها القاضي أو المحقق في مجال الإثبات لمساعدته في تقدير المسائل الفنية التي تحتاج تقديرها إلى دراسة علمية لا تتوفر لدى القاضي بحكم علمه وثقافته<sup>1</sup> كما يمكن تعريفها على أنها المهمة الموكلة من قبل المحكمة أو الهيئة القضائية إلى شخص أو عدة أشخاص أصحاب اختصاص أو مهارات أو تجربة في مهنة ما أو فن أو صناعة أو علم لتحصل منهم على معلومات أو آراء أو دلائل إثبات للفصل معين<sup>2</sup>.

كما تعرف أنها استيضاح رأي أهل الخبرة الفنية و التقنية التي تستعص علي قاضي الموضوع إدراكها بنفسه من مجرد مطالعة الأوراق والتي لا يجوز للقاضي أن يقضي في شأنها إسنادا لمعلوماته الشخصية والتي يكون استيضاحها جوهريا في تكوين قناعته في شان موضوع النزاع<sup>3</sup> كما هو إثبات النسب بطرق العلمية أو إجراءات الحجز... الخ (الأحوال الشخصية).

## تعريف الخبرة الطبية:

بالنظر إلي عدم وقوفنا علي تعريف اصطلاحي للخبرة الطبية في المراجع التي اطلعنا عليها، ارتأينا أن نعرفها كما يلي:

"هو عمل طبي، يقوم به شخص مؤهل في المجال الطبي معين وذلك لإبداء رأيه في مسألة طبية بحتة".

## الفرع الثاني: أنواع الخبرة

1- الخبرة الأصلية: وهي الخبرة بصفة مطلقة، عندما تأمر بها المحكمة للمرة الأولى، حينما يستعصى عليها الأمر في فهم مسائل فنية أو عندما تتوفر في إحدى القضايا المطروحة عليها للفصل فيها ظروف أو شروط معينة فتسندها لخبير واحد أو عدة خبراء وذلك بحسب نوع الخبرة المأمور بها أو حسب موضوعها أو طبيعتها أو أهميتها.

2- الخبرة المضادة: إذا كانت التقارير المطروحة أمام الجهة القضائية متناقضة ففي هذه الحالة وغيرها يمكن للقاضي اللجوء إلى خبرة مضادة يستلزم فيها الخبير المكلف بالقيام بالمهام نفسها<sup>4</sup>، حيث

<sup>1</sup> عبد الرحمان الشواربي، التزوير والترتيب مدنيا وجزائيا في ضوء الفقه والقضاء (ب،ط) منشأة المعارف، مصر، ص78.

<sup>2</sup> أملي أنطوان ديرانى، الخبرة القضائية، المنشورات الحقوقية الصادرة سنة 1977، ط1، بيروت، ص17.

<sup>3</sup> همام محمد محمود، الوجيز في إثبات المواد المدنية والتجارية، ب، ط، الدار الجامعية للنشر، 200، ص357.

<sup>4</sup> مولاي بغدادى، الخبرة القضائية في المواد المدنية، مطبعة حلب، الجزائر 1992، ص14.

يقوم بمراقبة صحة المعطيات وسلامة النتائج وخالصات الخبير، وذلك بواسطة خبير أو عدو خبراء، وتسميتها بالمضادة لا تعني المعاكسة وإنما تندرج في إطار تمكين الخصوم من كل وسائل دفاعهم وهذا ما كرسته المحكمة العليا في هذا النوع من الخبرات القضائية في قرارها الصادر بتاريخ 1998/11/18 تحت رقم 155373 بقولها إذا ثبت وجود تناقض بين خبرة وأخرى تعذر فض النزاع بين الطرفين ووجب الاستعانة بخبرة فاصلة وعدم الاقتصار على خبرة واحدة أو خبرتين تماشيا مع متطلبات العدل<sup>1</sup>.

3-**الخبرة الجديدة** : هي الخبرة التي تأمر بها المحكمة عندما ترفض نهائيا الخبرة الأولى لأي سبب من الأسباب كالإبطال مثلا فالقضايا مطلق الحرية في الأمر بخبرة جديدة إذا كانت الخبرة الأولى مشوبة بقلّة العناية والافتقار إلى المعلومات، وللخصوم أم يبطلوا ذلك بعينة إيراد براهين جديدة في عناصر الدفاع عن قضاياهم ويمكن الأمر بخبرة جديدة في الصور التالية:

- إذا كان التقرير معبئا في شكله أو مشوبا بانحيازه إلى خصم من الخصوم.

- إذا كان التقرير ناقصا أو غير كاف في نظر المحكمة أو المجلس<sup>2</sup>.

4-**الخبرة التكميلية** : وهي الخبرة التي تأمر بها المحكمة عندما ترى نقصا واضحا في الخبرة المقدمة أو أن الخبير لم يجيب على جميع الأسئلة والنقاط الفنية المعين من أجلها أو أنه لم يستوفي حقها في البحث أو التحري فتأمر المحكمة باستكمال النقص الملحوظ في تقرير الخبرة وتستند الخبرة التكميلية إلى الخبير الذي أنجزها أو إلى خبير آخر<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث : خصائص الخبرة

أولاً: الطابع الفني للخبرة إن اللجوء إلى الخبرة يفترض وجود مسائل فنية أو تقنية أو علمية لا تستطيع المحاكم بحكم تكوين أعضائها أن تشق طريقها فيها، وأن تبلغ الغاية الفنية البحتة المرجوة لذا أقر المشرع للجهات القضائية، وعليه لا يجوز للقضاة الاستعانة بالخبراء من أجل وصف أمور واضحة وقد ترك لهم الحرية في أن يقرروا بأنفسهم الحقيقة التي يقتنعوا بها من خلال الشهادات والأدلة الأخرى، ومنه فالخبير ملزم بالإجابة فقط على المسائل ذات الطابع الفني والعلمي ويمنع علي إعطاء رأيه في مسألة قانونية لأن القانون في صميم عمل القاضي<sup>4</sup> وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 125 ق.إ.م.أ.ج " تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> قرار بتاريخ 1998/11/18 تحت رقم 155373 صادر من المحكمة العليا سنة 1998، عدد 2، ص.557.

<sup>2</sup> يحيى بن لعل، الخبرة في الطب الشرعي، الجزائر. (ب.ط) ص.14.

<sup>3</sup> مولاي بغدادي، المرجع السابق، ص.15.

<sup>4</sup> خمال وفاء، الخبرة الطبية في المجال الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 1990، ص.7.

<sup>5</sup> القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، عدد 21 المؤرخة في 2008/02/25.



**ثانيا: الطابع السري للخبرة**

تعد الخبرة من الأدلة العامة التي يقوم المحقق بجمعها شأنها شأن المعاينة وضبط الأشياء على خلاف سماع الشهود والاستجواب والمواجهة فهي أدلة خاصة، ولما كانت الخبرة كذلك وجب فيها السرية فيجب أن لا يعلم أي أحد بنتائجها إلى غاية انتهاء المهمة والفصل في القضية ولذلك يمنع على الخبراء التكلم أو التحاور في الوقائع التي يمكن أن تصل إلى علمهم بمناسبة قيامهم بمهمتهم، كما يمنع عليهم تقديم معلومات للغير عن سير الخبرة وخالصة عملياتهم، كما يلزمون بالصمت والسكوت اتجاه مصالح الإعلام والصحافة<sup>1</sup>.

**ثالثا: الطابع الاختياري للخبرة**

إن المحكمة هي التي تقدر مدى ضرورة الاستعانة بخبير وهي التي تملك السلطة المطلقة في ندب الخبراء سواء من تلقاء نفسها أو استجابة لطلب الخصوم وذلك بتقديرها للأسباب وذلك فقد ترى في عناصر النزاع والأوراق المقدمة ما يكفي لتكوين قناعتها فتفرض ندب الخبير حتى ولو قدم الخصوم طلبا بذلك، ويجب أن يكون الحكم الصادر بندب الخبير أو برفضه مسببا من طرف القاضي<sup>2</sup>

**رابعا: الطابع التبعي للخبرة**

تفترض الخبرة القضائية وجود نزاع قائم، حيث تمثل هذه الأخيرة وسيلة إثبات تساعد في حسم النزاع ويرفض القضاء أن تكون الخبرة مستقلة عن أي نزاع لأن طلب الخبرة هو من إجراءات الإثبات التي يلجأ إليها الخصوم أو القاضي بصدد دعوة قائمة بالفعل، ومع ذلك فقد أجاز اللجوء إلي الخبرة بصفة أصلية كاستثناء في الدعاوي الإستعجالية التي يجب أن تتوفر بشأنها صفة الاستعجال، فيجوز لقاضي الأمور المستعجلة ندب خبير لإثبات حالة يخشى من ضياع معالمها .

**الفرع الرابع: الطبيعة القانونية للإثبات****أولا: وسيلة إثبات**

يعتبر أصحاب هذا الرأي أن الخبرة وسيلة إثبات تهدف إلي التعرف على وقائع مجهولة من خلال وقائع معلومة فهي تنقل إلي حيز الدعوى دليلا يتعلق بإثبات جريمة أو إسنادها المادي أو المعنوي للمتهم كون هذا الإثبات يتطلب معرفة أو دراية خاصة لا تتوفر للسلطة القضائية وقد لاقت هذه النظرية تأييدا واسعا في الفقه الإيطالي مثل، الفقيه " راندي سابتيني "، كذلك لاقت رواج في الفقه الألماني أما في فرنسا لم يؤيد هذه النظرية إلا قلة من الشراح من بينهم " فستان هيلي " الذي يؤكد أن الخبرة لا تتخلف عن وسائل الإثبات الأخرى من حيث أنها تتضمن رأيا فنيا منطقيا يخضع لمطلق السلطة التقديرية للقاضي .

<sup>1</sup> خمال وفاء، المرجع السابق، ص.8.

<sup>2</sup> منتديات الجلفة لكل الجزائريين والعرب في: 20/05/2014. على الساعة 14:00.

**ثانيا: وسيلة لتقدير الدليل**

مضمون هذه النظرية أن الخبرة ليست وسيلت إثبات في حد ذاتها لأنها لا تهدف للإثبات وجود أو نفي واقعة أو حالة ما بل هي وسيلة لتقدير عنصر الإثبات في الدعوى كما أن وسائل الإثبات تخلق الدليل في حين أن هذا لا يتحقق ف مجال الخبرة التي تتعلق بواقعة أو بحالة يراها القاضي غامضة بالنسبة له ولأن رأي الخبير في حد ذاته ليس دليل بل مجرد عنصر لتقدير الواقع .

**ثالثا: الخبرة إجراء مساعدة للقاضي**

تقضي هذه النظرية بأن الخبرة ليست وسيلة إثبات بل هي إجراء مساعد للقاضي في الوصول إلي تقدير فني للحالة التي بين يديه والتي تتطلب معرفة خاصة لا تتوفر لديه كما أن الخبرة تستكمل معلومات القاضي بتزويده بكل ما يحتاج إليه من وسائل فنية تساعده على تكوين قناعته بكل نزاهة وجدية .

**رابعا: الخبرة شهادة فنية**

تقوم هذه النظرية على أساس أن الخبرة هي نوع من الشهادة وكان القاضي يستعين بالأطباء فقط على اعتبار أن رأيهم من قبل الشهادات، وعلى إثر تقدم العلوم المختلفة تطورت الأنظمة وبدأ يظهر نضام التحري والتقيب وازدادت بذلك أهمية الخبرة في الدعوى وأصبحت وسيلة مستقلة بذاتها حيث اتخذت مجالا مستقلا عن الشهادة فقد نفت بعض التشريعات صراحة على جواز تدخل الأطباء في الدعوى، ورغم انفصال الخبرة عن الشهادة كما هو واضح في التشريعات المختلفة القديمة والحديثة فلا زال بعض الفقهاء يؤكدون أن الخبرة ليست إلا نوع من الشهادة وأن الخبير هو شاهد فني<sup>1</sup>.

**المطلب الثاني****تمييز الخبرة القضائية على باقي وسائل الإثبات****الفرع الأول: الخبرة والتحقيق**

يتشابه التحقيق بالخبرة في كون كلا التدبيرين يدلي من تقضي الضرورة سماعهم بتصريحات على أفراد أو بحضور الخصوم، فعلى هؤلاء الأشخاص الإفصاح عن هويتهم وموطنهم ومهنتهم وعن طبيعة علاقاتهم بالأطراف كما عليهم وضع أنفسهم تحت سلطة الجهة التي تتلقى أقوالهم إلي غاية إتمام إجراءات التحقيق أو الخبرة، أما الذي يميز التحقيق عن الخبرة هو أن في التدبير الأول يعرف من يدلي بأقواله بأنه شاهدو الأقوال المدلى بها بالشهادة بيد أن في التدبير الثاني يطلق على من يقع الاستماع إليهم تسمية " ذوي العلم " و على ما يأتون به من معلومات " الأقوال والملاحظات "<sup>2</sup>

<sup>1</sup> خمال وفاء، المرجع السابق، ص 8-9 .

<sup>2</sup> بطاهر تواتي، الخبرة القضائية في الأحوال المدنية والتجارية والإدارية في التشريع الجزائري والمقارن، الديوان الوطني

للأشغال التربوية، ط1، 2013، ص 10 .

إضافة إلي كون الشهود في التحقيق ملزمين بحلف اليمين، فالأمر على خلاف ذلك في الخبرة لأن الخبير يؤدي اليمين مرة واحدة، وذلك أثناء تعيينه أمام المجلس القضائي الذي عينه وليس في كل دعوى عكس الشاهد في التحقيق .

يحرر محضر وجوبا تدون فيه الشهادة الواردة في التحقيق أما في الخبرة فيعاد ذكر أقوال وملاحظات ذوي العلم، فمن تقرير ينجزه الخبير عند إتمام مهامه .

### الفرع الثاني: الخبرة والانتقال للمعاينة

يقصد بالمعاينة مشاهدة المحكمة نفسها محل النزاع أيا كانت طبيعته وتعتبر من طرق الإثبات المباشرة وذلك لاتصالها اتصالا ماديا بالواقعة المراد إثباتها<sup>1</sup> كما يمكن اعتبار الخبرة من المعاينة الفنية التي تستعين المحكمة لتحقيقها بواسطة أهل العلم والفن الخارجين عن دائرة علم القاضي، فكل من الخبرة والمعاينة من الناحية القانونية من إجراءات التحقيق، وتهدف المعاينة إلي إثبات الحالة المادية للأشياء والأشخاص والأماكن ولقد نص قانون الإجراءات المدنية على ذلك المادة 43 منه، أما من الناحية الفنية فالمعاينة وسيلة إثبات الغرض منها جمع الأدلة وهي في ذلك تختلف عن الخبرة والتي هي وسيلة للتقدير الفني والعلمي للأدلة، إلا أنه يمكن ملاحظة جواز استعانة القاضي بالخبراء أثناء المعاينة إذا رأى لذلك ضرورة وهو ما ورد بنص المادة 147 من قانون الإجراءات المدنية<sup>2</sup> كما أن انتقال المحكمة للمعاينة أمر جوازي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فقد يرى أن المعاينة المطلوبة لا أهمية لها في الدعوى من ناحية الإثبات، فلا يأمر بها القاضي، وباستقراء المواد 146، 147، 148، 149 من قانون الإجراءات المدنية يمكننا تبيان الخصائص التالية للمعاينة :

\_ يذكر في قرار إجراء المعاينة موعد اجريها ويقوم بإرسال إخطار للخصوم لحضور المعاينة .  
\_ يحق للمحكمة في جمع الأحوال أو القاضي المنتدب سماع الخصوم أو من يكون سماعه ضروريا من الشهود .

\_ يجب على الكاتب تحرير محضر يثبت فيه وقائع القضية إضافة إلي توقيع القاضي ويضم هذا التقرير إلى ملف الدعوى .

\_ يتكفل بمصاريف الانتقال الطرف الذي يحمل مصاريف الدعوى.

### الفرع الثالث: الخبرة والشهادة

تتشابه كل من الخبرة والشهادة لكونهما يقومان بالمساهمة بالإفادة بالمعلومات لصالح العدالة من أجل التعرف على الحقيقة، مما أدى ببعض الفقهاء إلي القول أن الخبرة ليست إلا نوعا من الشهادة .

<sup>1</sup> محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، (د س)، ص.229.

<sup>2</sup> م 57م.ج . تنص على أن: "إذا كان موضوع المعاينة يتطلب معلومات فنية فيجوز للقاضي أن يأمر في الحكم نفسه باستصحاب من يختاره من ذوي الاختصاص للاستعانة به ."

فالخبرة والشهادة من الناحية الشكلية يتشابهان فكلاهما يستخدم في مجال الدعوى من اجل الوصول إلي التأكد اليقيني، وكذلك الشيء المشترك بينهما بحيث يرى الأستاذ جار وان تصريحات الشاهد أو الخبير لها طبيعة واحدة تتوقف على مدى أمانة الشاهد والخبير، إضافة إلي ذلك فالشهادة تكون شفاهة بحيث يدلي الشاهد بما رأى أو سمع أمام القاضي في الجلسة في حين الخبرة قد تكون نتيجتها كتابة أو يدلي بها شفاهة، كما يمكن ملاحظة اختلاف الخبرة عن الشهادة في أن الخبرة إقرارات قضائية موضوعها إثبات فني يتم في مجال الدعوى، أما الشهادة فتتناول واقعة علم بها الشاهد قبل الدعوى والرأي الراجح في مجال التمييز بين الخبرة والشهادة هو قابلية الاستبدال إذ الشاهد مجرد شخص أوجدته الظروف ليشهد واقعة ولو لا يمكن استبداله بغيره أما الخبير فقد أدخله القاضي في الدعوى بما له من دراية أو معرفة وبالتالي يجوز استبداله<sup>1</sup>

## المبحث الثاني

### إجراءات الخبرة القضائية

إن تشابك مصالح الأفراد وتضاربها في مختلف الميادين التجارية والاقتصادية والاجتماعية أدى بالضرورة إلي ازدياد الخبرة كأدلة فعالة يستعين بها القضاء وذلك لإسهامها في تحقيق العدالة، واستعانة القاضي بالخبراء ليس حكرا على نوع معين من القضايا، وخصوصا إذا كان الفصل يستدعي التأكد من أمور ذات خصوصية تستدعي معرفة فنية أو علمية سنتطرق إلي كيفية تعيين الخبير وتنصيبه واستبداله

## المطلب الأول

### تعيين الخبير، وشروطه ومسؤوليته

#### الفرع الأول: تعيين الخبير

للقاضي سلطة الالتجاء إلي أهل المعرفة والخبرة الفنية إذا عرضت عليه أثناء فصله في الدعاوي نقاط أو مسائل فنية تحتاج إلي اختصاص، فيلجأ إلي الخبراء للاستدلال برأيهم في فهمها ويكون نذب الخبير كلما استدعت الضر وف سواء من تلقاء المحكمة أو بناء على طلب احد أطراف الخصومة أو بناء على اتفاقهم .

بما أن الاستعانة بالخبرة هي أمر متروك تقديره للمحكمة التي تنظر موضوع النزاع، فانه يجوز للمحكمة أن تلجأ إلي نذب الخبير من تلقاء نفسها أو بناء على طلب احد الخصوم حسب المادة 126 ق، إ، م، إ . وتقابلها المادة 48 من ق إ م، الملغى، لكن هناك بعض الأمور التي تكون الاستعانة بالخبرة فيها أمر وجوبي لأنه يستحيل على القاضي أن يحكم فيها بثقافته الخاصة، ويمكن أن يتم اختيار هذا الخبير أو الخبراء المقيددين في الجدول المعتمدين أو بصفة استثنائية وبأمر مسبب تعيين خبراء غير

<sup>1</sup> عثمان أمال عبد الرحيم، الخبرة في المسائل الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط.1، سنة 1964، ص.37.

مقيدتين في الجدول يؤدون اليمين أثناء سير الدعوى فقط<sup>1</sup> وكما سبق القول بجواز أمر المحكمة بإجراء خبرة قضائية في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ويكون بتعيين الخبير من طرف المحكمة بناء على طلب الخصوم، مع الإشارة أن المحكمة غير ملزمة قانونا بالاستجابة للطلب المقدم من الخصوم بغية تعيين خبير إلا في الحالات التي اوجب فيها القانون الاستعانة بالخبراء و عليه يجب أن نميز ونحدد متى تكون المحكمة ملزمة بطلب الأطراف بتعيين الخبير ومتى تكون غير ملزمة .

**أولا: الحالات التي تكون فيها المحكمة ملزمة بقبول طلب تعيين خبير**

**1\_ إذا نص القانون صراحة على وجوب تعيين خبير:**

هناك العديد من الحالات، وردت في نصوص قانونية مختلفة قد ألزمت المحكمة فيها قانونا، بإجراء خبرة لحسم النزاع المعروض عليها بطريقة موضوعية وعلمية، وليس للمحكمة الخيار في ذلك أصلا، ولا يمكن الإحاطة بجميع هذه الحالات إلا أننا نذكر منها على سبيل المثال ما يلي :

\_القرار الصادر من المحكمة العليا بتاريخ: 1983/05/11 حيث جاء فيه :

"من المقرر قانونا انه إذا كانت المسألة محل الخبرة الفنية تخرج عن اختصاص القاضي، فان هذا الأخير يلتزم برأي الخبير، فإذا حدد الطبيب نسبة مئوية لعجز شخص معين فلا يجوز للقاضي ان يخفض هذه النسبة إلا إذا استند إلي خبرة طبيب آخر"<sup>2</sup>

-حالة الحجز وهذا ما نصت عليه المادة 103 من قانون الأسرة الجزائرية

\_حالة إثبات النسب وفقا للمادة 40 من قانون الأسرة ' يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب'<sup>3</sup>

**2\_ القضايا التي لا يمكن الفصل فيها دون خبرة :**

هناك قضايا من نوع آخر لم ينص القانون على إلزام المحكمة بالاستجابة لطلب نذب الخبير صراحة لكن يفهم ضمنا منه وجوب الاستعانة بأهل الخبرة فيها واجب، وهذه القضايا موجودة في مختلف فروع القانون نذكر منها على سبيل المثال مايلي :

\_ حالة عقم الزوجة أو الزوج .

\_ حالة طلب التطلاق للعيب في المستحکم في الزواج.

\_ حالة الجنون والسفه .

\_ حالة الاختلاف على وجود أو عدم وجود غشاء البكارة ليلة الدخول إذا كان شرطا واردا في عقد الزواج

<sup>1</sup> د.أحسن بسعيقة، قانون الإجراءات الجزائرية في ضوء الممارسة القضائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة

02، الجزائر، 2004، ص115

<sup>2</sup> المحكمة العليا، غرفة الاجتماعية، قرار رقم 28312، بتاريخ 1983/05/11 . المجلة القضائية، عدد خاص 1986،

ص53

<sup>3</sup> قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المعدل والمتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005(ج.ر)

\_ حالة تثبت أو إسقاط النيابة الشرعية ( الولاية - الوصاية )

\_ حالة حوادث الشغل .

\_ حالة تعيين خبير في المحاسبة للقيام بتصفية حسابات الشركة...الخ

إذ هناك حالات كثيرة لم ينص القانون فيها صراحة على وجوب إجراء خبرة قضائية، لكن الواقع العملي يفرض ويحتم على المحكمة الاستعانة بأهل الفن والاختصاص للفصل فيها<sup>1</sup>

3\_ إذا كانت الخبرة الوسيلة الوحيدة للإثبات :

\_ إذا تعلق الأمر بمسائل فنية بحتة تستدعي تدخل أهل الاختصاص والمعرفة .

\_ إذا تعلق الأمر بدفاع جوهري كمن يدعي تعرض منزله لأضرار معتبرة جراء المياه المتسربة إليه من قنوات صرف مياه المدعي عليه وبسببها، وإنكار هذا الأخير طلبات المدعي ومزاعمه، فهي الوسيلة الوحيدة لإثبات دفاعه .

وقد أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 2003/06/24 على وجوب الخبرة في المسائل الفنية بقولها " إن تسبيب القاضي المتمثل في استبعاد مسؤولية الطبيب على أساس بذل عناية وليس تحقيق نتيجة غير مقبولة قانوناً، أن الاستعانة بخبرة فنية وجوبية"<sup>2</sup>

ثانياً: الحالات التي تكون المحكمة فيها غير ملزمة بتعيين خبير :

في باقي الحالات التي تنضوي تحت الحالات الثلاث السابقة فان للقاضي كامل السلطة التقديرية في قبول طلب تعيين الخبير من عدمه.

### الفرع الثاني: الحكم المتضمن تعيين الخبير

ونتطرق في هذا الفرع إلي البيانات التي يتضمنها هذا الحكم والي كيفية استئنائه من طرف الخصوم.

#### أولاً: بيانات الحكم المتضمن تعيين الخبير

لقد عدد المشرع الجزائري على غرار غيره، البيانات الأساسية التي يشمل عليها الحكم بتعيين خبير وذلك في نص المادة 128 من ق.إ.م.إ وهي :

\_ عرض الأسباب التي بررت اللجوء إلي الخبرة، وعند الاقتضاء، تبرير تعيين عدة خبراء

\_ بيان اسم ولقب وعنوان الخبير أو الخبراء المعنيين مع تحديد التخصص .

\_ تحديد مهمة الخبير تحديداً دقيقاً .

\_ تحديد أجل إيداع تقرير الخبرة بأمانة الضبط

وكذلك نصت المادة 129 من نفس القانون على وجوب تحديد القاضي لمبلغ التسبيق وكذا الخصم أو الخصوم الذين يتعين عليهم إيداع مبلغ التسبيق بنصها " يحدد القاضي الأمر بالخبرة، مبلغ التسبيق على

<sup>1</sup> د.مولاي ملياني البغدادي، الخبرة القضائية في المواد المدنية طبعة 1992 ص 68.

<sup>2</sup> قرار صادر بتاريخ 2003/06/24، تحت رقم 297062، مجلة قضائية عدد 08. 2003. ص 114 .

أن يكون مقربا قدر الإمكان للمبلغ النهائي المحتمل لأتعاب ومصاريف الخبير، يعين القاضي الخصم أو الخصوم الذين يتعين عليهم إيداع مبلغ التسبيق لدى أمانة الضبط في الأجل الذي يحدده " وإضافة المادة 138 من ذات القانون يؤدي الخبير غير المقيد في قائمة الخبراء اليمين أمام القاضي المعين في الحكم الأمر بالخبرة.

توديع نسخة من محضر أداء اليمين في ملف القضية .

\_ إذا كان الخبراء أكثر من واحد يجب أن يذكر في منطوق الحكم وجوب قيام الخبراء المعنيين بجمع إجراءات الخبرة سويا، وان يقدموا تقريرا واحدا معا، وفي حالة الاختلاف في آرائهم وجب على كل خبير الإدلاء برأيه مسبقا إياه وهذا ما جاءت به المادة 127 من ق.إ.م.إ.

### ثانيا: استئناف الحكم القاضي بالخبرة

في القانون القديم كان الحكم الأمر بالخبرة يطرح إشكال في إمكانية استئنافه من عدمه لأنه يجب التمييز بين الحكم التمهيدي والحكم التحضيري، حيث أن الحكم التمهيدي يمكن استئنافه دون صدور الحكم القطعي لأن في الحكم التمهيدي تظهر نية وتوجيه القاضي في الفصل في الدعوى على عكس الحكم التحضيري الذي لا يمكن استئنافه إلا مع الحكم القطعي لأنه لا يمس بحقوق الأطراف ولا يفصل في أي جانب من جوانب النزاع وأكثر من ذلك لا يستشف منه حتى رأي القاضي في الموضوع، فان المشرع جعله غير قابل للاستئناف منفردا، لكن القانون الجديد أي قانون الإجراءات م.إ. أنهى هذا الأشكال وألغى إمكانية استئناف الحكم الأمر بالخبرة<sup>1</sup>

حيث نص في المادة 145 ق.إ.م.إ. « لا يجوز استئناف الحكم الأمر بالخبرة أو الطعن فيه بالنقض إلا مع الحكم الفاصل في موضوع النزاع » وعليه أصبح الحكم الأمر بالخبرة الحكم قبل الفصل في الموضوع غير قابل للاستئناف.

### الفرع الثاني: شروط الخبير

وفقا للأمر 154/66 لكي يعتمد الخبير يجب أن تتوفر فيه شروط معينة ويقدم طلبا لتسجيله في قائمة الخبراء ولقد حدد القرار الوزاري الصادر 1966 هذه الشروط وبقي العمل بها إلى أن عدل المرسوم التنفيذي رقم 95 / 310 والذي ادخل تعديلات جديدة باعتماده الشخص المعنوي كخبير يشترط في الشخص الطبيعي حتى يمارس وظيفة خبير .

### أولا : الشخص الطبيعي

- \_ أن تكون جنسيته جزائرية مع مراعات الاتفاقات الدولية .
- \_ أن تكون له شهادة جامعية أو تأهيل مهني معين في الاختصاص الذي يطلب التسجيل فيه .
- \_ أن لا يكون قد تعرض لعقوبة نهائية بسبب ارتكابه ووقائع مخلة بالأداب العامة والشرف.

1 عبد العالي بولوح، { الخبرة القضائية وسلطة القاضي بالأخذ بها } مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء الجزائر، 2007 - 2010 ص22 .

- \_ أن لا يكون قد تعرض للإفلاس والتسوية القضائية.
- \_ أن لا يكون ضابطاً عمومياً وقع خلفه أو عزلة أو محامياً شطب اسمه من نقابة المحامين أو موظفاً عزل اسمه بمقتضى إجراء تأديبي بسبب ارتكابه وقائع مخلة للأداب العامة والشرف.
- \_ أن لا يكون قد منع بقرار قضائي من ممارسة مهنة.
- \_ أن يكون قد مارس هذه المهنة أو هذا النشاط في ظروف سمحت له أن يحصل على تأهيل كان لمدة لمدة لا تقل عن 07 سنوات<sup>1</sup>

### ثانياً: الشخص المعنوي

- يشترط في الشخص المعنوي الذي يترشح في قائمة الخبراء القضائيين ما يلي:
- \_ أن تتوفر في المسيرين الاجتماعيين الشروط المنصوص عليها في الفقرات 3 و4، 5 من المادة الرابعة سابقاً.
- \_ أن يكون الشخص المعنوي قد مارس نشاطاً لا يقل عن 5 سنوات لاكتساب تأهيل كاف في التخصص الذي يطلب التسجيل فيه.
- \_ أن يكون له مقر رئيسي أو مؤسسة تقنية تتماشى مع تخصصه في دائرة اختصاص المجلس القضائي
- \_ تقديم طلب التسجيل : يقدم طلب التسجيل في قائمة الخبراء القضائيين إلي النائب العام لدى المجلس القضائي الذي يختار مقر إقامته بدائرة اختصاصه ويبين في الطلب بدقة الاختصاص أو الاختصاصات التي يطلب التسجيل فيها ويجب أن يصطحب في طلب التسجيل الوثائق الثبوتية المتعلقة بالمعلومات النظرية والتطبيقية التي يكتسبها المترشح في الاختصاص المراد التسجيل فيه وعند الاقتضاء يصحب بالوثائق الثبوتية التي تبين الوسائل المادية التي يحوزها المترشح، ويمكن لوزير العدل تحديد هذه الوثائق إن لزم الأمر.

### الفرع الثالث : مسؤولية الخبير

- لا يستطيع القاضي إلزام الخبير بطريقة معينة لأداء مهامه، فالخبير بحكم اختصاصه أدرى بالطرق المثلى والسبل القصيرة للوصول إلى الهدف المرجو من الخبرة، إلا أنه يجب على الخبرة إتباع مجموعة مبادئ أقرها الفقه والقضاء يجب عليه الإلتزام بها أثناء سير الخبرة.
- على الخبير إستدعاء كافة الأطراف بصفة قانونية كما سبق التطرق إلى ذلك.
- على الخبير تدوين ملاحظات وأقوال الخصوم كل على حدا.
- على الخبير الإجابة على الأسئلة التقنية المكلف بالإجابة عنها بكل دقة ووضوح.
- كما يتمتع بالحرية التامة في إنجاز مهمته والأبحاث التي يقوم بها، وكذا التحقيقات يجب أن تستمد بطرق شرعية يسمح بها القانون.

<sup>1</sup> الأمر رقم 66 - 154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 310/95 المؤرخ في 10 / 10 / 1995 الذي يحدد شروط التسجيل في قوائم الخبراء.



- إذا كان الخبير قد كلف بمعاينة، وجب عليه الانتقال إليها والقيام بنفس ما كلفته المحكمة.
- إذا كلف بالإطلاع على الدفاتر والحسابات التجارية وجب عليها الانتقال إلى مكان تواجدها والإطلاع عليها.

لا يجوز للخبير بأي حال من الأحوال تقييم أقوال أي من الشهود أو التعليق عليها ولا التطرق للوقائع القانونية لأن أمرها متروك للقاضي.<sup>1</sup>

#### الفرع الرابع : رد الخبير، تنحيته واستبداله

##### أولاً: رد الخبير

تنص المادة 133 من ق.إ.م.إ. «إذا أراد أحد الخصوم رد الخبير المعين يقدم عريضة تتضمن أسباب الرد توجه إلى القاضي الذي أمر بالخبرة خلال 8 أيام من تاريخ تبليغه بهذا التعيين وبفضل دون تأخير في الرد بأمر غير قابل لأي طعن.

لا يقبل الرد إلى بسبب القرابة المباشرة أو القرابة غير المباشرة لغاية الدرجة الرابعة أو لوجود مصلحة شخصية أو لأي سبب جدي آخره.»

إن رد الخبير إجراء خوله المشرع لأطراف الخصومة للوقوف في وجه الخبير الذي عينه المحكمة من قلته نفسها وإزاحتها أو تبديله بغيره إذا كان يخشى منه تحيزاً أو محاباة لأحد الخصوم، ويعود للمحكمة تقدير الأسباب إذا كانت مؤسسة ولها ما يبررها رفض طلب الرد<sup>2</sup> إذا لم يكن مستنداً على سبب وجيه أو خطير.

وإذا كان الخبير شخصاً معنوياً، جاز طلب رده هو بذاته، أو طلب رد الأشخاص الطبيعيين الذي عينهم القاضي لإنجاز المهمة موضوع الخبرة<sup>2</sup> وتشتت المادة 133 ق.إ.م.إ. سالف الذكر، من يقع رد الخبراء في أجل ثمانية أيام من تبليغ قرار التعيين، كما أنه يشترط في طلب الرد الشروط التالية.<sup>3</sup>

- أن يقدم الخصم الذي يرغب في رد الخبير الذي ندبته المحكمة من تلقاء نفسها طلب الرد خلال 08 أيام من تاريخ تبليغه بهذا الندب أي بمنطوق الحكم القاضي بتعيينه لإنجاز الخبرة.
- أن يوقع طلب الرد من الخصم الراغب في رد الخبير، أو وكيله القانوني أو معلميه.
- أن يتضمن طلب الرد الأسباب والمبررات التي دفعت الخصم إلى طلب رد الخبير مع أرفاقها بالأدلة والوثائق التي تؤيدها.

<sup>1</sup> د. مولاي ملياني بغدادي، المرجع السابق ص.123.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص.89.

<sup>3</sup>(2)Tony moussa.Expertise en matiere civile et penal. P123

- ويجب أن يذكر في العريضة التي تقدم للمحكمة المختصة اسم ولقب و عنوان الخبير إذا كان شخصا طبيعيا، أما إذا كان شخصا معنويا فيذكر في العريضة القسم المعني بالرد أو الأشخاص القائمين به والذي يعينهم، ويذكر أسمائهم في طلب الرد، وكذا أسماء وألقاب الخصوم و عناوينهم.

ويسمع القاضي المختص الذي يقدم إليه طلب الرد كلا من الخبير محل الرد و الخصوم الآخرين، لأن طلب الرد لابد وأن يرد فيه أحد الأسباب الواردة في أحكام المادة 133 ق.ق.م.إ. السالفة الذكر و على هذا الأساس يكون من حق الخبير و الخصم الآخر الإجابة على الأسباب الواردة في عريضة الرد المقدمة للقاضي للفصل فيها .

كما أنه لا بد أن نشير إلى أنه إذا كان الخبير لا يزال لم يبدأ بعد في تنفيذ مهمته و جب عليه عدم البدء فيها، أما إذا كان قد بدأ في إنجازها و جب عليه التوقف عن تنفيذها لحين الفصل في طلب الرد<sup>1</sup>.

#### ثانيا: أسباب رد الخبير

لقد خول المشرع لأطراف الخصومة رد الخبير وذلك إذا توفر عنصر القرابة المباشرة أو غير المباشرة لغاية الدرجة الرابعة وكذلك إذا كانت هناك مصلحة شخصية وكذا أي سبب جدي وذلك لنص المادة 133 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتذكر هذه الأسباب على سبيل الحصر بل ذكرها بصفة عامة وعلى هذا الأساس فإنه يجوز رد الخبير في إحدى الحالات التالية:

- إذا كانت له أو لزوجته مصلحة شخصية في النزاع.
- إذا كانت ثمة قرابة أو نسب أو مصاهرة بين الخبير أو زوجته وبين أحد الخصوم.
- إذا كان للخبير مصلحة في النزاع أو لزوجته أو للأشخاص الذين يكون وصيا أو قيما عليهم
- إذا كانت للخبير علاقة تبعية مع أحد الخصوم.
- إذا كان الخبير قد سبق له وأن قام بإجراء خبرة في نفس القضية وأعطى رأيه فيها<sup>2</sup>.

فإذا توافرت حالة من الحالات السابقة يجوز رد الخبير لأي سبب غير الأسباب المشار إليها آنفا، إذا كان السبب من القوة بحيث يستنتج منه أن الخبير لا يمكنه أن يقوم بالمهمة الموكلة إليه بدون ميل أو محاباة أو تحيز - جاز للخصم الذي يرغب في رد الخبير الذي عينته المحكمة من تلقاء نفسها أن يقدم طلب الرد ضمن الشروط والإجراءات الواردة في المادة 133 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> د. مولاي ملياني بغدادي، المرجع السابق ص.91.

<sup>2</sup> المرجع نفسه ص.93.

<sup>3</sup> عبد العالي بولوح، الخبرة القضائية وسلطة القاضي في الأخذ بها، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء. الجزائر، 2007-2010. ص.29.

## ثالثاً: حق الخبير في التنحي مباشرة عن مباشرة المهمة

لقد نصت المادة 11 من المرسوم التنفيذي 300/95 المؤرخ في 10/10/1995 على أنه "يتعين على الخبير القضائي أن يقدم طلباً مسبباً للتنحي في الحالتين الآتيتين مع مراعاة الحالات الأخرى المنصوص عليها قانوناً:

- حين لا يستطيع أداء مهمته في ظروف تقييد حرية عمله أو من شأنها أن تضر بصفته خبيراً قضائياً.
- إذا سبق له أن اطلع على القضية في نطاق آخر"

استناداً لهذه المادة بعد إحاطة علم الخبير بندبه وفقاً للأوضاع المتقدم عرضها بيدي الخبير موقفه من القرار القاضي بذلك، ويكون هذا الموقف إما بقبول المهمة المسندة إليه وإما رفضها<sup>1</sup>، والغالب أن الخبير يعلن رفضه لإجراء الخبرة بوجه صريح ويكون ذلك إما شفاهياً أو كتابياً، كما يحدث أن يعبر الخبير عن هذا الموقف ضمناً ويكون ذلك بامتناعه عن الامتثال أمام الجهة القضائية صاحب الاختصاص لحلف اليمين مثلاً.

فقد توجد لدى الخبير المندوب في قضية جارية أمام المحكمة أسباب تجعله يتنحي من أداء المهمة الموكلة إليه وذلك في الحالات التي ذكرتها المادة 132 من ق.إ.م.إ. بقولها "إذا رفض الخبير إنجاز المهمة المسندة إليه أو تعذر عليه ذلك..." رغم أن المشرع لم ينص صراحة على تنحي الخبير عم مهامه بل أدمج هذه الحالة الأخيرة في المادة 132 والتي تنص على استبدال الخبير، فكان على المشرع أن ينص صراحة على إمكانية التنحي للخبير عن القيام بمهامه إذا توافرت أسباب تسند على أحد أسباب الرد أو لأي سبب جدي آخر يقدمه الخبير.

رغم أن القانون الجزائري لم يحدد أسباب معينة تسمح للخبير بتقديم طلب إعفاء من المهمة، إلا أنه قد جرى في العرف والعادة في الحياة العملية، وبمجرد تقديم الطلب مع ذكر الأسباب في أقرب وقت ممكن، تقرر المحكمة إعفاء الخبير إذا رأت الأسباب التي أباها هذا الأخير سائغة ومقبولة ولها ما يبررها. أما إذا كان الطلب خالياً من كل عذر شرعي أو كان بغرض عرقلة السير الحسن للعدالة، فترفض وفي هذه الحالة يبقى الخبير مكلفاً بالمهمة فإذا رفضها يجوز الحكم عليه بجميع ما أضعاه من المصروفات وإذا ويقى الأمر بالتعويضات ويستبدل بغير<sup>2</sup>.

كما أن المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 310/95 نصت على أنه في حالة رفض الخبير القضائي القيام بمهامه في الآجال المحددة بعد إعداره دون سبب شرعي فإنه يتعرض لعقوبات الإنذار، التوبيخ، التوقيف، الشطب النهائي، وهذا دون المساس بالتعويضات المدنية وكذا المتابعات الجزائية المحتملة.

<sup>1</sup> د. بطاهر تواتي، المرجع السابق، ص. 50.

<sup>2</sup> د. مولاي ملياني بغدادي، المرجع السابق، ص. 103.

## الفرع الرابع : استبدال الخبير

لقد نصت المادة 132 من ق.إ.م.إ. على استبدال الخبير بقولها:

" إذا رفض الخبير إنجاز المهمة المسندة إليه أو تعذر عليه ذلك، استبدال بغيره بموجب أمر على عريضة صادرة عن القاضي الذي عينه."

ومن خلال هذه المادة فإنه يتضح لنا أنه يجوز للخصم الذي يهمله الأمر تقديم طلب استبدال الخبير بغيره وذلك إذا توافرت إحدى الحالات التالية:

- إذا رفض الخبير القيام بالمهمة الموكلة إليه.

إذا حصل للخبير مانع من الموانع وهي حالات كثيرة بحيث يصبح من غير الممكن القيام بالعمل المسند إليه، كالوفاة أو شطب اسمه من قائمة الخبراء بع تعيينه... إلخ.

فالمشرع لم يحدد الأسباب على سبيل الحصر بل تركها للظروف والملابسات.

## المطلب الثاني

## تحرير التقرير وإيداعه

نتطرق إلى كيفية التقرير والعناصر التي يجب أن يتضمنها وكيفية إيداع التقرير والجهة التي يودع بها وأخيرا نتطرق إلى الوقت الذي يجب أن يودع فيه التقرير.

## الفرع الأول : تحرير التقرير ومشملا ته

إن تقرير الخبير هو وثيقة تهدف إلى توفير القاضي وتمكينه من الوصول إلى القضاء العادل، وعليه فيجب أن يكون تحريره دقيقا واضحا. إلا أن المشرع الجزائري لم يوضح الشكل أو الكيفية التي يتم بها تحرير التقرير الذي يقدمه الخبير للمحكمة عند الإنتهاء من المهمة المعين من أجلها، بل وضع كحد أدنى معلومات يجب أن يتضمنها لكنها لا ترقى أن تكون محددة إلى الشكل الإجمالي للخبرة.

لذلك على الخبير إذا، أن يقدم تقريرا مفصلا على الأعمال التي قام بها والنتائج التي توصل إليها من خلال تلك العمليات، وفي حالة تعدد الخبراء فقد نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على وجوب تقديمهم لتقرير واحد معا، وفي حالة إختلافهم يجب أن يبينوا آرائهم في ذات التقرير مع التبرير<sup>1</sup>.

ويقدم الخبراء أو الخبير تقريره ويضمنه رأيه والأسانيد التي إعتد عليها للوصول إلى النتائج التي توصل إليها، وذكرها في التقرير الموقع من طرفه، وللمحكمة أن تأخذ بما تظمنن إليه من تقرير الخبير، لأن لها الرأي الأعلى في تقدير مهمة الخبير<sup>2</sup> ويجب أن يراعى في تحريره الإجراءات الشكلية، وهي الدعامة الأساسية في كل خبرة ألا وهي المحافظة الجدية والنزاهة والقيام بالمهمة بضمير حي وإخلاص.

<sup>1</sup> المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص " في حالة تعدد الخبراء المعنيين، يقومون بأعمال الخبرة معا

ويعدون تقريرا واحدا، إذا اختلفت آرائهم وجب على كل واحد منهم تبرير رأيه".

<sup>2</sup> لمليمان مرقس، أموال الإثبات وإجراءاته، الجزء الثاني، دار الجيل للطباعة، ط4. ص. 372.

قلنا أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم ينص على الكيفية التي يجب أن يكون عليها تحرير التقرير، وإنما ضمن المواد وهي المادة 138 العناصر الهامة التي لابد وأن تذكر في نص التقرير، حيث تنص هذه المادة على ما يلي: "يسجل الخبير في تقريره على الخصوص :

- أقوال الخصوم وملاحظات الخصوم ومستنداتهم.
- عرض تحليل عما قام به وعينه في حدود المهمة المسندة إليه.
- نتائج الخبرة."

وأما غياب نص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بين كيفية تحرير تقرير الخبرة، فقد أوجد العرف القضائي والتقاليد المهنية بعض القواعد الهامة التي يجب على الخبير إحترامها عند تحريره لتقرير الخبرة.

وعلى هذا فإن الأقسام التي يجب أن يشتمل عليها تقرير الخبرة هي :

#### أولا : الجزء الوصفي

هذا القسم يهدف إلى السماح للمحكمة بالتحقق من سلامة الإجراءات وشرعيتها، وعلى الخصوص التأكد من الطابع الجاهي لها، وبناء على ذلك فإنه يجب على الخبير أن يراعي في هذا الجزء البيانات التالية:

- اسمه ولقبه وعنوان مكتبه بالضبط.
- أسماء وألقاب و عناوين الأطراف.
- أسماء وكلاء ممثلي الأطراف ومحاميهم وعناوينهم.
- تحديد منطوق الحكم القاضي بتعيينه حرفيا مع الإشارة إلى تاريخ القضية ويتبع الخبير ذلك بوصف كامل وشامل ودقيق للعمليات والإجراءات التي تمت.
- تاريخ تسليم الخبير الحكم الذي عينه وكلفه بالمهمة.
- ذكر المدعي أو المدعى عليه الذي سلمه حكم التعيين.
- ذكر تاريخ أو تاريخ إستدعاء الاطراف أو ممثليهم، ونوع تلك الإستدعاءات.
- تاريخ ومكان الاجتماعات واللقاءات.
- تاريخ الإنتقال إلى المعاينة.
- الإشارة إلى حضور أو غياب الأطراف المستدعية أو الأشخاص الذين إستدعاهم الخبير.
- ذكر وتعداد الوثائق والمستندات التي سلمت للخبير من طرف الخصوم بناء على طلبه أو من تلقاء أنفسهم أو بأمر من القاضي.
- عرض ملخص للأبحاث التي قام بها الخبير أو الأعمال المنجزة.
- عرض الأقوال وملاحظات وعتراضات الأطراف.
- تصريحات الغير ممن سمعهم الخبير.

إن البيانات المذكورة بالتقرير لها قوة مقنعة ولها حجبتها بالنسبة للعمليات المجرات والمتعلقة بسير إجراءات الخبرة (من إستدعاءات وحضور وغياب الأطراف أو ممثليهم والإستماع لملاحظاتهم من عمليات وزيارات وتحقيقات... إلخ، ويجب أن يقوم بها الخبير بنفسه شخصياً، وقد قام بها بمناسبة المهمة المعين من أجلها. فهي إذا دليل إثبات إلى غاية إثبات تزويرها<sup>1</sup>.

### ثانياً: الجزء الأساسي من تقرير الخبرة

والقسم الثاني من التقرير، يكون الجزء الأساسي والجوهري من الخبرة ويعتبر بحق العمود الفقري، لأنه هو الذي يجب أن تنظم فيه وتتوافق إجابة الخبير مع الأسئلة المطروحة من المحكمة للإجابة عنها، حيث يتضمن ما توصل إليه من جراء التحقيقات والأبحاث التي قام بها خلال قيامه بالخبرة ويقدم فيه إجابات عن الأسئلة المطروحة عليه، والإشارة إلى المصادر التي إستقى منها معلوماته والإطلاع على كل الوثائق المقدمة إليه، فإذا انتهى الخبير من تحرير تقريره وأصبح جاهزاً فإن عليه توقيعه وتاريخه<sup>2</sup>.

ويجوز للخبير تحرير التقرير في محل النزاع أو مكتبه الخاص، وليس هناك داع لحضور الخصوم أو لإخطارهم وقت تحرير ولا لوضع إمضاءاتهم علي، إلا إذا كان مشتملاً على إجراءات أو أقوال جديدة لم يتضمنها محضر الأعمال<sup>3</sup>.

بعد تحرير الخبير وتقريره، وجب عليه إيداعه وجمع الوثائق التي يكون قد تسلمها من نفس المحكمة وبإذنها أو التي تسلمها من الخصوم من تلقاء أنفسهم أو بناء على طلبه وبمناسبة تأدية مهمته، كما يجب على الخبير إرفاق تقريره بمختلف الوثائق التي تساعد على توضيح وتفسير مذكراته وما توصل إليه من نتائج لإنارة المحكمة.

<sup>1</sup> د. مولاي ملياني بغداداي، المرجع السابق، ص. 146.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص. 149.

<sup>3</sup> أ.همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص. 382.

## الفرع الثاني: إيداع تقرير الخبرة

إن المادة 49 من قانون الإجراءات المدنية الملغى تنص على أن الخبير هو المكلف بإيداع تقرير الخبرة لدى أمانة ضبط المحكمة بنصه: "يوضع التقرير الشفوي بالجلسة، أما إذا كان كتابيا فإنه يودع بكتابة الضبط للمحكمة..." غير أن هذا النص لا يوجد ما يقابله في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ويبقى السؤال الذي يطرح هل أن الخبير هو المكلف بإيداع التقرير أو يمكن للأطراف تولى هذه المهمة؟.

والجواب الذي يكون منطقيا هو أن الخبير هو المكلف وحده بإيداع هذا التقرير لأنه لا يعتبر مساعدا للقضاء وليس كما عليه الأمر في عهد النظام القديم (قبل الإصلاح 194ح) بصفته وكيلًا عن الأطراف المتنازعة، وعلى هذا فليس بإمكان الخصوم القيام مقام الخبير للتكفل بهذا الإجراء، كما أن هناك ضرورة كتم السر بخصوص جزء هام من التقرير وأخيرا وجوب التزام قيود معينة، أهمها تتعلق بالميعاد المحدد لإنجاز الخبرة وعرض نتائجها<sup>1</sup>.

وأن إيداع التقرير ليس عملا يخضع لتشكيلة معينة والواقع إذا كان الخبراء قبل الإصلاح الجنائي لسنة 1951 ملزمين بقيد تقريرهم بالمصلحة المالية، فلم يظل ذلك ساريا إلى الآن.

وعلى الكاتب ضبط الجهة القضائية التي أمرت بإجراء، تلقى ذلك التقرير و إعطاء إشهاد عليه للخبير وفي هذا المضمار، قضت المحكمة العليا بأنه لا داعي أن يصادق رئيس المحكمة على تقرير الخبرة وقت إيداعه، إذا كان لكاتب الضبط وحده تسلم تقرير الخبرة<sup>2</sup>.

وإن موضع إيداع التقرير هو من المواضيع التي ألفت إليها المشرع الجزائري في مادة معينة من القضاء الإداري وقد تنص المادة 8/841 من قانون الضرائب المباشرة على " أن تقارير الخبراء يتم إيداعها بقلم كاتب ضبط الغرفة الإدارية، وللخصوم الواقع إخطارها بذلك، الحق في الإطلاع بفحواها خلال مهلة أقصاها 20 يوما".

ولا يحق للخبير بعد إيداع تقريره، إدراج تعديلات على مضمونه، ومن باب أولى، إستبدال ذلك التقرير بغيره، وأن القضاء بأنه يجوز للخبراء إيقاف مذكرة إيضاحية للتقرير الرئيسي بقصد تسهيل إستعاب ما ورد في هذا الأخير هو أمر جائز، وهذا ما كرسته المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها: "إذا تبين للقاضي أن العناصر التي بنى عليها الخبير تقريره غير وافية، له أن يتخذ جميع الإجراءات اللازمة، كما يجوز له على الخصوص أن يأمر باستكمال التحقيق، أو بحضور الخبير أمامه، ليتلقى منه الإيضاحات والمعلومات الضرورية". غير أن هذا لا يسري على التصحيحات المادية التي يرى الخبراء إدخالها على التقرير المدع وجها لذلك.

<sup>1</sup> د. بطاهر تواتي، المرجع السابق، ص.97.

<sup>2</sup> قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية تحت رقم 73993 بتاريخ 1991/06/12 غير منشور.

## - وقت إيداع التقرير:

تبقى مسألة وقت إيداع التقرير الذي يحدده الأمر بالخبرة كما جاء في نص المادة 127 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وما يترتب عن مخالفتها.

و علي نتطرق فيما يلي إلى حالة إيداع التقرير في الأجل المحدد من القاضي وحالة مخالفة الأجل.

## (أ) إيداع تقرير الخبرة في المدة المحددة

يتم إيداع التقرير من طرف الخبير كما سبق ووضحنا وهذا هو المسؤول الوحيد عليه حتى تاريخ إيداعه، وله أن يرفع تقريره بواسطة البريد تحت ظرف موسى عليه مع إشعار بالاستلام إلى كاتب ضبط الجهة القضائية التي تكون القضية منشورة لديها.

و لا تنتهي مهمة الخبير إلا بإيداع التقرير المسجل قانونا لدى كتابة الضبط ويعتبر التقرير قبل إتمام هاته الإجراءات مجرد ورق يستطيع أن يضيف إليه بعض الإضافات أو يصححه وكل تغيير يتم بعد ذلك يعتبر لاغ لا قيمة له<sup>1</sup>.

من واجب كاتب الضبط المكلف باستلام الخبرة إخبار الخصوم بهذا الإيداع ليتسنى لهم الإطلاع على نتائج تقرير الخبرة ومناقشة الرأي الذي توصل إليه الخبير وذلك لإعادة السير في الدعوى، ولم يحدد المشرع الجزائري المهلة التي يجب على كاتب الضبط أن يخطر الخصوم فيها بالإطلاع.

<sup>1</sup> أ.محمود توفيق إسكندر، الخبرة القضائية، ط2002، دار هومة للنشر، ص.77.



## ب) إيداع التقرير خارج المدة المحددة

تنص المادة 132 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "إذا رفض الخبير إنجاز المهمة المسندة إليه أو تعذر عليه ذلك، أُسْتُبدِلَ بغيره بموجب أمر على عريضة صادرة عن القاضي الذي عينه. إذا قبل الخبير المهمة ولم يَقم بها أو لم يَنجِز تقريره أو لم يودعه في الأجل المحدد جاز الحكم عليه بكل ما تسبب فيه من مصاريف، وعند الاقتضاء الحكم عليه بالتعويضات المدنية، ويمكن علاوة على ذلك استبداله".

ومن خلال هذه المادة يتبين لنا أن الخبير الذي يتأخر عن تقديم تقريره إلى الجهة القضائية التي عينته في المدة المحددة له في منطوق الحكم الأمر بتعيينه دون عذر مبرر جاز للقاضي أن يتخذ ضده أحد الإجراءات التالية:<sup>1</sup>

في حالة قبول أداء المهمة ثم لم ينجزها ولم يقدم تقريره في الميعاد المحدد يجوز الحكم عليه بما يلي :

- بجمع ما أضعاه من مصروفات.
- إذا إقتضى الأمر الحكم عليه بالتعويضات التي يطلبها الخصوم وترى المحكمة أن هناك ما يدعو لتعويضهم.
- إستبداله بغيره.

1- أ.رشيد خلوفي، الخبرة القضائية في مادة المنازعات الإدارية، طبعة 2007، دار هومه، ص.154.

## الفرع الثالث: حجبة الخبرة الطبية

بما أن الخبرة الطبية هي فرع من فروع الخبرة القضائية وبما أن موضوعنا هو الخبرة الطبية في مسائل الأسرة، سنتعرف إلى تباين حجبة الخبرة الطبية في مسائل الأسرة وموقف المشرع الجزائري والاقتصاد القضائي.

## أولا : موقف المشرع الجزائري من الخبرة الطبية في مسائل الأسرة

في الأصل أن القاضي غير ملزم برأي الخبير، فالخبرة عملية فنية، فالقاضي أن يأخذ بنتائج الخبرة وله أن يطرحها جانبا، كما يحق للقاضي أن لا يلتزم برأي الخبير كما له أن يحكم بما يخالف رأي الخبير وذلك لأن القاضي لا يمكن له أن يحكم بغير ما يقتنع به، فالقاضي تكون له بهذا المعنى الحرية الكاملة في تقدير عمل الخبير، فله أن يأخذ به وله أن يرفضه وله أن يأمر بإجراءات أخرى من أجل الوصول إلى الحقيقة<sup>1</sup> ولكن ما نود أن نبينه هو انه يوجد حالات أين يكون فيها القاضي ملزما بالأخذ بالخبرة والحالات هي:

(أ) الحالات التي نص عليها المشرع صراحة على وجوب تعيين خبير (م40 ق أ، وم 103 ق أ)

(ب) قضايا التي لا يمكن الفصل فيه دون خبرة مثل:

حالة عقم الزوجية او الزوج.

حالة طلب الزوجة التطلاق للعيب المستحکم في الزواج.

(ج) الحالات التي تكون فيها الخبرة هي الوسيلة للوحيدة للإثبات

## 1: الحالات الملزمة على القاضي الأخذ بالخبرة الطبية

كما ذكرنا سابقا انه يوجد حالات نص عليها المشرع صراحة على اللجوء للخبرة الطبية ونذكر منها: "م7 مكرر من ق أ ج": "يجب على طالبي الزواج ان يقدموا وثيقة طبية...".  
- م 103 ق أ ج "يجب أن يكون الحجز بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر"

من خلال هذه المادتين نلاحظ أن المشرع الجزائري ألزم القاضي باللجوء إلى الخبرة الطبية في حالة الزواج أي الشهادة الطبية وحالة الحجز. وذلك يظهر من خلال كلمة "يجب" التي ابتدأت بها المادة، و لكن هذا ليس دليل قاطع على إلزام القاضي بالأخذ بها .

من خلال المادة 7 مكرر يظهر المشرع الجزائري وضع الشهادة الطبية كشرط على طالبي الزواج. أما في المادة 103 ق أ، يظهر فيها أن المشروع ألزم القاضي قبل إستصدار حكم بالحجز أن يلجأ إلى الخبرة الطبية لأنه من الغير الممكن أن يستطيع القاضي بحكم معرفته على ان الشخص المطلوب الحجز عليه مريضا حقا .

نستنتج من هاتين المادتين أن المشرع الجزائري نص صراحة على وجوب الخبرة الطبية في هاتين الحالتين لذلك يستلزم على القاضي الأخذ بها من أجل تسبيب حكمه هذا ما يخص المادة 103 (الحجر). أما الثانية (الشهادة الطبية) فهي شرط لقبول طلب الزواج.

"إذن في كلتا الحالتين الخبرة الطبية ملزمة على القاضي بالأخذ بها"

## 2: الحالات الاختيارية على القاضي بالأخذ بالخبرة الطبية: (الجوازية)

تنص المادة 40 / 2. ق أ "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب" من خلال هذه المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري رغم انه اخذ بالخبرة الطبية كوسيلة من وسائل الإثبات النسب التي يمكن للقاضي اللجوء إليها ولكن لم يلزم القاضي بوجوب اللجوء إليها بل هو أمر جوازي وذلك من خلال الكلمة الأولى في الفقرة "يجوز" وبما أن للقاضي السلطة التقديرية في اللجوء إلى الخبرة الطبية من عدمها، فإذا ليست ملزمة، وليس للقاضي الأخذ بها عند استدار حكمه خاصة إذا كان القاضي قد اقتنع بالوسائل الإثبات الأخرى المعروفة عليه كالإقرار والبيئة... الخ من خلال ما سبق نستنتج ان المشرع الجزائري رغم نصه على الخبرة الطبية في هذه الحالات ولكن هناك حالات أين ألزم القاضي بالأخذ بالخبرة الطبية بحالات أخرى أين يمكن اللجوء إلى الخبرة الطبية ولكن لا يستلزم من القاضي الأخذ بها استدار حكمه.

### ثانياً: موقف الاجتهاد القضائي من حجية الخبرة الطبية في مسائل الأسرة

(1) نسب خبرة طبية (المادتان 40 \_ 41 من قانون الأسرة). يمكن طبقاً للمادة 40 من قانون الأسرة إثبات عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي NDA)، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي (المادة 40 من نفس القانون) وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة الغير الشرعية<sup>1</sup>

(2) حكم صادر من محكمة أقبو بتاريخ 03\02\2013 م قضية (ع، ح) و (ع، ع) حجز خبرة طبية. حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة حكم علنيا ابتدائيا حضوريا إفراغ الحكم المؤرخ في 23\10\2011 فهرس رقم 11\01247 و المصادقة على تقرير الخبرة المنجزة من طرف (د، ع، م) لدى أمانة الضبط المحكمة بتاريخ 12\02\2012 تحت رقم إيداع 12\30، بالنتيجة إيقاع الحجر على المدعي عليها (ع، ع) وتعيين المدعي (ع، ح) مقما عليها لتفسير شؤونها القانونية والمالية والإدارية من خلال ما سبق نستنتج أن الاجتهاد القضائي سواء من خلال القرارات المحكمة العليا أو من خلال الأحكام الابتدائية قد اخذ بالخبرة الطبية كوسيلة من وسائل الإثبات واخذ بالحجية الخبرة القضائية

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 355180 بتاريخ 05\03\2006 قضية (ب، س) ضد (م، ع)، د.س، د.ص، نقلا عن د. إقروفة زوييدة، الإبانة في أحكام النيابة مذكرة موجهة لطلبة السنة الرابعة حقوق، 2013.

إذ يمكن أن نقول أن للخبرة الطبية حجية قوية يسند إليها القاضي عند تسبب أحكامه وهذا ما لاحظناه من خلال القرارات المحكمة العليا وكذا الأحكام الابتدائية.

## الفصل الثاني

## تطبيقات الخبرة الطبية في مسائل الأسرة

بعد أن تناولنا في الفصل الأول مفهوم الخبرة القضائية، خصائصها، إجراءاتها وحجيتها، سوف نتطرق في الفصل الثاني إلى تطبيقات الخبرة الطبية بما أنها فرع من فروع الخبرة القضائية لكن في هذا الفصل سوف نحدد تطبيقات الخبرة الطبية بصفة خاصة. أو بعبارة أخرى مجالات أعمال الخبرة الطبية والتي تعتبر من صلب الموضوع.

إلا أنه ما يجب الإشارة إليه هو أنه لم يتم التطرق إلى جميع المسائل التي تحتاج إلى خبرة طبية، لكن تم انتقاء أهم المسائل التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري خاصة بعد التعديل الجديد واخترنا على سبيل المثال: إثبات النسب بالطرق العلمية (NDA) والحجر، التظليق للعيوب والضرر والنيابة والشرعية وبالتالي قسمنا الفصل إلى مبحثين، تناولنا في الأول: إثبات النسب والتظليق للضرر والعيوب وفي المبحث الثاني تناولنا؛ الحجر والنيابة الشرعية.

## المبحث الأول

الخبرة الطبية في آثار الزواج و انحلاله

### المطلب الأول

إثبات النسب ونفيه

الفرع الأول: تعريف النسب

أولاً: لغة

النسبُ هو القرابة والمصاهرة، جمعه أنساب<sup>1</sup>.

ثانياً: اصطلاحاً

أ- "النسب هو رباط الدم الذي ربط الإنسان بأصوله وفروعه وهو أشبه"<sup>2</sup>.

ب- النسب هو القرابة وهي الاتصال بين إنسانين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة"<sup>3</sup>.

ثالثاً: قانوناً

هو العلاقة القانونية بين شخصين ينحدر أحدهما من الآخر كالأب والابن والجد والحفيد في قرابة الأصول والفروع المباشرة، وينحدر من أصل وتحد كالإخوة وأولاد العم في قرابة الحواشي، وتكون القرابة شرعية أو طبيعية<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: الطرق التقليدية لإثبات النسب

وهي الطريقة التي وردت في المادة 01/40 من ق، أ، التي نصت على أن النسب يثبت بالزواج الصحيح أو بالإقرار بنكاح الشبهة، بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون.

### أولاً: الزواج لصحیح (Le mariage valmide)

إن العقد الصحيح هو سبب شرعي لثبوت نسب الولد أثناء قيام الزوجية، أو العدة، أو الوفاة إذا كان الدخول ممكناً. فإذا ثبت أنه غير ممكن، أو أنهما لم يلتقيا قط، ولم يكن في الإمكان تلاقيهما. فإن النسب لا يثبت، وهذا لقوله عليه الصلاة والسلام لا فراش ولا لعاهر أهر الدجر والعاهر هو الزاني ليس له استحقاق ولده من الزنا وإنما له الخيبة والحرمان، ومن ثم أجمع الفقهاء على أن النكاح يثبت به الفراش، إذا توافرت شروط النسب ببلوغ الزوجين وإمكان المعاشرة الجنسية (الوطء).

<sup>1</sup>- علي بن هادية، بلحسن البليش، الجيلاني بن الحاج يحيى، القاموس الجريز، (د.ط)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، (د.س)، ص1216.

<sup>2</sup>- أحمد حمد، النسب في الشريعة والقانون، ط1، الكويت: دار القلم، 1403هـ، ص17.

<sup>3</sup>- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ط1، الكويت، 2001، ج40، ص231.

<sup>4</sup>- عبد الفتاح مراد، المعجم القانوني رباعي اللغة، (ط،12)، مصر (دار النشر) 1996، ص339.

ثانياً: البيئة

والمراد بالبيئة هي شهادة رجلين عدلين، أو رجل وامرأتين<sup>1</sup>، بتقديم الدلائل والحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية، وجوداً حقيقياً بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما<sup>2</sup>، وهي من وسائل الإثبات الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (م، 15 إلى 163) فإن البيئة بشهادة الشهود، في إثبات النسب أمر كاشف له، وهي أقوى من الإقرار به، سواء تعلق بثبوت الزوجية الصحيحة أو بإثبات النسب بعد الوطء بشبهة، وتجاوز الشهادة بالتسامح عند بعض الفقهاء في مواضع منها النسب، من طرف جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب؛ كما أن الشهادة بالشهرة جائزة في إثبات النسب فإذا سمع الشاهد من الناس أن فلان بن فلان، جاز له أن يشهد، ولو لم يعاين الولادة على فراشه، وقد تواتر قضاء المحكمة العليا، على أن إجراءات الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية تخضع لقانون الإجراءات المدنية<sup>3</sup>، أما قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية لا غير (م 222 من ق أ)<sup>4</sup>. مهما بلغ التصرف القانوني من قيمته فإنه يجوز شهادة الأقارب في قضايا الأحوال الشخصية، وتعتبر شهادة الشهود حجة كافية في إثبات النسب، وهي في هذا المجال أقوى من الإقرار من حيث الإثبات<sup>5</sup>.

على أنه إذا تعلق الأمر بإثبات الولادة وتعيين المولود، وهما من الأمور التي لا يطلع عليها إلا النساء دون الرجال، جاز في الفقه المالكي أن يقع الإثبات عن طريق شهادة امرأتين فقط. فقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة، وذلك لأن النسب ثابت بالفراش، والمراد هنا إثبات الولادة<sup>6</sup>، قال ابن شهاب الزهري: "قضت السنة النبوية بجواز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن".

وقد نصت المادة 26 من ق.م بأنه تثبت الولادة بالسجلات المعدة لذلك، كما أن المادة 63 من الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19/02/1970 المتضمن قانون الحالة المدنية، تقضي بأنه يبين في عقد الميلاد يوم الولادة والساعة والمكان وجنس الطفل، والأسماء التي أعطيت له، وكذا أسماء وألقاب وأعمار ومهنة ومسكن الأب والأم.

وعلى هذا يعتبر التسجيل في الحالة المدنية قرينة غير قاطعة على إلحاق النسب فإذا حصل النزاع حول ذلك، كان إثبات النسب أو نفيه خاضعاً للوسائل الشرعية والقانونية في هذا الشأن.

<sup>1</sup>- المحكمة العليا، ش، أ، 1989/12/25، ملف رقم 58224، م ق، 1991، عدد 4، ص. 110.

<sup>2</sup>- المحكمة العليا، ش، أ، 1986/03/27، ملف رقم 53272، م ق، 1990، العدد 3، ص. 82.

<sup>3</sup>- 1993/05/25، لعليا غ، ش، أ، 1986/12/24، ملف رقم 40117، غير منشور؛ 1989/12/25، ملف رقم 58224، مذكو سابقاً، غ؛ 1993/05/25، ملف رقم 90683، م ق، 1994، عدد 1، ص. 58.

<sup>4</sup>- المحكمة العليا، ش، أ، 1983/12/12، ملف رقم 31851، ن ق، عدد 46، ص. 54.

<sup>5</sup>- المحكمة العليا، ش، أ، 1997/10/28، ملف رقم 172333، م ق، 1997، عدد 1، ص. 42.

<sup>6</sup>- الغوتي بن ملح، قانون الأسرة في ضوء الفقه والقضاء، ص 155 و 156.

ثالثا : الإقرار

ونلاحظ انه إذا كانت الدعوة بالبنوة، أو الأبوة، أو الأمومة، وكان المدعي عليه حيا، فان الدعوى تسمع ولو كانت مجردة عن أي حق مادي، لان النسب في هذه الحالات يجوز يقصد لذاته . فإذا أقام المدعي البينة على دعواه، تقبل هذه الدعوى، ويثبت بها النسب لكل من الطرفين وتجب بها جميع الحقوق التي لكل منهما<sup>1</sup>.

وأما إذا كانت الدعوى بغير النسب الأصلي المباشر، كان كانت بالأخوة أو العمومة، أو كانت بعد الوفاة في دعوى البنوة أو الأبوة أو الأمومة، وجب سماع الدعوى مصحوبة بحق مالي (كالإرث أو النفقة أو الدين...)، وهي الحقوق التي تكون موضوع، لخصومة الحقيقي، وفي معرض إثبات الحق المالي المدعى به يصادر إلى إثبات النسب، وذلك لان الدعوى على الميت هي دعوى على الغائب، فلا تسمع قانونيا<sup>2</sup>

ومن المعلوم انه متى ثبت النسب بالإقرار على النحو الذي ذكرناه سابقا، فلا تقبل قانونا دعوى بنفي النسب ( ولو من ورثة المقر بعد وفاته)، لان النسب وإن ظهر بالقرار تترتب عليه جميع أحكام النسب الثابت بالدليل (م.40 و44 و45 من ق.أ.)<sup>3</sup>.

الفرع الثالث: الطرق العلمية لإثبات النسب

وسع المشرع الجزائري من دائرة إثبات النسب بالنص على الخبرة الطبية كوسيلة شرعية للإثبات وفقا لنص المادة 40 فقرة 2 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم: 02/05، وبذلك يكون المشرع قد حل إشكالية عويصة كانت مطروحة على مستوى القضاء للإثبات عن طريق الخبرة العلمية على أنها ليست من الوسائل المقررة شرعا لإثبات النسب<sup>4</sup> ولقد كان هذا الاجتهاد منتقدا بشدة لكونه لا يخدم المصلحة الفضلى للطفل، لذلك كان أغلب الفقه يدعو القضاء على ضرورة الأخذ بنتائج البحث العلمي لإثبات النسب أو نفيه، كما انه من الناحية الشرعية فقد ثبت أن كبار الأئمة عملوا بالقيافة، التي هي وسيلة تقوم على الحدس والفراسة وإمكانية التشبيه، فما بالنا بخبرة يقينية .

ولقد تنوعت هذه الطرق العلمية فبعد أن كان العالم بأكمله يخضع لطريقة واحدة للدلالات الوراثية حتى أواخر الستينيات وهي الطريقة التي تعرف بخلايا الدم الحمراء (OBA)، تلى هذا الاكتشاف تحليل الحمض النووي أو ما يسمى بالبصمة الوراثية (DNA)، بالتالي هذا ما سنتعرض إليه في هذا الفرع من

1- المحكمة العليا غ.أ.ش 1998/12/15، ملف رقم 20430، مذكور سابقا 1997/10/28، ملف رقم 172333 مذكور سابقا.

2- د. بلحاج العربي، أحكام التركات والمواثيق في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار الثقافة، عمان، 2009، ص93.

3- د. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.

4- القرار الصادر عن المجلس الأعلى المغربي بست غرف بتاريخ : 2004/12/30 في الملف الشرعي عدد 2003/1/2/556.



خلال تعريف البصمة الوراثية وتبيان خصائصها، وشروطها، وكذا دورها في إثبات النسب ونفيه.

### أولاً: تعريف البصمة الوراثية

قبل إيراد المدلول اللغوي والفقه والقانوني للبصمة الوراثية، نشير إلى أن هذه التقنية تدخل ضمن فروع علم البيولوجيا الذي يبحث في الكائنات الحية في جميع جوانبها وبالتحديد علم الوراثة الذي يعتبر تفسير للطريقة التي تورث بها الكائنات الحية، والكيفية التي يعبر بها كل فرد عن هذه الصفات أثناء تكوينه وعبر حياته.

(أ) لغة: تعرف البصمة لغة بأنها العلامة والأثر<sup>1</sup>، والوراثة لغة هي مصدر ورث- الورث ومعناها الانتقال والبقاء.

(ب) إصطلاحاً: هو الدراسة العلمية للوراثة أي تمرير خصائص الكائنات الحية من جيل إلى جيل آخر، حيث يدرس العلماء الوراثة تركيب المورثات ووظيفتها وطريقة انتقالها<sup>1</sup>.

(ج) فقهاً: اجتهد الفقهاء المعاصرون في وضع تعريف مناسب للبصمة الوراثية باعتبارها من المصطلحات العلمي الحديثة، وقد اختلفوا في هذه التعريفات على النحو التالي :

عرفتها الندوة الإسلامية للعلوم الطبية في ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري<sup>(2)</sup> حيث قالت أن الشفرة الوراثية هي:

«البيئة الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل شخص بعينه، وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية وكذا إثباتها»<sup>(3)</sup>.

(د) قانوناً: رغم تنظيم بعض الدول البصمة الوراثية في نصوص خاصة وإقرار العمل بها في المحاكم كأدلة إثبات أو نفي في المجالات المدنية والجنائية إلا أنها لم تتعرض لتحديد مفهومها تاركة الأمر للفقهاء للقيام بتلك المهمة .

ولا يوجد في الفقه الفرنسي تعريف متفق عليه وإن كان البعض عرفها بأنها: «الهوية الوراثية الأصلية الثابتة لكل إنسان التي تتعين بطريق التحليل الوراثي وتسمح بالتعرف على الأفراد بيقين شبه تام».

أما في مصر فقد عرف بعض فقهاءها البصمة الوراثية بأنها «المادة الحاملة للعوامل الوراثية والجينات في الكائنات الحية»، وقيل أنها «المادة الحاملة للعوامل الوراثية والجينات في الكائنات الحية»<sup>4</sup>

<sup>1</sup>- الموسوعة العربية العالمية، ج 27، (ط.2)، مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع، الرياض، 1999، ص 71.

<sup>2</sup>- يقصد بالجينوم البشري الصحيفة الجينية لنواة كل خلية من خلايا الجسم، يمكن من خلالها أن ندرك أي من الجينات المسؤولة عن تكوين الأعضاء، وأي من منه المسئول عن الأمراض عا كوم، «البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات» بحث متقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين لشرعية والقانون، ج2، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2002، ص535

<sup>3</sup>- حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات الجنائي (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، (ط.1)، دار الفكر الجامعي، مصر 2008، ص.86.

<sup>4</sup>- المرجع نفسه ، ص.91-93

أما عن الفقه القانوني الجزائري فلم يضع تعريفا للبصمة الوراثية و هذا بسبب حداثة التقنية وقلة عدد الفقهاء الذين بحثوا في هذا المجال ونأمل منهم أن يضعوا تعريفا مناسباً لها في المرحلة القادمة نظراً لحاجة المحاكم إليها ولكونها من الأدلة العلمية التي نحتاج إليها في الإثبات.

### ثانياً: خصائص البصمة الوراثية

#### للطبعة الوراثية للإنسان مجموعة من الخصائص منها :

- دقة نتائج الهندسة الوراثية فهي قرينة إثبات ونفي قوية لا تقبل الشك جعلها سيده الأدلة، ومعترف بها في جميع المحاكم الأوروبية، حيث تصل إلى 100 في دعاوى النفي وإلى 99.99 في دعاوى الإثبات<sup>1</sup>.
- عدم تشابه البصمة الوراثية واستحالة تطابقها مع شخص آخر، إلا في حالة التوائم المتماثلة والتي أصلها بويضة واحدة وحيوان منوي واحد<sup>2</sup>، حيث أثبتت الدراسات أن أكثر من نصف القواعد النيروجينية لا تصلح للاستخدام في تقنية البصمة الوراثية لأن 99.99 من الحمض النووي متماثل عند كل الناس بينما يقع الاختلاف بين الأفراد في 0.1 منه فقط حيث تظهر هذه الاختلافات في منطقة تسمى الأنترون<sup>3</sup>.
- قدرة الحمض النووي على تحمل الظروف الحيوية المحيطة به كارتفاع درجة الحرارة والبرودة يجعله يحتفظ بخصائص بنيته، فيكون بذلك دليلاً قائماً لاستعماله كعظام الموتى<sup>4</sup>.
- يمكن إجراء هذه التقنية على جميع العينات البيولوجية السائلة كالدّم والمني أو الأنسجة كالشعر والعظام، وهذا راجع إلى تطابق الطاقم الوراثي في كل خلايا الجسم<sup>5</sup>.
- يمكن تخزين الحمض النووي بعد استخلاصه لفترات طويلة جداً، كما يمكن إجراء هذا الفحص على جزيء صغير حيث أصبح بالإمكان تكثيره وتوليدته إلى غاية الحصول على الكمية المرغوبة.
- مقاومة الشريط الوراثي لعوامل التحلل والتعفن لفترة طويلة، يجعله يتسم المرونة وقدرة عالية على الاستنساخ<sup>6</sup> ويعمل على نقل صفات النوع من جيل إلى آخر .

<sup>1</sup>- أفرودة زبيدة، الإكتشافات الطبية والبيولوجية، دراسة فقهية، ط1، دار الأمل، تيزي وزو، 2012، ص.243.

<sup>2</sup>- مقل حنان، بلفايد نوال، دور البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية 2012، ص.11.

<sup>3</sup>- أحمد محمد خليل، «البيولوجيا الجنائية والبصمة الوراثية» <<مجلة عجمان للعلوم والتكنولوجيا، جامعة عجمان العدد 01، 2001، ص.82.

<sup>4</sup>- محمد فريد الشافعي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، (د ط)؛ دار البيان، القاهرة، 2006، ص.47.

<sup>5</sup>- ميهوي زهرة، مسعى مريم، دكار العربي وآخرون، إثبات النسب ونفيه وفقاً للتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الليسانس، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة فرحات عباس، سطيف 2012، ص.32

<sup>6</sup>- الاستنساخ تقنية تعني بإنتاج كائن حي مطابق تماماً جينياً وشكلاً لكائن حي آخر ف الهدف من الإستنساخ يتمثل في إنتاج كائن صورة أو نسخة طبق الأصل لكائن آخر . فايز عبد الله الكندري <<الهندسة

- بواسطة هذا التقنية يمكن معرفة العينات المختلطة خاصة الآثار المنوية المختلطة بالإفرازات المهبلية، وإرجاع كل عينة إلى مصدرها الأصلي والتي تحدث كثيرا في جرائم الاغتصاب<sup>1</sup>.

بالتالي نتوصل إلى أن هذه الخصائص متوفرة في جميع الأجزاء التي تحتوي على خلايا جسم الإنسان والتي يمكن أن تكون كمصدر لاستخلاص الحمض النووي (A، D، N)<sup>2</sup>.

و المتمثلة في سوائل الجسم كاللعاب، البول، المنى، الدم ولسدائل الأمنيوسي للجنين، كما نجدها في أنسجة الجسم كالعظام، الشعر، الجلد، وغيرها من أنسجة الجسم

### ثالثا شروط العمل بالبصمة الوراثية

قد منا هذه الشروط إلى شروط مهنية وشروط موضوعية.

#### (أ) الشروط المهنية:

نرا الإهتمام على الدليل العلمي المستمد من تحليل الطبعة الوراثية، يتوقف على مراعات هذه

الشروط لاجتياز الإثبات بنفوقهي :

أن تكون المختبرات المعدة للفحوص الجينية مزودة بأحسن الأجهزة ذات التقنيات العالمية والمواصفات الفنية القابلة للاستمرارية حتى يتم بواسطتها الكشف بدقة عن العيانا مع ضمان الصيانة المستلثة وقابة الدورية لها<sup>3</sup>.

- أن يطلعوا بالبصمة الوراثية من طبيبين فأكثر كل على حدى، خاصة عند الإنتباه

أو في القضايا المهمة خاصة قضايا النسب ثباتا أو نفيا وذلك لاستبعاد الغلط أو التزوير في النتيجة

وهذا رأي أغلب المعاصرين الذين يشترطون تعدد الخبراء وخالفهم البعض فلم يشترطوا ذلك بل اكتفوا

بقول خبير، وهناك من ترك مسألة تعدد الخبراء للقاضي للرائ أي الرأجح باعتبار هذا الأخير هو الخبير

الأعلى لتقييم الأدلة الفنية العلمية المطروحة أمام عدالة المحكمة، فإذا ما لشد في صدقة النتائج لارج

من أن يكرر التحليل البيولوجي مرة أخرى<sup>4</sup>.

توثيق خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية بدءا من نقل العينات إلى ظهور

الذاتج النهائي حرصا على سلامة تلك العينات وضمانا لصدقة نتائجها، مع حفظ هذه الوثائق

للرجوع إليها عند الحاجة<sup>5</sup>.

- أن يكون القائمون على مباشرة هذه الإختبارات من ذوي الكفاءة العالي القوراية التامة بعموم وتفصيل

هذا الأسلوب العلمي، ويتولى مهمة الكشف عن الشفرة الوراثية خبراء فنيون مسلمون لأن نتائجهم

<sup>7-</sup> إبراهيم أحمد عثمان، دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب والجرائم الجنائية، (د.ط)، (د.د.ن)، الرياض

2007، ص.5.

<sup>2-</sup> Acid Desoxyribo Nucléique.

<sup>2-</sup> خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، (د.ط)، دار الجامعة

الجديدة الإسكندرية، 2004، ص.34

<sup>4-</sup> فروفة زبيدة، المرجع السابق، ص.245-246

<sup>4-</sup> فواد عبد المنعم، البصمة الوراثية و دورها في الإثبات الجنائي، ج.4، جامعة الإمارات العربية، 2002، ص.1375.

تبنى على أحكام شرعية أو لا يؤمن عليها غير المسلم لمخالفتها عقيدته وقيل يعتدّ بقول الخبير غير المسلم ما لم يوجد المسلم لأنّ يدلي به يبني على العلم والدراسة<sup>1</sup>.

- يجب أن يتحلّى الخبير بصفة الأمانة والخلق الحسن وأن يكون عدلاً متّبعا لأوامر الشريعة وملازما لمقتضيات المروءة، فلا يقبل قول الخبير في البصفاة كما أن يجرد نفسه نفعاً أو يدفع عنه ضرراً<sup>2</sup>.  
علاوة على ذلك يجب التأكّد التام من سرّية الإختبار بأن يكون القائمون به لا يعرفون صاحب العيّنة التي أخذت منه ولا صلة بينهم وبينه سواء كانت علاقة صداقة أو عداوة أو قرابة<sup>3</sup>.

### (ب) الشروط الموضوعية:

إضافة إلى الشروط المهنية التي أسلفنا ذكرها فإن شروط العمل بالبصمة الوراثية لا تكتمل إلا إذا استحضرتنا الشروط الموضوعية حتى يمكن الأخذ بنتائجها المتمثلة فيما يأتي:  
- لا يسمح بإجراء المختبارات الكشف عن هوية الشخص وتعيين بنيته الوراثية إلا لأغراض طبية علاجية بتوجيه من الطبيب المختصّ، وهذا بعد استنفاذ كل طرق العلاج الموضوعية أمامه أو لأغراض الكشف عن الحقيقة في الدعاوي المرفوعة أمام المحكمة بأمر من الجهة القضائية المختصة<sup>4</sup>.  
- يمنع استعمالها للتأكد أو ليقاط نسب مستقر بأحد الطرق الشرعية لأنّ ذلك يؤدي إلى مفساد كثيرة كما يلحق أنواعاً من الأضرار النفسية والاجتماعية بالأفراد والأسر، مما يؤدي إلى تشتت العلاقات وتدهور نظام الأسرة، فالأصل أن تحمل أنثى الذاس محمل الطهارة والعفة وهو الحكم الظاهر.

يجب أن تتطابق نتائج البصمة الوراثية مع العقل والمنطق فلا يمكن تصوّر إثبات نسب المولود إلى الزوّج وهو سجين أو أسير بعيد عن أهله منذ سنين<sup>5</sup>.  
الحصول على موافقة المعنيّ بالفحوصات الطبية والتماس قبوله ببلتاداً إلى مبدأ حرمة الجسد البشري، الحقّ في السلامة الجسدية، بحيث تختلف شروط هذه الموافقة وفقاً لما إذا كانت الخبرة الطبية ستجرى على شخص حيّ أم على جثة ميتة، فإذا كلّوا الفحص على شخص حيّ عديم الأهلية ينوب عنه وليّه حسب ما يعمل به قانوننا على القاضي في حالة دعاوي الذاسب أو التّحقيق في القضايا الجنائية أن

<sup>1</sup> وهبة الزّحيلي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، بحث مقدّم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون ج2، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2002، ص 517 .

<sup>2</sup> وهبة الزّحيلي، المرجع السابق، ص 518 .

<sup>3</sup> محمّد المختار السلامي، التّحليل البيولوجي للحيوانات البشرية وحجيتها في الإثبات، بحث مقدّم لمؤتمر الهندسة بين الشريعة والقانون، ج2، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2002، ص 457 .

<sup>3</sup> حسام الأحمد، البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات الجنائي والذاسب، (د، ط)، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2010، ص 118

<sup>5</sup> - إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 248-249.

يأمر بإزالة الأطراف المعنية على إختبارات الكشف الوراثي وإذا رفض أحد هؤلاء الأطراف الخضوع للخبرة يُعتبر ذلك دليلاً ضدّه<sup>1</sup>.

لا يجوز أخذ الجينات لإجراء التّحليل وتجارب البصمة الوراثية إلاّ بالقدر الكافي للعمليّة المقصودة لتفادي أحكام المسؤولية المدنية وكذا قواعد المسؤولية الجنائية للأشخاص الطبيعيّة أو المعنويّة الناشئة من استخدام الهندسة الوراثية لفحوصات البشريّة سواءً أ في مجال الطبّ الشرعي والنّسب وغيرها (1)

<sup>5</sup>غزيرة الصّادق المهدي، المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام الهندسة الوراثية، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، ج3، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2002، ص990-991.

## الفرع الرابع: دور البصمة الوراثية في إثبات النسب

أولاً: التعديل الأخير لقانون الأسرة، والذي جاء في المادة 40 منه: "...يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب".

ومن الطرق العلمية التي تتضمن الخبرات الطبية نجد نظام البصمة الوراثية. حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، قواعد إثبات مسطرة وقواعد محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث<sup>(2)</sup>. فالشريعة الإسلامية لم تحصر البيئة في الشهادة والإقرار واليمين وغيرها بل أطلقت إثبات الحق بكل وسيلة تؤدي ضمان الحقوق واستقرار الأوضاع.

## ثانياً: دور القاضي

نص المشرع الجزائري في المادة 40 فقرة 2: «يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب».

من خلال الفقرة يظهر أن المشرع الجزائري أعطى الحرية والسلطة التقديرية للقاضي باللجوء إلى الخبرة الطبية كوسيلة لإثبات النسب وذلك من خلال كلمة (يجوز) أي هو شرط جوازي يمكن للقاضي اللجوء إليها كما يمكن له عدم اللجوء إليها وذلك حسب قناعة القاضي في الأدلة التقليدية المعروضة عليه.

## ثالثاً: نفي النسب

المشرع الجزائري نص على استخدام الطرق المشروعة لنفي النسب وإن لم يفصح عن هذه الطرق المشروعة إلا أنه بالعودة إلى قرارات واجتهادات المحكمة العليا نجد أنها كشفت عن المقصود بالطرق المشروعة وحصرته في طريق واحد هو اللعان.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، الحدود الشرعية، والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري (دراسة مقارنة)، (د،ط) ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 2001، ص70.

<sup>2</sup> - باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب، دراسة مدعمة بالإجتهد القضائي، ص96

<sup>3</sup> - أحمد بن محمد القيومي المصري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، دار المكتبة العلمية، بيروت، 1987، ص212.

<sup>4</sup> - بسام محمد القواسمي، أثر الدّم والبصمة الوراثية في الإثبات، ط، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن عمان، 2010، ص78.

## أ- تعريف اللعان

لغة: مأخوذ من اللعن وهو الطرد والإبعاد من الخير.

**شرعا:** هي شهادات تجري بين الزوجين مؤكدة بالأيمان مقرونة باللعن من جانب الزوج، وبالغضب من جانب الزوجة قائم مقام حدّ القذف في حق الزوج وقائم مقام حد الزنا في حق الزوجة

### ب- و يلجأ إلى اللعان

إذا أراد الزوج نفي النسب فعليه اللجوء إلى اللعان، ويقع اللعان في حال قيام الزوجة إتفاقا و في العدة من الطلاق الرجعي والبائن، وبعد العدة في نفي الحمل الى أقصى مدة الحمل ويقع اللعان من الزوجين في النكاح الصحيح والفساد. بالتالي نجد ان سبب اللعان شيان:

**الأول:** دعوى رؤية الزنا بشرط أن لا يطأها بعد الرؤية، فإن ادعى الزنا دون الرؤية حدّ للقذف.  
**الثاني:** نفي الحمل بشرط أن يدعي أنه لم يطأها لأمد لم يلحق به ويشترط أن يدعي الإستبراء بحيضة واحدة، ويشترط أن ينفية قبل وضعه، فإن سكت حتى وضعته حد ولم يلاعن، أما لفظه فأن يقول أربع مرات في الرؤية (أشهد بالله لقد رأيتها تزني) ويصف الزاني كما يصفه الشهود، ويقول في نفي الحمل: أشهد بالله لقد زنت أو ما هذا الحمل مذني "، ويقول في الخامسة (لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين )، وتقول المرأة أربع مرات في الرؤية (أشهد بالله ما رأني أزني) وفي نفي الحمل: (ما زنيته وأذنه منه )، وتقول في الخامسة: (غضب الله عليها إن كان من الصادقين)<sup>1</sup>.

### ج- شروط اللعان

الشروط التي يجب أن تتوفر لإجراء عملية اللعان هي:

- كونه بين زوجين مكلفين، لأن الأحكام الشرعية تتعلق بالمكلفين.
- حصول القذف من الزوج لزوجته بالزنا تصريحاً.
- أن تكذبه، وأن يستمر تكذيبها له إلى انقضاء اللعان.
- أن يكون بحكم حاكم أ، من ينوب عنه<sup>2</sup>.

بتحقق هذه الشروط تكون الفرقة مؤبدة، لأن الحياة الزوجية أساسها المحبة والثقة، وإذا تم اللعان بين الزوجين فقد انعدمت هذه الثقة بينهما.

1- لحسين بن شيخ اث ملو يا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، (ط.2)، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص96.

2- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (د.ط)، المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص.347. و هذا ما يظهر من خلال قرارات المحكمة العليا ونذكر:

-قرار رقم 99000 بتاريخ 1993/11/23، قضية (ع ح ضدّ): (ش ع)،

نفي النسب - مدة الحمل تتجاوز ستة أشهر - عدم نفي النسب في المدة المحددة شرعا للعان -  
التمسك بالشهادة الطبية - الحكم بإثبات الزواج ونفي النسب - خطأ في تطبيق القانون، (المادتان  
41 و42 من ق أ).

من المقرر قانوناً أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الإتصال ولم ينفه  
بالطرق المشروعة. فيما يخص إلحاق النسب<sup>1</sup>.

1 ملف رقم 99000 بتاريخ 1993/11/23، ع.ج. 2001، ص. 64.



نص المشرع الجزائري في المادة 40 فقرة 2 من ق.أ.ج: يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات الذّسب<sup>1</sup>.

نلاحظ أن المشرع الجزائري بعد تعديل 2005 قد تأثر بالتطورات العلمية الحديثة وتطور الوسائل العلمية المتقدمة والقادرة على مساعدة القضاء عند إصدار أحكام وقرارات قضائية وتسببها وهذا ما أخذت القوانين الغربية خاصة القضاء الفرنسي، وهذا زيادة بما جاء به المشرع في المادة 40 قبل التعديل بعدما كان المشرع الجزائري قد نص في المادة السالفة الذكر، على وسائل إثبات الذّسب التقليدية جاء بعد التعديل وفرض وسيلة أخرى وهي الطرق العلمية وهذا ما يعطي السلطة التقديرية للقاضي والحرية في اختيار الطريقة المناسبة خاصة الطرق العلمية التي تعتبر كدليل قاطع نظرا للتطور الهائل الذي توصل إليه وهذا ما يظهر من خلال قرارات المحكمة العليا من بينها:

القرار الصادر في 2006/03/05، قضية (ب س) ضد (م ع) حيث أن المدعية قامت بالطعن إلى المحكمة العليا لعدم الأخذ بالخبرة الطبية التي أثبتت بأن الأب هو الوالد الشرعي للطفل من طرف مجلس قضاء مسيلة، من خلال الحكم الصادر في 2004 /01/26 حتى رقم 03/120: 15 وذلك بناء على عدم الأخذ بالمادة 40 من ق.أ.ج التي تنص على الطرق العلمية في، إثبات الذّسب، وبما أن الخبرة الطبية أثبتت أن الطفل (ص م) هو ابن المدعي عليه في الطعن، وذلك يعتبر ببدنة غير قابلة لإثبات العكس إلا بالتزوير.

والقصور في التسبب طبقا للمادة 233 من ق.أ.م، بدعوى أن الطاعنة قدمت للمجلس الحكم التمهيدي الجزائري القاضي بتعيين خبير لإثبات النسب وقدمت الخبرة القضائية إلا أن القرار المطعون فيه لم يرد على تلك الأدلة ولم يناقشها رغم أنها أحكام صادرة من جهة قضائية تثبت الذّسب الإبن للمدعي عليه في الطعن.

وعليه المحكمة العليا بعد الإطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبني الحكم المستأنف يتبين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق الذّسب المولود (ص م) للمطعون ضده باعتباره أب له كما أثبتته الخبرة العلمية (الطبية) معتمدين على المادة 40 من ق.أ.ج، رغم أن هذه الأخيرة تفيد أنه يثبت الذّسب بعدة طرق ومنها البينة ولما كانت الخبرة العلمية أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة كان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه.

1- القانون 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المعدل والمتمم، بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (ج.ر.ص. 21).

ولما تبين - من قضية الحال - أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة، فإنه يلحق به، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه<sup>1</sup>.

من خلال المادة 40 من ق.أ.ج نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ زيادة على الطرق التقليدية في إثبات الذّسب، الطرق العلمية الحديثة وهذا ما يظهر من خلال القرارات الصّادرة من المحكمة العليا ومن بينها القرار السالف الذكر.

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 355180 بتاريخ 2006/03/5 (قضية ب.س ضد م.ع).

**المطلب الثاني**  
**التطبيق للعيوب والضرر**

## الفرع الأول: التطلق للعيوب

## أولاً: تعريف التطلق والعيوب

## 1- تعريف التطلق:

(أ) - لغة: أصل كلمة تطلق يعود إلى ( طلق - تطلقا )، أي طلقت المرأة زوجها، وتطلقها منه، بمعنى تركهم ومفارقتهم<sup>1</sup>.

(ب) - اصطلاحاً: هو منح الزوجة حق فراق من زوجها بناء على إرادتها المنفردة واستناداً للقانون، فالأصل أن الطلاق يكون للزوج وحده، أو يقوم غيره وكالة أو تفويضاً، أو بدون إنابة كالقاضي في بعض الأحوال.

## 2- تعريف العيوب:

(أ) - لغة: العاب والعيب والعيبة، الوصمة و عاب الشيء والحائط صار ذا عيب<sup>2</sup>، ومنه قوله تعالى: « فأردت أن أعيبها »<sup>3</sup>، أي أن اجعلها ذات عيب والعيب كما يطلق على الشيء الحسي، يطلق أيضاً على الشيء المعنوي.

(ب) - اصطلاحاً: هو ذلك النقص البدني والعقلي، أو هو نقص مادي، أو معنوي يعتري احد الزوجين، فيسبب ضيقاً للزوج الآخر، من جراء حرمانه من الحصول على ثمرة ومقاصد الزواج المتمتع بالحياة الزوجية<sup>4</sup>.

## ثانياً: دليل مشروعية التطلق للعيوب

## 1 الكتاب:

1. المنجد الأبجدي، ط2، دار المشرق،، بيروت، توزيع المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص. 665.

2 ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، ج4، دار المعارف، القاهرة، ص. 3183.

3. سورة الكهف / الآية: 78.

4. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، ط2، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 1994.

فَإِنْ ذَهَبْتُمْ لِلْعَالِيَةِ: «يَمَّا دُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتَا بِهِ تِلْكَ دُودَ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهُمَا»<sup>1</sup>، إن الآية دليل على إن كلا الزوجين الحق في التفريق إذا ما تأكد لأحدهما بان الزوج الآخر به عيب من العيوب التي تستحيل منهم العشرة الزوجية ويعرقل مسيرة الحياة الزوجية وبذلك ميز الفقهاء بين ثلاثة أنواع من العيوب خاصة بالرجل كالجب، العنة، الخصاء. والخاصة بالمرأة وهي: الرتق، القرن وكذا المشترك بينهما: الجذام، الجنون والبرص زيادة لمرض الصرع والسل وحاليا أضيف مرض فقدان المناعة رغم أنها تمنع من الدخول إلا أنها تؤثر بشكل أو بآخر على الحياة الزوجية<sup>2</sup>.

2- السنة:

عن يزيد بن كعب عن الرسول (ص) قال: « *فروا من المجذوم كما تفروا من الأسد* »<sup>3</sup>، ويدل هذا الحديث صراحة على مرض الجذام الخطير حيث تشتمز منه النفوس ولتخفيف ها الضرر يفرق بينهما.

وروى البيهقي عن رسول الله صلى عليه وسلم قال: « *أربع لا يحزن في بيع ولا نكاح: المجنونة والمجنومة والبرصاء والغفلاء* »<sup>4</sup>.

وفي الموطأ عن عمر - رضي الله عنه - انه قال: « *أيما امرأة غر بها رجل بها جنون أو جذام أو برص فلها المهر لما أصاب منها وصدّق الرجل على من غره* ».

<sup>1</sup> سورة البقرة / الآية: 229.

<sup>2</sup> بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر.

<sup>3</sup> إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج5، القاهرة، د.س.ن، ح رقم 5380، ص. 2158.

<sup>4</sup> الجب: هو استئصال عضو التناسل الرجل

العنة: صغر الذكرو لا يقر على مباشرة العلاقة الجنسية.

الخصاء: هو استئصال الخصيتين.

<sup>5</sup> الرتق: هو انسداد مسلك الأنثى في الفرج حيث لا يمكن الجماع معها ويكون باللحم أو العضم.

### ثالثا: أنواع العيوب

إن العيوب التي تصيب الإنسان متنوعة ومختلفة فقد تكون جنسية أو غير جنسية بل هي عيوب مرضية أخرى، فالعيوب الجنسية هي التي تصيب الأعضاء التناسلية لكل من الرجل والمرأة وتتسبب غالباً في منع المعاشرة الجنسية ولكل جنس عيوبه الخاصة به والأمراض المعدية الأخرى، وتتمثل هذه الأمراض الأخرى مثلاً في الأمراض الجنسية التي تطرأت بسبب العلاقات الجنسية المحرمة، خاصة، وهناك على سبيل المثال: السيلان الزهري، الايدز.

### 1- السيلان: (Gonorrhoea)

وهو أكثر الأمراض الجسدية المعدية، في الوقت الحاضر، تسببه جرثومة صغيرة جداً يسمى (نايسيريا قنوريا)، حيث تظهر أعراضه عند الرجل أو المرأة وفي كل الحالات فإن المرض معدى بشكل قوي جداً حيث إذا لم يعالج هذا المرض يؤدي إلي العقم.

### 2- الزهري:

هو مرض خمجي حاد وهو واحد من أخطر الأمراض المنقولة جنسياً، يهاجم الأغشية المخاطية في مكان الإصابة بالعدوى وتسببه جرثومة تسمى (تريبونيميا باليديم) ويحدث تآليل وتورمات مؤلمة على الأعضاء التناسلية، وهذا المرض ينتقل إلى الطفل وراثياً وهو في رحم أمه المريضة<sup>1</sup>.

### 3- الايدز:

متلازمة العوز المناعي المكتسب مختصر من الحروف والكلمات: Acquired Immune Deficiency وهو مرض فتاك مدمر ينتشر بشكل رهيب في العالم بسبب العلاقات الجنسية ويتواجد الفيروس المسمى (H I V) في أنسجة جسم المصاب وفي سوائل الجسم المختلفة: الدم- المنى- الإفرازات المهبلية. ولا يوجد لحد الآن علاج شاف تماماً لهذا المرض وينتقل هذا المرض عن طريق الاتصال الجنسي المباشر عن طريق الدم، والحمل والولادة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> البار، الأمراض الجنسية، ص. 18. 305-359، والقضاة، الأمراض الجنسية عقوبة إلهية، ص. 41-50. مقال " لا تقربوا الزنا" للدكتور حسان شمسي باشا نقلاً عن الموقع: [www.khayma.com/chamsiphasha/adultery](http://www.khayma.com/chamsiphasha/adultery). Htm

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص. 392-396.

### 4- العقم:

هو المرض لا علاج له ناجح حتى الآن، مثل الأمراض الخلقية والوراثية التي تصيب الجهاز التناسلي وعلى وجه الخصوص الغدة التناسلية، فغياب الخصبة (Angenesis) أو ضمورها الشديد في حالة متلازمة كلينفلتر (Klinefelter) أو عدم وجو المبيض أو شذوذ تكوينه أو متلازمة ترنرو غيرها من الحالات المماثلة التي بها خلل في الصبغيات أو خلل شديد في تكوين الجهاز، التناسلي لأي سبب من الأسباب تؤدي جميعا إلى العقم (Sterility)<sup>1</sup>.

#### رابعاً: موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من التطليق للعيوب

##### 1- الفقه الإسلامي:

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز التفريق بين الزوجين بالعيوب واختلفوا في موضعين. في العدد الموجب للتفريق، ومن يملك الحق بينهما، وبمعنى آخر ما هي العيوب التي تثبت بها حق طلب التفريق، وهل يثبت الحق لكل من الزوجين أم الزوجة فقط<sup>2</sup>، واستدل الجمهور لمذهبهم بالسنة والإجماع وبالمعقول والقياس.

##### (أ) - السنة:

ما نقل عن الرسول (ص) تزوج امرأة من بني غفار، فلما دخل عليها وجاس على الفراش أبصرها بكشحها فانحاز عن الفراش ثم قال لها خذي عليك ثيابك وفي رواية والحقي بأهلك<sup>3</sup> وهذا الحديث يدل على جواز ومشروعية رد النكاح بالعيوب الذي يكون بالمرأة، مما تعاف النفس وتنفرد منه، وإذا ثبت هذا بالنص فما كان مثله أو كان أشد منه من العيوب يقاس عليه، ويكون الرد به من باب أولى، ونفهم من ذلك إن الرجل إذا كان مصاب بأحد الأمراض المذكورة سابقاً (الجب، الخشاء، العنة)، وفي هذه الحالة المرأة تصاب بالضرر، حيث فات الإمساك بالمعروف، فوجب التسريح بإحسان ودفعاً للضرر الذي يلحق بالزوجة.

قوله (ص) « فرؤا من المجذوم كما تفروا من الأسد »<sup>4</sup>، ويدل هذا الحديث دلالة واضحة وصريحة على أن مرض الجذام « وهو داء يتقطع من اللحم ويتساقط »، خطير وتنفرد من النفس،

<sup>1</sup> احمد محمود سعد إبراهيم جاهين، أطفال الأنابيب بين الخطر والإباحة وموقف الفقه الإسلامي منها، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، 2005، ص. 30.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلة، ج4، ط1، دار الفكر، بيروت، 1984.

<sup>3</sup> رواه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، ج1، ح رقم 2196، ص. 343.

<sup>4</sup> رواه البخاري في صحيحه، ج5، ح رقم 5380، ص. 2158.

وطريق الفرار من الزوج المجذوم ويكون برد النكاح وطلب التفريق لتخفيف الضرر<sup>1</sup>.

## (ب) - الإجماع:

لقد اجمع أصحابه على ثبوت الخيار بالجب والعنة وعن مالك انه بلغه عن سعيد بن المسيب انه قال: أيما رجل تزوج امرأة وبه جنون أو ضرر، فإنها تخير، فان شاءت فرت.

## (ج) - القياس:

قياس النكاح على البيع، فكما أن البيع يرد بالعيب، فان كان بالبيع محل البيع عيبا فتجوز رده شرعا وقانونا، بل إن الزواج يكون من باب أولى لخطورة التدليس فيه<sup>2</sup>. وهذا مانصت عليه م. ج. في المادة 8 مكرر جديدة « في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق ».

## 2- موقف المشرع الجزائري

لقد أخذ قانون الأسرة الجزائري بجواز التطليق للعيوب، حسب ما يتضح من المادة 53 الفقرة (2) حيث أعطى للزوجة حق طلب التطليق للعيوب التي تحول ون تحقيق الهدف من الزواج، اخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء، بجواز التفريق للعيوب، شرط توفر جملة من الشروط نردها كالتالي:

(1) - أن يكون العيب في الزوج لأنه هو له حق الطلاق، أي العصمة في يده بما تنص المادة 48 ق أ.

(2) - أن يكون العيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج لأن الزواج له أهداف كبناء أسرة مبنية على الذرية والمودة والرحمة.

(3) - أن يكون من العيوب المستمرة الدائمة التي لا يتوقع الشفاء منها لن القاضي يعطي مهلة السنة للعلاج إذا كان المرض مما يمكن العلاج منه.

(4) - أن تقوم الزوجة برفع الدعوى تطليقها إلى القاضي ويجب عليها أن تثبت العيب بالوسائل القانونية.

(5) - أن القاضي لا يحكم بتطليقها إلا بعد التأكد من صحة دعواها من خلال الاستعانة بالخبراء والأخصائيين الطبيين.

- وقد ذهبت المحكمة العليا في عدة أحكام لها إلى ذلك منها:

<sup>1</sup>- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية، ط2، دار محمود للنشر، مصر، 1994، ص، 2158.

<sup>2</sup>. المرجع نفسه، 268.

(1) - « من المقرر قانونا وقضاء، انه يجوز للزوجة طلب التطليق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج، لتكون أسرة وتربية الأبناء ولما أسس قضاء الموضوع قرارهم القاضي

بالتطليق على عدم إيجاب الأولاد استنادا إلى نتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج فأنهم قد وفروا قضائهم الأسباب الشرعية الكافية<sup>1</sup>.

(2)- من المقرر في الفقه الإسلامي وما جرى به القضاء إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته بضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وإن الاجتهاد القضائي استقر على ان تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها بعد انتهائها، فان لم تتحسن حالة مرضه، حكم للزوجة بالتطليق.

لعل المشرع الجزائري يقصد بعبارة « العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج » الغاية والمراد الذي من أجله شرع الزواج وهو حفظ النسل، والاستمتاع وبقاء الزوجة مع زوجها المعيب بعيب مادي جسمي أو معنوي، عقلي نفسي يضرها أيما إضرار حيث لا يعاشرها معاشرة الأزواج لزوجاتهم وبالتالي يجب إعطائها وسيلة للتخلص مما هي فيه من المعاناة، أين تطلب التطليق مادامت العصمة في يد الرجل<sup>2</sup>.

إن المشرع الجزائري قد أخذ بما أجمع عليه الفقه، وترك ما اختلف فيه فأتاح حق طلب التطليق للزوجة دون الزوج، بقوله في نص المادة 53 « يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج »<sup>3</sup>، فمصطلح العيوب واسع المعنى أي كل عيب يمنع تحقيق أهداف الزواج، وهي حسب المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة، والتعاون وإحسان الزوجية والمحافظة على الأنساب، ولعل اثر الأمراض المختلفة والعيوب الجنسية كالجب والعنة والخصاء والعقم تحول دون تحقيق ذلك وهذا هو منطق العدل والإنصاف تعبير عن روح الشريعة الإسلامية.

كما أقر المشرع الجزائري في القرارات المحكمة العليا ومنها القرار الآتي : « من المقرر شرعا إن لا يسوغ الحكم بفك العصمة الزوجية من بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت الإضرار بها ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعود خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية، وأشارت الزوجة في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقات الجنسية معها، فانه كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية وقانونية قبل التصريح بحكمهم<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 87301 بتاريخ 1992/12/22، المجلة القضائية، العدد 2، 1995، ص. 92.

<sup>2</sup> فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ( الزواج والطلاق ).

<sup>3</sup> القانون رقم 84. 11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05. 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر عدد 15، ص. 21.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 33275، بتاريخ 1984/05/14، مجلة قضائية، ع2، 1990، ص 75.

### خامسا: الخبرة الطبية في التطليق



نص المشرع الجزائري في المادة 2/53 من قانون الأسرة الجزائري على حق الزوجة بطلب التطلاق للعيوب التي تحول دون تحقيق هدف الزواج.

وهذا ما يظهر من خلال القرارات الصادرة من المحكمة العليا ومنها، القرار الذي ينص: من المقرر فقها وقضاء انه إذا الزوج عاجز عن مباشرة زوجته يضرب له اجل سنة كاملة من اجل العلاج، ولإن الاجتهاد القضائي استقرأ على إن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها وبعد انتهائها فان لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطلاق<sup>1</sup>.

ولكن لا يمكن للقاضي أن يحكم بالتطلاق الزوجة دون التأكد من مرض الزوج وذلك بالاستعانة بأراء الخبراء الطبيين بما أن القاضي له محدودية عملية أي ليس مختص في هذا المجال فانه يستلزم عليه أن يستعين بالخبرة الطبية من ذوي الاختصاص وعند رجوع تقرير الخبرة وتأكد القاضي من استحالة الشفاء يمكن له الحكم بالتطلاق وهذا بناء على ذلك التقرير (الخبرة)، وهذا ما يتماشى مع قواعد الشريعة الإسلامية وهذا ما كرسه القضاء من خلال قرارات المحكمة العليا. جاء في القرار المحكمة العليا :

حيث أن الطاعن (ط . ب) طعن بالنقض بواسطة محامية بتاريخ 19/02/1998 في الحكم الصادر عن محكمة الشريعة بتاريخ 29/06/1997 الذي قضى ابتدائياً بتطلاق (ز . ح) من المدعي (ط. ب) لسبب العيب الذي يحول دون تحقيق لهدف من الزواج مع إلزامية بدفع مبلغ ثلاثون ألف دج وتعويض عن المتعة و8000 دج نفقة العدة.

نظرا لكونهما لم ينجبا أطفالا بسبب عقم الزوج رفعت الزوجة دعوى تطلب فيها التطلاق إمام محكمة الشريعة خلال سنة 1997 وبتاريخ 29/06/1997 قضت محكمة الشريعة بتطلاقها من الزواج بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

رفع الزوج طعنا بالنقض ضد الحكم أعلاه أمام المحكمة العليا وأثار وجها وحيدا للطعن يتمثل بان الخبرة الطبية المجرات على الزوجين أثبتت بان العقم له صلة بالزوج الطاعن ويكون الأمل في علاجه لمدة طويلة حسب الخبرة وأن الحكم المطعون فيه قضى بالتطلاق دون أن يضرب له مدة سنة للعلاج وهذا خلافا للاجتهاد القضائي للمحكمة العليا وعليه التمس نقض وإبطال الحكم المطعون فيه.

و لقد أجابت المحكمة العليا برفضها للطعن دافعة بان المدة السنة الواجب للزوج للعلاج، قد مضت لطول المعاشرة التي دامت منذ سنة 1991 لغاية رفع الدعوى سنة 1997 أي أكثر من ستة سنوات... في العقم يستطيع الزوج مباشرة زوجته جنسيا لكن لا يستطيع الإنجاب... بالرجوع إلى الخبرة الطبية المجرات على الزوجين يتبين مايلي: إن الزوجة غير عقيمة، أن الزوج عقيم. أن الأمل في علاجه يكون لمدة طويلة...

<sup>1</sup> المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 34784، المجلة القضائية، العدد 3، 1989، ص. 73.

وفي القضية هذه بما أن القاضي لا يستطيع التأكد من الطرف المصاب بالعقم من الطرفين إلا من خلال الخبرة الطبية ورجاع القضية إليه (أي إعادة السير فيها)، بعد الخبرة فإن ميعاد السنة يبدأ من ذلك اليوم بالتدقيق من اليوم الذي يفصل فيه القاضي في النزاع بعد رجوع الخبرة. لابد للقاضي أن يستنبط من تقرير الخبرة مدى جدوى منح مهلة سنة للزوج للعلاج. و بالرجوع إلى تقرير الخبرة المتعلقة بالقضية محل التعليق نجد ما جاء فيه ان الأمل في علاجه يكون لمدة طويلة.

1- أن العلاج غير مضمون بل يتعلق الأمر بمجرد أمل (Espérance).

2- الأمل يكون لمدة طويلة.

وتبعاً لذلك فإن المحكمة الشرعية كانت على صواب عندما قضت بالتطليق بين الزوجين بسبب العيب.

نستنتج مما سبق أن المحكمة العليا أيدت الحكم الصادر من محكمة الشريعة لأنها أحقت في التفريق بين الزوجين بسبب العيب (العقم) والذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج وذلك بعد إجراء الخبرة الطبية.

من خلال هذا القرار نتوصل إلى أهمية الخبرة الطبية كدليل يستعمله القضاء قبل إصدار الأحكام والقرارات<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 13571 بتاريخ 1999/02/26، ص. 119 وما بعدها.

## الفرع الثاني: التطبيق للضرر

## أولاً: مفهوم الضرر الموجب للتطبيق

## 1- تعريف الضرر:

أ) - لغة: هو ضد النفع، وهو سوء الحال، أي الضيق<sup>1</sup> والإسـم من ضر يضر ويقال نزل بمكان ضرر أي ضيق، وهو كذلك الشدة، والضرء ضد الثراء وعلى ما يصيب الإنسان في نفس كالمريض، والشيء الضار هو المؤدي، ويقال ضره مضارة أي ضايقه<sup>2</sup>.

ب) - اصطلاحاً: « إلحاق الأذى بالآخرين، وقد يكون مادياً أو معنوياً » .

1- الضرر المادي: هو التعدي على حق من حقوق الإنسان، من سلامة في بدنه وممتلكاته،

فينتقص منها أو يعطلها أو يتلفها أو يحول دون ملكها أو استعمالها<sup>3</sup>.

2- الضرر المعنوي: هو ذلك الأذى الذي يلحق بغير ماديات الإنسان فيمس بإحساسه أو نفسه

أو مكانته العائلية أو المهنية أو الاجتماعية محدثاً له ألماً نفسياً أو شعوراً بالانتقاص من قدره ويشمل كذلك المساس بالحقوق المعنوية التي تكون حقوق لصيغة بشخصه كحرية القول أو الفعل وحقه في خصوصياته وسمعته<sup>4</sup>.

و عليه يقصد بالضرر بمفهومه الواسع، ذلك الأذى الذي لا نفع فيه يوازيه أو يربي عليه،

ويقصد به إيقاع أذى بالغير دون أن يقابله نفع في ذلك<sup>5</sup>، أما تعريف الضرر الموجب للتطبيق فنجد أن

الفقهاء المعاصرين قد عرفوه بتعاريف عديدة، ومنها نذكر تعريف الدكتور عبد الكريم زيدان « هو كل ما يلحق الأذى والألم ببدن الزوجة، أو نفسها أو ما يعرضها للهلاك » .

وفي تعريف آخر: « الضرر هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول، أو الفعل، كالشتم المقذع والقبیح المخل بالكرامة، والضرب المبرح والحمل على فعل ما حرم الله والإعراض والهجر من غير سبب يبيحه ونحوه<sup>6</sup>» .

<sup>1</sup> مجد الدين محمد ابن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط ط 6، مؤسسة الرسالة والطباعة والنشر د.ب.ن 1999 ص 250.

<sup>2</sup> محمد إسماعيل إبراهيم، معجم الألفاظ والأعلام القرآنية، دار الفكر العربي، مصر 1998 ص 303.

<sup>3</sup> مصطفى العوجي، القانون المدني: المسؤولية المدنية، ج2، ط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2007 ص 165.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص، 168.

<sup>5</sup> نايف محمد الجندي، عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 35.

<sup>6</sup> عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في احكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص281

## 2 - مشروعية التطلق للضرر في الكتاب والسنة:

## (أ) - الكتاب :

قال سبحانه وتعالى : " وإذا طلقتم النساء، فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرار لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه " <sup>1</sup>.

قال الشيخ الشنقيطي في تفسير قوله تعالى : " ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا " كما يلي : « النهي عن إمساك المرأة مضارة لها، لأجل الإعتداء عليها بأخذها ما أعطاها، لأنها إذا طال عليها الإضرار افتدت منه، ابتغاء السلامة من ضرره » <sup>2</sup>.

في الآية السابقة نرى أن الله نهى الأزواج عن أن تكون الرجعة التي أبيضت لهم على وجه الإضرار، فمن أوقعها على وجه الإضرار لتطويل العدة على الزوجة فقد ظلم نفسه <sup>3</sup>.

كما قال تعالى " أسكنوهن من حيث سكنتم من وهدم ولاضاروهن لتضيقوا عليهن " <sup>4</sup>.

فسر الدكتور وهبة الزحيلي هذه الآية بقوله أسكنوا المطلقات المعتدات بعض مساكنهم بقدر وسعكم وطاقتكم لا تؤذوهن في النفقة أو السكن بالإخراج كرها من مساكنهن <sup>5</sup>.

الآية دلت على تحريم الإضرار بالمعتدة بالتضييق عليها لأنها في حكم الزوجة سيكون تحريم الإضرار بالزوجة من باب أولى.

## (ب) - السنة:

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار، من ضار ضاره الله، ومن شاق شاق الله عليه " <sup>6</sup> يدلّ الحديث على أن إيقاع الضرر على الآخرين بشكل عام حرام، لذلك لا يجوز إيقاعه على الزوجة من باب أولى، وقال أيضا عليه الصلوة والسلام : استوصوا بالنساء خيرا فإنما هنّ عوان عندكم، ليس تملكون منهنّ شيئا غير ذلك، إلا أن يأتينا بفاحشة مبينة، فإن فعلن، فاهجروهنّ في المضاجع، وأضربوهن ضربا غير مبرح فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهنّ سبيلا <sup>7</sup>. دلّ الحديث على وجوب وجوب الإحسان نحو بر على النساء، فكان الإضرار بهنّ حرام.

<sup>1</sup>. سورة البقرة، الآية 231.

<sup>2</sup>. حكمت ابن البشير ابن ياسين، التفسير الصحيح : موسوعة الصحيح المنشور من التفسير بالمأثور، المجلد الأول، دار المأثور للنشر والتوزيع، المدينة المنورة 1999، ص 347.

<sup>3</sup>. نايف محمد الجندي، مرجع سابق، ص 45.

<sup>4</sup>. سورة الطلاق، الآية 6.

<sup>5</sup>. وهبة الزحيلي، التفسير الوجيز على عامش القرآن العظيم ومعه أسباب النزول وقواعد الترتيل، دار الفكر، سوريا، د. س. ت. ص. 560.

<sup>6</sup>. محمد ابن عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991، ص، 25.

<sup>7</sup>. محمد ابن عيسى أبو عيسى اترمذي، سنن الترمذي، دار أحياء التراث العربي، بيروت، ص 23

## ثانيا: شروط الضرر الموجب للتطليق

## أن يقع الضرر من الزوج على الزوجة:

لكي يعتبر الضرر سببا لطلب الزوجة فك الرابطة الزوجية يجب أن يصدر من طرف الزوج نفسه ولا يرفض طلبه لا يمكن أن يعتبر الضرر موجبا للتطليق إذا صدر من طرف أهل الزوج، بحيث يعتد بالصفة الشخصية للزوج لكي يعتبر الضرر موجب للتطبيق، كما يجب أن يقع ذلك الضرر على الزوجة بحد ذاتها، فلا يمكن لها طلب التطليق للضرر الذي يصيب أهلها من طرف الزوج، لكن إذا طلبت الزوجة بمسكن مستقل عن أهل الزوج الذين يضررون بها حكمت المحكمة بتأييد طلبها وإذا لم يوفره الزوج أعطي لها الحق طلب الفراق، لأن توفير مسكن مستقل من بين واجبات الزوج نحو زوجته، إذا طالبت به وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا «أنه من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لإستفعال الخصام، وطول مدته بين الزوجين بإعتباره ضررا شرعا، ومتى تبين من قضية الحال- أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر».

لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة مما يجعلها متضررة، ومحقة في طلبها التعويض، عليه فإن قضاء الموضوع لما قضا بتطليق الزوجة لطول الخصام بتظلم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون، متى كان كذلك استوجب رفض الطعن<sup>1</sup>.

## 2-عجز القاضي عن الإصلاح:

عندما ترفع الزوجة دعوى إمام القضاء تطلب فيها تطليقها من زوجها على أساس ضرر تدعيه، يجب على القاضي أن يعقد جلسات صلح بين الزوجين، وهذا ما إستوجبه المادة 49 من ق. أ. ج، التي تنص في فقرتها الأولى: « لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر إبتداء من تاريخ رفع الدعوى »، فالصلح إجراء ووجوبي وجوهري في دعوى الطلاق، يجب أن يقوم به القاضي بالإجتماع بالطرفين لسماع وجهة نظر كل واحد منهما ومحاولة التقريب بينهما لفك الخلاف دون اللجوء إن الطلاق<sup>2</sup>.

**أما الفقرة الثانية:** من المادة 49 السالفة الذكر تنص على ما يلي: "يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي فواتح محاولات الصلح، يوقعه كل من كاتب الضبط والطرفين وبالتالي يجب على القاضي أن يحرر محضر ويبين فيه ما توصل إليه أثناء محاولات الصلح التي أجراها، سواء توصل إلى الصلح أولا، وإذا لم يتوصل إلى إيقاع الصلح بين الطرفين، يقوم بالشروع في

<sup>1</sup> المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 224655 مؤرخ في 15/06/1999 (قضية ر.ن.د- ضد د.ف، المجلة القضائية، عدد خاص عن قسم الوثائق، الجزائر، 2011، ص 129.

<sup>2</sup> العيش فضيل، شرح وجيز القانون الأسرة الجديد، مدعم بإجتهادات قضاء المحكمة العليا، منشورات أمين، الجزائر، 2008، ص. 44.

موضوع الدعوى، وهذا ما نصت عليه المادة 443 من ق.إ.م.إ في فقرتها الرابعة كما يلي : " في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له يشرع في مناقشة موضوع الدّعى ".

### 3- وجوب إثبات الضرر:

إنّما عت الزوجة إضرار الزوج بها يجوز لها أن تطلب التّطليق من القاضي ، حينئذ يطلقها إذا ثبت الضرر وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما<sup>1</sup>، إذا عجزت الزوجة عن إثبات دعواها رفضها القاضي، لكي يقوم القاضي بتطليق الزوجة على أساس الضرر الذي أصابها من زوجها وجب عليها إثباته والمشرع الجزائري لم ينص على وجوب إثبات الضرر في دعوى تطليق إلا أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 56 من ق. أ. ج، نجد إن القاضي يلجأ إلى تعيين حكمين في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين وعدم ثبوت الضرر، وبالتالي إذا أثبتت الزوجة الضرر الذي تدّعيه طلاقها القاضي وفقا لهذا الضرر، أما إذا لم تثبته رفض دعواها.

المشرع الجزائري لم ينص على طرق إثبات الضرر، لكن بالرجوع إلى موقف المالكية نجد أن إثبات الضرر الموجب للتطليق ليس مقصورا على الإقرار أو البيّنة، بل يقبل بقرائن الأحوال<sup>2</sup> فإن أثبتت الزوجة دعواها عن طريق إقرار الزوج أو بشهادة شخصيين ولو بسماعهما من الجيران<sup>3</sup> كما يمكن أيضا الإثبات بشهادة الطبية خاصة في ضرب المبرح الذي يترك آثار على الزوجة، رغم أن الشهادة الطبية تكفي وحدها كدليل قاطع يأخذ به القاضي إلا إذا اقترن بدليل آخر. لأن الشهادة دليل إثبات وليس إدانة.

يجب على القاضي أن يفرق بين الطرفين إذا ثبت ضرر الزوجة وتمسكت بالتفريق وعجز القاضي عن الإصلاح:

كما صدر حكم في محكمة عنابة جاء فيه أنه تبين للمحكمة بأن المدعية متمسكة بالتطليق كطلب أصلي إلا أنها لم تقدم للمحكمة ما يثبت الضرر الذي تدعيه كون أن الشهادة الطبية التي استظهرت بها لا توفي لمستوى الدليل الذي يثبت اعتداء المدعي عليه، عليها مما ينبغي معه رفض طلبها لعدم التأسيس.

1. أنور العمروسي، المرجع الوافي في قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين، دار الفكر الحديث للطبع والنشر، مصر. 1963. ص. 365.

2. أحمد العندور، الأحوال الشخصية في تشريع الإسلامي، مع بيان مشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي وما عليه العمل في محاكم الكويت، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، ص. 507.

3. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام: دراسة مقارنة في فقه المذاهب السنة والمذهب الجعفري والقانون، ط2، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان. 1977. ص. 581.

وبالتالي القاضي لم يقتنع بالضرر الذي أصاب الزوجة كون الشهادة الطبية لا ترقى إلى الدليل الذي يثبت الضرر الواقع عليها<sup>1</sup>. طبقا لهذه الأحكام والقرارات نستنتج أن الشهادة الطبية رغم أنها الدليل إثبات لكن ليست دليل إدانة الذي تدعي الزوجة الضرر بها. إذن لكي يأخذ القاضي بالشهادة الطبية يجب أن تقترن الشهادة الطبية بشهادة الشهود أو الإقرار. من هنا نستنتج أن الشهادة الطبية ليست دليل قاطع يأخذ به القاضي بل هي دليل عادي حيث تكون السلطة التقديرية للقاضي الأخذ بها أم لا بما أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على طرق الإثبات الضرر.

### ثالثا: أنواع الضرر الواجب التطبيق من أجله

هناك عدة أنواع من الضرر منها الأضرار المادية والأضرار المعنوية.

#### 1- الأضرار المادية:

هو إيذاء المرأة من الناحية الجسدية كالضرب، والجرح والإيلام والركل أو إلقاء شيء مؤذي على جسدها كالماء الساخن، أو اتبائها في غير موضع الذي أمره الله، فإن كل هذه الأمور حرام شرعا وممنوع قانونا، وعن أبو داود عن الحكيم ابن معاوية القشيري عن أبيه قال: قلت يا رسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه قال: " أن تطعمها إذا طعمت، وتكسوها إذا اكتسيت، ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت<sup>2</sup>.

#### 2- الأضرار المعنوية:

أن الأسرة يجب أن تبني على المودة والرحمة وتبادل الاحترام والتقدير وتجنب بعض الأفعال التي قد تتجر إلى إيذاء الآخر خاصة من الزوج إزاء زوجته ونذكر منها: السب والشتم، اتهامها بتهمة متق بكرامتها وشرفها، إفشاء الزوج لأسرار زوجته، كل هذه قد تؤدي إلى طلب الزوجة التخليق من زوجها. وما يهنا نحن هو الضرر المادي أو المعنوي لذا نأخذ الضرب كمثال وكسبب من أسباب التخليق وطرق إثباته لذي نود أن نبين معنى الضرب ودليله في الشريعة. (أ) - معنى الضرب الزوج لزوجته: الضرب هو تعدي الزوج على زوجته جسديا، مما يلحق بها أذى نفسي أكثر منه مادي لأن فيه إهانة للمرأة ومساس بشخصها، و عليها فرغم أن الإسلام أعطى الزوج حق تأديب زوجته إذا لم تطعه فيما يجب عليها طاعته.

<sup>1</sup> محكمة عنابة قسم شؤون الأسرة بتاريخ 2008/02/19.

<sup>2</sup> محمد ناصر الدين الألباني، غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1985، ص. 153.

ب)- دليhle في الشريعة: " واللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن واهجرهن في المضاجع وضرِبوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا"<sup>1</sup>.

رابعا: موقف الفقهو المشرع الجزائري من التطبيق الضرر

### 1- موقف الفقهاء من التطبيق لضرر:

إتفق فقهاء الشريعة كلهم على حسن معاملة الزوج لزوجته وحرمة أذيتها بالقول أو الفعل، لقوله عز وجل " **واللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن واهجرهن في المضاجع وضرِبوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا**"<sup>2</sup>. قوله كذلك : " **وعاشوهن بالمعروف**"<sup>3</sup> اتجه المذهب المالكي إلى القول أن الزوج إذا تعدى على زوجته بالضرب ونحوه كالإكراه على فعل أمر حرام، أو كان يضارها بالهجر أو الشتم ورفعت أمرها للقاضي وأثبتت تعديها، كان لها أن تطلب منه تأديبه وزجره بالكف عن إذائها وذلك بالسبل التي يتخذها الزوج مع زوجته حين تمتنع عن طاعته بأن يعضه إن رأى القاضي ذلك مجديا، فان لم تجد الموعظة أمرها بهجره، وإذا ادعت الضرر وتكررت شكواها وعجزت عن إثبات دعواها . عين لها القاضي حكما من أهلها، وحكما من أهله، يسعيان للإصلاح بينهما، فان عجزا عن ذلك فأكثر فقهاء المالكية يجيزون طلاق الزوجة نضير مال تدفعه لزوجها، أما البقية فيجيزونه دون عوض.

### 2- موقف المشرع الجزائري من التطبيق للضرر:

نصَّ المشرع الجزائري في المادة 10/53 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " يجوز للزوجة أن تطالب التطبيق للضرر المعتبر شرعا " واسعة يمكنها أن تشمل كل الأسباب التي تضمنتها المادة 53 ولكي نعتبر التطبيق للضرر صحيحا يجب توفر شروط تتمثل فيما يلي:

أ)- وقوع الضرر من الزوج وبعبارة أخرى أن يكون الضرر الواقع على الزوجة صادرا من الزوج. ومن غير المعقول أن تطلب الزوجة التطبيق إذا كان مصدر الضرر أجنبي عن الزوج مثل والدي الزوج وأقاربه و عندها قد تطلب الزوجة من زوجها الحماية.

ب) يجب أن يكون الضرر متعمدا بمعنى آخر أن التصرف الصادر من الزوج يكون مصدرا للضرر . مربوطا بإرادة الزوج كالضرب المبرح الزائد عن الحد المشروع.

ج)- لا بد أن يكون هذا الضرر موضوع الدعوى معتبر شرعا ومنه يكون المشرع قد أورد عبارة عامة وشاملة " كل ضرر معتبر شرعا " تاركا السلطة التقديرية للقاضي. وهذا ما يظهر من خلال القرارات المحكمة العليا ونذكر منها:

1. سورة النساء الآية 34.

2. سورة البقرة الآية 228.

3. سورة النساء الآية، 19.



**الأول:** (التطليق بسبب الضرب وعدم الإنفاق) « من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الموضوع. ومتى تبين من قضية الحال أن الزوجة متضررة من الضرب وعدم الاتفاق الذي تعرضت له من طرف الزوج فإن قضاة الموضوع بقضائهم الزوجة لثبوت تضررها فإن تقديرهم كان سليماً وطبقوا قانون صحيح<sup>1</sup>».

**الثاني:** « قضية (م م) ضد: (ع ش) (التطليق للضرب والجرح العمدي - ضرر شرعي) إن الضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتمدة شرعاً التي تستوجب التطليق دون اشتراط صدور حكم جزائي الحكم بتطليق للضرب والجرح العمدي. ضرر شرعي والحكم الصادر به قبل الحكم الجزائي، تطبيق سليم للقانون<sup>2</sup>».

### خامساً: الخبرة الطبية في التطليق للضرر:

تنص المادة 10/53 من ف.أ.ج على مايلي " كل ضرر معتبر شرعاً " باستقراء الفقرة العاشرة من المادة 53 نلاحظ أن المشروع الجزائري لم يحدد ولم يشير إلى ضرر معين بل ترك السلطة التقديرية للقاضي فما هي الأضرار التي يمكن أن تثبتتها الزوجة بالخبرة الطبية : (الضرب والجرح)». لقد أصدرت المحكمة العليا قرارات فيما يخص الضرب والجرح العمدي. وكيف يمكن للزوجة أن تثبت ذلك فيما يلي القوة الثبوتية للشاهدة الطبية .

« قضية (ب ح) ضد: (زل) من المقرر شرعاً وقانوناً أن تقديم الشهادات الطبية وحدها الإثبات الضرر في التطليق لا يعمل بها باعتبار أن الطبيب لم يشاهد فاعل الضرب وإنما يشهد ما يراه على جسم الإنسان، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية والقانونية».

لما كان في الثابت في قضية الحال أن قضاة الاستئناف الذين ألغوا الحكم المستأنف لديهم ومن جديد حكموا بالطلاق بطلب من الزوجة بناء على تقديم الشهادات الطبية وحدها دون وجود أي سبب تطلق به الزوجة). فإنهم بقضائهم هذا خالفوا القواعد الشرعية والقانونية.

(- تطليق - تقديم الشهادات الطبية وحدها - لا يثبت الضرر- الحكم بالتطليق عليها وحدها مخالفة للقواعد الشرعية والقانونية.)

- من خلال القرار نستنتج أن القضاء الجزائري لا يأخذ بالشهادة الطبية وحدها كدليل قاطع للإدانة أي بالحكم بالتطليق الزوجة من زوجها وهذا من خلال القرارات الصادرة من المحكمة العليا الجزائرية فيما يخص الشهادة الطبية كوسيلة للإثبات في التطليق. ولكن أشار القاضي إلى كلمة " وحدها " عندما قال-

<sup>1</sup> المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 222134 بتاريخ 18/05/1999، عدد خاص 2001، ص. 126.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 258555 مؤرخ في 23/01/2001 قضية (م م) ضد(ع ش)، المجلة القضائية العدد 2، ص. 417.

تقديم الشهادات الطبية وحدها لا تثبت الضرر، لذا فيها إمكانية الأخذ بالشهادة الطبية إذا ما إقترنت مع دليل آخر كشهادة الشهود (الجيران) مثلاً.

لذا نقول أن الشهادة الطبية (الخبرة الطبية) فيما يتعلق بالتطبيق للضرر ليس معياراً أو دليلاً قاطع يأخذ به القاضي عند إصداره لأحكام التطبيق للضرر<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 52278 المؤرخ في 1989/01/02 قضية (ب.ح) ضد (ز.ل)، المجلة القضائية 91/4 ص 95.

## المبحث الثاني

## الخبرة الطبية في النيابة الشرعية و الحجر

## المطلب الأول

## الحجر

إذا بلغ الشخص سن الرشد اعتبر كامل الأهلية طالما لم يحكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه قبل بلوغه هذا السن، لكن قد يطرأ على عقله عارض يعدم تمييز، ويرادته كالجنون والعته فيعتبر في حكم عديم الأهلية، أو يطرأ عليه عارض يخل بحسن تدبيره للأمور كالسفه والغفلة فيعتبر في حكم ناقص الأهلية (1)

## الفرع الأول: تعريف الحجر ودليل مشروعته

## أولاً : تعريف الحجر

**لغة:** الحجر ( RESTRAINT ) المنع والتضييق، وقد سمي العقل حجراً (2) في قوله تعالى : "هل في ذلك قسم لذي حجر (3)، لأنه يمنع من القبائح وحجراً عليه الأمر: حرمة عليه" (4).

**اصطلاحاً:** "الحجر هو منع الشخص عن تصرفه القولي، فيقال له محجور عليه، أو هو عدم أهلية الأداء في العقود وباقي الأعمال القانونية" (5).

## ثانياً: دليل مشروعية الحجر

**الكتاب:** قوله تعالى: "ولا توتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفاً" (6).

"وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافاً وبدراً أن يكبروا ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف فإذا دفعتم إليهم أموالهم فاشهدوا عليهم وكفى بالله حسيباً" (7).

1- كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال د. ط، منشأ المعارف، الإسكندرية، ص. 166.

2- محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، د. ط. دار الحديث، القاهرة، 2008، ص. 331.

3- سورة الفجر، الآية 5.

4- الفيروز ابادي، المرجع السابق، ص. 331.

5- صبحي محمصاني، المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والمواريث والوصية، ط8، دار العلم للملايين، بيروت 1997، ص. 56-57.

6- النساء/5.

7- النساء/6.

## السنة :

حديث كعب بن مالك رضي الله عنه أن رسول الله حجر على معاذ ماله وباعه في الدين(1)  
و عن هشام بن عروة عن أبيه أن عبد الله بن جعفر اشترى أرضا بستمائة ألف درهم،  
قال : فهم علي و عثمان أن يحجر، عليه، قال : فلقيت الزبير، فقال :  
ماشترى أحد بيعا أرخص مما اشتريت، قال : فاني أقرضك نصف المال ، قال:فاني شريكك،قال  
فأتاهما علي و عثمان وهما يتراوضان، فذكر له الحجر على عبد الله بن جعفر فقال: أتحجران على  
رجل أن شريكه،قالا: لا لعمرى، قال :فاني شريكه، فتركه(2).فالحديث دليل على جوائز الحجر من غير  
نكير لفظهما.

## الفرع الثاني: أسباب الحجر

أسباب الحجر هي الجنون و العته و السفه و الغفلة

## أولاً: الجنون و العته:

## أ)الجنون:

لغة: الجنون هو زوال العقل مأخوذ من مادة جن، وأجنه بمعنى ستره(3).

اصطلاحاً:الجنون مرض يمنع العقل من إدراك الأمور على وجهها،ويصعبه اضطراب و هياج غالباً،  
والمجنون قسمان: مجنون مغلوب أي لا يفيق، ويسمى جنونه جنونا مطبقاً،يستمر شهراً  
فأكثر،وهذا يحجر عليه بلا خلاف بين الفقهاء إلى أن يمن الله عليه بالشفاء.  
وان كان يجن ويفيق، فإن كان لإفاقته أوقات معلومة ثابتة فهو في مدة إفاقته كالعقلاء الراشدين.  
والمجنون يحجر عليه متى ثبت جنونه، ويستمر الحجر مااستمر الجنون ويكون فاقد الأهلية،فلا تتعقد  
بعبارته وقت جنونه العقود و التصرفات بل تكون عبارته ملغاة،فهو في الحكم كالصبي غير المميز على  
سواء(4).

<sup>1</sup> البيهقي في السنن، تحقيق محمد عبد القادر عطار، دار الكتب العلمية:بيروت، ط3،2003، كتاب التفليس، باب الحجر  
على المفلس وبيع ماله في ديونه، ح.ر:11260، ج6، ص80.  
<sup>2</sup> البيهقي، كتاب الحجر، باب الحجر على البالغين بالسفه، ح.ر:11335، ج6، ص101.  
<sup>3</sup> مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج1، ص140.  
<sup>4</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط2، 1950، مصر، ص.141.

## دليله:

**قوله تعالى:** "فان كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل<sup>(1)</sup>".

## ب) العته:

**لغة:** عته بمعنى تجنن، و المعتوه المدهوش من غير مس جنون، وقيل ناقص العقل أو المجنون المصاب بعقله، و لتعته الرعونة والتجنن<sup>(2)</sup>.

**اصطلاحا:** العته مرض يمنع العقل من إدراك الأمور إدراكا صحيحا، و يتميز على الجنون بأن يصبحه هدوء، فالمعتوه، هو ناقص العقل لا عديمه، فهو ذلك الذي اختل شعوره بحيث يكون فهمه قليلا، و كلامه مختلطا وتدييره فاسدا<sup>(3)</sup>.

**دليله:** عن أنس أن رجلا كان في عقيدته ضعف وكان يبايع وأن أهله أتوا لنبي صلى الله عليه وسلم فقالوا يارسول الله احجر عليه فدعاه نبي الله فنهاه، فقال يارسول الله إني لا أصبر عن البيع فقال: "إذا بايعت فقل ماء وماء لا خلاية"، و الخلاية هي الخديعة.

وكل من المجنون والعته يندرجان في العوارض السماوية لا الكسبية، و يأخذان حكم الصغير غير المميز إذ هما فاقدى الأهلية.

و تصرفاتهما باطلة حسب المادة الثانية والأربعين من القانون المدني:

" لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التميز لصغر في السن أو عته أو جنون..."، وهو نفس التوجه في التقنين المصري، وبه قال فقهاء الشريعة الإسلامية إن يدرجون أحكام المعتوه في أحكام المجنون ويختلف المعتوه عن المجنون في كونه يعاني من ضعف عقلي أما المجنون فلا عقل له أن كان جنونا مطبقا وكذا فترة النوبة، كما أن المعتوه يتميز غالبا بالهدوء بخلاف المجنون يصاحب أفعاله وأقواله اضطراب وهيجان<sup>(4)</sup>.

<sup>1</sup> البقرة/282.

<sup>2</sup> ابن منظور، لسان العرب، ج36، ص2804.

<sup>3</sup> صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص.185-186.

<sup>4</sup> الروسان، أحكام المعتوه، ص17، نقلا عن (اقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص26).

فما دام قد قام بالشخص عارض الجنون، وسواء كان جنونه مطبقاً أو متقطعاً، فإنه يحجر عليه وتكون أهليته معدومة حتى في أوقات إفاقة، فنجد بأن الشريعة الإسلامية فرقت بين ما إذا كان المعتوه عديم العقل والتمييز فيكون حكمه حكم الصغير غير المميز، وبين ما إذا كان المعتوه مميزاً فيكون حكمه عندئذ حكم الصغير المميز(1).

### ثانياً : السفه والغفلة

#### أ) تعريف السفه:

لغة : أصل السفه في اللغة الخفة والحركة والطيش والجهل، و السفه الخفيف العقل، الضعيف الأحق، والأنثى سفيهة . جمع سفهاء وسفاه (2).

اصطلاحاً: هو الذي لا يحسن القيام على شؤون ماله وتدييره، وينفق في غير موضع الإنفاق والحجر على السفه هو رأي جمهور الفقهاء (3).

فالسفه آفة تدفع صاحبها إلى صرف المال وتبديده خلاف مقتضى العقل السليم والشرع الحكيم كتبذير المال في الكماليات على حساب الضروريات، أو اقتناء أشياء بدفع مبالغ أضعاف قيمتها الأصلية، أو إنفاق المال في المحرمات والتصرف لغرض لا يعده أهل الديانة غرضاً، فالسفيه هو من يضيع المال ويبذره على خلاف العقل والشرع .

#### دليل الحجر على السفه :

قوله تعالى: "ولا تؤثروا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا"(4).

1-كمال حمدي المرجع السابق .ص.185-186.

2-إبن منظور، لسان العرب . ج 21.ص.2032.

3-محمد أبو زهرة المرجع السابق.ص.442.

4-النساء/5.

**أ) تعريف الغفلة:**

**لغة:** مأخوذة من مادة غفل، يقال غفل عنه غفولا وغفلة تركه وسها عنه والمغفل الذي لا

فطنة له وبعد غفل هو الذي لم يجرب الأمور والغفول من الإبل البلهاء<sup>(1)</sup>.

**اصطلاحاً:** تعتبر الغفلة صورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية وقد يستدل عليها بإقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدي إلى الراجح فيها أو بقبوله فاحش الغبن في تصرفاته عادة أو بأيسر الانخداع على نحو يهدد المال بخطر الضياع<sup>(2)</sup> فالغفلة هي السهو من قلة التحفظ والتيقظ والتجربة وهي ضد الفطنة<sup>(3)</sup>.

**الفرع الثالث: شروط الحجر**

**أولاً: ضرورة وجود مال للمطلوب الحجر عليه**

الهدف من توقيع الحجر هو المحافظة على مال عديم الأهلية "المجنون والمعتوه" أو ناقص الأهلية "السفيه وذي الغفلة" فإذا لا يوجد مال للشخص المطلوب الحجر عليه فلا محل لتوقيع الحجر لا ختفاء العلة الداعية إليه. وقد نصت المادة 987 مرافعات أنه في حالة ما إذا تجاوزت قيمة المال خمسمائة جنيه اتخذت إجراءات تعيين قيم على المحجر عليه.

**ثانياً: تقديم طلب الحجر**

يرفع طلب الحجر من النيابة العامة أو من ذوي الشأن والمقصود بذوي الشأن كل من يهمه أمر المطلوب الحجر عليه أو يعود عليه الضرر ببقائه غير محجور عليه، ومثل ذلك لأقاربهما كانت درجة الإرث والأصهار والدائنين. و الملاحظ أن تنازل طالب الحجر عن طلبه لا يمنع المحكمة من مواصلة نظر الطلب إذ هي مقيدة بهذه التنازل<sup>(4)</sup>.

**ثالثاً: وجود سبب الحجر (العتة، السفه، الجنون)**

للإستجابة لطلب الحجر على شخص ما، يجب أن تتوفر أسباب الحجر من سفه وعته و جنون وهذا ما نصت عليه المادة 101 من قانون الأسرة.

1- ابن منظور، لسان العرب، ج36، ص3277.

2- كمال حمدي، المرجع السابق، ص.189.

3- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج1، د.ط. دار الكلم الطيب، دمشق، 2010، ص.727.

4- كمال حمدي، المرجع السابق، ص166.

## الفرع الرابع: دور الخبرة الطبية في الحجر

لتقرير الحجر يلجأ القاضي للاستعانة بالخبرة الطبية وذلك بإحالة الطرف المعني عن الخبير الطبي لفحصه وتقديم تقرير خبرة يثبت أو ينفي سبب الحجر بناء عليه يفصل القاضي في الموضوع، وهذا ما يظهر من خلال المواد 101 و 103 من ق. أ.ج:

تنص المادة 101: "من بلغ الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

و تنص المادة 103 على ما يلي: "يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر

من خلال هذه المادة يظهر أن المشرع الجزائري إشتراط من القاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر المذكورة سالفاً

وهذا ما يظهر من خلال قرارات المحكمة العليا:

"الموضوع حجر شهادة طبية.

المبدأ يتم توقيع الحجر استنادا إلى خبرة طبية من قبل طبيب مختص في الأمراض العقلية... و حيث أن قضاة الموضوع عوض أن يعينوا طبيبا أخصائيا حسما لكل تأويل واحد يعينون طبيبا في الطب العام، حيث أن الإستتاس إلى عمل صدر من غير أهل الاختصاص لا يتماشى ومتطلبات تحقيق العدل والإنصاف في حسم النزاع، وما كان الاكتفاء بخبرة واحدة منجزة من طبيب عام بل الأمر يستلزم إجراء خبرة أخرى من أهل الاختصاص سميأون النزاع يقتصر على حالة الأشخاص واقتصار قضاة الموضوع على خبرة طبية الأخصائي الدكتور دماغ رئيس أطباء مستشفى الأمراض العقلية هو قضاء مشوب بالقصور في التسيب وتطبيق سيء لقواعد الإثبات المدني مما ينجر عنه نقض وإلغاء القرار المطعون فيه"<sup>1</sup>.

يجب أن يتضمن نفس الحكم القاضي بالحجر تعيين نائب (قيم) لحماية مصلحة المحجور عليه ما لم يكن له ولي أو وصي، و سواء كانت أسباب الحجر سماوية، أو طرأت عليه بعد رشده أو قبل ذلك (م101ق.أ).

1-ملف رقم 365226 قرار بتاريخ 2006-07-12، نقلا عن د. اقروفة زوبيدة، الابانة في احكام النيابة، مذكرة موجهة لطلبة السنة الرابعة حقوق، 2013



- المقدم الذي يعين من قبل القاضي يخضع لنفس أحكام الولي والوصي (م 100)  
 - الحكم بالحجر قابل لكل طرق الطعن وينشر في الإعلانات القضائية (م 106 ق.أ)، ويعد التأشير على هامش عقد ميلاد المعني في سجلات الحالة المدنية بمنطوق الأمر بأمر من النيابة العامة إشهاراً، يمكن استعادة الأهلية بإسقاط الحجر بحكم قضائي فهو ليس أبدياً بل قد يسقط بسقوط السبب الموجب له ويرفع بطلب المحجور عليه (م 108 ق أ) وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قراراتها ونذكر منها: قرار رقم 273529 بتاريخ 2002/02/13 (الموضوع: هبة، مرض عقلي، إثباته - طبيب مختص - نعم شهادة الشهود.

**المبدأ:** يثبت المرض العقلي الذي يبطل التصرف القانوني بموجب خبرة طبية صادرة عن طبيب مختص<sup>1</sup> وليس بشهادة الشهود<sup>1</sup>.

نستنتج من خلال المواد 101 و 103 من قانون الأسرة الجزائريين السابقين، أن المشرع الجزائري قد استلزم إجراء خبرة طبية على الشخص الذي طلب الحجر عليه للتأكد من وجود أسباب الحجر المذكورة سالفاً أن يكون الطبيب الخبير من أطباء أخصائيين وليس عاميين، وهذا قبل صدور أي حكم فيما يتعلق بالحجر.

وهذا ما يظهر كذلك في مواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية بحيث: تنص المادة 482: " يجب أن تتضمن العريضة المقدمة من أجل إفتتاح التقديم على ناقص الأهلية، فضلا عن البيانات العادية، عرضاً عن الوقائع التي تبرر التقديم، ويجب أن ترفق بالملف الطبي للشخص المعني بالتقديم".

من خلال المادة نستنتج أن المشرع الجزائري اشترط زيادة على البيانات العادية الموجودة في العريضة المقدمة من أجل افتتاح التقديم على ناقص الأهلية عرضاً على الأسباب والتصرفات التي يقوم بها الشخص المعني التي هي أعمال ضارة بالنسبة له أو لورثته، كما اشترط إرفاق الملف الطبي للشخص المعني بالتقديم على ذيل العريضة.

1- يوسف دلاندة، قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم: 02/05 (ط.3)، دار هومة للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر، 2009، (قرار رقم 273529 بتاريخ 2002/02/13، م.ق. عدد 2003/02 ص 289)، ص. 122.

كما تنص المادة 484 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:

" يتلقى القاضي تصريحات الشخص المعني بإجراء التقديم، بحضور محاميه والأشخاص المعنيين. وإذا رأى ضرورة لذلك يتلقى هذه التصريحات بحضور الطبيب المعالج وممثل النيابة العامة. إذا استحال على القاضي سماع أقوال الشخص المعني بإجراء التقديم أو إذا كان سماعه من شأنه أن يضر بصحته، يجوز له صرف النظر عن هذا السماع . من خلال هذه المادة نفهم أن المشرع نص في الفقرة الأولى على أن القاضي يتلقى تصريحات المعني بالتقديم بحضور المحامي وأصحاب المصلحة.

كما يمكن أن يستعين أيضا بالطبيب المعالج وممثل النيابة العامة إذا رأى ضرورة في ذلك. ونص في الفقرة الثانية على أنه إذا استحال حضور المعني لظروف طارئة أو عدم القدرة يكون ذلك جوازي.

ومنه نرى أن المشرع الجزائري أخذ بالخبرة الطبية فيما يتعلّق بالحجر.

## المطلب الثاني

## الولاية والوصاية

## الفرع الأول: الولاية على النفس

(أ): تعريف الولاية على النفس

لغة: هي القيام بأمر الغير<sup>1</sup>.

اصطلاحاً: الولاية على النفس تكون فقط في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه كولاية التعليم

والحضانة وولاية التزويج<sup>2</sup>.

(ب): دليل مشروعية الولاية :

قوله تعالى:

"فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل"<sup>3</sup>"وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم"<sup>4</sup>.

(ج): شروط الولي

يشترط في جميع الأولياء والأوصياء، سواء أكانت ولايتهم على النفس أو على المال شروط ثلاثة،

وهي: البلوغ والعقل بالاتفاق، واتحاد الدين على خلاف.

فلا تجوز ولاية القاصر ولا المجنون، أو المعتوه لأن هؤلاء يقعون تحت ولاية غيرهم لعجزهم عن

تدبير أمورهم، فمن باب أولى، أن يعجزوا عن تدبير أمور غيرهم، ولأن فاقده الشيء لا يعطيه.

و يشترط في الولي أيضاً إذا لم يكن هو القاضي إتحاد دينه مع دين المولى عليه فلو كانت الولاية

للإخوة، وكان للمولى عليه المسلم أخ مسيحي وأخ مسلم، فالولاية شرعاً للأخ المسلم وحده.

1- بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، دون سنة، ص134.

2- المرجع نفسه، ص.135.

3- البقرة/282.

4- النساء/5.

د) تثبیت الولاية : تثبت على القاصر الذي لم تكتمل أهليته حضانه وتزويجا ذكرا كان أم أنثى، أما الولاية على المال فتقع على القاصر والبالغ الذي قام به عارض من عوارض الأهلية كالفقه والجنون والغفلة والعتة أو مانع من موانع الأهلية سواء كان مانع طبيعى كازدواج العاهة أو مانع مادي كالغيبه أو مانع قانوني كالحكم على الشخص بعقوبة جنائية<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الوصاية

#### تعريف الوصاية:

لغة : أوصى فلانا عهد إليه واستعطفه عليه وأمره، وجعله وصيا يتصف في أمره وماله و عياله بعد موته.

و الوصاية جمع وصايا وهي الولاية على القاصر، وهي من يوصى له ويقوم على شؤون الصغير جمع أو صياء<sup>2</sup>.

اصطلاحا: الوصاية هي تفويض ممن له التصرف شرعا لمكلف بالقيام بالتصرف مابعد وفاته لمصلحة من لا يستقل بأمر نفسه<sup>3</sup>.

فهي بذلك سلطة يمنحها القانون للشخص الذي أوكلت له مهمة رعاية مصالح القاصر بتعيين من الأب أو الجد في حياتهما إذا لم تكن هناك أم للقاصر تمارس عليه الولاية

#### دليل مشروعية الوصاية :

قوله تعالى " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين<sup>4</sup> "

فالآية جاءت شاملة لكل حق مادي أو معنوي يرد من الوصي نحو الولد.

<sup>1</sup> اقروقة زبيدة، الإبانة في أحكام النيابة، مذكرة موجهة لطلبة الحقوق، 2013، ص30.

<sup>2</sup> المعجم الوسيط، ج2، ص1038.

<sup>3</sup> عبد الله محمد رابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس، الأردن، 2009، ص22.

<sup>4</sup> البقرة، 180.

"ياأيها الذين أمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض فأصابكم مصيبة الموت"<sup>1</sup>.  
 و عن عائشة قالت: كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص إن وليدة زمعة مني فاقبضه إليك فلما كان عام الفتح أخذه سعد قال ابن أخي قد كان عهد إلي فيه فقام عبد زمعة فقال أخي وابن أمة أبي ولد على فراشه فتساوقا إلى رسول الله (ص)  
 فقال سعد يارسول الله ابن أخي كان عهد الي فيه، فقال عبد بن زمعة : أخي وابن وليدة أبي فقال رسول الله (ص) "هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعام الحجر"<sup>2</sup>.

### ج: شروط الوصاية

نصت المادة 93 من قانون الأسرة على الشروط القانونية التي لا بد من اجتماعها في الشخص الموصي اليه حتى يكون أهلا لممارسة النيابة الرعية على القاصروهي :  
 الإسلام إذ الوصاية نيابة وولاية، ولا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى : "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا"<sup>3</sup>.

العقل مع البلوغ : وهو كمال الرشد فالشخص المحجور عليه لعارض من عوارض الأهلية تصرفاته لا تنفذ في حق نفسه فلا يصلح لأن يكون نائبا عن الغير ويتصرف ويتعامل باسم هذا الغير .  
 القدرة البدنية أو العقلية أو النفسية فالولي قد خصه بالاختيار ليكون نائبا عنه لما توسمه فيه من الأمانة وحسن التصرف : الصلاح والأمانة والثقة وذلك يتجلى من خلال حسن التصرف في ادارة أموال القاصر وخفضها من التبذير والإسراف، وعدم الأنفاق منها على نفسه أو استغلالها لصالحه على حساب مصلحة القاصر الذي انتمى عليه، توجيهها نحو ميادين الإنماء والكسب والتكثير .

<sup>1</sup> المائدة/106.

<sup>2</sup> البخاري، كتاب باب إذا قال الموصي لوصيه تعاهد ولدي.ح.ز 2745 ج2 ص4.نقلا عن(د.أ،زبيدة،الإبانة في احكام النيابة).

<sup>3</sup> النساء /141.

الفرع الثالث : اسقاط الولاية والوصاية

(أ) إسقاط الولاية : تسقط الولاية وتنتهي بتحقيق إحدى الحالات الآتية

- موت الولي - موت القاصر
- بلوغ القاصر سن الرشد.
- سلب الولاية نتيجة فقدان أحد شروطها، أو بسبب سوء الإدارة والأضرار بالقاصر، أو حالة الحكم على الولي بعقوبة بسبب ارتكاب فواحش مع الأقارب (م337ق.ج) "ويتضمن الحكم المقضي به ضد الأب أو الأم فقدان حق الأبوة أو الوصاية الشرعية "

(ب) اسقاط الوصاية

عرض المشرع الجزائري في المادة 97،96 الحالات التي يحكم فيها بانتهاء الوصاية سواء كانت بقوة القانون أو بظروف أخرى، ومن بين هذه الحالات:

- موت القاصر.
- موت الوصي.
- زوال أهلية الوصي لقيام أحد عوارض الأهلية أو مانع من موانعها .
- بلوغ القاصر الموصي عليه سن الرشد القانوني وهو 19 سنة.
- انتهاء المهام التي أقيم الوصي للأجلها وذلك في حالة كون الوصية محددة ومقيدة.
- تنازل الصي عن النيابة الشرعية لظروف خاصة أو لعجز يمنعه من القيام بأعباء ومسؤوليات الوصية.
- عزل الوصي بناء على طلب من له مصلحة إذا أخل بالتزاماته بما يظهر أو يهدد مصلحة القاصر.
- الحكم على الوصي بعقوبة بسبب الفواحش بين ذوي المحارم وفق قانون العقوبات الجزائري (337 مكرر).

## الفرع الرابع: دور الخبرة الطبية في تثبيت الولاية والوصاية وإسقاطها

## موقف المشرع الجزائري

## (أ) تثبيت الولاية و الوصاية

1- إن الولاية على القاصر ثابتة قانونا على الأب في المرتبة الأولى باعتباره رب الأسرة والأقدر على رعاية شؤونهم وفي حالة وفاته تتول هذه الولاية بقوة القانون دون الحاجة لتدخل القاضي إلى الأم، باعتبارها أحرص على مصالح أولادها وهذا ما نصت عليه المادة 87 ق.أ.ج. ولكن ما نود أن نبينه في هذه الحالة هو أنه لا يمكن للولي أن يكون حريصا على عديم الأهلية إلا إذا كان هو أيضا كامل أهلية، رغم عدم نص على عرض الولاية على القاضي لتثبيتها إذ أنه إذا تبيّن أنه مصاب بجنون أو افة تؤثر على ولايته، في هذه الحالة يمكن لمن له مصلحة أن يتقدم إلى القاضي و يطلب الحجر عليه و إسقاط الولاية عنه و ذلك بعد إخضاعه إلىخبرة طبية للتأكد من ذلك.

2- أما بالنسبة للوصاية فقد نص المشرع الجزائري في المادة 93 ق.أ.ج. على أنه: "يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغاً قادراً أميناً، حسن التصرف و للقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة هنا نجد أن المشرع الجزائري فيما يتعلق بالوصاية قد نص صراحة على وجوب توفر بعض الشروط في الوصي لكي يقبل القاضي به و يثبت الوصاية و هي (العقل والقدرة) من خلالها يظهر لنا أن المشرع الجزائري إشتراط العقل والقدرة سواء عقلية أو بدنية أو نفسية هنا القاضي يقوم بتثبيت الوصاية دون اللجوء إلى الخبرة الطبية إلا إذا طرأ اعتراض من الغير و هذا ما يدخل في إسقاط الوصاية أو عدم التثبيت. إذاً تظهر أهمية الخبرة الطبية في تثبيت الولاية والوصاية رغم عدم وجود نص صريح يجيز للقاضي اللجوء إلى الخبرة الطبية في تثبيت الولاية والوصاية إلا أنه نستنتج من خلال نص المادة 93 و 94 من قانون الأسرة الجزائري هو إشتراط العقل في الولاية والوصاية لتثبيتهما.

## (ب) دور الخبرة الطبية في إسقاط الولاية والوصاية

نص الشرع الجزائري على أسباب نهاية وظيفة الولي والوصي وذلك من خلال المواد 91 و 95 من ق.أ.ج. حيث نجده قد نص في الأولى على " تنتهي وظيفة الولي بالحجر عليه"، أما في الثانية فقد نص على انه " تنتهي مهمة الوصي بزوال أهلية الوصي ".

قد نص المشرع الجزائري على عنصر مشترك بين نهاية وظيفة الولي والوصي بسبب واحد ألا وهو الحجر بما أن زوال الأهلية يثبت بالحجر على صاحبها.

وقد نص المشرع الجزائري على إجراءات الحجر في المادة 101 إلى 108 من ق.أ.ج. حيث أن المحجور عليه يعين له ولي أو مقدم فلا يعقل إذن أن يبقى هو وليا على غيره.

نلاحظ مما سبق أن الحجر هو سبب إما من أسباب إسقاط الولاية والوصاية و كذلك كل عجز يمنع الولي أو الوصي من القيام بمسؤولياته اتجاه القاصر، وذلك من له مصلحة أو النيابة العامة أو طلب من أحد الأقارب وهذا ما نصت عليه المادة 102 من ق.أ.ج. والقاضي بحكم معرفته لا يمكن أن

يتأكد من صحة الإدعاءات إلا إذا عرض الشخص على طبيب مختص يكشف عنه ويبين أو ينفي صحة الإدعاءات بناء على التقرير الذي يقدمه للمحكمة.

إذن هنا تكمن أهمية الخبرة الطبية في إسقاط الولاية والوصاية على الولي والوصي وذلك بمساهمتها في تأكيد أسباب الحجر الذي يساعد القاضي في تسبيب حكمه على تقرير الخبرة الطبية بناء على رأي طبيب مختص في مختلف الأمراض.



## خاتمة

يعتبر موضوع الخبرة الطبية في مسائل الأسرة من المسائل المهمة التي تساعد القاضي عند استصدار الأحكام و القرارات القضائية فهي تعتبر دعامة في تسبيبها، حيث يكون تقرير الخبرة كدليل قاطع خاصة في بعض المسائل مثل: النسب، العقم، الحجر... الخ ففي هذه المواضيع لا يمكن للقاضي بحكم تخصصه و تكوينه التوصل إلى التحقق من صحة الإدعاءات التي تطرح أمامه لذا يستلزم الأمر الاستعانة بأهل الاختصاص من الخبراء الطبيين للتوصل إلى تأكيد تلك الإدعاءات و نفيها.

كما تعتبر الخبرة الطبية أقوى دليل بالنسبة لباقي الأدلة التقليدية الأخرى، كالشهادة و الإقرار، لأنه رغم الإقرار فيمكن للإنسان أن لا يصرح بالحقيقة، لكن الفحص و التحليل الطبي البيولوجي لا يمكن أن يخطأ، كما هو في دعاوى الحجر، إذ ما تم في شروط و ضوابط قانونية.

إذا الخبرة الطبية وسيلة من وسائل الإثبات الحديثة التي لولا التقدم العلمي الذي وصل إليه العالم ( خاصة البلدان الغربية) لما تمكنا من الاستفادة من هذه الوسيلة المهمة جدا في المجال القضائي و ماله صلة بشؤون الأسرة بصفة خاصة.

### المقترحات:

نود أن نتعرض هنا إلى أهم المقترحات التي يمكن أن نطرحها وذلك من خلال النقاط الآتية:

- إجراء تعديل تشريعي ينص صراحة على وجوب الخبرة الطبية، في بعض مسائل الأسرة الحساسة التي يكثر حولها النزاع مثل: النسب، العيوب التي تحول دون تحقيق الأهداف من الزواج، وذلك لتجنب التأويلات و الشكوك.
- نطلب من السلطات الرسمية السعي لتوفير الأدوات و التقنيات المتطورة في مجالات الطب و إعطاء أهمية لهذا المجال و ذلك تماشيا مع التطورات.
- و هذه أبرز المقترحات التي توصلنا إليها في هذا البحث فإن أصبنا في ذلك فله الحمد و إن أخطأنا فنستغفر الله العظيم.

و آخر دعوانا أن الحمد لله وحده  
و هو رب العرش العظيم  
و الصلاة و السلام على نبينا محمد

## قائمة المصادر و المراجع

(1) الكتب باللغة العربية:

❖ القرآن الكريم:

أولاً: كتب اللغة

1. أحمد بن محمد القيوم المصري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، دار المكتبة العلمية، بيروت، 1987.
2. عبد الفتاح مراد، المعجم القانوني رباعي اللغة، (ط.12)، مصر (دار النشر) 1996.
3. علي بن هادية، بلحسن البليش، الجيلاني بن الحاج يحيى، القاموس الجليل، (د.ط)؛ المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، (د.س).
4. محمد ابن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، طبعة 6، مؤسسة الرسالة و الطباعة و النشر، دون بلد النشر، 1999.
5. محمد إسماعيل إبراهيم، معجم الألفاظ و الأعلام القرآنية، دار الفكر العربي، مصر، 1998.
6. محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط. دار الحديث، القاهرة، 2008.
7. وهبة الزحيلي، التفسير الوجيز علي هامش القرآن العظيم و معه أسباب النزول و قواعد الترتيل، دار الفكر، سوريا، د س ن .
8. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج 4 ، ط 1، دار الفكر، بيروت، 1984.
9. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و مذاهبه، الجزء الأول، دون طبعة، دار الكلم الطيب، دمشق، 2010.

ثانياً: كتب الحديث:

1. سليمان أبو داوود ، كتاب الطلاق، ج 1 ، ح رقم 2196.
2. أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج5، القاهرة، د.س.ن.
3. البيهقي، السنن، تحقيق محمد عبد القادر عطار، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الثالثة، 2003.
4. محمد ابن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
5. محمد ناصر الدين الألباني، غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال و الحرام، الطبعة الثالثة، المكتب الإسلامي، بيروت، 1985.
6. محمد ابن عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرک علی الصحیحین، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991.

### ثالثاً: كتب القانون:

1. إبراهيم أحمد عثمان، دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب و الجرائم الجنائية، دون طبعة، دون دار النشر، الرياض، 2007.
2. أحسن بسعقة، قانون الإجراءات الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة 02، الجزائر، 2004.
3. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان مشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي و ما عليه العمل في محاكم الكويت، مكتبة الفلاح للنشر و التوزيع.
4. أحمد حمد، النسب في الشريعة و القانون، طبعة الأولى، الكويت؛ دار القلم، 1403 هـ.
5. أقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية و البيولوجية و أثرها على النسب، دراسة فقهية، طبعة الأولى؛ دار الأمل، تيزي وزو، 2012.
6. أميل أنطوان تدبراني، الخبرة القضائية، المنشورات الحقوقية الصادرة سنة 1977، الطبعة الأولى، بيروت.
7. أنور العمروسي، المرجع الوافي في قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين، دار الفكر الحديث للطبع و النشر، مصر، 1963.
8. بدران أبو العينين بدران، الزواج و الطلاق في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، د س.
9. بسام محمد القواسمي، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن-عمان، 2010.
10. بطاهر تواتي، الخبرة القضائية في الأحوال المدنية و التجارية و الإدارية في التشريع الجزائري و المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، 2003.
11. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2012.
12. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار الثقافة، عمان، 2009.
13. بلحاج العربي، الحدود الشرعية و الأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
14. بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر.
15. حسام الأحمد، البصمة الوراثية و حجيتها في الإثبات الجنائي و النسب، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010.
16. حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات الجنائي (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي)، (ط.1) دار الفكر الجامعي، مصر 2008.

17. حكمت ابن البشير، التفسير الصحيح: موسوعة الصحيح المنشور من التفسير بالمأثور، المجلد الأول، دار المأثر للنشر و التوزيع، المدينة المنورة، 1999.
18. خليفة علي الكعبي، البصمة و أثرها على الأحكام الفقهية، دراسة مقارنة، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
19. رشيد خلوفي، الخبرة القضائية في المادة الجزائية، طبعة 2007، دار هومة.
20. سليمان مرقس، أموال الإثبات و إجراءاته، الجزء الثاني، دار الجيل للطباعة، الطبعة الرابعة.
21. صبحي محمصاني، المبادئ الشرعية و القانونية في الحجر و النفقات و المواريث و الوصية، الطبعة الثامنة، دار العلم للملايين، بيروت، 1997.
22. عبد الرحمن الشواربي، التزوير و التزييف مدنياً و جزائياً في قانون الفقه و القضاء، بدون طبعة، منشأة المعارف، مصر 1996.
23. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007.
24. عبد الله محمد رابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النفائس الأردن، 2009.
25. عثمان أمال عبد الرحيم، الخبرة في المسائل الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 1964.
26. كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية.
27. لحسين بن شيخ آيت ملويا، المنتقى في الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر 1999.
28. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1950، مصر.
29. محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، الدار الجامعية، دون تاريخ.
30. محمد فريد الشافعي، البصمة الوراثية و دورها في الإثبات، دون طبعة؛ دار البيان، القاهرة، 2006.
31. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام: دراسة مقارنة في فقه مذاهب السنة و المذهب الجعفري و القانون، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، لبنان، 1977.
32. محمود توفيق إسكندر، الخبرة القضائية، طبعة 2002، دار هومة للنشر.
33. مصطفى العوجي، القانون المدني: المسؤولية المدنية، ج 2، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
34. الموسوعة العربية العالمية، الجزء 27، الطبعة الثانية؛ مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر و التوزيع، الرياض، 1999.

35. مولاي بغدادي، الخبرة القضائية في المواد المدنية، مطبعة حلب الجزائر، بدون طبعة.
36. نايف محمد الجنيدي، عضل النساء و التفريق للشقاق بين الشريعة و القانون، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2010.
37. همام محمد محمود زهران، الوجيز في إثبات المواد المدنية و التجارية، بدون طبعة الدار الجامعية الجديدة للنشر، مصر، 2003.
38. وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ج40، ط1، الكويت، 2001.
39. يوسف دلاندة، قانون الأسرة، منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم: 02/05، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة النشر و التوزيع، الجزائر، 2009.

#### رابعاً: المذكرات و الرسائل:

##### 1-الرسائل:

- 1- أحمد محمود سعد إبراهيم جاهين، أطفال الأنابيب بين الخطر و الإباحة و موقف الفقه الإسلامي منها، رسالة ماجستير، كلية الشريعة و القانون، القاهرة، 2005.

##### 2- المذكرات:

1. إقروفة زوييدة، الإبانة في أحكام النيابة، مذكرة موجهة لطلبة الحقوق، السنة الرابعة، 2013.
2. عبد العلي بولوح، الخبرة القضائية و سلطة القاضي بالأخذ بها، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2010/2007.
3. مقبل حنان، بلقايد نوال، دور البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012.
4. ميهوبي زهرة، مسعي مريم، دكار العربي و آخرون، إثبات النسب و نهييه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة التخرج، كلية العلوم القانونية و الإدارية، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2012.
5. خمال وفاء، الخبرة القضائية في المجال الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 1990.

#### خامساً: مقالات علمية

1. فؤاد عبد المنعم، البصمة الوراثية و دورها في الإثبات الجنائي، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، الجزء 4، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2002.
2. محمد المختار السلامي، التحليل البيولوجي للجينات البشرية و حجيتها في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، ج2، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2002.
3. نزيه الدق المهدي، المسؤولية المدنية الناشئة عن إستخدام الهندسة الوراثية، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، ج3، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2002.

4. هبة الزحيلي، البصمة الوراثية و دورها في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين أحمد محمد خليل، البيولوجيا الجنائية و البصمة الوراثية، مجلة عجمان للعلوم و التكنولوجيا، جامعة عجمان، العدد1، 2001.

## سادسا: المواقع الإلكترونية

1. د. أحمد البار، (الأمراض الجنسية و القضاء)، (الأمراض الجنسية عقوبة إلهية).

2. الدكتور حسان شمسي باشا، " لا تقربو الزنا "، نقلا عن الموقع:

[www.khayma.com/chmsiphasha/adultery](http://www.khayma.com/chmsiphasha/adultery), consulter le 28/04/2014

## سابعا: النصوص القانونية

### 1- النصوص التشريعية

1. القانون 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ج. ر عدد 21.

2. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج. ر عدد 15.

3. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج. ر عدد 21 المؤرخ في 25 فيفري 2008

4. الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية

### 2- النصوص التنظيمية

1. المرسوم التنفيذي رقم 95/310 المؤرخ في 10/10/1966 الذي يحدد شروط التسجيل في قوائم الخبراء.

## ثامنا: القرارات القضائية

1. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم 31851 المؤرخ في 12/12/1983، المجلة القضائية، العدد 46.

2. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 28312 المؤرخ في 11/05/1983، المجلة القضائية، عدد خاص، 1986.

3. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 34784، بتاريخ 14/05/1984، المجلة القضائية، العدد 3، 1989.

4. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 33275، المجلة القضائية، العدد 2، 1990.

5. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 53272، المؤرخ في 27/03/1986، المجلة القضائية، العدد 3، 1990.

6. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 58224، المؤرخ في 1989/12/25، المجلة القضائية، العدد 4، 1991.
7. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 172333، المؤرخ في 1989/10/28، المجلة القضائية، العدد 1، 1997.
8. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 23571، بتاريخ 1999/02/26.
9. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 222134، بتاريخ 1999/05/18، عدد خاص، 2001.
10. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 297062، بتاريخ 2003/06/24، العدد 2، 2003.
11. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 355180، المؤرخ في 2006/03/05.
12. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 224655، المؤرخ في 1999/06/15، المجلة القضائية، عدد خاص عن قسم الوثائق، الجزائر، 2001.
- (2):الكتب بالذغة الفرنسية

-ouvrage :

\_ TONY MOUSSA , Expertise en matière civil et penal , 2<sup>ème</sup> édition .



| الصفحة | الموضوع   |
|--------|---|
| 04-01  | مقدمة.....  |
| 05     | الفصل الأول: ماهية الخبرة القضائية.....                                 |
| 06     | المبحث الأول: مفهوم الخبرة القضائية.....                                |
| 06     | المطلب الأول: تعريف الخبرة الطبية، أنواعها، خصائصها، و طبيعتها.....     |
| 06     | الفرع الأول: تعريف الخبرة الطبية.....                                   |
| 07-06  | الفرع الثاني: أنواع الخبرة الطبية.....                                  |
| 08-07  | الفرع الثالث: خصائص الخبرة الطبية.....                                  |
| 09-08  | الفرع الرابع: الطبيعة القانونية للإثبات.....                            |
| 10-09  | المطلب الثاني: تمييز الخبرة القضائية عن باقي وسائل الإثبات.....         |
| 10     | الفرع الأول: الخبرة و الإنتقال للمعاينة.....                            |
| 11-10  | الفرع الثاني: الخبرة و الشهادة.....                                     |
| 11     | المبحث الثاني: إجراءات الخبرة القضائية.....                             |
| 11     | المطلب الأول: تعيين الخبير، شروطه و مسؤوليته.....                       |
| 14-11  | الفرع الأول تعيين الخبير.....   |
| 15-14  | الفرع الثاني: شروط الخبير.....  |
| 16-15  | الفرع الثالث: مسؤولية الخبير.....                                       |
| 19-16  | الفرع الرابع: رد الخبير، تحينه و إستبداله.....                          |
| 19     | المطلب الثاني: تحرير التقرير و إيداعه.....                              |
| 19     | الفرع الأول: تحرير التقرير و مشتملاته.....                              |
| 21-20  | أولاً: الجزء الوصفي.....  |
| 21     | ثانياً: الجزء الأساسي لتقرير الخبرة.....                                |
| 24-22  | الفرع الثاني: إيداع تقرير الخبرة.....                                   |
| 25     | الفرع الثالث: حجية الخبرة الطبية.....                                   |
| 27-26  | اولاً: موقف المشرع الجزائري من الخبرة الطبية في مسائل الأسرة.....       |
| 27-26  | ثانياً: موقف الإجتهد القضائي من حجية الخبرة الطبية في مسائل الأسرة..... |
| 28     | الفصل الثاني: تطبيقات الخبرة الطبية في مسائل الأسرة.....                |
| 28     | المبحث الأول: الخبرة الطبية في آثار الزواج و انحلاله.....               |
| 29     | المطلب الأول: الخبرة الطبية في إثبات النسب و نفيه.....                  |

|            |  |
|------------|--|
| 29.....    | الفرع الأول: تعريف النسب.....  |
| 31-29..... | الفرع الثاني: الطرق التقليدية لإثبات النسب.....                            |
| 31.....    | الفرع الثالث: الطرق العلمية لإثبات النسب.....                              |
| 33-32..... | أولاً: تعريف البصمة الوراثية.....  |
| 34-33..... | ثانياً: خصائص البصمة الوراثية.....   |
| 36-34..... | ثالثاً: شروط العمل بالبصمة الوراثية.....                                   |
| 38-36..... | الفرع الرابع: دور البصمة الوراثية في الإثبات.....                          |
| 40-39..... | الفرع الخامس: الخبرة الطبية في إثبات النسب.....                            |
| 41.....    | المطلب الثاني: الخبرة الطبية في التطبيق للعيوب و الضرر.....                |
| 41.....    | الفرع الأول: التطبيق للعيوب.....   |
| 41.....    | أولاً: تعريف التطبيق و العيوب.....   |
| 42.....    | ثانياً: دليل مشروعية التطبيق للعيوب.....                                   |
| 44-43..... | ثالثاً: أنواع العيوب.....  |
| 46-44..... | رابعاً: موقف الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري من التطبيق للعيوب..... |
| 48-47..... | خامساً: الخبرة الطبية في التطبيق.....                                      |
| 49.....    | الفرع الثاني: التطبيق للضرر.....   |
| 51-49..... | أولاً: مفهوم الضرر الموجب للتطبيق.....                                     |
| 53-51..... | ثانياً: شروط الضرر الموجب للتطبيق.....                                     |
| 54-53..... | ثالثاً: أنواع الضرر الواجب التطبيق من أجله.....                            |
| 55-54..... | رابعاً: موقف الفقه و المشرع الجزائري من التطبيق للضرر.....                 |
| 56-55..... | خامساً: الخبرة الطبية في التطبيق للضرر.....                                |
| 57.....    | المبحث الثاني: الخبرة الطبية في النيابة الشرعية.....                       |
| 57.....    | المطلب الأول: الخبرة الطبية في الحجر.....                                  |
| 57.....    | الفرع الأول: تعريف الحجر و دليل مشروعيته.....                              |
| 57.....    | أولاً: تعريف الحجر.....  |
| 58-57..... | ثانياً: دليل مشروعية الحجر.....  |
| 61-58..... | الفرع الثاني: أسباب الحجر.....   |
| 61.....    | الفرع الثالث: شروط الحجر.....  |
| 64-62..... | الفرع الرابع: دور الخبرة الطبية في الحجر.....                              |
| 65.....    | المطلب الثاني: الخبرة الطبية في الولاية و الوصاية.....                     |

|             |  |
|-------------|--|
| 65.....     | الفرع الأول: الولاية ( على النفس).                                       |
| 65.....     | أولاً: تعريف الولاية على النفس.....                                      |
| 65.....     | ثانياً: دليل مشروعية الولاية.....  |
| 65.....     | ثالثاً: شروط الولي.....  |
| 66.....     | رابعاً: تثبيت الولاية.....   |
| 66.....     | الفرع الثاني: الوصاية.....   |
| 66.....     | أولاً: تعريف الوصاية.....  |
| 67-66.....  | ثانياً: دليل مشروعية الوصاية.....  |
| 67.....     | ثالثاً: شروط الوصي.....  |
| 68.....     | الفرع الثالث: إسقاط الولاية و الوصاية.....                               |
| 70-69.....  | الفرع الرابع: دور الخبرة الطبية في تثبيت الولاية و الوصاية وإسقاطها..... |
| 72-71.....  | الخاتمة.....   |
| 91-73.....  | الملاحق.....   |
| 97-92.....  | قائمة المراجع.....   |
| 100-98..... | الفهرس.....  |